

PRAVNI FAKULTET U NOVOM SADU
NOVI SAD FACULTY OF LAW
(SERBIA)



ZBORNIK RADOVA

COLLECTED PAPERS

XLV 3 (2011)

TOM I

NOVI SAD, 2011.

ZRPFNS, Godina XLV Novi Sad, br. 3 (2011)

UDK 3

PRAVNI FAKULTET U NOVOM SADU

Dosadašnji glavni urednici:

Prof. dr Vladimir Kapor (1966), prof. dr Nikola Vorgić (1967–1968),
prof. dr Miloš Stevanov (1969–1973), prof. dr Borivoje Pupiće (1974–1976),
prof. dr Milijan Popović (1977–1983), prof. dr Stanko Pihler (1984–1988),
prof. dr Momčilo Grubač (1989–1991), prof. dr Jovan Munćan (1992–1997),
prof. dr Milijan Popović (1998–2003), prof. dr Rodoljub Etinski (2004–2007).

Za izdavača

Prof. dr Ranko Keča
dekan Pravnog fakulteta u Novom Sadu

Upravnik Centra za izdavačku delatnost

Prof. dr Ljubomir Stajić

Glavni i odgovorni urednik

Doc. dr Dragiša Drakić

Članovi Uredništva:

Prof. dr Ljubomir Stajić, prof. dr Damjan Korošec (Slovenija),
prof. dr Wilhelm Brauner (Austrija); prof. dr Tamás Prugberger (Mađarska),
prof. dr Serge Regourd (Francuska), prof. dr Gérard Marcou (Francuska),
prof. dr Peter Mader (Austrija), doc. dr Branislav Ristivojević,
mr Radmila Dabanović, Marko Knežević

Menadžer časopisa

Stefan Samardžić

Sekretarijat Uredništva

dr Vladimir Marjanski, dr Dragana Ćorić, mr Bojan Tubić,
Marko Knežević, Milana Pisarić, Nataša Rajić, Uroš Stanković,
Sandra Samardžić, Luka Baturan, Cvjetana Cvjetković

Od aprila 2008. godine Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu
pod nazivom Proceedings of Novi Sad Faculty of Law je u punom tekstu
dostupan u EBSCO bazi Academic Search Complete.

Od juna 2010. godine kompletan tekst svih brojevi Zbornika radova Pravnog fakulteta u
Novom Sadu pod nazivom Zbornik radova uvršćen u kolekciju:
International & Non-U.S. Law Journals američke pravne baze HeinOnline.

Kompjuterska obrada teksta

Goran Hajzler

Štampa:

„Futura“ Petrovaradin

Tiraž: 300 primeraka

SADRŽAJ

<i>Dr Marijana Pajvančić, redovni profesor</i> O sudskoj vlasti u ustavnom sistemu Srbije u kontekstu međunarodnih standarda	7
<i>Dr Đorđe Popov, redovni profesor</i> Politike zaštite životne sredine – Ekonomsko-pravni aspekti	23
<i>Dr Stevan Šogorov, redovni profesor</i> Oblici izbegavanja i zbrinjavanja otpada kao predmet pravnog regulisanja	43
<i>Dr Srđan Šarkić, redovni profesor</i> Pravni položaj stranaca u srednjovekovnoj Srbiji	53
<i>Akademik Jožef Salma, redovni profesor</i> Pravni instrumenti upravljanja kvalitativnim stanjem voda	69
<i>Dr Rodoljub Etinski, redovni profesor</i> Primena načela <i>uti possidetis juris</i> u sporu između El Salvadora i Hondurasa	85
<i>Dr Zoran Arsić, redovni profesor</i> Dan akcionara u kompanijskom pravu Republike Srbije	115
<i>Dr Dragan Milkov, redovni profesor</i> O upravnom sporu u Srbiji	121
<i>Dr Predrag Jovanović, redovni profesor</i> Aktuelni aspekti principa zaštite zaposlenih	141
<i>Dr Gordana Vukadinović, redovni profesor</i> O pojmu autonomnog prava	163
<i>Dr Miloš Marjanović, redovni profesor</i> Elementi društvenog delanja	173
<i>Dr Gordana Kovaček-Stanić, redovni profesor</i> Autonomija <i>versus</i> materijalna istina u komparativnom pravu o porodičnom statusu deteta	195
<i>Dr Danica Popov, redovni profesor</i> Tužba zbog smetanja državnine	223
<i>Dr Ljubomir Stajić, redovni profesor</i> Zaštita od ugrožavanja nematerijalne imovine sa posebnim osvrtom na ulogu prava	239

<i>Dr Maja Stanivuković, redovni profesor</i>	
Sporovi između države i ulagača u vezi sa stranim ulaganjima u sektoru nuklearne energije: pregled dva slučaja nastala pod okriljem povelje o energiji	253
<i>Dr Dušan Nikolić, redovni profesor</i>	
Pravo životne sredine kao naučna i nastavna i disciplina	299
<i>Dr Bernadet Bordaš, redovni profesor</i>	
Pitanja biomedicinski potpomognutog oplodjenja pred Evropskim sudom za ljudska prava	313
<i>Dr Marija Salma, redovni profesor</i>	
Tužbe za otklanjanje susedskih imisija	335
<i>Dr Radenka Cvetić, redovni profesor</i>	
Pravna sposobnost i biomedicina – biomedicinska diskriminacija	349
<i>Dr Drago Divljak, redovni profesor</i>	
Državna pomoć u pravu EU i nacionalno pravo	363
<i>Dr Senad Jašarević, redovni profesor</i>	
Harmonizacija prava i prakse u oblasti participacije zaposlenih – Srbija i EU	379
<i>Dr Snežana Brkić, redovni profesor</i>	
Povodom decenije postojanja mandatnog krivičnog postupka u Srbiji	397

TABLE OF CONTENTS

<i>Marijana Pajvančić, Ph.D., Full Professor</i>	
Judical Power in the Constitutional System of Serbia in the Context of International Standards	7
<i>Đorđe Popov, Ph.D., Full Professor</i>	
Environmental Protection Policies – Economic and Legal Aspects	23
<i>Stevan Šogorov, Ph.D., Full Professor</i>	
Forms of Avoidance and Care of Waste as Subject of Legal Regulation	43
<i>Srđan Šarkić, Ph.D., Full Professor</i>	
Legal Position of Foreigners in Mediaeval Serbia	53
<i>József Szalma, Academician, DSC, Dr. Hc., Full Professor</i>	
Legal Instruments of the Management of the Quality of Water Resources	69
<i>Rodoljub Etinski, Ph.D., Full Professor</i>	
The Application of the Principle <i>Uti Possidetis Juris</i> to the Dispute between El Salvador and Honduras	85
<i>Zoran Arsić, Ph.D., Full Professor</i>	
Record Date in Serbian Company Law	115
<i>Dragan Milkov, Ph.D., Full Professor</i>	
About Judicial Review of Administration	121
<i>Predrag Jovanović, Ph.D., Full Professor</i>	
Current Aspects of the Principle of Protecting Employees	141
<i>Gordana Vukadinović, Ph.D., Full Professor</i>	
On the Notion of Autonomous Law	163
<i>Miloš Marjanović, Ph.D., Full Professor</i>	
Elements of Social Action	173
<i>Gordana Kovaček-Stanić, Ph.D., Full Professor</i>	
Autonomy versus Absolute Truth in Comparative Law on Family Status of the Child	195
<i>Danica Popov, Ph.D., Full Professor</i>	
The Protection of Possession	223
<i>Ljubomir Stajić, Ph.D., Full Professor</i>	
Protection of Endangered Intangible Assets Specific Insight Into the Role of the Law	239

<i>Maja Stanivuković, Ph.D., Full Professor</i>	
State-Investor Disputes Connected to Foreign Investments in the Nuclear Energy Sector: A Review of the Two Cases Arising under the Energy Charter Treaty	253
<i>Dušan Nikolić, Ph.D., Full Professor</i>	
Environmental Law as a Scientific and Educational Discipline	299
<i>Bernadet Bordaš, Ph.D., Full Professor</i>	
Issues of Biomedically Assisted Fertilization Before the European Court of Human Rights	313
<i>Marija Salma, Ph.D., Full Professor</i>	
Lawsuits for Removal of Neighboring Immissions	335
<i>Radenka Cvetić, Ph.D., Full Professor</i>	
Legal Capacity and Biomedicine – biomedical discrimination	349
<i>Drago Divljak, Ph.D., Full Professor</i>	
State Aid in the EU Law and National Law	363
<i>Senad Jašarević, Ph.D., Full Professor</i>	
Harmonization of the Law and Practice in the Area of Workers' Participation – Serbia and EU	379
<i>Snežana Brkić, Ph.D., Full Professor</i>	
On the Decennium of Penal Order Procedure in Serbia	397

*Dr Marijana Pajvančić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

O SUDSKOJ VLASTI U USTAVNOM SISTEMU SRBIJE U KONTEKSTU MEĐUNARODNIH STANDARDA¹

Sažetak: *Predmet pažnje je status suda i sudija u ustavnom sistemu Republike Srbije. Analiziraju se i komentarišu ustavna rešenja koja se odnose na položaj sudske vlasti u ustavnom sistemu Republike Srbije. U prilogu se ukazuje na nepotpuna, nekonzistentna i protivurečna ustavna rešenja koja ozbiljno dovode u pitanje status sudske vlasti u ustavnom sistemu, posebno princip nezavisnosti suda i sudija.*

Ključne reči: *ustav, ustavni status sudske vlasti, sud, nezavisnost suda, status sudija.*

U povodu ustavnog statusa sudske vlasti² u ustavnom sistemu Srbije, posebno ustavnih garancija položaja sudija i pravnih izvora koji regulišu ova osetljiva pitanja, a u kontekstu međunarodnih standarda o statusu sudija i sudskoj vlasti³ kao i principa vladavine prava fokus interesovanja

¹ Rad je rezultat istraživanja u 2011. godini u okviru projekta *Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)* koji se realizuje na Pravnom fakultetu u Novom Sadu.

² Šire kod Pajvančić, M., *Garancije nezavisnosti suda u pravnoj državi*, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, br. 4 – 5 /1992, str. 17 – 31.

³ Već Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima Ujedinjenih nacija (1948) u članu 10 propisuje da „svako ima jednako pravo na pravično javno suđenje pred nezavisnim i nepristrasnim sudom“. Pakt o građanskim i političkim pravima (1966, *Službeni list list SFRJ - Međunarodni ugovori*, br. 7/71), u članu 14 garantuje svakome pravo na suđenje „pred nadležnim sudom“. Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda

u ovom prilogu biće usmeren na: opšta ustavna načela o statusu sudske vlasti; pravne propise koji postavljaju osnov i određuju granice u kojima sudska vlast ostvaruje svoje nadležnosti u ustavnom sistemu i koje postavljaju pravni okvir u kome postupaju sudije u vršenju sudijske funkcije; ovlašćenja Narodne skupštine u odlučivanju o izboru (i razrešenju sudija); garancije zaštite ustavnog statusa sudija u postupku odlučivanja o njihovom izboru i razrešenju.

Više odredbi u Ustavu Srbije i posebno odredbe Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava govore da se upravo u najvišem pravnom aktu nalaze sistemske i strukturalne prepreke nezavisnom položaju sudova. Zakoni koji bliže regulišu osetljiva pitanja obezbeđivanja garancija koje bi trebalo da osiguraju nezavisnost sudske vlasti i garantuju nezavistan položaj suda i sudija u ustavnom sistemu, kao bitnu odliku pravne države su posledica kontradiktornih, nepotpunih i konfuznih ustavnih rešenja. Deo zakonskih rešenja uneo je dodatnu konfuziju u pogledu statusa sudske vlasti u ustavnom sistemu, posebno u vezi sa instrumentima koji bi trebalo da osiguraju nezavisnost i samostalnost sudske vlasti. Analiza i komentari koji slede odnosice se samo na ustavna rešenja, jer ustavna rešenja u suštini limitiraju i domete, i sadržaj i realne mogućnosti da se kroz zakonske intervencije, izmene ili otklone ona ustavna rešenja koja ne garantuju samostalnost i nezavisnost sudova i sudija. Ustav je ograničavajući činilac za obezbeđivanje nezavisnog položaja sudske vlasti u ustavnom sistemu, jer se zakonodavac prilikom regulisanja statusa sudske vlasti i sudija mora kretati u okvirima ustava i stoga je pažnja usmerena na ustavna rešenja.

Osnovna načela Ustava Republike Srbije – odredbe o statusu sudske vlasti u ustavnom sistemu

U svetlu osnovnih međunarodnih standarda⁴ koji se odnose na status sudske vlasti u ustavnom sistemu, posebno one standarde koji se odnose na garancije koje obezbeđuju nezavistan položaj suda i propisuju okvir i

da (*Službeni list SCG - Međunarodni ugovori*, br. 9/2003, 5/2005. i 7/2005 - ispr.) u članu 6 stav 2 precizira da pravo na pravično suđenje podrazumeva suđenje „u razumnom roku“ i „pred nadležnim sudom koji je obrazovan na osnovu zakona“. Pariska Povelja za novu Evropu (1990) kao jedno od tri bitna načela demokratije ističe „nepristrasno vršenje pravde“. Dokument iz Kopenhagena (1990), u tački 5,12, među elementima pravde od suštinskog značaja za ljudsko dostojanstvo navodi „nezavisnost sudija i nepristrasno funkcionisanje javnog sudstva“.

⁴ Na primer, Montrealska deklaracija (1968); Osnovna načela nezavisnosti sudova (1985); Osnovni principi o ulozi advokata (1990); Uputstva o ulozi tužilaca (1985) i dr. Videti: Beljanski, S., *Međunarodni pravni standardi u krivičnom postupku*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2001, str. 153 – 299.

granice delovanja suda i postupanja sudija, u institucionalnim okvirima načela podele vlasti, posebno se analiziraju ustavne odredbe⁵ koje određuju sadržaj i bitne karakteristike načela podele vlasti.

Nezavisno sudstvo kao ustavni princip neposredno je vezano za vrednosti koje čine jezgro moderne konstitucije: ograničenu vlast i garancije ljudskih prava. Ustavna vladavina i podela vlasti pretpostavlja nezavisno sudstvo i isključuje uticaj zakonodavne i izvršne vlasti na sud. Načelo podele vlasti i sadržaj koji ovo načelo obuhvata u Ustavu Republike Srbije⁶ nije regulisano na način koji ne ostavlja sumnju u pogledu sadržaja koji uključuje ovaj princip i oblika u kome se on ostvaruje u ustavnom sistemu Srbije. Konfuziju u određivanju statusa sudske vlasti u ustavnom sistemu unosi i kontradiktornost ustavnih normi koje regulišu ovo važno ustavno načelo na kome počiva horizontalna organizacija vlasti. Već u osnovnim načelima Ustava, u jednom istom članu, nalaze se dva pravila koja regulišu načelo podele vlasti i status sudske vlasti kao jedne od grana vlasti. Primetna je kolizija među njima.

Ustavno pravilo da odnos tri grane vlasti počiva na njihovoj međusobnoj kontroli⁷, dopušta da se ustanove institucionalna i normativna rešenja prema kojima izbor sudija nije u punoj ingerenciji sudske vlasti, već se nadležnosti u vezi sa izborom sudija dele između više organa vlasti.

Ustavno pravilo da je sudska vlast nezavisna⁸, sa druge strane, ne dopušta mogućnost da bilo koja druga grana vlasti na bilo koji način (pa ni u vezi sa izborom i razrešenjem sudija) povredi nezavisnost sudske vlasti i nezavisnost sudija, koja odlikuje ustavom propisani status sudske vlasti.

⁵ Odredbe o sudstvu, principima i instrumentima koji garantuju nezavisnost sudstva grupisane su u delovima ustava o organizaciji vlasti i ljudskim pravima, ali i u osnovnim odredbama Ustava. U glavi o organizaciji vlasti reguliše se status, organizacija i nadležnost sudova i status sudija (način izbora, mandat i razlozi za prestanak mandata, sudijski inkompatibilitet, imunitetska prava). U glavi o ljudskim pravima sistematizovana su osnovna procesna pitanja kao minimalne pretpostavke pravne sigurnosti (pretpostavka nevinosti, načelo legaliteta dela i sankcije, pravo na odbranu, dvostепенost suđenja, javnost sudskog postupka, pravo na pravično suđenje i dr.). Osnovne odredbe Ustava Republike Srbije regulišu osnovne ustavne principe koji se, između ostalog, odnose i na sudstvo (obaveza poštovanja ustava i zakona i delovanje organa državne vlasti na osnovu i u okviru ustava i zakona, jednakost pred zakonom i dr.).

⁶ Član 4 Ustava Republike Srbije, šire o tome više kod Pajvančić, M., *Komentar Ustava Republike Srbije*, Konrad Adenauer Stiftung, Beograd, 2008. str. 16 – 17.

⁷ Član 4 stav 3 Ustava Republike Srbije propisuje da se „odnos tri grane vlasti (dakle uključujući i sudsku vlast, komentar M.P.) zasniva na ravnoteži i međusobnoj kontroli”.

⁸ Član 4 stav 4 Ustava Republike Srbije, eksplicitno utvrđuje da je „sudska vlast nezavisna”.

Sintagma „međusobna kontrola“ koja se u Ustavu koristi otvara više pitanja i zahteva da bude predmet analize i na njoj zasnovanog komentara. U čemu se ogleda „međusobna kontrola“ tri grane vlasti? Da li se ustavno pravilo koje propisuje nadležnost Narodne skupštine da bira sudije⁹ može razumeti i kao jedan od instrumenata parlamentarne kontrole sudske vlasti? Posebno osetljivo pitanje za nezavisnost sudske vlasti je odnos egzekutive i sudske vlasti. Stoga citirana ustavna sintagma otvara kao posebno delikatno pitanje u čemu bi se, u kontekstu principa vladavine prava, ogledala i kako bi se mogla prepoznati „međusobna kontrola“ kada se radi o odnosu sudske i izvršne vlasti? Da li je „međusobna kontrola“ nužno samo jednostrana i svedena na legitimne i na pravu zasnovane instrumente pravne države koji podrazumevaju sudsku kontrolu uprave ili je ova kontrola obostrana, na šta upućuje ustavna odredba. Da li bi odnos ove dve grane vlasti koji počiva na „međusobnoj kontroli“ mogao da podrazumeva i instrumente koji bi i egzekutivi potencijalno i pod određenim uslovima dopustili mogućnost da kontroliše sudsku vlast?

Ustavno pravilo da odnos zakonodavne, izvršne i sudske vlasti kao tri posebne grane vlasti za čije međusobne odnose je karakterističan princip „međusobne kontrole“, dopušta i mogućnost da se ustanove normativna rešenja prema kojima se odlučivanje o izboru sudija dele između Narodne skupštine i Visokog saveta sudstva,¹⁰ i na taj način ova važna garancija nezavisnog položaja suda izuzima iz pune ingerencije organa sudske vlasti. Drugo ustavno pravilo¹¹ koje eksplicitno garantuje nezavisnost sudske vlasti ne bi dopuštalo mogućnost da bilo koja druga grana vlasti na bilo koji način, uključujući i odlučivanje o izboru i razrešenju sudija, povredi ustavnom propisani status sudske vlasti koji odlikuje nezavisnost.

U kritikama stručne javnosti upućenim ustavnim rešenjima o statusu sudske vlasti i posebno kritikama normativnih rešenja koja se odnose na regulisanje načina izbora (rezrešenja) sudija, sa razlogom se upućuje na međunarodne standarde nezavisnosti sudske vlasti i ukazuje na neusklađenost ustavnih rešenja sa standardima nezavisnog sudstva, na koje se upućuje u kritikama ustavnih rešenja o statusu sudske vlasti i posebno rešenja koja se odnose na regulisanje načina izbora (rezrešenja) sudija.

⁹ Član 99 stav 2 tačka 3 Ustava Republike Srbije i član 147 stav 1 Ustava Republike Srbije.

¹⁰ Član 105 stav 2 tačke 12 i 13 i član 147 stav 1 Ustava Republike Srbije.

¹¹ U toku debate vođene prilikom usvajanja seta pravosudnih zakona krajem 2008. godine ova pitanja bila su predmet posebne pažnje, posebno u kontekstu obezbeđivanja načela nezavisnosti sudstva.

Međunarodni standardi u ovoj oblasti upućuju na više posebnih načela čiji smisao je da obezbede nezavisnost sudstva, među kojima se po načaju izdvajaju: isključiva jurisdikcija suda u pitanjima sudske prirode, odvajanje sudstva od tužilaštva i odvajanje sudstva od uprave.

Isključiva *jurisdikcija suda u svim pitanjima sudske prirode*, što pretpostavlja zabranu promene sudskih odluka od strane vansudskih organa vlasti, izuzimajući od ovog osnovnog pravila na zakonu zasnovano ublažavanje ili zamenu kazne kao i pomilovanje. Saglasno načelu dvostepenosti, o preispitivanju sudske presude može odlučivati samo viši sud.

Odvajanje sudstva od tužilaštva i njegova potpuna nezavisnost prema tužilaštvu. Nadležnost tužilaštva, kao državnog organa kome je poverena nadležnost da preduzima gonjenje učinilaca krivičnih dela, povezana sa sudskom vlašću ali tužilaštvo je samostalan organ vlasti. Tužilac je jedna od strana u sporu koji se vodi pred sudom, a nezavisnost sudstva zahteva da funkcija tužioca bude odvojena od sudske.

Odvajanje sudstva od uprave i *podvrgavanje uprave sudskoj kontroli* garantuje poseban položaj suda u odnosu na izvršnu vlast i predstavlja jedan od osnovnih principa ustavne države. U nekim ustavima eksplicitno se propisuje odvajanje sudstva od uprave kao i sudska kontrola zakonitosti upravnih akata.

Pozivanje na međunarodne izvore i upućivanje na međunarodne standarde nezavisnog sudstva¹² nije delotvorno, ako se ima u vidu status koji u ustavnom sistemu Srbije imaju međunarodni izvori. Odrebe Ustava Republike Srbije u vezi sa kojima bi se moglo uputiti na standarde nezavisnosti sudstva su primer nepotpunih i kontradiktornih pravila.¹³ Nekoliko primera ovakvih pravila biće u daljem tekstu, a u vezi sa sadržajem problematike na koju se odnose, predmet celovitijeg komentara. Ustav Republike Srbije nema integrativnu klauzulu koja bi eksplicitno definisala primat međunarodnog prava. Opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i ratifikovani međunarodni ugovori su „sastavni deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuju“¹⁴. Ustav izričito propisuje da „međunarodni ugovori moraju biti u skladu sa Ustavom“¹⁵ i ustanovljava nadležnost Ustav-

¹² Na primer, Montrealska deklaraciju (1968.); Osnovna načela nezavisnosti sudova (1985.); Osnovni principi o ulozi advokata (1990.); Uputstva o ulozi tužilaca (1985.) i dr. Videti: Beljanski, S., *Međunarodni pravni standardi u krivičnom postupku*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2001, str. 153 – 299.

¹³ Više u komentarima uz članove 16, 17, 18, 22, 75, 142, 145, 149, 167, 170, i 194 Ustava Republike Srbije kod Pajvančić, M., *Komentar Ustava Republike Srbije*, KAS., Beograd, 2008.

¹⁴ Član 16 stav 2 Ustava Republike Srbije.

¹⁵ Član 16 stav 2 Ustava Republike Srbije.

nog suda da ocenjuje „saglasnost potvrđenih međunarodnih ugovora sa Ustavom“¹⁶. Citirane ustavne odredbe govore bi u prilog zaključku da se međunarodni standardi mogu podvrgnuti ustavnosudskoj kontroli. U postupku njihove ustavnosudske kontrole, Ustav Republike Srbije je primarni i jedino relevantni pravni osnov i okvir za postupanje Ustavnog suda i ocenu saglasnosti međunarodnih standarda utvrđenih potvrđenim međunarodnim ugovorima sa unutrašnjim pravom.

Pravni izvori koji postavljaju osnov delovanja suda i granice sudske vlasti

Načelo nezavisnosti sudske vlasti u odnosu na druge grane vlasti konkretizuju i operacionalizuju i ustavne odredbe kojima se regulišu i propisuju granice u kojima se garantuje nezavisnost sudske vlasti i određuju pravni izvori koji su pravni osnov za delovanje suda i postupanje sudija. Tri pitanja u ovom kontekstu biće posebno razmotrena: status sudova – samostalnost i nezavisnost i propisi koji vezuju sud; sudske odluke i propisi na kojima se zasnivaju odluke suda i status sudija – nezavisnost i propisi kojima su sudije potčinjene prilikom postupanja.

Među načelima koji se odnose na sudstvo, u poglavlju u kome su sistematizovane odredbe o sudskoj vlasti, Ustav Srbije reguliše status suda. „Sudovi su samostalni i nezavisni u svom radu“,¹⁷ glasi ustavna norma koju, u skladu sa principom ograničene vlasti i vladavine prava (vlast u granicama prava) dopunjuje i ustavno pravilo koje postavlja pravni osnov i okvir delovanja suda. Ustav Srbije eksplicitno propisuje da „sudovi sude na osnovu Ustava, zakona i drugih opštih akata (uz uslov da to predviđa zakon), opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i potvrđenih međunarodnih ugovora.“¹⁸ Navedena odredba Ustava govori da su opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava kao i potvrđeni međunarodni ugovori pravni osnov zaštite ljudskih prava. Ove odredbe Ustava postavljaju i granice u kojima sudska vlast postupa kada, kao primarni zaštitnik ljudskih prava, odlučuje o njihovoj zaštiti. Načelna odredba Ustava, formulisana kao generalni ustavni princip da su opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori deo pravnog poretka, kao i da se sud prilikom suđenja, može pozvati na ove pravne izvore, jer oni definišu i okvir njegovog delovanja, na ovaj se način operacionalizuje i njeno dejstvo se bliže određuje u odnosu na položaj suda u ustavnom sistemu.

¹⁶ Član 167 stav 1 tačka 2 Ustava Republike Srbije.

¹⁷ Član 142 stav 2 Ustava Republike Srbije.

¹⁸ Član 142 stav 2 in fine Ustava Republike Srbije.

Drugi važan pokazatelj statusa sudske vlasti u ustavnom sistemu, posebno granica u kojima se garantuje nezavisnost sudske vlasti su one odredbe Ustava u kojima upućuje na pravne propise na kojima se zasnivaju sudske odluke. Odredba Ustava Republike Srbije koja reguliše pravne izvore na kojima se mogu zasnivati sudske odluke sužava pravne izvore na Ustav, zakone i propise donete na osnovu zakona i potvrđene međunarodne ugovore.¹⁹ Primetno je da su sa spiska relevantnih pravnih izvora na kojima se mogu temeljiti odluke suda izostavljena opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava. Ustavne odredbe koje regulišu osnov i granice postupanja suda su kontradiktorne. Iako su opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava pravni izvor na osnovu koga sudovi sude²⁰, odluka suda se ne bi mogla zasnivati na opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava niti bi se mogla pozvati na ovaj pravni izvor, već samo na potvrđeni međunarodni ugovor. Ako opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava predstavljaju relevantan pravni izvor za delovanje suda, sa razlogom se može postaviti pitanje šta je rukovodilo ustavotvorca da ovaj izvor izostavi sa popisa pravnih izvora na kojima mogu biti zasnovane odluke suda?

Za sagledavanje pravnog okvira koji postavlja granice postupanja sudske vlasti u ustavnom sistemu i tako posredno govori i o granicama ustavnih garancija nezavisnosti sudske vlasti su i one odredbe Ustava koje bliže regulišu status sudija, posebno pravne izvore kojima je sudija vezan prilikom postupanja i odlučivanja. Ustav Republike Srbije u odredbi koja reguliše status sudija, posebno nezavisnost sudija propisuje da je sudija u vršenju sudijske funkcije „nezavisan i potčinjen samo Ustavu i zakonu”.²¹ U ovom kontekstu, navodeći pravne izvore koji predstavljaju osnov i određuju opšti okvir za postupanje i odlučivanje sudija u Ustavu se eksplicitno navode samo dva izvora. To su Ustav i zakon kao pravni propisi kojih se sudija mora pridržavati prilikom postupanja i odlučivanja. Potpuno je izostalo navođenje međunarodnih izvora (opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori), kojima bi se sudije mogle rukovoditi kao relevantnim pravnim izvorima sudije prilikom odlučivanja i koji bi postavljali granice sudskoj vlasti, kao i „druge opšte akate ukoliko je to predviđeno zakonom”²² odnosno „propise done-
te na osnovu zakona.”²³

¹⁹ Član 145 stav 2 Ustava Republike Srbije.

²⁰ Član 142 stav 2 Ustava Republike Srbije.

²¹ Član 149 stav 1 Ustava Republike Srbije. Više u komentarima uz članove 18 stav 3 i član 149 stav 1 u Pajvančić, M., Op. cit. str. 28 – 30 kao i Pajvančić, M.,: *Kontraverze ustavnog okvira zaštite ljudskih prava*, međunarodni okrugli sto, Zbornik „Ustavne i međunarodno pravne garancije zaštite ljudskih prava“, Pravni fakultet, Niš, 2008, str. 245 – 261.

²² Član 142 stav 2 Ustava Republike Srbije.

²³ Član 145 stav 2 Ustava Republike Srbije.

Prilikom razmatranja pravnih izvora koji predstavljaju osnov ostvarivanja sudske funkcije vlasti i određuju granice u kojima u ustavnom sistemu deluje sudska vlast potrebno je skrenuti pažnju na još dve grupe pravnih izvora koji su oslonac za postupanje sudova i pravni okvir delovanja sudske vlasti. Za razliku od prethodno komentarisanih ustavnih odredbi, ove odredbe Ustava nisu sistematizovane u poglavlju o sudskoj vlasti, već u poglavlju u kome se regulišu ljudska i manjinska prava. Ovi pravni izvori uključuju dve vrste pravnih izvora: „međunarodne standarde ljudskih i manjinskih prava”²⁴ i „praksu međunarodnih tela koji nadziru sprovođenje ljudskih prava”.²⁵ Uprkos tome što se „međunarodni standardi ljudskih i manjinskih prava” i „praksa međunarodnih tela koji nadziru sprovođenje ljudskih prava” eksplicitno ne navode u poglavlju Ustava o sudskoj vlasti ovi izvori bi trebalo da budu relevantni oslonac i za sudske vlasti budući da Ustav u poglavlju o ljudskim i manjinskim pravima na njih eksplicitno upućuje posebno u vezi sa tumačenjem odredbi o ljudskim pravima.²⁶

Iz ustavnih odredbi koje su bile predmet analize i komentara može se zaključiti da pravni osnov i okvir delovanja sudske vlasti kao važan pokazatelj ustavnog statusa ove grane vlasti i posebno njene nezavisnosti u odnosu na druge grane vlasti nije jasno i nedvosmisleno regulisan. Na ovakav zaključak upućuje više pokazatelja. U ustavnom sistemu nije jasno definisan status međunarodnih izvora prava. Ostaje otvoreno pitanje da li se sud prilikom odlučivanja rukovodi i ovim propisima kao i da li i međunarodni izvori prava postavljaju granice u kojima deluje sudska vlast. Podjednako neprecizno u Ustavu su navedeni i podzakonski pravni akti na koje se upućuje kao na izvore kojima se sud rukovodi prilikom suđenja („drugi opšti akti kada je to predviđeno zakonom”)²⁷ odnosno na kojima se zasnivaju sudske odluke („propisi doneti na osnovu zakona”).²⁸ Način na koji je u Ustavu regulisano ovo pitanje povod je da se ukaže na moguće probleme u praktičnoj primeni ovih odredbi. Na primer, da li termini „opšti akti” i „propisi” predstavljaju izraz samo terminološke konfuzije i nedoslednosti ili se radi o različitim pojmovima; da li se sud rukovodi samo opštim podzakonskim pravnim aktima samo pod uslovom da je takvo postupanje suda „predviđeno zakonom” ili ga

²⁴ Član 18 stav 3 Ustava Republike Srbije.

²⁵ Član 18 stav 3 in fine Ustava Republike Srbije.

²⁶ Član 18 stav 3 Ustava Republike Srbije.

²⁷ Član 142 stav 2 Ustava Republike Srbije. Više u komentarima uz ovaj član kod Pajvančić, M., Op. cit. str. 182 – 184.

²⁸ Član 145 stav 2 Ustava Republike Srbije, Više u komentarima uz ovaj član kod Pajvančić, M., Op. cit. str. 186.

prilikom postupanja vezuju i drugi „propisi” uz uslov da su oni „doneti na osnovu zakona”?

Praktične konsekvence nepotpunih i protivurečnih ustavnih pravila ne ogledaju se samo u pretnji nezavisnom položaju sudske vlasti u ustavanom sistemu, već i u tome što mogu uticati na sudsku zaštitu ljudskih prava kao primarni vid zaštite ljudskih prava i otuda su i ozbiljna pretnja pravnoj sigurnosti i neposredno ugrožavaju princip vladavine prava kao temeljni ustavni princip.

Ovlašćenja Narodne skupštine Republike Srbije u odlučivanju o izboru sudija

Odlučivanje (nadležnost i postupak odlučivanja) o izboru (i razrešenju) sudija predstavlja jedan od najznačajnijih pokazatelja koji govori o tome kakav je položaj suda i sudija u ustavnom sistemu i predstavlja pouzdan i važan pokazatelj (ne)zavisnosti sudske vlasti. Sadržaj, kvalitet i obim nadležnosti Narodne skupštine prilikom odlučivanja o izboru sudija kao i postupak po kome se odvija izbor sudija su pokazatelji koji svedoče o tome da li su u ustavnom sistemu Srbije ustanovljene čvrste i pouzdane ustavne garancije da li je sudska vlast nezavisna od zakonodavne vlasti i da li je, u skladu sa principom podele vlasti koji Ustav načelno garantuje²⁹, obezbeđena nezavisnost suda i sudija.

O sadržaju i prirodi nadležnosti Narodne skupštine Republike Srbije u vezi sa izborom sudija govore ustavne odredbe o nadležnostima Narodne skupštine Republike Srbije. Ustavom Republike Srbije propisano je da Narodna skupština Republike Srbije „u okviru svojih izbornih prava (...) bira predsednika Vrhovnog kasacionog suda, predsednike sudova, (...) i sudije.”³⁰ Sadržaj i prirodu nadležnosti Narodne skupštine u vezi sa odlučivanjem o izboru sudija Ustav je definisao kao jedno od izbornih prava Narodne skupštine Republike Srbije. Sadržaj izbornih prava čije je vršenje povereno Narodnoj skupštini Republike Srbije uključuje meritorno odlučivanje o izboru. U Ustavu je ova nadležnost Narodne skupštine Republike Srbije vezana za izbor predsednika Vrhovnog kasacionog suda, izbor predsednika sudova i izbor sudija.

Obim i kvalitet nadležnosti koje Ustav dodeljuje Narodnoj skupštini Republike Srbije u vezi sa izborom sudija se razlikuju. Razlike zavise od toga o čijem izboru odlučuje Narodna skupština Republike Srbije.

²⁹ Član 4 stav 2 Ustava Republike Srbije.

³⁰ Član 99 stav 2 tačka 3 Ustava Republike Srbije.

Kada Narodna skupština Republike Srbije odlučuje o izboru sudija ona raspolaže punim obimom svojih izbornih nadležnosti. Ona meritorno odlučuje o izboru sudija koji se po prvi put biraju za sudije („bira za sudiju lice koje se po prvi put bira na sudijsku funkciju“).³¹ U ovom slučaju ovlašćenja Narodne skupštine Republike Srbije ne obuhvataju pravo da predlaže izbor sudija, već samo pravo da odlučuje o njihovom izboru. Pravo predlaganja sudija koji se na sudijsku funkciju biraju prvi put pripada Visokom savetu sudstva.³² Prilikom odlučivanja o izboru sudija koji se biraju po prvi put na sudijsku funkciju Narodna skupština Republike Srbije je vezana predlogom za izbor sudija koji utvrđuje Visoki savet sudstva. Ali, ova nadležnost Narodne skupštine ne bi mogla biti redukovana samo na prosto nominalno proglašenje izbora sudija („konstatovanje izbora“ koji je faktički izvršio Visoki savet sudstva), jer je Ustav razgraničio ovlašćenja ovih organa u postupku izbora sudija i propisao eksplicitno da o izboru sudija odlučuje Narodna skupština Republike Srbije.³³ Sadržaj prava koje Vrhovni savet sudstva ima u vezi sa prvim izborom sudija obuhvata samo pravo ovog organa sudske vlasti da predlaže izbor sudija.³⁴ Narodna skupština Republike Srbije, dakle, raspolaže punim kapacitetom ovlašćenja vezanih za izbor sudija, dok je kvalitet ovlašćenja Visokog saveta sudstva ograničen samo na podnošenje predloga za izbor sudija.

O obimu prava Narodne skupštine Republike Srbije da odlučuje o izboru sudija koji se na sudijsku funkciju biraju prvi put, govori i odredba Ustava koja propisuje većinu neophodnu za odlučivanje o izboru sudija. Prema Ustavu Republike Srbije³⁵ Narodna skupština Republike Srbije svoja izborna prava vezana za izbor sudija koji se na sudijsku funkciju biraju prvi put, izbor predsednika Vrhovnog kasacionog suda kao i predsednika sudova realizuje odlukama za koje je Ustavom propisana kvalifikovana (apsolutna) većina. O ovim izborima odlučuje se „većinom glasova svih narodnih poslanika“³⁶ i „u skladu sa Ustavom“.³⁷

Analiza ustavnih odredbi o sadržaju i kvalitetu nadležnosti koje ima Narodna skupština Republike Srbije u vezi sa izborom sudija, a koje su bile predmet pažnje upućuje na još jedno zapažanje. Ono se odnosi na ne-

³¹ Član 147 stav 1 Ustava Republike Srbije.

³² Član 147 stav 1 Ustava Republike Srbije.

³³ Član 99 stav 2 tačka 3, član 105 stav 1 tačke 12 i 13 i član 147 stav 1 Ustava Republike Srbije.

³⁴ Član 147 stav 1 Ustava Republike Srbije.

³⁵ Član 105 tačka 1 stavovi 12 i 13 Ustava Republike Srbije.

³⁶ Član 105 stav 2 tačka 12 Ustava Republike Srbije.

³⁷ Član 105 stav 2 tačka 13 Ustava Republike Srbije.

konzistentnost (pa i nelogičnost) ustavnih pravila kojima se bliže upućuje na pravne propise u kojima se reguliše izbor sudija, odnosno razrešenje sudija. Ustav eksplicitno propisuje da se ovlašćenja Narodne skupštine u vezi sa izborom sudija regulišu Ustavom³⁸ kao osnovnim i najvišim pravnim aktom u pravnom poretku. Iako je za status sudija u ustavnom sistemu, naročito kada se radi o garantovanju i obezbeđivanju nezavisnosti sudija podjednako značajno ne samo ko i po kom postupku odlučuje o izboru sudija, već posebno (možda čak i mnogo značajnije) ko, na osnovu kojih razloga i po kom postupku odlučuje o razrešenju sudija Ustav propisuje da se „postupak, osnovi i razlozi za prestanak sudijske funkcije, kao i razlozi za razrešenje od dužnosti predsednika suda, uređuju zakonom”³⁹, i upućuje na zakonsko regulisanje uslova čijim ispunjenjem ili nastupanjem sudiji prestaje sudijska funkcija.⁴⁰

Način na koji je u Ustavu Republike Srbije regulisan prestanak mandata sudija i razrešenje sudija govori da je pravno regulisanje ovih pitanja, za razliku od izbora sudija, najvećim delom prepušteno zakonskoj regulativi. Važna i izuzetno osetljiva pitanja za status sudija, pa i za status suda u ustavnom sistemu kao što su postupak odlučivanja o prestanku sudijskog poziva i razrešenju sudije, razlozi zbog kojih sudiji prestaje sudijska funkcija, razlozi za razrešenje sudije i razlozi za razrešenje predsednika suda, kao i postupak odlučivanja o ovim pitanjima, nemaju status ustavne materije ustavnom sistemu Republike Srbije.

Ostaje otvoreno pitanje čime se ustavotvorac rukovodio kada se opredelio da odlučivanje o izboru sudija rezerviše za ustavnu regulativu određujući to pitanje kao konstitucionalnu materiju, dok je mnogo delikatnije i osetljivije pitanje prestanka mandata i razrešenja sudija prepustio zakonskoj regulativi?

Zaštita prava sudija u postupku odlučivanja o izboru i razrešenju

Ustavom Republike Srbije i Ustavnim zakonom za sprovođenje Ustava nije regulisano nekoliko važnih i za status sudske vlasti u ustavnom sistemu veoma delikatnih i osetljivih pitanja koja se odnose na izbor kao i na prestanak mandata (razrešenje). U vezi sa ovim pitanjima u ustavnom sistemu postoje pravne praznine koje su u praksi već bile povod različitim interpretacijama i koje su izazvale ne male probleme u praktičnom sprovođenju nepotpunih ustavnih odredbi. Činjenica da su

³⁸ Član 99 stav 2 tačka 3 i član 105 stav 1 tačke 12 i 13 Ustava Republike Srbije.

³⁹ Član 148 stav 3 Ustava Republike Srbije. Više u komentarima uz ovaj član kod Pajvančić, M., Op. cit. str. 188 – 189.

⁴⁰ Član 148 stav 1 Ustava Republike Srbije. Isto, str. 188 – 189.

ova pitanja ostala „otvorena” kao i da u ustavnom sistemu nisu ustanovljeni instrumenti niti su propisane procedure po kojima se o ovim pitanjima odlučuje kako bi se iznašla rešenja za sporna pitanja, bila je povod za brojne pravne nedoumice, lutanja u rešenjima koja su predstavljala samo nespretnu pokušaje da se problemi „saniraju”, a ni do danas nisu rezultirala trasiranjem pravno zasnovanog puta za valjanim ustavnim rešenjima.

Analiza ustavnih odredbi pokazuje da status sudija u postupku odlučivanja o njihovom izboru nije zaštićen. U ustavnom sistemu Republike Srbije nisu ustanovljeni instrumenti pravne zaštite statusa sudija, koji bi stajali na raspolaganju sudijama i koje bi oni mogli koristiti u slučaju kada nastupi povreda materijalnog ili procesnog izbornog prava do koje realno može doći u postupku odlučivanja o izboru sudija. Iako je u samom Ustavu regulisan način izbora sudija (za razliku od postupka razrešenja čije regulisanje je prepušteno zakonodavcu), Ustav Republike Srbije nije regulisao zaštitu prava sudija u postupku odlučivanja o njihovom izboru (za razliku od zaštite prava sudija u postupku odlučivanja o njihovom razrešenju). Nije nezamislivo da u postupku odlučivanja o izboru sudija, organi koji o tome odlučuju povrede bilo neko od materijalnih izbornih prava, bilo neku od normi procesnog izbornog prava. Ustav ne garantuje pravo sudija da zaštite svoja prava ukoliko u postupku njihovog izbora ova prava budu povređena. Na ove probleme ukazuju i mišljenja, komentari i ocene Venecijanske komisije iznete u vezi sa dokumentima „Osnovna načela za izradu sistemskih zakona za regulisanje pravosuđa - sudije” i “Osnovna načela za izradu sistemskih zakona za regulisanje pravosuđa – tužioci”⁴¹

Pravne praznine, nepotpuna i manjkava ustavna rešenja kao i povreda prava u toku postupka izbora sudija su, između ostalog, jedan od razloga što se u ovom momentu, pred Ustavnim sudom nalazi veliki broj predmeta koji se odnose upravo na povrede prava u postupku izbora (razrešenja) sudija.

Način na koji je u Ustavu Republike Srbije, posebno u Ustavnom zakonu za sprovođenje Ustava regulisan prestanak mandata i razrešenje sudija izazvao je probleme u ustavnoj praksi. Već je konstatovano da je Ustav Republike Srbije više osetljivih i za ustavni status sudija i nezavisnost sudske vlasti uopšte, veoma važnih pitanja (postupak od-

⁴¹ Strazbur, 19. mart 2007. Mišljenje br. 405/2006 CDL-AD(2007)004 EVROPSKA KOMISIJA ZA DEMOKRATIJU PUTEM PRAVA (VENECIJANSKA KOMISIJA) MIŠLJENJE O USTAVU SRBIJE (usvojeno od strane Komisije na 70. plenarnoj sednici Venecija, 17-18. mart 2007.) na osnovu komentara G-dina C. GRABENWARTER (član, Austrija), G-dina J. JOWELL (član, Ujedinjeno Kraljevstvo), G-de H. SUCHOCKA (član, Poljska), G-dina K. TUORI (član, Finska), G-dina J. VELAERS (član, Belgija).

lučivanja o prestanku sudijskog poziva i razrešenju sudije, razloge zbog kojih sudiji prestaje funkcija, razloge za razrešenje sudije kao i razloge zbog kojih može biti razrešen predsednik suda) nije regulisao, već je to delegirao zakonodavcu. Zakonsko regulisanje ovih pitanja slabi ustavni položaj sudske vlasti, jer se zakoni jednostavnije i lakše menjaju od Ustava.

Premda su najznačajnija pitanja koja su vezana za prestanak sudijske funkcije i razrešenje sudija u ustavnom sistemu Srbije materija koju, kako se u Ustavu eksplicitno propisuje, reguliše zakon,⁴² zaštita prava sudija ukoliko do povrede prava dođe u postupku odlučivanja o prestanku mandata sudija regulisana je Ustavom Republike Srbije. Zaštita prava sudija u postupku odlučivanja o prestanku sudijske funkcije, regulisana je u slučaju kada o prestanku sudijske funkcije odlučuje Visoki savet sudstva.⁴³ Ustavom je ustanovljen i pravni instrument koji sudija može koristiti kako bi zaštitio svoja prava u postupku odlučivanja o prestanku sudijske funkcije ili razrešenju. To je žalba koju sudija koji smatra da mu je povređeno neko pravo u postupku odlučivanja o razrešenju ili prestanku mandata može izjaviti Ustavnom sudu. Ustanovljena je i nadležnost Ustavnog suda da odlučuje o zaštiti prava sudija prilikom odlučivanja o njihovom razrešenju.⁴⁴ Korišćenje prava na žalbu protiv odluke Visokog saveta sudstva, prema izričitoj ustavnoj odredbi⁴⁵ isključuje korišćenje prava na podnošenje ustavne žalbe. Sudija, dakle, ne može koristiti oba pravna (žalbu na odluku Visokog saveta sudstva i ustavnu žalbu) instrumenta za zaštitu svog statusa.

U ovom slučaju, dakle, zakon reguliše suštinska materijalna i procesna pitanja u vezi sa prestankom sudijske funkcije i razrešenjem sudija. Ipak zaštita prava sudija u postupku odlučivanja o prestanku sudijske funkcije odnosno razrešenju sudije zadržala je status ustavne materije. Ovakvo ustavno rešenje povod je da se postavi pitanje kojim razlozima su se rukovodili pisci Ustava kada su za Ustav rezervisali zaštitu prava sudija u vezi sa odlučivanjem o prestanku sudijske funkcije i razrešenju sudije, dok su druga ne manje važna pitanja u vezi sa prestankom sudijske funkcije i razrešenjem sudija prepustili zakonskoj regulativi?

Pored toga, indikativna su i određena rešenja Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava. U odredbama koje se odnose na izbor sudija i predsednika sudova, propisano je da će se „izbor sudija (...) izvršiti najkasnije u

⁴² Član 148 stav 3 Ustava Republike Srbije.

⁴³ Član 148 stav 2 Ustava Republike Srbije.

⁴⁴ Član 148 stav 2 in fine Ustava Republike Srbije.

⁴⁵ Član 148 stav 2 Ustava Republike Srbije.

roku od jedne godine od dana konstituisanja Visokog saveta sudstva”.⁴⁶ Izostalo je, međutim, regulisanje statusa sudija koji su u momentu stupanja na snagu Ustava bili na stalnoj sudijskoj funkciji na koju su birani na osnovu Ustava iz 1990. godine, sa kojim aktuelni Ustav zadržava kontinuitet. I u odnosu na ovo važno pitanje statusa sudija u ustavnom sistemu postoji, dakle, pravna praznina. Ovakvo rešenje koje je takođe bilo povod brojnim problemima u praksi sprovođenja Ustava u više navrata kritikovano je ne samo od strane domaće već i međunarodne stručne javnosti.

Za razliku od statusa sudija koji nije regulisan Ustavnim zakonom za sprovođenje Ustava Republike Srbije, istim Ustavnim zakonom, regulisan je na primer, pravni status sudija Ustavnog suda koji su u momentu usvajanja Ustava bili izabrani na ovu funkciju bez ograničenja mandata. Ustavnim zakonom za sprovođenje Ustava eksplicitno je propisano i precizirano da „izborom odnosno imenovanjem dve trećine od ukupnog broja sudija Ustavnog suda, smatra se da je Ustavni sud konstituisan, u kom trenutku prestaje mandat predsedniku i sudijama Ustavnog suda izabranim u skladu sa ranije važećim Ustavom”.⁴⁷

Sve što je pomenuto samo ilustruje evidentne nedostatke ustavnih rešenja koja su bila povod za brojne kritike, posebno stručne javnosti, ali koja su izazvala i ne male probleme u ustavnoj praksi. Nije na odmet podsetiti, na kraju, da je nezavisno sudstvo jedna od vrednosti koje čine jezgro moderne konstitucije, jer je vezana za supstancijalno ustavno pitanje – osiguranje ljudske slobode u političkoj zajednici, kao i da je Osnovnim načelima o nezavisnosti sudova eksplicitno utvrđeno da će “nezavisnost sudstva garantovati država i da će ona biti zaštićeno ustavom ili zakonima zemlje”.⁴⁸

Ustav Republike Srbije, dakle, nije saveznik niti pouzdan oslonac za nezavisno sudstvo. Zakoni koji operacionalizuju ustavna rešenja samo postavljaju osnovni, Ustavom postavljeni pravac. Zato raspravu o zakonima koji slede iz Ustava ne smatram posebno delotvornom. Trebalo je suprotstaviti se donošenju ovakvog Ustava.

⁴⁶ Član 7 stav 2 Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98 od 10. novembra 2006. godine.

⁴⁷ Član 9 stav 3 Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava Republike Srbije.

⁴⁸ Načelo 1 Osnovnih načela o nezavisnosti sudstva.

*Marijana Pajvančić, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad*

Judicial Power in the Constitutional System of Serbia in the Context of International Standards

Abstract

The attention is paid to the status of the courts and judges within the constitutional system of the Republic of Serbia. Constitutional solutions referring to the status of judicial power within constitutional system of the Republic of Serbia have been analyzed and discussed. The enclosure points out deficient, inconsistent and controversial constitutional solutions which seriously question the status of judicial power within the constitutional system, particularly the principle of both courts and judges independence.

Key words: Constitution, constitutional status of judicial power, the court, independence of the court, judges status.

*Dr Đorđe Popov, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

POLITIKE ZAŠTITE ŽIVOTNE SREDINE – Ekonomsko-pravni aspekti –

Sažetak: *Zemlje koje žele da budu ekonomski uspešne u savremenim uslovima moraju da sprovede strategiju održivog razvoja koja pretpostavlja da će se razvoj odvijati tako da ne ugrožava mogućnosti budućih generacija da zadovolje svoje potrebe. Strategija održivog razvoja se ne može sprovoditi bez izuzetne brige za zaštitu životne sredine. Tačno je bi se zaštitila životna sredina potrebno koristiti saznanja prirodnih nauka, ali da bi privredni subjekti i država bili podstaknuti da aktivno učešće u zaštiti životne sredine potrebno je napraviti optimalnu kombinaciju ekonomskih i pravnih mera. Da bi se ona sačinila od izuzetnog je značaja korišćenje saznanja koje nudi ekonomska analiza prava. U radu se analiziraju različite vrste mera kako one podstičajne tako i kaznene i njihov uticaj na zaštitu životne sredine. Iste mere ne mogu se primenjivati u zemljama različitog stepena ekonomskog razvoja i izgrađenosti pravne i ekonomske infrastrukture. U zemljama u razvoju i zemljama u tranziciji često puta se mora odstupati i od osnovnog principa da onaj ko zagađuje i plaća. Poseban problem kada je reč o zemljama u tranziciji predstavlja proces privatizacije i s njim povezano pitanje odgovornosti za zaštitu životne sredine. Takođe u mnogim slučajevima kao jedino efektivna primenjuju se sredstva koja pruža krivičnopravna zaštita. Set pravnoekonomskih mera radi zaštite životne sredine, a u funkciji održivog razvoja po pravilu se kreira na nacionalnom nivou, ali EU daje uspešan primer da ih je moguće početi sprovoditi i na nadnacionalnom planu. Mere koje bi preferirale model održivog razvoja kao i viši stepen zaštite životne sredine trebalo bi da obeshrabre ekonomske aktivnosti intenzivne energijom i materijalima.*

Ključne reči: *ekonomsko-pravni aspekti, održivi razvoj, ekonomska analiza prava, životna sredina, tranzicija, privatizacija, cost- benefit analiza, porezi za emisije zagađenja, zabrane, kazne, naknade za proizvode, garancije izvršenja, odštete, instrumenti zaštite*

I

Problematika očuvanja životne sredine dobija na značaju u drugoj polovini prošlog veka i postaje usko povezana sa pitanjima ekonomskog rasta i razvoja. U to vreme formuliše se i sada aktuelni koncept održivog razvoja koji pokušava da kombinuje ekonomske ciljeve sa ciljem očuvanja životne sredine polazeći od osnovne premise da nema ekonomskog razvoja bez očuvanja životne sredine. Održivi razvoj se definiše kao „razvoj koji zadovoljava potrebe sadašnjosti bez ugrožavanja mogućnosti budućih generacija da zadovolje svoje sopstvene potrebe“.¹

Koncept održivog razvoja zasniva se na premisi da se ekonomski rast ostvaruje u uslovima očuvanja ekološke osnove ekonomije- plodnog zemljišta, prirodnih ekosistema, šuma i voda. Strategija održivog razvoja realizuje se na nekoliko osnovnih područja i to pre svega pitanjima: populacije, poljoprivrede, energije i neobnovljivih rudnih bogatstava.

Sprovođenje principa održivog razvoja nije isto za razvijene zemlje i zemlje u tranziciji i razvoju. Razvijene zemlje raspolažu većim fondovima kapitala i razvijenom infrastrukturu koja obuhvata termoelektrane, autoputeve, železnicu, fabrike, brane, irigacione sisteme i mnoge druge elemente potrebne za funkcionisanje savremene privrede. To može biti i prednost i nedostatak sa aspekta sprovođenja koncepta održivog razvoja. S jedne strane viši dohodak i napredna tehnologija čine da je efektivna zaštita životne sredine lakša i finansijski podnošljivija. Na drugoj strani razvijena proizvodnja, korišćenje resursa itd., stvaraju veliku količinu otpada i zavisnost od fosilnih goriva i tehnologija sa njima povezanih.

Zemlje u razvoju i zemlje u tranziciji imaju drugačije probleme u realizaciji održivog razvoja. Pošto im je nivo nacionalnog dohotka nizak njihov osnovni cilj je povećanje proizvodnje, pri čemu se ne može voditi dovoljno računa o zaštiti životne sredine. Ali istovremeno zemlje u razvoju i zemlje u tranziciji imaju veću mogućnost izbora kada reč o modelu ekonomskog razvoja koji će koristiti. Tako je moguće izbeći neke greške koje su u odnosu na životnu sredinu načinile razvijene zemlje.

¹ Svetska komisija za životnu sredinu- World Commission on Environment and Development, 1987, str. 8.

Svaka država bez obzira koliko joj nedostaju sredstva, ima državni interes da ostvari javnu kontrolu nad odnosima koji se uspostavljaju između s jedne strane ekonomskih aktivnosti, i s druge strane stanja životne sredine.

U najsiromašnijim državama ova kontrola će se ograničiti na najurgentnije probleme kao što je naprimer nastojanje da se obezbedi stanovnicima dostupnost vode za piće prihvatljivog kvaliteta, da bi se na taj način predupredilo izbijanje endemskih bolesti pre svega kod dece. Ili naprimer sprečavanje uništavanja šuma da bi se sačuvalo zemljište, sprečila erozija, i obezbedila odgovarajuća minimalna vlažnost zemljišta. Ali kako će na kraju biti definisana ekološka politika i ciljevi na različitim nivoima dohotka po glavi stanovnika zavisice ne samo od nacionalnog dohotka zemlje nego će to biti determinisano i političkim odlukama koje će u većoj ili manjoj meri biti zasnovane na naučnim, inženjerskim i ekonomskim analizama i ocenama.

II

Većina ekonomista kao poželjno smatra da mere ekološke politike treba da budu zasnovane na principima „*cost-benefit*“² analize. Odnosno da mere ekološke politike osim što doprinose zaštiti i očuvanju čovekove okoline treba da doprinesu i povećanju dohotka. Prema tome ekonomisti, to im uostalom nalaže i profesija, bi želeli da odgovarajuće mere ekološke politike u sebi sadrže i ekonomsku racionalnost. Poneki idu i tako daleko da *cost-benefit* princip uzdižu na nivo nužnog preduslova za donošenje odgovarajuće mere. Međutim, ovu računicu prilikom donošenja svake mere ekološke politike je teško sprovesti čak i u najrazvijenijim zemljama koje imaju razvijenu statističku i metodološku infrastrukturu³.

Za na ekonomiji zasnovane mere ekološke politike važno je saznanje da istraživanja pokazuju da u tržišnim privredama kompanije koje su visoko rangirane po brizi za zaštitu životne sredine imaju daleko veći stepen tržišne kapitalizacije⁴ nego odgovarajuće kompanije sa lošijim ekolo-

² Cost-benefit analiza, kao što je poznato, znači da se na jednu stranu stavljaju troškovi koje prouzrokuje neka mera, a na drugoj ekonomske koristi, pre svega u povećanju dohotka, koja ta mera proizvodi.

³ Čak npr. i u SAD i zemljama Evropske Unije je teško unapred predvideti sve direktne i indirektne troškove koje može da prouzrokuje neki ekološki incident, a kamoli katastrofa.

⁴ O ovome vidi članak: Blumenshine, N./Wunnava, Phanindra, The Value of Green: The Effect of Environmental Rankings on Market Cap, u: Technology and Investment, No.1 str. 239-242.

škim rejtingom. To pokazuje da ili investitori uključuju u procenu vrednosti kompanije i ekološke faktore, ili pak da je visok ekološki rejting kompanije po pravilu indikator da su i ostali nematerijalni faktori u takvim kompanijama na visokom nivou kao što su naprimer kvalitetan menadžment, potrošači privrženi proizvodima kompanije ili pak nizak nivo plaćanja kazni.

Takođe pokazalo se i da velike kompanije po pravilu više investiraju u zaštitu životne sredine⁵ pošto više brinu o svojoj reputaciji, ali i imaju na raspolaganju više novca za promociji svoga pozitivnog ekimidža, čak i kada u praksi više štete životnoj sredini nego njihovi manji konkurenti.⁶

U svakom slučaju investitori su spremni da plate premiju, tj. više za vlasništvo nad kompanijom sa višim ekološkim rejtingom nego za kompaniju sa istim finansijskim pokazateljima, ali lošije rangiranu po nivou zaštite životne sredine. Ovo je svakako jedan od razloga zašto se u razvijenim tržišnim privredama kompanije sve više prilikom investiranja bez većih pritisaka odlučuju da investiraju i u zaštitu životne sredine. Znači ne samo da investicije kompanija u zaštitu životne sredine ne umanjuju vrednost kompanija nego je naprotiv uvećavaju.

Situacija u zemljama razvoju i zemljama u tranziciji u koje, za sada, spada i Srbija je bitno drugačija. Znači nije razumno očekivati da će takve zemlje biti u stanju da se odmah opredele za cost-benefit princip.

Ekonomisti smatraju da se ekonomije u razvoju suočavaju sa posebno velikim izazovima kada je reč o s jedne strane ekonomiji zaštite životne sredine i s druge strane o „održivom razvoju“⁷. Kada se analizira mogućnost primene ekonomskih instrumenata u zaštiti životne sredine u ekonomijama u razvoju treba imati u vidu i sledeće činjenice:

Prvo, čak i u razvijenim zemljama pojavljuju se teškoće izazvane nesposobnošću da se problemi uoče, a s tim u vezi je i pitanje kapaciteta agencija koje se bave problematikom zaštite životne sredine da se snađu u kvazi- tržišnoj situaciji koja se obično kreira kada je reč o zaštiti životne sredine. Takođe teškoće mogu izazvati i pojave koje imaju dina-

⁵ Vidi: McGinn, D, The Greenest Big Companies in America- Newsweek's Top 500 Green Rankings 2009, Newsweek, 13. Sep. 2009.

⁶ Blumenshine, N./Wunnav, Phanindra, op. cit. Str. 241.

⁷ Mada neki ekonomisti smatraju da je i u zemljama čije se ekonomije nalaze u razvoju moguće kada je reč o zaštiti životne sredine uspešno primenjivati ekonomske instrumente. Vidi, npr. Anderson, D., Environmental Policy and Public Revenue in Developing Countries, Environment Department, World Bank, July 1990. Slično i: Bernstein (1993), Andrew (1995), Hansen (1995), itd.

mički karakter kao što su inflacija i promene u industrijskoj strukturi i tehnologiji.

Drugo pojavljuje se kada je reč o ekonomijama zemalja u razvoju i tranziciji problem institucionalnih kapaciteta za sprovođenje politike zaštite životne sredine bazirane na ekonomskim instrumentima. Razvoj institucija na regionalnom i nacionalnom planu koje bi mogle da osiguraju uspešan menadžment na ekonomskim instrumentima zasnovane politike zaštite životne sredine, po pravilu predstavlja veći izazov nego oslanjanje na „regulatorni“ pristup. Jedan od problema je takođe i kompatibilnost institucija u ekonomijama zemalja u razvoju i tranziciji sa onima u razvijenim zemljama. Istraživanja pokazuju da je politiku zaštite životne sredine baziranu na ekonomskim instrumentima daleko lakše sprovesti u onim oblastima u kojima postoji veći stepen kompatibilnosti sa stanjem u razvijenim zemljama⁸. To znači da se treba čuvati od naivnog entuzijazma i pokušaja da se ekonomski instrumenti uvedu i tamo gde su oni usled realnih uslova neprimenjivi.

Mada treba napomenuti da i zemlje u razvoju i zemlje u tranziciji, ako to žele mogu imati pristup informacijama o načinima donošenja mera ekološke politike u razvijenim zemljama. Osim toga i one mogu raspolagati sopstvenim nužnim informacijama o ekonomskim štetama eventualnih ekoloških incidenata. Te informacije su između ostalog sadržane u: statistikama o zdravlju stanovništva, saznanju o lokaciji *output*-u, i veličini najznačajnijih industrijskih postrojenja, načinima korišćenja zemljišta u urbanim regionima, turističkim destinacijama i aktivnostima.

III

Postoje dva osnovna tipa mera na planu zaštite životne sredine:

- mere zasnovane na ekonomskim podsticajima- market- based, i
- komandne mere, tj. mere zasnovane na primeni prinude od strane državnog aparata.

U osnovi postoje sledeći ekonomski instrumenti:

1. Naknade i porezi za emisije- zagađenje⁹. Naknade za emisije su direktne uplate bazirane na procenama i/ili konkretnim merenjima koncentracije i vrste zagađenja. Ove mere, naročito u zemljama tranzicije po-

⁸ Russel, C., I Powell, Ph., Choosing Environmental Policy Tools, Washington, D.C., June, 1996, str. 2.

⁹ O ovome vidi i u: Olja Munitlak Ivanović i Nenad D. Penezić, Ekonomski instrumenti u funkciji eksternih efekata, Zbornik: Životna sredina ka Evropi, str. 228-232.

gađaju veliki broj proizvođača i u najvećem broju slučajeva se kombinuju sa kaznama¹⁰.

U realnom životu stvara se situacija da je teško utvrditi preciznu meru oštećenja u ekonomskim smislu. To otvara mogućnost da naknada bude previsoka ili preniska. Međutim, s ovim u vezi treba konstatovati da će za bilo koji nivo poreza u privredi koja je zaista tržišna odgovor proizvođača biti ekonomski efikasan sa stanovišta proizvođača. U slučaju kada različiti proizvođači imaju različite troškove kontrole, oni mogu nezavisno odlučiti koji nivo kontrole zagađenja za njih ima ekonomskom smisla. Oni koji imaju visoke troškove kontrole manje će smanjiti zagađenje, ali će platiti više ukupne naknade za emitovano zagađenje. Oni koju mogu da smanje zagađenje po niskim troškovima više će ga smanjiti, čime će redukovati naknade koje moraju da plate. Ova logika minimiziranja troškova osigurava da troškovi zaštite budu usmereni da gdegod mogu postignu najbolje efekte.¹¹

2. Korisničke naknade i porezi. Ovaj instrument ekološke politike ima obično lokalni karakter, tj. primenjuje se na nivoima lokalnih zajednica- komuna, regija, mesta. Sredstva prikupljena na ovaj način koriste se za finansiranje konkretnih ekoloških problema na određenim lokalitetima: odlaganje i prikupljanje otpada, poboljšanje kvaliteta pijaće vode u mestu/komuni, eksploatacija sirovina, lovišta, ribnjaka i slično.

3. Kazne. Porezi i kazne su najjednostavniji i najlakše primenjivi mehanizmi, što ne znači da su i najpoželjniji, niti pak za zaštitu životne sredine najdelotvorniji.

Kada je neka proizvodnja za posledicu imala neki negativni eksterni efekat i kada postoji razlika između društvenih i privatnih troškova, pravilno utvrđena visina kazne ili poreza, suočavaju proizvođača sa društvenim posledicama privređivanja koje ne poštuje ekološke standarde. Smisao ovog instrumenta je da izjednači privatne i društvene troškove i koristi. Kada se proizvođaču naplati kazna u iznosu graničnih troškova zagađenja granični privatni i društveni troškovi će se izjednačiti. Proizvođač može da smanji zagađenje smanjenjem obima ili načina proizvodnje. Promene u načinu proizvodnje mogu prouzrokovati izdatke za uređaje za kontrolu zagađenja ili povećati troškove usled prelaska na drugu vrstu, ekološki prihvatljivije sirovine.

¹⁰ Izvor: Upitnik OECD, Izvršno telo EAP-a, «Survey on the Use of Economic Instruments for Pollution Control and Natural Resources Management in the New Independent States», Mimeo, EAP Task Force 1999.

¹¹ Vidi: Džonatan Haris, Ekonomija zaštite životne sredine i prirodnih resursa, Data Status, Beograd, 2009, str. 362.

Kada je reč o kaznama mnogi autori smatraju da kada je reč o životnoj sredini treba u pojedinim slučajevima primenjivati i mere krivično-pravne zaštite. Postoji više razloga koji se navode u literaturi kao razlog zašto primeniti krivično pravo kao jedan od instrumenata ekonomije zaštite životne sredine. Jedan koji se često navodi je da je internalizaciju štete često teško ostvariti samo primenom privatnog prava¹².

Privatno pravo, a posebno prekršajno pravo po pravilu nikada ne garantuju punu kompenzaciju žrtvama. To bi inače bilo moguće samo kada bi se u okvirima privatnog prava mogla u potpunosti nadoknaditi šteta koja je učinjena žrtvama nekog ekološkog akcidenta. Međutim, dobro je poznato da čak i kada je žrtva dobila zadovoljavajuću materijalnu kompenzaciju, npr. za gubitak ruke, ta kompenzacija je nikada više neće vratiti u situaciju u kojoj se nalazila pre akcidenta. Identična je situacija kada se radi o pretrpljenom bolu i patnji. Najčešće primedbe koje se odnose na primenu privatnog i prekršajnog prava u kompenzaciji šteta za ekološke akcidente odnose se na to da visina dosuđenih kompenzacija najčešće neće biti dovoljno visoka da čisto ekonomskim merama odvrati potencijalne zagađivače¹³. Tako da mnogi ističu da je cilj uključivanja krivičnog prava u instrumente koje koristi ekonomska analiza prava zaštite životne sredine, ne toliko kompenzacija nego pre svega odvratanje. Naime, kada je reč o privatnom pravu postoji opasnost da ako je neko spreman da plati ekološku štetu, on će je ako to želi ili ako mu se iz nekog razloga to isplatiti i napraviti. Na drugoj strani krivično pravo pokušava da spreči razna antisocijalna ponašanja čak i u slučajevima kada je učinilac spreman da materijalno kompenzuje potencijalne žrtve.

Drugi razlog koji se u ekonomskoj literaturi ističe u prilog primene krivičnog prava je što u mnogim slučajevima nastaju velike štete uz relativno malu mogućnost da se počinioci identifikuju¹⁴. Ekonomski pristup krivičnom pravu i kaznama je zasnovan na teoriji odvratanja. Imajući ovo u vidu proizilazi da bi pretnja potencijalnim zagađivačima oštrim kaznama kao npr. visokim zatvorskim kaznama potencijalne zagađivače odvratilo od ideja da iz nekih razloga zagađuju okolinu. Argument za primenu krivičnog prava je i da isti efekat odvratanja niukom slučaju ne bi mogao biti postignut primenom privatnog ili prekršajnog prava.

¹² Vidi: Faure, M./ Visser, M., Law and Economics of Environmental Crime: a Survey, May 2003. str. 2.

¹³ Faure M., Compensation of non- pecuniary loss- an economic perspective, u: Magnus, U./ Spier, j., European tort Law, Liber Amicorum for Helmut Koyiol, Frankfurt, Peter Lang, 2000, str. 143-159.

¹⁴ Posen, R., An economic theory of the criminal law, Columbia Law Review, No. 85, 1985, str. 1193-2009.

U mnogim slučajevima zagađenja životne sredine verovatnoća da će zagađivač biti uhvaćen je manja od 10%. To znači da bi sankcija koja bi trebala da odvрати potencijalnog zagađivača morala da bude veća upravo u odgovarajućoj srazmeri sa verovatnoćom otkrivanja. U praksi to je skoro neostvarivo u okvirima privatnog prava i parničnog postupka, gde se zagađivač u najboljem slučaju obavezuje da u potpunosti nadoknadi štetu i ništa više. Stoga se efekat odvrtaćanja imajući u vidu mali procenat verovatnoće otkrivanja zagađivača može u punoj meri postići samo primenom krivičnog prava¹⁵.

Dodajni, istina neekonomski, argument u prilog primene krivičnog prava u svrhu zaštite životne sredine je i to što se krivičnim pravom mogu sankcionisati i neki nasrtaji u okviru ataka na životnu sredinu koji spadaju u klasičnu zaštitu zdravlja, svojine i časti. Argument za to je da mnoga od tih ljudskih prava mogu biti ostvarena samo u okvirima očuvane životne sredine.

No, i kada je reč o primeni krivičnog prava u ekonomiji zaštite životne sredine treba istaći i to da je veoma bitno koliki je stepen verovatnoće da će zagađivač biti otkriven. Zagađivač će biti spreman da uloži sredstva u zaštitu životne sredine i na taj način će zagađenje biti sprečeno samo ako je verovatnoća da će biti otkriven i kažnjen veća nego kapital koji bi bio ušteđen neinvestiranjem u zaštitu.

4.Naknade za proizvode. Proizvodi čija proizvodnja prouzrokuje zagađenje okoline tokom proizvodnje, potrošnje ili u obliku otpada, opterećuju se procenjenim društvenim troškovima. Cilj je prilagoditi relativne cene proizvoda, u cilju smanjenja njihove tražnje. Tako prikupljena sredstva služe finansiranju izmenjenog načina proizvodnje, koji je ekološki prihvatljiviji. Naknade za proizvode se mogu primeniti npr. na veštačko đubrivo, pesticide, plastičnu ambalažu, baterije i slično.

5.Garancije izvršenja. Kada se primenjuje ovaj instrument proizvođači ili korisnici prirodnih resursa, su u obavezi da polože garanciju, čime garantuju poštovanje uslova zaštite životne sredine. Po izvršenju obaveza, garancija se vraća proizvođaču.

6.Odštete. Za funkcionisanje ovog ekonomskog instrumenta neophodna je uloga države, koja ima obavezu kreiranja i garantovanja prava na nadoknadu štete ili ima regulativu kroz propise za odštetu kroz fondove (fondovi za odštetu za zagađenje voda, fondovi za štetu od naftnih mrlja i slično).

¹⁵ Skogh, G./Stuart, C., *An economic analysis of crime rates, punishment and the social consequences of crime*, Public choice, 1982, str. 171-179.

Prikupljena sredstva kroz ove fondove mogu se dati na raspolaganje oštećenima od hroničnog zagađenja i/ili državi.¹⁶

Primena principa „ko zagađuje plaća“ je odranije preporučivana od strane akademske zajednice što je bila i osnova za formalnu preporuku koja je data od strane OECD ranih 70-tih godina prošlog veka.¹⁷ Princip „ko zagađuje plaća“ je formalno prihvaćen od strane Evropske Unije u Single European Act iz 1987. Izvorno je ovaj princip primenjivan samo u slučajevima aktuelnih zagađenja životne sredine usled emisija i sl. u striktnom smislu reči. Primena principa je u okvirima EU kasnije proširena na svaku aktivnost koja doprinosi narušavanju kvaliteta životne sredine.

Realizacija principa „ko zagađuje plaća“ od strane pojedinih država imala je različite oblike u nacionalnim zakonodavstvima tokom vremena.¹⁸ U nekim državama princip je primenjen kroz direktnu regulativu kojom je kreirana obaveza da zagađivač snosi štete koje je svojim aktivnostima nanneo životnoj sredini. U kontekstu odgovornosti za životnu sredinu poslednjih decenija kako nacionalna tako i međunarodna pravna regulativa se baziraju na striktnoj odgovornosti zagađivača. Zagovornici principa „striktna odgovornosti“ takođe se fokusiraju na „internalizaciju troškova“, što znači da i socijalne troškove aktivnosti koje nužno proističu kao posledica zagađenja snosi zagađivač. Ovo je savršeno konzistentno sa ekonomskom logikom principa „ko zagađuje plaća“ koji uostalom i daje osnovu za internalizaciju troškova zagađenja. Ekonomska logika za ovakav stav je vrlo česta situacija gde ustvari samo potencijalni zagađivač može preduzeti mere koje bi bile efikasne u prevenciji štete.

Takođe striktna odgovornost kompanija potencijalnih zagađivača će pre za rezultat imati da se one odluče i da investiraju odgovarajuće sume u istraživanje i razvoj novih „čistih“ tehnologija.

Međutim, kod zemalja u tranziciji i zemalja u razvoju situacija može biti nešto drugačija kada je reč o primeni principa „ko zagađuje taj plaća“

¹⁶ Pravna regulativa zemalja OECD, pravi strogu distinkciju između pojmova «naknade» i «porezi», u smislu upotrebe sredstava prikupljenih kroz naknade i poreze. Za državu, oba instrumenta donose prihode, ali je pitanje alokacije prihoda drugačije izvedeno. *Naknada* se odnosi na slučajeve kada je dominantan deo prihoda namenjen pokrivanju troškova i zaštiti životne sredine (na primer, sredstva su prikupljena kroz fondove za zaštitu voda i životne sredine).

Centralizovan prihod, koji prevashodno nije namenjen zaštiti životne sredine, već povećava lokalne i državne prihode, je *porez*.

¹⁷ OECD 1972 i 1974.

¹⁸ Finn, F., The Polluter- Pays Principle and Transitional Period Measures in a Dynamic Setting, The Swedish Journal of Economics, No. 56-68, 1975.

pre svega usled potrebe da se što je moguće pre nadoknade štete žrtvama zagađenja. Radi zadovoljavanja ove potrebe tj. što je moguće brže nadoknade žrtvama zagađenja primarna je u zemljama u razvoju i tranziciji uloga vlada tih zemalja ili u nekim slučajevima regionalnih vlasti. Tako se zahtev za nadoknadu štete od zagađivača ispostavlja de fakto tek posle ispunjavanja ovog primarnog zadatka.

Osim napred prezentovanog modela postoje u osnovi još dva modela nadoknade, odnosno plaćanja za učinjenu ekološku štetu. Prvi je u radu pomenuti princip da svaka kompanija plaća za svaku nanetu štetu. Treći model koji primenjuju vlade pojedinih zemalja nastoji da uvede tržišne instrumente u sistem kao što su naprimer, dozvole za određeni stepen emisije o kojima će u radu još biti reči i moguća trgovina njima. I na kraju postoje i situacije kada vlade pojedinih zemalja jednostavno zabranjuju određene aktivnosti koje smatraju isuviše rizičnim za životnu sredinu, bilo da se radi o proizvodima, proizvodnim metodima ili tehnologijama.¹⁹

Veliki broj zemalja doneo je zakone ili uspostavio pravne presedane koji uspostavljaju obavezu države da žrtvama nadoknadi ekološku štetu.

Ovakvom pravnom i zakonodavnom reinterpretačijom principa da „zagađivač plaća“ države i lokalne vlasti su dužne da nadoknade ekološke štete prouzrokovane aktivnostima privatnih kompanija, uz obavezu da ako je ikako moguće štete kasnije nadoknade od zagađivača. Ovom solucijom se postiže efektivna i blagovremena nadoknada štete žrtvama zagađenja čak i u slučajevima kada zagađivača nije moguće identifikovati ili je on pak finansijski insolventan.

Uopšte zaključuju Lupi i dr.²⁰ u situaciji koju karakteriše rašireno siromaštvo, kašnjenje u sprovođenju prava, kao i nedovoljno razvijena i jasna regulativa i neizvesnost ovakva rešenja su mnogo efikasnija sa stanovišta žrtava zagađenja, a istovremeno podstiču vlade da uspostave mehanizme kontrole zaštite životne sredine da bi time smanjile budžetske izdatke za plaćanje odšteta.

7. Prenosive dozvole za zagađivanje. Ovo je jedan od novijih ekonomskih instrumenata za zaštitu životne sredine. Instrument prenosivih dozvola može biti izuzetno ekonomski efikasan što predstavlja njegovu prednost. Kada se uspostavlja sistem prenosivih dozvola za zagađivanje

¹⁹ Vidi: Luppi, B., Parisi, F. Rajagopalan, Sh., Environmental Protection for Developing Countries- The Polluter- Does-Not-Pay- Principle, Referat podnet na 26. godišnjoj Konferenciji EALE- Evropskog udruženja za ekonomsku analizu prava, Pariz, 22-25 septembar, 2010.

²⁰ Luppi i, dr. Op. Cit. Str. 37.

onda najpre treba utvrditi ukupan dozvoljeni nivo zagađenja. Ukupan broj izdatih dozvola treba da bude jednak ukupnom poželjnom nivou zagađenja. Te dozvole mogu zatim biti dodeljene postojećim firmama ili što je možda ekonomski još racionalnije prodate na aukciji. Jednom kada se dođe do dozvole postaju prenosive i njima se može trgovati između firmi i drugih zainteresovanih strana. Firme mogu same izabrati da li će uložiti sredstva recimo u nabavku filtera radi smanjivanja zagađenja ili će kupiti dozvole za zagađenje koje emituju. No, ukupan obim emitovanog zagađenja svih firmi ne može da pređe maksimalan iznos koji je određen ukupnim brojem dozvola.

Ovaj sistem pruža i dodatne mogućnosti. Tako naprimer, ako postoje fondovi pod kontrolom pobornika smanjenja zagađenja oni mogu kupiti dozvole i jednostavno ih povući iz upotrebe. Na taj način je moguće aktivnostima na tržištu smanjiti ukupan obim dozvoljenog zagađenja ispod prvobitno željenog nivoa.

Takođe vlade bi se mogle opredeliti da dozvole izdaju na određeno vreme, pa naprimer posle isteka veka trajanja tih dozvola izdati manji broj novih dozvola i na taj način uticati na smanjenje ukupnog od dozvoljenog nivoa zagađenja.

Svaki od navedenih ekonomskih instrumenata ima svoje prednosti i nedostatke. To ih čini manje ili više podesnim u primeni. Tj. koji pojedinačni instrument ili koju kombinaciju instrumenata primeniti zavisi od situacije na koju ih treba aplicirati i okolnosti u kojima se koriste. Takođe šta primeniti zavisi i od prioritetnog cilja koji se želi postići.

Tako naprimer ako se koriste novčane kazne nivo zagađenja će biti u direktnoj zavisnosti od visine s jedne strane kazni, i s druge strane troškova zaštite. Ako je nivo kazni viši od visine troškova zaštite, za očekivati je da će se ekonomski subjekti, tj. preduzeća ekonomski racionalno ponašati i odlučiti se da obezbede odgovarajući nivo zaštite okoline. I obrnuto, u slučaju da je trošak kazne niži od troška očuvanja okoline, kroz sredstva zaštite ili skuplje sirovine i postupke, preduzeća će se verovatno opredeliti za to da plate kaznu.

Na drugoj strani kazna će na jednoj strani značiti prihod za budžet koji država, kao što je istaknuto može koristiti i za druge svrhe, a okolina će postati zagađena. Takođe valja podsetiti da subvencije za smanjenje zagađenja mogu dovesti do prekomerne proizvodnje nekih proizvoda.

Kao što se iz prethodnih razmatranja da zaključiti specifični problemi zaštite životne sredine se najbolje rešavaju kombinacijom eko-

nomskih i ostalih instrumenata. Sami ekonomski instrumenti primenjeni izolovano neće dati očekivane optimalne rezultate. Koliko će biti uspeha u primeni različitih instrumenata zavisiće i od prateće kombinacije pojedinih politika.

IV

U zemljama u tranziciji, u koje- kao što je već istaknuto- spada i Srbija, poslednjih deceniju i po odvija se paralelno sa drugim promenama i proces privatizacije ranije državne i društvene svojine. Učesnici u privatizaciji tj. kupci preduzeća mogu biti iz zemlje i inostranstva. Ako se radi o kupcima iz inostranstva oni se tada podvode pod kategoriju stranih investitora, a njihovo ulaganje tretira kao strana investicija.

Kada je reč o zaštiti životne sredine zemlje u kojima se odvija intenzivan proces tranzicije treba da obavezno imaju u vidu da je jedan od osnovnih razloga zašto se proizvodnja, naročito velikih transnacionalnih kompanija seli u inostranstvo i težnja da se mimoide sve strožija i razumeđenja pravna regulativa, ali i svest, o potrebi zaštite životne sredine u najrazvijenijim zemljama (pre svega SAD i zemljama Evropske Unije).²¹ Seoba „prljavih industrija“ i „prljavih“ tehnologija je nešto čega treba biti svestan kada se krene u proces privatizacije i privlačenja stranih investicija.²²

To ne znači da se privatizaciji i stranim investicijama treba suprotstavljati, ili ih u ekstremnom slučaju čak i zabranjivati, nego da razvijajući ekološku svest, kreirajući i primenjujući pravne norme treba nastojati da se stepen emisija kod takvih pogona dovede na nivo barem približan onim u razvijenim zemljama Zapada.

Kada je reč o zaštiti okoline i privatizaciji potrebno je nacionalnom nivou sistematski i paralelno rešavati tri pitanja:

1. Podela odgovornosti za istorijsko zagađenje i sprovođenje oporavka od šteta nanete životnoj sredini. Na ovaj način bi se rešavao problem koji imaju potencijalni investitori za nasleđene štete nanete životnoj sredini u prošlosti.

²¹ Ovaj momenat ima istu težinu kod odlučivanja seliti proizvodnju iz razvijene zemlje u neku zemlju u razvoju ili zemlju u tranziciji kao i jeftina radna snaga i prodor na nova tržišta.

²² Da je to tako pokazuje se i na primeru Srbije. To su npr. investicija US Stila u željezaru Smederevo, kupovina šećerana i pivara u Vojvodini od strane inostranih investitora. Fabrike cementa u Srbiji su takođe u procesima privatizacije prešle u vlasništvo stranih kompanija, ali i najveće fabrike duvana koje su privatizovane od strane Filip Morisa i Britiš Amerikan Tobaka.

2. Povećanje pravne sigurnosti administrativnim i sudskim izvršenjem pravnih i ekonomskih mera zaštite životne sredine i upotrebe prirodnih resursa. Ove mere treba da se sprovedu nezavisno od toga da li se zagađivači nalaze u privatnom ili državnom vlasništvu. Kao i nezavisno od toga da li je vlasnik domaći i/ili inostrani kapital. Time se stvaraju uslovi za privlačenje kvalitetnih investitora i čini otklon od spekulativnog kapitalu.

3. Sistematsko ulaganje u upravljačku i informacionu infrastrukturu vezanu za zaštitu životne sredine i određivanje prioriteta. To je jedan od načina da se izgradi kompetitivnija i atraktivnija investiciona klima i povećá konkurentnost domaćih proizvoda na inostranim tržištima.

S pravno-ekonomske tačke gledišta dileme koje treba rešiti su:

1. Da li država finansira i sprovodi mere oporavka direktno ili odbija procenjenu sumu štete od cene preduzeća u privatizaciji i posle nadgleda ispunjenje dogovorenog oporavka od strane novog vlasnika privatizovanog preduzeća.

2. Šta ako je procenjena ekološka šteta veća od celokupnog iznosa koji se može ostvariti privatizacijom./što može biti čest slučaj/.

Na prvi pogled to izgleda naročito onima koji su nedovoljno upoznati sa realnim ekonomskim veličinama gotovo nemoguće. Međutim, za to postoje primeri i u najbližem okruženju grada u kome se ovaj Zbornik izdaje²³.

3. Kako se šteta procenjuje, odnosno: da li su svi segmenti u nju uračunati. Da li i kako proceniti istorijsku štetu emisija u vazduh ili zagađenje podzemnih voda. Ili možda u obzir treba uzeti samo zagađenje zemlje i akumulaciju opasnog i neopasnog otpada. Da li se zagađenje odnosi samo na krug fabrike ili i na širu okolinu.

4. Najveći problem predstavlja ustvari, pitanje odgovornosti za posledice zagađenja koje će se ispoljiti tek u budućnosti. Npr. najteža oboljenja nastala zagađenjem manifestuju se tek posle proteka određenog vremena. Pitanje je kako s jedne strane kvantifikovati materijalno te posledice, kada one još nisu nastupile. Znači praktično ih je nemoguće ubaciti u ugovor u momentu privatizacije. A s druge strane ko će snositi troškove lečenja i plaćanja odštete pogođenim licima i privrednim subjektima.

Ekonomsko-pravni instrumenti i druge mere kojima se obezbeđuje finansiranje i podstiče investiranje u ekološki prihvatljivo ponašanje industrije može se klasifikovati u četiri grupe:

²³ Tako npr. prema nekim procenama samo za čišćenje Velikog bačkog kanala u reonu Vrbasa treba između 80 i 100.000.000 evra, što daleko prevazilazi sumu koja je dobijena u procesu privatizacije čitave industrije u Vrbasu, koja je glavni uzročnik zagađenja. Interesantno će takođe biti upoređenje prihoda od privatizacije npr. Petrohemije u Pančevu i sredstava koje će biti potrebno uložiti u projekat dovođenja kvaliteta životne sredine u prihvatljivo stanje.

1. Mere koje su tržišno direktno isplative. Npr. uvođenje nove modernije mašine koja jeftinije, a osim toga ona istovremeno i ekološki prihvatljivije proizvodi.

2. Mere koje su tržišno indirektno isplative. Npr. jeftinije je investirati u filtere nego plaćati visoke ekološke takse.

3. Mere koje su isplative na dugi rok, ali za sada se ne mogu valorizovati na tržištu. Recimo razvoj obnovljivih izvora energije.

4. Mere koje nikad neće biti tržišno isplative, ali se radi zaštite okoline uvode na teret države i paradržavnih institucija.

U Srbiji država će morati da usmeri svoj napor kako bi privatni i javni sektor dovoljno brzo i efektivno uhvatili korak sa razvijenim tržištima sveta bar u onim elementima integralnog sistema zaštite životne sredine za koje je to nužno.

Ovo je nezaobilazan korak u procesu integracije u svetsku privredu iz sledećih razloga:

1. Da bi se u Srbiji sprovedo uspešno restrukturiranje i saniranje privrede i obezbedila na srednji i dugi rok njena kompetitivnost na zapadnim tržištima, koja u procesu proizvodnje uzimaju u obzir održivo korišćenje prirodnih resursa, energetske efikasnost i troškove koji mogu da proisteknu od odgovornosti industrije za zagađenje.

2. Da bi mogli da ispunimo standarde važeće na tržištima razvijenih zemalja neophodne za trgovinu i promet proizvodima, primarnim i sekundarnim sirovinama.

3. Da bi se umanjili troškovi lečenja bolesti nastalih usled zagađenja životne sredine

4. Da bi se Srbija osposobila za ispunjavanje preuzetih međunarodnih obaveza na području zaštite životne sredine.

Imajući u vidu da su zemlje Evropske Unije najznačajniji ekonomski partneri Srbije, kao i da je strateški cilj Srbije punopravno članstvo u Evropskoj Uniji potrebno je ukazati i na najvažnije ekonomske aspekte ekološke politike Evropske Unije.

V

Znatan rast ekološke regulative doveo je do rasprava u poslednjih desetak godina oko stvarnih ciljeva ekoloških politika Evropske Unije. Te razlike nisu čisto teorijske, jer reflektuju probleme privredne aktivnosti i geografski položaj pojedinih zemalja²⁴. Unapred se računa da neki stepen

²⁴ Recimo, Britanija ima pogodnost da vazдушna strujanja odnose vazdušno zagađenje daleko od njene teritorije, dok okolna mora mogu da progutaju znatne količine otpad-

zagađenja mora postojati kao rezultat privredne i druge aktivnosti, što bi trebalo da bude ekološka cena razvijenosti.²⁵

Neki ekolozi nemaju mnogo sluha za takve teorije, kao što nemaju ni za njen nastavak koji kaže da je u zaštitu životne sredine racionalno ulagati samo do onog trenutka dok se granična korist²⁶ i granični trošak²⁷ tog ulaganja ne izjednače. Prema tim mišljenjima ulaganje koje bi dalje povećavalo granični trošak uz pad granične korisnosti moralo bi biti neopravdano prema ekonomskim standardima. Čisto ekonomski gledano to je svakako tačno, ali je problem što se ekološke preferencije ne uspostavljaju, a politike ne vode, samo prema ekonomskim udžbenicima. Snažan uticaj imaju vrednosti, na koje utiču interesi, tradicija, estetika, ili pomalo neodređeni pojam „kvaliteta života“, a svi oni kod različitih pojedinaca imaju različitu težinu.

Da bi pridobili birače za ekološke poreze, političari koriste teoriju „duple dividende“. Po toj teoriji prva dividenda, ili korist je smanjivanje zagađenja do kojeg dolazi uvođenjem poreza ili nekog drugog ekološkog zahvata. Druga korist bi bila u mogućnosti da se smanji neki drugi porez, na primer, porez na dohodak, što dovodi do smanjenja ukupnog poreskog opterećenja, ili barem do toga da se ono ne povećava. Teorija „duple dividende“ je ipak sporna, zbog toga što posle uvođenja ekoloških poreza po pravilu nije dolazilo do smanjivanja ostalih.

Ekološka regulacija obuhvata veoma različite mere koje često imaju različite ekonomske posledice. U repertoar mera spadaju *zabrana* ili ograničavanje emisija gasova, *ekološki porezi* (po jedinici proizvoda, po jedinici emisije, paušalni), *regulacije* raznih vrsta. Naravno, ne samo što postoje različiti ekološki instrumenti, nego su i različiti načini na koji se praktikuju. Moguće je da se emisija neke štetne materije ograniči linearno svim firmama, a mogu se uvesti i papiri koji daju pravo na određeni nivo emisije, kojima slobodno može da se trguje na tržištu. Ako do ograničenja neke emisije već mora da dođe, drugi način je više tržišni i time po pravilu bolji nego prvi.

Jedan od najstarijih poteza u ekološkoj politici je ako se firmama daju subvencije da bi se kompenzovao ekološki porez koji se uvodi. Firme

nih voda s više otpadnih sadržaja. Holandija i Nemačke nemaju te povoljnosti i zato njihovi predstavnici teže pristupu koji se zasniva na potencijalnoj šteti, dok neke druge zemlje radije govore o kvalitetu životne sredine, koji treba postići.

²⁵ Vidi: Miroslav Prokopijević, *Evropska Unija, službeni Glasnik*, Beograd, 2005, str. 304.

²⁶ Granična korisnost je profit koji se ostvaruje na proizvodnji dodatne, tj. nove, jedinice proizvoda.

²⁷ Granični trošak je trošak proizvodnje dodatne jedinice proizvoda. Tj. svake nove.

onda nemaju stvarni podsticaj da menjaju ponašanje, tako da se dobiju oba zla- skuplje politike i nastavak emisije štetnih materija. Zato se od dobrih ekoloških politika traži da zadovolje uslov PPP (eng. Polluter pays principle), o kome je u radu već bilo reči, a koji kaže da zagađivač mora da snosi trošak uvođenja i primene ekološkog standarda. Samo u meri u kojoj je to slučaj, zagađivač ima motiv da traži racionalno rešenje.

Primena ekološke regulative kreirane na nivou EU je stvar nacionalnih tela, dok Unija ima nadležnosti u nadgledanju primene regulative. Važnu ulogu u stvaranju ekološke politike ima i Evropski Sud Pravde (ESP), koji odlučuje o osnovanosti ekološke regulative u različitim oblastima, a koji ima kasnije važnu ulogu u razrešavanju sporova. ESP je ovlašćen da ekološkim pitanjima da prednost u odnosu na neke druge politike Unije.

Procene uspešnosti politike EU u zaštiti životne sredine nisu ujednačene. Postoje mišljenja da je to „uspešna priča“, da su rezultati mešoviti, kao i da ima više negativnih rezultata. Oni koji pozitivno ili vrlo pozitivno procenjuju ekološku politiku EU po pravilu zaboravljaju da uzmu u obzir da su mnoga postignuća u striktno ekološkoj politici umanjena vrlo lošim ekološkim posledicama drugih politika, posebno poljoprivredne. Postoje još najmanje dve oblasti u kojima bi ekološka politika mogla biti znatno bolja bez znatno većih troškova.

Jedna se tiče skromnog oslanjanja na privatizaciju u rešavanju ekoloških problema. Tamo gde se vlasnička prava mogu privatizovati i gde su transakcioni²⁸ troškovi niski, nije potrebna akcija države, već se zaštita životne sredine može postići i tržišnim mehanizmima. Pravilo je da je tržišno rešenje utoliko primenljivije ukoliko su problemi više lokalni. Za oblike zagađenja koji prelaze više državnih granica ili za globalno zagađenje nesporno je potrebna akcija države.

Drugo, čini se da su tela EU previše insistirala na krutim i centralizovanim rešenjima, umesto da preciziraju standarde, a da državama ostave izbor ekoloških i ekonomskih sredstava. Odbijanje trgovine dozvolama za emisiju je samo jedan od primera za to. Politikama koje bi bile više orijentisane na decentralizaciju, privatizaciju, fleksibilnost, tržišna rešenja ekološke politike Unije, države, a time i građani mogu samo da dobiju.

Ekološka politika Evropske Unije zasnovana je na pet principa:

1. Sprečavanje (umesto lečenja). Opšti cilj politike Evropske Unije jeste da se spreči ukupna ekološka šteta putem primene preventivnih i an-

²⁸ O transakcionim troškovima vidi npr. u: Đ. Popov/F. Stanković, *Osnovi ekonomije*, Pravni fakultet, Novi Sad, 2009.

ticipativnih aktivnosti i mera. Ova mera predostrožnosti uključena je u član 174 Ugovora iz Rima. To znači da čak i ako se javi najmanja sumnja da postoji određeni rizik EU mora da razmotri aktivnosti kako da je spreči. Celokupno planiranje i proces donošenja odluke koji utiču na životnu sredinu, kao što je autoput ili električna centrala, moraju uzeti u obzir uticaj na prirodno stanište, kako bi se u budućnosti izbegle korektivne mere. Direktiva 85/337/EEZ i njen Amandman iz 1997. donose spisak detaljnih kriterijuma za procenu uticaja javnih i privatnih projekta na životnu sredinu.

2.Otklanjanje. Ukoliko dođe do zagađivanja, treba ga zaustaviti na samom početku(izvoru) i to što je brže moguće. U slučajevima kada se ne može potpuno iskoreniti, potrebno je da se svede na najnižu moguću meru.

3.Onaj ko zagađuje plaća. Prevencija, čišćenje i nadoknadu štete za zagađivanje treba prevashodno da snose oni koji su je prouzrokovali. Primena ovog principa treba da služi kao podsticaj kako ne bi došlo do zagađivanja, a ukoliko je to neminovno, onda treba da se koristi što je moguće „čistija“ i najmanje štetna tehnologija. Pored toga, postoji i mogućnost da EU pruži pomoć ukoliko zajedničke mere za zaštitu životne sredine nameću nejednake troškove za određene zemlje, na primer na jugu ili, odskora na istoku EU, gde su prethodni zakoni i još važnije, njihova primena, bili labavi.

4.Uključivanje. Ekološke aspekte treba uzeti u obzir kad god EU odlučuje o ostalim zajedničkim politikama.

5.Supsidijarnost. Kad god je to moguće, nacionalne i lokalne vlasti treba da odlučuju o svojim prioritetima i shodno tome, da reaguju. Međutim, u oblasti ekologije pojedinačna aktivnost ne mora uvek da bude pogodna. Naime, reke često protiču kroz nekoliko država, životinje prelaze granice, a vetar prenosi mnoge zagađivače iz jedne države u drugu. Stoga je određeno angažovanje nadnacionalnih institucija Evropske Unije u mnogim slučajevima nužno.

VI

Mere koje bi preferirale model održivog razvoja kao i viši stepen zaštite životne sredine trebalo bi da obeshrabre ekonomske aktivnosti intenzivne energijom i materijalima. To bi pretpostavljalo fokusiranje oporezivanja na potrošnju fosilnih goriva, ekstrakciju resursa i stvaranje zagađenja uz istovremenu relaksaciju oporezivanja dohotka i kapitala.

U praksi to bi značilo ukidanje takvih subvencija za poljoprivredu i energiju koje ohrabruju prekomernu potrošnju đubriva, energije, pesticida

i rasipanje vode za navodnjavanje. Takođe trebalo bi podsticati veće učešće recikliranih materijala u industrijskoj proizvodnji. Time bi se smanjio ukupni obim otpada, i u izvesnoj meri imitirali zatvoreni sistemi kao što je to slučaj u prirodi.

Kod transporta to znači da prednost nad automobilima treba dati takvim sistemima, pre svega šinskim, koji troše manje energije i prouzrokuju manje štetnih emisija. Da bi se uštedela energija i smanjile emisije kao posledica transportnih troškova korisna bi bila i postepena urbanistička reorganizacija gradskih i prigradskih zona radi smanjenja potreba za transportom.

Ubrzan razvoj sistema obnovljive energije kao što su solarna, hidroelektrična, geotermalna i energija vetra bio bi isto tako logičan deo približavanja modelu održivog razvoja.

Na primeru EU se vidi da je da bi se postigao uspeh neophodno da se problemi zaštite životne sredine i realizacija koncepta održivog razvoja rešavaju simultano na nacionalnom, regionalnom i globalnom nivou.

*Dorđe Popov, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad*

Environmental Protection Policies – Economic and Legal Aspects –

Abstract

Every nation, no matter how poor, will find it in its own national interest to assert public control over some facets of the relation between its economy and natural environment. Many economists would prefer to see the analysis of prospective environmental policy integrated in the benefit-cost framework as a way of checking on the economic rationality of political decision. In the economic analysis of law, much attention has been paid to the instruments to be used for the control of environmental pollution. The combination of environmental legal doctrine and law and economics has a huge potential. However, the historic evolution clearly shows and increasing reliance on criminal law as an instrument of environmental policy. The polluter-pays principle stipulates that the person who damages the environment must bear the cost of such damage. A number of developing countries and countries in transition have recently extended this principle to create an obligation on the state to compensate the victims of the environmental harm. The EU is a successful example how to implement policies of sustainable development and environmental protection on the supranational level. The example of the EU shows that is necessary for success in the realization of sustainable development to encouraged measures addressed simultaneously at national, regional and global level. Measures that would prefer a model of sustainable development and a higher degree of protection of the environment should discourage materials- and energy- intensive economic activity

Key words: economic and legal aspects, sustainable development, economic analysis of law, environment, transition, privatization, cost-benefit analysis, taxes for pollution emission, prohibitions, penalties

*Dr Stevan Šogorov, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

OBLICI IZBEGAVANJA I ZBRINJAVANJA OTPADA KAO PREDMET PRAVNOG REGULISANJA¹

Sažetak: *U procesu neprestane humanizacije prirode od strane čoveka, nužno nastaje otpad kao ostaci neiskorišćenih materija. Od vremena industrijalizacije naovamo obim otpada se do te mere uvećao da je postao jedan od osnovnih problema zaštite čovekove sredine. Bez njegovog adekvatnog rešavanja nije moguće uspešno rešavati ni druge ekološke probleme. Najbolji način rešavanja problema otpada je izbegavanje ili minimalizacija njegovog stvaranja. Ako to nije moguće, drugi dobar način rešavanja problema otpada je njegovo supstancijalno ili energetska iskorišćavanje. Tek na kraju, ako prethodni metodi ne daju rezultate, nužno je pristupiti njegovom adekvatnom deponovanju. Ovakav redosled prioriteta pri rešavanju problema otpada postoji u brojnim razvijenim zemljama, a prihvaćen je i u našem pravu. Ipak, u određenim situacijama opravdano je odstupiti od ovako utvrđenog redosleda prioriteta.*

Ključne reči: *otpad, izbegavanje stvaranja, iskorišćavanje, deponovanje, pravno regulisanje*

1. Uvodne napomene

Humana civilizacija je po sebi neprekidan proces čovekovog ovladavanja prirodom. U tom procesu čovek prirodu prilagođava svojim potrebama, menja njen izgled i preuzima iz nje različite materije koje su mu

¹ Rad je posvećen projektu „Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo“ br. 179079 koji sada finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

potrebne. Korišćenje materija iz prirode je, međutim, oduvek za posledicu imalo i odbacivanje ostataka neiskorišćenih materija, odbacivanje svega onog što čoveku nije bilo potrebno ili nije bilo celishodno za korišćenje. U tom smislu problem otpada je problem koji odvajkada prati tzv. humanizaciju prirode od strane čoveka. Ipak, dok je korišćenje materija iz prirode imalo male razmere (predistorijska društva, istorijska društva s naturalnom privredom) ni problem tretmana odbačenih materija posle njihovog korišćenja nije smatran naročito važnim. Industrijski način proizvodnje i savremeni način života je, međutim, sve izmenio iz temelja. Čovekove intervencije u prirodi, posebno korišćenje raznih materija iz prirode, dostigle su takve razmere se prirodno okruženje bitno menja za života samo jedne ljudske generacije. Kako se ubrzavao proces korišćenja materija iz prirode, tako se uvećavao i problem tretmana odbačenih materija posle iskorišćavanja. Problem otpada se tako javio kao nezaobilazan pratilac ukupnog procesa humanizacije prirode.

Primeri razvijenih društava sa ekspanzivnom privredom ove trendove najbolje ilustruju. Otpad nastaje u proizvodnji, pri pružanju usluga, u potrošnji. U proizvodnji i u oblasti usluga on ima karakter nuzprodukata (preostali materijali) a u potrošnji karakter preostalih, neiskorišćenih potrošnih stvari. Kada to posmatramo na primeru najveće evropske privrede, kakva je nemačka, vidimo da je u ove tri oblasti bilo u 2005. godini preko 331 miliona tona otpada. Najveći deo tog otpada je nastao u građevinarstvu (oko 56%) zatim u rudarstvu (oko 16%) a tek potom u proizvodnji (oko 14%). Na tzv. otpad naselja (otpada naseljenih mesta), suprotno rasprostranjenom verovanju, otpada tek oko 14%, od čega je gotovo isto toliko tzv. kućni otpad (otpada domaćinstava) dok je samo oko 1% otpad iz zanatstva i usluga.²

Šta je ovakav enoman porast obima otpada doneo modernim društvima? Nema nikakve sumnje da je ovakav porast količine i karaktera otpada rezultirao višestrukim negativnim posledicama, od kojih su dve najvažnije. S jedne strane, odstranjivanjem otpada trajno se gube velike količine neiskorišćenih supstanci, uz dodatni gubitak mogućnosti korišćenja poljoprivrednog i drugog korišćenja zemljišta na kojima se deponovani otpad nalazi. S druge strane, porast obima i karaktera otpada značajno uvećava ekološke rizike, budući da štetno deluje na životnu okolinu. Kakve ogromne ekološke štete mogu nastati nekontrolisanim odstranjivanjem otpada najbolje se vidi iz posledica koje ostavljaju ekološki neadekvatna industrija, saobraćaj i

² V. Koch, Habs-Joachim, Umweltrecht, 3. vollständig überarbeitete Auflage, München, 2010, s. 310.

druge privredne grane (reke bez riba i drugog živog sveta, ogromno zagađenje vazduha i zemljišta, porast oboljenja izazvanih štetnim dejstvom emisija itd.).

Zbog svojih ogromnih razmera, otpad je, dakle, postao jedan od najozbiljnijih ekoloških problema današnjice. Bez njegovog organizovanog rešavanja nije moguće uspešno rešavati ni druge ekološke probleme. Zato se pred sva savremena, ekološki odgovorna društva, postavljaju dva ključna zadatka. Prvi od njih je kako faktički, organizovanim aktivnostima u društvu rešavati problem otpada. Odgovor na njega treba da pruži moderan koncept tzv. „otpadne privrede“ (otpadno odgovorne privrede) koji je tesno vezan sa konceptom tzv. „kružeće“ ili „reciklirajuće“ privrede, tj. privrede u kojoj se otpadne materije ponovo uvode u privredne procese. Drugi zadatak je pravnog karaktera, a sastoji se u tome da se na što adekvatniji način pravno urede obaveze i odgovornosti svih relevantnih subjekata u nastajanju, iskorišćavanju i deponovanju otpada.

Da bi se razumeli zadaci koji stoje pred zakonodavcima pri pravnom uređivanju problema otpada, neophodna je jasna i precizna identifikacija samog predmeta pravnog regulisanja. Kada se pobliže analizira, jasno se može zaključiti da on u osnovi ima tri svoja vida. Prvi se ispoljava kao izbegavanje stvaranja otpada, drugi kao njegovo materijalno i energetske iskorišćavanje, i treći, kao deponovanje (odlaganje) otpada. Od značaja je takođe i utvrđivanje prihvatljivog redosleda tretmana otpada (tzv. upravljanje otpadom) sa stanovišta ekoloških principa.

2. Izbegavanje stvaranja

Nema sumnje da je najbolji oblik rešavanja problema otpada izbegavanje njegovog stvaranja.³

Izbegavanje stvaranja otpada može imati različite oblike. Pre svega, izbegavanje stvaranja otpada može biti rezultat procesa sofisticirane proizvodnje ili procesa pružanja usluga pri kojima otpad praktično ni ne nastaje. Ali, isto tako je važno da on po mogućstvu ne nastaje ni u potrošnji.

Stvaranje otpada u proizvodnji se može uspešno izbegavati minimizovanjem korišćenja materijalnih i energetskih resursa, ali i produžavanjem veka trajanja proizvoda kao i njihove podobnosti za višekratnu upo-

³ Poznata je u tom smislu ekološka krilatica koja ima svoje brojne verzije ali u suštini se može svesti na sledeći slogan: izbeci otpad je bolje nego ga iskorišćavati, a iskorišćavati je bolje nego ga deponovati. U našem pravu se ovo pravilo javlja u vidu tzv. „načela hijerarhije upravljanja otpadom“ (v. čl. 6 st. a t. 3 Zakona o upravljanju otpadom Republike Srbije, Sl. glasnik RS br. 36/29 i 88/2010.).

trebu i drugo iskorišćavanje.⁴ Kada se ovo kombinuje sa odgovarajućim metodima potrošnje, dobija se izbegavanje stvaranja otpada i u toj sferi. To se dostiže, pre svega, već afirmisanim metodima „kružne“ privrede kao što su prikupljanje i ponovno korišćenje iste ambalaže (napr. staklenih flaša i drugih predmeta tzv. povratne ambalaže). Ali, ovi metodi se sve više koriste i kod drugih proizvoda kao što su iskorišćeni akumulatori i druge baterije, razni električni aparati, stari automobili i dr. Pri tome ovi metodi podrazumevaju i odgovarajuće popravke, čišćenja i druge postupke ponovnog privođenja nameni.

Da bi se izbegavanje stvaranja otpada uspešno ostvarivalo, potrebno je pravnim normama o zaštiti životne sredine urediti odgovornost proizvođača i pružalaca usluga za korišćenje takvih tehnoloških procesa u kojima se troši što manje materijalnih resursa, produžava vek trajanja proizvoda i osigurava njegova višekratna upotrebljivost. Ovim normama se mogu sankcionisati drugačija ponašanja, ali i stimulisati ponašanja u skladu sa ovim zahtevima (napr. povoljnijim poreskim tretmanom i sl.). Za dostizanje željenog ponašanja u sferi potrošnje (povraćaj ambalaže i sl.) su naročito uspešne stimulativne pravne norme, mada su efikasne i one kojima se sankcionišu neadekvatna ponašanja.

Zakonodavci nastoje svakim danom sve više da regulišu odgovornost za izbegavanje stvaranja otpada. U nemačkom pravu, čije pravo zaštite čovekove okoline nesumnjivo može služiti za ugled, je tako predviđena opšta odgovornost za proizvode. U tom smislu je propisana opšta dužnost svakog koji proizvode razvija, izrađuje, obrađuje, prerađuje ili rastura da doprinosi ostvarivanju ciljeva „kružne“ privrede. Proizvodi moraju biti tako izrađivani da pri njihovoj izradi i upotrebi nastaje što je moguće manje otpada, kao i da se osigura ekološki prihvatljiva mogućnost iskorišćavanja i odstranjivanja otpada koji nastane nakon njihove upotrebe.⁵ Uz upštu odgovornost, zakonom se propisuju i konkretne pojedinačne obaveze kojima se ona konkretizuje.⁶ U ovom pravu je u tom pogledu cela pravna regulativa inspirisana osnovnom idejom izbegavanja stvaranja otpada.⁷

U našem pravu odgovornost proizvođača je takođe u prvom planu. Naime, u Zakonu o upravljanju otpadom se kroz načelo hijerarhije upra-

⁴ Zanimljiv i inspirativan pregled raznih modaliteta izbegavanja nastajanja otpada je dao napr. Tischner u radu: *Design mit Zukunft*, Mühlmagazin, 2/1998, s. 18 i sl.

⁵ V. par. 22 st. 1 *Kreislaufwirtschafts/Abfallgesetz* (Zakon o „kružnoj“ privredi/Zakon o otpadu Nemačke).

⁶ Par. 22 st. 2 istog zakona.

⁷ V. Schmidt, R. Kahl, W. Umweltrecht, 8. Vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage, München, 2010, s. 238.

vljanja otpadom prevencija stvaranja otpada odnosno njegova redukcija smatraju prvim prioritetom.⁸

Iz ovako formulisanih načela jasno proizlazi da je prevencija stvaranja otpada, odnosno njegova redukcija pri proizvodnji proizvoda, prvi prioritet.

3. Materijalno (supstancijalno) iskorišćavanje

Kada se stvaranje otpada ipak ne može izbeći, neophodno je zbrinuti ga na ekološki i društveno najprihvatljiviji način. To zbrinjavanje je, pre svega, prihvatljivo ako omogućuje njegovo materijalno (supstancijalno) iskorišćavanje. Kroz njegovo ponovno iskorišćavanje se ostvaruju dva važna cilja. S jedne strane koriste se materije koje ga čine (čime se bolje koriste i inače ograničeni prirodni resursi) pa se ostvaruje ušteda u prirodnim resursima. S druge strane otpad ne ostaje kao nepoželjan balast koji može štetno da utiče na okolinu, odnosno koji bar zahteva određenu zemljinu površinu, sabirne centre i objekte za deponovanje, već se ponovi koristi za određene namene. Pri tome on se može nekad koristiti direktno u obliku u kojem se nalazi, a nekad je potrebno da se dodatno preradi. Pri tome se otpad može koristiti za istu ili sličnu svrhu, ali i za svrhe koje su bitno drugačije od prvobitne.⁹

Materijalno (supstancijalno) korišćenje se naziva i reciklažom. Tehnički posmatrano, ona može imati dva vida. Prvi vid reciklaže postoji kada se otpadni materijal kao takav može preraditi za izradi nekog novog proizvoda. Drugi vid reciklaže je nešto složeniji. Kada prvi vid recikliranja nije moguć, tehnički se otpadni materijal najpre razlaže na svoje sastavne elemente, pa se zatim oni (svi ili bar neki) koriste za izradu određenih proizvoda.

Zbog izuzetnog značaja reciklaže za očuvanje čovekove okoline, poslednjih decenija su se razvile brojne, veoma uspešne reciklažne tehnologije. Naročito značajni uspesi su postignuti pri poboljšanju postojećih i razvijanju novih tehnologija reciklaže starog papira, starog stakla, biološkog otpada, metala, posebno starih automobila i dr. Pri razvijanju reciklažnih postupaka značajnu ulogu imaju i postupci sortiranja i razlaganja prikupljenog otpada na njegove sastavne delove.

Materijalno (supstancijalno) iskorišćavanje je takođe predmet pravnih normi o zaštiti i unapređenju čovekove okoline. Po svome karakteru ove norme su češće podstičućeg nego represivnog karaktera. Poreskim i drugim podsticajima reciklaža se pospešuje do mere da adresatima normi bude i ekonomski prihvatljiva i isplativa.

⁸ V. čl. 6 st. 1 t. 3 Zakona o upravljanju otpadom Republike Srbije.

⁹ V. Schmidt, R. Kahl, op. cit. s. 249.

4. Energetsko iskorišćavanje i termička obrada

Pored materijalnog (supstancijskog) iskorišćavanja otpad se može koristiti i za dobijanje energije. Najčešće se to ostvaruje u procesima sagorevanja otpada. Kroz ove procese se može dobiti toplotna energija, procesna para kao i elektricitet.

Energetsko iskorišćavanje otpada ne mora uvek da bude samostalno, odnosno ne mora da isključi njegovo istovremeno materijalno (supstancijsko) iskorišćavanje. Poznati su tako tehnološki procesi u kojima se uz dobijanje energije ostatak otpada posle sagorevanja koristi kao koristan materijal za druge namene. Tako se preostali pepeo i granulati (šljaka i sl.) uspešno koriste u građevinarstvu. Takođe je poznato da se neke preostale komponente posle sagorevanja koriste i u cementnoj industriji odnosno ugrađuju se beton.

U kojoj meri će se otpad koristiti za dobijanje energije odnosno za istovremeno dobijanje energije i iskorišćavanje njegovog ostataka nakon sagorevanja, zavisi od toga koliko energije i preostalog materijala može da se dobije i uz koje troškove. Ako su rezulteti mali, a troškovi veliki, alternativa je da se otpad u celini ili u jednom njegovom delu ipak zbrine na taj način što će se deponovati.

Od sagorevanja radi dobijanja energije i materijala koji se dalje mogu iskorišćavati, treba razlikovati termičku obradu otpada u cilju njegovog deponovanja. Naime, neke kategorije otpada su pogodnije za termičku pre deponovanja jer im se zapremina može smanjiti i do 90%, što značajno ublažava probleme deponovanja. Pored toga, termičkom obradom se mogu uništiti štetni sastojci u nekim kategorijama otpada, što pojednostavljuje mere koje se pri njegovom deponovanju moraju preduzimati. Po pravilu se to kroz odgovarajuće termičke procese ostvaruje na taj način da se razlaganjem otpada štetni sastojci čvrsto integrišu u preostalu otpadnu supstancu, tako da se nakon deponovanja smanjuje ili isključuje rizik njihovog delovanja na okolinu.

Kada postoji energetsko iskorišćavanje a kada samo termička obrada otpada nije uvek lako odrediti. Prema jednoj presudi Suda EU energetsko iskorišćavanje postoji ako je upotrebljiva energija koja se proizvede veća od energije koja je upotrebljena pri sagorevanju otpada.¹⁰

Sagorevanje otpada radi dobijanja energije kao i druga termička obrada otpada izgledaju na prvi pogled kao prihvatljiv oblik njegovog zbrinjavanja. Ipak, uz nesumnjivo pozitivne, ovaj način zbrinjavanja otpada ima i negativne posledice. Najznačajnija negativna posledica je manje ili

¹⁰ V. presudu Suda C-458/2000.

veće zagađenje vazduha. Zbog često kancerogenih štetnih dejstava pooštravaju se standardi za filtere i druge prečistače vazduha pri spaljivanju otpada, ali je uočeno da se u njima samima stvaraju visoke koncentracije izuzetno otrovnih materija, tako da ovi filteri i prečistači spadaju u posebno rizičnu kategoriju otpada.

S obzirom na izloženo, neophodno je i u pravnom smislu razlikovati sagorevanje otpada kao proces dobijanja energije i eventualno korisnih materijalnih ostataka, od proste termičke obrade otpada.

5. Deponovanje

Ako se otpad ne može izbeći, a ne može se iskoristiti ni supstancijalno ni energetski, mora se pribеći poslednjoj vrsti njegovog zbrinjavanja koja se sastoji u njegovom deponovanju.

Obično se smatra da je deponovanje najgori način zbrinjavanja otpada i to iz više razloga. Pre svega, deponovanjem se trajno gube određeni prirodni resursi koji bi se, možda, usavršavanjem procesnih tehnika mogli korisno upotrebiti. Pored toga deponovanje podrazumeva gubitak određenog poljoprivrednog ili drugog zemljišta koje bi se moglo korisno upotrebiti za druge namene.

Ipak, najveća slabost deponovanja kao oblika zbrinjavanja otpada je nastanak trajnih ekoloških rizika. Deponovanjem otpad nije ekološki neutralizovan. Naprotiv, bez obzira na preduzete mere obezbeđenja otpada u deponijama, nikad se nogu do kraja isključiti rizici njegovog delovanja na okolinu kroz emisiona dejstva na zemlju, vodu i vazduh.

Da bi se štetna dejstva deponovanog otpada što bolje predupredila neophodno je uvažavati propisane standarde za deponovanje pojedinih kategorija otpada, naročito tzv. posebnog (otrovnog i drugog štetnog) otpada. U njih spadaju pre svega geološki standardi, tj. standardi koji se tiču sastava i drugih karakteristika zemljišta na kojima se grade deponije. Pored njih veoma su važni standardi u pogledu sprečavanja doticanja deponovanog otpada sa slobodnom, prirodnom vodom i slobodnim vazduhom. Konačno, mnoge kategorije otpada je pre deponovanja potrebno razložiti, termički obraditi ili na drugi način tretirati (naročito to važi za biološki otpad) da bi se eliminisala ili ublažila njihova štetna dejstva. Preduzimanje svih navedenih mera, odnosno uvažavanje svih standarda pri deponovanju se obično označava kao tzv. multibarijerni koncept.

Po sebi se razume da će brojnost i karakter mera i propisanih standarda zavisiati od rizičnosti otpada. Urbani otpad (otpad iz stambenih zgrada, odnosno naseljenih mesta) je najčešće otpad niskog stepena rizičnosti. Kod posebno otrovnih i drugih štetnih kategorija otpada, međutim,

ove mere i standardi moraju biti posebno rigorozni. Zbog visokih troškova njihovog građenja i opremanja, deponija za visokorizičan otpad je u razvijenom svetu sve manje, ali sa sve većim kapacitetima.

6. Odnos izbegavanja, iskorišćavanja i deponovanja otpada

Iz svega što je rečeno nameće se zaključak da u oblasti očuvanja čovekove sredine postoje jasni prioriteti, odnosno čvrst redosled mera koje treba preduzimati u vezi s otpadom. I zaista, nema sumnje da je najbolje izbeći nastajanje otpada, ako je to ikako moguće, a da troškovi (i eventualne druge posledice) toga izbegavanja ostanu podnošljivi. Ako se nastajanje otpada ne može izbeći, prednost načelno treba dati materijalnom (supstancijalnom) i energetsom iskorišćavanju otpada. Pri tome prednost treba dati onom vidu iskorišćavanja koji je u pojedinačnom slučaju za očuvanje čovekove sredine pogodniji, odnosno podnošljiviji, mada, načelno, supstancijalno korišćenje ima prednost nad energetskim.¹¹ Tek ako ovakvo iskorišćavanje nije moguće ili nije ekonomski i ekološki prihvatljivo, treba otpad zbrinjavati njegovim deponovanjem.

U pravu EU ovakva hijerarhija prioriteta je jasno utvrđena. Početno, bila je utvrđena tročlana hijerarhija prioriteta (izbegavanje stvaranja otpada, supstancijalno i energetske iskorišćavanje otpada i na kraju njegovo deponovanje) da bi se u ovom trenutku ova hijerarhija javila kao petočlana (izbegavanje stvaranja, pripremanje za ponovnu upotrebu, recikliranje, drugo posebno energetske korišćenje i deponovanje).¹²

Navedeno pravilo je jasno prihvaćeno i u našem pravu. Naime, Zakonom o upravljanju otpadom je tako kroz načelo hijerarhije upravljanja otpadom inaugurisan redosled prioriteta u upravljanju otpadom na sledeći način:

- prevencija stvaranja otpada i redukcija, odnosno smanjenje korišćenja resursa i smanjenje količina i/ili opasnih karakteristika nastalog otpada;
- ponovna upotreba, odnosno ponovno korišćenje proizvoda za istu ili drugu namenu;
- reciklaža, odnosno tretman otpada radi dobijanja sirovine za proizvodnju istog ili drugog proizvoda;
- iskorišćenje, odnosno korišćenje vrednosti otpada (kompostiranje, spaljivanje uz iskorišćenje energije i dr.);

¹¹ V. Schmidt, R. Kahl, op. cit. S. 254

¹² Direktiva EU br. 2008/98 (Sl.L. L 312 od 22.11.2008 s. 3 i L 127 od 26.5.2009. s. 24). Upor. i Meßerschmidt, Klaus, *Europäisches Umweltrecht*, München 2011. S. 855.

– odlaganje otpada deponovanjem ili spaljivanje bez iskorišćenja energije, ako ne postoji drugo odgovarajuće rešenje.¹³

Kako se vidi, naše pravo je u suštini prihvatilo hijerarhiju prioriteta koja postoji u pravu EU.

Ipak, navedeni logičan redослед zbrinjavanja ne može uvek važiti, bez ikakvog izuzetka. Naprotiv, u svakom pojedinom slučaju mora se praviti posebna procena adekvatnosti zbrinjavanja. Nekada će se na osnovu nje pokazati da je ekološki prihvatljivije neki otpad odstraniti deponovanjem nego insistirati na njegovom daljem iskorišćavanju. Zagađenje vazduha ili štetnost pojedinih komponenti koje nastaju pri sagorevanju nekog otpada mogu imati teže posledice od rizika njegovog deponovanja. Čak i ekološke posledice procesa izbegavanja nastanka otpada mogu biti takve da nisu prihvatljive.

Da bi se odabrao pravi način zbrinjavanja otpada potrebno je u svakom konkretnom slučaju napraviti tzv. ekološki bilans, koji bi realno procenio sve prednosti i mane pojedinih vidova zbrinjavanja i na osnovu njega doneto konačnu odluku. Nacionalna prava sve više afirmišu ovakav fleksibilan pristup u izboru oblika zbrinjavanja otpada.

¹³ V. čl. 6 st. 1 t. 3 Zakona o upravljanju otpadom Republike Srbije.

*Stevan Šogorov, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad*

Forms of Avoidance and Care of Waste as Subject of Legal Regulation

Abstract

Identification of subject of legal regulation of waste as part of environmental protection law is main goal of this article. Author's starting position is that creation of waste is necessary side product of process of humanization of nature and he points out most important methods for solving that problem. Hierarchy of priorities of solving problem of waste is considered as important. First priority is avoidance of creation of waste, second priority is its material and energetic use, and finally its disposal. Relevant provisions of Waste managing Act of Republic of Serbia of 2009 are argument for acceptance of that hierarchy. Yet there are possible and acceptable exceptions regarding application of existing hierarchy and they represent final part of this article.

Key words : waste, avoidance of creation, use, disposal, legal regulation

*Dr Srđan Šarkić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

PRAVNI POLOŽAJ STRANACA U SREDNJOVEKOVNOJ SRBIJI¹

Sažetak: U radu se raspravlja o raznim kategorijama stranaca koji su privremeno ili trajno boravili na teritoriji srednjovekovne Srbije. Stranaca je bilo i među vlastelom, što potvrđuju nekoliko povelja i Dušanov zakonik, koji među pripadnicima vladajućeg sloja navode Grke (Vizantin-ce), Nemce, Arbanase, Latine. Najznačajnija grupa stranaca bili su Dubrovčani koji su kontrolisali trgovinu i zbog toga uživali brojne privilegije. U Srbiji je živio znatan broj Nemaca (Sasi), koji su se bavili rudarstvom, a među vojnicima srećemo veliki broj stranih najamnika najrazličitijeg etničkog porekla.

Ključne reči: Stranci, Dubrovčani, Sasi, vlastela, trgovci, rudari, najamnici, povelje, ugovori sa Dubrovnikom, Dušanov zakonik.

Među stanovništvom srednjovekovne Srbije srećemo veliki broj stranaca koji su u Srbiji bili trenutno ili stalno nastanjeni.² Oni su pripadali najrazličitijim društvenim staležima, i obavljali najraznovrsnije dužnosti i poslove. Stoga ćemo u radu nastojati da ih navedemo i objasnimo njihov pravni položaj.

¹ Rad je posvećen projektu „Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo“ br. 179079 koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

² U prethodnim brojevima „Zbornika“ (XLIV,1; XLIV,2; XLIV,3; XLV,1; XLV,2) pisao sam o različitim kategorijama stanovništva u srednjovekovnoj Srbiji, tako da ovaj rad predstavlja logičan nastavak tih istraživanja.

Vlastela stranog porekla

Svi oni koje srpski vladari nazivaju *vlastela kraljevstva mi* ili *vlastela carstva mi* nisu uvek bili obavezno Srbi. Među vlastelom bilo je pripadnika različitih nacija kao što su Grci (Vizantinci), Nemci, Albanci, Latini,³ Vlasi⁴ i drugi. To se jasno vidi već u povelji kraljice Jelene, kojom daruje manastir Svetog Nikole Vranjinskog (1280), gde između ostalog čitamo: **А отъ vlastelъ великихъ или малихъ... ili є Srъbinъ, ili Latiniъ, ili Arbanasъ ili Vlahъ...**⁵ Član 173 Dušanovog zakonika počinje rečima: *Vlastele i vlasteličići koji gredu u dvor carstva mi, ili Grk, ili Nemac, ili Srbin...*⁶ Sabor sazvan 1355. godine u Krupištu zasedao je **i sь vsemi vlasteli srъbskimi i grъčьskymi i pomorьskymi...**⁷ U povelji cara Dušana dubrovačkom plemiću Maroju Gočetiću od 5. decembra 1355, čitamo sledeće: **nitko odъ vlastelъ carstva mi, ni Grъкъ, ni Latiniъ...**⁸

Pored opštih pomena vlastele stranog porekla, izvori nam daju i pojedinačne primere. Aprila meseca 1346, car Dušan izdaje prostagmu⁹ vizantijskom vlastelinu Georgiju Fokopulu, kojim mu potvrđuje pravo da može pored svog mlina da sagradi i drugi mlin. Na početku isprave stoji: *Pošto je dvoranin carstva mi, kir-Đorđe Fokopulo dobio pravo, na osnovu isprave mog dvoranina, kefalije*¹⁰ *bogospasnog grada Sera, kir-Mihaila Avrabake i druge vlastele carstva mi i prečasnih crkvenih dostojanstvenika...* (Ἐπεὶ ὁ οἰκεῖος τῇ βασιλείᾳ μου, κύρ-Γεώργιος ὁ Φωκόπουλος, ἐδικαιώθη διὰ γράμματος τοῦ οἰκείου αὐτῇ κεφαλῆς

³ Izraz *Latini* koristilo je pravoslavno stanovništvo srednjovekovne Srbije za katolike, pre svega Dubrovčane, ali i za stanovnike primorskih gradova koji su se nalazili u sastavu srpske srednjovekovne države (Bar, Kotor, Ulcinj, Budva). Videti odrednicu *Latini* (S. Ćirković) u *Leksikon srpskog srednjeg veka*, priredili S. Ćirković i R. Mihaljčić (u daljem tekstu *LSSV*), Beograd 1999, str. 362-363.

⁴ Izraz *Vlasi* u srednjovekovnoj Srbiji ima više različitih značenja. To su pre svega stanovnici romanskog porekla, ali i zavisni stočari. Detaljnije o značenjima izraza *Vlasi* videti S. Šarkić, *Pravni položaj Vlaha i otroka u srednjovekovnoj Srbiji*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* XLIV,3 (2010), str. 37-38. Videti i odrednicu *Vlasi* (D. Dinić-Knežević) u *LSSV*, str. 86-87.

⁵ S. Novaković, *Zakonski spomenici srpskih država srednjega veka*, Beograd 1912 (u daljem tekstu *Zak. spom.*), str. 579.

⁶ S. Novaković, *Zakonik Stefana Dušana cara srpskog*, Beograd 1898 (reprint 2004), str. 135 i 250; N. Radojčić, *Zakonik cara Stefana Dušana 1349 i 1354*, Beograd 1960, str. 77-78 i 135 (u daljem tekstu *Zakonik*).

⁷ *Zak. spom.* str. 429.

⁸ *Zak. spom.* str. 175.

⁹ Grčki **πρόσταγμα** = odluka, naredba, povelja.

¹⁰ Kefalija je bio najviši predstavnik lokalne uprave u gradu i okolini. Detaljnije videti odrednicu *Kefalija* (M. Blagojević) u *LSSV*, str. 292-295.

τῆς θεοσώστου πόλεως Σερρών, κυρίου Μιχαήλ τοῦ Ἀβραμπάκη, καὶ τῶν λοιπῶν ἀρχόντων τῆς βασιλείας μου καὶ τῶν ἐντιμοτάτων ἐκκλησιαστικῶν ἀρχόντων...¹¹ Kao što se vidi, tekst povelje, pored - Georgija Fokopula pominje i kefaliju Sera Mihaila Avrabaku, koga takođe naziva carskim vlastelinom.¹²

Grčka hrisovulja cara Dušana od juna 1352. godine manastiru Ksenofontu na Svetoj Gori, pominje *zemlju koju je ranije držao vitez Muzakije u okrugu Miriofitovu* (τῆν γῆν ἣν προκατεῖχε καβαλάριος¹³ Μουζάκιος ἐν τῇ τοποθεσίᾳ τοῦ Μυριοφύτου).¹⁴ Vrlo je verovatno da je pomenuti vitez Muzakije bio sitni plemić zapadnoevropskog porekla.

Povelja Dušanovog polubrata Simeona-Siniše, vladara u Epiru i Tesaliji, od januara meseca 1361, potvrđuje posede vizantijskog vlastelina, velikoga kontostavlosa¹⁵ Jovana Cafe Ursina Duke, koga car naziva *ljubljeni i premili otac i brat carstva mi* (ὁ περιπόθητος καὶ γλυκῆτατος πατήρ καὶ σύντεκνος τῆς βασιλείας μου).¹⁶

Dubrovački trgovci

Najznačajniji trgovinski partner srednjovekovne srpske države, sve do njene propasti 1459. godine, bila je mala Dubrovačka Republika. Iako je Dubrovnik priznavao vrhovnu vlast Vizantije (do 1205), potom Venecije (od 1205. do 1358) i Mađarske (do 1526), Republika je uživala visok stepen samostalnosti koji se ogledao u mogućnosti samostalnog sklapanja trgovinskih ugovora sa susednim državama (pre svih, Srbijom i Bosnom, ali i sa Bugarskom i Mađarskom). Veliki broj dubrovačkih trgovaca i di-

¹¹ A. Solovjev – V. Mošin, *Grčke povelje srpskih vladara*, Beograd 1936 (u daljem tekstu *Grčke povelje*), str. 74 - 75. Povelju sa sličnom sadržinom izdao je car Dušan 5. decembra 1355. godine dubrovačkom vlastelinu Maroju Gočetiću (*Zak. spom.* str. 174-175).

¹² Grčki tekst i za svetovnu vlastelu i za crkvene dostojanstvenike, upotrebljava isti izraz – *arhonti* (ἀρχοντες). S obzirom na bogatstvo i veliku izražajnu moć grčkog jezika, to je bio samo jedan od izraza koga su vizantijski autori upotrebljavali za srpsku vlastelu. Detaljnije videti S. Šarkić, *Pravni položaj vlastele u srednjovekovnoj Srbiji*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* XLIV,1 (2010), str. 8-10. Cf. S. Šarkić, *Legal Position of Noblemen in Serbian Mediaeval Law*, *Publicationes Universitatis Miskolcensis, Sectio Juridica et Politica, tomus XXIII/I*, Miskolc University Press 2005, pp. 81-89.

¹³ Grčka reč *καβαλάριος* = vitez (od srednjovekovnog latinskog *caballarius* i francuskog *chevalier*), označavala je u Vizantiji i Srbiji počasnu titulu dodeljivanu vitezovima koji su stizali iz zapadnoevropskih država (videti *Grčke povelje*, str. 448).

¹⁴ *Grčke povelje*, str. 186.

¹⁵ *Μέγας κοντοσταύλος* ili *κοντοσταύλος*, vrhovni konjušar, zatim zapovednik konjice (od latinskog *comes stabuli*, odnosno francuskog *conestable*). Detaljnije o ovoj funkciji videti *Grčke povelje*, str. 463-464.

¹⁶ *Grčke povelje*, str. 232-233.

plomata boravio je stalno ili privremeno u Srbiji i njihov pravni položaj bio je regulisan nizom pravnih propisa, od kojih su najvažniji ugovori sklapani sa srpskim vladarima.

Prvi ugovor sa Dubrovnikom bio je zapravo mirovni sporazum zaključen 27. septembra 1186, između Stefana Nemanje i njegovog brata Miroslava, humskog kneza. Iako je ovaj dokument po svojoj sadržini mirovni sporazum kojim se okončavaju neprijateljstva, on sadrži i odredbe kojima se dubrovačkim trgovcima garantuje sloboda kretanja i trgovine u Srbiji.¹⁷

Posle krstaškog zauzeća Carigrada 1204. godine, Dubrovnik je bio primoran da 1205. prizna vrhovnu vlast Mletačke republike, koja nije bila spremna da toleriše konkurenciju dubrovačkih trgovaca na moru. Stoga se Dubrovnik okrenuo trgovini sa svojim zaleđem (Srbija i Bosna), te iz toga perioda potiče najveći broj ugovora sa srpskim vladarima.

Stefan Nemanjić je zaključio tri ugovora sa Dubrovnikom: 1205, 1215. i 1220. Njegov najstariji sin kralj Radoslav sklopio je ugovor 1234, a njegov mlađi brat i naslednik kralj Vladislav učinio je to 1238. i 1240. godine.¹⁸ Počevši od vladavine kralja Uroša (1243), kada je otpočela i eksploatacija rudnika u Srbiji, ugovori sa Dubrovnikom postaju sve češći. Kralj Uroš je zaključio ugovore 1252. i 1254, a njegovi sinovi i naslednici Dragutin i Milutin sklapaju ugovore 1276, 1281 (Dragutin), 1282, 1283, oko 1289. i dva puta 1302 (Milutin).¹⁹

U XIV veku trgovina između Srbije i Dubrovnika dostiže svoj vrhunac. Iz vremena vladavine Stefana Dečanskog, Stefana Dušana i Stefana Uroša, sačuvano je čak trinaest ugovora.²⁰ Najvažniji od svih ovih ugovora sklopio je car Dušan 20. septembra 1349, i taj ugovor je poslužio kao model za sve kasnije ugovore koji su zaključivani. To se pre svega odnosi

¹⁷ Ugovor je prvi puta objavio S. Novaković u već pomenutoj zbirci *Zakonski spomenici*, str. 132-133. Tekst je objavio nešto kasnije i A. Solovjev, *Odabrani spomenici srpskog prava*, Beograd 1926 (u daljem tekstu *Odabr. spom.*), str. 3-4. Najnovije izdanje sa detaljnom analizom objavio je V. Foretić, *Rad Jugoslavenske Akademije Znanosti i Umjetnosti, knjiga 283*, Zagreb 1951, str. 51-118.

¹⁸ *Zak. spom.* str. 136-139; *Odabr. spom.* str. 26-27.

¹⁹ *Zak. spom.* str. 149-152, 154-158; *Odabr. spom.* str. 83-85.

²⁰ To su ugovor Stefana Dečanskog od 1326; Dušanovi ugovori sklopljeni oko 1332, oko 1334, 1335. i dva 1349; ugovori cara Uroša od 1356, dva sklopljena 1360. i tri od 1362 (*Zak. spom.* str. 163-164, 166-173, 175-187). Pored ovih ugovora treba spomenuti i povelju kralja Stefana Dečanskog od 1. maja 1330, izdatu Mletačkoj Republici. Kralj garantuje mletačkim trgovcima slobodu kretanja i trgovine u Srbiji (*Zak. spom.* str. 262: ...*Cum igitur alias vobis meminimus conscripsisse, si ad vestrum commodum deberet cedere, si ad partes Romaniae vellent mercatores vestri pergere vel alio, et placeret eis transitum facere per regnum seu partes nostras, quod libere transitus pateat eis ad libitum voluntatis*).

na ugovore koje su sklopili knez Lazar 1387, despot Stefan Lazarević 1405. i despot Đurađ Branković 1428. i 1445. godine.²¹

Sadržina svih ovih ugovora je u suštini ista: srpski vladari, u formi povelje, daju privilegije dubrovačkim trgovcima. Iako su dokumenti redovno potpisivani od obe ugovorne strane, volja srpskih vladara je ipak bila odlučujuća.²²

Šta je bila sadržina više puta pomenutih povlastica? Pre svega, dubrovačkim trgovcima se garantovala sloboda kretanja uz obećanje da ih niko neće uznemiravati u trgovini. Uznemiravanje, maltretiranje ili smetnja u trgovini nazivala se *zabava*, od čega je izveden i glagol *zabaviti*, *zabaviti po sile* ili *zabavlati* u značenju uznemiriti, smetati, dodijavati, maltretirati.²³ Već u ugovoru kralja Milutina sa Dubrovnikom od 1282. godine ta se povlastica izražava rečima...**да си ходє [dubrovački trgovci] по земли кралєвства ми бєзъ боіазни и бєзъ забаве сь всакомь свободо-мь.**²⁴ U ugovoru kralja Dušana (oko 1332) kojim se daju Dubrovčanima povlastice za kupovinu žita, stoji: **Створихъ милость Доубровчаномь всемь, да си коупую жито по земли и по градовехъ кралєвства ми свободно, да имь никто не забави, ни властелинь, ни - владалць кралєвства ми.**²⁵ Ugovorom se, dakle, zabranjuje vlasteli i kraljevim dvoranima (*vladalci kraljevstva mi*) da uznemiravaju dubrovačke trgovce u njihovoj aktivnosti. U ugovoru koji je sklopljen oko 1334, ta zabrana se proširuje i na samu kraljevu ličnost. Kralj svečano obećava da ništa neće uzeti Dubrovčanima *bez kupa* (to jest, bez sklopljenog kupoprodajnog ugovora). Tekst glasi: **Створи милость кралєвство ми всемь трьговцемь доубровчкимь, кои ходє по земли кралєвства ми, и такози имь се обєта кралєвство ми вь Господа Бога и вь пречистою Матєрь Божию, да имь не оузмє ништа кралєвство ми бєзъ коупа, ни кнєзъ, кралєвства ми, ни ки властелинь оу земли кралєвства ми да не оузмє ништа бєзъ коупа, ни само кралєвство ми да не оузмє силомь бєзъ коупа, разве да си продаю, свободно ходє по земли кралєвства ми, ни на панагюри, ни оу коіємь трьгоу оу земли кралєвства ми, да имь ништа не оузмє силомь кралєвство ми, разве да ходє по трьговехъ, и што**

²¹ *Zak. spom.* str. 200-203, 218-221, 231-236. Treba pomenuti i mirovni ugovor Stefana Lazarevića sa Venecijom (1423), kojim se potvrđuje sloboda trgovine i mletačkim trgovcima (*Zak. spom.* str. 280-286).

²² Na to je ukazao dosta davno M. Jasinski, *Ugovori srpskih vladara sa Dubrovnikom kao spomenici starog srpskog prava*, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 25.IX 1930, str. 169-178.

²³ Videti odrednicu *Zabava* (S. Bojanin), u *LSSV*, str. 201.

²⁴ *Zak. spom.* str. 156.

²⁵ *Zak. spom.* str. 166.

своомъ воломъ продаю кралєвствоу ми, да имъ кралєвство ми плакиа коупъ како и прочи людис. И на мою вероу на кралєвоу да се ни оу чемъ не потвори кралєвство ми, што съмъ писалъ.²⁶ Obaveza vladara da omogućiti bezbedan promet robe i ljudi još je jasnije nagašena u tri člana Dušanovog zakonika. Najpre član 118 naređuje: *Trgovci koji gredu po careve zemlji, da nest voljan nikoji vlastelin ili koji ljubo človek zabaviti po sile, a ili razbiti kuplju a dinare mu silom navrešti. Kto li se najde silom rastovariv ili razvaljav, da plati 5 sat perper.*²⁷ Kao što se vidi, Dubrovčani se u tekstu izričito ne spominju, već se govori o trgovcima uopšte.²⁸ Zakonik predviđa i visoku globu od 500 perpera (zlatnika) za svakog ko bi uznemiravao trgovce. Slične odredbe nalaze se u članu 119 (...*trgovci da gredu svobodno bez zabave po zemlji carstva mi*) i 120 (*Carinik carev da nest voljan zabaviti ili zadržati koga človeka da mu kuplju prodast u bescenije; voljno da prohodi vsaki po trgovih i voljom da pohodi vsaki svojom kupljom*).²⁹ Ugovor cara Dušana od 1349, ponavlja formulu *da grede prez zemlju carstva mi i kraljevu*³⁰ *svobodno bez zabave*, ali dodaje jedno važno ograničenje: **тъкмо ороужіа да не носе ни оу Боугаре ни оу Басарабиноу Землю [Vlašku], ни на Оугре, ни оу Босноу, ни оу Грьке [Vizantiju], ни инамо камо любо оу тоугю зємлью, тъкмо оу зємлю царства ми и кралєвоу.**³¹ To znači da je Dubrovčanima bilo zabranjeno da trguju oružjem sa susednim zemljama preko teritorije Srbije. Ukoliko se ne bi pridržavali pomenute zabrane oružje bi im bilo zaplenjeno (**да мою се вьсе този ороужіе оузьме**).³²

Dubrovčani su uživali i određene povlastice prilikom suđenja. Prema članu 153 Dušanovog zakonika u sporovima Srba i Dubrovčana polovina porotnika³³ bili su Srbi, a druga polovina Dubrovčani: *Inover-*

²⁶ Zak. spom. str. 166-167.

²⁷ Novaković, Zakonik, str. 91 i 216-217; Radojčić, Zakonik, str. 65 i 122.

²⁸ Sasvim sigurno da se sloboda kretanja i trgovine nije odnosila samo na Dubrovčane (mada su oni bili zastupljeni u najvećem broju), na šta ukazuje i jedna odredba iz povelje kralja Milutina manastiru Svetog Georgija Gorga kod Skoplja (oko 1300). U tekstu se govori o održavanju *panadura* (sajma), svake godine 10. novembra i stoji sledeće: **И всаки кто приходи на нь [na panadur], любо Грькъ или Българинь, или Срьбинь, Латинь, Арбанасинь, Влахь...** Zak. spom. str. 620, LXXXII.

²⁹ Novaković, Zakonik, str. 92-93 i 217-218; Radojčić, Zakonik, str. 65-66 i 122.

³⁰ „Kraljeva zemlja“ je teritorija Srbije kojom je upravljao Dušanov sin, prestolonaslednik Uroš, sa titulom kralja. Detaljnije videti S. Ćirković, *Kralj u Dušanovom zakoniku*, Zbornik radova Vizantološkog instituta 33 (1994), str. 149-164.

³¹ Zak. spom. str. 170, III.

³² Zak. spom. str. 170, IV.

³³ Treba samo napomenuti da porotnici u srednjovekovnom srpskom pravu nisu današnji porotnici, koji zajedno sa sudijom izriču presudu. Srednjovekovni porotnici su za-

cem³⁴ i trgovcem porotnici polovina Srbalj a polovina njih družine, po zakonu svetago kralja.³⁵

Srpski vladari štite u ugovorima Dubrovčane od *udave* i *izma*, dva oblika samosuda, odnosno samovlasnog pribavljanja pravde. *Udava* je samovlasno hapšenje dužnika od strane poverioca,³⁶ a *izam* (ili *preuzam*) ne samog dužnika već nekog njegovog rođaka, prijatelja ili sunarodnika, kako bi se posredno izvršio pritisak na dužnika da plati dug.³⁷

Pošto su uživali brojne povlastice, dubrovački trgovci su bili obavezni da poštuju poredak u Srbiji. Ako bi došli u sukob sa srpskim pravnim propisima, davana im je mogućnost da „se isprave“, a ako to ne bi uspešno imali su rok od tri meseca da napuste Srbiju i iznesu svoju imovinu. To se jasno vidi iz teksta ugovora koji je 1281. godine sa Dubrovnikom sklopio kralj Dragutin i gde stoji: **Ако ли што погрешє зємли кралєвства**

pravo *kletvenici* (stara srpska reč *rota*, znači zakletva), osobe koje potvrđuju zakletvu stranke. Detaljnije videti T. Taranovski, *Istorija srpskog prava u nemanjičkoj državi, IV deo, Istorija sudskog uređenja i postupka*, Beograd 1935, str. 209-219 = *Klasici jugoslovenskog prava, knjiga 12*, Beograd 1996, str. 771-782.

³⁴ *Inoverac* (pripadnik druge vere) je bio izraz koji se u srednjovekovnoj Srbiji koristio za katolike uopšte, ali u stvarnosti najčešće za Dubrovčane. Upotreba takvog naziva bila je izazvana verskom netrpeljivošću i suparništvom koje je u XIV veku postojalo između istočnih (pravoslavnih) crkava i rimo-katoličke. Detaljnije videti S. Šarkić, *Le statut juridique des „non-chrétiens“ dans le droit médiéval serbe, La condition des „autres“ dans les systèmes juridiques de la méditerranée*, Paris 2001, pp. 203-213.

³⁵ Novaković, *Zakonik*, str. 120 i 238; Radojčić, *Zakonik*, str. 73 i 131. „Zakon svetoga kralja“ odnosi se na pravila o poroti, koja su bila ustanovljena za vlade kralja Milutina. Taj dokument nije sačuvan, ali na njega se pored člana 153, poziva i član 152 Dušanovog zakonika.

³⁶ Ovakvo mišljenje izneo je još dosta davno S. Novaković, *Udava ili samovlasno hapšenje za dug u starome srpskom zakonodavstvu i u narodnim običajima, Prilog k poznavanju srednjovekovnog parničnog postupka u Srbiji, Pravnik 1* (1892), str. 97-107. Novakovićevo shvatanje osporio je S. Ćirković, *Udava, Zbornik Filozofskog fakulteta u Beogradu* 11, 1 (1970), str. 345-351. Polazeći od podataka koje je pronašao u Dubrovačkom arhivu, prof. Ćirković je zaključio da je *udava* kazna bez suda, unapred predviđena za određene vrste prestupa. Mišljenje S. Ćirkovića branio je A. Veselinović, *Još jednom o značenju srednjovekovnog pojma „udava“, Istorijski glasnik* 1-2 (1988), str. 129-135. Kao neposredni povod za Veselinovićevu raspravu poslužilo je ponovno objavljivanje Novakovićevoг članka o udavi u knjizi odabranih radova Stojana Novakovića pod naslovom *Vaskrs države srpske i druge studije, Klasici jugoslovenskog prava, knjiga 1*, Beograd 1986, a koju je priredio Obrad Stanojević. Veselinović je zamerio Stanojeviću, kao i nekim drugim pravnim istoričarima, što se i dalje drže Novakovićevoг shvatanja, zanemaruju rezultate Ćirkovićevih istraživanja, a da pri tom nisu pronašli nikakve nove podatke u izvorima koji bi osnažili klasično mišljenje. Smatramo da rasprava o udavi još uvek nije zaključena, ali se u nju u ovom trenutku ne možemo upuštati. U svakom slučaju namera nam je da se na nju vratimo nekim drugim povodom.

³⁷ Videti odrednicu *Izam* (S. Ćirković) u *LSSI*, str. 249-250.

ми, и не иправє ми се, да имь се да ведение трьми месеци, іако си могу тръжьници ихъ отити оу градъ съ всемь своимь.³⁸ Prema odredbama ugovora iz 1349. godine, u slučaju rata između Srbije i Dubrovnika, Dubrovčani su imali rok od šest meseci da mirno napuste Srbiju (**И ако се царьство ми съвади зь Доубровникомь, што се обретаю Доубровчане по земли царьства ми, да имь се постави рокъ за .s. месецъ, да се испратє свободно бєзъ забаве...**).³⁹

Najvažnija povlastica odnosila se na kolektivnu odgovornost za štetu koja bi nastala pljačkanjem dubrovačkih trgovaca. U ugovoru od 1205. godine ta odgovornost je padala na župe: **Оу коиє ли се жоупе што - испакости, тази жоупа волна да да кривьце волна да плати.**⁴⁰ Župi se pruža mogućnost ili da preda krivca, ili da nadoknadi štetu. Ali u ugovoru od 1308. godine nailazimo na nešto drukčiju odredbu: **Да при кои-мь ихъ сєлє чтєтє наидє, да плати сєлє ближиє; ако сєлє не плати, да плати кралєвьство ми.**⁴¹ Dakle, odgovornost snose najbliža sela, a ako ona nisu u stanju da plate, to će učiniti vladar. U ugovoru Stefana Dečanskog od 1326. godine pored okolnih sela pominje se i grad (**да имь сьплатє околнѣ сєлє волна градъ кои боудє**), a ako to oni nisu u mogućnosti платиће им кралј од своје имовине (**да имь кралєвьство - ми плати изь своє коукіє**).⁴² Ali, ugovor cara Dušana iz 1349. godine iz osnova menja redosled stvari: štetu će nadoknaditi careva blagajna, a car će nakon toga пронаћи učinioce krivičnog dela i od njih naplatiti štetu: **Ако ли се обрєштє што любо по силє оу зємьли царьства ми и кралєвє, вьсє този да плати царьство ми ономоузи, комоу боудє што оузєтоо, а тогази кривьца да иштє царьство ми, и да оузмє на нємь кто боудє оузєлє и оучинилє злоо коіє.**⁴³

U ugovoru kralja Milutina od 1308. godine Dubrovčani se izuzimaju od vojne obaveze (**И да не ходє на воискоу**),⁴⁴ kao i *gradozidanija* i *gradobljudenija* (**И града да не работаю, ни га блюдоу**).⁴⁵ Ali, u ugovoru kneza Lazara sa Dubrovnikom od 1387. godine čitamo sledeće: **И кои се іє Доубровчанинє забаштинилє оу Новомь Брьдоу,**⁴⁶ **тѣзи да зигє градъ, и да чоува: кои ли соу гостіє, и несоу се забаштинили,**

³⁸ Zak. spom. str. 155, II.

³⁹ Zak. spom. str. 171, XIV.

⁴⁰ Zak. spom. str. 136, III.

⁴¹ Zak. spom. str. 162, XII.

⁴² Zak. spom. str. 164, V.

⁴³ Zak. spom. str. 170, II.

⁴⁴ Zak. spom. str. 161, II.

⁴⁵ Zak. spom. str. 162, XII.

⁴⁶ Novo Brdo je u to vreme bilo najvažniji rudarski centar u Srbiji.

да им је на воли, што имъ годѣ.⁴⁷ То значи da su oni Dubrovčani koji su posedovali nepokretnosti u Srbiji bili obavezni da obavljaju feudalne dužnosti izgradnje i popravke gradova (*gradozidanije*) i stražarenja pored drumova i tvrđava (*gradobljudenije*). Ali oni koji nisu imali nepokretnosti (*koi li su gosti i nesu se zabaštinitil*) bili su izuzeti od te obaveze. Dubrovčani su u Srbiji bili izuzeti od takozvanog *ius albinagii* – prava vladara da prisvoji imovinu stranca koji umre na teritoriji njegove države. To se jasno vidi iz gore pomenutog ugovora kneza Lazara sa Dubrovnikom: **И ако се слоучи смръть комоу Доубровчаниноу оу земли господства ми, што је негова иманіа, да за тои не има посла - господство ми, ни кефалина господства ми ни ин... тко соу оу земли господства ми, тъкмо да си є, комоу га да онзи на смръти, Доубровчаниноу.**⁴⁸ Kao što se iz teksta jasno vidi, svaki Dubrovčanin je svoju imovinu mogao slodobno da zavešta, ili da naznači neku osobu koja će imovinu posle njegove smrti, preneti njegovim naslednicima.⁴⁹

Nemački rudari (Sasi)

Rudari koji su radili u rudnicima srednjovekovne Srbije nazivali su se Sasi.⁵⁰ Bili su nemačkog porekla (naziv *Sasi* dolazi od nemačke oblasti Saksonija, nemački *Sachsen*), mada su u Srbiju došli iz Ugarske⁵¹ sredinom XIII veka (verovatno 1241/42), za vlade kralja Uroša. Ne znamo mnogo o njihovim povlasticama. U ugovoru kralja Milutina sa Dubrovnikom od 1308. godine stoji da Dubrovčani moraju da plate globu za ubi-

⁴⁷ *Zak. spom.* str. 201, XIII.

⁴⁸ *Zak. spom.* str. 202, XIX.

⁴⁹ O istoriji Dubrovnika i odnosima sa Srbijom videti: C. Jireček, *Die Bedeutung von Ragusa in der Handelsgeschichte des Mittelalters, Almanach der kaiserlichen Akademie der Wissenschaften in Wien* 1899, pp. 367-452; G. Čremošnik, *Uvozna trgovina Srbije god. 1281 i 1283, Spomenik Srpske Akademije Nauka, LXII drugi razred* 51 (1925), str. 59-68; M. Kos, *Dubrovačko-srpski ugovori do sredine 13-tog veka Glas SAN CXXIII drugi razred* 67 (1927), str. 1-65; M. Jasinski, *Ugovori srpskih vladara sa Dubrovnikom kao spomenici starog srpskog prava, Arhiv za pravne i društvene nauke* od 25. IX 1930, str. 169-178; M. Dinić, *Dubrovačka srednjovekovna karavanska trgovina, Jugoslovenski istorijski časopis* 3 (1937), str. 119-146 = *Srpske zemlje u srednjem veku*, Beograd 1978, str. 305-330; B. Krekić, *Dubrovnik in the 14th and 15th Centuries. A City Between East and West*, Norman 1972, and *Dubrovnik, Italy and Balkans in the Late Middle Ages*, London 1980; V. Foretić, *Povijest Dubrovnika do 1808. Prvi dio: Od osnutka do 1526*, Zagreb 1980; A. Di Vittorio, *Ragusa e il Mediterraneo: ruolo e funzioni di una repubblica marina- ra tra medioevo ed eta moderna*, Bari 1990.

⁵⁰ Videti odrednicu *Sasi* (S. Ćirković) u *LSSV*, str. 649.

⁵¹ Smatra se da su došli iz Erdelja (Erdély), oblasti koja danas pripada Rumuniji i zove se Transilvanija. Nemački naziv za tu oblast je Siebenbürgen (Sedmogradska).

stvo (takozvanu *vraždu*) isto kao i Sasi (**Ако ли крвьъ оучини детикъ, да га пода господарь; ако ли га не пода, да плати господарь враждоу, како и Саси плакѡю**).⁵² Prema ovom obaveštenju moglo bi se zaključiti da su Sasi imali iste povlastice i obaveze kao i Dubrovčani. No, to je isuviše malo za jedan tako važan zaključak.

Dušanov zakonik u članu 123 pominje samo jednu povlasticu Sasa: pravo da seku šume za potrebe svoje profesije: *O trgovih. Što su kude posekli Sasi gore do sijega-zi sabora, tu-zi zemlju da si imaju. Ako su komu vlastelinu bez pravde uzeli zemlju, da se sude sa njim vlastele zakonom svetago kralja. A ot sada napreda Sasin da ne seče: a što seče, onoga-zi da ne teži, ni ljudi da ne sađa, takmo da stoji pusta, da raste gora. Nikto da ne zabrani Sasinu gore koliko jest trebe trgu: tolako-zi da seče*.⁵³ Kao što se vidi, Sasima se dozvoljava da poseduju zemlju koju su stekli krčenjem šuma *do sijega-zi sabora*, odnosno do trenutka kada je na saboru Zakonik proglašen (1349). Ako su pak tu zemlju stekli povredivši svojinska prava nekog vlastelina, treba da se sa njim sude prema pravilima o poroti, koja su bila ustanovljena za vlade kralja Milutina (*da se sude... zakonom svetago kralja*). Ali, u buduće Sasima se ne dozvoljava da seku šumu, izuzev za rudarske potrebe. Iskrčenu zemlju ne smeju da obrađuju niti da na nju naseljavaju zavisne seljake, već da puste da se šuma obnavlja. Verovatno da su Sasi preterali sa krčenjem šuma, pa car Dušan, da bi se sačuvao šumski fond, donosi ovakvu zabranu.

O pravnom položaju Sasa nalazimo obaveštenja i u takozvanom *Zakonu o rudnicima despota Stefana Lazarevića* donetom 1412. godine.⁵⁴ Ali, kako su se ti Sasi u XV veku već uveliko slavizirali, oni nisu predstavljali posebnu etničku grupu, već je taj izraz (Sasi) označavao rudare uopšte.⁵⁵

⁵² *Zak. spom.* str. 162, X.

⁵³ Novaković, *Zakonik*, str. 94 i 220; Radojčić, *Zakonik*, str. 66 i 123.

⁵⁴ Zakon je objavio N. Radojčić, *Zakon o rudnicima despota Stefana Lazarevića*, Beograd 1962. Prevod na savremeni srpski jezik sa detaljnim objašnjenjima dala je B. Marković, *Zakon o rudnicima despota Stefana Lazarevića, SAN, Spomenik CXXVI*, Beograd 1985. Turski prevod Zakona izdao je N. Beldiceanu, *Les actes des premiers sultans conservés dans les manuscrits turcs de la Bibliothèque nationale à Paris II*, Paris – La Haye 1964, pp. 245-254. Latinički prepis zakona, nastao 1638. u bugarskom gradu Čiprovcu, nedavno je objavio S. Ćirković, *Latinički prepis Rudarskog zakonika despota Stefana Lazarevića, Srpska Akademija Nauka i Umetnosti, Odeljenje društvenih nauka, Izvori srpskog prava XI*, Beograd 2005.

⁵⁵ O rudarstvu u srednjovekovnoj Srbiji videti M. Dinić, *Za istoriju rudarstva u srednjovekovnoj Srbiji i Bosni I-II*, Beograd 1955; D. Kovačević, *Dans la Serbie et la Bosnie médiévales: Les mines d'or et d'argent, Annales, Economies, Sociétés, Civilisations* 2 (1960), pp. 248-258; S. Ćirković, *Production of Gold, Silver and Copper in the Central*

Strani najamnici

U srednjovekovnoj Srbiji, kao i u zapadnoevropskim feudalnim monarhijama i Vizantiji boravio je veći ili manji broj profesionalnih vojnika stranog porekla. Najstariji pomen najamničke vojske srećemo u biografiji Stefana Nemanje (*Žitije svetog Simeona*) iz pera njegovog sina Stefana (1216). Govoreći o Nemanjinom sukobu sa braćom, biograf kaže da su Nemanjina braća unajmila *grčke vojnike* [Vizantinca], *Fruge* [Francuze] i *Turke*, ali uz pomoć Božju i svetoga Đorđa on je pobedio *neprijatelje svoje, inoplemene narode*.⁵⁶

Mnogo češći pomeni najamničke vojske potiču iz vremena osvajanja kralja Milutina. U Milutinovoj vojsci nalazimo kao najamnike tursko-mongolske Kumane⁵⁷ maloazijske Turke, ukrajinske Tatare, Jase (Osete) sa Kavkaza, kao i vitezove sa Zapada. Prema svedočenju arhiepiskopa Danila *mnogi* [strani najamnici] *idahu ka ovom blagočastivom* [Milutinu], *slušajući za veliku njegovu vrlinu i slavno ime*.⁵⁸ Kao uspomena na najamničku službu italijanskih plemića kod kralja Srbije (Milutina) sačuvan je viteški roman *Fortunatus Siculus ossia L'Avventuroso Ciciliano*. U romanu se priča o pet barona sa Sicilije, pristalica Francuza, koji nezadovoljni prevratom u otadžbini,⁵⁹ kreću u avanture. Jedan od njih *Messer Ulivo da Fontana*, odlazi lađom preko Ankone u „*Schiavonia*“ da bi stupio u službu „raškoga kralja“ (*re di Rascia*), koji je mogao da skupi voj-

Parts of the Balkans, Precious metals in the Age of Expansion, Beiträge zur Wirtschaftsgeschichte 2, Stuttgart 1979, pp. 41-69, i *Dubrovčani kao preduzetnici u rudarstvu Srbije i Bosne, Acta historico-oeconomica Iugoslaviae* 6 (1979), pp. 1-20, kao i S. Ćirković -D. Kovačević-Kojić – R. Ćuk, *Staro srpsko rudarstvo*, Beograd 2002. Videti i B. Marković, *Efikasnost rudarske eksploatacije u srednjovekovnoj Srbiji, Istorijski časopis* XXXIV (1987), str. 75–85.

⁵⁶ Stefan Prvovenčani, *Sabrani spisi, Stara srpska književnost, knjiga 3, današnja jezička verzija L.J. Juhas-Georgijevska, L. Mirković, M. Bašić*, Beograd 1988, str. 69. To je bila bitka kod Pantina, mesta na Kosovu gde je 1168. došlo do sukoba između Nemanje i njegove braće.

⁵⁷ Turski naziv ovog naroda je *Kipčaci*, arapski geograf Idrizi ih zove *Kumanima* a sličan naziv (*Komani*, **Κομάνοι**) sreće se i u vizantijskim tekstovima. Ruski letopisi ih zovu *Polovcima* a Mađari *Kunima*. Videti R. Gruse, *Carstvo stepa*, Sremski Karlovci – Novi Sad 1996, str. 208.

⁵⁸ Danilo Drugi, *Životi kraljeva i arhiepiskopa srpskih, Stara srpska književnost, knjiga 6, današnja jezička verzija L. Mirković, D. Bogdanović, D. Petrović*, Beograd 1988, str. 116.

⁵⁹ Misli se na čuveno *Sicilijansko večernje*, ustanak koji je izbio u Palermu 31. marta 1282 (*večernje* uoči Uskrsa) protiv vladavine francuskog vladara Šarla Anžuskog, a koji je doveo na presto Petra Aragonskog. Ustanak je finansijski pomagao vizantijski car Mihailo VIII Paleolog. Videti G. Ostrogorski, *Istorija Vizantije*, Beograd 1969, str. 434-435.

sku od 20000 konjanika. Ubrzo je Ulivo postao maršalom (*maliscalco*) i vrhovnim zapovednikom vojske (*generale capitano dell'oste*). U romanu se dalje priča o Ulivovom ratovanju na strani srpskog kralja sa niz fantastičnih detalja bez ikakvih oslonaca u istorijskim izvorima.⁶⁰

Prema svedočenju vizantijskog istoričara Nićifora Grigore, na strani Stefana Dečanskog borilo se u bici kod Vežbužda (1330), *1000 keltskih [francuskih] konjanika koji su se odlikovali veličinom tela, izuzetnom snagom i bili su najbolje izvežbani i iskusni u rukovanju oružjem*.⁶¹ Strane najamnike na srpskoj strani u bici kod Velbužda pominje i car-istoričar Jovan Kantakuzin, ali kod njega se radi o *300 teško oklopljenih Nemaca (ἑξ Ἀλαμανῶν)*.⁶² Međutim, na osnovu podataka iz Dubrovačkog arhiva, utvrđeno je da ti najamnici nisu bili ni Francuzi, ni Nemci, već Katalanci.⁶³

U borbama oko prestola između Stefana Dečanskog i njegovog polubrata Konstantina, oba brata su u svojim trupama imala najamnike. O tome jasno svedoči Grigorije Camblak, biograf Stefana Dečanskog kada kaže: *...Konstantin, brat njegov [Stefanov] od druge matere, sakupivši dovoljno vojske, a prizvavši još i od okolnih predela ne malu pomoć, išao je na njega...* Prema istom izvoru Dečanski je uoči bitke poručio svom polubratu: *zato prestani sa onim što si počeo, dođi da usrdno vidimo jedan drugoga i primi drugo dostojanstvo carstva, kao drugi sin, a ne ratuj sa tuđim narodima na svoje otačastvo, a dovoljno je meni i tebi u tolikoj širini zemlje živeti...*⁶⁴ “Izgleda da je baš u ovakvim unutrašnjim sukobima bila važna uloga najamnika jer se domaća vlastela sa svojim odredima mogla držati kolebljivo na obe strane.”⁶⁵

Mavro Orbin, dubrovački istoričar iz XVII veka, piše da je kralj Dušan držao *u službi i nešto Turaka koje je nastanio u Zeti kod Danja*. Nastavljajući priču Mavro Orbin, pozivajući se na Nićifora Grigoru tvrdi *da je Turčin Melek, prešavši u hrišćanstvo s hiljadu i pet stotina svojih ljudi, bio uzet u službu kralja Stefana; bilo je hiljadu konjanika i pet stotina pešaka*.⁶⁶ Ali, izgleda da je Dušan ipak davao prednost zapadnim najmnicima.

⁶⁰ Detaljnije videti K. Jireček, *Istorija Srba, knjiga II*, Beograd 1978, str. 112-114.

⁶¹ *Vizantijski izvori za istoriju naroda Jugoslavije, tom VI*, Beograd 1986, str. 209-210 i napomena 110. Prevod i komentar S. Ćirković.

⁶² *Vizantijski izvori, tom VI*, str. 338 i napomena 133. Prevod i komentar S. Ćirković.

⁶³ M. Dinić, *Španski najamnici u srpskoj službi, Zbornik radova Vizantološkog instituta* 6 (1960), str. 15-28.

⁶⁴ Grigorije Camblak, *Književni rad u Srbiji, Stara srpska književnost, knjiga 12*, na savremeni jezik preveli L. Mirković, D. Bogdanović, Đ. Trifunović, D. Petrović, *Beograd 1989, str. 63*.

⁶⁵ A. Veselinović, *Država srpskih despota*, Beograd 2006, str. 183.

⁶⁶ Mavro Orbin, *Kraljevstvo Slovena*, Beograd 1968, str. 35.

ma, što se vidi i iz podataka mletačkog arhiva, gde nalazimo obaveštenje da je vlada u Veneciji 6. decembra 1336. dozvolila da preko njenih teritorija prođe 300 nemačkih pešaka - najamnika. Radi se o vojnicima koje je Dušan nameravao da angažuje za svoju telesnu stražu (*pro securitate sue persone*).⁶⁷ Međutim, 1341. godine Mletačka sinjoria je promenila mišljenje i zabranila srpskom kralju da vrbuje najamnike na teritoriji Mletačke republike.⁶⁸

Nemački vitez Palman, bio je uticajna ličnost na Dušanovom dvoru,⁶⁹ gde je boravio od 1333. do careve smrti 1355, i obavljao dužnost zapovednika telesne garde (*stipendiarius domini regis Raxie*).⁷⁰ Kiparski kancelar Filip de Mezijer, pišući o Petru Tomi, latinskom patrijarhu Cari-grada, koji je kao papski legat boravio 1355. kod cara Dušana, kaže da je kod srpskog kralja⁷¹ zatekao u službi *mnoge nemačke plemiće i druge najamnike (erant multi ibi nobiles Teutonici et alii stipendiarii ipsius regis)*, a da je 300 nemačkih plemića i najamnika bilo pod komandom jednog kapetana koji je bio veran pristalica rimske crkve.⁷²

Zanimljiv podatak o nemačkim najamnicima daje i vizantijski caristoričar Jovan Kantakuzin. On priča kako ga je kraljica Jelena (Dušanova supruga) *savetovala da ne čeka vojsku koja se sprema da ga sledi, nego da uzme Germane (Γερμανούς), koje mu Kralj [Dušan] i ona budu dodelili, uvek spremne za vojevanje, jer su plaćenici i istovremeno sa svojim ljudima da ubrzano krene prema Veriji... Kraljeva supruga je ovo otprilike savetovala caru [Jovanu Kantakuzinu],⁷³ i ona lično mu je dodelila svoje najamnike Latine (μισθοφόρους Λατίνους) i muža je nagovorila [da na taj način postupi].⁷⁴*

⁶⁷ S. Ljubić, *Listine o odnošajih između južnoga Slavenstva i Mletačke Republike*, Zagreb 1874-1891, vol. II, str. 11.

⁶⁸ Ljubić, *Listine*, II, str. 111.

⁶⁹ Napred smo pomenuli član 173 Dušanovog zakonika, koji među carevom vlastelom pominje i Nemce.

⁷⁰ K. Jireček, *Istorija Srba* II, str. 111. U srpskoj službi bio je i Palmanov brat Kijarane i njegov sinovac Đorđe.

⁷¹ Mezijer Dušana naziva kraljem, iako se poseta Petra Tome dogodila posle Dušanovog proglašenja za cara.

⁷² Videti *The Life of Saint Peter Thomas by Philippe de Mezières*, ed. J. Smet, *Textus et Studia Historice Carmelitana*, 2, Roma 1954, pp. 53-188. Videti i K. Jireček, *Istorija Srba* II, str. 111-112 i M. Dinić, *O vitezu Palmanu*, *Zgodovinski časopis* 6-7 (1952), str. 398-401.

⁷³ U svojim *Memoarima* Kantakuzin Dušana redovno naziva kraljem, a samo sebe carem.

⁷⁴ *Vizantijski izvori, tom VI*, str. 438-439, i napomene 258-262. prevod i komentar B. Ferjančić.

U vojsci despota Stefana i kasnije despota Đurđa bilo je turskih, ugarskih i italijanskih najamnika. Još 1399. javlja se na dvoru gospođe Jevgenije (kneginje Milice) Turčin Šahin, koji će od despota Stefana dobiti titulu vojvode (oko 1406). Istakao se u borbama protiv Muse 1413,⁷⁵ kao jedan od despotovih vojskovođa. U ratovanju koje se vodilo u Zeti protiv Mlečana pominje se izvesni Alijaz-beg, takođe sa titulom vojvode. Šahin i Alijaz-beg prisustvovali su i potpisivanju mira sa Mletačkom republikom. U pratnji despota Đurđa, prilikom boravka u Dubrovniku 1441. godine pominje se i neki Turčin po imenu Ibrahim.⁷⁶

Sasvim je razumljivo da su srspski despoti, kao vlasnici ogromnih imanja na teritoriji Ugarske, primali u svoju službu ugarske plemiće kao *famili-ares* ili *fideles*.⁷⁷ Konstantin Filozof, biograf despota Stefana Lazarevića, pričajući o odnosima despotovim sa Ugarskom, kaže: *Dolažahu najsvetliji njihovi i najhrabriji da služe despotu, kao pred kraljem*. Opisujući despotovu smrt, Konstantin Filozof posebno naglašava žalost mađarskih vitezova: *A ugarski vitezovi, njegove sluge, izbezumljenim glasovima vikali su: „Kome ćeš nas sada slati? Šta smo veličanstvu tvome sagrešili te nas ovako najedanput odgoniš? Od sada se lišismo sladosti i krasote ovoga sveta! Od sada smo siromasi i tuđini...”*⁷⁸

Navedeni primeri iz izvora svedoče o prisustvu stranih najamnika u srednjovekovnoj Srbiji, ali o njihovom pravnom položaju nemamo nikakvih podataka. Razlog leži u činjenici što su najamnici uzimani za kraći vremenski period, uglavnom dok je trajao ratni pohod, a potom bi oni odlazili u druge države, gde je za njima postojala potreba. Isto tako ne raspolažemo nikakvim podacima o uslovima pod kojima su najamnici regrutovani, načinima kako su obaveze ugovarane, visini najamnine i koliki je bio rok važenja ugovora. Ostaje nam samo da pravimo paralele sa drugim feudalnim državama, ali to bi bio predmet posebne rasprave.⁷⁹

⁷⁵ Nakon pogibije sultana Bajazita u bici sa Mongolima kod Angore (1402), u Turskoj je došlo do borbi za presto između sultanovih sinova u koje se umešao i despot Stefan Lazarević. Detaljno o tome videti poglavlja *Nemirno doba i Snaženje Despotovine* (J. Kalić) u *Istorija srpskog naroda, druga knjiga*, Beograd 1982, str. 75-87 i 88-99.

⁷⁶ K. Jireček, *Istorija Srba II*, str. 379-380; A. Veselinović, *Država srpskih despotata*, str. 184.

⁷⁷ K. Jireček, *Istorija Srba II*, str. 376.

⁷⁸ Konstantin Filozof, *Žitije despota Stefana Lazarevića, Stara srpska književnost, knjiga II, prevod L. Mirković*, Beograd 1989, str. 119, 124.

⁷⁹ Posredni podaci mogu se izvući iz Dubrovačkog arhiva, gde je sačuvan ugovor izvesnog Grubača Dapčića, Srbina iz Luštice, koji 1403. godine stupa u najamničku službu sa Dubrovačkom republikom. Ugovor je objavio M. Pucić, *Spomenici srpski*, Beograd 1858, str. 48-49, a detaljno ga je analizirao G. Škrivanić, *O najamničkoj vojsci u srednjovekovnoj Srbiji*, *Vojno-istorijski glasnik* 5 (1954), str. 91-92, i ponovo u raspravi *Organizacija srednjovekovne vojске u Srbiji, Bosni i Dubrovniku*, *Vojno-istorijski glasnik* 1 (1967), str. 156-157.

*Srđan Šarkić, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad*

Legal Position of Foreigners in Mediaeval Serbia

Abstract

In the mediaeval Serbia we could find a big number of foreigners, living there either temporarily or permanently. The foreigners were mostly engaged in trade and mining, but some of them were the King's (Tsar's) noblemen or servants and some were mercenaries in the army.

All those persons that Serbian rulers call „my royal (or imperial) noblemen“ were not always Serbs. Among the noblemen there were different nations, such as Greeks (Byzantines), Germans, Albanians, Latins (Roman-catholics from maritime towns).

The trade in the mediaeval Serbia was controlled by Ragusans (Dubrovčani), who obtained privileges from Serbian rulers since the year 1186.

The miners in Serbia were from German (Saxon) origin and that is the reason why people called them Sasi (Saxons).

It is very well known that the Serbian rulers had the mercenary army, but about the legal status of those soldiers we do not know anything for certain.

Key words: noblemen, Ragusan merchants, Saxons, mercenaries, charters, Dušan's Law Code.

*Akademik Jožef Salma, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

PRAVNI INSTRUMENTI UPRAVLJANJA KVALITATIVNIM STANJEM VODA¹

Sažetak: *U radu se razmatraju osnovni pravni instrumenti upravljanja kvalitativnim, i s tim u vezi, kvantitativnim stanjem voda: planski dokumenti, kao opšti akti upravljanja vodama, i evidencioni akti, kao što su katastar voda, katastar vodnih objekata, katastar korisnika, katastar zagađivača, koji su podloga za izdavanje dozvola i saglasnosti za nove konzumente. Kao pojedinačni akti upravljanja kvalifikuju se vodni uslovi, vodna saglasnost, vodna dozvola i vodne mere. Konstatuje se da je zajednički cilj opštih i pojedinačnih akata upravljanja vodama da se poboljša kvalitativno stanje voda, tj. da se obezbedi voda podobna za razne korisnike, kako za opštu (kao egzistencijalnu), tako i za posebnu, privrednu upotrebu. Autor ukazuje i na nastojanje zakonodavca da harmonizuje pravne propise u domenu ekološkog, posebno vodnog prava, sa odnosnim smernicama EU, kao i na ratifikaciju nekih međunarodnih konvencija u oblasti zaštite životne sredine, posebno zaštite voda. Ukazuje se i na probleme privatnopravne prirode, tj. na naknadu štete zbog zagađenja vodnih resursa.*

Ključne reči: *vodni planovi, vodni bilans, vodna dozvola, vodna saglasnost, vodne knjige, opšta upotreba voda, posebna upotreba voda*

¹Članak je nastao kao rezultat rada na naučnoistraživačkom projektu Fakulteta tehničkih nauka Univerziteta u Novom Sadu br. III43008, pod nazivom *Razvoj metoda, senzora i sistema za praćenje kvaliteta vode, vazduha i zemljišta*, koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke.

I

Opšti i pojedinačni instrumenti upravljanja vodama

Pravni instrumenti upravljanja vodama mogu biti opšti i pojedinačni. *Opšti* su planski akti, a *pojedinačni* individualni upravni akti kojima se utvrđuju prava korisnika voda. Tu spadaju i evidencioni akti koji služe praćenju kvalitativnog i kvantitativnog stanja voda.

Osnovni pravni instrumenti upravljanja kvalitativnim i kvantitativnim stanjem voda tradicionalno su: vodoprivredna osnova (plan), vodoprivredni bilans i vodoprivredna dozvola, odnosno vodoprivredni uslovi i saglasnost.

Po tradicionalnoj definiciji, vodoprivredna osnova je dugoročan plan aktivnosti na planu zaštite kvaliteta i kvantiteta voda. Vodoprivredni bilans je aktuelna (kratkoročna) analiza kvaliteta i kvantiteta voda. Vodoprivredna dozvola je akt davanja saglasnosti za privredno korišćenje voda.

Prema važećem vodnom zakonodavstvu osnovna **planska dokumenta** za upravljanje vodama su: 1) Strategija upravljanja vodama; 2) plan upravljanja vodama, godišnji program upravljanja vodama; 3) planovi kojima se uređuje zaštita od štetnog dejstva voda, i to: plan upravljanja rizicima od poplava, opšti i operativni plan za odbranu od poplava kao i planovi kojima se uređuje zaštita voda (plan zaštite od zagađivanja i program monitoringa).² *Monitoring* obuhvata površinske vode u pogledu zapremine, vodostaja proticanja od značaja za ekološko i hemijsko stanje, odnosno ekološki potencijal, a za podzemne vode – nivoe i kontrolu hemijskog i kvantitativnog stanja.³

Po zakonskoj definiciji, *strategija upravljanja vodama* je planski dokument kojim se utvrđuju dugoročni pravci upravljanja vodama.⁴ *Plan upravljanja vodama* je akt koji se donosi za vodno područje. Sadrži generalne karakteristike prostora, prikaz značajnih uticaja ljudskih aktivnosti, kartu monitoring mreže, listu ciljeva, vodni bilans, i dr. U njemu se prikazuju usvojeni planovi, programi i mere radi postizanja ciljeva u oblasti zaštite od štetnog dejstva voda i zaštite voda.⁵ Za strategiju i planove upravljanja vodama obavezna je izrada strateške procene uticaja na životnu sredinu, u skladu sa propisima kojima se uređuje zaštita životne sredi-

² V. čl. 29. st. 1. tač. 1-4. Zakona o vodama Republike Srbije (Službeni glasnik RS, br. 30/2010 - u daljem tekstu ZVRS).

³ V. čl. 107. st. 2 tač. 1-2. ZVRS.

⁴ V. čl. 30. st. 1. ZVRS.

⁵ V. čl. 33. st. 3. tač. 1-19. ZVRS.

ne.⁶ Godišnji program upravljanja je planski dokument kojim se određuju vodni objekti, vrsta i obim radova, kao i finansiranje.⁷

Vodna akta su pojedinačni upravni akti kojima se upravlja kvalitativnim stanjem voda. Vodna akta su vodni uslovi, vodna saglasnost, vodna dozvola i vodni nalog.⁸ *Vodnim uslovima* se određuju tehnički i drugi zahtevi koji moraju da se ispune pri izgradnji i rekonstrukciji objekata.⁹ *Vodnom saglasnošću* se utvrđuje da li su tehnička dokumentacija za objekte i radove, kao i planska dokumenta za uređenje prostora u skladu sa izdatim vodnim uslovima.¹⁰ *Vodnom dozvolom* se utvrđuju način, uslovi i obim korišćenja voda, uslovi i obim ispuštanja otpadnih voda.¹¹ *Vodni nalog* je pojedinačni upravni akt kojim se imaocu vodne dozvole nalaže neka radnja ili uzdržavanje od činjenja, radi otklanjanja opasnosti od nastalog ili mogućeg poremećaja vodnog režima.¹²

U instrumente upravljanja vodama spadaju i **evidencije o stanju voda**, tzv. *vodna dokumentacija*, i to vodne knjige i vodni katastar.¹³ *Vodna knjiga* je evidencija o izdatim vodnim aktima. Vode ih pokrajina, lokalna samouprava i grad koji podatke dostavljaju nadležnom ministarstvu. *Vodni katastar* sadrži podatke od značaja za upravljanje vodama, odnosno za korišćenje voda, kao i za zaštitu od voda i zaštitu od štetnog dejstva voda. Vodni katastri su: 1) katastar vodnog dobra, 2) katastar vodnih objekata, 3) katastar korišćenja voda i 4) katastar zagađivača.¹⁴ Registre vode javna vodoprivredna preduzeća koja su dužna da podatke dostavljaju nadležnom ministarstvu.¹⁵ *Katastar vodnog dobra* sadrži registar, zbirku isprava, tehničku i ostalu dokumentaciju o površinskim i podzemnim vodama, o vodnom objektu.¹⁶ *Katastar vodnih objekata* sadrži registar, zbirku isprava kao i tehničku i ostalu dokumentaciju o vodnim dobrima.¹⁷ Vodni objekti se upisuju i u *javne knjige o evidenciji nepokretnosti* i pravima na njima.¹⁸ Vodni katastri, posebno katastar vodnih dobara, u pogledu evi-

⁶ V. čl. 37. ZVRS.

⁷ V. čl. 42. ZVRS.

⁸ V. čl. 113. st. 3. tač. 1-4. ZVRS.

⁹ V. čl. 115. st. 2. ZVRS.

¹⁰ V. čl. 119. st. 1. ZVRS.

¹¹ V. čl. 122. st. 1. ZVRS.

¹² V. čl. 128. st. 1. ZVRS.

¹³ V. čl. 129. ZVRS.

¹⁴ V. čl. 131. st. 1. i 2. ZVRS.

¹⁵ V. čl. 132. st. 5. i 6. ZVRS.

¹⁶ V. čl. 132. st. 1. ZVRS.

¹⁷ V. čl. 132. st. 2. ZVRS.

¹⁸ V. čl. 21. st. 2. ZVRS. To znači da se vodni objekti evidentiraju ne samo u administrativnim registrima, već i u katastarskim knjigama, prema pravilima stvarnog prava. V. Za-

dentiranih prava korisnika, po sebi nisu konstitutivni. Dakle, imaju pre svega *evidencioni* karakter. Konstitutivni su individualni upravni akti kojima se zasnivaju prava. Takva prava se ustanovljavaju i neposredno na osnovu zakonskog naređenja, npr. o osnivanju javnih vodoprivrednih preduzeća i o javnim dobrima kojima se oni staraju. Ali, ako su vodna prava na vodnim dobrima *upisana u zemljišne knjige*, odnosno katastar nepokretnosti, po načelu o konstitutivnosti uknjižbe, ne radi se samo o pukoj evidenciji, već i o *zasnivanju* prava, aktom uknjižbe, sa klasičnim stvarno-pravnim dejstvom erga omnes. *Katastar korišćenja voda* sadrži registar, zbirku isprava, tehničku i ostalu dokumentaciju o izvoristima i korisnicima voda, količini i kvalitetu zahvaćene vode za pojedine namene, zemljištu, kao i o eksploataciji rečnih nanosa sa vodnog zemljišta.¹⁹ *Katastar zagađivača voda* naročito sadrži registar, zbirku isprava, tehničku i ostalu dokumentaciju o izvorima zagađivanja voda, količini i vrsti emisije i prijemnicima (recipijentima).²⁰

Predmet upravljanja čine javne vode, vodotoci i vodni recipijenti. Vode nisu u pravnom prometu (*rei extra commercium*), već su javna dobra u funkciji opšte upotrebe. Ali, funkcija korišćenja voda i vodnih snaga u privredne svrhe je u delimičnom pravnom prometu, na osnovu dozvole ili koncesije, kao i na osnovu koncesionog ugovora. Upravljanje vodama mora da obezbedi uslove za opštu i posebnu upotrebu voda.

II

Vode kao javna dobra, njihova opšta i posebna upotreba

Po definiciji, **vode i vodotoci** su javna dobra (*rei omnium communis*)²¹, budući da su uslovi života i privređivanja.²² Na njima se zasnivaju

kon o državnom premeru i katastru i upisima prava na nepokretnostima (Službeni glasnik RS, br. 83/1992, 12/1996, 15/1996 9 i 25/2002). Prema čl. 23. ZVRS, javno vodoprivredno preduzeće osnovano za obavljanje vodne delatnosti na određenoj teritoriji upravlja vodnim objektima za uređenje vodotoka i za zaštitu od poplava na vodama I reda i vodnim objektima za odvodnjavanje koji su u javnoj svojini i brine se o njihovom namenskom korišćenju, održavanju i čuvanju.

¹⁹ V. čl. 132. st. 3. ZVRS.

²⁰ V. čl. 132. st. 4. ZVRS.

²¹ Prema čl. 5. ZVRS, javno vodno dobro služi opštem interesu i u državnoj je svojini (st. 1.) odnosno, vode i vodno zemljište su u javnoj svojini (st. 2.).

²² *Francusko pravo* upravljanje vodama kao javnim dobrima sagledava u kontekstu vlasništva, tj. prava i obaveze vlasnika. V. čl. 556-563 *Code civil*-a. Zakonik vode deli na javne i privatne, a prirodne vodotoke na plovne i neplovne. Na javnim vodama prihvata ograničenje prava vlasnika (države) u korist opšte upotrebe. Obaveze vlasnika u pogledu zaštite voda ustanovljene su Zakonom o vodama (*Code du domaine fluvial et de la navigation intérieure*, Décr. No 56-1033 du 13 oct 1956), Zakonom o zaštiti životne sredine

dve osnovne vrste upotrebe: a) opšta upotreba, b) posebna upotreba. **Opšta upotreba**²³ ima karakter egzistencijalnog korišćenja.²⁴ Svako ima pravo na upotrebu voda za piće, napajanje stoke i osnovno navodnjavanje pribrežnog poljoprivrednog zemljišta, bez upotrebe naročitih naprava, kao i vodeni saobraćaj na javnim vodama.²⁵ Opšta upotreba ima sledeće pravne osobine: 1) ona je jednaka za sve građane, tj. svima je dostupna pod jednakim slovima; 2) zasniva se neposredno na zakonu; 3) ostvaruje se bez posredovanja administrativne dozvole ili saglasnosti; 4) ostvaruje se bez naknade; 5) opšta odredba može da bude ograničena u uslovima restrikcije vode. **Posebna upotreba**²⁶ je privredna upotreba javnih vodnih

(*Code de l'environnement*, Ord. No 2000-914 du 18. sept. 2000, JO 21. sept.), kao i Zakonom o zemljištu (*Code rural*, livre II, Ord. No 2000-550 du 15. juin 2000, Ord. No 2000-914 du 18. sept. 2000, art. 17). V. na primer *Code civil*, 102e Édition, Dalloz, Paris, str. 584-587. Lit: *Propriété et environnement – Jégouzo, Défrenois*, 1994, str. 449.

²³ Čl. 3. st. 1 tač. 5. ZVRS, u redu definicija pojmova, određuje da voda za piće spada u red opšte upotrebe. Po čl. 67 st. 1 opšte korišćenje voda podrazumeva korišćenje bez prethodnih tretmana, odnosno bez upotrebe posebnih uređaja (pumpe, natege i drugo) ili izgradnje vodnih objekata, i to za: 1) piće, 2) napajanje stoke u domaćinstvu, 3) sanitarno higijenske potrebe, 4) rekreaciju, uključujući i kupanje, 5) gašenje požara, 6) plovidbu. Po st. 2. organ jedinice lokalne samouprave, po prethodno pribavljenom mišljenju javnog vodoprivrednog preduzeća, određuje mesto i način korišćenja vode za namene iz st. 1. tač. 1-4. U pogledu kvantiteta i kvaliteta vode u domenu snabdevanja javno vodoprivredno preduzeće je obavezno da postavi uređaje i obezbedi stalno praćenje količine i kvaliteta vode na vodozahvatu (v. čl. 74. st. 1. tač. 1. ZVRS). Voda koja se koristi za piće, za proizvodnju i preradu hrane i predmeta opšte upotrebe, sanitarno-higijenske potrebe i kupanje mora ispunjavati uslove u pogledu zdravstvene ispravnosti, koje bliže uređuje ministar zdravlja. (V. st. 1 i 3. čl. 75. ZVRS).

²⁴ Po austrijskom autorima (*Koziol-Welser*, Band I *Koziol*, Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht, 12. Auflage, Manz Verlag, Wien, 2002, str. 217-218), osnovna karakteristika javnih dobara je da se za njih vezuje opšta upotreba (*Gemeingebrauch*). Takve stvari stoje na raspolaganju svim ljudima, saglasno par. 287. AOGZ. Tu spadaju javni putevi, reke i druge javne vode. Razlikuje se od državne svojine (*Staatsvermögen*) koja služi opštem interesu na drugi način, na primer, upravna imovina, kao što su upravne, pravosudne zgrade, škole, službena kola. Naš Zakon o vodama kaže da su javne vode u državnoj svojini. Ali, potrebno je dodati da su vode kao javne, služe građanima te otuda u vezi sa njima država ima zadatke. V. *Adamovich-Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien, 1987; Antoniolli-Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1996, str. 699.

²⁵ Prema st. 1. par. 8. Austrijskog Zakona o vodama (*Wasserrechtsgesetz*, BGBl 1959/215, poslednja izmena: BGBl I 2006/123, v. in: *Kodex des österreichischen Rechts, Wasserrecht*, 2010, LexisNexis, Wien, 2010, str. 6. u sadržinu opšte upotrebe na javnim vodama ulazi pravo na kupanje, pranje, upotreba vode za piće, pranje, korišćenje za osnovno navodnjavanje biljki, kamena, šljunka i dr. ali bez upliva na pravac i tok vodotoka, odnosno obale. Po st. 2. istog člana opšta upotreba na privatnim vodama se svodi na korišćenje vode za piće i napajanje, bez naročitih naprava, bez povrede opštih i privatnih interesa, uz slobodan pristup svih lica, bez posebne dozvole ili saglasnosti.

²⁶ ZVRS u čl. 68. st. 1. sadrži negativnu definiciju: Svako korišćenje koje ne predstavlja opšte korišćenje voda jeste posebno korišćenje voda. U st. 2. se određuje da se pra-

dobara.²⁷ Ona se ostvaruje na osnovu administrativne dozvole, odnosno saglasnosti.²⁸ Njena suština je u tome, da pod zakonskim uslovima, javna dobra mogu biti podvrgnuta privrednoj upotrebi, na primer, upotreba rudnih bogatstava, mineralnih sirovina²⁹, voda za navodnjavanje poljoprivrednih površina u većem obimu od potreba običnog navodnjavanja pribrežnog poljoprivrednog zemljišta (bez naročitih naprava). Svaka posebna upotreba mora biti podvrgnuta posebnoj administrativnoj saglasnosti (dozvoli) u kojoj, uz dozvolu upotrebe, treba da bude naznačen obim i način upotrebe. Te dozvole, sa uslovima korišćenja (način, obim), evidentiraju se u katastru korisnika koje vode javna vodoprivredna preduzeća, odnosno, nadležne državne, regionalne i lokalne vodoprivredne vlasti. Uslovi upotrebe su podvrgnuti naknadnoj upravnoj kontroli, te ako nisu ispunjeni, izdate dozvole se mogu ukinuti. Prema pravilima vodnog prava, privredna upotreba ne sme da ugrozi opštu (egzistencijalnu) upotrebu. Takođe, privredna upotreba voda ne sme da ugrozi raniji režim voda (tj. pravac toka, količinu i kvalitet voda). Privredna upotreba voda ne sme da ugrozi opštu i posebnu upotrebu na niželežućem zemljištu. Privredna upotreba voda je uvek sa naknadom. Prema evropskim pravilima, za preispitivanje pravnosnažnih upravnopravnih dozvola (vodoprivredna dozvola, ekološka dozvola za nove aglomerate), treba da bude otvoren pravosudni put, tj. mogućnost osporavanja upravnih akata pred upravnim sudom. Iako je u našem važećem pravu otvoren pravosudni put, praksa je

vo na posebnu upotrebu stiče vodnom dozvolom, a ako se posebno korišćenje vrši po osnovu koncesije, i u skladu sa ugovorom kojim se uređuje koncesija.

²⁷ Prema par. 9. st. 1. i 2. austrijskog Zakona o vodama, posebna upotreba (besondere Wasserbenutzung an öffentlichen Gewässern und privaten Tagwässern) svaka upotreba izvan opšte upotrebe na javnim vodama podložna je dozvoli vodoprivrednih organa. Dozvola je potrebna za svako vodno postrojenje koje utiče na pravac ili tok vodotoka. Na privatnim vodama takva dozvola javnog vodoprivrednog organa je potrebna ako ona ne vređa tuđa prava, ako je takva upotreba povezana sa javnim vodama i ako utiče na nivo ili obalu vodotoka, odnosno ako to zahteva interes zaštite zdravlja ljudi. V. in: (*Wasserrechtsgesetz*, BGBl 1959/215, poslednja izmena: BGBl I 2006/123, v. in: *Kodex des österreichischen Rechts, Wasserrecht*, 2010, LexisNexis, Wien, 2010, str. 7).

²⁸ Izdavanjem vodoprivredne saglasnosti se utvrđuje da li je tehnička dokumentacija za objekte i radove, kao i planska dokumenta za uređenje prostora i gazdovanja šumama u skladu sa vodnim uslovima (iz čl. 115. ZVRS). Vodna saglasnost se izdaje pre početka izgradnje novih i rekonstrukcije postojećih objekata i postrojenja i izvođenja drugih radova koji mogu imati uticaj na vodni režim, kao i povodom donošenja planskih dokumenata za uređenje prostora i gazdovanja šumama. V. čl. 119. st. 1. i 2. ZVRS.

²⁹ V. čl. 3. st. 1. tač. 8. Zakona o rudarstvu (Službeni glasnik RS br 44/2005, 85/2005, 34/2006 i 104/2009) u kome je reč o podzemnim vodama iz kojih se dobijaju korisne mineralne sirovine i geotermalna energija, kao i o podzemnim vodama vezanih za rudarsku tehnologiju i gasovi koji se u njima javljaju.

veoma oskudna. Saglasnost se daje u fazi planirane izgradnje novog vodnog objekta, odnosno vodnog objekta za iskorišćavanje voda, a dozvola nakon izgradnje, ali pre početka upotrebe.³⁰

III

Katastri zagađivača u funkciji zaštite kvaliteta voda

Vodenje **katastra zagađivača**³¹ je u našem pravu u nadležnosti javnih vodoprivrednih preduzeća.³² On je, između ostalog, pravna osnova za izdavanje novih vodoprivrednih dozvola³³, saglasno kvantitativnom i kvalitativnom bilansu³⁴ voda. Po evropskim pravilima, novi privredni aglomerati su podvrgnuti prethodnoj ekološkoj dozvoli, već u investicionoj fazi, sa dokazom da su investitori obezbedili ekološku prevenciju od zagađenja, u tehničko-tehnološkom smislu. Ova pravila su u novije vreme prihvaćena i u našem pravu. Prema pravilima evropskog prava³⁵, odgovornost za evidenciju stanja zagađenosti je stvar nacionalnih organa vlasti, ali u tom pogledu mogu da učestvuju i ekološke organizacije. U evropskom pravu postoje tri osnovna principa: 1) *Princip prevencije* (većih zagađenja od uticaja na ljudsko zdravlje, floru i faunu); 2) princip - *zagađivač plaća* (tj. da za ekološke štete u građanskopravnom smislu i u smislu ekološkog prava odgovara zagađivač). 3) *Princip sanacije* (tj. da se moraju preduzeti mere radi otklanjanja nastalih ekoloških šteta kod tzv. skupnih ili neidentifikovanih zagađenja).³⁶ Svakako, nacionalni organi treba da *sarađuju* sa evropskim or-

³⁰ V. npr. čl. 15. st. 1. Zakona o zaštiti životne sredine, koji određuje da nadležni organ ne može izdati odobrenje za korišćenje prirodnih resursa ili dobara bez saglasnosti na projekt koji sadrži mere zaštite i sanacije životne sredine.

³¹ V. čl. 131. st. 2. tač. 4. ZVRS.

³² V. čl. 132. st. 5. ZVRS.

³³ Po čl. 122. ZVRS vodnom dozvolom utvrđuju se način i obim korišćenja voda, ispuštanja otpadnih voda, skladištenja i ispuštanja hazardnih i drugih supstanci koje mogu zagađiti vodu, kao i uslovi za druge radove kojima se utiče na vodni režim.

³⁴ V. čl. 30. st. 3. tač. 2. ZVRS.

³⁵ V. Smernicu za zaštitu voda, - *Gewässerschutzrichtlinie* (EG) 76/464/EWG; Okvirna smernica o vodama - *Wasserrahmenrichtlinie* 2000/60 EG od 23. 10. 2000.; Smernica o osnovnim vodama - *Grundwasserrichtlinie*, 2006/118/EG od 12. 12. 2006. U Saveznoj Republici Nemačkoj nacionalni aspekti zaštite voda uređuje se saveznim (*Wasserhaushaltgesetz*, npr. par. 19 g, Absatz 5) i republičkim zakonskim propisima (*Landeswassergesetze*). Po saveznim propisima, uređaji za odlaganje, odn. proizvodnju materijala koji ugrožavaju vode, moraju se tako smestiti, izgraditi i čuvati i staviti u pogon da ne dovode do zagađenja, odnosno sličnih poremećaja voda koji proizvode izmene njihovih svojstava.

³⁶ Čl. 25. ZVRS deklariše: načelo održivog razvoja; načelo celovitosti procesa u prirodi; načelo jedinstva vodnog sistema; načelo obezbeđenja od štetnog dejstva voda; načelo „korisnik plaća“, tj. da cenu korišćenja plaća onaj koji koristi vode; načelo „zagađi-

ganima, kako u pogledu evidencije, tako i u pogledu sanacije, naročito u pogledu aglomeracija koje nose opasnost od većih ekoloških katastrofa. Ovo je neophodno i racionalno, jer lokalna i regionalna zagađenja mogu imati *prekogranični*,³⁷ međunarodni uticaj. Zato kod *međunarodnih vodotoka*, kao što je slučaj sa rekom *Dunav*,³⁸ svaka država, preko koje ona protiče, treba da se postara da na svom području, svojoj deonici i pri izlazu reke sa područja, otkloni posledice štetnih emisija, tj. industrijskih zagađenja od uticaja na ljudsko zdravlje, floru i faunu. Primera radi, navodnjavanje zagađenim vodama, poreklom iz bilo koje zemlje, uključiv i našu, može stići preko tako zagađenih poljoprivrednih proizvoda kako domaće, tako i na inostrano tržište. Otuda postoji interes za saradnjom i ekološkom kontrolom, između ostalog, preko katastra zagađivača i vodoprivredne dozvole, odnosno monitoringa.

IV Režim voda

Režim voda čine, u užem smislu, elementi kvantitativnog stanja voda, kao što su *pravac kretanja* i *količina* voda.³⁹ U širem smislu, pravni pojam režima voda inkorporiše i kvalitativne elemente, pre svega, meru čistoće, odnosno zagađenja. U najširem smislu režim voda obuhvata i vrstu voda, kao što su nadzemne, podzemne, izvorske i termalne vode, vode u čijem sastavu ima mineralnih sirovina, i dr. Režim voda se obično razume kao aktuelno kvalitativno i kvantitativno stanje voda. Mere upravljanja i korišćenja voda ne smeju da dovedu do promene režima voda, tj. da menjaju pravac kretanja ili količinu vode u odnosu na niželežće pribrežno zemljište, odnosno korisnika. Mere upravljanja i korišćenja voda ne smeju da dovedu do pogoršanja kvalitativnog stanja voda. Takođe, ne smeju da ugroze objekte zaštite od visokih voda, kao što su nasipi. Kada se izdaje vodoprivredna dozvola za iskorišćavanje peska, šljunka ili kamena iz korita vodotoka, uslov je da se ne narušavaju nasipi za zaštitu od visokih vodostaja. Mere upravljanja ujedno služe poboljšanju kvalitativnog stanja voda. *Oskudica* u vodama može biti ne samo rezultat industrijske ili druge potrošnje,

vač plaća“ - tj. svako ko svojim aktivnostima prouzrokuje zagađenje dužan je da obezbedi troškove mera za otklanjanje zagađenja; načelo učešća javnosti; načelo primene najbolje dostupne tehnike.

³⁷ V. Zakon o potvrđivanju Konvencije o proceni uticaja na životnu sredinu u prekograničnom kontekstu (Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori, br. 102/2007).

³⁸ V. Konvenciju o saradnji za zaštitu i održivo korišćenje reke Dunav (Službeni list SCG, Međunarodni ugovori, br. 4/2003).

³⁹ V. Zakon o režimu voda (Službeni list SRJ, br. 59/98, Službeni glasnik RS, br. 101/2005. dr. zakon, čl. 1.)

već i prirodnih događaja (suša). U slučaju oskudice, mere upravljanja mogu ići u pravcu restrikcije vode velikim potrošačima, ali poslednje trpi ograničenje opšte upotrebe, tj. korišćenje vode za piće, napajanje stoke i obično navodnjavanje pribrežnog zemljišta. Mere upravljanja dakle obuhvataju i *održavanje režima voda u potrebnom stanju* u zavisnosti od vrste potrošnje. Korisnik plaća cenu, a zagađivač cenu sanacije zagađenja. Vode za piće, vode za snabdevanje stanovništva, kao i vode za proizvodnju lekova i hranu podvrgnuti su posebnim pravilima u pogledu kvaliteta.⁴⁰ U mere upravljanja režimom voda svakako spada i *navodnjavanje* i *odvodnjavanje* viška podzemnih ili nadzemnih voda. Prema važećem zakonu, uređenje voda je skup mera i radova usmerenih na očuvanje i regulisanje vodenih količina kojima se obezbeđuje kvantitativna, prostorna i vremenska raspodela voda za snabdevanje vodom za piće stanovništva, industrije i drugih korisnika.⁴¹ *Podzemne vode* sa kvalitetom pogodnim za piće i vode sa javnih izvora koriste se restriktivno samo za snabdevanje stanovništva, sanitarno-higijenske potrebe, napajanje stoke, za potrebe industrije koja zahteva visokokvalitetnu vodu (prehrambena, farmaceutska i drugo) i potrebe malih potrošača.⁴² Javno preduzeće, odnosno drugo pravno lice koje obavlja poslove *snabdevanja vodom* dužno je da postavi uređaje i obezbedi stalno i sistematsko registrovanje količine vode i ispitivanje kvaliteta vode na vodozahvatu, da preduzima mere za obezbeđenje zdravstvene ispravnosti vode za piće i održavanje higijene u objektu i da preduzima mere za obezbeđenje tehničke ispravnosti uređaja.⁴³

V

Integralnost zaštite voda sa zaštitom drugih elementata životne sredine

Na pravni pojam režima voda nadovezuje se pojam **integralnog upravljanja**. Integralno upravljanje čini skup mera i aktivnosti usmerenih na *održavanje* i *unapređenje režima voda*, obezbeđivanje potrebnih količina voda zahtevanog kvaliteta za različite namene, zaštitu voda od zagađivanja i zaštitu od štetnog dejstva voda.⁴⁴ Upravljanje vodama je u nadležnosti Republike, koja se ostvaruje preko ministarstva, organa auto-

⁴⁰ V. čl. 75. st. 1. ZVRS, prema kojem voda koja se koristi za piće, za proizvodnju i preradu hrane i predmeta opšte upotrebe, sanitarno-higijenske potrebe i kupanje mora ispunjavati uslove u pogledu zdravstvene ispravnosti.

⁴¹ V. čl. 66. st. 1. tač. 1. ZVRS.

⁴² V. čl. 72. st. 1. ZVRS.

⁴³ V. čl. 74. st. 1. tač. 1-3. ZVRS.

⁴⁴ V. čl. 24. st. 1. ZVRS.

nomne pokrajine, organa jedinica lokalne samouprave i javnog vodoprivrednog preduzeća.⁴⁵ Prema Ustavu, Republika svojim propisima, zakonima ili podzakonskim aktima, uređuje održavanje, razvoj, sistem zaštite i unapređenja životne sredine.⁴⁶ Na integralnost upravljanja upućuje i Zakon o zaštiti životne sredine integrisanim sprečavanjem i kontrolom zagađivanja životne sredine.⁴⁷

Integralnost možemo shvatiti i u tom pogledu, što stanje voda *povratno utiče na ostale elemente životne sredine*, na floru, faunu, atmosferu, kao i na zemljište. Zakon o zaštiti prirode štiti područja za očuvanje staništa i vrsta, posebno ptica.⁴⁸ Takvo područje bi moglo biti, na primer, Slana bara (Sóskopó) u okolini Novog Bečēja. Ali i atmosfera, na primer, *atmosferske padavine*, može da utiče na stanje voda kako u kvalitativnom, tako i na kvantitativnom pogledu, tj. na vodostaj. Svakako, kvalitativno stanje voda je od uticaja na ljudsko zdravlje. Stoga je monitoring od velikog društvenog i pravnog značaja.

Zakon o poljoprivrednom zemljištu propisuje obavezu ispitivanja poljoprivrednog zemljišta i vode za *navodnjavanje* radi utvrđivanja količine opasnih i štetnih materija, po programu koji donosi ministar.⁴⁹

Zaštita i korišćenje voda ostvaruje se u okviru integralnog upravljanja vodama, preduzimanjem i sprovođenjem mera za očuvanje *površinskih i podzemnih voda* i njihovih rezervi, kvaliteta i količina, kao i zaštitu u skladu sa posebnim zakonom.⁵⁰

⁴⁵ V. čl. 24. st. 2. i 3. ZVRS.

⁴⁶ V. čl. 97. st. 1 tač. 9. Ustava. Autonomna pokrajina ima pravo da u granicama i okvirima koje odredi zakon, reguliše pitanja od pokrajinskog značaja, između ostalog u oblasti zaštite životne sredine (čl. 183. st. 2 tač. 2. Ustava). V. bliže: Marijana Pajvančić, Ustavno pravo i zaštita životne sredine, in: Osnove prava zaštite životne sredine, grupa autora, urednik Dušan Nikolić, Pravni fakultet u Novom Sadu – Centar za izdavačku delatnost, Novi Sadu, 2009, str. 89. V. i: Sojanović Z., Etinski R., Salma J., Đurđev D., Pravna zaštita životne sredine, Naučna knjiga, Beograd, 1991.

⁴⁷ V. st. 1. tač. 5. Zakona o zaštiti životne sredine.

⁴⁸ V. čl. 2. Zakon o zaštiti prirode (Službeni glasnik RS br. 36/2009), Zakon o izmenama i dopunama Zakona o zaštiti prirode (Službeni glasnik RS, br. 88/2011), čl. 1. st. 2 tač. 16a. Zakon o zaštiti prirode u čl. 2, među ciljevima utvrđuje: zaštitu, očuvanje i unapređenje biološke (genetičke, specijske i ekosistemske) geološke i predeone raznovrsnosti, te u tom cilju predviđa usklađivanje ljudskih aktivnosti, ekonomskih i društvenih razvojnih planova sa održivim korišćenjem obnovljivih i neobnovljivih prirodnih resursa i dugoročnim očuvanjem prirodnih eko-sistema i prirodne ravnoteže.

⁴⁹ V. čl. 17. st. 1. Zakona o poljoprivrednom zemljištu (Službeni glasnik RS br. 62/2006, 65/2008- dr. zakon i 41/2009). U čl. 16. se propisuje zabrana ispuštanja i odlaganja opasnih i štetnih materija na poljoprivrednom zemljištu i u kanalima za odvodnjavanje i navodnjavanje.

⁵⁰ V. čl. 23. st. 1. i 2. Zakona o zaštiti životne sredine.

Integralni pristup pokazuju i odredbe *Zakona o zaštiti prirode*, kojima se uređuje zaštita i očuvanje prirode, *biološka i predeona raznovrsnost*.⁵¹

U integralnost spada i nastojanje da se zaštitom obuhvate kako *prirodom stvorene vrednosti*, kao što su prirodne vode i vodotoci, tako i *ljudskim stvaralaštvom stvoreni objekti*, kao što su kanali, nasipi, vodovodne mreže za snabdevanje stanovništva pitkom vodom. Integralnost zaštite voda čini i obezbeđenje *javnosti* o kvalitativnom stanju voda.⁵²

VI

Limiti emisija (granične vrednosti) kojima se sprečava ili smanjuje dalje zagađenje voda

Radi sprečavanja pogoršanja kvaliteta voda i životne sredine, određuju se *granične vrednosti emisije* za određene grupe ili kategorije zagađujućih supstanci. To se odnosi na tehnološke *otpadne vode pre njihovog ispuštanja* u javnu kanalizaciju, tehnološke i druge otpadne vode koje se *neposredno ispuštaju* u recipijent, vode koje se *posle prečišćavanja* ispuštaju iz sistema javne kanalizacije u recipijent, otpadne vode koje se ispuštaju u recipijent iz septičke i sabirne jame. Granične vrednosti određuje vlada, na predlog ministra nadležnog za poslove zaštite životne sredine.⁵³

Limiti emisija služe kao *preventiva* za prekomerno zagađenje voda. Oni se odnose delom na prethodno prečišćavanje otpadnih ili industrijskih voda, delom na limite za neprečišćene vode. Prema rečima Zakona o vodama, pod zaštitom voda od zagađivanja podrazumeva se skup mera i aktivnosti kojima se kvalitet površinskih i podzemnih voda štiti i unapređuje, uključujući i od uticaja prekograničnog zagađenja. *Cilj* zakona je *očuvanje života i zdravlja ljudi*, smanjenje zagađenja i sprečavanje daljeg pogoršanja stanja voda, obezbeđenje neškodljivog i nesmetanog korišćenja voda za *različite namene*, kao i *zaštita vodnih priobalnih ekosistema* i postizanja standarda kvaliteta životne sredine u skladu sa propisom kojim

⁵¹ Zakon o zaštiti prirode (Službeni glasnik RS br. 36/2009 i 88/2010). Izvršeno je usklađivanje sa obavezama iz međunarodnih konvencija, posebno Smernicama Saveta o zaštiti prirode 92/43 EEZ od 21. maja 1992, smernicom Saveta 79/409/EES od 2. aprila 1979.

⁵² V. Zakon o potvrđivanju Konvencije o dostupnosti informacija, učešću javnosti u donošenju odluka i pravu na pravnu zaštitu u pitanjima životne sredine, Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori, br. 39/2008 – tzv. Arhuska konvencija; Zakon o slobodnom protoku informacija od javnog značaja (Službeni glasnik RS br. 120/2004, 54/2007, 104/2009 i 36/2010); Zakon o proceni uticaja na životnu sredinu (Službeni glasnik RS, br. 135/2004 i 36/2009, sa brojnim pravilnicima, podzakonskim aktima); Zakon o upravljanju otpadom (Službeni glasnik RS br. 39/2009 i 88/2010).

⁵³ V. čl. 93. st. 1. tač 1-4. ZVRS.

se uređuje zaštita životne sredine i ciljevi u vezi zaštite životne sredine.⁵⁴ Prema Zakonu o zaštiti životne sredine, vode se mogu koristiti i opterećivati, a otpadne vode ispuštati uz primenu odgovarajućeg tretmana, na način i do nivoa koji *ne predstavlja opasnost za prirodne procese ili za obnovu kvaliteta i količine vode* i koji ne umanjuje mogućnost njihovog *višenamenskog* korišćenja.⁵⁵

Pravnim propisima utvrđeni limiti su merodavni kod izdavanja novih vodoprivrednih dozvola, odn. saglasnosti za upotrebu voda. Pravna izvorišta limita su dakle, dvojaka: 1) *podzakonski akti* doneti na osnovu zakona, tj. *opšti pravni akti*; 2) *vodni uslovi* iskorišćavanja voda inkorporisani u *individualne akte*, vodoprivredna saglasnost i dozvola.

Ako se u naknadnoj kontroli ustanovi da korisnik voda nije poštovao limite predviđene opštim pravnim propisima ili pojedinačnim aktima, dozvola, odnosno saglasnost se mogu ukinuti. Kontrolu korišćenja i zaštitu prirodnih resursa i dobara, obezbeđuju organi i organizacije Republike, u skladu sa ovim i posebnim zakonima, kao i usklađenim sistemom dozvola, odobrenja i saglasnosti, vođenjem katastra korisnika i organizovanjem monitoringa korišćenja prirodnih resursa i dobara, stanja životne sredine, te prikupljanjem, objedinjavanjem i analizom podataka i kvalifikovanjem trendova.⁵⁶ Uprkos dobrim odredbama, trendovi ekološkog stanja javnih voda u Vojvodini su opštepoznato loši.

U slučaju prekoračenja limita, slede ne samo javnopravne sankcije, na primer ukidanje vodne dozvole, već i *građanskopravne*, pre svega u vidu sudske zaštite *otklanjanja* izvora opasnosti, kada do štete nije došlo, ali preli njeno nastupanje; ali i *naknade štete*, ako je došlo do realizacije štete u građanskopravnom smislu. Obe sankcije se mogu primeniti kako kad je došlo do povrede susedskih prava ugrožavanjem⁵⁷ ili ugrožavanja štetom neodređenog kruga subjekata⁵⁸. U susedskim odnosima dovoljna je smetnja (buka, larma, potresi, dim, itd.) preko limita, kada se može sudski tražiti otklanjanje izvora opasnosti o trošku emitenta. Ali ako je došlo i do realizacije štete, kako u domenu susedskog imisionog prava, tako i u domenu šireg ugrožavanja, većeg broja stanovnika, u vidu oštećenja zdravlja ljudi, ili imovine, može se tražiti i naknada štete.⁵⁹

⁵⁴ V. čl. 92. st. 1. tač. 1-4. Zakona o vodama i čl. 23. st. 1. Zakon o zaštiti životne sredine.

⁵⁵ V. čl. 23. st. 1. Zakona o zaštiti životne sredine.

⁵⁶ V. čl. 14. st. 1. tač. 6-8. Zakona o zaštiti životne sredine.

⁵⁷ V. čl. 5. Zakona o svojinskim odnosima.

⁵⁸ V. čl. 156. Zakona o obligacionim odnosima.

⁵⁹ V. npr. J. Salma, D. Nikolić, Građansko pravo i životna sredina, in: Osnove prava zaštite životne sredine, urednik D. Nikolić, Univerzitet u Novom Sadu – Pravni fakultet, Centar za izdavačku delatnost, Novi Sad, 2009, str. 188-192, tač. 6-7.

VII Monitoring

Monitoring, odnosno praćenje kvalitativnog i kvantitativnog stanja voda je deo vodne evidencije. Zakon propisuje *posebne objekte* odn. tehnička sredstva kojima se vrši monitoring. Vodni objekti za monitoring voda su limnografi, vodomerne letve, vodomeri, specijalni prelivni, pijezo-metarske bušotine, nivomeri i drugi uređaji kojima se prikupljaju podaci o nivou, količini i kvalitetu površinskih i podzemnih voda.⁶⁰

Monitoring je značajan instrument za upravljanje vodama jer *povezuje praćenje stanja voda i u kvantitativnom i u kvalitativnom aspektu*. Na primer, u slučaju smanjenja vodostaja postoji mogućnost povećanja koncentracije zagađujućih materijala. U slučaju povećanja vodostaja koncentracija zagađujućih materijala u principu pada, ali može se i povećati usled erozivnog dejstva obala. Takođe, mogu se mernim instrumentima i osmatranjem pratiti uticaji otpadnih voda, atmosferskih padavina, leda, opasne i štetne materije u slučaju havarije broda prevoznika takvih materijala, i dr.

Uopšte uzev, praćenje kvalitativnog i kvantitativnog stanja voda često se ne mogu razdvojiti, odnosno, zbog međusobnog uticaja elemenata životne sredine, vode, zemljišta i atmosfere, ispoljenih nizom kvalitativnih i kvantitativnih komponenti, potrebno ih je zajedno analizirati. Jedino je na toj osnovi moguće preduzeti adekvatne mere.

VIII Zaključne napomene

Mere upravljanja vodama su kompleksne. Odnose se kako na zaštitu voda, tako i na zaštitu od voda (visokih vodostaja, erozije zemljišta). Obuhvataju mere kojima je cilj održavanje potrebnog režima voda radi obezbeđenja potrebne količine i kvaliteta voda za različite namene. Radi se najpre o tzv. posebnoj upotrebi, koja se naziva i privrednim korišćenjem, kao što je navodnjavanje, odvodnjavanje, proizvodnja namirnica, lekova, iskorišćavanje mineralnih sirovina, termalne energije, iskorišćavanje voda, odnosno vodnih snaga za proizvodnju električne energije. Tu spada i odvođenje otpadnih voda. Opšta upotreba voda je upotreba za egzistencijalne svrhe, pre svega, korišćenje vode za piće i napajanje stoke i za elementarno navodnjavanje pribrežnog poljoprivrednog zemljišta. Obe upotrebe zahtevaju odgovarajući kvalitet voda.

⁶⁰ V. čl. 20. ZVRS.

Instrumenti upravljanja su ili *dugoročni*, kao što su *planski* dokumenti, ili *kratkoročni*, kao što su *bilansi* o kvalitetu i kvantitetu voda. Oni su podloga za izdavanje individualnih administrativnih akata na kojima se zasnivaju prava na privređivanje vodama, kao što su vodoprivredna saglasnost i dozvola. Mere upravljanja mogu biti mere *prevencije* za očuvanje potrebnog režima voda za različite oblike potrošnje voda. Mogu biti i mere za *zaštitu kvaliteta* voda, tj. mere prečišćavanja zagađenih voda, odnosno mere *sanacije* prekomerno zagađenih voda. Zatim, mogu biti i mere za *održavanje*, koje imaju širok dijapazon, od prečišćavanja korita reke, do potrebnog preventivnog filtriranja otpadnih voda i mera za održavanje vodnih objekata.

Nadležnosti u pogledu ovih mera su podeljene između različitih organa vlasti, od najviših organa izvršne vlasti, tj od Vlade, preko resornih ministarstava (vodoprivreda, poljoprivreda, itd.), do organa Pokrajine i lokalnih samouprava. Bez njihove efikasne koordinacije, nije moguće organizovati upravljanje vodama. Organizovanje *evidencije* stanja voda je, pre svega, prepušteno javnim vodoprivrednim preduzećima čije evidencije su podloga za ustanovljavanje vodnih prava konzumenata (osim opšte upotrebe, koja se ostvaruje, neposredno na osnovu zakona, bez posredovanja administrativne saglasnosti, jednako za sve građane, bez naknade).

Privredno iskorišćavanje voda se ostvaruje na osnovu dozvole, odnosno koncesije. Kada se radi o koncesioniranoj upotrebi, pored dozvole za upotrebu potrebno je i zaključenje ugovora o koncesiji, kojim se utvrđuje i naknada, koja predstavlja cenu eksploataisanog materijala iz vodotoka, odnosno voda. Ona se plaća državi, odnosno drugim, iz nje deriviranim nosiocima vlasništva ili prava upravljanja javnim vodnim dobrima. Korisnici vodnih dobara plaćaju naknadu za privrednu upotrebu voda. Uz to, zagađivači plaćaju cenu sanacije. Ta sredstva, delom obezbeđuju sanaciju zagađenih voda koju bi trebalo da obavljaju vodoprivredna preduzeća.

Pored javnopravnih sankcija za ekološku povredu vodne životne sredine, predviđene su i građanskopravne (privatnopravne) sankcije, po posebnim pravilima odštetnog prava ukoliko je ugrožavanje delovanjem emitenta, realizovano nastupanjem štete (povredom ličnog, telesnog, zdravstvenog ili imovinskog integriteta fizičkog lica). Ali, to može biti slučaj i kod uništenja vodne flore i faune, posebno ribnog fonda voda, usled ekološke havarije. Odgovornost za štetu se procenjuje prema građanskopravnim pravilima o uzročnosti.

*József Szalma, Academician, DSC, Dr. Hc., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad*

Legal Instruments of the Management of the Quality of Water Resources

Abstract

This paper analyzes the basic legal instruments of the management of the qualitative and quantitative state of water resources in Republic of Serbia, first of all the water management schemes, the qualitative and quantitative balances, as general acts. Due attention is given to evidentiary acts as well, such as the registry of water resources, registry of polluters, registry of beneficiaries, which serve as basis for issuing permits and approvals for new consumers of water resources. The individual acts for management of water resources are the conditions for use of water resources, approval of use, permit to use and measures for the management of water resources. The author finds that the common aim of the general and individual acts is to improve the quality of water resources, that is to secure the quality and quantity of water resources required by various types of consumers, appropriate for various ways of their use, for general (first of all as a drinking-water or for the purpose of watering the cattle), and for special, commercial use also. The author emphasizes the intention of the legislator to harmonize the Serbian laws on the protection of environment, especially laws on the management of water resources, with the relevant directives of European Union, just as to the ratification of some multilateral conventions in this field. The issue of indemnification for pollution of water resources is also analyzed.

Key words: water resources schemes, balance of water resources, water resources permit, water resources approval, registry of water resources, general use of water resources, special use of water resources

*Dr Rodoljub Etinski, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

PRIMENA NAČELA *UTI POSSIDETIS JURIS* U SPORU IZMEĐU EL SALVADORA I HONDURASA

Sažetak: *Sa obzirom na konkretne okolnosti ovog spora Sudsko veće je primenilo načelo uti possidetis juris kao načelo kolonijalnog efektiviteta. Ovaj sudski predmet pokazuje da je poželjno ostaviti široko ovlašćenje Međunarodnom sudu u pogledu primene prava u slučajevima kada se primarno primenjuje načelo uti possidetis juris. On pokazuje da je Sudsko veće rešilo spor primenom načela uti possidetis juris, ali da je ono uzimalo u obzir i saglasnost dve države u pogledu protezanja granice, načelo efektiviteta, načelo pravičnosti kao i topografske karakteristike terena.*

Ključne reči: *uti possidetis juris; načelo efektiviteta*

Uvod

Centralna Amerika je proglasila nezavisnost 15. septembra 1821. godine.¹ Tada je stvorena Savezna Republika Centralna Amerika koja se dez-integrirala te su se 1839. godine pojavile kao nezavisne države El Salvador i Honduras.² Kako bi se sprečili sukobi između novih država u pogledu teritorija i granica, prihvaćeno je načelo *uti possidetis juris* (kao pravno posredovanje), saglasno kome su granice koje su u vreme španske kolonijalne

¹ Rad je napisan u okviru projekta: „Teorijski i praktični problemi u stvaranju i primeni prava (EU i Srbija)“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

² Savezna Republika Centralna Amerika je obuhvatala još Gvatemalu, Nikaragvu, Kostariku i neke teritorije koje su postale delovi drugih država.

vlasti bile granice španskih provincija postale međudržavne granice. Španska provincija San Salvador je ušla u sastav El Salvadora a provincije Gracias a Dios i Comayagua u sastav Hondurasa. Dakle, granica između španskih kolonijalnih provincije koja je postala deo El Salvadora i provincija koja je postala deo Hondurasa treba da dejstvom načela *uti possidetis juris* postane državna granica između dve države. Pokazalo se, međutim, da nije lako ustanoviti kuda se tačno protezala granica između dve provincije u vreme španske kolonijalne vlasti. Ova činjenica je uzokovala niz sporova između El Salvadora i Hondurasa u vezi međudržavne granice koji su bili predmet većeg broja pregovora održanih tokom XIX i XX veka. Uprkos nastojanjima, dve države nisu uspele da reše mnogo spornih pitanja o protezanju zajedničke državne granice. Tenzije koje su postojale između ove dve države, nejednake po veličini, razvijenosti i ekonomskim potencijalima, su kulminirale „fudbalskim ratom“ 1969. godine koji je trajao 100 sati i koji je zaustavljen posredovanjem Organizacije američkih država.³ Ovaj sukob je rešen Opštim ugovorom o miru, zaključenim u Limi 30. oktobra 1980. godine. Tim Ugovorom dve države su utvrdile i međusobnu granicu, ali ne u celini. Ostali su neki sporni sektori.

Pošto nisu uspeli neposrednim pregovorima da reše preostala sporna pitanja, El Salvador i Honduras su zaključili Zajednički specijalnim sporazumom 24. maja 1986. godine, kojim su iznele spor pred Međunarodni sud 11. decembra 1986. godine. Tako su one poverile Međunarodnom sudu rešavanje spora koji je postojao između njih u pogledu kopnene, ostrvske i pomorske granice u zonama u kojima nije određena Opštim ugovorom o miru iz Lime od 30. oktobra 1980. godine i u pogledu pravnog statusa ostrva i mora. Dve strane su odlučile da spor ne rešava Sud u punom sastavu nego petočlano veće sastavljeno od tri stalne sudije ovog Suda, u pogledu kojih će svoju saglasnost dati dve strane, i dva *ad hoc* sudije. One su ovlastile Veće da primeni pravila međunarodnog prava koja su primenjiva među stranama kao i, gde je to odgovarajuće, propise Opšteg ugovora o miru od 30. oktobra 1980. godine. (dalje Opšti ugovor o miru) Na zahtev Nikaragve Međunarodni sud joj je dopustio da se uključi u ovaj postupak u pogledu pitanja koje se tiče određivanja pravnog statusa mora. Međunarodni sud je rešio spor presudom od 11. septembra 1992. godine.⁴

³G. Rottem, Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Sal./Hond.: Nicar. intervening). 1992 ICJ Rep. 351. International Court of Justice, September 11, 1992, 87 *American Journal of International Law*, 1993, 619.

⁴*Case concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening) IJC, Judgment of 11 September 1992, dostupno na <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=sh&case=75&k=0e> posećeno avgusta 2011.

Ovaj spor su činila tri glavna elementa: spor u pogledu kopnene granice, spor u pogledu pravnog statusa ostrva i spor u pogledu pravnog statusa mora. Svaki od ovih elemenata je bio složen i obuhvatao je više spornih pitanja. Tako se spor u pogledu kopnene granice odnosi na spornu granicu u šest odvojenih sektora kao i na pitanje primenjivog prava. Pozivajući se na član 26 Opšteg ugovora o miru, na koga inače upućuje Sporazum dve strane kojim je spor poveren na rešavanje Međunarodnom sudu, El Salvador je smatrao da pored načela *uti possidetis juris* treba uzeti u obzir „argumente vođenja računa o potrebama ljudi“ (argument of human nature) kao i načelo efektiviteta (*effectivités*), dok je Honduras smatrao da se primenjuje samo načelo *uti possidetis juris* te da ono kroz načelo pravičnosti obuhvata i vođenje računa o ljudskim razlozima.⁵ Spor u pogledu ostrva se ne iscrpljuje samo određivanjem kome pripada suverenitet u pogledu pojedinih ostrva već uključuje, takođe, sporove oko toga koja su ostrva sporna i koje pravo se tu primenjuje. Spor u vezi mora uključuje ne samo more u okviru zaliva Fonseka (Fonseca) već i more izvan tog zaliva, kao i spor da li je sudsko veće nadležno da izvrši povlačenje granice na moru ili nije.⁶

Sporazumom od 11. februara 1986. El Salvador i Honduras su osnovali Specijalnu komisiju za demarkaciju koja je dobila zadatak da u roku od tri meseci po objavljivanju presude Međunarodnog suda započne proces demarkacije, dakle obeležavanje granice na terenu na osnovu sudske presude. Podela zadataka između te Specijalne komisije za razgraničenje i Sudskog veća bila je predmet izvesnih razlika između dve strane, koje su se pojavile tokom postupka. Savetnik El Salvadora je izneo u raspravi pred Sudskim većem da pošto Sudsko veće ustanovi osnovne pravne koncepte primenjive na granicu, Specijalna komisija za demarkaciju treba da identifikuje i locira granične oznake na koje upućuju stari titulusi. Savetnik Hondurasa se nije složio sa ovim stavom i insistirao je da je zadatak Komisije demarkacija a zadatak Veća delimitacija granice. Savetnik El Salvadora je umekšao svoj stav i načelno se složio sa stavom savetnika Hondurasa, ali je, ipak, tražio mogućnost da Komisija izvrši „komplementaru“ demarkaciju na osnovu koncepata i odluka Veća ako i kada nije moguće ili je previše teško locirati neku geografsku činjenicu. Sudsko veće je zauzelo stav da je njegov zadatak da izvrši potpunu delimitaciju, odnosno da odredi liniju protezanja granice u spornim sektorima tako da omogući Specijalnoj komisiji za demarkaciju da obavi demarkaciju kao tehničku operaciju.⁷

⁵ Presuda, par. 40, str. 386.

⁶ Presuda, par. 27, str. 380.

⁷ Presuda, par. 39, str. 385.

Članom 5 Zajedničkog specijalnog sporazuma od 24. maja 1986. godine dve strane su odredile primenjivo pravo koje je Sud trebalo da primeni radi rešavanja spora. Dakle, u članu 5 stoji da će saglasno članu 38 Statuta Međunarodnog suda, Sudsko veće uzeti u obzir pravila međunarodnog prava koja su primenjiva među stranama, uključujući, gde je to relevantno, propise Opšteg ugovora o miru. U članu 26 Opšteg ugovora o miru stoji da će Zajednička granična komisija uzeti kao osnovu za delimitaciju granice dokumente koje je izdala španska Kruna ili bilo koja druga španska civilna ili crkvena vlast za vreme kolonijalnog perioda kojima su označene nadležnosti ili granice teritorija ili gradova. U istom članu je dodato još da će jednako biti uzeti u obzir druga dokazna sredstva, argumenti i razlozi pravne, istorijske ili humane prirode ili bilo koje druge na koje strane mogu da se pozovu, a koji su dozvoljeni po međunarodnom pravu.⁸ Jasno je da se pravila međunarodnog prava primenjuju od momenta sticanja nezavisnosti. Do tog momenta je relevantno unutrašnje pravo, dakle špansko kolonijalno pravo, koje Sud ne primenjuje već ga uzima kao relevantnu činjenicu.

Ova presuda je značajna ne samo zato što pokazuje kako je Sudsko veće razumelo i primenilo načelo *uti possidetis juris* u konkretnom slučaju već i zato što pokazuje razumevanje odnosa između ovog načela i načela efektiviteta, kao i spremnost Sudskog veća da primeni i druga pravila međunarodnog prava, kao što je pravilo o jednostranom pristanku države na protezanje međudržavne granice, odnosno zato što ukazuje na značaj koji je Sudsko veće pridalo izvesnim preliminarnim sporazumima strana o protezanju granice ili značaju topografskih karakteristika terena i opštim običajnim pravilima o povlačenju granice na rekama. Tekst koji sledi je posvećen analizi ovih pitanja. Međutim, tekst će se ograničiti samo na pitanja utvrđivanja kopnene granice.

Načelo *uti possidetis juris* i njegova primena u ovom sporu

Zanimljivo je da Opšti ugovor o miru, zaključen u Limi 30. oktobra 1980. godine niti Zajednički specijalni sporazum od 24. maja 1986. godine, kojim je spor iznet pred Međunarodni sud eksplicitno ne upućuju na primenu načela *uti possidetis juris*. Član 26 Opšteg ugovora o miru iplicate upućuje na ovo načelo time što Zajedničku graničnu komisiju ovlašćuje da uzme kao osnovu za delimitaciju granice dokumente koje je izdala španska Kruna ili bilo koja druga španska civilna ili crkvena

⁸ *Case concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (El Salvador/Honduras), Memorial of the Republic of El Salvador, 1 June 1988, vol. I, par. 3.3.

vlast za vreme kolonijalnog perioda. Nije, međutim, bilo sporno među stranama da je reč o ključnom pravnom pravilu za rešavanje njihovih graničnih sporova.

Rešavanje sporova koji su se odnosili na kopnenu delimitaciju Sudsko veće počinje razmatranjem ovog ključnog načela. U predmetu *Granični spor između Birkina Faso i Malija*⁹ Međunarodni sud je definisao suštinu ovog načela, te Sudsko veće upućuje na tu definiciju Suda:

*„suština načela leži u primarnom cilju obezbeđivanja poštovanja teritorijalnih granica u mometu postizanja nezavisnosti. Takve teritorijalne granice ne mora da budu ništa više od delimitacije između različitih administrativnih oblasti ili kolonija koje su sve bile potčinjene istom suverenitetu. U tom slučaju primena načela uti possidetis rezultira u tome da se administrativne granice transformišu u međunarodne granice...”*¹⁰

Sudsko veće upućuje, takođe, na određenje ovog načela u arbitražnoj presudi švajcarskog Federalnog saveta od 24. marta 1922. godine u vezi graničnih pitanja između Kolumbije i Venecuele. U toj presudi je rečeno da ovo načelo ustanovljava apsolutno pravilo da prema pravu stare španske Amerike nije bilo *terra nullius*. U njoj se kaže dalje da iako je bilo oblasti koje Španci nisu nikada okupirali kao i oblasti koje nisu naseljavali domorodci, takve oblasti pravno pripadaju republikama koje su sukcesori španskih provincija, a kojima su one date kraljevskim naredbama španske države prethodnice.¹¹

Primena ovog načela nije laka, kako je Sudsko veće primetilo, jer su španske vlasti koristile različite vrste administrativnih granica. Tako se teritorijalne granice nadležnosti opštih administrativnih tela nisu poklapale sa teritorijalnim granicama tela sa posebnim nadležnostima. Sudsko veće ukazuje na činjenicu da se u mislima službenika španske Krune, koji su povlačili administrativne granice, nikada nije javila misao da bi te granice mogle da postanu međunarodne granice. Ovo je vrlo značajna primedba Sudskog veća jer, zaista, povlačenje administrativnih granica i međudržavnih granica se ne zasniva na jednakim razlozima i potrebama. Međutim, sudsko veće ne pridaje ovoj činjenici neki suštinski značaj. Ono kaže da je načelo *uti possidetis* suštinski retrospektivno načelo koje uzima kao međunarodne granice administrativne linije koje su izvorno korišćene za sasvim druge svrhe.¹² Ipak, Sudsko veće pridaje izvestan

⁹ *Frontier Dispute*, Judgment, I.C.J. Reports 1986, str. 554.

¹⁰ Presuda, par. 42, str. 386.

¹¹ *UNRIIA*, vol. 1, str. 228. Navedeno prema Presudi, par. 42. str. 387.

¹² Presuda, par. 43, str. 388.

značaj logici koja se sledi pri povlačenju granice, bez obzira da li je ona administrativna ili međudržavna granica.

Sudsko veće je konstatovalo da su dve države stekle teritorije sukcesijom španske Krune te da je obim ovih teritorija određen načelom *uti possidetis juris* 1921. godine.¹³ Sudsko veće primećuje da, sa obzirom da su ove države nasledile teritorije posebnih administrativnih jedinica bivših kolonija, pravni osnov na njima bi mogao da se stekne španskim kraljevskim naredbama kojima su dodeljene ove administrativne jedinice. Ono konstatuje, međutim, da ni jedna od strana ne zasniva svoje pravo nad nekom teritorijom na titulusu takve vrste.¹⁴ Nijedna od strana nije se pozivala na kakav legislativan ili sličan materijal koji, pozivom na autoritet španske Krune, određuje granice.¹⁵

Sudske veće je imalo na raspolaganju akte španskih provincijskih vlasti kojima je dodeljivano zemljište pojedinim indijanskim zajednicama koje su živеле u selima na teritoriji jedne ili druge provincije - San Salvador, koja je postala deo El Salvadora ili Gracias a Dios i Comayagua, koje su postale deo Hondurasa. Vrlo često su to bile odluke španskih kraljevskih sudova iz jedne ili druge provincije koji su odlučivali po zahtevu neke indijanske zajednice bilo da joj se dodeli neko novo zemljište bilo da joj se zaštiti već dodeljeno zemljište od pretenzija neke druge zajednice. Na osnovu ovih odluka sudije nižeg ranga i geodeti su odlazili na teren, vršili merenja na terenu, obeležavali granicu zemljišnog poseda neke indijanske zajednice te pravili zapisnike o tim aktivnostima na koje se sada Sudsko veće oslanjalo pri utvrđivanju protezanja granice zemljišnog poseda te zajednice. Prilikom geodetskog premeravanja zemljišta i obeležavanja granica zemljišnih poseda indijanskih zajednica, pozivani su da prisustvuju i da se izjasne predstavnici indijanskih zajednica koje su se graničile sa zemljištem koje se obeležavalo. Ako su se graničili zemljišni posedi koji su pripadali indijanskim zajednicama koje su živеле u selima na teritorijama različitih provincija, u premeravanju i obeležavanju su učestvovali službenici iz obe provincije. Ponekad su se ova dokumenta odnosila na zemljišne posede pojedinaca.

Sudsko veće se smatralo pozvanim, u nedostatku drugih dokaza da utvrdi kuda se granica proteže između zemljišta koje su dodelile vlasti jedne provincije i zemljišta koje su dodelile vlasti susedne provincije. Ono primećuje da se u argumentaciji strana lokacija granice pojavljuje

¹³ Presuda, par. 45, str. 389.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Presuda, par. 44, str. 388.

kao posledica nekog titulusa ili davanja neke parcele tako da se sporne granice moraju graditi po metodu slaganja slagalice, odnosno dodeljenih zemljišnih parcela.¹⁶

Ono konstatuje, takođe, da se „formalni posedovni listovi zajednica,“ ("formal title-deeds to commons") na koje se poziva El Salvador, i kojima su neka zemljišta data pojedincima ili indijanskim zajednicama, ne mogu smatrati titulusima u smisli španskih kraljevskih naredbi. Pod posedovnim listovima opština se razumeju isprave kojima je dodeljivana zemlja aktima provincijskih vlasti. To je mogla da bude zemlja koja je pripadao Kruni te je na zahtev neke indijanske lokalne zajednice dodeljivano ovoj zbog potreba te zajednice ili je to zemlja u vezi koje su se sporile dve lokalne indijanske zajednice te je spor rešen pred španskim sudom presudom kojom je zemlja dodeljivana određenoj zajednici. Sudsko veće smatra da su ovakvi posedovni listovi uporedivi sa „kolonijalnim efektivitetom“ ("colonial *effectivités*"), kako je on definisan u *Graničnom sporu* – dakle, ponašnje administrativnih vlasti kao dokaz efektivnog vršenja teritorijalne jurisdikcije u tom regiona za vreme kolonijalnog perioda.¹⁷

Jasno je da je Sudsko veće koristilo pravne akte provincijskih vlasti kao dokaze o protezanju pojedinih zemljišnih poseda, a ne kao pravne akte koje je ono trebalo da primeni. Otuda validnost ovih akata po španskom kolonijalnom pravu koje je važno u vreme njihovog donošenja, nije bila od presudne važnosti za njihovo korišćenje od strane Sudskog veća. Sporovi o validnosti pravnih akata su se pojavili naročito u okviru četvrtog spornog sektora granice, u vezi određivanja granice jugozapadno od reke Negro-Quigara. Prvi spor se ticao jednog titulusa iz 1743. godine na koji se pozivao El Salvador u vezi zemljišnog poseda indijanske zajednice Torola. Honduras je osporavao saglasnost ovog titulusa sa tada važećim španskim kolonijalnim pravom i isticao je da tim dokumentom nije učinjena dodela premerenih zemljišta. Posle premeravanja zemljišta i ispitivanja svedoka, izveštaj je podnet kraljevskom sudu Gvatemale (the Audiencia of Guatemala), ali nema zapisnika o odluci, ako je uopšte bilo neke odluke. Međutim, Honduras nije tvrdio da zbog toga Indijanci iz zajednice Torola nisu imali pravo na svoju zemlju ili da se premeravanje zemljišta nije desilo. U odsustvu dokaza da je kraljevski sud odbacio ovaj izveštaj, Sudsko veće je smatralo da je premeravanje izvedeno 1743. relevantno za određivanje provincijalne granice iz tog vremena.¹⁸ El Salvador je

¹⁶ Presuda, par. 44. str. 388.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Presuda, par. 213, str. 489.

tražio da se titulus iz 1776. godine koji je uključivao premeravanje zemljišnog poseda indijanske zajednice Colomoncagua ne razmatra pošto ga je poništio kraljevski sud Gvatemale. Honduras nije sporio da je titulus poništen, ali je istakao da se žalba stanovnika Colomoncagua na osnovu koje je taj titulus poništen odnosila na zemljišta koja se nisu graničila sa zemljištima zajednice Torola i otuda su irelevantna za pitanja pred Sudskim većem. Pored toga, prema zapisniku iz 1766. gradonačelnik i stanovnici mesta Torola su potvrdili da tim premeravanjem nisu povređena prava njihove zajednice. Sudsko veće je primetilo, međutim, da je jedna od žalbi stanovnika Colomoncagua bila da je sudija 1766. izvršio samo vizuelni pregled bez premeravanja i pozivanja susednih vlasnika. Ono je zaključilo, zato, da ovaj pregled iz 1766. treba uzeti sa oprezom u pogledu njegove dokazne vrednosti, ali da ga ne treba potpuno odbaciti.¹⁹ El Salvador je prigovorio protiv pozivanja na izviđanje iz 1767. godine zemljišnog poseda zajednice Colomoncagua zbog toga što stanovnici iz mesta Torola nisu bili pozvani da prisustvuju premeravanju zemljišta kako bi branili svoja prava. Premeravanje se zasnivala tako isključivo na tvrdnjama stanovnika Colomoncagua. Sudsko veće je konstatovalo da, iako je to zaista nedostatak, dokument ipak može biti od izvesne pomoći kao dokaz pod uslovom da se ima u vidu nedostatak mogućnosti stanovnika mesta Torola da protestuju prilikom tog premeravanja.²⁰ El Salvador je prigovorio protiv pozivanja Hondurasa na premeravanje iz 1793. godine jer je ono bilo učinjeno jedino na osnovu tvrdnji stanovnika mesta Colomoncagua, dakle stanovnicima mesta Torola nije pružena mogućnost da iznesu svoje zahteve. Pored toga, to nije bilo formalno premeravanje već puko vizuelno posmatranje. El Salvador je prigovorio još da dokument iz 1793. ne udovoljava zahtevima člana 26 Opšteg mirovnog ugovora, jer ga nisu izdale nadležne vlasti. Sudsko veće je smatralo da se dokument iz 1793. ne može isključiti iz kategorije dokumenata „izdatih od Španske krune,“ navedenih u članu 26 Opšteg mirovnog ugovora te da se on može koristiti kao dokaz pod uslovom da se ima u vidu, što je i Honduras potvrdio, da to nije bilo službeno premeravanje radi razgraničenja zemalja zajednice Colomoncagua ili dodeljivanja zemljišnih prava. To je bila samo potvrda postojećih granica radi podrške zajednice Colomoncagua protiv navodnih zadiranja suseda. Sudsko veće je pomenulo da se ove okolnosti moraju imati u vidu kada se procenjuje dokazna vrednost tog dokumenta.²¹

¹⁹ Presuda, par. 214, str. 489.

²⁰ Presuda, par. 215, str. 489.

²¹ Presuda, par. 216, str. 489.

U drugom spornom sektoru Honduras je svoj zahtev nad spornim delom teritorije temeljio na titulusu iz 1742. godine koji se odnosio na oblast reke Jupula. Titulus iz 1742 je rezultat arbitraže španskog sudije u dugom sporu koji je postojao između dve indijanske zajednice: Ocotepeque u provinciji Gracias a Dios, koja pripada Hondurasu i Citala, u provinciji San Salvador. Ovom arbitražom su priznata prava zajednice Citala na spornom zemljištu. Pozivom na činjenicu da neka plemena Ocotepeque obrađuju zemlju na planini Cayaguanca, predstavnici ove indijanske zajednice su tražili tokom ovog suđenja da im bude dozvoljeno da dalje slobodno koriste ovu planinu, što su im španske sudije dozvolile.²² Pozivom na taj deo presude i načelo *uti possidetis juris*, Honduras je tvrdio da planina Cayaguanca čini njegovu teritoriju.²³ El Salvador se protivio ovom zahtevu Hondurasa navodeći da se navedenom presudom zajednici Ocotepeque daje jedino pravo da koriste planinu Cayaguanca ali ne i vlasništvo nad tom zemljom jer je to bila kraljeva zemlja *tierras realengas*. El Salvador je tvrdio da odluka kojom je sudija dozvolio da plemena Ocotepeque obrađuju zemlju na planini Cayaguanca ne čini deo operativnog dela presude i nije relevantna sa stanovišta tada važećeg španskog prava. Sudsko veće je pošlo od činjenice da je planina Cayaguanca bila *tierras realengas* koja je data na korišćenje zajednici Ocotepeque koja se nalazila u provinciji Gracias a Dios te je došlo do zaključka, u odsustvu suprotnih dokaza, da je planina bila kraljeva zemlja u toj provinciji. Sudsko veće je smatralo izlišnim da ispituje pravne efekte titulusa Jupula prema španskom pravu iz 18 veka.²⁴

U nekim slučajevima okolnosti procedure geodetskog merenja i obeležavanja zemljišnog poseda su mogle da pomognu Sudskom veću da ustanovi kuda se protezala granica. Tako, na primer, titulus koji se tiče poseda zajednice Poloros je dodelio kraljevski sud Gvatemale, koji je ovlastio sudiju za merenje iz San Miguel-a da izvrši merenje i obeležavanje dodeljenig zemljišta. Merenje zemljišta nisu izvršili zajedno službenici koji su pripadali dvema provincijama, kako je to bilo u slučaju Jupula niti se u tom titulusu pominje neko posebno i izuzetno ovlašćenje sudije za merenje da dela van jurisdikcije svoje provincije kako je to bilo u slučaju Citala. Iz ovih činjenica Sudsko veće je izvuklo pretpostavku da se svo zemljište koje je sudija za merenje trebalo da izmeri i obeleži nalazilo u okviru jurisdikcije provincije San Miguel-a. Ova pretpostavka nalazi svoju potvrdu u samom tekstu dokumenta u kome stoji izjava sudije za

²² Presuda, par. 104 – 106, str. 424 - 427.

²³ Presuda, par. 107, str. 427.

²⁴ Presuda, par. 108, str. 427.

merenje da je ovaj dobio instrukciju da meri zemljišta pod jurisdikcijom San Miguel-a. U istom dokumentu se pominje nekoliko puta da se zemljište koje je bilo predmet merenja graniči sa zemljištima koja su pripadala indijanskim zajednicama pod jurisdikcijom provincije Comayagua, dakle provincije koja je ušla u sastav Hondurasa.²⁵

Honduras nije uspeo da dokaže da se selo San Miguel de Sapigre nalazilo pod jurisdikcijom provincije Cornayagua. Bilo je više indicija da se to selo nalazilo u provinciji San Miguel. Na primer, Honduras se pozvao, između ostalog, na činjenicu da su predstavnici zajednice Sapigre bili pozvani da prisustvuju prilikom određivanja zemljišnog poseda zajednice Cojiniquil u 1734. Sudsko veće je, međutim, primetilo u vezi sa ovim da je postojala praksa pozivanja susednih zajednica prilikom premeravanja zemljišta neke indijanske zajednice i onda kada su susedne zajednice pripadale drugoj provinciji. U samom dokumentu nije naznačeno da je selo San Miguel de Sapigre pripadalo drugoj provinciji ali to je implicirano tekstem tog dokumenta, odnosno pitanjem koje je sudija koji je vršio merenje zemljišta postavio predstavnicima sela Sapigres o tome šta su granice provincije San Miguel.²⁶ Sudsko veće je zaključilo da se zemljišni posed koji je 1760. dodeljen selu Poloros u provinciji San Miguel nalazio u celosti u toj provinciji te je otuda granica provincije nije tekla ispod severne granice ovog poseda, dakle ona se protezala preko reke Torola

Sudsko veće nije, dakle, primenjivalo akte španskih kolonijalnih vlasti niti je pridavalo odlučujući značaj njihovoj validnosti, ali se, naravno, upuštalo u njihovo tumačenje, kao tumačenje određenih dokaza o protezanju granice. Tako, razmatrajući titulus Arcatao, Sudsko veće se suočilo sa pitanjem da li granica prelazi reku Sazalapa. U samom opisu obeležavanja granice geodeta nije napisao da je prešao ovu reku. El Salvador je to objašnjavao time što prelaz reke nije označavao neku posebnu tačku u geodetskom merenju. Međutim, Sudsko veće je konstatovalo, da je geodeta u svoj opis obeležavanja granice uneo da je prešao preko neke doline koja, takođe, nije činila posebnu tačku u njegovom merenju. Pored toga, geodeta je naveo u opisu obeležavanja granice da ova reka čini provincijsku granicu, makar jednim svojim delom, te Sudsko veće zaključuje da je geodeta zaista prešao reku, i tako napravio jedan istureni džep zemljišta jedne provincije na drugoj strani reke, on bi to zabeležio. El Salvador se pozivao na mesta u opisu obeležavanja granice u kojima se pominje lokacija iznad reke kao i dolina koja se pušta ka reci tumačeći ovo da je reč o lokaciji koja se nalazila severno od reke, dakle sa druge strane reke. Sud-

²⁵ Presuda, par. 275, str. 523.

²⁶ Presuda, par. 271, str. 521.

sko veće je međutim konstatovalo da u XVIII veku nije bio ustaljen običaj da se sever locira na mapi prema gore a jug prema dole, tako da reč iznad reke ne mora nužno da označava severnu stranu reke.²⁷

Pored akata španskih provincijskih vlasti, Sudsko veće se oslanjalo i na izveštaje istraživačkih pomorskih ekspedicija i mapa koje su one napravile kao dokaze za utvrđivanje relevantnih činjenica. Honduras je, pozivom na mapu i izveštaj jedne pomorske istraživačke ekspedicije, koja je po instrukcijama vicekralja Meksika istraživala zaliv Fonseca krajem XVIII veka, učinio veoma verovatnim da je reka Goascoran tekla 1821 koritom kojim i sada teče.²⁸ U pogledu mape, Sudsko veće je primetilo da se ne radi o mapi kojom je nameravano da se odredi bilo koja granica ili politička podela. Reč je, kaže Sudsko veće, o vizuelnom predstavljanju onog što je zabeleženo u ondašnjem izveštaju, naime da se na određenoj tački obale reka uliva u more i da je ime te reke Goascoran. Sudsko veće je podsetilo da je stav sudskog veća u *Graničnom sporu* da „mape mogu da nemaju veću pravnu vrednost od dokaza koji potkrepljuje zaključak do koga je sud došao drugim sredstvima nepovezanim sa mapama.“ (I.C.J. Reports 1986, p. 583, para. 56.) dat u kontekstu mapa prezentovanih kao dokaz granice. U ovom slučaju, kaže Sudsko veće, gde na postoji mogućnost zabune u pogledu toponima i činjenica koja se dokazuje je konkretna geografska činjenica, ne postoji prepreka da se zaključak zasnuje na izveštaju ekspedicije kombinovanom sa mapom. Sa druge strane, kaže Sudsko veće, ono je drugim mapama iz 19. veka na koje se pozvao Honduras a koje pokazuju političke granice dve države dalo vrednost dopunskog dokaza (corroborative evidence). Inače, većina ovih mapa koje se odnose na ovaj sporni sektor i koje pokazuju jasnu liniju podele pokazuju da reka Goascoran čini granicu.²⁹

Značaj saglasnosti država u pogledu protezanja granice

Sudsko veće je zauzelo stav da načelo *uti possidetis juris* može da bude dopunjen izričitim pristankom ili prećutnim priznanjem (*acquiescence*) države. Sudsko veće je pošlo od činjenice da utvrđivanje protezanja granice ne mora nužno da bude vezano za 1821. godinu, dakle godinu sticanja nezavisnosti sa obzirom da granica može da bude određena nekom kasnijom sudskom presudom ili ugovorom među stranama. Zaista, iako postoje pravila kojima se posebno štiti granica, kao što je ono da sukcesija ne dira u granice ili da se pravilo *rebus sic stantibus* ne

²⁷ Presuda, par. 136-137, str. 443.

²⁸ Presuda, par. 316, str. 550.

²⁹ *Ibid.*

primenjuje na granice, ipak u međunarodnom pravu ne postoji zabrana da dve susedne države promene međusobnu granicu svojim sporazumom. Pri tome je bilo važno za Sudsko veće da je nekada data saglasnost, čak iako ona nije kasnije prerasla u međunarodni ugovor, koji su prihvatile obe strane. Pošto je Honduras dao saglasnost na protezanje jednog spornog dela granice u više prilika, Sudsko veće je stalo na stanovište da je to pristanak od koga Honduras ne može da odustane iako te saglasnosti nikada nisu pretočene u međunarodni ugovor koji obavezuje Honduras.

U vezi prve sporne deonice, Honduras je osporavao da zajednička granica zemljišnog poseda dve indijanske zajednice, od kojih jedna Citala pripada El Salvadoru a druga Ocotepeque pripada Hondurasu, čini i granicu dve provincije, odnosno međudržavnu granicu, pozivajući se na dokumente iz kojih bi se moglo zaključiti da se deo zemljišnog poseda koji je dat salvadorskoj indijanskoj zajednici Citala nalazio na teritoriji provincije koja je pripala Hondurasu. Međutim, kako je tokom pregovora između dve strane, vođenih 1881. godine, postignuta saglasnost da se državna granica proteže linijom koja razdvaja zemljišne posede dve pomenute indijanske zajednice, Sudsko veće nije prihvatilo argument Hondurasa, bez obzira što je ovaj imao izvesnu osnovu u podnetoj dokumentaciji.³⁰ Honduras je tek 1972. izašao sa novim viđenjem protezanja granice koje se oslanjalo na tumačenje da su se zemljišni posedi dati indijanskoj zajednici Citala nalazili u provinciji koja danas pripada Hondurasu. Sudsko veće potkrepljuje dalje svoju poziciju činjenicom da je linija razgraničenja dve indijanske zajednice bila linija određena kao međudržavna granica ugovorom (Cruz-Letona) koje su dve strane potpisale 1884. godine ali koji Honduras nije ratifikovao.³¹ Sudsko veće je zauzelo ovakav stav uprkos činjenici da su dve strane kasnijim ugovorom (Zelaya-Castellanos) složile da se neratifikovanom ugovoru iz 1884. ne pridaje bilo kakvo pravno dejstvo. Za Sudsko veće bilo je, dakle, presudno da su se dve strane delile mišljenje 1881. kao i 1884. da se državna granica proteže severnom granicom zemljišnog poseda indijanske zajednice Citala, kako je ona određena jednom presudom lokalnog španskog sudije iz 1776. godine.³² Sudsko veće je uputilo dalje na hondurasko viđenje spornog dela granice iz 1914. prema kome se državna granica protezala, takođe, linijom razgraničenja dve indijanske zajednice. Naime, te 1914. godine honduraski geodeti koji su se bavili tim delom granice su izvestili da zemlje

³⁰ Presuda, par. 76, str. 407.

³¹ Presuda, par. 77, str. 407.

³² *Ibid.*

Citala pripadaju El Salvadoru.³³ Sudsko veće je konstatovalo, takođe, da je ovo pitanje dotaknuto tokom pregovora između El Salvadora, Gvatemale i Hondurasa u vezi utvrđivanja tromede, dakle tačke gde se spajaju granice tri države. Tom prilikom je predstavnik El Salvadora predložio da se utvrdi i sporna deonca granice sa Hondurasom predlažući liniju koja je odgovarala liniji zemljišnog poseda indijanske zajednice Citala. Predstavnik Hondurasa je odgovorio da nije ovlašćen da pregovara o tom pitanju, ali je primetio da linija koju je predložio delegat El Salvadora odstupa neznatno od linije koju predlaže Honduras.³⁴ Sudsko veće je ponovo podsetilo na svoj stav da dejstvo primene načela *uti possidetis juris* u španskoj Americi se ne sastoji u zamrzavanju provincijskih granica za sva vremena. Države mogu da menjaju svoje granice putem sporazuma ili drugih oblika aktivnosti ili neaktivnosti koje mogu da rezultiraju u pristanku na granicu koja je drugačija od one iz 1821. Sudsko veće zaključuje, dakle, da čak hipotetički ako bi honduraška analiza pravnog dejstva dodele zemljišta indijanskoj zajednici Citala bila ispravna, dakle da je toj zajednici dodeljena zemlja koja se prostirala u provinciji koja je postala deo Hondurasa 1776, to ne znači da bi ta granica bila i današnja međunarodna granica između dve države. Honduras je u međuvremnu prihatio drugu granicu kao međunarodnu, dakle počev od 1881. pa do 1972. on prihvata granicu između zemljišnih poseda dve indijanske zajednice kao međunarodnu.³⁵

Slično, Sudsko veće je našlo da El Salvador ne može da odustane od pristanka koji je dao u pogledu protezanja granice u četvrtom spornom sektoru. Glavno sporno pitanje je bilo da li se provincija San Miguel, koja je postala deo El Salvadora, proteže severno od reke zvane Negro ili Quigara ili je reka bila 1821. granica između te provincije i provincije Comayagua.³⁶ Nije bilo sporno da je indijanska zajednica Arambala-Perquin koja se nalazi na teritoriji El Salvadora u dva sela (Arambala i Perquin) dobila titulusima iz XVIII veka zemljišni posed (*ejidos*) koji se delimično protezao preko provincijske granice koja je postojala u vreme dodeljivanja poseda. Sporno je bilo da li je dodeljivanje poseda, koji se nalazio na teritoriji jedne provincije (Comayagua), indijanskoj zajednici Arambala-Perquin, lociranoj na teritoriji druge provincije (San Miguel), značilo i promenu provincijske granice, odnosno da su provincijske vlasti provincije u kojoj se nalazila zajednica vršile vlast nad celim posedom te zajed-

³³ Presuda, par. 78, str. 408.

³⁴ Presuda, par. 79, str. 408.

³⁵ Presuda, par. 80, str. 408.

³⁶ Presuda, par. 189, str. 478.

nice, dakle i u onom delu koji je bio lociran u drugoj provinciji. El Salvador je tvrdio da je to bio slučaj i pozivao se na špansko pravo koje je važilo u XVIII veku. Honduras se pozvao na priznanje El Salvadora da se zemljišni posed indijanske zajednice Arambala-Perquin proteže preko granice koja je postojala između dve provincije. Na predlog El Salvadora, tokom 1861. godine su vođeni pregovori radi rešavanja dugotrajnog spora između stanovnika sela Arambala i Perquin, sa jedne strane i sela Jocoara, sa druge strane. U noti od 14. maja 1861. ministar spoljnih poslova El Salvadora je izneo: „Ovaj spor može da bude rešen jedino odlučivanjem o liniji demarkacije ali, pošto je deo zemljišta zajednice Arambala i Perquin lociran na teritoriji Hondurasa, NJ. E. Predsednik El Salvadora bi bio zahvalan, ako bi dva geodeta, postavljena od strane dve vlade, mogla da izvrše nužnu demarkaciju, u cilju da pomire ova sela, gde – kako se to uvek dešava kada su zemljišna pitanja involvirana – postoji značajan nemir, koji je razlog strahu od katastrofalnog razvoja.“³⁷ El Salvador se pozvao na pravilo da „predlozi i izjave učinjene tokom ili na početku neuspelih pregovora ne treba da se uzmu u obzir u definisanju prava strana.“ Međutim, Sudsko veće je tumačilo ovo pravilo da se ponudama kompromisa učinjenih radi traženja rešenja putem pregovora, kada pregovori završe neuspešno, ne prejudiciraju prava strana koje su učestvovala u tim pregovorima. Ono je konstatovalo da citirana nota iz 1861. spada u drugu kategoriju. To je bila izjava Vlade El Salvadora o činjenicama koje su bile osnova za traženje rešenja pregovorima. Dakle, Sudsko veće je smatralo da je ovlašćeno da prida izvestan značaj ovom dokazu o tome kako je Vlada El Salvadora videla spornu situaciju 40 godina posle nezavisnosti i pre no što se spor između indijanskih zajednica razvio u međunarodni spor.³⁸ Ovo priznanje El Salvadora iz 1861. da se zemljišni posed zajednice Arambala-Perquin protezao preko granice provincije, odnosno posle sticanje nezavisnosti preko međunarodne granice nije bilo saglasno sa stavom koji je El Salvador zastupao pred Sudskim većem da dodeljivanje zemljišnog poseda lociranog u jednoj provinciji indijanskoj zajednici lociranoj u drugoj provinciji znači širenje administrativne vlasti te druge jedinice u oblasti tog zemljišnog poseda.³⁹ Geodeti koji su izašli na teren 1861, pošto su razmotrili raspoložive dokumente kao i karakteristike terena, zaključili su da se granica između dve provincije protezala rekom Negro koju su lokalni stanovnici zvali Quiagara. Izveštaj geodeta su potpisa-

³⁷ Presuda, par. 203, str. 484.

³⁸ Presuda, par. 204, str. 485.

³⁹ Presuda, par. 205, str. 485.

li i predstavnici zajednice Arambala-Perquin. Sudsko veće je, dakle, konstatovalo da je ova reka bila granica *uti possidetis juris* 1821.

Šesti, poslednji sektor kopnene granice se protezao između reke Goascoran poznate kao Los Amates i voda zaliva Fonseca. Honduras je tvrdio da je 1821. reka činila granicu i da nije bilo promene toka reke posle 1821. El Salvador je tvrdio da se granica nalazi na prethodnom toku te da, pošto je reka napustila taj tok, napušteni tok može da se detektuje kao i njegovo ulivanje u zaliv.⁴⁰ El Salvador je, dakle, tvrdio da je ova reka, koja teče kroz niziju i močvaru, iznenada napustila svoj tok u jednom momentu te da staro korito čini granicu. Prema mišljenju El Salvadora nije relevantno da li je do promene toka došlo pre ili posle 1821.⁴¹ Ako je reka tekla svojim starim koritom 1821. i promena toka se desila posle toga, saglasno međunarodnom običajnom pravu, granica ostaje u starom koritu u slučaju iznenadne i nagle promene toka. Ako se promena desila pre 1821, tada dejstvom istog pravila granica koja je ranije određena kao granica provincija na reci ostaje i dalje u starom koritu ali ovog puta ovo pravilo se javlja kao pravilo španskog kolonijalnog prava. El Salvador se pozvao posebno na španski zakon (Law XXXI of the Partidas of Alfonso El Sabio) kao osnov važenja ovog pravila u španskom kolonijalnom pravu.⁴² El Salvador je tvrdio da je reka promenila tok u nekom trenutku u XVII veku. Na osnovu te tvrdnje Sudsko veće zaključuje da se na ovo pitanje ne primenjuje međunarodno već špansko pravo.⁴³ Takođe, dok je ovo pitanje u domenu međunarodnog prava važi načelo *jura novit curia*. Međutim, da bi se primenilo kao špansko kolonijalno pravno pravilo, njegovo postojanje treba da bude dokazano.⁴⁴ Sudsko veće je konstatovalo da je reč o novom zahtevu koji je nesaglasan sa ranijom istorijom spora. Taj zahtev je postavljen tokom pregovora u 1972. Međutim, tokom prethodnih pregovora iz 1880. i iz 1884. dve strane su se složile da granice ide rekom Goascoran. Honduras se pozivao na tu saglasnost. El Salvador je odgovorio da citirani deo dokumenta, koji reflektuje ovu saglasnost, ne kaže ništa koji od različitih tokova (various branches) ove reke čini međunarodnu granicu, pošto ovaj dokument kao i neki drugi koji izražavaju istu saglasnost pominju samo reku po njenom imenu a ništa ne kažu o njenom ušću. Sudsko veće je konstatovalo u vezi sa ovom razlikom u pogledu tumačenja reke Goascoran kao međunarodne granice da bi navođenje

⁴⁰ Presuda, par. 306, str. 543.

⁴¹ Presuda, par. 310, str. 546.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Presuda, par. 311, str. 547.

⁴⁴ *Ibid.*

ove reke kao granice moglo da se tumači da se granica proteže nekim drugim koritom jedino ako je do promene korita došlo između 1821, dakle od sticanja nezavisnosti i 1880, dakle vremena vođenja pregovora. Ono je konstatovalo, takođe, da označavanje reke Goascoran u pregovima 1880. kao međunarodne granice *uti possidetis juris* 1821. nikako nije moglo da označava neko davno napušteno korito.⁴⁵

Sudsko veće ne isključuje mogućnost ni da se prećutnim priznanjem (*acquiescence*) da saglasnost u pogledu protezanja granice. Time što ne protestuje, država pristaje prećutno na promenu koju je učinila druga država. Reč je, dakle, o jednom neformalnom sporazumu koji se zasniva na prećutoj saglasnosti. Sudsko veće smatra da nema nekog načelnog razloga protiv toga da se faktori prećutne saglasnosti deluju, tamo gde ima dovoljno dokaza da su strane zaista prihvatile izmenu ili makar posebno tumačenje pozicije *uti possidetis juris*.⁴⁶ Naravno, pristanak putem prećutne saglasnosti pretpostavlja da je država znala za relevantne činjenice.

Honduras je tvrdio da je, bez obzira gde se protezala granica *uti possidetis juris* 1821, El Salvador kasnije prihvatio da se granica nalazi na reci Torola.⁴⁷ Honduras se pozivao na dokumente iz 1842. i kasnijih godina. Honduras je, između ostalog, dao dva republikanska titulusa i to Matasano 1856. i Los Dolores 1879. koji su se odnosili na zemljište severno od reke Torola u oblasti koja je prema granici *uti possidetis juris* 1821, kako ju je utvrdilo Sudsko veće, pripadalo selu Poloros, dakle El Salvadoru. Vlada El Salvadora nije reagovala na dodeljivanje titulusa Matasano. Sudsko veće je konstatovalo, međutim, da nije utvrđeno da je vlada El Salvadora znala za dodeljivanje tog titulusa. Ona je protestovala kod vlade Hondurasa zbog titulusa Los Dolores. U takvim okolnostima Sudsko veće nije moglo da prihvati da je vlada El Salvadora pristala prećutno na promenu granice *uti possidetis juris* 1821.⁴⁸

Što se jednog spornog područja tiče, koje se nalazilo izvan zemljišnog poseda indijanske zajednice Citala u oblasti provincije koja je deo Hondurasa i imalo je status zemljišta koje je pripadalo španskom kralju, El Salvador je pokušao sa indirektnim dokazom, pozivajući se na Ustav Hondurasa koji je zabranjivao strancima da poseduju zemljište u pojasu od 40 kilometara od granice. Kako se sporna hacienda koja je navodno pripada nekom Salvadorcu nalazila na manjoj udaljenosti od linije za ko-

⁴⁵ Presuda, par. 312, str. 548.

⁴⁶ Presuda, par. 67, str. 401.

⁴⁷ Presuda, par. 278, str. 524.

⁴⁸ Presuda, par. 284, str. 528.

ju je Honduras tvrdio da je međudržavna granica, El Salvador je navodio ovu činjenicu kao dokaz da to nije teritorija Hondurasa. Sudsko veće je našlo, međutim, da Honduras nije nikada eksplicitno potvrdio da sporna hacienda pripada Salvadorcu.

Značaj postkolonijalnih republikanskih titulusa

Akti španskih kolonijalnih vlasti o dodeljivanju zemljišta pojedinim indijanskim zajednicama (titulusi) imaju konstitutivni značaj u pogledu ustanovljavanja protezanja međudržavne granice saglasno načelu *uti possidetis juris*. Posle sticanja nezavisnosti vlasti novih država su nastavile da po sličnoj proceduri dodeljuju zemljište indijanskim zajednicama. Po prirodi stvari, akti vlasti novih država nisu mogli da imaju konstitutivan značaj za utvrđivanje protezanja granice na osnovu načela *uti possidetis juris*. Ipak, Sudsko veće je našlo da i ti tzv. „republikanski“ titulusi mogu da imaju izvestan značaj za utvrđivanje granice. Naime, u nekim slučajevima kolonijalni titulusi su bili toliko neodređeni u pogledu obeležavanja linije granice da se na osnovu njih nije mogla odrediti linija granice. Neki od republikanskih titulusa su se oslanjali na stare tituluse i bili su, u stvari, potvrda starih titulusa. Dakle, Sudsko veće je koristilo republikanske tituluse kao instrumente objašnjavanja i preciziranja starih kolonijalnih instrumenata. Na primer, Sudsko veće je utvrdilo da je indijanska zajednica Ocotepeque u 1821. godini bila ovlašćena na prava korišćenja planine Cayaguanca kao *tierras realengas* u provinciji Gracias a Dios. Međutim, problem tačnog određivanja granice ovim nije rešen jer dokumentacijom koja je podneta Sudskom veću nisu određene granice ove planine.⁴⁹ Pošto se na osnovu titulusa iz 1742. nisu mogle odrediti granice planine Cayaguanca Sudsko veće je smatralo umesnim da ovu stvar razmotri u svetlu republikanskog titulusa iz 1833. poznat pod imenom Dulce Nombre de la Palma. Ovaj titulus je dat u kratkom periodu po sticanju nezavisnosti dok su dve republike još bile članice Federalne Republike Centralne Amerike. Taj titulus pokazuje da se metod merenja i davanja zemljišta promenio veoma malo u odnosu na onaj korišćen u špansko vreme. Susedna honduraška indijanska zajednica Ocotepeque je bila obavешetena o geometarskom merenju. Dulce Nombre de la Palma titulus nije izdat da bi ojačao teritorijalne pretenzije El Salvadora. Nije postojao ni jedan uporediv titulus pre sticanja nezavisnosti.⁵⁰ Otuda je Sudsko veće zaključilo da se u rešavanju ovog spornog dela granice može osloniti na ovaj postkolonijalni titulus. U jednom slučaju Honduras je prigovorio protiv dokumenta

⁴⁹ Presuda, par. 111, str. 429.

⁵⁰ Presuda, par. 112, str. 429.

iz 1844. koji se odnosio na posed zajednice Torola. On je naveo dva razloga za prigovor: reč je o republikanskom titulusu koji nije prikladan za utvrđivanje granice *uti possidetis juris* 1821, i sumnjive okolnosti izdavanja ovog dokumenta. Premeravanje je izvršeno prema instrukcijama političkog i vojnog guvernera provincije San Miguel tako da je sudija, kome je poveren ovaj zadatak, razumeo da je namera bila da obezbedi graničnu delimitaciju povoljnu za interese El Salvadora. Prema mišljenju Hondurasa brojne procesne nepravilnosti, i pre svega neuvažavanje zahteva i tvrdnji stanovnika Colomoncagua, mogu se jedino time objasniti. Pored toga, premeravanje iz 1844. nije rezultiralo u izdavanju novog titulusa, a prema noti vlade El Salvadora upućenoj vladi Hondurasa 1. maja 1852. to se desilo zbog protivljenja stanovnika Colomoncagua. Tokom rasprave pred Sudskim većem savetnik El Salvadora je rekao da se El Salvador ne oslanja niti koristi dokument iz 1844. već da se isključivo oslanja na titulus koji je dobila zajednica Arambala-Perquin kao i titulus iz 1743. zajednice Torola. Sudsko veće je zaključilo da, bez obzira na nameru El Salvadora u pogledu ovog dokumenta, ono može i treba da razmatra taj dokument iz 1844. jer bi on mogao da pomogne da se bolje razumeju dokumenti iz kolonijalnog perioda.⁵¹

Odnos načela *uti possidetis juris* i načela efektiviteta

Gore je pomenuto da sporazum kojim su dve strane poverile ovaj spor na rešavanje Međunarodnom sudu upućuje u pogledu primenjivog prava i na član 26 Opšteg ugovora o miru iz 1980. godine koji upućuje na dokaze i argumente pravne, istorijske, humane ili druge prirode koji su priznati međunarodnim pravom. Imajući to u vidu, El Salvador je posvetio značajnu pažnju argumentima humane prirode kao i argumentima zasnovanim na efektivitetu. Honduras je, takođe, posvetio određenu pažnju efektivitetu. Kada su u pitanju argumenti humane prirode, Honduras je zauzeo stav da su oni elaborirani načelom pravičnosti koje je inherentno pravu. El Salvador je isticao ogromnu razliku u pogledu gustine naseljenosti teritorije dve države kao i u pogledu nejednakosti prirodnih bogatstava dve države. El Salvador je gusto naseljena država te se broj stanovnika u njoj ubrzano povećava. Suprotno, Honduras je retko naseljena zemlja i broj stanovnika u njoj ne raste tako brzo. Honduras raspolaže velikom količinama vode i hidroenergije i ekonomski je razvijeniji od El Salvadora. El Salvador je siromašan ovim prirodnim dobrima iako živi uglavnom od poljoprivrede. Sudsko veće je, međutim, podsetilo na stav veća u *Graničnom sporu* prema kome čak ni *equity infra legem*, koncept

⁵¹ Presuda, par. 217, str. 490.

priznat u međunarodnom pravu, ne može da promeni granicu nasledenu iz kolonijalizma, bez obzira na njene nedostatke.⁵² Ono je reklo da će imati u vidu ovu dimenziju ali da je ona bez direktnog pravnog dejstva. Što se tiče nejednake raspodele prirodnih bogatstva, Sudsko veće je uputilo na stav Suda iznet u predmetu *Kontinentalni plato* (Tunis/Libija) prema kome se ekonomska razmatarnja te vrste ne mogu uzeti u obzir pri delimitaciji kontinentalnog platoa. Sudsko veće primećuje da su ta razmatranja još manje relevantna za određivanje kopnene granice koja se pojavila u momentu sticanja nezavisnosti.⁵³

Pošto su se obe strane pozivale na načelo efektiviteta (*effectivité*), Sudsko veće je posvetilo značajanu pažnju razmatranju odnosa ovog načela i načela *uti possidetis juris*. El Salvador je tvrdio da su njegovi građani naseljeni u nekim spornim oblastima, da tamo imaju vlasništvo nad zemljom, da salvadorska Vlada obezbeđuje javne usluge tim građanima te da tamo vrši sudske, administrativne, vojne i političke nadležnosti. El Salvador je tvrdio da je određene sporne oblasti stekao mirnom okupacijom, navodeći dokaze za *animus occupandi* i za mirno vršenje vlasti. Zahtevi El Salvadora u pogledu sticanja spornih oblasti mirnom okupacijom su se odnosili na obalasti za koje je tvrdio da ih je stekao na osnovu posedovnih listova opština (*titulos ejidales*) kao i na oblasti u vezi kojih nije isticao takav titulus. Sudsko veće konstatovalo je, međutim, da je tokom usmene rasprave El Salvador donekle izemnio stav po ovom pitanju jer je tvrdio da se efektivitet može uzimati u obzir samo da bi se potvrdilo sticanje putem opštinskih vlasničkih listova ili nezavisno od ovih u nekim marginalnim oblastima ograničene veličine gde nema primenjivog titulusa.⁵⁴ Honduras je smatrao da je argument „efektivne kontrole“ anahron i neprimenjiv. Pozivom na arbitražnu praksu, Honduras je izneo da koncept upućuje jedino na administrativnu kontrolu u periodu pre sticanja nezavisnosti. Uprkos ovom stavu, Honduras je pokazao da može, takođe, da se osloni na argumente humane prirode, da postoje naselja državljana Hondurasa u spornim obalstima i da su različite sudske i druge vlasti vršile i vrše funkcije u tim oblastima. Honduras je razvrstao dokaze po poglavljima kao što su: krivični postupci, policija, imenovanje gradonačelnika, javno obrazovanje, plaćanje zaposlenih službenika, koncesije zemljišta, prodaja nekretnina, matične knjige rođenih i umrlih i sl.⁵⁵

⁵² Presuda, par. 57, str. 396.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Presuda, par. 59, str. 396.

⁵⁵ Presuda, par. 60, str. 397.

Obe strane kao i Sudsko veće su se oslanjale na analizu odnosa titulusa i efektiviteta u presudi Suda u *Graničnom sporu*. Sudsko veće je u tom sporu razmatralo nekoliko mogućih odnosa efektiviteta i titulusa. Prvi je kada su akti vršenja vlasti (efektivitet) potpuno u skladu sa pravnim osnovom, titulusom. U tom slučaju efektivitet služe jedino da potvrdi i osnaži postojanje pravnog osnova posedovanja neke teritorije. Druga situacija je situacija neslaganja efektiviteta i pravnog osnova. Veće u *Graničnom sporu* kaže: „Gde akt nije korespondentan sa pravom, gde je teritorijom koja je predmet spora efektivno administrirala država koja nije država koja poseduje pravni osnov, prednost treba da se da nosiocu pravnog osnova.“ Treća situacija je situacija nepostojanja pravnog osnova, titulusa. U tom slučaju se neizostavno uzima u obzir efektivitet. Četvrta situacija je situacija kada postoji pravni osnov ali na osnovu njega se ne mogu precizno odrediti granice teritorije. Tada, efektivitet može da igra ključnu ulogu u pokazivanju kako je taj pravni osnov tumačen u praksi.⁵⁶ Sudsko veće u ovom sporu između El Salvadora i Hondurasa ponovilo je svoj stav da vlasničke listove opština ne smatra pravnim osnovom, titulusom na koje se primenjuje načelo *uti possidetis juris* već aktima kolonijalne administracije, dakle kolonijalni efektivitet. Postavljeno je i pitanje relevantnosti postkolonijalnog efektiviteta, dakle akata vršenja vlasti učinjenih posle sticanja nezavisnosti. Sudsko veće je načelno pokazalo spremnost da uzme u obzir postkolonijalni efektivitet kada ono smatra da on daje indikacije u pogledu *uti possidetis juris* granice iz 1821.

U vezi efektiviteta El Salvador je ukazao na problem prikupljanja dokaza sa kojim se suočio. Zbog povremenih lokalnih oružanih sukoba dve strane u spornim oblastima, lokalne arhive su postale nedostupne za njega. Zato je on predložio Sudskom veću da samo, činjenjem uviđaja u spornim oblastima, prikupi relevantne informacije ili da angažuje eksperte koji bi to učinili. Honduras se nije protivio ovom predlogu. Sudsko veće je, međutim, odlučilo da nije potrebno da samo učini uvuđaj na tereni-
ma ili da angažuje eksperte da to urade.⁵⁷

Sudsko veće je, po pravilu, prvo utvrđivalo granicu osloncem na kolonijalne tituluse, odnosno posedovne listove indijanskih zajednica koje su izdale španske kolonijalne vlasti. Ukoliko su se jedna ili obe strane pozivale i na načelo efektiviteta u pogledu tog spornog dela granice, Sudsko veće je razmatralo i argumente u pogledu akata vršenja vlasti jedne ili druge strane u pogledu spornih oblasti kako bi ustanovilo da li oni potvrđuju ispravnost granične linije povučene na osnovu kolonijalnih posedov-

⁵⁶ Presuda, par. 61, str. 398.

⁵⁷ Presdua, par. 65, str. 400.

nih listova ili zahtevaju promenu ove granice. Kako je Sudsko veće prihvatilo da i prećutni pristanak može imati konstitutivni značaj u pogledu promene granične linije, jasno je da je Sudsko veće uzimalo u obzir kako akte vršenja vlasti do sticanja nezavisnosti tako i akte učinjene posle toga. Međutim, ni u jednom slučaju Sudsko veće nije došlo do zaključka da je efektivnim vršenjem vlasti promenjena granična linija zasovana na pose-dovnim listovima indijanskih zajednica.

Oslanjajući se na titulus Dulce Nombre de la Palma, Sudsko veće je utvrdilo granicu u jednom spornom sektoru. Ono se osvrnulo, zatim, na načelo efektiviteta želeći da proveri da li ono podržava liniju tako utvrđene granice. Sudsko veće je razmotrilo argumente humane prirode na koje se pozivao El Salvador, odnosno na postojanje naselja u spornoj oblasti u kojima su živeli Salvadorci i u kojima je El Salvador vršio svoju vlast. Sudsko veće je konstatovalo da se sva ova naselja, izuzev jednog, nalaze u prostoru koji je prema granici koju je utvrdilo Sudsko veće prostor El Salvadora. Honduras se, takođe, pozvao na načelo efektiviteta. On je podneo dokaze o postojanju naselja u kojima žive državljani Hondurasa i u kojima su vlasti Hondurasa obavljale svoje funkcije. Ovo je obuhvatalo upavljanje seoskom školom u Rio Chiquito, transakcijama zemljištem koje su registrovane u Ocotepeque, nekoliko registrovanja rođenja i smrti kao i registrovanju krštenja lica sa označavanjem mesta rođenja. Rio Chiquito je ostao na strani El Salvadora. Međutim, Sudsko veće je konstatovalo da niti okolnosti niti prezentovan materijal ne dosežu effectivité koji bi mogao da promeni odluku Sudskog veća o protezanju granice u tom delu.⁵⁸

Sudsko veće je ustanovilo *uti possidetis juris* iz 1821, u jednom sektoru, nalazeći informacije o izgubljenom titulusu Nombre de Jesus u provinciji San Savlador u kasnijim titulusima i oslanjajući se na republikanske tituluse La Virtud i San Sebastian del Palo Verde. Međutim, El Salvador je zasnavao svoje zahteve u ovoj oblasti na načelu efektiviteta. On se pozivao na vršenje civilne jurisdikcije, kao što je registrovanje vlasništva nad zemljom u imovinskom registru (titles to land in the Property Registry), davanje opštinskih potvrda licima koja su koristila neku zemlju, registrovanje rođenja, smrti i sklapanja braka tamošnjih stanovnika kao i registrovanje za opštinske i predsedničke izbore koji su sprovedeni u toj oblasti.⁵⁹ Kada je u pitanju oblast severno i zapadno od oblasti pokrivene titulusom Arcatao, El Salvador se oslanjao jedino na efektivno vršenje vlasti, pošto nije osporavao kolonijalne tituluse izdate od vlasti provincije

⁵⁸ Presuda, par. 123, str. 435.

⁵⁹ Presuda, par. 177, str. 469.

Gracias a Dios na koje se pozivao Honduras. Međutim, El Salvador je podneo jedino pet certifikata o rođenju i jedan o smrti koji su registrovani u salvadorskom naselju Arcatao u vezi rađanja i smrti u „kantonu Zazalapa.“ Ovi certifikati su izdati u periodu od 30. januara 1977. do 7. februara 1985. Sudsko veće je konstatovalo da je to nedovoljno da bi pokazalo „dugotrajno vršenje efektivne jurisdikcije.“ Ono je primilo k znanju informaciju El Salvadora o teškoćama sa kojima se ovaj suočavao pri prikupljanju dokaza o efektivnom vršenju vlasti u ovoj oblasti ali je konstatovalo da ono ne može zbog toga da menja svoj zaključak.⁶⁰ Sudsko veće je konstatovalo sličnu situaciju i u pogledu oblasti koja se nalazi istočno od zemljišta pokrivnog Arcatao titulusom. El Salvador je dostavio nekoliko certifikata o rođenjima ili smrti u periodima od 25. oktobra 1910. do 20. juna 1919. i od 3. januara 1977. do 25. juna 1985. Sudsko veće je smatralo da ova dva seta certifikata nisu dovoljni da dokažu vršenje efektivne jurisdikcije u ovoj oblasti.⁶¹ U svom drugom podnesku (Counter-Memorial) El Salvador je tvrdio da je u značajnom vremenskom periodu vrši vojnu jurisdikciju u ovim oblastima. On je uputio na seoske vojne postaje koje su, između ostalog, kontrolisale, branile i patrolirale u kantonima u pitanju. El Salvador je dostavio Sudu spiskove personala seoskih vojnih postaja i patrola iz perioda 1922. do 1964. Ali, iz ovih dokumenata se nije videlo gde su tačno ove postaje bile locirane u odnosu na spornu granicu niti kakav je efektivni oblik imala vojna jurisdikcija. Otuda, Sudsko veće nije moglo niti zbog ove argumentacije da odustane od svog zaključka zasnovanog na analizi titulusa.⁶²

Honduras je dokazivao vršenje vlasti u spornom trećem sektoru, dakle i on se pozivao na effectivités. On je podneo neke dokaze iz oblasti diplomatske korespondencije. Podneo je formalni zahtev El Salvadora za ekstradiciju nekih osoba koje su stanovale u mestu zvanom „La Vecina, nadležnost grada La Virtud, departman Gracias“ u Hondurasu. Honduras je dostavio značajan materijal kako bi pokazao da postoje naselja svojih građana u svih šest spornih sektora kao i o vršenju sudske i druge vlasti u tim oblastima. Ovaj materijal je podeljen u deset poglavlja: 1) krivični postupci; 2) policija i sigurnost; 3) imenovanje zamjenika gradonačelnika; 4) javno obrazovanje; 5) plaćanje zarada zaposlenima; 6) zemljišne koncesije; 7) transfer ili prodaja nepokretne imovine; 8) certifikati o rođenju; 9) certifikati o smrti; 10) različito. Ova dokumentacija se odnosi na 30 do 40 lokaliteta koji su identifikovani po ime-

⁶⁰ Presuda, par. 177, str. 469.

⁶¹ Presuda, par. 178, str. 470.

⁶² Presuda, par. 179, str. 470.

nu sela ili mesta. Honduras nije dostavio mapu sa njihovim tačnim lokacijama. Sudsko veće je upoređivanjem honduraških i salvadorskih mapa konstatovalo nekonzistentnost u imenima i lokacijama sela. Uočilo je da dva različita sela koja se nalaze na različitim mestima mogu da imaju isto ime.⁶³ Sudsko veće je našlo da se samo jedno selo od onih na koje se odnose dokazi Hondurasa – selo El Palmito – nalazi u celosti na teritoriji El Salvadora, prema granici koju je to Sudsko veće utvrdilo pozivom na *uti possidetis juris* 1821. Dokazi koje je Honduras podneo u vezi ovog sela se sastoje od 12 registrovanja rođenja u periodu od maja 1909. do avgusta 1946. Sudsko veće je primetilo da je zanimljivo da se ni u jednom od tih sertifikata ne navodi El Palmito kao mesto rođenja. Honduras nije objasnio zašto se ovi dokazi odnose samo na period 1909-1946. Polazeći od toga da je poslednji ceritifikat izdat pre 45 godina, Sudsko veće je konstatovalo da je verovatno da je selo El Palmito u međuvremenu prestalo da postoji ili da je postalo deo administrativne jedinice pod drugim imenom. Bez obzira na to šta se desilo, Sudsko veće nije videlo dovoljno dokaza za vršenje efektivne vlasti koji bi doveli u sumnju njegov nalaz koji se zasniva na liniji *uti possidetis juris*.⁶⁴

Sudsko veće je ispitalo i osnovanost zahteva El Salvadora u pogledu oblasti koja se nalazila severno od reke Negro-Quiagara i za koju je Sudsko veće našlo da po osnovu načela *uti possidetis juris* pripada Hondurasu. El Salvador je dostavio 19 potvrda koje je izdao salvadorski registar imovine i hipoteka u vezi privatne imovine registrovane u ime privatnih osoba u departmanu Morazan. El Salvador je dostavio i mapu na kojoj je prikazan električni dalekovod koji se protezao u oblasti za koju je Sudsko veće našlo da pripada Hondurasu. Na mapi koju je priložio El Salvador označen je izvestan broj zaseoka na teritoriji severno od reke Negro-Quiagara, ali nisu priložene dokazi o vršenju administrativne vlasti u njima. Sudsko veće je smatralo da dostavljeni materijal ne čini dovoljno dokaza da bi potvrdio efektivno vršenje vlasti u spornoj oblasti.⁶⁵

U pogledu jednog spornog sektora Sudsko veće je usmerilo pažnju na ona sela koja su obeležena na mapi da leže između grnice *uti possidetis juris*, kako ju je utvrdilo Sudsko veće i granične linije koju je zahtevao Honduras.⁶⁶ Bilo je sedam takvih sela i to: Platanares, El Munigal, Las Piletas, Mano de Leon, Junquillo, Sicahuite i La Laguna. Honduras je dostavio u vezi sela Platanares 15 registrovanja rođenja između 1914. i 1988. i jednu

⁶³ Presuda, par. 180, str. 471.

⁶⁴ Presuda, par. 181, str. 471.

⁶⁵ Presuda, par. 264, str. 515.

⁶⁶ Presuda, par. 265, str. 516.

registraciju smrti iz 1930. U vezi sela El Munigal Honduras je dostavio jedno krivično kažnjavanje iz 1954. i jedno registrovanje rođenja iz 1974. Jedna koncesija zemljišta iz 1901, šest registrovanja rođenja između 1938. i 1987. i pet registrovanja smrti između 1911. i 1935. su dokazi dostavljeni u vezi sela Las Piletas. U odnosu na selo Mano de Leon Honduras je dostavio četiri registracije smrti između 1901. i 1935. Četiri krivična kažnjavanja u 1952. i tri registrovanja rođenja između 1961. i 1986. su dostavljeni u vezi sela La Laguna. Sudsko veće je konstatovalo da ovi dokazi nisu dovoljni da pozivom na načelo efektiviteta dovedu u sumnju liniju granice koja predstavlja liniju *uti possidetis juris*.⁶⁷

Topografske karakteristike terena

Poznato je da postoji usatljena praksa ili čak običajno pravo o protezanju međunarodnih granica na rekama i u planinskim oblastima. Načelo *uti possidetis juris* je svakako *lex specialis* u odnosu na ta pravila. Ipak, Sudsko veće je pridalo izvesnu važnost topografskim karakteristikama terena i u nekim slučajevima je granicu *uti possidetis juris* neznatno korigovala kako bi se dobila granica koja bolje odgovara topografskim karakteristikama.

Sudsko veće konstatovalo je da se strane nisu osvrtnale na međusobnu granicu koja je utvrđena Opštim ugovorom o miru iz 1980. godine. Ono je predpostavilo da je ta granica određena i dogovorena na sličnim osnovama na koje su se strane pozivale pred ovim Većem. Veće zapaža, takođe, da se ova ugovorom određena granica proteže rekama te da se oslanja na topografske karakteristike terena. Otuda je Sudsko veće odlučilo da se u situacijama koje su nejasne, tamo gde strane nisu jasno dokazale postojanje svog prava na nekoj oblasti, osloni na topografske crte, kako su to same strane činile Ugovorom.⁶⁸ Veće kaže da se ono ne oslanja ovde na koncept „prirodnih granica,“ već na pretpostavku na kojoj se zasniva razgraničenje na kojoj deluje *uti possidetis juris*. (a presumption underlying the boundaries on which the *uti possidetis juris* operates) Jer, razmatranja te vrste su faktor razgraničenja svuda i verovatno je da je to bio faktor o kome su vodili računa oni koji su određivali kolonijalne granice te ga Sudsko veće uzima u obzir u sumnjivim slučajevima.⁶⁹

Zanimljiv je postupak Sudskog veća u određivanju granice u petom podsektoru četvrtog spornog sektora, dakle granice između reke Las Cañas i izvora vodotoka Orilla. Honduras se oslanjao na titulus koji se odno-

⁶⁷ Presuda, par. 266, str. 516.

⁶⁸ Presuda, par. 46, str. 390.

⁶⁹ *Ibid.*

sio na zemljišni posed (*estancia*) Santa Ana iz 1653. El Salvador nije potkrepio ničim svoje viđenje protezanja granice u tom delu izuzev konvencijom Cruz-Letona iz 1884. koju Honduras nije ratifikovao. Sudsko veće je zabeležilo da su tokom pregovora iz 1884. delegati dve strane imali pred sobom titulouse koji su se ticali ovog dela sporne granice ali je ostalo nepoznato koji su to titulusi bili. Sudsko veće je primetilo, dalje, da nije potpuno informisano kako se oznake granice koje se navode u titulusu Santa Ana odnose na obeležavanje granice na mapi koji je učinio Honduras ali, takođe, da El Salvador nije pokušao da ospori ovo tumačenje titulusa Santa Ana od strane Hondurasa kao netačno ili da ponudi alternativno tumačenje. Zato je Sudsko veće prihvatilo zahtev Hondurasa u pogledu protezanja granice u tom podsektoru ali ne baš u potpunosti. Sudsko veće je prihvatilo kao liniju granice liniju koja neznatno odstupa od one koju je tražio Honduras, ali koja je topografski superiornija kao granična linija.⁷⁰

Dve strane su različito tumačile tekstualni opis protezanja granice koji je sadržan u jednom titulusu, a koji je bio relevantna za sporni deo. Oslanjajući se na priloženu mapu koja je pratila tekstualni deo titulusa, Sudsko veće je našlo da je interpretacija El Salvadora ubedljivija u pogledu jednog dela ovog spornog dela granice. Sudsko veće je smatralo da je verovatnije da su geodeti povukli granicu vodenim tokom, kako je tvrdio El Salvador, a ne pored vodenog toka u istom pravcu u kome se pruža taj tok, kako je tvrdio Honduras.⁷¹

Sudsko veće je konstatovalo da su se tokom pregovora 1934. predstavnici dve strane dogovorili o protezanju granične linije u jednoj spornoj obalasti. Predstavnici El Salvadora su ovaj dogovor postigli *ad referendum*, dakle uz nakadni pristanak svoje Vlade. Vlada nije, međutim, dala pristanak na taj sporazum. Sudsko veće je ipak odlučilo da linija dogovorena *ad referendum* postane međudržavna granica imajući u vidu da ona sledi vododelnice u toj oblasti, dakle jasne topografske karakteristike te oblasti kao i svoj stav da kada ne može na osnovu materijala koje su podnele dve strane sa izvesnošću da detektuje graničnu liniju da tada sledi topografske karakteristike kraja.⁷²

Sudsko veće je tako utvrdilo da se granica *uti possidetis juris* 1821. u šestom spornom sektoru pruža rekom Goascoran. Ova reka se uliva u zaliv Fonseca preko nekoliko rukavaca. Sudsko veće je trebalo da odredi kojim se rukavcem proteže granica. U vezi sa tim pitanjem Sudsko veće nije raspolagalo relevantnim materijalom na osnovu koga bi odlučilo.

⁷⁰ Presuda, par. 249, str. 506.

⁷¹ Presuda, par. 114, str. 430.

⁷² Presuda, par. 101, str. 422.

Honduras je tražio da se granica proteže severozapadnim rukavcem što bi značilo da svi ostali rukavci pripadaju njemu. El Salvador je osporavao protezanje granice duž aktuelnog toka dokazujući neuspešno da se granica pruža nekim ranije napuštenom koritu reke. On nije, međutim, osporavao tvrdnju Hondurasa da se granica pruža severozapadnim rukavcem. Sudsko veće je zato odlučilo da granica ide sredinom reke kao i sredinom severozapadnog rukavca.⁷³ U odsustvu drugih dokaza o suprotnom Sudsko veće je primenilo opšte običajno pravilo da se granica na neplovnoj reci povlači sredinom reke.

Načelo pravičnosati

Sudsko veće se suočilo sa naročitom teškoćom kada je trebalo da utvrdi granicu koja počinje od kote Malpaso de Similaton. Teškoća je bila to što nijedna strana nije dostavila bilo kakve dokaze na osnovu kojih bi Sudsko veće moglo da utvrdi protezanje granice *uti possidetis juris* 1821.⁷⁴ Sudsko veće je smatralo da je u takvim okolnostima ispravno da se vrati pravičnosti saglasno pravu (*equity infra legem*) u vezi sa neratifikovanom delimitacijom iz 1869. Sudsko veće pozvalo je ovde na slično postupanje ranijeg veća u *Graničnom sporu* između Burkina Faso i Republike Mali koje se pozvalo na *equity infra legem* u vezi sa sporazumom iz 1965. koji, na kraju, nije bio prihvaćen.⁷⁵ Sudsko veće je, dakle, prihvatilo liniju koja je predložena u pregovorima 1869. kao razumno i pošteno rešenje u datim okolnostima. Ono je našlo da u zapisnicima sa pregovora iz 1861. i 1869. nema ničega što bi sugerisalo da je postojao suštinski nesporazum između strana u pogledu te linije. Pregovori su završeni neuspešno zbog razlike među stranama o tome da li je reka Negro-Quaiagara činila granicu između ranijih provincija, odnosno tadašnjih država. Pošto je Sudsko veće rešilo ovo sporno pitanje, ono je smatralo da bi, sada, svojom odlukom moglo da obezbedi pravnu snagu onome što su se dve strane dogovorile 1869.⁷⁶

Zaključna razmatranja

Zadatak Sudskog veća bio je da spor između El Salvadora i Hondurasa reši primenom prava. Članom 5 Zajedničkog specijalnog sporazuma od 24. maja 1986. godine, kojim su dve strane poverile na rešavanje spor Međunarodnom sudu, one su odredile primenjivo pravo, koje je Sud trebalo da primeni radi rešavanja spora, na jedan širok i uopšten način. U

⁷³ Presuda, par. 322, str. 553.

⁷⁴ Presuda, par. 261, str. 513.

⁷⁵ Presuda, par. 262, str. 514.

⁷⁶ Presuda, par. 263, str. 514.

članu 5 ovog Sporazuma stoji da će saglasno članu 38 Statuta Međunarodnog suda, Sudsko veće uzeti u obzir pravila međunarodnog prava koja su primenjiva među stranama, uključujući, gde je to relevantno, propise Opšteg ugovora o miru. Tokom sudskog rešavanja ovog spora pokazule su se sve prednosti ovako široke i opšte formulacije primenjivog prava. Dve strane ne navode izrično načelo *uti possidetis juris*, mada je njegova primena implicirana članom 26 Opšteg ugovora o miru. Nema sumnje da su obe strane bile saglasne da je to osnovno i najvažnije načelo čijom primenom treba rešiti spor. Međutim, da su stranke ograničile primenjivo pravo samo na ovo načelo, Sudskom veću bi bilo mnogo teže da reši spor. Sudsko veće primenjuje pravilo koje je ranije u jednom slučaju nazvano „kolonijalni efektivitet“ i koje upućuju na istraživanja teritorijalnih aspekata vršenja akata vlasti od strane kolonijalnih vlasti. U konkretnom slučaju to su bili posedovni listovi kojima su španske kolonijalne vlasti u periodu od XVII do XIX veka dodeljivale zemljište indijanskim zajednicama koje su živele u selima u administrativnim provincijama koje će, posle nezavisnosti, biti inkorporirane u El Salvador, odnosno Honduras. Načelno, mada je bilo izuzetaka, granice između zemljišta indijanskih zajednice koje su pripadale dvema provincijama su postajale, dejstvom načela *uti possidetis juris*, granice između dve države u čiji sastav su ušle pomenute provincije. Jasno je da Sudskom veću nije bilo jednostavno da na osnovu zapisnika o obeležavanju granica, starih dvesta ili trista godina, odredi kako se protezala granica *uti possidetis juris* 1821. godine, dakle u godini sticanja nezavisnosti. Tako, ako je postojao neki kasniji sporazum među stranama oko protezanja granice, čak ako on nije uobličen u međunarodni ugovor koji obavezuje obe države, Sudsko veće je potvrđivalo taj sporazum kao sporazum kojim su same strane odredile svoju međusobnu granicu i nije se bavilo utvrđivanjem granice *uti possidetis juris* 1821. Ovo je bilo u potpunosti u skladu sa mandatom Sudskog veća koje je bilo pozvano da spor reši primenom međunarodnog prava. Pored toga, Sudsko veće se oslanjalo i na topografske karakteristike terena i učinilo je neke male korekcije granice *uti possidetis juris* u korist topografske markantnosti. Ono je primenilo, pored toga, pravilo da se granica proteže sredinom neplovne reke u slučaju kada je utvrdilo da se granica *uti possidetis juris* proteže neplovnom rekam. Dakle, iako je Sudsko veće nastojalo prvenstveno da utvrdi granicu *uti possidetis juris* 1821, polazeći od "colonial effectivités", ono se nije ustezalo da se pri određivanju granice osloni i na druga pravila međunarodnog prava.⁷⁷

⁷⁷ Vidi eksplicitniju ocenu primene načela *uti possidetis juris* u ovom predmetu kod V. Knežević-Predić, Princip *uti possidetis* u praksi međunarodnih sudova, *Međunarodni problemi*, br. 4, 2001, str. 430.

*Rodoljub Etinski, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad*

The Application of the Principle *Uti Possidetis Juris* to the Dispute between El Salvador and Honduras

Abstract

The task of the Chamber was to resolve the land, island and maritime dispute between El Salvador and Honduras by the law. Article 5 of the Special Agreement of 24 May 1984 defines applicable law in broad and general terms: *In accordance with the provisions of the first paragraph of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice, the Chamber, when delivering its Judgment, will take into account the rules of international law applicable between the Parties, including, where pertinent, the provisions of the General Treaty of Peace.* The parties did not expressly referred to the principle *uti possidetis juris*. It is without doubt that they agreed that it was the main principle applicable to the dispute. Still, if the parties were limited the applicable law just to this principle, the Chamber would have much more complicated job. The broad and general determination of the applicable law facilitated a judicial resolution of the dispute. It allowed the Chamber to apply other rules that completed or substituted the application of *uti possidetis juris*.

The Chamber had at its disposal a lot of title-deeds to commons, it is acts of colonial Spanish authorities granting lands to Indian communities that lived in villages in various provinces which became parts of El Salvador or Honduras. A border of lands granted to Indian villages, one of which was located in Salvadorian province and the other in Honduran province, has been transformed by the effect of the principle *uti possidetis juris* or precisely by colonial *effectivités* into an inter-state frontier. It was the first method, used by the Chamber, to determine the frontier. However, the Chamber considered that *uti possidetis* frontier is subjected to changes by mutual consent of the parties over the times. It did not hesitate to take into account mutual consent even acquiescence as a method of determination of the frontier. The Chamber had at its disposal records of

previous numerous negotiations of the two parties, related to determination of the frontier. The records were disclosing consent of the parties on some sections of the disputed frontier that has not reached the form of an international treaty binding to the parties. The Chamber used to confirm such consent of the parties as their acceptance of mutual frontier and, in such occasions, it did not investigate title deeds related to these sectors. The Chamber investigated evidences, submitted by the parties, on exercise of their powers in dispute areas. It was done to explore whether effective exercise of power of one or other party required a correction of *uti possidetis* frontier. There was no case where the Chamber found that principle of *effectivités* asked the correction *uti possidetis* frontier. The Chamber took into account, also, topography and by an occasion it changed a little bit *uti possidetis* frontier to provide topographically superior boundary line. Also, it applied the customary rule that the frontier follows the middle of the bed of a non-navigable river. In such a way, the Chamber resolved the dispute by application of *uti possidetsi juris* principle as the basic principle which was supplemented or substituted by other rules of international law.

Key words: *uti possidetis juris*, *effectivités*

*Dr Zoran Arsić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

DAN AKCIONARA U KOMPANIJSKOM PRAVU REPUBLIKE SRBIJE

Sažetak: *Pravo akcionara da učestvuje i glasa u skupštini se utvrđuje s obzirom na akcije ko je on ima određenog dana pre održavanja skupštine (dan akcionara).*

Pravilom o danu akcionara, međutim, odstupa se od principa nedeljivosti akcije. U ekstremnom slučaju moguće je da u skupštini učestvuju i glasaju lica od kojih nijedno nije akcionar u tom trenutku. Tako je moguće da lica koja nemaju nikakav investicioni interes u društvu odlučuju o na pr. usvajanju finansijskih izveštaja, ili raspolaganju imovinom velike vrednosti. Ovo pitanje se, po prirodi stvari, ne postavlja ako nije bilo prometa akcijama u intervalu između dana akcionara i dana održavanja skupštine.

Ključne reči: *dan akcionara, akcionar, skupština*

Dan akcionara (Record date) je jedan od novih instituta predviđen u pravu Republike Srbije Zakonom o privrednim društvima iz 2004 god. Novi Zakona o privrednim društvima iz 2011 god., koji se primenjuje od 1. Februara 2012 god., zadržava ovaj institut. U daljim izlaganjima ukažemo na teorijske aspekte dana akcionara, posebno imajući u vidu princip nedeljivosti akcije, kao i rešenja u pravu Republike Srbije.

1. Princip nedeljivosti akcije i dan akcionara

Nedeljivost akcije predstavlja nedeljivost akcijskog prava za akcionara. Nedeljivost članstva znači da se imovinska i upravljačka prava ne mogu odvojiti i posebno prenositi. Prenosiva je samo akcija tj. članski odnos kao celina.

U pogledu nedeljivosti akcije, odnosno nemogućnosti odvajanja prava učestvovanje u skupštini, kao i prava glasa od članstva, postoji značajan izuzetak. U uporednom pravu sve više mesta zazuzima institut dana akcionara, što je prihvaćeno i u domaćem pravu. U tom pogledu od značaja je čl.286 Zakona o privrednim društvima, kojim se reguliše dan utvrđivanja sastava skupštine, odnosno dan utvrđivanja akcionara. Ovo je značajno zato što registracija prenosa akcija posle tog datuma nije od značaja za tu skupštinu. Danom utvrđivanja akcionara se ustanovljava apsolutna pretpostavka prema kojoj društvo kao akcionara, u svrhu odvijanja skupštine, smatra lice koje je na određeni dan registrovano u Centralnom registru kao akcionar. Ova pretpostavka važi, kako smo ukazali, u pogledu održavanja skupštine, odnosno vršenja prava iz čl. 275 st.2., što uključuje i pravo glasa. Osim ovih prava, ne može se, zbog neprisustvovanja skupštinu ni glasati protiv predloga odluke i, zbog toga, ni vršiti pravo pobijanja skupštinske odluke.¹ Druga prava akcionara nisu vezana za dan akcionara – kada je na pr. dividenda u pitanju od značaja je dan dividende (čl.218 S obzirom da je u međuvremenu, do dana održavanje skupštine, to lice moglo da otuđi akcije, ovakav pristup omogućava da u skupštini glasa, lično ili preko punomoćnika, lice koje u trenutku davanja glasačke izjave nije akcionar. S tim u vezi treba imati u vidu da se akcionarom prema društvu i prema trećima smatra lice koje je upisano u Centralni registar hartija od vrednosti. Prema principu nedeljivosti akcije to lice je ovlašćeno za vršenje prava iz akcije. Prema tome, sticalac akcije posle dana akcionara, ako je upisan u Centralni registar na dan održavanja skupštine je akcionar i trebao bi da ima prava iz akcije, što obuhvata i prava vezana za skupštinu. Pravilom o danu akcionara, međutim, odstupa se od principa nedeljivosti akcije. U ekstremnom slučaju moguće je da u skupštini učestvuju i glasaju lica od kojih nijedno nije akcionar u tom trenutku. Tako je moguće da lica koja nemaju nikakav investicioni interes u društvu odlučuju o na pr. usvajanju finansijskih izveštaja, ili raspolaganju imovinom velike vrednosti. Ovo pitanje se, po prirodi stvari, ne postavlja ako nije bilo prometa akcijama u intervalu između dana akcionara i dana održavanja skupštine.

Osim položaja sticaoca akcija posle dan akcionara, treba ukazati i na položaj prenosioca akcija. U odnosu prema društvu samo je prenosilac akcija ovlašćen na vršenje prava vezanih za skupštinu. Dopušten je ugovor između sticaoca i prenosioca, prema kojem bi prenosilac glasao prema nalogima dobijenom od strane sticaoca, ili bi se obavezao da ne prisu-

¹ Analogno Ziemons Hildegard u Schmidt Karsten, Lutter Marcus., Aktiengesetz, Köln 2008, str.1369.

stvuje skupštini. Moguće je, takođe, i davanje punomoćja od strane prenosioca sticaocu. S tim u vezi ukazuje se da mogućnost davanja punomoćja malo doprinosi rešenju problema, kao i koncepcija konkludentne obaveze. Pri tome sa naglašava da rešenje zasnovano na davanju punomoćja nije primenljivo u slučaju berzanski prodaje. Situacija nije jasna kada je u pitanju generalna sukcesija, pri čemu se sugerise da bi univerzalni sukcesor trebao da bude tretiran na isti način kao singularni sukcesor.²

2. Dan akcionara u pravu Republike Srbije

Načelno uzevši, samo akcionar je ovlašćen da prisustvuje skupštini i samo akcionar glasa u skupštini.³ S obzirom na prenosivost akcija postavlja se pitanje ko se ima smatrati akcionarom u svrhu održavanja skupštine. U st.1 čl.286 je predviđeno da se osnivačkim aktom može utvrditi način određivanja datuma za određivanje liste akcionara koji mogu vršiti prava iz akcije vezana za skupštinu.

Ukoliko osnivačkim aktom to nije učinjeno, odgovarajuću odluku donosi upravni odbor. Za slučaj da upravni odbor ne donese odgovarajuću odluku dan utvrđivanja akcionara je u slučaju redovne skupštine dan na koji je dato obaveštenje prvo dato. U slučaju vanredne skupštine to je dan na koji prvi zahtev potpisan i datiran od akcionara. To odgovara rešenju iz čl.277 st.4.

U st. 3 su utvrđena ograničenja u pogledu određivanja dana utvrđivanja akcionara. Predviđeno je da dan utvrđivanja akcionara ne može biti dan koji prethodi danu održavanja skupštine za više od 60 dana, odnosno manje od 10 dana pre dana održavanja skupštine. U pogledu ovakvog rešenja potrebne su određene napomene. Pre svega, spomenuto ograničenje je opšteg tipa – odnosi se sve situacija kada se određuje dan utvrđivanja akcionara. Ovo je neophodno, pre svega, zbog sprečavanja manipulacija sa određivanjem dana utvrđivanja akcionara, zato što se na taj način se vrši selekcija sastava skupštine. S tim u vezi napominjemo da su poznata rešenja po kojima zakonom utvrđuje čvrst kriterijum za određivanje dana utvrđivanja akcionara – na pr. 14 dana pre skupštine. Na taj način se dimenzionira rizik kojem je izložen sticalac akcija u pogledu mogućnosti da prisustvuje skupštini posle sticanja akcija. U domaćem pravu rizik je u određenoj meri neizvestan, budući da je dan utvrđivanja akcionara ne mo-

² Ziemons H., op.cit., str.1370

³ Gessler Ernst, Hefermehl Wolfgang, Eckardt Ulrich, Kropf Bruno, Aktiengesetz, München 1974, Band II, str.106

že biti više od 60 dana pre skupštine. Na taj način se omogućava manipulacija kroz utvrđivanje dana akcionara za datum pre sazivanja skupštine, kada se na taj način može onemogućiti vršenje prava određenim akcionarima.

U vezi sa spomenutim ograničenjima treba ukazati, pre svega na pravnu kvalifikaciju dana akcionara. Ovde se ne radi o roku, nego o vremenskom trenutku (Zeitpunkt, Stichtag). To je od značaja kada se, u skladu sa st.2 čl.286 osnivačkim aktom utvrđuje dan akcionara na pr. 21 dan pre skupštine. S obzirom da se ne radi o roku ne primenjuje se pravilo o neradnim danima,⁴ koje je u domaćem pravu predviđeno u čl.77 st.3 Zakona o obligacionim odnosima. Ukazuje se da nema potrebe ni za analogijom, budući da dokaz o stanju na neradni dan ne predstavlja problem.⁵ Za razliku od toga pravilo o početku roka se analogno primenjuje (čl.77 st.1 Zakona o obligacionim odnosima), zbog čega se u obračun ne uzima dan održavanja skupštine.⁶

Osnovni nedostatak regulisanja dana akcionara u domaćem pravu se ogleda u visokom stepenu slobode upravnog odbora u utvrđivanju dana akcionara. Kao što smo naglasili u uporednom pravu su poznata rešenja prema kojima se dan akcionara utvrđuje zakonom i to tako da je to dan posle objavljivanja poziva za skupštinu. Tako na pr. u slučaju da je minimalni rok za sazivanja skupštine 30 dana pre datuma održavanja skupštine, dan akcionara je 21 dan pre datuma održavanja skupštine.

Novim Zakonom o privrednim društvima iz 2011 god. je predviđeno da dan akcionara pada na deseti dan pre dana održavanja skupštine (čl.331). U skladu sa ranije iznetim stavovima u pogledu pravne prirode dana akcionara, ako deseti dan pada na dan kada se ne radi ne primenjuje se pravilo o računanju roka kada poslednji dan roka pada u neradni dan iz čl. 77 st.3 Zakona o obligacionim odnosima). Tako ako se skupština održava 20. Maja 2011 deseti dan pada 10.Maja 2011. i ako je to neradni dan ne uzima se u obzir sledeći radni dan. Po analogiji se početak protoka vremena računa od dana koji prethodi danu održavanja skupštine.

Smatram da je regulativa dana akcionara iz Zakona o privrednim društvima iz 2012 god.bolja od postojećeg pravnog regulisanja ovog pitanja, na čije slabosti smo ranije ukazali. Fiksiranjem dana akcionara na deseti dan pre skupštine, postiže se pravna sigurnost kako za postojeće akcionare, tako i za lica koja imaju nameru da postanu akcionari. Postojeći

⁴ Tako za nemačko pravo Ziemons H., op.cit., str. 1370; Reger Gerald u Bürger Tobias, Körber Torsten, Aktiengesetz, Heidelberger Kommentar, Heidelberg 2008, str. 787.

⁵ Reger G., op.cit., str.787

⁶ Ibidem.

akcionari znaju da, ako žele da prisustvuju skupštini, moraju da zadrže status akcionara do desetog dana pre skupštine, dok potencijalni sticaoci akcija znaju da moraju postati akcionari najkasnije na dan akcionara, da bi mogli da vrše prava vezana za skupštinu. S obzirom da se individualni poziv za skupštinu upućuje licima koja imaju status akcionara u trenutku donošenja odluke o sazivanju skupštine (čl.335 Zakona o privrednim društvima iz 2011), moguće je razlikovati nekoliko situacija, zbog postojanja lica koja su akcionari na dan donošenja odluke o sazivanju skupštine, lica koja su akcionari na dan akcionara i lica koja su stekla akcije posle dana akcionara. Prvo, ako pozvani akcionari nisu akcionari i na dan akcionara (u slučaju prometa akcija), tada na skupštini mogu da učestvuju lica koja nisu pozvana na skupštinu, dok lica koja su bila pozvana na skupštinu ne mogu da učestvuju, nezavisno od toga što su pozvani. Ako akcionari na dan akcionara otuđe svoje akcije do dana održavanja skupštine, tada oni mogu da učestvuju u radu skupštine, mada nisu pozvani na skupštinu i nemaju nikakav investicioni interes u društvu. Za razliku od toga lica koja su stekla akcije posle dana akcionara ne mogu da učestvuju u radu skupštine mada imaju investicioni interes u društvu.

Rešenje iz Zakona o privrednim društvima iz 2011 god. je uključeno sa Direktivom o vršenju određenih prava akcionara listiranih društava (Directive on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies) iz 2007 god. Pre svega, utvrđen je jedinstveni dan akcionara za sva društva. Drugo, usvojena i korelacija između dana akcionara i poslednjeg dana za sazivanje skupštine - najmanje osam dana, pri čemu se ne uzimaju u obzir dan održavanja skupštine i dan akcionara. Ovo važi, kako za slučaj redovne skupštine, kada se poziv upućuje najkasnije 30 dana pre održavanja sednice (čl.365 Zakona o privrednim društvima uz 2011 god.), tako i za vanrednu sednicu, kada se poziv upućuje najkasnije 21 dan pre dana održavanja sednice (čl.373 Zakona o privrednim društvima iz 2011 god.).

Kada je domaće pravo u pitanju nisu predviđena posebna pravila u pogledu dana akcionara ako se radi o ponovnom sazivanju skupštine zbog nedostatka kворuma. U slučaju ponovljene sednice skupštine važi dan akcionara neodržane sednice (čl.352 Zakona o privrednim društvima iz 2011 god.).

*Zoran Arsić, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad*

Record Date in Serbian Company Law

Abstract

The right of the shareholder to participate in and vote at the general meeting is determined based on the shares he holds on a certain date prior to the general meeting (record date).

However, the rules regulating the record date deviate from the principle of indivisibility of shares. In extreme cases it is possible to have persons, none of which are shareholders at a given time, to participate in and vote at the general meeting. Hence, it is possible to have persons with no investment interest in the company to decide, for example, on adoption of financial reports, or on disposal of high-value assets. This issue, by its virtue, is not put forward in cases where there was no transfer of shares in the period between the record date and the date of the general meeting.

Key words: Record date, shareholders, general meeting.

*Dr Dragan Milkov, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

O UPRAVNOM SPORU U SRBIJI¹

Sažetak: *Srbija pripada grupi zemalja sa najdužom tradicijom sudske kontrole uprave. Prvi vidovi upravnog spora se javljaju još od Sretenjskog ustava iz 1835. godine, a u pravom smislu reči upravni spor je uveden Ustavom iz 1869. godine. No, posle drugog svetskog rata, u zajedničkoj jugoslovenskoj državi srpski sistem je napušten i stvoren novi koncept sudske kontrole uprave.*

Važeći srpski Zakon o upravnim sporovima iz 2009. godine naslanja se na tradiciju nekadašnjeg jugoslovenskog Zakona o upravnim sporovima, uz izvesna poboljšanja. Međutim, današnji Zakon sadrži i terminološke i sadržinske novine koje su problematične, konfuzne i nepotrebne.

Ključne reči: *kontrola uprave, sudska kontrola uprave, upravni spor, upravni spor u Srbiji.*

1. Uvodne napomene

Upravni spor u Srbiji ima veoma dugu tradiciju. Srbija je prva od svih država nekadašnje zajedničke države Srba, Hrvata i Slovenaca imala sistem sudske kontrole uprave i to izgrađen po uzoru na francuski model. Srpski sistem je bio prihvaćen i u zajedničkoj državi, ali je upravni spor, pre svega pod uticajem tadašnjeg sovjetskog shvatanja, ukinut nakon drugog svetskog rata. Tek 1952. godine donet je prvi posleratni Zakon o upravnim sporovima Jugoslavije, koji je, sa određenim izmenama i dopunama, važio sve dok se Srbija nije vratila na svoj nekadašnji državni status samostalne zemlje. Otcepljenjem Crne Gore 2006. godine, Srbija je

¹ Ovaj tekst je rezultat autorovih istraživanja u okviru razvojnog naučnog projekta „Teorijski i praktični problemi u stvaranju i primeni prava (EU i Srbija)“.

ponovo postala samostalna država, ali je svoj prvi Zakon o upravnim sporovima donela tek 2009. godine.² Taj Zakon je doneo mnoge novine, od kojih se neke mogu smatrati korisnim, od kojih treba istaći unošenje zakonodavne definicije upravne stvari. S druge strane, ovaj Zakon, za razliku od svih prethodnih, sadrži i brojne nejasne, pa i konfuzne, norme, čija prava sadržina ostaje nejasna.

Cilj ovog rada je da se ukaže na neke ključne elemente upravnog spora u Srbiji, od pokretanja pa do izvršenja sudske odluke. Istovremeno, ovaj rad je posvećen i ukazivanju na neke propuste u važećem Zakonu o upravnim sporovima, jer je u brojnim segmentima ostao nedorečen, konfuzan i nejasan. U većoj meri nego što je to ikada do sada bio slučaj, važeći Zakon sadrži odredbe koje je veoma teško, možda i nemoguće, razumeti.

2. Nastanak i razvoj upravnog spora u Srbiji

Srbija spada u kategoriju zemalja koje su među prvim stvorile sistem sudske kontrole uprave u upravnom sporu. U Srbiji je veoma rano stvoren Državni savet, koji je kao uzor imao odgovarajuću francusku instituciju. U Francuskoj je Državni savet stvoren 13. decembra 1799. godine, a u Srbiji je već Sretenjskim ustavom iz 1835. godine bio predviđen Državni savet koji je imao zakonodavnu i upravnu vlast zajedno sa knezom, a u jednom odeljenju je vršio i sudsku funkciju u trećem i poslednjem stepenu.³ Te iste godine je u junu donet i poseban Zakon o ustrojstvu Državnog saveta. Međutim, ovaj prvi Državni savet u vreme Kneza Miloša nije imao značajniju ulogu, jer ga je Knez veoma brzo faktički pretvorio u svoju kancelariju. Tek nakon Turskog ustava iz 1838. godine, Državni savet dobija na značaju. Tada su članovi Državnog saveta stekli stalnost, jer su sa svog položaja mogli da budu smenjeni jedino uz saglasnost Porte i to pod uslovom da se utvrdi da su radili nezakonito i u suprotnosti sa interesima zemlje. Aprila 1839. godine, na osnovu ovog Ustava, donet je Zakon o ustrojstvu Državnog saveta. U nadležnost ova-

² S druge strane, u Srbiji još uvek faktički važi nekadašnji zajednički Zakon o opštem upravnom postupku Jugoslavije. Istina, taj Zakon je menjan i dopunjavan 2010. godine („Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 30 od 7. maja 2010. godine), ali su u njemu izvršene samo neznatne terminološke promene, od kojih bi se neke mogle smatrati korakom unazad.

³ Srbija je u tom periodu u velikoj meri gradila svoj pravni sistem po uzoru na Francusku i mnogi veliki srpski pravni teoretičari su se u Francuskoj školovali i usavršavali. Ta tradicija je prestala tek posle Drugog svetskog rata. Sa stvaranjem zajedničke države, u materiji upravnog prava je bio dominantan uticaj poznatih hrvatskih autora, na čelu sa Ivom Krbekom, tako da je francuska tradicija zamenjena germanskom.

kvog Državnog saveta spadalo je rešavanje o pitanjima koja se odnose na zakone, uredbe i javne namete, opredeljivanje delokruga ministara, rešavanje sporova o nadležnosti, tumačenje zakona i uredbi i, posebno značajno, nadzor nad radom ministara. To je predstavljalo okosnicu za razvoj srpskog upravnog sudstva u pravom smislu reči.

U periodu ustavobranitelja ustanovljena je praksa da pojedinci koji su bili nezadovoljni nekim rešenjem ministara mogu da se žale Državnom savetu, iako to nigde nije bilo formalno predviđeno. Ova mogućnost je pronađena u okviru ovlašćenja Državnog saveta da nadzire rad ministara. Državni savet je u postupku po ovakvim žalbama tražio objašnjenja od odgovarajućih ministara, a i pozivao ih je na svoja zasedanja, čime su ona poprimala vid rasprave. Već ovakva aktivnost Državnog saveta bila je u mnogim slučajevima dovoljna da utiče na ministre da sami izmene svoju osporenu odluku. Na osnovu Zakona o izmenama i dopunama zakona o ustrojstvu Državnog saveta iz 1858. godine, Državni savet je ojačao svoju zakonodavnu vlast, tako što je knezu ostalo samo pravo suspenzivnog veta. Te iste godine je bila i Svetoandrejska skupština koja je zbacila sa vlasti kneza Aleksandra Karađorđevića i vratila Miloša. Međutim, povratak Miloša je značio ponovno umanjivanje značaja i autoriteta Državnog saveta. Naime, Miloš je za savetnike postavio uglavnom neškolovane narodne starešine. Stvari se nisu značajnije promenile ni dolaskom na vlast kneza Mihajla. Štaviše, u njegovo vreme je donet novi Zakon o državnom savetu 1861. godine, po kojem su savetnici postali potpuno potčinjeni knezu (knez je postavljao članove Državnog saveta) i izgubili stalnost funkcije. Međutim, za razvoj upravnog spora je bitno da se uoči da se u ovom periodu ustalila praksa da Državni savet prima žalbe na rad ministara, a tokom daljeg razvoja je počeo i formalno da rešava sve takve sporne predmete.

Za prethodne periode je karakteristično to da se u njima sudska kontrola uprave odvija bez izričitog pravnog osnova o upravnom sporu. Za prethodne periode bismo mogli reći samo to da se u njima javljaju prvi vidovi sudske kontrole uprave i preteče upravnog spora. U pravom smislu reči, upravni spor se u Srbiji zvanično i potpuno uvodi namesničkim ustavom iz 1869. godine. Po ovom Ustavu, Državni savet nije više zakonodavno telo (tu funkciju preuzima Skupština), a dobija novi zadatak „da razmatra i rešava žalbe protivu ministarskih rešenja u spornim administrativnim pitanjima“ (deo IV). Time je kod nas po prvi put, formalno posmatrano, uveden upravni spor. Na osnovu Ustava, 5. oktobra 1870. godine su doneti Zakon o Državnom savetu i Zakon o poslovnom redu u Državnom savetu. Po ovom propisu je bilo predviđeno da je upravni spor

„spor između privatnog lica s jedne i upravne vlasti s druge strane, a postoji onde gde je naredbom ili rešenjem upravne vlasti pravo privatnog lica povređeno protivu zakonskih naređenja. Pri tome nije spor onde gde je zakonom ostavljeno ministru ili upravnoj vlasti kako da postupi, oceni i reši stvar“. Državni Savet je svoje odluke donosio u formi rešenja koja su imala obaveznú snagu i protiv njih nisu postojala pravna sredstva.

Kada je stvorena zajednička država: Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca, Srbija je imala Državni savet sa ovlašćenjima da rešava upravne sporove. Taj sistem je zadržan i po prvom zajedničkom ustavu - Vidovdanskom ustavu iz 1921. godine. Prema ovom Ustavu, Državni savet i dalje predstavlja vrhovni upravni sud, međutim, obrazovani su i prvostepeni upravni sudovi. Zakon o državnom savetu i upravnim sudovima donet je 17. maja 1922. godine, a 5. marta iste godine je doneta i Uredba o poslovnom redu u Državnom savetu i upravnim sudovima. Na osnovu ovih propisa, obrazovani su upravni sudovi u Beogradu, Zagrebu, Celju, Sarajevu, Skoplju i Dubrovniku. Zanimljivo je da je sedište upravnog suda iz Dubrovnika preseljeno 1939. godine u Podgoricu. Prvi upravni sud sa sedištem u Novom Sadu je osnovan takođe 1939. godine.

Drugi svetski rat je doveo na političku scenu tadašnje Jugoslavije komunističku partiju i to je značilo i sprovođenje nove ideologije, koja je imala svoje posledice i u pravnom sistemu. Direktna posledica ovih promena bilo je ukidanje Državnog saveta i upravnih sudova. Ovaj period je obeležen shvatanjem (pod uticajem tadašnjeg sovjetskog shvatanja) da sudovi ne treba da se mešaju u rad uprave, pa stoga nema ni potrebe za upravnim sporom. Smatralo se da kontrolu uprave mogu da vrše jedino hijerarhijski viši državni organi, pri čemu su upravu mogli još da kontrolišu skupština i posebne kontrolne komisije. Međutim, praksa je brzo pokazala da interna upravna kontrola uprave nije dovoljna, niti je objektivna, a skupštinska kontrola i kontrola posebnih komisija ne mogu da daju značajnije rezultate. Stoga se i u socijalističkoj Jugoslaviji dolazi sve više do shvatanja da upravni spor nije višak, već neophodnost.

Promena u shvatanju o neophodnosti sudske kontrole uprave, dovela je do donošenja prvog posleratnog Zakona o upravnim sporovima 1952. godine. Ovaj propis vraća sudsku kontrolu uprave, međutim, taj sistem nema više nikakav kontinuitet u odnosu na nekadašnji srpski sistem sudske kontrole uprave. Više nema Državnog saveta, niti upravnih sudova, već su za upravne sporove nadležni redovni sudovi. Za upravne sporove su bili nadležni najviši sudovi (vrhovni sudovi), u posebnim većima za upravne sporove, a tokom kasnijeg razvoja je rešavanje upravnih sporova povereno i okružnim sudovima. Zakon o upravnim sporovima je menjan i

dopunjavan 1965. godine, a 1977. godine je donet nov zakon koji je nakon stvaranja Savezne Republike Jugoslavije neznatno menjan 1992., 1993. i 1994. godine. Iako nije bilo suštinskih izmena, 4. oktobra 1996. godine („Službeni glasnik SRJ“, br. 46), donet je „novi“ zakon tadašnje Savezne Republike Jugoslavije. Taj Zakon je važio u Srbiji čak i nakon odvajanja Crne Gore 2006. godine, sve dok nije donet srpski zakon decembra 2009. godine.⁴ Time se Srbija u formalnom smislu vratila na stanje od pre skoro dvesta godina, ali više nije vraćala nekadašnji sistem sudske kontrole uprave.⁵ Ono što je karakteristično za novi srpski Zakon o upravnim sporovima, jesu mnoge promene u odnosu na ranije stanje, kako u pogledu predmeta upravnog spora, tako i u pogledu odvijanja upravnog spora, pravnih sredstava i izvršenja sudske odluke.

3. Predmet upravnog spora

Predmet upravnog spora se u većini zemalja vezuje za zakonitost upravnog akta.⁶ Pored toga, u nekim zemljama se ovaj predmet proširuje, tako što upravni spor može da se vodi i protiv nekih drugih akata uprave. Tako u Francuskoj predmet upravnog spora mogu da budu, pojedinačni autoritativni pravni akti uprave, koji se kod nas smatraju upravnim aktima, ali i opšti akti uprave - podzakonski propisi koje donosi uprava. U onim zemljama koje imaju ustavne sudove uobičajeno je da oni kontrolišu ustavnost i zakonitost opštih akata, a ne da se to čini u upravnom sporu. Konačno, u Francuskoj može da se vodi upravni spor i protiv upravnih ugovora.⁷

Za razliku od Francuske, predmet upravnog spora je u germanskim zemljama određen znatno uže. I u ovim zemljama pojedinačni autoritativni pravni akt uprave (upravni akt) predstavlja osnovni predmet upravnog spora. Što se tiče mogućnosti vođenja upravnog spora protiv opštih akata uprave, ne postoji generalna mogućnost za vođenje takvog spora, već samo jedna kategorija opštih akata uprave može da predstavlja predmet upravnog spora. Pri tome, protiv ostalih opštih pravnih akata uprave može da se pokrene postupak pred Ustavnim sudom. Kontrola Ustavnog su-

⁴ „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 111 od 29. decembra 2009. godine.

⁵ Zanimljivo je da je u Srbiji obrazovanje Upravnog suda bilo predviđeno već Zakonom o uređenju sudova „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 63/2001, 42/2002 i 27/2003. Međutim, Upravni sud je počeo sa radom tek 1. januara 2010. godine!

⁶ Više o pojmu upravnog spora: Milkov Dragan, „O pojmu upravnog spora“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2007, Vol. 41, Broj 1-2, str. 77-89

⁷ Više o upravnim ugovorima: Milkov Dragan, „O upravnim ugovorima“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, 1994, Vol. 66, Broj 1-2, str. 23-33.

da isključuje mogućnost da se protiv takvih opštih akata vodi upravni spor. Naime, prema nemačkom Zakonu o upravnom sudstvu regulisano je da je upravno-sudska zaštita moguća „u svim javno-pravnim sporovima, koji nisu ustavno-pravnog karaktera, ukoliko saveznim zakonom rešavanje tog spora nije stavljeno u nadležnost nekog drugog suda“ (§40, stav 1). U Austriji, po pravilu, Ustavni sud kontroliše opšte akte uprave, dok se u upravnom sporu rešava o zakonitosti upravnih akata. No, po principu enumeracije, može i u upravnom sporu da se odlučuje o nekim, precizno označenim, opštim aktima uprave.

Kao i u Francuskoj, u Nemačkoj predmet upravnog spora može da bude i javno-pravni ugovor. Naime, upravni sudovi u Nemačkoj odlučuju i o sporovima koji nastanu povodom nekog javno-pravnog ugovora. S druge strane, u Austriji se najčešće upravni ugovori kontrolišu pred redovnim sudovima.⁸

Dosadašnju tradiciju predmeta upravnog spora kod nas karakteriše vezivanje za upravni akt. Međutim, Zakonom o upravnim sporovima iz 2009. godine predmet upravnog spora je značajno proširen, tako da je danas nemoguće definisati upravni spor u materijalnom smislu.

Osnovni predmet upravnog spora u Srbiji i dalje predstavlja zakonitost konačnog upravnog akta. U Zakonu o upravnim sporovima je data i definicija upravnog akta, po kojoj je upravni akt „pojedinačni pravni akt kojim nadležni organ, neposrednom primenom propisa, rešava o određenom pravu ili obavezi fizičkog ili pravnog lica, odnosno druge stranke u upravnoj stvari“.⁹

Osnovni doprinos ovog zakona je što sadrži i materijalnu definiciju upravne stvari, što predstavlja prvo zakonsko definisanje ovog, u teoriji spornog, pojma. Naime, u zakonskom smislu upravna stvar je „pojedinačna nesporna situacija od javnog interesa u kojoj neposredno iz pravnih propisa proizlazi potreba da se buduće ponašanje stranke autoritativno pravno odredi“.¹⁰ Time je u našim propisima određeno jedno od bitnih suštinskih obeležja upravnog akta, koje nam jedino pruža mogućnost da upravni akt razlikujemo od drugih sličnih pojedinačnih autoritativnih pravnih akata (pre svega, sudskih akata). Međutim, ono što je novost

⁸ U austrijskoj pravnoj teoriji je sve više pristalica kontrole upravnih ugovora u upravnom sporu, ali to u praksi još nije dovoljno prisutno (više o tome kod Harald Eberhard, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, Springer Verlag Wien, 2005.)

⁹ Zakon o upravnim sporovima, član 4.

¹⁰ Isto, član 5. Treba istaći da je zakonodavac ovakvom definicijom upravne stvari uvažio glavna dostignuća srpske upravnopravne teorije. Ovaj autor je još pre 25 godina na sličan način određivao upravnu stvar (više o tome: Milkov Dragan, „Upravna stvar“, *Analiti Pravog fakulteta u Beogradu*, 1986, Vol. 34, Broj 5, str. 490-504).

ovog Zakona, postalo je, nažalost, nepotrebno i suvišno. Ako je do nedavno postojala objektivna potreba da se definiše upravna stvar, zato da bi mogao precizno da se odredi predmet upravnog spora, onda je to izgubilo svaki smisao nakon proširenja predmeta upravnog spora. Naime, po novom srpskom zakonu, upravni spor može da se vodi i protiv drugih pojedinačnih pravnih akata, a koji nisu upravni akti. Time nastojanje za preciznim definisanjem upravne stvari i, na osnovu nje, preciznim definisanjem upravnog akta postaje besmisleno, jer bi se i protiv takvog akta, sve i da nije upravni, mogao voditi upravni spor ako nije predviđena neka druga zaštita!

U Zakonu o upravnim sporovima iz 2009. godine je predviđeno da upravni spor može da se vodi i protiv pojedinačnih pravnih akata koji nisu upravni akti u dva slučaja.

Prvu kategoriju „neupravnih“ pojedinačnih pravnih akata čine oni za koje u određenom slučaju zakonom nije predviđena drugačija sudska zaštita. Znači da su to akti koji nisu doneti u upravnoj stvari, ali se njima odlučuje o konkretnim pravima, obavezama ili pravnim interesima nekog određenog subjekta. U principu, o zakonitosti takvih pojedinačnih akata ne bi trebalo da se odlučuje u upravnom sporu, već u nekom drugom sudskom postupku. Međutim, ako takva druga sudska zaštita nije obezbeđena, onda je kao „rezervna“ zaštita predviđeno vođenje upravnog spora. U ovom slučaju, za vođenje upravnog spora nije bitna priroda akta, već je bitno samo nepostojanje druge sudske zaštite.

Drugu kategoriju čine pojedinačni pravni akti za koje je zakonom izričito predviđeno da protiv njih može da se vodi upravni spor. Ni ti akti ne predstavljaju upravne akte, a o njihovoj zakonitosti bi se verovatno odlučivalo u nekom drugom postupku da zakonodavac nije izričito predviđeo da se proveravaju u upravnom sporu.¹¹ Prema tome, u ovom drugom slučaju se o pojedinačnim pravnim aktima odlučuje u upravnom sporu samo zato što je to izričito predviđeno zakonom. To znači da se zakonima u pojedinim oblastima društvenog života može predvideti da se i o drugim pojedinačnim aktima odlučuje u upravnom sporu. Na ovaj način, u Srbiju se uvodi, u određenom smislu, princip enumeracije u vezi sa vođenjem upravnog spora. Pored akata za koje se to pretpostavlja, upravnih akata, upravni spor može da se vodi i protiv izričito nabrojanih drugih pojedinačnih pravnih akata.

¹¹ Do sada je na osnovu izbornih propisa bilo predviđeno da se protiv rešenja izborne komisije izjavljuje žalba sudu koji odlučuje uz shodnu primenu pravila o upravnim sporovima. Prema novom Zakonu o upravnim sporovima, pošto je tu reč o pojedinačnim pravnim aktima za koje nije predviđena druga sudska zaštita, ovi akti predstavljaju predmet upravnog spora i Zakon o upravnim sporovima se potpuno primenjuje, a ne „shodno“.

Može se slobodno reći da je Srbija ovakvim proširenjem predmeta upravnog spora izašla iz grupe zemalja u kojima predmet upravnog spora može materijalno da se odredi spram predmeta akta o kojem se odlučuje. Danas u materijalnom smislu može da se odredi samo osnovni predmet upravnog spora (zakonitost konačnih upravnih akata).

Kuriozitet novog Zakona o upravnim sporovima čini i to da se predmet upravnog spora određuje na dva mesta. Najpre, predmet je određen u članu 3 (konačan upravni akt i konačni drugi pojedinačni pravni akti za koje nije predviđena druga sudska zaštita, odnosno drugi pojedinačni pravni akti za koje je to zakonom izričito predviđeno). Nakon toga se u Zakonu ponovo uređuje predmet upravnog spora u članovima 14, 15 i 16, gde se kao predmet pominju zakonitost konačnog upravnog akta, čutanje uprave i povraćaj oduzetih stvari i naknada štete. Stiče se utisak kao da su u član 3 naknadno unete odredbe o kontroli drugih pojedinačnih akata, a u članovima 14–16 je ostalo ono što je tradicionalno bilo predviđeno kao predmet upravnog spora, a što sada ne može da se dovede u vezu jedno sa drugim? Time se došlo do toga da različite odredbe istog zakona nisu usklađene.¹²

4. Odlaganje izvršenja upravnog akta

Novi Zakon o upravnim sporovima Srbije donosi jednu značajnu novinu koja se tiče mogućnosti da Upravni sud odloži izvršenje osporenog upravnog akta. Za razliku od svih prethodnih zakona o upravnim sporovima, prema kojima sud nije nikada imao ovlašćenje da donese odluku o odlaganju izvršenja upravnog akta, već samo organ uprave koji je nadležan za sprovođenje izvršenja, u novi Zakon je uneta značajna novina, po kojoj sada, po prvi put, Upravni sud može da odluči o odlaganju izvršenja. Sama tužba nema odložno dejstvo, ali sud može da odluči da odloži izvršenje upravnog akta.

Sud može samo po zahtevu tužioca, a ne i po službenoj dužnosti, da odloži izvršenje konačnog upravnog akta kojim je meritorno odlučeno u upravnoj stvari do donošenja sudske odluke. Uslov za donošenje odluke o odlaganju je pretpostavka da bi izvršenje nanelo tužiocu štetu koja bi se teško mogla nadoknaditi, a odlaganje nije protivno javnom interesu, niti bi se odlaganjem nanela veća ili nenadoknativa šteta protivnoj stranci, odnosno zainteresovanom licu.¹³ O odlaganju izvršenja sud odlučuje rešenjem i to najkasnije u roku od pet dana od dana kada je primljen zahtev tužioca. Protiv rešenja o odlaganju izvršenja nije predviđena žalba.

¹² Najverovatnije razlog za ovakav nedostatak Zakona nije namera, već previd onih koji su ga pripremali.

¹³ Zakon o upravnim sporovima, član 23, stav 2.

Pored odlaganja izvršenja nakon što je pokrenut upravni spor, u novom Zakonu je predviđena mogućnost da stranka iz upravnog postupka traži odlaganje izvršenja čak i pre nego što je pokrenut upravni spor. Stranka može da podnese zahtev za odlaganje izvršenja i pre pokretanja upravnog spora uz ispunjenje uslova da se radi o hitnom postupanju i kada je izjavljena žalba koja po zakonu nema odložno dejstvo, a postupak po žalbi nije okončan.¹⁴ U slučaju hitnosti, što sud samostalno procenjuje, postoji opasnost od čekanja na pokretanje upravnog spora, dok je u drugom slučaju odluka suda (rešenje o odlaganju) zamena za odstupanje od principa suspenzivnog dejstva žalbe u upravnom postupku. Naime, žalba u upravnom postupku po pravilu ima odložno dejstvo, ali se ono može zakonom isključiti.

5. Odbacivanje tužbe

Pored uobičajenih razloga za odbacivanje tužbe u upravnom sporu, u novom Zakonu iz 2009. godine dodat je jedan novi osnov čiji pravi smisao skoro da nije moguće utvrditi. Taj slučaj, stiče se utisak, više je rezultat pokušaja nekih autora Zakona da budu originalni i u tekst Zakona unesu nešto što nigde u svetu ne postoji, nego što je posledica traženja rešenja za do sada problematične slučajeve u praksi.

Prema članu 26, stav 1, tačka 5, Zakona o upravnim sporovima tužba će biti odbačena ako sud utvrdi „da je posle podnošenja tužbe osporeni akt poništen po tužbi druge stranke“.

Polazeći od pretpostavke da zakonski termini imaju određeno značenje i uzimajući u obzir druge odredbe Zakona o upravnim sporovima, najpre ostaje nejasno ko je ta „druga stranka“ koja je već ranije podnela tužbu? Prema Zakonu o upravnim sporovima „stranke u upravnom sporu jesu tužilac, tuženi i zainteresovano lice“.¹⁵ Prema tome, u upravnom sporu uvek postoje dve stranke: tužilac i tuženi, a može eventualno da se pojavi i zainteresovano lice. Međutim, od ove tri stranke (u zakonskom smislu) tužbu može da podnese **samo stranka koja ima status tužioca**. Druga stranka u upravnom sporu (tuženi) ne može sama protiv sebe da podnese tužbu, ili to bar ne deluje logično. Isto tako, tužbu ne može da podnese ni zainteresovano lice, jer ono može samo da učestvuje u „tuđem“ upravnom sporu, sporu koji je pokrenuo neki ovlašćeni tužilac. Zainteresovano lice u upravnom sporu učestvuje onda kada ima interes da upravni akt koji je neki tužilac osporio ipak ostane na snazi, jer bi mu „poništaj osporenog upravnog akta neposredno bio na štetu“¹⁶ Prema tome, to da je

¹⁴ Isto, član 24, stav 3.

¹⁵ Isto, član 10.

¹⁶ Isto, član 13.

upravni akt već ranije poništen po tužbi druge stranke, nikako ne može da se odnosi na zainteresovano lice. Ono nikada ne može (a i nema interesa) da podnese tužbu, već se protivi poništavanju upravnog akta. Zainteresovano lice je upravnim aktom steklo nešto što bi njegovim poništavanjem moglo da izgubi. Samo tada i tako može da učestvuje u statusu zainteresovanog lica u upravnom sporu!

Imajući u vidu navedene zakonske odredbe, jasno i nedvosmisleno se dolazi do zaključka da izraz „druga stranka“ ne može da se odnosi na drugu stranku u upravnom sporu.

Drugi mogućí zaključak jeste da se u okviru ove odredbe Zakona o upravnim sporovima nije mislilo na stranku u upravnom sporu, već da se mislilo na drugu stranku iz upravnog postupka, s tim što to ne piše. S jedne strane se postavlja pitanje da li se sme slobodno tumačiti ono što u zakonskom tekstu ne piše (ne piše „po tužbi druge stranke iz upravnog postupka“). Ako je zakonodavac želeo da ovaj slučaj veže za „drugu stranku iz upravnog postupka“, onda je to moralo izričito da piše. Ovako kako piše, formalno posmatrano, može jedino i isključivo da se odnosi na stranku u upravnom sporu. No, čak i uz pretpostavku da se zaista mislilo na stranku iz upravnog postupka, a da to nije formalno-pravno ispravno izraženo, pravi smisao ove zakonske odredbe opet ostaje potpuno nejasan.

Da bi se mogao izvesti valjan zaključak o smislenosti ove druge pretpostavke, potrebno je uzeti u obzir odredbe Zakona o opštem upravnom postupku. Druga stranka iz upravnog postupka bi mogla da postoji u dve različite varijante. Najpre, upravni postupak može da se vodi kao višestranaki upravni postupak, što znači da u njemu učestvuju dve ili više stranaka sa suprotnim interesima. S jedne strane, ovakve situacije su u praksi prava retkost, a sa druge strane, ni ova pretpostavka nema nikakav logičan smisao.¹⁷ To bi značilo da su obe stranke iz upravnog postupka podnele tužbu (nejasno je zašto bi obe bile nezadovoljne?), pa je sud po tužbi jedne stranke već poništio upravni akt. Kada su u pitanju stranke sa suprotnim interesima, ako je rešenje u korist jedne stranke, to znači da je na štetu druge stranke. Nemoguće je da rešenje bude na štetu obe stranke!

¹⁷ Pregledajući brojne komentare Zakona o opštem upravnom postupku i univerzitetske udžbenike skoro se ne mogu pronaći primeri iz prakse koji bi služili kao ilustracija za višestranaki upravni postupak. S druge strane, u novom Zakonu je potpuno neosnovano propušteno da se uredi nešto što predstavlja mnogo češći slučaj. Naime, u važećem Zakonu nema negativne enumeracije, iako postoje propisi koji izričito isključuju vođenje upravnog spora. Smatram da je u pitanju propust, što u Zakonu ne piše da se tužba može odbaciti ako je zakonom isključeno vođenje upravnog spora. Ili su, možda, autori Zakona o upravnim sporovima smatrali da bi trebalo menjati sve postojeće zakone koji isključuju upravni spor, što bi bilo veoma ambiciozno i pretenciozno.

S druge strane, moglo bi se pomisliti da se ova norma ne odnosi na višestranački upravni postupak, već da se odnosi samo na slučajeve procesne zajednice, kada više lica ima isti interes. Na prvi pogled, moglo bi se doći do zaključka, da ako jedna stranka iz procesne zajednice uspe sa tužbom, onda nema potrebe da se upravni spor vodi po tužbi ostalih lica koja čine procesnu zajednicu, pa da bi onda njihova tužba mogla da bude odbačena? No, ni ova varijanta se ne čini naročito smislenom, kako iz faktičkih, tako i iz pravnih razloga. Naime, rok za podnošenje tužbe je 30 dana od dostavljanja rešenja, pa su sve stranke morale da je u tom roku podnesu, a da bi bilo odlučeno makar po jednoj tužbi potrebno je da prođe određeno vreme. Deluje potpuno nerealno da sud donese presudu po nečijoj tužbi u roku kraćem od trideset dana! To znači da bi sud postupao samo po jednoj tužbi, a posle toga ostale tužbe odbacio? Međutim, čak i kada bi faktički bilo moguće da sud u tako kratkom roku donese odluku, javlja se pravni problem vezan za pravni status više lica u svojstvu tužioca u upravnom sporu.

U Zakonu o upravnim sporovima ne postoje norme o statusu više lica sa svojstvom tužioca, onih koji su činili procesnu zajednicu u upravnom postupku. No, prema članu 74 Zakona o upravnim sporovima, na sva pitanja „postupka rešavanja upravnih sporova“ koja nisu regulisana Zakonom o upravnim sporovima, shodno se primenjuje Zakon o parničnom postupku. To znači da se norme parničnog postupka primenjuju i u ovom slučaju. „Ako po zakonu ili zbog prirode pravnog odnosa spor može da se reši samo na jednak način prema svim suparničarima (jedinствени suparničari), oni se smatraju kao jedna parnična stranka, tako da kad pojedini suparničari propuste neku parničnu radnju, dejstvo parničnih radnji koje su izvršili drugi suparničari odnose se i na one koji te radnje nisu preduzeli.“¹⁸ To bi značilo da se po tužbama stranaka koje čine procesnu zajednicu i ne bi moglo odvojeno postupati!

Jedina realna mogućnost da ova odredba ima pravi smisao odnosi se na situaciju kada tužbu podnese nezadovoljna stranka iz upravnog postupka i istovremeno nadležni javni tužilac ili javni pravobranilac. I ovo ne deluje naročito logično, jer javni tužilac može da podnese tužbu za pokretanje upravnog spora ako je upravnim aktom povređen zakon na štetu javnog interesa, a javni pravobranilac ako su aktom povređena imovinska prava i interesi Republike Srbije, autonomne pokrajine ili jedinice lokalne samouprave. Teško je opet zamisliti da akt istovremeno bude i na štetu stranke iz upravnog postupka i na štetu javnog interesa. No, sve i kada bi

¹⁸ Zakon o parničnom postupku, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 72 od 28. septembra 2011. godine, član 210.

ova varijanta bila realna, zakonska formulacija bi tada trebalo da glasi ne „druga stranka“, već „drugi tužilac iz upravnog spora“ ili bar „druga stranka u svojstvu tužioca“. Ovako kako sada piše u Zakonu, „druga stranka“, a dovedeno u vezu sa delom Zakona u kojem su navedene stranke, nije precizno i dovoljno za razumevanje.

Unošenje u propise normi čija je sadržina nejasna, nije pojava koja je od nedavno prisutna. No, zabrinjavajuće je kada se novim propisima ne izostavljaju stare nejasne norme, već se, obrnuto, u do tada jasan zakon, unose novosti koje ga čine konfuznim i u logičkom smislu problematičnim. Smisao donošenja novih propisa nije u tome da se raniji tekst učini lošijim, već boljim! Autori novog zakona su u nekim delovima zaboravili na ovo pravilo. Bilo bi najbolje kada bi u nekim slučajevima autori novih zakonskih odredbi uz tekst zakona istovremeno objavili i zvanično objašnjenje smisla pojedinih normi. Tada bi i onima koji su po prirodi svog posla upućeni na to da moraju da objašnjavaju smisao pojedinih normi propisa posao bio lakši. Ovako je ponekad objašnjavanje smisla nekih normi nemoguć zadatak! No, možda ni „službeno objašnjenje“ ne bi u potpunosti i uvek moglo da reši problem.

6. Usmena rasprava

Za razliku od prethodnih propisa, u novom Zakonu o upravnim sporovima je predviđeno pravilo da sud u upravnom sporu rešava na osnovu utvrđenih činjenica na održanoj „usmenoj javnoj raspravi“.¹⁹ To bi moglo da upućuje na zaključak da će se po novom Zakonu usmena rasprava uvek održavati. Međutim, očigledno su potrebe dosadašnje prakse neodržavanja usmene rasprave u upravnom sporu prevagnule, pa je „pravilo“ dobilo takve izuzetke da se čini da od njega neće u praksi ostati mnogo. Naime, odmah nakon „pravila“, u Zakonu se navodi da se usmena rasprava ne održava onda kada je predmet spora takav da očigledno ne iziskuje neposredno saslušanje stranaka i posebno utvrđivanje činjeničnog stanja ili ako stranke na to izričito pristanu.²⁰ Na osnovu ovakve formulacije vidi se da se ipak ponovo relativizuje formalno proklamovano pravilo o

¹⁹ Izrazi „usmena javna“ rasprava zvuče kao pleonazam i ne koriste se u ostalim sudskim postupcima. U parničnom postupku se govori o glavnoj raspravi, a u krivičnom postupku o glavnom pretresu. Bilo bi sasvim dovoljno da se zove usmena rasprava, a to bi obuhvatalo i javnost. Osim toga, moguće je da se održi usmena rasprava i bez javnosti, na osnovu člana 35 Zakona. I to je usmena rasprava, makar što je javnost bila isključena! Prosto je neverovatno da neki autori naših propisa po svaku cenu uvode novu terminologiju i odstupaju od već ustaljene, tradicionalne, terminologije, a da za tim nije postojala nikakva objektivna potreba.

²⁰ Zakon o upravnim sporovima, član 33, stav 2.

održavanju rasprave. Sud može uvek da presudi bez rasprave ako sam proceni da je predmet spora takav da očigledno ne iziskuje neposredno saslušanje stranke i posebno utvrđivanje činjenica. Pri tome, ništa ne menja u Zakonu formulisana obaveza suda da posebno navede razloge zbog kojih nije održao usmenu raspravu. Procenu nepostojanja potrebe za održavanjem rasprave sud vrši samostalno i sam obrazlaže razloge na kojima je svoju procenu zasnovao. Praktično, u odnosu na prethodni Zakon, u kojem je pravilo glasilo da se ne vodi usmena rasprava, ali da je sud može zakazati ako smatra da je potrebna, promena se sastoji u tome da sada pravilo glasi: sud činjenice utvrđuje na raspravi, osim ako proceni da je predmet spora takav da „očigledno ne iziskuje neposredno saslušanje stranaka i posebno utvrđivanje činjeničnog stanja“.²¹

7. Oblik i sastavni delovi presude

Za razliku od upravnog postupka, u upravnom sporu se presuda uvek sastavlja u pisanoj formi i to bez izuzetaka (u upravnom postupku je moguće da se, u zakonom predviđenim slučajevima, rešenje donese i usmeno). Presuda sadrži uobičajene elemente: označenje suda, ime i prezime predsednika veća, članova veća i zapisničara, označenje stranaka i njihovih zastupnika, predmet spora, dan kad je presuda doneta i objavljena, dispozitiv, obrazloženje i pouku o pravnom sredstvu.

Može se primetiti da je deo presude kojim se nezadovoljnoj stranci objašnjava šta može da preduzme protiv takve sudske odluke problematičan, kako jezički tako i suštinski.

Jezički posmatrano, vidi se da je novim Zakonom napuštena dosadašnja terminologija, koja je bila sasvim primerena prirodi ovog sudskog postupka i to ne samo jezički, već i suštinski. Novim nazivom: „pouka o pravnom sredstvu“ u ovom propisu je odstupljeno od svih do sada uobičajenih naziva za deo odluke u kojem se stranka upućuje na mogućnost pobijanja sadržine neke odluke. Kod upravnih akata se ovaj deo zove „uputstvo o pravnom sredstvu“, a kod sudskih presuda „pouka o pravnom leku“.²² Novim Zakonom o upravnim sporovima je u naš pravni sistem

²¹ Imajući u vidu dosadašnju praksu naših sudova, moglo bi se lako dogoditi da Upravni sud daje „tipsko“ obrazloženje da rasprava nije održana jer je očigledno da nije bila potrebna. Pri tome, treba imati u vidu da se protiv presude Upravnog suda ne može izjaviti žalba, a pogrešna procena u pogledu potrebe održavanja rasprave nije ni osnov za upotrebu vanrednih pravnih sredstava. Prema tome, ova novost u Zakonu samo formalno i na prvi pogled izgleda kao obaveza utvrđivanja činjenica na usmenoj raspravi. Faktički, tek praksa Upravnog suda će pokazati da li je to zaista tako.

²² Ako bi se nastavilo na ovakav način, može se očekivati u sledećem Zakonu o upravnim sporovima „uputstvo o pravnom leku“. Treba uvek biti originalan!

unet treći naziv, koji predstavlja kombinaciju terminologije iz upravnog postupka i sudskih postupaka „pouka o pravnom sredstvu“.²³

S druge strane, postavlja se pitanje čemu deo presude u kojem se stranka „poučava“ o pravnom sredstvu koje ne postoji? U prethodnom Zakonu o upravnim sporovima iz 1996. godine (član 43, stav 1) „pouka o žalbi“ se unosila samo u onim slučajevima kada je bila dozvoljena, a ta ja pravna mogućnost postojala. Redovno pravno sredstvo u upravnom sporu više **uopšte ne postoji**, a to je jedini smisao uputstva o pravnom sredstvu. Poučavati nekoga o nečemu što ne postoji ne deluje naročito logično.²⁴ U svakom slučaju, u svakoj „pouci o pravnom sredstvu“ može jedino da piše da se protiv presude ne može izjaviti žalba. Ta rečenica nije opravdanje za postojanje posebnog dela presude. U upravnom sporu sada postoje samo vanredna pravna sredstva, a o njihovoj upotrebi se nikada niko ne „poučava“. Proizlazi da je po prethodnom zakonu pouka o žalbi bila unošena u presudu samo uslovno, onda kada je izričito bila dozvoljena, a sada kada više ne postoji pravna mogućnost da se predvidi žalba, „pouka o pravnom sredstvu“ se uvek unosi u presudu!?

Jedino moguće teorijsko objašnjenje, koje je rezultat čiste „intelektualne gimnastike“, bilo bi da se odredbe o presudi **shodno** primenjuju i na rešenje, a protiv nekih rešenja postoji mogućnost podnošenja prigovora. Međutim, zbog „shodne“ primene ne treba uz presudu stavljati besmisleni odredbu, već odredbu o pravnom sredstvu treba staviti gde za tim možda postoji realna potreba, a to je, eventualno, u normi o rešenju!

8. Izvršenje sudske presude

U delu Zakona o upravnim sporovima o izvršenju sudske presude unete su neke novine koje treba da doprinesu većoj efikasnosti izvršenja i poštovanju sudskih presuda. I sada, kao i ranije, razlikuju se dve moguće varijante neizvršenja sudske presude. S jedne strane, moguće je da organ uprave nakon što mu je upravni akt poništen donese novi upravni akt, ali

²³ Malo je verovatno da je ovaj naziv rezultat namere da se stvara nekakva nova terminologija, a više liči na to da je u pitanju posledica nedovoljnog promišljanja i poznavanja ustaljene i tradicionalne terminologije. Nije ispravno uvek tumačiti neke novine u pravnom sistemu promišljenim namerama i traženjem sofisticiranih rešenja. Nekada je objašnjenje potpuno banalno: reč je o običnom neznanju!

²⁴ Iako je još 2004. godine pripremljen nacrt Zakona o upravnim sporovima, koji je pripremio tim domaćih i stranih stručnjaka za upravno pravo, koji je verifikovan i pohvaljen od strane relevantnih međunarodnih tela, taj tekst nikada nije ušao u skupštinsku proceduru. Kao da svet počinje od nule, očigledno na brzinu i bez dovoljno sagledavanja svih aspekata bitnih za donošenje ovog propisa, usvojen je novi Zakon. Pri tome se, naravno, onda dešavaju ovakvi propusti!

ne u skladu sa shvatanjem suda. S druge strane, moguće je da organ uprave ne donese u zakonskom roku nikakav novi upravni akt. Prvi slučaj se naziva „aktivnim nepostupanjem po presudi“, a drugi slučaj se naziva „pasivnim nepostupanjem po presudi“.

Posmatrajući, najpre, novu terminologiju, i ovde se može primetiti ono što se vidi u čitavom Zakonu, a to je težnja za novim, pa makar da to ne bude uvek odgovarajuće. Logički posmatrano, nepostupiti znači biti pasivan, a ne može se „aktivno“ nepostupiti! Kada neko postupa po presudi, ali ne onako kako se to od njega očekuje, onda se ne može govoriti o nepostupanju. On je postupio, ali ne u skladu sa shvatanjem suda. Tada se može govoriti samo o nepravilnom postupanju, ali nikako o nepostupanju. S druge strane, pasivno nepostupanje je pleonazam. U definiciji nepostupanja je pasivno držanje i dovoljno je reći nepostupanje, a pridev „pasivno“ je suvišan. Sve u svemu, podela nepostupanja na aktivno i pasivno logički je veoma sporna. Možda su autori mislili na to da organ uprave može aktivno ili pasivno da se nepridržava presude, pa im se taj, ili neki sličan izraz, nije dopao, te su iskonstruisali novu podelu, ali mislim da je rezultat veoma loš. U prvom slučaju se radi o nepravilnom izvršenju sudske presude, a u drugom se radi o neizvršenju sudske presude. Nepostupanje jezički znači nečinjenje, a nečinjenje ne može da bude aktivno, već samo pasivno! „Aktivno nepostupanje“ je isto kao kada bismo rekli „aktivno nečinjenje“!

S druge strane, sadržinski posmatrano, u odredbe Zakona koje se tiču izvršenja sudske presude unete su neke značajne novine. U prvom slučaju, kada prema prirodi stvari treba umesto poništenog akta da se donese novi akt, nadležni organ je dužan da ga donese bez odlaganja, a najkasnije u roku od 30 dana od dana dostavljanja presude. On je pri tome vezan pravnim shvatanjem suda, kao i primedbama u pogledu postupka. Ako donese upravni akt protivno pravnom shvatanju suda ili protivno primedbama suda u pogledu postupka, tužilac treba da podnese novu tužbu. Tada će sud poništiti osporeni akt i sam rešiti upravnu stvar presudom u sporu pune jurisdikcije. Izuzetak od ovog pravila se odnosi na one slučajeve kada to nije moguće zbog prirode te stvari ili je inače puna jurisdikcija zakonom isključena.²⁵ Takva presuda u svemu zamenjuje akt nadležnog organa uprave.

Dosadašnja praksa nam ukazuje na to da se najčešće dešavalo da sud i posle ponovljene tužbe poništi upravni akt i vrati organu uprave na ponovno odlučivanje. Štaviše, ponekad se to ponavljalo i više od jednog vraćanja. Da bi se ovakva negativna praksa sprečila, u novom Zakonu je

²⁵ Zakon o upravnim sporovima, član 70, stav 1.

izričito predviđeno da Upravni sud mora posebno da obrazloži ako smatra da zbog prirode stvari ne može da sam reši upravnu stvar.²⁶

S druge strane, da bi se uticalo i na podizanje odgovornosti organa uprave prilikom izvršavanja sudskih presuda na viši nivo, Upravni sud sada ima obavezu da obavesti organ koji vrši nadzor nad radom nadležnog organa uprave o tome da nije postupio po sudskoj presudi.

Druga novina u Zakonu, vezano za izvršenje sudske presude, tiče se nepostupanja po presudi. Naime, moguće je da nadležni organ u ostavljenom roku od 30 dana ne donese nikakav akt. Tada stranka treba posebnim podneskom ponovo da se obrati organu, da traži još jednom od nadležnog organa da ipak donese novi akt, pa ako ni u daljih sedam dana organ ne donese nikakav akt, tada stranka stiče mogućnost da podnese takav zahtev Upravnom sudu.²⁷ U tom slučaju, sud će tražiti od nadležnog organa obaveštenje o razlozima nedonošenja akta, koje on mora da dostavi odmah, a najkasnije u roku od sedam dana. Ako ne dostavi obaveštenje ili ono, po nahođenju suda, ne opravdava neizvršenje sudske presude, sud će doneti *rešenje* (ne presudu!) koje u svemu zamenjuje akt nadležnog organa. Izuzetak od ovog pravila postoji samo u onim slučajevima kada prirodna stvari ne dozvoljava da sud tako postupi. Tada će rešenje dostaviti organu nadležnom za izvršenje, koji je dužan da ga izvrši bez odlaganja, a o tome će istovremeno obavestiti organ koji vrši nadzor.

Jedna od značajnih novina u novom Zakonu o upravnim sporovima jeste i to da su po prvi put predviđene novčane kazne za neizvršenje sudske presude, što do sada nije postojalo. Upravni sud sada ima ovlašćenje da rukovodiocu organa koji nije izvršio presudu, bilo aktivno ili pasivno, rešenjem izrekne novčanu kaznu u iznosu od 30.000 do 100.000 dinara.²⁸ Pored toga, treba imati u vidu da postoji opšte krivično delo neizvršenja sudske odluke iz člana 340 Krivičnog zakonika Republike Srbije. Međutim, do sada u praksi odgovornost za ovo krivično delo nije skoro nikada bila utvrđena službenim licima, odnosno funkcionerima organa uprave. Stoga bi novčane kazne trebalo da povećaju disciplinu, koja do sada nije bila na zadovoljavajućem nivou. Štaviše, u slučaju da nadležni organ ni posle izricanja novčane kazne ne izvrši sudsku presudu, Upravni sud može da ponovi novčanu

²⁶ Isto, član 70, stav 4.

²⁷ U Zakonu o upravnim sporovima piše da se i taj novi zahtev Upravnom sudu podnosi kao „poseban podnesak“, ali ne piše ništa o njegovoj formi i nazivu. Kod „aktivnog nepostupanja“ po sudskoj presudi navedeno je da stranka podnosi tužbu, a ovde se govori o „posebnom podnesku“. Sigurno taj „poseban podnesak“ mora imati neki naziv, mada me ne bi iznenadilo da u praksi stranke počnu da podnose podneske pod imenom „poseban podnesak“, a sve po slovu Zakona!

²⁸ Zakon o upravnim sporovima, član 75, stav 2.

kaznu. U Zakonu nije navedeno koliko puta sud može da ponovi novčanu kaznu, te se stoga može izvesti zaključak da to nije samo jednom, već dotle dok nadležni organ ne izvrši sudsku presudu.

S druge strane, tužilac u upravnom sporu ima pravo na naknadu štete nastale neizvršenjem, odnosno neblagovremenim izvršenjem presude donete u upravnom sporu. Ovo je novina predviđena u Zakonu o upravnim sporovima (član 72), koja bi trebalo, takođe, da doprinese zaštiti prava tužioca, ali i ostvarivanju discipline u radu organa uprave. Pravo na naknadu ove štete ostvaruje se u sporu pred nadležnim sudom, u skladu sa zakonom. Iz ovakve formulacije može da se izvede zaključak da je u pitanju upravni spor i da odluku donosi Upravni sud. Bilo bi bolje da je zakonodavac izričito naveo koji je to sud i kakav spor je u pitanju, ali ovo nije jedini primer nedovoljno jasnih odredbi.

9. Zaključak

Srbija se nalazi u grupi zemalja sa najdužom tradicijom sudske kontrole uprave, odnosno upravnim sporom. U pravom smislu reči, upravni spor u Srbiji postoji od 1869. godine, mada se neki elementi upravnog spora javljaju još od Sretenjskog ustava iz 1835. godine. Međutim, današnji sistem sudske kontrole uprave u Srbiji više se naslanja na upravni spor iz zajedničke države Jugoslavije, nastale posle drugog svetskog rata. Važeći Zakon o upravnim sporovima iz 2009. godine predstavlja pokušaj popravljavanja normi nekadašnjeg jugoslovenskog Zakona, ali se u tome nije u potpunosti uspeo.

Najznačajnije novine važećeg Zakona odnose se na zakonsku definiciju upravne stvari, na mogućnost odlučivanja Upravnog suda o odlaganju izvršenja osporenog upravnog akta, na formalno proklamovanje obaveznosti usmene rasprave, kao i na sankcionisanje neizvršenja sudske presude.

S druge strane, postojeći tekst Zakona ima brojne slabosti, koje se vide već kod određivanja upravnog spora. Naime, predmet upravnog spora je u Srbiji danas proširen i na druge pojedinačne pravne akte, koji nisu upravni akti, ako im nije obezbeđena druga sudska zaštita ili je zakonom izričito predviđeno da se protiv njih vodi upravni spor. Time je pozitivna novina koja se tiče definisanja upravne stvari odmah obezvređena, jer je predmet upravnog spora proširen i na akte koji nisu upravni. Isto tako, ovaj Zakon sadrži brojne nejasne i konfuzne norme koje sigurno moraju predstavljati problem u praksi. Proširivanje odredbi o odbacivanju tužbe u slučaju da je već odlučeno po tužbi druge stranke ostaje potpuno nejasno, kao što nije jasan ni smisao „pouke o pravnom sredstvu“ kao obaveznog sastavnog dela presude, kada se zna da je žalba u upravnom sporu u potpunosti isključena!

Novi Zakon o upravnim sporovima sadrži brojne nove, moglo bi se reći i „novokomponovane“ termine, koji su s jedne strane nepotrebni, a sa druge strane nisu uvek ni logički jasni. U normama o izvršenju sudske presude se situacija kada organ donese novo rešenje, ali ne u skladu sa shvatanjem suda sadržanim u presudi, naziva „aktivnim nepostupanjem po presudi“, a „pasivno nepostupanje“ se zove kada uopšte ne donese nikakav upravni akt. Ovo je logički veoma problematično, jer „nepostupanje“ označava „nečinjenje“, a nečinjenje nikako ne može da bude aktivno, već samo pasivno.

Težnja ka „terminološkoj originalnosti“ i unošenje u tekst Zakona o upravnim sporovima nedovoljno promišljenih normi, umanjili su u značajnoj meri korisne odredbe, koje ovaj propis, nesumnjivo, sadrži.

*Dragan Milkov, Ph.D., Full Professor
Novi Sad School of Law*

About Judicial Review of Administration

Abstract

Serbia belongs to the group of countries with longest tradition of judicial review of administration. First elements of judicial review of administration are present in Serbia since Constitution of the year 1835, but judicial review in proper sense started with the Constitution of 1869. But, after Second World War, in common state of Yugoslavia, Serbian system has been abandoned and the new system of judicial review of administration has been created.

The contemporary Serbian Law on Judicial review of administration of 2009 continues the tradition of the former Yugoslav Law, with some changes and improvements. But, the new Serbian Law brings some new terminology and substantial changes which are sometimes problematic, confusing and unnecessary.

Key words: administrative control, judicial review of administration, judicial review of administration in Serbia.

*Dr Predrag Jovanović, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

AKTUELNI ASPEKTI PRINCIPA ZAŠTITE ZAPOSLENIH*

Sažetak: *Princip zaštite zaposlenih je tradicionalno prisutan u radnom pravu. Pojedine kategorije zaposlenih, takođe tradicionalno, uživaju posebnu zaštitu (omladina, žene, invalidi). Međutim, pitanju zaštite moralnog integriteta zaposlenih tek u poslednje vreme posvećuje se posebna pažnja. To čini opšti princip zaštite zaposlenih u radnom odnosu veoma aktuelnim, te iz tog ugla u ovom radu ukazano je na određene standarde zaštite zaposlenih u svetlu međunarodnog, evropskog i domaćeg prava.*

Ključne reči: *zaštita zaposlenih; moralni integritet; zabrana diskriminacije; mobing; zloupotreba prava; kodeks profesionalne etike.*

Kada se govori o ovom principu onda se tu misli na: **a)** zaštitu zaposlenih od štetnog dejstva uslova rada; **b)** posebnu zaštitu pojedinih kategorija zaposlenih, i **v)** zaštita moralnog integriteta zaposlenih.

1) Zaštita zaposlenih od štetnog dejstva uslova rada

Prema Ustavu Srbije zaposleni imaju pravo na zaštitu na radu, u skladu sa zakonom. O ovom obliku zaštite zaposlenih govori se u Zakonu o radu, kao generalnom zakonu, i u Zakonu o bezbednosti i zdravlju na radu,¹ kao posebnom zakonu. Zaštita na radu je pitanje koje ulazi i u predmet kolektivnog pregovaranja.

* Rad je posvećen projektu Teorijski i praktični problemi u stvaranju i primeni prava (EU i Srbija) koji se u celini finansira iz izvornih prihoda Pravnog fakulteta u Novom Sadu.

Zaštita na radu se tretira kao sastavni deo organizacije rada i radnog procesa. Ona obuhvata mere i sredstva koja su neophodna za ostvarivanje bezbednih uslova rada, i to primenom savremenih tehničkih, organizacionih, zdravstvenih i drugih kriterijuma.

Cilj zaštite zaposlenih od štetnog dejstva uslova rada je u zaštiti i očuvanju zdravlja radnika, njihovih radnih sposobnosti i obezbeđivanju što duže radne angažovanosti. Ovim se štite ne samo lični interesi zaposlenih, već i interesi poslodavaca i širi društveni interesi.

Reč je o zaštiti *fizičkog integriteta* zaposlenog. Ta zaštita se eksplicite i već tradicionalno definiše posebnim propisima. Po pravilu, postoji opšta i posebna zaštita, a u okviru kojih su predviđene odgovarajuće *mere i normativi* zaštite.²

Mere zaštite vezane su za određena tehnička sredstva (odela, oprema i druga sredstva lične zaštite), higijenska (sanitarni uređaji i sredstva, provetravanje), zdravstvena (lekarški pregledi i pružanje prve pomoći), te sredstva kontrole izvora opasnosti po zdravlje. Mere zaštite mogu biti prethodne, opšte i posebne. U vezi sa tim merama predviđena su odgovarajuća recipročna prava i obaveze zaposlenih i poslodavca.

Normativi zaštite su propisani standardi u pogledu bezbednih uslova rada, a koji se moraju obezbediti (dostići) primenom određenih mera zaštite. Zato su normativi obično povezani sa određenim merama i rezultat su primene tih mera. Ako normativ izostane onda to znači da određena mera nije preduzeta, nije primenjena, ili je treba dopuniti odnosno menjati. U vezi sa tim predviđene su odgovarajuće odgovornosti poslodavaca i zaposlenih.

2) Posebna zaštita pojedinih kategorija radnika

Pojedine kategorije radnika (omladina, žene i invalidi) uživaju posebnu zaštitu na radu, u skladu sa zakonom. To načelo je utvrđeno u Ustavu Srbije. Na primer, radnici mađi od 18 godina i žene, posebno trudnice, ne mogu da rade na radnim mestima na kojima se pretežno obavljaju naročito teški poslovi, radovi pod zemljom ili vodom itd. Invalidima se jamči posebna zaštita u skladu sa zakonom. Invalidi u tom smislu imaju pravo na posebne uslove rada (higijensko-tehnička zaštita), pravo da rade na radnim mestima u skladu sa preostalom radnom sposobnošću itd.

U pozitivnom radnom zakonodavstvu o zaštiti žena, omladine i invalida, posebno se govori u okviru odgovarajućih ravnopravnih instituta.

¹ „SL.gl.RS“, br.101/2005.

²Vidi Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu (čl.7-36.).

3) Zaštita moralnog integriteta zaposlenih

Moralni integritet je lično svojstvo čoveka u koje su utkane društvene norme koje govore o tome šta se smatra dobrim i društveno dopuštenim, a šta se smatra zlim i društveno nedopuštenim. Šta je za datu društvenu zajednicu dobro, a šta zlo – to je objektivno dato ako je utvrđena jedna osnovna, najviša moralna vrednost, iz koje se lako izvode niže vrednosti. Takva vrednost obično se shvata kao čovečnost, čoveštvo, obožavanje čoveka u sve većoj meri.³

Moralnom integritetu zaposlenih se ne posvećuje dovoljna pažnja niti u radnom zakonodavstvu, niti u radnom pravu kao naučnoj disciplini, mada zavređuje pažnju u istoj meri kao i fizički integritet zaposlenih. U radnom odnosu nije samo radna snaga čoveka, kao njegova psiho-fizička komponenta, već i njegova ukupna ličnost sa svim moralnim, etičkim i drugim svojstvima. To čini legitimnom potrebu zaštite moralnog integriteta zaposlenih. Međutim, tek od nedavno, na primer, zaštita ličnih podataka i zabrana zlostavljanja na radu (mobing) su premet radnopravne zaštite zaposlenih. Ovaj segment zaštite zaposlenih čini tradicionalni princip njihove zaštite veoma aktuelnim.

Savremeni radnopravni okvir zaštite moralnog integriteta zaposlenih ogleda se prevashodno u sledećem: (1) zabrana diskriminacije; (2) zabrana zlostavljanja na radu; (3) zaštita ličnih podataka zaposlenih; (4) zaštita od zloupotrebe prava; i (5) kodeksi profesionalne etike.

(1) Zabrana diskriminacije

Načelo zabrane diskriminacije (ili nediskriminacije), tj. pružanja jednakih šansi i jednakog postupanja prema ljudima, jeste izraz pravde i jednakosti među ljudima. Kao takvo, ovo načelo je deo prirodnog prava koji je najneposrednije povezan sa moralnim integritetom čoveka. U filozofiji prirodnog prava ideja nediskriminacije, odnosno jednakosti i pravde je uvek zauzimala centralno mesto. Međutim, nema jednakosti u apsolutnom smislu, tj. jednakosti bez obzira na okolnosti (svi na istome). Drugim rečima, moralni zahtev za jednakošću, sadržan u ideji pravde, nije uperen apsolutno na sve i svakoga, nego na one i onako kako određuju izvesne mere i relevantni kriterijumi.⁴ Znači, jednakost kao moralna vrednost mora imati i odgovarajuću meru za procenu te vrednosti. Te mere i kriterijumi za procenu definisani su pravom u određenim oblastima, pa i u oblasti rada. Jedna od tih mera

³ Pravna enciklopedija, Beograd, 1985, str.832.

⁴ Alf Ros, Pravo i pravda, CID, Podgorica, 1996, str.303-304.

jeste i zabrana diskriminacije, definisana na odgovarajući način u međunarodnom i unutrašnjem pravu.⁵

Načelo nediskriminacije u sticanju i ostvarivanju prava i sloboda svoje pravno utemeljenje nalazi gotovo u svim važnim međunarodnim aktima koji govore o ljudskim pravima. Najpre, sadržano je u najvažnijim dokumentima **Organizacije ujedinjenih nacija** (OUN): Povelja, čl.1; Opšta deklaracija o pravcima čoveka, čl.2; Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, čl.2; Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, čl. 2. U navedenim dokumentima OUN, kao osnovi diskriminacije navode se: rasa, pol, jezik, veroispovest, boja kože, političko i drugo mišljenje, nacionalno i socijalno poreklo, rođenje, imovnom stanje i druge okolnosti. Treba dodati da je OUN usvojila i posebne konvencije o zabrani određenih oblika diskriminacije.⁶

Međunarodna organizacija rada (MOR) je svojom normativnom i drugim aktivnostima posvetila veliku pažnju načelu nediskriminacije i pružanja jednakih šansi tj. jednakog postupanja prema ljudima. Ovim načelom MOR želi da spreči: **(1)** diskriminaciju pojedinih kategorija radnika (žena, stranaca, radnika migranata itd; **(2)** da spreči određene vrste diskriminacije u odnosu na sve radnike na određenim područjima (prinudni rad, sloboda rada, socijalna sigurnost); i **(3)** da sprovede opšti princip zabrane diskriminacije u oblasti radnih odnosa.⁷

Najvažniji dokumenti MOR-a u vezi zabrane diskriminacije u oblasti rada jesu: Konvencija br.111 o diskriminaciji u pogledu zapošljavanja i zanimanja iz 1958. godine i istoimena Preporuka br.111,⁸ Konvencija br.100 o jednakosti nagrađivanja muške i ženske radne snage za rad jednake vrednosti iz 1951. godine,⁹ Konvencija o obavezama prema radnicima sa porodicama iz 1981. godine.¹⁰ U navedenim dokumentima pod diskriminacijom podrazumeva se svako razlikovanje, isključenje ili davanje prvenstva po osnovu rase, vere, boje, pola, nacionalnog i socijalnog porekla, političkog mišljenja, a sa namerom da se naruše ili unište jednakost mogućnosti ili postupanja u pogledu zapošljavanja i izbora zanimanja. Dakle, treba primetiti, navedeni osnovi diskriminacije su takvi da nisu od

⁵ Više o tome vidi naš rad: Opšti međunarodni pravni okvir načela nediskriminacije u oblasti rada, *Pravo i privreda*, br.7-9/2011. Ovde ćemo ukratko o tome.

⁶ Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije; Konvencija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena.

⁷ Borivoje M. Šunderić, *Pravo Međunarodne organizacije rada*, Pravni fakultet u Beogradu, 2001, str.179.

⁸ „SL.I. FNRJ“, br.3/1961 i br.3/1962.

⁹ „SL.I.FNRJ“, br.11/1952.

¹⁰ „SL.I.SFRJ“, br.7/1987.

značaja za vršenje rada. Zato nisu dopušteni. Međutim, prema čl. 1. Konvencije br. 111, pravljenjeje razlike među licima koja traže posao po osnovu njihovih kvalifikacija, znanja i sposobnosti (što jeste od značaja za vršenje rada), ne smatra se diskriminacijom.

U pravu Evropske unije (EU), načelo nediskriminacije je u tesnoj vezi sa načelom slobodnog kretanja radnika, tj. sloboda kretanja podrazumeva načelo nediskriminacije.¹¹ Slobodno kretanje radnika, kao jedna od fundamentalnih sloboda u pravu EU, ne može imati svoj puni smisao bez jednakih šansi tih radnika na čitavom prostoru EU u postupcima ostvarivanja i zaštite njihovih prava u vezi sa radom. U samom Ugovoru o osnivanju Evropske zajednice (čl.48. tačka 2.) je rečeno da sloboda kretanja radnika zapravo znači ukidanje svake diskriminacije na osnovu državljanstva među radnicima država članica u vezi sa zapošljavanjem, nagrađivanjem, i drugih uslova rada i zapošljavanja.

Normativno uobličavanje načela nediskriminacije u pravu EU bazirano je na dokumentima OUN i MOR-a. Unutar ovog načela, akcenat je stavljen na njegovim sledećim aspektima: **(a) jednakom pravnom tretmanu svih građana** – svako ima pravo na jednaku zakonsku zaštitu bez diskriminacije; **(b) jednakom tretmanu muškaraca i žena** u oblasti rada; i **(v mogućnost „pozitivne diskriminacije“**.

(a) Jednak pravni tretman definisan je u najvažnijim dokumentima evropskog prava. Što se tiče nekomunitarnog prava, Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava (čl.14.) izričito predviđa da uživanje prava i sloboda iz ove Konvencije obezbeđuje se bez obzira na osnove kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, veroispovest, političko i drugo mišljenje, nacionalno i socijalno poreklo, veza sa nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status. Što se tiče komunitarnog prava, kao što smo napred naveli, Ugovorom o osnivanju Zajednice (čl. 48.) je jasno rečeno da ne može biti diskriminacije među radnicima zemalja članica po osnovu državljanstva u oblasti zapošljavanja i rada. Takođe, o istom načelu govori se i u Amsterdamskom ugovoru iz 1997. godine, kao prioritarnom načelu delovanja same EU ali i zemalja članica, te u Povelji o osnovnim pravima EU iz 2000. godine, predstavljenoj u Nici kada je donesen i Ničanski sporazum.

(b) Jednak tretman muškaraca i žena u oblasti rada jeste refleksija opšteg načela nediskriminacije (u ovom slučaju po osnovu pola). Više direktiva je doneseno u potrebi suzbijanja različitih oblika diskriminacije žena. Što se tiče jednakog tretmana muškaraca i žena u oblastima rada, ta

¹¹ Roger Blanpain, European Labour Law, Kluwer Law International, The Hague, 2000, str. 219.

jednakost se proteže na sve oblasti rada, i to: **(1)** oblast zapošljavanja (dostupnost svih poslova pod jednakim uslovima, dostupnost osposobljavanja i napredovanja);¹² **(2)** oblast pravnog položaja dok zaposlenost traje (jednakost u sticanju, ostvarivanju i zaštiti prava po osnovu rada jednake vrednosti);¹³ **(3)** oblast prestanka zaposlenja (nedopuštenost razloga za prestanak radnog odnosa po osnovu pola, trudnoće, porodijskog odsustva).¹⁴ U ovim rasponima jednakog tretmana, posebno mesto u radnom pravu EU dato je *jednakom plaćanju muškaraca i žena*, i to kako u primarnim tako i u sekundarnim izvorima, te u odlukama Suda pravde EU.

(v) „*Pozitivna diskriminacija*“¹⁵ (afirmativna akcija) je, zapravo, *legitimni korektiv* načela nediskriminacije. Radi se o izuzecima kada postoji opravdani interes da se pojedine kategorije lica, koja su suštinski u ne-jednakom položaju u odnosu na druge, uz primenu posebnih mera, favorizuju u pojedinim oblastima rada (zapošljavanje i drugo), radi postizanja pune ravnopravnosti u mogućnostima i šansama sa drugima.

Pozitivna diskriminacija, odnosno afirmativna akcija obično se primenjuje kod teže zanošljivih lica ili kod zapošljavanja na određenim poslovima. Može imati različite osnove: *(1) životna dob; (2) pol; (3) etnička odnosno manjinska pripadnost; (4) verska opredeljenost i ubeđenja (5) invalidnost* itd.

1) Životna dob (mlađa lica koja traže prvo zaposlenje ili starija lica od 50 godina) mogu imati određene prioritete sa ciljem da im se olakša pristup zapošljavanju.¹⁶

2) Pol može biti osnov pozitivne diskriminacije ako je kod određenog pola prisutna manja zastupljenost u određenim delatnostima (manja zaposlenost žena u odnosu na muškarce u nekim profesijama). U tom slučaju, mogu se preduzeti mere koje daju odgovarajuću prednost ženama.¹⁷

¹² Direktiva br. 76/207 koja govori o jednakom pristupu zapošljavanju i uslovima rada, profesionalnom osposobljavanju i napredovanju; Direktiva br.2000/78 o uspostavljanju opšteg okvira za jednakost postupanja u zapošljavanju i zanimanju i druge direktive koje govore o jednakosti muškaraca i žena u pogledu šansi na tržištu rada i napredovanja na radu. Vidi: Roger Blanpain, Michele Colucci, *European Labour and Social Security Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2002, str.17 i dalje.

¹³ Povelja o osnovnim pravima EU govori o jednakosti između muškaraca i žena u oblasti zapošljavanja, u oblasti rada i uslova rada, te u oblasti nagrađivanja (čl.23). Andrew Charlesworth and Holly Cullen, *European Community Law*, Pitman Publishing, London, 2001, str.360.

¹⁴ Povelja o osnovnim pravima EU izričito predviđa zaštitu od nezakonitog otkaza, gde spada i otkaz motivisan razlozima vezanim za pol, trudnoću i materinstvo.

¹⁵ „Pozitivna diskriminacija“ je pod navodnicima zbog značajnog sukoba dveju reči.

¹⁶ Direktiva 2000/78 o jednakosti šansi u zapošljavanju i zanimanju (čl.6.).

¹⁷ Prema čl.23. Povelje o osnovnim pravima EU.

3) *Etnička odnosno manjinska pripadnost*, kao osnov pozitivne diskriminacije, obično se koristi kod pripadnika određenih etničkih ili manjinskih grupa kod kojih su naglašeniji određeni socijalno-ekonomski problemi (npr. problem nezaposlenosti).¹⁸

4) *Verska opredeljenost i ubeđenja* mogu biti osnov pozitivne diskriminacije na dva načina. *Prvi način* je dominantan i koristi se pri zapošljavanju u verskim organizacijama i ustanovama (crkve), radi obezbeđivanja odgovarajuće lojalnosti prema poslu koji će se vršiti. *Drugi način* je izuzetan i rezultat je odgovarajućih tumačenja u evropskoj sudskoj praksi. Kao primer navodi se slučaj *Thlimmenos v Grčka* (odluka Evropskog suda za ljudska prava iz 2000.godine).¹⁹ Predlagaču nije omogućeno da se zaposli u profesiji revizora poslovnih knjiga zbog toga što je prethodno bio osuđen, jer je odbio da služi vojni rok zbog svojih verskih ubeđenja (pripadnik verske grupe *Jehovini svedoci* koja je posvećena pacifizmu). Propisi Grčke nisu dozvoljavali pristup navedenoj profesiji licima koja su osuđivana (razlika u pristupu profesiji između osuđivanih i drugih lica). Međutim, predlagač je tražio, u suštini, primenu principa *pozitivne diskriminacije*, tj. da bude favorizovan među osuđenim licima jer je osuđen zbog vršenja svoje slobode veroispovesti koja je zagarantovana članom 9. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava. Sud je zaključio da je u ovom slučaju prekršen čl. 14. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava, koji govori o zabrani diskriminacije (po različitim osnovima, te i po osnovu veroispovesti) u uživanju prava i sloboda predviđenih tom Konvencijom, a u vezi sa čl. 9. Konvencije koji garantuje slobodu veroispovesti. Dakle, radi se o kršenju prava predlagača da ne bude diskriminisan u uživanju slobode veroispovesti, odnosno da bude pozitivno diskriminisan u odnosu na druga lica osuđena za teška krivična dela.

5) *Invalidnost* može biti legitimni osnov za pozitivnu diskriminaciju, a utemeljen je Direktivom 2000/78 o uspostavljanju opšteg okvira za jednakost postupanja u zapošljavanju i zanimanju. Direktiva sadrži opšti okvir za pozitivnu diskriminaciju invalida i za obaveze poslodavca u prilagođavanju radnih mesta za rad lica sa invaliditetom, a zemlje članice mogu predvideti veće stepene zaštite tih lica. U mnogim zemljama, kao i u našoj, doneseni su odgovarajući propisi o sprečavanju diskriminacije li-

¹⁸ Korišćenje određenih mera, sredstava i prioriteta kod zapošljavanja izbeglih i raseljenih lica, pripadnika etničkih manjina itd.

¹⁹ Žil Ditertr, Izvodi iz najznačajnijih odluka Evropskog suda za ljudska prava, Službeni glasnik, Beograd, 2006, str.335.

ca sa invaliditetom i o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju lica sa invaliditetom.²⁰

U uporednom pravu, u velikom broju zemalja postoje ustavne odredbe o zabrani diskriminacije i odgovarajuća zakonska regulativa za opštu primenu ovog principa. Pritom, neke zemlje preferiraju da ovaj princip uključe u generalne odredbe o neopravdanoj diskriminaciji u svojim zakonima o radu,²¹ dok druge o tome govore u posebnim zakonima, npr. zakoni o jednakosti između žena i muškaraca. Recimo, sve nordijske zemlje imaju posebne zakone o jednakosti između muškaraca i žena.²² Tako, prema Zakonu o jednakosti Švedske,²³ poslodavci i u privatnom i u javnom sektoru su dužni da aktivno rade na uspostavljanju i promociji jednakosti između muškaraca i žena, pa tako i u oblasti jednakih plata i odgovarajuće podele rada. Uz to, poslodavac je dužan, ukoliko ima najmanje 10 zaposlenih, da sačini godišnji plan jednakosti koji uključuje i polno kategorisanu statistiku o platama, raspored zaposlenih prema položaju i zanimanju, novozaposlene, kretanja u službi i unapređenja itd. Slično je i u Finskoj. Prema njihovom Zakonu o jednakosti između žena i muškaraca, poslodavac, koji ima najmanje 30 zaposlenih, takođe je dužan da ima godišnji plan jednakosti koji obuhvata plate i naknade, raspodelu poslova između žena i muškaraca i druge pokazatelje koji promovišu jednakost. Međutim, interesantno je podvući da iako su zakonima predviđene obaveze poslodavaca da imaju godišnje planove o jednakosti, kao normativna ogledala odgovarajuće prakse i projekcije za budućnost, ipak do izrade planova ne mora i da dođe ukoliko sami zaposleni i njihovi sindikati to ne zahtevaju. Akcije sindikata i zaposlenih su još potrebnije kada je reč o realizaciji planova. Dakle, propisi o jednakosti jesu instrumenti obezbeđivanja jednakosti žena i muškaraca, ali stvarna realizacija toga i ovde zavisi od volje učesnika u ovim procesima.²⁴

Neki od propisa u nordijskim zemljama predviđaju i jasne mehanizme kontrole primene pravila o jednakosti. Recimo, prema Zakonu o jednakosti

²⁰ Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom, „Sl. gl. RS“, br.33/2006; Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom, „Sl.gl.RS“, br.36/2009.

²¹ Recimo, to je slučaj sa Francuskom, ali i sa našom zemljom (čl. 20. Zakona o radu Republike Srbije).

²² O zakonodavnoj razradi principa nediskriminacije u nordijskim zemljama vidi: Peter Wahlgren – urednik, *Stability and Change in Nordic Labour Law*, Stocholm Insitute for Skandinavian Law, Stocholm, 2002, str. 216 i dalje.

²³ Ibidem.

²⁴ Zbornik dokumenata i tekstova Saveta Evrope o jednakosti među polovima, Sa-
vet Evrope, Strasbur, 1999, str. 60.

polova Norveške iz 1978,²⁵ “ako tretman pravljenja razlika po pitanju plata između muškaraca i žena postoji pri obavljanju posla iste vrednosti, poslodavac mora dokazati da to nije prouzrokovano polom zaposlenih.” Najvažniji organi kontrole vršenja ovih obaveza jesu Ombud za jednakost polova²⁶ i Odbor za žalbe. Ombud se stara da ne dolazi do kršenja Zakona, a u spornim slučajevima pokušava da postigne sporazumno rešenje. Ako to ostane, slučaj se iznosi pred Odbor koji može da zabrani bilo koji akt suprotan Zakonu. Nepoštovanje odluka Ombuda i Odbora može rezultirati i odgovarajućom odgovornošću i sudskim gonjenjem.

U pravu Srbije zabrana diskriminacije ima ustavnu i zakonsku utemeljenost. Ustavom Srbije (čl.21.) i Zakonom o radu (čl. 18.) predviđen je princip zabrane diskriminacije na kome se temelji čitav sistem prava, obaveza i odgovornosti u individualnom radnom pravu. U širem kontekstu, o zabrani diskriminacije govori se i u drugim propisima (Zakon o zabrani diskriminacije,²⁷ Zakon o ravnopravnosti polova²⁸, gore navedeni propisi o zaštiti lica sa invaliditetom i drugi).

Preciznije rečeno, u užem - radnopravnom smislu, zabrana diskriminacije odnosi se na : (1) uslove za zapošljavanje i izbor kandidata za obavljanje određenog posla; (2) uslove rada i sva prava iz radnog odnosa; (3) obrazovanje, usavršavanje i osposobljavanje; (4) napredovanje na poslu; (5) otkaz ugovora o radu. Zakonom je definisana neposredna i posredna diskriminacija i zabranjeno uznemiravanje, uključujući i seksualno uznemiravanje u sferi rada. Utemeljenje ovog principa je izvršeno na međunarodnom korpusu ljudskih sloboda i prava, predviđenom Opštom deklaracijom o pravima čoveka Organizacije ujedinjenih nacija (čl.7.) iz 1948. godine, Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima Organizacije ujedinjenih nacija (čl.2.) iz 1966. godine, Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda Saveta Evrope (čl.14.) iz 1950. godine, Evropskom socijalnom poveljom Saveta Evrope (čl. 1. stav 2.) iz 1961. godine (izmenjenom 1996. godine).

Uznemiravanje, iz čl. 21. Zakona o radu, podrazumeva neželjeno ponašanje koje ima za cilj ili predstavlja povredu dostojanstva lica koje traži zaposlenje, kao i zaposlenog, a koje izaziva strah *ili stvara neprijateljsko*,

²⁵ Vidi: dr Zorica Mršević, Standardi i mehanizmi za postizanje rodne ravnopravnosti u demokratskim zemljama, OSCE,Misija OEBS-a u SR Jugoslaviji, Beograd, 2002, str.207.

²⁶ ² Koristi se izraz „ombud” umesto već ustaljenog - „ombudsman”, jer se smatra da reč „man” upućuje na muški pol i njegovu favorizaciju. Neke zemlje koriste izraz „ombudsperson”.

²⁷ ¹ „Sl.gl.RS“, br.104/2009.

²⁸ ² „SL.gl.RS“, br.104/2009.

ponižavajuće ili uvredljivo okruženje. Na ovaj način Zakon o radu, u širem kontekstu, zadire i u pojam **mobbinga** (*zlostavljanja na radu*), jer za ovaj pojam upravo je karakteristično neprijateljsko radno okruženje.

(2) *Zabrana zlostavljanja na radu*

Pravni tretman mobinga u međunarodnom i evropskom pravu izveden je posrednim putem, tj. u svetlu regulisanja ljudskih prava i diskriminacije u vezi sa tim pravima. Često se i u literaturi mobing, ili viktimizacija, posmatra kao oblik diskriminacije. U tom smislu, oblici diskriminacije su: (a) direktna diskriminacija; (b) indirektna diskriminacija; (c) viktimizacija; i (d) segregacija.²⁹ Viktimizacija postoji onda kada se jedno lice tretira manje naklono nego što se tretiraju ili bi se tretirala druga lica u istim okolnostima.³⁰ Prema Uredbi o viktimizaciji na poslu, švedskog Nacionalnog odbora za bezbednost i zdravlje iz 1993. godine (paragraf 1.), pod viktimizacijom se podrazumevaju učestali, prekorni ili jasno negativni postupci koji su usmereni protiv pojedinih zaposlenih na uvredljiv način i kao rezultat mogu imati odstranjivanje tih zaposlenih iz radne sredine.³¹ Segregacija po osnovu rase pripadnosti je diskriminacija.³²

Od dokumenata *međunarodnog prava*, najpre treba imati u vidu univerzalne akte **Organizacije ujedinjenih nacija** (OUN). Pre svega ovde se misli na **Povelju** OUN iz 1945. godine³³. U Preambuli i čl. 1. Povelje je navedeno da OUN, između ostalog ima za cilj da potvrdi veru u osnovna prava čoveka, u *dostojanstvo i vrednost* ljudske ličnosti, u ravnopravnost muškaraca i žena i nacija velikih i malih; da se obezbedi ekonomski i socijalni napredak, te poboljšanje životnih uslova; da se unapredi i podstiče *poštovanje prava i osnovnih sloboda* za sve bez obzira na rasu, pol, jezik ili veru itd. Prema čl. 56. Povelje, navedeni cilj ima *prioritet* nad svim drugim ciljevima i zadacima, te su sve zemlje članice OUN, kao i Srbija, dužne da preduzimaju odgovarajuće akcije radi postizanja tog cilja.

Opštom deklaracijom o pravima čoveka³⁴ (čl. 1.) utvrđen je princip da svako ima *pravo na život, slobodu i ličnu sigurnost* i da se svi ljudi ra-

²⁹ Jeremy McMullen, Rights at Work, „Pluto Press”, London, 1979, str.98. i dalje.

³⁰ Ibidem

³¹ Ordinance of Victimization at Work, Swedish National Board of Occupational Health and Safety, S-171 84 Solna, Sweden.

³² Jeremy McMullen, cit delo, str.101.

³³ „Službeni list FNRJ”, br.4/1945.

³⁴ Usvojena 10. 12. 1948. godine. Ne podleže ratifikaciji, jer se ne tretira kao međunarodni ugovor.

đaju *slobodni i jednaki u dostojanstvu i pravima*, bez obzira na rasu, pol, jezik, veru, političko i drugo uverenje. Prema čl. 23. stav 1. Deklaracije, svako ima pravo na *pravične i zadovoljavajuće uslove rada i pravo na životni standard koji obezbeđuje zdravlje i blagostanje*.

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima³⁵, kao dokument posvećen „prvoj generaciji“ ljudskih prava, inauguriše u međunarodno pravo standard „izvornog dostojanstva ljudske ličnosti“, kao pretpostavke postojanje pravde i mira u svetu. Prema čl.9. Pakta, svako ima pravo na slobodu, dostojanstvo i ličnu bezbednost.

Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima³⁶ je dokument OUN posvećen „drugoj generaciji“ ljudskih prava, tj. socijalno-ekonomskim i kulturnim pravima. U Paktu se ukazuje (u Preambuli) da se osnovni principi sadržani u Povelji OUN i Opštoj deklaraciji o pravima čoveka mogu ostvariti samo ako se stvore uslovi koji omogućavaju svakome da uživa svoja ekonomska, socijalna i kulturna prava. Među ovim pravima navodi se i pravo na *dostojanstvene uslove rada i na bezbednost i zaštitu na radu*.

Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije³⁷ (čl.1.) zabranjuje svako davanje prvenstva, razlikovanje ili ograničavanje na osnovu rase, boje kože, nacije, političkog opredeljenja, a koje ima za cilj da *ugrozi korišćenje osnovnih sloboda i prava* čoveka, pod jednakim uslovima, u socijalnoj, ekonomskoj, političkoj sferi i u drugim sferama javnog života.

U pravu **Međunarodne organizacije rada (MOR)** pitanje mobinga se takođe posredno tangira. To pitanje je skopčano sa naporima eliminacije diskriminacije i zalaganjima u potrebi unapređenja jednakosti pri zapošljavanju i u radu. U duhu prava MOR-a, moglo bi se reći da su eliminacija diskriminacije i mobing, kao zlostavljanje na poslu, dve strane iste medalje.

U Preambuli **Ustava MOR-a** iz 1919. godine je rečeno da se jedino putem obezbeđivanja *socijalne pravde* mogu neutralisati štetna dejstva takvih uslova rada koji velikom broju lica nanose *nepravdu*, bedu i odricanje, koji stvaraju veliko nezadovoljstvo i dovode u opasnost svetski mir i sklad.

U **Filadelfijskoj deklaraciji** (I deo Deklaracije) iz 1944. godine, kojom je noveliran Ustav MOR-a – aneks na Ustav, potvrđeno je i formulisano, između ostalih, i načelo da *rad nije roba*, a na kome mora biti zasnovana ukupna delatnost MOR-a i svih zemalja članica kako u stalnim koncentrisanim međunarodnim naporima, tako neumorno i energično unutar svake zemlje u kojima predstavnici radnika i poslodavaca sa-

³⁵ „Službeni list SFRJ“, br.7/1971.

³⁶ „Službeni list SFRJ“, br.7/1971.

³⁷ „Službeni list SFRJ“, br. 6/1967.

rađuju na bazi jednakosti sa predstavnicima vlada, učestvuju u slobodnim diskusijama i u odlukama demokratskog karaktera u cilju unapređenja zajedničke dobrobiti. Ovo načelo delovanja otvara prostore za kvalitativne i konceptijske promene na planu radnih odnosa u smislu njihove dalje *humanizacije*. U tom smislu, Deklaracija proklamuje princip da „sva ljudska bića bez obzira na njihovu rasu, veru ili pol, imaju pravo da slede kako svoje materijalno blagostanje, tako i svoj *duhovni razvoj u uslovima slobode i dostojanstva*, ekonomske sigurnosti i jednakih mogućnosti“.

MOR je donela čitav niz konvencija i preporuka (mnoge od njih obavezuju i Srbiju), na bazi kojih je izgrađen svojevrsan međunarodni *corpus iuris socijalne pravde*. Zbog ograničenog prostora za pisanje ovog rada, nismo u situaciji da navodimo i analiziramo sve konvencije i preporuke kojima su regulisana mnoga pitanja zaštite zaposlenih i zabrane diskriminacije, a koja se, manje ili više, posredno mogu dovesti u vezu sa mobingom.³⁸

Evropsko pravo, takođe, nema posebnih propisa koji direktno i celovito regulišu pitanje mobinga. Sistem evropskog prava čine dva podsistema: (1) *evropsko nekomunitarno pravo*; i (2) *evropsko komunitarno pravo*. **Evropsko pravo** samo *indirektno* ili *fragmentalno* tangira pitanje mobinga (u vezi regulisanja i zaštite ljudskih, odnosno socijalno-ekonomskih prava i sloboda, posebno u vezi zaštite seksualnih sloboda), kako u svojim konstitutivnim ugovorima i poveljama (primarno pravo) tako i u svojim direktivama (sekundarno pravo).³⁹

U pravu Srbije, pitanju mobinga je posvećen poseban propis – Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu.⁴⁰ U ovom Zakonu su respektovani standardi iz međunarodnog prava i uporednopravna iskustva, ali prostor nam ne dozvoljava da o tome, na ovom mestu, više govorimo.

(3) *Zaštita ličnih podataka zaposlenog*

Zaštita ličnih podataka zaposlenih, kao što smo rekli, tiče se zapravo zaštite njihovog moralnog integriteta.⁴¹ Ustav Srbije (čl.42) garantuje zaštitu podataka o ličnosti i sudsku zaštitu zbog zloupotrebe tih podataka.

³⁸ Više o tome videti u našem radu: Normativni okviri mobinga, Radno i socijalno pravo, br.1/2008.

³⁹ Detaljnije o evropskom nekomunitarnom i evropskom komunitarnom pravu u vezi mobinga vidi naš cit. rad - Normativni okviri mobinga.

⁴⁰ „Sl.gl.RS“, br.36/2010.

⁴¹ U pravu EU načelna zaštita pojedinca (te i zaposlenih) u pogledu prikupljanja i saopštavanja ličnih podataka predviđena je u Direktivi br. 95/46, Official Journal L 281, 23/11/1995.

Prema Zakonu o radu (čl. 83.), lični podaci koji se odnose na zaposlenog ne mogu da budu dostupni trećem licu, osim u slučajevima i pod uslovima utvrđenim zakonom ili ako je to potrebno radi dokazivanja prava i obaveza iz radnog odnosa ili u vezi sa radom.

Lične podatke zaposlenih može da prikuplja, obrađuje, koristi i dostavlja trećim licima samo direktor (odnosno poslodavac – preduzetnik) ili zaposleno lice kod poslodavca koje je ovlašćeno od strane direktora. U svakom slučaju reč je o podacima koji su od neposrednog značaja za poslove koje zaposleni obavlja.

Svaki zaposleni ima pravo: (a) uvida u dokumente koji sadrže lične podatke o njemu, a koji se čuvaju kod poslodavca; (b) pravo da zahteva brisanje podataka koji nisu od neposrednog značaja za poslove koje obavlja; i (v) pravo da zahteva ispravljanje netačnih podataka. I ova prava, kao i druga prava iz radnog odnosa, uživaju sudsku zaštitu, tj. zaposleni se može obratiti nadležnom sudu u potrebi njihove zaštite.

Dakle, zaposleni ima pravo uvida u dokumenta koja sadrže lične podatke o njemu samom, ne i o drugim zaposlenima. Kao što je rečeno, podaci se tiču onih ličnih svojstava zaposlenog (stručna sprema, radno iskustvo, veštine itd.), koja su od značaja za njegov posao. Ako podaci nisu tačni, ili ako nisu od značaja za njegov posao (npr. bračno stanje, seksualna orijentacija itd.) zaposleni ima pravo da traži njihovu ispravku odnosno brisanje.

(4) Zaštita od zloupotrebe prava

Moralni integritet zaposlenog, kao individualni fenomen, može imati pozitivnu i negativnu stranu. Pozitivna strana se ispoljava u društveno prihvatljivom odnosu zaposlenog prema: (1) samom radu; (2) prema drugim zaposlenima i poslodavcu; i (3) opštim moralnim vrednostima i njihovoj primeni na radnom mestu i pod radnim uslovima. Pozitivna strana zahteva odgovarajuću radnopravnu zaštitu (zabrana diskriminacije, zlostavljanja itd.). Negativna strana se ispoljava u društveno neprihvatljivom odnosu zaposlenog u navedenom smislu. Ova strana zahteva osudu i odgovarajuće pravno sankcionisanje.

Pitanje moralnog integriteta zaposlenih je posebno izraženo u delatnostima od šireg i vitalnog interesa (državna služba, zdravstvo itd.). Ovo zbog toga, jer u ovim delatnostima zaposleni obavljaju poslove koji tangiraju interese ne samo poslodavca već šireg kruga lica ili čitave društvene zajednice. Otuda, moralni integritet zaposlenih u ovim delatnostima ima i dodatni pravni okvir koji je definisan posebnim kodeksima profesionalne etike. U tom smislu, pod etikom zaposlenih možemo smatrati „viši stepen

svesti koji stoji iznad apstraktne pravne norme države“.⁴² Odnosno, etika kao viši stepen svesti, indukovana je društvenim ugledom profesije kojom se zaposleni bavi i pretpostavlja poštovanje objektivnosti u radu, morala i ljudskog dostojanstva.

Zaštita od zloupotrebe prava tiče se i zaposlenog i poslodavca. Zaposleni se štiti od zloupotrebe prava od strane poslodavca, a poslodavac se štiti od zloupotrebe prava od strane zaposlenog. Ovde se osvrćemo na moralni integritet zaposlenog i to na njegovu negativnu stranu, odnosno na zaštitu poslodavca od zloupotrebe prava od strane zaposlenog.

Svaka zloupotreba prava od strane zaposlenog narušava interesnu ravnotežu u radnom odnosu definisanu odgovarajućim recipročnim pravima i obavezama tog zaposlenog i njegovog poslodavca. Takav odnos zaposlenog prema radu i poslodavcu je nemoralan i društveno neprihvatljiv, te je zato i pravno sankcionisan.

Svako pravo iz radnog odnosa podleže zloupotrebi, tj. može se koristiti na način koji nije u duhu njegove svrhe. Ako se izigrava svrha nekog prava, onda gubi svoj legitimitet i obaveza koja stoji naspram tog prava.

Klasičan i upečatljiv primer negativne strane moralnog integriteta zaposlenog, odnosno zloupotrebe prava od strane zaposlenog, jeste *zloupotreba prava na bolovanje*. Ovo je klasičan primer zbog toga što se u radnom zakonodavstvu već tradicionalno posebno izdvaja kao razlog disciplinskog kažnjavanja, davanja otkaza ugovora o radu ili odgovornosti za štetu, a upečatljiv je zbog toga što se ovde radi o zloupotrebi prava koje ima izrazito moralnu i humanu dimenziju (tiče se zaštite zdravlja).

(a) Bolovanje ili sprečenost za rad. Bolovanje, kao kolokvijalni izraz, zapravo predstavlja odsustvo sa rada zbog privremene sprečenosti ili nesposobnosti za rad usled bolesti. Pravo na odsustvo sa rada, u ovom slučaju, pripada zaposlenom ako je njegovo zdravstveno stanje takvo da ga sprečava da radi iz razloga predviđenih Zakonom o zdravstvenom osiguranju⁴³ (bolest ili povreda van rada, profesionalna bolest ili povreda na radu itd. - čl.74). Sprečenost za rad nastupa danom kada izabрани lekar ustanovi da zaposleni nije sposoban za obavljanje svog rada zbog bolesti ili povrede. Izuzetno, u smislu čl.77. Zakona o zdravstvenom osiguranju, može se smatrati da je sprečenost za rad nastupila i pre prvog javljanja zaposlenog na lekarski pregled (po oceni izabranog lekara tri dana unazad; po oceni lekarske komisije i duže od tri dana). Od dana nastupanja sprečenosti za rad, nastaju određena prava i obaveze na strani zaposlenog i poslodavca u smislu Zakona o radu (čl.103.).

⁴² Dr Čedomir Bogićević, *Pravo na slobodu*, Podgorica, 1999, str. 238.

⁴³ „Sl.gl.RS“, br.107/2005;109/2005;106/2006;57/2011.

(b) Potvrda o bolovanju ili sprečenosti za rad.⁴⁴ Lekar je dužan da izda potvrdu o sprečenosti za rad zaposlenog u kojoj će navesti i vreme očekivane sprečenosti (čl.103. stav 4. Zakona o radu). O svojoj sprečenosti za rad zaposleni je dužan da obavesti poslodavca, tako što će potvrdu lekara dostaviti poslodavcu u roku od tri dana od nastupanja privremene sprečenosti. Ako zaposleni nije u stanju, zbog povrede ili bolesti, da potvrdu lekara dostavi svom poslodavcu, tada umesto njega i u istom roku potvrdu dostavljaju članovi uže porodice (braćni drug i deca) ili druga lica sa kojima on živi u porodičnom domaćinstvu (bez obzira da li su u srodstvu sa njim). Ukoliko zaposleni živi sam, potvrdu je dužan dostaviti nakon prestanka razloga zbog kojih nije mogao to da učini, u roku od tri dana.

(v) Oспорavanje bolovanja. Ukoliko poslodavac posumnja u opravdanost razloga za odsustvovanje sa rada, tada može da podnese zahtev nadležnom zdravstvenom organu radi ponovnog utvrđivanja zdravstvene sposobnosti zaposlenog (provera izdate potvrde o bolovanju). I ne samo poslodavac, prema čl.163. Zakona o zdravstvenom osiguranju, i Republički zavod za zdravstveno osiguranje, odnosno matična filijala kod koje je zaposleni osiguran mogu zahtevati da se osiguranik, čiju je privremenu sprečenost za rad ocenio izabrani lekar, odnosno prvostepena lekarska komisija, podvrgne ponovnom pregledu od strane prvostepene lekarske komisije, odnosno drugostepene lekarske komisije, radi ponovnog ocenjivanja njegove privremene sprečenosti za rad. To isto može zahtevati i izabrani lekar, odnosno prvostepena lekarska komisija koji su izdali prvobitnu potvrdu, ako i sami naknadno posumnjaju u njenu opravdanost.

Ponovni pregled može se zahtevati u roku od 30 dana od dana izvršene ocene sprečenosti odnosno nesposobnosti za rad.

Osiguranik je dužan da se javi nadležnom zdravstvenom organu (prvostepenoj ili drugostepenoj lekarskoj komisiji), radi ponovnog pregleda u roku koji taj organ u pozivu odredi.

Ponovni pregled se ne može zahtevati ako se osiguranik nalazi na stacionarnom lečenju, osim u slučaju lečenja u dnevnoj bolnici.

(g) Zaštita od zloupotrebe bolovanja. Ako se kod ponovnog pregleda zaposlenog utvrdi da on nije bio u stanju privremene sprečenosti ili nesposobnosti za rad, tada se smatra da je zaposleni zloupotrebio pravo na bolovanje, odnosno da je zloupotrebio pravo na odsustvo sa rada zbog privremene sprečenosti za rad. Ova zloupotreba otvara pitanje dvostruke

⁴⁴Način izdavanja potvrde i njen sadržaj propisani su podzakonskim aktom – Pravilnikom o načinu izdavanja i sadržaju potvrde o nastupanju privremene sprečenosti za rad zaposlenog u smislu propisa o zdravstvenom osiguranju, „Sl.gl.RS“, br.1/2002.

odgovornosti zaposlenog: odgovornost kao osiguranika iz oblasti zdravstvenog osiguranja; i odgovornost kao zaposlenog iz radnog odnosa.

Odgovornost zaposlenog kao osiguranika predviđena je Zakonom o zdravstvenom osiguranju. *Prvo*, u smislu ovog Zakona (čl.163.st.4.) ako se zaposleni bez opravdanog razloga blagovremeno ne odazove pozivu na ponovni pregled radi utvrđivanja privremene sprečenosti za rad, tada mu se obustavlja isplaćivanje naknade zarade i ne pripada mu ta naknada sve dok se ne odazove pozivu. *Drugo*, prema istom Zakonu (čl.85. st.1. tač.9.) osiguraniku privremenom sprečenom za rad ne pripada pravo na naknadu zarade ako zloupotrebi pravo na korišćenje odsustvovanja sa rada zbog privremene sprečenosti za rad. Sa tim u vezi (shodno čl.191. st.1. istog Zakona), osiguranik kome je iz sredstava obaveznog zdravstvenog osiguranja izvršena isplata naknade na koju nije imao pravo, dužan je da republičkom zavodu, odnosno matičnoj filijali vrati primljeni iznos. Takođe, istu obavezu ima i izabrani lekar ili članovi lekarske komisije (prema čl.195. istog Zakona) koji su nezakonito utvrdili sprečenost osiguranika za rad, ili su propisali lekove, medicinsko-tehnička pomagala, odnosno druga prava iz obaveznog zdravstvenog osiguranja, za koja nema osnova u zdravstvenom stanju osiguranog lica.

Odgovornost zaposlenog iz radnog odnosa po osnovu zloupotrebe prava na bolovanje predviđena je propisima koji regulišu radne odnose. Kao što smo videli napred, ovde je reč o zloupotrebi prava iz zdravstvenog osiguranja, ali ta zloupotreba ima i radnopravne reperkusije. Zato, ovde se radi ne samo o odgovornost zaposlenog kao osiguranika u zdravstvenom osiguranju, već i o njegovoj odgovornost iz radnog odnosa. Ovo iz sledećih razloga.

Prvo, videli smo napred, zloupotreba prava na bolovanje otkriva negativnu stranu moralnog integriteta zaposlenog i iskače iz okvira radnog morala, što se svakako kosi sa interesnom pozicijom poslodavca u radnom odnosu.

Drugo, zloupotrebom prava na bolovanje zaposleni nanosi dvostruku štetu poslodavcu: stvarnu štetu i izgublenu korist. Stvarna šteta se ogleda u isplati naknade zarade za vreme privremene sprečenosti za rad u prvih 30 dana sprečenosti. Jer, prema čl.102.st.1. Zakona o zdravstvenom osiguranju, naknadu zarade za prvih 30 dana obezbeđuje poslodavac iz svojih sredstava, a od 31. dana naknadu obezbeđuje republički zavod, odnosno matična filijala za zdravstveno osiguranje. Izgubljena korist ogleda se u propuštenom prihodu koji bi zaposleni ostvario da je radio.

Treće, odgovornost za zloupotrebu prava na bolovanje ima i odgovarajuće radnopravno utemeljenje. Prema Zakonu o radu (čl.179. st.2.tač.6.) zloupotreba prava na odsustvo zbog privremene sprečenosti za

rad predstavlja opravdani razlog, vezan za ponašanje zaposlenog, za davanje otkaza ugovora o radu od strane poslodavca. Dalje, prema Zakonu o državnim službenicima (čl.108.),⁴⁵ lakšom povredom radnih dužnosti tretira se i povreda kodeksa ponašanja državnih službenika, ako već nije obuhvaćena nekom od povreda dužnosti iz radnog odnosa predviđenoj tim Zakonom ili nekim drugim. Kao teža povreda dužnosti iz radnog odnosa (čl.109. istog Zakona), uzima se i zloupotreba prava iz radnog odnosa, a zbog koje se može izreći kao disciplinska kazna prestanak radnog odnosa, zabrana napredovanja od dve do četiri godine i novčana kazna. Pored toga, u vezi sa korišćenjem prava na odsustvo sa posla, kao lakša povreda dužnosti iz radnog odnos tretira se i neopravdano neobaveštavanje neposredno pretpostavljenog o razlozima sprečenosti za dolazak na rad u roku od 24 časa od nastanka razloga (čl.108. Zakona).

(5) Kodeksi profesionalne etike

Kodeksi profesionalne etike su deo radnopravnog okvira moralnog integriteta zaposlenih, naročito u delatnostima od posebnog društvenog interesa i vitalnog značaja. Ovo se posebno odnosi na zaposlene u državnim organima i u zdravstvu. Kodeksi predstavljaju skup pravila, definisanih zakonom ili drugim propisima, koja se odnose na radnopravni položaj zaposlenih u određenim delatnostima i njihovo ponašanje na radu i u vezi sa radom.

Prema Zakonu o državnim službenicima, pravila koja čine osnovu kodeksa profesionalne etike sadržana su u načelima delovanja državnih službenika (čl.5. – 11. Zakona). Ta načela odnose se na sledeće: (1) zakonitost, nepristrasnost i političku neutralnost u radu državnog službenika; (2) odgovornost za zakonitost i delotvornost rada i da niko ne sme vršiti uticaj na državnog službenika da nešto učini ili ne čini suprotno propisima ; (3) zabrana povlašćivanja i uskraćivanja, odnosno zabrana diskriminacije među službenicima po osnovu pola, rase, vere itd; (4) dostupnost javnosti informacija o radu državnih službenika, u skladu sa propisima koji uređuju slobodan pristup informacijama od javnog značaja; (5) jednaka dostupnost radnih mesta pri zapošljavanju u državnim organima po kriterijumima vezanim za stručnu spremu, znanja i veštine, ali i za moralni integritet lica jer se traži kao uslov za zaposlenje da licu ranije nije prestajao radni odnos u državnom organu zbog teže povrede dužnosti iz radnog odnosa i da nije osuđivano na kaznu zatvora od najmanje šest meseci (čl.45. Zakona); (6) napredovanje i stručno usavršavanje službenika zavi-

⁴⁵ „Sl.gl.RS“, br.79/05;81/05;83/05;64/07;67/07;104/2009.

sno od stručnosti, rezultata rada i potreba državnog organa; i (7) jednake mogućnosti službenika pri odlučivanju o napredovanju, nagrađivanju i ostvarivanju njihove pravne zaštite.

Pored rečenog, deo pravila iz kodeksa profesionalne etike državnih službenika vezan je i za sprečavanje sukoba interesa (čl.25.-31. Zakona o državnim službenicima). Pravila se odnose na: (1) zabranu primanja poklona i korišćenja rada u državnom organu da bi uticao na ostvarivanje svojih prava ili prava s njime povezanih lica; (2) dodatni rad državnog službenika kod drugog poslodavca je moguć uz pismenu saglasnost rukovodioca organa i van radnog vremena, ukoliko taj rad nije zabranjen posebnim zakonom ili drugim propisom, ako ne stvara mogućnost sukoba interesa ili ne utiče na nepristrasnost rada tog službenika; (3) dužnost službenika da o svom dodatnom radu obavesti rukovodioca; (4) zabranu osnivanja privrednih društava i javnih službi i bavljenja preduzetništvom; (5) ograničavanje članstva u organima pravnih lica (državni službenik ne sme biti direktor, zamenik ili pomoćnik direktora pravnog lica, a član upravnog odbora, nadzornog odbora ili drugog organa upravljan ja pravnog lica može biti jedino ako ga imenuje Vlada ili drugi državni organ prema posebnom propisu; i (6) prijavljivanje interesa koje službenik ili lice s njim povezano, može imati u vezi sa odlukom državnog organa u čijem donošenju službenik učestvuje, radi odlučivanja o njegovom izuzeću (time se ne dira u pravila o izuzeću propisana zakonom kojim se uređuje opšti upravni postupak).

Radnopravne reperkusije profesionalne etike odnose se i na ocenjivanje i napredovanje državnih službenika, pri čemu se vrednuje i saveznost u radu (čl.82. st.2. Zakona o državnim službenicima). Cilj ocenjivanja je otkrivanje i otklanjanje nedostataka u radu državnih službenika, podsticanje na bolje rezultate rada i stvaranje uslova za napredovanje.

Preciznija pravila u vezi profesionalne etike službenika i drugih zaposlenih mogu se naći u posebnim propisima koji regulišu rad i položaj zaposlenih u pojedinim državnim organima (sudovi, policija, inspekcije itd.), kao i u Kodeksu ponašanja državnih službenika.⁴⁶

U oblasti zdravstva, pitanje moralnog integriteta zaposlenih i kodeksa profesionalne etike je naročito izraženo. Ovo zbog toga, jer se u ovoj oblasti radi o zaštiti najvažnijih ljudskih prava: pravo na zaštitu zdravlja i pravo na život. Prema čl.25. Zakona o zdravstvenoj zaštiti,⁴⁷ svaki građanin ima pravo da zdravstvenu zaštitu ostvaruje uz poštovanje najvišeg mogućeg standarda ljudskih prava i vrednosti, odnosno ima pravo na fi-

⁴⁶ „Sl.gl.RS“, br.29/2008.

⁴⁷ „Sl.gl.RS“, br.107/2005; 101/2005;88/2010;99/2010;57/2011.

zički i psihički integritet i na bezbednost njegove ličnosti, kao i na uvažavanje njegovih moralnih, kulturnih, religijskih i filozofskih ubeđenja. U tom smislu, načelo pravičnosti zdravstvene zaštite (čl.20. Zakona) utemeljeno je na zabrani diskriminacije u sferi pružanja te zaštite, a po osnovu rase, pola, starosti, nacionalne pripadnosti, socijalnog porekla, veroispovesti, političkog ili drugog ubeđenja, imovnog stanja, kulture, jezika, vrste bolesti, psihičkog ili telesnog invaliditeta.

Iz razloga gore navedenih, zdravstveni radnici su dužni da, prema čl.169. Zakona, prilikom prijema diplome o stečenoj visokoj školskoj spremi potpišu izjavu – zakletvu da će se u obavljanju svog poziva pridržavati načela utvrđenih u Hipokratovoj zakletvi, kao i načela profesionalne etike. Istim članom je predviđeno da zdravstveni radnici obavljaju zdravstvenu delatnost u skladu sa važećom zdravstvenom doktrinom i u skladu sa kodeksom profesionalne etike. Izuzetno, prema čl.171. Zakona, zdravstveni radnik može odbiti pružanje zdravstvene zaštite ako zdravstvena usluga koju treba pružiti nije u skladu sa njegovom savešću, ili međunarodnim pravilima medicinske etike (prigovor savesti), izuzev ako je u pitanju pružanje hitne medicinske pomoći.

Kodeksom profesionalne etike Lekarske komore Srbije,⁴⁸ definisana su pravila profesionalne etike u sledećim oblastima: (1) načela u obavljanju profesionalne dužnosti; (2) odnos prema pacijentima; i (3) međusobni odnosi lekara.

U smislu navedenih propisa, profesionalna etika zdravstvenih radnika i zdravstvenih saradnika nalaže i poštovanje prava pacijenta na tajnost podataka iz njegove medicinske dokumentacije. Prema čl.37. Zakona o zdravstvenoj zaštiti, podaci iz medicinske dokumentacije spadaju u lične podatke o pacijentu i predstavljaju službenu tajnu, a koju su dužna da čuvaju sva zaposlena lica u zdravstvenoj ustanovi kojima su ti podaci dostupni.

Dalje, zabranjeno je oglašavanje, odnosno reklamiranje zdravstvenih usluga, stručno-medicinskih postupaka i metoda zdravstvene zaštite, uključujući zdravstvene usluge, metode i postupke tradicionalne medicine (alternativne, homeopatske i druge komplementarne medicine), u sredstvima javnog informisanja i na drugim nosiocima oglasnih poruka (čl.71. Zakona o zdravstvenoj zaštiti).

Nepoštovanje ovih pravila profesionalne etike može biti razlog oduzimanja licence zdravstvenom radniku. Pored toga, prema čl.197. Zakona o zdravstvenoj zaštiti, nadležna komora zdravstvenom radniku privremeno oduzima licencu za rad: ako je zdravstvenom radniku izrečena jedna

⁴⁸ „Sl.gl.RS“, br.121/2007.

od mera privremene zabrane rada, zbog teže povrede profesionalne dužnosti i ugleda člana komore; ako je pravosnažnom sudskom odlukom zdravstveni radnik osuđen za krivično delo koje ga čini nedostojnim za obavljanje profesije zdravstvenog radnika; ako u obavljanju zdravstvene delatnosti zloupotrebi sredstva zdravstvenog osiguranja (npr. u vezi sa zloupotrebom prava na bolovanje); ako načini stručnu grešku kojom narušava, odnosno pogoršava zdravstveno stanje pacijenta (pod stručnom greškom se podrazumeva nesavesno lečenje ili zanemarivanje profesionalnih dužnosti). Ako je zdravstveni radnik pravosnažnom sudskom odlukom osuđen na kaznu zatvora zbog teškog krivičnog dela protiv zdravlja ljudi, njegova licenca se trajno oduzima.

Ostvarivanje opšteg interesa u zdravstvenoj zaštiti praćeno je društvenom brigom za zdravlje stanovništva na svim nivoima – od nivoa Republike do nivoa pojedinca (čl.8. – 15. Zakona o zdravstvenoj zaštiti). Republika, autonomna pokrajina, grad, opština, poslodavac i svaki pojedinac dužni su da se uključe u društvenu brigu za zdravlje stanovništva i da sprovode mere kojima se usklađuje delovanje i razvoj sistema zdravstvene zaštite.

U oblasti zdravstva, posebno mesto u ostvarivanju opšteg interesa i zaštiti profesionalne etike imaju etički odbori. Etički odbori su stručna tela koja se obrazuju u zdravstvenim ustanovama i na nivou Republike. Bez obzira na nivo na kome je obrazovan, etički odbor je stručno telo koje se stara o pružanju i sprovođenju zdravstvene zaštite na načelima profesionalne etike (čl.147. i čl.156. Zakona o zdravstvenoj zaštiti). Dakle, ovi odbori prate i analiziraju primenu načela profesionalne etike zdravstvenih radnika, predlažu utvrđivanje osnovnih načela profesionalne etike zdravstvenih radnika ili njihovu izmenu; prate i analiziraju etičnost odnosa između zdravstvenih radnika i pacijenata, posebno u oblasti davanja saglasnosti pacijenta za predloženu medicinsku meru;⁴⁹ prati, analizira i daje mišljenje o primeni načela profesionalne etike u prevenciji, dijagnostici, lečenju, rehabilitaciji, istraživanju, kao i o uvođenju novih zdravstvenih tehnologija; doprinosi stvaranju navika za poštovanje i primenu načela profesionalne etike u obavljanju zdravstvene delatnosti; razmatra i druga etička pitanja u obavljanju zdravstvene delatnosti, vršeći i savetodavnu funkciju s tim u vezi.

⁴⁹ Prema čl.31.st.2. Zakona o zdravstvenoj zaštiti, bez pristanka pacijenta ne sme se, po pravilu, nad njim preduzeti nikakva medicinska mera.

*Predrag Jovanović, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad*

Current Aspects of the Principal of Protecting Employees

Abstract

The principal of protecting employees is traditionally present in labour law. Particular categories of employees, also traditionally, enjoy special protection (young people, women, the disabled). However, the issue of protection of moral integrity of the employees has only recently been addressed. That makes the general principle of the protection of employees in labour relations very current, and it is from that perspective that this paper points out to certain standards of protection of employees in light of international, European and domestic law.

Key words: protecting employees; moral integrity; prohibition of discrimination; mobbing; abuse of rights; code of professional ethics;

*Dr Gordana Vukadinović, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

O POJMU AUTONOMNOG PRAVA

Sažetak: *Danas nema jednog opšte prihvaćenog značenja izraza pravo iz čega proističu brojni nesporazumi i različite definicije. Problem postaje još složeniji ako se izrazu pravo doda atribut autonomno. Tako postoje mnogobrojne škole, teorije, i definicije autonomnog prava kao na primer, društveno, živo, intuitivno, dok se u praksi javljaju raznovrsni oblici autonomnog prava, običajno, crkveno, statutarno pravo itd. U radu se analiziraju tri grupe shvatanja o pojmu autonomnog prava: monističko, pluralističko i tzv. etatistički pluralizam. Autor zaključuje da su monistička shvatanja netačna, kao i shvatanja pravnog pluralizma ukoliko svo pravo svode na društveno, ili kada prednost daju društvenom nad državnim pravom. Prihvatljivo je kompromisno gledište, kao i Gurvičeva definicija društvenog prava.*

Ključne reči: *Autonomno pravo. Monizam. Pluralizam. Etatistički pluralizam. Žorž Gurvič.*

Termin pravo ima kako u običnom tako i u stručnom jeziku više značenja. Na višesmislenost izraza ukazuju mnogi autori. Pošto nema jednog opšteprihvaćenog značenja javljaju se i brojni nesporazumi i različite definicije prava. Zato i danas Kantova ironična primedba kako pravnici još ne znaju šta je pravo iako toliko raspravljaju o njemu, još uvek nije izgubila od svoje aktuelnosti i istinitosti. Problem postaje još složeniji ako se izrazu pravo doda atribut autonomno.

Tako postoje mnogobrojne škole, teorije, i definicije autonomnog prava, kao, na primer: društveno, živo, intuitivno pravo, dok se u praksi

javljaju raznovrsni oblici autonomnog prava, običajno, crkveno, statutar-
no itd.¹

Zadržavajući se na shvatanjima autonomnog prava razlikujemo među
njima tri grupe: monistička, pluralistička i tzv. etatistički pluralizam.

Monistička koncepcija je tesno povezana sa monopolističkom ulo-
gom države u odnosu na pravo. Pravo je u celosti proizvod države. U
okviru tog shvatanja državnopravni poredak je jedini legitimni i suvereni
poredak na teritoriji države. Među eminentnim pravnicima koji su
branili ovu koncepciju su Kare de Malberg i Hans Kelzen. U njihovim
radovima pravni monizam nalazi svoj najistaknutiji izraz. U delu *Con-
tribution à la théorie générale de l'Etat (Prilog opštoj teoriji države)*
Kare de Malberg iznosi monističko shvatanje polazeći od suverenosti
države. U toj perspektivi pravo posmatra kao spoljnu silu koja se može
izvesti samo iz države. To znači da pravo ne može postojati ni pre poja-
ve države, niti izvan države. H. Kelzen u *Čistoj teoriji prava* iznosi
drugačije shvatanje, ali stiže do istog zaključka. Za razliku od klasičnih
pozitivista kao što je Kare de Malberg, za koga je država subjekt volje i
akcije, Kelzen smatra da su država i pravo samo ista stvar označena sa
dva različita imena. Pravo i država konstituišu isti fenomen, država je
samo personifikacija prava.²

Između krajnosti monizma i pluralizma javlja se kompromisna teo-
rijska struja koju neki nazivaju *etatističkom koncepcijom pravnog plu-
ralizma*. U tu grupu shvatanja mogla bi se ubrojati sva ona koja, istina,
priznaju postojanje izvandržavnih središta prava ali ističu da se država,
izričito ili prećutno, mora saglasiti s njihovim postojanjem. Ovakve pre-
mise su dovele do zaključka da se u krajnjoj liniji, u državnom monopo-
lu prinude nalazi bitan, konstitutivan elemenat prava. U tom smislu Del
Vekio³, razmatrajući odnos države i prava, podvlači da država daje for-
malnu pozitivnost pravu. „Država je idealna tačka konvergencije na ko-

¹ U ranijim nerazvijenim društvima, država je sasvim malo učestvovala u uspostavljanju prava, jer se najveći deo stvarao spontano, preko običaja. Kada posmatramo kroz istoriju autonomno pravo je imalo naročito dominantnu ulogu u srednjovekovnoj Evropi i to u vidu: običajnog, crkvenog, korporativnog, statutar-
nog prava itd. Sa nastankom moderne države, može se reći da ona postaje preovlađujući faktor u stvaranju prava. Danas je u velikom broju država nastupio period promena u pravnom životu: društveno stvaranje prava znatno potiskuje stvaranje prava od strane države. Pravo sve više stvaraju društvene snage na osnovu podsticaja ili izričitog, odnosno prećutnog odobrenja države, pojavljuju se različiti novi oblici autonomnog prava (na primer, izvori međunarodnog prava poznati pod imenom tzv. *soft law*). Vidi: Avramović, D.: *Savremena pravna država – pravnoteorijski aspekti*, doktorska disertacija, Novi Sad, 2011.

² Kelzen, H.: *Opšta teorija države i prava*, Beograd, 1998, 241

³ Vecchio del G.: *Philosophie du droit*, Paris, 1952, vidi naročito 363-369

ju se moraju obraćati sva pravna određenja koja pripadaju jednom pravnom sistemu“. Međutim, istovremeno, Del Vekio izričito ističe da je moguće da izvesna pravna pravila nastanu i izvan države, u okviru određenih društvenih grupa (na primer međunarodne organizacije, korporativne organizacije, sindikati, crkva i dr.) koje „teže da stvore vlastito pravo“. „Društveni organizmi žive *'iure proprio'* vezujući se za državu spoljnim vezama ili nekim opštim vezama koje ne diraju u njihovu strukturu i ne uništavaju njihovu autonomnu organizaciju“. Analizirajući naročito odnos između prava korporativnih udruženja i državnog prava, on smatra da se među njima „suprotnost može manifestovati ili pomoću tolerancije ili pomoću otvorene suprotnosti“, te da je „pozicija nestabilne ravnoteže između društvenih snaga više pravilo nego izuzetak.“ Ukoliko postoji konkurencija između ta dva sistema sukobi mogu da se reše na tri različita načina. Najpre, država može da rastavi elemente korporativne organizacije uništavajući je. Zatim korporativna organizacija može da se pretpostavi državi postajući i sama država. I najzad, država može da apsorbuje korporativnu organizaciju podvrgavajući je svojoj vlasti. Za ovu teorijsku struju karakteristično je da, s jedne strane, tačno uočava autonoman karakter i pluralizam pravnih normi, ali, s druge strane, posebno ističe direktno mešanje državne vlasti u harmonizovanje ukupne normativne aktivnosti. U tom smislu ovo shvatanje se može označiti kao kompromisno pošto se nalazi između stava da je celokupno pravo stvoreno i sankcionisano od strane države i stava da pravo može postojati i izvan države, nezavisno od nje kako u nastajanju, tako i u funkcionisanju.

Pluralistička shvatanja odbacuju monističke koncepcije prava polazeći od složenosti društvenog života. Suprotno monističkom shvatanju prava, pluralizam polazi od činjenice da u okviru društva egzistira mnoštvo društvenih organizacija, grupa i zajednica te se za njih vezuje pravni fenomen. Zajedničko svim ovim shvatanjima je kritika etatizma, ali među njima postoje i velike razlike koje proističu i iz predmeta istraživanja: da li su u pitanju „primitivna“ ili „razvijena“ društava. Njihovi stavovi zavise, takođe, od vremena u kojima su nastali: suprotstavljanje liberalizmu i pravnom individualizmu sa početka dvadesetog veka (Digi, Oriju, Gurvič, Santi Romano); borba protiv kolonijalne države pre i posle Drugog svetskog rata (Furnival) ; ponovni interes za autohtona društva (Ljuelin i Hoebel), kao i pokušaji teorijske sinteze pravnog pluralizma krajem prošlog veka (Gilisen, Grifit, Vanderlinden, Belej i Rulan).⁴

⁴ Moutouh, H.: *Pluralisme juridique, Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, 2003 , 1158-1162

Za praćenje razvoja i raznovrsnosti shvatanja o pojmu autonomnog prava značajna su naročito sociološko pravna shvatanja po kojima pravo nije idealan, nadiskustven sistem već postoji i razvija se u stvarnosti. Nema samo država svoje pravo, već i svaka društvena grupa i zajednica. Tako, prema pristalicama ovog shvatanja bez obzira na razlike koje među njima postoje nije samo država stvaralac pravnih pravila nego ona nastaju autonomno u okviru ostalih društvenih organizacija i grupa među kojima je država samo jedna od značajnijih. Usled toga ova raznovrsna pravila se nazivaju autonomnim pravom. Polaznu osnovu za ovakav pristup pravu nalazi se u sociološkom i političkom pluralizmu, kao i u kritici pravnog pozitivizma. Složenost i heterogenost društvenog života uticao je da se u sociološkim istraživanjima s pravom isticao značaj mnoštva društvenih grupa i legitimnost njihovog učešća u stvaranju prava. Radovi Ota fon Gierkea ukazali su na nezavisnost korporacija, koje država samo eventualno priznaje kao već stvorene pravne subjekte. Korporacija kao i svaka „organska“ i organizovana zajednica stvara svoje pravo. Gierke ne vezuje pravo za državu već insistira na odlučujućoj ulozi društvenih snaga u kreaciji prava. Kao što je država nezaobilazni izvor prava tako i druge društvene organizacije mogu takođe da stvaraju pravo.

Među značajnim francuskim teoretičarima prava koji su zastupali sociološko shvatanje spadaju Leon Digi i Moris Oriju. Digi nalazi temelj društvenog poretka u podeli rada i organskoj solidarnosti, tj. međuzavisnosti koja se u svesti ljudi spontano odražava, najpre, kao moralna i ekonomska pravila, a zatim, i kao pravna pravila. Kada povreda solidarnosti postane dovoljno teška, tada mnoštvo pojedinaca tj. grupa shvata i prihvata da reakcija protiv prekršioca toga pravila mora biti društveno organizovana u vidu pravnih pravila. Tako pravna pravila nastaju spontano u društvu. Za Digia je fakt-zajednica onaj kriterijum pravnosti iz kojeg se tek izvodi normativna svest. Zato je razumljivo što se sociološke koncepcije združuju sa idejom društvenog prava. Što se tiče prava, Digi stiže do dualizma prava, ali na sociološkoj osnovi. On razlikuje istinsko pravo, objektivno, društveno i državno pozitivno pravo. *Društveno pravo* stvara masa, ono proističe iz samog fakta postojanja društva. A društvo je *per definitionem* solidarno, ono je ortakluk. „Svest mase individua“ čini instancu koja bi trebalo da presuđuje šta je neophodno za održanje društvene solidarnosti i šta je pravedno da bi se sankcionisalo. Solidarnost je za Digia bila „ekvilibrijum između fizioloških potreba i usluga koje se za uzvrat izvršavaju, a koje obavezno postoje u svakom društvu.“⁵ Pravni sistem odgovara stvarnosti samo ukoliko može da stvori pravila (i sankcio-

⁵ Digi, L.: *Preobražaji javnog prava*, Beograd, 1998, 106

niše njihovo kršenje), koja obezbeđuju zadovoljavanje ljudskih potreba, nužnih u jednom određenom društvu i u izvesnom trenutku. Taj sistem je u ostalom samo proizvod tih potreba, i ako on to nije ili ako ne obezbeđuje njihovo zadovoljenje, on je veštačka tvorevina zakonodavca ili pravnika, bez vrednosti i bez pravne snage.⁶

Moris Oriju smatra da je društveni život sastavljen od mnoštva institucija koje prirodno teže da stvore svoje sopstveno pravo nezavisno od države. *Institucija* je najdublji nivo društvene stvarnosti prava. I zato, kako ističe Gurvič, tumačeći Oriju na toj dubini „ stvarnosti možemo pronaći autoritet... koji nije više ni volja, ni organizacija, a ni prinuda ili pravilo, već sama institucija... spontana društvena garancija svih pravnih veza.“⁷

Proučavanje autonomnog prava kao nedržavnog nalazimo u okviru shvatanja pravnog pluralizma dvojice osnivača sociologije prava Eugena Erliha, i Maksa Vebera. Po njihovom mišljenju pravo se stvara spontano, izvan države u okviru pojedinih društvenih zajednica kao nezavisan i autonoman društveni fenomen u odnosu na državu. Eugen Erlih smatra da pravo ne stvara država već se ono stvara u normativnim faktima koja se nalaze u ubeđenju udruženja pojedinaca, u srcu društvenog života.⁸ Pravom on naziva različite norme raznovrsnih društvenih asocijacija: crkve, porodice, staleža itd. Pravne norme imaju svoje poreklo u različitim konkretnim situacijama za koje članovi grupe vezuju obavezni karakter normi. Time se voljom pojedinaca i kolektiva stvara spontan i miran poredak. Ovo pravo Erlih naziva *živo pravo*. Poštovanje pravnih normi osigurano je silom koju ne primeњуje država, već društveno okruženje članova grupe; ono ne zavisi od sudске institucije kao ni od institucije za represiju. Takvim svojim stavom Erlih odbacuje tri suštinska elementa koje pravници često pripisuju pravu: činjenicu da je stvoreno od države, da čini osnov sudskih odluka i prinudnog izvršenja kao onoga što sledi nakon presude.

Na prostorima teorije prava Lav Petražicki je “veoma uspešno, snažno i dosledno izgrađivao koherentnu psihološku koncepciju, stanovište i teoriju“⁹. Za njega je pravo proizvod svesti, individualno i psihološko iskustvo. Preciznije, „imperativno-atributivni doživljaj.“¹⁰ Suprotstavljajući se shvatanjima koja podvlače jedinstvo prava čija se bit nala-

⁶ Nav.delo, 35-36

⁷ Gurvič, Ž.: *Sociologija prava*, Podgorica, 1997, 137

⁸ Erlich, E.: *Fundamental Principales of Sociology of Law*, Cambridge, 1936

⁹ Vračar, S.: Lav J.Petražicki- predvodnik psihologizma u jurisprudenciji, Pogovor *Teorija prava i morala*, Lava Petražickog, Beograd, Podgorica, Sremski Karlovci, 1999

¹⁰ Petražicki, L.J.: *Teorija prava i morala*, Beograd, Podgorica, Sremski Karlovci, 1999, 381

zi u državnoj prinudi, Petražicki ističe da postoji mnoštvo pravnih iskustava kao proizvoda emocija i intuicije. Tako on razvija shvatanje *o intuitivnom pravu* „koje ostaje individualno, individualno - raznoliko po sadržaju, nešablonsko pravo, te se može reći da po sadržaju skupova intuitivnopravnih ubeđenja, intuitivnih prava je onoliko koliko i individua“. Pošto je individualno raznoliko po svom sadržaju intuitivno pravo se u isto vreme od pozitivnog razlikuje i po tome što se njegove odredbe slobodno usklađuju sa konkretnim, individualnim okolnostima datog slučaja, date životne kombinacije¹¹. Petražicki navodi da se dalje intuitivno pravo „razlikuje od pozitivnog prava slobodnom promenljivošću i primenljivošću u smislu procesa istorijskog razvoja... intuitivno pravo se razvija zakonomerno i postepeno, nije izloženo fiksiranju i petrifikaciji i ne zavisi od bilo čije samovolje“. ¹² Za razliku od moralnog osećanja koje se ograničava samo na osećanje dužnosti, pravno osećanje podrazumeva specifičan osećaj obaveze. Preko takvog karaktera pravno iskustvo stvara tendenciju da se obezbedi putem sile. Pored toga, ovakav pristup pravu zahtevao je istovremeno i rešenje konfliktnih situacija i mogućih nereda koji proističu iz neusaglašenosti pojedinaca u pogledu njihovih osećanja prava i dužnosti. U težnji da reši te probleme Petražicki ističe različite unifikatorske tendencije, među kojima je najznačajnija ona koja reguliše sukobe između pojedinaca posredstvom treće osobe – sudije, koji definiše, na imperativan način prava i obaveze. Odluke sudije čine normativne fakte, koji u duhu pojedinaca mogu rađati identične pravne norme. Sudska delatnost, dakle, stvara posebnu neposrednu vezu sa pravnim iskustvom. Pošto je proces suđenja povezan sa pravnim iskustvom bez posredovanja normativnih akata ono se oslanja na individualno iskustvo, intuitivno pravo. To iskustvo se kao osećanje pravde pojavljuje spontano i neposredno iz svesti pojedinaca i manifestuje se izvan države u individualnoj psihologiji i u kolektivnom iskustvu vlastite pravde izvesnih društvenih klasa.

Svojim razmatranjima Petražicki je ukazao na psihološke aspekte koji mogu biti veoma plodonosni u proučavanju autonomnog prava. Iako zanemaruje formalne grupe i organizacije kao stvaraoce prava, on podvlači dinamizam pravnog života u neorganizovanom kolektivitetu i primarnim društvenim grupama. Na kraju, sam pojam intuitivnog prava omogućava pronalazak sfere spontanog prava, koja može suštinski izražavati pravno iskustvo u izvesnim društvenim slojevima i grupama.

Kao i u nizu drugih oblasti tako i u proučavanju prava značajan doprinos dao je Maks Veber. On smatra da postoje mnogobrojni pravni po-

¹¹ Nav. delo, 387 i dalje.

¹² Nav. delo, 388 i dalje.

reci zasnovani na autoritetu drugačijem od političkog autoriteta države (na primer pravila udruženja nemačkih studenata, norme slovenskih „za-druga“ ili, pak, norme različitih crkava). Isto tako, nije retkost, da izvan pravnog sistema na evropskom kontinentu, moderno državno pravo prihvata kao izričito „važće“ i norme drugih organizovanih grupa i da preispituje njihove konkretne odluke.¹³ Sve te mnogobrojne norme su takođe, pravne norme u onoj meri u kojoj su zagarantovane primenom specijalnog aparata prinude. Dakle, mnogobrojni kolektiviteti mogu stvarati pravne norme, ali postojanje aparata za prinudu presudno je za pojam prava. Za Vebera je irelevantno da li je u pitanju ekonomska, psihička ili neka druga prinuda. „I konzulska kazna i „bratska opomena“ spadaju u prinudu ukoliko su bile regulisane pravilom i ako ih je sprovodio aparat ljudi“¹⁴. Primena fizičke prinude karakteriše i državno pravo. „O državnom pravu, tj. pravu koje jemči država, govorićemo samo u slučaju kad se ono jemči, tj. kad se primenjuje pravna prinuda specifičnim tj. u normalnom slučaju direktno fizičkim sredstvima prinude te političke zajednice“. Poštovanje pravnih normi nije pretežno ili jedino zato što iza toga stoji aparat za nasilje. Pobude mogu biti veoma različite. Pokušavajući da da odgovor na to pitanje Veber ističe da „u većini slučajeva one imaju ili više utilitaristički karakter ili više etički karakter, ili subjektivno konvencionalan karakter, tj. u pitanju je strah od neodobravanja okoline“. Veber je zaslužan što je izneo obilje dragocenih podataka za proučavanje pravnog pluralizma i autonomnog prava.

Idući za Petražickim, ali oslobađajući se „subjektivističkih i psiholoških predrasuda“ Žorž Gurvič razvija veoma kompleksnu teoriju društvenog prava. Pošto je pravna pojava krajnje složena u svojoj antinomičnoj strukturi, zajednička greška svih tumačenja pravne stvarnosti sastoji se, po njemu, u „svođenju specifičnosti prava na stvarnost posebne vrste, normativne, pojmovne, psihološke, sociološke, moralne, sve do brutalne sile i samovolje“. ¹⁵ Dogmatski monizam je odgovarao određenoj društvenoj situaciji stvaranja nacionalnih država od XVI do XVIII veka. Najpre se javljao kao refleks apsolutne monarhije, a kasnije kao potvrda jakobinske vladavine i Napoleonove centralizacije, čija je suština bila u tome da pravo podvrgava državi. Gurvič takvoj individualističkoj i etatiističkoj koncepciji suprotstavlja učenje o mnogobrojnom društvenom pravu kao pravu integracije. To je pravo svakog društva, grupe, klase, orga-

¹³ Veber, M.: *Privreda i društvo*, I i II, Beograd, 1976, 256

¹⁴ Nav. delo, 24

¹⁵ Gurvitch, G.: *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, 1935, 13

nizacije, što znači postojećih društvenih zajednica na različitim nivoima, utemeljeno na kolaboraciji i kooperaciji. Različiti centri autonomnog stvaranja prava mogu biti ili iznad države ili podređeni državi (sindikati, trustovi, fabrike, crkve, decentralizovane javne službe, međunarodne organizacije itd.). Vodeći računa o ključnoj karakteristici društvenog prava - integraciji Gurvič daje definiciju društvenog prava koja je prihvatljiva i korisna. Ona podrazumeva „sedam suštinskih obeležja, koja su nužno međusobno povezana: 1) opšta *funkcija* društvenog prava; *objektivna integracija ukupnosti* uređivanjem zajednice članova; 2) *osnov* njegove obavezne sile: *uokvirenje toga društvenog prava od strane iste ukupnosti koju integriše*; 3) *objekat*: *uređivanje unutrašnjeg života ukupnosti*; 4) unutrašnja *struktura* odgovarajućeg pravnog odnosa: *direktno učešće 'ukupnosti', neodvojene od svojih članova*; 5) spoljna *manifestacija*: *'društvena moć' koja normalno nije vezana za bezrezervnu ograničenost*; 6) *realizacija* u organizacijama: *prednost neorganizovanog prava nad organizovanim pravom*, koja ne dozvoljava neke druge izraze sem udruživanja na saradnji i egalitarnim trendencijama; 7) *subjekt kome se obraća* organizovano društveno pravo: *kompleksno kolektivno lice*. – Sva ova obeležja neophodno je objasniti i precizirati, a da pri tome, njihovo jedinstvo, koje predstavlja centralnu karakteristiku – *integracija*, mora ostati očigledno“.¹⁶

Ovoj definiciji dodaje i sledeće obeležje: „ovakva regulacija izvodi svoju vrednost iz normativnih činjenica koje pružaju društvenu garanciju svoje delotvornosti i koje mogu, u izvesnim slučajevima, ostvariti svoje zahteve putem precizne i spoljne prinude ali koje tu prinudu ne pretpostavljaju kao nužnu“.¹⁷ Na ovaj način Gurvič se približava etatističkom poimanju pravnog pluralizma.

Značajan prilog sintezi ove problematike pravnog pluralizma dao je Žak Vanderlinden¹⁸ prema čijem mišljenju jedinstvo prava je neopravdano i nepravedno pošto se pomoću „jedinstvenog prava“ ne obezbeđuje pravda, a ni efikasnost prava. Pluralizmom se, naprotiv obezbeđuje nužno nekoliko efekata: afirmacija superiornosti dominantne grupe, osiguranje ravnoteže između jednakih grupa, ostvarenje specifičnosti i nezavisnosti institucija, kao i realizacija pravne decentralizacije. Ako se pravni pluralizam posmatra u zavisnosti od objekta onda on može da se odnosi na pravo u celini datog društva, što je u praksi dosta retko, kao na primer pravo

¹⁶ Gurvitch, G.: *L' idée du droit social*, Paris, 1933, 15-16

¹⁷ Gurvič, Ž.: *Sociologija prava*, Podgorica, 1997, 67

¹⁸ Vanderlinden, J.: *Le pluralisme juridique, essay de synthèse, Le pluralisme juridique*, Bruxelles, 1972

u srednjem veku, ili se pak pravni pluralizam odnosi na predviđenu granu prava, ili što je još češće, na deo više ili manje važan jedne grane prava. Slično Gurviču koji nam je, posmatrajući zapadna društva s početka prošlog veka, sugerisao tipologiju društvenog prava tako i Vanderlinden više od pola veka kasnije razlikuje pravni pluralizam: paralelan ili integrisan, kumulativan ili izolovan, željen ili obavezujući, nezavisan ili kontrolisan, delotvoran ili anticipativan, antagonistički ili komplementarni i nametnut ili saglasan. A što se tiče svrhe pravnog pluralizma najkraće, ona se nalazi u uspostavljanju ili ponovnom uspostavljanju jedinstva prava koje se sastoji u materijalnoj i psihološkoj homogenizaciji društvenih grupa.

Tako se izraz pravni pluralizam u pravnoj nauci upotrebljava i u drugim značenjima, on postoji kada se u okviru istog pravnog poretka u identičnim situacijama primenjuju različiti pravni mehanizmi¹⁹. Ovim značenjima izraza pravni pluralizam dodaju se i nova u smislu postojanja unutar pravnog sistema više pravnih podсистema.²⁰

Pored teorije prava, u savremenoj sociologiji i sociologiji prava raste interes za različite aspekte pravnog pluralizma i autonomnog prava. Kanađanin Žan-Gi Belej²¹ na izvestan način može se smatrati nastavljачem ideja Erliha i Gurviča i to u onoj meri u kojoj se pojam pravnog pluralizma vezuje za društvene promene unutar zapadnih društava. Na početku istraživanja pravnog pluralizma akcenat stavlja na društveni sukob, kada je on generalno vezan za pravni proces u celini, ili pak, samo za primenu prava. Potom u prvi plan ističe nezavisnost državnih i nedržavnih manifestacija prava i pravde. On smatra da bi ta pitanja morala da se usredsrede na proučavanje dinamike centralizacije, odnosno decentralizacije prava. Na globalnom nivou savremenih društava ova problematika za Beleja je povezana sa ključnim problemom analize, fenomenom etatizacije prava i podeli pravnog regulisanja između države i drugih centara moći.

Na kraju, pojačano interesovanje za autonomno pravo se javlja s jedne strane u pravnoj praksi, a sa druge, u nauci, naročito: teoriji, sociologiji i sociologiji prava. U pravnoj nauci interes za ovu problematiku ukazuje da je svako društvo suštinski pluralističko zbog čega su shvatanja pravnog pluralizma veoma korisna i plodonosna. Ali ona su „preterana kada sve pravo svode na društveno, ili kada prednost daju društvenom nad državnim pravom“. Takvo preterivanje „nije ni istinito ni korisno“.²²

¹⁹ Nav. delo, 19 i dalje.

²⁰ Nav. delo, 22 i dalje.

²¹ Belley, J-G.: *Conflit social et le pluralisme juridique en sociologie du droit*, Paris II, (thèse) 1977

²² Mitrović, D.M.: *Autonomno pravo*, četvrto izmenjeno i skraćeno izdanje, Beograd, 2012 (u štampi).

*Gordana Vukadinović, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad*

On the Notion of Autonomous Law

Abstract

Today there is not a single generally accepted meaning of the term law, from which arise numerous misunderstandings and different definitions. The problem becomes even more complicated if we add an attribute autonomous before the expression law. As a result, there are many schools, theories, and definitions of autonomous law for example, social, living, and intuitive, while in practice various forms of autonomous law appear such as, customary, canon, statutory law and so on. This paper analyzes three groups of approaches to the concept of autonomous law: monistic, pluralistic, and so called statist pluralism. The author concludes that the monistic concept is incorrect, as well as the understanding of legal pluralism, if the law is reduced to the social law, or when they prefer to social to state law. An acceptable point of view is the compromise between the two and Gurvitch's definition of social law.

Key words: Autonomous law. Monism. Pluralism. Statist pluralism. Georges Gurvitch .

*Dr Miloš Marjanović, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

ELEMENTI DRUŠTVENOG DELANJA¹

Sažetak: Društveno delanje kao početna sociološka kategorija ima značajne analitičke prednosti u odnosu na društvenu pojavu. Njeni osnovni elementi su: akteri delanja, predmeti i sredstva, potrebe i interesi, vrednosti i norme, položaji i uloge. Akteri pokreću i objedinjuju ostale elemente, vode ka magičnom trouglu sociologije (pokret, promena, poredak) i reafirmišu aktersku u odnosu na sistemsku paradigmu. Predmeti i sredstva materijalizuju delanje, a njihovo prenamaglašavanje vodi u tehnološki determinizam ili, posredstvom svojine (kao institucionalizovanog prisvajanja prirode) ka (bes)klasnim istorijskim tipovima društva. Potrebe i interesi su osnova motivacije ličnosti ali i polazna tačka za dubinsku analizu društvenosti. Širenjem kruga legitimnih interesa razvijale su se i tehnike normativne regulacije. Vrednosti i norme vode ka institucionalno-organizacijskoj, položaji ka vertikalnoj, a uloge ka horizontalnoj dimenziji društvene strukture. Vrednosti osmišljavaju delanje ali i ljudsku egzistenciju, orijentir su motivacionog sistema ličnosti ali i temeljni integrator društva. Vrednosti su, kao apstraktne, latentna pozadina normi i one kazuju šta a norme kako nešto treba uraditi. Norme su specifikovana uputstva za prikladno ponašanje, a bez normativnog poretka ne bi bilo moguće zadovoljavanje potreba i usklađivanje interesa. Bogatstvo, moć i ugled su komponente položaja, a pravni status je propisivanje prava i obaveza datog položaja. Uloge su normativno očekivana ponašanja, a razvrstane su prema vrsti sankcija. One ali i drugi elementi društvenog delanja su polazna tačka za sociološku analizu pravnih normi i ustanova. Ali i sagledavanje pravne komponente obogaćuje, osnažuje i precizira sociološku analizu društvenog delanja.

¹ Rad je nastao na projektu „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (Srbija i EU)“ koji se finansira sredstvima Pravnog fakulteta u Novom Sadu.

Ključne reči: društvena pojava, elementi društvenog delanja: akteri, predmeti i sredstva, potrebe i interesi, vrednosti i norme, položaji i uloge.

UVOD

Kada se postavi pitanje polazne sociološke kategorije, onda se naglašava da ona mora biti istovremeno najelementarnija i najapstraktnija. Najelementarnija je zato jer ako se rastavi na svoje sastavne elemente više ne predstavlja društvenu pojavu, a najapstraktnija zato jer se mora sadržavati u svemu što je društveno. Namera nam je da ispitamo analitičke mogućnosti dve takve kategorije – društvene pojave iz formalnosociološke i društvenog delanja iz veberijanske misaone tradicije. Naša je hipoteza da je određenje društvene pojave jednostavnije i preciznije, a društvenog delanja složenije ali analitički plodonosnije. Cilj rada je da se utvrde i, sažeto, objasne osnovni elementi društvene pojave, a naročito društvenog delanja i njihove analitičke mogućnosti. I u domenu sociologije prava neki od ovih elemenata su plodonosna polazna tačka za sociološku analizu pravnih normi i ustanova.

DRUŠTVENA POJAVA ILI DRUŠTVENO DELANJE?

Jedno od najjednostavnijih i najuspelijih određenja pojma društvene pojave srećemo kod Radomira Lukića², do koga je on došao pod uticajem formalizma u sociologiji, osobito fon Vizeovog. Specifičnost društvene pojave se razmatra u odnosu na prirodnu pojavu s jedne, i individualnu pojavu, s druge strane. Njena suština se određuje kao povezano delovanje ljudskih ponašanja koje izaziva promene u prirodi, društvu i na samim učesnicima u toj pojavi. Tih promena ne bi bilo da nije tog povezanog delovanja. Još jednostavnije rečeno, društvena pojava je veza ljudskih ponašanja. Ona se, dakle, sastoji iz dva elementa: 1) ljudskih ponašanja i 2) povezivanja tih ponašanja.

Ako bi se društvena pojava rastavila na svoje sastavne elemente onda više ne bi bilo reči o društvenoj pojavi. Pojedinačno ljudsko ponašanje još uvek nije društveno, a povezanost pojava je karakteristična i za prirodu, i za individuu, a ne samo za društvo. Dakle, tek povezivanjem ljudskih ponašanja nastaje društvena pojava. Ma kako složeni bili društveni entiteti, čak i globalno društvo kao celina, oni se nužno sastoje od struk-

² R. Lukić, *Osnovi sociologije*, Beograd, 1995, s. 154 - 217 i njegova odrednica „Društvena pojava“ u: *Sociološki leksikon*, Beograd, 1982, s. 105 – 106.

tuiranog povezivanja ljudskih ponašanja. A ta ljudska ponašanja, s obzirom na momenat svesti mogu biti: 1) prirodna, ako nisu izazvana svešću nego su nesvesna ili samo praćena svešću, 2) kulturna, ako su izazvana svešću, u kom slučaju imaju smisao ili značenje i 3) društvena, ako je reč o povezivanju takvih svesnih ponašanja.

Leopold fon Vize društvenu pojavu određuje kao spajanje ili razdvajanje ljudi u društvenom prostoru, čime se ona svodi na međusobni uticaj pojedinaca. Lukićev pomak se sastoji u tome što naglašava da nije reč, naprosto, o uticaju na ponašanje drugog, nego o povezivanju tih ponašanja. To povezivanje može biti međusobno, bilo jednostrano bilo uzajamno, u kom slučaju se promene vrše na jednom ili više učesnika u pojavi, ili pak zajedničko, u kom slučaju se promene vrše u prirodi ili društvu.

S obzirom na pojedine aspekte ili strane društvene pojave mogu se razlikovati sledeće njene vrste:

1) Društveni procesi su prvostepeno povezivanje, unutrašnja ili dinamička strana društvene pojave, a to znači da se svaka društvena pojava u stvarnosti uvek odvija kao neki proces.

2) Društveni odnosi su spoljašnja, formalna strana društvenih pojava. Na primer, odnosi nejednakosti podrazumevaju nadređen i podređen položaj, a predstavljaju oblik ili formu u okviru kojih se odvijaju procesi u porodici, vojsci, između klasa ili drugih vertikalnih društvenih grupacija.

3) Društvene tvorevine su drugostepena povezivanja ili kristalizovani rezultati društvenih procesa. Takve tvorevine su, na primer, nauka, umetnost, religija, crkva, država, pravo.

Maks Veber određuje sociologiju kao nauku koja treba da razume i uzročno objasni društveno delanje. I za njega je to delanje ljudsko ponašanje ali samo ako sadrži subjektivni smisao i uzajamnu orijentaciju ponašanja s obzirom na taj smisao.³ Neki autori prave razliku između aktivnosti, koja je svojstvena svim biološkim organizmima, i delanja ili akcije, koje je svojstveno samo čoveku jer podrazumeva cilj, smisao, značenje. Za neke druge autore društvena pojava se ispoljava kao rad i kao akcija ili delanje. Rad kao prinudna delatnost, preko podele rada, proizvodi ne samo robu i usluge nego i obnavlja postojeće strukture, sistem, poredak. Društvena akcija ili društveno delanje transcendirá, prevazilazi postojeće, predstavlja emancipaciju, postajanje, nastajanje, preobražaj, mogućnost. Drugim rečima, dok je u radu više naglašen prinudni karakter društvene pojave, u društvenom delanju ili socijalnoj akciji se više naglašava svesna, svrsihodna, slobodna samodelatnost ljudi.⁴

³ M. Veber, *Privreda i društvo*, Beograd, 1976, tom 1, s. 3 – 4.

⁴ M. Ranković, „Akcija“, u: *Sociološki leksikon*, Beograd, 1982, s. 3 – 4.

GLAVNI ELEMENTI DRUŠTVENOG DELANJA

Na osnovu našeg dugogodišnjeg iskustva u sistematizaciji socioloških kategorija, mišljenja smo da su glavni elementi društvenog delanja:

akteri, koji obavljaju delanje i objedinjuju sve ostale elemente, predmeti i sredstva, na kojima i kojima se obavlja delanje, potrebe i interesi, koji ga pokreću i motivišu, vrednosti i norme, koji ga osmišljavaju i usmeravaju i položaji i uloge, pozicije koje akteri zauzimaju obavljajući normativno očekivana delanja.

AKTERI DRUŠTVENOG DELANJA

Jedino čovek svojom svesnom, svrsishodnom i, nadasve, praktičnom delatnošću u stanju je da menja prirodu, društvo ali i samog sebe. Zbog toga tu njegovu aktivnost i označavamo kao akciju ili delanje. Kao akter ili subjekt on objedinjuje i aktivira sve ostale elemente društvenog delanja.

Klasična sociologija je operisala jednom uskom i vrlo siromašnom slikom društvenih aktera. Ona je o njima govorila ili na individualnom nivou ili bezlično, kao o silama, snagama, faktorima (velike istorijske ličnosti i narodne mase). A akteri su individualni, grupni i globalni. Postepeno se otkrivalo da su velike društvene grupe stvarni akteri istorijskih zbivanja i da je zato potrebno spoznati i njihove pobude i interese, a ne samo motive pojedinačnih aktera. Akteri ili nosioci političkog procesa nisu izolovani pojedinci nego organizacije. Ali nisu samo klase, nacije i političke partije akteri istorijskih promena. Za moderno društvo je karakteristična čitava mreža ili pluralitet društvenih aktera. Oni posreduju između poretka i promene čineći tzv. magični trougao sociologije (poredak-pokret-promena). Apstraktna sistemska, vrednosna, interesna analiza je, zapravo, način eliminisanja aktera iz takvih analiza. Sa pojavom novih društvenih pokreta, osim već postojeće sistemske, afirmiše se nova, akterska paradigma. Već se uveliko govori o povratku aktera u sociološku analizu.⁵

PREDMETI I SREDSTVA

Čovek je predmetno biće, ne samo zato što je telo i organizam, nego i stoga što se njegove delatnosti oспoljavaju i materijalizuju u objektivnom svetu. Delovanjem sredstava za rad na predmete rada zadovoljava se

⁵ A. Touraine, *Le retour de l'acteur*, Paris, 1984.

neka ljudska potreba. Predmet ljudskog delovanja je priroda u najširem smislu, uključujući i društvo. Zemaljska priroda je opšti uslov proizvodnje i okvir društvenog delovanja i u tom smislu su predmet sociološkog interesovanja⁶. Predmeti rada koji su već pretpeli neki ljudski rad, a nisu namenjeni potrošnji, nego daljoj proizvodnji nazivaju se sirovine. Iako se socio-emocionalna vezanost pojavljuje samo u međuljudskim odnosima, postoje i specifična emocionalna vezanost za predmete – seljakova vezanost za zemlju, fetišizacija amajlija, verskih relikvija, državnih zastava, navijačkih rekvizita, pri čemu je, svakako, u prvom planu njihova simbolička vrednost.

Sredstva (oruđa) za rad se, ponekad, smatraju suštinskom karakteristikom čoveka i društva. Tako se ističe da današnji čovek, koji datira od pre oko 35 hiljada godina, nije samo razumom obdaren (*homo sapiens*), nego da je i delatno, radno, proizvodno biće (*homo faber*). „Čovek je životinja koja pravi oruđa“ („*Man is a tool-making animal*“) – veli Bendžamin Frenklin, američki pronalazač i državnik. I životinje, sporadično, upotrebljavaju oruđa, ali nagoni a ne svesno. Međutim, samo ih čovek stvara i usavršava. Doista, oruđa za rad su odigrala ogromnu ulogu u evoluciji čoveka, kako biološkoj tako i socio-kulturnoj. Jedino je kod čoveka palac u opoziciji sa drugim prstima na ruci, što je rezultat upotrebe oruđa i oružja, a prednji ekstremiteti su se transformisali u ruke. Nekoliko desetina hiljada godina vatra i grubo kameno sečivo bili su glavna ljudska oruđa i oružja (po nekim je čovek biće koje loži vatru). Uostalom, čitava periodizacija praistorije zasniva se na materijalu od koga je izrađivano oruđe i oružje – starije, srednje i mlađe kameno doba (paleolit, mezolit i neolit) i metalno doba (bronzano i gvozdeno). U paleolitu su korišćeni vatra i grubo klesano kameno sečivo, u mezolitu mikrolitska oruđa (mali kameni alati, tj. šiljci od kamena i kostiju na vrhovima koplja, strela i kao udiče), a u neolitu fino obrađivana kamena oruđa (uz to i grnčarija, pripitomljavanje životinja, gajenje biljaka). Kroz čitavu praistoriju i istoriju oruđa su neprestano modernizovana. To je, između ostalog, navelo Marksa da kaže da se ekonomske epohe ne razlikuju toliko po tome šta, nego kako se proizvodi. Hleb se, na primer, upotrebljavao još u neolitu ali je način njegovog pripremanja različit. Moglo bi se reći da su alati i mašine produžena ruka čoveka, a kompjuter njegov produženi mozak. Mehanizacija delimično, a automatizacija potpuno zamenjuje ljudski rad. Sa automatizacijom i kompjuterizacijom nastupila je treća industrijska revolucija.

⁶ M. Popović, *Problemi društvene strukture*, Beograd, 1967, s. 109 – 114.

Sve je to nagnalo neke naučnike da postanu pristalice tehnološkog determinizma. Kritičari ovog shvatanja ističu da mnogo moćniji deterministički uticaj na razvoj društva imaju odnosi proizvodnje kao glavni društveni odnosi. Odnosi prema predmetima i sredstvima posredovani su svojinom kao institucionalizovanim i društveno regulisanim načinom prisvajanja prirode. U nekim periodizacijama i tipologijama, osnovni istorijski tipovi društva izvedeni su iz svojinskih odnosa kao temeljnih društvenih odnosa.

POTREBE I INTERESI

Ljudsko delanje je svrhovito, a svrha se sastoji u tome da se postigne neki cilj. Taj cilj koji nas pokreće na delanje naziva se motiv. Njime se želi postići određeno stanje koje zadovoljava neku ličnu ili društvenu potrebu, čime se daje sadržaj i smisao ljudskoj delatnosti. Stoga se potrebe mogu odrediti kao dinamičke snage koje pokreću ljudsko delanje. Potrebe se, dakle, nalaze u osnovi motivacionog sistema ličnosti. Iako su one po svom karakteru objektivne, na subjektivnom planu se izražavaju kao osećaji – gladi, žeđi itd. Čovek ih doživljava kao neugodnost, koju želi da otkloni, ili kao želju koju teži da ostvari.⁷ Izučavanje potreba je od velikog značaja za ličnost i društvo, pa se zato konstituisala hrejologija – nauka o potrebama.

Klasična proučavanja potreba tragala su za njihovom nagonskom, urođenom biološkom osnovom, dok su novija istraživanja više usmerena na njihovu vrednosno-normativnu uslovljenost. Tako Mek Dugal govori o sentimentima (instinkti praćeni osećanjima) a Frojd je formulisao psihoanalitičku teoriju libida (sa *erosom* - seksualnim nagonom kao najvažnijim i *tanatosom* - nagonom smrti). Tragalo se za brojem i značajem pojedinih potreba i njihovom hijerarhijom, a u antropološkim istraživanjima i za njihovom univerzalnošću ili kulturnom relativnošću. Tako je, na primer, Malinovski utvrdio da Edipov kompleks nije univerzalan. Ova istraživanja su pokazala da su i najelementarnije biološke potrebe (čak i potreba za održavanjem života), pod vrlo jakim uticajem kulturnih tradicija pojedinih društava. Sve biološke potrebe su socijalizovane pa tako, recimo, i potreba za hranom i seksualni nagon. Malo dete neselektivno stavlja predmete u usta i tek mora da nauči šta se jede a šta ne, u pojedinim kulturama neka vrsta hrane se preferira, a u drugoj se prema njoj oseća averzija (na primer, meso pojedinih životinja), kulturno je determinisano šta

⁷ N. Rot, *Osnovi socijalne psihologije*, Beograd, 1975, s. 213–214.

sve može biti hrana, način njenog pripremanja, vreme i način posluživanja jela. U pojedinim kulturama veoma se međusobno razlikuju seksualne (ali i sve druge telesne tehnike), privlačnost i način izbora seksualnog partnera, stav prema predbračnim i vanbračnim odnosima, incestu (rodo-skrvnuću). Kod čoveka je seksualni motiv veoma modifikovan jer se osamostalio u odnosu na reproduktivnu funkciju i nije samo biološki, nego i psihički i društveni odnos.

Ljudske potrebe su veoma brojne i raznovrsne i mogu se klasifikovati na različite načine. Prema tome kako nastaju mogu se podeliti na urođene i stečene. Urođene ili biološke potrebe su zasnovane na nasleđu a to su potrebe za: hranom, vodom, telesnom temperaturom, kiseonikom, izlučivanjem suvišnih materija iz organizma, izbegavanjem bolova, odmorom, aktivnošću, seksom i materinstvom. One uvek predstavljaju nedostatak ili suvišak nečega u organizmu. Ponekad se nazivaju i telesne ali sve telesne potrebe nisu urođene, na primer, potreba za pušenjem ili alkoholom koje su stečene. Stečene potrebe se formiraju, pretežno, na osnovu ličnog iskustva u toku života. One su pokretači raznovrsnih aktivnosti čoveka, naročito društvenog ponašanja pa se, ponekad, nazivaju i društvene ili socijalne. Razne osobine ličnosti ali i brojni stavovi, interesi, vrednosti i norme mogu biti izvor takvih potreba i motiva ponašanja. Takve potrebe su, na primer, potreba za: znanjem, postignućem (naročito sticanjem), lepim, zabavom i razonodom, putovanjem i slično. Sve ove potrebe su psihičkog karaktera i nastaju u odrđenim društvenim i kulturnim uslovima.⁸

Slična je i podela na primarne i sekundarne potrebe. Kada se kaže primarne potrebe, to ne znači da su one najvažnije ili najmoćnije u motivisanju ljudskog ponašanja, nego samo da se one prve moraju zadovoljavati jer su uslov njegove fizičke, pa i socijalne egzistencije. *Primum vivere, deinde philosophari*, kaže latinska izreka. Ova podela se, uglavnom, ali ne sasvim, poklapa sa podelom na biološke i društvene (socijalne) potrebe jer se, ponekad, u primarne ubrajaju i neke socijalne, kao što su potrebe za društvom ili potreba za sigurnošću.⁹ Šta više, upravo sekundarne potrebe su istinski ljudske ili fundamentalne. Tako Erih From kao specifično ljudske ili fundamentalne potrebe koje karakterišu ljudsku situaciju, a koje su nastale tokom evolucije i nisu manje važne od bioloških nagona, navodi: (1) potrebu za pripadnošću ili emocionalnom vezom sa drugim ljudima, (2) potrebu za ukorenjenošću ili pronalaženjem svog mesta u društvu, (3) potrebu za stvaralaštvom nasuprot

⁸ Isto, 214 – 218. Z. Golubović, *Čovek i njegov svet*, Beograd, 1973. s. 162 – 186.

⁹ N. Rot, nav. delo, s. 214; Z. Golubović, nav. delo, s. 166 – 167.

destruktivnosti, (4) potrebu za identitetom i individualnošću nasuprot konformizmu, (5) potrebu za pogledom na svet kao okvirom orijentacije. Zadovoljavanjem ovih potreba formira se zdrava ličnost, a njihovo nezadovoljavanje vodi u bolest. Na primer, za razliku od Frojda koji je smatrao da je nagon za smrću kod čoveka urođen, From ubedljivo pokazuje da je ubijanje pripadnika sopstvene vrste ljudski specifikum jer se destrukcija pojavljuje onda kada potreba za stvaralaštvom nije aktualizovana.¹⁰

I Abraham Maslov naglašava bitnu razliku između potreba nedostajanja (ili oskudice) i potreba postojanja (ili raščćenja), kako ih on naziva. Ako prve nisu zadovoljene, one potiru druge ali ako su te vitalne potrebe zadovoljene, onda ove druge postaju imperativne. Zadovoljavanje potrebe nedostajanja (glad, žeđ) uklanja napetost i vodi njenom iščezavanju, a zadovoljavanje potrebe postojanja (na primer, hobi) povećava napetost i intenzivira je. Zadovoljavanjem potreba oskudice sprečava se bolest i poremećaj organizma, dok je zadovoljavanje potreba postojanja neophodno za razvitak zdrave ličnosti.¹¹

Motivacioni sistem čoveka je lična sinteza individualnih sklonosti i potreba i njihovog društveno-kulturnog oblikovanja. Društvo u procesu socijalizacije razvija poželjne potrebe, a time i poželjan tip ličnosti. Mogu se razlikovati autentične i veštačke potrebe, naročito u potrošačkom društvu. Za Marksa je istinski bogat čovek, čovek bogat potrebama a ne imetkom. Za Froma se postavlja pitanje šta je važnije – imati ili biti? Istinski bogat čovek je, dakle, čovek sa razvijenim, autentičnim potrebama. U potrošačkom društvu zapadne civilizacije, reklamom se napadno nameću veštačke (nepotrebne) potrebe, a čovek postaje „jednodimenzionalni čovek“ potrošnje (Markuze). Kako veli Hana Arendt, dominantne grupe nameću osnovne ili prioritetne potrebe čime se uspostavlja „diktatura nad potrebama“.

Reč interes potiče od latinskog glagola *inter sum*, *inter esse* koji znači biti među, nalaziti se kod, učestvovati. Interes je vrednosno usmerena potreba. Dakle, svi su interesi utemeljeni na ljudskim potrebama, a apstraktno se izražavaju kao vrednosti (načela, stavovi). Zato se interes u širem smislu, ponekad, upotrebljava kao sinonim za stav, očekivanje, pokretač, težnju jer označava saznajnu strukturu sa motivacionim dejstvom ili trajne dispozicije ponašanja. Interes je, zapravo, motivacioni vektor ili inicijator ljudskog delanja koji određuje očekivanja i stavove. Interes je

¹⁰ E. From: *Zdravo društvo*, Beograd, 1983. i *Anatomija ljudske destruktivnosti*, 1 – 2, Zagreb, 1980.

¹¹ A. Maslov, *Motivacija i ličnost*, Beograd, 1982; Z. Golubović, nav. delo, s. 167.

motivator čina pa, zato, i nije ništa drugo nego svaki stabilizovani i trajni motiv.¹²

Pojam interesa je relacionala kategorija u kojoj se iskazuje neki društveni odnos jer se uvek određuje prema interesima drugih u ljudskoj zajednici u kojoj se formira. Stoga može da posluži kao polazna tačka i uporište za dubinsku analizu društvenosti. Zbog toga što je elementarna jedinica ili osnovna mera, interes ima onaj značaj za ljudsko društvo koji ima energija za fizički svet i informacija za živi svet. Interesi su u temeljima kako objektivne struktuiranosti i funkcionisanja društvenog sistema, tako i motivacije subjektivnog ljudskog delanja.¹³

Ta objektivna dimenzija interesa vodi ka društvenom položaju pojedinaca i grupa, dok se njegova subjektivna dimenzija, koja se ogleda u trajnoj usmerenosti pažnje na neke objekte, ideje ili osobe od važnosti za subjekt naziva interesovanje. Zbog svog značaja za društvene aktere ali i vezanosti za sistem vrednosti, interesi se, naročito u političkom prostoru, pojavljuju u prerušenom i prikrivenom ideološkom obliku, koji predstavlja neprozirnu koprenu koja zamagljuje društvenu stvarnost, a te zablude i predrasude se prenose i u društvenu teoriju. Stara izreka kaže da, kada bi geometrijski aksiomi zadirali u interese ljudi, i njih bi pobijali. Stoga naučna analiza skrivenih, dubinskih uzroka interesnih sukoba pretpostavlja kritičku svest o tim ideološkim zabudama i predrasudama. Ovo je važno imati na umu i u ekonomskim analizama u kojima interes predstavlja potencijalno delanje prema, često, ograničenim dobrima i uslugama od egzistencijalnog značaja za interesenta. Kao pravni pojam, interes je zaštićen zakonom kao subjektivno pravo (na primer, svojina) ili samo upotrebom opštih pravnih sredstava ali je i tada priznat kao legitiman. Jering, čak, smatra da pravo i nije ništa drugo nego zaštićeni interes.¹⁴

U svom društvenom ispoljavanju, interesi nužno vode ka saradnji ili ka sukobu. Interesi na konkretnijem, a vrednosti na apstraktnijem nivou su integratori društva ali i usmerivači društvenih aktera u sukobu, pa i delanju uopšte. Stoga je usaglašavanje interesa centralna dimenzija pravne ali i svake druge društvene regulacije. Tu se pojavljuje problem usaglašavanja pojedinačnih, posebnih i opštih interesa, kao jedan od najvažnijih i najtežih problema političke teorije i prakse, još od antičkih vremena. Nametanje sopstvenih interesa drugima je društvena moć, ko-

¹² E. Pusić, *Društvena regulacija*, Zagreb, s. 6, 17, 94, 113.

¹³ Isto, s. 24, 113.

¹⁴ *Pravna enciklopedija*, Beograd, 1979, s. 425 – 426.

ja predstavlja jednu od najznačajnijih kategorija ne samo u sociološkim, nego i u ekonomskim, političkim i pravnim analizama interesa.¹⁵

Interes je pojam novovekovne političke filozofije. Zapravo, on se uobličavao u 18. i 19. veku, u teorijama društvenog ugovora, prosvetiteljstvu, liberalizmu i nemačkoj idealističkoj filozofiji. Po Hobsu, u prirodnom stanju vladaju egoistički interesi pojedinaca („čovjek je čoveku vuk“), u društvenom stanju koje se uspostavlja ugovorom, državna vlast kao suverena, nastoji da izbegne „rat sviju protiv svih“, regulišući sukobe interesa i utvrđujući zajedničke interese. Po Rusou, smisao društvenog ugovora je opšti interes koji se ogleda u opštem dobru koje se uspostavlja opštom voljom kao onim što je zajedničko u pojedinačnim interesima. On otkriva interesnu osnovu prava i tvrdi da državni interes kao najopštiji i najjači nikad nije dovoljno jak ako svoju snagu ne pretvori u pravo. Prosvetitelji su razvili materijalističku koncepciju interesa koji su princip društvenih promena analogan mehaničkim zakonima kretanja materije. Po Bentamovom izrazito individualističkom shvatanju, „pravilno shvaćeni interes“ pojedinca, koji jedino realno postoji, uključuje zajedničke interese. Džon stjuart Mil smatra da je najviši kriterijum moralnosti korisnost i sreća, a korisnost se mora zasnovati na trajnim interesima ljudi. Po Hegelu, država uzdiže posebnost u opštost, pa je ona ozbiljenje umnog opšteg interesa. Za Marksa, međutim, država to postiže samo prividno, iluzorno, a u interesu kapitala, dok opšti interes dostiže tek proletarijat, jer se interes radnika poklapa sa interesom svih ljudi. Za njega je analiza klasnih interesa fundamentalna za objašnjenje društvenih odnosa. Moglo bi se reći da se istorijski razvoj društva odvijao i kao proširivanje kruga interesa koji su zadobijali društveni legitimitet. Savremene koncepcije interesa razvijaju se u okviru teorije interesnih grupa i pluralističke teorije moći u lokalnim zajednicama.¹⁶

U upotrebi su razne klasifikacije interesa. Prema stepenu opštosti kao strukturnoj dimenziji mogu se raazlikovati opšti, posebni i pojedinačni interesi. Prema onome na šta su usmereni i koje potrebe zadovoljavaju mogu biti materijalni i idealni. „Interesi – materijalni i idealni – a ne ideje vladaju neposredno djelovanjem ljudi“ – veli Maks Veber.¹⁷ U zavisnosti od toga kako se ostvaruju, interesi mogu biti instrumentalni (pomoću njih se postiže neki cilj) i ekspresivni (interes se ostvaruje u samom činu delo-

¹⁵ Isto, s. 142. V. Pavlović, „Interes“, u: *Enciklopedija političke kulture*, Beograd, 1993, s. 428 – 429.

¹⁶ V. Pavlović, nav. delo, s. 430 – 437.

¹⁷ E. Pusić, nav. delo, s. 44.

vanja).¹⁸ S obzirom na vremensku dimenziju interesi mogu biti kratkoročni i dugoročni (ili istorijski), a prema oblastima društva ekonomski, politički i kulturni.

Sukobi interesa nastaju usled društvenih nejednakosti. Vladajuće grupe određuju koji su interesi legitimni, a suprotne interese podvlašćenih tretiraju kao nelegitimne. Država je poprište borbi za legitimne interese. Moglo bi se reći da se istorijski razvoj odvijao i kao proširivanje kruga interesa koji su zadobijali legitimnost kao društveno priznati. Sa širenjem kruga legitimnih interesa razvijale su se i tehnike normativne regulacije – od normativnog i faktičkog isključivanja svih onih čiji interesi nisu legitimni u odnosu na objekt regulacije ka sve većem priznavanju autonomnih akata volje interesenata.

VREDNOSTI I NORME

Vrednosti su ideali koji osmišljavaju društveno delanje i ljudsku egzistenciju. One su sastavni deo svake ljudske delatnosti. Proučavaju se u filozofskoj disciplini koja se naziva aksiologija, premda je interesovanje za njih i u društvenim naukama sve veće. Ali dok u matematici i prirodnim naukama vrednost označava veličinu ili meru nekog postojećeg stanja, u društvenim naukama, naročito onima koje se bave normativnošću, vrednost označava neko idealno, poželjno stanje koje se teži postići.¹⁹

Vrednosti su izrazito relacione kategorije jer označavaju odnos subjekta prema objektu i one su uvek subjektivna ocena stvarnih ili pretpostavljenih osobina neke pojave.²⁰ Sposobnost stvaranja vrednosti je tipično ljudska karakteristika. Zbog toga ih neki subjektivizuju i relativizuju, a drugi ih objektivizuju i apsolutizuju u samostalni svet važenja. Iako su vrednosti uvek relativne, postoje i univerzalno ljudske društvene ali i pravne vrednosti kao što su: dostojanstvo, sloboda, pravda, jednakost, mir, sigurnost, solidarnost.

Ljudi zadovoljavaju svoje potrebe na bitno drugačiji način nego ostali živi svet. Preko vrednosti ljudi pronalaze u pojavama ili im pridaju neke kvalitete koji zadovoljavaju njihove potrebe. Upravo su vrednosti to kvalitativno novo jezgro i osnova motivacionog sistema u odnosu na nagone jer ljudsko ponašanje nije samo genetski regulisano, nego i izborom

¹⁸ Isto, s. 114.

¹⁹ Isto, s.197.

²⁰ M. Popović, nav. deo, s. 116 – 117.

motiva ponašanja. Vrednosti sadrže idealna, poželjna svojstva koja utiču na izbor konkretnih ciljeva, sredstava i načina delovanja. Kao duhovne tvorevine u kulturi kao simboličkom sistemu, one su orijentiri za izbor između alternativa u situacijama koje su bitno otvorene. Kao apstrakcije, vrednosti se pretaču u norme koje su konkretnije, pa su zato vrednosti latentna pozadina normi. Vrednosti nam kažu šta, a norme kako nešto treba raditi. Kao opštije, stabilnije i trajnije, vrednosti sadrže u sebi norme i interese i predstavljaju njihov sažetak ili zajednički imenitelj. Povećanje diferencijacije u normativnim sistemima i proširivanje lepeze interesa dovodi do formiranja sve apstraktnijih vrednosti (koje obuhvataju sve racionalnije sadržaje) ali one time postaju i neodređenije.²¹

Međutim, vrednosti nisu samo kriterijum za preferenciju, izbor ili opravdanje u sferi konkretnog, otvorenog ponašanja već one osmišljavaju celokupnu ljudsku egzistenciju, predstavljajući i izbor određenog načina života. Vrednosti se prihvataju na osnovi selekcije, a selekcija vrednosti je mehanizam razvoja ljudske istorije jer se pomoću njih pridaje smisao i značenje objektima i oblicima života, što opredeljuje ljude između toga šta će prihvatiti a šta odbaciti, stvarajući poželjan tip egzistencije.²²

Vrednosti se obnavljaju i održavaju kroz socijalizaciju (kultivaciju) mladih naraštaja, a stabilizuju se razradom u institucijama.²³ Na taj način one postaju deo strukture ličnosti i strukture društva. U tom smislu vrednosti imaju višestruke funkcije. Na individualnom planu, one su orijentiri za snalaženje i prilagođavanje u objektivnom svetu ali i u traganju za novim mogućnostima samorealizacije svoje egzistencije. Na društvenom planu, one imaju važnu integrativnu funkciju (po funkcionalističkom shvatanju, vrednosni konsenzus je temeljni integrator društva)²⁴ ali su i prethodnice društvenih promena i razvoja u poželjnom pravcu. Vrednosti su čuvari tradicije, stabilizatori poretka, ali i determinante društvenih promena. Sve je više istraživanja o složenim uslovima (povoljnim i nepovoljnim) formiranja, održavanja i menjanja vrednosti. Upotreba pojma vrednosti u društvenim naukama omogućava da se čovek interdisciplinarno proučava kao delatno, samosvesno i prema idealima usmereno biće.

Vrednosti ne deluju izolovano nego hijerarhizovano, u obliku svojevrtnih „grozdova“, kao vrednosni sindromi, vrednosne orijentaci-

²¹ D. Pantić, „Društvene vrednosti“, u: *Sociološki leksikon*, Beograd, 1982, s. 121 - 126.

²² Z. Golubović, nav. delo, s. 186 - 206.

²³ E. Pusić, nav. delo, s. 198.

²⁴ M. Haralambos – R. Heald, *Uvod u sociologiju*, Zagreb, 1989, s. 502.

je i vrednosni sistemi. Tako se, na primer, govori o vrednosnom sindromu ličnosti ili egalitarnom sindromu, vrednosnoj orijentaciji mladih ili građana (modernizam, tradicionalizam, autoritarizam) ili sistemu vrednosti postindustrijskog ili tranzicionog društva. U svim ovim slučajevima reč je o struktuiranoj celini međusobno povezanih vrednosti, koja se može empirijski utvrditi i teorijski objasniti zajedničkim životnim iskustvom pojedinih društvenih aktera. Međutim, u situacijama društvenih kriza, sukoba i tranzicije može doći i do anhedonije ili odsustva vrednosti što vodi u društvenu anomiju kao raspad normativnog poretka i razaranje društva.

Ima veoma mnogo klasifikacija vrednosti, što ukazuje na njihov izuzetno širok i složen način upotrebe. Prema položaju u hijerarhijskom sistemu ili najopštijoj ulozi mogu se podeliti na finalne i instrumentalne. Na primer, zdravlje kao finalna, a umerenost u jelu i piću kao instrumentalna vrednost ili bogatstvo i preduzimljivost, patriotizam i junaštvo. Prema stepenu opštosti razlikuju se specifične i generalizovane, prema nosiocima lične, grupne i opštedruštvene, a prema glavnim područjima društvenih delatnosti ekonomske, političke i kulturne vrednosti (sa veoma razuđenim podvrstama).

Norme su smernice ponašanja, specifikovana uputstva za delanje koja određuju prikladno i prihvatljivo ponašanje u određenim situacijama.²⁵

Po nekim autorima, izraz norma vodi poreklo od helenske reči *nomos*, što znači pravilo, zakon, ustav. Naime, sofisti su uočili da ljudi više ne žive u stanju fizisa ili prirodnom stanju, već u stanju nomosa ili društvenom stanju, u kojima pravila uređuju i usklađuju odnose među ljudima. Po drugima, ovaj termin potiče od istoimene latinske reči *norma* koja je prvobitno značila tesarski uglomer, potom merilo a kasnije i pravilo. I danas norma označava neku meru (na primer, radna ili kvalifikaciona norma) ali i društveno pravilo koje kazuje ono što treba da bude, kao poželjno i unapred predviđeno stanje. Ona propisuje i reguliše društveno ponašanje ali i unutrašnji, psihički život ljudi.

Zajedničko je normama i vrednostima da su društveni standardi kojima se regulišu društvena delanja i uređuju društveni odnosi. Pri tome su vrednosti opštije smernice, a norme specifičnija uputstva za ponašanje.²⁶ Dakle, iako su tesno povezane i u mnogo čemu slične, vrednosti i norme se međusobno razlikuju sadržinski i funkcionalno. Dok vrednosti određuju ciljeve, a time i pravac delovanja, norme uređuju način na koji se to postiže. Najčešće, vrednosti kažu šta treba, a norme šta ne treba činiti (ne

²⁵ M. Haralambos - R. Heald, nav. delo, s. 19 – 21.

²⁶ M. Popović, nav. delo, s. 117 – 118.

ubij, ne kradi). Ukoliko dođe do ostvarenja, vrednosti se, kao idealne projekcije, ostvaruju u većoj ili manjoj meri, dok se norme ili poštuju ili ne poštuju. Svaka vrednost se ostvaruje preko jedne, a mnogo češće preko više normi. Tako je, na primer, ljudski život kao vrednost zaštićen čitavim nizom normi koje obezbeđuju zdravlje i sigurnost pripadnika društva – norma održavanja higijene, isključivanja nasilja i ubijanja u sporovima, bezbednosti u saobraćaju i na radnom mestu. Ili, na primer, rentabilnost kao ekonomska vrednost se ostvaruje čitavim nizom normi racionalnog poslovanja. Zajedničke norme i vrednosti su, pak, neizostavni uslov skladnog i stabilnog funkcionisanja svakog društva i čine njegov institucionalizovani poredak.

Normativni poredak je nužna posledica čovekove generičke (rodne) suštine jer je ljudska praksa, kao stvaralačka delatnost, osnova njegovog stvaranja. Bez normativnog poretka ne bi bilo moguće zadovoljavanje ljudskih potreba i usklađivanje interesa u društvenim odnosima. Ljudska praksa stvara kulturu, u čijem se jezgru nalazi vrednosni i normativni sistem, kao poseban svet značenja i važenja, koji čovek unosi u društvenu stvarnost. Dakle, sama priroda čoveka i ljudskog društva iziskuje određenu normativno regulisanu organizaciju.

Čovek više nema nagone u strogom smislu reči jer nema genetski kodirane odgovore na nagonske impulse. Norme, s jedne strane, ograničavaju neke nagonske impulse (na primer, zabrana incesta) a, s druge strane, umnogome ih zamenjuju. Moglo bi se reći da su norme u čovekovoj socio-kulturnoj evoluciji odigrale onu ulogu koju su nagoni imali u njegovoj prethodnoj evoluciji. Norme postoje samo u ljudskom društvu i one su ga odvojile od životinjskog, dajući mu specifično obeležje koje ga, kao *differentia specifica*, razlikuje od životinjskih društava.

Normativni iskazi propisuju ono što bi trebalo da bude, u skladu sa legitimnim interesima, jer se neke mogućnosti ljudskog delanja dozvoljavaju a druge zabranjuju i kažnjavaju. Društvena pravila (norme u širem smislu), društvena otkrića (ljudsko saznanje) i društveno stvaralaštvo (vrednosti) su posebne vrste duhovnih tvorevina. Pravila su srednja karika između otkrića i stvaralaštva jer posreduju među njima. Na osnovu svojih potreba i dostupnih saznanja ljudi postavljaju ciljeve – vrednosti koje nastoje da ostvare u svojoj praktičnoj delatnosti. Da bi ostvarili te ciljeve, oni se moraju ponašati na određen način, koji se utvrđuje saznanjem i iskustvom, a reguliše društvenim pravilima. Tako pravila povezuju stvarnost sa ciljevima i omogućavaju ostvarivanje ciljeva u stvarnosti.²⁷

²⁷ R. Lukić, *Osnovi sociologije*, Beograd, 1995, s. 281 – 283.

Prema tome šta i kako regulišu, društvena pravila ili norme u širem smislu mogu se podeliti na tehnička pravila i društvene propise ili norme u užem smislu.

Tehnička pravila uređuju čovekovo ponašanje prema spoljašnjoj prirodi ali i prema vlastitoj, unutrašnjoj prirodi koja isto tako funkcioniše po određenim prirodnim zakonima. Te zakone čovek mora da pozna i uvažava ako hoće da prirodu prilagođava svojim potrebama. Takva pravila su, na primer, agronomska, građevinska ali i medicinska i pedagoška (o učenju i vaspitanju). Tehnička pravila su uputstva koja se mogu prekršiti. Ali ona ne sadrže društvenu sankciju jer negativne posledice njihovog nepridržavanja dolaze same po sebi i ne mogu se izbeći. Ona služe postizanju određenog cilja koji je u interesu subjekata koji mora da ih se pridržava jer u suprotnom cilj neće biti postignut a interes će biti povređen. Društvo nije neposredno zainteresovano za ova pravila jer ih se pojedinci pridržavaju i bez njegove intervencije, a njihovo nepoštovanje, samo po sebi, ne škodi interesima zajednice. Međutim, tehnička pravila mogu i da zadobiju društvenu sankciju, ukoliko njihovo kršenje može da ugrozi interes drugih ljudi. Tada se stvaraju tehnički standardi, koji sadrže i tehnička pravila i društvene propise. Društveni propisi (ili društvene uredbe ili norme u užem smislu) uređuju odnose među ljudima, a za njihovo poštovanje je zainteresovano celo društvo ili, bar, jedan njegov deo. Norma u užem smislu je zahtev ili iskaz o ponašanju kojim se uslovljava ljudsko delanje u željenom pravcu i, ujedno, pretil kaznom u slučaju njenog nepoštovanja. Dakle, tehnička pravila nemaju, a društveni propisi imaju sankciju.²⁸

Društvena norma u užem smislu sastoji se iz dva elementa – dispozicije i sankcije. Dispozicija je osnovno pravilo i, stoga, centralni i najvažniji element norme. Ona je zapovest o ponašanju ili uređenju odnosa, čijim se poštovanjem štiti neki društveni interes. Sankcija je odredba u normi kojom se predviđa kazna za slučaj povrede dispozicije. I dispozicija i sankcija su prethodno propisane u odnosu na konkretno ponašanje i one podstiču poželjno a obeshrabruju odstupajuće ponašanje. Međutim, u literaturi se navodi da potpuna norma, uz dispoziciju i sankciju sadrži još dva elementa – pretpostavku (hipotezu) dispozicije i pretpostavku (hipotezu) sankcije. Pretpostavka dispozicije utvrđuje nastupanje okolnosti za primenu dispozicije kao postupka ponašanja. Dispozicija može biti naređujuća, ovlašćujuća ili zabranjujuća. Pretpostavka sankcije propisuje činjenice ili uslove u kojima je dispozicija prekršena i nalaže primenu sankcija. Sankcije mogu biti

²⁸ Isto, s. 296 – 300.

pozitivne (nagrada), kojima se podstiče željeno ponašanje, i negativne (kazna), kojima se odvraća od ponašanja suprotnog od onoga koje se zahteva dispozicijom. Sankcije mogu biti neformalne, ako ih primenjuje neinstitucionalizovana zajednica, i formalne, ako ih primenjuje nadležna institucija, odnosno propisani organ.²⁹

Podela normi se može izvesti na osnovu dva kriterijuma. Prema tome da li se zasnivaju i nadziru spolja ili iznutra, mogu se razlikovati heteronomne i autonomne norme. U odnosu na aktera delanja heteronomne norme su spolja nametnute i nadzirane (običajne i pravne norme). Ako su norme zasnovane na uverenju ili ubeđenju subjekta u njihovu ispravnost, reč je o autonomnim normama (moral). Ako se to uverenje prekrši, onda deluje unutrašnja sankcija ili samokažnjavanje, koje se kod morala naziva griža savesti. Međutim, ova podela nije apsolutna jer je reč samo o pretežnosti. I kod morala postoje ne samo unutrašnje već i spoljašnje sankcije društvene zajednice (prezir, podsmeh, pa čak i isključenje iz zajednice). S druge strane, i kod kršenja običaja postoji jedna vrsta unutrašnje sankcije – osećaj nelagodnosti. Da bi uopšte imale očekivano dejstvo, sve norme, pa i heteronomne, moraju biti bar donekle interiorizovane u strukturu ličnosti.

Prema tome koji deo društva stvara i nadzire norme, ali i težini sankcija, mogu se razlikovati norme koje donosi i primenjuje difuzno ili formalno neinstitucionalizovano i neorganizovano društvo, a to su moral i običaj. Iako neformalizovane, norme koje donose ovakve društvene zajednice duboko su usađene u svest njenih članova, retko se krše, a ako se to dogodi sankcije su blage. Postoje norme koje donosi i nadzire neka društvena organizacija (privredna, religijska, sportska) i one se odnose samo na nju. Ako norme donosi i primenjuje država, kao organizacija celog globalnog društva, reč je o pravnim normama, čije sankcije mogu biti i veoma stroge.

POLOŽAJI I ULOGE

Položaj je mesto u društvenim odnosima koje zauzima pojedinac ili grupa. Preciznije, to je pozicija u vertikalnoj strukturi društva, s obzirom na bogatstvo, moć i ugled, kao glavne komponente položaja. U literaturi se, često, umesto položaja sinonimno upotrebljava reč status ali Darendorf, opravdano, insistira na razlikovanju pojmova društveni položaj i društveni i pravni status. Status je ocenjeni položaj, jedna poseb-

²⁹ A. Molnar, „Norma“, u: *Sociološki rečnik*, Beograd, 2007, s. 364 – 365.

na vrsta položaja na hijerarhijskoj lestvici društvenog ugleda. Pravni status označava prava i obaveze koje se vezuju za položaj, a dodeljena su zakonom, tako da predstavljaju očekivane obrasce ponašanja. Ti obrasci ponašanja su struktuirani položajem kao formalizovanom pozicijom u polju društvenih odnosa i kao normativno očekivano ponašanje su dinamička strana položaja a nazivaju se društvene uloge. Položaj je mesto u polju društvenih odnosa, a uloga je očekivano ponašanje na tom mestu. Kada pojedinac aktivira prava i dužnosti koja konstituišu status, on tada obavlja ulogu. Položaj ne iskazuje sadržaj društvenih odnosa nego referentna polja nosioca položaja – tek uloga ispunjava sadržajem tu formu položaja u pozicionom polju. Položaj i uloga su, dakle, u stvarnosti sjedinjeni i mogu se samo analitički razdvojiti i raščlaniti kao statički i dinamički, odnosno formalna i sadržinska strana nosioca položaja i igrača uloga.³⁰

Čoveka kao nosioca položaja i uloga Ralf Darendorf naziva *homo sociologicus*. Položaji i uloge su tačke ukrštanja i posredovanja između društva i pojedinca. Zbog toga su to, po njemu, osnovne jedinice sociološke analize, kao teorijski, racionalni konstrukti mnogo podesniji nego što su društvena grupa, društveni odnos ili društveno delanje.³¹

Dok se društveni položaj odnosi na vertikalnu dimenziju strukture društva, glavna analitička kategorija njegove horizontalne dimenzije je društvena uloga. Ona je rezultat društvene podele rada, a ogleda se u svakoj trajnoj ili privremenoj funkciji koja u njoj pripadne pojedincu. U prvom redu, reč je o različitim zanimanjima, kao osnovnim društvenim ulogama, koja proishode iz profesionalne podele rada. Međutim, neke uloge (na primer, supružnici, roditelji i deca, braća i sestre) su posledica prirodne podele rada prema polu i starosti.³²

Teorijski treba jasno razlikovati društvene uloge kao normativno očekivana ponašanja od mišljenja članova referentnih grupa o legitimnosti takvih očekivanja i stvarnog ponašanja nosilaca uloga. Dakle, uloga nije stvarno ponašanje pojedinca već zahtev koji mu društvo postavlja kao nosiocu položaja, odnosno očekivano ponašanje od dodeljene mu uloge. Uloge nisu proizvoljne i slučajne nego društveno prinudne, pa se

³⁰ M. Haralambos - R. Heald, nav. delo, s. 19 – 21; R. Dahrendorf, *Homo sociologicus*, Niš, 1989, s. 142 – 150; D. Mrkšić, „Dahrendorfova teorija društvenog sukoba“, predgovor u nav. delu R. Dahrendorfa, s. 10 – 14; R. Lukić, „Društveni položaj“, u: *Sociološki leksikon*, Beograd, 1982, s. 129.

³¹ R. Dahrendorf, nav. delo, s. 87 – 89, 106, 131, 149, 161.

³² J. Goričar, *Sociologija*, Beograd, 1981, s. 138 – 140; R. Lukić, „Društvena uloga“, u: *Sociološki leksikon*, Beograd, 1982, s. 119; M. Tripković, „Uloga, društvena“, u: *Sociološki rečnik*, Beograd, 2007, s. 637.

pojedinci ne ponašaju uvek u skladu sa svojim ulogama (zbog toga snose sankcije), a taj njihov obavezujući karakter je društveno institucionalizovan. Isto tako, može doći i do sukoba različitih uloga.³³

Prema tome, uloge se kao kompleksi propisa o ponašanju odnose na pojedinca, ali ih on ne definiše i ne donosi nego društvo, a on ih ne može ignorisati i kršiti a da ne bude sankcionisan. Uloge su međuzavisne i često komplementarne (roditelj – dete, profesor – student, poslodavac – radnik, lekar – pacijent, advokat – klijent). One su društveno-kulturno određene kao sistem prava i obaveza što omogućava organizovano delovanje i predvidivo ponašanje. Proces socijalizacije, u kome se uloge uče je, istorijski gledano, sve institucionalizovaniji i duži. Usled toga što uvek ima više uloga, pojedinac ih ne može uskladiti bez poteškoća, a do sukoba uloga može doći i usled sučeljavanja tradicionalnog i inovativnog, kolektivnog i individualnog. Zbog toga je to usklađivanje društveno dinamično.³⁴ Dok funkcionalisti insistiraju na tome da društveni sistem nameće uloge, kao eksplicitna uputstva za ponašanje, interakcionista smatraju da se time ljudi svode na automate i kalupe, a da su uloge često nejasne, dvosmislene i neodređene što ostavlja dosta mesta za dogovaranje, manevrisanje, improvizaciju i kreativno delovanje.³⁵

Društveni položaji mogu biti univerzalni, ako postoje u svakom društvu i karakteristični su za sve ili gotovo sve ljude kao što su polni, dobni, porodični, profesionalni, etnički, stratifikacijski položaj i specifični, koji su svojstveni samo konkretnim društvima,³⁶ na primer, kralj, ukoliko postoji kraljevstvo.

Po načinu zauzimanja, društveni položaji su ili pripisani ili stečeni. Pripisani ili fiksni položaj je pojedincu unapred određen i on mu se dodeljuje samim činom rođenja. Takav je, na primer, polni, rasni ili nacionalni status. Ali čak i kada je određen biološkim činionicima, pripisani položaj je kulturno definisan a pojedinac ga ne može promeniti jer na njega ne može da utiče, sem u retkim, izuzetnim slučajevima. U tradicionalnim, zatvorenim stratifikacijskim sistemima, kao što su kastinski i staleški, i položaj po zanimanju se porodično prenosio i nasleđivao i nije se mogao menjati. Stečeni ili postignuti položaj nije unapred fiksiran nego je rezultat svrhovitog delovanja i izbora pojedinca. Zanimanje i bračni status su

³³ R. Dahrendorf, nav. delo, s. 110, 125, 128, 143, 158; D. Mrkšić, nav. delo, s. 12; M. Tripković, nav. delo, s. 637.

³⁴ M. Tripković, isto, s. 638.

³⁵ M. Haralambos - R. Heald, nav. delo, s. 19 – 21, 175, 305.

³⁶ R. Dahrendorf, nav. delo, s. 155.

rezultat takvog izbora u modernim, zapadnim društvima otvorenog, klasno-slojnog tipa.³⁷

U industrijskim društvima obrazovnom sistemu je povereno da bude odlučujući društveni mehanizam za raspodelu stečenih položaja po zanimanju ali i procesa socijalizacije preko interiorizacije (pounutrašnjevanja) obrazaca ponašanja. U alokaciji (razmeštaju) položaja i interiorizaciji uloga školskom sistemu pomažu porodica i druge društvene ustanove.³⁸ Po Parsonsu, u procesu socijalizacije dete se kreće od partikularističkih normi i pripisanog statusa u porodici ka univerzalističkim normama i postignutom statusu u društvu odraslih. Taj se prelazak ostvaruje u školi, koja posreduje između porodice i društva jer su u njoj norme univerzalne i jednake za sve, bez obzira na pripisane karakteristike kao što su pol, porodično, rasno, etničko ili klasno poreklo. U njoj se status stiče na osnovu individualnih zasluga (uspeha), čime se mladi pripremaju za uloge odraslih. Tako škola afirmiše dve glavne vrednosti modernog društva – postignuće i jednake šanse.³⁹ Međutim, u modernom društvu, deluju latentni mehanizmi održavanja društvenih nejednakosti tako da u školovanju pojedinci faktički nemaju iste šanse za postignuće.

Prema tome da li se trenutno ispoljavaju ili ne društvene uloge mogu biti aktuelne i latentne (skrивene). Ako se posmatra profesionalni život u datom trenutku onda je pojedinac inženjer, lekar, profesor. Pri tome su njegove druge uloge trenutno neaktualizovane ili samo latentne (roditelj, član političke partije ili sportskog kluba). Obrnuto bi bilo ako se posmatra porodični, politički ili sportski život.

Postoji i podela uloga na mandatorna, preferencijalna i permisivna očekivanja, u zavisnosti od vrsta sankcija, odnosno da li su ta očekivanja zasnovana na zakonu, običaju ili navici. Mandatorna očekivanja su zasnovana na zakonu i iza njih stoji čitavo društvo, odnosno država. Ova očekivanja su tvrdo jezgro društvene uloge, formalizovana su ili kodifikovana, njihov prinudni karakter je skoro apsolutan a sankcije su gotovo isključivo negativne. Na primer, ako se zloupotrebi službeni položaj, proneveriti novac itd. Preferencijalna očekivanja su vezana za preduzeća, profesionalna udruženja, političke partije i druge javne ustanove ili organizacije, koje imaju svoje statute i jasno ustanovljene običajne norme i sankcije. Aktivnim i uzornim ponašanjem u njima stiče se ugled, a neaktivnost se negativno sankcioniše i može rezultirati isključenjem. Najzad, permisivna

³⁷ M. Haralambos - R. Heald, nav. delo, s. 19 – 21.

³⁸ R. Dahrendorf, nav. delo, s. 133 – 136.

³⁹ M. Haralambos - R. Heald, nav. delo, s. 174 – 176; M. Tripković, nav. delo, s. 408 – 409.

očekivanja su zasnovana na navikama, ona donose ugled i popularnost i gotovo da nisu negativno sankcionisana. Na primer, prikupljanje dobrovoljnih priloga, bavljenje svojom decom u slobodnom vremenu i sl.⁴⁰

Valja reći da se klasifikovanjem i definisanjem sankcija koje podstiču konformističke obrasce ponašanja ulazi u domen sociologije prava i da je pojam uloge značajna polazna tačka za sociološku analizu pravnih normi i ustanova.⁴¹

ZAKLJUČAK

U traganju za početnom, istovremeno najelementarnijom i najapstraktnijom sociološkom kategorijom, opredelili smo se, zbog većih analitičkih mogućnosti, za društveno delanje u odnosu na društvenu pojavu, iako je ona teorijski jednostavnije i preciznije određena. Glavni elementi društvenog delanja sistematizovani su kao: akteri delanja, predmeti i sredstva, potrebe i interesi, vrednosti i norme, položaji i uloge.

Akteri pokreću i objedinjuju ostale elemente delanja, vode ka magičnom trouglu sociologije (pokret, promena, poredak) i reafirmišu aktersku u odnosu na sistemsku paradigmu.

Predmeti na kojima i sredstva kojima se dela objektivizuju i materijalizuju delanje. Materijal od koga su pravljena oruđa i oružje je u osnovi arheoloških periodizacija praistorije, mašine su produžene ruke, a kompjuter produženi mozak čovekov. Epohe se više razlikuju po tome kako nego šta proizvode. To je vodilo ka tehnološkom determinizmu, a preko tipova svojine, kao institucionalizovanom ili društveno regulisanom načinu prisvajanja prirode, ka (bes)klasnim istrojijskim tipovima društva.

Potrebe su određene kao dinamičke snage koje pokreću ličnost pa se, stoga, nalaze u osnovi njenog motivacionog sistema, a interesi kao vrednosno usmerene potrebe i stabilizovani i trajni motivi. Navedene su fundamentalne ljudske potrebe po Erihu Fromu. Interesi su pojam novovekovne političke filozofije ali su od značaja i za sociološke i pravne nauke. Zbog toga što su u temeljima društva i motivacije ličnosti, interesi su polazna tačka za dubinsku analizu društvenosti. širenjem kruga legitimnih interesa razvijale su se i tehnike normativne regulacije.

Vrednosti kao ideali osmišljavaju društveno delanje i celokupnu ljudsku egzistenciju. One su orijentir motivacionog sistema ličnosti ali i temeljni integrator društva. Vrednosti su apstraktnije, a norme konkretni-

⁴⁰ R. Dahrendorf, nav. delo, s. 112 – 117, 126 – 129, 188.

⁴¹ Isto, 115 – 116.

je, prve nam kazuju šta, a druge kako nešto treba uraditi. Vrednosti su latentna pozadina normi. Norme su smernice i specifikovana uputstva za prikladno i prihvatljivo ponašanje. Bez normativnog poretka ne bi bilo moguće zadovoljavanje ljudskih potreba i usklađivanje interesa u društvenim odnosima. Sagledani su elementi potpune norme i izvršena klasifikacija društvenih pravila na tehnička pravila i društvene propise ili norme u užem smislu. Norme su klasifikovane prema načinu donošenja i nadziranja kao i težini sankcija.

Položaji su pozicije koje uspostavljaju vertikalnu, a uloge horizontalnu strukturu društva pa se mogu razlikovati i kao njena formalna i statična, odnosno sadržinska i dinamična strana. Komponente položaja su bogatstvo, moć i ugled, a uloge su normativno očekivana ponašanja u podeli rada. Status je vrsta položaja na lestvici ugleda, a pravni status označava prava i obaveze koji se vezuju za položaj. Položaji i uloge su tačke ukrštanja i posredovanja između društva i pojedinca. Posebna pažnja je posvećena Parsonsovom zapažanju da se dete u procesu socijalizacije kreće od partikularističkih normi i pripisanog statusa u porodici ka univerzalističkim normama i postignutom statusu u društvu odraslih, a to se postiže u školskom sistemu. Razmotrena je i Darendorfova podela uloga na mandatorna, preferencijalna i permisivna očekivanja, u zavisnosti od vrste sankcija.

Pojam uloge je značajna polazna tačka za sociološku analizu pravnih normi i ustanova. Isto tako, dobro poznavanje i drugih elemenata društvenog delanja doprinosi svestranijem sagledavanju pravnih vrednosti, normi, statusa, interesa. Međutim, i osvetljavanje tipova svojine i vlasti (kao legitimne moći ali i legitimnih interesa uopšte), pravnih statusa, vrsta sankcija ne samo da osnažuje sociologiju prava nego i svako sociološko proučavanje društvenih delanja jer ga obogaćuje i precizira pravnom komponentom društvenih pojava.

*Miloš Marjanović, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad*

Elements of Social Action

Abstract

Because of the significant analytical advantages, the author prefers social action as initial sociological concept in the relation to social phenomenon. Its basic elements are: actors, subjects and tools, needs and interests, values and norms, positions and roles. Actors set in motion and unify the rest of elements, guide to the magic triangle of sociology (movement, change, order), reaffirm actor paradigm to systemic paradigm. Subjects and tools materialize an action and its overestimate results in technological determinism or (by means of property as institutional appropriation of nature) in the (un)classed historical type of society. Needs and interests are the basis of person's motivation and starting point for depth analysis of sociability. The expansion of legitimate interests circle develops techniques of normative regulation. Values and norms guide to institutional-organizational, positions to vertical and roles to horizontal structure. Values give the meaning to the action as well as to human existence, they are orientations of motivate system of personality but also basic aspect of society. As abstractions, values are latent background of norms and they tell to us what to do, and norms how to do something. Norms are specified instructions for suitable behavior Without normative order, not to be possible the satisfying of needs and the conciliation of interests. Riches, power and prestige are components of social position, and legal status is the determination of rights and obligations of the position. Roles are normative expectation of behavior. Toward kinds of sanctions roles are classified. Roles but also other elements of social action are starting point for sociological analysis of legal norms and institutes. On the other side, the observation of legal component of social actions enriches, strengths and precises sociological analysis of them.

Key words: social phenomenon, elements of social action - actors, subjects and tools, needs and interests, values and norms, positions and roles.

*Dr Gordana Kovaček-Stanić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

AUTONOMIJA *VERSUS* MATERIJALNA ISTINA U KOMPARATIVNOM PRAVU O PORODIČNOM STATUSU DETETA

Sažetak: *Razvoj medicine i biologije, s jedne strane omogućuje da pravno i biološko materinstvo i očinstvo u potpunosti koincidiraju, jer medicinskobiološke analize, a prvenstveno analiza DNK to omogućuje. Sa druge strane, upravo razvoj biomedicine uzrokuje da pravno i biološko očinstvo u slučajevima začeća deteta uz biomedicinsku pomoć, ako je korišćen genetski materijal donora, budu u raskoraku. Autonomija stranaka dobija primat, jer se na osnovu volje stranaka određuje pravni roditeljski odnos, dok princip materijalne istine potpuno gubi na značaju. Pravni roditelji deteta ostaju lica koja su bila subjekti postupka začeća uz pomoć biomedicine, a koji su uključeni u postupak da bi dobili dete.*

Autonomija majke proširena je u onim pravnim sistemima koji dozvoljavaju anoniman porođaj, jer majka ima mogućnost da ne otkrije svoje podatke. Postupak priznanja vanbračnog očinstva takođe omogućuje autonomiju stranaka. Ako muškarac prizna očinstvo i dobije neophodnu saglasnost, taj muškarac će se smatrati ocem deteta. Materijalna istina se ne utvrđuje. Sa druge strane, u sudskim postupcima utvrđivanja i osporavanja materinstva i očinstva sud je obavezan da utvrdi materijalnu istinu, koja se može bazirati na DNK anlizi ili drugim biološkim analizama. Može se reći da je autonomija stranaka ograničena zahtevom da se u ovim slučajevima materinstvo i očinstvo bazira na biološkim činjenicama.

Ključne reči: *autonomija stranaka, materijalna istina, materinstvo, očinstvo, utvrđivanje, osporavanje, začeće uz biomedicinsku pomoć*

1. Uvod

Porodični status deteta ima dve komponente, materinstvo i očinstvo. Zakoni iz porodičnogpravnog oblasti svojim odredbama vrlo precizno regulišu roditeljske odnose i posmatrano komparativno, a i u domaćem pravu. Utvrđivanje materijalne istine kada se radi o roditeljstvu je izuzetno značajno, posmatrano sa pravne strane i faktički. Pravo deteta da sazna svoje poreklo kao savremeno pravo, regulisano Konvencijom Ujedinjenih nacija o pravima deteta iz 1989. godine, Ustavom Srbije iz 2006. godine, te Porodičnim zakonom iz 2005. godine, doprinosi utvrđivanju materijalne istine. Sa druge strane, u odredbama koje regulišu porodični status deteta postoji u određenoj meri mogućnost za izražavanje autonomije stranaka, te od volje stranaka zavisi da li će se porodični status bazirati na materijalnoj istini ili će pravni i biološko roditeljstvu biti u rskoraku. U ovom radu se razmatra odnos dva principa, autonomije stranaka i materijalne istine u komparativnom pravu o porodičnom statusu deteta.

2. Materinstvo kao element porodičnog statusa deteta

Materinstvo kao element porodičnog statusa deteta u najvećem broju slučajeva ne stvara pravne probleme. Ipak, spor o materinstvu može biti uzrokovan zamenom dece, najčešće neposredno po rođenju, i upisom pogrešnih podataka o majci u registre građanskih stanja. Zamena može biti slučajna, ali i namerna, podmetanjem tuđeg deteta, otmicom deteta. Tokom pravne istorije nije se mnogo pažnje poklanjalo materinstvu posmatranom sa statusnog aspekta. Vazilo je pravno pravilo rimskog prava *mater semper certa est si vulgo conceperit*, jer su nošenje i rađanje deteta najčešće vidljive i nesumnjive činjenice.

Danas je sve veći broj pozitivnogpravnih zakona koji regulišu pitanja materinstva. Neki zakoni sadrže posebne odredbe o utvrđivanju materinstva, a manji broj i o osporavanju. U poslednje vreme je sve veći broj zakona koji eksplicitno predviđaju da se materinstvo utvrđuje rođenjem (npr. Nemačka, Švajcarska, Grčka). Francuski Građanski zakonik iz 1804. godine je prva kodifikacija građanskog prava koja sadrži odredbe o materinstvu. Odredbe se nalaze u delu koji reguliše vanbračno poreklo deteta, materinstvo i očinstvo se u slučaju vanbračnog rođenja utvrđuju priznanjem i u sudskom postupku. Istraživanje očinstva, pa ni materinstva nije bilo dozvoljeno u slučajevima začeca deteta u preljubi ili rodoskrvnjenju, a izmenama od 1972. godine ova ograničenja nisu predviđena, osim u određenim izuzecima. Tako, ako se radi o deci začetoj u incestu (incestuo- znom decom smatraju se deca začeta od lica između kojih postoji bračna smetnja), priznanje može izvršiti samo jedan roditelj. Postoji zabrana pri-

znanja za drugog roditelja, drugim rečima, nemogućnost dvostrukog priznanja. Preporučuje se da dete prizna majka, a u odnosu na oca postoji mogućnost da dete ostvari izdržavanje.

U nekim pravima regulisana je mogućnost anonimnog porođaja, tako da majka može da odluči da sakrije svoj identitet (Francuska, Luksembur, Italija, Češka). Ova mogućnost je uvedena u Građanski zakonik Francuske 1993. godine. Zakonom je stvoren osnov za odbijanje tužbe za utvrđivanje materinstva (čl. 341, st. 1). Tako je završena, kako se navodi u literaturi, jedna od najvećih kontroverzi u Parlamentu. Ističe se da je ovo pravo postojalo i ranije prema Zakonu o porodici i socijalnoj pomoći (čl. 47). U vezi sa ovom mogućnošću u francuskoj teoriji su izražena različita mišljenja. Neki je opravdavaju kao korisnu i za majku i za dete, jer se na taj način izbegava abortus, infanticid i zlostavljanje. Drugi ističu potrebu individue da u vreme razvoja ličnosti sazna ko su njegovi genetski roditelji. Autor Žaklin Rubelin-Deviši (*Jacqueline Rubellin-Devichi*) smatra pogrešnom tvrdnju da je ovaj tekst suprotan čl. 7 Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima deteta koji se odnosi na pravo deteta da zna za svoje roditelje koliko je to moguće, jer pravo majke da ostane anonimna u stvari čini posebnu nemogućnost za dete da sazna ko su mu roditelji. Zakonom iz 2002. godine uvedene su nove odredbe vezane za anonimni porođaj. Tako, po rečima autora Adelin Gutenoar-Kornu (*Adeline Gouttenoire-Cornut*), cilj ovog zakona je da se redukuju teškoće sa kojima se suočava napušteno dete u potrazi za svojim poreklom, naročito kada je do rođenja došlo na bazi anonimnosti (*accouchement sous X*) ili ako je dete povereno socijalnim službama sa zahtevom za anonimnošću u odnosu na identitet oca i majke. Parlament je pokušao da uravnoteži pravo deteta da zna svoje poreklo i pravo majke na poštovanje privatnosti. Zadržano je pravo na tajnost majke koja anonimno rađa dete, ali zakon favorizuje pristup deteta informacijama o svom poreklu ako to nije u suprotnosti sa pravima majke. Osim toga, novi zakon umnogome poboljšava situaciju oca deteta kada je majka rodila dete anonimno. Zakon ne dozvoljava pristup identitetu majke koja je zahtevala tajnost, ali olakšava oslobađanje od tajnosti na taj način što podstiče majku da dâ informacije koje bi se dalje prosledile detetu, te na taj način što je osnovan Nacionalni savet za pristup poreklu, čiji je cilj da pomaže prilikom davanja informacija o poreklu u konkretnom slučaju. Značajna je nova odredba koja predviđa da svaka žena koja želi da iskoristi odredbe vezane za anonimni porođaj, treba da bude informisana o pravnim posledicama tog čina i važnosti koju saznanje o poreklu ima za svako lice. Žena se poziva da dâ informacije o svom zdravlju i

zdravlju oca, o geografskom poreklu deteta i okolnostima njegovog rođenja i, u zapečaćenoj koverti, informaciju o svom identitetu. Takođe, majka se obaveštava da može u svako doba da otkrije svoj identitet i upotpuni informacije koje je dala prilikom porođaja. Ovim zakonom se poboljšava položaj oca deteta koje je rođeno anonimno. Predviđeno je da u slučaju kada je doneta odluka da se priznanje očinstva ne može registrovati, otac može o tome da informiše prokuratora Republike, koji nastavlja istragu o datumu i mestu registracije rođenja deteta. Ova odredba menja stav izražen u sudskim odlukama o tom pitanju da prenatalno priznanje očinstva nije dozvoljeno u slučaju anonimnog porođaja. To znači da ako otac zna za rođenje deteta, a dovoljno je da zna za trudnoću, može čak dobiti pomoć od prokuratora u pronalaženju deteta. Autor Adelin Gutenoar-Kornu postavlja pitanje da li mogućnost data ocu da pronade dete, šteti naporima legislature da zaštiti pravo majke na tajnost. Pretpostavljajući da otac zna identitet majke deteta, teško je shvatljivo kako se on može sprečiti da detetu, u odnosu na koga želi da ustanovi očinstvo, to i saopšti. Iako je na odgovarajući način poboljšano pravo oca da ustanovi očinstvo u odnosu na dete koje je rođeno anonimno, on i dalje nema pravo na tajnost, suprotno majci. Rođenje uz anonimnost nije razlog za odbijanje tužbe kojom se traži utvrđivanje očinstva. Anoniman porođaj predstavlja primer autonomije majke u oblasti porodičnog statusa deteta, koja ovde preovladava u odnosu na utvrđivanje materijalne istine o poreklu deteta.

2.1. Utvrđivanje materinstva

Porodični zakon Srbije iz 2005. godine unosi nove odredbe kojima se reguliše materinstvo. Posebnim odredbama je regulisano i utvrđivanje i osporavanje materinstva. U čl. 42 se kaže:

„Majka deteta jeste žena koja ga je rodila”.

Odredba o zasnivanju materinstva rođenjem dobija na aktuelnosti zbog mogućeg učešća dve ili više žena u postupku začeća i rađanja, naročito zbog toga što raspoložive medicinske tehnike i postupci omogućavaju da se razdvoji funkcija rađanja od genetskog nasleđa. Naime, žena može roditi dete koje genetski nije njeno (oplođnjom jajne ćelije druge žene i transferom embriona u ženu koja rađa dete). Zakonskom odredbom određuje se da je majka uvek žena koja je rodila dete, bez obzira čije genetske osobine nosi dete (donacija jajne ćelije ili embriona), te na činjenicu o eventualnim socijalnim okolnostima, odnosno želji druge žene da odgaja dete (surogat materinstvo).

2.1.1. Upis rođenja deteta u matične knjige

U domaćem pravu upis rođenja deteta u matične knjige je redovan, administrativni postupak, koji se mora sprovesti u roku od 15 dana od rođenja. Prilikom upisa rođenja upisuju se, između ostalih podataka, podaci o roditeljima deteta (čl. 45/2 Zakona o matičnim knjigama) Obaveza prijave rođenja je opšta, s tim što zdravstvena ustanova prijavljuje rođenje po službenoj dužnosti. Iako je upis rođenja regulisan preciznim odredbama, u praksi se dešava da se upišu pogrešni podaci o majci deteta. Kada rođenje prijavljuje zdravstvena organizacija, do greške u upisu može doći zbog toga što se podaci uzimaju samo na osnovu zdravstvene legitimacije majke. Majka deteta, iz različitih razloga, usled nepažnje, nepismenosti, ne znajući da je porođaj obuhvaćen obaveznim vidovima zdravstvene zaštite ili da bi ostala anonimna, odlazi u porodilište sa tuđom zdravstvenom legitimacijom. U tom slučaju se kao majka deteta upisuje žena vlasnica zdravstvene legitimacije, a ovako upisani pogrešni podaci mogu se ispraviti samo u sudskom postupku osporavanja i eventualno utvrđivanja materinstva. Zbog toga bi bilo celishodno da zdravstvena organizacija, pre dostavljanja podataka o majci deteta matičaru, proveri identitet majke uvidom u još neki dokument, tako bi se izbegli slučajevi pogrešnog upisa. Jedno od načela matičnih knjiga je načelo autentičnosti, što znači da se upisani podaci smatraju tačnim dok se suprotno ne dokaže (*praesumptio iuris tantum*). Znači, postoji pravna pretpostavka da je majka deteta žena koja je upisana u matične knjige, a materinstvo se dokazuje izvodom iz matičnih knjiga. Suprotno se može dokazivati samo u sudskom postupku. Teoretičari porodičnog prava se uglavnom ne izjašnjavaju o karakteru prijave rođenja deteta u matične knjige. S obzirom da je prijava rođenja matičaru administrativni postupak, upisom, u stvari, nastaje oboriva pravna pretpostavka o tome da je majka žena koja je upisana u matične knjige, što se odnosi i na bračno i na vanbračno materinstvo.

2.1.2. Utvrđivanje materinstva sudskom odlukom

Materinstvo se u nekim situacijama mora utvrditi u sudskom odlukom. Radi se o slučaju kada žena koja je rodila dete nije upisana u matičnu knjigu rođenih kao majka deteta. U praksi to može biti slučaj kada je majka napustila dete (radi se o nahočetu), ili je bila upisana druga žena čije je materinstvo u međuvremenu osporeno.

Pravo na tužbu radi utvrđivanja materinstva imaju dete i žena koja tvrdi da je majka deteta. Dete ima pravo bez obzira na rok, a žena koja tvrdi da je majka deteta u roku od godinu dana od dana saznanja da je ona rodila dete, a najkasnije u roku od 10 godina od rođenja deteta (čl. 249

PZS). Žena koja tvrdi da je majka deteta, dakle, može da pokrene postupak u subjektivnom roku, koji teče od saznanja za činjenicu da je ona rodila određeno dete, ali samo u okviru objektivnog roka, koji teče od rođenja deteta. Prvi put se u PZS pravo deteta da pokreće maternitetske i paternitetske postupke ne oročava. Zakon eksplicitno određuje lica koja moraju biti stranke u svojstvu tužioca ili tuženog. U ovom postupku stranke su dete i žena koja tvrdi da je majka deteta (čl. 256/1 PZS). Da bi se utvrdilo da li je žena čije se materinstvo utvrđuje majka deteta, sud sprovodi dokazni postupak. U ovom postupku sud prvo utvrđuje da li je žena za koju se tvrdi da je majka uopšte radala decu. Ako nije, postupak se obustavlja. Ako jeste, utvrđuje se da li je ona majka deteta u postupku koji se vodi. Koriste se sva dokazna sredstva, kao što su svedoci, pisane isprave, saslušanje stranaka, ali od najvećeg značaja su medicinske ekspertize, danas najtačnije rezultate daje DNK analiza.

2.2. Oспорavanje materinstva

U nekim slučajevima je potrebno sprovesti sudski postupak za osporavanje materinstva. Radi se o slučajevima kada su u matičnim knjigama upisani pogrešni podaci o majci deteta, odnosno kada je kao majka deteta upisana žena koja nije rodila dete. To može biti posledica greške, ali i zloupotrebe (na primer zamena dece u porodilištu, ili upis podataka o majci na osnovu tuđe zdravstvene legitimacije, što se dešava kada majka nema zdravstvenu legitimaciju, a nije informisana o tome da je porođaj obuhvaćen obaveznim vidovima zdravstvene zaštite, pa priloži zdravstvenu legitimaciju npr. svoje sestre, a može se desiti da majka želi da prikrije svoj identitet, pa zato prikazuje tuđu zdravstvenu legitimaciju).

PZS posebnim odredbama reguliše i osporavanje materinstva (čl. 44). Određuje se krug lica koja imaju pravo na pokretanje ovog postupka. Aktivno su legitimisani: dete, žena koja je upisana u matičnu knjigu rođenih kao majka deteta, žena koja tvrdi da je majka ako istom tužbom traži i utvrđivanje svog materinstva, te muškarac koji se po ovom zakonu smatra ocem deteta. PZS je proširio krug lica, tako da je obuhvatio i muškarca koji se po ovom zakonu smatra ocem, najčešće će to biti muž žene koja je upisana kao majka. Ovaj muškarac ima interes da ospori materinstvo, jer je pitanje materinstva prethodno pitanje u postupku osporavanja njegovog očinstva. Žena koja tvrdi da je majka ima pravo na osporavanje materinstva samo ako istom tužbom traži utvrđivanje svog materinstva. Ovim se štiti dete na taj način što dete neće ostati bez majke, iako će se promeniti njena ličnost. Zakon propisuje rokove za pokretanje ovog postupka za sva lica, osim za dete koje ima pravo na tužbu radi osporavanja materinstva

bez obzira na rok (čl. 254 PZS). Ostala lica imaju ovo pravo u subjektivnom roku od godinu dana od saznanja za relevantne činjenice, a u objektivnom roku od 10 godina od rođenja deteta. Relevantna činjenica za ženu koja je upisana u matičnu knjigu rođenih kao majka deteta je činjenica da ona nije rodila dete, za ženu koja tvrdi da je majka – činjenica da ona jeste rodila to dete, a za muškarca koji se po ovom zakonu smatra ocem deteta – činjenica da žena koja je upisana u matičnu knjigu rođenih kao majka deteta nije rodila dete. Stranke u svojstvu tužioca ili tuženog, u sporu radi osporavanja materinstva jesu: dete, žena koja tvrdi da je majka deteta, žena koja je upisana u matičnu knjigu rođenih kao majka deteta i muškarac koji se po ovom zakonu smatra ocem deteta (čl. 256/2 PZS). U ovom postupku sud prvo utvrđuje da li je žena koja je upisana u matične knjige uopšte rađala decu. Ako nije, postupak se obustavlja. Ako jeste, nastavlja se dokazni postupak da se utvrdi da li je ona majka deteta u postupku koji se vodi.

U zakonu su predviđeni slučajevi u kojima nije dopušteno osporavanje materinstva (čl. 44/3,4,5 PZS). Prvi slučaj je kada je materinstvo utvrđeno pravnosnažnom sudskom presudom. Ovo ograničenje postoji zbog obezbeđenja pravne sigurnosti. Sud je obavezan da utvrdi istinu u maternitetskim i paternitetskim sporovima, te se zbog toga njegova pravnosnažna presuda ne može preispitivati. Druga situacija se tiče usvojenja deteta, ni tada nije dopušteno osporavanje materinstva. Maternitetski i paternitetski sporovi posle usvojenja nisu dozvoljeni zbog toga što se nakon zasnovanog usvojenja usvojitelj smatraju roditeljima deteta, te se zbog toga ne mogu voditi postupci vezani za biološko poreklo deteta. Ipak, treba primetiti da dete ima pravo uvida u podatke o svom poreklu, tako da može saznati ko su njegovi biološki roditelji, iako to nije moguće pravno utvrditi. Trećim ograničenjem se zabranjuje osporavanje materinstva posle smrti deteta, a s obzirom da se porodičnim pravom prvenstveno štiti dete, a u ovom slučaju dete nije živo, a moguće su zloupotrebe (naslednopravni interes).

3. Očinstvo kao element porodičnog statusa deteta

3.1. Utvrđivanje očinstva

3.1.1. Utvrđivanje bračnog očinstva

Drugi element porodičnog statusa deteta je očinstvo. U poslednje vreme se u porodična prava različitih zemalja unose rešenja koja doprinose tome da biološko i pravno očinstvo u što većem broju slučajeva koincidiraju jedno drugom. Prava skandinavskih zemalja su izrazit primer ova-

kve težnje, a osim skandinavskih i druga porodična zakonodavstva usvajaju rešenja koja doprinose usklađivanju pravnog sa biološkim roditeljstvom, iako ne uvek sa sistematskim pristupom, nego u pojedinačnim situacijama. Zakonska rešenja kojima se usklađuju pravno i biološko očinstvo ujedno doprinose ostvarivanju prava deteta da zna svoje biološko, prirodno poreklo.

Bračno očinstvo se u pravnim sistemima većine zemalja utvrđuje na osnovu pravne pretpostavke *pater is est quem nuptiae demonstrat* (otac je onaj na koga ukazuje brak, odnosno muž majke je otac deteta). Tako je i prema domaćem zakonodavstvu. Dejstvo pretpostavke se proširuje i na situaciju prestanka braka. Naime, muž majke se smatra ocem ako je dete rođeno u braku i 300 dana po prestanku braka, ali u ograničenim situacijama (čl. 45/1,2 PZS).

Naime, pretpostavka o očinstvu muža majke se u mnogim zakonodavstvima preispituje, naročito vezano za situaciju prestanka braka i zaključenja novog braka. Tako je i prema Porodičnom zakonu Srbije. Ocem deteta koje je rođeno u roku od 300 dana od dana prestanka braka smatra se muž majke deteta iz tog braka samo ako je brak prestao smrću muža i ako majka nije sklopila novi brak u tom roku. Dejstvo pretpostavke očinstva posle prestanka braka je suženo i sada važi samo ako je brak prestao smrću muža (odnosno njegovim proglašenjem za umrlog). Ako je brak prestao razvodom ili poništajem, a dete je rođeno posle prestanka braka, pretpostavka ne važi. Ako je majka sklopila novi brak, a dete je rođeno u tom braku, ocem deteta se smatra muž majke deteta iz tog braka (čl. 45/3). Ako majka nije sklopila novi brak posle razvoda ili poništaja braka, a dete je rođeno posle prestanka tog braka, bez obzira u kom roku, dete će biti vanbračno, a na utvrđivanje očinstva se primenjuju pravila o utvrđivanju vanbračnog očinstva. Razlog za uvođenje ovakvih pravila je u shvatanju da razvod do koga je došlo pre rođenja deteta, čini manje sigurnim da je muž majke biološki otac. Ova izmena je primer uvažavanja sve značajnijeg zahteva da pravno i biološko očinstvo treba da koincidiraju koliko god je to moguće. Situacija rođenja deteta u kasnijem braku majke, ali još uvek u okviru gestacionog perioda koji bi upućivao na očinstvo muža iz prethodnog braka tradicionalno se naziva „mešanje krvi” (*turbatio et perturbatio sanguinis*), iako je naziv u suštini netačan. Dete, naime, može poticati samo od jednog muškarca, svog biološkog oca, a kolizija može postojati samo u pravnom smislu. Očinstvo muža iz kasnijeg braka najčešće i odgovara istini, verovatnije je da je otac deteta muž iz kasnijeg braka, nego iz braka koji je prestao. Začeće deteta upravo može biti razlog prestanka jednog i zaključenja drugog braka. Rešenje PZS, po kome se ocem deteta smatra muž iz kasnijeg braka, pospešuje utvrđivanje pravnog očinstva na osnovu biološkog.

Slična pravila su u švedskom pravu prihvaćena još 1976. godine. Izmenama zakona utvrđivanje očinstva na osnovu pretpostavke *pater est* je suženo. Izmene se odnose na situaciju rođenja deteta posle prestanka braka razvodom. Bivši muž majke se smatra ocem samo ako je brak prestao smrću i to ako je dete rođeno u vremenu posle prestanka braka tako da je moglo biti začeto za vreme trajanja braka. Pretpostavka se, međutim, ne primenjuje ako je brak prestao razvodom. U Holandiji je zakonom iz 1997. godine napuštena pretpostavka *pater est* u slučaju rođenja deteta posle prestanka braka, osim ako je dete rođeno posle smrti oca. Pretpostavka *pater est* napuštena je i u zakonodavstvu Grčke, Mađarske, Bugarske. Reformom francuskog prava pravilo *pater est* je eliminisano u određenom broju slučajeva u kojima očinstvo muža *prima facie* nije verovatno. Jedan slučaj se odnosi na dete rođeno više od 300 dana posle sudske odluke, donete u okviru brakorazvodnog postupka, o tome da bračni drugovi imaju pravo na razdvojena boravišta. Znači, rok od 300 dana ne počinje od prestanka braka, nego ranije, od donošenja odluke o separaciji u okviru brakorazvodnog postupka. Drugi slučaj odnosi se na hipotezu o faktičkoj separaciji, kada je rođenje deteta prijavljeno u registar rođenja bez indikacija o imenu oca i kada dete podiže samo majka (čl. 313 i 313-1 Francuskog građanskog zakonika). Slična rešenja postoje u pravu Luksemburga, Italije i Portugalije. Tehnike eliminisanja pravila *pater est* u „sumnjivim” slučajevima poznate su u engleskom *common law*. Pretpostavka ne deluje ako stranke ne žive zajedno na osnovu sudske separacije.

3.1.2. Utvrđivanje vanbračnog očinstva

Vanbračno očinstvo može biti utvrđeno u domaćem pravu na dva načina: priznanjem oca i sudskom odlukom (čl. 45/4 PZS). Treći zamisliv način utvrđivanja vanbračnog očinstva bio bi na osnovu pretpostavke o očinstvu vanbračnog partnera koji živi sa majkom u vanbračnoj zajednici. Međutim, u domaćem pravu takva pretpostavka se ne primenjuje. U uporednom pravu postojanje vanbračne zajednice ima uticaja na utvrđivanje očinstva, ali nema snagu zakonske pretpostavke. U nekim pravima registracija imena oca u registrima građanskih stanja, predstavlja, takođe, način za utvrđenje očinstva (Rusija, Velika Britanija).

Priznanje očinstva je dobrovoljni način utvrđivanja vanbračnog očinstva. U domaćem zakonodavstvu predviđene su široke mogućnosti za davanje izjave o priznanju. Iako je po svojoj suštini priznanje privatni čin, ipak postoje određena ovlašćenja matičara kao javnog organa koja doprinose tome da se očinstvo utvrdi priznanjem (obaveza savetovanja majke i muškarca koji želi da prizna očinstvo o mogućnostima za priznanje, od-

nsono utvrđivanju očinstva u sudskom postupku, ako do priznanja ne dođe). Da bi priznanje bilo punovažno treba da budu ispunjeni materijalni i formalni uslovi. Po domaćem pravu, očinstvo može da prizna muškarac koji je navršio 16. godinu života i koji je sposoban za rasuđivanje (čl. 46 PZS). Kako se vidi, sposobnost za priznanje očinstva se stiče pre punoletstva, ali uz uslov starosne dobi potrebno je da je muškarac sposoban za rasuđivanje. U zakonu nije precizirano šta bi trebalo podrazumevati pod sposobnošću za rasuđivanje. Moglo bi se reći da bi sposobnost za rasuđivanje trebalo da obuhvati sposobnost razumevanja sadržaja izjave o priznanju i njenih posledica. U teoriji porodičnog prava se govori o prirodnom uslovu za priznanje očinstva, koji podrazumeva da muškarac može priznati dete samo ako je bio u generativnom dobu u vreme začeća tog deteta, drugim rečima mora postojati određena razlika u godinama između muškarca i deteta koje se priznaje. Očinstvo se može priznati samo ako je dete živo u trenutku priznanja. Izuzetno, očinstvo se može priznati i ako je dete začeto u trenutku priznanja, a rodi se živo - *nasciturus* (čl. 47 PZS). Priznanje se ne može dati posle smrti deteta. Na ovaj način se predupređuju moguće zloupotrebe, priznanje radi ostvarenja naslednih prava, na primer. Ako dete nije u životu, očinstvo se može utvrditi samo sudskom odlukom.

U domaćem pravu priznanje nije unilateralni čin, sa izjavom o priznanju, potrebno je da se saglase određena lica. To su majka i dete. Sa priznanjem očinstva mora da se saglasi majka ako je navršila 16. godinu života i ako je sposobna za rasuđivanje. Ako majka ne može dati saglasnost, dovoljna je saglasnost deteta (čl. 48 PZS). Sa priznanjem očinstva mora da se saglasi dete ako je navršilo 16. godinu života i ako je sposobno za rasuđivanje. Ako dete ne može dati saglasnost, dovoljna je saglasnost majke (čl. 49 PZS). Ako ni majka ni dete ne mogu dati saglasnost, saglasnost sa priznanjem očinstva daje staratelj deteta uz prethodnu saglasnost organa starateljstva (čl. 50 PZS). Uslov saglasnosti na priznanje koje treba da daju majka i (ili) dete predviđen je da bi se sprečile zloupotrebe od strane muškarca koji daje izjavu o priznanju. Prethodna saglasnost organa starateljstva, koja je potrebna u slučaju kada saglasnost daje staratelj je uslov koji postoji zbog značaja priznanja kao akta statusnog karaktera. Izjava o priznanju očinstva može se dati pred matičarem, organom starateljstva ili sudom. PZS je ograničio državne organe koji mogu da prime priznanje na one organe koji se bave porodicom i porodičnim odnosima. Uobičajen način priznanja je priznanje pred matičarem. Izjava o priznanju očinstva može se dati i u testamentu, tada se radi o posthumnom priznanju. Otac deteta, iako za svog života nije

želeo da prizna dete, može da odluči da priznanje izjavi u svom testamentu i na taj način omogućiti da se zasnjuje roditeljski odnos, te na osnovu toga dete postane njegov zakonski naslednik (čl. 51 PZS). Pravo na osporavanje očinstva utvrđenog priznanjem ima, po opštim pravilima o osporavanju očinstva, drugi muškarac koji tvrdi da je otac deteta i to u roku od godinu dana od dana saznanja da je on otac, a najkasnije u roku od 10 godina od rođenja deteta (čl. 252/4 PZS). Lica koja su se saglasila sa priznanjem očinstva nemaju pravo na osporavanje očinstva utvrđenog priznanjem (čl. 56/4 PZS), a što proizlazi iz zabrane opozivanja priznanja i saglasnosti sa priznanjem.

Za razliku od domaćeg prava, u nekim pravnim sistemima priznanje je unilaterelni čin, dovoljna je izjava oca, a saglasnost majke na priznanje očinstva nije potrebna. Tako je prema francuskom Građanskom zakoniku i luksemburškom Građanskom zakoniku. Po luksemburškom Građanskom zakoniku saglasnost je ipak potrebna u slučaju da je do začeća došlo nasilnim činom. Po zakonu Belgije (1987. godine, čl. 319 Građanskog zakonika) prihvaćen je drukčiji stav, tako da je za priznanje očinstva potrebna saglasnost deteta uzrasta od 18 godina, a ako je dete maloletno, traži se saglasnost majke i deteta ako je starije od 15 godina. Belgijski Ustavni sud je u svojoj odluci iz 1990. godine utvrdio da je ovo rešenje protivustavno, smatrajući da krši principe jednakosti i zabrane diskriminacije garantovanih Ustavom (čl. 6 i 6 bis). Uočena je diskriminacija između majke i oca vanbračnog deteta, zbog toga što se materinstvo utvrđuje ili na osnovu upisa imena majke u dokument o rođenju, ili majčinim priznanjem, za koje nije potrebna saglasnost ni oca, ni deteta, bez obzira u kom momentu se daje. Po holandskom pravu je potrebna saglasnost majke na priznanje očinstva. Međutim, u odluci Kasacionog suda od 8. aprila 1988. godine izraženo je mišljenje da biološki otac deteta ipak može priznati očinstvo ako se odbijanje majke može okvalifikovati kao zloupotreba, odnosno ako je motivisano interesom koji ne zasluđuje poštovanje. Izmenama prava o roditeljstvu Zakonom iz 1997. godine proširuju se situacije u kojima potreba za saglasnošću majke može biti otklonjena: ako priznanje neće ugroziti interes majke da održi nepromenjen odnos sa detetom, te ako neće biti ugrožen interes deteta, a uz uslov da je muškarac koji želi da prizna očinstvo zaista i začeo dete.

U mnogim zakonima su postojala (ili još postoje) tzv. situacijska ograničenja za priznanje očinstva. Tako je zabrana priznanja dece koja su rođena u preljubi, a koja je postojala ranije, danas napuštena u mnogim pravima. Zabrana je ukinuta u Francuskoj 1972. godine, u Luksemburgu 1979. godine, u Belgiji 1987. godine. Jedino u Holandiji priznanje ne mo-

že izjaviti otac dok njegov brak traje, ali je reformom iz 1997. godine uneta odredba koja dozvoljava priznanje, ako okružni sud utvrdi da postoji (ili da je postojala) veza između oca i majke deteta koja se može porediti sa brakom, ili ako muškarac i dete imaju bliske lične odnose. Po pravu Belgije i Nemačke, priznanje vanbračnog očinstva muškarca koji je u braku sa drugom ženom ograničeno je uslovom da se supruga muškarca koji želi da prizna svoje vanbračno dete saglasi sa priznanjem. Situacija se razlikuje ako se radi o preljubi žene, jer se na očinstvo primenjuje pravilo *pater est*, pa biološki otac može priznati očinstvo ako majka ospori očinstvo muža. Po pravu Francuske, Belgije i Luksemburga postoji i mogućnost da biološki otac prizna očinstvo na osnovu nepostojanja *possession d'état* u odnosu na pravnog oca, čime se olakšava priznanje biološkom ocu. Pre izmena iz 1997. godine, sistem priznanja stvarao je velike probleme u holandskom porodičnom pravu, često postavljajući prepreke pravnom utemeljenju *de facto* zajednica. Poznat je slučaj u kome nije dozvoljeno oženjenom muškarcu da prizna očinstvo vanbračnog deteta, ali je u kasnijem postupku utvrđeno da je odbijanje priznanja protivno čl. 8 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava (nepoštovanje porodičnog života oca i ćerke). Predsednik Okružnog suda Utrehta stao je na stanovište da u tom konkretnom slučaju priznanje mora biti dozvoljeno, uzевši u obzir da je otac staratelj deteta, da posećuje ćerku tri puta nedeljno, da ćerka ima dobre kontakte sa očevom bračnom decom, i da se očeva zakonita žena slaže sa priznanjem, kao i majka deteta. U skandinavskim zemljama, osim saglasnosti majke, potrebno je ispunjenje još nekih zahteva da bi priznanje bilo punovažno. Po švedskom pravu socijalni organi treba da prihvate priznanje muškarca, što mogu da učine samo ako imaju razloga da veruju da je muškarac zaista biološki otac. Da bi to utvrdili obavezni su da sprovedu istragu o očinstvu, saslušanjem majke, drugih lica i muškarca (ili muškaraca) za koga se sumnja da može biti otac. Tek ako socijalne službe dođu do zaključka da je određeni muškarac otac, muškarac će dobiti mogućnost da dobrovoljno prizna očinstvo. Na taj način priznanje očinstva nije u potpunosti „privatno”. Rešenje švedskog prava doprinosi tome da priznato očinstvo odgovara biološkom očinstvu. Prema engleskom pravu, registracija rođenja odnosno upis imena muškarca kao oca deteta u registar rođenja predstavlja dokaz očinstva *prima facie* (mišljenje Pravne komisije izneto 1982. godine). Ako majka nije udata, ime oca od strane majke može biti upisano u tri slučaja: na zajednički zahtev majke i muškarca koji sebe smatra ocem, na zahtev majke na osnovu priznatog očinstva i na zahtev majke na osnovu sudske odluke kojom se označava taj muškarac kao otac. S obzirom da se više od polovine van-

bračnih rođenja registruje sa imenom i majke i oca, sistem registracije rođenja čini važno sredstvo za pribavljanje dokaza o očinstvu. Prema Zakonu o izmenama porodičnog zakona iz 1987. godine (*Family Law Reform Act*) uvedena je mogućnost da se muškarac bez majčine saglasnosti registruje kao otac. To su slučajevi priznanja očinstva i dobijanja roditeljskih prava sudskom odlukom. Jedan od razloga za uvođenje ove mogućnosti je korisnost za dete, koja se ogleda u tome što dete na taj način dobija mogućnost da otkrije svoje prirodno poreklo. Ostali razlozi su dobijanje izdržavanja, te usklađivanje registra sa sudskom odlukom. Osim toga, izneto je mišljenje da nedozvoljavanje ocu da se registruje bez saglasnosti majke čini oblik diskriminacije oca.

Ako očinstvo nije utvrđeno priznanjem, može biti utvrđeno pravno-snažnom sudskom presudom, bez ikakvih ograničenja vezanih za okolnosti začeća deteta (čl. 55/1 PZS). Aktivnu legitimaciju ima širok krug lica, lica između kojih postoji ili se pretpostavlja roditeljski odnos (majka, dete, muškarac koji tvrdi da je otac deteta, čl. 55 PZS). PZS predviđa da dete može pokrenuti ovaj postupak bez obzira na rok i tako u bilo kom momentu uskladiti biološko i pravno očinstvo (čl. 251/1 PZS). Majka može pokrenuti postupak u roku od godinu dana od dana saznanja da muškarac koga smatra ocem deteta nije priznao očinstvo, a najkasnije u roku od 10 godina od rođenja deteta. Muškarac koji tvrdi da je otac deteta može podneti tužbu radi utvrđivanja svog očinstva u roku od godinu dana od dana saznanja da se sa njegovim priznanjem očinstva nisu saglasili majka, odnosno staratelj deteta, a najkasnije u roku od 10 godina od rođenja deteta (čl. 251/2,3 PZS). Muškarac koji tvrdi da je otac deteta, u slučaju da se po zakonu drugi muškarac smatra ocem, ima pravo na utvrđivanje svog očinstva uz tužbu za osporavanje očinstva, i to u roku od godinu dana od dana saznanja da je on otac, a najkasnije u roku od 10 godina od rođenja deteta (čl. 56/2 i 252/4 PZS). PZS određuje koja lica moraju biti stranke u sporu radi utvrđivanja očinstva i to u svojstvu tužioca ili tuženog. To su: dete, majka, muškarac koji tvrdi da je otac deteta odnosno muškarac koga majka smatra ocem deteta (čl. 256/3 PZS). Ova lica moraju biti obuhvaćena postupkom bilo kao tužioci, bilo kao tuženi. Kada se radi o paternitetskom sporu (pravila se odnose i na utvrđivanje i na osporavanje očinstva), sud prvo mora da utvrdi vreme začeća deteta. Ranije se vreme začeća utvrđivalo kao „kritični period začeća”. „Kritični period začeća” je period između pravno najduže trudnoće od 300 dana i pravno najkraće trudnoće od 180 dana, znači u periodu od 120 dana. Danas se vreme začeća može ustanoviti u mnogo kraćem vremenskom periodu. Nakon toga se utvrđuje da li je pretpostavljeni muškarac imao intimne odnose sa majkom u kritičnom periodu začeća. Ako nije, po-

stupak se obustavlja. To bi bio slučaj u kome majka lažno tvrdi da je imala intimne odnose sa muškarcem čije se očinstvo utvrđuje, a muškarac na primer nije bio u zemlji u vreme začeća deteta, nego se nalazio u inostranstvu itd. Ako se utvrdi da su majka i muškarac čije se očinstvo utvrđuje imali intimne odnose, postupak se nastavlja utvrđivanjem da li je muškarac bio oplodno sposoban. Ako nije bio oplodno sposoban, postupak se obustavlja. Ako jeste, postupak se nastavlja utvrđivanjem da li je on biološki otac. Tada se primenjuju medicinske ekspertize.

Po ZBPOS pravo na pokretanje postupka imao je i javni organ – organ starateljstva, po službenoj dužnosti (čl. 99 ZBPOS). Mogućnost da organ starateljstva pokrene postupak predviđena je kao izuzetna, postoji samo u slučaju kada je majka označila lice koje smatra ocem, ali u roku od jedne godine od rođenja deteta nije pokrenula sudski postupak. Izuzetnost se izražava i kroz odredbu koja ograničava organ starateljstva u pokretanju postupka, u situaciji kada se majka iz opravdanih razloga tome protivi. Zanimljivo je pitanje je šta bi se u praksi organa starateljstva smatralo „opravdanim razlogom”. Od širine tumačenja ovog pravnog standarda zavisi primena mogućnosti utvrđivanja očinstva protiv volje majke. Moglo bi se pretpostaviti da bi negativna lična svojstva oca, njegova eventualna nepodobnost kao roditelja, ili konflikti između majke i pretpostavljenog oca, odnosno izbegavanje konfrontacije sa pretpostavljenim ocem činili „opravdan razlog”. S obzirom da ova mogućnost uglavnom nije korišćena u praksi, te na činjenicu da je majka mogla da spreči pokretanje postupka, zakonodavac je u PZS izostavio organ starateljstva kao aktivno legitimisano lice i na taj način dosledno primenio stav o maternitetskim i paternitetskim postupcima kao postupcima privatnog karaktera. U nekim stranim pravima, državni organi su ovlašćeni za vođenje postupka utvrđivanja očinstva, i to ne izuzetno, nego redovno. Tako u nordijskim pravnim sistemima postupak utvrđivanja očinstva može da pokrene država preko svog predstavnika, u norveškom, čak, isključivo okružni guverner. Putativni otac vanbračnog deteta ni u jednoj od skandinavskih država nema pravo da pokrene postupak. Ovo pitanje je razmatrano 1976. godine u Švedskoj, ali nisu unete promene. Preovladao je stav da je dovoljno da muškarac ima pravo da informiše socijalni savet o svom mišljenju, posle čega socijalni savet procenjuje informaciju. Muškarac, međutim, nema pravo žalbe na odluku da se prekine paternitetska istraga. Autor Oke Saldin (*Åke Saldeen*) postavlja pitanje da da li bi trebalo razmotriti mogućnost da se švedski opštinski socijalni odbor i sudovi ubuduće ne bave pitanjima utvrđivanja očinstva u onim slučajevima u kojima forenzično ispitivanje daje jasan odgovor na pitanje očinstva. U tim slu-

čajevima, pitanje očinstva bi moglo biti stvar kojom se bave samo institut za forenzičnu genetiku i službe građanskih stanja.

U vezi sa vanbračnim očinstvom, u Francuskoj je značajan Zakon iz 1993. godine koji se odnosi na građanski status, porodicu i ustanovljenje sudije za porodične stvari. Ovaj zakon ukida uslove koji su bili predviđeni za postavljanje zahteva (silovanje ili napastvovanje, zavođenje, pisma u kojima otac priznaje očinstvo, otvoren konkubinat, izdržavanje deteta), a takođe i uslove pod kojima nije bilo dozvoljeno utvrđivanje očinstva (notorno loše ponašanje majke, veza sa drugim licem).

Priznanje očinstva je postupak u kome se izražava autonomija stranaka. Ako muškarac želi da prizna očinstvo, a majka se sa njegovim priznanjem saglasi, ovaj muškarac će se smatrati pravnim ocem, bez obzira da li je on biološki otac deteta ili nije. U domaćem pravu ne postoji mogućnost da nadležni organ proverava da li priznanje odgovara materijalnoj istini.

3.2. Osporavanje očinstva

Osporavanje bračnog očinstva je postupak u kome se pobija pravna pretpostavka da je muž majke otac deteta. Zakonska rešenja od kojih zavisi širina mogućnosti osporavanja očinstva odnose se na lica koja mogu biti stranke postupka osporavanja očinstva, situacije u kojima je osporavanje očinstva dozvoljeno, te postojanje ili nepostojanje zakonskih rokova u kojima se postupak može pokrenuti. Istorijski posmatrano, osporavanje očinstva je bio izuzetan postupak. Prema pozitivnom domaćem zakonodavstvu osporavanje bračnog očinstva je široko predviđena mogućnost, postupak koji se može pokrenuti u svim situacijama u kojima muškarac koji je upisan u matičnu knjigu rođenih kao otac nije prirodni otac. Prema PZS aktivnu legitimaciju imaju sva lica između kojih postoji ili se pretpostavlja roditeljski odnos: pravni otac – muž majke, majka, dete i muškarac koji tvrdi da je otac deteta ako istom tužbom traži i utvrđivanje svog očinstva (čl. 56/2). Dete može podneti tužbu radi osporavanja očinstva bez obzira na rok i na taj način je uvaženo pravo deteta da zna ko su njegovi roditelji. Takođe, na taj način se uvažava interes da biološko i pravno roditeljstvo koincidiraju u najvećoj mogućoj meri. Za ostala lica su predviđeni rokovi. Rokovi su ujednačeni, subjektivni rok je godinu dana od dana saznanja za relevantnu činjenicu o očinstvu, a objektivni je 10 godina od rođenja deteta. Za majku i njenog muža relevantna činjenica je da muž majke nije otac, a za muškarca koji tvrdi da je otac deteta relevantna činjenica je da je on otac (čl. 252). Stranke u sporu radi osporavanja očinstva su određene zakonom. To su: dete, majka, muškarac koji se po ovom

zakonu smatra ocem i muškarac koji tvrdi da je otac deteta (čl. 256/4 PZS). Kada se radi o muškarcu koji tvrdi da je otac, njegovo pravo na osporavanje očinstva je uslovljeno zahtevom da se utvrdi da je on otac. Dakle, on istovremeno traži osporavanje očinstva muža majke i utvrđivanje svog očinstva. Prirodni otac, prema PZS ima široko pravo da traži osporavanje i utvrđivanje očinstva. Ne postoje nikakvi posebni uslovi, niti ograničenja. Ovakvo rešenje je u skladu sa tendencijom u uporednom pravu koja ide u pravcu poboljšanja položaja prirodnog oca, zahtevom da biološko i pravno očinstvo treba da budu usklađeni, a time se vodi računa i o pravu deteta da zna ko su njegovi prirodni roditelji. Ranije, prirodni otac ili uopšte nije mogao da osporava bračno očinstvo ili je to pravo bilo uslovljeno. Prema ZBPOS uslov je bio da je muškarac živio u zajednici sa majkom deteta u vreme začeća ili je zajednicu zasnovao pre rođenja deteta (čl. 106), znači imao je pravo da osporava očinstvo samo u situaciji kada je majka prekinula zajednicu života sa svojim mužem. Razlog ovakvom rešenju je shvatanje da treća lica nemaju prava da se mešaju u porodične odnose, ako odnosi formalno nisu poremećeni, štiti se pravo na očuvanje porodičnog integriteta i pravo na privatnost. Ovo je jedan od slučajeva u kome se menja shvatanje o tome kojem interesu treba dati prevagu kada postoji sukob interesa. PZS daje prevagu interesu prirodnog oca da postane pravni otac deteta, interesu deteta da zna ko su njegovi biološki roditelji, te stavu da pravno i biološko očinstvo treba da koincidiraju u punoj meri.

U Nemačkoj, prema Zakonu o reformi roditeljskog prava iz 1997. godine, odnosno par. 1592 Građanskog zakonika, otac deteta je muškarac koji je bio u braku sa majkom u vreme rođenja deteta, muškarac koji je formalno priznao dete ili muškarac čije je očinstvo utvrđeno u sudskom postupku. Bez obzira da li je dete rođeno u braku ili van braka, samo tri lica mogu osporavati očinstvo, a to su majka, dete i lice koje se pravno smatra ocem deteta (par. 1600 I Građanskog zakonika). Rok u kome se može osporavati očinstvo je dve godine, počevši od momenta kada je lice došlo do dokaza koji sugerišu da je drugo lice otac deteta (par. 1600b I Građanskog zakonika). Zanimljivo je primetiti da druga lica koja bi mogla imati interes da osporavaju očinstvo, naročito pravi progenitor deteta, nemaju pravo na osporavanje očinstva. Pravo na osporavanje očinstva se više ne zasniva na specifičnim razlozima i roku od dve godine od sticanja punoletstva deteta u kome se može izvršiti osporavanje, nego je rok produžen tako da počinje da teče od trenutka kada dete dođe u posed dokaza koji sugerišu da lice o kome se radi nije njegov otac (par. 1600b III Građanskog zakonika). Po ranijem nemač-

kom zakonodavstvu, pravo na osporavanje očinstva imali su dete i muž majke. Muž majke je mogao osporavati očinstvo putem statusne tužbe protiv deteta u roku od dve godine po saznanju za činjenice *in favor* vanbračnosti (Ss 1593-1595 BGB). Ako je umro pre saznanja ovih činjenica, njegovi roditelji su mogli pokrenuti postupak protiv deteta (S 1595a BGB). Majka, međutim, nije imala nikakva prava. Tužba za osporavanje bračnosti deteta, koju može da podnese samo dete, bila je moguća pod strogim zahtevima propisanim Građanskim zakonikom (par. 1596, 1 i par. 1598, 1 i 2). Bilo je potrebno da je brak stranaka prestao ili da su roditelji razdvojeni najmanje tri godine, te da ne postoji perspektiva da se nastavi bračna veza. Tužbu za osporavanje bračnosti dete je moglo podneti u roku od dve godine od navršanja 18 godina, bez obzira na momenat saznanja činjenica o očinstvu (par. 1598). Izuzetno je značajno spomenuti stav Ustavnog suda Nemačke o ovim odredbama. Naime, Ustavni sud je proglasio oba paragrafa (1596 i 1598) protivustavnim, smatrajući da ove odredbe u prevelikoj meri ograničavaju pravo lica na saznanje genetskog roditeljstva. Međutim, sud je ukazao da tužbe za osporavanje očinstva ne mogu biti dozvoljene bez ograničenja zbog postojanja ustavne zaštite braka i porodice (čl. 6) i ostavio otvorenim pitanje definisanja ograničenja. Sud je takođe ukazao da pravo na saznanje roditeljstva, ali uz zadržavanje ranijeg pravnog statusa, može biti ostvareno uvođenjem izolovanog postupka u kome bi se dobila deklaratorna presuda o roditeljstvu.

4. Značaj medicinskih analiza u utvrđivanju i osporavanju porodičnog statusa deteta

Osim uobičajenih dokaznih sredstava, dokazi koji se koriste za utvrđivanje ili osporavanje roditeljskog odnosa su medicinske ekspertize. Metod novijeg datuma je metod analize hromozoma ili analiza DNK (dezoksiribonukleinska kiselina), na osnovu koje se može sa sigurnošću utvrditi porodični status deteta. Verovatnoća slučajne koincidencije DNK deteta i osobe koja nije pravi otac je jedan prema bilion. Analiza DNK omogućuje da se utvrdi ili ospori roditeljstvo i posle smrti lica o kojem se radi.

Upoređujući različita zakonodavstva, uočavaju se značajne razlike vezane za stav o tome da li postoji mogućnost da se test prinudno sprovede i za stav o značaju odbijanja testa. Neka zakonodavstva omogućuju prinudno sprovođenje odluke o veštačenju, kada je ono potrebno za utvrđenje roditeljskog odnosa. To su zakonodavstva Nemačke, Austrije i Švedske. U zemljama romanskog sistema (Francuska, Italija, Španija) odbijanje osobe da se podvrgne testu je relevantno pri sudskoj oceni dokaza.

U engleskom pravu odbijanje se smatra nepoštovanjem suda, što najčešće ima za posledicu da stranka izgubi parnicu. Jedan od razloga za postojanje razlika je u tome što zemlje romanskog sistema slede statusni princip, sudska odluka deluje *erga omnes*, zbog čega mora da se bazira na biološkoj istini, dok se u engleskom pravu pitanje roditeljstva najčešće razmatra kao prethodno pitanje u drugim postupcima (izdržavanje, kontakti sa detetom, odluka o roditeljskoj odgovornosti). U nekim zakonodavstvima se neopravdano odbijanje čak tumači tako da se tvrdnje suprotne stranke smatraju tačnim (Grčka).

U domaćem zakonodavstvu ne postoje specijalne zakonske odredbe koje rešavaju pitanje sprovođenja medicinskih testova, tako da se primenjuju opšte odredbe o sprovođenju dokaznih sredstava u građanskoprocesnom pravu. Izražen je stav da sud ne može prinuditi stranke da se podvrgnu veštačenju, a kao argument se navodi da bi vađenje krvi protiv volje stranke činilo povredu fizičkog integriteta koji je zaštićen pravnim propisima. Odbijanje stranke da se podvrgne analizi posebno se ceni u vezi sa ostalim dokazima. Tačno je da postupak vađenja krvi nosi izvestan rizik po zdravlje ako se ne sproveđe po strogim higijenskim propisima, naročito imajući u vidu da se ovim putem mogu preneti zarazne bolesti (HIV, AIDS, hepatits). Napretkom medicine i biologije, pitanje odnosa između prihvatljivosti prinude i ugrožavanja telesnog integriteta će možda biti ublaženo, korišćenjem uzoraka koji ne moraju biti uzeti iz ljudskog tela, nego sa stvari koju je koristilo lice o kojem se radi (uzorak sa četkice za zube na primer).

5. Porodični status deteta u slučajevima začeca uz biomedicinsku pomoć

5.1. Materinstvo i začecé uz biomedicinsku pomoć

Tehnike asistirane reprodukcije u kojima se koristi jajna ćelija jedne žene, dok druga žena nosi i rađa dete dovode u sumnju ukorenjeno pravno pravilo koje potiče još iz rimskog prava *mater semper certa est etiam si vulgo conceperit*. Radi se o postupcima u kojima postoji donacija jajne ćelije i donacija embriona, te o postupku surogat materinstva.

Porodični zakon Srbije prvi put u domaće zakonodavstvo uvodi odredbe o materinstvu i začecu uz biomedicinsku pomoć. Kao i kada se radi o materinstvu vezanom za prirodno rođenje, u zakonu postoji eksplicitna odredba da je majka deteta začetog uz biomedicinsku pomoć žena koja ga je rodila. Zakonodavac je dao primat činjenici nošenja i rađanja deteta u odnosu na genetsko poreklo. Bez obzira na činjenicu da dete može biti začeto darovanom jajnom ćelijom (ili je darovan embrion), pravna majka

je žena koja je rodila dete. Znači i u slučaju da dete ne nosi njene genetske karakteristike, ona je pravna majka. Drugo pravilo se odnosi na zabranu utvrđivanja materinstva žene koja je darovala jajnu ćeliju (čl. 57 PZS). Smisao donatorstva genetskog materijala je u tome da žena koja želi dete, a njena jajna ćelija ne može da bude oplodena, dobije jajnu ćeliju druge žene, koja se zatim oplodi semenim ćelijama njenog partnera, i nakon transfera embriona u telo žene koja želi dete ona nosi i rađa dete. U tom slučaju dete nosi genetske osobine žene davaoca i partnera žene koja želi dete. Moguće je i donatorstvo embriona, kada dete neće imati genetske karakteristike ni jednog od pravnih roditelja. S obzirom da će dete odgajati žena koja je rodila dete, utvrđivanje materinstva žene koja je darovala jajnu ćeliju ne bi imalo nikakvog smisla.

Slično rešenjima Porodičnog zakona i Zakon o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplođenja predviđa da je majka deteta začetog postupkom BMPO žena koja je to dete rodila (čl. 65/2), te predviđa zabranu utvrđivanja materinstva donora (čl. 65/4). Međutim, dodaje i odredbu koja određuje materinstvo fetusa: „Majka jeste žena koja nosi fetus, ili je nosila fetus kao rezultat stavljanja embriona ili sperme ili jajnih ćelija u njeno telo – matericu, u postupku BMPO“ (čl. 65/1). Određivanje koja žena je majka fetusa je nepoznato u uporednom pravu evropskih zemalja, a za razliku od očinstva, kada *infans conceptus* može imati neka prava i obaveze nakon smrti oca, kada se radi o materinstvu, ovakva situacija je teško zamisliva. ZBMPO dalje reguliše zabranu osporavanja materinstva u slučaju da je majka dala izjavu o pristanku na postupak BMPO uz upotrebu njenih jajnih ćelijama, odnosno tako začetog ranog embriona (čl. 65/3). Ova odredba je suvišna, jer u slučaju da su korišćene jajne ćelije iste žene, majka je ujedno i genetska i gestacijska i pravna majka deteta. Bilo bi logičnije da je zakonodavac eksplicitno zabranio osporavanje materinstva ako je korišćena jajna ćelija donora, jer su u tom slučaju dve žene uključene u postupak, genetska i gestacijska majka, pa, teoretski može doći do sukoba. ZBMPO izričito zabranjuje surogat materinstvo.

U uporednom pravu, Zakon o humanoj fertilizaciji i embriologiji iz 1990. godine Velike Britanije posebno reguliše materinstvo u vezi sa donacijom jajne ćelije i embriona. Predviđeno je da se majkom smatra žena koja nosi ili je nosila dete nastalo kao rezultat smeštanja u njeno telo embriona ili sperme i jajnih ćelija, i nijedna druga žena (27.1). Bioetičkim zakonima Francuske se dozvoljava i reguliše donacija gameta obe vrste, i muškarca i žene, čak i embriona. Postupak donacije gameta uključuje davanje saglasnosti u prisustvu notara ili sudije koji obaveštava stranke o posledicama u vezi sa roditeljstvom budućeg deteta (čl.

L152-5). Ako se koristi embrion drugog para, traži se pismena saglasnost svih lica, a osim toga, o korišćenju embriona odlučuje sudija, bazirajući odluku na interesima budućeg deteta (čl. L152-5). Donori gameta (žena ili muškarac) treba da žive u heteroseksualnoj zajednici i da imaju decu u okviru te zajednice, a saglasnost mora dati i drugi član para (čl. L673-2). Švedsko pravo, počevši od 1. jula 2005. godine, dozvoljava heterolognu artificijelnju inseminaciju i fertilizaciju van tela kada se radi o lezbijskim partnerima. U tom slučaju žena koja rodi dete je majka deteta, a druga žena dobija status roditelja. Uslov je da se postupak sprovodi u državnoj bolnici. Saglasnost žene na postupak koji se primenjuje na njenu partnerku, bilo da je partnerstvo registrovano ili se radi o vanbračnoj zajednici dve žene, dovodi do pravnog roditeljstva nad detetom, koje je u potpunosti jednako kao roditeljstvo žene koja je rodila dete. Očinstvo donora ne može biti utvrđivano. Roditeljstvo žene koja je dala saglasnost mora biti utvrđeno na poseban način, na osnovu njenog pisanog priznanja uz prisustvo svedoka ili na osnovu sudske odluke, ako nema priznanja. Priznanje se može dati i pre rođenja deteta, a mora biti potvrđeno od strane saveta za socijalno staranje i majke koja je rodila dete. Dete ima pravo da sazna identifikacione podatke o donoru i u ovom slučaju, na isti način kao kada se radi o inseminaciji semenom donora ili fertilizaciji van tela.

Surogat materinstvo je postupak u kome žena pristaje da iznese trudnoću sa namerom da dete preda paru koji je naručio trudnoću. Dakle, žena koja je rodila dete predaje dete paru naručilaca, dete će odgajati druga žena, a ne ona koja ga je rodila. Ovu činjenicu uvažavaju Zakon o humanoj fertilizaciji i embriologiji Velike Britanije, Zakon o surogat materinstvu Izraela, Zakon o medicinski asistiranoj reprodukciji Grčke, te Porođični zakonik Rusije, predviđajući mogućnost da se roditeljima deteta smatraju žena i muškarac koji žele da se staraju o detetu (na osnovu sudske odluke u Velikoj Britaniji i Izraelu, na osnovu sudski odobrenog ugovora u Grčkoj, a uz saglasnost surogat majke u Rusiji). U Holandiji je surogat materinstvo, po rečima autora Kerolajn Forder (*Caroline Forder*), dozvoljeno, ali ne i podsticano. Komercijalno podsticanje ili omogućavanje surogat materinstva je krivično delo. Politika vezana za surogat materinstvo je promenjena 1997. godine, od kada je dozvoljeno ne samo surogat materinstvo pri kome se vrši oplodnja jajne ćelije surogat majke, kako je bilo do tada, nego i oplodnja jajne ćelije koja potiče od majke koja naručuje dete.

U Velikoj Britaniji postoje dva zakona kojima se reguliše surogat materinstvo. Prvi je Zakon o surogat ugovorima iz 1985. godine, a drugi Zakon o humanoj fertilizaciji i embriologiji iz 1990. godine. Porođično-

pravna dejstva surogat materinstva reguliše Zakon o humanoj fertilizaciji i embriologiji. Po ovom Zakonu se u slučaju surogat materinstva bračni par koji želi dete može smatrati roditeljima deteta na osnovu sudske odluke. Osnovni uslov da se supružnici (mogućnost je predviđena samo za lica u braku) mogu smatrati roditeljima deteta je genetska veza sa detetom. Potrebno je da je bar jedan od njih genetski roditelj deteta, odnosno da su gameti bar jednog od njih korišćeni u začeću. Bez obzira da li genetski materijal potiče od oboje ili samo jednog od njih, oboje se mogu tretirati kao pravni roditelji. Zahtev se mora podneti sudu u roku od šest meseci od rođenja deteta. Predviđaju se i posebni uslovi koji moraju biti ispunjeni da bi sud doneo odluku u navedenom smislu. To su: dom deteta mora biti sa bračnim parom koji podnosi zahtev, oni, ili bar jedan od njih moraju biti domicilirani u Velikoj Britaniji i moraju imati najmanje 18 godina. Osim toga, sud mora biti uveren da su se otac deteta, ako otac nije suprug – podnosilac zahteva, i žena koja je nosila dete, slobodno i sa punim razumevanjem, bezuslovno saglasili da se donese odluka u navedenom smislu, osim ako se oni ne mogu pronaći ili su nesposobni za davanje izjave. Predviđeno je i „vreme za razmišljanje” za ženu koja je nosila dete, tako da se saglasnost ne smatra važećom ako je data pre nego što prođe šest nedelja od rođenja deteta. Osim toga, sud mora biti uveren da nije dat novac ili druga korist, osim razumnih troškova. Zakon o surogat materinstvu donet je u Izraelu 1996. godine. U roku od 24 sata od porođaja, o rođenju se mora obavestiti socijalni službenik, koji se smatra jednom vrstom staratelja deteta dok se ne donese sudska odluka (čl. 10b). Čim je to moguće, a u prisustvu socijalnog službenika, dete treba predati budućim roditeljima, koji stiču staranje i sve roditeljske dužnosti i odgovornosti (čl. 10a). U roku od sedam dana od rođenja mora se podneti zahtev sudu da se dobije odluka o roditeljstvu (čl. 11a). Sud je obavezan da donese ovakvu odluku, sem ako na osnovu izveštaja socijalnog službenika nađe da bi takva odluka bila suprotna dobrobiti deteta (čl. 11b). Dejstvo odluke o roditeljstvu je transferiranje punog i isključivog roditeljstva budućim roditeljima, koji se tretiraju kao prirodni roditelji za sve svrhe (čl. 12a). Odluka o roditeljstvu se ubeležava u specijalni registar. Dok se ne donese odluka o roditeljstvu, surogat majka može da traži opoziv ugovora i da zahteva dete. Međutim, sud neće dozvoliti opoziv, osim ako u svetlu izveštaja socijalnog službenika ne nađe da su se okolnosti promenile tako da opravdavaju promenu mišljenja i da opoziv ugovora neće naškoditi dobrobiti deteta (čl. 13). U Grčkoj je 2002. godine donet Zakon o medicinski asistiranoj reprodukciji, koji je postao deo Građanskog zakonika. Ovaj zakon reguliše, između ostalog, i surogat materinstvo. Zakon sadr-

ži odredbu o tome koja se žena smatra majkom u slučaju surogat materinstva. Pretpostavlja se da je majka deteta žena koja želi dete, a koja je tražila i dobila sudsko odobrenje. Ova prezumpcija je oboriva, ako se dokaže da dete biološki potiče od žene koja ga je rodila (rok je šest meseci od rođenja). Dakle, materinstvo se utvrđuje na osnovu zakonske pretpostavke, ali samo ako postoji sudski odobren sporazum o surogaciji.

Jedan broj zakona eksplicitno zabranjuje surogat materinstvo. Tako je prema Zakonu o zaštiti embriona Nemačke iz 1990. godine zabranjeno i kažnjivo sprovođenje veštačke oplodnje surogat majke i transfer embriona u telo surogat majke. Zakon o prokreativnoj medicini Austrije iz 1992. godine predviđa da će se žena koja je rodila dete uvek smatrati pravnom majkom. Pravilo je uneto uprkos zabrani donacije jajnih ćelija i embriona, koja je predviđena istim zakonom. Svrha ovog pravila je da ilegalno sprovedene transfere embriona i one koji su sprovedeni u inostranstvu podvede pod odgovarajuću porodičnopravnu regulativu. Pravna zabrana surogat materinstva je u tome što zakon zabranjuje heterologni transfer embriona ili donaciju embriona. Osim toga, jajna ćelija se može koristiti samo za ženu od koje je uzeta. Tzv. Bio-etičkim zakonima Francuske iz 1994. godine surogacija je striktno zabranjena, bez obzira da li je na komercijalnoj bazi ili ne. Dete rođeno na ovaj način ne bi moglo biti usvojeno od para naručilaca. Zakonom se smatraju ništavim svi ugovori čiji je predmet prokreacija ili gestacija za drugo lice. Propisi Švajcarske zabranjuju surogat materinstvo, donaciju jajne ćelije i donaciju embriona, tako da se pitanje materinstva vezano za asistiranu reprodukciju ne postavlja. Zakonom o lečenju neplodnosti i postupcima oplodnje uz biomedicinsku pomoć Slovenije iz 2000. godine surogat materinstvo (*nadomestno materinstvo*) je zabranjeno. Predviđeno je da nema pravo na postupak oplodnje uz biomedicinsku pomoć žena koja namerava da dete po rođenju prepusti trećem licu, bilo uz novčanu naknadu, ili bez naknade (čl 7). Po Zakonu o tehnikama asistiranje reprodukcije Španije iz 1988. godine predviđeno je da je pravna majka žena koja je rodila dete. U literaturi se ističe da bi se ugovor o surogaciji smatrao nevažećim. Surogat materinstvo u Švedskoj nije dozvoljeno, a po mišljenju Medicinsko-etičkog saveća izraženom 1995. godine tako treba da ostane i nadalje.

5.2. Očinstvo i začeće uz biomedicinsku pomoć

Različite tehnike začeća i rođenja deteta uz pomoć medicine, a prvenstveno one u kojima se koristi genetski materijal trećeg lica – davaoca semenih ćelija, od posebnog značaja su u kontekstu utvrđivanja i osporavanja očinstva. Većina zakona se opredeljuje za pravno očinstvo muža

majke (ili vanbračnog partnera), uz uslov da je to lice dalo saglasnost na oplodnju.

Porodični zakon Srbije ustanovljava pravilo po kome se ocem deteta koje je začeto uz biomedicinsku pomoć smatra muž majke, ili vanbračni partner majke, pod uslovom da je za postupak biomedicinski potpomognutog oplođenja dao pismeni pristanak. PZS prvi put uvodi pretpostavku očinstva kada se radi o vanbračnom partneru majke, sugerišući da su postupci začeća uz biomedicinsku pomoć dozvoljeni i za heteroseksualne vanbračne partnere. Kada se radi o homolognoj oplodnji, muž, odnosno vanbračni partner i jeste biološki otac deteta. Kada se radi o heterolognoj oplodnji (semenom davaoca), međutim, zakonsko pravilo predstavlja fikciju, jer je sigurno da muž majke, ili vanbračni partner majke, nije biološki otac. Ako je muž ili vanbračni partner majke dao pristanak na oplodnju nema pravo da osporava svoje očinstvo. Jedini slučaj kada on ima pravo na osporavanje očinstva, a dao je pristanak na oplodnju, je ako dete nije začeto postupkom biomedicinski potpomognutog oplođenja (čl. 58 PZS). Ovo pravo postoji i u slučaju homologne i heterologne oplodnje. U tom slučaju muž, odnosno vanbračni partner, može podneti tužbu radi osporavanja svog očinstva u roku od godinu dana od dana saznanja da dete nije začeto postupkom biomedicinski potpomognutog oplođenja, a najkasnije u roku od 10 godina od rođenja deteta (čl. 252/5 PZS). Rok je, kako se vidi, postavljen ujednačeno sa rokovima za osporavanje očinstva u opštim situacijama.

Sledeće pravilo se odnosi na slučaj kada muž nije dao saglasnost na oplodnju uz biomedicinsku pomoć. On će se smatrati ocem na osnovu pravne pretpostavke *pater est*. U tom slučaju muž ima pravo da osporava svoje očinstvo, ako je dete začeto semenim ćelijama trećeg lica - davaoca. Ako se radi o homolognoj oplodnji, dakle, semenom muža, on ne može da osporava očinstvo, bez obzira što nije dao saglasnost, jer on jeste prirodni otac. Pitanje je da li je nakon osporenog očinstva muža majke dozvoljeno utvrđivanje očinstva. Pravilo je da se očinstvo muškarca koji je darovao semene ćelije ne može utvrđivati (čl. 58/5 PZS). Pravne posledice utvrđivanja očinstva davaoca semena bile bi suprotne samom smislu veštačke oplodnje semenom davaoca, koja se primenjuje u cilju formiranja roditeljskopравnih odnosa između majke, deteta i muža majke, odnosno vanbračnog partnera. Ako bi se pravnim putem utvrdilo biološko očinstvo davaoca semena, on bi stekao i sva prava i obaveze oca, što bi bilo u suprotnosti sa materinstvom žene koja se podvrgla oplodnji da bi odgajala dete zajedno sa svojim mužem (vanbračnim partnerom). Ako se radi o vanbračnoj zajednici, pa vanbračni partner nije dao saglasnost na oplodnju, on se neće smatrati ocem. Njegovo očinstvo se može utvrditi sud-

skim putem, ali i priznanjem, što će biti slučaj ako je njegova saglasnost izostala omaškom, a ne njegovom voljom.

ZBMPO predviđa da je otac deteta koje je začeto postupkom BMPO supružnik, odnosno vanbračni partner majke deteta pod uslovom da je dao pismeni pristanak za obavljanje postupka BMPO korišćenjem njegovih semenih ćelija, te zabranjuje utvrđivanje očinstva donora, ako je dete začeto postupkom BMPO kada je korišćena semena ćelija donora (čl. 66/1,3). Kada se radi o zabrani osporavanja očinstva ZBMPO predviđa da se ne može osporavati očinstvo ako je dete začeto semenim ćelijama tog lica, osim ako postoji osnovana sumnja da on nije otac deteta, odnosno da je postupak BMPO obavljen bez njegovih semenih ćelija (čl. 66/2). ZBMPO izostavlja zabranu osporavanja očinstva ako su korišćene seme- ne ćelije donora, a što jedino ima smisla zabraniti, jer se tada genetsko i pravno očinstvo razlikuju. Ovim propustom, zakonodavac je stvorio mogućnost da dete začeto semenim ćelijama donora ostane bez oca, jer bi se suprug ili vanbračni partner mogao predomisliti i tražiti, po opštim pravili- ma, osporavanje svog očinstva, posle čega se ne bi moglo utvrditi da je donor otac, s obzirom da postoji zabrana utvrđivanja njegovog očinstva.

Srpski zakonodavac, a koji se, čini se, ugledao na slovenački zakon, unoseći izmene u slovenačka rešenja o roditeljstvu, načinio je kardinalne greške, pa srpsko rešenje predstavlja neuspehu recepciju slovenačkog reše- nja. Naime, u Zakonu Slovenije pristanak koji se traži je vezan uopšte za BMPO, čl. 22 obuhvata sve vrste postupaka, pa i postupak korišćenjem do- niranog genetskog materijala, a ne odnosi se samo za postupak korišćenjem genetskog materijala žene/muškarca koji se smatra majkom/ocem po zako- nu, kako je predviđeno u ZBMPO Srbije. Po slovenačkom rešenju, dakle, zabrana osporavanja matrinstva/očinstva obuhvata obe situacije, i situaciju kada je korišćen genetski materijal donora i kada nije. Srpsko rešenje se eksplicitno odnosi samo na postupak korišćenjem genetskog materijala že- ne/muškarca koji se smatra majkom/ocem po zakonu i tako izostavlja za- branu osporavanja materinstva/očinstva kada je korišćen genetski materijal donora. Srpski zakonodavac je, nažalost, pokazao potpuno nerazumevanje porodičnopravnih odnosa koji mogu nastati korišćenjem postupaka BMPO. Situacija bi bila mnogo jednostavnija da je zakonodavac preuzeo ili samo uputio na odgovarajuće odredbe Porodičnog zakona, a koji sadrži odredbe o materinstvu i očinstvu, ove odredbe smisljeno i pravilno daju rešenja za sve potencijalne situacije. Slovenački zakonodavac, međutim, bio je prinu- đen da u poseban zakon o oplodnji uz biomedicinsku pomoć uključi odred- be o materinstvu i očinstvu, s obzirom da u zakonu iz oblasti porodičnih odnosa nisu postojale odredbe o materinstvu i očinstvu u slučaju začeća uz biomedicinsku pomoć.

6. Zaključna razmatranja

Kada se radi o odredbama koje regulišu utvrđivanje i osporavanje materinstva i očinstva u sudskom postupku, može se reći da je autonomija stranaka limitirana obavezom da se u sudskom postupku utvrdi materijalna istina. U domaćem pravu, sva lica između kojih postoji roditeljski odnos imaju pravo na pokretanje maternitetskih i paternitetskih postupka, ali sva lica, osim deteta, mogu da pokrenu postupak samo u zakonom određenom roku. Širok krug aktivno legitimisanih lica omogućuje da se ostvari njihova autonomija, ali rokovi ograničavaju autonomiju, ali u isto vreme ograničavaju i utvrđivanje materijalne istine. Međutim, s obzirom da od donošenja Porodičnog zakona 2005. godine dete ima neoročeno pravo da pokrene ove postupke, ova činjenica ide u prilog utvrđivanja materijalne istine o porodičnom statusu deteta u bilo kom vremenskom intervalu, a detetu omogućava da izrazi autonomiju bez vremenskih ograničenja.

Analiza krvi kao dokazno sredstvo, naročito DNK analiza, omogućava utvrđivanje materijalne istine. Međutim, autonomija stranke da odbije da se podvrgne veštačenju dovodi do toga da se materijalna istina ne može utvrditi, a u ovakvim slučajevima, sud okleva sa donošenjem presude, tako da sporovi traju suviše dugo. U praksi Evropskog suda za ljudska prava, u slučaju Jevremović protiv Srbije, doneta je odluka da je povređeno pravo stranke, zbog toga što se postupak nije okončao u razumnom roku. U ovom slučaju tuženi muškarac u postupku utvrđivanja vanbračnog očinstva se nije odazivao pozivima suda i odbijao je da se podvrgne veštačenju, te je zbog toga sudski postupak trajao suviše dugo. Po mišljenju Evropskog suda za ljudska prava, u pogledu prava na poštovanje porodičnog života Sud je našao da je postojala produžena neizvesnost maloletne podnositeljke predstavke u vezi sa njenim ličnim identitetom. Sud je u svojoj odluci rekao:

„...u pravnim sistemima kao što je srpski u kojima ne postoji sredstvo koje bi primoralo navodnog oca sa poštuje sudsko rešenje o obavljanju DNK testa, interesi pojedinca koji traži utvrđivanje očinstva moraju se osigurati obezbeđenjem alternativnog sredstva koje omogućava nezavisnom organu da brzo utvrdi očinstvo. Propuštanje srpskih organa da obezbede takvo alternativo sredstvo u konkretnom slučaju dovelo je do povrede prava na poštovanje porodičnog života podnositeljke predstavke.“

Kada se radi o utvrđivanju materinstva na osnovu upisa činjenica u matične knjige, postoje slučajevi u kojima se upisuju pogrešni podaci o majci deteta, zbog toga što majka deteta iz neznanja ili sa namerom prikazuje tuđu zdravstvenu legitimaciju. Ovakvi slučajevi dovode do pokretanja sudskih postupaka da bi se utvrdila materijalna istina, a mogli bi se iz-

beći ako bi se u postupku prijave rođenja matičaru identifikovala majka na osnovu dokumenta koji, za razliku od zdravstvene legitimacije, sadrži fotografiju. Autonomija stranke je apsolutno neprihvatljiva u ovom postupku. U uporednom pravu postoji mogućnost autonomije majke u oblasti utvrđivanja materinstva koja se ogleda u dozvoljenosti anonimnog porođaja. Na taj način se onemogućava dete da sazna koja žena je njegova biološka majka.

Utvrđivanje bračnog očinstva na osnovu pravne pretpostavke *pater est*, koja se uvek primenjuje kod utvrđivanja bračnog očinstva, omogućuje strankama da i u slučajevima kada biološki otac nije muž majke, muž majke ostane pravni otac. Majka i njen muž ne moraju da pokrenu postupak osporavanja očinstva, pa će tako na osnovu njihove volje, pravno očinstvo biti različito od biološkog. U takvim slučajevima dolazi do izražaja autonomija stranaka koja preovladava nad principom materijalne istine.

Utvrđivanje vanbračnog očinstva priznanjem omogućuje stranačku autonomiju, s obzirom da ako muškarac prizna očinstvo, sa kojim se saglasi majka (ili druga ovlašćena lica), nadležni organ nema ovlašćenje da utvrđuje materijalnu istinu, proveravanjem izjava stranaka.

U slučajevima začeća deteta uz biomedicinsku pomoć, ako je korišćen genetski materijal donora, biološko i pravno materinstvo i očinstvo će se razlikovati. Naime, majkom deteta smatra se žena koja je dete rodila, bez obzira na činjenicu da je korišćena jajna ćelija donora. Tako je i sa očinstvom. Muž majke ili vanbračni partner majke, ako su se saglasili sa donacijom sperme, smatraće se ocem deteta koje začeto tuđim genetskim materijalom. Kada se radi o zakonodavstvima koja dozvoljavaju surogat materinstvo, značaj autonomije stranaka je još očigledniji, jer se pravnom majkom smatra žena koja nije rodila dete, a koja ne mora imati ne genetsku vezu sa detetom, ako nije oplodena njena jajna ćelija. U ovim slučajevima, na osnovu volje budućih roditelja, para naručilaca, donosi se odluka kojom oni postaju pravni roditelji. Vidi se da se u slučajevima začeća deteta uz biomedicinsku pomoć, ako se u postupku koristi genetski materijal donora, ili ako se radi o surogat materinstvu kada druga žena rađa dete, primat daje autonomiji stranaka, dok princip materijalne istine potpuno gubi na značaju.

Može se zaključiti da razvoj medicine i biologije, s jedne strane omogućuje da pravno i biološko očinstvo u potpunosti koincidiraju, jer analiza DNK to omogućuje. Sa druge strane, upravo razvoj biomedicine uzrokuje da pravno i biološko očinstvo u slučajevima začeća deteta uz biomedicinsku pomoć, ako je korišćen genetski materijal donora, budu u

raskoraku. Autonomija stranaka dobija primat, jer se na osnovu volje stranaka određuje pravni roditeljski odnos, dok princip materijalne istine potpuno gubi na značaju. Pravo deteta da zna svoje poreklo je u zakonodavstvima koja prihvataju princip anonimnosti donora potpuno neostvarivo, dok u zakonodavstvima koja omogućuju detetu da sazna identifikacione podatke o donoru, ovo pravo može biti ostvareno, ali samo faktički. Pravni roditelji deteta ostaju lica koja su bila subjekti postupka začeća uz pomoć biomedicine. U ovom momentu nije prihvatljiv stav da dete može imati više lica koja imaju različite roditeljske uloge (biološki odnosno genetski roditelji, socijalni odnosno pravni roditelji), a što odgovara stvarnom stanju. Na pitanje da li će porodično pravo ići u pravcu prihvatanja činjenice da u nekim slučajevima postoji više od dva lica koja imaju roditeljske uloge i da li će princip „iskrenost je najbolja politika“ (*honesty is the best policy*) uticati na promenu ukorenjenih shvatanja o tome da jedno lice može imati samo jednu majku i jednog oca, u ovom momentu se ne može dati odgovor. Ova pitanja će sigurno biti vrlo značajna u daljem razvoju porodičnog prava.

*Gordana Kovaček-Stanić, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad*

Autonomy *versus* Absolute Truth in Comparative Law on Family Status of the Child

Abstract

The development of biology and medicine enables that legal and biological maternity and paternity coincide completely, owing to biomedical analysis, in particular to DNA analysis. On the other hand, development of biology and medicine causes discrepancy in legal and biological maternity and paternity in the situation of biomedically assisted conception if donor genetic material is used. Thus, autonomy of the parties gain in importance, legal parental relations are based on the will of the parties, so principle of biological truth loses importance. Legal parents would be persons who participated in the process of biomedically assisted conception in order to get the child.

Autonomy of the mother could be extended to allow for anonymous birth. Acknowledgement of the paternity depends almost entirely on the will of the parties concerned. If the man acknowledges his paternity and the requisite consent is given, the man is considered to be the father. The biological truth is not examined. On the other hand, in proceedings for establishing and contesting maternity and paternity, the court is obliged to determine the biological truth, which may be based on DNA and other biomedical evidence. It could be said that the autonomy of the parties is limited by the requirement that maternity and paternity in such cases be established based on the biological facts.

Key words: autonomy of the parties, absolute truth, maternity, paternity, establishing, contesting, biomedically assisted conception

*Dr Danica Popov, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

TUŽBA ZBOG SMETANJA DRŽAVINE¹

Sažetak: Predmet ovog rada je zaštita putem državnih tužbi u slučajevima smetanja državine. Ovaj vid zaštite je efikasan jer se u državnim sporovima sud ne upušta u rešavanje pravnih pitanja, nego se pruža zaštita prema poslednjem stanju državine koje je postojalo pre nastalog smetanja. Postupak je hitan što se manifestuje u kratkim rokovima za preduzimanje pojedinih parničnih radnji. Sud po službenoj dužnosti može i bez saslušanja protivne strane odrediti privremene mere koje se primenjuju u izvršnom postupku radi otklanjanja hitne opasnosti protivpravnog oštećenja ili sprečavanje nasilja ili otklanjanja nenadoknadle štete. Protiv rešenja o određivanju privremene mere nije dozvoljene posebna žalba. O tužbenom zahtevu sud odlučuje donošenjem rešenja koje ima kondemnatorni karakter. žalba na rešenje se može izjaviti u roku od osam dana. Protiv rešenja donetog u parnici zbog smetanja državine revizija nije dozvoljena. Ponavljanje postupka je dozvoljeno samo u izuzetnim slučajevima predviđenim Zakonom.

Ključne reči: tužba zbog smetanja državine, aktivna i pasivna legitimacija u sporovima zbog smetanja državine, obeležja postupka, odlučivanje po tužbi i rokovi u kojima se tužba podiže.

Pravni poreci od rimskog prava² do danas pružaju državini specifičnu pravnu zaštitu od neovlašćenog uznemiravanja ili oduzimanja

¹ Rad je posvećen projektu „Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo“ br. 179079 koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

² U rimskom pravu se državina štitila posebnim tužbama – interdiktima. Postojale su dve tužbe a) tužba u slučaju uznemiravanja državine (*interdictum retinendae possessionis*) i u slučaju oduzimanja stvari (*interdictum recuperande possessionis*).

stvari ili prava. Zaštita se pruža svakoj državini bez obzira kako je stečena i nezavisno od prava svojine ili nekog drugog stvarnog prava. Sudska zaštita državine ostvaruje se putem posebnih tužbi i u specifičnom postupku.

Zakonom o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, kao i većinom evropskih građanskih zakonika, predviđene su dve tužbe za zaštitu državine: a) tužba zbog uznemiravanja i b) tužba zbog oduzimanja državine. „Svaki držalac stvari i prava, ima pravo na zaštitu od uznemiravanja ili oduzimanja državine (smetanje državine)“³.

Smetanje državine predstavlja svaki akt kojim se držalac ometa u vršenju faktičke vlasti na stvari. Smetanje državine može se izvršiti na dva načina, uznemiravanjem državine ili oduzimanjem državine. Uznemiravanje predstavlja onemogućavanje, ograničavanje, držaoca u mirnom vršenju faktičke vlasti, bez deposedovanja stvari. Oduzimanje državine predstavlja potpuno onemogućavanje vršenja faktičke vlasti na stvari koje za posledicu ima potpuno deposedovanje njenog držaoca. Oduzimanje državine se češće javlja kod pokretnih a, ređe kod nepokretnih stvari. Predmet ovog rada će prevashodno biti sudska zaštita državine usled uznemiravanja držaoca u vršenju faktičke vlasti.

Uznemiravanje predstavlja svaki akt kojim se držalac onemogućava da u vršenju faktičke vlasti na stvari u dotadašnjem obimu i na dotadašnji način.⁴

Čin smetanja može biti izvršen preduzimanjem neke faktičke radnje ili čak i verbalnim putem. Faktička radnja može biti pozitivna, ali i negativna (na primer, prestankom pozitivnih radnji na koje je neko obavezan). Verbalno smetanje postoji u slučaju ozbiljne, neposredne i protivpravne pretnje. Pretnja je ozbiljna ako je s obzirom na sve okolnosti, subjektivne i objektivne izaziva strah kod držaoca. Izazivanje straha po svom intenzitetu treba da bude takvo da kod držaoca izaziva ozbiljnu opasnost kojom se ugrožava život, zdravlje ili sama stvar koja je objekt državine.⁵

³ Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, „Sl. list SRJ“ br 29/1996, član 75.

⁴ Prema Nacrtu Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima Republike Srbije iz 2006. godine, uznemiravanje je onemogućavanje držaoca ili pritežaoca da nastavi da u dotadašnjem obimu ili na dotadašnji način vrši faktičku vlast u pogledu stvari, postavljanjem savladivih prepreka, otežavanjem pristupa, zabranjivanjem, isticanjem prava u pogledu stvari ili na drugi način.

⁵ Smetanje se može izvršiti izuzetno i verbalno kada se titularu prava (nužnog prolaza), uputi ozbiljna pretnja (stavljanje u izgled budućeg zla titularu prava, članovima njegove porodice ili imovine), i na taj način izrekne zabrana daljeg korišćenja prava. (Rešenje okružnog suda u Požarevcu, GŽ. Br. 1386/95, od 15.11.1995. godine)

Čin smetanja mora biti posledica neke ljudske radnje (pozitivne, negativne ili rečima) Ne smatra se smetanjem ona radnja koja je nastala usled slučajnog događaja (na primer, grana sa drveta, usled vetra padne na držaočevo zemljište). Ne smatra se smetanjem, ona radnja, koje je posledica aktivnosti životinje ili neke mehaničke naprave.

Akt smetanja državine treba da bude ozbiljan i relativno znatan tj. takav da se njime držalac zaista ometa u vršenju faktičke vlasti, a da nije u pitanju neko neznatno ili neozbiljno zadiranje od kojeg ne preti bilo kakva opasnost i šteta. Postavlja se pitanje da li je za kvalifikaciju smetanja potrebna i namera učinioca da vrši smetanje. „Ranije se smatralo da je za smetanje državine potrebna namera smetanja (*animus turbandi*), tj. volja da se preduzetom radnjom drugi ometa u državini. Takvo shvatanje je preusko za efikasnu zaštitu državine, kao faktičkog stanja i za sprečavanje samovlasti. Danas pod *animus turbandi* podrazumevamo svest, tj. znanje o tome da svojom radnjom smetamo tuđu državinu. Pri tome je bez značaja namera zbog koje se to čini. Zahtev da je potreban *animus turbandi*, tj. svest o smetanju, znači da nije smetanje državine u pravnom smislu učinjeno tj. da ne postoji odgovornost za smetanje ako je radnja učinjena: a) slučajno i b) u neuračunljivom stanju.“⁶

Nema sumnje, da ovakvo shvatanje pojma i smisla „*animus turbandi*“ odgovara modernoj, objektivnoj koncepciji državine, jer na taj način, ovaj više nepotrební subjektivni element državine „*animus rem sibi habendi*“ na strani držaoaca, ukazuje na suvišnost voljnog elementa i na strani počinioca smetanja državine u vidu do sada shvaćenog „*animus turbandi*“, a sve to sa ciljem što brže i uspešnije državinske zaštite.⁷ I naša sudska praksa stoji na ovom stanovištu. „Državina stvari se smeta svakim činom kojim je držalac sprečen da istom raspolaže po svojoj volji, a državina prava, ako držalac bude sprečen da vrši pravo po svojoj volji neograničeno, odnosno ako mu se vršenje prava otežava.“⁸

Ovo shvatanje *animus turbandi* je danas uglavnom napušteno, ali se u nekim sudskim odlukama kao neophodan element za smetanje državine zahteva postojanje svesti kod ometaoca da svojom radnjom menja državinsko stanje. Naše pravo, (Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa i Zakon o parničnom postupku), za smetanje državine ne zahteva ovaj uslov.

Smetanje državine mora da bude neovlašćeno, tj. protivpravno. Ovaj uslov je ispunjen ukoliko se smetanje državine ne zasniva na držaočevom

⁶ Č. Rajačić, Stvarno pravo, Zagreb, 1956, prvi dio, str.29-30.

⁷ B. Vizner, Komentar Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, Zagreb, 1980, str. 500.

⁸ Odluka Okružnog suda Novi Sad, br. Gž-1347/64.

pristanku, na zakonskom ovlašćenju ili na odluci državnog organa. Aktom smetanja smatra se, dakle, svaki akt kojim se povređuje neko pravom zaštićeno faktičko stanje. U tom smislu, "neće se smatrati smetanjem poseda ukoliko čin smetanja nije protivpravan".⁹ Oduzimanjem državine ne smatra se ni ono do kojeg je došlo izvršavanjem sudske odluke, jer izvršenje sudske odluke ne može biti protivpravno. U tom smislu bez osnova je tužba kojom držalac zahteva povraćaj oduzete stvari do kojeg je došlo usled izvršenja pravosnažne sudske odluke.¹⁰

Ne smatra se protivpravnom radnjom smetanja državine na primer: a) ako je radnja učinjena od strane organa vlasti koji postupa u okviru službenog ovlašćenja (na.pr. prinudno ispražnjenje stana od strane sudskog organa); b) ako je radnja učinjena po nalogu ili dopuštenju državnog organa (na.pr. na osnovu sudskog rešenja donetog u parnici zbog smetanja državine se ovlasti tužilac da sruši ogradu radi prolaza); v) ako je radnja učinjena na osnovu ovlašćenja sadržanog u pravnom propisu; g) ako je radnja počinjena u stanju nužde ili u nužnoj odbrani; d) ako je radnja učinjena dopuštenjem na osnovu ugovora (na.pr. prodavac ovlasti kupca da sam stupi u državinu kupljenog zemljišta)¹¹

Aktivna i pasivna legitimacija

Pravo na zaštitu ima držalac stvari (neposredni, posredni, svojinski držalac, držalac prava, sudržalac, zakoniti i nezakoniti držalac, naslednik držaoca, savesni i nesvesni držalac, a pod određenim uslovima i manljivi držalac) koji je uznemiravan u svojoj mirnoj državini.

Tužilac u sporu za zaštitu državine može biti svako lice koje je bilo držalac pre oduzimanja ili smetanja državine. Aktivno legitimisano je ono lice, koje je poslednji faktički i mirni držalac stvari kome je državina povređena. To može biti najčešće neposredni, posredni držalac, sudržaoci, ili naslednik ovih držaoca (naslednička državina). Svojstvo tužioca u državinskim parnicama, dakle, ima svako lice koje je bilo držalac pre oduzimanja odnosno lice čija je državina uznmemirena. Tužbu, znači, može podići bilo koji držalac - *iuste quis ad iniuste possidendeat, nihil interest*.

Neposredni držalac ima pravo na posesornu zaštitu ne samo prema trećem licu koje ga uznemirava, nego i prema posrednom držaocu. U

⁹ Prema Rešenju Drugog opštinskog suda u Beogradu, P. br. 4080/94, od 7. marta 1995. i Rešenju Okružnog suda u Beogradu. Gž. br. 7016/95, od 14. septembra 1995. godine, "Sudska praksa", februar 1996.

¹⁰ G. Trabucchi, Commentario breve al Codice civile, Padova, 1997, str. 10045.

¹¹ Č. Rajačić, Stvarno pravo, Zagreb, 1956, prvi dio, str.30.

pravnoj teoriji, predmet rasprave i sporenja je pitanje prava posrednog držaoca da podigne tužbu protiv neposrednog držaoca. Neki teoretičari negiraju takvu mogućnost¹², a drugi dopuštaju ali samo u slučajevima kada neposredni držalac vrši takve radnje kojima prekoračuje granice ugovora ili prava iz kojeg izvodi državinu¹³. Zaštitu državine u korist neposrednog držaoca može tražiti i posredni držalac. Posredni držalac ima pravo na posesornu zaštitu prema trećem licu koje ga uznemirava, s tim što postoje različita mišljenja u pravnoj teoriji u pogledu njegove zaštite prema neposrednom držaocu. Na savetovanju građanskih i građansko-prirodnih odeljenja Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda iz 1985. godine, zauzet je stav „da posredni držalac uživa sudsku zaštitu državine u odnosu na neposrednog držaoca i u odnosu na treće lice prema poslednjem stanju državine zasnovane pravnim poslom sa neposrednim držaocem, pri čemu nije od uticaja punovažnost pravnog posla o zasnivanju državine kao ni okolnost da je treće lice smatralo posrednu državinu uz saglasnost neposrednog držaoca”.¹⁴

Ovaj stav se pravda sledećim činjenicama: najpre, neposredni držalac često vrši faktičku vlast drugačije nego što je to ugovoreno, drugo, posredna državina je samostalan oblik državine, čiji je osnov u pravnom poslu, a ne u faktičkoj vlasti i da se u slučaju njene povrede od strane neposrednog držaoca mora ceniti sadržina pravnog posla. Sporno je, inače bilo pitanje da li se državinskom sporu može raspravljati i ovo pravno pitanje koje proizilazi iz činjenice da neposredna državina nastaje na osnovu pravnog posla čiju sadržinu, u slučaju povrede državine, treba ustanovljavati.¹⁵

Stvarni držalac, bilo da je posredni ili neposredni, uživa državinsku zaštitu i prema licu koje je upisano u katastar nepokretnosti, ili druge javne knjige, a koje nema državinu stvari. Pravo na državinsku zaštitu ima i ono lice koje drži deo nepokretnosti (stan, poslovne prostorije, zemljišnu parcelu i sl.). Prema Nacrtu zakona o pravu svojine i drugim stvarnim pravima, državinsku zaštitu ne uživa tabularni držalac (lice koje je upisano u katastar nepokretnosti kao vlasnik), koji nema faktičku vlast na stvari. Onog trenutka kada tabularni držalac stekne neposrednu ili posrednu

¹² H. Westermann, Sachenrecht, 4. Aufl. 1960. str. 106.

¹³ U nemačkom pravu, Heck (Sachenrecht, 130 par. 8, 3). U našoj pravnoj teoriji, ovakvo mišljenje ima prof. A. Gams (Osnovi Stvarnog prava Beograd 1966, str. 319) pod sledećim uslovima, ako: a) ugovorna strana koja se tuži prekrši ugovor samom radnjom zbog koje se tuži, b) ako ta radnja i po sebi predstavlja smetanje ili oduzimanje državine.

¹⁴ Načelni stavovi i zaključci Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda (1975-1990) Novi Sad, 1990. str. 107.

¹⁵ R. Kovačević, Kuštrimović, M. Lazić, Stvarno pravo, Niš, 2009, str. 53.

državinu pripada mu i pravo na zaštitu putem državninskih tužbi. Prema Švajcarskom građanskom zakoniku, pravo na državinsku tužbu pripada vlasniku nepokretnosti koji je upisan u zemljišne knjige," ali onaj koji ima stvarnu vlast na nepokretnosti, može podići tužbu zbog uzurpacija ili smetanja".¹⁶

Sudržalac ima pravo na zaštitu državine u odnosu na treća lica, ali i u međusobnim odnosima sa drugim sudržaocima, državinska zaštita je sporna. „Problem zaštite sudržavine u slučaju povrede državine od strane sudržaoca nastaje zbog pravila da se u državnim sporovima ne raspravljaju pravna pitanja. Odnosi među sudržaocima, međutim zahtevaju raspravu o pravu, ako je potrebno utvrditi obim faktičke vlasti koja proizilazi iz određenog pravnog odnosa, na pr. susvojine ili zajedničke svojine“¹⁷. Zato se po jednom mišljenju, ne može dozvoliti tužba zbog smetanja državine, ako smetanje potiče od sudržaoca, ali može u slučaju oduzimanja državine, kada je sudržalac potpuno isključen u vršenju sudržavine.¹⁸ Zakonom o osnovama svojinsko-pravnih odnosa daje se mogućnost sudržaocima na zaštitu, ako jedan od njih onemogućava drugog u dotadašnjem načinu vršenja faktičke vlasti na stvari koja je u njihovoj državi.¹⁹ Tumačenjem ove odredbe, pod „onemogućavanjem“ se podrazumeva ne samo oduzimanje stvari, nego i sužavanje obima vršenja faktičke vlasti, pa sudržaocima treba priznati pravo na državinsku zaštitu i u slučaju smetanja državine. Složili bi se sa mišljenjem autora da se u ovom slučaju analogno primenjuju pravila o zaštiti posredne i neposredne državine, jer i sudržavina ima svoj osnov u određenom pravu, susvojini, zajedničkoj svojini, sustanarskim odnosima i sl.²⁰

Kao aktivno legitimisani u parnicama zbog smetanja državine mogu se javiti i naslednici. Naslednik postaje držalac od trenutka smrti ostavio-ca, nezavisno od činjenice kada je stekao faktičku vlast na stvari, i od tada uživa državinsku zaštitu. Ako ima više naslednika oni imaju položaj sudržaoca, i u tom slučaju se primenjuju pravila koja važe za zaštitu sudržavine.

Aktivno legitimisano lice u sporovima za zaštitu državine može biti kako savestan tako i nasavestan držalac.²¹ Manljivi držalac takođe, uživa

¹⁶ Švajcarski građanski zakonik, član 937.

¹⁷ R. Kovačević, Kuštrimović, M. Lazić, op cit. str. 53.

¹⁸ D. Stojanović, Stvarno pravo, Beograd 1991. str. 44.

¹⁹ Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, član 80.

²⁰ R. Kovačević, Kuštrimović, M. Lazić, op. cit. str. 54.

²¹ "U postupku smetanja državine sud raspravlja i odlučuje samo o zaštiti faktičkog stanja, a ne o pravnom osnovu državine, savesnosti ili nesavesnosti držaoca" (prema Rešenju Drugog opštinskog suda u Beogradu, P.br. 4080/94. od 7. marta 1995. i Rešenju

državinsku zaštitu, osim prema licu od koga je na viciozan način došao do državine. Iz izloženog se može zaključiti da državinsku zaštitu može tražiti svaki držalac, jer svrha državinske zaštite je da se zaštiti faktička vlast na stvari, odn poslednje stanje mirne državine koje je postojalo pre njenog smetanja."

Sud pruža zaštitu prema poslednjem stanju državine i nastalom smetanju pri čemu nije od uticaja pravo na državinu, pravni osnov i savesnost držaoca".²² Prema našoj sudskoj praksi, "svaki držalac stvari i prava ima pravo na zaštitu od uznemiravanja ili od oduzimanja državine (smetanje državine)".²³

Ne može biti tužilac vlasnik koji nije držalac svoje stvari, shvaćen kao neposredni držalac koji bi prema čl. 70. stav 1. Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, trebalo da neposredno vrši faktičku vlast na stvari. Ni detentor ne može biti tužilac, on ima samo pravo na samopomoć. Ako je detentor stvari ujedno i držalac prava, na osnovu kojeg ima i detenciju stvari, on je ovlašćen na tužbu za zaštitu državine svog prava, a time posredno štiti i detenciju stvari (izvedena državina)²⁴

Pasivno legitimisani u parnicama zbog smetanja državine su sva ona lica koja su izvršila smetanje državine.²⁵ U slučaju smetanja državine od strane lica koje smetanje vrši po nalogu trećeg, oba lica mogu biti pasivno legitimisana. Prema jednoj sudskoj odluci, "pasivno legitimisan u posedovnoj parnici može biti ne samo onaj ko je neposredno izvršio radnju označenu kao čin smetanja poseda ili onaj u čijem interesu je smetanje poseda izvršeno, već i onaj ko je dao nalog za izvršenje radnje koja predstavlja čin smetanja poseda".²⁶ Pasivno legitimisana su, znači, ona lica koja su naložila smetanje državine, ili koja su ove akte odobrila izvlačeći koristi iz takvog postupanja, ili su se okoristila njima. "Kao 'moralni tvorac' oduzimanja državine ne može se kvalifikovati ono lice koje je jedno-

Okružnog suda u Beogradu Gž. br. 7016/95. od 14. septembra, 1995.) "Sudska praksa", februar, 1996.

²² Rešenje okružnog suda u Beogradu, Gž. br. 6628/95, od 21. septembra 1995, "Sudska praksa" april, 1997. godine.

²³ Odluka Vrhovnog suda Srbije, Gzz. 6/96. "Sudska praksa" februar 1996.

²⁴ Č. Rajačić, op. cit. str.29.

²⁵ "Povredu državine prerdstavlja svaka radnja kojom se držalac isključuje iz faktičke vlasti ili se u toj državini ometa. U posesivnom sporu, pasivno su legitimisana lica koja su takve radnje preduzela". Rešenje okružnog suda u Zrenjaninu, Gž.503/00 od 29.9.2000.) "Intermex"- sudska praksa.

²⁶ (ŽSRi, Gž. 1231/1998, od 23. veljače 2000. godine), izbor odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, br. 1/2000.

stavno izvuklo korist iz akta oduzimanja državine, a da ga pri tome nije ni pripremilo ni podsticalo".²⁷

U pogledu detentora kao pasivno legitimisanog lica postoji spor u pravnoj teoriji. Prema jednim smatra se da tužba ne može biti podneta protiv detentora, a prema drugim autorima čije se mišljenje čini prihvatljivije tužba se može podneti i protiv detentora. Ovo naročito važi za slučajeve kada detentor primi neku stvar kod sebe uprkos tome što je znao da je ona oduzeta.²⁸ Na osnovu izloženog proizilazi da tuženi (pasivno legitimisani) može biti: lice koje je izvršilo smetanje državine, treće lice, detentor, posredni i neposredni držalac, sudržalac i naslednik koji je samovlasno oduzeo državinu dotadašnjem držaocu. Mogućnost za podizanje tužbe treba priznati i protiv lica koje je steklo državinu u uverenju da vrši svoje pravo, kao i protiv onog lica ko je izvršio oduzimanje, a da toga nije bio svestan. Tužbom se mogu obuhvatiti i nalogodavci, odnosno lica u čiju korist je smetanje izvršeno, ako se nekim postupkom od toga nije ogradilo.

U slučaju smetanja državine koje je izvršio zastupnik, odgovoran je za smetanje i može biti tužen zastupani (koji je dao nalog za smetanje, sa čijim znanjem i u njegovu korist se smetanje vrši) ali i sam zastupnik, ukoliko je smetanje svesno počinio.²⁹

Kao pasivno legitimisani u sporu zbog smetanja državine može se javiti i naslednik počinioa smetanjauz dve pretpostavke: a) da se radi o tužbi zbog oduzimanja, a ne uznemiravanja, pošto samo u prvom slučaju tuženi naslednik nastavlja vršenje faktičke vlasti na nasleđenoj stvari, po samom zakonu od trenutka ostaviočeve smrti i b) da je po nasledniku nasleđena državina ostavioca bila pribavljena na viciozan način, silom, prevarom ili zloupotrebom poverenja tužioca, a naslednik u tom pravcu nije bio savestan držalac, jer je znao ili morao znati za ovu nesavesnost ostaviočeve državine.³⁰

Pasivna legitimacija u sporovima zbog smetanja državine ne odnosi se samo na naslednika, počinioa smetanja državine, nego i na njegovog singularnog sukcesora koji je od njega pribavio državinu stvari znajući da je njegov prethodnik pribavio na nezakonit način. „Pitanje je da li se tužba zbog smetanja može podneti i protiv singularnog sukcesora takvog držaoca stvari. Po našem predratnom i po austrijskom pravu ne bi se mogla podneti. Po nemačkom, pravu može se podneti ako je sledbenik znao

²⁷ M.Bianca, *Diritto civile*, VI, La proprietà, Milano, 1999. str. 847.

²⁸ Z. Rašović, *Stvarno pravo*, Podgorica, 2002. str. 73.

²⁹ Č. Rajačić, *op. cit.* str.29.

³⁰ B.Vizner, *op. cit.* str. 495.

za manljivost državine. Nema razloga da se to korisno pravilo ne primeni i u našem pravu“.³¹

Za suđenje u sporovima zbog smetanja državine na nepokretnosti isključivo je nadležan sud na čijem se području nalazi nepokretnost. Ako se nepokretnost prostire na području više sudova, nadležan je svaki od tih sudova. Ukoliko je došlo do smetanja državine na pokretnim stvarima, pored suda opšte mesne nadležnosti nadležan je i sud na čijem se području dogodilo smetanje.³²

Pretpostavka za državinsku zaštitu usled njenog smetanja je da tužilac dokaže da je smetanje nastupilo jer, "eventualna buduća radnja ne može predstavljati čin smetanja državine, pa je za uspeh držaoca u sporu za smetanje državine nužno da je smetanje već nastupilo"³³ Ova obaveza tužioca nije vezana za neke posebne zahteve, što svedoči o tome da je državinska zaštita jednostavnija u odnosu na negatornu tužbu (*actio negatoria*) u kojoj se zahteva i dokazivanje prava svojine.

Obeležja sudskog postupka zbog smetanja državine

Postupak u parnicama zbog smetanja državine je hitan. Sud će prilikom određivanja rokova i ročišta u sporovima zbog smetanja državine, naročitu pažnju obratiti na potrebu hitnog rešavanja sporova, vodeći računa o prirodi svakog pojedinačnog slučaja.³⁴ Ovo načelo dolazi do izražaja skoro u svim fazama postupka. Raspravljanje po tužbi ograničava se samo na pretresanje i dokazivanje činjenice poslednjeg stanja državine i nastalog smetanja Odluka o određivanju privremenih mera donosi se u roku od osam dana. Rok za žalbu iznosi osam dana. Žalba ne zadržava izvršenje rešenja. Rok za dobrovoljno izvršenje obaveze određuje se prema okolnostima za svaki slučaj posebno. Revizija nije dozvoljena. Izvršenje rešenja može se tražiti u prekluzivnom roku od 30 dana od njegove pravosnažnosti. Ponavljanje pravosnažno završenog postupka zbog smetanja državine dozvoljeno je samo iz razloga predviđenih u Zakonu o parničnom postupku (čl. 426. tačke 1 do 3), u roku od 30 dana od pravosnažnosti rešenja o smetanju državine.

Prilikom raspravljanja po tužbi zbog smetanja državine sud se ograničava samo na pretresanje i dokazivanje činjenica poslednjeg sta-

³¹ A. Gams, Osnovi stvarnog prava, Beograd, 1971, str.321.

³² Zakon o parničnom postupku, član 51.

³³ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Gzz. 62/93. Od 12.3.1993. "Intermex"-sudska praksa.

³⁴ Zakon o parničnom postupku, „Službeni glasnik Republike Srbije“ br. 72/2011. član 449.

nja državine i nastalog smetanja.³⁵ isključeno je pretresanje o pravu na državinu, o pravnom osnovu, savesnosti ili nesavesnosti državine ili o zahtevima za naknadu štete.³⁶ Posebnost parničnog postupka zbog smetanja državine je po tome što se sud ne upušta u raspravljanje pravnih pitanja već pruža zaštitu prema poslednjem stanju državine i nastalom smetanju. Cilj postupka je uspostavljanje ranijeg stanja državine narušenog uznemiravanjem ili oduzimanjem. Dokazni postupak se svodi samo na činjenična pitanja, tj. utvrđivanje poslednjeg stanja državine i na uznemiravanje.³⁷ Sud u državinskim sporovima štiti "poslednji mirni faktički posed".³⁸ Bez značaja je činjenica da li je državina bila savesna ili nesavesna, zakonita ili nezakonita, svojinska ili državina prava, neposredna ili posredna, naslednička državina i prava ili manljiva državina. "Držalac koji je državinu stekao silom, potajno ili zloupotrebom poverenja ima pravo na zaštitu, osim prema licu od koga je na takav način došao do državine, ako od nastalog smetanja nisu prošli rokovi, 30 dana od saznanja za smetanje i učinioca, a najkasnije u roku od godinu dana od nastalog smetanja".³⁹

U postupku zbog smetanja državine tuženi može isticati materijalno-pravne prigovore, ali samo one koji se odnose na pitanja koja se u ovom sporu mogu raspravljati. Tuženi ne može isticati prigovore koji se odnose na: pravo na državinu, pravnog osnova državine, savesnosti držaoca. Prigovori koji se mogu isticati su: da li tužilac ima državinu koja se štiti; da li je tuženi samovlasnim činom smetanja uznemirio tužiocovu državinu; da li je tužiocu prestalo pravo na državinsku zaštitu usled proteka rokova za zaštitu utvrđenih zakonom; da li je uspostavljanje predašnjeg stanja mirne državine moguće itd.

Pored materijalnopravnih tuženi može isticati i prigovore procesno-pravne prirode, utvrđene normama procesnog prava. Tuženi može da istakne prigovor da je tužiocova državina manljiva prema njemu (*exceptio vitiosae possessionis ab adversio*). Ovaj prigovor pretpostavlja da je tuži-

³⁵ "Prema Zakonu o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima, posedovna zaštita se pruža prema poslednjem stanju poseda, bez obzira na činjenicu da li poslednji miran posednik ima i pravo na posed". (Rešenje Okružnog suda u Beogradu, Gž. br. 3686/95, od 7. aprila 1995. godine, "Sudska praksa", br. 6/1998).

³⁶ Zakon o parničnom postupku, član 450. st. 1.

³⁷ Zakon o parničnom postupku, član 450 st. 1.

³⁸ "Kada se radi o smetanju poseda tužioca u poslednjem mirnom faktičkom posedu prava stvarne službenosti, prolaza zaprežnim, motornim vozilima, traktorima i kultivatorom, onda stoji obaveza suda da utvrdi kojim sredstvima je tužilac prolazio spornom trasom puta, jer se radi o faktičkom pitanju". (Odluka Okružnog suda u Čačku, Gž.br. 1432/2000 od 19. decembra 2000. godine, "Sudska praksa" br. 2-3/2001).

³⁹ Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, član 78. stav 2.

lac ranije oduzeo stvar tuženom (*vi, clam, precario*), a zatim tuženi povratio državinu u subjektivnom roku od 30 dana, odn. objektivnom roku od jedne godine), a tužilac sada tužbom zahteva povraćaj stvari. Tužiočeva državina treba da bude manljiva prema tuženom, ali ako je tužiočeva državina manljiva prema nekom trećem, sud neće uvažiti tuženikov prigovor manljivosti državine. Pored ovog, tuženi može istaći prigovor, odnosno pozvati se na pravilo, *petitorium absorbet possessorium*, da je između istih stranaka i o istoj stvari istovremeno vođen petitorni spor i okončan u njegovu korist, što će posesorni sud prihvatiti i odbiti tužiočevu pretenziju⁴⁰.

Tužbeni zahtev kod tužbi za zaštitu državine je kondemnatoran i upravljen na: utvrđivanje da je tuženi izvršio smetanje državine, prestanak smatanja državine, otklanjanje stanja prouzrokovanog smetanjem i zabrana budućeg smetanja. Kod tužbe zbog uznemiravanja, zahtev za otklanjanje stanja prouzrokovanog smetanjem sastoji se u traženju tužioca da se tuženom zabrani dalje uznemiravanje, a kod tužbe zbog oduzimanja da se tuženi obaveže da vrati oduzetu državinu. Tužilac može istaći i specifične sporedne zahteve kao što su: zahtev za preduzimanje privremenih mera i zahtev za plaćanje kazne u slučaju ponovljenog uznemiravanja.

U toku postupka sud može po službenoj dužnosti i bez saslušanja protivne strane odrediti privremene mere koje se primenjuju u izvršnom postupku radi otklanjanja hitne opasnosti protivpravnog oštećenja ili sprečavanja nasilja ili otklanjanja nenaknadive štete. Sud će odluku o određivanju privremene mere po predlogu stranke doneti u roku od osam dana od dana predaje predloga. Protiv rešenja o određivanju privremene mere nije dozvoljene žalba.⁴¹

Odlučivanje po tužbi zbog smetanja državine

U postupku zbog smetanja državine sud donosi odluku u obliku rešenja. Rešenje kojim se usvaja tužbeni zahtev ima kondemnatorni karakter. Njime se utvrđuje: a) da je došlo do smetanja državine; b) tuženom se nalaže da uspostavi predašnje državinsko stanje (vraćanje državine ili prestanak uznemiravanja); v) zabrana daljeg uznemiravanja pod pretnjom novčane kazne. Osim ovih elemeneta koje sadrži rešenje o smetanju državine, u izreci rešenja može se navesti i odluka suda o snošenju troškova, naravno takođe pod pretnjom prinudnog izvršenja. Pretnji novčanom kaznom ukoliko tuženi ne postupi po rešenju suda nema mesta u izreci reše-

⁴⁰ O. Stanković, M.Orlić, Stvarno pravo, Beograd, 1998, str.53. i D. Stojanović, Stvarno pravo, Beograd, 1991, str 39.

⁴¹ Zakon o parničnom postupku, član 451. st.3.

nja o smetanju državine jer se takva kazna može izreći u izvršnom postupku.

U pravnoj doktrini procesnog prava vlada mišljenje da unošenje deklaracije o državini i smetanju u dispozitiv rešenja menja kondemnatorni karakter rešenja koje sud donosi u postupku zbog smetanja državine. Konstatacija o državini i činjenici smetanja treba da bude navedena u obrazloženju, a ne u izreci rešenja. Ako je tačno da u izreci konačnog rešenja ne bi trebalo biti mesta deklaraciji, tačno je i to da konstatacija o tome kako je tužilac bio držalac i kako je u toj državini bio smetan, nema karakter samostalnog deklaratornog elementa izreke rešenja o smetanju državine. Ona je sastavni deo naredbe tuženom da uspostavi ranije državinsko stanje i sastavni deo zabrane jednakih ili sličnih smetanja u budućnosti, bez obzira kako je izreka rešenja formulisana.⁴²

U parnicama zbog smetanja državine dopušteno je donošenje rešenja zbog izostanka i na osnovu priznanja, a stranke mogu i da se poravnaju povodom predmeta spora. Rešenjem o smetanju državine sud određuje rok za dobrovoljno izvršenje onoga što se nalaže tuženom (paricioni rok). Paricioni rok se određuje prema potrebama, odnosno prema okolnosti slučaja, pa može biti duži ili kraći od roka za žalbu. Sud iz razloga efikasnosti, može naložiti da se rešenje izvrši odmah, i da žalba protiv rešenja nema suspenzivni karakter, tj. da ne zadržava izvršenje rešenja, da bi se brzo rešio problem nastao smetanjem državine.

Rok za žalbu iznosi svega osam dana od dana dostavljanja rešenja zbog smetanja državine. iz važnih razloga sud može odlučiti da žalba ne zadržava izvršenje rešenja. Zakonom o parničnom postupku nisu bliže određene situacije zbog kojih sud ima ovlašćenje da žalbi oduzme suspenzivno dejstvo. "Može se smatrati da su u pitanju oni slučajevi u kojima je sud ovlašćen da po službenoj dužnosti određuje privremene mere".⁴³

Protiv rešenja donetih u parnicama zbog smetanja, revizija nije dozvoljena. Ponavljanje pravosnažno završenog postupka zbog smetanja državine dozvoljeno je samo iz razloga: a) ako je sud bio nepropisno sastavljen ili su povređena pravila postupka,⁴⁴ b) ako stranci nezakonitim postupanjem, a naročito propuštanjem dostavljanja, nije bila data mogućnost da raspravlja pred sudom,⁴⁵ ili v) zbog povrede pravila o stranačkoj i

⁴² Nikola Gavela, sa grupom autora, *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998, str. 182.

⁴³ R.Keča, B.Starović, *Gradansko procesno pravo*, Novi Sad, 2004. godine, str. 452.

⁴⁴ „Ako je sud bio nepropisno sastavljen ili je sudio sudija koji je po zakonu morao da bude isključen ili je rešenjem suda bio izuzet ili ako je u donošenju presude (u slučaju smetanja državine rešenja) učestvovao sudija koji nije učestvovao na glavnoj raspravi.“ Zakon o parničnom postupku, čl. 426. st. 1.

⁴⁵ Zakon o parničnom postupku, čl.426. st. 2.

parničnoj sposobnosti, kao i pravila o zastupanju stranaka⁴⁶. Ponavljanje postupka može se zahtevati u roku od 30 dana od pravosnažnosti rešenja o smetanju državine.⁴⁷

Prinudno izvršenje rešenja o smetanju državine vrši se prema opštim pravilima izvršnog postupka, s tim što postoje neka odstupanja zbog hitnosti rešavanja ovih sporova i zbog provizornosti državinske pravne zaštite. Stoga, tužilac gubi pravo da u izvršnom postupku zahteva izvršenje rešenja kojim se tuženom po tužbi zbog smetanja državine nalaže izvršenje određene radnje, ako nije zahtevao izvršenje u roku od 30 dana po proteku roka koji je rešenjem određen za izvršenje te radnje.⁴⁸

Pravosnažno rešenje zadržava svojstvo izvršne isprave u slučaju ponovnog smetanja, ali najdalje u roku od 30 dana od dana saznanja za ponovno smetanje, a najkasnije u roku od godinu dana po ponovljenom smetanju. Sud rešenjem nalaže tuženom da uspostavi prethodno faktičko stanje koje je postojalo pre povrede državine i izriče zabranu smetanja pod pretnjom novčane kazne. Tuženi je dužan da uspostavi predašnje stanje dobrovoljno i o svom trošku, a ukoliko se to ne ostvari u paricionom roku pristupiće se prinudnom izvršenju o trošku tuženog. Ako tuženi ponovi smetanje, a ono postoji ukoliko ga učini tuženi na istom objektu i istom ili sličnom radnjom, pristupa se naplati novčane kazne, i zapretiće se ponovnom kaznom u istom ili većem iznosu. Ponovljeno smetanje ne sme da se razlikuje od onog o kome je sud doneo pravosnažno rešenje kojim je zabranio isto ili slično smetanje. Ako se novo smetanje u suštini razlikuje od prethodnog, pa makar to bilo smetanje istog objekta, ali drugim sredstvima ili na drugi način, zaštita se mora tražiti podizanjem nove tužbe zbog smetanja državine, jer se izvršenje ne može tražiti po prethodnom rešenju kao ponovljeno smetanje.

Rokovi u kojima se može zahtevati državinska zaštita

Sudska zaštita od uznamiravanja, odnosno oduzimanja državine može se tražiti u roku od 30 dana od dana saznanja za smetanje i učinioca (subjektivni rok), a najkasnije u roku od godinu dana od nastalog smeta-

⁴⁶ „Ako je u postupku kao tužilac ili tuženi učestvovalo lice koje ne može da bude stranka u postupku ali ako je stranka koja je pravno lice nije zastupalo ovlašćeno lice ili ako parnično nesposobnu stranku nije zastupao zakonski zastupnik ili ako zakonski zastupnik, odnosno punomoćnik stranke nije imao posebno ovlašćenje za vođenje parnice ili za pojedine radnje u postupku, osim ako vođenje parnice, odnosno vršenje pojedinih radnji u postupku nije bilo naknadno odobreno.“ Zakon o parničnom postupku, čl. 426.st.3.

⁴⁷ Zakon o parničnom postupku, član 454.

⁴⁸ Zakon o parničnom postupku, član 453.

nja (objektivni rok).⁴⁹ Ovaj rok je prekluzivan, pa se u slučaju isteka roka državinska zaštita više ne može zahtevati. Na istek ovih rokova sud pazi po službenoj dužnosti, a ne na prigovor tuženog.⁵⁰ Prekluzivni rok teče neprekidno, bez prekida i zastoja. Subjektivni rok ističe najkasnije sa objektivnim, a saznanje za pravno relevantnu činjenicu inicira subjektivni rok samo ako je do njega došlo unutar objektivnog roka.

Rokovi za podizanje državninskih tužbi počinju da teku od zasnivanja trajnog stanja koje se kvalifikuje kao uznemiravanje ili oduzimanje. Ako se smetanje vrši povremenim radnjama, postoji nesaglasnost u pravnoj teoriji, da li se rok računa od prve radnje ili od svake nove radnje smetanja počinje da teče novi rok. Čini se prihvatljivim shvatanje prof. O. Stankovića, da "u slučaju ponovnog smetanja (sukcesivnog smetanja) rok treba da teče od onog dana kada je prema razumnoj proceni postalo jasno da će se smetanje nastaviti te da je za njegov prestanak potrebna intervencija suda."⁵¹ U slučaju višestrukog oduzimanja rokovi teku posebno za svako od njih od trenutka oduzimanja.

Nezavisno od spora zbog smetanja državine može se tražiti sudska zaštita državine po osnovu prava na državinu.⁵² Ovaj spor se pokreće tzv. nepravim svojinskim tužbama koje se zasnivaju na tužiočevom jačem pravu na državinu. U ove tužbe ubrajaju se *actio publiciana* (koju podiže bivši uzukapioni držalac protiv sadašnjeg držaoca i zahteva povraćaj stvari u državinu) i tzv. *publicianska actio negatoria*, kojom se tuženom zabranjuje dalje uznemiravanje uzukapione državine stvari. Sudska zaštita državine po osnovu prava na državinu može se zahtevati ne samo po okončanju državninskog spora nego i pre ili za vreme trajanja državninskog spora. Ukoliko se petitorski spor okonča u korist tuženog, on se u državninskom sporu može pozvati na pravilo *petitorium absorbet possessorium*. Ovaj prigovor je uspešan ako se *possessorium ordinarium* uspešno završi u korist tuženog pre *possessorium extraordinarium*.⁵³

Za razliku od sporova za zaštitu državine kao faktičkog stanja koja je ograničena prekluzivnim rokom (30 dana od saznanja za smetanje i učinio-ca i godinu dana od nastalog smatanja), sudska zaštita po osnovu prava na državinu (*actio publiciana* i *publicijanske actio negatoria*) ne zastareva.

⁴⁹ Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, član 77.

⁵⁰ "Sud je dužan da pre nego što odluči o osnovanosti alternativno postavljenih zahteva utvrdi blagovremenost tužbe za smatanje poseda". (Rešenje Okružnog suda u Beogradu, Gž. br. 11726/95, od 8. decembra 1995. godine, "Sudska praksa, br. 7-8/97).

⁵¹ O. Stanković, M. Orlić, Stvarno pravo, Beograd, 1998. godine, str. 49.

⁵² Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, član 81.

⁵³ Z. Rašović, op. cit, str. 82.

Zaključak

Zaštita u sporovima za zaštitu državine može se ostvarivati tužbama: a) zbog oduzimanja državine (*interdictum recuperandae possessionis*) i b) tužbom zbog uznemiravanja državine (*interdictum retinendae possessionis*). Opšta karakteristika ovih sporova je u tome što sud ne raspravlja pravna pitanja nego samo faktička. Rasprava po državinskoj tužbi ograničava se samo na pretresanje i dokazivanje činjenice poslednjeg stanja državine i nastalom smetanju, pri čemu je bez uticaja pravo na državinu, pravni osnov državine i savesnost držaoca. Za razliku od opšteg parničnog postupka u postupku po sporovima zbog smetanja državine primenjuju se i neka posebna pravila koja se odnose na: provizornost državinske zaštite, hitnost postupka, pokretanje postupka, predmeta raspravljanja i odlučivanja, ograničenje prigovora, određivanje privremenih mera, donošenje odluke koja ima oblik rešenja, žalbi koja se može izjaviti u kratkom roku i koja ne mora da ima suspenzivno dejstvo (ne zadržava izvršenje rešenja), revizija nije dozvoljena, izvršenje rešenja podleže posebnim pravilima itd.

*Danica Popov, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad*

The Protection of Possession

Abstract

Protection in disputes for the protection of possession can be attained through the following actions a) for dispossession (*interdictum recuperande possessionis*) and b) with an action for the disturbance of possession (*interdictum retinendae possessionis*). The general feature of these disputes is that there is only discussion on the facts and not a legal matters. Subject matter jurisdiction for the resolution of such disputes belongs to the court of general jurisdiction, while the dispute itself is a litigation. The special rule of proceedings of action for disturbance are: provisionality of the protection of possession; urgency in proceedings; initiation of the proceedings; limiting of objection; prescribing temporary measures; rendering a ruling in the form of order; appeals which may be filed within a short deadline and which does not have suspensive effect (do not delay the execution of the order; revision is not allowed etc.

Key words: action for possession disturbance, active and passive legitimacy in possession disturbance disputes, characteristics of procedure, decisions and terms in which an action must be brought.

*Dr Ljubomir Stajić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

ZAŠTITA OD UGROŽAVANJA NEMATERIJALNE IMOVINE SA POSEBNIM OSVRTOM NA ULOGU PRAVA¹

Sažetak: *Uvek će postojati korporacije i države koje će želeći da bez ulaganja naučnog, intelektualnog i radnog napora i novca prisvoje nematerijalnu imovinu drugih. Ta, „krađa“ je olakšana bilo zato što meta i vlasnik imovine iz nekih razloga nije svestan njenog značaja bilo zato što zanemaruje opasnost od krađe. Za one koji naivno veruju da ne poseduju imovinu koju će neko „napasti“ i ne žele i ne znaju da treba i kako je štiti, momenat otrežnjenja biće i momenat propasti.*

Pogrešno se misli da je nematerijalna imovina samo brend, patent, informacije i slično. Prema savremenom shvatanju nematerijalnu imovinu čine i celokupna znanja, veštine i iskustva zaposlenih.

U Republici Srbiji i dalje se znatno više pažnje posvećuje fizičko-tehničkoj zaštiti materijalne nego nematerijalne imovine. Zaštita zaposlenih, nosilaca i vlasnika nematerijalne imovine kao i zaštita poslovanja procentualno je toliko mala da gotovo i ne postoji.

Analizirajući istorijske činjenice utvrđeno je da je zaštita uvek zaostajala za metodama krađe. Može se zaključiti da je zaštita uspevala samo neko određeno i relativno kratko vreme.

Problem današnje zaštite je u tome što se nematerijalna imovina kao neopipljiva ne mora uvek i fizički ukrasti pa se broj modaliteta krađe ili otuđenja na različite načine znatno povećao. Zaštita zahteva postojanje

¹ Ovaj rad je posvećen naučno-istraživačkom i razvojnom projektu „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)“ a predstavlja nastavak rada pod nazivom „Izvori, oblici i nosioci ugrožavanja nematerijalne imovine zemalja u tranziciji“ koji je objavljen u broju 2/2011 Zbornika Pravnog fakulteta te su zato pojedine teze iz tog rada delimično ponovljene u uvodu ovog rada.

tako velikog zaštitnog sistema koji često prevazilazi mogućnosti vlasnika imovine.

Koliko je zaštita nematerijalne imovine značajna govori i činjenica da je ona regulisana kroz mnogobrojne multilateralne i bilateralne konvencije i sporazume.

Pravo se, u stvari, pojavljuje kao osnov, metod i granica zaštite nematerijalne imovine. Dakle, osim što je pravo poseban metod ono je utkano i u sve druge metode zaštite.

U ovom radu navedeni su principi, preduslovi prevencije i metode zaštite nematerijalne imovine s posebnim osvrtom na ulogu i značaj prava.

Ključne reči: *bezbednost, zaštita imovine, bezbednost korporacija, bezbednost poslovanja.*

Uvod

Proces globalizacije prouzrokovao je i opštu trku kompanija za primat na svetskom tržištu. Proširenje tržišta, radne snage i finansija na ceo svet zahtevao je nove i nove napore kako bi se ostvario sve veći i veći profit koji se opet ulaže upravo s ciljem da bi postao i ostao lider na tržištu. To, svakako, znači i veći profit. Taj ogroman zadatak mnoge kompanije ne bi mogle da ostvare ukoliko iza njih ne stoji njihova država. Dakle, ukoliko vodeće sile sveta i najsavremenije i bogate države i dalje žele da ostanu u trendu potrebno im je sve više i više novca i značajnih naučno-tehnoloških znanja kojima će zadržati primat u svetu. Naravno, razvoj fundamentalnih, razvojnih i primenjenih nauka iz kojih se dobijaju nova znanja i informacije, a time i nova primenjena tehnika i tehnologija, dug je i naročito skup proces. U svetu koji sve brže živi, a novca za nauku ima sve manje dolazimo do dve svestrane i suprotstavljane tendencije. Jedna je da se što pre (po mogućstvu pre drugih država ili ekonomija) dođe do novih primenljivih znanja i informacija kako bi se time stekla odlučujuća prednost nad konkurentskim državama i privredama, a druga tendencija je da se za to uloži što manje novca čime bi se obezbedio veći profit. Ovo drugo i jeste pravi cilj svih koji ulažu u primenjena znanja i tehnologije. Kako se reč o dijametralno suprotstavljenim i isključivim tendencijama dolazimo do osnovnog problema sa kojim se sreću bogati i moćni. Kako stalno i sve brže dolaziti do najsavremenijih naučnih rezultata primenljivih u privrednom razvoju, a za to uložiti što manje novca jer, u suprotnom, skupa nova znanja i informacije i tehnologije ne znače i prednost u stalnoj trci savremenih privreda, a time i država.

U ovako postavljenu tezu treba uvesti još jedan faktor. To je da naučna dostignuća nisu unapred predodređena za one koji ulože ogroman novac u naučna istraživanja. Nauka je takva delatnost gde se, nekada do genijalnih ideja, dolazi zahvaljujući ingenioznosti „naučnika“ u siromašnim i manje razvijenim zemljama. Uzimajući u obzir navedenu činjenicu dolazimo do novog problema. Veliki, bogati i moćni, u želji da to i ostanu nastoje da dođu do novih naučno-tehnoloških znanja koja nisu nastala u njihovoj produkciji (pre konkurencije) kako bi i dalje ostali lideri na tržištu. Do tih znanja moguće je doći na dva načina. Prvi je njihovom kupovinom (patenta, tehnologije i ljudi), a drugi krađom u vidu naučne (industrijske) špijunaže ili bilo kojim drugim oblikom intelektualne krađe ili nelegalnog preuzimanja.

Nematerijalna imovina kao što samo ime kaže, nema fizičku formu i njeno iskazivanje i definisanje nije lako i zahteva proučavanje savremenih svetskih rešenja. Reč je o vrsti kapitala čiju je vrednost teško izmeriti, odrediti mu formu i granice, i naročito se ne može skladištiti i čuvati za budućnost. Takva imovina zahteva posebne sposobnosti menadžmenta za upravljanje njim sa posebnim problemom njegove zaštite od neovlašćenog odlivanja, preuzimanja ili krađe.

Uvek će postojati ljudi, preduzeća i korporacije koji će želiti da bez ulaganja naučnog, intelektualnog i radnog napora i novca prisvoje nematerijalnu imovinu drugih. To je moguće jer im se širom sveta pruža mogućnost da tu imovinu (i u krajnjem slučaju dobit) „ukradu“ od drugih. Ta „krađa“ je olakšana bilo zato što meta i vlasnik imovine iz nekih razloga nije svestan njenog značaja bilo zato što zanemaruje opasnost od krađe (preuzimanja) verujući da baš njih niko neće napasti. Za one koji naivno veruju da ne poseduju imovinu koju će neko „napasti“ i ne žele i ne znaju da treba i kako je štititi, momenat otrežnjenja biće i momenat propasti.

U praksi, stvari su drugačije. Veliki, moćni i bogati sve više pooštavaju bezbednosne procedure radi zaštite svojih poslovnih sistema. Oni svoju imovinu podjednako štite bilo da je ona materijalna (opipljiva) bilo da je nematerijalna (intelektualna) dok istovremeno destimulišu male, siromašne i zemlje u tranziciji da na isti način štite svoju imovinu kako bi lako i bez velikih ulaganja došli do novih znanja, tehnologija, patenata i informacija koje su im potrebne da bi zadržale svoj liderski položaj i uvećale svoj kapital i time obezbedile stabilnost svojih zemalja (društvenu, privrednu, socijalnu).

Pogrešno se misli da je nematerijalna imovina (kapital) samo brend, patent, informacije i slično. Prema savremenom shvatanju nematerijalna

imovinu čine i sva znanja, veštine i iskustva zaposlenih. Nastala je kao pojedinačno ili kolektivno radno ili bilo koje ranije iskustvo i aktivnost zaposlenih. Uspješna preduzeća se od neuspješnih upravo i razlikuju po tome što ove oblike nematerijalne imovine pretvaraju u imovinu korporacije ili preduzeća. Kao takva ona je osnovni pokretač rasta i razvoja i značajan faktor u borbi protiv konkurencije.

Nematerijalnom imovinom se može upravljati i trgovati kao i materijalnom imovinom. Ako se ova teza prihvati kao tačna onda se postavlja pitanje zašto većina zemalja u tranziciji nije obračunala vrednost nematerijalne imovine prilikom prodaje preduzeća u periodu tranzicije. Postoje preduzeća, instituti ili laboratorije i naučne institucije čija nematerijalna imovina višestruko premašuje onu materijalnu.

Sa stanovišta bezbednosti i opstanka zemalja u tranziciji osnovno pitanje glasi - kako sačuvati pustošenje intelekta i nematerijalne imovine jedne zemlje jer bez nje ona postaje zavisna za sva vremena upravo od onih koji su to uradili na perfidan i očigledno nameran i ciljan način.

U Republici Srbiji i dalje se mnogo više pažnje, posvećuje fizičko-tehničkoj zaštiti materijalne nego nematerijalne imovine. Zaštita zaposlenih, nosilaca i vlasnika nematerijalne imovine kao i zaštita poslovanja procentualno je veoma mala, toliko mala da gotovo i ne postoji. Slika se menja i promeniće se utoliko što će strane korporacije koje su preuzele naše znanje, informacije i tehnologije učiniti sve da ih zaštite i tu će važiti međunarodni bezbednosni standardi zaštite.

Osnovni problemi u ovoj oblasti su:

1. Kako na vreme prepoznati metode, počiniocce i sredstva napada ili nelegalnog preuzimanja nematerijalne imovine?
2. Kako zaštititi nematerijalnu imovinu od tih napada?
3. Koji elementi zaštite nematerijalne imovine moraju biti inkorporirani u poslovnu strategiju?
4. Kako unaprediti rad menadžera na polju bezbednosti korporacije?
5. Kako razvijati poslovnu i bezbednosnu kulturu u radu sa partnerima i konkurencijom s ciljem zaštite nematerijalne imovine.

Odgovor na postavljena pitanja dovešće nas do modela organizacije i funkcionisanja korporativnih sistema bezbednosti u funkciji zaštite nematerijalne imovine. Korporativni sistemi bezbednosti postaju sve značajniji jer izlaskom na svetsko tržište kao i realizacijom procesa globalizacije na polju ekonomije korporacije više ne mogu da računaju samo na ekskluzivnu zaštitu države u ekonomskim odnosima. U tom slučaju država se od ranijeg glavnog aktera pretvara u svojevrsan servis privatnih korporacija.

Prevenција ugrožavanja nematerijalne imovine

Prevenција u principu daje bolje rezultate u očuvanju bezbednosti u odnosu na represiju. Kod mnogih imovinskih krivičnih dela moguće je, na neki način, nadoknaditi ukradenu, otetu ili oštećenu imovinu. Sa nematerijalnom imovinom, praktično, to je nemoguće. Kada informacija, znanje, naučno otkriće, tehnološki postupak ili slično jednom „napuste“ svog vlasnika i pređu u ruke konkurencije ili drugih zainteresovanih subjekata šteta je nenadoknadiva. S obzirom na to da je posledica toga takva da može imati katastrofalne štete represija koja se bavi posledicama praktično ima više ulogu prevencije drugih slučajeva nego što može pomoći „žrtvi“ da nadoknadi izgubljeno. U novije vreme, zemlje u tranziciji opterećene korupcijom, nedefinisanim pravnim okvirom za rešavanje pitanja zaštite nematerijalne imovine, nerešenim imovinskim odnosima, nedostatkom radne i bezbednosne kulture i drugim nisu u mogućnosti ni represivno da deluju, a kamoli da vode računa o međunarodnim standardima prevencije. U tom smislu, osnovni uslovi prevencije ugrožavanja nematerijalne imovine zemalja u tranziciji su:

- svest svih nivoa menadžmenta kompanije o odsustvu dobrih poslovnih običaja u slučajevima ekstremne borbe za opstanak na tržištu pogotovu pri naletu stranih kompanija koje nemaju kočnica kada je poslovna špijunaža u pitanju;
- prepoznavanje svih oblika i nosilaca ugrožavanja nematerijalne imovine;
- izrada integralne strategije poslovanja koja će u sebi sadržati elemente za popis, vrednovanje, ali i adekvatnu zaštitu nematerijalne imovine i
- formiranje i adekvatna funkcija organizacionih elemenata kompanija sposobnih da izvrše zaštitu između ostalog i nematerijalne imovine.

Kao posledica ovih faktora prevencija ugrožavanja nematerijalne imovine podrazumeva:

- izradu situacionih modela mogućih napada na nematerijalnu imovinu;
- izradu organizacionih šema i tehničkih i bezbednosnih procedura u zaštiti nematerijalne imovine;
- pravovremeno i realno procenjivanje namera nosilaca ugrožavanja, otkrivanje njihovih ciljeva i planova;
- utvrđivanje strategije koju će primenjivati nosioci ugrožavanja radi određivanja kontrastrategije;
- izgradnja poslovne i bezbednosne kulture u funkciji zaštite nematerijalne imovine;

- efikasno onemogućavanje sprege između unutrašnjih i spoljnih nosilaca ugrožavanja;
- saradnja sa odgovarajućim zainteresovanim državnim organima na zaštiti nematerijalne imovine;
- motivisanje zaposlenih i menadžmenta u preduzimanju mera i aktivnosti na zaštiti nematerijalne imovine;
- izradu kompanijske pravne regulative i pravila kojima se definišu obaveze zaposlenih na zaštiti nematerijalne imovine kao i posledice za njihovo nepoštovanje;
- povremenu i pravovremenu proveru svih onih koji su „vlasnici“ nematerijalne imovine kako bi se sprečilo vrbovanje ili preuzimanje od strane konkurencije i
- energično suprotstavljanje svim oblicima ugrožavanja;

U tom smislu prevencija podrazumeva i pridržavanje sledećih principa.

1. Samo retki mogu znati sve o nematerijalnoj imovini.
2. Nematerijalna imovina mora biti nedostupna nepoželjnim, nezaposlenim i svima koji ne rade direktno na njoj.
3. Stalno ažuriranje i razvijanje bezbednosnih procedura kojima se omogućava dobro predviđanje napada radi detekcija napada.
4. Zaštita uvek mora podrazumevati više različitih prepreka (pokriivena je merama kontrole fizičkog, elektronskog ili bilo kog drugog pristupa).
5. Prepreke moraju biti takvog karaktera da stvaraju vreme i prostor za pravovremeno otkrivanje napada i mogućnost blagovremene intervencije pre nastanka štete.
6. Zaštita delom mora biti vidljiva a delom nevidljiva.
7. Napad mora biti otkriven pri savladavanju prve prepreke.

Analizirajući neke američke i britanske studije o zaštiti nematerijalne imovine kao imovina koja je najčešće bile predmet napada navode se i informacije koje se odnose na:

- istraživanje i razvoj novih proizvoda;
- marketing;
- finansije;
- poslovne i strateške planove;
- nove visokosofisticirane tehnološke procese;
- podatke o zaposlenima.
- procenu konkurencije;
- pregovaračku poziciju;
- informacije o kupcima i
- zaštitu patenata.

Kao informacije koje najviše interesuju strane obaveštajne službe navode se informacije koje se odnose na:

- biotehnologije;
- vazduhoplovne i kosmičke tehnologije;
- telekomunikacije;
- kompjuterski hardver i softver;
- napredne tehnologije mašinske i hemijske grupe;
- odbrambene tehnologije;
- energetska istraživanja i drugo.

U tabelama 1 i 2 dat je prikaz statističkih podataka vezanih za krađu u SAD i to samo onih koji su javno prikazani. Tabela 1 pokazuje vrste ukradenih poslovnih tajni u SAD u periodu 1997-2007 dok tabela 2 pokazuje strukturu kradljivaca poslovnih tajni u istom periodu.²

Tabela 1.

vrsta poslovne tajne	broj
Poslovne tajne o konkurentu	1
Poslovne tajne o proizvodu	4
Lični podaci konkurenta i zaposlenih	5
Izvorni kompjuterski kod	5
Crteži, šeme, inženjerski planovi	4
Informacije o sigurnosnim sitemima	3
Poslovne i informacije o klijentima	2
Informacije o projektima i istraživanjima	2
Poverljiva dokumenta	1
Softver	2
Ukupno:	29

Tabela 2.

izvršioc - status	broj
Bivši zaposleni	14
Konkurent	3
Insajder - zaposleni	14
Autsajder - treće lice	7
Ukupno:	38

² Prema cybercrime.gov.2006 navedeno u D. Aleksić; Razvoj modela zaštite intelektualnog kapitala u poslovnom sistemu, magistarski rad, Novi Sad 2010.

Zaštita nematerijalne imovine

Kada je reč o zaštiti nematerijalne imovine u današnjoj ekonomskoj stvarnosti, možda najbolje odslikava stav Tomasa Lengela, potpredsednika za bezbednost severnoameričkog ogranka kompanije BAE systems (voanews.com, 2005) koji kaže: „U novoj ekonomiji, svaka kompanija mora sa konkurencijom da se nosi na nov način, a to je da se konkurencija dobro upozna, a u isto vreme njoj uskrati mogućnost da ona upozna nas. Ako imate prednost na tržištu sa tehnologijom koju ste sami razvili i ako je neko ukrade vi ste tu prednost izgubili, bez obzira na to da li je kradljivac druga zemlja ili kriminalna organizacija.“³

Problem krađe znanja i tehnologija, naravno, nije pojava novijeg doba. Praktično od kada je sveta i veka jedni narodi krali su od drugih sve što je za njih moglo imati koristi (od luka i strele, preko gradnje brodova, tehnologije proizvodnje baruta, papira i mnogo toga drugog).⁴ Takođe je samim tim i zaštita znanja i tehnologija, uvek postojala. Međutim, analizirajući istorijske činjenice čini nam se da je zaštita uvek zaostajala za metodama krađe ili preuzimanja jer ni jedan narod svoje nematerijalne vrednosti nije uspeo trajno da sačuva za sebe. Znači, može se zaključiti da je zaštita uspevala samo neko određeno relativno kratko vreme. Današnji ciljevi zaštite idu tako daleko da se zahteva trajna zaštita ili preciznije dotle dok ona ne izgubi vrednost za svog stvaraoca kada će on želiti da je proda onima kojima je potrebna jer je on u međuvremenu stekao bolju i savremeniju. Time se održava razlika u nivou tehničko-tehnološke razvijenosti.

Problem današnje zaštite je u tome što se nematerijalna imovina kao neopipljiva ne mora uvek i fizički ukrasti pa se broj modaliteta krađe ili otuđenja na različite načine tako povećao da zaštita ako ne postaje nemo-

³ D. Aleksić: Razvoj modela zaštite intelektualnog kapitala u poslovnim sistemima, magistarski rad, Novi Sad 2010.

⁴ Prvi istorijski zapis, koji se direktno odnosi na industrijsku špijunažu i krađu znanja, najverovatnije je kineski istorijski zapis koji opisuje krađu tehnologije proizvodnje svilene bube. U njemu se navodi da je izaslanik kineske dinastije HAN, DŽONG ČIAN, prilikom jednog diplomatskog putovanja na zapad poneo sa sobom svilenu tkaninu. Ona je tada prvi put dopremljena u Evropu gde je odmah postala roba od izuzetne vrednosti za sve evropske zemlje, a naročiti za tada moćnu Vizantiju. U VI veku vizantijski car Justinijan naredio je jednom italijanskom svešteniku koji je putovao u Kinu da od Kineza ukrade tehniku za gajenje svilene bube. On je izvršio carevo naređenje i dok je boravio u Juanu ukrao je seme dudovog drveta i jaja svilene bibe, ali kad se vratio u Rim nije uspeo da proizvede svilu. Vizantijski car je ponovo poslao dva agenta sveštenika sa istim zadatkom koji je ovoga puta uspešno obavljen. Uskoro je vizantijsko svilarstvo doživelo ogroman procvat naročito u Carigradu, Tiru, Bejrutu i Tebi. Svila je postala najvažnija grana vizantijske industrije.

guća onda zahteva postojanje tako velikog zaštitnog sistema koji prevazi-
lazi mogućnosti vlasnika imovine, pa on preduzima samo neke mere za-
štite čime se praktično samo postavlja pitanje momenta kada će je izgubi-
ti. Iz toga izvodimo i zaključak da samo veliki i moćni mogu zaštititi svo-
ju nematerijalnu imovinu zbog koje su i postali veliki i moćni. Štaviše da
bi to i ostali oni je i krađu od malih i siromašnih povećavajući tako jaz
među sebe i „ostatka sveta“.

Koliko je zaštita nematerijalne imovine značajna govori i činjenica
da je ona regulisana kroz brojne multilateralne i bilateralne konven-
cije i sporazume pri čemu prve takve konvencije datiraju još iz XIX
veka. Prva, Konvencija o zaštiti industrijske svojine potpisana je u
Parizu 1883. godine radi zaštite industrijskih i proizvođačkih prava
korišćenjem sopstvenih otkrića i патената. Ovom prilikom, bez dalje
elaboracije, treba pomenuti da je u Štokholmu 1967. godine potpisana
konvencija o osnivanju Svetske organizacije za intelektualnu svojinu
WIPO-OMPI koja je 1974. godine prerasla u specijalizovanu agenciju
OUN sa sedištem u Ženevi.

Iz navedenog se vidi da pravo uključujući i međunarodno pravo ima
veoma veliku ulogu i značaj ne samo u definisanju, klasifikaciji, i popisu
nematerijalne imovine nego i u njenoj zaštiti. Pravo se, u stvari, poja-
vљуje kao osnov, metod i granica zaštite nematerijalne imovine. Dakle
osim što je ono poseban metod ono je utkano (uže ili šire) i u sve druge
metode zaštite. U tom smislu kao grupisane i klasifikovane metode zaštite
navodimo:

1. pravni metod;
2. organizacioni metod;
3. metod fizičko-tehničke zaštite;
4. metod razvijanja poslovno-bezbednosne kulture.

Pravni metod, dakle, podrazumeva normativno-pravno regulisanje
svih pitanja koja se odnose na pribavljanje, popis, korišćenje i čuvanje
nematerijalne imovine. Spisak elemenata koji se regulišu pravom je veli-
ki. Kreće se, recimo, od toga kako je postavljena sistematizacija, zašto je
kompanija registrovana, ko i kako može da vrši istraživanja u okviru
kompanije, instituta ili istraživačkog centra, koja su prava i obaveze istra-
živača, regulisanje pitanja poslovne tajne, izgradnja i funkcionisanje si-
stema bezbednosti korporacija, koja su ovlašćenja službe bezbednosti
kompanije, oblici saradnje sa spoljnim okruženjem, delovanje mehanizma
za pokušaj sprečavanja neovlašćenih da koriste „ukradenu imovinu“,
prava i obaveze zaposlenih u organizaciji i sistemu obezbeđenja, bezbed-
nosne procedure i strategiju za slučaj pokušaja napada ili oticanja nema-
terijalne imovine. Unutrašnje pravne norme svakako treba da sadrže sva

važeca međunarodna pravna pravila, pogotovu ona koje je Republika Srbija ratifikovala.

Iz navedenog se vidi da pravo ima ogroman, reklo bi se presudan značaj u očuvanju nematerijalne imovine. Tek kada je realizovano pravno uređenje svih oblasti može se pristupiti drugim metodama zaštite. Očigledno da ovaj metod zahteva i posebne specijaliste pravne struke s obzirom na to da je reč o specifičnoj grani prava i poznavanja posebnih međunarodnih normi i postupaka za slučaj potreba zaštite nematerijalne imovine pred međunarodnim sudskim instancama.

Organizacioni metod kao što smo rekli takođe je zasnovan na pravu. Organizacija rada osim ispunjenja ekonomske funkcije mora biti tako postavljena i usklađena da ostvaruje ili bar pomaže i olakšava bezbednosnu odnosno zaštitnu funkciju. Naravno, reč je o veoma teškom zadatku jer se, pri tome, tu pojavljuje niz problema koje treba rešiti. Recimo, neki od problema su kako obezbediti zaštitnu funkciju u slučajevima kada proces rada i organizacija zahtevaju:

- rad u više država (ili čak kontinenata) sa različitim pravnim sistemima, jezikom, interesima i slično;
- rad kada je u sticanje nematerijalne imovine neophodno uključiti istraživače ili stručnjake iz više kompanija;
- rad kada organizacija mora biti decentralizovana i dispergovana u više proizvodnih oblasti koja svaka za sebe ima veze sa drugim (možda) konkurentskim organizacijama i drugo.

Zato organizaciona šema kompanije podrazumeva stručnu i plansku izradu koja mora da uvaži potrebe zaštite. Dakle, oni koji je izrađuju istovremeno moraju biti stručni za proces rada, ali i za bezbednost. U najmanju ruku moraju poznavati metode i sredstva napada na nematerijalnu imovinu koja se štiti kako bi postavili organizaciju tako da omoguće sistemu bezbednosti da to i ostvari. Model koji je, pri tome, najčešće izabran, jeste da se istraživački centar (projektni biro, institut i sl.) nalazi u matičnoj zemlji, izdvojen od drugih i dobro zaštićen a da se samo gotovi „proizvodi“ šalju u dispergovane organizacione jedinice kada, već, postoji manja opasnost od napada na imovinu u vidu ideja, patenta, znanja ili informacija. Nije nam poznato da je neka velika kompanija recimo za proizvodnju automobila ili aviona ili medicinskih sredstava u procesu globalizacije izmestila svoj istraživački razvojni centar u neke manje zemlje u tanziciji. Izmeštaju se samo fabrike gde je neophodna jeftina radna snaga. Znanje i informacije se ne izmeštaju. Štaviše postoji samo proces privlačenja i kupovine stručnjaka.

Metod fizičko-tehničke zaštite je takođe zasnovan na pravu. Naime, organizacija, funkcija, sredstva i bezbednosne procedure fizičko-tehničke

zaštite zasnovane su na pravu, ali je njihovo delovanje, takođe, ograničeno pravom upravo zbog mogućnosti narušavanja ljudskih prava zbog fizičke i druge sile kojom raspolažu. Osnovni oblik fizičko-tehničke zaštite podrazumeva postavljanje više vidljivih i nevidljivih prepreka u vidu specijalnih blindiranih vrata, senzora, alarma ili kamera kojima se onemogućava ili barem otežava ili detektuje neovlašten pristup šticejnoj nematerijalnoj imovini. Naravno ovaj metod je najpogodniji u slučaju pokušaja fizičke krađe imovine kada je to moguće zbog njenog oblika (recimo nacrti, planovi, podaci na hard diskovima i sl.). Problem nastaje kako zaštititi imovinu koja nije na materijalnim nosačima zapisa, i nalazi se recimo u glavama pojedinaca koji prosto odlaskom kući odnose i tu imovinu. U tim slučajevima ovaj metod podrazumeva neke druge oblike zaštite. Metod fizičko-tehničke zaštite ima dvojaku ulogu. Osim nematerijalne on štiti i materijalnu imovinu što znatno usložava i otežava funkcionisanje i rad sistema zaštite.

Metod razvijanja poslovno-bezbednosne kulture podrazumeva uspostavljanje, razvijanje i poštovanje pravila poslovne komunikacije uključujući i bezbednosnu zaštitu i pripadnost organizaciji u kojoj zaposleni radi. Naime, nedostatak poslovno-bezbednosne kulture ogleda se, pre svega, u želji zaposlenih ili menadžmenta da neovlašćenim licima govori o poslovnim uspesima i neuspesima. Nisu to samo formalni razgovori koji se vode na sastancima nego, pre svih neformalni sastanci na konferencijama, sajmovima, pri poslovnim ručkovima ili na putovanjima. Često se zaboravlja da i naizgled najmanji podatak izrečen pred osobom koja radi ili ima neke veze sa konkurencijom može kasnije da dovede do napada na nematerijalnu imovinu. Naravno slučaj iznošenja informacija, znanja ili sličnog što predstavlja poslovnu tajnu ima i krivično-pravne i radne posledice. Ovde je prilika da kažemo da postoji i metod „izvlačenja“ ili nelegalnog dolaska do poverljivih podataka tzv. socijalnim inženjeringom.⁵

Zaključak

Potreba za zaštitom nematerijalne imovine uslovljena je postojanjem opasnosti i realnom mogućnošću njenog ugrožavanja odnosno nelegalnog preuzimanja. U današnje vreme i opasnost i mogućnost su realne, ostvarive i svakodnevne. Na to se može neznatno uticati. Ono na šta se može uticati i što zavisi od kompanije jeste zaštita radi opstanka i očuvanja stečene ekonomske prednosti na tržištu. Zaštita se definiše kao ostvarivanje

⁵ Socijalni inženjering je tehnika u kojoj se ubeđivanje i(li) obmana koriste da bi se dobio pristup kompjuterskim sistemima. Ovo se postiže razgovorom sa ljudima ili nekim drugim oblicima interaktivne komunikacije. (Gattiker, U. E. 2006)

funkcije bezbednosti usmerena prema svim oblicima i nosiocima ugrožavanja (opasnosti). Za razliku od zaštite kao pasivne funkcije odbrana ima proaktivnu funkciju kao neposredno suprotstavljanje napadu, a temelji se na sposobnosti adekvatnog i pravovremenog reagovanja na ugrožavanje, a uspešna je samo ako se ugrožavanje nadvlada i uspostavi pređašnje stanje bezbednosti (neugroženosti).

U današnje vreme globalizacije funkcija zaštite i odbrane nematerijalne imovine je uslov za uspešno i normalno poslovanje.

Iz navedenog zaključujemo da usled raznovrsnosti i sofisticiranosti savremenih pretnji po bezbednost nematerijalne imovine, te zbog neminovnog učešća čoveka kao najslabije karike u zaštiti nematerijalne imovine ostvarivanje ciljeva zaštite, može se postići samo preko kompleksnog i funkcionalnog sistema zaštite zasnovanog na pravu i kompleksnom učešću svih od zaposlenih do menadžmenta. Sistem počinje da se gradi shvaćanjem problema i procenom pretnje kao i ocenom mogućnosti njenog ostvarenja. Tek potom ide izrada organizacione šeme rada i poslovanja, izgranja i funkcionisanje sistema bezbednosti uz paralelan rad na uspostavljanju poslovno-bezbednosne strukture. Naravno, uspostavljanje navedenog ne znači da je posao automatski gotov. Uvek će biti onih koji će želiti da dođu do tuđe nematerijalne imovine uvek će biti. Njihov cilj je da to postignu na lak i najmanje rizičan način. Sasvim je sigurno i da oni koji žele da napadnu nečiju imovinu prvo prouče sistem zaštite a onda biraju odgovarajuće metode. Takođe je tačno da kako se usavršavaju metode zaštite tako se usavršavaju metode napada. U tom smislu postoji stalna trka i neprekidna spirala.

Bezbednost dakle, sve više, postaje strategijska funkcija svih kompanija i mora biti integrisana u njene poslovne i razvojne funkcije. Kao što je poslovna strategija pretpostavka za adekvatnu bezbednosnu strategiju tako i bezbednosna politika i ciljevi moraju biti integrisani u poslovnu strategiju. Menadžeri moraju biti podjednako odgovorni za upravljanje kompanijom, ali i za realizaciju prihvaćene bezbednosne strategije. Dakle, za savremeno upravljanje kompanijom, danas nisu dovoljna samo znanja iz oblasti organizacije, prava i ekonomije nego i sve više znanja iz oblasti bezbednosti.

*Ljubomir Stajić, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad*

Protection of Endangered Intangible Assets Specific Insight Into the Role of the Law

Abstract

There will always be states and corporations that will want and try to appropriate possessions of others without any intellectual or financial investments. Such a “theft” is made easier by the fact that the owners of a certain property either have no awareness of its significance or tend to neglect the threats of a potential theft. For those, who naively believe that they don't possess property which will be “attacked” by someone, and they don't want to know that it should be protected, and how to protect it, but the moment of sobering will be the moment of destruction.

It is often wrongly assumed that intangible assets includes only brands, patents, information and similar. According to modern interpretations the intangible assets includes also the summary of knowledge, skills and experiences of the employees.

In the Republic of Serbia also much more attention is paid to physical and technical protection of the material than of the intangible assets. In percentage terms the protection of employees, proprietors and owners as well as protection of business is so small that it is almost nonexistent.

By analysing historical data it has been decided that protection had always been behind the theft methods. It can also be concluded that the protection used to be efficient only for a limited and relatively short period of time.

The problems of protection today lies in the fact that, being non-material, intangible assets does not actually need to be physically stolen so that the number of modalities of thefts and appropriation in different ways has considerably increased. Its protection today means adoption of such a massive protective system which, quite often, exceeds the capabilities of the owner.

The significance of the intangible assets protection is best confirmed by the fact that it has been regulated in numerous multilateral as well as bilateral conventions and agreements.

The law, actually, emerges as the basis, method and limitation of the intangible assets protection. Therefore, apart from being a special method, the law has been incorporated into many other methods of protection.

This paper includes principles, pre-requirements of prevention and methods of protection of intangible assets as well as a specific insight into the role and significance of the law.

Key words: security, protection of property, corporations security, business security.

*Maja Stanivuković, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad*

STATE-INVESTOR DISPUTES CONNECTED TO FOREIGN INVESTMENTS IN THE NUCLEAR ENERGY SECTOR: A REVIEW OF THE TWO CASES ARISING UNDER THE ENERGY CHARTER TREATY¹

Abstract: *The idea of foreign investments in nuclear energy sector is relatively new. Foreign investors were for a long time denied an opportunity to invest in the sector which was considered to be too sensitive for reasons of safety and security. Together with the change of an attitude towards foreign private investment in this area a possibility of disputes between foreign investors and the host State also emerged. The Energy Charter Treaty represents the only currently existing comprehensive legal instrument of multilateral character which specifically provides for protection of foreign investments in the energy sector against non-commercial risks and establishes a mechanism for resolution of investment disputes. The article contains a review of the cases of HEP v. Slovenia and AMTO v. Ukraine, the only two arbitrations that have arisen so far under the ECT from disputes concerning foreign investments in the nuclear sector. Their analysis shows that the involvement of State in this sector is indispensable but it should be exercised with respect for rights of investors protected by international law. Regulatory measures introduced by the State to protect certain important interest, such as public health, safety, security or the environment, may be perceived by the investor as having equivalent effect to expropriation. Regulatory uncertainty is considered to be one of the main deterrents to investment in new nuclear plants.²*

¹ Рад је посвећен пројекту Биомедицина, заштита животне средине и право бр. 179079 који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

² Financing of New Nuclear Power Plants, *IAEA Nuclear Energy Series*, 2008, p. 6.

Key words: *foreign investments, nuclear energy, Energy Charter Treaty, HEP v. Slovenia, AMTO v. Ukraine*

Foreign Direct Investment in Nuclear Sector

In many countries the main investor in the nuclear power plants was the State. For a long time private investor was perceived as too weak or too risky to engage in the venture of such a magnitude. More recently the attitude has changed. Privatization of nuclear energy industry is conceivable and in many countries already a reality. Private investment is the main financing source for new build projects.

Nuclear energy production is a heavily regulated sector. There are many safety and security concerns that have to be provided for. The State as the regulator has always been indispensable. International obligations that the State must observe, in particular with regard to nuclear safety, nuclear security and non-proliferation require adequate legal powers and instruments. The observance of these obligations may occasionally require interference with rights of the investor, or foreign investor, as the case may be. These obligations may increase over time, with raising of standards and public expectations.

The idea of foreign investment in the nuclear energy sector is relatively new. Nuclear is considered to be a sensitive sector from which foreign investors have been excluded in many countries, such as India, Mexico, Canada, and Japan. However, there are indications of change in that respect, too. The current trend is to liberalize foreign direct investments even in the sensitive fields. Traditional government or domestic majority ownership requirements are being relaxed.³ Notably, OECD has issued guidelines to countries on how to treat foreign investments in sensitive sectors.⁴

Some countries are following suit as far as production of nuclear energy is concerned. Thus, Russian Deputy Prime Minister, Sergey Ivanov stated in 2008: "In addition to large-scale investment of state funds, we have grounds to count on substantial private investment. The Russian nuclear sector is now open to cooperation. Furthermore, not only with domestic businesses, but also with foreign investors." At the same time, Russia's Nuclear Power Agency Rosatom director stated that Russia is ready to invest in NPP projects abroad.⁵ In an arti-

³ T. W. Wälde, *International Energy Investment*, 17 *Energy Law Journal*, 191-215 (1996), p. 193.

⁴ *Guidelines for Recipient Investment Policies Relating to National Security*, Recommendation adopted by the OECD Council on 25 May 2009. Accessible at: <http://www.oecd.org/dataoecd/11/35/43384486.pdf>

⁵ *Russia Says Nuclear Sector Open to Foreign Investment*, *Nuclear Power Daily*, July 2, 2008, Accessible at: <http://www.nuclearpowerdaily.com/>

cle published in the *Nuclear Energy Insider* on 14 January 2010, the British journalist Jack Craze is urging the UK legislator to go forward in the same direction: „Keen to remain at the forefront of nuclear power, the French Government has just pledged EUR 1bn to fund next-generation nuclear development and it is throwing open the door to foreign investment in the French power market. The UK has to move quickly if it is to create an attractive environment for investment in nuclear and other low carbon industries.“⁶ These statements seem to herald the age when we are bound to see the rise in foreign direct investment in nuclear industry.

There are huge commercial and non-commercial risks involved with every nuclear power plant investment that have to be taken into account and provided for in advance. Commercial risks include possibility that the investor will not be able to ensure profitable rate of return or repayment of credits due to market conditions, cost overruns, and project delays.⁷ Non-commercial risks flow from a regulatory or fiscal climate that is unstable or draconic, monetary restrictions that prevent repatriation of profit and capital, fluctuation of exchange rates, political unrest or war. In addition to regular commercial risks the nuclear investor may have to provide for the costs of storage and processing of spent nuclear fuel and decommissioning, and insure against any damages that may arise from a nuclear accident, because, pursuant to international treaties, nuclear operator is the sole liable person, and must obtain proper insurance.⁸ Preparatory costs for investing in a nuclear power plant may spiral – these are multibillion dollar projects -- and the investor will have to bear them if the investment fails. One can take as example the Long Island Lighting Company's decision to build and operate the Shoreham Nuclear Power Plant in 1966. The plant's cost was estimated to be 75 million dollars when the project was announced, but it rose over the following 23 years to over 5 billion. Finally, the company negotiated an agreement with the New York State and abandoned Shoreham before it ever begun operation.⁹ There may also be environmental problems either within

⁶ J. Craze, If we build, will they come? 14 January 2010, *Nuclear Energy Insider*, Accessible at: <http://analysis.nuclearenergyinsider.com/>

⁷ For an overview of these risks and ways to mitigate them, see: *Financing of New Nuclear Power Plants*, IAEA Nuclear Energy Series, 2008, p. 6. Accessible at: http://www-pub.iaea.org/MTCD/publications/PDF/Pub1345_web.pdf.

⁸ Pursuant to Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy of 29 July 1960, as amended by the Additional Protocol of 28 January 1964, and by the Protocol of 16 November 1982, Arts. 3 and 10, and Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage dated May 21, 1963, IAEA INFCIRC/500, Arts. II and VII; See also the Joint Protocol Relating to the Application of the Vienna Convention and the Paris Convention of 21 September 1988 INFCIRC/402.

⁹ J.Ross, B.M.Staw, *Organizational Escalation and Exit: Lessons From the Shoreham Nuclear Power Plant* *Academy of Management Journal* 1993, vol. 36, no. 4 p. 701.

the host country or with neighboring countries – such as in the Mox Plant Case.¹⁰ If the operator is a foreign investor, or a foreign controlled company, these risks become more complex, involve multiplicity of actors, and may create a potential for an international dispute.

International legal framework for foreign investment in nuclear energy sector is not fully developed. It is still emerging.¹¹ Important part of it is the mechanism for resolution of any disputes that may arise in the course of the foreign investment. The Energy Charter Treaty represents a comprehensive legal instrument devoted to energy issues¹² and includes a set of rules on investment and settlement of investment disputes. It is therefore worth looking into in search of answers for better regulation of and avoidance of any disputes arising from foreign investment in the nuclear energy sector.

State as a Regulator

Nuclear technology involves special risks. The permission and the continuous control principles as fundamental principles of nuclear law,¹³ require constant involvement of the State in regulation of activities related to nuclear energy. Pursuant to Art. 7 of the Convention on Nuclear Safety,¹⁴ each Contracting Party shall establish and maintain a legislative and regulatory framework to govern the safety of nuclear installations. The legislative framework shall provide for a system of licensing with regard to nuclear installations and the prohibition of the operation of a nuclear installation without a license, a system of regulatory inspection, and the enforcement of applicable regulations and of the terms of licenses, including suspension, modification and revocation. Pursuant to Art. 8, each Contracting Party shall establish a regulatory body entrusted with the implementation of the legislative and regulatory framework, and provided with adequate authority. Art. 14 requires the Contracting Parties to conduct comprehensive and systematic safety assessments before the construction and commissioning of a nuclear installation and throughout its life. Operating licenses for operation of nuclear power reactors are granted for a limited period of time, and the extensions may be conditioned upon making of necessary modifications.¹⁵

¹⁰ Case C-459/03 Commission of the European Communities v. Ireland.

¹¹ A.A. Fatouros, An International Legal Framework for Energy, *Recueil des cours*, 2007, 355-443, p.387.

¹² Ibidem, p. 409.

¹³ C. Stoiber, A. Baer, N. Pelzer, W. Tonhauser, *Handbook on Nuclear Law*, IAEA, 2003, p. 5.

¹⁴ Convention on Nuclear Safety of 17 June 1994, IAEA INFCIRC/449.

¹⁵ C. Stoiber, A. Baer, N. Pelzer, W. Tonhauser, *op.cit.*, p. 67.

The State also has critical international legal and political responsibilities for the activities of nuclear industry: evolving non-proliferation obligations,¹⁶ safeguards agreements, physical protection,¹⁷ and export-controls.¹⁸ Additionally, it has to lay down and enforce the environmental regulations and controls.

The fact that the State is deeply involved in the regulation of the nuclear production of energy, both at the time of investment and during the operation of the nuclear power plant gives rise to risk that the government may overstep the boundaries of legitimate intervention, and use its power to shift the balance of mutual costs and benefits between the investor and the host-State in its own favor, and to the detriment of the investor. The practice of investment arbitration has developed the concept of a "regulatory expropriation" – governmental regulation that substantially deprives the investor of the benefit of his investment – that may be of special importance in nuclear ventures. It will be particularly difficult in this sector to draw the line between legitimate intervention and expropriation.

During the recent two decades there has been an increase in disputes between investors and host states under bilateral treaties on promotion and protection of investments (BITs). The subject of a typical investment dispute is often whether a particular regulatory measure by the State amounted to a breach of its treaty obligations. This type of disputes may arise under the Energy Charter Treaty, as well.¹⁹

Regulatory measures introduced by the State to protect certain important interest, such as public health, safety, security or the environment, may be perceived by the investor as having equivalent effect to expropriation. It is highly controversial whether and under which circumstances such a regulatory measure may be subsumed under the definition of indirect expropriation. Indirect (concealed) expropriation is forbidden just as the outright expropriation, and the State may be liable for damages in case it is established that some of its regulatory measures caused such substantial consequences that they amounted to expropriation.²⁰ Regulatory uncertainty is considered to be one of the main deterrents to investment in new nuclear plants.²¹

¹⁶ Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, 1 July 1968, IAEA INFCIRC/140. For a discussion of Art. IV of the Convention see, R. Dolzer, International Nuclear Cooperation: Obligations, Conditions and Options, *Indian Journal of International Law*, Vol. 20, No. 3, July-Sept. 1980, pp.366-394.

¹⁷ Convention on the Physical Protection of Nuclear Material, 3 March 1980, IAEA INFCIRC/274/Rev. 1.

¹⁸ See, M. Quentin, Constraints Imposed to International Nuclear Trade by Different Nuclear Export Control Regime, *Compendium of International Legal Instruments in the Nuclear Energy Field*, ISNL, 2009 Session, pp. 373-402.

¹⁹ R. Happ, Dispute Settlement Under the Energy Charter Treaty, *German Yearbook of International Law*, 2002, 331-362 p. 331.

²⁰ Ibidem, p. 342.

²¹ Financing of New Nuclear Power Plants, *IAEA Nuclear Energy Series*, 2008, p. 6.

The Energy Charter Treaty

Energy Charter Treaty (ECT) was signed in Lisbon, in December 1994, in the aftermath of the Cold War²² by 51 OECD, Eastern European and CIS countries and the European Communities. The text, adopted after three years of intensive negotiations,²³ required thirty ratifications to enter into force. This happened rather fast, by January 1998, and the ECT came into force on 16 April 1998. Up to date, it has been ratified by 46 countries and the European Union.²⁴ As it turns out, the major energy producer and signatory of the ECT, the Russian Federation, did not ratify it, and has indicated that it will not ratify it without substantial changes.²⁵ Major world producers of energy such as Australia, Canada, China, India, Norway, and United States are also not among Contracting Parties, although some of them signed either the Treaty or the Charter. Nevertheless, the commentators agree that ECT is an important regional multilateral instrument. The fundamental aim of the Energy Charter Treaty is to strengthen the rule of law on energy issues.²⁶ It is currently the only multilateral investment

²² The plan for a European Energy Charter was first proposed on 25 June 1990 during the Dublin European Council by the Dutch Prime Minister, Ruud Lubbers. Its main goal was to provide for economic, technical and structural support for the post-communist states in Central and Eastern Europe via the benefits of an enlarged European energy network. See: "EEC Commission Presents Draft Pan-European Energy Charter", European Report of 16 February 1991, External Relations No 1653 at p 6. Cited according to: N. Horbach, Nuclear Protocol of the Energy Charter Treaty, *Journal of Energy and Natural Resources Law*, Vol. 13, 1995, 163-177, p. 164.

²³ R. Happ, *op.cit.*, p. 332.

²⁴ Signatories States are: Albania, Armenia, Austria, Australia, Azerbaijan, Belarus, Belgium, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Croatia, Czech Republic, Cyprus, Denmark, Estonia, European Communities, Finland, France, Georgia, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Japan, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Latvia, Liechtenstein, Lithuania, Luxembourg, Malta, Moldavia, Mongolia, Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Romania, Russian Federation, Slovakia, Slovenia, Spain, Sweden, Switzerland, Tajikistan, The former Yugoslav Republic of Macedonia, Turkey, Turkmenistan, Ukraine, Uzbekistan, United Kingdom. Five Signatory States that have not yet ratified the ECT are Australia, Belarus, Iceland, Norway, and Russian Federation. For the status of ratifications, see Energy Charter Secretariat, Status of Ratification of The Energy Charter Treaty as of October 2009. <http://www.encharter.org/> accessed on 1 December 2010.

²⁵ On 20 August 2009 the Russian Federation has officially informed the Depository that it did not intend to become a Contracting Party to the ECT. In accordance with Article 45(3(a)) of the Treaty, such notification results in Russia's termination of its provisional application of the ECT upon expiration of 60 calendar days from the date on which the notification is received by the Depository. See: Energy Charter Secretariat, Status of Ratification of The Energy Charter Treaty as of October 2009. For an explanation of reasons for non-ratification, see: R. Götz, Russian Gas and European Energy Sector, *SWP Research Paper*, German Institute for International and Security Affairs, Berlin, 2007, pp. 17-18. One of the reasons mentioned by the author is that the ECT has not covered trade in nuclear fuels.

²⁶ Energy Charter Secretariat: The Energy Charter Treaty and Related Documents, Introduction, p. 14, accessible at: <http://www.encharter.org/>

treaty that deals specifically with the energy sector.²⁷ The legal commentary on the ECT is already substantial, and will rise steadily as the importance of the Treaty is reaffirmed in practice.²⁸

Originally, the principal aim of the negotiators was to provide an international legal and policy network for foreign investments in the oil and gas sector of the countries of the former Soviet Union and to increase the energy supplies to Western Europe.²⁹ There were also concerns at that time about the safety of the nuclear power plants in Central and Eastern Europe and the Commonwealth of Independent States (CIS).³⁰ A great need for investment was perceived in order to enable these countries to reconstruct and modernise their aging nuclear facilities. At the December 1990 Conference for Security and Co-operation in Europe Summit in Paris, Jacques Delors, President of the European Commission, advocated the European Energy Charter as a suitable means of modernisation and enhancement of the energy market, including nuclear energy, within the Central and Eastern Europe and CIS.³¹

Special regard for the nuclear energy sector was reflected in the document that preceded the ECT - the European Energy Charter - that was adopted by signature of a Concluding Document at a European Energy Charter Conference held at The Hague on 16-17 December 1991. In the Declaration constituting the European Energy Charter the signatories emphasized their common interest in problems of energy supply and safety of industrial plants, particularly nuclear facilities, and environmental protection.³² They declared that they would take action to promote development of trade in energy consistent with major relevant multilateral agreements such as GATT, its related instruments, and nuclear non-proliferation obligations and undertakings.³³ They further promised to take action to attain energy efficiency and environmental protection which would imply achieving and maintaining a high level of nuclear safety and ensuring effective

²⁷ A. Turinov, "Investment" and "Investor" in Energy Charter Treaty Arbitration: Uncertain Jurisdiction, *Arbitration International*, 1-23 (2009), p. 3; E. Sussman, The Energy Charter Treaty's Investor Protection Provisions: Potential to Foster Solutions to Global Warming and Promote Sustainable Development, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 14 No. 2, 391-404 (2008), 398.

²⁸ T.W. Wälde, *The Energy Charter Treaty, An East-West Gateway for Investment and Trade*, Kluwer Law International 1996; C. Ribeiro, ed. *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, Juris Publishing 2006.

²⁹ T.W. Wälde, *International Energy Investment*, p. 213.

³⁰ N. Hornbach, *op.cit.* p. 163.

³¹ *Ibidem*, p. 164.

³² Energy Charter Secretariat: *The Energy Charter Treaty and Related Documents, Concluding Document of The Hague Conference on the European Energy Charter*, p. 212.

³³ *Ibidem*, p. 214.

tive co-operation in this field.³⁴ The signatories of the European Energy Charter also undertook the obligation to negotiate a Basic Agreement and Protocols that would pursue the objectives and principles of the Charter and promote East-West industrial co-operation by providing legal safeguards in areas such as investment, transit and trade. Areas of co-operation to be covered by the future Basic Agreement included, *inter alia*, all aspects of the nuclear fuel cycle including improvements in safety in that sector.³⁵ Parallel to negotiations on the Basic Agreement, which later became the ECT, the European Energy Charter Conference also began negotiations of several protocols, among which the Protocol on Nuclear Safety.³⁶ The latter was never completed due to the fact that a competing instrument, covering mostly the same nuclear issues, was developed in the meantime within the auspices of the IAEA.³⁷ This was the Convention on Nuclear Safety of 17 June 1994. Most States that signed the Convention on Nuclear Safety would have been reluctant to sign the Nuclear Protocol, as well.

Eventually, the Contracting Parties have delimited a broader scope of application of the ECT than just investment in oil and gas sector. According to Art. 2, the purpose of the Treaty is to establish "a legal framework in order to promote long-term cooperation in the energy field, based on complementarities and mutual benefits, in accordance with the objectives and principles of the Charter." Consequently, it covers investments in all types of energy production, including nuclear energy. It also regulates trade in energy materials and products including their transit, with certain exceptions. Nuclear materials and fuels are covered through its definition of "Energy Materials and Products" under Article 1(4), by way of a cross reference to Annex EM that includes a list of nuclear materials and fuels. It should be noted, however, that while, the ECT regulates investment in the nuclear energy sector, trade in nuclear materials is for the time being excluded.³⁸ For this reason, its investment provisions are of more relevance for the nuclear lawyer.

In summary, the ECT provides a comprehensive international framework for cross-border investment and trade in energy sector in the Euro-Asian region³⁹. It is one of the rare international instruments that provides rules and

³⁴ Ibidem, p. 215.

³⁵ Ibidem, p. 220.

³⁶ Energy Charter Secretariat: The Energy Charter Treaty and Related Documents, Final Act of the European Energy Charter Conference, p. 24.

³⁷ N. Hornbach, *op.cit.* p. 176.

³⁸ Energy Charter Secretariat: The Energy Charter Treaty and Related Documents, Annex G, and Declarations 7(a) to 7(f) related to this Annex.

³⁹ For a detailed explanation of the Treaty, see Energy Charter Secretariat, Reader's Guide to the Energy Charter Treaty, accessible at: <http://www.encharter.org/>

principles that are applicable to foreign investments in this field,⁴⁰ but it is not a pure investment agreement, since it also regulates other economic activities, in particular trade in goods.⁴¹

Protection of Foreign Direct Investments in the Energy Sector

One of the aims of the Treaty is to protect investments and investors in the energy sector.⁴² They are being protected against non-commercial (political) risks which can materialize in various forms of governmental interference with the foreign investment or inaction of the State to the detriment of the foreign investor.⁴³

Part III of the ECT, entitled Investment Promotion and Protection, provides rules on treatment of investments and their protection from expropriation and other non-commercial risks. Articles 10-17 constituting Part III are considered to be the cornerstones of the Treaty.⁴⁴ They regulate the situation when an investor of one Contracting Party engages in an investment in the area (territory) of the other Contracting Party.

Two phases are distinguished: pre-investment and post-investment phase.⁴⁵ The first one encompasses the period before the investment is made. The obligations of the host country in the pre-investment phase are defined in Art. 10(2)-10(6), and by first sentence of Art. 10(1). Each Contracting Party is bound to "encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area." "[A]s regards the Making of Investments in its Area" each Contracting Party "shall endeavour" to accord to Investors of other Contracting Parties national treatment or the most favored nation treatment, whichever of these is more favorable. This is a "soft provision"⁴⁶ that was supposed to be eventually transformed into a binding obligation by signing of a supplementary treaty (pursuant to Art. 10(6)), which never took place.⁴⁷

⁴⁰ For a list of international bilateral and multilateral treaties regulating peaceful use of nuclear energy see the document accessible at: <http://www.oecd.org/dataoecd/12/1/39055297.pdf>

⁴¹ R. Happ, *op.cit.* p. 335.

⁴² Ibidem, p. 331.

⁴³ Ibidem, p. 340.

⁴⁴ K. Hobér, Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty, 1(1)Journal of International Dispute Settlement, 153-190 (2010), accessible at: <http://jids.oxfordjournals.org/content/1/1/153.full>.

⁴⁵ Energy Charter Secretariat: The Energy Charter Treaty and Related Documents, Introduction, p. 14. See, also: T.W. Wälde, International Energy Investment, p. 213; K. Hobér, *op.cit.*

⁴⁶ K. Hobér, *op.cit.*

⁴⁷ On the impediments to concluding the supplementary treaty, see S. Elshihabi, The Difficulty Behind Securing Sector-Specific Investment Establishment Rights: The Case of the Energy Charter Treaty, 35 International Lawyer 137 (2001), pp. 148-155.

Once the investment is made, the Contracting Party acquires a Treaty-based obligation to provide national or the most-favored nation treatment (whichever is more favorable) "to Investments in its Area of Investors of other Contracting Parties, and their related activities including management, maintenance, use, enjoyment or disposal" (Article 10(7)). Post-investment obligations are binding and enforceable through the dispute resolution mechanism laid down in Part V of the Treaty.

The distinction between these two phases may become relevant if extensive preparatory expenditures are made by the investor in expectation of future investment which eventually does not materialize. These expenditures may not be recoverable within the dispute resolution mechanism of the ECT. Drawing the dividing line between pre-investment and post-investment phase may not always be so easy, which may turn out to be a source of additional controversies.

The protected investor and investment

The protection guaranteed by provisions of Part III is accorded to investments made by investors, as defined by the ECT.⁴⁸ The definition of (foreign) investment is found in Art. 1(6):

"Investment" means every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly by an Investor and includes:

(a) tangible and intangible, and movable and immovable, property, and any property rights such as leases, mortgages, liens, and pledges;

(b) a company or business enterprise, or shares, stock, or other forms of equity participation in a company or business enterprise, and bonds and other debt of a company or business enterprise;

(c) claims to money and claims to performance pursuant to contract having an economic value and associated with an Investment;

(d) Intellectual Property;

(e) Returns;

(f) any right conferred by law or contract or by virtue of any licences and permits granted pursuant to law to undertake any Economic Activity in the Energy Sector.⁴⁹

This definition of Investment starts with a wide formula ("every kind of asset") illustrated by a list of six types of rights. It is followed by a clarification contained in the second paragraph, not reproduced here (covering changes in form, and a temporal qualification of the investment). Finally, in the third paragraph it ends with a restriction as to the types of economic activity included in the definition of investment:

⁴⁸For a detailed analysis of these notions under the ETC, see, A. Turinov, "Investment" and "Investor" in Energy Charter Treaty Arbitration: Uncertain Jurisdiction *op.cit.*

"Investment" refers to any investment associated with an Economic Activity in the Energy Sector and to investments or classes of investments designated by a Contracting Party in its Area as "Charter efficiency projects" and so notified to the Secretariat."

The wide definition reflects a standard wording of investment treaties and the restriction reflects the purpose of the Energy Charter Treaty to promote long term cooperation in the energy sector.⁴⁹

In *AMTO v. Ukraine*⁵⁰, the Respondent's jurisdictional objection was that AMTO's shares in EYUM-10 did not constitute a qualified Investment under the ECT, because they did not satisfy the requirements of the last paragraph of Article 1(6) in that these shares were not "associated with an Economic Activity in the Energy Sector". AMTO was a corporation organized pursuant to the laws of Latvia that owned 67 % of shares in EYUM-10, a closed joint stock company registered in Ukraine. EYUM-10 was the legal successor of a state entity that had participated in the construction of the Zaporozhskaya AES nuclear power plant in Ukraine ("ZAES"), and later became a supplier of services to ZAES.

The Arbitral Tribunal held that shares that the Claimant owned in EYUM-10 constituted a kind of asset owned by the Claimant within the definition of the first part of Art. 1(6) ECT.⁵¹ To dispose of the Respondent's argument that the shares were not "associated with an Economic Activity in the Energy Sector", the Tribunal had to interpret the meaning of this phrase from the final part of Art. 1(6). In its analysis the Tribunal stated that the restriction found in the final part of Art. 1(6) was open-ended. It did not require an Investment to be an Economic Activity in the Energy Sector, but only to be "associated with" such an activity. To establish whether Claimant's investment fulfilled this condition, the definition found in Art. 1(5) of the ECT had to be taken into account:

"5. 'Economic Activity in the Energy Sector' means an economic activity concerning the exploration, extraction, refining, production, storage, land transport, transmission, distribution, trade, marketing, or sale of Energy Materials and Products except those included in Annex N1, or concerning the distribution of heat to multiple premises."

In search of a further clarification, the Tribunal noted that the Final Act by which the ETC was adopted also contained certain understandings of Contracting Parties in respect to the ECT, including Understanding 2 in relation to Articles 1(5)⁵²:

⁴⁹ *AMTO v. Ukraine*, Institute of the Stockholm Chamber of Commerce Arbitration № 080/2005, § 36.

⁵⁰ *AMTO v. Ukraine*, Institute of the Stockholm Chamber of Commerce Arbitration № 080/2005, accessible at <http://www.encharter.org/>

⁵¹ *Ibidem*, § 39.

⁵² *Ibidem*, § 38.

"(b) The following activities are illustrative of Economic Activity in the Energy Sector:

(i) prospecting and exploration for, and extraction of, e.g. oil, gas, coal and uranium;

(ii) construction and operation of power generation facilities, including those powered by wind and other renewable energy sources;

(iii) land transportation, distribution, storage and supply of Energy Materials and Products, e.g., by way of transmission and distribution grids and pipelines or dedicated rail lines, and construction of facilities for such, including the laying of oil, gas, and coal-slurry pipelines;

(iv) removal and disposal of wastes from energy related facilities such as power stations, including radioactive wastes from nuclear power stations;

(v) decommissioning of energy related facilities, including oil rigs, oil refineries and power generating plants;

(vi) marketing and sale of, and trade in Energy Materials and Products, e.g., retail sales of gasoline; and

(vii) research, consulting, planning, management and design activities related to the activities mentioned above, including those aimed at Improving Energy Efficiency."

The Tribunal found that EYUM-10's contracts related to electrical installation, repairs and technical reconstruction or upgrading -- in short, the provision of technical services -- at the ZAES nuclear power plant.⁵³ In Respondent's view, the provision of technical services did not fall within the definition of "Economic Activity in the Energy Sector" found in Article 1(5). Although Understanding 2 of the Final Act included amongst activities illustrative of Economic Activity in the Energy Sector the "construction and operation of power generation facilities", the Repondent emphasized that the Understandings were not part of the ECT and could not be used to extend or modify the definition in Article 1(5); in any event the definition was compound and Claimant's activities definitely did not involve or concern the operation of power generation facilities. The Respondent further referred to the fact that ZAES/Energoatom had dozens, if not hundreds, of contractual relationships, arguing that it was not the object and purpose of the ECT to extend investment protection to ordinary commercial transactions. A mere contractual relationship with an entity engaged in an economic activity in the energy sector was not sufficient for it to be considered "associated with" that activity. Contracts of a nuclear power station for publishing, advertising or security services were examples of contractual relationships that would not be "associated with" an Economic Activity in the En-

⁵³ Ibidem, § 40.

ergy Sector.⁵⁴ EYUM-10's short term case-by-case relationships with ZAES in respect of repair and reconstruction works "did not have such integrity and stability" as to justify ECT protection.⁵⁵

According to the Tribunal, "a mere contractual relationship with an energy producer is insufficient to attract ECT protection where the subject matter of the contract has no functional relationship with the energy sector." The phrase "associated with" must be interpreted in accordance with the object and purpose of the ECT, as expressed in Article 2.⁵⁶ In the case in question, EYUM-10 provided technical services - installation, repair and upgrades -- directly related to the production of electrical energy. It provided those services through multiple contracts over a substantial period of time. In its letter to EYUM-10 dated 28February, 2002, ZAES described EYUM-10 as being a "strategic partner for 20 years" and stated that EYUM-10's services were "strategically important and directed on the reliable and safe exploitation of power units of our nuclear power plant." The close association of EYUM-10 with ZAES in the provision of services directly related to energy production meant that AMTO's shareholding in EYUM-10 was an "investment associated with an Economic Activity in the Energy Sector". For these reasons, the Tribunal found that the Claimant's shareholding in EYUM-10 was an Investment within the meaning of the Energy Charter Treaty.⁵⁷

The interpretation espoused by the Tribunal potentially covers many businesses with the protective shield of the ECT Part III. It is enough that they have long-term contractual relationship with a producer of nuclear energy, and that their services are important for the producer's operation. Such an interpretation is based on the broad definition of investment adopted in Art. 1(6) of the ECT and on the explanation from Understanding no. 2.

The definition interpreted in this way surely encompasses large energy-related construction projects conducted by foreign companies in the territories of Contracting Parties. In ICSID investment arbitrations organized under various BITs, the tribunals customarily refer to "Salini test" for definition of the protected investment. Although the test, formulated in the case *Salini v. Morocco*⁵⁸ spells out certain objective elements, or requirements for an investment to exist,⁵⁹ the arbitral tribunal in this award actually recognized a

⁵⁴ Ibidem, § 42.

⁵⁵ Ibidem, § 40.

⁵⁶ Ibidem, § 42.

⁵⁷ Ibidem, § 43.

⁵⁸ *Salini Costruttori S.p.a. and Italstrade S.p.a. v. Kingdom of Morocco*, ICSID case no. Arb/00/4. Decision on Jurisdiction, 16 July 2001. Accessible at: www.worldbank.org/icsid/

⁵⁹ These requirements include: contribution made by investor in performance of the activity, duration of the contract, investor participation in the risk of the transaction, and contribution to economic development of the host State. Ibidem §§ 52-57.

purely commercial construction project as a protected investment. This may be of special significance for construction of nuclear power plants and other nuclear power facilities, where the risks undertaken by the contractor may be considerable, and his contribution to economic development of the State unquestionable. For example, Lithuania is currently holding a tender for construction of a 5 billion euro nuclear power plant near the town of Visaginas. Two German companies are believed to be interested in competing to build the plant.⁶⁰ If they would win, these construction contracts would most likely be covered by ECT protection as foreign investments.

It should not be forgotten that the definition of protected investment found in Art. 1(6) includes another term of art that is separately defined in the provisions that follow. This is the concept of protected investor. Investment is "every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly by an Investor."

Pursuant to Article 1(7):

"Investor" means:

(a) with respect to a Contracting Party:

(i) a natural person having the citizenship or nationality of or who is permanently residing in that Contracting Party in accordance with its applicable law;

(ii) a company or other organization organized in accordance with the law applicable in that Contracting Party;

(b) with respect to a "third state", a natural person, company or other organization which fulfils, *mutatis mutandis*, the conditions specified in subparagraph (a) for a Contracting Party.

In principle, this means that the individual investor must be a citizen or permanent resident of the Contracting Party, and a corporate investor must be a company or other organization organized in accordance with the law applicable in that contracting state. According to Understanding no. 3, when there is doubt as to direct or indirect control of the Investment by the Investor, the Investor carries the burden of proof that such control exists.

In certain circumstances the Contracting Party may deny the advantages of Part III to a legal entity that fits into the definition of Art. 1(7)(a)(ii). Such right is reserved in Art. 17 of the ECT, by a clause that is usually referred to as the Denial of Advantages/Benefits.⁶¹ The purpose of that clause is to maintain reciprocity and to exclude from the protection of the Treaty the so-called "shell"

⁶⁰ Lithuania pleaded at German support for nuclear plant, 2 November 2010, *Earth Times*, <http://www.earthtimes.org/articles/news/351499,german-support-nuclear-plant.html>.

⁶¹ L. A. Mistelis, C. M. Baltag, Denial of Benefits and Article 17 of the Energy Charter Treaty, in T. E. Carbonneau, A. M. Sinopole, *Building the Civilization of Arbitration*, JCL Studies in Comparative Law, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, pp. 302-322.

or "mailbox" companies,⁶² i.e. companies that were established in a Contracting Party with the purpose of obtaining its nationality, and possibly protection under the ECT, without any genuine link with that Party ("nominal nationality", "nationality of convenience")⁶³. Under Art. 17(1) advantages may be denied to a legal entity "if citizens or nationals of a third state own or control such entity and if that entity has no substantial business activities in the Area of the Contracting Party in which it is organized." Under Art. 17(2) advantages may be denied to an Investment that belongs to an Investor from a country with which the denying Contracting Party does not maintain diplomatic or economic relationships.

In *AMTO v. Ukraine*, the Respondent purported to deny advantages of Part III to the Claimant under Article 17(1) of the ECT because the Claimant failed to prove that it was not ultimately beneficially owned or controlled by nationals of a third state and that it had substantial business activities in Latvia.

After reviewing the evidence, the Tribunal concluded that AMTO was controlled by a Russian national.⁶⁴ Without resolving "a difficult interpretive issue of the whether Russia is a 'third state' within the meaning of Art. 17(1),"⁶⁵ the Tribunal immediately proceeded to the second condition mentioned in Art. 17(1), i.e. whether AMTO had substantial business activity in Latvia. The Tribunal stated that "substantial" in the context of this article meant "of substance, and not merely of form", and that it did not mean "large". On the basis of Claimant's investment related activities conducted from rented premises in Latvia, involving employment of a small but permanent staff, the Tribunal was satisfied that the Claimant had substantial business activity in Latvia and that the second prong of Art. 17(1) test was not met.⁶⁶ Therefore, Ukraine was not entitled to deny advantages of Part III of the ECT to AMTO as the Claimant.⁶⁷

The standards of protection guaranteed by the ECT are similar or equivalent to standards contained in most Bilateral Investment Treaties (BITs).

Protection against expropriation (Art. 13)

The State sovereignty over its territory and energy resources implies the power to expropriate private property, even if that property belongs to foreigners. That power is not questioned in the ECT,⁶⁸ but it is limited by certain pre-

⁶² Ibidem, pp. 302, and 313-314.

⁶³ *AMTO v. Ukraine*, §61.

⁶⁴ Ibidem, §67.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ Ibidem, §69.

⁶⁷ Ibidem, §70.

⁶⁸ Energy Charter Treaty, Art. 18. Sovereignty over Energy Resources.

conditions that have to be fulfilled. Under Art. 13 of the ECT, the State shall not expropriate Investments of Investors unless this is

- (a) done for a purpose which is in the public interest;
- (b) not discriminatory;
- (c) carried out under due process of law; and
- (d) accompanied by the payment of prompt, adequate and effective compensation.

In other words, protection against expropriation primarily consists in the Investor's right to prompt compensation of the fair market value of the expropriated investment, calculated at the time immediately preceding the expropriation, in freely convertible currency, and with interest from the date of expropriation.

Under the title of "expropriation", Art. 13 protects investments not only against outright expropriation, but also against all measures having effect equivalent to nationalization or expropriation to which the investment may be subjected. It also expressly extends its protection in paragraph 3 to situations where the Contracting Party expropriates the assets of a domestic company in which the investor of another Contracting Party owns shares.

Protection against losses (Art. 12)

One of the non-commercial risks that is associated with investment in another State is the outbreak of war or other armed conflict, state of national emergency, civil disturbance, or other similar event in its territory. These causes are beyond power of the State, and are usually treated as force majeure in long-term contracts. The State is not held directly responsible for payment of damages arising from losses owing to such causes. Under the ECT, the Contracting Party is held responsible only to accord the Investor of any other Contracting Party with equal (non-discriminatory) treatment as regards any restitution, indemnification, compensation or other settlement that it accords to other domestic or foreign investors in such situations.

Article 12 allows for a possibility that certain losses suffered by the investor, although apparently caused by external causes, may in fact be the result of governmental measures equivalent to expropriation. In such cases, Art. 13 of the ECT applies.

If the loss is a result of requisitioning or destruction of property by State forces or authorities in situations of emergency, the Contracting Party is expressly bound under Art. 12(2) to accord to Investor of another Contracting Party prompt, adequate and effective restitution or compensation.

Standards of Treatment (Art. 10)

Fair and Equitable Treatment and Full Protection and Security

Article 10(1) provides a set of general standards that create stable, equitable, favorable and transparent conditions for investment. Each Contracting Party has a duty to establish and maintain such conditions in its territory. They include a commitment to accord at all times to investments of investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment and most constant protection and security.

Fair and equitable treatment and full protection and security are common standards that are generally present in the BITs. Their meaning is elusive and extremely dependent upon the particular circumstances of the case, and upon perception of different arbitral tribunals on whether certain conduct of governmental authorities was justified or not. The first standard is often invoked with regard to actions of courts or other public authorities. The second standard usually implies police protection from physical destruction of property. The question is how far the obligations of the State to guarantee constant protection and security can be stretched in situations when the action of third parties is concerned (e.g. demonstrations, riots, and other forms of public protest). Is the State obliged to do more for protection of the foreign investment than it usually does for protection of any property found in its territory? Does this clause offer more protection to foreign investors than Article 13? These issues may be of particular importance in cases of nuclear investments, because fears and suspicions of the local population inspired by rumors or lack of relevant information may easily turn into attacks against the property of the foreign investor. The State carries responsibility established in international law to inform the public on safety issues connected to the nuclear sites.⁶⁹

It is not clearly stated in these provisions whether the investor is entitled to compensation in case of establishing a breach of these commitments by a Contracting Party, but arbitral tribunals routinely award compensation to claimants in such cases. Art. 14(1) that regulates transfers related to investments, speak only of "payments of compensation pursuant to Articles 12 and 13", i.e. payments of compensation for expropriation and for losses owing to force majeure. This may indicate the lack of intention on the part of Contracting Parties to award damages to investors for breach of obligations to guarantee certain standards of protection.

⁶⁹ See Joint Convention on the Safety of Spent Fuel Management and on the Safety of Radioactive Waste Management, IAEA INFCIRC/546, 24 December 1997, Art. 13(iii).

Prohibition of discrimination

The Contracting Party is further prohibited by Art. 10(1) to impair management, maintenance, use, enjoyment and disposal of investments by unreasonable or discriminatory measures. In *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v the Republic of Latvia*,⁷⁰ the tribunal found that Latvia had breached its obligation under the ECT not to discriminate against the foreign investor by offering higher tariffs for electricity to other companies that were in the same situation as the foreign investor.

International minimum standard

The penultimate clauses of Art.10(1) contains obligation for the Contracting Party to apply at least such treatment of investments as required by international law (minimum standard of protection) or by another treaty. The words "or by another treaty" mean that any more favorable standard of protection that the Contracting Party has guaranteed to foreign investors of any State by another treaty, can be imported into the ECT and applied to investors of other Contracting Parties.

Pacta sunt servanda

The last sentence is qualified as an "umbrella clause" that can transform contractual obligations of the State under a commercial contract into its treaty obligations. It contains the commitment of the Contracting Party to observe any obligations it has entered into with an investor of any other Contracting Party. The precise scope of this clause—in particular whether it relates to purely commercial conduct or only conduct that involves some elements of government authority—is still uncertain.⁷¹ The Contracting Parties listed in Annex IA excluded disputes arising under the last sentence of Art. 10(1) from their unconditional consent to dispute resolution in accordance with Art. 26.

The National Treatment and MFN Treatment

In addition to standards described above that already protect the investor against unjustified discrimination, the ECT spells out the relative standards of national treatment and most favored nation treatment in Art. 10(7). The clause is broadly framed so that the national and the MFN treatment must be accorded not only to investments of investors of other Contracting parties, but also to

⁷⁰ *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v the Republic of Latvia*, accessible at <http://www.encharter.org/>

⁷¹ K. Hobér, *op.cit.*

their related activities including management, maintenance, use, enjoyment or disposal of investments.

Effective means for enforcement of rights

Under Art. 10 (12) each Contracting Party "shall ensure that its domestic law provides effective means for the assertion of claims and the enforcement of rights with respect to Investments, investment agreements, and investment authorizations." This is in effect a commitment of Contracting Parties to establish and keep in place an efficient judicial and law enforcement system.

In AMTO, the Claimant asserted a violation of Article 10(12) of the ECT by Ukraine. The Claimant submitted that Ukraine has failed to provide EYUM-10 with effective means within its legal order by which to assert its legitimate claims. For a period of more than five years, EYUM-10 (and consequently, AMTO) could not enforce its rights under eleven final and binding court judgments.⁷² AMTO submitted that the bankruptcy legislation in Ukraine was clearly inadequate and did not live up to the standard required by international law, and accused Ukrainian authorities of interference in the bankruptcy proceedings in favor of the debtor. After reviewing the evidence, the Tribunal dismissed all of AMTO's claims related to denial of justice.

Guarantee of Free Transfer of Capital and Returns (Art. 14)

Each Contracting Party guarantees free transfer of capital and returns into and out of its territory, as specified in Art. 14(1). The transfer is to be effected without delay, in freely convertible currency (Art. 14(2)), and at the market rate of exchange existing on the date of transfer (Art. 14(3)). Certain exceptions are provided for returns in kind, and for CIS countries (Art. 14(5) and 14(6)).

There is a general reservation in Art. 14(4) allowing a Contracting Party to apply its laws and regulations, in derogation of its undertakings under Art. 14, to protect the rights of creditors, or to ensure compliance with laws on the issuing, trading and dealing in securities and the satisfaction of judgments in civil, administrative and criminal adjudicatory proceedings.

State and Privileged Enterprises (Art. 22)

An important provision for protection of foreign investors is also found beyond Part III of the ECT. It is Art. 22 that concerns State and privileged enterprises. Recognizing that the State often conducts its energy-related activities through independent entities organized for that purpose, or confers rights to

⁷² *AMTO v. Ukraine*, § 28.

conduct such activities to certain privileged private enterprises, the ECT expressly constitutes certain obligations of the Contracting State with respect to conduct of those entities and enterprises. The prohibition of discrimination lies in the essence of these obligations. Most importantly, each Contracting Party must ensure that the State-owned enterprises respect the treatment of foreign investors provided in Part III when they conduct their activities, especially when they sell goods or provide services (Art. 22(1)). This means, for example, that the Contracting Party should make sure that the State-owned enterprise does not charge higher prices for fuel or energy to companies owned by investors from other Contracting Parties.⁷³ The Contracting shall also refrain from encouraging or requiring such a State-owned enterprise to conduct its activities in the manner that is inconsistent with that Contracting Party's obligations under the ECT, either under Part III or under other Parts (Art. 22(2)).

Settlement of Investment Disputes Arising under the ECT

The ECT is the "first multilateral treaty to provide as a general rule the settlement of investor-state disputes by international arbitration"⁷⁴ Dispute Settlement provisions are found in Part V which consists of three Articles. The first (Art. 26) is about disputes between the investor and the Contracting Party (host country). The second (Art. 27) is about disputes between the Contracting Parties (which may be other than investment disputes), and the third excludes application of Art. 27 to certain disputes. In addition to these rules specifically dealing with investment disputes, there are other provisions of the ECT that are related to resolution of disputes, such as Art. 6(5) providing consultation procedures for competition disputes, Art. 7(7) providing conciliation procedure for transit disputes, Art. 19(2) related to Environmental Disputes and Art. 29(7) dealing with trade disputes.⁷⁵

While the mechanism set up in Article 27 has been rarely used (only one case of a dispute between the Contracting Parties was recorded and it was settled through diplomatic channels),⁷⁶ there have been 27 disputes between investors and Contracting Parties based on Article 26.⁷⁷

Investors are given the right to directly initiate arbitral proceedings against a Contracting Party to the ECT, if that Party breached any of its obligations on pro-

⁷³ The Energy Charter Treaty, A Reader's Guide, p. 41.

⁷⁴ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, (ICSID Case No. ARB/03/24).

⁷⁵ R. Happ, Dispute Settlement under the Energy Charter Treaty, Kiel, 21.02.2009, slide 6. accessible at: <http://www.internat-recht.uni-kiel.de/veranstaltungen/pipeline-conference/beitraege/Happ.pdf>

⁷⁶ *Ibidem*, slide 11.

⁷⁷ For a list of these cases which also contains the arbitral awards that were so far rendered see: <http://www.encharter.org/>

tection of investments from Part III of the ECT. The right to arbitration is delineated by the scope of protection pursuant to Part III of the ECT, i.e. by definitions of the terms investment and investor.⁷⁸ Pursuant to Art. 26(1) "Disputes between a Contracting Party and an Investor of another Contracting Party relating to an Investment of the latter in the Area of the former, which concern an alleged breach of an obligation of the former under Part III shall, if possible, be settled amicably". The proposal for an amicable settlement triggers the running of a three months "cooling off – period",⁷⁹ after which the investor may initiate one of the dispute settlement procedures at his disposal enumerated in Article 26(2). These are: an action before the courts or administrative tribunals of the Contracting Party, any other previously agreed dispute settlement procedure, or, most importantly, a request for international arbitration or conciliation based on Articles 26(3)–26(8).

The right to refer the dispute to arbitration is conditioned upon attempt to reach an amicable settlement. In the dispute between AMTO and Ukraine, the Claimant asserted that there was no "cooling-off period" as a prerequisite for admissibility of a claim under the ECT. On 16 May 2005 AMTO sent the Claim Letters to Ukraine alleging a breach of the ECT to which Ukraine did not respond. Thereafter, on 31 October 2005, AMTO filed the Request for Arbitration. Ukraine stated that the Claims Letters were mere notifications of a claim, rather than requests to amicable settle an existing dispute pursuant to Art. 26(2). As there was no request for amicable settlement, the Respondent's consent under Art. 26(3) did not cover the dispute in question, and the jurisdiction of the Arbitral Tribunal was lacking.⁸⁰ The Tribunal found that the Claimant did not articulate and transmit a claim pursuant to the ECT to the Respondent prior to the Claim Letters, but the Claimant and the Respondent were already parties to an existing dispute at the time of the Claim Letters. Accordingly, the Tribunal treated the Claim Letters as a request for amicable settlement pursuant to Article 26(2), and concluded that the Claimant was entitled to initiate arbitration at the expiry of the three month period.⁸¹ Additionally, the Tribunal remarked that a Contracting Party that considers the amicable settlement requirements of Article 26(2) have not been complied with by an Investor has an obligation, as a matter of procedural good faith, to raise its objections immediately. Prompt raising of objections ensures that the Investor can, if necessary, remedy the defect so that both parties are in a position to engage in the amicable settlement discussions envisaged by the ECT, and thereby help to preserve their long term cooperation in the energy sector.⁸²

⁷⁸ K. Hobér, *op.cit.*

⁷⁹ R. Happ, Dispute Settlement under the Energy Charter Treaty, Slide 8.

⁸⁰ AMTO v. Ukraine, § 49.

⁸¹ *Ibidem*, § 52.

⁸² *Ibidem*, § 53.

Further argument of the Claimant with respect to the Claims Letters was that they defined the scope of the dispute that could be submitted to arbitration, so that the Claimant could not include claims in the arbitration that were not submitted to amicable settlement.⁸³ The Arbitral Tribunal rejected this view, stating that it "misconceives the nature of the request for amicable settlement." According to the Tribunal,

"the purpose of a request for amicable settlement is to discuss the dispute, with a view to exchanging views over its causes, the interests involved, clarifying factual uncertainties and possible misunderstandings, and identifying possible solutions within the framework of the promotion of long term cooperation in the energy field based on complementarities and mutual benefits. A party can request amicable settlement of a dispute without identifying any ECT claims, and an Investor may have good reason not to formulate claims at this stage, in order to avoid taking a position or appearing to threaten the State party with arbitration before *bona fide* settlement discussions. The purpose of Article 26(2) -- to provide for settlement discussions -- requires the avoidance of legal forms, and the facilitation of open communication. The Investor must inform the State of the state of affairs involving disagreement, and request amicable settlement."

In Article 26(3) the Contracting Party gives an unconditional consent to submit disputes defined in Article 26(1) to arbitration. This is a unilateral "offer" of the host country to arbitrate, which is "accepted" by the investor at the moment of filing of the claim. The investor may choose between several options: ICSID arbitration, ad hoc arbitration under UNCITRAL rules, and arbitration under the auspices of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce.⁸⁴

ICSID stands for International Centre for Settlement of Investment Disputes, an arbitral institution established in accordance with the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (1965) – usually referred to as "Washington Convention" or "ICSID Convention".⁸⁵ In Art. 26(4) the ECT mentions two ways to submit an investment dispute to this arbitral institution: (i) pursuant to the Convention if both the host state and the investor's state have ratified the Washington Convention, and (ii) under the Additional Facility Rules, if one of the parties to the dispute have not ratified the Washington Convention

⁸³ Ibidem, § 55.

⁸⁴ Seventeen of the twenty-seven disputes initiated by investors against the ECT states, both pending and concluded, have been submitted to ICSID arbitration. Of the ten remaining disputes, six have been submitted to SCC arbitration, and four to UNCITRAL arbitration.

⁸⁵ 575 UNTS 159. The Convention is in force in 144 States. There are 155 Signatory States. See: <http://icsid.worldbank.org>.

At the time of filing the claim, the investor must provide his consent in writing for the dispute to be submitted to the chosen institution or ad hoc arbitration. The arbitration agreement between the parties comes into existence in this specific way, and is considered to satisfy the requirements of the ICSID Convention and of the New York Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.

The Respondent in *AMTO v. Ukraine* submitted that there was no consent on the part of the Claimant to arbitrate.⁸⁶ The Respondent argued that Article 26(4)(a) of the ECT requires a separate written consent on the part of the Investor to be provided to a relevant Contracting Party to the ECT prior to commencement of arbitration which was lacking in that case. According to the Respondent, Article 26 of the ECT contains a standing offer to investors of dispute resolution by arbitration, but this "offer can operate as unconditional only to the extent that it is accepted correctly". AMTO replied that the lack of a separate written consent was of no legal consequence, since the submission of a request for arbitration was sufficient. The Tribunal ruled:

"It is well established that arbitration pursuant to an investment treaty such as the ECT requires an arbitration agreement. However, this arbitration agreement is not created by a contemporaneous exchange of promises between the parties in the manner of a commercial arbitration agreement. Rather, offer and acceptance are separated in time and form.

...where the consent of the Investor to arbitration is in writing, unequivocal and unconditional then the ECT imposes no further formal requirements.

A request for arbitration is by its very nature a consent to arbitrate because a legal proceeding cannot be requested by a party without their own participation in the proceeding."⁸⁷

Two Investment Disputes in the Nuclear Sector

Two of twenty-seven cases arising under the ECT have arisen from investments in the nuclear sector. The first that is going to be considered in detail predates the ECT. The dispute is between *Hrvatska elektroprivreda d.d and the Republic of Slovenia*.⁸⁸ It is still pending before an ICSID Arbitral Tribunal, although a "Decision on the Treaty Interpretation Issue" was rendered in 2009.

The second case between *AMTO and Ukraine* has already been mentioned several times in the preceding text since it is a case in which many issues concerning the interpretation of the dispute resolution provisions of the ECT have been raised. The Award in *AMTO* was rendered by the Tribunal on 26 March

⁸⁶ *AMTO v. Ukraine*, § 26.

⁸⁷ *Ibidem*, paras 45-46.

⁸⁸ ICSID Case No. ARB/OS/24.

2008. In this case, too, the factual pattern was interesting, because the foreign investor did not invest in a nuclear sector, but had business dealings with a nuclear power plant, and this has affected its rights in a distinctive way.

HEP v. Slovenia

The Claimant, Hrvatska elektroprivreda, d.d. (HEP), is the national electric company of Croatia, organized as a joint-stock company, wholly owned by the Government of Croatia.⁸⁹ The Respondent is the Republic of Slovenia which came into existence on 25 June 1991 when its parliament declared independence from the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia.⁹⁰ In the 1970s, while they were still part of the same state, Slovenia and Croatia agreed to jointly construct and operate the Krško Nuclear Power Plant (Krško NPP) in Slovenia.⁹¹ For that purpose, the national electricity companies of these two countries established Nuklearna Elektrana Krško (NEK) in 1974, as a joint venture in the form of a Yugoslav "work organization", which was later reincorporated as a limited liability company under Slovenian law. NEK still holds the license to operate the Krško NPP.⁹² The construction commenced in 1974 and the plant was put in commercial operation in 1983. The plant, located just outside of the town of Krško in south-eastern Slovenia, approximately 15 kilometers west of the border between Croatia and Slovenia, represents a significant national power resource for both countries.⁹³ The costs of design, development and construction totaled US \$1.2 billion, and were financed from funds contributed equally by the national electricity companies of both countries. Though the Krško NPP was initially not a foreign investment, it acquired this character in 1991, when both Slovenia and Croatia became independent States.

The financing, construction, operation, management and use of the Krško NPP was regulated by four inter-related agreements entered into by the Socialist Republics of Slovenia and Croatia, and/or representatives of their national electricity companies in 1970, 1974 and 1982 (the Governing Agreements).⁹⁴ The co-investors were to be 50:50 partners in all aspects of the plant construction,

⁸⁹ Source: HEP v. the Republic of Slovenia, Decision on the Treaty Interpretation Issue, 12 June 2009, §1. Accessible at: <http://icsid.worldbank.org> and at: <http://www.encharter.org>.

⁹⁰ Ibidem, § 2.

⁹¹ Initially, the two republics agreed to jointly build two nuclear power plants, one in Slovenia and one in Croatia. However, due to a changing political climate following the nuclear accident in Chernobyl, Ukraine, only the first nuclear power plant situated in Slovenia was built. Ibidem, para 52.

⁹² Source: Decision on the Treaty Interpretation Issue, 12 June 2009, § 4.

⁹³ Ibidem, §§ 3 and 6.

⁹⁴ Ibidem, § 8.

management, use and operations. Each co-investor, thus, had the right to receive 50 % of the power output of the plant at prices to be determined in accordance with the Agreements⁹⁵ and had equal management rights in NEK. After its declaration of independence in 1991, the Slovenian Government adopted a series of measures that were viewed by HEP as inconsistent with the basic provisions of the Governing Agreements. In protest against these measures, HEP withdrew its representatives from the management board of NEK and stopped paying for electricity. On July 30, 1998, the Slovenians disconnected the electricity lines from the Krško NPP to Croatia, terminated all electricity deliveries to HEP, and issued a Governmental "Decree" which affected HEP's rights as co-owner and manager of the plant.⁹⁶ In the meantime, Slovenia had become Contracting Party to the ECT on 10 September 1997, and Croatia on 9 December 1997.

Eventually, the governments of the two countries entered into negotiations aimed at restoring HEP's rights and dispensing with unsettled claims. In mid 2001, a settlement approach, proposed by the deputy prime minister of Croatia, ultimately "broke the deadlock".⁹⁷ The Minister suggested that, rather than continuing to debate past differences, the parties, should "wipe the slate clean" as of an agreed date in the future. Under his proposal, all of the parties' claims up to this agreed date would be waived and, on that agreed date, deliveries of electricity to HEP from the Krško NPP were to be restored. At a meeting held on 9 June 2001, the Prime Ministers of Croatia and Slovenia formally endorsed the proposal, and agreed about resumption of deliveries of electricity to HEP, and waiver of all financial claims, presumably by 30 June 2002. The settlement was recorded in the Agreement between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the Republic of Slovenia on Regulation of the Status and other Legal Relations Regarding the Investment, Use, and Dismantling of Nuclear Power Plant Krško signed on 19 December 2001 (the 2001 Agreement).⁹⁸ However, while the Draft Agreement expressly indicated 30 June 2002 as the date for resumption of deliveries of electricity to HEP, the 2001 Agreement did not. Instead, the wording that was chosen stated that this consequence would follow upon ratification of the Agreement. The negotiators envisaged that ratification would have happened by the end of 2001 and that the 2001 Agreement would have entered into force prior to 30 June 2002.⁹⁹ In fact, however, Croatia did not ratify the 2001 Agreement until 3 July 2002.¹⁰⁰ In Slovenia

⁹⁵ Ibidem, § 9.

⁹⁶ Ibidem, § 10.

⁹⁷ Ibidem, § 11.

⁹⁸ Ibidem.

⁹⁹ Ibidem, § 127.

¹⁰⁰ Ibidem, § 12.

the signature and ratification of the 2001 Agreement had met with parliamentary and public opposition for a long time, and ratification happened only on 25 February 2003, following an unsuccessful attack of its constitutionality before the Constitutional Court.¹⁰¹ The resumption of deliveries of Krško-generated electricity to HEP took place on 19 April 2003.¹⁰² However, the parties could not agree whether Croatia was entitled to deliveries of electricity after 30 June 2002 until that date. The Request for Arbitration was filed on 4 November 2005. In the proceeding before the ICSID Arbitral Tribunal, HEP sought compensation for the financial losses it had suffered as a result of Slovenia's failure to resume deliveries of electricity from the Krško NPP to HEP by 30 June, 2002. HEP advanced two independent legal bases for its claim:

First, HEP alleged that Slovenia's termination of electricity deliveries to HEP on 30 July 1998, together with the issuance that same day of a Decree removing HEP's rights as a 50 % owner of the Krško NPP, violated HEP's right as an investor under Articles 10(1) and 13 of the Energy Charter Treaty (the ECT Claims). HEP contended that those violations continued until deliveries of electricity were restored to HEP on 19 April 2003. Though HEP did agree in the 2001 Agreement to waive its ECT claims accruing up to 30 June 2002, it did not waive its ECT claims that accrued during the period from 1 July 2002 to 19 April 2003. Secondly, HEP asserted a claim against Slovenia for breach of its obligation under the 2001 Agreement to restore electricity deliveries to HEP from the Krško NPP by June 30, 2002.¹⁰³

The Arbitral Tribunal provisionally decided that the Respondent's ECT claims depended on the interpretation of the 2001 Treaty, i.e. that interpretation issue was a preliminary issue in the proceedings, and concluded that it had to be decided first. The "Decision on the Treaty Interpretation Issue" was rendered on 12 June 2009. Although it bore the title of a "Decision" this was in effect an Award, since it dismissed all claims asserted by HEP against the Republic of Slovenia under the ECT,¹⁰⁴ witnessing a sharp division among the members of the panel over the interpretation of the 2001 Agreement concluded between the two countries. The procedure before the Tribunal continues to determine Republic of Slovenia's liability, if any, for breach of its obligations under the 2001 Agreement. Although the ECT claims were dismissed, the facts of this case are indicative of grounds that may cause disputes in the nuclear energy sector under the ECT in the future, and they deserve closer study in the context of that Treaty. The duration (from 1991-2003) and complexity of the dispute require

¹⁰¹ Ibidem, § 137.

¹⁰² Ibidem, § 138.

¹⁰³ Ibidem, paras. 14 and 15.

¹⁰⁴ See, Source: Decision on the Treaty Interpretation Issue, 12 June 2009, VII (B), p. 52.

that the account be subdivided into various issues. The source of information on the pertinent facts was the Decision of the Arbitral Tribunal, which was in turn based on the Parties' memorials.

Dispute over Status of the Governing Agreements

Shortly after separation in 1991, differences began to emerge between the Government of Slovenia on the one hand, and HEP and the Government of Croatia on the other, with regard to the operation and status of the Krško NPP and the application of the Governing Agreements.¹⁰⁵ Negotiations started in March 1994, after the Presidents of Slovenia and Croatia agreed that legal and status questions regarding the Krško NPP needed to be regulated with a new inter-State agreement. Slovenia's position was that the Governing Agreements did not acquire the status of a treaty and that many of their provisions were no longer appropriate in the new political and legal climate. Croatia thought that the Governing Agreements should continue to regulate Krško NPP matters and should be elevated to the level of bilateral agreement. This issue was resolved only after the 2001 Agreement was signed on 19 December, 2001.¹⁰⁶

According to the Arbitral Tribunal, "the 2001 Agreement was in general terms a settlement agreement intended to resolve the longstanding and significant differences between the two countries and to thereby enable the resumed joint operation and exploitation of NPP Krško in accordance with the parity principle."¹⁰⁷ The terms of the 2001 Agreement amounted to "a reincarnation of the terms of the 1970 Agreement" and upon its entry into force replaced the 1970 Agreement (Article 22(1)).¹⁰⁸ The recitals of the 2001 Agreement stated that the two Governments took into account the Governing Agreements, and that the Agreement was based on the Energy Charter Treaty, the Convention on Nuclear Safety, and the Joint Convention on the Safety of Spent Fuel Management and on the Safety of Radioactive Waste Management.¹⁰⁹

Dispute over Ownership

It was Slovenia's view that the Governing Agreements were to be understood and interpreted within the context of the socialist political and legal regime of former Yugoslavia at the relevant time. Pursuant to that understanding, the two national electricity companies were only the co-founders, but not co-owners of Krško NPP, as HEP argued. As co-founders they had specific rights

¹⁰⁵ Ibidem, para 75.

¹⁰⁶ Ibidem, para 77.

¹⁰⁷ Ibidem, § 177.

¹⁰⁸ Ibidem, § 180.

¹⁰⁹ Ibidem, § 128.

and liabilities (e.g. to use a share of electricity from the Krshko NPP and to participate in the joint decision-making bodies), but no ownership rights.¹¹⁰

The Pooling Agreement that was concluded in 1974 between the electric power companies of Croatia, and electric power companies of Slovenia stated that the parties would:

- permanently pool the resources for construction and start-up of the Krshko NPP; and
- incorporate a joint venture company, NEK, through which they would jointly build, operate and use the Krshko NPP.¹¹¹

Each of the Parties would cover 50 % of the construction expenses and be liable for 50% of the total liabilities of NEK. Concerning the management structure of NEK, the 1974 Pooling Agreement stipulated that the Management Board would have twenty-two members, with each party appointing ten members and the parties jointly appointing two additional members. Clause 21.3 stipulated that NEK "shall take care to fill the managerial and the key work posts in such a manner that the Parties are represented in equal proportions."¹¹²

Concerning the electricity produced by the Krshko NPP, the 1974 Pooling Agreement stated that:

- each of the parties would be entitled to receive 50 % of the total available power and electricity generated by the plant;
- the parties would jointly establish the price of power from Krshko NPP, and any profit would be allocated between the Parties in a 50:50 proportion; and
- all risks associated with the operation of Krshko NPP would be shared 50:50 by the parties.¹¹³

The 1982 Self-Management Agreement was entered into between Electric Power Industry Companies of Slovenia, the Electric Power Industry Companies of Croatia, and Krshko NPP, in the process of incorporation.¹¹⁴ It provided for the appointment of the Board of Directors and the Management Board of NPP Krshko. The Board of Directors was to consist of twelve members, four to be appointed by the electricity companies of each of the two Republics, and four to be appointed by NEK. The Management Board was to consist of six members, three appointed by the Slovenian companies and three by the Croatian ones. The Slovenian national electricity companies would appoint the Chairman of the Management Board, the Manager of the Economic and Finance Division, and the Manager of the General, Legal and Personnel Division. The Croatian na-

¹¹⁰ Ibidem, § 69.

¹¹¹ Ibidem, § 58.

¹¹² Ibidem, § 59.

¹¹³ Ibidem, § 60.

¹¹⁴ Ibidem, § 65.

tional electricity companies would appoint the Vice-Chairman of the Management Board, the Manager of the Engineering Division, and the Manager of the Commercial Division.¹¹⁵

These provisions demonstrate that the parties had all rights that usually pertain to owners, such as rights of management, right of use, right to produce, etc. Nevertheless, controversy over ownership continued and was ended only after signing of the 2001 Agreement, which:

- recognized HEP and ELES-GEN¹¹⁶ as the legal successors in interest to the Slovenian and Croatian companies that invested in the construction of Krshko NPP;
- provided that HEP and ELES-GEN shall have equal rights and obligations, unless otherwise stated in the Agreement;
- established HEP and ELES-GEN as 50:50 shareholders in the limited liability company NEK Ltd., a new legal entity to be governed by a Memorandum of Association, enclosed to the Agreement;
- stated that the governance of NEK Ltd. was to be exercised in the following manner: ELES-GEN nominates the Chairman of the Management Board and HEP the Vice-Chairman. HEP nominates the Chairman of the Supervisory Board and ELES-GEN the Vice-Chairman. The Chairman of the Management Board has a casting vote, which vote is to be controlled by the Supervisory Board.¹¹⁷

Undoubtedly, these provisions gave HEP equity rights in NEK, and therefore recognized HEP as indirect owner of the 50 % of NPP Krshko.

Dispute over Delivery and Price of Electricity

One of the most important points of disagreement was whether NEK was entitled to cut-off the electricity supply from HEP in case of non-payment and how was the price of electricity to be determined. Another point of disagreement was whether HEP's electricity bill should include decommissioning costs that were introduced by a regulatory measure of the Slovenian government in 1994.

As already mentioned, the 1974 Pooling Agreement provided that:

- each of the parties would be entitled to receive 50 % of the total available power and electricity generated by the plant; and
- the parties would jointly establish the price of power from Krshko NPP, and any profit would be allocated between the Parties in a 50:50 proportion.

¹¹⁵ Ibidem, § 67.

¹¹⁶ The Slovenian electric power transmission company.

¹¹⁷ Ibidem, § 129.

Clause 17.1.2 of the 1974 Pooling Agreement read:

"In case the Party from SR Slovenia fails to provide to the Party from SR Croatia the use of power and electricity from NE Krshko pursuant to provisions hereof because it has used the power and electricity itself, it shall compensate to the Party from SR Croatia the difference in price of power plants or from other territories due to such failure, including the electricity acquired abroad, taking into account the reasonable nature of offers for supply as regards the price."¹¹⁸

According to the 1982 Self-Management Agreement, Krshko NPP was to supply electricity only to the electricity companies of the two countries in equal proportions, and the price of electricity was to be mutually determined by the two companies for each business year in advance. The price of electricity was to include elements such as "costs, investment maintenance and depreciation."¹¹⁹

During 1997, when the dispute was accelerating, HEP would not pay the amount as established in NEK's invoices. HEP insisted that it would pay US2.05 cents/KWh, even though, according to Slovenia, the actual operating costs in 1997 required a price of US3.0841 cents/KWh (not including decommissioning costs). Slovenia claimed that HEP continued to make only partial payments, and even stopped paying for electricity altogether as of 15 March 1998, which HEP denied.¹²⁰

On 30 July 1998 NEK suspended its electricity deliveries to HEP.¹²¹ According to HEP, two transmission lines from Krshko NPP to HEP were disconnected. HEP claimed that decision to disconnect these transmission lines was made jointly by the Slovenian Minister of Economic Affairs, General Manager of ELES, the Slovenia-appointed Chairman of the Temporary Management Board of NEK, and by General Manager of NEK.¹²² Slovenia denied this and pointed out that the deliveries to HEP were suspended because HEP would not pay for the electricity. As a consequence, NEK did not have the necessary funds to secure safe operation and had to seek alternative buyers for the electricity.¹²³ Slovenia also emphasized that the termination of electricity supply to HEP was intended to be only a temporary measure,¹²⁴ and further asserted that there was no physical cut-off at all, i.e. that throughout the relevant period Croatia continued to receive electricity from the Krshko NPP in the same way as it had done before. The "cut-off" occurred merely on the contractual plane, because over this period HEP was deemed obliged to purchase electricity from other suppliers.

¹¹⁸ Ibidem, § 63.

¹¹⁹ Ibidem, § 66.

¹²⁰ Ibidem, §§ 97 and 99.

¹²¹ Ibidem, § 107.

¹²² Ibidem, § 108.

¹²³ Ibidem, § 109.

¹²⁴ Ibidem, § 112.

In October 1998 Slovenia proposed conditions for an agreement for the resumed delivery of electricity from the Krško NPP to HEP. The proposal included an offer of electricity at the same price to both ELES and HEP.¹²⁵ Decommissioning costs were excluded from the offered price. Croatia rejected this proposal on 10 November 1998, considering that accepting the offer would put HEP in the position of a buyer (rather than owner). Croatia also complained that the proposed production expenses were too high and not competitive.¹²⁶ In January 2000 Slovenia made another offer to restore the electricity supply to HEP for a period of two years. HEP again rejected, considering the price too high.¹²⁷

The 2001 Agreement:

- ordered that electricity produced at the Krško NPP shall be delivered to the shareholders in equal proportions;
- stated that the price for electricity deliveries comprises operating costs in the amounts necessary for long-term investment, and includes, inter alia, the depreciation costs;¹²⁸
- stipulated that decommissioning and radioactive waste disposal are joint liabilities of Croatia and Slovenia and shall be financed in equal proportions (i.e. they are not included in the price of electricity). The funds for decommissioning shall be collected in a special fund created by each State;
- The Memorandum of Association of NEK (enclosed to the Agreement) stated that NEK may terminate electricity deliveries to either shareholder if that shareholder fails to comply with its financial obligations);

However, as mentioned before, the 2001 Agreement failed to precisely indicate the obligation of NEK to resume deliveries of electricity to NEK on a specific date.

*Dispute over decommissioning costs and costs of disposal and storage
of radioactive waste*

The Governing Agreements did not deal with the issue of disposal or storage of radioactive waste. The only relevant provision was Clause 17.4.1 of the 1982 Annex to the 1974 Pooling Agreement:

"The Parties shall take all measures to provide, upon completion of construction of NE Krško, the security measures for prevention of possible adverse consequences for the human environment. The costs of performance of measures from the previous paragraph, together with the costs arising from

¹²⁵ Ibidem, § 113.

¹²⁶ Ibidem, § 113.

¹²⁷ Ibidem, § 114.

¹²⁸ Ibidem, § 129.

disposal of nuclear fuel and radioactive waste shall be borne by the Parties from each Republic in proportion 50:50."

Clause 9 of the 1970 Agreement provided a kind of stabilization clause:

"The Republics agree and understand that, in the case the economic measures and instruments are introduced in any of the two Republics, which adversely affect the construction or use of the joint nuclear power plant, as compared to the conditions in force at the beginning of its construction, such measures and instruments shall not have any effect on the rights and liabilities of the investors from the other Republic."¹²⁹

In December 1994 the Slovenian Parliament adopted the "Law on the Fund for Financing the Decommissioning of the Krško Nuclear Power Plant and the Disposal of Radioactive Waste of the Krško Nuclear Power Plant".¹³⁰ This law offered Slovenia very wide powers concerning the establishment of the decommissioning program.¹³¹ It was enacted without any consultation with HEP. Slovenia claimed that the law was a necessary measure in order for it to comply with its international obligations as a nuclear State to create a Decommissioning Fund. Under the 1994 Law, the Krško NPP became liable for payments to the Decommissioning Fund on a monthly basis. The payments were collected by NEK by means of a surcharge factored into the selling price of the electricity produced by Krško NPP. The intention was that an equal amount would be charged to both HEP and ELES, and that contributions collected from the buyer from each State would be credited towards that State's 50 % share of the total cost of decommissioning. However, due to unilateral introduction of the measure, Croatia would not pay its share of the decommissioning costs.¹³²

On 13 September 1997 an agreement was signed between the Croatian and Slovenian Ministers of Economy, according to which the price of electricity would be calculated "ex plant" for both buyers and decommissioning costs would not be included in the price of electricity, as each State would regulate independently its share of the costs pending the execution of a new bilateral agreement.¹³³ Following the 1997 Agreement, however, NEK's invoices sent to HEP continued to include decommissioning charges¹³⁴ and HEP continuously refused to pay.

The 2001 Agreement stipulated that decommissioning and radioactive waste disposal are joint liabilities of Croatia and Slovenia and shall be financed

¹²⁹ Ibidem, § 56.

¹³⁰ Ibidem, § 78 and 79.

¹³¹ Ibidem, § 79.

¹³² Ibidem, § 81.

¹³³ Ibidem, § 94.

¹³⁴ Ibidem, § 96.

in equal proportions. The funds for decommissioning shall be collected in a special fund created by each State.¹³⁵ All previous obligations of NEK to the Decommissioning Fund ceased to exist.¹³⁶

Dispute over Modernization

On 10 February 1995 the NEK Management Board decided to make replacement of the steam generators.¹³⁷ The Board appointed an Operational team of two Croatian and two Slovenian representatives to supervise the steam generator replacement project.¹³⁸ In September of the same year, however, the Government of Slovenia issued a "Decision Supporting the Modernisation Programme" in which it announced that: "In the preparation and realization of the renovation of the NPP Krshko, the Nuclear Power Plant Krshko shall act in the capacity of the investor."¹³⁹ According to HEP, General Manager of NEK, a Slovenian national, following the Decision of his Government proceeded on his own with respect to the plant modernization program. He invited HEP to presentations on the progress of the steam generator replacement program, but did not form the Operational team to manage the modernization process, as the 1995 Board decision requested.¹⁴⁰ Due to these reasons HEP refused to pay its part of the costs for the modernization of Krshko NPP.¹⁴¹

The solution to this problem was found in Exhibit 3 of the 2001 Agreement entitled "Principles of the Structuring of Financial Relations". According to these principles the remaining long-term financial obligations arising out of NEK's modernization project shall be borne through the cost of electricity by the Shareholder from the Republic of Slovenia until 30 June 2002, and from that day forward by both Shareholders.¹⁴²

Dispute over the Appointment of NEK's Deputy General Manager

The 1982 Self-Management Agreement provided that the incorporators from Croatia were to appoint the Deputy General Manager of NEK. In February 1996 the Deputy General Manager of NEK resigned. By letter dated 4 September 1996, addressed to General Manager, HEP nominated Mr Vrankich, a Croatian national, as Deputy General Manager. However, General Manager rejected

¹³⁵ Ibidem, § 129.

¹³⁶ Ibidem, § 129.

¹³⁷ Ibidem, § 82.

¹³⁸ Ibidem, § 83.

¹³⁹ Ibidem, § 82.

¹⁴⁰ Ibidem, § 83-84.

¹⁴¹ Ibidem, § 93.

¹⁴² Ibidem, § 132.

this appointment by a letter in which he noted that the Self Management Agreement had become inadequate in the section concerning personnel, that personnel decisions should be based on "safety, stability and operational efficiency", and that candidates for managerial positions had to be qualified in the fields of nuclear technology and safe operation of power plants, which qualifications Mr Vrankich lacked.¹⁴³

In May 1997, in response to continuing differences between the Croatian and Slovenian members of the NEK Management Board, the Government of Slovenia created a "Temporary Management Board", consisting of four members nominated by each founder, to oversee NEK.¹⁴⁴ In a letter dated 9 February 1998, the Slovenian Ministry of Economic Affairs informed the Chairman of NEK's Temporary Management Board that it agreed to the appointment of Mr Vrankich. The Temporary Management Board authorised General Manager to appoint Mr Vrankich as Deputy General Manager. General Manager, however, again refused, persisting in his opinion that Mr Vrankich did not possess the necessary qualifications (for example, a Senior Reactor Operator Licence).¹⁴⁵

At a meeting of the Temporary Management Board on 24 April 1998, HEP withdrew its consent to the nomination of General Manager of NEK and declared that it would only resume its participation on the Temporary Management Board once Mr Vrankich was installed as Deputy General Manager. At the same meeting HEP declared that since Mr Vrankich had not been appointed Deputy General Manager, after 15 March 1998 HEP would not pay for the electricity it took from the Krško NPP.¹⁴⁶ Slovenia's defense was that General Director's point was not that HEP did not have the right to nominate NEK personnel, but "only that such right was constrained by overreaching safety imperatives." Neither the Temporary Management Board nor General Manager were competent to waive mandatory conditions set out in NEK's Safety Analysis Report or NEK's operating licence. HEP's arguments were that before Mr. Vrankich's appointment NEK has had three Deputy General Managers who did not have SRO licences, and that the Government of Slovenia eventually consented to Mr Vrankich's appointment, even though he did not have the SRO licence.¹⁴⁷

Dispute over HEP's Financial Obligations towards the Krško NPP

NEK operated the Krško NPP on a cost-covering basis and its sole source of revenue came from selling the electricity produced by the plant. Slovenia

¹⁴³ Ibidem, § 85.

¹⁴⁴ Ibidem, § 86.

¹⁴⁵ Ibidem, § 87.

¹⁴⁶ Ibidem, § 88.

¹⁴⁷ Ibidem, § 90.

accused Croatia of making delayed and incomplete payments for electricity it received, which lead to NEK suffering "crippling debts".¹⁴⁸ Slovenia added that HEP did not pay its part of the decommissioning and modernization.¹⁴⁹ The non-payment by HEP brought NEK to the "brink of operational shutdown", and to "effective insolvency" in mid-1998.¹⁵⁰ As a result of HEP's non-payment for the deliveries of electricity, NEK did not have the necessary funds to secure its safe operation. According to HEP, Slovenia's description of NEK's finances in July 1998 was exaggerated.¹⁵¹ Croatia's capital, Zagreb, is located only 40 km downstream from the Krško NPP, meaning that HEP was equally concerned about its safety.¹⁵² Moreover, the SNSA (Slovenia's regulatory agency) reports dealing with the Krško NPP did not state that the financial condition of NEK had created any threat to the safe operation of the Krško NPP.¹⁵³ Slovenia responded that the reports were written in such manner in order not to cause undue public alarm, and that, contrary to HEP's submissions, most of the reports reflected concerns about NEK's financial situation.¹⁵⁴

Dispute over the Decree on Transformation

On 31 July 1998, the Slovenian Government published a Decree on Transformation of NEK into a Public Limited Company (the "1998 Decree"), that would remain applicable until the entry into force of a bilateral agreement between Slovenia and Croatia.¹⁵⁵ HEP claimed that a number of provisions of the 1998 Decree violated the Governing Agreements:

- Art. 1 stipulating that pending the Agreement, incorporators' rights in NEK, were to be exercised by the Government of Slovenia;
- Arts. 20 and 21, whereby in the event of a tie vote in NEK's Management Board consisting of eight members, four appointed by Slovenia and four by Croatia, the Slovenia-appointed Chairman would have a controlling vote;
- Art. 23 granted primary management responsibility to a manager, who was to be appointed by Slovenia;
- Art. 16 authorised NEK to stop delivering electricity to HEP in the event that its outstanding obligations exceeded the value of two-months' delivered electricity;

¹⁴⁸ Ibidem, § 91.

¹⁴⁹ Ibidem, § 93.

¹⁵⁰ Ibidem, § 101.

¹⁵¹ Ibidem, § 102.

¹⁵² Ibidem, § 104.

¹⁵³ Ibidem, § 105.

¹⁵⁴ Ibidem, § 106.

¹⁵⁵ Ibidem, § 115.

– Art. 30 stated that if an agreement on the price of electricity was not reached between NEK, ELES and HEP "within 60 days from the date of entry into force hereof, the price and terms of delivery of electricity should be determined by the incorporator", i.e. by the Slovenian Government; and

– Art. 34 required that NEK's claims against HEP with respect to "pooled depreciation resources" were to be set off against HEP's investment in the Krško NPP, thus, according to Croatia, diluting HEP's overall percentage of ownership over the plant.¹⁵⁶

Slovenia explained that NEK had to be restructured in accordance with new Slovenian company laws. The restructuring was postponed until 1998 in hope that the negotiations between two countries would bring about a new bilateral agreement that would resolve NEK's status. From Slovenia's perspective, there was no possibility of restructuring NEK by means of an agreement with HEP, since the latter was obstructing NEK's management. No meetings of the Board of Directors were being held between 7 June 1996 and May 1997.¹⁵⁷

On 31 December 1999 HEP commenced proceedings before the Slovenian Constitutional Court claiming that the 1998 Decree was unconstitutional and contrary to the Energy Charter Treaty. HEP's application was dismissed on 15 May 2003 on the basis that the 1998 Decree was a temporary measure.¹⁵⁸

Lessons for the future

The main causes for disagreement between Slovenia and the Croatian Power Company have been removed by entry into force of the 2001 Agreement. The remaining dispute about compensation for non-delivered electricity in the period between 1 July and the date of entry into force of the 2001 Agreement is pending before the ICSID, and will eventually be resolved pursuant to the interpretation of that Agreement.

Although the ECT based claims of HEP founded on Arts. 10(1) and 13 of the ECT were dismissed, the conduct of Slovenia as the host country of foreign investment in a nuclear power plant in the period before the 2001 Agreement can be analyzed in the light of these two articles, in particular, in the light of their provisions on fair and equitable treatment and prohibition of expropriation without compensation.

One of the risks that accompanies foreign investment is that the ownership rights of the foreign investor will be taken, negated, or diluted by certain acts of the host state. An ownership right encompasses several rights: right to hold possession, right to use and to enjoy the produce (fruits), right to dispose. When

¹⁵⁶ Ibidem, § 116.

¹⁵⁷ Ibidem, § 120

¹⁵⁸ Ibidem, § 122.

the owned property is equity in a company, ownership also includes rights to manage the operation of the company and distribution of its income. Governmental interference with any of these rights may prejudice the investor's interests and, if serious enough, may amount to an indirect taking of the investment. This is why Art. 10(1) provides that "no Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures their management, maintenance, use, enjoyment or disposal" and Art. 13 mandates that investments "shall not be ...subjected to a measure or measures having effect equivalent to nationalization or expropriation."

In the past arbitral practice under similar provisions of BITs, the following measures have been considered to be indirect expropriation of investments:¹⁵⁹

- measures impairing investor's right of management of his investment, such as displacement of the investor's management and appointment of managers by the government;¹⁶⁰
- failure to protect the investment from seizure by non-state actors;¹⁶¹
- forced amendment of the Memorandum of Association;¹⁶²
- the imposition of taxes or other charges that would substantially erode profits;¹⁶³
- denial of permits necessary to operate the investment;¹⁶⁴
- breach of contract or actions affecting contractual rights;¹⁶⁵
- adoption of a regulatory measure barring forever the operation of the investment; etc.¹⁶⁶

Relying on the fact that HEP was formally not registered as the owner of NEK due to the company law of former Yugoslavia that did not recognize founders of the company as owners of its equity, Slovenia took several actions that are suspect for being contrary to the cited provisions of the ECT:

- introduction of a decommission surcharge on the selling price of electricity pursuant to the law on financing of the decommissioning and disposal of radioactive waste;

¹⁵⁹ P. Đundić, *Eksproprijacija u međunarodnom privatnom pravu investicija* (Expropriation in International Law of Investments), Novi Sad Faculty of Law, 2010 (doctoral thesis).

¹⁶⁰ *Tippets V. TAMS – AFFA Consulting Engineers of Iran*, Award No. 141-7-2 (June 29 1984), 6 S. C. T. R. 219 (1984).

¹⁶¹ *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/98/4).

¹⁶² *CME Czech Republic B. V. (The Netherlands) v. The Czech Republic* (UNCITRAL), Final Award, March 14, 2003.

¹⁶³ *Revere Copper & Brass, Inc. v. OPIC, AAA*, Award, August 24, 1978, 56 ILR 258.

¹⁶⁴ *Metalclad Corporation v. The United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/97/1), Award, August 30, 2000; *Tecnicas Medioambientales Tecmed S. A. v. The United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2), Award, May 29, 2003.

¹⁶⁵ *Siemens A. G. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/8), Award, February 6, 2007.

¹⁶⁶ *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*.

- ordering the suspension of the deliveries of electricity (if the allegations of Croatia that the decision to disconnect was made by governmental authorities of Slovenia were proven);
- interfering in management of the investment by appointment of a Temporary Management Board and intervening in the appointment of Deputy General Manager;
- interfering in maintenance of the investment by decision regulating the modernization program;
- interfering in the enjoyment of investor's rights by enacting the decree on transformation of NPP into a Public Company which granted Slovenia the right to act as incorporator, including the right to determine the price and terms of delivery of the electricity and to play a decisive role in management decisions;
- compulsory setting off NEK's claims towards HEP with HEP's investment in Krško NPP.

Even if these measures, taken together, did not amount to indirect expropriation, they could have been considered as contrary to obligations of Slovenia to accord fair and equitable treatment to Croatian investor, and to refrain from impairing the management, maintenance, use, enjoyment and disposal of its investment. The main argument in favor of Slovenia's actions is that these measures were of temporary character and were necessary for the uninterrupted operation of the nuclear power plant.

Some of these actions should raise particular concern of foreign investors. One of these is imposition of a decommissioning surcharge.¹⁶⁷ Decommissioning is a process of shutting down the nuclear facility, of taking it permanently out of operation.¹⁶⁸ Article 26 of the Joint Convention on the Safety of Spent Fuel Management and on the Safety of Radioactive Waste Management, requires that each Contracting Party shall take the appropriate steps to ensure the safety of decommissioning of a nuclear facility. Such steps shall *inter alia* ensure that qualified staff and adequate financial resources are available. The ultimate responsibility for accumulating funds for decommissioning rests with the State.¹⁶⁹ The possibility that the host state will introduce or increase a decommissioning charge after the investment is made is a factor to be taken into account by every investor. For example, in the UK decommissioning costs are currently shared between the government and the regulatory authority (NDA). Seeing that the costs of decommissioning are mounting to 1bn pounds per annum, one UK Government official stated:

¹⁶⁷ On issues of funding of decommissioning see, OECD/NEA; Decommissioning Funding: Ethics, Implementation, Uncertainties, A Status Report, 2006.

¹⁶⁸ C. Stoiber, A. Baer, N. Pelzer, W. Tonhauser, *op.cit.* p. 70.

¹⁶⁹ Joint Convention on the Safety of Spent Fuel Management and on the Safety of Radioactive Waste Management, Preamble, § vi.

"The government is steadfast in its commitment to ensuring that future decommissioning costs do not hit the public purse. Developers investing in new build nuclear projects will be obliged to set aside money for decommissioning and clean-up operations."¹⁷⁰

If the host government fails to oblige the investor to count in the decommissioning costs of investment from the very beginning, but decides to "change the course" at a later stage, by introducing the decommissioning charge after the investment has already been made, there may be disputes as to existence of indirect (regulatory) expropriation or unfair and inequitable treatment. The same may arise if the decommissioning charge is subsequently increased, because decommissioning costs were not properly estimated at the planning stage. It should be added, nevertheless, that according to current arbitral practice, the investor does not stand a good chance to succeed with such a claim unless he proves that the regulatory measure is discriminatory or that it totally deprived him of any benefit arising from the investment. The doctrine of police powers assures that the State cannot be responsible for damages incurred by the investor due to regulatory measures of general application. As expressed by the Tribunal in *Marvin Feldman v. Mexico*:

"[G]overnments must be free to act in the broader public interest through protection of the environment, new or modified tax regimes, the granting or withdrawal of government subsidies, reductions or increases in tariff levels, imposition of zoning restrictions and the like. Reasonable governmental regulation of this type cannot be achieved if any business that is adversely affected may seek compensation, and it is safe to say that customary international law recognizes this."

Unless the host government promised to the foreign investor at the time of making the investment that it will remain free of decommissioning costs, it may act in public interest and introduce the new charge at a later stage, as confirmed by the Award in *Metanex* :

"[A]s a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation."¹⁷¹

¹⁷⁰ Jack Craze, *If we build will they come?* *op.cit.*

¹⁷¹ *Metanex Corporation v. United States of America* (UNCITRAL), Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, August 3, 2005, Part IV Chapter D, para. 7. Accessible at: http://naftaclaims.com/Disputes/USA/Methanex/Methanex_Final_Award.pdf

The disagreements between Slovenia and HEP over the price of electricity to be charged by the NPP Krško bring to attention another possible stumbling block, if the roles of the investor and the State were to be reversed. The nuclear power plant constructed and operated by a foreign investor will potentially be selling electricity to customers who are citizens of the host State or to the host State itself. If the prices charged are too high, this may arouse public discontent and put pressure upon the host State to try to influence the decisions of the operator concerning the price. If the State oversteps the limits of legitimate regulation, the investor may claim expropriation or unfair and inequitable treatment. Such issues have been raised in two disputes involving foreign investments in the water supply facilities of Argentina.¹⁷² Also, the State may initially promise to the investor a certain subsidy, possibly in terms of floor prices, to attract him to invest, but later revoke this promise, as it happened in the ECT case *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. the Republic of Latvia*.¹⁷³

The discontent of the Slovenian public with the fact that the rights of the Croatian investor have been recognized by the 2001 Agreement, that was one of the causes for delay in ratification of this Agreement, brings to mind other cases when the general public or local communities were dissatisfied with certain investments and caused the host governments to react to the detriment of the foreign investor. Such situations are likely to arise in connection with foreign investments in or associated with nuclear power plants and nuclear waste deposits. Under strong public pressure, the State may abuse its licensing power in order to drive the foreign investor out of the business it has originally approved. Such was the case in *Tecmed v. Mexico*¹⁷⁴ in which the Arbitral Tribunal characterized the measures undertaken by Mexico as expropriation. In 1996 Tecmed bought real property, buildings and facilities and other assets relating to “Cytrar”, a controlled landfill of hazardous industrial waste in the Mexican state of Sonora. Mexican regulatory agency initially issued the license to Tecmed’s subsidiary to operate the landfill, but in 1998 rejected the application for renewal of the license, and adopted a resolution on the same date, whereby it requested Tecmed’s subsidiary to submit a program for the closure of the landfill. The grounds for rejecting the application were certain infringements of ecological regulations committed by the investor. The Arbitral Tribunal noted that the resolution did not suggest that the infringements were so grave to com-

¹⁷² *Azurix Corp. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/12), Award, July 14, 2006, and *Compania de Aguas del Aconquija S. A. and Vivendi Universal S. A. v. The Argentine Republic (Vivendi II)* (ICSID Case No. ARB/97/3), Award, August 20, 2007.

¹⁷³ K. Hobér, *Investment Arbitration in Eastern Europe: In Search of a Definition of Expropriation* (Juris Net, LLC, Huntington 2007), Appendix 11

¹⁷⁴ *Tecnicas Medioambientales Tecmed S. A. v. The United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2), Award, May 29, 2003.

promise public health, impair ecological balance or protection of the environment, or that they could be the reason for a genuine social crisis. Additionally, in all three cases the competent state authorities applied fines in the proportion they deemed appropriate to the importance of the infringements.¹⁷⁵ The Tribunal recognized the existence of community or political pressure against the landfill, but concluded that community pressure and its consequences, which gave rise to the government action, were not so great as to justify depriving the foreign investor of its investment with no compensation whatsoever.¹⁷⁶

AMTO v. Ukraine

The award in *AMTO v. Ukraine* resulted from arbitration pursuant to Article 26 of the Energy Charter Treaty and the Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce. The Claimant AMTO was a limited liability company incorporated pursuant to the laws of Latvia.¹⁷⁷ The Request for Arbitration was filed on 31 October 2005.¹⁷⁸

AMTO's main business activity was to act as an investment company. In late 1999 the Claimant sought an investment in the nuclear energy industry in Ukraine, and decided to buy shares in EYUM-10. This company was a legal successor of a state entity that had participated in the construction of the ZAES, the largest nuclear power plant in Ukraine. ZAES was organized as a separate division of the National Nuclear Power Generating Company "Energoatom", owned by Ukraine. At the time of the AMTO's purchase of EYUM-10's shares, EYUM-10 had established relationships with ZAES/Energoatom, and ZAES/Energoatom was EYUM-10's largest debtor.¹⁷⁹

In 2002 and 2003 EYUM-10 commenced court proceedings and obtained eleven judgements against ZAES for various amounts of debt.¹⁸⁰ EYUM-10 sought execution on the basis of these judgments, but execution was stayed because of bankruptcy proceedings against Energoatom. What followed were six separate bankruptcy proceedings commenced between March 2002 and December 2003 against the judgment debtor, three of which were initiated by EYUM-10. For a period of more than five years, EYUM-10 (and consequently, AMTO) were prevented from enforcing their rights under the judgments.

On May 15, 2006 EYUM-10 and Energoatom signed an Agreement relating to Energoatom's outstanding debts to EYUM-10, including the eleven

¹⁷⁵ *Ibidem* § 124.

¹⁷⁶ *Ibidem*, § 133.

¹⁷⁷ *AMTO v. Ukraine*, § 1.

¹⁷⁸ *Ibidem*, § 3.

¹⁷⁹ *Ibidem*, para 20.

¹⁸⁰ *Ibidem*, § 21.

judgment debts referred to above. AMTO stated that this Agreement did not enter into force because Energoatom did not provide a required bank guarantee. Nevertheless, Energoatom made certain payments in reduction of its outstanding debt to EYUM-10.¹⁸¹

AMTO commenced arbitration pursuant to Article 26 ECT alleging that the Ukraine has breached various provisions of the Treaty. The Claimant referred in particular to Arts. 10(1), 10(12), and 22(1), and sought compensation and other relief.¹⁸²

Non-provision of funding for the State-owned debtor

AMTO stated that Energoatom was from 12 March 2002 almost constantly being under a moratorium of payment, thus preventing EYUM-10 from enforcing its rightful claims against Energoatom. Ukraine failed to provide Energoatom with adequate funding to pay its debts. AMTO claimed that a conscious decision was taken not to provide funding to pay the debts owed to the foreign-owned EYUM-10.

The question whether Ukraine had a duty to provide funding had to be resolved under final sentence of Art. 10(1). According to Ukraine, the final sentence of Art. 10(1) (the "umbrella clause") did not apply, since the State was not involved in negotiating, executing and implementing Energoatom's obligations towards EYUM-10. It added that suppositions about the lack of funding of Energoatom were insufficient to justify the application of the umbrella clause.¹⁸³ The Tribunal accepted this view finding that the non-payment by a State entity of contractual debts owed to a service provider involved no exercise of *puissance publique*, and could not be attributed to Ukraine.¹⁸⁴

Refusal to deal

As a result of EYUM -10's attempts to recover its receivables by recourse to the courts of Ukraine ZAES/Energoatom -- being the monopoly buyer in the town of Energodar -- stopped ordering services from EYUM-10. AMTO claimed that there was a dramatic reduction of orders from Energoatom from 2000 onwards, and characterized this as "punishment policy" and as discriminatory conduct.¹⁸⁵

Since there was no direct evidence of a deliberate policy to this effect the Tribunal held that the mere fall in procurement did not as of itself establish a case of discriminatory conduct.

¹⁸¹ Ibidem, § 23.

¹⁸² Ibidem, § 24.

¹⁸³ Ibidem, § 28.

¹⁸⁴ Ibidem, § 107.

¹⁸⁵ Ibidem, § 104.

Governmental measures – interference in the bankruptcy proceedings

The Claimant submitted that the Government of Ukraine interfered in the on-going bankruptcy cases against Energoatom. As a result of interference, AMTO's investment in Ukraine, EYUM-10, was prevented from enforcing legitimate claims against Energoatom. AMTO identified three instances of such interference:

Firstly, the Cabinet of Minister of Ukraine issued an *ad hoc* Resolution No. 1160 of July 25, 2003. The Resolution substituted the list of "highly hazardous enterprises " composed of three generic types of power plants (nuclear power plants, water power plants and cogeneration plants) with a list featuring the actual names of the enterprises affected, including Energoatom.¹⁸⁶ Resolution No. 1160 happened to be enacted on the same day as Energoatom filed its additional appeal against the commencement of EYUM-10's bankruptcy claim against it. AMTO considered that this Resolution was intended as a clear signal to the Commercial Court of Appeal and that it ultimately resulted in Energoatom's appeal being accepted by the court five days after the Resolution was issued.

Secondly, on 26 July 2005, shortly after the Commercial Court of Kiev finally ruled that a preliminary hearing would take place in the sixth bankruptcy case initiated by EYUM-10 against Energoatom, the Respondent introduced Law 2711-VI "On Measures to Maintain Stable Functioning of Fuel-and-Energy Enterprises" which provided Energoatom with enhanced protection against bankruptcy.

Thirdly, on 28 November 2005 by Order of the Ministry of Fuel and Energy of Ukraine Energoatom was put on the list of companies in the energy sector to which the special procedure for payment of debts according to the Law 2711-VI applied.¹⁸⁷

Relying on the timing and content of these measures, AMTO characterized them as breaches of Articles 10(1) and 10(12) of the ECT, and in particular, as discriminatory treatment, unfair and inequitable treatment and a denial of justice.¹⁸⁸

The Preamble of Law No. 2711-VI read:

"The objective of this Law is to support the improvement of the financial standing of the fuel-and-energy sector enterprises, prevent their bankruptcy, and enhance their investment attractiveness by regulating the procedural issues and implementing mechanisms of the debt repayment,"¹⁸⁹

Ukraine submitted that Law 2711-IV was addressed not solely to Energoatom, but to many other enterprises as well. Pursuant to this Law, the Ministry of

¹⁸⁶ Ibidem, § 92.

¹⁸⁷ Ibidem, § 29.

¹⁸⁸ Ibidem, § 90.

¹⁸⁹ Ibidem, § 22.

Fuel and Energy of Ukraine issued the Order No. 568 "On Approval of the List of Enterprises", which had decided to participate in the procedure of repayment of indebtedness. Initially, this List included 440 enterprises. Accordingly, enhanced protection against bankruptcy was obtained not only by Energoatom, but by many other enterprises.¹⁹⁰

The Tribunal concluded that AMTO did not establish any instance of State interference in the bankruptcy proceedings by these legislative enactments.¹⁹¹

Tax inspection

Ukraine was accused by AMTO that it tried through its tax authority and the local court to destroy EYUM-10 by imposing an injunction on EYUM-10's assets thus preventing it from using its funds and unreasonably refusing to allow EYUM-10 to make necessary payments to its staff and service providers. In addition, the Claimant has stated that the implementation of an aggressive tax inspection against EYUM-10 including the arrest of EYUM-10's assets was unreasonable and disproportionate as well as arbitrary and in breach of AMTO's legitimate expectations. Such "aggressive" conduct on behalf of Ukrainian tax authorities constituted, according to AMTO, a breach of Article 10(1), by failing to provide fair and equitable treatment and treatment that was not unreasonable or discriminatory.¹⁹² Bankruptcy proceedings were commenced against EYUM-10 in November 2002 by the Regional Tax Authority, alleging non-payment of state taxes since 1998. On 8 May 2003, the court annulled the Tax Authority's decision.¹⁹³

The Tribunal held that the Claimant did not demonstrate any discriminatory or unfair treatment, or any other breach of Article 10(1) arising from the actions of the Tax Authority. Noting that the Tax Authority was not the only creditor that participated in the bankruptcy proceeding against EYUM-10, the Tribunal accepted the Respondent's proposition that the Tax Authority acted in accordance with Ukrainian law, and its decisions were properly reviewed by the Ukrainian courts.¹⁹⁴

Lessons for the future

There are various issues that appeared in this case, some of which have been already mentioned. The case can also be examined from the point of view of responsibilities of a State in a situation when the operator of a nuclear power

¹⁹⁰ Ibidem, § 91.

¹⁹¹ Ibidem, § 95.

¹⁹² Ibidem, § 96.

¹⁹³ Ibidem, § 97.

¹⁹⁴ Ibidem, § 99.

plant comes to the brink of bankruptcy. When the operator of the nuclear power plant is a State-owned company, the State bears responsibility for its safety, security, and proper functioning. Financial stability is clearly one of important aspect of the overall functioning of a nuclear power plant. What kind of governmental conduct and measures are permissible in such a situation? How far can the government go in its effort to protect the sensitive debtor of this kind from financial ruin.

The Tribunal in the AMTO case recognized the "special character" of Energoatom as an enterprise responsible for the nuclear security of the country. The Tribunal quoted Ukraine's submission:

"A bankruptcy of such an enterprise would inevitably raise a number of complex issues, which need careful and time-consuming decision-making..., the Claimant would not plausibly have legitimate expectations that Energoatom would be bankrupt within a short period of time..."¹⁹⁵

Recognizing this and failing to find evidence of discriminatory conduct towards the foreign investment, the Tribunal did not hold Ukraine responsible for breach of its ECT obligations concerning expropriation and fair and equitable treatment. The denial of justice and umbrella clause claims were dismissed as well. Measures that Ukraine has undertaken to restore financial stability of its nuclear power plant were considered justified and legitimate. Foreign investors in companies wishing to do business with State-owned nuclear plants should bear in mind that the operators of those plants are likely to enjoy extra protection of the State in their commercial and financial dealings, and should structure their business transactions with such operators accordingly, especially by obtaining adequate security for their debts.

Conclusion

Foreign investments in nuclear energy sector are a relative novelty, and so are the disputes arising from such investments. The Energy Charter Treaty provides a set of comprehensive legal rules and standards for protection of investments against expropriation and other non-commercial risks, and an efficient mechanism for resolution of investment disputes. The only two arbitrations that have so far arisen from investments in the nuclear energy sector under the ECT, *HEP v. Slovenia* and *AMTO v. Ukraine*, provide an insight on the possible causes of misunderstandings and the ways to avoid them. They show that the involvement of State in this sector is necessary, but it must be exercised in accordance with the rules of international law.

¹⁹⁵ Ibidem, § 86.

*Dr Maja Stanivuković, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

Sporovi između države i ulagača u vezi sa stranim ulaganjima u sektoru nuklearne energije: pregled dva slučaja nastala pod okriljem povelje o energiji

Sažetak

Ideja o mogućnosti stranih ulaganja u sektoru nuklearne energije je relativno nova. Stranim ulagačima je dugo vremena bila uskraćena prilika da investiraju u sektor koji je iz razloga bezbednosne i ekonomske prirode smatran suviše osjetljivim. Zajedno sa promenom stava prema stranim privatnim ulaganjima u ovoj oblasti, javila se i mogućnost nastanka sporova između stranih ulagača i države prijema. Povelja o energiji trenutno predstavlja jedini sveobuhvatni pravni instrument multilateralnog karaktera koji predviđa zaštitu stranih ulaganja u energetsom sektoru od nekomercijalnih rizika i uspostavlja mehanizam za rešavanje investicionih sporova. Ovaj članak analizira slučajeve HEP protiv Slovenije i AMTO protiv Ukrajine, jedine dve arbitraže koje su na osnovu Povelje o energiji do sada proistekle iz sporova povodom stranih ulaganja u nuklearnom sektoru. Analiza pokazuje da je učešće države u ovom sektoru nužno, ali da se ono mora ostvarivati uz poštovanje prava investitora zaštićenih međunarodnim pravom.

Ključne reči: strana ulaganja, nuklearna energija, Povelja o energiji, HEP protiv Slovenije, AMTO protiv Ukrajine

*Dr Dušan Nikolić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

PRAVO ŽIVOTNE SREDINE KAO NAUČNA I NASTAVNA I DISCIPLINA*

Sažetak: U radu su izložena osnovna obeležja prava životne sredine kao naučne i nastavne discipline. U prvom delu, autor je ukazao na dileme koje postoje u domaćoj i stranoj literaturi u pogledu njegovog naziva, pojma i pravne prirode. Reč je o novoj, integrativnoj grani prava koja objedinjuje pravne institute više tradicionalnih grana, ali istovremeno sa- drži i specifična rešenja. U tom kontekstu, izložena su osnovna (diferenci- jalna) načela na kojima se zasniva savremeno pravo životne sredine, na osnovu kojih se ono razlikuje od drugih segmenata pravnog sistema. U drugom delu, autor je ukazao na probleme koji postoje u domenu prav- nog obrazovanja, kako u zemljama evropskog kontinentalnog, tako i an- gloameričkog pravnog područja.

Ključne reči: životna sredina; pravo životne sredine; nove grane prava; pravna nauka; pravno obrazovanje.

1. Pravo životne sredine kao nova grana prava

U kontinentalnoj Evropi je problematika održivog razvoja i pravne zaštite životne sredine dugo izučavana fragmentarno, u okviru tradicio- nálnih naučnih i nastavnih disciplina, kao što su ustavno, upravno, krivič-

* Rad je nastao kao rezultat istraživanja na Projektu br. 179079 *Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo* koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije. Delom je zasnovan na istraživanjima koja su vršena u okviru razvojnog projekta *Unapređenje prav- nog obrazovanja u oblasti prava životne sredine Srbiji (Advancement of Environmental Law Education in Serbia)*, koji je realizovan na Pravnom fakultetu Univerziteta u Novom Sadu, u saradnji sa Columbia University's Public Interest Law Institute – New York.

no, građansko i međunarodno javno pravo¹. Pravna regulativa je takođe bila nerazvijena i nesistematizovana. Veći napredak na tom polju je učinjen tek sedamdesetih godina XX veka, kada se počelo govoriti o *integralnoj pravnoj zaštiti*. Time je otvoren put za razvoj nove grane prava. Ona je u početku bila zasnovana na tzv. *antropocentričnom* konceptu čiju je okosnicu činio stav da svaki pojedinac ima pravo da živi u zdravoj životnoj sredini (*pravo na zdravu životnu sredinu*). Ta koncepcija je ubrzo naišla na kritiku jer se pokazalo da zaštita okruženja zavisi od čoveka, odnosno od toga da li će neko od građana zahtevati preduzimanje određenih mera i izricanje odgovarajućih sankcija. U novije vreme se razvija novi, *ekocentrični koncept*, po kom određena dobra u čovekovom okruženju treba da uživaju poseban režim i da budu zaštićena nezavisno od čovekovog prava na zdravu životnu sredinu.

Na tim osnovama je nastalo savremeno *pravo životne sredine*. Ono spada u red novijih i još uvek nedovoljno razvijenih grana prava. Činjenica je, naime, da i dalje postoje određene dileme koje se tiču njegove prirode, pojmovnog određenja, pa čak i samog naziva².

1.1. Pojam

U normativnom smislu, *pravo životne sredine* je skup načela i pravnih pravila kojima je regulisan čovekov odnos prema prirodi, kao i prema okruženju koje je stvoreno ljudskim radom. Reč je o posebnom segmentu pravnog sistema sa jasno određenim predmetom pravnog regulisanja. Pravo životne sredine u osnovi reguliše dve grupe pitanja. Prva se odnosi na prava i obaveze koje čovek ima ili može imati u odnosu na zaštićena dobra u svom okruženju. Druga se odnosi na pravnu zaštitu. Ona postaje aktuelna kada neko postupi suprotno obavezi i time ugrozi ili povredi zaštićena dobra. Tako koncipirana grana prava postoji i u drugim pravnim sistemima. U zemljama angloameričkog pravnog područja: *environmental law*; u Francuskoj i Švajcarskoj – *droit de l' environnement*³; u Nemačkoj

¹ Opširnije: Zoran Stojanović, Rodoljub Etinski, Jožef Salma i Dušanka Đurdev, *Pravna zaštita životne sredine*, Beograd, 1991.

² O tome svedoči činjenica da su autori priloga u zborniku *Pravo i životna sredina* (ed. Dragoljub Kavran – Gordana Petković), objavljenom u Beogradu 1997. godine, koristili različite nazive za ovu granu prava. V: Dragoljub Kavran – Gordana M. Petković, *Mesto i uloga prava životne sredine u pravnom sistemu Savezne Republike Jugoslavije*, str. 17 – 41; Slavoljub Popović, *Osnovne karakteristike ekološkog prava*, str. 59 – 80; Vladan Joldžić, *O elementima neophodnim za uspostavljanje ekološkog prava kao samostalne discipline pravne nauke*, str. 81 – 125; Momčilo Vukičević, *Uslovi za harmonizaciju prava životne sredine EU sa pravom životne sredine SRJ*, str. 223 – 240; Nataša Tomić, *Veza i odnosi između upravnog i ekološkog prava*, str. 276 – 288.

³ V. npr: Stefan Schwager, *Droit de l' environnement Suisse – CE, Bale – Francfort-sur-le-Main*, 1989.

– *umweltrecht*; u Italiji – *diritto ambientale*; u Hrvatskoj – *pravo okoliša*; u Sloveniji – *pravo okolja* i dr.

U uporednom pravu se govori i o *pravu zaštite životne sredine* (*environmental protection law*⁴; *pravo varstva okolja* i sl). Reč je o pojmu koji ima uže značenje. Njime su obuhvaćena (ili bi trebalo da budu obuhvaćena) samo pravila koja se odnose na pravnu zaštitu navedenih dobara u slučaju ugrožavanja ili povrede.

U nekadašnjoj Jugoslaviji se ustalio naziv *Ekološko pravo*. On se i danas široko primenjuje u pravnoj literaturi bivših republika članica jugoslovenske federacije. Većina pravnika pod njim podrazumeva granu prava koja sadržinski odgovara gore opisanom *pravu životne sredine*. Međutim, biolozi i drugi naučnici koji se bave prirodnim naukama, smatraju da su naziv i sadržina samo delimično podudarni.⁵ Naime, ekologija obuhvata znatno užu materiju. Predmet izučavanja i zaštite su samo biološke vrste i njihova staništa, a ne i vrednosti stvorene ljudskim radom. Slični nazivi i slične dileme postoje i u drugim zemljama. Npr. u Sjedinjenim Američkim Državama je u upotrebi naziv *ecology law*, a u Rusiji – *ekološkičko pravo*.

Poznato je da je u pravnoj struci sve stvar konvencije i da postoji posebna, pravna terminologija. Zato je važno precizno odrediti o čemu se radi.

1.2. Pravna priroda

U skladu sa opštim pravilima definisanja, pojmovno određenje treba da ukaže na bitna obeležja izučavane pojave i, istovremeno, na ono po čemu se ona razlikuje od sličnih kategorija. Sa stanovišta pravne nauke, to znači da treba odrediti pravnu prirodu konkretne pojave. Drugim rečima, treba odrediti njeno mesto i ulogu u sistemu prava.

Teoretičari već decenijama bez većeg uspeha pokušavaju da na adekvatan način odrede pravnu prirodu prava životne sredine. Problem je u tome što se u njemu nalaze elementi više tradicionalnih grana iz različitih pravnih oblasti. Pravo životne sredine sadrži pravila iz domena ustavnog, upravnog, građanskog, privrednog, krivičnog, međunarodnog javnog, međunarodnog privatnog prava, građanskog procesnog, krivičnog procesnog prava i sl. Ono se, zbog toga, ne može u celini uklopiti ni u jednu od tradicionalnih (dihotomnih) pravnih oblasti. Pravo životne sredine je istovremeno i javno i privatno,⁶ materijalno i procesno. Sve to ukazuje na či-

⁴ V. npr: H. Bocken u predgovoru za Zbornik referata sa međunarodne konferencije *The Codification of Environmental Law*, održane u Gentu 1995. godine. Izdanje: Kluwer Law International, The Hague – London – Boston, 1996.

⁵ Upor. sa: Ante Vujić, *Zaštita životne sredine*, Novi Sad, 2005, str. 21. i dr.

⁶ V: Barbara Pozzo, *Danno ambientale ed imputazione della responsabilita*, Milano, 1996. Posebno treći odeljak *Uvoda*, pod nazivom: *Diritto pubblico v. diritto privato*, str. 9-15.

njenicu da *novu granu prava* ne treba posmatrati u okviru starog koncepta i kroz prizmu *tradicionalne sistematike*.

Pojedini autori su pokušavali da opravdaju nastanak ove grane prava tako što su tražili ono što je čini različitom u odnosu na svaku tradicionalnu granu ponaosob. Međutim, rešenje se nalazi u širem idejnom kontekstu. Pravo životne sredine je nova *sintetička grana prava* koja ima jedan novi kvalitet i prepoznatljivost u okviru pravnog sistema, upravo zbog toga što objedinjuje sva načela i pravna pravila koja se odnose na istu problematiku. Ono je zasnovano na tzv. *predmetnoj sistematici* koja dobija sve veći značaj u savremenom svetu usled regionalnih i globalnih integracionih procesa i fuzije angloameričkog i evropskog kontinentalnog prava.⁷ Pravo životne sredine je *integrativna grana prava* jer povezuje različite grane i različite pravne oblasti. Uz sve to, ono je samosvojno (*sui generis*) jer počiva na naročitoj kombinaciji raznorodnih pravnih načela.

1.3. Načela prava životne sredine

Osnovu prava životne sredine čine tri vrste načela. Prva su opšta. Kao što je rečeno, ona se odnose na sve grane istog pravnog sistema. Druga su karakteristična za pojedine tradicionalne grane prava sa kojima je pravo životne sredine funkcionalno povezano. Npr. postoje diferencijalna načela građanskog prava⁸, diferencijalna načela krivičnog prava i sl. Treću grupu čine načela prava životne sredine, u užem smislu. To su zapravo diferencijalna načela koja odražavaju njegovu posebnost u odnosu na tradicionalne grane. Na osnovu njih se mogu formulisati posebna pravila koja predstavljaju odstupanje od opšteg pravnog režima.⁹

1.3.1. Načelo održivog razvoja

Jedan od osnovnih razvojnih ciljeva na nacionalnom, regionalnom i globalnom planu je da se uspostavi ravnoteža između tehničko-tehnološkog i ekonomskog napretka, s jedne strane, i potrebe da se u što većoj

⁷ Pravne norme su grupisane *prema predmetu (materiji) pravnog regulisanja*. Takva sistematizacija je bila zastupljena u prvim zakonima u kojima se nalazilo celokupno pravo koje je stvorila država. Ona je omogućavala zainteresovanim licima da lako nađu sve odredbe koje se odnose na određeno pitanje. Takav vid grupisanja pravnih pravila je karakterističan za angloameričko pravno područje, a sve češće se sreće i u savremenom evropskom pravu.

⁸ V: Dušan Nikolić, *Uvod u građansko pravo*, (deseto izmenjeno i dopunjeno izdanje), Novi Sad, 2010.

⁹ Opširnije o načelima: Jožef Salma, *Načela i sistem ekološkog prava*, Pravni život, 9/1995, str. 267. i dr.

meri očuvaju prirodne i stvorene vrednosti, s druge strane. Služeći se jezikom kibernetike (nauke o upravljanju složenim sistemima), mogli bismo reći da se teži tzv. *dinamičkoj ravnoteži*, koja podrazumeva stalne promene uz očuvanje stabilnosti. Pravne norme treba da budu tako postavljene da omoguće razvoj društva u dugom periodu. Taj cilj je moguće ostvariti samo ako se raspoloživi resursi racionalno koriste.

1.3.2. Načelo pravičnosti i međugeneracijske solidarnosti

U novije vreme prevlađuje svest o tome da bi bilo nepravilno da sadašnja generacija prekomernim korišćenjem resursa i zagađenjem životne sredine ugrozi opstanak živog sveta, a time i svojih potomaka. Zato se insistira na tzv. međugeneracijskoj solidarnosti. To je pitanje ekonomske i pravne politike. Pravo životne sredine bi trebalo da bude jedan od instrumenata koji će stvoriti preduslove za dugoročni opstanak svih bioloških vrsta na Planeti.

1.3.3. Načelo saradnje i koordinisanog delovanja

Potreba za održivim razvojem i zaštitom životne sredine iziskuje saradnju velikog broja subjekata. Na nivou države, potrebno je integrisati rad svih državnih organa i organa lokalne samouprave i obezbediti efikasno sprovođenje pravnih normi i odluka iz domena prava životne sredine. Problemi u ovoj oblasti često prelaze državne granice. Zato treba razvijati međudržavnu, regionalnu i širu međunarodnu saradnju. Da bi se obezbedilo efikasno koordinisano delovanje, propisi moraju biti usaglašeni sa nacionalnim i nadnacionalnim pravnim standardima.

U Evropskoj uniji ovo načelo dobija novu dimenziju. Organizaciona struktura i način funkcionisanja te panevropske integracije se uklapaju u model tzv. *novog institucionalizma (new institutionalism)*¹⁰, koji je na teorijskom planu razvijan tokom XX veka. Osnovna ideja je da sve institucije jednog sistema moraju biti funkcionalno povezane i da treba da sarađuju radi postizanja jedinstvenih ciljeva i interesa društvene zajednice. Teorija saradnje je fleksibilnija od klasičnog koncepta podele vlasti i omogućuje lakše postizanje kompromisa koji vode ka regionalnoj, i istovremeno, ka globalnoj integraciji. Osim toga, ona otvara prostor za drugačiju ulogu sudova u kreiranju pravnog sistema.

U razvoju i primeni prava, značajnu ulogu može imati i tzv. *nevladin sektor* koji deluje kako u okvirima pojedinih država, tako i na međunarodnom planu.

¹⁰ V.: Damian Chalmers, *European Union Law – Law and EU Government*, Dartmouth, 1998., str. 158.

1.3.4. Načelo javnosti

Odgovarajući nivo saradnje i efikasnog delovanja na polju održivog razvoja i zaštite životne sredine nije moguć bez dostupnosti informacija od javnog značaja. Građani svake države imaju pravo da budu upoznati sa stanjem životne sredine, sa uočenim tendencijama i merama koje bi trebalo preduzeti. Zakonodavni rad treba da bude javan. Građane i njihova udruženja treba uključiti u javne rasprave koje se vode povodom zakonskih projekata (prednacerta zakona, podzakonskih akata i sl), kao i u javne debate povodom predloga za izmenu i dopunu pravne regulative u oblasti prava životne sredine. Rad drugih državnih organa i organa lokalne samouprave, takođe treba da bude javan.¹¹

1.3.5. Načelo zabrane nanošenja štete životnoj sredini

Jedno od opštih (sistemskih) načela je da svako treba da se uzdrži od postupka kojim drugom može naneti štetu. Tako formulisano pravilo je zasnovano na *antropocentričnom* konceptu, o kom je već bilo reči. Prema tom stanovištu, *šteta se nanosi čoveku* i on odlučuje o tome da li će tražiti preduzimanje određenih mera ili izricanje sankcija. Savremeno pravo životne sredine je zasnovano na *ekoncentričnom* pristupu. Zabranjeni su postupci kojima se nanosi *šteta samom okruženju* ugrožavanjem ili povređivanjem zaštićenih dobra.

Prema tradicionalnom konceptu, zasnovanom na rimskom pravnom nasleđu, odgovaralo se za nedozvoljene *imisije* a ne za *emisije*. Vlasnik nije odgovarao za širenje (*emitovanje*) štetnih uticaja sa svoje nepokretnosti *u okolinu*. On je bio odgovoran samo ako su ti uticaji doprli do susedne nepokretnosti. Takvo normativno rešenje je bilo potpuno u skladu sa individualistički koncipiranim (rimskim) pravom. Rimski koncept je vekovima ostao neizmenjen. Odgovornost za imisije i dalje postoji u gotovo svim pravnim sistemima. Međutim, poslednjih decenija je došlo do izvesnih promena koje ukazuju na postepeno uobličavanje novog modela odgovornosti koji više odgovara aktuelnim prilikama i tzv. *ekocentričnom konceptu*.

U savremenom pravu životne sredine se otišlo korak dalje. Smatra se da državni organi u slučaju ugrožavanja ili zagađenja životne sredine treba da deluju nezavisno od toga da li su pojedinac ili udruženje građana podneli zahtev za pružanje zaštite. To je još jedna *differentia specifica* ove nove grane prava.

¹¹ Opširnije: Vida Čok, *Informisanje o životnoj sredini kao pravo i obaveza*, u zborniku: *Pravo i životna sredina*, Beograd, 1997, str. 126 – 140.

1.3.6. Načelo prevencije i predostrožnosti

U savremenim pravnim sistemima se sve više razvijaju različiti oblici preventivnog delovanja. Cilj je da se spreči nastupanje svake značajnije (pravno relevantne) štete. To je posebno primetno u oblasti prava životne sredine. Prevencija je u tom sektoru veoma široko postavljena. U mnogim zemljama postoje norme kojima je propisano da svaka aktivnost koja se tiče životne sredine mora biti planirana i realizovana tako da se izazivaju što manje promene odnosno, da rizik po zaštićena dobra bude što manji. Ustanovljena je obaveza da navedenim aktivnostima treba da prethodi *procena uticaja na životnu sredinu*. Osim toga, predviđen je čitav niz preventivnih mera i sankcija koje nadležni organi preduzimaju na zahtev lica čija su dobra ugrožena ili (delimično) povređena, na inicijativu drugih građana, pa čak i nezavisno od bilo kakvog zahteva (po službenoj dužnosti). Ta specifičnost se može objasniti činjenicom da je reč o pitanjima od javnog interesa i posebnog društvenog značaja.

1.3.7. Načelo restitucije

Ako do štete ipak dođe, odgovorno lice će biti dužno da otkloni štetne posledice. Reč o je o tzv. *naturalnoj restituciji (restitutio in integrum)*. U skladu sa opštim pravilima, ova sankcija se iziriče na zahtev oštećenog lica. Međutim, kao što je rečeno, postoje slučajevi u kojima se povređeno dobro dovodi u odgovarajuće stanje i nezavisno od privatnog zahteva pojedinaca ili organizovane grupe građana. Cilj je da se povređena dobra dovedu u stanje u kom bi bila da šteta nije nastupila. Ovakva koncepcija kojom se odlikuje savremeno pravo s razlogom se može nazvati *progresivnom restitucijom*.¹²

1.3.8. Načelo zagađivač plaća

U skladu sa opštim pravilima odštetnog prava zaštićena dobra se dovode u odgovarajuće stanje o trošku odgovornog lica. Međutim, određene preventivne i restitutivne mere se finansiraju sredstvima iz opštih fondova koji se formiraju od naknada koje zagađivači plaćaju zbog opterećenja ili zagađenja životne sredine.

1.3.9. Načelo korisnik plaća

Fizička i pravna lica koja koriste prirodne vrednosti, dužna su da plate realnu naknadu i da snose troškove rekultivacije prostora. Navedena sredstva su deo namenskih fondova iz kojih država finansira različite mere koje doprinose održivom razvoju i zaštiti životne sredine.

¹² Opširnije: Dušan Nikolić, *Uvod u sistem građanskog prava*, Novi Sad, 2010.

1.3.10. Načelo supsidijerne odgovornosti države

Državni organi, u okviru raspoloživih sredstava, otklanjaju štetne posledice u slučajevima kada je zagađivač nepoznat kao i kada je šteta nastala usled zagađenja životne sredine van državne teritorije (prekogranično zagađenje). Takvo rešenje je logično, kada se imaju u vidu prethodna dva načela (zagađivač plaća i korisnik plaća) i činjenica da država raspolaže posebnim sredstvima za te namene.

1.3.11. Načelo efikasnog pristupa pravosuđu

Opšte je pravilo da svi građani imaju jednako pravo na pravnu zaštitu. To načelo je posebno razvijeno u oblasti prava životne sredine. Kao što je već rečeno, u slučaju opasnosti od nastupanja štetnih posledica po zaštićena dobra, zaštitu pred sudom može zahtevati svako zainteresovano lice. Sudija ne može da odbije da sudi. Osim toga, takvi postupci su u većini zemalja hitni i kratkotrajni.

1.4. Struktura i sistematika prava životne sredine

Pravo životne sredine je još uvek u razvoju, i to ne samo u pogledu normativnih rešenja, već i u pogledu strukture i pravne sistematike. Tokom proteklih decenija je ipak, sponatno, uobličen jedan relativno jasan koncept. Moglo bi se reći da pravo životne sredine ima dva prepoznatljiva segmenta. Prvi je tzv. *opšti deo*.¹³ On obuhvata načela i opšte odredbe o održivom razvoju i zaštiti životne sredine. Drugi je *posebni deo* (ili više posebnih delova). Reč je o kompleksu pravnih pravila o upotrebi i pravnoj zaštiti pojedinih dobara (voda, zemlja, vazduh i sl.).¹⁴

1.5. Odnos prava životne sredine i drugih grana prava

Kao što je rečeno, pravo životne sredine je nova, sintetička grana koja sadrži elemente više tradicionalnih grana javnog i privatnog prava. Već na osnovu toga se može zaključiti da među njima postoje čvrste veze. Reč je o odnosu opšteg i posebnog. Pravo životne sredine objedinjuje (integriše) opšta pravila koja su zasnovana na načelima različitih tradicionalnih grana. Međutim, to preuzimanje nije mehaničko i bezrezervno. Pravo životne sredine sadrži i neka normativna rešenja kojima se odstupa od opštih pravila. Njegovim normama se ponekad ustanovljava poseban pravni režim. U takvim slučajevima postoji konkurencija opšteg i poseb-

¹³ V. npr: Vladan Joldžić, *Ekološko pravo – opšti deo*, Beograd, 1996.

¹⁴ V. *Osnove prava životne sredine*, (ed. Dušan Nikolić), Novi Sad, 2009.

nog. Problem se rešava primenom pravila *lex specialis derogat legi generali* (specijalan zakon ukida opšti). Prednost se dakle, daje posebnom pravilu. Ako ne postoji specijalna norma, primenjuje se opšte pravilo neke od tradicionalnih grana prava. Ako ni njega nema, praznina će biti popunjena u skladu sa opštim pravnim načelima, načelima matične tradicionalne grane i načelima prava životne sredine.

1.6. Regionalne i nacionalne specifičnosti

Sve što je napred izloženo predstavlja jedan opšti pogled na uobličavanje prava životne sredine kao naučne i nastavne discipline u svetu. Pri tom treba imati u vidu činjenicu da postoje određenje specifičnosti koje su svojstvene pojedinim pravnim tradicijama i nacionalnom pravu.¹⁵

2. Nauka u službi pravnog obrazovanja

Poslednjih godina se često govori o tome da nauka treba da bude u službi obrazovanja. To u punoj meri važi za Pravo životne sredine koje još uvek nije u potpunosti razvijeno. Vremenom će nastajati ne samo nova normativna rešenja, već i novi principi koji će se izučavati na svim nivoima pravnih studija.

3. Pravno obrazovanje u oblasti prava životne sredine

Na univerzitetima u kontinentalnoj Evropi, studenti prevashodno stiču teorijska, apstraktna znanja. Izučavaju se sistemski okviri, odnosi među pojedinim granama prava, načela (opšta i diferencijalna), opšte pravne norme, metodi tumačenja i primene pravnih pravila. Jedna od osnovnih zamerki je da takvom vidu pravnog obrazovanja nedostaje značajnija praktična dimenzija, odnosno, da manjkaju znanja koja su primenljiva u praksi.¹⁶ U domenu prava životne sredine, postoji još složeniji problem. Studenti i dalje stiču parcijalna znanja u okviru više tradicionalnih i međusobno ne povezanih nastavnih disciplina, u meri u kojoj su predmetni nastavnici zainteresovani za tu problematiku. Na pojedinim fakultetima postoji poseban nastavni

¹⁵ V: Turner J. Smith Jr – Pascale Kromarek, *Understanding US and European Environmental Law*, London – Dodrecht – Boston, 1987.; David Vogel, *National Styles of Regulation – Environmental Policy in Great Britain and the United States*, Ithaca and London, 1986; Barbara Pozzo, *op. cit.*, 17 – 110; Zbornik referata sa međunarodne konferencije *The Codification of Environmental Law; Transnational Environmental Law and Its Impact on Corporate Behavior*, (ed. Eric J. Urbani, Conrad P. Rubin, Monica Katzman), New York;

¹⁶ Upor. sa: Reinhard Zimmermann, *Pravno obrazovanje u Nemačkoj*, *Evropski pravnik / European Lawyer Journal*, 1/2006, str. 31-44.

predmet posvećen održivom razvoju i pravnoj zaštiti životne sredine. Međutim, najčešće je reč o izbornom (opcionom) kursu koji drži nastavnik sa nekog drugog predmeta. U takvim slučajevima, naglasak je na aspektu (upravnopravnom, krivičnopravnom ili npr. građanskopravnom) za koji je predavač specijalizovan. Očigledno je da postoji kadrovski problem koji će na odgovarajući način biti rešen tek kada na fakultetima nastavu budu držali nastavnici koji su u profesionalnom smislu potpuno posvećeni održivom razvoju i zaštiti životne sredine. To će nesumnjivo biti dug i složen proces. Do tada bi u nastavu trebalo uključiti sve nastavnike koji se bave pojedinim pravnim aspektima održivog razvoja i zaštite životne sredine u okviru tradicionalnih disciplina. Neosporno je da se kvalitet obrazovanja može znatno unaprediti ako u nastavni proces budu uključeni oni koji najbolje poznaju određenu materiju i ako svako od njih predaje ono što najbolje zna.

U zemljama angloameričkog područja studenti mahom izučavaju pravo kroz praktične primere. Na časovima razmatraju čuvene odluke precedentnog karaktera, među kojima ima i onih koje datiraju još iz XVII i XIX veka. Kritičari tvrde da takvom vidu pravnog obrazovanja nedostaju osnovna znanja o pravnim načelima i pravnom sistemu, i da studenti nisu osposobljeni za iznalaženje rešenja putem apstraktne pravne logike¹⁷. Laički rečeno, uvreženo je mišljenje da u kontinentalnoj Evropi pravnici "od šume ne vide drveće", a da se u angloameričkom svetu "od drveća ne vidi šuma". Naravno, to je pojednostavljen i ne sasvim tačan prikaz aktuelnog stanja. Na evropskim univerzitetima se već duže vreme razvijaju različiti oblici praktičnog pravnog obrazovanja, kao što se, sa druge strane, u angloameričkom pravu i pravnom obrazovanju sve više pažnje posvećuje pravnim principima.

3.1. Tradicionalni evropski modeli praktičnog pravnog obrazovanja

Na većini univerziteta u kontinentalnoj Evropi, uz teorijsku nastavu (predavanja), postoje *vežbe* na kojima studenti stiču praktična znanja. Za taj oblik pravnog obrazovanja, najčešće su zaduženi asistenti i mlađi nastavnici, a ponekad i istaknuti stručnjaci iz pravne prakse (sudije, advokati i dr). Studenti se na vežbama upoznaju sa odlukama donetim u sud-

¹⁷ "Primarni nastavni alat u glavnim pravnim predmetima su zbirke slučajeva. Od studenata se očekuje da obrade nekoliko slučajeva, sažetih i izvedenih iz konteksta, bez ikakve teorijske pozadine (...) Zauzimam veoma tvrd stav da se slučajevi svakako moraju analizirati. Međutim, ta se analiza mora voditi u svetlu jasne diskusije o načelima relevantne grane prava. Nakon predstavljanja pomenutih načela, nastava bi trebalo da obuhvati analizu pitanja proisteklih iz određenih slučajeva." (Alan Watson, *Pravno obrazovanje u Americi – Kritička analiza*, Evropski pravnik / European Lawyer Journal, 2/2006, str. 29-43).

skim, upravnim i drugim postupcima pred državnim organima, kao i sa modelima različitih dokumenata. Vežbe se po pravilu organizuju u okviru tradicionalnih pozitivnopravnih disciplina, kao što su ustavno, upravno, građansko, krivično, građansko procesno i krivično procesno pravo. Organizovanje zasebnih vežbi u oblasti prava životne sredine nije deo evropske obrazovne tradicije. To znači da studenti praktična znanja iz te oblasti stiču fragmentarno, na različitim godinama studija.

Neki pravni fakulteti omogućuju studentima da provedu izvesno vreme na praksi u sudu, organima uprave, javnim i privrednim preduzećima i sl. Rad se u takvim prilikama odvija pod mentorstvom istaknutih pravnika praktičara.

Najzad, poslednjih godina se razvija tzv. *kliničko pravno obrazovanje*.

3.2. *Kliničko pravno obrazovanje*

Pravna klinika je oblik pravnog obrazovanja koji se ostvaruje kroz praktičan rad profesora, asistenata i studenata sa strankama povodom konkretnih slučajeva. Građani ili udruženja građana (nevladine organizacije) dobijaju besplatnu stručnu pomoć, a akademska zajednica priliku da stekne ili proveri praktična znanja u oblasti održivog razvoja i zaštite životne sredine.¹⁸ Studenti u saradnji sa asistentima i pod mentorstvom profesora, proučavaju konkretan slučaj, daju savete a ponekad preduzimaju i odgovarajuće pravne radnje. Takav oblik društvenog organizovanja je višestruko koristan, jer smanjuje troškove funkcionisanja društvene zajednice, omogućuje efikasniju zaštitu životne sredine i doprinosi unapređenju pravnog obrazovanja.¹⁹

Postoje različiti oblici organizovanja i delovanja pravnih klinika. Uslovno bi se moglo govoriti o angloameričkom i evropskom modelu. U Sjedinjenim Američkim Državama, gde je ideja o pravnim klinikama i nastala, studenti pod mentorstvom profesora pružaju kompletnu pravnu pomoć strankama - od stručnih saveta, do zastupanja pred sudom i drugim državnim organima. Rad je po pravilu timski. Grupa studenata razmatra slučaj, pribavlja podatke o relevantnim sudskim odlukama (preseanima), priprema odgovarajuće podneske i učestvuje u sudskom postupku. Tako npr. funkcioniše Pravna klinika za zaštitu životne sredine Univerziteta Kolumbija u Njujorku.

¹⁸ Opširnije: Lusine Hovhannisian, *Clinical Legal Education and Bologna Process*, Evropski pravnik / European Lawyer Journal, 2/2006, str. 45-60.

¹⁹ Pravne klinike se uklapaju i u ideju o razvoju tzv. *civilnog društva*. V: Dušan Nikolić, *Civilno društvo i civilno pravo*, u: *Liber Amicorum – Nikola Gavella (Građansko pravo u razvoju)*, Zagreb, 2007, str. 51 – 67.

Na Pravnom fakultetu Univerziteta u Novom Sadu je razvijen drugačiji model, koji je primeren evropskoj pravnoj tradiciji i važećim propisima Republike Srbije. Studenti u saradnji sa asistentima i profesorima besplatno daju stručne savete, upućuju na odgovarajući postupak pred organima državne vlasti i lokalne samouprave, pribavljaju relevantne odredbe zakona i drugih opštih akata, pomažu pri izradi podnesaka i drugih dokumenata a u pojedinim slučajevima posreduju pri rešavanju sporova (medijacija). Sa druge strane, stručni tim Pravne klinike za zaštitu životne sredine Pravnog fakulteta u Novom Sadu ne učestvuje u postupcima pred sudom, ali redovno prati i analizira relevantne sudske postupke.

*Dušan Nikolić, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad*

Environmental Law as a Scientific and Educational Discipline

Abstract

In this work, basic characteristics of environmental law as a scientific and educational discipline were presented. In the first part, author pointed out the dilemmas which exist in domestic, as well as in foreign literature, regarding its name, notion and legal nature. It is about a new, integrative branch of law, which unifies legal institutes of several traditional branches, but at the same time contains specific normative solutions. In that context, basic (differential) principles on which contemporary environmental law is based, and which make it distinguishable from other segments of legal system, were presented. In the second part, author pointed out the problems existing in legal education domain, both in countries of European continental, and in Anglo-American legal tradition.

Key words: environment; environmental law; new branches of law; legal science; legal education.

*Dr Bernadet Bordaš, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

PITANJA BIOMEDICINSKI POTPOMOGNUTOG OPLOĐENJA PRED EVROPSKIM SUDOM ZA LJUDSKA PRAVA¹

Sažetak: *Razvoj biomedicine omogućio je rođenje prve bebe iz epruvete 1978. godine i taj događaj je bio podsticaj za dalji razvoj istraživanja, nauke i prakse biomedicinski potpomognutog oplođenja, ali i za razvoj prateće pravne regulative. Budući da je reč o pojavi i praksi koja izaziva osetljiva društvena i moralna pitanja, države zadržavaju svoja suverena prava u ovoj oblasti, i regulišu je u skladu sa nacionalnom pravnom politikom. Komparativna istraživanja u Evropi pokazuju da nacionalna regulativa nije retka pojava, ali da razlike postoje i da države istrajavaju na njima. Pravno regulisanje biomedicinski potpomognutog oplođenja obezbeđuje pravnu sigurnost građana koji joj se podvrgavaju, što olakšava puteve pravne zaštite u slučajevima u kojima se njihova prava krše. U radu se prikazuju dve skorašnje presude Evropskog suda za ljudska prava, koje se odnose na pitanja biomedicinski potpomognutog oplođenja u kojima je pravni lek tražen na osnovu člana 8 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Obe presude su izrečene u korist država protiv kojih su pojedinci podneli predstavke, tj. Sud je utvrdio da nacionalni propisi nisu povredili pravo na poštovanje privatnog života pojedinaca.*

¹ Rad je rezultat istraživanja na projektu Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo, br. 179079 koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije i na projektu „Dete u porodičnom pravu – komparativni i međunarodnopravni aspekt“ koji finansira Pokrajinski sekretarijat za nauku i tehnološki razvoj AP Vojvodine.

Ključne reči: *biomedicinski potpomognuto oplodjenje, praksa Suda za ljudska prava, pravo na poštovanje privatnog života, pravo na poštovanje odluke da se postane genetski roditelj, pravo parova da začnu dete i u tom cilju koriste medicinski potpomognuto oplodjenje*

1. Uvod – pravno regulisanje začeća uz biomedicinsku pomoć

Razvoj biomedicine je krajem sedamdesetih godina dvadesetog veka doveo do rođenja prve bebe iz epruvete: Luiz Braun rođena je 25. jula 1978. godine u Velikoj Britaniji, nakon što je u telo njene majke uneta sopstvena jajna ćelija oplodjena semenim ćelijama njenog muža u laboratorijskim uslovima, odnosno in vitro.² Ovim je otvoren put lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja,³ ali isto tako i pravnom regulisanju ovih postupaka u pojedinim državama.⁴

Evropska ekonomska zajednica, tj. njen parlament usvojio je 1989. godine Rezoluciju o in vivo i in vitro veštačkom oplodnjenju⁵ u kojoj su izneseni sledeći stavovi: (1) reprodukcione tehnologije ne otklanjaju uzroke neplodnosti; (2) reprodukcione tehnologije omogućuju pojedincima da imaju decu, ali takođe daju povoda ozbiljnim moralnim i pravnim problemima; (3) ljudski život se mora zaštititi od trenutka oplodjenja, s tim da se rezolucija ne bavi namernim prekidom trudnoće, niti predstavlja doprinos argumentima za ili protiv abortusa; (4) pravo majke na samoodređenje i prava deteta na pravilnu negu i zbrinjavanje, kao i na genetski identitet su merila koja bi trebalo da budu određujuća u ovoj oblasti; (5) in vitro oplodnjenje izlaže ženu velikom stresu i praćeno je niskim stepenom uspešnosti. U rezoluciji se poziva na jačanje istraživanja neplodnosti, poziva na

² Vidi internet stranu http://en.wikipedia.org/wiki/Louise_Brown, posećenu poslednji put 19. novembra 2011. godine. Bračni par Braun je četiri godine kasnije dobio još jedno dete, koje je takođe došlo na svet kao rezultat IVF (in vitro fertilizacija) postupka. - Rođenje Natali Braun se beleži kao dolazak na svet četrdesete bebe iz epruvete na svet.

³ „Postupak biomedicinski potpomognutog oplodjenja“ je izraz koji se koristi u Zakonu o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja Republike Srbije, koji je usvojen 2009. godine, a počeo je da se primenjuje 1. januara 2010. godine, vidi Sl. glasnik RS, br. 72/2009.

⁴ Informacija o postojanju i važnim karakteristikama nacionalnih propisa dostupna je na internet stranici Svetske zdravstvene organizacije, pod: International Digest of Health Legislation, na adresi: <http://apps.who.int/ihl-rils/frame.cfm?language=english>. Srbija je među poslednjim evropskim državama koja je pravno regulisala ovu oblast, vidi kod G. Kovaček-Stanić, Porodičnopravni aspekt biomedicinski potpomognutog oplodjenja u pravu Srbije i evropskim pravima, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, godište, str. 415.

⁵ Vidi Sl. list EEZ, C br. 96 od 17.4.1989, str. 171.

harmonizaciju i pojednostavljenje postupaka usvojenja, izražava briga u vezi sa „gubitkom“ embriona koji su uključeni u postupak veštačke oplodnje, zauzima stav da se embrioni zamrzavaju samo kada je to apsolutno neophodno i to najduže na period od tri godine, poziva na zabranu svakog oblika genetskih eksperimenata na in vitro embrionima, sugerišu uslovi za heterolognu veštačku oplodnju, koja se, međutim, ne smatra poželjnom, i odbija svaki oblik surogat materinstva.⁶

Devet godina posle navedene Rezolucije koja je izražavala stav Evropskih zajednica u materiji veštačke oplodnje i koja je bila upućena tadašnjim državama članicama, objavljena je u Savetu Evrope Komparativna studija o stanju u oblasti medicinski potpomognutog začeća i o zaštiti ljudskog embriona u 39 država.^{7 8} Studija prikazuje postojanje i stanje zakonodavstva, drugih pravila ili prakse u oblasti medicinski potpomognutog začeća, na osnovu 145 pitanja koja obuhvataju, između ostalog, pitanja legalnosti veštačkog oplođenja parova, in vitro oplođenja parova, veštačkog oplođenja putem donora, donacije jajnih ćelija, donacije jajnih i semenih ćelija, donacije embriona, legalnosti surogat materinstva i izuzetaka od njegove zabrane; uslove pod kojima se može koristiti medicinski potpomognuto oplođenje; medicinske uslove korišćenja postupka medicinski potpomognutog začeća (neplodnost, rizik prenošenja bolesti, gornja starosna granica za žene); da li je medicinski potpomognuto zaćeće pristupačno nevenčanom paru (dužina trajanja zajednice života), ženi koja ne živi u heteroseksualnoj zajednici života, udovici (semenim ćelijama pokojnog muža), ženi koja je razvedena ili zakonski rastavljena (semenim ćelijama bivšeg muža); zaštitu interesa nerođenog deteta kroz koncept „dobrobiti nerođenog deteta“; legalnost korišćenja različitih tehnika u cilju određivanja pola deteta (uopšte ili u posebnim slučajevima da bi se sprečilo prenošenje određenih bolesti); neophodnost posebnih dozvola za obavljanje prakse medicinski potpomognutog začeća; prethodno

⁶ Navedeni sadržaj Rezolucije preuzet je sa internet strane - <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/12344429>, posećene poslednji put 19. novembra 2011. godine, pošto u bazi podataka Evropske unije, internet strana <http://eur-lex.europa.eu>, posećene poslednji put 19. novembra 2011. Godine, Službeni list EU iz prethodne beleške nije dostupan.

⁷ Vidi Medically Assisted Procreation and the Protection of the Human Embryo - Comparative Study on the Situation in 39 States, Council of Europe, Strasbourg, 4 June 1998, CDBI/INF (98) 8.

⁸ Države u kojima je analizirano su: Austrija, Belgija, Bugarska, Kipar, Češka, Danska, Estonija, Finska, Francuska, Nemačka, Grčka, Mađarska, Island, Irska, Italija, Letonija, Lihtenštajn, Luksemburg, Malta, Holandija, Norveška, Poljska, Portugalija, Rumunija, Rusija, San Marino, Slovačka, Slovenija, Španija, Švedska, Švajcarska, Turska, Ukrajina, Ujedinjeno Kraljevstvo, Australija, Kanada, Novi Zeland i SAD.

obaveštavanje učesnika u postupku o medicinskim, pravnim i socijalnim posledicama medicinski potpomognutog začeća; saglasnost učesnika (žene, njenog bračnog ili vanbračnog partnera), mogućnost povlačenja saglasnosti; naknadu troškova od strane državnog sistema socijalnog osiguranja; postupak medicinski potpomognutog začeća (vađenje gameta, čuvanje game-ta i rok čuvanja, maksimalan broj embriona koji se može implantirati u jednom postupku, maksimalno vreme čuvanja embriona, šta se dešava sa pre-kobrojnim embrionima); donaciju reproduktivnih ćelija (semene i jajne ćelije, embriona); određivanje materinstva i očinstva ako se u postupku koriste ćelije donora, saglasnost supruge ili vanbračnog partnera za upotrebu semenih ćelija donora; pravne okvire naučnog istraživanja embriona; uslove terapijskog ili neterapijskog istraživanja embriona i sl.⁹ Ova komparativna studija je trebalo da posluži kao pokazatelj sličnosti i razlika u nacionalnim propisima, da ukaže na konvergenciju i divergenciju pojedinih rešenja i da prikaže stanje na kraju veka i milenijuma.

Evropska unija je 2004. godine usvojila Direktivu 2004/23 o određivanju standarda kvaliteta i sigurnosti za donaciju, pribavljanje, testiranje, obradu, održavanje, skladištenje i distribuciju ljudskog tkiva i ćelija¹⁰ koja se odnosi i na reprodukcione ćelije (jajne i semene ćelije)¹¹. U preambuli Direktive se konstatuje da je transplantacija ljudskih tkiva i ćelija oblast medicine koji se snažno razvija i pruža velike mogućnosti za tretman još uvek neizlečivih bolesti, zbog čega je neophodno obezbediti kvalitet i sigurnost tih materijala, naročito radi prevencije prenošenja bolesti.¹² Unija je takođe usvojila Direktivu 2006/17/EZ o sprovođenju u život Direktive 2004/23/EZ u pogledu određenih tehničkih uslova za donaciju, dobavljanje i testiranje ljudskog tkiva i ćelija¹³ koji u Aneksu III

⁹ Vidi *Medically Assisted Procreation and the Protection of the Human Embryo - Comparative Study on the Situation in 39 States*, Council of Europe, Strasbourg, 4 June 1998, CDBI/INF (98) 8, str. 2-14.

¹⁰ Directive 2004/23/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on setting standards of quality and safety for the donation, procurement, testing, processing, preservation, storage and distribution of human tissues and cells, *Sl. list EZ* L 102 od 7.4.2004. g.

¹¹ Vidi stav 7 preambule Direktive.

¹² Vidi stav 1 preambule Direktive.

¹³ Commission Directive 2006/17/EC of 8 February 2006 implementing Directive 2004/23/EC of the European Parliament and of the Council as regards certain technical requirements for the donation, procurement and testing of human tissues and cells, *Sl. list L* 38 od 9.2.2006. g. U Evropskoj uniji je usvojena još jedna direktiva koja se odnosi na sprovođenje Direktive 2004/23/EZ – Directive 2006/86/EC of 24 October 2006 implementing Directive 2004/23/EC of the European Parliament and of the Council as regards traceability requirements, notification of serious adverse reactions and events and certain technical requirements for the coding, process-

propisuje merila za selekciju i laboratorijske testove za donore reproduktivnih ćelija.¹⁴ U sklopu ove legislativne aktivnosti u EU izrađena je studija o stanju nacionalnih zakonodavstava država članica u oblasti medicinski potpomognute reprodukcije u EU¹⁵. Ova komparativna studija je izrađena pod rukovodstvom Evropskog društva za ljudsku reprodukciju i embriologiju (skraćenica na engleskom jeziku: ESHRE)¹⁶, rad je finansirala Komisija EU, ali ne predstavlja službene stavove Komisije. Prema studiji 19 država članica EU (Finska, Švedska, Ujedinjeno Kraljevstvo, Danska, Holandija, Nemačka, Belgija, Francuska, Španija, Portugalija, Italija, Austrija, Slovenija, Češka, Slovačka, Mađarska, Bugarska, Grčka, Estonija) imaju posebne propise za medicinski potpomognuto začeće, a 8 država članica (Kipar, Irska, Letonija, Malta, Poljska, Rumunija i Litvanija) imaju opšte propise koji pokrivaju i postupke medicinski potpomognutog začeća.¹⁷

Prema tome, u situaciji u kojoj ne postoje nadsacionalni izvori (na pr. u Evropskoj uniji) ili međunarodni ugovori (na pr. u okviru Saveta Evrope¹⁸) postupci biomedicinski potpomognutog oplodjenja su predmet nacionalnih propisa. Razlike među njima su neizbežne, jer su države su-

ing, preservation, storage and distribution of human tissues and cells, Sl. list L 294 od 25.10.2006. g. Smatra se da su ovim trima direktivama pokrivena problematika tehnologija potpomognute reprodukcije, vidi *Comparative Analysis of Medically Assisted Reproduction in the EU: Regulation and Technologies*, dostupna na internet adresi http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organs/docs/study_eshre_en.pdf, str. 162.

¹⁴ Selekcija i testovi se ne sprovedu ukoliko je reč o donaciji reproduktivnih ćelija partnera za direktnu upotrebu, već samo ako ćelije partnera nisu namenjene direktnoj upotrebi, već ih je potrebno obraditi i/ili uskladištiti radi krioprezervacije embrija, kao i u slučajaju kada donor nije bračni ili vanbračni partner; vidi tačku 1, 2 i 3 Aneksa.

¹⁵ *Comparative Analysis of Medically Assisted Reproduction in the EU: Regulation and Technologies*, dostupna na internet adresi http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organs/docs/study_eshre_en.pdf; studija je obradila podatke koje su države članice dostavile do 30. oktobra 2009. godine (o pravnim okvirima nacionalnih propisa), odnosno za period od 1. januara 2006.g. do 31. decembra 2006. godine za podatke koji se odnose na institute za medicinski potpomognutu reprodukciju u pojedinim državama članicama EU.

¹⁶ European Society of Human reproduction and Embryology (ESHRE).

¹⁷ *Comparative Analysis of Medically Assisted Reproduction in the EU: Regulation and Technologies*, dostupna na internet adresi http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organs/docs/study_eshre_en.pdf, str. 10.

¹⁸ Konvencija za zaštitu ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića imajući u vidu primenu biologije i medicine: Konvencija o ljudskim pravima i o biomedicini Saveta Evrope koja je usvojena u Oviđeu 1997. godine ne sadrži posebne odredbe o začeću uz biomedicinsku pomoć: član 14 zabranjuje upotrebu tehnika medicinski potpomognutog začeća za ciljeve izbora pola deteta, osim radi izbegavanja ozbiljnih naslednih bolesti koje zavise od pola; dok član 18 reguliše istraživanja na in vitro embrionima.

verene u ovoj oblasti i materiju regulišu u skladu sa nacionalnom pravnom politikom. U ovakvim okolnostima se ne može izbeći da se neko pitanje postavi u kontekstu ljudskih prava. Evropski sud za ljudska prava je već imao priliku da se izjasni o pitanjima koja su povezana sa postupcima biomedicinski potpomognutog začeća. Sledeći deo ovog rada prikazaće dve značajne presude Evropskog suda za ljudska prava.

2. Praksa Evropskog suda za ljudska prava u pitanjima biomedicinski potpomognutog začeća

Tri poznata predmeta koja su upućena Sudu za ljudska prava u Strasburu odnose se na biomedicinski potpomognuto začeće koje se podvodi pod pravo ljudi na reprodukciju, pravo odlučivanja o rađanju tj. o začeću.¹⁹ Ovo pravo se podvodi pod član 8²⁰ Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950. g. (u daljem tekstu: Evropska konvencija). U vezi s tim članom pozivanje se vrši i na stav 1 člana 2²¹ i član 14²².

Ti predmeti su: Dikson protiv Ujedinjenog Kraljevstva (odbijanje domaćih vlasti da odobre zahtev zatvorenika za veštačko oplodjenje)²³, Evans protiv Ujedinjenog Kraljevstva (nemogućnost izvođenja in vitro tretmana zbog povlačenja saglasnosti bivšeg partnera)²⁴, i S.H. i drugi protiv Austrije (zakonitost određenih tehnika medicinski potpomognutog začeća)²⁵. Iako se predmet Dikson protiv Ujedinjenog Kraljevstva odnosi na problematiku veštačkog oplodenja, on se ne tiče veštačkog oplodenja kao postupka leče-

¹⁹ Vidi podatke iz novembra 2011. godine na veb strani Evropskog suda za ljudska prava: - http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/4B7D24F7-F9EF-4749-B16B-68E650B95C5A/0/FICHES_droits_procr%C3%A9ation_EN.pdf, posećene poslednji put 20. novembra 2011.

²⁰ Član 8 (pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života) Evropske konvencije glasi: „1. Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske. 2. Javne vlasti neće se mešati u vršenje ovog prava sem ako to nije u skladu sa zakonom i neophodno u demokratskom društvu i interesu nacionalne bezbednosti, javne bezbednosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i slobode drugih.“

²¹ Stav 1 člana 2 (pravo na život) Evropske konvencije glasi: “1. Pravo na život svake osobe zaštićeno je zakonom. Niko ne može biti namerno lišen života, sem prilikom izvršenja p-resude suda kojom je osuđen za zločin za koji je ova kazna predviđena zakonom.“

²² Član 14 (zabrana diskriminacije) glasi: „Uživanje prava i sloboda predviđenih u o-voj Konvenciji obezbeđuje se bez diskriminacijepo bilo kom osnovu, kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, veroispovest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno poreklo, veza s nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status.“

²³ Dickson v. United Kingdom, predstavka broj 44362/04.

²⁴ Evans v. United Kingdom, predstavka broj 6339/05.

²⁵ S.H. and Others v. Austria, predstavka broj 57813/00.

nja neplodnosti, već je izazvan položajem Diksona koji je osuđenik i služi kaznu zatvora u trajanju od najmanje 15 godina. Ne poričući značaj i specifičnost Diksonovog problema, u ovom radu će dobiti mesto samo druga dva slučaja, u kojima je veštačka oplodnja bila jedina opcija zbog nemogućnosti oplodjenja prirodnim putem, tj. polnim odnosom.

2.1. Evans protiv Ujedinjenog Kraljevstva – pravo na poštovanje odluke da se postane genetski roditelj

Činjenice. – Natali Evans i njen vanbračni partner Džonston podvrgli su se 2000. godine medicinskim ispitivanjima jer su imali teškoće da začnu dete. Prilikom ispitivanja na klinici ispostavilo se da N. Evans ima rak jajnika u ranoj fazi i da se zbog toga mora hitno podvrgnuti hirurškoj intervenciji odstranjenja jajnika. U takvoj situaciji jedina mogućnost da ona začne sopstveno biološko (genetsko) dete bila je da se ona sa svojim partnerom podvrgne postupku in vitro oplodjenja. Tačnije rečeno, oni su kao partneri imali dve konkretne mogućnosti: da se njene jajne ćelije zamrznou ili da se izvrši in vitro oplodjenje i da se tako stvoreni embrioni zamrznou. Pošto su lekari procenili da druga mogućnost pruža veće izgleda za uspeh, partneri su se odlučili za nju. Jedna medicinska sestra na klinici je objasnila partnerima Evans – Džonston da je prema važećem zakonu Ujedinjenog Kraljevstva²⁶ svaki partner ovlašćen da povuče svoj pristanak koji se odnosi na očuvanje embriona koji su stvoreni u postupku in vitro oplodjenja, i to u bilo koje vreme pre nego što embrioni budu implantirani u matericu N. Evans.²⁷ Oba partnera su odvojeno popunila i potpisala potrebne formulare. Gospodin Džonston je sa svoje strane izrazio svoju saglasnost da njegove semene ćelije budu upotrebljene za in vitro oplodjenje jajnih ćelija N. Evans i da se tako stvoreni embrioni upotrebe za tretman njega i njegove partnerke zajedno; takođe se saglasio da se stvoreni embrioni čuvaju 10 godina, te da se u slučaju njegove smrti ili gubitka sposobnosti rasuđivanja njegove semene ćelije i embrioni čuvaju i dalje do isteka roka od 10 godina. Gospođica Evans je sa svoje strane potpisala formular suštinski iste sadržine. Nakon toga su uzete sve njene jajne ćelije koje je imala pre odstranjenja jajnika, izvršeno je in vitro oplodjenje i stvoreno 6 embriona. Ovi su zamrznuti, pošto je N. Evans savetovano da bi trebalo da sačeka najmanje dve godine pre nego što se pokuša implantacija embriona u njenu matericu.²⁸

²⁶ The Human Fertilisation and Embriology Act 1990.

²⁷ Vidi stavove 13-15 presude Evans protiv Ujedinjeno Kraljevstvo, beleška br. 21.

²⁸ Ibid., stav 17.

Kada su vanbračni partneri prekinuli svoju vezu, Džonston je 2002. godine obavestio o tome klinku i tražio da embrioni budu uništeni. Klinika je o povlačenju saglasnosti za upotrebu embriona obavestila N. Evans, kao i o zakonskoj obavezi da uništi embrione. Pošto je za Natali Evans usadivanje tih embriona bilo jedina mogućnost da postane majka svog genetskog deteta, ona je pokrenula postupak pred nadležnim nacionalnim sudom i zhtevala da se njenom bivšem partneru naloži da povuče izjavu o povlačenju saglasnosti i da izjavi da nije, niti je mogao da promeni datu saglasnost. Takođe je tražila da se ustanovi da Zakon Ujedinjenog Kraljevstva nije u skladu i da vređa prava iz članova 2, 8, 12 i 14 Evropske konvencije.²⁹ I prvostepeni³⁰ i žalbeni sud³¹ su odbili zahteve N. Evans. Nakon što su iscrpljeni pravni lekovi u postupcima pred nacionalnim sudom ona je podnela predstavku Sudu za ljudska prava u Strasburu.

Presuda Suda za ljudska prava. – Povodom predstavke Natali Evans, Sud za ljudska prava se izjasnio u presudi³² o pitanju da li Zakon UK iz 1990. godine vređa odredbu člana 2 o pravu na život embriona; da li Zakon UK iz 1990. godine vređa odredbu člana 8 o pravu na privatni život gospođice Evans; da li gospođica Evans trpi diskriminaciju koja proizlazi iz povrede odredaba člana 8 i člana 14 Evropske konvencije.³³

Povreda odredbe člana 2 Evropske konvencije o pravu na život embriona. – Prema predstavci N. Evans odredba engleskog prava prema kojoj se embrioni moraju uništiti pošto je Džonston povukao svoju saglasnost za njihovo očuvanje predstavlja povredu prava na život embriona iz člana 2. Razmatrajući ovu tvrdnju Sud se pozvao na svoju presudu u predmetu *Vo protiv Francuske* iz 2004. godine³⁴ u kojoj je izrečeno da u pogledu naučne i pravne definicije početka života ne postoji evrop-

²⁹ Ibid., stav 18.

³⁰ Vidi upućivanje u presudi Evropskog suda za ljudska prava na *Evans v. Amicus Helathcare Ltd and Others* [2003] EWHC 2161 (Fam), stav 20.

³¹ Vidi upućivanje u presudi Evropskog suda za ljudska prava na *Evans v. Amicus Helathcare Ltd and Others* [2004] EWCA Civ 727, stav 24.

³² Vidi presudu Velikog veća Suda u predmetu *Evans v. United Kingdom*, Application no. 6339/05 od 10. aprila 2007.

³³ Vidi o ovom predmetu kod O. Ben-Naftali, I. Canor, *Evans v. United Kingdom*, *American Journal of International Law*, godište 102, 2008, str. 128; M. Ford, *Evans v United Kingdom: What Implications for the Jurisprudence of Pregnancy*, *Human Rights Law Review*, godište 8, 2008, str. 1; N. Hammond, *Case Commentary: Evans v The United Kingdom*, - <http://www.ccels.cf.ac.uk/archives/issues/2007/hammond.pdf>; C. Morris, *Evans v United Kingdom: Paradigms of Parenting*, *The Modern Law Review*, godište 70, 2007, str. 979; G. Pimentel, - *Evans v. U.K. – To Procreate or not Procreate: Which Right is Greater?*, članak dostupan na veb strani http://works.bepress.com/gabe_pimentel_pimentel/1.

³⁴ Vidi presudu Velikog veća u predmetu *Vo v. France*, no. 53924/00, 8.7.2004. g.

ski konsenzus, te ovo pitanje, stoga, potpada pod polje slobodne procene koje države uživaju u ovoj oblasti.³⁵ Pošto prema engleskom pravu embrion nema nezavisna prava i interese, ne postoji mogućnost da se istakne zahtev u odnosu na pravo na život prema odredbi člana 2: embrion stvoren od reproduktivnih ćelija gospođice Evans i gospodina Džonstona ne uživa pravo na život, te odredba člana 2 Evropske konvencije nije povređena.

Povreda odredbe člana 8 Evropske konvencije o pravu na poštovanje privatnog života. – U ovom slučaju se postavilo pitanje da li engleski Zakon iz 1990. godine koji je dopustio da Džonston povuče svoju saglasnost za upotrebu embriona stvorenih nakon in vitro oplodjenja jajnih ćelija gospođice Evans njegovim semenim ćelijama vređa njeno pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života. Sud se najpre pozvao na presudu Veća od 7. marta 2006. godine u kojoj je konstatovano da pojam „privatni život“ uključuje pravo na poštovanje kako odluke da se *postane*, tako i odluke da se *ne* postane roditelj.³⁶ Imajući u vidu ovo pravo na osnovu člana 8 Evropske konvencije postavilo se pitanje da li u kontekstu predmeta postoji pozitivna obaveza države (UK) da obezbedi ženi, koja se podvrgla postupku veštačkog oplodjenja sa ciljem da rodi dete sa kojim je u genetskoj vezi, da pristupi postupku implantacije embriona u njenu matericu bez obzira na to da je njen bivši partner – genetski otac (donor semenih ćelija) povukao svoju saglasnost.³⁷ Imajući u vidu ovu specifičnu situaciju, Sud je izrazio stav da i ovo posebno pitanje, tj. *pravo na poštovanje odluke da se postane genetski roditelj* potpada pod polje primene člana 8 Evropske konvencije.³⁸

Da bi se ovo pravo ispoštovalo stav 2 člana 8 ima za cilj da zaštiti pojedinca od arbitrnog postupanja javnih vlasti. Ove ne samo da imaju obavezu da se uzdrže od mešanja u privatni život pojedinaca, već mogu da imaju i pozitivne obaveze poput usvajanja mera putem kojih bi trebalo obezbediti poštovanje privatnog života i u odnosima između samih pojedinaca.³⁹ Bilo da je reč o negativnoj obavezi države da se uzdrži od mešanja u efektivno ostvarivanje prava, ili o pozitivnoj obavezi, država uživa

³⁵ Vidi stav 54 Presude iz prethodne beleške.

³⁶ Vidi stav 58 i 71 presude Velikog veća i stav 57 presude Veća. U ovoj poslednjoj se kaže: „... 'privatni život' je širok pojam, koji, između ostalog, obuhvata fizički i društveni identitet pojedinca, uključujući pravo na ličnu autonomiju, lični razvoj i pravo na uspostavljanje i razvoj odnosa sa drugim ljudskim bićima i sa spoljnim svetom (stav 61 presude u predmetu *Pretty v. United Kingdom*, no. 2346/02, od 29.04.2002.), inkorporiše pravo na poštovanje kako odluke da se postane tako i odluke da se ne postane roditelj.“

³⁷ Stav 58 presude Velikog veća.

³⁸ Vidi stav 72 presude Velikog veća.

³⁹ Vidi stav 75 presude Velikog veća.

određeni stepen slobodne procene, i u oba slučaja mora da se vodi računa o pravičnoj ravnoteži između interesa u pitanju.⁴⁰ U kontekstu predmeta Evans postavljeno je pitanje da li je država (Ujedinjeno Kraljevstvo) propisujući pravila o in vitro oplodjenju ispoštovala obavezu o poštovanju i održanju pravične ravnoteže između privatnog i javnog interesa. Predmet je u ovom aspektu specifičan, pošto je u ovom slučaju reč prvenstveno o sukobu prava iz člana 8 dva privatna lica: interesi N. Evans i njenog bivšeg partnera Džonstona su nepomirljivi. Ukoliko se N. Evans dozvoli upotreba embriona Džonstonu će se nametnuti da postane otac; ako se ispoštuje pravo Džonstona na povlačenje saglasnosti N. Evans će biti uskraćeno pravo da ikada postane genetski roditelj.⁴¹ Rezultat ni u kom slučaju ne može da bude zadovoljavajući za obe strane. Javni interes države takođe nije beznačajan: on je izražen u afirmaciji načela saglasnosti učesnika u postupku in vitro oplodjenja i u unapređenju pravne sigurnosti u ovim pitanjima.⁴² Širina polja slobodne procene obuhvata kako odluku o tome da li bi neko pitanje trebalo pravno regulisati, tako i pitanje detaljnog regulisanja da bi se postigla pravična ravnoteža između privatnog i javnog interesa.⁴³

U proceni širine polja slobodne procene koju države imaju u svojoj zakonodavnoj nadležnosti u stvarima koje obuhvataju ljudska prava i osnovne slobode Sud za ljudska prava vodi računa o različitim činiocima. Kada je reč o pravima iz člana 8 Evropske konvencije polje slobodne procene je usko, ukoliko je reč o naročito važnom vidu postojanja ili identiteta pojedinca⁴⁴, dok je ono šire ukoliko ne postoji konsenzus između država članica Saveta Evrope o važnosti interesa koji treba da budu zaštićeni, ili o najboljim načinima njihove zaštite, a naročito ukoliko je reč o slučaju koji izaziva osetljiva moralna ili etička pitanja, kao i kada je reč o odmeravanju ravnoteže između privatnog i javnog interesa.⁴⁵

Pošto nacionalno pravo Ujedinjenog Kraljevstva po pitanju saglasnosti učesnika u postupku in vitro oplodjenja sadrži izričito pravilo od kojeg ne postoje izuzeci, Sud je konstatovao da države – zbog nepostojanja međunarodnog ili evropskog konsenzusa po ovom pitanju – uživaju široko polje slobodne procene⁴⁶ u regulisanju tretmana in vitro oplodjenja,

⁴⁰ Vidi stav 40 presude u predmetu *Odièvre v. France*, no. 42326/98 od 13.02.2003.

⁴¹ Vidi stav 73 presude Velikog veća.

⁴² Stav 74 presude Velikog veća.

⁴³ Vidi stav 82 presude Velikog veća.

⁴⁴ Kao što je, na primer, pravo na pošteno suđenje, pravo na život, sloboda izražavanja.

⁴⁵ Vidi stav 77 presude Velikog veća.

⁴⁶ Stav 77 presude Velikog veća.

upotrebe embriona stvorenih radi tretmana, određivanju tačke do koje se može povući saglasnost za upotrebu stvorenog genetskog materijala, kao i zbog toga što navedeni tretman otvara osetljiva moralna i etička pitanja u okolnostima brzog medicinskog i naučnog napretka.⁴⁷ Prilikom procene konkretne situacije Sud je uzeo u obzir da je dotična odredba prava UK izraz politike obezbeđenja stalne saglasnosti učesnika u postupku in vitro oplodjenja od početka tretmana pa do vremena kada se izvrši implantacija u matericu žene, do koje politike se došlo nakon detaljnog proučavanja društvenih, etičkih i pravnih implikacija razvoja u oblasti ljudskog oplodjenja i embriologije.⁴⁸ Ta proučavanja su opredelila zakonodavca da usvoji jasno i apsolutno pravilo koje će obezbediti *pravnu sigurnost i održati poverenje javnosti u pravo u osetljivoj oblasti biomedicinski potpomognutog oplodjenja*.⁴⁹ Namera zakonodavca da se navedenim rešenjem izbegnu proizvoljne i nekonzistentne odluke koje bi se donosile na osnovu procenjivanja interesa od slučaja do slučaja, obezbeđivanje da svaki donor unapred zna da se njen ili njegov genetski materijal ne može upotrebiti bez njene ili njegove stalne saglasnosti predstavlja javni interes koji je u skladu sa odredbama člana 8 Evropske konvencije.⁵⁰ Praviča ravnoteža između javnog i privatnog interesa ispoštovana je i time da su nacionalna pravila jasna, da su ona data na znanje gospođici Evans; što se tiče sukobljenih prava iz člana 8 između privatnih pojedinaca, nepostojanje evropskog konsenzusa u pogledu vremena do kojeg je moguće povući saglasnost za upotrebu embriona stvorenih u postupku in vitro oplodjenja, Sud ne smatra da pravu N. Evans na poštovanje njenog prava da postane genetski roditelj treba dati veću težinu od prava Džonstona na poštovanje njegove odluke da sa N. Evans nema genetski povezano dete.⁵¹

Sledstveno tome, Sud nije našao da nepostojanje ovlašćenja da se prenebregne povlačenje saglasnosti genetskog roditelja – čak ni u situaciji kao u predmetu Evans protiv Ujedinjenog Kraljevstva – narušava pravičnu ravnotežu koju zahteva član 8 Evropske konvencije ili prelazi široko polje slobodne procene koju država ima,⁵² te ne postoji povreda odredaba člana 8 Evropske konvencije.

Povreda odredaba člana 14 o zabrani diskriminacije u kontekstu odredbe člana 8 Evropske konvencije. – N. Evans je u predstavci po kojoj je postupalo Veće istakla i tvrdnju o diskriminaciji na osnovu člana 14

⁴⁷ Stav 59, 79 i 81 presude Velikog veća.

⁴⁸ Stav 60 presude Velikog veća.

⁴⁹ Vidi stav 74 presude Velikog veća.

⁵⁰ Vidi stav 89 presude Velikog veća.

⁵¹ Vidi stav 90 presude Velikog veća.

⁵² Vidi stavove 74, 81-82 presude Velikog veća.

Evropske konvencije. Prema toj tvrdnji razlika postoji između žene koja može da začne bez tehnike medicinski potpomognutog oplodjenja i one koja može da začne – ka i ona – samo postupkom in vitro oplodjenja. Diskriminatorski tretman u pravu ogleđa se u tome da u prethodnom slučaju ne postoji kontrola ili uticaj drugog na razvoj embriona od početka oplodjenja, dok je u drugom slučaju embrion, prema Zakonu iz 1990. godine, podvrgnut volji donora semenih ćelija.

Veliko veće nije raspravljalo o ovom pitanju zbog činjenice da je utvrđeno da član 8 nije povređen, a razlozi koji govore u prilog takvoj odluci služe i za obrazloženje tvrdnje vezane za povredu člana 14. Stoga, Veliko veće je konstatovalo da u predmetu Evans protiv Ujedinjenog Kraljevstva ne postoji povreda odredbe člana 14.⁵³

2.2. S. H. i drugi protiv Austrije – pravo parova da začnu dete i u tom cilju koriste medicinski potpomognuto oplodjenje

Činjenice. – Dva bračna para, austrijski državljani, podneli su predstavku Evropskom sudu za ljudska prava u predmetu koji se odnosi na njihovu želju da začnu decu u postupku in vitro oplodjenja. Prvi bračni par je neplodan jer supruga, S.H., pati od neplodnosti povezane sa problemima koje ima sa jajovodima, a njen suprug, D.H. takođe je neplodan. Razlog neplodnosti drugog bračnog para je u činjenici da supruga, H.E.-G. pati od agonadizma, tj. njeni jajnici ne proizvode jajne ćelije. Ona je, dakle, potpuno neplodna, ali ima razvijenu matericu. Njen suprug, M.G., ne pati od steriliteta i sposoban je začeti dete.

Supruge iz oba bračna para su 1998. godine uputile zahtev Ustavnom sudu Austrije i tražile preispitivanje ustavnosti paragrafa 1 i 2 odeljaka 3 Zakona o veštačkom oplodjenju (Fortpflanzungsmedizingesetz)⁵⁴, koji su direktna prepreka za sprovođenje postupka veštačkog oplodjenja u njihovom slučaju⁵⁵. Kod prvog bračnog para supruga ne može da začne

⁵³ Vidi stav 95-96 presude Velikog veća.

⁵⁴ Fortpflanzungsmedizingesetz, Savezni službeni glasnik br. 275/1992.

⁵⁵ Austrijski zakon reguliše korišćenje medicinskih tehnika u cilju podsticanja začeća deteta drugim sredstvima osim polnim odnosom; propisane tehnike su: unošenje semenih ćelija u reproduktivne organe žene; sjedinjenje jajne ćelije i semene ćelije izvan tela žene; unošenje živih ćelija u matericu ili jajovode žene; unošenje jajnih ćelija ili jajnih ćelija sa semenim ćelijama u matericu ili jajovode žene. Dozvoljeno je korišćenje samo reproduktivnih ćelija bračnog para ili vanbračnih partnera; *izuzetno* može da se koristi semena ćelija trećeg lica za veštačko oplodjenje žene unošenjem semenih ćelija u reproduktivne organe žene. U svim drugim slučajevima, a naročito za ciljeve in vitro oplodjenja, korišćenje semenih ćelija donora je zabranjeno. Donacija jajnih ćelija je zabranjena u svim slučajevima; vidi stavove 28-31 presude Velikog veća.

dete prirodnim putem, te je za nju i njenog supruga jedina mogućnost in vitro oplodnje doniranom semenom ćelijom. Ta tehnika je, međutim, isključena navedenim odredbama austrijskog zakona. Supruga iz drugog bračnog para je navela da njeni organi uopšte ne proizvode jajne ćelije, te je jedina mogućnost za par da začnu dete tehnikom veštačkog oplodjenja koja se naziva heterologni transfer embriona, i podrazumeva implantaciju u njenu matericu embriona koji bi nastao oplodnjom donirane jajne ćelije sa semenim ćelijama njenog muža. Austrijski Zakon o veštačkom oplodjenju isključuje i takvu mogućnost.⁵⁶

Podnosioci predstavke su se pred Ustavnim sudom Austrije pozivali na to da nemogućnost korišćenja navedenih tehnika veštačkog oplodjenja predstavlja povredu njihovih prava iz člana 8, kao i člana 12 Evropske konvencije i člana 7 Saveznog ustava Austrije koji garantuje jednak tretman.⁵⁷

Ustavni sud je doneo odluku 14. oktobra 1999. godine, kojom je prihvatio da slučaj potpada pod odredbu člana 8 Evropske konvencije; ustanovio je da su sporni članovi Zakona o veštačkom oplodjenju u skladu sa članom 8, sa načelom jednakosti prema Saveznom ustavu Austrije, i da nije povređena odredba člana 12 Evropske konvencije.⁵⁸ Nakon dostavljanja odluke stranama, one su podnele predstavku Evropskom sudu za ljudska prava.

Presuda Suda za ljudska prava (Veliko veće). – Podnosioci predstavke (supružnici pojedinačno iz oba bračna para) istakli su pred Sudom za ljudska prava da odredbe stavova 1 i 2 odseka 3 Zakona o veštačkom oplodjenju predstavljaju povredu njihovih prava prema odredbama članova 8, 12 i 14 Evropske konvencije.⁵⁹

Povreda odredbe člana 8 Evropske konvencije o poštovanju prava na privatni i porodični život. – Podnosioci predstavke istakli su da je zabrana heterologne tehnike⁶⁰ veštačkog oplodjenja u postupku in vitro oplodjenja povreda njihovog prava iz člana 8 Evropske konvencije. Sud za

⁵⁶ Vidi Decision as to the Admissibility of Application no. 57813/00 by S.H. and Others v. Austria, European Court of Human Rights, First section.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Vidi o presudi Veća iz 2006. godine u ovom predmetu kod: K.D. Brudy, S.H. v. Austria: European Court of Human Rights Holds That the Rights to Family Life and Sexism Trump Governmental Limitations on Artificial Procreation, Tulane Journal of International and Comparative Law, godište 19, 2011, str. 691.

⁶⁰ Austrijski zakon dozvoljava samo homolognu tehniku koja podrazumeva upotrebu reproduktivnih ćelija bračnog para ili vanbračnih partnera radi začeća njihovog - genetskog deteta. Heterologna tehnika podrazumeva korišćenje doniranih reproduktivnih ćelija, što austrijski zakon zabranjuje; vidi belešku br. 52.

Ljudska prava je ispitao pojam „privatnog života“ u kontekstu člana 8 i zaključio da je on širok i obuhvata, između ostalog, pravo na uspostavljanje i razvijanje odnosa sa drugim ljudskim bićima, pravo na lični razvoj, pravo na samoodređenje, kao i elemente kao što su polna identifikacija, seksualna orijentacija i seksualni život, kao i pravo na poštovanje odluke o rađanju deteta, kao i odluke o ne-rađanju⁶¹, i pravo na poštovanje odluke da se postane genetski roditelj⁶². U skladu s tim, i pravo bračnog para ili vanbračnih partnera da začnu dete, i u tom cilju koriste medicinski potpomognuto oplodjenje, uživa zaštitu člana 8 Evropske konvencije, jer je takav izbor deo privatnog i porodičnog života.⁶³

Da bi ocenio da li je gorne navedeno pravo podnosilaca predstavke povređeno odredbama austrijskog zakona o zabrani heterolognog in vitro oplodjenja, Sud je izvršio analizu prema odredbama stava 2 člana 8. Najpre je, međutim, istakao da su brojna pitanja koja se vezuju uz veštačko oplodjivanje nerešena ili nerešiva, ali da brz razvoj biomedicine zahteva i dinamičan razvoj legislative koja je u stanju tranzicije, podrazumevajući razlike u pravima različitih država. Stoga, ocena odredbe austrijskog zakona iz 1992. godine iz ugla povrede odredbe člana 8 u vreme donošenja presude (3. novembra 2011.g.) mogla bi da bude različita u odnosu na ocenu u vreme donošenja odluke Ustavnog suda Austrije (oktobar 1999.g.). Sud za ljudska prava se opredelio da proceni opravdanost zabrane prema stanju iz 1999. godine.⁶⁴

Sud je zatim pristupio analizi pitanja da li navedene odredbe austrijskog zakona predstavljaju mešanje u pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života podnosilaca predstavke, pošto se obaveza države može smatrati negativnom, u smislu da se mora uzdržati od mešanja, ili pozitivnom u smislu obaveze da preduzme neke mere da bi se prava podnosilaca predstavke poštovala.⁶⁵ Sud se opredelio za stav da je u slučaju S.H. i drugi protiv Austrije reč o *mešanju* u pravo podnosilaca predstavke da se koriste određenom tehnikom veštačkog oplodjenja, a to mešanje je rezultat odredaba stavova 1 i 2 odeljka 3 Zakona o veštačkom oplodjenju Austrije, iz kojih proizlazi zabrana, te su podnosioci predstavke bili sprečeni u korišćenju tih tehnika.⁶⁶

⁶¹ Vidi predmet Evans protiv Ujedinjenog Kraljevstva, predstavka br. 6339/05, stav 71.

⁶² Vidi predmet Dikson protiv Ujedinjenog Kraljevstva, predstavka br. 44362/04, stav 66.

⁶³ Vidi stav 82 presude Velikog veća.

⁶⁴ Vidi stav 84 presude Velikog veća.

⁶⁵ Vidi stavove 85-87 presude Velikog veća.

⁶⁶ Vidi stav 88 presude Velikog veća; Sud je, međutim, istakao da su načela prema kojima se cení opravdanje obaveza države veoma slični.

Iz stava 2 člana 8 Evropske konvencije sledi da javne vlasti (država) može da se umeša u ostvarivanje prava na poštovanje privatnog i porodičnog života ukoliko je to mešanje „u skladu sa zakonom i neophodno u demokratskom društvu... a radi zaštite zdravlja i morala, ili radi zaštite prava i slobode drugih.“ Ni Sudu, ni učesnicima u postupku nije sporno da su mere koje predstavljaju mešanje u pravo iz stava 1 člana 8 Evropske konvencije propisane Zakonom o veštačkom oplodjenju, niti da im je cilj legitiman: zaštita zdravlja i morala, kao prava i sloboda drugih.⁶⁷

Da li su, međutim, mere koje je država preduzela donošenjem zakona o veštačkom oplodjenju „neophodne u demokratskom društvu“? Da bi se ovo pitanje moglo proceniti Sud mora da razmotri da li su, vodeći računa o okolnostima slučaja u konkretnom predmetu, razlozi izneti kao opravdanje mera, odnosno mešanja relevantni i dovoljni za ciljeve iz stava 2 člana 8.⁶⁸ Moraju se pružiti dokazi Sudu da su zakonodavne *mere neophodne u konkretnim okolnostima, i da pravo mora da bude primenjeno*. Kada prilikom donošenja mera država treba da oceni da li su mere neophodne, i u toj oceni uživa slobodu. Kolika je ta sloboda, Sud ocenjuje prema učenju o polju slobodne procene.⁶⁹ Da li će to polje biti uže, tj. ograničeno, ili šire, zavisi od različitih činilaca: ako je reč o važnom aspektu postojanja ili identiteta pojedinca, to polje će – uobičajeno – biti ograničeno, ali ako ne postoji konsenzus država članica Evropske konvencije o relativnoj važnosti interesa o kojem je reč, ili o najboljem načinu njegove zaštite, a naročito u slučajevima u kojima se postavljaju pitanja morala ili etike, polje slobodne procene će biti šire. Polje slobodne procene države će redovno biti šire i tada, kada bi trebalo uspostaviti ravnotežu između konkurentnih privatnih i javnih interesa ili prava koja su zaštićena Evropskom konvencijom.⁷⁰

U vezi s ovim Sud se s aspekta postojanja konsenzusa između država članica po pitanju heterolognog in vitro oplodjenja (donacija jajne i semene ćelije) pozvao na uporednopravnu studiju Komiteta o bioetici Saveća Evrope iz 1998. godine⁷¹ i konstatovao da se legislativa država, ako

⁶⁷ Vidi stav 90 presude Velikog veća.

⁶⁸ Vidi stav 91 presude Velikog veća, sa navođenjem relevantnih presuda Suda.

⁶⁹ Vidi U. Kilkelly, *The Right to Respect for Private and Family Life, A Guide to the Implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, Human Rights Handbooks, No. 1, 2001, str. 6; vidi, takođe, T. A. O'Donnell, *The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Human Rights Quarterly, godište 4 (1982), str. 474; M. R. Hutchinson, *The Margin of Appreciation in the European Court of Human Rights*, The International and Comparative Law Quarterly, godište 48 (1999), str. 638.

⁷⁰ Vidi stav 94 presude Velikog veća.

⁷¹ Vidi gore, beleška br. 7.

uopšte postoji, veoma razlikuje. Sud je, međutim, zaključio i to da postoji jasan trend u pravcu dopuštanja donacije gameta za ciljeve in vitro oplodjenja i da se na taj način pokazuje da je evropski konsenzus u nastajanju. Taj konsenzus, međutim, nije rezultat ustanovljenih pravnih načela u državama članicama, već je više odraz faze u razvoju jedne dinamične oblasti prava. Iz tih razloga Sud smatra da nema mesta značajnijem sužavanju polja slobodne procene država, tim pre što korišćenje in vitro tretmana i dalje izaziva osjetljiva moralna i etička pitanja.⁷²

U procenjivanju argumenata kojima se Austrija rukovala u toku donošenja zakona i onih odredaba koje se odnose na konkretna rešenja, kao i toga da li je uspostavljena pravična ravnoteža između javnih i privatnih interesa, Sud je izneo svoje argumente odvojeno za slučaj jednog i drugog bračnog para.

Bračni par kojem je potrebna donacija jajnih ćelija. – Da bi se ispunila želja ovog bračnog para da imaju dete koje je genetski povezano bar sa jednim roditeljem bila bi potrebna in vitro fertilizacija donirane jajne ćelije sa semenim ćelijama muža. Doniranje jajnih ćelija je, međutim, zabranjeno austrijskim zakonom. Taj zakon zabranjuje tehnike heterolognog veštačkog oplodivanja in vitro, i ne poznaje izuzetke od pravila. Vlada Austrije opravdava ovu zabranu neophodnošću u demokratskom društvu, jer mogućnosti medicinskih tehnika veštačkog oplodjenja postavljaju osjetljiva moralna i etička pitanja i izazivaju nelagodnost kod velikih delova društva kako u pogledu uloge, tako i u pogledu mogućnosti moderne reproduktivne medicine.⁷³ Argumenti Austrijske vlade ističu da in vitro oplodivanje nosi rizik da će se koristiti ne samo u terapeutske svrhe, već i u ciljeve kao što je selekcija dece; da postoji rizik da donacija jajnih ćelija dovede do eksploatacije i poniženja žene, naročito onih koje nemaju dovoljno novca; takve žene bi mogle da budu dovedene u položaj da daju više janih ćelija nego što je potrebno da bi same mogle da priušte sebi in vitro oplodjenje; sama ekstrakcija jajnih ćelija je rizična – zakonodavac je smatrao da zbog iznetih razloga mora da smanji moguće rizike kada je reč o trećim licima kao donorima.⁷⁴ Sud je ocenio da se ovakvi argumenti o moralnim aspektima i o društvenoj prihvatljivosti u oblasti veštačkog oplodivanja moraju ozbiljno shvatiti, ali da oni ne mogu da budu jedini razlozi za potpunu zabranu specifične tehnike kao što je donacija jajne ćelije. Pravna regulativa bi morala da bude takva da se omoguću uzimanje u obzir različitih legitimnih interesa.⁷⁵

⁷² Vidi stavove 95-97 presude Velikog veća.

⁷³ Vidi stavove 98-99 presude velikog veća.

⁷⁴ Vidi stav 101 presude Velikog veća.

⁷⁵ Vidi stav 100 presude Velikog veća.

Podnosioci predstavke su izneli stav da bi se navedeni rizici mogli smanjiti ili otkloniti daljim merama legislative, a postojeće nisu dovoljne da potisnu njihove interese za detetom.⁷⁶

Prema oceni Suda, tehnike veštačkog oplodjenja se razvijaju veoma brzo i sa aspekta nauke, i sa aspekta stvaranja pravnog okvira za njihovo korišćenje u medicini, te je naročito teško ustanoviti osnove na kojima će se vrednovati neophodnost i prikladnost legislativnih mera, čije bi se posledice mogle pokazati tek nakon izvesnog vremena. Zbog toga države smatraju neophodnim da postupaju u ovom polju uz naročitu pažnju.⁷⁷ Sud je, takođe, primetio da austrijski zakonodavac ne zabranjuje veštačko oplodjenje, već dozvoljava samo korišćenje homologne tehnike. Cilj je bio da veštačko oplodjenje bude što sličnije prirodnom začeću i da se očuva osnovno načelo mater semper certa est, da bi se izbegla mogućnost da dva lica (biološka i genetska majka) pretenduju na biološko materinstvo jednog istog deteta. U tom smislu je austrijski zakonodavac pokušao da pomiri mogućnost medicinski potpomognutog začeća sa postojećom nelagodnom velikih delova društva u pogledu mogućnosti moderne reproduktivne medicine koja postavlja osetljiva moralna i etička pitanja.⁷⁸

Sud je prihvatio da je zakonodavstvo austrije moglo da postavi drugačiji pravni okvir i da je moglo da dozvoli donaciju jajnih ćelija, jer takvo rešenje poznaje jedan broj država članica Saveta Evrope; tako bi i ravnoteža interesa bila pravičnija. Pitanje, međutim, nije bilo „na koji način se moglo postupiti“, već da li je u uspostavljanju ravnoteže interesa u određenom trenutku država prekoračila polje slobodne procene.⁷⁹

Sud je, stoga prilikom donošenja odluke uzeo u obzir da ne postoji evropski konsenzus po pitanju donacije jajne ćelije za in vitro oplodjenje. Principi Ad hoc Komiteta eksperata o napretku u biomedicinskim naukama (CAHBI) iz 1989. godine⁸⁰ usvajaju rešenje da se kod in vitro oplodjenja koriste gamete para; Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini iz 1997. godine i Dodatni protokol iz 2002. godine ne govore ništa o ovom pitanju, a Direktiva EU 2004/23/EZ se ne odnosi na odluke država članica koje se tiču upotrebe ili neupotrebe bilo kojeg specifičnog tipa ljudskih ćelija, uključujući ćelije zametaka i embrionalnih matičnih ćelija.⁸¹

⁷⁶ Vidi stav 102 presude Velikog veća.

⁷⁷ Vidi stav 104 presude velikog veća.

⁷⁸ Vidi stav 104 presude Velikog veća.

⁷⁹ Vidi stav 106 presude Velikog veća.

⁸⁰ www.coe.int/t/dg3/.../source/PMAprinciplesCAHBI1989_en.doc

⁸¹ Vidi stav 107 presude Velikog veća.

Bračni par kojem je potrebna donacija semenih ćelija. – Želja drugog bračnog para da imaju dete koje bi bilo genetski povezano bar sa jednim roditeljem mogla je da bude ostvarena samo korišćenjem in vitro oplodivanja doniranom semenom ćelijom. Austrijski zakon zabranjuje tehniku heterolognog veštačkog oplodjenja in vitro te tako poništava ostvarenje želje bračnog para. Austrijski zakon, međutim, dozvoljava donaciju semenih ćelija za in vivo oplodjenje.⁸²

Da li je navedena zabrana u skladu sa odredbom člana 8 Evropske konvencije, Sud je razmotrio u kontekstu pravnog okvira čiji je zabrana deo, a ne izolovano i nezavisno od drugih odredbi Zakona o veštačkom oplodjenju. Pri tom je posebno izdvojio argument Austrijske vlade da zabrana donacija gameta, koja uključuje treće lice u medicinski postupak, predstavlja *kontroveržno pitanje u austrijskom društvu, i daje povoda složenim pitanjima socijalne i etičke prirode o kojima ne postoji konsenzus*, a koje iziskuje da se ima u vidu ljudsko dostojanstvo, dobrobit dece začete korišćenjem tih tehnika, sprečavanje negativnih posledica ili potencijalnih zloupotreba. Sud je, imajući sve izneto u vidu, zauzeo stav da je *zabrana donacije jajne ćelije kompatibilna sa članom 8 Evropske konvencije*.⁸³

Zabranu donacije semenih ćelija u cilju in vitro oplodivanja i dozvolu donacije semenih ćelija u cilju in vivo oplodivanja (koja tehnika je bila tolerisana tokom određenog perioda i koja je postala društveno prihvaćena) Sud je takođe razmotrio u kontekstu Zakona o veštačkom oplodjenju, i prihvatio stav da ima značaj uravnoteženja interesa: zakonodavac je imao nameru da pomiri društvenu realnost sa svojim principijelnim stavovima u oblasti veštačkog oplodivanja.⁸⁴ Sud je u ovom kontekstu istakao da austrijsko pravo ne zabranjuje odlazak u inostranstvo i podvrgavanje tehnikama veštačkog oplodivanja koje su u Austriji zabranjene.⁸⁵

Sud je, u skladu sa navedenim rezonovanjem zaključio da austrijski zakonodavac nije prekoračio polje svoje slobodne procene kada je zabranio donaciju jajnih ćelija za ciljeve veštačkog oplodivanja, niti kada je zabranio donaciju semenih ćelija za ciljeve in vitro oplodivanja, te odredba člana 8 Evropske konvencije nije povređena u odnosu nijednog podnosioca predstavke.⁸⁶

Povreda odredbe člana 14 Evropske konvencije o zabrani diskriminacije u kontekstu odredbe člana 8. - Podnosioci predstavke su naveli da zabrana

⁸² Vidi stav 109 presude velikog veća.

⁸³ Vidi stav 113 presude Velikog veća.

⁸⁴ Vidi stav 114 presude Velikog veća.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Vidi stavove 115-116 presude Velikog veća.

in vitro heterolognog veštačkog oplodjenja propisana austrijskim Zakonom o veštačkom oplodjenju vređa njihova prava iz člana 14 a u vezi sa članom 8 Evropske konvencije. Ovaj zahtev Sud nije posebno razmatrao, smatrajući da njegovi stavovi u vezi sa povredom odredbe člana 8 daju odgovor i na razloge predstavke koji se odnose na čl. 14 Evropske konvencije.⁸⁷

3. Umesto zaključka

U novembru 2011. godine na veb strani Saveta Evrope, tj. Evropskog suda za ljudska prava objavljena je informacija koja nosi naslov „Reproduktivna prava“.⁸⁸ Informacija, na kojoj je navedeno da lista nije iscrpna, niti obavezuje Sud, sadrži podatke o predmetima u kojima je Sud odlučio ili u kojima je u toku postupak pred Sudom u periodu od 2000. do 2011. godine. Naslov informacije ukazuje na zajednički imenitelj za koji su navedeni predmeti neposredno ili posredno vezani i oko kojeg su predmeti razvrstani u kategorije po prirodi spornih pitanja vezanih za ljudska prava zaštićena Evropskom konvencijom. Te kategorije su: medicinski potpomognuto začeće, prenatalni medicinski testovi, zaštita zdravlja trudnica, prinudna sterilizacija i rađanje kod kuće. Pažnja u ovom radu je uperena na medicinski potpomognuto začeće u prvom redu zbog činjenice da je u Srbiji tek 2009. godine usvojen Zakon o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja, koji je počeo da se primenjuje 1. januara 2010. godine, od kada su otvorene jasne mogućnosti za ostvarivanje i zaštitu prava građana i stvorena pravna sigurnost u ovom domenu. Ovakvo pravno stanje uključuje i mogućnost da se građani obrate Sudu za ljudska prava u Strasburu, radi zaštite svojih prava u ovoj oblasti. Stoga je praćenje prakse ovog Suda korisno kako za građane, tako i za zakonodavne organe i organe pravosuđa.

Informacija sadrži podatke za četiri predmeta koji se odnose na medicinski potpomognuto začeće⁸⁹, od kojih su odabrana dva, koja se neposredno odnose na lečenje neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog začeća i u kojima su podnosioci predstavki isticali povredu prava na poštovanje privatnog i porodičnog života pod koji su podvedena

⁸⁷ Vidi stav 120 presude Velikog veća.

⁸⁸ Vidi veb stranu http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/4B7D24F7-F9EF-4749-B16B-68E650B95C5A/0/FICHES_droits_procr%C3%A9ation_EN.pdf, posećenu poslednji put 25. novembra 2011. godine.

⁸⁹ Evans v. United Kingdom, no. 6339/05, presuda od 10.4.2007.g.; Dickson v. United Kingdom, no. 44362/04, presuda od 4.12.2007.g.; S.H. and Others v. Austria, no. 57813/00, presuda od 3.11.2011.g., Daniela Knecht v. Romania, no. 10084/10, postupak u toku.

prava iz oblasti biomedicinski potpomognutog začeća. Dve presude nisu dovoljne za uopštavanje, kao ni za ustanovljenje načela, određivanje pravaca prakse. Mogu, međutim, da pokažu okvire u kojima se Sud za ljudska prava kreće u razmatranju ove problematike unutar člana 8 Evropske konvencije.

Presude u predmetima Evans protiv Ujedinjenog Kraljevstva i S.H. i drugi protiv Austrije pokazuju da je pojam privatnog života dovoljno širok da *obuhvati* aspekte biomedicinski potpomognutog začeća iz kojeg se crpi pravo na poštovanje odluke da se postane genetski roditelj (predmet Evans), i pravo bračnih parova i vanbračnih partnera da začnu dete i u tom cilju koriste postupke medicinski potpomognutog začeća (predmet S.H. i drugi).

Prikazane presude pokazuju da nacionalno zakonodavstvo evropskih država pitanja postupaka biomedicinski potpomognutog začeća regulišu različito, i to utiče na tumačenje stava 2 člana 8 Evropske konvencije prema kojem se u krajnjem ishodu ceni povreda prava na privatni život. Zbog nepostojanja evropskog konsenzusa u ovoj materiji, polje slobodne procene država u regulisanju postupaka biomedicinski potpomognutog začeća je široko. Ono je, međutim, podložno oceni sa aspekta poštovanja prava pojedinca na poštovanje privatnog života. Da bi nacionalni propis, odnosno neka njegova odredba koja predstavlja mešanje u pravo iz člana 8 bila u skladu Evropskom konvencijom mora da ima legitimni cilj i mora da bude neophodan u demokratskom društvu. Legitimni cilj u ovom domenu predstavlja zaštita zdravlja i morala, kao i zaštita prava i sloboda drugih.

Presude pokazuju da je oblast biomedicinski potpomognutog začeća osetljiv teren: obe su utvrdile da nacionalnim propisima nisu povređena prava pojedinaca na poštovanje privatnog života. Međutim, u predmetu Evans protiv Ujedinjenog Kraljevstva odluka Velikog veća usvojena je sa 13 glasova za i četiri glasa protiv, isto kao i u predmetu S.H. i drugi protiv Austrije, s tim da je u ovom drugom predmetu jedan od sudija glasao za odluku, ali je izdvojio posebno mišljenje u pogledu određenih razloga u obrazloženju.⁹⁰

⁹⁰ Vidi izdvojeno mišljenje četvoro sudija, predmet br. 6339/05; kao i posebno mišljenje jednog sudije i izdvojeno mišljenje četvoro sudija koji su glasali protiv odluke.

*Bernadet Bordaš, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad*

Issues of Biomedically Assisted Fertilization Before the European Court of Human Rights

Abstract

The development of biomedicine has led to the birth of the first test-tube baby in 1978, and that event gave enormous impetus for further development of biomedically assisted fertilization, but also for the development of supporting legislation. Biomedically assisted fertilization and its application raises sensitive social and moral issues, so states retain their sovereign rights in this area and enact rules and regulations that reflect their national legislative policy. Comparative studies across Europe show that national legal acts are in force in many countries, but differences exist and states persist on them. Legal regulation of biomedically assisted fertilization provides legal security for individuals who are subjected to it, making easier the legal protection in cases where individual rights are violated.

This paper presents two recent judgments of the European Court of Human Rights, the subject matter of which are issues of biomedically assisted fertilization, where legal remedy is sought under Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Both judgments are in favor of the states against which complaints are filed by individuals: the Court ruled that national regulations have not violated the right to respect for the individual's private life.

Key words: biomedically assisted fertilization, right to respect for private life, right to respect the decision to become a genetic parent, right of couples to conceive a child and to use medically assisted fertilization

*Dr Marija Salma, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

TUŽBE ZA OTKLANJANJE SUSEDskih IMISIJA¹

Sažetak: *Imisije sa susednih nepokretnosti (buka, dim, potresi i dr.) su u materijalnom pravu regulisane Zakonom o osnovama svojinskopравnih odnosa. Tim zakonom je predviđena tužba kojom se može tražiti zabrana smetanja. Takođe, postoji mogućnost traženja naknade za pretrpljenu štetu. Tužbom za otklanjanje susedskih imisija se za razliku od parnice zbog smetanja državine ne traži ustanovljavanje poslednjeg stanja državine, budući da i nema oduzimanja poseda. Kod susedskih imisija dolazi do uznemiravanja poseda, otuda se susedska imisiona parnica svodi na dokazivanje zakonom predviđenih oblika ekološke povrede prostora (npr. zemljišta, vazduha) susedne nepokretnosti. Uznemiravanje poseda nedopuštenim uticajem na stvar, pri čemu ona ne menja držaoca, predstavlja i vid smetanja državine povodom koje se vodi istoimena parnica, ali uznemiravanje nije izazvano imisionim razlozima.*

Ključne reči: *susedske imisije, tužba za otklanjanje susedskih imisija*

I

Susedsko pravo i susedske imisije

Susedsko pravo kao deo stvarnog prava obuhvata ukupnost pravnih odnosa između vlasnika susednih nepokretnosti. Vlasnik ima isključivo pravo na korišćenje, raspolaganje, i plodouživanje svoje nepokretnosti (ius utendi, abutendi et fruendi). To znači da ima pravo da sudskim putem

¹ Članak je nastao kao rezultat rada na projektu br. 179079 pod nazivom „Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo“ čiji je nosilac Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

isključi svakog drugog koji pretenduje na ova prava. No, u susedskim odnosima može doći do faktičkog uznemiravanja, smetanja poseda oduzimanjem poseda, ili do zadiranja u tuđi posed zabranjenim imisijama (zagađujućim materijalima, toplotom, otpadnim vodama, gasom, dimom, senkom i dr.), tj. smetnjama koja ograničavaju pravo vlasnika na nesmetano korišćenje svoje nepokretnosti.

Susedsko pravo nesumnjivo obuhvata i zabranu susedskih imisija. Ali susedsko pravo je unekoliko šire od imisionog prava. Naime, susedsko pravo obuhvata i zakonom ili ugovorom zasnovana prava na tuđoj nepokretnosti, kao što su zakonske i ugovorne službenosti prolaza na tuđoj nepokretnosti, pravo na plodouživanje (uživanje fizičkih i pravnih plodova) – *ususfructus*, kao i pravo zakupa, ukoliko je pravo korišćenja privremeno ili trajno ustupljeno nekom drugom licu putem ugovora o zakupu. U slučaju da je nekim pravnim osnovom ustanovljeno pravo drugog lica na tuđu nepokretnost, vlasnik nema pravo da tužbom pred sudom otkloni korišćenje drugog lica, dakle titulara službenosti, plodouživanja ili nosioca prava zakupa. U neku ruku tu spada i hipotekarno pravo, tj. pravo hipotekarnog poverioca, da u slučaju izostanka blagovremene isplate hipotekom obezbeđenog duga, traži prinudnu naplatu na hipotekovanoj nepokretnosti hipotekarnog dužnika, prodajom nepokretnosti.

Iz ovoga proističe da susedsko zagađenje pribrežne nepokretnosti (susedske imisije) spada u susedsko pravo, ali je samo susedsko pravo daleko šire. Susedsko pravo naime, obuhvata pravne odnose koji ne predstavljaju faktičko uznemiravanje, budući da je zasnovano na zakonu ili ugovoru. Tim pravnim osnovima se stvaraju stvarna prava titulara (založno pravo, pravo službenosti, plodouživanja) koja ograničavaju titulara svojine na nepokretnosti, tako da je vlasnik dužan da trpi vršenje prava drugog lica na svojoj nepokretnosti.

Međutim, izvan tih susedskopravnih odnosa, ako dođe do faktičkog uznemiravanja putem susedskih imisija, vlasnik nepokretnosti ima pravo da tužbom pred sudom traži prestanak uznemiravanja, uklanjanje uzroka uznemiravanja, te naknadu nastale štete.

Imisijama suseda ugroženom vlasniku nepokretnosti, stoje na raspolaganju tri vrste tužbi: 1. najpre *tužba za prestanak uznemiravanja i zabranu daljeg uznemiravanja*, tj. tužba za zabranu daljeg vršenja imisija (*Unterlassungsklage*); 2. *tužba za otklanjanje posledica imisija*, npr. otklanjanje hemikalija sa nepokretnosti (*Beseitigungsanspruch*); 3. pored ovih tužbi izvan obligacionog prava, može se podneti obligacionopravna *tužba za naknadu štete*, ukoliko je smetalac, imitent, svojom imisijom prouzrokovao materijalnu, eventualno, nematerijalnu štetu, po pravilima

o objektivnoj odgovornosti, ukoliko je imisija prouzrokovana opasnom stvari ili opasnom delatnošću. *Aktivno je legitimisan* vlasnik nepokretnosti na čiju je nepokretnost dospela imisija, a *pasivno je legitimisan* vlasnik nepokretnosti, sa čijeg zemljišta ili druge nepokretnosti je poteklo zagađenje, odn. uznemiravanje.²

II

Pozitivno pravni propisi i vrste imisija

Zagađenje životne sredine se u pravu posmatra kao povreda ranijeg ekološkog stanja zemljišta, vazduha i vode.³ Naše materijalno i procesno pravo pravnu zaštitu predviđa za slučaj 1. ekološke povrede *susedne nepokretnosti* saglasno Zakonu o osnovama svojinskopравnih odnosa Republike Srbije⁴ i 2. ugrožavanja, putem *opasnosti od štete za neodređeni krug subjekata, dakle preko prostora susednih nepokretnosti*⁵. U ovom radu ćemo se pretežno baviti procesnim aspektima tužbe za otklanjanje susedskih imisija, tj. kada se ekološka povreda prostire samo na prostor susedne nepokretnosti.

Prema ZOSPO: 1. vlasnik nepokretnosti je dužan da se pri korišćenju nepokretnosti *uzdržava* od radnji i da *otkloni uzroke* koji potiču od

² Upor. *Koziol-Welser*, Bürgerliches Recht, Band I. Koziol, Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht, 12. Auflage, Manz Verlag, Wien, 2002, str. 255.

³ V. čl. 3. st. 1. tač. 11. Zakona o zaštiti životne sredine, Sl. glasnik RS br. 135/2004, kao i čl. 1. tač. 19. Zakona o izmenama i dopunama Zakona o zaštiti životne sredine, Sl. glasnik RS br. 36/2009. Po ovom zakonu se pod zagađenjem životne sredine podrazumeva unošenje zagađujućih materija ili energije u životnu sredinu, izazvanih ljudskom delatnošću ili prirodnim procesima koji imaju ili mogu imati štetne posledice na kvalitet životne sredine i zdravlje ljudi. *Izmene* ovog zakona sadrže i definiciju pojma *nivoa zagađujućih materija* pod kojim se podrazumeva koncentracija zagađujuće materije u životnoj sredini, kojom se izražava kvalitet životne sredine u određenom vremenu i prostoru. Po čl. 3. ovog Zakona pod *životnom sredinom* se podrazumeva skup prirodnih i stvorenih vrednosti čiji kompleksni međusobni odnos čini okruženje, odnosno prostor i uslove za život. Zakonom o zaštiti prirode (Sl. glasnik RS br. 36/2009), v. čl. 1. st. 1. se uređuje zaštita i očuvanje prirode, biološke, geološke i predeone raznovrsnosti kao dela životne sredine. Isti Zakon, u čl. 2. st. 1. tač. 4. predviđa *obavezu blagovremenog sprečavanja* ljudskih aktivnosti i delatnosti koje mogu dovesti do trajnog osiromašjenja biološke, geološke i predeone raznovrsnosti, kao i poremećaja sa negativnim posledicama u prirodi.

⁴ V. čl. 5. Zakona o osnovama svojinskopравnih odnosa, Sl. list SFRJ br. 6/80 i 36/90, Sl. list SRJ, br. 29/96, Sl. glasnik RS br. 115/2005. (u daljem tekstu ZOSPO).

⁵ V. šire, Marija *Salma*, Procesna zaštita čovekove sredine - Pojam, osnovne karakteristike, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 6/1989, str. 742-748. V. čl. 156 Zakona o obligacionim odnosima, Sl. list SFRJ br. 29/78, 39/1985, 45/89, 59/89, i Sl. list SRJ br. 31/1993, Sl. list SCG 1/2003. (u daljem tekstu ZOO).

njegove nepokretnosti, kojima se *otežava korišćenje drugih nepokretnosti* (prenošenje *dima*, neprijatnih *mirisa*, *toplote*, *čadi*, *potresa*, *buke*⁶, oticanja *otpadnih voda* i sl.)⁷ preko mere koja je uobičajena s obzirom na prirodu i namenu nepokretnosti i na *mesne prilike* ili kojima se prouzrokuje *znatnija šteta*. 2. Bez posebnog pravnog osnova *zabranjeno je vršenje smetnji posebnim uređajima*.

Ovom odredbom zakon određuje *oblike imisije* (prenošenje *dima*, neprijatnih *mirisa*, *toplote*, *čadi*, *potresa*, *buke*, oticanja *otpadnih voda* i sl.) kao i *granicu* pružanja zaštite (koja se određuje imisijama preko mere koja je uobičajena s obzirom na prirodu i namenu nepokretnosti i na *mesne prilike*, ili kojima se prouzrokuje *znatnija šteta*).

U pogledu procesnog aspekta zaštite, važna je odredba ZOSPO-a koja predviđa da 1. ako treće lice neosnovano uznemirava vlasnika ili pretpostavljenog vlasnika na drugi način a ne oduzimanjem stvari, vlasnik, odnosno pretpostavljeni vlasnik može *tužbom zahtevati da to uznemiravanje prestane*. 2. Kada je uznemiravanjem prouzrokovana šteta, vlasnik ima pravo da zahteva naknadu štete po opštim pravilima o naknadi štete. 3. Pravo na podnošenje tužbe ne zastareva⁸.

Zaštita od nedopuštenih imisija može se ostvariti i sredstvima državinske zaštite⁹.

Razlika između imisione povrede susedne nepokretnosti i smetanja poseda (smetanja državnine, po terminologiji ZPP-a), je u tome što kod prve (susedske imisije) nema oduzimanja susedne nepokretnosti, dok se kod druge (smetanje državnine) najčešće radi o oduzimanju nepokretnosti vlasniku od strane smetaoca. Zajedničko je, da i kod jedne i kod druge postoji uznemiravanje vlasnika nepokretnosti od strane imitentata odn.

⁶ V. čl. 5. ZOSPO-a. Prema presudi Višeg trgovinskog suda, Pkž 281/2004 od. 4. 11 2004. godine – Sudska praksa trgovinskih sudova – Časopis za privredno pravo, br. 4/2004, str. 165., obaveza praćenja uticaja delatnosti na životnu sredinu je permanentna obaveza predviđena Zakonom o zaštiti životne sredine, a kada je buka u pitanju, izvori *buke* moraju se upotrebljavati i održavati tako da ne prelaze *dozvoljeni nivo* u sredini u kojoj čovek boravi u smislu *Pravilnika o dozvoljenom nivou buke u životnoj sredini*.

⁷ Po sudskoj praksi šteta od hladovine ne spada u štete zbog imisije već u „susedska prava“ na koje se primenjuju pravna pravila pošumljavanja, sađenja drveća i štete od hladovine saglasno čl. 5. ZOSPO-a, br. 92/96 i P. 2282/93 od 12.12 1995. Navedeno prema SIRIUS – Sudska praksa www.sirius.rs. Međutim, treba primetiti da čl. 5. ZOSPO-a takođe reguliše imisije, unutar susedskih odnosa. Upor. čl. 364. st. 2. Austrijskog opšteg građanskog zakonika, V. npr. *Kodex des österreichischen Rechts*, Bürgerliches Recht 2009/2010, 37. Auflage, LexisNexis, Wien, ABGB, str. 54. U tom članu AOGZ se navode iste zaštićene vrednosti kao i u čl. 5. ZOSPO-a. Ali, AOGZ u st. 3. istog člana zaštićuje suseda i od *senke* koja dolazi od drveća susedne nepokretnosti.

⁸ V. čl. 42. ZOSPO-a

⁹ V. čl. 75. ZOSPO-a

smetaoca. Raspravljanje po tužbi zbog smetanja državine se ograničava samo na raspravljanje i dokazivanje činjenica poslednjeg stanja državine i nastalog smetanja. Isključeno je raspravljanje o pravu na državinu, o pravnom osnovu, savesnosti državine ili o zahtevima za naknadu štete.¹⁰ I kod susedske imisione tužbe se raspravljaju pre svega faktička pitanja, ali drugačije prirode, nego što je to kod smetanja poseda. Kod susedskih imisionih parnica *nema reči o oduzimanju* nepokretnosti. Kod njih se raspravlja o tome da je došlo do *zagađenja* susedne nepokretnosti, i time do *uznemiravanja* vlasnika susedne nepokretnosti i o ograničenju njegovih prava na korišćenje nepokretnosti. Kod tužbe zbog smetanja državine (poseda) *vrednost spora* tužbenog zahteva bi činila vrednost oduzete nepokretnosti. Za razliku od toga, kod imisione parnice, vrednost spora se ne može uvek precizno odrediti, osim ako se tužba ne proteže i na naknadu štete. Iako je označenje vrednosti spora nužni element svake tužbe¹¹ postavlja se pitanje na osnovu kojih parametra bi tužilac mogao da izračuna vrednost predmeta spora kada je reč na primer, o prenošenju neprijatnog mirisa ili čadi?

Za oba postupka je karakteristična *hitnost*. Kod imisionih parnica je opravdana naročito onda kada neposredno prethodi opasnost od nastupanja štete. Kod parnice radi smetanja državine sud može po *službenoj dužnosti* da odredi *privremene mere*.¹² Kod imisione parnice takve odredbe u propisima nema, ali bi po našem mišljenju bilo korisno da se takve mere predvide, odn. analogno primene, posebno, ako prethodi opasnost od štete širih razmera.

Iako ima koneksiteta između postupka smetanja poseda i postupka za otklanjanje imisione opasnosti ili štete, razlikuju se njihovi *zaštitni ciljevi*. Dok je osnovni cilj smetanja državine vraćanje oduzete nepokretnosti u posedovno stanje pre uzurpacije, dotle je cilj imisione parnice zabrana daljih imisionih aktivnosti definisanih u Zakonu o osnovama svojinkopravnih odnosa.

Kod oba postupka se zapaža potreba za *prevencijom*, koja čini jedno od osnovnih načela ekološkog prava. To se kod ekološke parnice ispolja-

¹⁰ V. čl. 450. st. 1. ZPP-a RS. U tom smislu: Rešenje Okružnog suda u Novom Sadu, Gž. 7455/2006 od 18. 1 2007. g. Naime, u obrazloženju ove presude se navodi da prema čl. 448. st. 1. (u međuvremenu je promenjena numeracija člana na čl. 450.) ZPP-a raspravljanje po tužbi zbog smetanja državine se ograničava samo na pretresanje i dokazivanje činjenica poslednjeg stanja državine i nastalog smetanja. Isključeno je pretresanje o pravu na državinu, pravnom osnovu, savesnosti ili nesavesnosti državine ili o zahtevima za naknadu štete.

¹¹ V. čl. 192. st.1. ZPP-a

¹² V. čl. 451. ZPP-a.

va u tome da se sudska zaštita može tražiti i ako još nije došlo do povrede subjektivnog prava, posebno, ako postoji opravdana sumnja da neposredno preći nastupanje štete.

U teoriji se razlikuju *dopuštene* od *nedopuštenih* imisija.¹³ Dopuštene su one, koje ne prelaze limite predviđene posebnim propisima (npr. pravilima Zakona o jonizirajućim zračenjima ili pravilima o limitu buke). Nedopuštene su pak one koje prelaze administrativne limite zagađenja. Tužba za otklanjanje imisionog ugrožavanja, odnosno štetnih posledica imisije je naravno dopuštena samo onda kada se radi o prekoračenju granice tolerancije date vrste imisije, tj. kada je imisija zabranjena. Nemačko pravo razlikuje nebitne uticaje na tuđe nepokretnosti (unwesentliche Beeinträchtigungen). Nebitni su oni uticaji koji ne prelaze zakonskim propisima ustanovljene granične vrednosti.¹⁴ U tim slučajevima se ne daje pravna zaštita. Prema nemačkom Građanskom zakoniku smatra se nebitnom imisijom ona koja ne ugrožava ekonomsku funkciju nepokretnosti. U slučaju da se imisijama prelaze granične vrednosti propisane posebnim zakonskim propisima u nemačkom pravu se omogućava sudska zaštita putem zabrane dalje imisije i putem naknade štete¹⁵.

III

Tužba i njen petit prema domaćem pravu

Iz navedenih zakonskih propisa materijalnog prava proističe, da tužba zbog ekološkog uznemiravanja vlasnika susedne nepokretnosti treba da sadrži konstataciju oblika uznemiravanja (npr. dim, neprijatni miris, čađ, odvođenje otpadnih voda i dr). Potrebno je podneti dokaze koji ukazuje na neki od ovih oblika ekološkog uznemiravanja, kao i dokaz o tome da je uznemiravanje preko uobičajene mere. Koja je uobičajena mera, to zavisi od administrativnih limita koji su određeni posebnim zakonskim

¹³ V. *Koziol-Welser*, Bürgerliches Recht, Band I. Koziol, Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht, 12. Auflage, Manz Verlag, Wien, 2002, str.253.; *Jabornegg - Stras-ser*, Nachbarrechtliche Ansprüche als Instrument des Umweltschutzes, Wien, 1978.

¹⁴ V. *Jauernig - Schlechtriem - Stürner - Teichmann -Vollkommer*, BGB – Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Auflage, Verlag C.H. Beck München, 1997, str. 991., komentar uz par. 906 nemačkog GZ. Inače ovaj paragraf u st. 1. određuje da vlasnik zemljišne nepokretnosti ne može tražiti otklanjanje gasova, toplote, dima, mirisa, buke i sl. koji dolaze sa druge nepokretnosti, ako ti uticaji ne ograničavaju, ili samo nebitno ograničavaju korišćenje nepokretnosti. Nebitno ograničenje postoji ako uticaj ne prelazi posebnim zakonom propisane granične vrednosti. (Ibid, str. 990.). Bitnim uticajima, imisijama se smatraju oni koji utiču na ljudski telesni integritet ili zdravlje. Sporno je bilo da li su imisije otklonjive ako je došlo do estetske povrede susedne nepokretnosti. (Ibid, str. 991.).

¹⁵ V.par.906. st.2.Nemačkog građanskog zakonika.

propisima. Prema Zakonu o zaštiti životne sredine¹⁶ zagađivanje životne sredine jeste unošenje zagađujućih materija ili energije u životnu sredinu izazvano ljudskom delatnošću ili prirodnim procesima koje ima ili može imati štetne posledice na kvalitet životne sredine i zdravlje ljudi. Tužba treba da sadrži zahtev za prestanak daljeg ekološkog uznemiravanja, uzdržavanjem od određenih aktivnosti koje doprinose zagađenju životne sredine, kao i zahtev za uklanjanje uzroka uznemiravanja. Posebno, ako se radi o takvim susedskim imisijama koje utiču na zdravlje ljudi i životinja. Naravno, ukoliko je došlo da oštećenja zdravlja, prouzrokovanih susedskim imisijama, može se tražiti naknada štete po pravilima obligacionog prava.

Navedeni zahtevi su kondemnatorne prirode. Tužilac može da se opredeli samo za jedan zahtev a može da postavi više zahteva u jednoj tužbi. Ako se opredeli za više zahteva može ih postaviti kumulativno ili eventualno, u skladu sa uslovima predviđenim ZPP-om¹⁷.

Ukoliko se tužba odnosi na otklanjanje izvora opasnosti od štete za neodređeni krug subjekata (saglasno čl. 156 ZOO), petit se odnosi na otklanjanje izvora opasnosti sa predlogom mera radi sprečavanja realizacije ekološke opasnosti. Ovaj član ZOO se može primeniti i na susedske imisije. I u susedskim odnosima je moguće da postoji pretnja opasnosti od štete, pri čemu se ona još nije realizovala. Dakle, tada nije reč o prelasku buke, dima i sl. sa jedne na drugu susednu nepokretnost, već o tome da imisija tek preči realizacijom. Tada se može tražiti otklanjanje izvora opasnosti.

U ekološkoj parnici povodom susedskih imisija može se tražiti otklanjanje izvora imisija o trošku tuženog. Tuženi se može obavezati na preduzimanje mera radi sprečavanja nastanka štete ili uznemiravanja. Ako je usled dejstva imisija došlo i do štete (npr. uništenje useva) može se tražiti istovremeno i naknada štete.

Susedska ekološka tužba je *kondemnatorna* (njom se traži otklanjanje imisionog uznemiravanja a takođe i osuda na naknadu nastale ekološke štete, može se traži i uklanjanje uzroka uznemiravanja). Postavlja se pitanje da li bi u imisionim parnicama susedne nepokretnosti bilo mesta podnošenju *deklaratorne* tužbe? Da li bi tužilac mogao postići imisionu zaštitu tužbom za utvrđenje, kada postoji pretnja opasnosti od štete u susedskim odnosima koja još nije realizovana i kada se traži otklanjanje izvora opasnosti? Ovom vrstom tužbe tužilac može

¹⁶ V. čl.3.st.1.tač.11. Zakona o zaštiti životne sredine, Sl. gl. RS br. 135/2004., izmene: br. 36/2009.

¹⁷ V. čl.197.ZPP-a

da traži da sud utvrdi postojanje ili nepostojanje nekog prava ili pravnog odnosa, povredu prava ličnosti, ili istinitost, odnosno neistinitost neke isprave. Tužilac mora posedovati pravni interes da sud to pravo utvrdi pre dospelosti zahteva za činidbu iz istog odnosa. Ograničiti tužbeni zahtev na konstaciju pretnje od uznemiravanja od strane vlasnika susedne nepokretnosti predstavlja podnošenje zahteva za činjenično utvrđenje. Tužba za utvrđenje može da se podnese radi utvrđivanja postojanja ili nepostojanja činjenica ako je to predviđeno zakonom ili drugim propisom¹⁸. Međutim, čak i kada ne bi postojale zakonske prepreke za odlučivanje povodom ovako postavljenog tužbenog zahteva i kada bi sud utvrdio da postoji opasnost od štete, stranka tom konstatacijom ne bi postigla ništa. Oklanjanje izvora opasnosti kao cilj koji bi imala stranka u takvoj situaciji po sebi predstavlja kondemnatorni zahtev. *Preobražajna* tužba kod susedskih imisija bi se mogla uložiti u slučaju traženja raskida ugovora (npr. ugovorne službenosti prolaza u korist smetaoca).

Kod imisione tužbe, posebno po čl. 156. ZOO je specifično to, što je dovoljno da tužilac tvrdi da postoji pretnja da će nastupiti šteta većih razmera koja bi mogla pogoditi i suseda, ali i druga lica. Nije potrebno, kao kod drugih parnica da tužilac tvrdi da je došlo do povrede prava (npr. da je nastupila šteta). Dovoljna je osnovana sumnja da preti šteta većih razmera. Budući da ova varijanta tužbe spada u red *actio popularis* ne treba dokazivati postojanje pravnog interesa, pošto tužbu iz razloga zaštite javnog interesa može podneti ne samo ugroženi vlasnik, već i bilo koje lice koje smatra da postoji šira imisiona opasnost. Međutim, u slučaju da je imisija dovela do štete u smislu pravila obligacionog prava, tj. ako je došlo do umanjenja imovine vlasnika imisijom ugrožene nekretnine, pravni interes predstavlja procesnu pretpostavku o kojoj sud vodi računa. Tužilac ga dokazuje tvrdnjama i dokazima da je došlo do povrede subjektivnog prava, odn. pravom zaštićenog interesa.

IV *Postupak*

U zavisnosti od petita tužbenog zahteva, radi otklanjanja uznemiravanja suseda, parnica se može odvijati prema pravilima koja važe za *opšti parnični postupak* ili *poseban parnični postupak*. Naime, ukoliko se petit odnosi na pružanje zaštite od *uznemiravanja državine*, postupak će se vo-

¹⁸ V. čl. 194. st.3. ZPP-a

diti po pravilima posebnog parničnog postupka zbog smetanja državine.¹⁹ U ostalim slučajevima postupak u parnicama za zaštitu životne sredine će se rešavati po pravilima koja važe za opšti parnični postupak. Dakle, ako tužilac na osnovu prava svojine na nepokretnosti ostvaruje zaštitu od imisija raspravlja će se po pravilima opšteg parničnog postupka.

U parnicama za zaštitu životne sredine *stvarno je nadležan* opštinski sud, saglasno Zakonu o uređenju sudova.²⁰

Viši sud bi sudio u prvom stepenu u opštem parničnom postupku, kada vrednost predmeta spora omogućuje izjavljivanje revizije. Prema ZPP-u vrednost predmeta spora pobijenog dela mora preći dinarsku protivvrednost od 100.000 evra po srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan podnošenja tužbe da bi revizija bila dozvoljena.²¹

Kada je reč o *mesnoj nadležnosti* u parnicama za zaštitu životne sredine primenjuju se pravila o opštoj mesnoj nadležnosti predviđena ZPP-om.²² Od posebnih mesnih nadležnosti primenjuju se pravila o elektivnoj mesnoj nadležnosti u sporovima za naknadu štete. Za suđenje u sporovima zbog vanugovorne odgovornosti za štetu, pored suda opšte mesne nadležnosti, nadležan je i sud na čijem je području štetna radnja izvršena ili sud na čijem je području štetna posledica nastupila.²³ Primenjuju se i pravila o isključivoj mesnoj nadležnosti u sporovima o pravu svojine i drugim stvarnim pravima na nepokretnosti, sporovima zbog smetanja državine na nepokretnosti, kao i u sporovima iz zakupnih odnosa na nepokretnosti. Tada je isključivo mesno nadležan sud na čijem području se nepokretnost nalazi.²⁴

Hitnost postupka je naročito izražena onda, kada preti nastupanje veće štete, odnosno, ako se pretnja nastupanja štete može otkloniti nalažanjem odgovarajućih mera na teret troškova imitenta, a naročito ako se hitnim preventivnim merama za sprečavanje realizacije opasnosti od štete može otkloniti ugrožavanje zdravlja suseda i članova njegove porodice. Potreba za hitnim rešavanjem spora je u ZPP-u posebno istaknuta u parnicama zbog smetanja državine. Međutim, značaj imisije parnice bi nalažao da sud prilikom određivanja rokova i ročišta vodi računa o primeni ovog načela.

¹⁹ V. čl. 448-454. Zakona o parničnom postupku, Sl. glasnik RS br.72/2011.

²⁰ V. čl. 22. Zakona o uređenju sudova, Sl. glasnik RS br.116/2008,104/2009 i 101/2010.

²¹ V čl. 403. st.3. ZPP-a

²² V čl. 38-41. ZPP-a

²³ V čl. 44. ZPP-a

²⁴ V. čl.51. ZPP-a

Pravo na podizanje tužbe ima vlasnik nepokretnosti koja je ugrožena ekološkom opasnošću ili kome je načinjena ekološka šteta. Stranka mora biti učesnik u materijalnopravnom odnosu iz koga je nastala parnica da bi bila stvarno legitimisana. Usled nedostatka stvarne legitimacije tužbeni zahtev se odbija. Kod susedskih imisionih parnica nema odvajanja procesne od stvarne legitimacije. Ako je došlo do ugrožavanja ili oštećenja širih razmera, dakle preko granica susednih nepokretnosti, pravo na podizanje tužbe osim neposredno ugroženog subjekta ima i svako zainteresovano lice, čak i lice koje nema neposredni pravni interes. ZOO predviđa da tužbu radi ekološke prevencije u slučaju kad preti opasnost od štete širih razmera, može pokrenuti *svako*, u cilju da od *sebe* ili *drugoga* otkloni preteću opasnost od štete.²⁵ U parnicama povodom tužbe *actio popularis* se odvajaju procesna od stvarne legitimacije.

Ako se povodom tužbe za otklanjanje susedskih imisija vodi opšti parnični postupak onda i sva pravila koja se odnose na pripremanje glavne rasprave, prethodno ispitivanje tužbe, odgovor na tužbu, pripremno ročište, ročište za glavnu raspravu, važe i kod susedskih imisionih parnica. Sud može u toku pripremanja glavne rasprave da donese presudu na osnovu priznanja, presudu na osnovu odricanja i presudu zbog propuštanja, kao i da primi na zapisnik poravnanje stranaka. Predsednik veća može u toku pripremanja glavne rasprave, posle prijema odgovora na tužbu, da donese presudu, ako utvrdi da među strankama nisu sporne činjenice i da ne postoje druge smetnje da donošenje odluke.²⁶

Kod susedskih imisionih parnica, stranke su dužne da iznesu sve činjenice na kojima zasnivaju svoje zahteve i da predlože dokaze kojima se utvrđuju te činjenice. To će najpre učiniti tužilac čija je nepokretnost ugrožena ili povređena imisionim aktivnostima suseda. Međutim, ako se radi o imisionoj pretnji preko granica susedske nepokretnosti, sa ugrožavanjem neodređenog kruga lica, činjenice se mogu utvrditi i dokazivanje se može sprovesti po službenoj dužnosti. Ako je došlo do realizacije susedske imisije potrebno je predložiti dokaze koji su podobni za dokazivanje da je došlo npr. do prekomernog odvođenja otpadnih voda, potrebnom hemijskom analizom. Ako se radi o opasnosti od nastupanja štete, treba dokazati da postoji neposredna pretnja nastupanja štete. Ukoliko je došlo do realizacije štete i petitom se traži naknada štete, potrebno je dokazati visinu štete.

²⁵ V. čl. 156. st.1. ZOO-a

²⁶ V čl. 291. ZPP-a

Kao *dokazna sredstva* mogu se koristiti uviđaj, svedoci, veštaci, isprave, saslušanje stranaka, po potrebi i u zavisnosti od prirode imisija. Dokazna sredstva predlažu stranke. U hitnim slučajevima, kada preti opasnost od štete za neodređeni krug subjekata ili kada postoji opasnost da će doći usled preteće imisije do ugrožavanja zdravlja ljudi, sud može odrediti dokazivanje po službenoj dužnosti. On može naredi i preventivne mere radi sprečavanja nastupanja opasnosti od štete.

Pre okončanja rasprave sud može na inicijativu tužioca ili po službenoj dužnosti da odredi *privremene mere*, ako preti opasnost većih ekoloških šteta.

Posle sprovedene rasprave sud može, saglasno petitu tužbenog zahteva da donese *presudu sa deklarativnim, kondemnatornim* ili *preobražajnim* judikatom. Deklaratornom presudom se na autoritativan način konstatuje imisiona ugrožavanja ili povrede. Kondemnatornom presudom se na primer, tuženi obavezuje na prestanak daljeg vršenja imisija (smetanja), osuđuje se na otklanjanje posledica, ili se obavezuje na naknadu nastale štete. Preobražajnom presudom se menja do tada postojeće pravo, npr. raskida se ugovor o zakupu zaključen između vlasnika nepokretnosti kao zakupodavca i vlasnika susedne nepokretnosti kao zakupca, pošto je zakupac koristio zakupljeno zemljište nenamenski, tako što je vršio nedopuštene imisije. Pored navedenih presuda u parnicama radi otklanjanja susedskih imisija sud može doneti delimičnu presudu, međupresudu, presudu na osnovu priznanja, presudu na osnovu odricanja, presudu zbog propuštanja, presuda zbog izostanka.

Žalbeni postupak teče po istim pravilima koja važe za presude koje su donete po pravilima opšteg parničnog postupka.

Revizija se može uložiti protiv pravnosnažne presude donete u drugom stepenu ako vrednost predmeta spora pobijenog dela pređe 100.000 evra po srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan podnošenja tužbe.

Ako se ispune zakonom predviđeni uslovi postupak koji je odlukom suda pravnosnažno okončan može na predlog stranke da se ponovi.

Troškovi spora, privremenih mera, kao i mera otklanjanja opasnosti od štete, odnosno štetnih posledica padaju na tuženog imitenta, naravno, ukoliko se imisiona tužba pokaže osnovanom. Stranka koja je u celini izgubila parnicu dužna je da protivnoj stranci naknadi troškove. Ako stranka delimično uspe u parnici, sud može s obzirom na postignuti uspeh da odredi da svaka stranka snosi svoje troškove ili da jedna stranka naknadi drugoj srazmeran deo troškova.²⁷

²⁷ V čl. 153. ZPP-a

V

Zaključne napomene

Pravo zaštite životne sredine je kompleksna oblast. Ono je koordinisani sistem pravila civilnog i javnog prava. Nije samo pitanje unutrašnjeg prava, već i evropskog prava. Utoliko pre što imisije nisu samo susedske, već mogu biti i regionalne i prekogranične, ponekad i globalne. Pristup zaštiti životne sredine mora biti takav da vodi računa o tome da i sused ima odgovornost prema životnoj sredini. Privatno pravo ima za cilj da zaštiti suseda od prekomernih imisija vlasnika susedne nepokretnosti, uključiv buku, dim, potrese, odvođenje otpadnih materijala i drugih imisija. Naravno, postoje tolerantne granice, tj. dokle sused mora da podnosi prekomerna imisiona zadiranja. U tom pogledu u evropskoj doktrini postoje dva određenja: prvo je da se moraju definisati granice tolerancije po pojedinim imisijama; drugo je da imisiona zadiranja ne bi trebalo da onemoguće ekonomsko funkcionisanje susedne nepokretnosti.

*Marija Salma, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad*

Lawsuits for Removal of Neighboring Immissions

Abstract

Immissions from neighboring properties, such as noise, smoke, tremors etc, are governed in the substantive law by the *Law on Foundations of Property Relations*. The Law envisages that a lawsuit may be filed to prevent disturbances. Moreover, there is also the option to seek the compensation of incurred damages. The lawsuit for removal of neighboring immissions differs from the one for obstruction of possession, since it doesn't require establishment of the most recent status of possession, and since there is no deprivation of possession in fact. Neighboring immissions result in disturbance of possession, wherefore the lawsuit on neighboring immissions boils down to evidencing of environmental infringements of neighboring property's space - e.g. soil, air - set forth by the law. Disturbance of possession through illicit influencing of a property, whereupon such property does not change its holder, represents also a form of trespassing, which may be subject to a separate lawsuit. Such disturbance is not caused by immissions.

Key words: neighboring immissions, lawsuit for removal of neighboring immissions, lawsuit for trespassing

*Dr Radenka Cvetić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

PRAVNA SPOSOBNOST I BIOMEDICINA¹ – biomedicinska diskriminacija –

Sažetak: U radu se, polazeći od pojma pravne sposobnosti kao opšte pravne mogućnosti priznate od strane pravnog poretka da se bude imalac prava i obaveza, razmatra domašaj apsolutne ustavne garancije prava na pravnu ličnost, kao i smisao ustavnog načela o zabrani diskriminacije iz kojeg proističe jednakost svih pred Ustavom i zakonom. Pažnja je usmerena i na momenat sticanja pravne sposobnosti odnosno pravnog subjektiviteta. Nakon toga razmotreno je pitanje da li je ograničenje kruga subjekata prava na pristup tehnikama asistirane reprodukcije (postupak biomedicinski potpomognutog oplođenja) u suprotnosti sa utvrđenim pravilima o pravnoj sposobnosti, to jest da li se radi o svojevrsnoj biomedicinskoj diskriminaciji.

Ključne reči: pravna sposobnost, pravni subjektivitet, jednakost pred zakonom, subjekti prava na postupke biomedicinskog začeća, diskriminacija

Elementi pojma pravne sposobnosti

Pravnu sposobnost shvaćenu kao sposobnost da se bude imalac prava i obaveza, fizička lica stiču rođenjem, a pravna lica kroz poseban postupak priznanja pravnog subjektiviteta od strane pravnog poretka određene države. Pravna sposobnost predstavlja jedan od elemenata pravnog subjektiviteta i fizičkih i pravnih lica. Ostali elementi su poslovna i de-

¹ Ovaj članak sadrži rezultate istraživanja u okviru projekta koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj, sa temom *Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo* (broj projekta 179079).

liktna sposobnost i oni predstavljaju pozitivnu ili negativnu realizaciju opšte pravne mogućnosti da se bude imalac prava i obaveza.² Tema ovog rada ograničava naše bavljenje pravnom sposobnošću na pravnu sposobnost fizičkog lica.

Pravna sposobnost fizičkog lica može se označiti kao element njegovog pravnog subjektiviteta (uz poslovnu i deliktnu sposobnost),³ ali se na određeni način može i poistovetiti sa pravnim subjektivitetom. Naime, fizičko lice postaje subjekt prava momentom rođenja, što je istovremeno i relevantni momenat za sticanje pravne sposobnosti. Dok su ostali elementi pravnog subjektiviteta vezani za odgovarajući stepen sposobnosti za rasuđivanje, što nužno podrazumeva određeni uzrast,⁴ sticanje pravne sposobnosti uslovljeno je jedino činjenicom živorođenosti.⁵ To ima za posledicu privid „... da je pravna sposobnost dar rođenja ili urođeno svojstvo. Međutim, svojstvo pravnog subjekta je pravna kategorija i stiče se na osnovu priznanja od strane pravnog poretka.“⁶

² Obren Stanković u: Obren Stanković, Vladimir Vodinelić, *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 1995, str. 62: „Za razliku od pravne i poslovne sposobnosti, deliktna sposobnost u građanskom pravu nije pravna privilegija (da se nešto ima, da se izjavom svoje volje nešto pribavi i uopšte proizvede pravno dejstvo), već pravna izloženost sankciji, koja je po svojoj prirodi imovinska i sastoji se u obavezi naknade štete.“

³ O pravnoj sposobnosti može se govoriti i kao elementu koji određuje pravni položaj ili pravni status nekog lica. Videti: Dušan Nikolić, *Uvod u sistem građanskog prava*, Novi Sad, 2010, str. 236: „Pravni položaj ili pravni status određuje da li neko lice može: da bude nosilac pojedinih građanskih subjektivnih prava i obaveza (pravna sposobnost); da izjavom svoje volje stiče, menja i ukida (gasi) prava i obaveze (poslovna sposobnost); da odgovara za štetne posledice svojih postupaka (deliktna sposobnost); da samostalno štiti svoja prava u postupku pred sudom (procesna sposobnost).“

⁴ O primerenosti/neprimerenosti postojećih starosnih granica za sticanje poslovne i deliktne sposobnosti videti: Dubravka Klasiček i Davorin Pichler, *O poslovnoj, oporučnoj i deliktnoj sposobnosti djeteta*, u: *Dijete i pravo*, Osijek, 2009, str. 117-138. Treba naglasiti da odgovarajući uzrast, sam za sebe, ne podrazumeva ni poslovnu ni deliktnu sposobnost upravo zbog činjenice njihove neraskidive vezanosti za sposobnost za rasuđivanje. To ima za posledicu da nedostatak sposobnosti za rasuđivanje dovodi do ograničenja ili lišenja već stečene poslovne sposobnosti, odnosno do deliktne neodgovornosti uprkos određenim godinama starosti.

⁵ Obren Stanković, *op. cit.*, str. 53: „Potpuna (istovremeno i opšta) pravna sposobnost, na osnovu koje su pojedincu dostupna (pod propisanim uslovima) sva prava koja pravni poredak poznaje, stiče se rođenjem, pod uslovom da je dete rođeno živo. Kako je, pak, to redovan slučaj, zakonska je pretpostavka da je dete živo rođeno a ko (u cilju ostvarenja nekih svojih interesa) tvrdi suprotno, to mora i dokazati, to jest da je dete rođeno mrtvo (pri čemu je bez značaja da li je smrt nastupila u toku samog porođaja ili još ranije).“ O domašaju pretpostavke života videti: Dušan P. Radoman, *Život se pretpostavlja*, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, br. 5/1980, str. 48- 53.

⁶ Radmila Kovačević Kuštrimović u: Radmila Kovačević Kuštrimović, Miroslav Lazić, *Uvod u građansko pravo*, Niš, 2008, str. 111.

Upravo zbog činjenice da je pravna sposobnost pravna kategorija, a ne urođeno svojstvo, moguće je bilo da vekovima budu različiti pojmovi fizičko lice (kao subjekt prava) i čovek (kao biološko biće), te da određena prava budu priznata i začetom, a još nerođenom detetu (*nasciturus*).⁷ To, sa druge strane, znači da se može postaviti pitanje opravdanosti vezivanja pravnog subjektiviteta i pravne sposobnosti za momenat rođenja, te da je moguće zamisliti da će u budućnosti ovo pitanje biti drugačije regulisano.

Naime, pitanja kada počinje čovekov život i kada njegova pravna zaštita mogu dobiti drugačiji odgovor od postojećeg, što pravni poredak može potvrditi svojom regulativom. Navodimo jedan od mogućih pristupa iznet u našoj pravnoj literaturi pre dve decenije: „Pravni subjektivitet i zaštitu trebalo bi priznati od začeća. Već tada je položena genetska šifra čoveka, i već tada se taj život kao ljudski razlikuje od života svih drugih vrsta. Nakon začeća ne nastaje ni jedna promena koja bi bila kvalitativna: uspostavljanje povratne sprege, nedeljivost jajne ćelije, nastanak organa, nervnog sistema, rođenje itd. ne predstavljaju ništa novo za kvalifikovanje tog života kao ljudskog života. Zato nema osnove da se žrtvuje bilo koji period nepromenljivog kvaliteta, da se ljudski život nepovoljnije tretira u nekom periodu nego u drugom.“⁸

Odgovori na pitanje koji momenat, ako to već nije rođenje, treba smatrati odlučujućim za nastanak čoveka i od kojeg mu treba pružiti pravnu zaštitu kao pravnom subjektu, mnogobrojni su i svi naizgled logični i opravdani.⁹ Međutim, polazeći od pozitivnopravnih rešenja i preovlađujućeg mišljenja, može se konstatovati da bezuslovno priznavanje pravnog subjektiviteta začetku nije realna opcija.¹⁰ Sledstveno tome, zaključak je da se pravna sposobnost (pravni subjektivitet) stiče rođenjem

⁷ Može se reći da je rimsko pravo još od Zakona XII tablica štitilo čoveka i pre njegovog rođenja (u majčinoj utrobi; *qui in utero sunt*), predviđajući kaznu za onog ko sahrani ženu u poodmakloj trudnoći, a da pre toga ne izvadi dete i proveru da li je sposobno za život. Klasično rimsko pravo daje nasledna prava nerođenom detetu (pod uslovom da se živo rodi) i uvodi institut staraoca nerođenog deteta. Videti: Antun Malenica, *Rimsko pravo*, druga sveska *Instituti rimskog prava*, Novi Sad, 2006, str. 49.

⁸ Vladimir. V. Vodinelić, *Građansko pravo – uvodne teme*, Beograd, 1991, str. 3.

⁹ *Ibidem*. Videti upućivanje na literaturu dato u napomeni br. 3. Kao mogući momenti navode se: „1) čas začeća, oplodnje jajne ćelije; 2) 4. dan po začeću (od kada se uspostavlja povratna sprega između organizma majke i jajne ćelije); 3) 12. dan po začeću (od kada spora ne može više da se deli); 4) 14. dan po začeću odn. 28. dan posle početka poslednje menstruacije (kao vreme nidacije, učvršćenja oplodjene jajne ćelije u materični zid); 5) 40. dan po začeću (kao vreme procesa obrazovanja velikog mozga).“

¹⁰ Radmila Kovačević Kuštrimović, *op. cit.*, str. 111: „Priznanje bezuslovnog subjektiviteta začetku nije realno. Ono bi zahtevalo potpunu zaštitu prava na život deteta, uključujući i zaštitu od prava majke na prekid trudnoće.“

(živorodenost, koja se pretpostavlja, bez ikakvih dodatnih uslova), a da se začetku priznaju određena prava čija se realizacija odlaže pod uslovom da se dete živo rodi. Kako je krug prava koja se priznaju začetku sve širi, postalo je uobičajeno da se govori o uslovljenom subjektivitetu začetog a još nerođenog deteta.¹¹

Pravni pojam *fizičko lice* označava 1) čoveka kao biološko biće 2) kome je pravni poredak priznao pravni subjektivitet. Nekada je to razlikovanje imalo suštinski karakter budući da nisu svi ljudi bili priznati kao pravni subjekti.¹² Danas se ne pravi razlika u tom smislu jer je svaki čovek subjekt prava, što predstavlja značajnu civilizacijsku tekovinu. Ona je izričito proklamovana u *Opštoj deklaraciji o pravima čoveka*:¹³ „Svako ima pravo da svuda bude priznat kao pravni subjekt“ (član 6).

U Ustavu Republike Srbije iz 2006. godine, u delu *Ljudska prava i slobode*, pravni subjektivitet garantuje se svakom licu u članu 37 *Pravo na pravnu ličnost*: „(1) Svako lice ima pravnu sposobnost. (2) Lice punoletstvom stiče sposobnost da samostalno odlučuje o svojim pravima i obavezama. Punoletstvo nastupa sa navršених 18 godina. (3) Izbor i korišćenje ličnog imena i imena svoje dece slobodni su.“ Ova ustavna garancija apsolutnog je karaktera, jer pravo na pravnu ličnost spada u grupu zajemčenih prava u pogledu kojih nisu dozvoljene mere odstupanja od ljudskih i manjinskih prava za slučaj rata ili vanrednog stanja predviđene u članu 202 Ustava Republike Srbije.¹⁴

Jednakost pred Ustavom i zakonom – zabrana diskriminacije

Postojanje pravnog subjektiviteta kao opšteg svojstva ličnosti je osnov za ustavno načelo pravne jednakosti odnosno jednakosti pred zakonom.¹⁵ Ustavom Republike Srbije u članu 21 *Zabrana diskriminacije* izri-

¹¹ Uporedi: Radmila Kovačević Kuštrimović, *op. cit.*, str. 111-112; Obren Stanković, *op. cit.*, str. 53; Vladimir. V. Vodinelić, *op. cit.*, str. 3-4; Dušan Nikolić, *op. cit.*, str. 11-12; Danica Popov, *Građansko pravo (opšti deo)*, Novi Sad, 2007, str. 75-77.

¹² O tome videti više u: Danica Popov, *op. cit.*, str. 73; Radmila Kovačević Kuštrimović, *op. cit.*, str. 109-110; Obren Stanković, *op. cit.*, str. 52.

¹³ *The Universal Declaration of Human Rights*, usvojena od strane Generalne skupštine Ujedinjenih nacija (Rezolucija 217 A /III, od 10. decembra 1948. godine).

¹⁴ O razlogu postavljanja pitanja ustavnosti zakonskih odredbi koje regulišu ograničenje poslovne sposobnosti uprkos ustavnoj garanciji koja to niti dopušta, niti na to upućuje, videti: Marijana Pajvančić, *Komentar Ustava Republike Srbije*, Beograd, 2009, str. 52.

¹⁵ O potrebi razlikovanja ovog ustavnog i opšteg načela (gde se jednakost tiče odnosa prema zakonu) od građanskopravnog (diferencijalnog) načela ravnopravnosti (pravne jednakosti, koordinacije) učesnika građanskopravnog odnosa (koje se tiče uzajamnog odnosa stranaka u datom pravnom odnosu), te o, u oba slučaja, samo formalnoj jednakosti, videti u: Vladimir. V. Vodinelić, *op. cit.*, str. 63-64.

čito je utvrđeno: „(1) Pred Ustavom i zakonom svi su jednaki. (2) Svako ima pravo na jednaku zakonsku zaštitu, bez diskriminacije. (3) Zabranjena je svaka diskriminacija, neposredna ili posredna, po bilo kom osnovu, a naročito po osnovu rase, pola, nacionalne pripadnosti, društvenog porekla, rođenja, veroispovesti, političkog ili drugog uverenja, imovnog stanja, kulture, jezika, starosti i psihičkog ili fizičkog invaliditeta. (4) Ne smatraju se diskriminacijom posebne mere koje Republika Srbija može uvesti radi postizanja pune ravnopravnosti lica ili grupe lica koja su suštinski u nejednakom položaju sa ostalim građanima.“ Ovakva ustavna odredba predstavlja potvrdu proklamacije iz člana 7 *Opšte deklaracije o pravima čoveka*¹⁶, kao i odredbe člana 14 *Evropske konvencije o ljudskim pravima*.¹⁷

Ustavna garancija dobila je zakonsku potvrdu i razradu donošenjem Zakona o zabrani diskriminacije.¹⁸ Njime je uređena opšta zabrana diskriminacije, oblici i slučajevi diskriminacije, postupci zaštite od diskriminacije i ustanovljen samostalan i nezavisni državni organ za zaštitu ravnopravnosti (Poverenik). Prilikom propisivanja šta se smatra diskriminacijom i diskriminatorskim postupanjem, zakonodavac je naveo najčešće osnove diskriminacije, uz ostavljanje mogućnosti da se može raditi i o drugim ličnim svojstvima (stvarnim ili pretpostavljenim).¹⁹ Iako samo eg-

¹⁶ „Svi su pred zakonom jednaki i imaju pravo bez ikakve razlike na podjednaku zakonsku zaštitu. Svi imaju pravo na jednaku zaštitu protiv bilo kakve diskriminacije kojom se krši ova Deklaracija i protiv svakog podsticanja na ovakvu diskriminaciju.“

¹⁷ *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights)* usvojena je u Savetu Evrope 4. novembra 1950. godine, a stupila je na snagu 3. novembra 1953. godine. Srbija (tada u sastavu Državne zajednice Srbija i Crna Gora) potpisnik je postala 3. aprila 2003. godine, a ratifikacija je izvršena i Konvencija je stupila na snagu 3. marta 2004. godine. Član 14 (*Zabrana diskriminacije*) Konvencije glasi: „Uživanje prava i sloboda predviđenih u ovoj Konvenciji obezbeđuje se bez diskriminacije po bilo kom osnovu, kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, veroispovest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno poreklo, veza s nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status.“ Videti više o primeni člana 14 Konvencije u: Donna Gomien, *Kratak vodič kroz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima* (3. izdanje), on line, str. 156-164; http://www.cedem.me/fajlovi/editor_fajlovi/projekti/Kratak_vodic_kroz_Evropsku_konvenciju_o_ljudskim_pravima.pdf (pristup 17. novembar 2011)

¹⁸ *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 22/2009.

¹⁹ Član 2, st. 1, tačka 1 Zakona o zabrani diskriminacije: „Izrazi „diskriminacija“ i „diskriminatorsko postupanje“ označavaju svako neopravdano pravljenje razlike ili nejednako postupanje, odnosno propuštanje (isključivanje, ograničavanje ili davanje prvenstva), u odnosu na lica ili grupe kao i na članove njihovih porodica, ili njima bliska lica, na otvoren ili prikriven način, a koji se zasniva na rasi, boji kože, precima, državljanstvu, nacionalnoj pripadnosti ili etničkom poreklu, jeziku, verskim ili političkim ubeđenjima, polu, rodnom identitetu, seksualnoj orijentaciji, imovnom stanju, rođenju, genetskim osobenostima, zdravstvenom stanju,

zamplarno, nabranje je vrlo detaljno,²⁰ što izražava tendenciju da se u momentu donošenja zakona imenuju svi u životu zastupljeni i realno oče-kivani osnovi diskriminacije.

Ako, zbog činjenice da je pravna sposobnost univerzalno svojstvo sva-kog čoveka, nema više suštinske razlike između fizičkog lica kao subjekta prava i čoveka kao biološkog bića, treba i dalje praviti razliku pri upotrebi pojma čovek (lice) i građanin.²¹ Naime, uprkos činjenici da je danas veoma širok krug prava koja su dostupna strancima pod jednakim uslovima kao i domaćim državljanima, svaka država pojedina prava rezerviše za svoje drža-vljane (građane), dok neka čini dostupnim strancima samo uz ispunjenost ne-kog dodatnog uslova (najčešće uslova uzajamnosti).²² U skladu s takvim sta-vom i naša država je u pogledu položaja stranaca utvrdila ustavno načelo po kojem stranci, u skladu sa međunarodnim ugovorima, imaju sva prava za-jemčena Ustavom i zakonom osim onih koja su samim Ustavom ili zakonom rezervisana samo za državljanje Republike Srbije.²³

Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini

*Konvencija za zaštitu ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primene biologije i medicine: Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini*²⁴ - Srbija je potpisnica Konvencije od 9. februara 2005. godi-ne, a ratifikacija je izvršena 15. decembra 2010. godine.²⁵ Instrument o

invaliditetu, bračnom i porodičnom statusu, osuđivanosti, starosnom dobu, izgledu, članstvu u političkim, sindikalnim i drugim organizacijama i drugim stvarnim, odnosno pretpostavljenim ličnim svojstvima (u daljem tekstu: lična svojstva).“

²⁰ Detaljnije u odnosu na *Evropsku konvenciju o ljudskim pravima* (član 14) i Ustav Republike Srbije (član 21).

²¹ U tom smislu u Zakonu o zabrani diskriminacije (član 2, st. 1, tačka 2 i 3) izričito je utvrđeno: „izrazi „lice“ i „svako“ označavaju onog ko boravi na teritoriji Republike Srbije ili na teritoriji pod njenom jurisdikcijom, bez obzira na to da li je državljanin Re-publike Srbije, neke druge države ili je lice bez državljanstva, kao i pravno lice koje je - registrovano, odnosno obavlja delatnost na teritoriji Republike Srbije,“ a „izraz „građa-nin“ označava lice koje je državljanin Republike Srbije.“

²² Uporedi: Danica Popov, *op. cit.*, str. 98-99; Radmila Kovačević Kuštrimović, *op. cit.*, str. 133; Dušan Nikolić, *op. cit.*, str. 123; Obren Stanković, *op. cit.*, str. 63.

²³ O kojim se pravima radi, kao i mišljenje da je navedena ustavna norma nepreci-zna, videti više u: Marijana Pajvančić, *op. cit.*, str. 26-27.

²⁴ *Convention for the protection of Human Rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*, sačinjena je u Ovijsu i otvorena za potpisivanje 4. aprila 1997. godine, a stupila je na snagu 1. decembra 1999. godine (nakon pet ratifikacija, uključujući četiri čla-nice Saveta Evrope, u skladu sa čl. 33, st. 3 Konvencije).

²⁵ Zakon o potvrđivanju Konvencije i tekst Konvencije objavljeni su u *Službeni gla-snik Republike Srbije – Međunarodni ugovori*, br. 12/2010. U skladu sa čl. 33, st. 4 Ko-

ratifikaciji predat je 10. februara 2011. godine, tako da je ova Konvencija za Srbiju stupila na snagu 1. juna 2011. godine.²⁶

Osnovna intencija Konvencije je da se obezbedi korišćenje rezultata evidentnog i permanentnog razvoja biologije i medicine za dobrobit čovečanstva, a da se pri tome spreči zloupotreba u cilju zaštite ljudskog dostojanstva. „Države potpisnice Konvencije iz Ovijeda saglasile su se da je neophodno štititi ljudska prava, fundamentalne slobode, dignitet i identitet ljudskog bića. To je objektivni okvir za primenu biomedicine i njenih dostignuća.”²⁷ U osnovi ovakvog pristupa je strah od moguće zloupotrebe biomedicinskih postupaka, što je uočljivo i kroz izričito utvrđenje da interes i dobrobit ljudskog bića imaju prednost nad samim interesom društva ili nauke (član 2 Konvencije).²⁸ Takođe, naglašana je neophodnost slobodnog i relevantnog pristanka onog lica na kojem zahvat treba preduzeti, pod pretpostavkom da je ono na odgovarajući način informisano o svrsi i prirodi zahvata, te njegovim posledicama i rizicima, kao i mogućnost da se slobodno i u bilo koje vreme pristanak povuče (član 5 Konvencije).²⁹

Nužnost opreza i nužnost primene naučnih dostignuća za dobrobit ljudi, a pre svega u interesu očuvanja i unapređenja zdravlja, treba pomicati odgovarajućom regulativom. Pri tome, međutim, treba biti oprezan da propisani okvir primene biomedicinskih postupaka ostane u okviru ustavnih garancija i opšte zabrane diskriminacije.

Zakonska regulativa o biomedicinski potpomognutom začeću u Srbiji

Zakon o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja donet je 2009. godine.³⁰ Njime su regulisani uslovi, na-

nvenције razlikuju se datumi donošenja Zakona o ratifikaciji (15. decembar 2010.) i same ratifikacije i stupanja na snagu u smislu stvaranja međunarodnopravne obaveze za Srbiju (10. februar 2011./1. jun 2011.)

²⁶ Podaci sa zvaničnog sajta Saveta Evrope (<http://convention.coe.int>). Prema podacima na dan 25. novembra 2011. godine (dan pristupa sajtu) broj zemalja koje su ratifikovale ovu Konvenciju je 28, a još 7 zemalja je potpisalo Konvenciju a nije izvršilo ratifikaciju.

²⁷ Filip Turčinović, *Konvencija iz Ovijeda – Evropska povelja o bioetici*, MP 1-2/2002, str. 147 (članak je dostupan on line: <http://www.doiserbia.nb.rs>).

²⁸ Konvencija se sastoji iz preambule i 38 članova raspoređenih u XIV poglavlja. O sadržini same Konvencije i pratećim Protokolima videti: Dragoslav M. Marinković, *Deklaracije o genetskim podacima i konvencije o pravima čoveka i biomedicini*, str. 5-6 članak je dostupan on line: <http://www.dgsgenetika.org.rs/pdf/Marinkovic.pdf>.

²⁹ Propisan je i poseban mehanizam zaštite lica koja nisu sposobna dati pristanak kao i lica s mentalnim poremećajem (čl. 6-7 Konvencije).

³⁰ *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 72/2009.

čin i postupak lečenja neplodnosti kod žena i muškaraca postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja (BMPO).³¹ Bez upuštanja u analizu celog Zakona, zadržaćemo se samo na onim njegovim odredbama koje smatramo neophodnim za temu ovog rada.

Pri objašnjenju značenja pojedinih izraza upotrebljenih u Zakonu (čl. 3), određeno je da je postupak BMPO kontrolisani postupak oplodjenja žene koji se sprovodi u skladu sa savremenim standardima medicinske nauke, koji je različit od polnog odnosa i koji se sprovodi u skladu s ovim zakonom (čl. 3/tačka 2).³²

Zakonom je izričito propisano da je cilj postupka BMPO rađanje deteta, uz izričitu zabranu započinjanja postupaka BMPO radi sprovođenja naučnih istraživanja na embrionu (čl. 24).

Uočljiva je brojnost načela odnosno najopštijih pravila koja predstavljaju polazište i okvir regulisanja ovog pitanja: načelo medicinske opravdanosti BMPO, načelo zaštite ljudskog bića, načelo opštedruštvenog interesa, načelo zaštite prava deteta i lica povezanih sa BMPO, načelo jednakosti, načelo slobode odlučivanja, načelo zaštite ljudskog dostojanstva, načelo zaštite privatnosti i načelo bezbednosti. To samo govori da se radi o materiji pri čijem regulisanju treba biti veoma obazriv, jer pogrešno postupanje može imati negativne posledice u oblasti ljudskih prava i sloboda.

U tom smislu biće razmotrena adekvatnost regulative u pogledu kruga subjekata prava na postupke BMPO i njen uticaj na pravnu sposobnost fizičkog lica. Pri tome, imaćemo u vidu polazište zakonodavca da se radi o *lečenju neplodnosti* postupcima BMPO, te neophodnosti da je ono *me-*

³¹ Zakon sadrži 80 članova raspoređenih u XIV glava: Osnovne odredbe (čl. 1-3), Načela postupka BMPO (čl. 4-12), Organizacija zdravstvenih ustanova koje obavljaju postupke BMPO (čl. 13-22), Postupak lečenja neplodnosti postupcima BMPO (čl. 23-39), Postupak BMPO sa reproduktivnim ćelijama donora i ranim embrionima (čl. 40-55), Zabranjene aktivnosti u postupku BMPO (čl. 56), Čuvanje semenih ćelija, neoplođenih jajnih ćelija i ranih embriona (čl. 57-59), Naučnoistraživački rad (čl. 60), Medicinska dokumentacija i evidencija (61-64), Očinstvo i materinstvo lica začelih putem BMPO (čl. 65-66), Nadležnost Uprave za biomedicinu u postupcima BMPO (čl. 67-69), Nadzor (čl. 70), Kaznene odredbe (čl. 71-75, Prelazne i završne odredbe (čl. 76-80).

³² Postupci BMPO predviđeni su u čl. 23 (unutartelešno i vantelesno oplodjenje). O mogućoj klasifikaciji postupak BMPO odnosno tehnikama medicinski asistiranu reprodukcije videti: Ruth Deech and Anna Smajdor, *From IVF to Immortality (Controversy in the Era of Reproductive Technology)*, Oxford University Press, 2007, str. 15-28; Gordana Kovaček Stanić, *O modelu zakona o ljudskoj reprodukciji uz biomedicinsku pomoć*, u *Legislativa o ljudskoj reprodukciji uz biomedicinsku pomoć*, Novi Sad, 2008, str. 8-17; Sandra Josić, *Subjekti postupka in vitro fertilizacije u uporednom pravu i njihov pravni položaj*, diplomski rad, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2010, str. 8-13.

dicinski opravdano, odnosno da se sprovodi u slučaju kada lečenje neplodnosti drugim postupcima nije moguće ili ima značajno manje šanse za uspeh i ukoliko se na taj način ne dovodi do neprihvatljivog rizika po zdravlje, život i bezbednost majke, odnosno deteta (član 4).

Subjekti prava na postupke biomedicinski potpomognutog oplodenja

Pri određivanju koja lica imaju pravo na lečenje neplodnosti postupcima BMPO, zakonodavac se opredelio za pristup privilegovanja žene i muškarca koji vode zajednički život. Naime, pravo na ovaj vid lečenja rezervisano je za muškarca i ženu: 1) koji su punoletni i poslovno sposobni,³³ 2) koji vode zajednički život u skladu sa zakonom kojim se uređuju porodični odnosi – dakle, da se radi o supružnicima ili vanbračnim partnerima, 3) koji su, s obzirom na godine života i opšte zdravstveno stanje, sposobni da vrše roditeljsku dužnost, i 4) koji su u takvom psiho-socijalnom stanju na osnovu koga se opravdano može očekivati da će biti sposobni da obavljaju roditeljske dužnosti, u skladu sa zakonom, u interesu deteta (čl 26/1). Svi navedeni uslovi moraju biti kumulativno ispunjeni u momentu začeća³⁴ (odnosno unošenja polnih ćelija ili embriona u telo žene).

Ovde se može postaviti pitanje³⁵ na koji način će se utvrđivati da li su ispunjeni uslovi u pogledu sposobnosti vršenja roditeljskih dužnosti u skladu sa najboljim interesom deteta. Odgovor na pitanje na koji način će se to činiti, podrazumeva da bude određen nadležni organ ili institucija koja će to utvrditi i sam postupak koji treba u tom cilju sprovesti. Osim toga, nepostojanje bilo kakve odgovornosti onog ko utvrđuje ispunjenost navedenih uslova može obesmisлити njihovo propisivanje. Ali, isto tako, opravdano je i pitati se do koje mere treba ići, odnosno koliko treba biti strog u tom utvrđivanju. S druge strane, treba imati u vidu da bi detaljno

³³ Zakonska formulacija je neprecizna: „Pravo na lečenje neplodnosti postupcima BMPO imaju punoletna i poslovno sposobna žena i muškarac ...“ Jezičko tumačenje ove norme dovodi nas do zaključka da se insistira samo na tome da je žena punoletna i poslovno sposobna, a ne i muškarac, što sigurno nije bila namera zakonodavca.

³⁴ I ovde bi se mogla uočiti nepreciznost u formulaciji: „Zajednica života iz st. 1. ovog člana mora postojati u momentu unošenja polnih ćelija, odnosno embriona u telo žene.“ (čl. 26/2) Budući da je zajednica života jedan od izričito predviđenih uslova, ali da se u pogledu aktera te zajednice zahtevaju određeni uslovi (punoletstvo, poslovna sposobnost i dr.), daleko adekvatnija formulacija ovog stava čl. 26 bila bi: Svi navedeni uslovi moraju biti kumulativno ispunjeni u momentu začeća.

³⁵ Što je već učinjeno u našoj literaturi; videti: Gordana Kovaček Stanić, *Porodičnopravni aspekti biomedicinski potpomognutog oplodenja u pravu Srbije i evropskim pravima*, Zbornik Matice srpske za društvene nauke, sveska 131/2010, str. 417.

uređenje svih ovih pitanja značajno usporilo postupak BMPO, što bi samo produžilo patnju, jer ovom postupku se najčešće i pribegava posle dugotrajnih pokušaja prirodnog začeća.³⁶

Ako su ispunjeni navedeni uslovi, potrebno je još utvrditi da se radi o supružnicima, odnosno vanbračnim partnerima kojima nije moguće pomoći drugim medicinskim postupcima lečenja neplodnosti, odnosno za koje se prema savremenim standardima medicinske nauke i prakse ne može očekivati da će doći do začeća i rađanja deteta polnim odnosom. (čl. 27/1) Izuzetak se pravi kada se postupkom BMPO sprečava prenošenje naslednih bolesti na dete. (čl.27/2)

Od pravila da su samo partnerima (bračnim ili vanbračnim) dostupni postupci BMPO predviđen je i jedan izuzetak. Naime, „Izuzetno, pravo na lečenje neplodnosti postupcima BMPO ima i punoletna i poslovno sposobna žena koja sama živi i ispunjava uslove iz stava 1. ovog člana, uz sporazumnu saglasnost ministra nadležnog za poslove zdravlja i ministra nadležnog za porodične odnose, ako za to postoje opravdani razlozi.“ (čl. 26/3) Međutim, žena koja po godinama života i opštem zdravstvenom stanju nije sposobna da rađa, odnosno koja je u godinama života koje nisu primerene za rađanje, ne može biti uključena u postupak BMPO.³⁷

Smatramo da je ovakvo pravilo potpuno neprimereno, čak i ako se pođe od pretpostavke da je opravdano da se ženi koja nema partnera samo izuzetno prizna pravo na lečenje neplodnosti postupcima BMPO. Predvideti da je za to neophodan sporazum dva ministra (za poslove zdravlja i porodične odnose) u najmanju ruku je preterano. Ako neko treba da odlučuje o postojanju opravdanih razloga za primenu ovog izuzetka onda bi to svakako trebalo da bude sud, analogno odlučivanju u sličnim stvarima (davanje dozvole za zaključenje braka maloletnom licu, priznavanje potpune poslovne sposobnosti maloletnom roditelju starijem od 16 godina³⁸). Pored toga, dodatna komplikacija bi mogla biti u pogledu toga šta

³⁶ U tom smislu mnogo je racionalnija odredba koja je bila predložena u Modelu zakona o ljudskoj reprodukciji uz biomedicinsku pomoć: „(1) Pravo na postupke BMPO imaju supružnici i vanbračni partneri između kojih postoji vanbračna zajednica (u daljem tekstu vanbračni partneri) za koje se prema savremenim standardima biomedicinske nauke i prakse ne može očekivati da će do začeća doći putem polnog odnosa, a nije im moguće pomoći drugim postupcima za lečenje neplodnosti. (2) Izuzetno pravo na postupke BMPO imaju supružnici i vanbračni partneri i kada se tim putem sprečava prenošenje teške nasledne bolesti na dete. (3) Brak ili vanbračna zajednica moraju postojati u momentu unošenja polnih ćelija ili ranih embriona u telo žene.“ Videti u: Gordana Kovaček Stanić, *Legislatura o ljudskoj reprodukciji ...*, str. 38

³⁷ Izričita zabrana sadržana u Zakonu (čl. 26/4).

³⁸ Videti čl. 11 i 23/2 Porodičnog zakona (*Službeni glasnik Republike Srbije*, br. - 18/2005).

treba smatrati opravdanim razlogom. „Koji razlozi će se smatrati naročito opravdanim za sada se ne može sa sigurnošću reći, a zavisiće od ocene nadležnih ministara. Razlog treba da bude medicinske prirode, imajući u vidu da se postupak BMPO sprovodi u smislu lečenja neplodnosti... Osim toga, mora biti poštovano i načelo medicinske opravdanosti ... Na osnovu toga, može se pretpostaviti da se homoseksualna orijentacija žene ili nemogućnost da se roditeljstvo ostvari samo zbog toga što žena nema partnera neće smatrati opravdanim razlozima.“³⁹ Ipak, moguć je i drugačiji pristup, što se vidi iz iskustva zemalja koje dopuštaju začeće neudate žene uz pomoć biomedicine. Naime, čak i u slučaju kada ženi nije dozvoljen bezuslovni pristup metodama asistiranje reprodukcije, već samo ukoliko postoje odgovarajuće medicinske indikacije, može se dobiti drugačiji odgovor. „U Rusiji gde je dopušteno začeće neudate žene uz pomoć biomedicine, nedostatak, nepostojanje muškog partnera je od strane Ministarstva zdravlja identifikovano kao 'medicinska' indikacija za veštačku inseminaciju spermom nepoznatog donora. Identična situacija je i u Španiji, državama SAD, što govori da je termin 'medicinska indikacija', veoma rastegljiv.“⁴⁰

Zaključne napomene

Nakon analize važećeg pravila, opravdano se može postaviti pitanje da li licima bez (stalnog) partnera priznati pravo na postupke BMPO, odnosno lečenje neplodnosti ovim putem. Uprkos činjenici da je u uporednom pravu pristup postupku BMPO najčešće uslovljen postojanjem zajednice života (s bračnim ili vanbračnim partnerom),⁴¹ smatramo da se mogu istaći argumenti u prilog drugačijem shvatanju i pravilu.⁴²

³⁹ Gordana Kovaček Stanić, *Porodičnopravni aspekti biomedicinski ...*, str. 419.

⁴⁰ Dragica Živojinović, *Pravo na začeće uz pomoć biomedicine*, Pravni život, br. 10/2006, str. 221.

⁴¹ Videti: *Legislativa o ljudskoj reprodukciji ...* za austrijsko pravo na str. 63 (čl. 2. Zakona o medicinskoj oplodnji), za francusko pravo na str. 103 (čl. L. 152-2. Zakona br. 94-654 koji se odnosi na donaciju i upotrebu delova i produkata ljudskog tela, na medicinski asistiranu prokreaciju i prenatalnu dijagnostiku), za italijansko pravo na str. 227 (čl. 5. Zakona o medicinski asistiranom začeću), za slovenačko pravo na str. 241 (5. član Zakona o lečenju neplodnosti i postupcima oplodnje uz biomedicinsku pomoć), za švajcarsko pravo na str. 262 (čl. 3. Saveznog zakona o medicinski potpomognutoj oplodnji). U Švedskoj pravo na BMPO nije priznato licima bez stalnog partnera, ali je specifično to što je - priznato ženi koja živi u istopolnoj zajednici (žena koja rodi dete je majka deteta, a druga žena dobija status roditelja. Navedeno prema: Gordana Kovaček Stanić, *O modelu Zakona o ljudskoj reprodukciji...*, str. 17-18.

⁴² Dokaz za to je činjenica da sve više zemalja dozvoljava ženama bez stalnog partnera da se podvrgnu postupcima BMPO. Od evropskih zemalja to su Holandija, Španija,

Argumenti su brojni i za i protiv ograničenog / neograničenog pristupa postupcima BMPO.⁴³ Međutim, smatramo da u ovom momentu postoji dovoljan pravni okvir da se ovo pravo prizna svakom bez uslovljavanja postojanjem partnerskog odnosa. Moglo bi se reći da je to bio i smisao alternativno predložene odredbe u pogledu subjekata prava na postupak BMPO u Modelu zakona o ljudskoj reprodukciji uz biomedicinsku pomoć.⁴⁴ Polazište alternativnog pravila⁴⁵ je da pravo na postupke BMPO ima svako lice. Ovaj krajnje liberalan pristup ublažen je predviđanjem da će ukoliko lice ne živi ni u braku ni u vanbračnoj zajednici o pravu na BMPO odlučivati sud uzimajući u obzir zaštitu najboljeg interesa deteta koje će se roditi.

Pre svega treba poći od činjenice da je pravna sposobnost, o čemu je već bilo reči, opšta i jednaka za sve, te da se radi o svojstvu ličnosti koje se priznaje svakom čoveku od momenta rođenja. To ima za posledicu da su svi jednaki pred ustavom i zakonom odnosno da je zabranjena diskriminacija. Pored toga, kao apsolutno zaštićena Ustavom je utvrđena sloboda odlučivanja o rađanju.⁴⁶ Zatim, Zakonom o zabrani diskriminacije, kao jedan od osnova po kojima se izričito zabranjuje diskriminacija predviđen je bračni i porodični status.⁴⁷ Imajući sve to u vidu pravljenje razlike u pogledu pristupa postupcima BMPO zbog činjenice da neko nema stalnog partnera s kojim je u zajednici života može se smatrati neopravdanim, te kao takvim diskriminatorским. Smatramo da tu ne može suštinski bilo šta

Belgija, Velika Britanija, Danska. To za sobom povlači masovni dolazak u te zemlje radi začeca (tzv. reproduktivni turizam). Nakon što je u Danskoj 2007. godine izvršena liberalizacija uslova za biomedicinski asistiranu reprodukciju veliki je broj žena (bez partnera ili homoseksualne orijentacije) koje dolaze iz svih evropskih zemalja radi začeca postupcima BMPO (osim iz Španije koja ima vrlo liberalna pravila o ovom pitanju), pretežno u godinama kada više nema vremena za čekanje (uglavnom između 35 i 45 godina starosti). Videti: <http://www.cphpost.dk/news/1-latest-news/46363-single-women-flock-to-denmark-to-get-pregnant.html> Ovakva mogućnost postoji, kao što je već rečeno, i u Rusiji, a i u mnogim državama SAD: Arkanzas, Kalifornija, Kolorado, Illinois, Nju Hempšair, Nju Džersi, Nju Meksiko, Ohajo, Oregon, Vašington, Viskonsin i Vajoming (navedeno prema: Marija Draškić, *Porodičnopravni aspekti artifcijelne inseminacije*, *Analiz Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 4/1992, str. 244, napomena br. 35.)

⁴³ Marija Draškić, *op. cit.*, str. 244-249; Dragica Živojinović, *op. cit.*, str. 211-221; Gordana Kovaček Stanić, *Porodičnopravni aspekti biomedicinski ...*, str. 418; Sandra Josić, *op. cit.*, str. 15-20.

⁴⁴ Videti napomenu br. 36 u ovom radu.

⁴⁵ Alternativa za čl. 4 Modela zakona koji se odnosi na zajedničke uslove za subjekte prava na postupak BMPO.

⁴⁶ Član 63 Ustava Republike Srbije: „(1) Svako ima pravo da slobodno odluči o rađanju dece. (2) Republika Srbija podstiče roditelje da se odluče na rađanje dece i pomaže im u tome.“

⁴⁷ Videti napomenu br. 19 u ovom radu.

da promeni ni argument o uvažavanju najboljeg interesa deteta i njegovom pravu (interesu) da ima oba roditelja. Stoga se može zaključiti da se u ovom slučaju radi o svojevrsnoj biomedicinskoj diskriminaciji, jer se nekom ko nema partnera⁴⁸ uskraćuje pravo da bude roditelj. Čak i ako se vrlo usko tumači lečenje neplodnosti i medicinska opravdanost postupka BMPO, što ne ostavlja mogućnost da začće na ovaj način predstavlja moguć izbor načina reprodukcije, primenu postupaka BMPO ne treba ograničavati na životne zajednice (bračne, vanbračne ili istopolne).

Možda se može čak tvrditi da ne postoji nijedan suštinski razlog da se ženi koja ne može (ili ne želi) iz bilo kog razloga da ima partnera uskrati roditeljstvo. Takođe, smatramo da i muškarcima bez partnera treba omogućiti da se ostvare kao roditelji (pretpostavlja dopuštanje surogat materinstva). Činjenica je da bi dete imalo jednog roditelja, međutim, tzv. monoparentalne ili jednoroditeljske porodice nisu ništa novo. Zvuči paradoksalno pozivati se na zaštitu bilo kakvih prava deteta (pravo na oba roditelja, pravo da zna svoje poreklo⁴⁹), kome se uskraćuje pravo da bude začeto i rođeno. Nedopustiva je intervencija države u privatnopravne odnose i intimnu sferu na način da se detetu uskrati pravo da bude rođeno,⁵⁰ odnosno da se pojedincu uskrati pravo da bude roditelj uz biomedicinsku pomoć, kada to nije moguće na tradicionalno prihvaćen način.

⁴⁸ U Srbiji ne bi bilo nikakvo čudo da veliki broj žena ostaje bez partnera upravo zbog činjenice da su neplodne.

⁴⁹ O mogućim posledicama začća primenom BMPO na pravo deteta da zna svoje poreklo, videti: Gordana Kovaček Stanić, *Pravo deteta da zna svoje poreklo*, Novi Sad, 1997, str.121-162.

⁵⁰ Sa obrazloženjem da mu se time štiti pravo da ima oba roditelj ili pravo da zna svoje poreklo.

*Radenka Cvetić, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad*

Legal Capacity and Biomedicine – biomedical discrimination –

Abstract

The article begins with the overview of the legal capacity as a general legal qualification recognized by the legal order guaranteeing the right to be a holder of rights and obligations. The article is then focused on the scope of the absolute Constitutional guarantee of the right to legal personality as well as on the Constitutional prohibition of discrimination which gives rise to the general equality before the Constitution and the law. The focus of this article is the moment when the legal capacity, or legal personality, is considered to be acquired. It then moves to the issue whether limiting the access to techniques of assisted reproduction (biomedical conception) is contrary to the general rules on legal capacity, and whether this is a genuine form of biomedical discrimination.

Key words: legal capacity, legal personality, equality before the law, entitlement to biomedical reproduction, discrimination

*Dr Drago Divljak, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

DRŽAVNA POMOĆ U PRAVU EU I NACIONALNO PRAVO

Sažetak: *U modernom pravu, državna pomoć se zbog izraženih negativnih implikacija, sve više podvrgava pravnim pravilima nadnacionalnog i međunarodnog prava, a posledično sve učestalije, i pravilima nacionalnog prava. Tako zasnovani i sistemi državne pomoći zasnivaju se na principu generalne nedopuštenosti državne pomoći, koja se relativizuje relativno širokim izuzecima u vidu dozvoljenih i uslovno dozvoljenih državnih pomoći.*

U pravu EU, se kreira kompleksan i diferenciran sistem pravnog režima o državnoj pomoći sa ciljem da spreči zemlje članice da štite ili promovišu svoja preduzeća na štetu konkurencije u okviru EU. Ova regulativa je u odnosu na onu koja se odnosi na subvencije i stvara na međunarodnom planu, u okviru STO, mnogo detaljnija i pokriva širi spektar oblika državne pomoći.

Koncept EU, kao novinu prihvataju i nacionalna prava, što posebno važi za zemlje koje su u procesu pristupanja EU. To je učinjeno i našem pravu donošenjem. Zakona o kontroli državne pomoći. Njime se uređuju opšti uslovi za dodelu, kontrolu dodele i korišćenje državne pomoći, sa suštinskim ciljem uspostavljanja i obezbeđivanja konkurentnih tržišnih uslova i uvođenja reda u dotad neuređenu oblast. Istovremeno, time je uspešno izvršena i obaveza predpristupne harmonizacije ove oblasti, koja je neophodan preduslov pristupanja naše zemlje ovoj grupaciji, jer su navedenim zakonom u potpunosti ispoštovati standardi i zahtevi EU.

Ključne reči: *državna pomoć, EU, STO, međunarodno pravo, nacionalno pravo, ekonomske implikacije, sistem kontrole, komisija EU, institucionalna struktura,*

Jedna od važnih politika države je da pruži podršku pojedinačnim privrednim subjektima, privrednim granama ili pojedenim regionima, a u cilju ostvarivanja različitih ekonomskih i socijalnih ciljeva. Međutim, podrška u obliku državne pomoći ima značajne negativne ekonomske i pravne reperkusije. Zbog navedenih posljedica, u modernom pravu državna pomoć se sve više podvrgava pravnim pravilima nadnacionalnog i međunarodnog prava, a posledično sve učestalije i pravilima nacionalnog prava.

Ova pravila, kreirana na različitim nivoima i sistemi državne pomoći koje oni kreiraju su predmet rada koji sledi, sa ciljem da se podigne nivo razumevanja za ovu dinamičnu oblast, čija aktuelnost raste s jačanjem trenutne ekonomske krize, a koju prati državna pomoć bez presedana.¹ U tom korpusu pravila, za nas su posebno referentna nadnacionalna pravila EU. Stoga smatramo opravdanim da se ova tema razmatra u ovom radu, posebno u kontekstu korelacije našeg relevantnog zakonodavstva sa pravom EU. Akcenat je dat pre svega, na strukturalna pitanja državne pomoći, odnosno njene kontrole.

1. Implikacije i pravna regulativa

Razlozi i ciljevi davanja i korišćenja državne pomoći su raznovrsni. Ni implikacije njihovog korišćenja nisu jednoznačne i mogu biti političkog, pravnog i ekonomskog karaktera.² U ekonomskom smislu, ona bi trebala da promovira ili doprinose ekonomskoj efikasnosti³ i generišu privredni razvoj. Istovremeno, ona se određuje i kao značajan instrument investicija. Posebno, ekonomska teorija priznaje legitimnost njenog korišćenja u funkciji korekcije nesavršenosti tržišta kao neprikosnovenog regulatora o određenim oblastima, sa krajnjim ciljem poboljšanja ekonomskog blagostanja.⁴ Pri tome je bitno da se smanji rizik prevelikog intervencionizma, što bi dovelo do paradoksalnog efekta smanjenja blagostanja uz rasipanje resursa, čime negativni efekti mogu prevagnuti u odnosu na korisnost državne pomoći.⁵

¹ Marsilla, S.I., *Recent Stimulus Packages and WTO Law on Subsidies*, *World Customs Journal* Volume 3, Number 2, str. 63.

² Ehlermann, C.D., *State Aids Under European Community Competition Law*, *Fordham International Law Journal* Volume 18, Issue 2, 1994 Article 3, str. 410.

³ Prisutna su različita tumačenja koliko državna pomoć promovira ili doprinosi ekonomskoj efikasnosti. Šire: Nicolaides, P– Bilal, S., *State Aid Rules: Do they Promote Efficiency?*, In *Understanding State Aid Policy in the European Community: Perspectives on Rules and Practice*, Kluwer Law International, 1999.

⁴ Nicolaides, P– Bilal, S., *op.cit.* str. 3.

⁵ Ipak, mere državne pomoći bi trebale biti korišćene kao zadnji instrument, kad se prethodno iscrpu sve druge mogućnosti. Nicolaides, P– Bilal, S., *op.cit.* str. 2.

S druge strane, državna pomoć može bitno negativno uticati na stanje na tržištu i biti instrument značajnog narušavanja privredne konkurencije i njenog dodatnog iskrivljavanja. Upravo zbog značaja ovih štetnih posledica i zabrinutosti zbog neprozirnih tokova državne pomoći i njihovog uticaja na konkurenciju, oblast državne pomoći je postala važan segment antimonopolske politike i prava, sa ciljem da se stvori uravnotežen sistem pravnog regulisanja svih pitanja koja se tiču pružanja i korišćenja javnih sredstava, uredi način davanja pomoći i obezbedi nediskriminaciju i nadzor nad njenim korišćenjem, a istovremeno osigura njeno korišćenje za podsticaj inovacija, ekonomskog rasta i otvaranje novih radnih mesta.

Potreba da se posebnim pravilima uredi oblast državne pomoći je prvobitno posebno izražena na nadnacionalnom nivou, u Evropskoj uniji. Osnovni pravni osnov za uređivanje ove materija je Ugovor o osnivanju Evropske zajednice, odnosno sada Ugovor o funkcionisanju EU,⁶ u delu koji se odnosi na konkurenciju,⁷ čime je pocrtan njen značaj.⁸ Potreba da se nadnacionalnom planu reguliše ova oblast proizilazi i iz potencijalnog uticaja državne pomoći na alokaciju resursa i time na unutrašnju trgovinu između država članica.⁹ Nadnacionalna pravila mogu imati opravdanje i većoj veće transparentnosti i predvidljivosti a u određenoj meri, mogu povećati stepen pravičnosti i objektivnost u procesu odlučivanja.¹⁰

U kreiranju posebnih pravila o državnoj pomoći, EU se suočila sa problem nepostojanja iskustava drugih koji bi mogli poslužiti kao model. U tom okviru, opravdano je reći da je kontrola državne pomoći bila jedinstvena karakteristika Evropske unije, jer je ona pre regulisanje unutar EZ, u tom obliku bila nepoznata.¹¹

⁶ Čl. 87. do 89. Ugovora o osnivanju Evropske zajednice, odnosno sada 107. do 109. Ugovora o funkcionisanju EU.

⁷ Ugovor o Evropskoj zajednici u poglavlju o konkurenciji (članovi 81- 89) pored odredaba o ponašanju privrednih subjekata (karteli, monopoli i fuzije preduzeća) uključuje i odredbe koje se tiču državne intervencije u ekonomskoj utakmici i dodele državne pomoći.

⁸ Time je kontrola državne pomoći u EU dobila „ustavni“ karakter. Ehlermann, C.D., str. 1214. State Aid Control in the European Union: Success or Failure?, Fordham International Law Journal Volume 18, Issue 4 .1994 Article 6., str. 1214.

⁹ Članice EU svesno pristaju na gubljenje nadležnosti jer znaju da u uslovima predatorekse trgovine sa nekontrolisanom državnom pomoći, svi zajedno gube. Nicolaides, P– Bilal, S., op.cit. str. 3.

¹⁰ On je veća brana lobiranju i političkim pritiscima, dok se nacionalni nivo teško odlučuje da donese nepopularne ili politički teške odluke, posebno u vezi tzv. u „nacionalnih šampiona“. Ibid.

¹¹ Ehlermann, C.D., State Aid Control in the European Union: Success or Failure?, str. 1214.

Tako nastala pravila su podvrgnuta preocesu stalnog prilagođavanja i evolucije. u trganju za što preciznijim pravilima koja bi mogla najmanje negativne sporedne efekte.¹² Povod za njihove izmene i dopune su različiti, i to kako obim date pomoći, tako i njihova struktura, ali i prilagođavanje opštim ekonomskim kretanjima,¹³ što je aktuelno i danas.¹⁴ Promene su vršene sa ciljem da se kontrola državne pomoći učini i efikasnijom, i to kako u oblasti materijalnih pravila, tako i pogledu procedure, naročito u pogledu primene principa transparentnosti, koji se smatra jednim od glavnih problema u ovoj oblasti.¹⁵

Kao produkt navedenih promena, trenutno je u okviru EU na snazi vrlo razgranat i kompleksan i u značajnoj meri koherentan i kredibilan sistem pravnih pravila vezanih za državnu pomoć.¹⁶

Uspostavljeni pristup državnoj pomoći, EU je i institucionalno širila i izvan svojih granica. Jedan pravac takve šire promene je ostvaren ugovorom o stvaranju Evropskog ekonomskog prostora (EEA - European Economic Area) sa zemljama članicama EFTA sporazuma. Cilj je da se na ovakvom širem području obezbedi efikasna kontrola državne pomoći zasnovana na usklađenim pravnim standardima.

Pravila o državnoj pomoći kreiraju se i nacionalnom planu izvan navedenog prostora. Ona su u prvom redu vezana za zemlje koje su u procesu pristupanja EU a li sve više postaje predmet pažnje i drugih zemalja.¹⁷

¹² Nicolaides, P– Bilal, S., op.cit. str. 1.

¹³ Ehlermann, C.D., *State Aids Under European Community Competition Law*, str.411.

¹⁴ Razvoj regulacije bitno diktiraju i ekonomska kretanja, kao što je upravo slučaj sa trenutnom ekonomskom krizom, koje je zahtevala hitne interventne mere: Temporary Union framework for State aid measures to support access to finance in the current financial and economic crisis, Official Journal C6, 11.1.2011, p.5

¹⁵ Ehlermann, C.D., *State Aids Under European Community Competition Law*, str. 428.

¹⁶ To su; De Minimis and Block Exemption Regulations, De Minimis Aid Regulation 1998/2006, SME Definition from January 2005, General Block Exemption Regulation, State aid for Environmental Protection Guidelines, Guidelines on National Regional aid for 2007-2013, Further information on Regional Aid, Guidelines on State Aid for Rescuing and Restructuring Firms in difficulty, Community Framework for State Aid For Research and Development and Innovation, Guidelines on State Aid to promote Risk Capital Investments in SMEs, State aid temporary rules established in response to the economic and financial crisis, Amendment to Transparency directive State aid and Broadband guidelines, State Aid - Services of General Economic Interest (SGEI), Reform of the EU State aid rules on SGEI.

¹⁷ Takva tendencija je prisutna i u pravu Rusije. 2006. godine u Ruskoj Federaciji je stupio na snagu Savezni zakon od 26.07.2006 № 135-FZ "O zaštiti konkurencije", koji reguliše pružanje pomoći države ili opštine. O ruskim pravu o ovoj oblasti: State Aid in the Russian Antimonopoly Legislation, Contribution by RUSSIA, Submitted to UNCTAD's Seventh Session of the Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy, Geneva, 30 October to 2 November 2006.

Zemlje koje se pridružuje Evropskoj uniji ovu oblast regulišu po osnovu ispunjenja ugovornih obaveza nastalih u ovom procesu, koji su po svom dometu i karakteru drugačiji od ugovora o Evropskom ekonomskom prostoru.¹⁸ Zbog svog značaja, odredbe o državnoj pomoći u okviru ovih sporazuma su nezaobilazne i to je postalo standard.¹⁹ Radi se o skoro tipskim odredbama²⁰ koje imaju za cilj, prvo, da obezbede regulatorni kontekst za trgovinsku liberalizaciju,²¹ a drugo da harmonizacijom propisa i primenom standarda EU u oblasti državne pomoći, ubrzaju pretpristupnu harmonizaciju zakona, koja je neophodan preduslov pristupanju Evropskoj uniji²² i time pripreme te zemlje za važeći režim EU.²³ Isto tako, bitna intencija je kreiranje odgovarajućeg nacionalnog institucionalnog mehanizma nadležnog za ovu oblast.²⁴ U tom pogledu nije se insistiralo na uniformnosti za sve zemlje koje se ili se sada nalaze u fazi pristupanja,²⁵ ali jeste u zahtevima da nacionalni mora imati ovlašćenja slična Komisiji, uključujući i pravo da zahteva relevantne informacije, vodi istrage i daje saglasnost na njihovu dodelu.

¹⁸ Ugovor o osnivanju Evropskog ekonomskog prostora su zahtevniji i detaljniji, u odnosu na ugovore o stabilizaciji i pridruživanju. Ehlermann, C.D., *State Aids Under European Community Competition Law*, str. 425-427.

¹⁹ Cremona, M., *State Aid Control: Substance and Procedure in the Europe Agreements and the Stabilisation and Association Agreements* *European Law Journal*, Vol. 9, No. 3, July 2003, str. 265-266.

²⁰ Polazeći od toga da ugovorne strane korišćenjem državne pomoći utiču na međusobnu trgovinu, svi ugovori o stabilizaciji sadrže pravilo da su državne pomoći koje ograničavaju konkurenciju i utiču na trgovinu između ugovornih strana u suprotnosti sa tim sporazumima. Isto tako, zemlja koja pristupa EU, mora kreirati nacionalna pravila iz ove oblasti, harmonizovana sa pravilima EU.

²¹ Uz zadržavanja prava da se koriste klasični instrumenti trgovinske zaštite. Ehlermann, C.D., *State Aid Control in the European Union: Success or Failure?*, str. 1220.

²² Cremona, M., op. cit., str. 283.

²³ Iznosi se i stav da u ovoj oblasti, Evropskim sporazumom ili ugovorom o pridruživanju se državama koje žele pristupiti EU, nameće stroga disciplina državne pomoći koja važi unutar EU, kako bi se one pripremile za "šok" koji nastupa punopravnim članstvom. Cremona, M., op. cit. str. 285.

²⁴ Oni će morati da obezbedi poštovanje međunarodnih obaveza na putu ka EU kroz strogo nacionalni mehanizam kontrole državne pomoći, čija je efikasnost upitna. Ehlermann, C.D., *State Aids Under European Community Competition Law*, str. 428.

²⁵ Ne postoji jedinstven model za nacionalni mehanizam za kontrolu državne pomoći. U Češkoj i Bugarskoj to je bilo Ministarstvo finansija, u Poljskoj Kancelarija za konkurenciju i zaštitu potrošača, u Letoniji Državna komisije nadzor državne pomoći, a u Sloveniji Komisije za kontrolu državne pomoći. Nasuprot tome, SSP sa Hrvatskom zahteva uspostavljanje nezavisne agencije. Dakle, u nekim slučajevima, to je bilo nezavisno telo, a u drugima je ovu funkciju vršilo ministarstvo, ili kancelarije okvira Ministarstva. Cremona, M., op. cit. str. 267.

I u našem pravu, formalni povod za uređenje oblasti državne pomoći su obaveze iz procesa pristupanja naše zemlje EU, odnosno zaključenog Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju.²⁶

Regulisanje ove materija predstavlja novinu u našem pravu i to je učinjeno donošenjem Zakona o kontroli državne pomoći.²⁷ Njime se uređuju opšti uslovi za dodelu, kontrolu dodele i korišćenje državne pomoći, sa suštinskim ciljem uspostavljanja i obezbeđivanja konkurentnih tržišnih uslova Uvođenjem reda u dotad neuređenu oblast, dodelom državne pomoći na nediskriminatorni i na sistemski uređen način, doprinosi se i racionalnom trošenju hronično nedostajućeg budžetskog novca.²⁸

Pravila EU u ovoj oblasti su bila korisna i instruktivna i za regulisanje subvencija na međunarodnom nivou, i to u okviru GATT-a i STO.²⁹ I u najnovijem Multilateralnom sporazum o subvencijama i kompenzatornim merama nastalog tokom Urugvajске runde, vidljiv je uticaj pravila EU o državnoj pomoći.³⁰ Međutim, njihovo delovanje je konceptualno drugačije. Pravila EU o državnoj pomoći imaju preventivno dejstvo, dok se pravila GATT-a i STO usmerene na posteriori dejstvo, sa ciljem ne sprečavanja, već umanjenja i naknade štetnih posledica. Oni time dobijaju karakter zaštitnih mera, koji su opet povezane sa sistemom državne pomoći u državama članicama.³¹ S druge strane, pravna pravila EU o državnoj pomoći su jedinstvena i znatno su strožija od pravila STO koji se odnose na subvencije,³² čime se zemlje članice dovode u drugačiju i nepovoljniju poziciju od drugih članica STO.

²⁶ Član 73.1.iii. predviđa da svaka državna pomoć koja narušava ili pretila da naruši konkurenciju davanjem prednosti određenim preduzećima ili određenim proizvodima, nije u skladu sa pravilnim funkcionisanjem Sporazuma, u meri u kojoj može uticati na trgovinu između Zajednice i Srbije. Ovim članom se u sprovođenje Sporazuma direktno uvodi član 86. Ugovora o stvaranju EZ kojim se reguliše pitanje kontrole državne pomoći na tržištu EU.

²⁷ Zakon o kontroli državne pomoći („Službeni glasnik RS“ broj 51/09) se primenjuje od 01.01.2010. godine.

²⁸ U Srbiji je u periodu od 2003. do 2006. godine na državnu pomoć potrošeno oko 2,5 milijardi evra, odnosno do 2,5–4% BDP-a.

²⁹ Ehlermann, C.D., *State Aid Control in the European Union: Success or Failure?*, str. 1213.

³⁰ Naročito one u vezi sa regionalnom pomoć državnom pomoći.

³¹ U otvorenim tržištima sa efikasnim sistemom kontrole državne pomoći, postoji manja potreba za korišćenjem tradicionalnim odbrambenim merama kao što su antidamp-ing ili kompenzatorne dažbine, jer ekonomske osnove za takve mere se elimišu ili bar znatno smanjenjuju. Ehlermann, C.D., *State Aids Under European Community Competition Law*, str. 429.

³² Ehlermann, C.D.- Goyette, M. *The Interface between EU State Aid Control and the WTO Disciplines on Subsidies*, *estab* 4|2006, str. 695.

2. Pojam državne pomoći

Ne postoji jednodušnost u definisanju državne pomoći. U tom pogledu otežavajuća je činjenica da se radi o dinamičnoj pojavi koja se razvija uporedo sa transformacijom tržišta i koja je kao takva podložna subjektivnoj oceni i tumačenju.³³ Takva situacija destimuliše i kreatore pravnih pravila da se upuste u decidno utvrđenje njenog pojma. Suprotna praksa je prisutna u našem pravu, gde se ona utvrđuje kao svaki stvarni ili potencijalni javni rashod ili umanjeno ostvarenje javnog prihoda, kojim korisnik državne pomoći stiče povoljniji položaj na tržištu u odnosu na konkurente, čime se narušava ili postoji opasnost od narušavanja konkurencije na tržištu³⁴

Nasuprot tome, u pravu EU, državna pomoć nije definisana. Takav pristup nastao već u Sporazumu evropske zajednice (EZ), se zadržao i danas. Međutim, u stalno rastućoj praksi Evropske komisije i praksi sudova EU³⁵ prilikom interpretacije elemenata iz člana 87. Ugovora i osnivanju EEZ, a sada 107 ugovora o funkcionisanju EU, su vremenom iskristalisani bitni elementi koji određuju državnu pomoć.

Prvo, takva mera mora podrazumevati korist, odnosno davanje prednosti i privilegovanje određenog preduzeća, koje korisnik pomoći³⁶ u normalnim uslovima ne bi mogao steći. Pri tome je, bitan učinak odnosno delovanje, a ne sama namena mere. Za utvrđivanje postojanja koristi, u sudskoj praksi je razvijen tzv. test privatnog investitora (private investor). Njegovo korišćenje podrazumeva utvrđivanje da li bi korisnik pod normalnim uslovima stekao takvu korist ili ne.³⁷

Drugi bitan element određenja državne pomoći je da se pomoć daje direktno iz državnih izvora, i to kako direktno od strane države, odnosno iz državnog izvora, putem posebno određenih i ovlašćenih organa. Država se široko shvata i podrazumeva centralnu, regionalnu i lokalnu vlast, kao i javne fondove i agencije, preduzeća i banke u celosti ili delom u vlasništvu njenom vlasništvu. Složeniji problem je utvrditi kada država daje pomoć putem posrednih organa, ali opet iz državnih izvora, U tu

³³ Cremona, M., op. cit. str. 270.

³⁴ Čl. 2. st. 1. Zakona o kontroli državne pomoći.

³⁵ Od 1993. godine se uvećavaju postupci iz ove oblasti, Sudska revizija je jedan od najbrže rastućih sektora, ako ne i najbrže rastućih, aktivnosti sudova u Luksemburgu. Ehlermann, C.D., *Aid Control in the European Union: Success or Failure?* str. 1219.

³⁶ U EU nema ograničenja ko može biti primalac državne pomoći, niti su ona vezana za obavljanje privredne delatnosti. U skladu s tim, to mogu biti privredna društva, banke, javna preduzeća i neprofitni subjekti.

³⁷ Mišljenje pravobranilaštva u slučaju Španija protiv Komisije, C-278-80/92, 1 2

svrhu u sudskoj praksi, razvijena su dva testa.³⁸ Prvi je test pripadnosti (atributaliti test), i koristi se kad se kao davalac pomoći pojavljuje neki posredni organ, koji direktno nije državni ni lokalni. Njime se utvrđuje da li davalac pomoći deluje nezavisno ili na osnovu naloga države, na temelju prava kontrole kojeg ima nad njim. Drugi je finansijski test (finacing test) i služi za utvrđivanje sadržine pojma državni izvori. Taj pojam se shvata široko, i podrazumeva sva javna sredstva, bez obzira na izvor ili namenu.³⁹

Treći bitan element pojma državne pomoći je da ta mera mora biti selektivna, odnosno specifična, tj. da se njome daje privilegija određenom preduzeću ili proizvodnji određene robe. Postojanje selektivnosti u praksi nije lako utvrditi,⁴⁰ i stoga je pravna analiza najvećim delom fokusirana na ovaj problem. Tome i doprinosi i značajne direktne ekonomske implikacije selektivnosti mera po cene i stanje na tržištu. Za razliku od specifičnih mera, opšte mere moraju biti objektivne, nediskriminatorne i nediskrecione. Opšte mjere ekonomske, socijalne i porezne politike ne smatraju se državnom pomoći, ako se njihovi efekti odnose ravnomerno na čitavu privredu. Mere moraju biti na raspolaganju preduzećima u svim sektorima privrede, nezavisno od toga ko ih i efektivno koristi. U praksi potpuni neutralni karakter je teško postići, što posledično otvara i pitanje da li apsolutno neutralne mere uopšte mogu postojati, posebno kad su uzme u obzir specifičnosti različitih sektora privrede.⁴¹

Bitan element određenja državne pomoći je i da ona mora narušavati konkurenciju na unutrašnjem tržištu EU, čije postojanje je fundamentalna osnova EU.⁴² U cilju njegove zaštite, kreirano je i pravilo koje sprečava narušavanje konkurencije na unutrašnjem tržištu putem državne pomoći.⁴³ Pretpostavka za utvrđivanje postojanja iskrivljavanja konkurencije je određenje relevantnog tržišta, kao tržišta na kojem se odvija konkurentna borba, i to kako po predmetu, tako i teritorijalno. Nakon toga se utvrđuje kako data mera pomoći utiče na stanje konkurencije.⁴⁴

³⁸ U slučaj Francuska protiv Komisije EU (Stardust Marine)

³⁹ Uporedi slučaj: Preussen Elektra, C-379/98.

⁴⁰ Slučaj Belgija protiv Komisije, C-75/97.

⁴¹ Na primer, opšti mera, kao što je subvencija data svim sektorima ekonomije uvek ima izraženiji uticaj na radno-intenzivne sektore privrede u zemljama sa većom zaposlenošću. Nicolaides, P– Bilal, S., op.cit. str. 2.

⁴² Član 2. Ugovora o Evropskoj zajednici.

⁴³ To prozilaži iz člana 107. Ugovora o funkcionisanju EU.

⁴⁴ Slučaj Philip Morris protiv Komisije C-75/97.

Poseban elemenat određenja državne pomoći u pravu EU je da predmetna mera utiče na međudržavnu trgovinu članica EU. On je saglasno karakteru i strukturi, specifičan i može se odnositi samo na grupacije zemalja kao što je EU. O ovom problemu se iznose različiti stavovi, pa i konceptualne teze da mera jedne države na otvorenom unutrašnjem tržištu skoro nužno ima direktan ili indirektan prekogranični efekat.⁴⁵ U tom okviru, logično je da negativni uticaj na međudržavnu trgovinu postoji i kad je ona data za lokalne delatnosti i preduzeća, jer se i time utiče položaj drugih konkurentskih preduzeća u drugim državama članicama.

Konceptualno posmatrano, u pogledu sadržine pojma državne pomoći u pravu EU i našem pravu, postoji puna podudarnost. Ona postoji i u pogledu širokog određenja davaoca⁴⁶ i korisnika⁴⁷ državne pomoći. Jedino odstupanje postoji u pogledu elementa pojma, a koji se odnosi na uticaj pomoći na međudržavnu trgovinu članica EU, koji saglasno svojoj prirodi ne može biti prenet u jedno nacionalno pravo kao što je naše. Bez obzira na ovu razliku, u oba pravna sistema, ovako ustrojeni koncept državne pomoći je dosta širi od pojma subvencija, kreiran u pravu STO i obuhvata praktično sve mere državne intervencije u privredi.⁴⁸

3. Režim kontrole

U pravu EU, se kreira kompleksan i diferenciran sistem pravnog režima o državnoj pomoći, što je prirodan odgovor na složenost ovog instituta i raznovrsnost njegovih implikacija. Prevashodni cilj je da spreči zemlje članice da štite ili promovišu svoja preduzeća na štetu konkurencije u okviru EU, ali i da uvaži javne interese u ovoj oblasti. On je koncepcijski inaugurisan u osnivačkim ugovorima, zatim je vremenom sekundarnim pravnim pravilima razrađen i preciziran.

⁴⁵ Nicolaides, P– Bilal, S., op.cit. str. 4.

⁴⁶ Davalac državne pomoći je svaki nivo javne vlasti – Republika, autonomna pokrajina ili jedinica lokalne samouprave, preko nadležnih organa, kao i svako pravno lice koje upravlja i/ili raspolaže javnim sredstvima i dodeljuje državnu pomoć u bilo kom obliku.

⁴⁷ Korisnik državne pomoći je svako pravno i fizičko lice, koje u proizvodnji i/ili prometa robe i/ili pružanja usluga na tržištu koristi državnu pomoć u bilo kom obliku

⁴⁸ Obuhvata široki spektar mera preduzetih od strane države, shvaćene u najširem smislu, kao što su zajmovi, preferencijalni krediti, državne garancije, poreske olakšice i oslobađanja, prodaja imovine po posebno povoljnim uslovima, nabavka roba i naručivanje usluga van procesa uređenih i objektivnih javnih nabavki, ubrizgavanje kapitala u preduzeća koje nema strogo ekonomsku logiku i drugo. Jovanović, N., Efekti integracije Srbije u Evropsku uniju u oblasti politike državne pomoći, str. 4.

Polazni načelni stav ovog sistema je da sve državne pomoći koje mogu narušiti konkurenciju i koje utiče na trgovinu između država članica EU, smatra nekompatibilnim sa zajedničkim tržištem, a time i sa Ugovorom u osnivanju EEZ, ako su ispunjeni navedeni uslovi.⁴⁹ Međutim, i pored ispunjenosti navedenih zahteva, pomoć koja ne prelazi određeni limit,⁵⁰ ne smatra se državnom pomoći i nije podvrgnuta njenom režimu, što ima svoje racionalno opravdanje.

Kako je ovaj restriktivan pristup u suprotnostima sa realnim životom i njegovim potrebama, on se dodatnim sistemom izuzetaka dobrano relativizuje, koji uključuju pomoć regionalnom razvoju, "osetljivim" sektorima kao i određene "horizontalne" mere pomoći.⁵¹ To se čini na više načina.

Prvo, jedan deo pomoći se, *ex lege*, proglašava komaptibilnim sa zajedničkim tržištem i time dopuštenim bez potrebe da je prethodno ocenjuje Evropska komisija.⁵²

Drugo, utvrđuje se i lista pomoći koja je uslovno kompatibilna, pod uslovom da o Komisija EU tako proceni.⁵³

Treće, osnivačkim ugovorima se kreira poseban privilegovani status pojedinih privrednih grana i usluga, a po osnovu umanjenja domašaja generalne klauzule o nedopuštenosti državne pomoći.⁵⁴

⁴⁹ Član 87 (1) Ugovora u osnivanju EEZ.

⁵⁰ Prema Regulativi 1998/2006. Evropske komisije, (tzv. de minimis regulativa) pomoć u iznosu od 200 000 evra jednom preduzeću u periodu od tri godine ne smatra državnom pomoći u smislu člana 87 (1) Ugovora o osnivanju ugovora EEZ.

⁵¹ To uključuje podršku ekonomsko razvoju, uključujući i investicije, podršku za usluge od opšteg interesa, smanjenje razlike između regiona i jačanje drugih politika, kao što je zaštita životne sredine. Cremona, M., op. cit. str. 284.

⁵² Tu spada pomoć socijalnog karaktera koja se dodeljuje individualnim potrošačima; pomoć koja se dodeljuje u slučaju prirodnih katastrofa ili drugih izuzetnih okolnosti. U ovu grupu je spadala i pomoć nekim regionima bivše Istočne Nemačke, ali se ova odredba više ne primenjuje. Čl. 87 (2) Ugovora o osnivanju ugovora EEZ.

⁵³ Sledeće mere se mogu smatrati kompatibilnim sa zajedničkim tržištem: pomoć za unapređenje ekonomskog razvoja područja u kojima je životni standard neuobičajeno nizak ili u kojima postoji ozbiljna nedovoljna zaposlenost; (B) pomoć za unapređenje izvršenja važnog projekta od zajedničkog Evropskog interesa ili za otklanjanje ozbiljnih poremećaja u privredi države članice; (V) pomoć da se omogući razvoj određenih privrednih delatnosti ili određenih ekonomskih područja, gdje takva pomoć ne utiče nepovoljno na trgovinu uslova da meri u suprotnosti sa zajedničkom interesom. G) druge kategorije pomoći koje mogu biti utvrđene odlukom kvalifikovanom većinom članova Saveta EU. Naknadno je ovde grupisana i "pomoć da se promoviše kultura i nasleđe konzervacije u kojima takva pomoć ne utiče na uslove trgovanja i konkurencije u Zajednici, u meri koja nije u suprotnosti sa zajedničkim interesom. Čl 87 (3) Ugovora o osnivanju EEZ.

⁵⁴ Pojedini članovi Ugovora o osnivanju EEZ ograničavaju domašaj članova o konkurenciji, tako da član 73. dozvoljava državnu pomoć za usluge javnog transporta, član

Od svih grupa državne pomoći, posebnu pažnju zaslužuje uslovno dozvoljene državne pomoći. One su zahtevale daljnje sekundarno preciziranje.⁵⁵ U proceni kompatibilnosti državne pomoći, Komisija se mora voditi zajedničkim interesima, o čijem postojanju diskreciono odlučuje. Ovaj apstraktan i vrlo rastegljiv pojam je zahtevao daljnje preciziranje. Intencija je da se pri postojanju suprotstavljenih interesa više od jedne države članice, njegovo značenje odredi u kontekstu „zajednice“, a ne samo jedne od država članica.⁵⁶

Sveukupno posmatrano, „ovako koncipiran režim države pomoći znači njeno stavljanje pod kontrolu, kao bitan element efikasnog funkcionisanja unutrašnjeg tržišta,⁵⁷ koje ne može zameniti državna intervencija.“⁵⁸ Stoga je logično da se usmerenost ovog režima vremenom pomera od država članica ka njenom korišćenju u zaštiti lojalne konkurencije.⁵⁹

U oceni restriktivnosti postojećeg sistema državne pomoći u EU, postoje različita stanovišta. S jedne strane postoji ocena da je ono potencijalno široko postavljena i da praktično obuhvata sve programe pomoći, jer vrlo mali broj njih u praksi nema uticaj na međudržavnu trgovinu ili konkurenciju.⁶⁰ S druge strane, smatra se da su ona istovremeno i suviše restriktivna i previše popustljiva. Ocena se daje u kontekstu predloga da pomoć koja je usmerana ka korekciji tržišta u specifičnim oblastima treba dozvoliti čak i ako ima negativne efekte za prekograničnu trgovinu, a da se istovremeno zabrane sve ostale državne pomoći.⁶¹

Naše aktuelno zakonodavstvo u vidu Zakona o kontroli državne pomoći, ne samo konceptualno u potpunosti prati opredeljenja prava EU o

36. limitira primenu članova o konkurenciji u meri u kojoj bi mogli biti u suprotnosti sa zajedničkom poljoprivrednom politikom, a član 86 (2) stipulira da se pravila konkurencije primenjuju na preduzeća koja vrše usluge od opšteg interesa samo u meri u kojoj se time ne ugrožava vršenje tih usluga.

⁵⁵ Stoga je Komisija donela skup smernica koje preciziraju kriterijume za dodeljivanje regionalne državne pomoći, a na osnovu kategorije „č“ kriterijume za dodelu sektorske (automobilska industrija, industrija čelika i dr.) i horizontalne državne pomoć (pomoć za zapošljavanje, restrukturiranje preduzeća, obuku i dr).

⁵⁶ Zahtev je da se uzme u obzir ekonomska i konkurentna snaga određenog sektora na širom području Zajednice, odnosno Unije, a ne položaj jednog sektora u okviru jedne države članice. Cremona, M., op. cit. str. 271.

⁵⁷ Ehlermann, C.D., *Aid Control in the European Union: Success or Failure?*, str. 1212.

⁵⁸ U praksi Suda Eu je vrlo rano uspostavljen princip da državna pomoć ne treba da zameni tržišnih mehanizam. Nicolaides, P– Bilal., S., op.cit. str. 6.

⁵⁹ To pokazuje uverenje Zajednice da liberalizacija tržišta mora da ide ruku pod ruku sa efikasnim ispitivanjem vladinih aktivnosti koje mogu narušiti konkurenciju. Ehlermann, C.D., *Aid Control in the European Union: Success or Failure?*, str. 1224.

⁶⁰ Ehlermann, C.D., *State Aids Under European Community Competition Law* Claus-Dieter Ehlermann, str.412.

⁶¹ Nicolaides, P– Bilal., S., op.cit. str. 9,11.

državnoj pomoći. I naš sistem državne pomoći njih deli na tri grupe i to nedozvoljenu, dozvoljenu i uslovno dozvoljenu. I kreiranje liste izuzetaka prati liniju datu u pravilima EU.⁶²

Primene pravila o kontroli državne pomoći podrazumeva obezbeđenje odgovarajućeg institucionalnog mehanizma za njihovo sprovođenje. Na nivou EU, Komisija ima ekskluzivna ovlašćenja u ovoj oblasti, koja uključuje vrlo široku regulatornu ulogu⁶³, ali i oblasti kontrole i odlučivanja, dok je uloga Saveta u ovoj oblasti sekundarna.⁶⁴ Vremenom je došlo od bitnog smanjenja prvobitno ustanovljenog širokog diskrecionog polja Komisije, i to po dva osnova, prvo, delovanjem same Komisije i to putem stvaranja tzv. mekog prava a druga je praksa Suda EU.

U konkurenciji sa nacionalnim, ovako koncipirani nadnacionalni sistem nadzora ima svoje prednosti i smatra se boljim rešenjem od nacionalnog.⁶⁵ U ovom stalno rastućem poslu, ⁶⁶Komisija ona nije imala prethodnih uzora i modela, što je stanje potpuno drugačije u odnosu na druge oblasti konkurencije.⁶⁷ I koncepcijski ovako strukturiranje vršenja nadzora je fundamentalno drugačije od drugih tela iz antimonopolskih oblast, koju vrše nezavisna tela sa specifičnom procedurom. Isto tako, i procedura nadzora nad državnom pomoći u odnosu na druge oblasti politike zaštite konkurencije je osobena, mada se to razlikovanje vremenom ublažava.⁶⁸

⁶² Nedozvoljena državna pomoć je svaka druga vrsta državne pomoći dodeljena u bilo kom obliku, uz uslov da narušava ili preti da naruši konkurenciju na tržištu. Dozvoljena državna pomoć je ona koja se dodeljuje za namene: (a) pomoći pojedincima socijalnog karaktera, bez diskriminacije u vezi porekla robe koja čini pomoć; (b) otklanjanja šteta od prirodnih nepogoda i drugih vanrednih situacija. Državna pomoć koja može biti dozvoljena je ona koja se dodeljuje za namene: (a) razvoja područja sa izuzetno niskim životnim standardom ili visokom stopom nezaposlenosti; (b) otklanjanja ozbiljnog poremećaja u privredi ili za projekte od posebnog značaja za državu; (c) razvoja određenih privrednih delatnosti ili područja, ako se time ozbiljno ne narušava niti stvara pretnja ozbiljnom narušavanju konkurencije na tržištu; (d) zaštite i očuvanja kulturnog nasleđa.

⁶³ To se odnosi na donošenje sekundarnih, odnosno sprovedbenih pravila, tj mekog prava. Tako se smernice Komisije donose u brojnim formama: notices, communications, regulations, guidelines, frameworks, letters to member states i dr.

⁶⁴ Ona je za prevashodno vezana za proceduralna pravila i grupne izuzetke (Regulativu Saveta ministara 994/98, kojom se Evropska komisija ovlašćuje da donosi grupne izuzetke u oblasti državne pomoći; i Regulativa Saveta ministara 794/2004, takozvana Regulativa o sprovođenju.

⁶⁵ Nicolaidis, P– Bilal., S., op.cit. str. 4.

⁶⁶ Angažman Komisije u ovom pogledu se stalno uvećava. Nicolaidis, P– Bilal., S., op.cit. str. 7.

⁶⁷ Ehlermann, C.D., *State Aids Under European Community Competition Law* Claus-Dieter Ehlermann, str. 411.

⁶⁸ U oblasti procedure je učinjen pomak ka ujednačavanju pravila. Tako sudska praksa pokazuje tendenciju da uskladi proceduralne prava privatnih lica u sektoru državne pomoći na one koji uživaju u antimonopolskih stvarima.

Ovako postavljena raspodela nadležnosti je jedno vreme inspirisala rasprave da li treba zadržati monopol Komisije u ovoj oblasti ili pitanje nadležnosti drugačije urediti i prebaciti je novom nezavisnom organu.⁶⁹ Međutim, drugačije institucionalno organizovanje⁷⁰ u kontroli državne pomoći je teško ostvarivo. Naime, u početku, sistem državne pomoći je prevashodno bio fokusiran na državu. Njime je ograničavana slobode vlada, čak i parlamenata, da daju finansijsku pomoć za određene sektore svojih privreda.⁷¹ Stoga je kontrola državne pomoći ozbiljno i veoma osetljive mešanje u nacionalni suverenitet država članica. Iz tog razloga nije razumno očekivati da kontrola državne pomoći bude poverena nepolitičkom i nezavisnom telu eksperata, kao što je to učinjeno u drugim oblastima prava konkurencije.

Navedeni sistem kontrole se ostvaruje u postupku, prema kojoj svaka nova državna pomoć ili promena postojeće šeme državne pomoći mora biti notifikovana Evropskoj komisiji pre nego što je dodeljena ili stupila na snagu. Ova načelna odredba je precizirana sprovedbenim pravilima.⁷² Postupci u vezi državne pomoći se sprovode uglavnom između Komisije i država članica. Strogo govoreći, potencijalni primalac pomoći je treća strana. Komisija može u potpunosti da dozvoli prijavljenu meru pomoći, da traži da se predlog mere izmeni, ili da u potpunosti odbaci predlog.⁷³ Nezadovoljna država članica ne postupati suprotno odnosnoj odluci, jedino može pokrenuti sudsku zaštitu.

Transparentnost je ključni element ovog postupka,⁷⁴ jer se polazi od stava da samo jasnost i transparentnost može da garantuje kredibilan i dosledan mehanizam za kontrolu državne pomoći.⁷⁵ Tendencijski, njen značaj, stalno raste. Zahtevi za većom transparentnošću u ovoj oblasti su naročito ojačali posle Ugovora iz Mastrihta. Razlozi su i politički⁷⁶ i pravni.⁷⁷

⁶⁹ Ehlermann, C.D., *Aid Control in the European Union: Success or Failure?*, str. 1217..

⁷⁰ Izvor inspiracije je očiglednu u tradicionalnom nemačkog nezavisnog tela i pitanjima monopola. Ibid.

⁷¹ Ehlermann, C.D., *Aid Control in the European Union: Success or Failure?*, str. 1218.

⁷² Ova procedura je detaljno elaborirana u Regulativi Saveta ministara 659/99.

⁷³ U skladu sa članom 88 Ugovora o osnivanju EEZ.

⁷⁴ Prikupljanje i objavljivanje podataka o iznosima državne pomoći je jedan primarnih stubova funkcionisanja kontrole državne pomoći. Cremona, M., op. cit. str. 279.

⁷⁵ Nicolaidis, P– Bilal., S., op.cit. str. 7,8.

⁷⁶ S jedne strane, raste potreba država članica za informacijama i objašnjenjima zbog orijentacije u budućnosti. S druge strane, i sama Komisija nastavlja da jača svoju praksu većom produkcijom smernica, okvira, obaveštenja, itd.

U našem pravu, Zakon o kontroli državne pomoći je, u skladu sa Prelaznim trgovinskim sporazumu, predvideo formiranje Komisije za kontrolu dodele državne pomoći, kao posebnog nezavisnog tela za zaštitu trgovine i nadzor državne pomoći.⁷⁸ To uključuje i prethodnu i naknadnu kontrolu dodele državne pomoći, kao i ovlašćenje da naredi povraćaj protivzakonito dodeljene državne pomoći.⁷⁹ Ovakva koncepcija je prirodno drugačija u odnosu na sistem prihvaćen u okviru EU, ali i nekih drugih zemalja koji su prošli ili su sada u procesu pristupanja ovoj grupaciji. Naravno, ona je privremenog karaktera, sve do našeg pristupanja EU, kada ćemo preuzeti i tada važeći institucionalnu strukturu EU u oblasti državne pomoći.

Zaključak

U pravu EU, se kreira kompleksan i diferenciran sistem pravnog režima o državnoj pomoći sa ciljem da spreči zemlje članice da štite ili promovišu svoja preduzeća na štetu konkurencije u okviru EU. Ova regulativa je u odnosu na onu koja se odnosi na subvencije i stvara na međunarodnom planu u okviru STO, mnogo detaljnija i pokriva širi spektar oblika državne pomoći.

Koncept EU, kao novinu prihvataju i nacionalna prava, što posebno važi za zemlje koje su u procesu pristupanja EU. To je učinjeno i našem pravu donošenjem. Zakona o kontroli državne pomoći. Njime se uređuju opšti uslovi za dodelu, kontrolu dodele i korišćenje državne pomoći, sa suštinskim ciljem uspostavljanja i obezbeđivanja konkurentnih tržišnih uslova i uvođenja reda u dotad neuređenu oblast. Istovremeno, time je uspešno izvršena i obaveza predpristupne harmonizacije ove oblasti, koja je neophodni preduslov pristupanja naše zemlje ovoj grupaciji, jer su navedenim zakonom u potpunosti ispoštovani standardi i zahtevi EU.

⁷⁷ Pravni zahtevi za veću transparentnost su posebno generisani od strane sudova u Luksemburgu, prevashodno od strane suda prve instance, Ehlermann, C.D., *Aid Control in the European Union: Success or Failure?*, str. 1219.

⁷⁸ Predviđeno je da Srbija, u roku od godinu dana od stupanja na snagu SSP, formira operativno nezavisno telo.

⁷⁹ Komisija za kontrolu državne pomoći ima pet članova i formira je Vlada. Čine je po jedan predstavnik iz četiri ministarstava (finansija, ekonomije i regionalnog razvoja, infrastrukture i zaštite životne sredine) i Komisije za zaštitu konkurencije, pri čemu je predstavnik ministarstva finansija predsednik Komisije za kontrolu državne pomoći, dok je predstavnik Komisije za zaštitu konkurencije njegov zamenik.

*Drago Divljak, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad*

State Aid in the EU Law and National Law

Abstract

Due to emphasised negative implications, state aid in contemporary law is more and more the subject of legal rules of supra-national and international law, and consequently it is more and more frequently the subject of national laws. The systems of state aid are based on the principle of general non-allowedness of state aid, which is relativised with wide exceptions and the form of allowed and conditionally allowed forms of state aid.

In the EU law, a complex and differentiated system of legal regime on state aid is created aimed at preventing the Member States to protect or promote their companies at the expense or harm of competition within the EU. Compared to the regulations that refer to subsidies and that are created at the international level, within the WTO, these regulations are much more detailed and they cover a wide spectrum of different forms of state aid.

National laws are accepting the EU concept as a novelty, which is valid in particular for countries in the process of the EU integrations. This has been done in our law as well by enacting of the Law on state aid control. This Law regulates general conditions for granting, granting control, and utilisation of state assistance, with the essential objective to establish and provide for competitive market conditions and introduction of order in the field that has not been regulated previously. At the same time, this means a successful fulfilment of the obligations related to pre-accession harmonisation of this field, which is a necessary pre-condition for accession of our country into this group of countries since the EU standards and requirements have been fully observed with the above-mentioned Law.

Key words: state aid, EU, WTO, international law, national law, economic implications, control system, EU Commission, institutional structure.

*Dr Senad Jašarević, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

HARMONIZACIJA PRAVA I PRAKSE U OBLASTI PARTICIPACIJE ZAPOSLENIH – SRBIJA I EU¹

Sažetak: *Srbija je prilikom donošenja novijih propisa kojima se uređuje oblast radnih odnosa učinila značajne početne korake na planu harmonizacije prava sa legislativom EU. Uočljivo je da u tom procesu zaostaje participacija zaposlenih. U radu se govori o pojmu i pozitivnim efektima radničke participacije u uporednoj praksi, sa akcentom na zemlje EU, kao i o aktuelnom stanju i potencijalima upotrebe participacije u Srbiji.*

Cljučne reči: *radno pravo; komunitarno pravo; socijalni dijalog; radnička participacija;*

1. Harmonizacija prava Srbije sa standardima EU i participacija

Od samog početka tranzicije Srbija je inspiraciju za reformisanje pravnog poretka u celini, pa i radnog prava, tražila u pravu Evropske unije (EU). Posle zaključenja Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju EU, 2008. godine, to postaje i naša formalna obaveza. Stoga su naši noviji propisi kojima se uređuju radni odnosi sačinjeni pod velikim uticajem regulative EU (Zakon o radu iz 2005. godine, Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu iz 2005, Zakon o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti iz 2009 i dr).²

¹ Ovaj rad predstavlja rezultat istraživanja autora na projektu Pravnog fakulteta, Univerziteta u Novom Sadu: „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava – EU i Srbija.“

² Navedeni zakoni su objavljeni u: 1) Službeni glasnik Republike Srbije (RS), br. 24/2005, 61/2005, 54/2009; 2) Službeni glasnik RS, br. 101/2005; 3) Službeni glasnik RS, br. 36/2009, 88/2010.

I pored velikog uticaja komunitarnog prava na sadržinu domaćih propisa, ipak se još uvek ne može govoriti o „harmonizovanosti“ našeg radnog prava sa pravom Unije, već o većem ili manjem stepenu početne usaglašenosti. Najveći stepen usklađenosti postignut je u oblasti regulative o jednakosti zaposlenih, dok je veoma mali napredak ostvaren na polju radničke participacije.³ U Srbiji je učešće zaposlenih u odlučivanju (tzv. participacija) na veoma niskom nivou, mada su po ugledu na zemlje EU ustanovljeni socijalno-ekonomski saveti na svim državno-teritorijalnim nivoima, a postoji i mogućnost da se formiraju saveti zaposlenih u preduzećima. Osnovni razlog za zaostajanje u ovoj oblasti je veliki otpor u društvu prema participaciji, koja se shvata kao proces sličan nekadašnjem samoupravljanju iz perioda socijalizma. Ipak, u pitanju je nedovoljno razumevanje ove korisne ustanove, koja nije bez razloga izuzetno aktuelna u Evropskoj uniji.

2. Pojam i obeležja participacije zaposlenih

Termin „participacija“ se u radnom pravu koristi kao integralni pojam za različite vidove učešća zaposlenih u upravljanju i svojini. U bazičnom značenju, pod radničkom participacijom se podrazumevaju neformalni i formalni procesi ustanovljeni u preduzećima, kod kojih zaposleni ili njihovi predstavnici učestvuju sa rukovodstvom preduzeća, na kooperativnoj osnovi, u rešavanju pitanja od zajedničkog interesa.⁴

Međutim, participacija je odavno prevazišla okvire preduzeća, te se u mnogim zemljama odvija na višim teritorijalnim i poslovnim nivoima, pa čak i izvan nacionalnih granica. Participaciju u današnjem smislu bismo *definisali* kao: sve neformalne i formalne procese ustanovljene u preduzećima, delatnostima ili na različitim teritorijalnim nivoima (lokalnom, okružnom, provincijskom, državnom, nadnacionalnom), zahvaljujući kojima se zaposlenima i njihovim predstavnicima pruža prilika da učestvuju u raspravljanju i rešavanju pitanja od zajedničkog interesa sa poslodavcima, državom i predstavnicima relevantnih socijalnih grupa.⁵

³ Videti više: S. Jašarević, *Harmonizacija radnog prava Srbije sa pravom Evropske Unije*, rad prezentovan na međunarodnoj naučnoj konferenciji: „Harmonizacija zakonodavstva Republike Srbije sa pravom Evropske unije“, Institut za međunarodnu politiku i privredu i Hanns Seidel Stiftung, 5-6. Maj 2011 (objavljivanje zbornika u toku).

⁴ Navedena definicija je preuzeta iz: G. Arrigo & G. Casale, *Glossary of Labour Law and Industrial Relations*, International Labour Organization, Geneva, 2005, str. 264.

⁵ Videti više: S. Jašarević, *Participacija prema pravnim standardima MOR, EU i Srbije*, Radno i socijalno pravo, Udruženje za radno pravo i socijalno osiguranje Srbije, Beograd, 2009, br. 1, str. 65.

Participacija se uz kolektivno pregovaranje smatra ključnim elementima „socijalnog dijaloga“. *Socijalni dijalog*, prema Međunarodnoj organizaciji rada (MOR), čine „sve vrste pregovora, konsultacija i razmene informacija između ili među predstavnicima vlade, poslodavaca i radnika o pitanjima od zajedničkog interesa.⁶ Svrha socijalnog dijaloga je da se uspostavi socijalna stabilnost i omogući bezkonfliktno usklađivanje protivrečnih interesa socijalnih partnera, kao i drugih socijalnih interesnih grupa u društvu (nezaposleni, mladi, penzioneri, invalidi, manjine).⁷

Budući da se radi o kompleksnom pojmu, sa nizom modaliteta i varijacija, postoje izvesna lutanja u pogledu sadržine participacije. Najšire posmatrano, postoje tri tipa participacije: 1) «radnička participacija» (učesće zaposlenih u informisanju, odlučivanju i upravljanju), 2) finansijska participacija, 3) integralna - finansijska i upravljačka participacija.⁸ Prema jednom od najboljih poznavalaca ove oblasti – Štrausu (George Strauss), participacija može biti: 1) direktna (lično konsultovanje zaposlenih), 2) predstavnička, 3) partnerska, 4. finansijska.⁹

(1) *Učesće u informisanju, odlučivanju i upravljanju* smatra se participacijom u užem smislu.¹⁰ *Informisanje* o pitanjima od interesa za zaposlene (poslovni rezultati, planovi, radni režim, uslovi rada) najrasprostranjeniji je oblik participacije, pošto pretpostavlja najmanji stepen mešanja zaposlenih u vođenje poslovne politike preduzeća, te ga poslodavci najradije prihvataju. *Konsultovanje* podrazumeva savetovanje sa zaposlenima prilikom donošenja značajnijih odluka u preduzećima, kao i na nivou širih poslovno-teritorijalnih jedinica. *Saodlučivanje* sadrži mo-

⁶ Videti više: *About the ILO, Social dialogue*, <www.ilo.org>.

⁷ Videti više: S. Mihailović, Z. Stojiljković, *Stanje socijalnog dijaloga na lokalnom nivou u Srbiji*, Schweizerisches Arbeiterhilfswerk, Oeuvre suisse d'entraide ouvrière, Swiss Labour Assistance, Beograd, 2006, str. 2.

⁸ Videti više: D. Jovanović, *Saodlučivanje u privrednim društvima*, magistarski rad, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2007, str. 19. i R. Goodijk, *Corporate Governance and Workers' Participation*, Corporate Governance: An International Review, 2000, Vol. 8, No. 4; D. Mojić, *Radnička participacija danas: Svetska iskustva i naša stvarnost, u: Sloboda, jednakost, solidarnost i internacionalizam: Izazovi i perspektive savremene levice u Srbiji*, ur. I. Mladenović i M. Timotijević, Friedrich Ebert Stiftung, 2008, str. 231.

⁹ G. Strauss, *Worker Participation—Some Under-Considered Issues, Industrial Relations*, A Journal of Economy and Society, 2006, Volume 45, Issue 4, str. 779, 790. Još neke klasifikacije participacije videti u: E. Poutsma, J. Hendricks, F. Huijgen, *Employee Participation in Europe: In Search of the Participative Workplace*, Economic and Industrial Democracy February 2003, 24, str. 46.

¹⁰ N. Brun, *Employees' Participation Rights and Business Restructuring*, European Labour Law Journal, Intestia, Belgium, 2011, No 1, str. 29.

gućnost zajedničkog donošenja odluka poslodavaca i predstavnika zaposlenih o bitnim socijalno-ekonomskim pitanjima u preduzeću i celom društvu.

Konsultovanje i saodlučivanje odvijaju se na različite načine: 1) u okviru posebnih tela mešovitog sastava (zajednički komiteti, socijalno-ekonomski saveti), 2) organizovanjem timskog rada ili 3) tako što se određeni broj predstavnika zaposlenih bira u organe preduzeća. Ovaj tip participacije zastupljen je u mnogim razvijenim zemljama, s tim što je konsultativna uloga zaposlenih najrazvijenija u članicama EU, saodlučivanje u vidu posebnih tela ima zapaženu ulogu npr. u Nemačkoj,¹¹ Austriji, Holandiji, učešće u organima upravljanja rašireno je u Nemačkoj, skandinavskim zemljama, SAD, Velikoj Britaniji, Japanu, a timski rad se dosta primenjuje u SAD i Japanu.

Tela za participaciju mogu da budu sastavljena samo od zaposlenih ili su mešovitog karaktera (bipartitna, tripartitna ili multipartitna.) Mešovita tela, uz predstavnike zaposlenih i poslodavaca, kao i države, mogu da uključuju i druge interesne grupacije u društvu (kao što su penzioneri, invalidi, ženske organizacije, nevladin sektor).

Organi za participaciju u preduzećima su u početku uglavnom bili vezani za sindikate. Sada oni sve češće deluju odvojeno i imaju različitu nadležnost. Dok se sindikati pretežno bave osnovnim uslovima rada i kolektivnim pregovaranjem, saveti zaposlenih pokrivaju ostala interesna područja u domenu rada. Zbog tendencije osamostaljivanja, pojedini sindikalisti osporavaju participaciju kao metod koji ima za cilj da se oslabi sindikalno delovanje. Ima i obrnutih mišljenja. Poredeći ulogu tela za participaciju i sindikata, Nađi (Nagu) npr. ističe da odnos sindikata i poslodavaca karakteriše postojanje suprotstavljenih interesa, dok odnosi u okviru participacije počivaju na saradnji. Stoga se sindikalno delovanje i participacija međusobno dopunjuju, zahvaljujući čemu bi zaposleni trebalo da ostvare potpuniju zaštitu interesa.¹²

2) Drugi, nešto ređi vid participacije je *finansijaska participacija*. Ona obuhvata učešće zaposlenih u svojini (stock ownership) ili u raspodeli dobiti (profit sharing).

¹¹ U Nemačkoj saveti zaposlenih saodlučuju na pogonskom nivou o nizu važnih pitanja sa poslodavcima, zaključuju jednu vrstu pogonskog kolektivnog ugovora, biraju jednak broj predstavnika u odbor direktora, a direktor za ljudske resurse imenuje se samo uz njihovu saglasnost.

¹² Videti više u: I. Grgurev, *Sudjelovanje zaposlenika u odlučivanju na razini preduzeća u zemljama srednje i istočne Europe*, Revija za socijalnu politiku, Zagreb, 1997, br. 4, str. 2. teksta.

Akcionarstvo zaposlenih podrazumeva učešće zaposlenih u vlasništvu preduzeća tako što se ustanovljava mogućnost prodaje kapitala zaposlenima i rukovodiocima (pod povlašćenim uslovima) ili se vrši besplatna podela akcija (kao u bivšim socijalističkim zemljama). Jedno vreme ovaj vid participacije bio je popularan i kao model za spasavanje posrnutih firmi (tzv. Plan Rescue Buyouts), npr. u SAD, Kanadi, Velikoj Britaniji.¹³ Poslednjih godina akcionarstvo zaposlenih širi se i sa trendom privatizacije u svetu (u Velikoj Britaniji, Italiji, Španiji, Francuskoj).¹⁴ Godine 2000. u SAD je 8,5 miliona radnika bilo obuhvaćeno planovima akcionarstva, u Francuskoj 1994. godine - 4,7 miliona radnika imalo je sporazume o učešću u profitu, a u EU šemama akcionarstva i učešća u profitu trenutno je obuhvaćeno 17 miliona ili 19% zaposlenih.¹⁵

3) Treći, funkcionalno najveći stepen participacije, podrazumeva objedinjeno *vlasništvo i kontrolu* od strane zaposlenih. U pitanju su relativno retki eksperimenti, koji se svode na nekadašnje samoupravljanje (u Jugoslaviji, Poljskoj), kibuce (Izrael), kooperative (Mandragon u Španiji), pojedine građevinske, avioprevoznice i još neke firme u SAD i Velikoj Britaniji (Scottish Daily New, Meridian Motor Cycle, Kirby Manufacturing). Navodi se da je kasnih osamdesetih u ovakvim vidovima kooperativa u Zapadnoj Evropi radilo oko 500.000 ljudi.¹⁶ Mada je početni uspeh ovog vida participacije obećavao, ispostavilo se da društveno-ekonomske okolnosti nisu još uvek sazrele za takve vid učešća zaposlenih, tako da je većina okončana neuspešno.

Nekoliko reči o sadržaju i ulozi participacije. U početku su predmet participacije uglavnom bili uslovi rada (najviše zarade), da bi se kasnije ova praksa širila i na druga bitna pitanja za zaposlene, kao što su: zaštita zdravlja i bezbednosti na radu,¹⁷ osmišljavanje sadržaja rada, strategije po-

¹³ Takve firme bi na kraju obično ipak propale, najviše zbog nepovoljnih tržišnih okolnosti u branšama, ali je otpuštanje ponekad prolongirano i do dvadeset godina. Videti slučajeve u: G. Strauss, op. cit, str. 794.

¹⁴ Videti više: E. Poutsma i dr, op. cit, str. 52. Sisek pominje novi „stakeholderski pristup“ (akcionarstvo zaposlenih) koji se javlja krajem devedesetih u Britaniji, a koji je prihvatio tadašnji premijer Toni Bler. Ovakav pristup bi trebalo da doprinese efikasnosti ekonomije na osnovama zajedništva, jednakosti i solidarnosti, promeni društvene klime i načina razmišljanja u duhu uzajamnosti, odnosno ostvarivanju pravednijeg i efikasnijeg društva. B. Sisek, *Stakeholderski pristup korporaciji i ekonomiji*, Ekonomski pregled, Zagreb, 2001, sveska 52, br. 1-2, str. 59. i 78.

¹⁵ Videti više: M. Doru, *O radničkoj participaciji u upravljanju privredom*, Republika, br. 468-469, 31. 1. 2010, <<http://www.republika.co.rs/468-469/14.html>>.

¹⁶ Videti više: G. Strauss, op. cit, str. 792.

¹⁷ Pokazalo se da u domenu zaštite zdravlja i bezbednosti na radu uloga participacije može da bude veoma korisna, te broj mešovityh odbora raste u svetu. Particip-

slovanja i razvoja preduzeća, distribucija kapitala. Uporedo se proširivao i teritorijalni i personalni obim participacije. Kako su se menjale društvene okolnosti, dolazi do pomeranja fokusa participacije sa „industrijskih“, na „postindustrijske teme“, kao što su zaštita životne sredine, obrazovanje zaposlenih, socijalno zakonodavstvo.¹⁸

Budući da participacija pretpostavlja mešanje u klasična svojinska ovlašćenja vlasnika sredstava za rad, postoje stalne o njenoj svrsishodnosti i efikasnosti. Naime, i sami zagovornici ističu problem njene delotvornosti, usled čega se često svodi na „praznu ljušturu“ ili „prazni ritual“. ¹⁹ Štraus smatra da je potrebno razlikovati aktuelni uticaj od „osećaja uticaja“, odnosno uticaj od uključenosti u donošenje odluka. Uključenost je uglavnom pasivna, a uticaj aktivan. Zato ističe da u mnogim preduzećima u kojima je uvedeno radničko akcionarstvo, u stvari ne postoji mogućnost uticaja na donošenje odluka, koje i dalje donosi visoki menadžment ili većinski akcionari kompanije.²⁰

Ukoliko se participacija svodi samo na formu, ona postaje kontra-produktivna. Često se koristi i u svrhu manipulacije (tzv. manipulativna participacija).²¹ Zbog toga u postsocijalističkim zemljama postoji odbojnost prema ideji radničke participacije (npr. u delovima bivše Jugoslavije, Poljskoj). Takođe, u bivšim socijalističkim zemljama isticalo se da učešće zaposlenih u odlučivanju predstavlja politizaciju upravljanja preduzećem, te da otežava postizanje ekonomskih ciljeva u poslovanju. Tvrdi se i da zaposleni nisu profesionalno osposobljeni za učešće u upravljanju preduzećima.²² Zapaženo je i da su u zemljama u tranziciji u kojima je primenjeno radničko akcionarstvo zaposleni skloni da onemoguće pristup

acija pozitivno utiče na grupnu motivaciju, podupire socijalnu kontrolu, podršku i poverenje, omogućava podelu obaveza i odgovornosti, odnosno pomaže da se razvije delotvoran sistem prevencije povreda i bolesti na radu. V. Puljiz, prikaz knjige: S. Šokčević - *Industrijska demokracija i zaštita na radu* (Zagreb, TIM press, 2006), *Revija za socijalnu politiku*, Zagreb, 2006, br. 3-4, str. 377.

¹⁸ Videti više npr: S. Mihajlović, op. cit, str. 31.

¹⁹ Videti više: N. Brun, *Employees' Participation Rights and Business Restructuring*, *European Labour Law Journal*, Intersentia, Belgium, 2011, No 1, str. 38. i S. R. Arnstein, *A Ladder of Citizen Participation*, *Journal of the American Planning Association*, 1969, str. 216, dostupno na: <<http://lithgow-schmidt.dk/sherry-arnstein/ladder-of-citizen-participation.html>>.

²⁰ G. Strauss, op. cit, str. 779.

²¹ Videti više: D. Mojić, op. cit, str. 242; *Frančević i Puhovski o participaciji zaposlenih u odlučivanju*, Magazin Banka, 2008, Zagreb, <<http://www.bankamagazine.hr/Projekti/IndeksSreće/IndeksSrećevijesti/tabid/373/View/Details/ItemID/66377/tl/Francicevic-i-Puhovski-o-participaciji-zaposlenih-u-odlucivanju/Default.aspx>>, str. 3.

²² Videti više: I. Grugurev, op. cit.

spoljnim investitorima, da bi zadržali kontrolu nad preduzećem. U takvim preduzećima uočljiva je i tendencija da se isplaćuju prevelike zarade, kao i da se održava neproduktivna zaposlenost.

Ipak, argumenti u korist participacije pretežu. Radne odnose karakterišu suprostavljeni (distributivni) interesi zaposlenih i poslodavaca. Ovakvi odnosi konstantno uzrokuju neke od najtežih socijalnih sukoba u savremenoj istoriji.²³ Zato se od samog nastanka industrijskog društva iznalaze „recepti“ kako da se interesi zaposlenih i poslodavaca usklade na najbolji i najmirniji način, a da pri tome njihove prirodne uloge u procesu rada ne budu narušene.²⁴ Jedan od tih „receptat“ je participacija. Kada participacija funkcioniše obe strane dobijaju, iz sledećih razloga: 1) politički – smanjuje se jaz u balansu snage, 2) psihološki – participacija zadovoljava bazične ljudske težnje za uvažavanjem i kreativnošću, 3) rudovodstveni – doprinosi se organizacionoj efikasnosti.²⁵

Sing (Singh) u korist primene participacije zapaža da je dobro kada ideje dolaze od više ljudi jer ne samo što se povećava zadovoljstvo zaposlenih, već se koriste i prednosti „kolektivne mudrosti“, odnosno „kolektivne inteligencije“.²⁶ Takođe, participacija omogućava da se društvena politika vodi u „socijalno prihvatljivom pravcu“.²⁷ Preduzeća sa značajnom ulogom participacije karakteriše i visok nivo inovativnosti i konkurentnosti.²⁸

Zbog svega ovoga su i mnogi poslodavci zagovornici participacije. Kao njene prednosti navode se što: 1) pozitivno deluje na motivaciju, 2) podiže nivo kulture na radnom mestu (zahvaljujući „deljenju informacija“), 3) povećava se produktivnost.²⁹ U korist uvođenja participacije pominje se i da: doprinosi transparentnosti poslovnog i političkog okruženja; podsti-

²³ Videti više: S. Mihailović, , str. 5.

²⁴ O ovome videti više: P. Jovanović, *Učešće zaposlenih u upravljanju preduzećem*, Radno i socijalno pravo, br.1-2/1998, str. 33.

²⁵ Videti više: G. Strauss, op. cit, str. 779. i 801; nešto slično, o humanističkoj, političkoj i ekonomskoj argumentaciji u korist privatizacije videti više: D. Mojić, op. cit, str. 240.

²⁶ P. Singh, T. J. Bartkiw, Z. Suster, *The Yugoslav Experience with Workers' Councils, A Reexamination*, Labor Studies Journal September 2007, august, 32, str. 280; D. Mojić, op. cit, str. 240.

²⁷ Prema: *European Works Councils*, European Trade Union Confederation (ETUC), <<http://www.etuc.org/r/57>>.

²⁸ E. Poutsma i dr, op. cit, str. 71.

²⁹ Videti više: *Benefits of Employer and Employee Co-operation*, The Times 100 Business Case Studies, < <http://www.thetimes100.co.uk/>>; *Workplace Consultation, Employee Participation in Decision Making*, Industrial Relations Victoria, Department of Innovation, Industry and Regional Development, <http://www.business.vic.gov.au/BU-SVIC/STANDARD/PC_60870.html>.

cajno deluje na socijalnu stabilnost; vodi prevenciji sukoba, smanjenju tenzija i negovanju socijalne kohezije;³⁰ omogućava donošenje socijalno pravednijih propisa; zahvaljujući participaciji vodi se izbalansirani socijalna politika, podstiče organizacijsko učenje, komunikacija i saradnja; pozitivno se utiče na kvalitet odluka i socijalnih odnosa, razvija se preduzetnički duh; doprinosi se usavršavanju ličnosti zaposlenih (koji stiču rukovođeće i druge veštine);³¹ omogućava se efikasnije prilagođavanje promenama; povećava se lojalnost preduzeću.³²

Poznati američki politikolog Robert Dal (Robert Dahl), koji je dao značajne radove u oblasti unapređenja demokratije, kaže da danas velika preduzeća imaju snažan uticaj na život zaposlenih, pa i šire zajednice. Ponekad je taj uticaj veći od vlasti opštine, regiona, pa i države. Zato se unutar njihovih organizacija ne može rukovoditi nedemokratski, a da se to negativno ne odražava na ukupnu demokratiju i pluralizam u društvu. Dal sugerše da treba da dođe do demokratizacije kompanija uvođenjem participacije (suvlasništva, kontrole i učešća u upravljanju).³³

Bez obzira na pomenute prednosti, u poslednje dve decenije u svetu opada primena participacije, osim u Evropskoj uniji. Neki od razloga za to su: liberalni trend u ekonomiji (koji vodi sužavanju prava zaposlenih), ekonomska kriza (povećava se konkurencija i sužava prostor za mere u korist radnika), trend fleksibilizacije rada (koji se smatra protivrečnim participaciji),³⁴ razočaranje zaposlenih dometima participacije (zbog formalističkog pristupa). Sa druge strane, poznavaoi smatraju da bi uprkos teškim ekonomskim okolnostima, trebalo da dođe do širenja participacije. Ona može da bude korisna u periodima krize, pošto jača motivaciju zaposlenih, spremnost na žrtvovanje u cilju boljih poslovnih rezultata, povećava inovativnost i razumevanje odluka poslodavca, smanjuju se socijalne tenzije itd.

3. Participacija u EU

Evropska unija je najrazvijeniji region u svetu u pogledu participacije. Dok u mnogim zemljama osetno opada primena participacije (smatra se da je njen zenit bio osamdesetih godina prošlog veka), participacija u

³⁰ Videti više: M. Doru, op. cit, str. 2.

³¹ Videti više: D. Mojić, op. cit, str. 236; E. Poutsma, op. cit, str. 47.

³² Videti više: *Worker Participation, EI: Tough Choices for Unions*, UK, 2007, Internet: <<http://www.econ.unt.edu/levis/wkrpart.html>>.

³³ S. Ravlić, *Pluralizam i participacija: demokratska teorija R. A. Dahla*, Politička misao, Zagreb, 2000, br. 1, str. 92.

³⁴ Naprotiv, uspešna participacija čini preduzeće fleksibilnijim. To smatra i Brun, vidi u zaključnim razmatranjima pomenutog teksta.

Uniji se širi, kako legislativno, tako i faktički. U poslednje dve decenije došlo je do jačanja participacije u „evropskim kompanijama“ (koje rade u više zemalja Unije), kao i na svim teritorijalnim nivoima u državama članicama (u vidu socijalno-ekonomskih saveta).

Prema nekim istraživanjima, najrazvijenija u Uniji je participacija koja podrazumeva postojanje predstavnika zaposlenih na mestu rada – koja se javlja u 64% preduzeća (najviše u Švedskoj, Francuskoj, Nemačkoj). Participacija preko individualnog predstavnika u telima poslodavca postoji u 32% preduzeća (direktna participacija, koje najviše ima u Švedskoj i Holandiji). Intenzivne grupne konsultacije ili predstavništvo zaposlenih funkcionišu u 19-20% preduzeća. Šeme učešća u profitu javljaju se u 23% kompanija u Uniji (najzastupljenije su u Velikoj Britaniji i Francuskoj), a učešće u vlasništvu u 9% preduzeća.³⁵ Ipak, fenomen visoko zastupljene participacije je i u Evropskoj uniji još uvek relativna retkost. Manje od 5% preduzeća primenjuje više oblika participacije - što se može nazvati „visokoparticipativnim radnim mestom“.³⁶

Na značaj koji se u poslednje vreme u komunitarnom pravu poklanja participaciji ukazuje činjenica da je pravo na participaciju jedno od fundamentalnih prava u EU.³⁷ Pravo na „Informisanje, konsultovanje i participaciju zaposlenih“ svrstano je u jedno od dvanaest bazičnih prava garantovanih u Povelji o osnovnim pravima radnika Evropske zajednice iz 1989. godine (tač. 17).³⁸ Isto tako, u Povelji o osnovnim pravima u EU iz 2000. godine, u čl. 27, garantuje se pravo zaposlenih i njihovih predstavnika na informisanje i blagovremeno konsultovanje, na odgovarajućim nivoima.

Sem toga, u čl. 151. Sporazuma o funkcionisanju EU (koji je 2010. godine zamenio Sporazum o Evropskoj zajednici),³⁹ unapređenje socijalnog dijaloga između menadžmenta i sveta rada pominje se kao jedan od ciljeva Unije i zemalja članica u oblasti socijalne politike. U čl. 152. navodi se da Unija priznaje i unapređuje ulogu socijalnih partnera, kao i da će olakšati dijalog između njih, uvažavajući autonomiju socijalnih partnera. Prema čl. 153. istog dokumenta, u oblasti koje će se podsticati u domenu socijalne politike u Uniji spadaju: informisanje i konsultovanje i predstavljanje i mogućnost kolektivnog zastupanja interesa radnika i poslodavaca, kao i „kodeterminacija“ (učestvo u odlučivanju). Takođe,

³⁵ E. Poutsma i dr, op. cit, str. 57.

³⁶ E. Poutsma i dr, op. cit, str. 71.

³⁷ Videti više: N. Brun, op. cit, str. 35.

³⁸ Značaj Povelje iz 1989. godine istaknut je i u Sporazumu o funkcionisanju EU, 2010.

³⁹ Official Journal of the European Union (OJ), 83/70, od 30. 3. 2010.

Komisija ima zadatak da unapređuje konsultacije menadžmenta i zaposlenih i da olakšava taj dijalog (koji se može okončati i formalnim sporazumima), kao i da konsultuje socijalne partnere prilikom uvođenja mera socijalne politike (čl. 154 i 155).

Obaveza konsultovanja zaposlenih o pojedinim važnijim pitanjima (otkazi, transfer posla) uvedena je u Evropskoj uniji još sedamdesetih godina.⁴⁰ Ključan pomak u razvoju participacije nastupa 1994. godine, kada se donosi Direktiva br. 94/45 o ustanovljavanju evropskih radnih saveta ili procedurama u preduzećima i grupama preduzeća komunitarnog nivoa za svrhe informisanja i konsultovanja zaposlenih.⁴¹ Godine 2009. ova direktiva je redigovana, Direktivom istog naziva, br. 2009/38/EZ.⁴² Da bi se razjasnila sadržina participacije, 2002. godine sačinjena je Direktiva o ustanovljenju opšteg okvira za informisanje i konsultovanje zaposlenih u EU, br. 2002/14).⁴³

Direktivom iz 1994. godine postavljeni su temelji za razvoj participacije u EU. Predviđeno je uvođenje evropskih radnih saveta u kompanijama sa više od 1.000 zaposlenih koje imaju pogone u najmanje dve zemlje članice. Nova Direktiva (2009) predviđa nešto slično – osnivanje Saveta u evropskim kompanijama ili grupama kompanija, kao i privrednim subjektima koji su kontrolisani od strane kompanije iz druge zemlje članice EU, sa najmanje 1.000 zaposlenih ili 150 zaposlenih u bar dve zemlje članice.⁴⁴ Danas je ovim telima obuhvaćeno preko 10 miliona zaposlenih u EU.⁴⁵

Prema čl. 9 Direktive iz 2002. godine, blagovremeno informisanje i konsultovanje pretpostavke su za uspeh restrukturiranja i prilagođavanja preduzeća novim uslovima koji su rezultat globalizacije ekonomije, naročito putem razvoja novih formi organizacije rada. Prema tač. 2. Direktive iz 2002, *informisanje* predstavlja transmisiju podataka od strane

⁴⁰ Direktivom br. 75/129 od 1975. godine o približavanju prava zemalja članica u oblasti kolektivnih otkaza i Direktivom br. 98/59 (kojom je novelirana prethodna direktiva), od 1998 (OJ L 48, 22. 2. 1975, str. 29. i OJ L 225, 12.8.1998, str. 16). Druga direktiva je br. 77/187, iz 1977. godine, o približavanju prava zemalja članica o očuvanju prava zaposlenih u slučaju transfera preduzeća ili posla, (OJ L 61, 5/3/1977, p. 0026), odnosno noveliranom Direktivom br. 2001/23/EZ od 2001. istog naziva (OJ L82, 22. 3. 2001, str. 16).

⁴¹ Direktiva iz 1994. objavljena je u: OJ L 254, 30. 09. 1994, str. 64. Bila je inovirana 1997. i 2006. godine.

⁴² Direktiva je objavljena u OJ L 122/28, 2009. Prethodna Direktiva prestaje da se primenjuje 6. juna 2011. godine (prema čl. 17. nove Direktive).

⁴³ OJ IH K 80/29.

⁴⁴ Videti čl. 1, 2. i tačku 24. nove Direktive.

⁴⁵ Videti više: *European Works Councils*, European Trade Union Confederation, 2007, Internet: <<http://www.etuc.org/r/57/>>.

poslodavca predstavnicima zaposlenih u nameri da im se omogući da se upoznaju sa činjenicama i da ih istraže, a *konsultacije* - razmenu mišljenja i ustanovljavanje dijaloga između predstavnika zaposlenih i poslodavca.⁴⁶ Cilj ovih procedura je da omoguće: blagovremeno sagledavanje situacije i pripremu za konsultacije, da predstavnici zaposlenih na relevantnom nivou saopšte svoje mišljenje poslodavcu i da se o tome eventualno postigne sporazum (čl. 4. tač. 3). Informisanje i konsultovanje trebalo bi da se odnose na: 1) informacije o ekonomskom stanju i perspektivama razvoja u preduzeću i pogonu, 2) informacije i konsultacije o stanju, strukturi i mogućem razvoju radnih odnosa u preduzeću ili pogonu i o bilo kojoj meri koja je u izgledu, a može da se odrazi na radne odnose, 3) informacije i konsultacije o odlukama koje mogu da dovedu do značajnijih promena u radu, organizaciji rada ili ugovornim obavezama (čl. 4. tač. 2. Direktive).

4. Participacija u Srbiji

Razvoj participacije u Srbiji može se podeliti u tri faze: 1) period samupravljanja (1949-1988), 2) period prevođenja samoupravljanja u indirekne oblike participacije (od 1988. do 2004. godine) i 3) period razvoja socijalnog dijaloga na evropskim osnovama (od 2004. godine).

Prvi period trajao je od 1949. godine (te godine samoupravljanje je bilo uvedeno u 215 najvećih preduzeća u zemlji),⁴⁷ do 1988. godine, kada se u bivšoj Jugoslaviji ukida samoupravljanje i povlači Zakon o udruženom radu iz 1976. godine (1989). Uslediće period izrazite stagnacije participacije, koja će se svoditi na retke oblike učešća zaposlenih u upravljanju. Novi, proevropski pristup, koji bi trebalo da dovede do jačanja participacije, počinje 2004. godine, donošenjem Zakona o socijalno-ekonomskom savetu.

Današnji, nepopularan stav prema participaciji, mnogi pripisuju neuspehu samoupravljanja. Odnos prema samoupravljanju kretao se od opšteg oduševljenja (koje se i u stranoj literaturi ceni kao jedan od najvećih društvenih eksperimenata u domenu participacije),⁴⁸ do razočaranja. Strani teoretičari smatraju da su dobre strane samoupravljanja bile što je, bar u početnom periodu, doprinelo zadovoljstvu zaposlenih i produktivnosti, kao i tran-

⁴⁶ Direktiva iz 2009. na sličan način utvrđuje pojam informisanja i konsultovanja, u tač. 22. i 23. i čl. 2. tač. 1.

⁴⁷ Uputstvom o osnivanju i radu radničkih saveta državnih privrednih preduzeća, od 23. decembra 1949.

⁴⁸ P. Singh, T. J. Bartkiw, Z. Suster, *The Yugoslav Experience with Workers' Councils, A Reexamination*, Labor Studies Journal September 2007, august, 32, str. 280.

sformisanju jugoslovenske ekonomije, ali da su njegove rezultate potrlji spoljni uticaji, etnički konflikti, neodgovarajuće ekonomsko i društveno okruženje i dominacija komunističke partije.⁴⁹ Franičević smatra da se radi o dobroj ideji jer je u stvari „radni narod“ imao uticaja na odlučivanje samo o 3-5% bruto društvenog proizvoda, pri čemu su zaposleni imali osećaj da odlučuju i da su poštovani (Puhovski).⁵⁰

Ipak, kasnije dolazi do prevage forme nad suštinom, te počinju da se ispoljavaju negativne ekonomske posledice samoupravljanja. Uticaj zaposlenih na upravljanje preduzećima opadao je u korist stručnjaka (tehno-krata), te se samoupravljanje na kraju svodilo samo na privid, odnosno paravan.⁵¹ Radnici postaju razočarani participacijom jer više nisu imali uticaja na donošenje odluka. Nije ostvaren najvažniji cilj samoupravljanja - ravnomerna raspodela moći i uticaja u radnim organizacijama. Distribucija uticaja uglavnom bila je oligarhijska (tehnostrate su kontrolisale preduzeća), a ne poliarhijska (predstavnička), nikad skoro demokratska.⁵² Konačni rezultat bio je obrnut od očekivanog. Kao što Dal navodi, samoupravljanje u jugoslovenskim preduzećima povećalo je otuđenje od rada i izazvalo razočaranje u ideju participacije (mada i sam pozdravlja ovakav eksperiment).⁵³

Devedesetih godina prošlog veka uslediće druga faza, kada se samoupravljanje napušta u većini bivših Jugoslovenskih republika, pa i u Srbiji.⁵⁴ Iako se samoupravljanje postepeno normativno prevodi u indirektnu formu participacije (saveti zaposlenih u preduzećima, učešće predstavnika zaposlenih u organima upravljanja i nadzora), faktički dolazi do odbacivanja participacije.⁵⁵ Kao razlozi za to navode se: rezignacija zaposlenih, odbacivanja iz ideoloških razloga, ekonomska kriza, neobrazovanost menadžera.⁵⁶ Mada je Ustav Srbije iz 1990. predviđao «učešće u upra-

⁴⁹ P. Singh i dr, op. cit, str. 281-282.

⁵⁰ *Franičević i Puhovski o participaciji zaposlenih u odlučivanju*, op. cit, str. 3. teksta.

⁵¹ Videti više: G. Strauss, op. cit, str. 792.

⁵² Videti više: D. Mojić, op. cit, str. 250.

⁵³ S. Ravlić, op. cit, str. 94.

⁵⁴ Prema Zakonu o preduzećima, iz 1988. godine, radnički savet više nije postojao u privatnim preduzećima, a u mešovitim i društvenim jeste. Izmenama tog zakona od 1990. godine (Sl. glasnik RS, br. 18/1990), radnički savet prestaje da bude obavezni organ u mešovitim preduzećima, a kod privatnih poslodavaca koji su zapošljavali više od 50 zaposlenih uvodi se savet radnika.

⁵⁵ Jedino Slovenija nije do kraja odbacila ovu ideju. Iskristila je platformu samoupravljanja i 1993. godine uspešno ga prevela u praksu participacije, prema nemačkom modelu. Videti više: P. Singh i dr, op. cit, str. 288.

⁵⁶ Videti više: *Franičević i Puhovski o participaciji zaposlenih u odlučivanju*, op. cit, str. 2. teksta.

vljanju»,⁵⁷ kao i pojedini zakoni,⁵⁸ participacija u našim preduzećima bila je sve ređa i sve manje sadržajna. Uvodi se „pasivna organizacija“ sa nižim nivoom autonomije zaposlenih.⁵⁹ Odnos poslodavaca prema participaciji bio je izrazito negativan, kao i prema sindikatima. U tom periodu pominju se četiri tipa odnosa posloводства prema sindikatima: 1) autoritarna kooperacija, 2) potpuno ignorisanje, 3) potpuna kontrola, 4) progon.⁶⁰ Oskudna participacija se svodila na puku formu i stvaranje privida da zaposleni učestvuju u upravljanju.

Slično stanje je i danas, mada su normativne mogućnosti za primenu participacije veće i formalno postoji razni vidovi učešća zaposlenih u donošenju odluka. Uz ranije pomenute razloge (nepopularnost samoupravljanja, odsustvo demokratskih sklonosti i veština u rukovođenju), zapaža se i da razvoj participacije ometa štetna simbioza vlasnika preduzeća i politike. Naime, razvojem učešća zaposlenih u upravljanju značajno se povećava transparentnost poslovanja, odnosno broj česnika u kontroli nad privrednim aktivnostima, te se smanjuje mogućnost formiranja tajnih fondova kojima se, između ostalog, finansiraju i stranke na političkoj sceni.⁶¹ Pominje se i tzv. taktičko-politički pristup socijalnom dijalogu, koji između ostalog karakteriše tendencija izbegavanja socijalnog dijaloga ili formalistički pristup, prihvatanje dijaloga u trenutku slabosti ili kad se problemi maksimalno zaoštire, redukcija di-

⁵⁷ U čl. 35, st. 2 Ustava iz 1990. godine (Sl. glasnik RS, br. 1/1990), bilo je predviđeno: „Jamči se sloboda rada, slobodan izbor zanimanja i zaposlenja i učešće u upravljanju”.

⁵⁸ Npr. Zakon o javnim preduzećima Srbije, iz 1990. godine (Sl. glasnik RS, br. 6/1990), predviđao je da se određeni broj predstavnika radnika bira u upravni odbor, a nešto slično će kasnije propisati i Zakon o preduzećima iz 1996. godine (Sl. glasnik RS, br. 29/1996). Zakonom je bilo predviđeno učešće jedne trećine zaposlenih u nadzornom i upravnom odboru preduzeća u društvenoj svojini, a u većinskim privatnim preduzećima birao se jedan predstavnik u ove organe. Takođe, u društvenim i preduzećima sa - većinskim udelom društvenog kapitala postojao je savet zaposlenih koji je imao pretežno konsultativnu ulogu, ali je i učestvovao u odlučivanju o nekim pitanjima (npr. o dobiti koja bi trebalo pripadati zaposlenima). Zakon je važio do donošenja Zakona o privrednim društvima, 2004. godine (Sl. glasnik RS, br. 125/2004), kada su ove odredbe prestale da se primenjuju, ali su organi sastavljeni po starom zakonu mogli da nastave da funkcionišu na isti način. Videti više: J. Munćan, *Socijalno pravo*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 1999, str. 250-253.

⁵⁹ Kao što zapaža Puhovski za hrvatsku praksu, a mislimo da je slično bilo i kod nas. Videti više: *Franičević i Puhovski o participaciji zaposlenih u odlučivanju*, op. cit, str. 1. teksta.

⁶⁰ Videti više: A. I. Molnar, *Propast samoupravljanja i uspon Fuehrerprincipa u - srpskim preduzećima*, Sociologija, Univerzitet u Beogradu, Filozofski fakultet, 1996, vol. 38, br. 4, str. 539 i 553.

⁶¹ Videti više: M. Doru, op. cit, str. 2.

jaloga na rešavanje socijalnih sukoba.⁶² Navodi se i da socijalni dijalog slabo funkcioniše zato što nema rezultata, a kao razlozi takvog stanja pominju se: nedovoljno jake organizacije socijalnih partnera, da sindikati koketiraju sa političkim strankama, kao i to da mnogi stanovnici smatraju da se samo stvar privid socijalnog dijaloga u društvu, a da se odluke u stvari donose pod diktatom međunarodnih finansijskih institucija.⁶³

Ipak, očekujemo da se sa zaživljavanjem tržišne privrede poveća uloga participacije kod nas. Za to ima dosta prostora i potrebe u praksi, koja nameće složene probleme koji zahtevaju socijalni dijalog (restrukturiranje preduzeća i ekonomije, povećanje zaposlenosti, nizak novi zaštite zdravlja i integriteta zaposlenih, reforma socijalnog osiguranja).

Par reči o normativnim osnovama za participaciju koje se generalno mogu pozitivno oceniti. Čl. 82. Ustava predvideo da se uticaj tržišne privrede na socijalni i ekonomski položaj zaposlenih usklađuje kroz *socijalni dijalog* između sindikata i poslodavaca.⁶⁴ Pored toga, Srbija je ratifikovala Izmenjenu socijalnu povelju Saveta Evrope, iz 1996. godine. Povelja u tri člana predviđa participaciju zaposlenih, u čl. 21 (Pravo na informisanje i konsultovanje), čl. 22 (Pravo učešća u odlučivanju i unapređenju uslova rada i radnog okruženja), čl. 29 (Pravo na informisanje i konsultacije u slučajevima kolektivnog otpuštanja).⁶⁵ Time je preuzeta i formalna obaveza da kod nas zažive odgovarajući vidovi participacije.

Mogućnost osnivanja tela za participaciju propisana je i nekolicinom zakona. Najvažniji među njima je Zakon o socijalno-ekonomskom savetu (2004), kojim su predviđeni tripartitni socijalno-ekonomski saveti na lokalnom, pokrajinskom i nivou Republike.⁶⁶ Socijalno-ekonomski savet Republike (čl. 9 Zakona) razmatra pitanja: razvoja i unapređivanja kolektivnog pregovaranja; uticaja ekonomske politike i mera za njeno sprovođenje na socijalni razvoj i stabilnost; politike zapošljavanja; politike zarada i cena, konkurencije i produktivnosti; privatizacije i druga pitanja strukturnog prilagođavanja; zaštite radne i životne sredine; obrazovanja i profesionalne obuke; zdravstvene i socijalne zaštite i sigurnosti; demografskih kretanja i druga pitanja.⁶⁷

⁶² Videti više: S. Mihajlović, op. cit, str. 7.

⁶³ Videti više: S. Mihajlović, op. cit, str. 20, 29.

⁶⁴ Sl. glasnik RS, br. 98/2006.

⁶⁵ Sl. glasnik RS, Međunarodni ugovori, br. 42/2009.

⁶⁶ Službeni glasnik RS, br. 125/2004.

⁶⁷ Prema čl. 9. Zakona. O Republičkom savetu videti više: <Soc. Ek. Savet RS - <http://www.socijalnoekonomskisavet.rs/>>.

Socijalno-ekonomski savet Republike Srbije postoji od 2001. godine, ali veoma slabo funkcioniše zbog brojnih neslaganja socijalnih partnera koji učestvuju u njegovom radu.⁶⁸ Ostali socijalno-ekonomski saveti do sada su formirani u AP Vojvodini i u šesnaest opština.⁶⁹ Ocene njihovog rada su takođe nepovoljne.

Zakon o radu predviđa mogućnost uvođenja participacije u preduzećima. Prema ovom zakonu, jedno od kolektivnih prava iz radnog odnosa - pravo zaposlenih na konsultovanje, informisanje i izražavanje stavova o bitnim pitanjima (direktno ili putem svojih predstavnika). Razrada tog prava vrši se članom 205 Zakona, prema kojem zaposleni kod poslodavca koji ima više od 50 radnika mogu obrazovati savet zaposlenih. Savet daje mišljenje, učestvuje u odlučivanju o ekonomskim i socijalnim pravima zaposlenih.

Prema čl. 28 Zakona o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti, iz 2009, postoji mogućnost osnivanja saveta za zapošljavanje (republičkog, za teritoriju pokrajine, lokalnog – za jednu ili više opština).⁷⁰ Saveti daju mišljenja i preporuke Vladi, pokrajinskim ili opštinskim organima, shodno nivou na kojem su ustanovljeni o bitnim pitanjima u vezi sa zapošljavanjem (programima, propisima, merama i sl).⁷¹

Godine 2005. u Srbiji je ustanovljen i Savet za zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu na nivou Republike, a identično telo je formirano u Vojvodini.⁷² Prema Strategiji bezbednosti i zdravlja na radu u Republici Srbiji za period od 2009. do 2012. godine (tač. 6.3),⁷³ uloga socijalno-eko-

⁶⁸ Zakon predviđa obavezu postizanja saglasnosti svih članova pri odlučivanju (čl. 9, st. 1), što faktički parališe njegov rad (tako je bilo 2008-2011). Trenutno su u toku konsultacije između socijalnih partnera i predstavnika države da se promeni ovaj princip (na sugestiju MOR). Pominju se i druge slabosti u radu Saveta: neredovne sednice, odsustvo ključnih ministara, nedovoljna finansijska sredstva, neobezbeđivanje prostorija, nestabilna politička situacija. Videti više: Č. Andrić, *Socijalno-ekonomski savet Republike Srbije*, Socijalno-ekonomski savet R. Srbije, Swiss Labour Assistance, 2010, str. 8.

⁶⁹ Postoje socijalno-ekonomski saveti u opštinama: Srbobran, Subotica, Knjaževac, Velika Plana, Šid, Kragujevac, Vrnjačka Banja, Sokobanja, Sremska Mitrovica, Novi Bečej, Sremski Karlovci, Niš, Raška, Beograd, Novi Sad i Pokrajinski socijalno-ekonomski savet sa sedištem u Novom Sadu. Izvor: Ministarstvo rada i socijalne politike Republike, <www.socijalnoekonomskisavet.rs/lokalnises/spisak_ls.htm>.

⁷⁰ Sl. glasnik RS, br. 36/2009, 88/2010.

⁷¹ U Srbiji od 2005. godine funkcioniše Republički savet za zapošljavanje. Ustanovljen je i Pokrajinski savet, kao i mnogi saveti na lokalnom nivou. Videti čl. 28-30. Zakona o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti.

⁷² Ranije je u Srbiji postojao Savet za zaštitu na radu, koji je bio osnovan 2001. godine.

⁷³ Sl. glasnik RS, br. 32/2009.

nomskih saveta u ovoj oblasti na svim nivoima na kojima se osnivaju, je uspostavljanje i razvijanje socijalnog dijaloga po pitanjima od značaja za bezbednost i zdravlje na radu.

Ipak, kao što smo pominjali, funkcionisanje ovih tela uglavnom se svodi na zadovoljenje forme i privid socijalnog dijaloga. Prema Č. Andrić, uslovi za uspešan socijalni dijalog u Srbiji su: 1) dobra volja socijalnih partnera i države, 2) odgovarajući društveni ambijent (tržišna ekonomija, aktivno civilno društvo, stabilne i demokratske političke institucije), 3) razvijena kultura dijaloga, 4) međusobno poverenje socijalnih partnera, 5) sloboda organizovanja, udruživanja i delovanja, 6) legitimitet socijalnih partnera (reprezentativnost i izražavanje interesa članstva, transparentnost u odlučivanju), 7) stručni kapaciteti socijalnih partnera i pristup informacijama, 8) odgovornost socijalnih partnera u izvršavanju dogovorenog i 9) uravnotežena pozicija i pregovaračka moć učesnika u socijalnom dijalogu.⁷⁴

5. Zaključak

Srbija je poslednjih godina učinila značajne početne korake u pravcu harmonizacije radnog zakonodavstva sa komunitarnim pravom. Ipak, u nekim oblastima zaostajemo, kao što je to slučaj u domenu participacije. Osnovni razlozi nerazvijenosti participacije kod nas su: otpor u društvu prema ovoj pojavi, zato što podseća na nekadašnje samoupravljanje, sklonost ka autoritarnom sistemu rukovođenja, odsustvo odgovarajuće društvene klime za socijalni dijalog. Uporedna iskustva pokazuju da participacija može da ima korisnu ulogu u povećanju motivacije, inovativnosti, produktivnosti, socijalne kohezije i smanjenju socijalnih tenzija. Naša država i socijalni partneri trebalo bi da poklone više pažnje razvoju participacije i socijalnog dijaloga jer bi ovi mehanizmi mogli značajno da doprinesu smanjenju socijalnih tenzija i iznalaženju solucija za restrukturiranje ekonomije i izlazak iz krize.

⁷⁴ Ove uslove smo delimično saželi. Videti više: Č. Andrić, op. cit, str. 9.

*Senad Jašarević, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad*

Harmonization of the Law and Practice in the Area of Workers' Participation – Serbia and EU

Abstract

By enacting new regulation on labour relations, Serbia has undertaken important preliminary steps in harmonization of its law with the law of the EU. But, this process has not been so successful in the area of workers' participation. Main reasons for this are: resistance to the participation because of the resignation of workers and managers confined to former "self-management" from the period of socialism, authoritarian work organisation and the absence of adequate social environment for social dialogue. Serbian Government and social partners' organisations should act on improvement of participation and social dialogue at all levels (enterprise, branch, local, province and state level), because participation can be very useful. Among the positive aspects of the participation in the labour relations the following are most obvious: participation raises motivation of the employees, improves level of innovation, productivity and social cohesion; it relaxes social tensions; it can be helpful in finding new solutions for restructuring of the economy and overcoming the economic crisis.

Key words: labour law; communitarian law; social dialogue; workers' participation;

*Dr Snežana Brkić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

POVODOM DECENIJE POSTOJANJA MANDATNOG KRIVIČNOG POSTUPKA U SRBIJI

Sažetak: *U ovom radu autor definiše i objašnjava mandatni krivični postupak i njegove opšte karakteristike. To je jedna od posebnih uprošćenih procesnih formi, koje karakteriše i poseban osnov i posebna struktura. Mandatni postupak je uveden sa ciljem racionalizacije krivičnog postupka, koja se postiže izostavljanjem glavnog pretresa. Autor prikazuje evoluciju mandatnog krivičnog postupka u Srbiji od 2001. do 2011. godine. i ukazuje na zakonske izmene koje su se desile tokom te decenije. Pretežni deo rada obuhvata poređenje starih i novih zakonskih odredaba o mandatnom postupku i iznalaženju razlika među njima. Pri tome se ukazuje na stalnu tendenciju širenja kruga krivičnih dela koja se mogu suditi u ovoj procesnoj formi i konstatuje da su nove zakonske odredbe o tom postupku u načelu bolje od ranijih. Na kraju, autor konstatuje da se mandatni krivični postupak u Srbiji ne primenjuje u dovoljnoj meri i da dosadašnja praksa nije ispunila očekivanja teorije i zakonodavca.*

Ključne reči: *mandatni krivični postupak, postupak za kažnjavanje bez glavnog pretresa, ročište za izricanje krivične sankcije, uprošćene procesne forme, zakonik o krivičnom postupku*

1.Uvodna razmatranja

Kao deo paradigme evolucijske promene, proces diferencijacije podrazumeva pojavu u sistemu neke nove jedinice. Da bi diferencijacija podrazumevala savršeniji sistem, svaka tek izdvojena jedinica mora imati povećanu sposobnost prilagođavanja za obavljanje svoje primarne funkcije u poređenju sa obavljanjem iste funkcije u ranijoj, difuznoj strukturi. Poseban podsticaj

procesima diferenciranja daje rastući kompleksitet okruženja, kome sistem teži da se prilagodi, postajući i sam složenijim. Pretpostavlja se da je diferenciraniji sistem istovremeno i moćniji u odnosu na one jednostavnije, koji su prinuđeni na defanzivnu politiku u opštenju sa okolinom. Osim prednosti specijalizacije, diferencirani sistem dopušta uporedo zbivanje i protivrečnih stvari, istovremeno funkcionisanje pod suprotnim premisama i time povećanje broja svojih akcionih mogućnosti.¹

O diferencijaciji krivičnoprocesnih formi možemo govoriti samo onda kada krivično suđenje nije uniformno u svim slučajevima. Ona podrazumeva koegzistenciju najmanje dve procesne forme, koje se po nečemu razlikuju. Diferencijalni momenat mora biti prisutan u najmanje dve ravni: osnovu i strukturi procesne forme.² S obzirom na činjenicu da li je krivičnoprocesna forma ustanovljena kao pravilo ili kao izuzetak, ona može biti opšta ili posebna. Osnov posebne krivičnoprocesne forme predstavlja odlučujući razlog njenog stvaranja, kojeg možemo tražiti u osobenostima procesnog objekta ili /i subjekta. Specifičan osnov povlači za sobom i specifičnost procesne strukture, koja može počivati na izostavljanju ili dodavanju pojedinih procesnih stadijuma ili faza ili bitnoj modifikaciji postojećih. Ako se diferenciranim regulisanjem ne menja procesna struktura, već samo pojedine odredbe o procesnim subjektima ili procesnim radnjama, ne radi se o posebnoj procesnoj formi, već o nekom izuzetku u režimu opšte ili posebne procesne forme, kojom se ona čini fleksibilnijom. Takve odstupajuće odredbe, koje karakteriše specifičan osnov ali koje nemaju za posledicu i specifičnu strukturu procesa, nazvali smo procesnim varijabilitetima.³ Napominjemo da je specifična struktura posebnih procesnih formi često praćena i raznim procesnim varijabilitetima, mada oni nemaju konstitutivni karakter, već čine propratna obeležja forme.

S obzirom na stepen složenosti procesne strukture u odnosu na opštu formu, posebne procesne forme mogu biti uprošćene i složene. Uprošćavanje je jedan od načina ekonomizacije delovanja koji počiva na štednji energije, a postoji kada se nešto radi manje posredno ili putem manje komplikovanog sistema radnji.⁴ Uprošćavanje krivične procedure najčešće počiva na tri istovremena procesa: skraćivanju (izostanku pojedinih faza ili čitavih stadijuma); ubrzanju (predviđanju kraćih procesnih roko-

¹ N. Luhmann, *Legitimacija kroz proceduru*, Zagreb, 1992, str. 207.

² Više o tome vid. kod S. Brkić, *Racionalizacija krivičnog postupka i uprošćene procesne forme*, Novi Sad, 2004, str. 144.

³ Više o tome vid. kod S. Cigler, *Krivični postupak i diferencijacija procesnih formi*, Pravni život 9/1998, str. 601-611.

⁴ Vid. T. Kotarbinjski, *Traktat o dobrom delanju*, Beograd, 1964, str. 151.

va) i deformalizaciji postupka (izostavljanju nepotrebnih formalnosti i garancija).⁵

Pored načelnih i istorijskih argumenata, u prilog produbljene procesne diferencijacije govore pre svega pragmatički argumenti. Razmišljanja u tom pravcu su naročito podstaknuta postojećim problemima u radu krivičnog pravosuđa, koje se ne može pohvaliti visokim stepenom efikasnosti. Svedoci smo tromog, skupog i neažurnog suđenja, koje dovodi u pitanje svoju legitimnost, a time i svrhu.⁶ Iza sporosti krivičnog postupka i neažurnosti sudova stoje tri grupe faktora: sve veći priliv krivičnih predmeta, koji nije praćen adekvatnim povećanjem ulaganja u pravosuđe, kao i tendencija zaštite prava okrivljenih koja vodi umnožavanju procesnih formalnosti i garancija.⁷ Traganje za uprošćenim procesnim formama računa na podešavanje stepena angažovanosti organa krivičnog pravosuđa značaju i težini, vrsti ili prirodi krivičnog dela, kao i stvarnoj potrebi za njihovim radom zavisno od stanja činjenične i dokazne građe, kao i držanja procesnih subjekata u toku postupka. Smanjenjem ulaganja u slučajevima koji to opravdavaju, po principu razmene „jednostavno za jednostavno“, može se postići značajan efekat rasterećenja pravosudnih organa. Samo u takvim uslovima, oni se mogu u punoj meri posvetiti suđenju svih ostalih, težih, značajnijih i složenijih predmeta, u kojima bi bila nedopustiva odstupanja od opšte procesne strukture i vladajućih procesnih načela. Takvoj strategiji u kreiranju procesnih formi doprinose i promene u strukturi kriminaliteta, kojoj daju pečat dve pojave: dominacija masovnog, sitnog kriminaliteta, s jedne strane, ali i sve veći rast organizovanih i drugih komplikovanih krivičnih dela.

Radikalniji zaokret ka produbljenoj procesnoj diferencijaciji primećujemo najpre u Zakoniku o krivičnom postupku iz 2001. godine.⁸ Inauguraciji novih procesnih formi u tom zakoniku pristupilo se sa saznanjem da je kaznena politika naših sudova bazirana na najlakšim i lakim krivičnim sankcijama.⁹ Tada su u glavi XXVII uvedena dva nova postupka za izricanje kri-

⁵ S. Brkić, Nove procesne forme u Zakoniku o krivičnom postupku, u: Zborniku radova: Mesto jugoslovenskog krivičnog prava u savremenom krivičnom pravu, Srpsko udruženje za krivično pravo, 2002, str. 215.

⁶ Veoma ilustrativne podatke o tome vid. kod S. Cigler, Faktor vreme u praksi jugoslovenskog pravosuđa, Glasnik Advokatske komore Vojvodine 7-8/1998, str. 307-320; S. Cigler, Teze o ekonomičnosti krivičnog postupka, Glasnik Advokatske komore Vojvodine 1-2/1999, str. 3-13; S. Cigler, Budžetska izdvajanja za pravosuđe i ekonomičnost krivičnog postupka, Sudska praksa 10/1997, str. 63-69.

⁷ Tako, T. Vasiljević, Značaj brzine i uzroci sporosti krivičnog sudskog postupka, Arhiv 2/1941.

⁸ Sl. list SRJ br. 70/2001.

⁹ Tako, npr. u 2007. godini je u ukupnoj strukturi izrečenih krivičnih sankcija dominirala uslovna osuda sa 56,1%; zatim novčana kazna sa 19,2% i razni oblici kazne zatvora

vičnih sankcija bez glavnog pretresa.¹⁰ Smatralo se da ti postupci predstavljaju najkrupnije novine koje je doneo ZKP iz 2001. godine.¹¹ U njihovoj osnovi stoji ideja izostavljanja glavnog postupka i premeštanja centra meritornog odlučivanja u raniji stadijum postupka. Od donošenja tog ZKP deli nas ravno deset godina i nekoliko procesnih reformi. Ako tome dodamo činjenicu da je 26.09.2011. godine usvojen i novi ZKP Srbije, koji će početi da se primenjuje 15.01.2013. godine,¹² dobijamo zgodan povod za osvrt na decenijsku evoluciju jedne od posebnih krivičnoprocesnih formi.

Iako novi ZKP Srbije uvodi više radikalnih novina, našu pažnju zadržaćemo samo na ročištu za izricanje krivične sankcije, ustanovi koja je sadržana u članovima 512 – 518 novog ZKP. Odmah pada u oči da je to unekoliko transformisani postupak za kažnjavanje pre glavnog pretresa (član 449 – 454 važećeg ZKP Srbije).¹³ Na ovom mestu pokušaćemo da izvučemo osnovne tendencije razvoja ove ustanove kod nas i naročito da ukažemo na razlike koje su došle do izražaja u novom ZKP Srbije u odnosu na trenutno važeći ZKP. Neke od tih razlika su čisto terminološkog karaktera, neke su precizirajućeg karaktera a neke predstavljaju potpune novine u odnosu na dosadašnju regulaciju.

2. Opšte karakteristike mandatnih krivičnih postupaka¹⁴

Postupak za kažnjavanje pre glavnog pretresa iz ZKP iz 2001. godine i ročište za izricanje krivične sankcije iz novog ZKP Srbije iz 2011. godine po svojoj pravnoj prirodi predstavljaju mandatne krivične

do jedne godine sa 17,5%. (Saopštenje Republičkog Zavoda za statistiku br. 345 od 09.12.2008).

¹⁰ Da mandatna forma postupka ne bi bila nespojiva sa našim pravnim sistemom ukazivano je još pre četiri ipo decenije (T. Vasiljević, Sredstva za ubrzanje krivičnog postupka, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 1966, str. 137; M. Grubač, Racionalizacija krivičnog postupka uprošćavanjem procesnih formi, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 1-3/1984, str. 291). Za uvođenje takve procesne forme kod nas pledirala je i S. Cigler, Načela neposrednosti i usmenosti u uprošćenim procesnim formama, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 1-3/1997, str. 177.

¹¹ Tako i S. Bejatović, Predlog Zakonika o krivičnom postupku i mere za povećanje efikasnosti i pojednostavljenje krivičnog postupka, JRKK 2-3/2001, str. 68.

¹² Vid. Sl. gl. RS br. 72/2011. Novi ZKP je stupio na snagu 06.10.2011. a primenjuje se od 15.01.2013., izuzev u postupcima za krivična dela organizovanog kriminala ili ratnih zločina koji se vode pred posebnim odeljenjem nadležnog suda u kom slučaju se primenjuje od 15.01.2012. godine.

¹³ Sl. list SRJ br. 70/2001, 68/2002 i Sl. gl. RS br. 58/2004, 85/2005, 85/2005 – drugi zakon, 115/2005, 49/2007, 20/2009- dr. zakon, 72/2009 i 76/2010.

¹⁴ Odgovarajući strani nazivi za ove postupke su: Strafbefehlverfahren, Mandat-sverfahren, Ordonnance de condamnation, Ordonnance pénale, Penal order procedure, Procedimento per decreto.

postupke, iako ih zakonodavac tako ne imenuje. Uopšte uzev, mandatni postupak se ogleda u tome što sud na predlog javnog tužioca, a na osnovu uvida u prethodni prikupljeni pismeni materijal, van glavnog pretresa i najčešće bez ličnih kontakata sa strankama, izdaje nalog za kažnjavanje okrivljenog, koji u slučaju neosporavanja (najčešće izostankom blagovremenog prigovora ovlašćenog lica) postaje definitivni i izvršan, upodobljavajući se sa pravnosnažnom presudom.¹⁵ Mandatni krivični postupak nije običan procesni varijabilitet, već ima karakter posebne krivičnoprocesne forme, jer se razlikuje od opšteg postupka i po svom osnovu i po procesnoj strukturi. Poseban osnov mandatnog postupka nalazi se u osobenostima objekta iz procesnopravnog aspekta, naime u dovoljnosti dokazne građe u najopštijem smislu, koja može biti praćena i alternativno ili kumulativno postavljenim posebnim zahtevima, kao što su priznanje okrivljenog ili flagrantnost. Dopunski osnov je težina krivičnog dela, kao osobenost objekta iz materijalnopravnog aspekta. Osim toga, redovno se traži i saglasnost procesnih subjekata o izboru ove forme postupanja. Cilj mandatnog postupka je skraćanje puta do pravnosnažne osude, izbegavanjem glavnog pretresa u slučajevima u kojima on ne izgleda neophodan.

Specifičnost strukture mandatnog postupka ogleda se u izostanku kompletnog prethodnog stadijuma, kao i faze glavnog pretresa. Istraga se ne vodi zato što se radi o lakšim krivičnim delima, koja bi se inače sudila u skraćenom postupku, takođe bez istrage. Odluku o iniciranju mandatnog postupka javni tužilac donosi na osnovu krivične prijave i uz nju priloženog materijala. Umesto optužnice, javni tužilac podnosi predlog za izricanje mandatne kazne, koji ima karakter javne tužbe, ali za razliku od optužnice obično je uperen na tačno određenu vrstu i meru kazne ili druge krivične sankcije. U mandatnom postupku izostaje i tradicionalni vid kontrole optužbe putem prigovora protiv optužnice okrivljenog i formalne odluke suda kojom se potvrđuje osnovanost prevođenja okrivljenog u glavni stadijum. Red procesnih faza ovde je obrnut: odluka se donosi na početku procesa, a dalje faze služe oceni da li odluka treba da ostane ili da se zameni drugom donetom u redovnom postupku.

Struktura opšte procesne forme počiva na različitom kvantumu odnosno ubedljivosti dokazne građe potrebne za nastupanje pojedinih procesnih faza, što se može videti i iz formulacije njihovih ciljeva. Bezuslovno slediti tu formu, nezavisno od jačine dokaznog materijala pribavljenog u konkretnom slučaju, može dovesti do nepotrebnog dupliranja

¹⁵ Vid. S. Brkić, *Racionalizacija krivičnog postupka i uprošćene procesne forme*, Novi Sad, 2004, str. 370.

posla, gubitka vremena i sredstava. Ako se ranije u razvoju postupka raspolaze dokaznom građom, koja se redovno očekuje tek od kasnije procesne faze, umesno je razmišljati o mogućnosti izostavljanja onog dela postupka čija je svrha već ostvarena. Na tom rezonu zasniva se izgradnja i mandatnih krivičnih postupaka, u kojima upravo zbog dovoljnosti dokazne građe izostaje faza glavnog pretresa. Mandatna kazna¹⁶ ili nalog za kažnjavanje izriče se na osnovu materijala priloženog uz tužiočev predlog. Pri tome nije potrebno čak ni prethodno sudsko saslušanje okrivljenog pre izdavanja kaznenog naloga, već samo saslušanje od strane policije ili javnog tužioca u toku pripreme faze.¹⁷ U zemljama u kojima izricanje mandatne kazne nije uslovljeno prethodnim saslušanjem okrivljenog, ponekad je osporavan mandatni postupak zbog navodne povrede prava okrivljenog na saslušanje. Povodom tog pitanja zauziman je stav da se okrivljeni neizjavljivanjem prigovora odrekao prava da bude saslušan. Tim argumentom rukovodili su se ustavni sudovi mnogih zemalja, kao i Evropski sud za ljudska prava, koji su potvrdili ustavnost, kao i legitimitet ove ustanove iz aspekta garancija predviđenih članom 6 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda.¹⁸ Neka prava izričito zadržavaju mogućnost suda da obavi razgovor sa okrivljenim pre izdavanja kaznenog naloga,¹⁹ dok druga predviđaju prethodno usaglašavanje okrivljenog sa mandatnim predlogom

¹⁶ Izrazi mandatni postupak i mandatna kazna potiču od latinske reči *mandatum*, koja, između ostalog, označava i nalog ili naredbu (Vid. D. Vujaklija, Leksikon stranih reči i izraza, Beograd, 1980, str. 532).

¹⁷ U kantonu Cirihi izdata je instrukcija Državnog tužioca sreskim tužiocima (Bezirksanwalte), koji su inače nadležni za izricanje mandatne kazne, da se odriču dodatnog sopstvenog saslušanja okrivljenog, ako je on u zapisničkom saslušanju od strane policije već priznao učinilaštvo, i da ne pribavljaju dalje izveštaje (navedeno prema N. Schmid, Strafprozessrecht. Eine Einführung auf der Grundlagen des Strafprozessrechtes des Kantons Zürich und des Bundes“, Zürich, 1993, str. 269).

¹⁸ Tako Savezni ustavni sud Nemačke u odlukama od 18.12.1954. i 21.01.1969; Evropski sud za prava čoveka u odluci od 16.12.1992; Vrhovni sud Japana u odluci od 13.07.1949. Naša ustavnosudska praksa je suprotnog stanovišta. Mandatna procedura u našem ranijem prekršajnom pravu, poznata kao skraćeni postupak, uspešno je osporena pred republičkim ustavnim sudovima Vid. odluku Ustavnog suda RCG U. br. 29/95 i 75/95 od 12.09.1996, kao i odluku Ustavnog suda RS I U br. 23/95 od 10.07.1997. Legitimnost našeg postupka za kažnjavanje pre glavnog pretresa potvrđena je odlukom našeg Saveznog ustavnog suda I U br. 130/2002 od 26.06.2002.

¹⁹ Tako je bilo po članu 271, stavu 2 ZKP DDR. Slično je i u kantonu Vo (član 265), gde sudija, kada smatra da su ispunjeni uslovi za izricanje mandatne kazne, prethodno obavestava obe stranke ostavljajući im primeren rok, a najmanje pet dana, radi upoznavanja sa predmetom i isticanja svojih zahteva. Ako se okrivljeni tom prilikom izjasni da ne želi da se podvrgne mandatnom postupku, sudija postupa u okviru redovne procedure tj. donosi *ordonnance de renvoi*, radi prevođenja stvari iz faze istrage u glavni stadijum.

pred tužiocem.²⁰ Neka prava izričito zahtevaju i priznanje okrivljenog, obavezno (kanton Cirihi, Mađarska) ili fakultativno (Austrija), dok se u drugim zemljama samo ne praktikuje mandatno kažnjavanje ako okrivljeni poriče učinilaštvo (Luksemburg).

Mandatna kazna ne može se pobijati redovnim pravnim lekovima, ali može prigovorom kao pravnim sredstvom kojim se traži zakazivanje glavnog pretresa i vođenje opšteg postupka pred nadležnim sudom, a eventualno i nekog drugog oblika uprošćene procedure.²¹ Prigovor protiv mandatne kazne nije pravni lek,²² zato što se ne izjavljuje zbog činjeničnih ili pravnih nedostataka sudske odluke i sledstveno tome, zato što izostaje poseban postupak ispitivanja njegove osnovanosti od strane suda pravnog leka. Prigovor ne mora biti obrazložen, a i ako jeste, sud se ne upušta u pitanje njegove osnovanosti, već je dužan da zakaže glavni pretres.²³ Neblagovremen i nedopušten prigovor odbacuje se bez glavnog pretresa. Protiv te odluke mnoga prava dopuštaju žalbu (Nemačka, Japan, Italija). Neka prava predviđaju i mogućnost usmenog izjavljivanja prigovora, kao i tretiranje kao prigovora, zahteva za uslovno izvršenje izrečene kazne (kanton Bern).

Prigovor može biti samo u rukama okrivljenog (npr. Nemačka, Italija), a u nekim pravima i tužioca ili oštećenog (npr. kanton Vo). Ukoliko

²⁰ Tako npr., u Japanu javni tužilac koji smatra da su ispunjeni uslovi za mandatni postupak, prethodno obaveštava osumnjičenog o suštini ove sumarne procedure i o njegovom pravu da je odbije. Pošto se osumnjičeni pismeno saglasi, javni tužilac se obraća nadležnom sudu, predajući mu istovremeno mandatni predlog sa zahtevom za pokretanje postupka (član 461 i 462). I u Luksemburgu tužilac najpre obaveštava okrivljenog da u roku od petnaest dana može razgledati spis, pa po isteku tog roka, pismeno fiksira svoj mandatni predlog i upućuje ga nadležnom sudu (navedeno prema nacionalnom referatu za Helsinki, 1990, str. 210).

²¹ Tako u italijanskom pravu okrivljeni prigovorom može tražiti i vođenje jednog od tri posebna uprošćena postupka: *giudizio immediato*, *giudizio abbreviato* i *applicazione della pena su richiesta delle parti*. O tom pravu mora biti poučen u izdatom kaznenom nalogu (član 460, stav 1, član 461, stav 3 ZKP).

²² Pravni lek je zakonom ili drugim propisom ustanovljeno pravno sredstvo kojim ovlašćeni subjekat pravnog leka pobija sudske odluke zbog pravnih i/ili činjeničnih nedostataka i traži od suda pravnog leka da u posebnom postupku preispita njegovu osnovanost i pobijanu odluku ukinе ili preinači. Bitni elementi u pojmu pravnog leka jesu: a) subjekat pravnog leka; b) predmet pobijanja pravnim lekom (odluka suda); v) osnov pobijanja odluke (pravni i/ili činjenični nedostaci); g) zahtev subjekta pravnog leka (preinačenje ili ukidanje sudske odluke) i d) poseban postupak ispitivanja dopuštenosti i osnovanosti pravnog leka. Više o tome kod S. Brkić, *Krivično procesno pravo II*, Novi Sad, 2010, str. 136.

²³ U nekim pravima o prigovoru se može odlučivati i van glavnog pretresa, ako se pobija samo deo odluke o troškovima postupka i o naknadi štete, i zbog toga tada prigovor mora biti i obrazložen (ZKP Ciriha, član 321 i član 323, stav 2).

mandatnu kaznu obe stranke mogu pobijati prigovorom, moguća su dva rešenja: istovremeno dostavljanje naloga obema strankama (npr. Poljska, Japan, Egipat), ili sukcesivno dostavljanje, najpre tužiocu (npr. Francuska) ili najpre okrivljenom (npr. kantoni Bern i Vo). Rok za izjavljivanje prigovora varira od jedne do dve nedelje²⁴ i najčešće je isti za obe stranke, mada može biti i različit.²⁵

Inače, nije umestan prigovor da efikasnost ovog postupka bitno umanjuje mogućnost izjavljivanja prigovora od strane okrivljenog, čime je nepotrebno prolongirano vreme do zakazivanja glavnog pretresa.²⁶ Naime, treba imati u vidu da su mandatne forme u svim zemljama dobro prihvaćene od strane okrivljenog, što potkrepljuju fantastične cifre o broju neosporenih mandatnih kazni. Tako se prigovor protiv izrečene mandatne kazne ulaže u 33,8% slučajeva u Nemačkoj; u 13,3% slučajeva u Austriji; u 5 – 10% slučajeva u švajcarskim kantonima; u 0,04% slučajeva u Japanu.²⁷ U Hrvatskoj se prigovor ulaže u 22,2% slučajeva, a dalji ishod postupka pokazuje da su oni uglavnom neosnovani, s obzirom na svega 10,3% oslobođajućih i odbijajućih presuda nakon zakazanog glavnog pretresa.²⁸

Mandatna procesna forma ima već dugu tradiciju (početak XIX veka) i zastupljena je u najrazličitijim pravnim sistemima.²⁹ Ustanovljava se u cilju rasterećenja sudova za najlakša i srednje teška krivična dela, čija bi masovnost mogla dovesti do zagušenja sudskog aparata. Osim toga, ima se u vidu da brz postupak bez izlaganja javnosti i sa manje troškova može biti i u interesu okrivljenog. Zbog toga se mandatna forma neretko smatra neizbežnim sredstvom kriminalne politike, čija se opravdanost uglavnom ne dovodi u pitanje, ukoliko je svedena na razumne okvire. Ti se okviri tiču razumno postavljenih uslova i ograničenja za primenu mandatnog postupka, i spojivosti njegove strukture sa osnovnim ustavnim proklamacijama i obezbeđenjem adekvatne zaštite okrivljenog. Moglo bi se reći da ovaj načelno afirmativan stav prema mandatnom postupku dominira u zemljama koje ga poznaju. Iako zemlje u kojima je izdvojeno

²⁴ Tko npr. u Mađarskoj osam dana; u kantonima Cirihi, Bern i Vo deset dana; dve nedelje u Nemačkoj, i Japanu; petnaest dana u Italiji.

²⁵ Tako npr. u Francuskoj rok za izjavljivanje prigovora javnog tužioca je deset dana, a okrivljenog trideset dana.

²⁶ Z. Jekić, Neka sporna rešenja u predlogu Zakonika o krivičnom postupku, *Pravni život* 9/01, str. 251-253.

²⁷ Navedeno prema S. Brkić, *Racionalizacija krivičnog postupka i uprošćene procesne forme*, Novi Sad, 2004, str. 397-398.

²⁸ D. Novosel, op. cit., str. 53, 56.

²⁹ Nemačka, Italija, Poljska, Švajcarska, Francuska, Luksemburg, Japan, Egipat. Uvela ju je i većina bivših jugoslovenskih republika (npr. Hrvatska, Crna Gora, Bosna i Hercegovina, Republika Srpska).

prekršajno pravo kao zasebna kategorija kažnjivih delikata, nemaju toliko izraženu potrebu za mandatnim postupcima, oni mogu imati određeni značaj i u njima.³⁰

3. Razlike u dosadašnjoj i novoj regulativi mandatnog postupka u Srbiji

3.1. Naziv mandatnog postupka

U važećem ZKP Srbije, ova vrsta postupka nosi naziv *postupak za kažnjavanje pre glavnog pretresa*. Ovaj naziv se može kritikovati zbog toga što reči *pre glavnog pretresa* impliciraju da posle ovog postupka sledi još i postupak na glavnom pretresu, što nije tačno. Dakle, ne radi se o postupku pre glavnog pretresa, već o postupku bez glavnog pretresa, odnosno izvan glavnog pretresa.³¹ U uporednom pravu, ovaj postupak najčešće se naziva postupkom za izdavanje kaznenog naloga.³² Taj izraz naš zakonodavac uporno izbegava možda i zbog toga što tradicionalnoj pravnoj poziciji osnovnih procesnih subjekata nikako ne odgovara da tužilački organ može nalagati nešto sudu, ponajmanje ne vrstu i meru kazne. Osim toga, i taj naziv nije adekvatan, zato što se tim putem ne izriču samo kazne, već i druge krivične sankcije. Ista zamerka mogla bi se dati i nazivu mandatni postupak, s obzirom na već pomenuto izvorno značenje te reči (nalog, naredba).

U novom ZKP Srbije iz 2011. godine koristi se termin *ročište za izricanje krivične sankcije*. Time su otklonjene sve one primedbe koje se upućuju drugim nazivima. Međutim, mislimo da ovakva formulacija takođe nije podesna jer se radi o posebnoj vrsti postupka, koji je sam po sebi dinamičan pojam, na šta navedena formulacija ne ukazuje. Osim toga, niti se u tom ročištu iscrpljuje ceo ovaj postupak, niti je ono suština tog postupka. Suština tog postupka je da postoji mogućnost izricanja krivične sankcije bez glavnog pretresa. Osim toga, ovaj naziv bi mogao da izazove konfuziju, jer bi se i glavni pretres opisno mogao predstaviti kao ročište na kome se (između ostalog) izriču krivične sankcije.

³⁰ Neka nam kao ilustracija posluži Nemačka, koja je još 1968. izdvojila najlakše delikte u tzv. Ordnungswidrigkeiten, ali se nije odrekla mandatnog postupka za prestupe (Vergehen) kao vrstu lakših krivičnih dela.

³¹ Tako i D. Nikolić, Postupci za izricanje krivičnih sankcija bez glavnog pretresa, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo* 2002/2-3, str. 233; I. Đorđević, Javno tužilaštvo i pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i njihov uticaj na borbu protiv kriminaliteta, *Bilten sudske prakse*, Niš jul 2009, str. 40.

³² Takav naziv figurira u svim bivšim jugoslovenskim republikama, izuzev Crne Gore, gde se koristi naziv postupak za izricanje krivičnih sankcija bez glavnog pretresa.

3.2. Mesto mandatnog postupka u zakonskoj sistematici

Prema važećem ZKP Srbije, ovaj postupak se nalazi u glavi XXVII ZKP, sa nazivom *Postupci za izricanje krivičnih sankcija bez glavnog pretresa*. U okviru navedene glave ovaj postupak se nalazi zajedno sa postupkom za kažnjavanje i izricanje uslovne osude od strane istražnog sudi-je. Njima zaista jeste zajedničko izricanje krivičnih sankcija bez glavnog pretresa. Pri tome, dobro je i to što je ovaj postupak izdvojen od skraćenog postupka, jer su oni različiti po svojoj pravnoj prirodi. Međutim, širi kontekst u kome se nalazi glava XXVII pomalo je problematičan. Naime, zakonskoj sistematici može se uputiti prigovor što u okviru istog (Drugog dela) koji nosi naziv „Tok postupka“ reguliše i opšti krivični postupak i „Posebne odredbe za skraćeni postupak, za postupke izricanja krivičnih sankcija bez glavnog pretresa i za izricanje sudske opomene“, sadržane u odeljku D. U nazivu ovog odeljka, nekada su figurirale i posebne odredbe o postupku prema maloletnicima, dok nisu prenete u poseban Zakon o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica.³³ Sam naziv ovog odeljka je veoma rogobatan. Pita-mo se koliko će tek biti dugačak njegov naziv ako zakonodavac uvede neke nove oblike. Ovo poslednje je sasvim moguće, s obzirom na tenden-ciju širenja „posebnih odredaba“ za pojedine vrste postupaka. Osim toga, već sada se tom naslovu može uputiti primedba da nije obuhvatio i posebne odredbe o postupku za krivična dela organizovanog kriminala, korup-cije i druga izuzetno teška krivična dela iz glave XXIXa ZKP, koja se ta-kođe nalazi u odeljku D. Posezanje za principom enumeracije prilikom naslovljavanja zakonskih članova, glava i odeljaka nije najsajnije reše-nje. Ono nije prihvatljivo ni iz estetskih ni iz praktičnih razloga, jer zama-ra čitaoca zakonskog teksta. Ono je odraz nesposobnosti zakonodavca da koristi misaone operacije apstrakcije i generalizacije. U krivičnoproce-snoj teoriji se ove „posebne odredbe“ o pojedinim vrstama postupaka naj-češće tretiraju kao posebne vrste krivičnih postupaka. Čini nam se da je naš zakonodavac namerno izbegao upotrebu termina „posebni postupci“ u odeljku D iz dva razloga. Iza prvog razloga krije se činjenica da ti po-stupci nisu potpuni, odnosno da sadrže samo pojedine odstupajuće odred-be u odnosu na opšti postupak, čija pravila se shodno primenjuju ako ne-što nije drugačije regulisano. Otuda naziv „posebne odredbe“. Mislimo da to nije dovoljan argument, jer, s druge strane, zakonodavcu nije smetalo da koristi termin „postupak“ u gotovo svim slučajevima tih odstupajućih odredbi. Drugi razlog je bio taj što je zakonodavac trećem delu Zakonika

³³ Sl. gl. RS 85/2005.

već dao naslov „posebni postupci“, koji očigledno nemaju karakter krivičnih postupaka, osim postupka za primenu mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja.

Ni sistematika novog ZKP Srbije nije u ovom delu najsrećnije izvedena. Prvo, ročište za izricanje krivične sankcije je regulisano u okviru glave HH, koja nosi naziv skraćeni postupak. Time se dobija utisak kao da zakonodavac negira samostalnost ovog postupka. Doduše, ove dve procedure imaju nekih sličnosti: obe predstavljaju odstupanja od opšte krivičnoprocesne forme; spadaju u uprošćene procesne forme; u obe izostaje istražna faza; optužni akt javnog tužioca zove se optužni predlog; u oba postupka vrši se prethodno ispitivanje optužnog predloga po službenoj dužnosti; sudi sudija pojedinac, itd. Međutim postoji čitav niz drugih razlika među njima, koje bi nalagale da se ročište za izricanje krivične sankcije izdvoji u zasebnu glavu. U prilog tome govori različita pravna priroda ovih postupaka. Prvo, postupak opisan pod nazivom „ročište za izricanje krivične sankcije“ nije neki procesni varijabilitet u okviru skraćenog postupka, već zahvaljujući svojoj pravnoj prirodi predstavlja posebnu vrstu postupka, koja se odlikuje specifičnim osnovom i specifičnom strukturom. Kao što je već rečeno, tri su specifična osnova zasnivanja ovog posebnog postupka: dovoljnost dokazne građe, saglasnost procesnih subjekata o izboru forme postupka i njihova saglasnost o krivičnoj sankciji. Jedini osnov zasnivanja skraćenog postupka je težina krivičnog dela. Težina krivičnog dela igra izvesnu ulogu i u mandatnom postupku, ali ima značaj dopunskog, korektivnog a ne glavnog osnova. Osim toga težina krivičnog dela je na različite načine određena u ova dva postupka: u skraćenom postupku se sude krivična dela za koja je propisana novčana kazna kao glavna kazna ili kazna zatvora do osam godina, dok se na ročištu za izricanje krivične sankcije može presuditi samo delo za koje se može izreći novčana kazna kao glavna kazna ili kazna zatvora do pet godina. Zato je potpuno neopravdano izložiti ga u okviru regula skraćenog postupka.

Još radikalnija je razlika koja postoji u strukturi ova dva postupka: dok skraćeni postupak podrazumeva glavni pretres, ročište za izricanje krivične sankcije ga isključuje. Ne treba da nas buni ni činjenica da povodom tužiočevog predloga za zakazivanje ročišta za izricanje krivične sankcije, zbog izostanka saglasnosti okrivljenog ili sudije, ipak dolazi do zakazivanja glavnog pretresa. Time je rešeno samo pitanje transformacije jednog postupka u drugi, u slučaju neispunjenosti svih potrebnih uslova za osudu bez glavnog pretresa. I obrnuto, ukoliko su pomenuti uslovi ispunjeni, isključena je primena skraćenog postupka. Najzad, tu je i treća

krupna razlika koja se ogleda u obaveznosti primene skraćenog postupka i u fakultativnosti ročišta za izricanje krivične sankcije.

Širi kontekst u kome se nalazi glava HH u novom ZKP Srbije takođe je podlozan kritici. Ona se nalazi u okviru Trećeg dela Zakonika, koji nosi naziv „Posebni postupci“. Ovde je osnovna primedba u tome što su u istom delu Zakonika pomešane posebne krivičnoprocesne forme sa procesnim varijabilitetima (npr. postupak za oduzimanje imovinske koristi) i sa nekim drugim postupcima nekrivične prirode (npr. postupak za ostvarivanje prava lica neosnovano lišenog slobode ili neosnovano osuđenog).

3.3. Materijalni uslov za zasnivanje mandatnog postupka

Prema članu 449, stavu 2 važećeg ZKP Srbije, materijalni uslov za zasnivanje mandatnog postupka je ispunjen kad javni tužilac oceni da održavanje glavnog pretresa nije potrebno. Ovakva štura odredba je ponekad bila predmet kritike. Naime, postavljeno je pitanje na čemu treba da se zasniva tužiočeva ocena nepotrebnosti održavanja glavnog pretresa. Mislimo da u tom pogledu ne bi trebalo da bude nikakvih dilema. Zna se da je glavni pretres centralni deo prvostepenog krivičnog postupka namenjen raspravljanju i meritornom odlučivanju o osnovanosti kaznenopravnog zahteva sadržanog u optužbi ovlašćenog tužioca. Navedena procesna forma omogućava sudu da o osnovanosti tog zahteva odluči i bez držanja glavnog pretresa. Ako je nesporno da se odlučivanje sastoji u primeni prava na konkretne činjenice, a da se činjenice utvrđuju dokazivanjem, onda nedvosmisleno sledi da se potreba držanja glavnog pretresa procenjuje sa stanovišta raspoloživih dokaza o činjenicama od kojih zavisi osnovanost tužiočevog zahteva. Dakle, izbor ove procesne forme nije prepušten arbitratnoj i samovoljnoj odluci javnog tužioca ili suda, već zavisi od podobnosti prikupljene dokazne građe da isključi potrebu organizovanja glavnog pretresa radi neposredne ocene protivrečnih dokaza ili njihovih dopune.

Ipak, novi ZKP Srbije iz 2011. godine, u tom pogledu je znatno precizniji. On nepotrebnost održavanja glavnog pretresa povezuje sa složnošću predmeta i prikupljenim dokazima, pri čemu naročito izdvaja činjenicu flagrantnosti (hapšenje okrivljenog pri izvršenju krivičnog dela) i priznanje okrivljenog. Iz načina njihovog formulisanja proizlazi da oni ne moraju biti bezuslovno ispunjeni, odnosno da dovoljnost dokazne građe može biti obezbeđena i na druge načine. Iz ovoga se vidi da naše pravo i dalje ne uslovljava primenu ove posebne vrste postupka priznanjem okrivljenog, mada njegovo postojanje može predstavljati značajan indikator

dovoljnosti dokazne građe.³⁴ Međutim, iz odredbe člana 512, stava 3, tačke 1 našeg novog ZKP proizlazi da je priznanje okrivljenog ipak neopodno ako je učinjeno krivično delo za koje je propisana kazna zatvora do pet godina, što je istovremeno preduslov za izricanje unekoliko težih krivičnih sankcija u mandatnom postupku. Mislimo da je novo rešenje fleksibilno i dobro.

3.4. Ograničenja u primeni mandatnog postupka

Osnove i uslove zasnivanja posebnih procesnih formi treba razlikovati od ograničenja u primeni neke procesne forme. Uprošćene procesne forme su često restriktivno postavljene, tako da njihova dopuštenost ne zavisi samo od ispunjenosti materijalnih i formalnih uslova, već i čitavog niza posebnih zahteva u vezi sa vrstom i sastavom suda, vrstom delikta, kategorijom okrivljenih, vrstom i merom sankcije koja se može izreći, itd. U dosadašnjem razvoju mandatnih postupaka u Srbiji poznato je nekoliko ograničenja u njihovoj primeni. U pogledu tri vrste ograničenja do sada nije bilo nikakvih promena. To su ograničenja vezana za ličnost okrivljenog, za vrstu, odnosno prirodu krivičnog dela i za vrstu tužioca. Naime, isključena je primena mandatnog postupka prema maloletnicima, kao i u postupku za krivična dela organizovanog kriminala, korupcije i druga izuzetno teška krivična dela. Osim toga, mandatni postupak može inicirati samo javni tužilac, ne i privatni i supsidijarni tužilac.³⁵ Sa druge strane, mogu se uočiti izvesne promene u pogledu ograničenja vezanih za težinu krivičnog dela, vrstu i meru krivičnih sankcija koje se mogu izreći, kao i u odnosu na sporedan predmet krivičnog postupka.

3.4.1. Ograničenje s obzirom na težinu krivičnog dela

Prema članu 449, stavu 1 važećeg ZKP Srbije, postupak za kažnjavanje pre glavnog pretresa rezervisan je za krivična dela za koja se može izreći novčana kazna kao glavna kazna ili kazna zatvora do tri godine. Podsetimo da je gornji prag krivičnih dela kod kojih dolazi u obzir primena ove vrste postupka stalno bio podvrgavan preispitivanju i menjanju. Prema prvobitnoj odredbi ZKP iz 2001. godine mandatni

³⁴ Za izričito uslovljavanje mandatne forme postupka priznanjem okrivljenog kod nas se zalagao S. Bejatović, op. cit., str. 446. Neki autori su otišli i jedan korak dalje, predlažući da se od okrivljenog traži saglasnost za vođenje ove vrste postupka (tako D. Nikolić, op. cit., str. 272).

³⁵ Ovo ograničenje vezano za javnog tužioca je uobičajeno u savremenim pravima. Izuzetak u tom smislu predstavlja makedonski procesni zakonik, koji na pokretanje postupka za izdavanje kaznenog naloga ovlašćuje i privatnog tužioca.

postupak je bio moguć samo kod krivičnih dela za koja se mogla izreći novčana kazna kao glavna kazna. U jednom delu procesne teorije smatralo se da je ta odredba konfuzna i problematična. Neki su mislili da je vezivanje ovog postupka „za krivična dela za koja se može izreći novčana kazna kao glavna kazna“, zapravo isključivalo svaku mogućnost njegove primene, jer takva dela ne postoje.³⁶ To je ujedno smatrano i najjačim argumentom protiv uvođenja ove ustanove. Navodilo se da je zakonodavac pomešao *ius poenale* i *ius puniendi* i neosnovano posegao za metodom kazne koja se može izreći umesto za metodom propisane kazne, budući da se izbor krivične sankcije vrši na kraju krivičnog postupka a ne pre njegovog pokretanja. Pošto Krivični zakon nije predviđao nijedno krivično delo za koje je propisana samo novčana kazna, zaključivano je da će ova procesna forma jednostavno ostati neprimenjena.

Mi se ne bismo mogli složiti sa tim stanovištem. Najpre moramo podsetiti da upotrebljena formula „delo za koje se može izreći kazna...“ nije ni prva ni poslednja koju koristi naš (dosadašnji i važeći) Zakonik o krivičnom postupku i vezuje je za neku procesnu ustanovu koja bi se imala primeniti na početku ili u toku postupka. Primera radi, član 71, stav 1 važećeg ZKP predviđa obaveznu odbranu posle podignute optužnice „zbog krivičnog dela za koje se po zakonu može izreći deset godina zatvora ili teža kazna“. Smatra se da je odbrana u ovom slučaju obavezna ne samo kad je takva kazna propisana za krivično delo, nego i onda kada se po nekoj odredbi opšteg dela Krivičnog zakona takva kazna može izreći (npr. pri tada mogućem pooštavanju kazne u slučaju povrata).³⁷ Još tada smo smatrali da zakonodavac nije ni slučajno ni iz neznanja vezao primenu postupka za kažnjavanje pre glavnog pretresa za krivična dela određena na opisani način. Zakonodavac je samo pokazao veliku dozu opreza prilikom uvođenja jedne radikalno nove ustanove, koja za sobom povlači i nužno ograničenje nekih prava okrivljenog. Uslov za primenu te procesne forme nisu bila „dela za koja je zakonom propisana samo novčana kazna“ jer takva dela tada zaista nisu postojala, nego „dela za koja se može izreći novčana kazna kao glavna kazna“. Novčana kazna se u tri slučaja mogla izreći kao glavna: a) kad je za određeno krivično delo propisana samo ta kazna; b) kad je alternativno propisan zatvor ili novčana kazna a sud izabere novčanu kaznu; v) kad je propisana kazna zatvora, ali sud primenom odredaba o ublažavanju kazne

³⁶ Tako, Z. Jekić, Neka sporna rešenja u predlogu Zakonika o krivičnom postupku, Pravni život 9/01, str. 251.

³⁷ Vid. T. Vasiljević, M. Grubač, Komentar Zakona o krivičnom postupku, Beograd, 1995, str. 99.

izrekne novčanu kaznu.³⁸ Da je metod „kazne koja se može izreći“ ne samo moguć, nego i širi i obuhvatniji od metoda „propisane kazne“ svedoči i naše ranije prekršajno pravo. Prema odredbi tadašnjeg člana 240, stava 2 Zakona o prekršajima Srbije, rešenje o prekršaju u skraćenom postupku moglo se doneti i u slučaju kada je za prekršaj pored novčane kazne propisana i kazna zatvora, ako sudija za prekršaje nađe da, s obzirom na prirodu prekršaja, okolnosti pod kojima je prekršaj učinjen i lična svojstva okrivljenog, treba izreći novčanu kaznu.³⁹

Od procesne reforme 2004. godine, podignut je prag krivičnih dela kod kojih se može primeniti ova vrsta postupka, na dela za koja se može izreći novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine. To rešenje i danas važi. Sve do procesne reforme iz 2009. godine, ova odredba je takođe mogla biti povod dilemama u sudskoj praksi. Ovde, pre svega, mislimo na slučajeve novčane kazne koja se mogla izreći kao glavna kazna i onda kada nije propisana, ukoliko je postojala mogućnost ublažavanja kazne. Prema članu 57, stavu 1, tački 6 Krivičnog zakonika,⁴⁰ ako je za krivično delo propisana kazna zatvora bez naznačenja najmanje mere, umesto zatvora može se izreći novčana kazna. Kako u našem Krivičnom zakoniku figuriraju i krivična dela bez posebnog minimuma a sa propisanim posebnim maksimumom do pet godina, postojala je mogućnost ublažavanja izricanjem novčane kazne umesto zatvora. Problem je bio u tome što su se dela sa propisanom kaznom zatvora do pet godina procesuirala optužnicom, a ne optužnim predlogom, koji se zahtevao u postupku za kažnjavanje pre glavnog pretresa. Ovaj problem je bio otvoren do 2009. godine, kada je primena skraćenog postupka (a time i optužnog predloga) proširena na sva krivična dela za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina.

Prema članu 512, stavu 1 novog ZKP Srbije iz 2011. godine, pomenuti postupak ograničava se na krivična dela za koja se može izreći kao glavna kazna novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina. Podsećamo da je primena skraćenog postupka prema novom Zakoniku proširena na krivična dela za koja je propisana novčana kazna kao glavna kazna ili kazna zatvora do osam godina (član 495 novog ZKP Srbije). Dakle, može se uočiti tendencija širenja primene mandatnog postupka, s obzirom na smanjenje ograničenja vezanih za težinu krivičnog dela.

³⁸ Tako, N. Srzentić (red.), *Komentar Krivičnog zakona SFRJ*, Beograd, 1986, str. 177-178.

³⁹ Sl. gl. SRS 44/89; Sl. gl. RS 21/90, 11/92, 6/93, 20/93, 53/93, 67/93, 28/94, 16/97, 37/97, 36/98, 44/98; Sl. list SRJ 62/2001 i Sl. gl. RS 55/20004. Inače, odredbe člana 240 ukinute su odlukom Saveznog Ustavnog suda IU br. 23/95 od 10.07.1997 (Sl. gl. SRS 37/97).

⁴⁰ Sl. gl. RS br. 85/2005.

Mislimo da je šteta što je zakonodavac i u novom Zakoniku ostao pri metodi „kazne koja se može izreći“. Iako smo povodom izrečenih kritika tog metoda ranije zauzimali odbranaški stav prema usvojenoj zakonskoj terminologiji,⁴¹ navodeći da metod „kazne koja se može izreći“ nije besmislen i da je širi od metoda „propisane kazne“, na ovom mestu odustavimo od te odbrane iz nekoliko razloga.

Prvo, metod kazne koja se može izreći nije uvek pravilno shvaćen a kao što smo videli već je izazivao neke nedoumice u praksi, u vezi sa primenom nekih drugih odredaba materijalnog ili procesnog prava. Drugo, iako je metod kazne koja se može izreći širi od metoda propisane kazne, prelazak na ovaj poslednji metod u sadašnjim uslovima ne bi suzio primenu ove ustanove. Ovde imamo u vidu ne samo činjenicu da je u novom ZKP podignut gornji prag krivičnih dela sa tri na pet godina, već i to da su novim Krivičnim zakonikom za mnoga krivična dela propisane blaže kazne u poređenju sa starim zakonodavstvom. Time se znatno povećao broj krivičnih dela koja bi mogla biti presuđena u ovoj procesnoj formi po metodu „propisane kazne“. Treće, metod propisane kazne je ipak metod koji se najčešće može sresti u uporednom zakonodavstvu, a dominira i u našem krivičnom zakonodavstvu na mnogim drugim mestima.

3.4.2. Ograničenje s obzirom na krivične sankcije koje se mogu izreći

Krug krivičnih sankcija koje su se mogle izricati u ovom postupku takođe se vremenom proširivao. Prvobitno je mogla biti izrečena samo novčana kazna u iznosu do 50.000 dinara i uz nju jedna ili više sledećih mera: oduzimanje predmeta, zabrana upravljanja motornim vozilom u trajanju do dve godine i oduzimanje imovinske koristi.⁴² Prilikom procesne reforme 2004. godine brisana su dotadašnja ograničenja vezana za novčanu kaznu i meru bezbednosti zabrane upravljanja motornim vozilom, a omogućeno je još izricanje i uslovne osude. Prema izmenama i dopunama ZKP koje su učinjene 2009. godine, u ovom postupku se mogu izreći još dve kazne: kazna rada u javnom interesu i kazna oduzimanja vozačke dozvole. Novi ZKP Srbije iz 2011. godine je i na ovom planu doneo dosta izmena (član 512, stav 3). Pre svega, proširen je registar krivičnih sankcija koje se mogu izreći u mandatnom postupku a do sada postojeće krivične sankcije su limitirane. Mera u kojoj se mogu izreći neke sankcije učinjena je zavisnom od težine učinjenog krivičnog dela. Pri tome se zakonodavac dosledno rukovodio jedinstvenim kriterijumom razlikovanja lak-

⁴¹ Vid. S. Brkić, Nove procesne forme u Zakoniku o krivičnom postupku, u: Mesto jugoslovenskog krivičnog prava u savremenom krivičnom pravu, Beograd, 2002, str. 223–224.

⁴² Član 450 ZKP iz 2001. godine.

ših i težih krivičnih dela. U grupi lakših krivičnih dela nalaze se učinjena dela za koja je propisana novčana kazna kao glavna kazna ili kazna zatvora do tri godine, a u grupi težih dela nalaze se krivična dela za koja je propisana kazna zatvora do pet godina i koja je okrivljeni priznao. Osim toga, neke krivične sankcije dolaze u obzir samo kod prve grupe krivičnih dela.

a) Prvi put je otvorena mogućnost da se u ovoj vrsti postupka izrekne i kazna zatvora do jedne godine (za lakša dela), odnosno do dve godine (za teža dela).⁴³

b) Izricanje novčane kazne više nije neograničeno, već je limitirano i u dnevnim iznosima i u fiksnom iznosu, i to do stoosamdeset dnevnih iznosa, odnosno do trista hiljada dinara (za lakša dela) i do dvestočetdeset dnevnih iznosa, odnosno do petsto hiljada dinara (za teža dela).

v) Uslovna osuda je precizirana i u pogledu mogućih utvrđenih kazni i u pogledu vremena proveravanja. Uslovna osuda sa utvrđivanjem kazne zatvora do godinu dana ili novčane kazne do stoosamdeset dnevnih iznosa, odnosno do trista hiljada dinara i vremenom proveravanja do tri godine, uz mogućnost stavljanja okrivljenog pod zaštitni nadzor može se izreći za lakša dela. Uslovna osuda sa utvrđivanjem kazne zatvora do jedne godine ili novčane kazne do stoosamdeset dnevnih iznosa, odnosno do trista hiljada dinara i vremenom proveravanja do pet godina može se izreći za teža krivična dela.

g) Kazna rada u javnom interesu je limitirana do dvesta četrdeset časova i omogućena samo kod lakših krivičnih dela.

d) Kazna oduzimanja vozačke dozvole može se izreći u trajanju do jedne godine i omogućena je samo kod lakših krivičnih dela.

đ) Sudska opomena se može izricati u ovoj vrsti postupka i po važećem Zakoniku. Ništa suštinsko se u tom pogledu u novom ZKP nije promenilo. Izmene su tehničke prirode: odredba o tome preseljena je iz posebne glave koja je sadržavala posebne odredbe o sudskoj opomeni. Iako je po novom ZKP mandatni postupak moguć i kod težih dela, sudska opomena kao moguća krivična sankcija ostala je rezervisana samo za dela za koja je propisana kazna zatvora do tri godine.

e) Važeći ZKP ističe da se u ovoj vrsti postupka mogu izreći i jedna ili više sledećih mera: oduzimanje predmeta, zabranu upravljanja motornim vozilom i oduzimanje imovinske koristi. Novi ZKP više

⁴³ Za mogućnost izricanja i kazne zatvora do šest meseci u mandatnom postupku pledirala je svojevremeno S. Brkić, Pojednostavljene forme krivičnog postupanja i postupak njihovog ozakonjenja u Republici Srbiji, Revija za kriminologiju i krivično pravo 1/2009, str. 116.

ne nabraja mere bezbednosti koje se mogu izreći u ovoj vrsti postupka. No, to po našem mišljenju ne znači da su te mere isključene u ovom postupku. U članu 80 KZ propisano je pod kojim uslovima mogu da se izreknu pojedine mere bezbednosti. Pri tome, ni u KZ ni u ZKP nema odredaba o tome da su neke od njih isključene za određenu vrstu postupaka. Pažljivom analizom KZ dolazimo do zaključka da je svih deset zakonom predviđenih mera bezbednosti barem teorijski moguće izreći i u mandatnom postupku, ukoliko se on završi na jedan od načina koji predviđa KZ za pojedine mere bezbednosti: a) kaznom ili uslovnom osudom (obavezno psihijatrijsko lečenje i čuvanje u zdravstvenoj ustanovi i obavezno psihijatrijsko lečenje na slobodi izrečeni bitno smanjeno uračunljivom učinocu; proterivanje stranca); b) kaznom, uslovnom osudom, sudskom opomenom ili oslobođenjem od kazne (obavezno lečenje narkomana; obavezno lečenje alkoholičara; zabrana vršenja poziva, delatnosti ili dužnosti; zabrana upravljanja motornim vozilom, oduzimanje predmeta i javno objavljivanje presude); v) novčanom kaznom, radom u javnom interesu, oduzimanjem vozačke dozvole, uslovnom osudom i sudskom opomenom (mera zabrane približavanja i komunikacije sa oštećenim). Ipak, praktično uzev, ne bi dolazila u obzir primena mera bezbednosti medicinskog karaktera u mandatnom postupku, jer one podrazumevaju da je bitno smanjena uračunljivost utvrđena veštačenjem, koje tek treba da se izvede u postupku, u kome za tako nešto nije ostavljeno ni prostora ni vremena. Sa druge strane, nije postojala potreba da se posebno naglasi mogućnost oduzimanja imovinske koristi u mandatnom postupku. Oduzimanje imovinske koristi je opšta mera krivičnog prava, koja se zasniva na principu da niko ne može zadržati imovinsku korist pribavljenu krivičnim delom. Prema članu 91, stavu 2 KZ imovinska korist oduzima se sudskom odlukom kojom je utvrđeno izvršenje krivičnog dela. To znači da je to moguće učiniti i odlukom donetom u mandatnom postupku.

3.4.3. Ograničenje s obzirom na sporedan predmet krivičnog postupka

Prema članu 449, stavu 3 važećeg ZKP Srbije, ako je postavljen imovinskopравни zahtev, ovlašćeno lice će biti upućeno na parnicu. Neki ovu odredbu tumače i tako da postavljeni imovinskopравни zahtev može biti razlog da se sudija ne složi sa predlogom javnog tužioca za donošenje rešenja o kažnjavanju bez glavnog pretresa.⁴⁴ Nismo sigurni da je to smisao pomenute zakonske odredbe. Ona nema ovlašćujući nego naređujući

⁴⁴ Tako, T. Vasiljević, M. Grubač, Komentar Zakonika o krivičnom postupku, Beograd, 2010, str. 956.

karakter. Pa čak i da ta odredba nije napisana tako jasno i precizno, ne bi se mogla drugačije tumačiti. Ako postoji inicijativa javnog tužioca za pokretanje mandatnog postupka i ispunjeni su svi zakonski uslovi za takvo suđenje, onda suđenje treba i obaviti upravo u toj uprošćenoj procesnoj formi, bez obzira na interes oštećenog. Jedan legitimni javni interes (za brzim presuđenjem krivičnog dela s ciljem rasterećenja organa krivičnog pravosuđa) ne bi smeo da ustukne pred interesom oštećenog za ostvarivanje imovinskopravnog zahteva u krivičnom postupku. Uostalom takav interes oštećenog povlači se pred interesima krivičnog postupka i u opštoj krivičnoj proceduri, ako bi vodio odugovlačenju krivičnog postupka. U krajnjoj liniji, oštećeni nikada ne gubi, jer mu ostaje očuvano pravo na parnicu.

Pomenute odredbe o obaveznom upućivanju imovinskopravnog zahteva na parnicu više nema u novom ZKP. Postavlja se pitanje da li to znači da se taj sporedan predmet krivičnog postupka može ili ne može ostvariti u mandatnoj formi. U nedostatku posebne odredbe o tome u novom ZKP, moglo bi se posegnuti za primenom opštih odredaba o imovinskopravnom zahtevu (član 252 – 260 novog ZKP). Ako je zahtev osnovan i doneta je osuđujuća presuda, a podaci krivičnog postupka pružaju pouzdan osnov za potpuno ili delimično presuđenje, izgledalo bi da on može biti dosuđen i u mandatnom postupku. Međutim, mi nismo skloni da to tako protumačimo, zbog jednog jedinog razloga: u okviru regula ročišta za izricanje krivične sankcije ne postoji izričita odredba koja bi mogla da zaštiti okrivljenog u slučaju nezakonite ili nepravilne odluke suda o usvajanju imovinskopravnog zahteva. Za donošenje osuđujuće presude u mandatnom postupku dovoljno je da se optuženi saglasio sa predlogom javnog tužioca iznetim na ročištu. Kako javni tužilac nije ovlašćen da raspolaže imovinskopravnim zahtevom oštećenog ili drugog ovlašćenog lica, to znači da se ne zahteva i saglašavanje optuženog sa dosuđenim imovinskopravnim zahtevom. Sa druge strane, postoji samo pravo optuženog na prigovor, ali ne i na žalbu protiv osuđujuće presude.

Stav savremenih zakonodavstava po ovom pitanju je različit: neka dopuštaju da se odlučuje o imovinskopravnom zahtevu i u mandatnom postupku (npr. Makedonija, Hrvatska, Republika Srpska), dok druga sadrže normu o obaveznom upućivanju imovinskopravnog zahteva na parnicu (Crna Gora, Nemačka). Mislimo da ni prvo rešenje nije loše, ukoliko je postavljeno tako da su zaštićeni istovremeno i interesi okrivljenog i javni interes za efikasnim suđenjem. U svakom slučaju, naš novi ZKP trebao je o tome izričito da se izjasni.

3.5. Optužni akt

I po važećem i po novom ZKP Srbije, optužni akt javnog tužioca u ovoj vrsti postupka zove se optužni predlog. Razlika je u tome što je sadržina optužnog predloga kao akta kojim se pokreće i skraćeni postupak unekoliko drugačije određena: prema novom ZKP Srbije, optužni predlog mora sadržati i zakonski naziv krivičnog dela a umesto predloga da se okrivljeni oglasi krivim i osudi po zakonu, treba da stoji predlog vrste i mere krivične sankcije i mere čije se izricanje traži.⁴⁵ Ovo je bitna novina i u odnosu na skraćeni postupak i u odnosu na mandatni postupak.

Osim toga, razlikuje se i formulacija tužiočevog predloga vezanog za iniciranje ove vrste postupka. Prema važećem ZKP, to je predlog javnog tužioca za donošenje rešenja o kažnjavanju bez održavanja glavnog pretresa (član 449, stav 1). Prema članu 512, stavu 1 novog ZKP, javni tužilac u svom optužnom predlogu stavlja zahtev za održavanje ročišta za izricanje krivične sankcije. Ova druga razlika predstavlja samo malo bolje prilagođavanje tužiočevog zahteva novoj fizionomiji mandatnog postupka, ali nema nikakvih praktičnih reperkusija.

Na kraju, možemo navesti još jednu razliku: optužni predlog kao optužni akt u skraćenom postupku prema novom ZKP podiže se ako postoji opravdana sumnja da je određeno lice učinilo krivično delo (član 499). Prema članu 2, tački 18) i 19) tog Zakonika, osnovana sumnja je skup činjenica koje neposredno ukazuju da je određeno lice učinilac krivičnog dela, dok je opravdana sumnja skup činjenica koje neposredno potkrepljuju osnovanu sumnju i opravdavaju podizanje optužbe. U važećem ZKP se ne pravi ta razlika, već se iz člana 20 ZKP zaključuje da optužni predlog treba da počiva na osnovanoj sumnji (koja se pri tom ne definiše).

Kako se mandatni postupak po oba zakonika pokreće optužnim predlogom, svakako treba ukazati na opštu mogućnost koju javni tužilac ima pre nego što odluči da podigne optužni predlog ili da odbaci krivičnu prijavu. U tom pogledu postoji jedna terminološka i jedna suštinska razlika. Prema članu 435 važećeg ZKP, pre podnošenja optužnog predloga, javni tužilac može predložiti istražnom sudiji da preduzme određene istražne radnje, ne i celu istragu. Pomenuto pravo nemaju supsidijarni i privatni tužilac, čime se neopravdano dovode u neravnopravan položaj. Ako se istražni sudija složi sa ovim predlogom, preduzeće istražne radnje, a zatim će sve spise dostaviti javnom tužiocu. Istražne radnje sprovode se što je moguće brže i kraće. Ako se istražni sudija ne složi sa tužiočevim predlogom, zatražiće odluku veća, protiv koje nije dozvoljena žalba.

⁴⁵ Uporedi član 438, stav 1 važećeg ZKP Srbije i član 500, stav 1 novog ZKP Srbije.

Zbog prelaska na tužilački model istrage, ova mogućnost nešto drugačije izgleda po novom ZKP. Prema članu 499, stavu 2 tog zakonika, javni tužilac pre podizanja optužnog predloga, odnosno odbačaja krivične prijave može u najkraćem roku preduzeti određene dokazne radnje. Dakle, te radnje koje mogu prethoditi podizanju optužnog predloga više se ne zovu istražne radnje već dokazne radnje i ne sprovodi ih istražni sudija, već sam javni tužilac.

3.6. Prethodno ispitivanje optužnog akta

I prema važećem i prema novom ZKP Srbije, pre utvrđivanja da li postoje pretpostavke za mandatno odlučivanje, pristupa se prethodnom ispitivanju optužnog predloga po službenoj dužnosti. U tom pogledu oba zakonika upućuju na odgovarajuće odredbe o ispitivanju optužnog predloga u skraćenom postupku. Na prvi pogled, tu nema suštinskih razlika. Međutim, nekih razlika ipak ima. Važeći ZKP Srbije upućuje na primenu odredaba člana 439, stava 1 do člana 441 istog zakonika. Prema članu 439, stavu 1 važećeg ZKP, kad sud primi optužni predlog, sudija će prethodno ispitati da li je sud nadležan, da li treba sprovesti pojedine istražne radnje ili dopuniti sprovedene istražne radnje i da li postoje uslovi za odbacivanje optužnog predloga. Ako sudija utvrdi da je za suđenje nadležan drugi sud, ogласиće se nenadležnim i po pravnosnažnosti rešenja ustupiti predmet tom sudu, a ako utvrdi da je za suđenje nadležan viši sud, ustupiće predmet na dalji postupak javnom tužiocu koji postupa pred višim sudom. Ako javni tužilac smatra da je za suđenje nadležan sud koji mu je dostavio predmet, zatražiće odluku veća suda pred kojim postupa (član 440 važećeg ZKP). Prema članu 441 važećeg ZKP, sudija će odbiti optužni predlog iz dva razloga: a) ako delo koje je predmet optužbe nije krivično delo, a nema uslova za primenu mera bezbednosti; b) ako je krivično gonjenje zastarelo ili je delo obuhvaćeno amnestijom ili pomilovanjem ili postoje druge okolnosti koje trajno isključuju krivično gonjenje. Samo ako su bile sprovedene pojedine istražne radnje, optužni predlog će se odbiti i ako nema dovoljno dokaza da je okrivljeni osnovano sumnjiv za delo koje je predmet optužbe (upućivanje na odredbu člana 274 ZKP). U okviru samog mandatnog postupka ne navode se razlozi za odbacivanje optužnog predloga, što je svakako propust zakonodavca. Mislimo da u tom pogledu treba analogno primeniti odredbu člana 274, stava 2 ZKP, koja inače navodi razloge za odbacivanje optužnice: ako nema zahteva ovlašćenog tužioca, potrebnog predloga ili odobrenja za krivično gonjenje, ili postoje druge okolnosti koje privremeno sprečavaju gonjenje.

Novi ZKP je na ovom planu precizniji i potpuniji. Jedna od novina je odredba člana 501, stava 1, koja obavezuje sudiju pojedinca da odmah po prijemu optužnog akta ispita da li je propisno sastavljen, pa ako ustanovi da nije, vraća ga tužiocu da u roku od tri dana ispravi nedostatke. Iz opravdanih razloga, na zahtev tužioca, sudija može produžiti taj rok. Iako slične odredbe nema u važećem ZKP, smatramo da to nije veliki propust zakonodavca, pošto se ta radnja i njene posledice podrazumevaju na osnovu shodne primene opštih odredaba ZKP (a odredbe te vrste su smeštene u članu 267 ZKP). Međutim, novina je u tome što se novim zakonom izričito predviđa posledica propuštanja tog roka od strane javnog tužioca, a to je odbacivanje optužnog predloga. Smatramo da je to rešenje dobro jer sprečava nekontrolisano odugovlačenje postupka zbog neaktivnosti javnog tužioca. Sa druge strane, javni interes nije time oštećen jer pravnosnažno rešenje o odbacivanju optužnog akta ne potpada pod dejstvo načela *ne bis in idem*, odnosno ne sprečava novi postupak protiv istog lica za isto delo (član 4 novog ZKP).

Druga razlika odnosi se na slučaj kada sudija utvrdi da je za suđenje nadležan drugi sud. Po novom zakoniku, sud će se uvek oglasiti nenadležnim i po pravnosnažnosti rešenja ustupiti predmet tom sudu. I ovo rešenje ocenjujemo kao principijelnije od sadašnjeg.

I po novom zakoniku sudija može da utvrdi da je potrebno bolje razjašnjenje stanja stvari da bi se ispitala osnovanost optužnog akta. On tada naređuje preduzimanje određenih dokaznih radnji ili prikupljanje određenih dokaza, ali ne istražnom sudiji, kao što je to sada slučaj. Prema novom zakoniku, preduzimanje tih radnji nalaže se ovlašćenom tužiocu, kome je na raspolaganju rok od trideset dana. Sudija može na zahtev tužioca iz opravdanih razloga i produžiti taj rok. Ako javni tužilac propusti taj rok, dužan je da o razlozima propuštanja obavesti neposredno višeg javnog tužioca. Ako privatni tužilac propusti pomenuti rok, smatraće se da je odustao od gonjenja i optužba će rešenjem biti odbijena. Terminološka razlika (novi izraz dokazne radnje umesto starog termina istražne radnje) ovde nije toliko bitna. Bitno je da te radnje ne preduzima istražni sudija, već javni tužilac; da mu se ostavlja određen rok za to i da se predviđaju posledice propuštanja tog roka.

Nadalje, u novom zakoniku eksplicitno su predviđeni razlozi za odbacivanje optužnog akta: nepostojanje zahteva ovlašćenog tužioca, predloga ili odobrenja ili druge okolnosti koje privremeno sprečavaju gonjenje (član 502).

Najzad, postoji i jedna razlika u pogledu razloga za odbijanje optužnog predloga. Tu se upućuje na primenu odredaba člana 338, stava 1 no-

vog ZKP, iz čega proizlazi da se optužni predlog uvek može odbiti i zbog nepostojanja dovoljno dokaza za opravdanu sumnju da je okrivljeni učinio krivično delo koje je predmet optužbe, nezavisno od toga da li je tome prethodilo preduzimanje pojedinih dokaznih radnji.

3.7. Donošenje odluke o neispunjenosti uslova za vođenje mandatnog postupka

Ako sudija povodom ispitivanja optužnog predloga ne donese nijedno od gore pomenutih rešenja, on treba da utvrdi da li su ispunjeni svi zakonski uslovi za mandatnu procesnu formu. Novi ZKP je u tom pogledu izričit. Sudija će naredbom odrediti dan, čas i mesto održavanja glavnog pretresa: a) ako se zahtev ne odnosi na krivično delo za koje se može izreći novčana kazna kao glavna kazna ili kazna zatvora do pet godina; b) ako je u tužiočevom zahtevu predloženo izricanje kazne ili krivične sankcije koja po članu 512, stavu 3 ZKP ili po krivičnom zakonu nije dopuštena; v) ako složenost predmeta i prikupljeni dokazi ukazuju na potrebu održavanja glavnog pretresa. Novi ZKP je precizniji od važećeg ZKP i zbog toga što predviđa da se okrivljenom i njegovom braniocu uz poziv za glavni pretres dostavlja prepis optužnog predloga, bez zahteva za održavanje ročišta za izricanje krivične sankcije. Takav postupak se ne podrazumeva po važećem ZKP, koji predviđa prosto dostavljanje optužbe osumnjičenom. Svakako da je novo rešenje bolje, jer svojom logičnom postavkom otklanja mogućnost konfuzije u očima okrivljenog.

3.8. Donošenje meritorne odluke u mandatnom postupku

Šta se radi u slučaju kada je optužni predlog osnovan i kada su ispunjene sve pretpostavke za vođenje mandatnog postupka? U tom pogledu postoji nekoliko bitnih razlika između važećeg i novog ZKP. Prema sadašnjem rešenju, sudija je dužan da pribavi podatke o ranijim osudama, a po potrebi, i o ličnosti okrivljenog, kao i da sasluša okrivljenog, nakon čega može doneti rešenje o kažnjavanju. Neki smatraju da je nejasno koje podatke i od koga treba pribaviti.⁴⁶ Čini nam se da tu nikakve dileme nema. Podaci se ne odnose na učinilaštvo, već na ličnost, radi procene adekvatnosti predložene sankcije, što ni u kom slučaju ne odudara od mogućnosti istražnog sudije da pribavlja takve podatke prema članu 255 važećeg zakonika.

Dakle, prema sadašnjem rešenju, traži se samo saslušanje okrivljenog, ne i njegovo priznanje, ne i njegov izričit pristanak na vođenje ove

⁴⁶ D. Nikolić, op. cit., str. 269.

uprosćene procedure. Zakonodavac se zadovoljava njegovim prećutnim pristankom koji proizlazi iz propuštanja da izjavi prigovor protiv rešenja o kažnjavanju. Sporno je, međutim, da li ovoj procesnoj formi ima mesta kada okrivljeni prilikom saslušanja osporava učinilaštvo. Iz činjenice da naš zakon ne traži izričito i priznanje okrivljenog, može se zaključiti da ono nije zakonski uslov za primenu ove procesne forme.

Naš novi ZKP je otišao još jedan korak dalje u regulisanju mandatne procedure, koja pretpostavlja obavezno zakazivanje posebnog ročišta za izricanje krivične sankcije. Iako ima neke elemente kontradiktornosti, to ročište treba razlikovati od ročišta za glavni pretres, upravo po tome što se na njemu ne izvode dokazi. Ako se složi sa zahtevom za održavanje ročišta, sudija određuje naredbom dan, čas i mesto održavanja ročišta. Ročište se održava u roku od petnaest dana od dana donošenja naredbe. Na ročište se pozivaju stranke i branilac, a uz poziv se optuženom i njegovom braniocu dostavlja i optužni predlog.⁴⁷ U pozivu će se optuženi upozoriti da se u slučaju njegovog nedolaska, ako je uredno obavešten ili, kada odbrana nije obavezna, nedolaska branioca na ročište, ročište ima održati. Poziv optuženom ima se dostaviti tako da između dana dostavljanja poziva i dana održavanja ročišta ostane najmanje pet dana.⁴⁸ Ročište za izricanje krivične sankcije počinje sažetim izlaganjem javnog tužioca o dokazima kojima raspolaže i o vrsti i meri krivične sankcije čije izricanje predlaže. Nakon toga, sudija poziva optuženog da se izjasni i upozorava ga na posledice saglašavanja sa navodima javnog tužioca, a naročito da ne može podneti prigovor i izjaviti žalbu protiv prvostepene presude.

Uopšte uzev, nova regulativa mandatnog postupka sa posebnim kontradiktornim ročištem kao jezgrom postupka, izgleda nam prihvatljiva. Samo na prvi pogled može izgledati da to ročište nepotrebno odugovlači postupak. Predviđene su dve sinhronizovane mere, koje to onemogućavaju: a) saglašavanje optuženog sa tužiočevim zahtevom dovodi do osuđujuće presude i isključivanja prava na prigovor i žalbu protiv iste presude; b) osuđujuća presuda se donosi i u slučaju neodazivanja pozivu, ali je tada okrivljeni zaštićen pravom na izjavljivanje prigovora, kojim na veoma lak način može izdejsstvovati zakazivanje glavnog pretresa u skraćenom postupku. Imali bismo samo dve primedbe u odnosu na novu regulativu: a) trebalo je ostaviti odredbu o pribavljanju podataka o ranijim osudama, a po potrebi i o ličnosti okrivljenog, jer ti podaci mogu biti veoma bitni za

⁴⁷ Važeći ZKP ne pominje obavezu dostavljanja optužnog predloga okrivljenom uz poziv na saslušanje.

⁴⁸ Inače, taj rok u skraćenom postupku iznosi najmanje osam dana, a po pristanku optuženog može se smanjiti (član 506/5 novog ZKP).

izricanje nekih krivičnih sankcija, kao što su uslovna osuda ili sudska opomena; b) pošto zakonodavac insistira na saglasnosti sva tri procesna subjekta o izboru ove forme postupka i o vrsti i meri krivične sankcije i predviđa čak jedno kontradiktorno ročište, trebalo je izričito predvideti mogućnost da na tom ročištu, uz saglasnost sva tri procesna subjekta, na inicijativu bilo koga od njih, dođe i do modifikacije prvobitno predložene vrste i mere krivične sankcije u zakonom propisanim granicama. Po našem mišljenju, tek tada bi načelno proklamovana kontradiktornost ispunila svoju svrhu u jednom broju slučajeva u kojima bi eventualno odstupanje od tvrdokorno zauzetih prvobitnih stavova moglo da dovede do opšte-prihvatljivog konsensusa. Uostalom, to ne bi bio način razmišljanja potpuno nepoznat našem pravu, s obzirom na novine koje su već prodrle u važeći ZKP u postupku sporazumevanja o krivici.

Sudija će odmah po okončanju ročišta za izricanje krivične sankcije doneti osuđujuću presudu ili naredbom odrediti glavni pretres. Osuđujuća presuda se donosi ako se optuženi: a) saglasio sa predlogom javnog tužioca iznetim na ročištu; b) nije odazvao na poziv za ročište. Ako se optuženi na ročištu nije saglasio sa predlogom javnog tužioca ili ako sudija nije prihvatio predlog javnog tužioca, sudija će naredbom odrediti dan, čas i mesto održavanja glavnog pretresa.

Osuđujuća presuda se dostavlja strankama i braniocu. Optuženi i njegov branilac mogu u roku od osam dana od dana dostavljanja podneti prigovor protiv osuđujuće presude koja je doneta po osnovu njegovog neodazivanja na poziv za ročište. Ako sudija rešenjem ne odbaci prigovor kao neblagovremen ili nedozvoljen, naredbom će odrediti dan, čas i mesto održavanja glavnog pretresa po optužnom predlogu javnog tužioca. Na glavnom pretresu sudija nije vezan za predlog javnog tužioca u pogledu vrste i mere krivične sankcije, niti zabranom preinačenja na štetu optuženog. O žalbi protiv rešenja o odbacivanju prigovora odlučuje vanpretresno veće. Ako protiv osuđujuće presude ne bude podnet prigovor, presuda postaje pravosnažna.

Može se uočiti i jedna razlika u pogledu forme sudske odluke donete u mandatnom postupku. Po važećem zakoniku, ta odluka se donosi u formi rešenja o kažnjavanju, a po novom zakoniku u formi osuđujuće presude. Teško je reći koje od ta dva rešenja je bolje. To zavisi od principijelnog stava koji zauzmemo po pitanju koji je kriterijum bitan za razgraničenje presuda i rešenja: da li je bitnija procesna faza u kojoj se odluka donosi, značaj pitanja o kojima se odlučuje, način odlučivanja, vrsta postupka ili možda sud nadležan za odlučivanje. U našem pravu odavno postoje odstupanja od pravila: nema presude bez glavnog pre-

tresa i nema glavnog pretresa bez presude.⁴⁹ Rešenje o kažnjavanju doneto u mandatnom postupku nije ni jedino rešenje kojim se u našem pravu izriču krivične sankcije. U istoj formi odlučuje se i o sudskoj opomeni, vaspitnim merama i merama bezbednosti medicinskog karaktera. Dakle, forma rešenja ovde više odgovara prirodi samog postupka. Pri tome ne vidimo da ima ikakvih problema u vezi sa statusom osuđivanog lica, davanjem podataka iz kaznene evidencije i pravilima o rehabilitaciji odnosno postupku brisanja osude iz kaznene evidencije.⁵⁰ Osuda na određenu kaznu je osuda, bez obzira da li je izrečena presudom ili rešenjem, i u tom pogledu nisu potrebne nikakve intervencije u odgovarajućim delovima krivičnog procesnog ili materijalnog zakona. Intervencije su potrebne u nekim delovima ZKP, u kojima bi pored presude, ravnopravno trebalo pominjati i rešenje o kažnjavanju. Tako npr. u članu 194, stavu 1 važećeg ZKP, koji govori o vrstama odluka kojima se odlučuje o troškovima krivičnog postupka; zatim u članu 255, stavu 2 istog ZKP, koji govori o pribavljanju ranijih presuda radi izricanja jedinstvene kazne; u članu 405 ZKP, koji govori o slučajevima preinačenja pravnosnažne presude bez ponavljanja postupka. Dakle, po nama, nije bilo preke potrebe da se i u mandatni postupak uvodi osuđujuća presuda. Mnogo je bitnije pitanje da li su interesi osuđenih lica u mandatnom postupku adekvatno zaštićeni. Svakako da je u tom pogledu mnogo nezahvalnija forma rešenja, zato što ona zahteva da se o tome vodi računa i na mnogim drugim mestima u zakoniku. Naš zakonodavac je već pravio takve propuste, kada, na primer, sve do procesne reforme iz 2009. godine, nije predviđao povraćaj u pređašnje stanje okrivljenom protiv koga je doneto rešenje o kažnjavanju pre glavnog pretresa.

4. Praktična primena mandatnog postupka

Iako je naša naučna i stručna javnost zauzela načelno afirmativan stav prema ovoj zakonskoj novini, izostala je njena šira podrška od strane sudske prakse. Iako bi mogla imati značajan rasterećujući efekat, ova procesna forma u našoj zemlji nije u potpunosti zaživela. Tako je u 2003. godini prema članu 449 ZKP optuženo svega 127 lica. Pri tome je zabeležena velika neujednačenost primene ove ustanove na područjima pojedinih okružnih javnih tužilaštava.⁵¹ Već sledeće, 2004. godine, bilo je ukupno

⁴⁹ Vid. S. Brkić, *Krivično procesno pravo II*, Novi Sad, 2010, str. 109.

⁵⁰ Ta pitanja problematizuje D. Nikolić, op. cit., str. 273.

⁵¹ Tako, npr. u više od polovine javnih tužilaštava (17) ova ustanova u posmatranoj 2003. godini nije uopšte primenjivana. S druge strane, u nekim tužilaštvima je ova ustanova tek simbolično zastupljena sa nekoliko slučajeva, dok su samo tri tužilaštva prednjačila

321 optuženo lice prema članu 449 ZKP.⁵² Novijim podacima ne raspolažemo, ali pretpostavljamo da je nastavljen trend rasta.

Sudske statistike drugih zemalja pružaju sasvim drugačiju sliku. Tako u Nemačkoj na mandatni postupak otpada oko 30% svih predmeta iz nadležnosti *Amtsgerichta*,⁵³ a u Austriji 26,6% predmeta iz nadležnosti *Bezirksgerichta*, koji inače pokriva oko 80% svih krivičnih predmeta.⁵⁴ U švajcarskom kantonu Vo mandatnim putem se rešava oko polovine svih predmeta.⁵⁵ Kaznena politika u Finskoj najvećim delom se zasniva na novčanim kaznama (oko 90% svih kazni), a oko 80% tih kazni izriče se u mandatnom postupku. Pod taj režim potpadaju gotovo svi saobraćajni delikti.⁵⁶ U Japanu je 1993. u mandatnom postupku suđeno 92,6% svih predmeta.⁵⁷ U Hrvatskoj, u kojoj je tzv. kazneni nalog uveden 1998. godine, je u 2000. godini bilo 24,1% kaznenih naloga (3.041 predmet) od ukupnog broja optužnih predloga (12.602 predmeta). Pri tome je primetna velika neujednačenost u praksi na području pojedinih državnih odvjetništava: od 0% (Split) i 4,7% (Zadar), do 50,8% (Gospić) i 65,9% (Čakovec).⁵⁸

Nakon ovih ohrabrujućih podataka, a imajući u vidu konstantno poboljšanje zakonske regulative mandatnog postupka u Srbiji, kao i trend širenja područja njegove primene, izražavamo nadu da će i naše tužilačke i sudske statistike vezane za mandatnu procesnu formu početi da pariraju onima iz našeg okruženja.

u primeni ove ustanove: Sremska Mitrovica (21 predmet), Pirot (25) predmeta i sombor (51 predmet). Vid. Tabela pregled Republičkog javnog tužilaštva za period od 01.01.2003. do 31.12.2003. godine.

⁵² Navedeno prema J. Kiurski, B. Stanković, Posebni krivični postupci i nove tendencije u savremenoj nauci krivičnog prava, u: Zborniku radova sa XLII redovnog godišnjeg savetovanja Udruženja za krivično pravo i kriminologiju Srbije i Crne Gore: Nove tendencije u savremenoj nauci krivičnog prava i naše krivično zakonodavstvo, Zlatibor, 2005, str. 573.

⁵³ P. Hunerfeld, La phase preparatoire du proces penal en Republique Federale D, Allemagne, Revue internationale de droit pénal 3-4/1985, str. 394.

⁵⁴ J. Driendl, Grenzen der Beschleunigung im Strafverfahren, ZStW 4/1978, str. 1073.

⁵⁵ W. Beckman, Diskussionsbericht, ZStW 2/1980, str. 593.

⁵⁶ P. O. Traskman, The procedure for punishing and processing misdemeanors, Report at Hungarian-Finish Penal Law Seminary on Petty Offences, Budapest, 1983, str. 26. Pri tome treba imati u vidu da Finska nema izdvojen sistem prekršaja i da je u zakonskoj reformi 1993. omogućila širenje područja primene mandatnog postupka, zadovoljavajući se tužiocem, a ne kao do tada, sudskom potvrdom kaznenog naloga izdatog od strane policije.

⁵⁷ S. Shiratori, Revue internationale de droit pénal 3-4/1995, str. 594.

⁵⁸ D. Novosel, Primjena kaznenog naloga u radu državnih odvjetništava, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu 1/2002, str. 39.

5. Zaključak

Mandatni krivični postupak je samo jedna od uprošćenih krivično-procesnih formi, koje su podobne za brže, jednostavnije i efikasnije presuđivanje lakših krivičnih dela. On je neizbežno sredstvo kriminalne politike ukoliko je postavljen u razumnim okvirima i ukoliko adekvatno štiti prava okrivljenog. Mandatni krivični postupak je u naše pravo prvi put uveden 2001. godine, a značajne transformacije je doživeo u procesnim reformama 2004. i 2009. godine. Novi ZKP Srbije iz 2011. godine, koji će početi da se primenjuje 15.01.2013. godine, takođe poznaje mandatnu procesnu formu. Do sada su vršene različite izmene u ovoj vrsti postupka. Neke novine su bile u znaku otklanjanja ranijih nedorečenosti, preciziranja izvesnih odredaba, terminoloških izmena, usklađivanja sa promenama drugih pravnih ustanova, kao i sadržajnog obogaćivanja mandatnog postupka. O tome naročito svedoči kontradiktorni karakter ročišta za izricanje krivične sankcije prema novom ZKP i fleksibilan način izražavanja pristanka okrivljenog, koji može biti i izričit i prećutan. Sve dosadašnje zakonske izmene u ovoj vrsti postupka pokazuju tendenciju stalnog širenja područja primene ovog postupka, a naročito s obzirom na ograničenja u vezi sa težinom krivičnih dela i sa vrstom i merom krivičnih sankcija koje se mogu izreći u tom postupku. Širenje kruga lakših krivičnih dela kao uslova za primenu mandatnog postupka može se objasniti već pomenutim promenama u strukturi kriminaliteta, kojima daju pečat dve protivrečne pojave: istovremeni porast sitnog kriminaliteta i težih krivičnih dela. U takvim uslovima može doći do promene našeg poimanja teškog i lakog dela i granica među njima. Osim toga, postoje sasvim pragmatički razlozi koji primoravaju zakonodavca da se fleksibilnijim i neformalnijim odredbama ili posebnim procedurama bolje prilagođava fenomenu lakšeg kriminaliteta i omogućava njegovo brže procesuiranje. Najzad, takvim pristupom lakšim ili srednje teškim krivičnim delima, istovremeno se oslobađaju materijalni i personalni kapaciteti organa krivičnog pravosuđa, koji mogu da posvete više pažnje i vremena za kvalitetnije suđenje težih i društveno opasnijih krivičnih dela.

*Snežana Brkić, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad*

On the Decennium of Penal Order Procedure in Serbia

Abstract

In this paper, the author defines the notion and explains the penal order procedure and its general characteristics. It is one of the special simplified criminal proceedings, which has got special basis and special structure. This procedural form is ultimately aimed at the rationalization of the criminal procedure. It is achieved by avoiding the main hearing in the trial proceeding. The author presents the evolution of the penal order in Serbia from 2001 to 2011. He points to some legal innovations in this field during that decennium. He compares old and new legal provisions about penal order and finds some differences. There is a constant tendency to expanding the area of criminal offences which can be judged in this procedural form. New legal provisions are, in general, better than previous. However, the practice has shown that application of penal order is too small. The previous practice does not live up to expectations of theory and legislator.

Key words: penal order procedure, proceeding for punishment without trial, session for adjudication, simplified proceeding forms, code of criminal procedure

