

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



ZBORNIK RADOVA

COLLECTED PAPERS

XLVI 3 (2012)

NOVI SAD, 2012.

ZRPFNS, Godina XLVI Novi Sad, br. 3 (2012)

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

Prof. dr Dragiša Drakić

Članovi Uredništva:

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

Menadžer časopisa

Stefan Samardžić

Sekretarijat Uredništva

dr Vladimir Marjanski, dr Dragana Ćorić, dr 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.

Zbornik izlazi četiri puta godišnje.

Kompjuterska obrada teksta

Goran Hajzler

Štampa:

„Futura“ Petrovaradin

Tiraž: 200 primeraka

SADRŽAJ

<i>Dr Marijana Pajvančić, redovni profesor</i>	
Javno slušanje – oblik rada Narodne skupštine	7
<i>Dr Đorđe Popov, redovni profesor</i>	
Uticaj valutne klauzule i deviznog kursa na stanje privrede Srbije	19
<i>Akademik Jožef Salma, redovni profesor</i>	
Pravni režim površinskih i podzemnih voda	39
<i>Dr Mile Vranješ, redovni profesor</i>	
Carinska pitanja Evropske unije i Srbije: carinska osnovica	51
<i>Dr Rodoljub Etinski, redovni profesor</i>	
Primena načela <i>uti possidetis juris</i> u sporu između Benina i Nigera	69
<i>Dr Predrag Jovanović, redovni profesor</i>	
Aktuelne potrebe daljeg razvoja radnog zakonodavstva Srbije	91
<i>Dr Ranko Keča, redovni profesor</i>	
O oročavanju radnji suda u parničnom postupku	107
<i>Dr Maja Stanivuković, redovni profesor</i>	
Haška konvencija o izboru nadležnog suda – kritička procena	121
<i>Dr Bernadet Bordaš, redovni profesor</i>	
Međunarodno porodično pravo Evropske unije – pravni osnov, izvori i praksa Suda EU	141
<i>Dr Marija Salma, redovni profesor</i>	
Postupak sanacije ekoloških šteta kod skupnih emisija	165
<i>Dr Drago Divljak, redovni profesor</i>	
Svetska trgovinska organizacija i višestrani međunarodni sporazumi o zaštite životne sredine	175
<i>Dr Magdolna Sič, vanredni profesor</i>	
Uticaj zagađenja olovom na zdravlje čoveka (životnu sredinu) u starom Rimu	191
<i>Dr Sanja Đajić, vanredni profesor</i>	
Načelo dobre vere u međunarodnoj investicionoj arbitraži: njegov supstancijalni i procesni značaj	207

<i>Dr Tatjana Lukić, vanredni profesor, Stefan Samardžić, asistent</i>	
Krivična odgovornost maloletnika i oportunitet krivičnog gonjenja	235
<i>Dr Slobodan P. Orlović, docent</i>	
Ustavni položaj vlade Mađarske i vlade Srbije	257
<i>Dr Gordana Drakić, docent</i>	
Sprovođenje agrarne reforme u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca na području Vojvodine na primeru poseda srednje veličine	271
<i>Dr Maša Kulauzov, docent</i>	
Odredbе o vanbračnoj deci u crnogorskom zakonodavstvu XIX veka	285
<i>Dr Vladimir Marjanski, docent</i>	
Mogućnost uvođenja privatnog osiguranja troškova sprovođenja postupka biomedicinski potpomognutog oplođenja (BMPO)	297
<i>Dr Sandra Fišer – Šobot, asistent</i>	
Odgovornost prodavca za saobraznost robe sa prinudnim propisima – frozen pork case	309
<i>Dr Petar Đundić, asistent</i>	
Učešće lica koja nisu stranke u arbitražnom postupku i zaštita javnog interesa pred arbitražnim sudom IKSID	321
<i>Dr Bojan Tubić, asistent</i>	
Pravo na informisanje o životnoj sredini u međunarodnim pravnim aktima	343
<i>Cvjetana Cvjetković, asistent</i>	
Oporezivanje putničkih automobila kao instrument zaštite životne sredine	365
<i>Milana Pisarić, asistent</i>	
Nezakoniti prekogranični promet zaštićenih biljnih i životinjskih vrsta	383
<i>Uroš Stanković, asistent</i>	
Donošenje i sadržina uredbe o šumama od 1857. godine	401
<i>Luka Baturan, asistent</i>	
Subvencionisanje kupovine stanova i stanogradnje	415
PREDAVANJA	
<i>O. Univ. Prof. Ddr. Heinz Mayer</i>	
Der Vorrang des Unionsrechts und die Rechtskraft nationaler Individualrechtsakte	431

TABLE OF CONTENTS

<i>Marijana Pajvančić, Ph.D., Full Professor</i>	
Public listening – the Form of work of the National Assembly	7
<i>Đorđe Popov, Ph.D., Full Professor</i>	
The Impact of Currency Clause and Exchange Rate on Serbian Economy	19
<i>József Szalma, Academician, DSC, Dr.Hc., Full Professor</i>	
The Legal Regime of Surface and Underground Waters	39
<i>Mile Vranješ, Ph.D., Full Professor</i>	
The Customs Issues of the European Union and Serbia: The Customs Base	51
<i>Rodoljub Etinski, Ph.D., Full Professor</i>	
The Application of the Principle <i>Uti Possidetis Juris</i> to the Dispute between Benin and Niger	69
<i>Predrag Jovanović, Ph.D., Full Professor</i>	
Current Needs for Further Development of Serbian Labour Legislation	91
<i>Ranko Keča, Ph.D., Full Professor</i>	
On the Time Limiting of the Court Acts in Civil Procedure	107
<i>Maja Stanivuković, Ph.D., Full Professor</i>	
The Hague Convention on the Choice of Court: Critical Appraisal	121
<i>Berdnadet Bordaš, Ph.D., Full Professor</i>	
EU International Family Law: Legal Basis, Sources, Case Law of ECJ	141
<i>Marija Salma, Ph.D., Full Professor</i>	
Procedure for Restoration of Environmental Damage resulting from Non-point Source Emissions	165
<i>Drago Divljak, Ph.D., Full Professor</i>	
World Trade Organization and Multilateral Environmental Agreements	175
<i>Magdolna Sič, Ph.D., Associate Professor</i>	
The Impact of Lead Pollution on Human Health (Environment) in Ancient Rome	191
<i>Sanja Đajić, Ph.D., Associate Professor</i>	
Mapping the Good Faith Principle in International Investment Arbitration: Assessment of its Substantive and Procedural Value	207

<i>Tatjana Lukić, Ph.D., Associate Professor, Stefan Samardžić, Assistant</i>	
Criminal Responsibility of the Minors and Opportunity of the Prosecution	235
<i>Slobodan P. Orlović, Ph.D., Assistant Professor</i>	
Constitutional Position of the Government of Hungary and the Government of Serbia	257
<i>Gordana Drakić, Ph.D., Assistant Professor</i>	
Carrying out the Agrarian Reform in the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes in the territory of Vojvodina in the example of medium-sized holding	271
<i>Maša Kulauzov, Ph.D., Assistant Professor</i>	
Provisions on Illegitimate Children in 19 th Century Montenegrin Legislature	285
<i>Vladimir Marjanski, Ph.D., Assistant Professor</i>	
On a possibility to introduce a private insurance of expenses created in the procedure of bio-medically assisted fertilization (IVF)	297
<i>Sandra Fišer – Šobot, Ph.D., Assistant</i>	
Seller's Liability for Conformity of the Goods With Public Law Standards – Frozen Pork Case	309
<i>Petar Đundić, Ph.D., Assistant</i>	
Participation of a Non-Disputing Party in Arbitration and Protection of the Public Interest before an ICSID Tribunal	321
<i>Bojan Tubić, Ph.D., Assistant</i>	
The Right to Environmental Information in International Legal Documents	343
<i>Cvjetana Cvjetković, Assistant</i>	
Taxation of Passenger Cars as an Instrument of Environmental Protection	365
<i>Milana Pisarić, Assistant</i>	
Illegal Cross-Border Trade of Protected Species of Wild Fauna and Flora	383
<i>Uroš Stanković, Assistant</i>	
Introduction and Contents of Forest Regulation (1857)	401
<i>Luka Baturan, Assistant</i>	
Subsidizing Purchase of Apartments and Residential Construction	415
LECTURES	
<i>O. Univ. Prof. Ddr. Heinz Mayer</i>	
Der Vorrang des Unionsrechts und die Rechtskraft nationaler Individualrechtsakte	431

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

JAVNO SLUŠANJE – OBLIK RADA NARODNE SKUPŠTINE

Sažetak: *U ovom prilogu pažnja je fokusirana na institut javnog slušanja. To je novi oblik rada u Narodnoj skupštini Republike Srbije i jedan od oblika neposrednog učešća građana u vršenju javne vlasti. Javno slušanje omogućuje da se građani neposredno uključe u zakonodavni proces i odlučivanje o zakonima i drugim aktima koje usvaja Narodna skupština.*

Ključne reči: *parlament, javno slušanje, zakonodavstvo, kontrola.*

Pravo građana da sudeluju u vođenju javnih poslova je oblik ostvarivanja njihove suverenosti i pokazatelj demokratičnosti ustavnog sistema.

Ustavni principi koji postavljaju osnov i definišu okvir učešća građana u vršenju vlasti, pa i njihovog učešća u donošenju najznačajnijih odluka u zajednici i u tom kontekstu njihovog angažmana u zakonodavnom procesu garantuju se u osnovnim načelima Ustava Srbije, u kojima se eksplicitno utvrđuje da suverenost potiče od građana,¹ da građani svoju suverenu vlast vrše neposredno na referendumu i kroz narodnu inicijativu i preko svojih slobodno izabranih predstavnika, kao i da niko ne može prisvojiti suverenost od građana, niti uspostaviti vlast mimo slobodno izražene volje građana.²

Iako u ustavnim sistemima najvećeg broja demokratskih država ovi opšti principi nalaze svoje visoko rangirano mesto u osnovnim načelima ustava, mišljenja i pogledi na učešće građana i najšire javnosti u zakono-

¹ Član 2 stav 2 Ustava Republike Srbije.

² Član 2 stav 2 Ustava Republike Srbije.

davnom procesu se razlikuju. Osnovni problem oko koga su mišljenja podjeljena, a pogledi na moguća rešenja različiti koncentrisan je na to kako optimalizovati odnos između dva podjednako važna zahteva u modernoj državi: zahteva za participacijom građana i javnosti u zakonodavnom procesu sa jedne strane, i zahteva za efikasnošću zakonodavne delatnosti u uslovima veoma dinamične zakonodavne delatnosti koja odlikuje savremeni svet, posebno zemlje tranzicije koje su u procesu pristupanja Evropskoj uniji, sa druge strane.

Pravo građana da učestvuju u vršenju javne vlasti garantuju međunarodni dokumenti³ i unutrašnje pravo, posebno Ustav.⁴ Učešće u odlučivanju je pravo građana, ali nije njihova obaveza. Čak i kada Ustav propisuje da je referendum obavezan za donošenje ustava ili nekih zakona, ta se obaveza odnosi samo na organe vlasti, koji su dužni da raspišu referendum.

Neposredno učešće građana u odlučivanju ne uključuje nužno i učešće svih građana u usvajanju odluke, ali uvek uključuje neke elemente procesa odlučivanja: mogućnost uticaja na donošenje odluke; javnost rada i komunikacije; demokratsku kontrolu i nadzor nad radom; učešće u realizaciji odluke.⁵

U ovom prilogu u središtu pažnje je javno slušanje, kao novi oblik rada u Narodnoj skupštini Republike Srbije koji, kao jedan od oblika neposrednog učešća građana u vršenju javne vlasti, omogućuje da se građani neposredno uključe u zakonodavni proces i odlučivanje o zakonima.⁶

1. Oblici neposrednog učešća građana u odlučivanju o javnim poslovima

Neposredno učešće građana u odlučivanju o javnim poslovima ima različite oblike. Ono se može ostvarivati u postupku koji prethodi usvajanju propisa (inicijativa, podnošenje predloga) ili u postupku odlučivanja o usvajanju propisa (javna rasprava, referendum).

Narodna inicijativa je oblik neposrednog učešća građana u fazi pokretanja postupka odlučivanja. Ona može biti neformalna (pravo obra-

³ Član 25 stav 1 Pakta o građanskim i političkim pravima, *Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori*, br. 7/71.

⁴ Član 2 stav 1 Ustava Republike Srbije.

⁵ Više o mogućnostima i oblicima komunikacije između parlamenta i građana kod Orlović S. *Parlament i građani*, UNDP, Beograd, 2008, str. 36 – 66.

⁶ O komparativnim iskustvima i praksi organizovanja javnih rasprava, na primerima Nemačke i Norveške više kod Pajvančić M. *Javna rasprava – oblik neposrednog učešća građana u zakonodavnom procesu*, Podgorica, OEBS, 2010, str. 29 – 41; Bačić A. *Hrvatske parlamentarne procedure – izvori – izabrani poslovnici Hrvatskog sabora 1861 – 2002*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, 2003, str. 14 – 15.

ćanja organima vlasti u formi peticija⁷, kritika, predloga, i sl.) ili formalna kada građani (kolektivno pravo) imaju aktivnu legitimaciju da pokrenu postupak odlučivanja u Narodnoj skupštini ili u skupštini lokalne zajednice.⁸

Referendum je vid neposrednog učešća građana u odlučivanju koji omogućuje njihov uticaj na sadržaj odluke.⁹ Dejstvo odluke donete na referendumu je obavezujuće ukoliko se radi o obaveznom ili fakultativnom referendumu, a nije obavezujuće ako se referendum raspisuje kao savetodavni. Uticaj građana na sadržaj odluke je najveći kada odlučuju na obaveznom naknadnom referendumu, a najmanja kada odlučuju na prethodnom savetodavnom referendumu.

Pored referenduma i *javna rasprava* je oblik učešća građana u odlučivanju o javnim poslovima. Najširi oblik javne rasprave organizuje se kada je potrebno doneti odluku o nekom posebno važnom pitanju zbog čega je poželjno čuti mišljenje najšire javnosti. Tada ovu, svojevrsnu javnu debatu društvu, organizuju organi državne vlasti.

Ciljevi najšire javne rasprave o nekom važnom društvenom pitanju su upoznavanje građana sa rešenjima koja se predlažu i promenama koje se mogu očekivati nakon usvajanja predloga, kao i pribavljanje mišljenje građana o pitanjima koja se regulišu propisom ili merama koje se predlažu. Ovakva debata može se organizovati na nivou cele države (npr. u postupku usvajanja važnijih zakona ili odlučivanja o članstvu države u međunarodnim asocijacijama i sl.); na regionalnom nivou (npr. u postupku odlučivanja o području na kome se region prostire, u postupku usvajanja regionalnih propisa); u lokalnoj zajednici (npr. u postupku usvajanja prostornog plana lokalne zajednice); na određenom području u okviru lokalne zajednice (npr. samo u delu grada ili u jednom od naseljenih mesta u lokalnoj zajednici, ako je pitanje o kome se vodi debata od interesa samo za građane koji žive na tom području).

U užem smislu, javna rasprava je jedan naročit oblik rada parlamenta odnosno njegovih domova i radnih tela. Karakteristika ovog oblika rada parlamenta je neposredno učešće građana u radu parlamenta i njegovih radnih tela, ali bez prava da odlučuju. Ovaj vid javnih rasprava može imati više ob-

⁷ Član 56 stav 1 Ustava Republike Srbije.

⁸ Ustav Republike Srbije propisuje da status predlagača i pravo predlaganja zakona ima 30 000 građana (član 107 stav 1), odnosno 150 000 građana kada se radi o promeni Ustava (član 203 stav 1), a Zakon o lokalnoj samoupravi propisuje da je za pokretanje postupka pred skupštinom lokalne zajednice potrebno da predlog podrži najmanje 5% birača u opštini (član 68 stav 3).

⁹ Više o referendumu kod Jovičić M. *Demokratija i odgovornost*, Službeni glasnik Republike Srbije, Beograd, 2008, str. 3 – 47.

lika, zavisno od toga da li ih organizuje parlament, njegovi domovi ili radna tela, kao i zavisno od cilja zbog koga se organizuju. Naša pažnja u ovom prilogu okrenuta je upravo ka javnim raspravama koje se organizuju u parlamentu i do kojih dolazi na inicijativu parlamenta, uz fokus na javna slušanja budući da je to novina u parlamentarnom životu Srbije.¹⁰

2. Javne rasprave kao oblik rada parlamenta

Kao oblik rada parlamenta javne rasprave mogu biti organizovane kao informativne javne rasprave, kao javna slušanja i kao parlamentarno saslušanje. Od javne rasprave treba razlikovati javnost rada parlamenta.

U parlamentarnoj praksi postoje različiti oblici *informativnih javnih rasprava*.¹¹

Javna rasprava se može organizovati kako bi poslanici dobili stručne informacije ili stekli uvid u različite (alternativne) stavove ili konkretne predloge građana o zakonu, meri ili strategiji koje parlament namerava da usvoji, ali i o političkim pitanjima i politikama koje parlament kreira svojim odlukama. Kroz javnu raspravu u kojoj i sami učestvuju, poslanicima se pruža prilika da i na taj način ostvare neposredniji kontakt sa građanima i otvara se mogućnost da kroz jednu formu rada parlamenta, pre nego što pristupe odlučivanju svestranije i celovitije sagledaju važna društvena pitanja, posebno ona u odnosu na koja se pogledi razlikuju, a politički stavovi u društvu su podeljeni.

Cilj organizovanja javne rasprave može biti i informisanje subjekata koji neposredno učestvuju u zakonodavnom postupku (poslanici, predstavnici vlade i ministarstava, pa i građani posebno u slučaju kada inicijativa potiče od građana) i javnosti o predlozima zakonskih rešenja (mera i strategija) i njihovim praktičnim posledicama, posebno ako se pripremaju sveobuhvatne reforme. U zakonodavnom procesu, otvaranje debate o predlogu zakonskih rešenja može biti podstaknuto i motivisano težnjom da se iznesu različita mišljenja, stavovi, inicijative pa i konkretni predlozi koji imaju za cilj da poboljšaju kvalitet zakonskih rešenja (mera i strategija), kako bi se pri konačnom oblikovanju predloga u njemu našla optimalna rešenja. Informativne javne debate mogu se organizovati u parlamentu i da bi se poslanici informisali o aktuelnim i važnim političkim pitanjima (npr. o vođenju spoljne politike).

Javna rasprava može biti organizovana i u obliku *javnog slušanja*. Smisao organizovanja javnog slušanja je predstavljanje određenih alter-

¹⁰ Pejić I. *Parlamentarno pravo*, Pravni fakultet, Niš, 2011 str. 283 -284.

¹¹ Više o tome kod Orlović S. *Javna slušanja kao insitucija parlamentarne prakse*, Beograd, UNDP, 2007.

nativnih predloga koji potiču od subjekata koji nemaju status ovlašćenih predlagača kako bi se u demokratskoj debati o otvorenim ili spornim pitanjima u određenoj oblasti sučelila argumentacija ovlašćenih predlagača i građana (predstavnika organizacija civilnog društva i eksperata). Organizovanje debate između građana i ovlašćenih predlagača pod okriljem i u organizaciji parlamenta, u formi specifičnog oblika rada parlamenta može doprineti otklanjanju nedoumica o pitanjima o kojima su mišljenja podeljena i doprineti rešenju dilema i otklanjanju spornih pitanja. To može biti svojevrsan podsticaj za aktivnost ovlašćenih predlagača na poboljšanju predloga zakona, mera, strategija ili drugih dokumenata koji će se naći na parlamentarnoj agendi. Organizatori ovog vida javne raspravu mogu biti parlament, svaki od parlamentarnih domova u dvodomnim parlamentima ili radna tela parlamenta bilo pojedinačno bilo više radnih tela zajedno.

Jedan specifičan vid javne rasprave odvija se u *formi sastanaka, stručnih rasprava*, okruglih stolova i dr. koje organizuju različita, posebno strukovna, udruženja građana a na kojima učestvuju i poslanici. Za razliku od javne rasprave koja je oblik rada parlamenta i koja se organizuje na podsticaj parlamenta, u ovom slučaju podsticaj za organizovanje javne debate dolazi dolazi od građana, njihovih udruženja, strukovnih asocijacija i naučnih institucija. Ovaj vid javne rasprave je oblik šire shvaćene javne rasprave. To je debata koja se vodi u društvu na podsticaj koji dolazi izvan parlamenta iz sfere građanskog društva.

Jedan poseban oblik javne rasprave je *parlamentarno saslušanje (parlamentarna istraga)*. Ovaj vid javne rasprave osoben je po tome što se javna debata ne organizuje u vezi sa kreiranjem zakona, politika ili mera o kojima parlament odlučuje (normativna funkcija), već da bi se ispitao rad uprave, ministarstava, javnih službi, organizacija i institucija kojima je povereno vršenje javnih ovlašćenja, ministara i drugih visokih državnih zvaničnika. Ovaj oblik javne rasprave ostvaruje se u okviru kontrolne funkcije parlamenta. Vođenje parlamentarnih istraga poverava se *ad hoc* formiranim parlamentarnim odborima čiji je rad, po pravilu, otvoren za javnost.

Neophodno je naglasiti da se javne rasprave razlikuju od *javnosti rada parlamenta*, kao važnog načela rada parlamenta.¹² Razlika među njima ogleda se u načinu komunikacije između parlamenta i građana, sa jedne strane i cilju koji se nastoji ostvariti kroz taj vid komunikacije. Javnost kao princip rada parlamenta, počiva na jednosmernoj komunikaciji – od

¹² Više o tome Beetham D. *Parlament i demokratija u XXI veku*, Interparlamentarna unija UNDP, Beograd, 2008, str. 43 – 69.

parlamenta ka građanima i jedini cilj koji ima je informisanje najšire javnosti o radu parlamenta. Javna rasprava, međutim, pretpostavlja dvosmernu komunikaciju – od parlamenta ka građanima, ali i od građana ka parlamentu. Cilj javne rasprave ne redukuje se samo na informisanje građana o nekom pitanju o kome parlament namerava da odlučuje, već je cilj njihovog organizovanja pre svega da se saslušaju mišljenja građana kao i da se građani konsultuju u vezi sa pitanjima za koje se očekuje da se nađu na parlamentarnog agendi.

Javnost rada parlamenta je vid komunikacije parlamenta sa najširim javnošću i treba ga razlikovati od različitih oblika u kojima se ostvaruje *pojedinačna komunikaciju između građana i poslanika* koje su građani neposredno birali. Ona se ostvaruje na sastancima svakog poslanika sa građanima koji se održavaju najčešće u vreme koje je rezervisano za prijem građana u parlamentu ili u lokalnoj zajednici u kojoj je poslanik biran.

3. Javno slušanje u parlamentarnom životu u Srbiji

U ustavnom sistemu Srbije javna slušanja su novina koja je u parlamentarni život uvedena izmenama Poslovnika Narodne skupštine Republike Srbije, izvršenim 2010. godine.¹³

Poslovnik Narodne skupštine reguliše javna slušanja u Glavi V, tački 5¹⁴ u kojoj su grupisane odredbe o radnim telima koja se obrazuju u Narodnoj skupštini.

U Poslovniku¹⁵ se najpre regulišu osnovni oblici u kojima se organizuju javna slušanja u Narodnoj skupštini, uzimajući pri tom kao polazni kriterijum sadržaj osnovnih nadležnosti Narodne skupštine. Polazeći od toga javna slušanja se mogu organizovati kao oblik rada Narodne skupštine u vezi sa njenom normativnom funkcijom, ali i kao oblik rada Narodne skupštine u vezi sa njenom kontrolnom funkcijom.

4. Javno slušanje u kontekstu normativne funkcije Narodne skupštine

Javna slušanja koja se organizuju u vezi sa ostvarivanjem normativne funkcije Narodne skupštine mogu biti različita po svom sadržaju kao i po statusu koji u pravnom sistemu ima pravni akt u vezi sa kojim se organizuje javno slušanje. Povod da se organizuje javno slušanje može biti

¹³ Poslovnik je usvojen 28. jula 2010 godine, *Službeni glasnik Republike Srbije* br. 52/2010.

¹⁴ Članovi 83 i 84 Poslovnika Narodne skupštine.

¹⁵ Član 83 Poslovnika o radu Narodne skupštine.

pravni akt koji se nalazi u skupštinskoj proceduri, koji dakle, još nije usvojen u Narodnoj skupštini, ali javno slušanje se može organizovati i povodom propisa koji je usvojen u Narodnoj skupštini, koji je na snazi i koji čini deo pravnog sistema.

Kada je povod za organizovanje javnog slušanja, kao naročitog oblika rada Narodne skupštine, pravni ili drugi akt koji se nalazi u skupštinskoj proceduri razloži da se zatraži organizovanje javnog slušanja mogu biti različiti, a od njihove prirode i svojstava zavisice i karakter i odlike javnog slušanja. Prema rešenjima sadržanim u Poslovniku Narodne skupštine moguće razlikovati nekoliko oblika javnog slušanja koji se mogu organizovati u vezi sa ostvarivanjem normativne funkcije Narodne skupštine. I pored toga svi ti oblici javnog slušanja predstavljaju po svom sadržaju i prirodi informativna javna slušanja, a razlika koja se među njima beleži odnosi se samo na cilj i svrhu zbog koje se javno slušanje organizuje.

Jedan vid javnog slušanja organizuje se u cilju pribavljanja informacija koje mogu biti korisne za oblikovanje sadržaja rešenja predloženih u aktu koji će se razmatrati u Narodnoj skupštini.

Drugi vid javnog slušanja organizuje se kako bi se pribavila stručna mišljenja o rešenjima koje sadrži predlog akta koji će se naći na skupštinskoj agendi.

Treći vid javnog slušanja fokusiran je na razjašnjavanje pitanja o kojima postoje različita mišljenja, a koja su značajna za pripremu predloga akta.

Sva tri oblika javnog slušanja koji se mogu organizovati kao deo aktivnosti vezanih za normativnu funkciju Narodne skupštine imaju svrhu da svestrano i iz različitih uglova razmotre rešenja predložena u pravnom ili nekom drugom aktu o kome će Narodna skupština odlučivati sa ciljem da se predložena rešenja optimalizuju, unaprede, poboljšaju, kao i da se eventualne dileme i različiti pogledi na predložena rešenja razjasne i u mogućoj meri otklone. U tom smislu javna slušanje bi trebalo razumeti kao oblik rada Narodne skupštine koji bi trebalo da doprinese unapređenju njene normativne funkcije i podizanju kvaliteta propisa koje Narodna skupština usvaja.

Jedan poseban vid informativnog javnog slušanja može biti organizovan i u odnosu na *propise koji su usvojeni u Narodnoj skupštini*, koji su na snazi i koji čine deo pravnog sistema. I ovaj vid javnog slušanja sadržinski je vezan za normativnu funkciju Narodne skupštine ali, za razliku od do sada navedenih oblika javnog slušanja, u ovom slučaju cilj organizovanja javnog slušanja nije neposredno povezan za podizanje kvaliteta rešenja sadržanih u aktu povodom koga se organizuje javno slušanje, bu-

dući da je on usvojen. Smisao javnog slušanja u ovom slučaju prvenstveno je usmeren na razmatranje i razjašnjenje pitanja koja se postavljaju u vezi sa primenom propisa koji je Narodna skupština usvojila, a o kojima postoje različita mišljenja i različite interpretacije. Sa tog stanovišta, budući da se na javnom slušanju pokušavaju razjasniti pitanja oko kojih postoje dileme ishod rasprave na javnom slušanju mogao bi biti pokretanje postupka za izmenu rešenja sadržanih u važećem aktu koja mogu stvoriti probleme u praktičnoj primeni propisa, pa bi javno slušanje poslužilo kao neka vrsta podsticaja za normativnu delatnost Narodne skupštine i nesumnjivo bi u tom konjektu uticala na podizanje kvaliteta normativne delatnosti Narodne skupštine.

Ako se ima u vidu da se javno slušanje u ovom slučaju fokusira na razjašnjenje pitanja koja se postavljaju u vezi sa propisom koji je na snazi, ne treba izgubiti iz vida da bi se ovakvo javno slušanje moglo smatrati i specifičnim oblikom ostvarivanja kontrolne funkcije Narodne skupštine, jer je sadržinski sa njom tesno povezano. Nesumnjivo je da je priroda ovog vida javnog slušanja ambivalentna i da se ono može vezati kako za normativnu tako i za kontrolnu funkciju Narodne skupštine. Od ishoda javne rasprave u svakom konkretnom slučaju zavisice i to da li je ona vezana pretežno za normativnu funkciju Narodne skupštine (ako javno slušanje i njegov ishod budu povod da poslanici podnesu predlog za izmenu ili dopunu zakona) ili njenu kontrolnu funkciju (ako ishod javnog slušanja dovede do primene instrumenata parlamentarne kontrole vlade).

5. Javno slušanje u kontekstu kontrolne funkcije Narodne skupštine

Poslovnik Narodne skupštine reguliše još jedan oblik organizovanja javnog slušanja. Javno slušanje može se organizovati i u okviru ostvarivanja kontrole funkcije Narodne skupštine kao jedan poseban oblik ostvarivanja kontrolne funkcije. Poslovnik Narodne skupštine¹⁶ jednom načelnom opštom odredbom eksplicitno propisuje da se javna slušanja mogu organizovati i radi ostvarivanja kontrolne funkcije Narodne skupštine.

Poslovnik ne konkretizuje ovu načelnu odredbu i ne određuje bliže na koji način se javno slušanje koristi kao instrument ostvarivanja kontrolne funkcije Narodne skupštine. Ipak dve odredbe Poslovnika Narodne skupštine posredno upućuju na mogući sadržaj ostvarivanja kontrolne funkcije Narodne skupštine uz primenu javnog slušanja, kao oblika rada Narodne skupštine.

¹⁶ Član 83 Poslovnika Narodne skupštine.

Prema jednoj odredbi Poslovnika, javno slušanje se može organizovati radi praćenja sprovođenja i primene zakona¹⁷ što bi se moglo smatrati nekom vrstom praćenja i monitoringa rada vlade u odnosu na njenu najvažniju nadležnost koja je vezana za sprovođenje i primenu zakona, što je nesumnjivo jedan od oblika ostvarivanja kontrolne funkcije Narodne skupštine putem koga Narodna skupština stiče uvid u najznačajnije polje rada vlade. Informisanje o radu vlade i uvid u njene aktivnosti u vezi sa primenom zakona su i instrumenti koji Narodnu skupštinu mogu podstaći da, posegne i za drugim instrumentima parlamentarne kontrole vlade koji mogu dovesti i do pada vlade (interpelacija, glasanje o poverenju), ukoliko nije zadovoljna radom vlade.

Druga, već komentarisana, odredba Poslovnika Narodne skupštine odnosi se na organizovanje javnog slušanja u cilju razjašnjenja otvorenih ili spornih pitanja kao i rešenja sadržanih u važećim pravnim aktima.¹⁸ Budući da se sadržaji koje uključuje ovaj vid javnog slušanja odnose u suštini na primenu važećih pravnih akata, a za njihovu primenu i posebno za njihovu pripremu i izradu odgovornost pripada vladi moguće je, u ovom kontekstu, javno slušanje razumeti i kao oblik ostvarivanja kontrolne funkcije Narodne skupštine.

6. Organizovanje javnog slušanja

Pored pravila materijalnog prava koja govore o javnom slušanju kao obliku rada Narodne skupštine i razlozima, odnosno ciljevima zbog kojih se javno slušanje organizuje, Poslovnik sadrži i procesna pravila koja regulišu najvažnija pitanja postupka po kome se organizuje i odvija javno slušanje.

Predlog da se u Narodnoj skupštini organizuje javno slušanje ima pravo da podnese svaki poslanik. Odredba Poslovnika koja reguliše subjekte ovlašćene da predlože organizovanje javnog slušanja izbegava da jasno odredi da je to individualno pravo svakog poslanika, već pravo predlaganja javnog slušanja vezuje za članstvo u odboru. Poslovnik eksplicitno propisuje da to „predlog za organizovanje javnog slušanja može podneti svaki član odbora“.¹⁹

Da bi predlog za organizovanje javnog slušanja bio validan i kao takav podoban da se o njemu odluči u odboru u kome je podnet, on mora ispunjavati određene formalne uslove koje propisuje Poslovnik Narodne

¹⁷ Član 83 Poslovnika Narodne skupštine.

¹⁸ Član 83 Poslovnika Narodne skupštine.

¹⁹ Član 84 stav 1 Poslovnika Narodne skupštine.

skupštine.²⁰ Predlog se podnosi u pismenoj formi i u njemu mora biti naznačena tema povodom koje se predlaže organizovanje javnog slušanja kao i spisak lica kojima bi se uputio poziv da učestvuju u javnom slušanju.

O organizovanju javnog slušanja odlučuje odbor u kome je predlog podnet²¹, a na postupak odlučivanja u odboru primenjuju se opšta pravila Poslovnika Narodne skupštine²² koja se odnose na odlučivanje koje se odvija u radnim telima Narodne skupštine.²³

Predsednik odbora u kome je podnet predlog i usvojena odluka o organizovanju javnog slušanja dužan je da o obavesti predsednika Narodne skupštine o odluci odbora koja se odnosi na organizovanje javnog slušanja.²⁴ Pored toga predsednik odbora ima i druge obaveze u vezi sa organizovanjem javnog slušanja. On je dužan da uputi poziv za javno slušanje u kome se navodi tema, odnosno pitanje koji su povod da se organizuje javno slušanje kao i mesto i vreme održavanja javnog slušanja.²⁵

Na javno slušanje pozivaju se članovi odbora koji je inicirao i organizovao javno slušanje, kao i poslanicima i svim drugim licima čije je prisustvo značajno s obzirom na temu odnosno pitanje o kome se organizuje javno slušanje.²⁶

Kvorum, odnosno potreban broj prisutnih članova odbora nije uslov koji treba ispuniti da bi se održalo javno slušanje. To je propisano Poslovníkom Narodne skupštine koji izričito utvrđuje²⁷ da se javno slušanje održava nezavisno od toga koliki broj članova odbora prisustvuje javnom slušanju.

7. Ishod javnog slušanja

Po završetku javnog slušanja sastavlja se informacija koja pored tehničkih podataka (vreme održavanja javnog slušanja, tema koja je bila povod za organizovanje javnog slušanja, imena učesnika) sadrži i sažet pregled mišljenja, stavova, predloga i inicijativa koje su na javnom slušanju izneli učesnici.²⁸ Ovu informaciju sastavlja predsednik odbora koji je organizovao javno slušanje.

²⁰ Član 84 stav 2 Poslovnika Narodne skupštine.

²¹ Član 84 stav 3 Poslovnika Narodne skupštine.

²² Članovi 70 do 83 Poslovnika Narodne skupštine.

²³ Član 80 Poslovnika Narodne skupštine.

²⁴ Član 84 stav 4 Poslovnika Narodne skupštine.

²⁵ Član 84 stav 6 Poslovnika Narodne skupštine.

²⁶ Član 84 stav 5 Poslovnika Narodne skupštine.

²⁷ Član 84 stav 7 Poslovnika Narodne skupštine.

²⁸ Član 84 stav 8 Poslovnika Narodne skupštine.

Učesnici javnog slušanja kao i članovi odbora imaju pravo da iznesu primedbe na informaciju o javnom slušanju, koje u pisanoj formi dostavljaju predsedniku odbora.

Predsednik odbora dostavlja informaciju kao i primedbe na informaciju koje su dostavili učesnici javnog slušanja predsedniku Narodne skupštine, članovima odbora koji je organizovao javno slušanje kao i svim učesnicima javnog slušanja.

Ishod javnog slušanja najrečitije govori o karakteru i prirodi ovog instituta koji predstavlja novinu u parlamentarnom životu u Srbiji. Način na koji je u Poslovniku Narodne skupštine regulisan institut javnog slušanja, posebno ishod i rezultat javnog slušanja nedvosmisleno upućuju na zaključak da se javno slušanje organizuje kao informativno. Priroda i karakteristike javnog slušanja ne zavise, dakle, od toga da li se javno slušanje organizuje u kontekstu ostvarivanja normativne funkcije Narodne skupštine ili u kontekstu njene kontrolne funkcije. Poslovnik ne pravi razliku između javnog slušanja kao dela zakonodavnog postupka i javnog slušanja kao vida ostvarivanja kontrolne funkcije Narodne skupštine.

U Poslovniku Narodne skupštine javno slušanje je regulisano načelno, bez jasnog razgraničenja javnog slušanja koje je deo zakonodavnog procesa i ostvaruje se u okviru normativne delatnosti Narodne skupštine i javnog slušanja koje se realizuje kao način ostvarivanja kontrolnih funkcija Narodne skupštine.

Ostaje otvoreno i pitanje kakva je svrha sastavljanja i dostavljanja informacije sa javnog slušanja kao i kakva je „sudbina“ informacije koja se dostavlja predsedniku Narodne skupštine, članovima odbora koji je organizovao javno slušanje i svim drugim učesnicima javnog slušanja. Da li se informacija dostavlja i svim drugim narodnim poslanicima, dakle i onima koji nisu učestvovali na javnom slušanju, da li se na bilo koji način mišljenja izneta na javnom slušanju koriste prilikom formulisanja zakonskih rešenja? Ova i druga pitanja na koja može ukazati i praksa organizovanja javnih rasprava govore u prilog zaključku da bi ovaj novi institut parlamentarnog života u Srbiji valjalo detaljnije, jasnije i konkretnije regulisati i normativno uobličiti.

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

Public listening – the Form of work of the National Assembly

Abstract

The highlight of this enclosure is the institution of public listening. This is a new form of work of the National Assembly of the Republic of Serbia, and one of the forms of direct participation of citizens in the performance of public government. Public listening enables citizens to participate directly in the legislative procedure and decision making on laws and other acts which are adopted by the National Assembly.

Key words: Parliament, public listening, legislation, control.

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

UTICAJ VALUTNE KLAUZULE I DEVIZNOG KURSA NA STANJE PRIVREDE SRBIJE¹

Sažetak: U Srbiji je kao posledica dešavanja devedesetih godina postojao visok stepen nepoverenja u finansijski sistem, što se naročito ogledalo u nepoverenju u dinar kao nacionalnu valutu. Dodajnu nesigurnost kod poverilaca izazivalo je loše stanje u pravosudnom sistemu. Kao rezultat napred iznetih činjenica veliki deo poslova se obavljao u „sivoj“ zoni ili preko of-šor lokacija. Kao izlaz iz ove situacije kojim bi se umanjio stepen nepoverenja u zaključivanje poslova u Srbiji, kako kod domaćih tako i stranih rezidenata nametnula se mogućnost data Zakonom o deviznom poslovanju da dozvoli ugovaranje poslova i kreditiranja sa deviznom klauzulom iako je novčana jedinica i sredstvo plaćanja i dalje ostao dinar. Uvođenje devizne klauzule je za rezultat imalo intenziviranje poslovnih aktivnosti u Srbiji. Nažalost, negativne strane „dolarizacije“ tj. u slučaju Srbije „evrizacije“, pošto je najveći broj obaveza po kreditima, naročito građana, bio nominovan u evrima, pokazale su se i u slučaju Srbije relativno brzo. Treba istaći da kada je reč o posledicama „dolarizacije“ Srbija tu ne predstavlja nikakav izuzetak. Uvođenjem devizne klauzule u ugovore u kreditu, kao i mogućnosti plaćanja u određenim slučajevima u stranoj valuti, je u Srbiji ovakvim Zakonom o deviznom poslovanju u stvari legalizovan dvovalutni sistem. Tako da su efekti svih odluka Narodne banke Srbije značajno minimizirani. Takođe jedna od posledica ove mogućnosti je permanentna aprecijacija dinara što je imalo katastrofalne dugoročne posledice na privredni rast, zaposlenost, spoljnotrgovinski bilans i rast zaduženosti prema inostranstvu. Precenjena vrednost dinara koristila je pre sve-

¹ Rad je nastao kao rezultat istraživanja na projektu: „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)“, koji se realizuje na Pravnom fakultetu Univerziteta u Novom Sadu.

ga bankama u inostranom vlasništvu, i uvoznom lobiju. Ogromne sume deviza su zahvaljujući ovakvom kursu iznesene iz zemlje. Nažalost, i velikom broju građana koji su neoprezno uzimali kredite sa deviznom klauzulom odgovara precenjeni dinar.

Vlada i Narodna banka Srbije su problem nedostataka deviza rešavale dodatnim zaduživanjem u inostranstvu i emitovanjem obveznica.

Rešenje problema su svakako nužna promene Zakona o deviznom poslovanju kojima bi se ukinule mogućnosti devizne klauzule kao i plaćanja u devizama. Važno je podsetiti da je Vrhovni sud Islanda nominovanje kredita u devizama proglasio nezakonitim. U radu se takođe ukazuje i na moguća rešenja za kredite koji su ranije u skladu sa važećim Zakonom nominovani u devizama.

Ključne reči: *devizna klauzula, devizni kurs, Zakon o deviznom poslovanju, aprecijacija dinara, kreditni rizik, dolarizacija, Vašingtonski konsensus, stabilan kurs, realan kurs, spoljni dug, Međunarodni monetarni fond, makroekonomska stabilnost, monetarna politika, Narodna banka Srbije, banke u inostranom vlasništvu, špekulativni kapital, ofšor lokacije, bailout, Vrhovni sud Islanda, sub-prime krediti.*

I

U radu je prikazana problematika i dat predlog nekih mogućih rešenja za pitanja devizne klauzule i deviznog kursa koji u poslednjoj deceniji izuzetno zaokupljaju kako stručnu tako i širu javnost u Srbiji.

Srbija, je kao što je poznato početkom devedesetih godina u uslovima nasilne secesije bivših republika prethodne Jugoslavije i u ekonomskoj istoriji nezabeleženih sankcija² jednog dela međunarodne zajednice, preživela relativno dug period sa izuzetno visokim stopama rasta cena što je kulminiralo hiperinflacijom³ u drugoj polovini 2003.⁴ To je za rezultat imalo gubljenje poverenja u domaću valutu, od čega se ona nije oporavila do današnjih dana.

² O ovome sam detaljnije pisao u poglavlju „Srbija u uslovima sankcija i bombardovanja“ u monografiji „Procesi u svetskoj privredi i Srbija“ koju je objavio Pravni fakultet u Novom Sadu, 2011.

³ O ovome iscrpno u: Bojan Dimitrijević, Sintetičke karakteristike hiperinflacije i stabilizacije po zemljama u dvadesetom veku, *Financing*, 1/1997, str. 27.

⁴ Vredi podsetiti da je stopa rasta cena prema podacima Saveznog zavoda za statistiku u decembru 2003. iznosila 300.000.000%. Izvor: Saopštenja RZS Srbije i M. Eremić- M. Bešević, *Ekonomski anali*, br. 119/1994.

Logična posledica toga je bio visok stepen nepoverenja u finansijski sistem uopšte, a naročito veliki problemi pojavili su se u vezi sa ugovaranjem kreditiranja. Poverioci su smatrali da se nalaze u izuzetno nepovoljnom položaju sa jedne strane usled visokog stepena nepoverenja u domaću valutu, tj. dinar, a s druge strane usled situacije u pravosudnom sistemu koju su karakterisale pre svega dugo trajanje postupaka, brojne procedure i izuzetna neefikasnost izvršnog postupka⁵. Sve ovo strahovito je otežavalo poslovne transakcije i guralo veliki deo poslovanja u domen „sive ekonomije“ ili/i kada je reč o krupnijim operacijama na ofšor lokacije.

II

Kao izlaz iz ove situacije kao jedno od mogućih rešenja, kojim bi se umanjio stepen nepoverenja u zaključivanje poslova u Srbiji, kako kod domaćih tako i stranih rezidenata, nametnula se mogućnost da se zakonski dozvoli ugovaranje poslova i kreditiranja sa deviznom klauzulom iako je novčana jedinica i sredstvo plaćanja u Srbiji, tada bio, a i još uvek je dinar⁶. Tako je članom 34⁷ Zakona o deviznom poslovanju dozvoljeno ugovaranje kreditiranja u stranoj valuti⁸, a članom 25 odobravanje bankarskih kredita za određene namene u devizama⁹. U članu 34 ovog Zakona je ustvari iskorišćena mogućnost koju pruža član 54 Zakona o Narodnoj banci Republike Srbije kojim se naglašava da se sve novčane obaveze iz poslova zaključenih u Republici Srbiji između preduzeća i drugih prav-

⁵ U Izveštaju Svetske banke za Republiku Srbiju, se navodi da je jedna od mogućih posledica neizvesnosti i konfuzije u rešavanju sporova i visok stepen korupcije. O tome u: Đ. Popov, Ocena poslovne klime i strane investicije, Zbornik radova pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1/2006, str. 179.

⁶ „Dozvoljeno je ugovaranje u devizama u Republici s tim što se plaćanje i naplaćivanje po tim ugovorima vrši u dinarima“. Službeni glasnik Republike Srbije, br. 62/2006, čl. 34, stav 14.

⁷ „Plaćanje i naplaćivanje i prenos između rezidenata i između rezidenata i nerezidenata u Republici vrši se u dinarima.

Izuzetno od odredbe 1. ovog člana, plaćanje, naplaćivanje i prenos u Republici mogu se vršiti u devizama po osnovu:

1. deviznog kreditiranja u zemlji za namene iz člana 25 ovog zakona;“ Podv. Đ.P.) Službeni glasnik Republike Srbije, br. 62/2006, čl. 34.

⁸ U članu 53 Zakona o Narodnoj banci Srbije (Sl. Glasnik RS, br. 72/2003, 55/2004) propisano je da je novčana jedinica Republike Srbije dinar.

⁹ „Banka može rezidentu- pravnom licu i preduzetniku odobriti kredit u devizama za plaćanje uvoza robe i usluga iz inostranstva.

Banka može rezidentu- fizičkom licu odobriti kredit u devizama radi kupovine nepokretnosti u zemlji.“ Službeni glasnik Republike Srbije, br. 62/2006, čl. 25.

nih lica i građana izražavaju u dinarima i izvršavaju u dinarima, „ako zakonom nije drugačije određeno.“¹⁰

Ovim se značajno odstupilo od dotadašnje prakse koja je važila kako u prethodnoj SFRJ, i SCG, tako i u Srbiji da se ugovaranje i plaćanje na teritoriji Republike može vršiti isključivo u nacionalnoj valuti tj. u dinarima. Treba sa ovim u vezi istaći da je čitav period posle drugog svetskog rata kada je o Jugoslaviji i Srbiji reč bio praćen permanentnom inflacijom koja je dostizala različite procenete, od uobičajenih 15- 20%, pa do neverovatnih 2000% 1989. u godini formiranja poslednje Vlade SFRJ¹¹.

Zbog postojanja permanentne inflacije smatralo se da je kreditni rizik na strani poverioca, pa se uvođenjem različitih klauzula u ugovore o kreditima nastojao ovaj rizik umanjiti. Tako je umesto devizne klauzule, što je današnja praksa, korišćen opšti indeks porasta cena na malo, a kod robnih kredita zavisno od predmeta ugovora o kreditu korišćeni su cenovni indeksi za robu koja je predmet kreditiranja. Osnov za uvođenje ovih klauzula u ugovore o kreditima predstavljalo je tumačenje da je to u skladu sa članovima 394 i 397 Zakona o obligacionim odnosima¹².

Neposredno posle uvođenja devizne klauzule, kao mogućnosti, u ugovorne odnose u Srbiji došlo je do intenziviranja poslovnih aktivnosti, i istovremeno i do povećanog unosa kapitala iz inostranstva od strane banaka koje posluju u Srbiji, a nalaze se u inostranom vlasništvu. Tako da bi se mogao izvesti zaključak da je ona barem u prvo vreme imala pozitivan efekat na privredne aktivnosti u Srbiji. Mada, treba ukazati i na to da se ovaj period 2004.- 2008. poklapa sa periodom, kada je u čitavoj svet-

¹⁰ Čl. 54 Zakona o Narodnoj banci Republike Srbije. Sl. Glasnik RS, br. 72/2003, 55/2004.

¹¹ Mandatar te vlade bio je Ante Marković. Zanimljivo je danas slušati sećanja ljudi o tome vremenu, pri čemu se uočava tipična ljudska osobina da se iz memorije nastoje potisnuti ružne stvari. Tako svi svojoj deci pričaju o tome da je 1990. prosečna plata bila 800- 1000 tadašnjih nemačkih maraka, zaboravljajući pri tome da napomenu da su u istom periodu devizne rezerve opale sa 10 na 2 milijarde tadašnjih dolara. To je za jednu od posledica imalo da su već u jesen 1990, dakle skoro godinu dana pre početka oružanih sukoba u prethodnoj Jugoslaviji, zamrznuti devizni štedni ulozi građana za koje je „garantovala federacija“, i da jedan broj njih i dan danas 22 godine od tada još uvek nije u potpunosti dobio ceo iznos svoje tadašnje devizne štednje.

¹² „Kad obaveza ima za predmet svotu novca, dužnik je dužan isplatiti onaj broj novčanih jedinica na koji obaveza glasi, izuzev kad zakon određuje što drugo“. Čl. 394.

„U ugovorima u kojima se jedna strana obavezuje da izradi i isporuči određene predmete, dozvoljeno je ugovoriti da će cena zavisiti od cena materijala i od rada, kao i drugih elemenata koji utiču na visinu troškova proizvodnje, u određeno vreme na određenom tržištu.“ čl. 397. Zakon o obligacionim odnosima, Sl. List SFRJ, br. 29/78, 39/85, 45/89, Sl. List SRJ, 31/93.

skoj privredi došlo do porasta kreditnih aktivnosti, odnosno to je vreme kada je u uslovima dominacije neoliberalne dogme¹³ i poslovanja u skladu sa principima Vašingtonskog konsensusa¹⁴ došlo do naduvavanja „balona“ nerealnih očekivanja.

Nažalost, negativne strane „dolarizacije“¹⁵ tj. u slučaju Srbije „evrizacije“, pošto je najveći broj obaveza po kreditima, naročito građana, bio nominovan u evrima, pokazale su se u slučaju Srbije relativno brzo. Treba istaći da kada je reč o posledicama „dolarizacije“ Srbija tu ne predstavlja nikakav izuzetak. „Dolarizacija“ čini domaći finansijski sistem izuzetno osetljivim pre svega zato što dovodi do međuvalutne konfuzije pošto banke, vlade, kompanije i fizička lica dolaze u situaciju da su im obaveze izražene u stranoj valuti, a prihode ostvaruju u domaćoj valuti. Tako da se realno stvara situacija da samo jedan deo domaćeg finansijskog sistema posluje sa domaćom valutom¹⁶.

Ovome treba dodati i činjenicu da je uvođenjem mogućnosti korišćenja devizne klauzule dinar kao novčana jedinica izgubio ulogu mere vrednosti što je, kao što je poznato, osnovna funkcija novca. Devizna klauzula je dinaru ostavila, i to ne u svim transakcijama, samo ulogu plaćnog sredstva. Omogućavanjem uvođenja devizne klauzule u ugovore u kreditu, kao i mogućnosti plaćanja u određenim slučajevima u stranoj valuti, je u Srbiji ovakvim Zakonom o deviznom poslovanju u stvari legalizovan dvovalutni sistem. Tako da su efekti svih odluka Narodne banke Srbije značajno minimizirani, jer ona kada je reč o monetarnoj politici realno kontroliše samo one operacije koje se odvijaju u dinarima. Na valute drugih zemalja ili međunarodnih organizacija, kao što je evro, Narodna banka Srbije razume se ne može imati nikakvog uticaja. Da bi se shvatio mogući domet mera Narodne banke Srbije treba istaći da je ukupna novčana masa u dinarima oko 3 milijarde evra, a da je samo registrovani devizni priliv od doznaka naših građana koji rade u inostranstvu na godišnjem nivou veći od tog iznosa.

¹³ O razornim posledicama operacionalizacije neoliberalne dogme i „Vašingtonskog konsensusa“ naročito u realizaciji samozvanih „eksperata“ u Srbiji pisao sam godinama u više navrata. Vidi npr. poglavlje: Svetska ekonomska kriza i tranzicija u Srbiji, u knjizi: Đ. Popov, *Procesi u svetskoj privredi i Srbiji*, op. cit. str. 164-186.

¹⁴ O Vašingtonskom konsensusu vidi, npr.: Hansjoerg Brey/Jan Prieue, *Beyond the „Washington Consensus“- Macroeconomic Policies for Development, International Politics and Society*, Bonn, 2/2005, str. 84.

¹⁵ „Dolarizacija“ je korišćenje stranih konvertibilnih valuta u zemljama u razvoju i zemljama u tranziciji kao valute u kojoj se štedi, daju krediti i upoređuju plate i cene dobara.

¹⁶ O ovome npr.; Stiglitz, Joseph, *Capital Markets and Economic Fluctuation in Capitalist Economies*, *European Economic Review*, no. 36. str. 269- 306.

Kada je reč o Srbiji mogućnost korišćenja devizne klauzule, za posledicu je imala da izuzetno značajni centri moći insistiraju na „stabilnom“ kursu dinara, što se u slučaju Srbije pretvorilo u iz godine u godinu sve veći procenat preceñjenosti dinara

Naime, od 2001. godine kada se startovalo sa kursom od 1 evro jednako 60 dinara opšti nivo cena je porastao za oko 400%, a dinar nije oslabio ni za 100%. Uzroci ovakvog kretanja kursa dinara su rezultat čitavog niza faktora od kojih su neki rezultat ozbiljnih zabluda, neiskustva, pa i neznanja onih ekonomista koji u su protekloj deceniji vodili ekonomsku, pa samim tim i politiku kursa. Ako su „ekonomski eksperti“¹⁷ tvrdili da je kurs od 60 dinara za jedan evro tada bio „realan“ jednostavnim računskom operacijom bi se moglo izračunati koji bi to realan kurs bio danas. Ako pak tvrde da to nije bio slučaj zašto bi im neko danas verovao da su u pravu kada tvrde da je trenutni kurs „realan“.

Važno je istaći da je pojam stabilnog deviznog kursa, uz istovremeno isticanje da je taj kurs i realan, kada je reč o Srbiji jedna od iluzija koja se u javnosti zahvaljujući takvim ekonomistima koji istovremeno imaju i monopol na pristup glavnim medijima vrlo uspešno neguje evo već čitavu deceniju.

Svaki školovani ekonomista¹⁸ bi, ako želi da bude odgovoran prema svojoj profesiji i javnosti morao reći da stabilan devizni kurs za koji se usto tvrdi da je i „realan“ ne može biti rezultat enormnog spoljnotrgovinskog deficita, prodaje domaćih resursa kroz privatizaciju, doznaka radnika iz inostranstva, privlaćenja devizne štednje građana i na kraju u poslednje vreme sve značajnijeg izvora permanentnog zaduživanja u inostranstvu, tako da je dug prema inostranstvu u trećem kvartalu 2012 dostigao prema zvaničnim podacima 60% društvenog bruto proizvoda¹⁹.

¹⁷ 2001. se u Srbiji desila za akademsku zajednicu i vrhunski obrazovane ekonomiste fascinantna činjenica da su se odjedanput praktično niotkuda pojavili ljudi za koje niko nije čuo, a za koje su dirigovani mediji tvrdili da će oni otprilike kao mađioničari ili gutači vatre u cirkusu, nekim nama nedostupnim veštinama preporoditi privredu Srbije. Rezultati su danas vidljivi npr. da je industrijska proizvodnja na nivou 40% one iz 1989. No, niko ni te „eksperte“, ali ni one koji su ih promovisali nije, barem dosada, pozvao na ozbiljno utvrđivanje odgovornosti.

¹⁸ Podrazumeva se to da mu je referenca završen ozbiljan ekonomski fakultet, a ne recimo završene master studije na nekoj od biznis škola u svetu, usto najverovatnije na kursu posebno dizajniranom za inostrane polaznike, što su najčešće preporuke sa kojima su stizali „eksperti“.

¹⁹ I to pod pretpostavkom da je društveni bruto proizvod realno obračunat, što nije baš sasvim sigurno. Naime, po novoj metodologiji obračuna u društveni bruto proizvod ubrajaju se i takve aktivnosti kao što su npr. finansijske usluge. Drugo upravo zbog preceñjenosti dinara društveni bruto proizvod u evrima se, po svemu sudeći, prikazuje većim

Kakav je to stabilan kurs koji se održava prodajom deviznih rezervi koje se pre toga formiraju i zaduživanjem u inostranstvu? To nažalost znači da se u inostranstvu uzimaju krediti više ili manje „povoljni“²⁰ i onda te devize prodaju na domaćem deviznom tržištu da bi se odgovorilo na tražnju za devizama i kurs održao na što nižem nivou. Kurs se tako čini „stabilnim“, ali devizne obaveze po kreditima zajedno sa kamatama ostaju budućim generacijama. Koliko je ovakav kurs „stabilan“ i „realan“ videlo se npr. 2010. godine kada je radi njegove odbrane Narodna banka Srbije prodala tri milijarde dolara na deviznom tržištu što čini gotovo polovinu godišnje vrednosti srpskog izvoza. Nažalost, po svemu sudeći i u 2012. godini rezultat kada je reč o prodaji deviza u istu svrhu na deviznom tržištu neće biti značajno drugačiji.

Znači realan bi bio onaj kurs koji bi se formirao na tržištu uz pretpostavku da se iz ponude svakako isključe devize koje su raspoložive od: uzetih kredita u inostranstvu, prodaje obveznica Narodne banke, pa i one koje pristižu od doznaka naših sunarodnika iz inostranstva.

Stabilan devizni kurs je u razvijenim privredama rezultat stabilnog privrednog rasta, suficita ili uravnoteženog platnog bilansa, nepostojanja budžetskog deficita i malog ili nikakvog spoljnog duga. Devizni kurs koji bi vodio računa o interesima domaće privrede morao bi se formirati pre svega tako da vodi ka uravnoteženju spoljnotrgovinskog bilansa, najpre kroz porast izvoza, porastu proizvodnje i zaposlenosti i smanjivanju zaduživanja u inostranstvu. Kada bi to bili ciljevi za formiranje deviznog kursa videlo bi se koliki bi ustvari bio realni kurs dinara. To ne znači da bi se ovaj cilj mogao ostvariti preko noći, ali svaka godina odugovlačenja činiće ovu operaciju koja će se jednog dana ipak morati obaviti sve bolnijom, jer je i stopa precenjenosti dinara sve veća i veća. Usled toga će šok biti utoliko veći ukoliko se više odlaže prelazak na realni kurs domaće valute.

Na drugoj strani aktuelni kurs je rezultat širokog spektra pritisaka različitih interesnih grupa od onih kojima bilo usled njihove svojevremene neinformisanosti i nerealnih očekivanja ne odgovara realno formiranje kursa, ali i onih koji brutalnim pritiscima i učenama radi prisvajanja razbojničkih stopa ekstra profita, u kako to oni nazivaju „slobodnoj tržišnoj utakmici“, koja nije ni utakmica, ni tržišna, a još manje slobodna, primoravaju monetarne i državne vlasti da kurs formiraju u skladu sa njihovim interesima²¹.

nego što bi to bilo da je kurs realan, tako da je procentualno učešće duga u njemu onda manje.

²⁰ Nije retkost da mediji objave da je Srbija dobila „pomoć“, od neke međunarodne organizacije ili države, a radi se ustvari o kreditu sa većom ili manjom kamatom.

²¹ O svemu ovome detaljnije, nešto kasnije u radu.

III

Jedan od osnovnih elemenata na kojem se insistira u okviru programa sprovođenja „Vašingtonskog konsensusa“ je makroekonomska stabilnost. Na makroekonomskoj stabilnosti takođe insistira i Međunarodni monetarni fond što ne treba da čudi imajući u vidu da je on jedan od osnovnih kanala kojima se sprovodi na globalnom nivou neoliberalna ekonomska politika definisana u „Vašingtonskom konsensusu“. Međunarodni monetarni fond je i u slučaju Srbije insistirao na stabilnom kursu dinara, isto kao i u praktično²² svim ostalim postkomunističkim zemljama u tranziciji²³, a i posledici su bile iste, ali o tome nešto kasnije. Treba istaći da je makroekonomska stabilnost u svakom slučaju poželjna, ali da niukom slučaju nije odlučujući elemenat za ekonomsko stanje privrede neke zemlje. Kada je reč o makroekonomskoj stabilnosti i Srbiji nikoga ne treba da čudi da je taj elemenat bio posebno važan kako za stanovništvo, tako i za donosiocje ekonomskih odluka i stručnu javnost imajući u vidu šta se sve dešavalo sa privredom Srbije u devedesetim godinama prošlog veka.

Međutim, kada je reč o makroekonomskoj stabilnosti u Srbiji u relativno kratkom roku se pokazalo da je stabilan kurs dinara na kraju krajeva ostao kao jedini elemenat na kome se ona pokušava bazirati. Tako je devizni kurs ostao praktično jedino sidro makroekonomske stabilnosti u srpskoj ekonomiji²⁴. To je za posledicu imalo da je značaj kursa dinara prema stranim valutama pre svega evru u Srbiji bio daleko veći nego što je to slučaj u ekonomijama sa razvijenim stabilnim privredama.

U uslovima permanentne inflacije koja je bila obeležje čitave prve dekade dvadesetprvog veka u Srbiji, smanjene zaposlenosti, niske produktivnosti i niskih zarada stabilan kurs kako su ga neki nazivali, a u stvarnosti dugotrajno apreciran²⁵ je imao čitav niz negativnih posledica,

²² Jedini izuzetak bila je Slovenija koja je zahvaljujući s jedne strane jasnom stavu svojih vodećih ekonomista, pre svega Prof. Mencigera, Prof. Bolea i Prof. Ribnikara, ali i poverenju slovenačkog državnog vrha u sopstvenu ekonomsku nauku sve do uvođenja evra intenzivno koristila mogućnosti koje pruža posjedovanje sopstvene valute kao sredstvo zaštite i podsticanja domaće proizvodnje i zaposlenosti.

Nije slučajno da je posle uvođenja evra i Slovenija upala u veliku krizu zaduženosti, koja je bila samo jedan od pojavačkih oblika opšte ekonomske krize.

²³ Treba samo videti kretanje kursa u poslednjih deset godina u Hrvatskoj, Mađarskoj, baltičkim zemljama, itd. Svugde je kurs bio „stabilan“, a sve ove zemlje su se praktično našle u dužničkom ropstvu.

²⁴ Makroekonomska stabilnost je postignuta kada postoje niska stopa inflacije, rast proizvodnje, visok nivo zaposlenosti i uravnotežen platni bilans.

²⁵ Precenjen (Prim. Đ.P.)

tako da je tkzv. makroekonomska stabilnost rezultirala u slučaju Srbije dugotrajnim devastiranjem domaće privrede.

Precenjenost domaće valute jedan od osnovnih uzroka permanentnog povećanja ionako visokog spoljnotrgovinskog deficita, koji se od 2008. nažalost ne može više izravnavati prihodima od privatizacije, doznakama i ostalim tipovima priliva nekreditnog novca iz inostranstva²⁶.

Pre svega usled tako formiranog kursa domaća roba nije mogla da bude konkurentna i došlo je do dugoročnog gušenja svakog oblika domaće proizvodnje. Proizvoditi bilo šta u Srbiji postalo je neisplativo, jer su uvozni proizvodi bili pre svega usled precenjenog dinara značajno jeftiniji²⁷. Ovakvom politikom kursa dinara ekonomska politika u Srbiji se odrekla jednog od osnovnih instrumenata za podsticanje i zaštitu domaće proizvodnje- samostalne i interesima nacionalne ekonomije prilagođene monetarne politike²⁸. O tome da ovakav kurs definitivno destimuliše svaki izvoz, naročito na nama najznačajnije tržište Evropske unije nepotrebno je trošiti reči.

U uslovima ovako visoko precenjenog dinara nemoguća je optimalna alokacija resursa. Svaki pokušaj da se realno analizira šta je to što bi eventualno trebalo da nosi neki dohodak postaje praktično nemoguć²⁹. To za rezultat ima da nema interesa za investiranje u zemlji i da kapital beži u inostranstvo, ali o tome nešto kasnije. Blizu sedamdeset milijardi dolara kumulativnog deficita spoljnotrgovinskog bilansa³⁰ u poslednjoj deceniji jedna je od najočiglednijih posledica ovakve politike kursa dinara³¹.

²⁶ O ovome sam opširnije pisao u poglavlju „Deficit spoljnotrgovinskog bilansa- najveći problem za stabilnost privrede Srbije“ u knjizi: „, Procesi u svetskoj privredi i Srbija“, op. cit. str. 153 i dalje.

²⁷ O tome da u razvijenim zemljama EU proizvođači uživaju subvencije, kao i tome koji su katastrofalni ekonomski efekti jednostrane primene Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju na privredu Srbije detaljnije drugom prilikom.

²⁸ Šta se sve dešava kada države sa nižim stepenom produktivnosti nemaju mogućnost da koriste mehanizam zaštite kroz devizni kurs pokazuje poslednjih par godina primer Grčke, Španije i Italije. Usled uvođenja evra one više ne mogu da se brane od uvoza niti da podstiču izvoz politikom kursa kao što su to decenijama uspešno činile u vreme drahme, pezete i lire

²⁹ Dešava se upravo ono što je svojevremeno bio jedan od osnovnih problema privreda socijalističkih zemalja. Odsustvo realnog kursa je davalo iskrivljene slike rentabilnosti i onemogućavalo optimalnu alokaciju resursa. Kako se sve završilo znamo.

³⁰ O deficitu spoljnotrgovinskog bilansa sam pisao i ranije u npr.: Dj. Popov, The Importance of Foreign Capital for Economic Stability of Serbia, *Transition Studies Review*, No. 4, 2010, str. 779.

³¹ Podaci prema publikacijama Narodne banke Srbije.

Pad proizvodnje, zatvaranje velikih preduzeća, ali i poslednjih par godina naročito izražen trend kraha sektora nekada izuzetno uspešnih malih i srednjih preduzeća, usled precenjenog dinara³² za rezultat su imali porast nezaposlenosti³³. Nezaposlenost ne samo da pogađa one koji ostaju bez posla i one koji ga traže nego ugrožava i finansiranje vitalnih funkcija države. Treba podsetiti da zaposleni osim što dobijaju plate, troše i štede uplaćuju i poreze i doprinose iz kojih se finansiraju zdravstvo, obrazovanje, nauka, penzije, i da više ne nabrajamo. Što je manje zaposlenih manji su prihodi države i veća potreba za novim zaduživanjem.

Pored pogrešno odabranog i još lošije sprovedenog modela privatizacije³⁴, politika kursa dinara je jedan od osnovnih razloga što se priliv stranog kapitala u Srbiju od oko 70 milijardi dolara³⁵ u poslednjoj deceniji, koji teško da može biti ponovljen u skoroj budućnosti, gotovo nije ni osetio kada je reč o privrednoj aktivnosti u Srbiji.

Nažalost, najveći deo toga novca je završio u potrošnji države koja nije bila u stanju da na drugi način pokrije budžetske rashode, luksuznoj potrošnji jednog malog dela stanovništva koji se nalazio u privilegovanom statusu, profitima banaka u inostranom vlasništvu³⁶, profitima inostranih investitora u privatizaciju i kamatama na pozajmljeni kapital od međunarodnih finansijskih institucija. Ali veliko udeo u ukupnoj masi ima i kapital koji je različitim manje ili više kriminogenim metodama iznošen iz zemlje od strane državljana Srbije³⁷ koji su iz raznoraznih razlo-

³² Ovo se isto tako moglo očekivati i nije moguće da mnogobrojni ekonomisti koji su učestvovali u kreiranju zakona i ekonomske politike to nisu znali. „Precenjeni devizni kurs rublje, kombinovan sa drugim makroekonomskim politikama utrapljenim od strane MMF-a zdrobio je privredu, i dok su zvanični podaci o stopi nezaposlenosti ostali potcenjeni, postojala je ogromna skrivena nezaposlenost..... Dok su radnici samo pretendovali na to da rade, firme su samo pretendovale na to da plaćaju.“ Džozef Štiglic, *Protivrečnosti globalizacije*, SBM, Beograd, 2002, str. 155.

³³ Srbija je po stopi nezaposlenosti jedan od lidera u regionu bilo da je to 25% kako tvrdi Zavod za statistiku Republike ili 27% kako stoji u izveštaju Svetske banke.

³⁴ O problemima u privatizaciji u Srbiji pisao sam u više navrata, između ostalog još 2004. u: Dj. Popov, *Privatization and Foreign Investments: The Case of Serbia and Montenegro*, *Transition Studies Review*, No. 3, 2004, str. 196–209.

³⁵ Radi se o zbiru donacija, pomoći, kredita od međunarodnih institucija i banaka, investicija u privatizaciju i svakako ne na kraju po značaju, naprotiv, doznaka naših sunarodnika zaposlenih u inostranstvu.

³⁶ O mehanizmu prisvajanja ekstraprofita u Srbiji od strane stranih banaka i njegove ekstrakcije iz nacionalne ekonomije biće u radu još reči.

³⁷ U Srbiji se ustvari nije desilo ništa što se u tako dizajniranom procesu privatizacije nije moglo očekivati. Tako naprimer Štiglic piše: „Privatizacija praćena otvaranjem tržišta kapitala vodila je, ne ka stvaranju bogatstva, nego ka ogoljavanju sredstava preduzeća. Oligarh koji je bio vešt da, koristeći politički uticaj, pribavi imovinu vrednu milijarde do-

ga bili favorizovani³⁸ u procesu privatizacije koji je bez sumnje bio od 2002. pogrešan i netransparentan³⁹.

Iz delova prethodnog pasusa može se zaključiti koje bi to mogle biti moćne interesne grupe kojima odgovara ovakva koncepcija Zakona o deviznom poslovanju i način formiranja deviznog kursa koji se u Srbiji implementira ponavljamo, nažalost, već čitavu deceniju.

Jednu od ključnih uloga u tome svakako imaju banke u stranom vlasništvu koje u svakom pogledu dominiraju finansijskim tržištem Srbije. Uslovi za to su stvoreni posle nerazumne i iz stručnog ugla posmatrano neobjašnjive odluke⁴⁰ u likvidaciji najvećih domaćih banaka.⁴¹ Svakome ko je pratio dešavanja u Rusiji i drugim postkomunističkim zemljama trebalo je da bude jasno šta će se desiti ako se sektor bankarstva u potpunosti prepusti stranim bankama⁴².

Treba u vezi sa ovim podsetiti da je prva banka u inostranom vlasništvu koja je dobila dozvolu za rad u Srbiji formirana sa osnivačkim kapitalom od samo 5 miliona evra. Ona je vrlo brzo prikupila štedne uloge stanovništva od više od 500 miliona evra. Da se ta banka nije bavila nikakvim drugim operacijama osim ove, a jeste, mali pokušaj izračunavanja profita od razlike između aktivne i pasivne kamatne stope od npr. 4% i 8% dao bi fantastičnu stopu profita, odnosno njegovu masu koja bi se na godišnjem nivou približavala ukupnom uloženom kapitalu. Ali prava šansa za ekstraprofit banaka u inostranom vlasništvu stvorena je uvođenjem „devizne klauzule“. Zahvaljujući ovoj klauzuli valutni rizik je, kao što je već istaknuto prebačen isključivo na primaoce zajmova bilo da se oni na-

lara, plativši to sitninom svakako je bi želeo da svoj novac iznese van zemlje. Držanje novca u Rusiji značilo bi investiranje u zemlju koja je u dubokoj depresiji i predstavljalo bi rizik...“. Štiglic, op. cit., str. 153.

³⁸ Da li je npr. tri šećerane za po jedan evro mogao da kupi svaki građanin Srbije koji je imao tri evra, ili pak samo onaj koji se u datom momentu našao na funkciji, „direktora“ jedne od vladajućih stranaka?

³⁹ To je na prećutan način konačno priznala i Agencija za privatizaciju poništavajući dosada više od četvrtine sklopljenih ugovora o privatizaciji.

⁴⁰ Vladajuće strukture u tom momentu nisu bile voljne da prihvate upozorenja ozbiljnih ekonomista, i desilo se šta se desilo sa, za obrazovane i prema profesiji odgovorne ekonomiste, očekivanim posledicama. Predsednik države je tada bio Vojislav Koštunica, a predsednik Vlade Srbije Zoran Đinđić. Treba podsetiti da je tadašnji ministar finansija ugledni profesor Jovan Ranković zbog neslaganja sa načinom reforme bankarskog sistema podneo ostavku.

⁴¹ Oni koji su takvu odluku doneli nisu bili nestručni, i verovatno znaju zašto su to učinili.

⁴² O tome je opširno pisao Štiglic u svojoj knjizi, *Protivurečnosti globalizacije*, SBMX, Beograd, 2002.

laze u sektoru stanovništva ili se pak radi o privrednim subjektima ili državnim institucijama⁴³.

Operacija izvlačenja enormnih profita iz Srbije od strane banaka u stranom vlasništvu uz istovremeno uništavanje razvojne perspektive države je zahvaljujući postojanju devizne klauzule i neverovatno upornom insistiranju Narodne banke Srbije⁴⁴ na odbrani precenjenog kursa dinara bila relativno jednostavna. Banke u stranom vlasništvu najpre kupuju dinare za evre, a zatim te dinare plasiraju u obveznice Narodne banke Srbije ili trezorske zapise po kamatnoj stopi koja u dinarima iznosi između 17 i 20%, da bi nakon toga dinare vratile u evre kupujući ih po apreciranom kursu dinara⁴⁵, ostvarivši zaradu i ne rizikujući pritom ništa. Na kraju čitave operacije devize koje velikim delom, kao što je u redu već istaknuto potiču od kredita koje Srbija uzima u inostranstvu od MMF-a, stranih država i poslovnih banaka, se iznose iz zemlje u matične zemlje tih banaka⁴⁶ između ostalog i zato što se i matične zemlje i centrale tih banaka poslednjih godina u uslovima svetske ekonomske krize nalaze u teškoćama⁴⁷.

U Srbiji preko banaka u stranom vlasništvu u velikoj meri operiše kapital koji ne služi privredi i koji je imobilisan u hartije od vrednosti Narodne banke Srbije. Ovakva politika Narodne banke praćena postojanjem devizne klauzule iscrpljuje Narodnu banku Srbije. Špekulativni kapital je stalna pretnja finansijskom sistemu Srbije. Kada se nalazi u zemlji on jača inflatorni pritisak, a kada napušta zemlju on podiže tražnju za devizama i stvara nestabilnost na deviznom tržištu.

⁴³ Posebno je pitanje je da li ovakvi ugovori mogu da budu pravno validni. Domaći pravnici dosada nisu pokušali da pruže odgovor na ovo pitanje. Ali zaista može li ugovor biti pravno perfektan ako strane ugovornice nisu ravnopravne, odnosno ako samo jedna snosi rizik? Jedan od osnovnih postulata tržišne privrede je ravnopravnosti svih učesnika u tržišnoj utakmici. Čini se da ovde to baš i nije slučaj.

⁴⁴ Bez obzira da li se Guverner zvao Mladen Dinkić, Kori Udovički, Radovan Jelašić, Dejan Šoškić ili pak Jorgovanka Tabaković politika kursa je stalno bila ista.

⁴⁵ Jedna takva operacija se upravo odigrala u danima u kojima je ovaj rad nastao. Naime, krajem septembra i u oktobru 2012. Srbija je emitovala obveznice u vrednosti od milijardu dolara sa kamatnom stopom od skoro 7% u devizama, što je za posledicu imalo da je vrednost evra prema dinaru oborena sa 117 na 111 dinara. Slična operacija je obavljena početkom 2011. i kurs je tada vraćen sa 110 na 100 dinara za jedan evro. Na ovaj način u zemlju se privlači spekulativni kapital koji umesto u proizvodnju ide u trgovinu državnim hartijama.

⁴⁶ Prema podacima Narodne banke Srbije u 2012. su dosada na takav način banke u stranom vlasništvu iznele preko 2 milijarde dolara.

⁴⁷ Tako Srbija služi kao neka vrsta protočnog bojlera, gde se devize uzete na zajam koji treba da vrate građani Srbije zahvaljujući kursu jeftino kupuju za dinare i onda iznose u inostranstvo.

Važna interesna grupa kojoj odgovara politika precenjenog kursa su domaći vlasnici krupnog kapitala koji najčešće imaju monopol na domaćem tržištu i uvoznički lobi. Zahvaljujući precenjenom dinaru u Srbiji se jeftino kupuju devize, naime ne sme se zaboraviti da su u slučaju zemalja koje imaju nekonvertibilne valute devize roba i to retka roba. Jeftino kupljene devize koriste se za uvoz inostrane robe koja se onda sa ekstraprofitima prodaje na domaćem tržištu na kome je, kao što je već istaknuto, uništena domaća konkurencija.⁴⁸ Tako dobijeni dinari koriste se opet za jeftinu kupovinu deviza i tako ukруг uz istovremeno uništavanje domaće proizvodnje i radnih mesta. Ovakvim sledom stvari uvoz raste izvoz se destimuliše spoljnotrgovinski deficit je sve veći, a država da bi obezbedila potrebne devize uzima sve nove i nove kredite.

Na drugoj strani vlasnici kapitala devize kupljene u zemlji iznose u inostranstvo⁴⁹ putem različitih operacija npr. transfernih cena gde se uvoz fakturiše po cenama koje daleko prevazilaze tržišne, a razlika završava na privatnim ili računima fiktivnih kompanija na ofšor lokacijama⁵⁰. Kada se govori o ofšor poslovanju izuzetno je bitno naglasiti da je najveći broj vlasnika krupnog kapitala iz Srbije svoje kompanije registrovao na ofšor lokacijama, od Kipra i egzotičnih ostrva, pa do države Delaver u SAD i londonskog Sitija⁵¹. Tako, da i kada dođe do neke značajnije transakcije Srbija od toga nema skoro nikakve koristi, jer se sve knjiži na tim ofšor lokacijama, što je mora se priznati, za sada, legalno.

Međutim, postavlja se pitanje da li je i legitimno koristiti sve moguće povlastice koje većini drugih poslovnih ljudi nisu dostupne od bespovratnih sredstava Fonda za razvoj, sredstava Nacionalnog investicionog plana, raznih subvencionisanih kredita, kupovine deviza i obveznica na deviznom tržištu, da se ne vraćamo u bližu prošlost kada su iste osobe bile privilegovani učesnici procesa privatizacije, sve to predstavljajući se

⁴⁸ Industrijska proizvodnja je i dalje ispod nivoa od 40% one iz 1989.

⁴⁹ I ovde se nije desilo ništa novo i neočekivano što u ekonomskoj literaturi nije već opisano. „Ako je za te ljude (obične- Prim. Đ.P.) i za zemlju u celini precenjeni valutni kurs rublje bio katastrofa, za novu klasu biznismena taj precenjeni kurs rublje je bio blagodat. Njima je trebalo manje rubalja da kupe svoj mercedes, svoj neseler sa Šanelom, ili uvozu italijansku hranu za sladošusce. Za oligarhe koji su pokušavali da iznesu novac iz zemlje, takođe precenjeni kurs rublje je bio blagodat- to je značilo da su oni mogli dobiti više dolara za svoje rublje, dok su svoje profite nagomilavali na stranim bankovnim računima“. Štiglic, op. cit.

⁵⁰ O ofšor poslovanju opširnije sam pisao u radu: Popov, Đ., Neke karakteristike ofšor poslovanja, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 1/2011, str. 39- 58.

⁵¹ Kada je prodana jedna od najvećih banaka italijanskoj grupaciji Inteza, kapital je završio na Kipru. Tako da je pravno gledano jedina veza sa Srbijom bila verovatnoća da vlasnik firme sa Kipra, pored ostalih, ima i državljanstvo Srbije.

kao „domaći privrednik“, uz istovremeno usled moći i uticaja vrlo efikasno isključivanje konkurencije na svim područjima. Na kraju iste osobe porez kada se neke transakcije obave plaćaju u poreskim rajevima. Stvar je države⁵² i medija da se široj javnosti konačno pojasni ko se može predstavljati kao „domaći“ privrednik, pa prema tome zahtevati i odgovarajući treman.

Pritisak na održavanje kursa precenjenog kursa dinara vrši i MMF i tu se ne treba čuditi. Jednostavno MMF nastoji da i na ovaj način osigura da će krediti koje on daje Srbiji u okviru stend baj aranžmana biti i vraćeni. Isto tako ne sme se zaboraviti da najveći uticaj na odluke u MMF imaju najrazvijenije zemlje sveta, koje su i same kao i njihove banke kreditori Srbije. Međutim, upravo u slučaju kredita koje daje MMF vidi se za šta se oni u najvećoj meri troše. Umesto u razvoj ili infrastrukturne projekte krediti se troše na održavanje kursa⁵³.

I na kraju treba istaći da veliki pritisak na održavanje ovakvog kursa vrše i određene kategorije stanovništva koje su se i pored toga što im je bilo unapred poznato da su krediti nominovani u stranim valutama⁵⁴ zaduživali kod banaka koje posluju u Srbiji. Građani, naročito urbano mlado stanovništvo poneseno je pričama ovoga puta ne u „putu u komunizam gde će svi imati prema potrebama“ nego o brzom ulasku u Evropsku Uniju što je u percepciji te kategorije izjednačavano sa definitivnim rešenjem materijalnih i svih drugih problema⁵⁵. Međutim, umesto rasta plata došlo je posle 2008. do njihovog smanjivanja računato u konvertibilnim valutama što je uz masovno gubljenje zaposlenja dovelo veliki broj onih koji su takve kredite uzeli u situaciju da ne mogu da ih vraćaju.

Pošto se radi o velikom broju ljudi koji, pošto žive pre svega u gradovima i aktivno su prisutni na javnoj sceni, vrše permanentan pritisak na nosioce vlasti da im se obaveze po kreditima, ako ne smanje ono bar ne povećavaju. Političari jednostavno moraju da vode računa o zahtevima takvih interesnih grupa i to je isto tako verovatno jedan od bitnih razloga zašto nosioci vlasti i pored svih elemenata koji govore o tome da je kurs

⁵² Pretpostavka za to je da oni koji vode državu usled svojih, mogućih, ličnih interesa ne nastave da ove činjenice prikrivaju od javnosti.

⁵³ U jednom momentu 2011. to je bilo potpuno očigledno. Naime, MMF se složio da Narodna banka Srbije može za podršku kursu utrošiti 1,1 milijardu dolara što je bilo jednako kreditu koji je MMF u okviru stend baj aranžmana odobrio Srbiji.

⁵⁴ Radovan Jelašić je u vreme svog mandata uporno više puta upozoravao građane da vode računa kada se zadužuju uz korišćenje devizne klauzule, naročito kada se radi o kreditima nominovanim u švajcarskim francima.

⁵⁵ Nažalost i na ovome primeru se vidi kako je 50 godina jednopartijskog sistema praćeno sa skoro dve decenije sankcija pre svega kroz ograničavanje putovanja uticalo da čak i urbano stanovništvo vrlo malo poznaje stvarni život u razvijenom svetu.

dinara značajno apreciran i da to ima katastrofalne posledice na privredni razvoj i uopšte ekonomsku budućnost Srbije istrajavaju na ovakvoj politici kursa.

Potpuno je irelevantno koja grupacija se nalazi u poziciji da formira vladu. Svaka od njih mora da vodi računa o tome da ne izazove suviše veliko nezadovoljstvo ovog dela populacije. Nažalost ceh politike kursa izazvane velikim delom i deviznom klauzulom plaćaju kroz obaveze za uzete međunarodne kredite svi građani Srbije, pa i oni koji nikada u životu nisu uzeli nikakav kredit.

Na kraju krajeva kao što se iz napred iznetog vidi korist imaju u suštini jedino banke u stranom vlasništvu kojima se na ovaj način s jedne strane osigurava da će im krediti biti vraćeni sa uračunatim ekstraprofitom, a s druge strane da će za dinare i dalje u Srbiji moći da jeftino kupuju devize i iznose ih u inostranstvo. Banke su upravo računajući na *bailout*⁵⁶, koji je Vlada Srbije obezbeđivala emitovanjem obveznica, zaduživanjem kod MMF-a, banaka i stranih država prilično olako davale kredite i kada je reč o privrednim subjektima, ali i građanima ne vršeći rigoroznu kontrolu njihove kreditne sposobnosti. Tako je iznos kredita koji ne mogu da se vrate dostigao za ekonomiju Srbije poražavajuće razmere od 19,9% ukupno datih kredita⁵⁷.

Tako da se i u Srbiji dešava istina u nešto blažoj formi ono što je bilo karakteristično za banke SAD, koje je *bailout-om* spasla Vlada SAD, naime veliki procenat odobrenih kredita očitó spada u kategoriju *sub prime*⁵⁸ kredita. Tako imamo paradoksalnu situaciju da Srbija zadužujući svoje buduće generacije osigurava profite stranih banaka i pomaže razvijenim zemljama u rešavanju njihovog osnovnog problema nestašice kapitala.

IV

Iz dosadašnjeg izlaganja je očito da je jedan od glavnih uzroka koji ometaju Srbiju da najzad krene putem privrednog razvoja decenijska politika precenjenog deviznog kursa nezavisno od toga da li se radi o onom delu koji potiče iz namere kreatora ekonomske politike ili iznuđenom

⁵⁶ To su fondovi koje vlade, najčešće uz pomoć MMF, formiraju da bi se obezbedilo vraćanje kredita.

⁵⁷ Izjava Guvernerke Narodne banke Srbije Jorgovanke Tabaković 2. novembra 2012.

⁵⁸ Ovaj pojam je nastao u SAD i definiše kredite koji su davani licima ili firmama koja nisu ispunjavali uobičajene kreditne uslove. Odnosno za takve kredite je već u startu postojala velika verovatnoća da nikada neće biti vraćeni.

usled toga što je Zakonom o deviznom poslovanju dozvoljeno unošenje devizne klauzule u ugovore u kreditiranju.

Nužno je što pre izvršiti izmene članovima 25 i 34 Zakona o deviznom poslovanje tako da se ukine mogućnost uvođenja devizne klauzule u buduće ugovore o kreditiranju, ali i onaj deo člana 34. koji predviđa mogućnost ugovaranja u devizama, s tim da se plaćanje vrši u dinarima⁵⁹. To bi bar za ubuduće za posledicu imalo da se valutni rizik ravnomerno rasporedi između banaka u stranom vlasništvu i korisnika kredita bilo da se radi o pravnim ili fizičkim licima.

Time bi automatski otpao bar deo pritiska na Narodnu banku Srbije da devizne rezerve ili, kao što se iz prethodnog teksta vidi, a što je još gore uzete kredite koristi za održavanje precenjenog kursa dinara. Uvoz bi poskupeo i bio barem delimično destimulisan, a domaća proizvodnja bi dobila podsticaj za razvoj, jer bi joj makar na domaćem tržištu bila povećana konkurentska sposobnost, a time i tražnja za domaćim proizvodima.

Mogućnost da se dobije više dinara za izvezenu robu u devizama takođe bi podsticajno delovala i na izvoz što bi usled porasta izvoza s jedne strane i smanjivanja uvoza s druge strane vodilo smanjivanju deficita u spoljnotrgovinskom bilansu.

Kada je reč o bankama u stranom vlasništvu pošto bi Srbija prestala da bude lokacija za jeftinu nabavku deviza one bi smanjile tražnju za devizama radi iznošenja u inostranstvo. Smanjivanje tražnje za devizama radi ovog razloga, ali i usled poboljšanja stanja u spoljnotrgovinskom bilansu za posledicu bi imalo da pad dinara ne bio imao onako dramatične razmere kako se to možde slika u nekim katastrofičnim scenarijima u čijoj izradi učestvuju oni, koji su verovatno barem delimično finansirani od strane klijenata kojima dosadašnje stanje sa postojanjem devizne klauzule i ovakvom politikom kursa dinara izuzetno odgovara.

Na drugoj strani da bi se izbegao nagli pad dinara neposredno posle eventualne izmene Zakona o deviznom poslovanju koja bi za rezultat imala ukidanje devizne klauzule Narodna banka Srbije bi izvesno vreme svakako morala da interveniše da bi se predupredio suviše nagli pad dinara u odnosu na konvertibilne valute. Međutim, ukidanje devizne klauzule bi kao što je već istaknuto za posledicu imalo smanjenje pritiska na Narodnu banku da interveniše radi održavanja veštačkog kursa dinara pa bi se samim tim smanjili i iznosi deviza potrebnih za ove intervencije.

⁵⁹ „Dozvoljeno je ugovaranje u devizama u Republici s tim što se plaćanje i naplaćivanje po tim ugovorima vrši u dinarima“.

Ravnomerna raspodela deviznog rizika između banaka i njihovih klijenata svakako bi podstakla tražnju, a time i obim kreditiranja što bi s jedne strane značilo više posla pa time i više profita za banke, a s druge strane privredna aktivnost bi značajno oživela. Naravno, u ovim okolnostima banke bi ako žele da zaštite svoj port folio morale mnogo ozbiljnije da se pozabave time kome i pod kojim uslovima odobravaju kredite.

V

Ostaje svakako pitanje šta uraditi sa kreditima koji su već iskorišćeni i u skladu sa važećim Zakonom o deviznom poslovanju nominovani u devizama. Za to postoje najmanje dva moguća rešenja. Jedno je ono kojem je pribegao Island. U našoj javnosti je relativno malo poznato, pošto se radi o maloj zemlji usto i geografski udaljenoj, da je Island bio jedna od zemalja koju je izbijanje svetske finansijske krize 2008. najviše pogodilo⁶⁰.

Kada se Island našao u gotovo bezizlaznoj ekonomskoj situaciji usled nemogućnosti vraćanja dugova indeksiranih u stranim valutama Vrhovni sud Islanda je našao dovoljno pravnih argumenata, ali i imao potrebnu dozu moralne i profesionalne hrabrosti, da proglasi kredite indeksirane u stranim valutama za nezakonite.⁶¹ Prema ovoj Odluci dužnici su u obavezi da glavnicu vrate u islandskoj nacionalnoj valuti- krunama. Važno je napomenuti da je Centralna banka Islanda paralelno sa ovom odlukom uvela kontrolu kapitalnih transakcija da bi zaustavila pad krune. Takođe za razliku od ranije situacije u kojoj su finansijskim tržištem apsolutno dominirale banke u stranom vlasništvu Vlada Islanda je osnovala nove banke u državnom vlasništvu.

Uprkos nekim sumornim prognozama⁶² ova Odluka zajedno sa drugim preduzetim merama pre svega insistiraju na povratku Islanda iz virtuelne na realnu ekonomiju dovele su do brzog oporavka privrede Islanda. Tako je prema podacima OECD-a privreda Islanda posle pada od

⁶⁰ U periodu 2000.- 2008. Vlada i privrednici Islanda su pod utiskom, kako se činilo neograničenih, mogućnosti koje pružaju finansijske transakcije izvršili značajno preusmeranje privredne aktivnosti sa, pre svega, tradicionalnog ribarstva na finansijske usluge. Glavni nosioci takve orijentacije bile su banke u stranom vlasništvu koje su potpuno ovladale finansijama Islanda. Devizna klauzula je takođe bila deo najvećeg dela ugovora o kreditima na Islandu. Zato kolaps finansijskog sektora, pa time i privrede Islanda nije bio iznenađenje za one profesionalne ekonomiste koji nisu bili fascinirani neoliberalnom dogmom.

⁶¹ Odluka Vrhovnog suda Islanda iz juna 2010.

⁶² Tako je poznata agencija Mudi's tog momenta prognozirala katastrofalne posledice za kreditni rejting Islanda.

6,7% na godišnjem nivou 2009, 2011. zabeležila rast od 2,9%, a za 2012. očekuje se rast od 2,4%⁶³ što je značajno više od npr. zone evra gde se očekuje rast od svega 0,2%.⁶⁴ Takođe je bitno istaći da je jedna od četiri najvažnije agencije za ocenu rejtinga Fič predvidela za Island stabilan privredni rast u budućnosti konstatujući da se „neortodoksni pristup rešavanju krize na Islandu pokazao uspešnim“⁶⁵.

Znači teorijski posmatrano ovo je jedno od mogućih rešenja koje se i u praksi pokazalo vrlo delotvornim. Međutim imajući u vidu kako međunarodnu tako i unutrašnju situaciju u kojoj se nalazi Srbija, nije realno očekivati da bi se ovakav model mogao primeniti i u Srbiji.

Ali neke mere bi se verovatno ipak mogle preduzeti i u Srbiji kako bi se s jedne strane olakšala situacija dužnika u kreditima indeksiranim u stranim valutama i s druge strane i bankama povećala izvesnost naplate kredita.

Već je istaknuto da je izrazito veliki procenat kredita indeksiranih u stranim valutama nenaplativ. Za očekivati je da će taj procenat u budućnosti biti sve veći i veći. Zajedničkim merama Narodne banke i banaka u stranom vlasništvu trebalo bi pokušati da se izmenama postojećih ugovora uz obostranu saglasnost banaka i klijenata omogući da se barem deo glavnice obračunava u dinarima. To bi uz paralelno uvođenje kontrole kapitalnih transakcija⁶⁶ omogućilo bankama da naplate barem deo potraživanja koje bi inače morale da otpišu.

Razlog za to je da bi ove mere klijentima značajno olakšale otplatu duga usled mogućnosti obračuna barem dela u dinarima, a s druge strane kontrola kapitalnih transakcija bi uz druge mere, o kojima je ovde već bilo reči vezano za ukidanje devizne klauzule, oslabila pritisak na rast kursa deviza. Na ovaj način bi upravo ravnomernijom raspodelom rizika dugoročnu korist imale i banke i njihovi dužnici.

⁶³ Vredi napomenuti da su cene nekretnina koje su doživele kolaps 2008, sada svega 3% ispod onih pre izbijanja krize 2008. A referentna kamatna stopa je opala sa 13% na svega 4,75%.

⁶⁴ OECD- Pariz

⁶⁵ Vidi: www.haaretz.com

⁶⁶ To je u izuzetnim slučajevima dozvoljena mera i prema stend baj aranžmanu sa Međunarodnim monetarnim fondom.

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

The Impact of Currency Clause and Exchange Rate on Serbian Economy

Abstract:

In nineties Serbia survived the disintegration of the former Yugoslavia, intense UN sanctions, and 1999 78 days of bombing by NATO. This has resulted in a drop in production and hyperinflation. The confidence in the national currency the dinar has been lost. In order to do business in Serbia returned to normal framework the Law on Foreign Exchange imposed the possibility of nomination the loans in foreign currencies. This prompted the business, but it meant a de facto legalization of dual currency system. The logical consequence was the high degree of dollarization. It is important to mention that the dual currency system limited the possibilities of monetary policy of the National Bank of Serbia. Dollarization after the first positive results showed their expected bad sides. Appreciation of the dinar was one of the consequences. The trade deficit and foreign debt grew. Due to the appreciation production rate remained at 40% of its 1989 level, and unemployment has risen to 27%. The benefit of the appreciation had only importers and foreign-owned banks. They take out the capital abroad. Therefore, it is necessary to make changes to the Foreign Exchange Law and abolish foreign currency clause at least for a new loans.

Key words: foreign currency, exchange rate, Foreign Exchange Law, appreciation of the dinar, credit risk, dollarization, the Washington Consensus, stable exchange rate, real exchange rate, foreign debt, International Monetary Fund, macroeconomic stability, monetary policy, National Bank of Serbia, bank's in foreign ownership, speculative capital, offshore locations, *bailout*, Supreme Court of Iceland, *sub-prime* loans.

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

PRAVNI REŽIM POVRŠINSKIH I PODZEMNIH VODA *

Sažetak: *U radu se analiziraju zakonski propisi pozitivnog i uporednog prava vezano za kvalitativni pravni režim površinskih i podzemnih voda. Ukazuje se na to, da zbog prirodne veze između površinskih i podzemnih voda, postoji potreba za integralnim pristupom u upravljanju kvalitativnim stanjem i jednih i drugih. Osnovni pravni instrument upravljanja kvalitativnim stanjem jeste vodna dozvola i saglasnost za posebnu (privrednu) upotrebu, koje su zasnovane na evidenciji stanja voda, kao i na kontroli sprovođenja uslova iz izdatih dozvola. U pogledu novih korisnika posebne upotrebe voda ukazuje se na evropske zajedničke i nacionalne propise o prethodnoj ekološkoj analizi i dozvoli, čiji je cilj procena uticaja novih planiranih objekata na stanje voda, kao i da se tim putem proveriti da li je za novi planirani objekat predviđen način otklanjanja štetnih ekoloških uticaja.*

Ključne reči: *Klasifikacija voda, nadzemne i podzemne vode, opšta i posebna upotreba voda, evidencija kvalitativnog stanja voda, merenje kvalitativnog stanja kao deo delatnosti javnih (vodoprivrednih) preduzeća.*

* Članak je nastao kao rezultat rada na naučnoistraživačkom projektu Fakulteta tehničkih nauka Univerziteta u Novom Sadu br. III 43008, pod nazivom Razvoj metoda, senzora i sistema za praćenje kvaliteta vode, vazduha i zemljišta – koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke RS.

I Podela voda

Podela voda je u građansko pravnoj nauci, prema *prirodnim osobinama*, izvršena na *tekuće i stajće, površinske i podzemne*, sa odgovarajućom pravnom relevancijom.¹

Prema *funkciji (nameni)* vode se dele na *industrijske*, vode za *piće* i napajanje, kao i za *navodnjavanje*, odnosno *odvodnjavanje*. Kvalitet voda se razlikuje obzirom na ove namene, saglasno propisanim limitima i standardima potrebne čistoće.

Prema *nastanku korita toka*, vode su podeljene na *prirodne* i *veštačke* (kanalske) vodotoke. Prirodni tok je ljudskom vodoprivrednom odn. regulativnom delatnošću neuplivisan tok. Veštački *vodni objekti* služe radi zaštite od (visokih) voda, radi uticaja na smer i obim kretanja voda, radi odbrane od uticaja leda, kao što su brane, odn. nasipi.

Prema *pravno-svojinskom* kriterijumu, vode se dele na *javne*² i *privatne*. Vode su, obzirom na njihov egzistencijalni značaj, u javnoj svojini, u pravnom režimu javnih dobara. To znači da su u principu van pravnog prometa, osim u slučaju odvajanja u svrhu egzistencijalne (opšte) upotrebe, kao i u slučaju koncesionirane privredne upotrebe. Privatna prava, npr. pravo privrednog korišćenja mogu se steći pod uslovom izdavanja dozvole ili saglasnosti nadležnog državnog organa, kao i koncesionog ugovora. Ali ta upotreba je ograničena ne samo koncesionim uslovima oko načina i mera korišćenja, već i zakonskim pravilima, posebno pravilima o tome da korišćenje ne sme da menja tok i pravac vodotoka, da treba da poštuje opštu ili posebnu upotrebu pribre-

¹ Prema odredbama tač. 8. stava 1. člana 3. *Zakona o rudarstvu RS* (Sl. glasnik RS, br. 44/1995, 101/2005, 85/2005, 34/2006 i 104/2009) pod *mineralnim sirovinama* u smislu ovog zakona smatraju se *podzemne vode* iz kojih se dobijaju korisne mineralne sirovine i *geotermalna energija*, kao i *podzemne vode vezane za rudarsku tehnologiju i gasovi* koji se sa njima javljaju. Prema tač. 7. istog stava i člana, mineralnim sirovinama se smatraju sve vrste soli i *sonih voda*. Zakonski kriteriji za podelu voda prema nameni (voda za piće, voda za sanitarno-higijenske potrebe, voda za kupanje i dr.), sadržani su u tač. 2-8. st.1 Zakona o vodama RS (Sl. glasnik RS, br. 30/2010).

² Po st. 1. i 2. čl. 4. važećeg Zakona o vodama (Sl. glasnik RS br. 30/2010) vodna dobra u smislu ovog zakona jesu vode i vodno zemljište koje se koriste na način i pod uslovima utvrđenim ovim zakonom. Po st. 1. čl. ovog zakona vode su *dobro od opšteg interesa* i u državnoj su svojini. Prema st. 2. istog člana vode i vodno zemljište *u javnoj svojini* su javno vodno dobro. Po st. 3. javno vodno dobro je *neotuđivo*. Po st. 4. javno vodno dobro se koristi na način kojim se *ne utiče štetno na vode i priobalni ekosistem i ne ograničavaju prava drugih*. Po st. 5. na javnom vodnom dobru može se, pod uslovima utvrđenim ovim zakonom i posebnim zakonom, steći *pravo korišćenja*.

žnog vlasnika niže ležeće nepokretnosti, i da poštuje pravilo da u uslovima restrikcije voda, opšta upotreba voda poslednja trpi ograničenja. Dozvola kao osnova za privrednu upotrebu može urediti način privredne konzumencije kao i obim, što podleže administrativnoj kontroli. Na zahvaćenju vodi u granicama opšte upotrebe (npr. vode za piće), odvajanjem od vodene mase se stiče svojinsko pravo na zahvaćenom delu vode. U slučaju koncesionirane (privredne) upotrebe minerala i mineralnih sirovina, iz vodene mase ili korita, pod uslovom poštovanja koncesioniranog obima, stiče se pravo svojine koncesionara na odvojenom (izdvojenom) delu tih materijala iz vodnog dobra. To isto vredi za odvojene delove atmosferskih padavina. Javne česme su javno dobro, ali bunari izgrađeni na privatnom zemljišnom posedu, treba da su u svojini vlasnika zemljišta. Na takvim vodnim recipijentima se može ugovoriti personalna službenost u korist suseda ili drugih eventualnih korisnika. Sporno je, da li u slučaju oskudice u vodi na datom vodnom području, može da se uz delimičnu eksproprijaciju, u skladu sa propisima o eksproprijaciji, uz dužnu naknadu u korist vlasnika privatne vode, ustanoviti privremena ili trajna službenost u korist vlasnika pribrežnih zemljišta. Čini nam se, da na privatne vode treba primeniti pravila o opštem kvalitativnom režimu voda, budući da bunarima zahvaćene vode mogu biti sastavni deo podzemnih voda.

Upotreba (korišćenje) voda. *Opšta upotreba* voda (Gemeingebrauch) je upotreba za egzistencijalne (voda za piće, napajanje stoke, osnovno navodnjavanje pribrežnog poljoprivrednog zemljišta) i saobraćajne svrhe (plovidba).³ Opšta upotreba se ostvaruje neposredno na osnovu zakona, bez posredovanja administrativne dozvole i bez naknade. Privredno iskorišćavanje voda i vodnih snaga ostvaruje se kao *posebna upotreba*⁴, uz dozvolu odnosno saglasnost nadležnog državnog organa, uz zaključivanje ugovora o koncesiji, te odgovarajuću naknadu koja pripada vlasniku javnog dobra. U uporednom vodnom pravu, npr. u nemačkom, na istom vodotoku mogu biti funkcionalno podeljena vlasnička i upravljačka prava i dužnosti. Tako npr. federacija vrši vlasnička prava i upravljanje vodama u pogledu plovne i splavne funkcije kod međunarodnih vodotoka i vodnih recipijenata. Pokrajina vrši vlasnička prava i upravljačke dužnosti u domenu pojedinih vodoprivrednih objekata, u funkciji zaštite od poplava, npr. brana. Opština pak obavlja vlasničke dužnosti i upravljanje turističkom funkcijom vodotoka (turističku uređenje obala, i sl.). Ugovoru o koncesiji prethodi izdavanje dozvole

³ V. čl. 67. važećeg zakona o vodama RS.

⁴ V. čl. 68. važećeg Zakona o vodama RS.

nadležnog organa, kome je zakon poverio upravljanje vodama. Ugovor se zaključuje između istog organa i korisnika (koncesionar, privrednik). Dozvolom se utvrđuje obim i način privrednog iskorišćavanja. Predmet ugovora čini uređenje trajanja i naknade. Ako je dozvola ukinuta zbog nenamenskog korišćenja ili korišćenja preko dopuštenog limita⁵, prestaje i ugovor koji je na njemu zasnovan.

Pod pravnim režimom privredne (posebne) upotrebe nalazi se i *navodnjavanje*, odn. *odvodnjavanje*, kao i *melioracija* (poljoprivrednog) zemljišta.⁶ Navodnjavanje pribrežnog poljoprivrednog zemljišta, bez upotrebe naročitih naprava, ne spada u privrednu (posebnu) upotrebu, već u egzistencijalnu (opštu), tako da ne podleže vodnoj dozvoli niti saglasnosti. Mere odvodnjavanja se vrše u slučaju viška nadzemnih i visokih podzemnih voda na poljoprivrednom zemljištu. A melioracione mere se vrše u cilju popravljivanja fizičkih, hemijskih i bioloških osobina poljoprivrednog zemljišta. One su u funkciji poboljšanja plodnosti zemljišta, te kao delatnosti spadaju u privrednu upotrebu. Korisnik plaća vodnu naknadu u korist javnog preduzeća koje te mere preduzima.

Isto tako, *korišćenje vodnih snaga* u svrhu proizvodnje električne energije, je u režimu privredne (posebne) upotrebe.⁷

Ostale podele. Prema *plovnosti*, vode se dele na plovne, splavne i na neplovne. Ova podela je od značaja za vodni saobraćaj. U principu, saobraćajno korišćenje voda je u režimu opšte upotrebe, de po sebi ne podleže vodnoj dozvoli. Ograničenja te vrste upotrebe su uspostavljena pravilima o rečnom saobraćaju.

*Veštački objekti*⁸ privrednog iskorišćavanja voda su hidroelektrane, crpne stanice za korišćenje voda za piće, i dr. *Prirodni objekti* privrednog

⁵ V. tač. 5. st. 1. čl. 126. važećeg Zakona o vodama RS.

⁶ Po odredbama tač. 7. i 8. st. 1. *Zakona o poljoprivrednom zemljištu* (Sl. glasnik RS, br. 62/2006, 65/2008 i 41/2009) *navodnjavanje* jeste izgradnja, korišćenje i održavanje objekata i uređaja kojima se blagovremeno i kontinuirano dovodi voda na poljoprivredno zemljište u cilju dobijanja visokih i stabilnih prinosa poljoprivrednih kultura. Pod *odvodnjavanjem* se u smislu ovog zakona smatra izgradnja, korišćenje i održavanje objekata i uređaja kojima se vrši odvođenje suvišnih površinskih i podzemnih voda sa poljoprivrednog zemljišta i redovna primena određenih mera koje omogućavaju neprekidno efikasan rad svih objekata i uređaja u odvođenju suvišnih voda. Po tač. 7. istog stava i člana, *melioracije* obuhvataju mere koje se sprovode sa ciljem popravljivanja fizičkih, hemijskih i bioloških osobina zemljišta, kao i stvaranje i *održavanje vodno-vazdušnog režima zemljišta*, radi obezbeđenja povoljnih uslova za rast i razvoj gajenih biljaka i postizanje stabilnih prinosa.

⁷ V. čl. 84-88. važećeg Zakona o vodama RS.

⁸ V. čl. 13-23. važećeg Zakona o vodama (vodni objekti). Po čl. 14. važećeg Zakona o vodama, vodni objekti se dele na vodne objekte za uređenje vodotoka, zaštitu od poplava,

iskorišćavanja su korito vodotoka (npr. iskorišćavanje peska, šljunka, mineralnih sirovina), kao i vodna masa.

Vode se nadalje, po toplotnom dejstvu, odn. po *zdravstvenoj* i *turističkoj* funkciji, dele na *termalne* i *banjske* vode. Prema alokaciji, vode se dele i na površinske i podzemne kao i na *atmosferske* padavine.

Podela voda na *površinske* i *podzemne*, odnosno *atmosferske* (padavine) je relativna, budući da su one u prirodi u kružnom toku, sa uzajamnim kvalitativnim i kvantitativnim uticajem. Otuda je neophodno *integralno* upravljanje vodama.⁹

Obzirom na to da li se dati vodotok ili vodni recipijent nalazi na teritoriji jedne ili više država, vode se dele na *međunarodne* i *domaće*.¹⁰ Evropske smernice (Richtlinien – kod nas prevedene kao direktive) vezane za kvalitativno stanje voda sadrže polazište za harmonizaciju nacionalnog vodnog zakonodavstva.¹¹

Obzirom na najvažniju podelu po funkciji - egzistencijalnu odn. privrednu namenu voda, zakonski propisi utvrđuju održavanje voda traženog kvaliteta, kao zadatak (delatnost) javnih preduzeća.¹² Time je određen i

erozije i bujica, zaštitu od štetnog dejstva unutrašnjih voda – odvodnjavanje, korišćenje voda, sakupljanje, odvođenje i prečišćavanje otpadnih voda i zaštitu voda, monitoring voda.

⁹ V. čl. 24-25. važećeg Zakona o vodama RS. Po čl. 24. *integralno upravljanje vodama*, u smislu ovog zakona, čini skup mera i aktivnosti usmerenih na *održavanje i unapređenje vodnog režima*, obezbeđivanje potrebnih količina voda *zahtevanog kvaliteta za različite namene*, zaštitu voda od zagađivanja i zaštitu od štetnog dejstva voda. V. i čl 6-10. *Zakona o režimu voda* (Sl. list SRJ, br. 59/98, Sl. glasnik RS, br. 101/2005). Po čl. 5. ovog zakona *površinske vode* jesu tekuće i stajaće vode. *Podzemne vode* jesu vode koje poniru kroz zemljište i vode koje stoje ili teku podzemnim kanalima. Po čl. 6. ovog zakona *režim voda* čine elementi kojima se određuje *kvantitativno i kvalitativno stanje voda* i promene tog stanja u prostoru i vremenu.

¹⁰ Prema čl. 6. važećeg Zakona o vodama RS površinske vode na teritoriji RS, prema značaju koji imaju za upravljanje vodama, dele se na vode I i II reda na osnovu utvrđenih kriterijuma i to: položaja vodotoka u odnosu na državnu granicu, veličine i karakteristike sliva režima i karakteristika vodotoka sa aspekta korišćenja voda, zaštite voda i zaštite od štetnog dejstva voda. Vlada utvrđuje popis voda I reda. *Međudržavne* vode obavezno se svrstavaju u vode I reda. Sve *površinske vode* koje nisu utvrđene kao vode I reda smatraju se vodama II reda.

¹¹ V. J. Salma, Pravni instrumenti upravljanja kvalitativnim stanjem voda, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. XLV/3/2011, Novi Sad, 2011., str. 69-83.

¹² V. čl. 23. i 43. važećeg Zakona o vodama RS. Po Zakonu o vodama naime *javno vodoprivredno preduzeće* (u daljem tekstu: JVP) 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. Osim toga JVP upravlja i branama sa akumulacijama, prevodnicama na kanalima i sistemima za navodnjavanje, osim objekata koja su pravna lica izgradila za svoje potrebe. (St. 2. čl. 23. važećeg Zakona o vodama RS). JVP upravlja i objektima za uređenje vodotoka i zaštitu od popla-

pravni značaj primene potrebnih mernih instrumenata za stalno praćenje odgovarajućeg kvalitativnog odn. kvantitativnog stanja, posebno površinskih i podzemnih voda.¹³

II

Površinske i podzemne vode i njihov ekološki pravni režim

Prema zakonskoj definiciji *vode* jesu sve tekuće i *stajaće* vode na *površini* zemlje i sve *podzemne vode*.¹⁴ Takođe, zakon pod *površinskim vodama* podrazumeva tekuće i stajaće vode na površini zemlje, izuzev podzemnih voda.¹⁵ Prema tome, pod pojmom voda u pravnom smislu, zakon podjednako podrazumeva i površinske i podzemne vode, što je ispravno, pošto su one prirodno povezane. To znači da se mere upravljanja kvalitativnim i kvantitativnim stanjem vode propisane zakonom odnose u principu na obe vrste voda. Faktički gledano, naime, zagađenje površinskih voda može uticati i na zagađenje podzemnih voda i obrnuto.

Zakon prilikom pravnog definisanja voda odn. režima voda ne obuhvata *atmosferske padavine*, koje su dakle pravno (i faktički) izvan mera upravljanja. U nedostatku posebnih odredaba Zakona o vodama, po opštim svojinsko pravnim pravilima, atmosferske padavine mogu biti predmet aprehenzije (sakupljanje atmosferskih padavina), te se mogu smatrati dopuštenim predmetom privatne svojine. Radi se o originernom sticanju svojine (okupacijom).

Poseban problem predstavljaju, u svom fakticitetu, ali i u pogledu preduzimanja specificiranih mera upravljanja, *stajaće vode*. One su često mesta recipiranja otpadnih odn. industrijskih voda, bez inače dužnih i dovoljnih mera prethodnog filtriranja. (Npr. Paličko jezero). To dovodi učestalo do potrebe za opštom ekološkom sanacijom, svaki put, kada je preko-račen limit zagađenja, kako bi se sačuvala turistička ili rekreativna funkcija. Princip ekološke prevencije i kod stajaćih i kod tekućih površinskih voda bi se mogao sprovesti putem ekološke dozvole i kontrole njihovog sprovođenja, za sve emitente otpadnih i štenih materija, uz njihovo obavezivanje na primenu tehnoloških ili bioloških filtera. Zakon o vodama u tom smislu propisuje *granične vrednosti emisije* i to za tehnološki otpadne vode

va na vodama II reda, objektima za zaštitu od erozije i bujica, koji su u javnoj svojini. (st. 3. čl. 23. Zakona o vodama RS).

¹³ V. čl. 107-109. važećeg Zakona o vodama (sistematsko praćenje statusa voda i zaštićenih oblasti- monitoring).

¹⁴ V. tač. 8. st. 1. čl. 3. Zakona o vodama RS.

¹⁵ V. tač. 43. st. 1. čl. 3. Zakona o vodama RS.

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, kao i otpadne vode koje se ispuštaju u recipijent iz septičke i sabirne jame. Konkretno granične vrednosti, na predlog ministra nadležnog za zaštitu životne sredine, propisuje Vlada RS.¹⁶

Važeći Zakon o vodama Republike Srbije s pravom propisuje da je *javno preduzeće*, odnosno drugo pravno lice koje obavlja poslove *snabdevanja vodom*, dužno da *postavi uređaje* i obezbedi stalno i sistematsko *registrowanje količina vode* i *ispitivanje kvaliteta vode* na vodozahvatu. Isto tako, propisuje se da je preduzeće obavezno da preduzme mere za obezbeđenje *zdravstvene ispravnosti* vode za piće i održavanje higijene u objektu, kao i mere za obezbeđenje tehničke ispravnosti uređaja.¹⁷ Zakon propisuje ispitivanje i mere za zaštitu kvaliteta voda *na izvoristima*, koja su planom upravljanja vodama namenjena snabdevanju stanovništva sa vodom za piće.¹⁸

III

Rešenje austrijskog prava: Zakon o ispitivanju ekološke podnošljivosti kod novih planiranih objekata (postupak prethodne ekološke analize)

Austrija je 2000-e godine donela *Zakon o ispitivanju ekološke podnošljivosti*¹⁹ sa *prethodnom analizom* uticaja novih projekata za izgradnju, na stanje životne sredine, uključiv na čoveka, životinje i biljke, odnosno njihovu životnu sredinu, na zemljište, vode, vazduh i klimu kao i na materijalna i kulturna dobra.²⁰

Prethodna ekološka analiza obuhvata osobinu projekta planirane izgradnje u pogledu (ekološkog) obima, (ekološkog) kumuliranja dejstva sa drugim postojećim objektima ili planiranim izgradnjama, u pogledu korišćenja prirodnih resursa, proizvodnje otpada, zagađenja životne sredine i rizika od ekoloških nesreća.²¹

¹⁶ V. čl. 93. važećeg Zakona o vodama RS.

¹⁷ V. čl. 74. važećeg Zakona o vodama RS.

¹⁸ V. čl. 78. važećeg Zakona o vodama RS.

¹⁹ V. *Bundesgesetz über die Prüfung der Umweltverträglichkeit* – Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz, BGBl I 2000/89, - UVP –G, sa brojnim izmenama i dopunama od kojih je poslednja: BGBl I 2009/87 (UVP-G-Novelle 2009). V. *Codex des österreichischen Rechts, Umweltrecht* 2011, bearbeitet von Univ. Dozent Dr. Wolfgang List, LexisNexis, Wien, str. 1221.

²⁰ V. tač. 1. a-d, st. 1. par. 1. UVP-a.

²¹ V. tač. 1. i 2. st. 4. paragrafa 3. UVP –G, op. cit., str.1222.

Prethodna ekološka analiza se ostvaruje u upravnom postupku, saglasno savezним i prokrajinskim zakonskim propisima. Procena ekološke podnošljivosti novog aglomerata se ostvaruje *koncentrisanom postupku* za izdavanje dozvole. Rezultat postupka je izdavanje ili odbijanje izdavanja ekološke dozvole za nove aglomerate. Toj dozvoli su podvrgnute i izmene postojećih objekata.

Prethodnu ekološku kontrolu novih investicionih objekata, zasnovanu na ekološkim smernicama Evrope²², uvele su i reformske zemlje, tj. novi punopravni članovi EU (npr. Mađarska, Slovačka, Češka i dr.).

Cilj prethodne ekološke kontrole novih planiranih postrojenja jeste *prevencija od novih zagađenja* svih elemenata životne sredine.

Naravno, u evropskim zemljama, zasnovano na ekološkim smernicama, zadržana su nacionalna pravila o ekološkom monitoringu, uključiv i merenje kvalitativnog i kvantitativnog stanja životne sredine, pa i stanja voda u pogledu uticaja postojećih emitenata. Evropski nacionalni ekološki zakoni, odn. posebni zakoni o zaštiti voda, zemljišta, vazduha, o zaštiti kulturnih spomenika, propisuju *limite* dopuštenog zagađenja, obzirom na uticaj pojedinih emisija na ove zaštićene sfere prirodom ili ljudskom delatnošću stvorene elemente životne sredine.

²² Richtlinie 2003/4 EG über den Zugang der Öffentlichkeit zu Umweltinformationen und zur Aufhebung der Richtlinie 90/313/EWG (Smernica Saveta o pristupačnosti ekoloških informacija); Richtlinie 2003/35/EG über die Beteiligung der Öffentlichkeit bei der Ausarbeitung bestimmter Umweltbezogener Pläne und Programme und zur Änderung der Richtlinien 85/337/EWG und 96/61/EG in Bezug auf die Öffentlichkeitsbeteiligung und den Zugang zu Gerichten (Smernica o učešću javnosti prilikom izrade određenih ekoloških planova i programa i o izmenama ranijih smernica); Richtlinie 2004/35/EG über Umwelthaftung zur Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden (Smernica o odgovornosti za sprečavanje i saniranje ekoloških šteta); Richtlinie 85/337/EWG über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten Öffentlichen und privaten Projekten (Smernica o proveru ekološke podnošljivosti kod određenih javnih i privatnih projekata); Richtlinie 2001/42/EG über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme (Smernica o proveru ekoloških uticaja određenih planova i programa); Verordnung (EG) Nr. 166/2006 über die Schaffung eines Europäischen Schadstofffreisetzungs- und verbringungsregisters (Uredba o ustanovljavanju evropskog registra o odstranjivanju štetnih materija i o registru načina staranja); Verordnung (EG) Nr. 1221/2009 über die freiwillige Teilnahme von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und Umweltsatzsprüfung (EMAS) (Uredba o slobodnom učešću organizacija u sistemu Zajednice za ekološki menadžment i kontroli kvaliteta životne sredine); Richtlinie 96/82/EG zur Beherrschung der Gefahren bei schweren Unfällen mit gefährlichen Stoffen (Smernica o otklanjanju opasnosti kod teških ekoloških udesa izazvanih opasnim materijama); Richtlinie 96/75/EU über Industrieemissionen (integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung) (Smernica o industrijskim emisijama – integrisano zaobilaženje i smanjenje zagađenja životne sredine), i dr. V. tekstove in: *Kodex des österreichisches Rechts, EU Umwelrecht*, bearbeitet von Mag. Franz Weinberger 8. Auflage, LexisNexis, Wien, 2011., str. 1-186.

Što se tiče stanja kvaliteta i kvantiteta voda, austrijski *Zakon o vodama*²³ predviđa *informacioni sistem o stanju voda* za celu zemlju, kao i *elektronski registar (štetnih) uticaja na vode*,²⁴ zasnovan na aktuelnom kvalitativnom stanju voda.

Prilikom *izdavanja vodoprivredne dozvole* za privrednu upotrebu voda, prema Zakonu o vodama Austrije, sprovodi se *prethodna ekološka analiza* (Vorläufige Überprüfung) od strane nadležnog organa, a povodom zahteva korisnika za izdavanje opšte ili posebne dozvole.²⁵ U toj analizi se naročito utvrđuje koje su mere potrebne ili predviđene kod izgradnje novog postrojenja ili objekta u cilju zaštite voda, zemljišta, flore i faune.²⁶ Prethodna ekološka dozvola i postupak njenog izdavanja je prema austrijskom Zakonu o vodama nezavistan od postupka izdavanja drugih potrebnih dozvola za realizaciju istog investicionog plana, npr. građevinske, urbanističke dozvole.

Planovi čija realizacija ima uticaja na stanje voda (Vorhaben mit Auswirkungen auf den Gewässerzustand), posebno oni koji mogu dovesti do pogoršanja prethodnog (dobrog) stanja površinskih voda ili koji predviđaju uvođenje štetnih materija u površinske vode mogu biti dopušteni samo ako su oni u javnom interesu i ako su predviđene sve mere za otklanjanje svih negativnih dejstava na površinske vode.²⁷

IV

Potreban sklad principa prevencije, evidencije i sanacije u važećem domaćem pravu

Princip prevencije je u važećem vodnom pravu nedovoljno naglašen, pošto nedostaju pravila o prethodnoj i posebnoj ekološkoj dozvoli, kod planiranja izgradnje novih postrojenja od njihovog mogućeg uticaja na kvalitativno stanje voda. *Princip evidencije* (monitoring) je inkorporisan u novi zakon o vodama, stavljen u nadležnost javnih vodoprivrednih preduzeća, posebno kod snabdevanja stanovništva pitkom vodom. *Princip sanacije* postojećih zagađenja je samo delom ostvaren, odredbama o planskim aktima povodom upravljanja vodama. Delom je taj princip nor-

²³ V. *Wasserechtsgesetz* 1959. BGBl 1959/215. (u daljem tekstu: Zakon o vodama Austrije), sa brojnim izmenama od kojih je poslednja BGBl I 2006/123. V. tekst zakona in: *Codex des österreichischen Rechts, Umweltrecht* 2011, bearbeitet von Univ. Dozent Dr. Wolfgang List, LexisNexis, Wien, str. 1113-1222.

²⁴ V. paragraf 59. i paragraf 59 a) Zakona o vodama Austrije.

²⁵ V. paragraf 111. a) Zakona o vodama Austrije.

²⁶ V. tač. c) st. 1. paragrafa 104. Zakona o vodama Austrije.

²⁷ V. st. 1. i 2. paragrafa 104. a) Zakona o vodama Austrije.

mativno ostvaren i načelom važećeg ekološkog prava, da zagađivač plaća. Problem je u identifikaciji zagađivača, naročito kod tzv. skupnih emisija kod kojih svaki (privredni) korisnik voda ima dozvolu, pošto ne prekoračuje limite, ali svi korisnici zajedno doprinose zagađivanju. Otuda je od izvanrednog pravnog značaja *evidencija izdatih vodnih dozvola i kontrola ispunjavanja uslova iz dozvole*, kao osnova za izdavanje novih dozvola. U slučaju *prekoračenja* zakonom (ili na zakonu zasnovanom podzakonskim aktom), odnosno, dozvolom ustanovljenih limita zagađenja, naknadna kontrola može dovesti do *ukidanja dozvole*. Rezultat toga je i *prestanak ugovora* o privrednoj upotrebi javnog vodnog dobra.

U važećem pravu *nisu uređene tzv. privatne vode*. U nedostatku izričitog pozitivno pravnog određenja, na osnovu argumentum a contrario, naspram definicije javnih voda, one bi bile vode sa prirodnim ili veštačkim izvoristima na privatnim zemljišnim posedima (kao što su bunari), ili kao što su i atmosferske vode (padavine). Na opšti kvalitativni režim voda može biti od uticaja i način upotrebe tako „određenih“ tzv. privatnih voda. Otuda je od značaja i njihovo „direktno“ pravno uređenje.

U našem pravu, sa stanovišta *evropskog ekološkog prava* (ekološke smernice i uredbe EU) postoje praznine, koje se tiču u zakonu „obećanih“ *sprovedbenih propisa*, uključiv i podzakonske opšte akte. Takvo stanje je karakteristično u oblasti podzakonskih propisa u pogledu kvalitativne zaštite voda. Usled toga se teško može ostvariti zakonom deklarirani (ispravni) princip „zagađivač plaća“. Posebno, ako je „zagađivaču“ prethodno data dozvola za posebnu (privrednu) upotrebu koja nije blagovremeno ukinuta zbog prekoračenja podzakonskim aktom dopuštenih limita. Inače, u uporednom pravu (npr. u nemačkom i austrijskom ekološko zakonodavstvu²⁸) dopušteni limiti emisija su uređeni pre svega zakonom, i to ponaosob za svaki elemenat životne sredine, za vazduh, vode, zemljište.

²⁸ Za austrijsko pravo, v. npr., Rohrleitungsgesetz (Zakon o cevovodima) BGBl, 1971/411, poslednje izmene: BGBl I 2010/58; Gaswirtschaftsgesetz, (Zakon o ugostiteljstvu) BGBl I 2000/121; Emissionsschutzgesetz für Kesselanlagen, BGBl (Zakon o zaštiti od emisija povodom cisterni), I 2004/150; Luftreinigungsordnung für Kesselanlagen (Zakon o zaštiti vazduha od uticaja cisterni), BGBl 1989/19 poslednje izmene, BGBl II 2007/292; Emissionserklärungsverordnung (Zakon o deklarisanju emisija), BBGBl II 2007/292; Massnahmen zur Bekämpfung der Emission von gasförmigen Schadstoffen und Luftverunreinigenden Partikeln aus Verbrennungsmotoren für mobile Maschinen und Geräte, (Zakon o zaštiti zagađenja vazduha od gasova iz motora sa unutrašnjim sagorevanjem), BGBl II 2005/136; Flüssiggas-Verordnung (Zakon o tečnim gasovima), BGBl II 2002/446; Abfallverbrennungsverordnung (Zakon o izgaranju otpadnih materijala), BGBl 2002/389; Industrieunfallverordnung, (Zakon o industrijskim havarijama), BGBl 2002/354; Gewerbeordnung (Zakon o industriji), BGBl 1994/194 poslednje izmene: BGBl I 2110/111; i dr. V. in: Kodex des österreichischen Rechtes, Umweltrecht, Lexis Nexis, Wien, 2011.

V

Zaključne napomene

U radu smo analizirali zakonske propise pozitivnog i uporednog prava vezane za kvalitativni pravni režim površinskih i podzemnih voda, kao i na potrebu merenja, tj. stalnog praćenja stanja. Ukazali smo, da zbog prirodne veze između površinskih i podzemnih voda postoji potreba za primenom integralnog pristupa u upravljanju kvalitativnim stanjem i jednih i drugih, i nadzemnih i podzemnih voda. Osnovni pravni instrument upravljanja kvalitativnim stanjem ovih voda jeste vodna dozvola i saglasnost za posebnu (privrednu) upotrebu, koje su zasnovane na kontinuiranoj evidenciji stanja voda, kao i na kontroli sprovođenja uslova iz izdatih dozvola. U pogledu novih korisnika posebne upotrebe voda ukazujemo na evropske zajedničke i nacionalne propise o prethodnoj ekološkoj analizi i dozvoli koji imaju za cilj da procene uticaj novih planiranih objekata na stanje voda i da provere da li je za novi planirani objekt predviđen način otklanjanja štetnih ekoloških uticaja. Evidencija kvaliteta voda zavisi od vrste odnosno, namene voda. Otuda i merenja kvaliteta voda moraju biti usklađena sa namenom.

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

The Legal Regime of Surface and Underground Waters

Abstract

In this paper the author analyzes the Serbian and foreign laws regulating the issue of quality of surface and underground water. He points out that, due to the interconnection between surface and underground waters, the management of the issue of their quality requires an integral approach. The basic legal instrument for the quality management of waters is the water-use permit and the consent for industrial (special) utilization of waters, which are based on the registry on the status of waters and on the supervision of the fulfillment of the conditions set-out in permits. Concerning the issue of eligibility of the new beneficiaries of water-use permits, the author refers to the legislation of the European Union and to the national legislation of member states. They prescribe the instruments of preliminary environmental analysis and environmental permit that aim to assess the impact of new industrial facilities on the quality of waters and the envisage means of elimination of environmental hazards, which might potentially realize from the industrial facilities.

Key words: classification of waters, surface and underground waters, general and special utilization of waters, registry of the quality of waters, supervision of the quality of the waters as one of the tasks of public utility companies for water-management

*Dr Mile Vranješ, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

CARINSKA PITANJA EVROPSKE UNIJE I SRBIJE: CARINSKA OSNOVICA¹

Sažetak: U radu je, temeljnom analizom, izložena problematika carinske osnovice u Evropskoj uniji i Republici Srbiji. Posebna pažnja posvećena je pravnoj osnovi carinske osnovice, kao i metodama određivanja carinske vrednosti robe, naročito onim na temelju transakcijske vrednosti. Ukazano je i na preračunavanje strane valute za određivanje carinske vrednosti robe, kao i na određivanje carinske vrednosti u nekim drugim režimima.

Ključne reči: carinska osnovica, carinska vrednost robe, metode za određivanje carinske vrednosti, Evropska unija, Srbija.

I. Uvod

U domenu carinskog sistema Evropske unije (u daljem tekstu: EU)² i Republike Srbije (u daljem tekstu: Srbija) prisutne su brojne teme koje privlače pažnju, ne samo finansijskih stručnjaka, nego i privrednika i građana. Reč je o pravnoj osnovi carinskog sistema, o carinskom području, objektu carinjenja, carinskom obvezniku, carinskom dugu, carinskom dužniku, carinskoj osnovici, carinskoj tarifi, carinskim stopama, poreklu robe, carinskim povlasticama – izuzimanja od carine i oslobođenja od plaćanja carine i carinskim postupcima.

¹ Rad je posvećen projektu „Teorijski i praktični problemi u stvaranju i primeni prava (EU i Srbija)” čiji je nosilac Pravni fakultet u Novom Sadu.

² U ovom radu će se koristiti i termin Zajednica, koja je postala do stupanja na snagu Lisabonskog ugovora i u okviru koje su donešeni relevantni propisi.

Od svih navedenih tema, mi smo se odlučili da u ovom radu izložimo temu: carinska osnovica u EU i Srbiji. Odlučili smo se za to iz više razloga. Prvo, carinska osnovica je, po našem uverenju, vrlo značajan element carine. Drugo, na određeni način, ona je u sprezi sa svim ostalim elementima carinske strukture (carinski obveznik, poreklo robe, carinske stope i carinske povlastice su, na posredan ili neposredan način, u funkciji određivanja carinske osnovice). Treće, od načina na koji se carinska osnovica odredi, tj. od njene obuhvatnosti zavisi i koliko prihoda će EU i Srbija, po tom osnovu, prikupiti za finansiranje javnih rashoda predviđenih budžetom. Četvrto, utvrdićemo da li su srpska rešenja koja se odnose na carinsku osnovicu u skladu sa rešenjima u EU.

Inače, carine (engl. *customs duties*, nem. *Zölle*) su porezi na uvoz robe koji se naplaćuju na spoljnim granicama EU³, odnosno Srbije.

Od svih podela carina, za potrebe ovog rada, najznačajnije su uvozne carine. Prema članu 4. Uredbe Saveta (EEZ) br. 2913/92 od 12. oktobra 1992. godine o Carinskom zakoniku Zajednice,⁴ uvozne carine znače: 1) carine i davanja s istovrsnim učinkom kao i carine, a koja se plaćaju na uvoz robe, 2) poljoprivredne takse i druga uvozna davanja uvedena u okviru zajedničke poljoprivredne politike ili u okviru posebnih mera koje se primenjuju na određenu robu, dobijenu preradom poljoprivrednih proizvoda. Kada je reč o značenju pod br. 2) to su zapravo agrarna davanja (engl. *Agricultural duties*, nem. *Agrarabschöpfungen*), odnosno carine na uvoz poljoprivrednih proizvoda i davanja za šećer i glukozu, koja se utvrđuju i naplaćuju pri uvozu agrarnih proizvoda iz zemalja koje nisu članice EU, u sklopu zajedničke poljoprivredne politike te proizvodnje i skladištenja šećera i glukoze, koje se utvrđuju i naplaćuju na osnovu Carinske tarife EU, a kojima se štiti cena robe i poljoprivrednih proizvoda na Unutrašnjem tržištu EU.⁵

Prema članu 5. Carinskog zakona Srbije,⁶ uvozne dažbine su: 1) carinske dažbine i druge dažbine koje imaju isto dejstvo, koje se plaćaju pri uvozu robe, 2) uvozne dažbine koje se utvrđuju u okviru mera poljoprivredne politike, a plaćaju se pri uvozu robe.

Odlukom Saveta ministara od 21. aprila 1970. godine, na zasjedanju u Luksemburgu uveden je sistem finansiranja EU sopstvenim sredstvima.

³ Matthijs Herman, *The Budget of the European Union*, Institute for European Studies, Vrije Universiteit Brussel, IES, Working Paper, 4/2010, str. 9.

⁴ 31992R2913 Council Regulation (EEC) No 2913/92 of 12 October 1992 establishing the Community Customs Code (OJ L 302, 19.10.1992, p. 1).

⁵ Više o carinama i agrarnim davanjima vidi: Matthijs Herman, *The Budget of the European Union*, isto, str. 9.

⁶ „Službeni glasnik RS“, br. 18/10. i 111/12.

Prema toj odluci, koja se počela primenjivati 1971. godine, kao izvor prihoda bile su utvrđene carine i agrarna davanja (tzv. tradicionalni izvori prihoda).⁷ Prema članu 2. sada važeće Odluke Saveta EU o sistemu sopstvenih sredstava 2000/597 od 29. septembra 2000. godine, uvozne carine i agrarna davanja su sopstvena sredstva EU, odnosno prihod su opšteg budžeta EU. Carine i agrarna davanja EU su instrument javnih prihoda, koji obezbeđuje značajna sredstva budžetu EU. Tako bi budžetski prihodi, po osnovu carina i carinskih davanja 2007. godine, iznosili 15,1 milijardu evra, odnosno 13,2% ukupnih prihoda, 2008. godine 14,9 milijardi evra, odnosno 12,9% ukupnih prihoda, 2009. godine 14,9 milijardi evra, odnosno 12,9% ukupnih prihoda, 2010. godine 15,7 milijardi evra, odnosno 12,8% ukupnih prihoda i 2011. godine 16,8 milijardi evra, odnosno 12,9% ukupnih prihoda.⁸

Objašnjenje za to što se carinama i agrarnim davanjima još uvek obezbeđuju značajna sredstva u budžetu EU, između ostalog, je i u tome što EU ima zajedničku protekcionističku politiku prema ostatku sveta i što poljoprivreda i prelevmani spadaju u najznačajniju zaštitu.⁹

Iako carine i agrarna davanja, kao jedan od oblika vlastitih sredstava EU, odgovaraju logici Zajedničkog tržišta EU¹⁰, treba istaći da su javni prihodi od carina i agrarnih davanja na osnovu Zajedničke carinske tarife protivni karakteru EU.

U Srbiji su budžetski prihodi, po osnovu carina 2007. godine, iznosili 57.380,9 miliona dinara, odnosno 5,7% ukupnih prihoda, 2008. godine 64.784,2 miliona dinara, odnosno 5,7% ukupnih prihoda, 2009. godine 48.039,8 miliona dinara, odnosno 4,2% ukupnih prihoda, 2010. godine 44.285,5 miliona dinara, odnosno 3,6% ukupnih prihoda, 2011. godine 15.367,3 miliona dinara, odnosno 3,1% ukupnih prihoda.¹¹ Carine su prihod budžeta Srbije.

Navedeni fiskalni značaj carina i carinskih davanja u EU i Srbiji bio bi još veći da nije Opštim sporazumom o tarifama i trgovini ugovoreno smanjenje carina i carinskih davanja. Naravno, do smanjenja fiskalnog

⁷ Ben Terra, Julie Kajus, *A Guide to the European VAT Directives*, Vol. 1, IBFD, Amsterdam 2010, p. 77–79.

⁸ General budget of the European Union for the financial year 2007, 2008, 2009, 2010, 2011.

⁹ Mile Vranješ, „Carine i carinska politika u funkciji ostvarivanja regionalnih ekonomskih integracija: primer Evropska unija“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1/2012, str. 101–116.

¹⁰ Mile Vranješ, „Načela poreskog prava Evropske unije u funkciji razvoja unutrašnjeg tržišta Evropske unije“, *Pravni život*, Beograd, br. 10/2006, str. 867–881.

¹¹ *Bilten javnih finansija za maj 2012. godine*, Ministarstvo finansija Republike Srbije, Beograd, 2012, str. 14 i 38.

značaja carina došlo je i zbog toga što je EU svojom liberalnom spoljno-trgovinskom politikom snizila carine i ostale trgovinske prepreke i zaključila mnogobrojne sporazume o slobodnoj trgovini.

Može se očekivati da će u vremenima koja su pred nama prihodi od carina i agrarnih davanja u EU i Srbiji imati sve manji fiskalni značaj. Liberalizacija međunarodne trgovine, kao i delom povezani proizvodni procesi i lanci dobavljača, još više će izmeniti ulogu i zadatke carine. Smanjenje prihoda od carina i agrarnih davanja stvorice probleme u finansiranju javnih rashoda budžeta EU i Srbije. Zbog toga će EU morati da obezbedi sredstva iz udela u prihodima od poreza na dodatu vrednost i prihoda po osnovu bruto domaćeg proizvoda, ili će morati da uvede novi EU – porez. Prihvatljivim rešenjem čini se posezanje za sopstvenim poreskim prihodima. No, da li će do toga doći teško je reći u ovom času. Naime, još uvek nije utvrđen, niti se naslućuje najprihvatljiviji oblik EU – poreza. Ako se u vremenima koja su pred nama i uvede takav porez, to ne znači da više neće biti carina i agrarnih davanja u EU. Naravno, da će i Srbija morati da posegne za drugim javnim prihodima kako bi nadomestila gubitak prihoda po tom osnovu.

Ovaj rad je podeljen na četiri dela, od kojih su prvi i četvrti uvod i zaključak. U drugom delu data je pravna osnova carinske osnovice za EU i za Srbiju. U trećem delu ukazano je na pojam carinske osnovice. Posebno su analizirane metode određivanja carinske osnovice, i to kako one na temelju transakcijske vrednosti tako i druge metode. Ukazano je i na određivanje carinske vrednosti u slučaju konverzije valute.

II Pravna osnova

Materija carinskog sistema EU je veoma široko i veoma detaljno regulisana carinskim propisima EU. U dokumentu *Registar važećih propisa Evropske unije – Carinska unija i sloboda kretanja robe* dat je kompletan spisak pravnih dokumenata u vezi sa carinskim pravom EU od 1. 11. 2012. godine, i to u okviru sedam odeljaka na 99 stranica.¹² Za naše istraživanje u ovom radu, od prevashodnog značaja su propisi navedeni u okviru odeljka 02.10, pod nazivom Opšta carinska pravila (General Customs Rules), i to:

- Uredba Saveta (EEZ) br. 2913 /92 od 12. oktobra 1992. godine o Carinskom zakoniku Zajednice;¹³

¹² Directory of European Union legislation in force Customs Union and free movement of goods.

¹³ Council Regulation (EEC) No 2913/92 of 12 October 1992 establishing the Community Customs Code, *Official Journal L 302, 19.10.1992, p. 1–50.*

- Uredba Komisije (EZ) br. 2454/93 od 2. jula 1993. godine o uslovima za primenu Uredbe Saveta (EEZ) br. 2913/92 o stvaranju Carinskog zakonika Zajednice;¹⁴
- Uredba Komisije (EZ) br. 502/1999 od 12. februara 1999. godine o izmenama Uredbe (EEZ) br. 2454/93 o uslovima za primenu Uredbe Saveta (EEZ) br. 2913/92 o stvaranju Carinskog zakonika Zajednice;¹⁵
- Uredba Komisije (EZ) br. 1703/2000 od 31. jula 2000. godine o klasifikaciji određenih roba u Kombinovanu nomenklaturu;¹⁶
- Uredba Komisije (EZ) br. 2855/2000 od 27. decembra 2000. godine o klasifikaciji određenih roba u Kombinovanu nomenklaturu;¹⁷
- Uredba Komisije (EZ) br. 292/2001 od 12. februara 2001. godine o klasifikaciji određenih roba u Kombinovanu nomenklaturu;¹⁸
- 2004/604/EC: Odluka Komisije od 7. jula 2004. godine o ovlašćenjima Trgovinske komore Turskog Kipa, u skladu sa članom 4(5) Uredbe Saveta (EZ) br. 866/2004 (navedeno pod brojem C(2004)2583);¹⁹
- Uredba (EZ) br. 450/2008 Evropskog parlamenta i Veća od 23. aprila 2008. godine o Carinskom zakoniku Zajednice (Modernizovani carinski zakonik);²⁰
- 2012/57/EU: Odluka br. 1/2012 Zajedničkog komiteta EU-Andora od 25. januara 2012. godine, o utvrđivanju liste carinskih bezbednosnih odredbi, predviđene članom 12b(1) Sporazuma u formi razmene nota između Evropske ekonomske zajednice i Kneževine Andore.²¹

¹⁴ Commission Regulation (EEC) No 2454/93 of 2 July 1993 laying down provisions for the implementation of Council Regulation (EEC) No 2913/92 establishing the Community Customs Code, *Official Journal L* 253, 11.10.1993, p. 1–766.

¹⁵ Commission Regulation (EC) No 502/1999 of 12 February 1999 amending Regulation (EEC) No 2454/93 laying down provisions for the implementation of Council Regulation (EEC) No 2913/92 establishing the Community Customs Code, *Official Journal* 65, 12.3.1999, p. 1–49.

¹⁶ Commission Regulation (EC) NO 1703/2000 of 31 July 2000 concerning the classification of certain goods in the Combined Nomenclature, *Official Journal L* 195, 1.8.2000, p. 22–23.

¹⁷ Commission Regulation (EC) No 2855/2000 of 27 December 2000 concerning the classification of certain goods in the Combined Nomenclature, *Official Journal L* 332, 28.12.2000, p. 41–48.

¹⁸ Commission Regulation (EC) No 292/2001 of 12 February 2001 concerning the classification of certain goods in the Combined Nomenclature, *Official Journal L* 43, 14.2.2001, p. 7–9.

¹⁹ 2004/604/EEC: Commission Decision of 7 July 2004 on the authorization of the Turkish Cypriot Chamber of Commerce according to Article 4(5) of Council Regulation (EC) No 866/2004 (notified under document number C (2004) 2583), *Official Journal L* 272, 20.8.2004, p. 12–12.

²⁰ Regulation (EC) No 450/2008 of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 laying down the Community Customs Code (Modernised Customs Code), *Official Journal, L* 145, 4.6.2008, p. 1–64.

²¹ 2012/57/EU: Decision No 1/2012 of the EU-Andorra Joint Committee of 25 January 2012 establishing the list of customs security provisions provided for by Article 12b(1) of the Agreement in the form of an Exchange of Letters between the European Economic, *Official Journal L* 29, 1.2.2012, p. 44–45.

Od svih navedenih propisa, materija carinske osnovice, odnosno carinske vrednosti regulisana je Uredbom (EZ) br. 450/2008 Evropskog parlamenta i Veća od 23. aprila 2008. godine o *Carinskom zakoniku Zajednice* (Modernizovani carinski zakonik), i to članovima 41. do 43. i Uredbom Veća (EEZ) br. 2913/92 od 12. oktobra 1992. godine o *Carinskom zakoniku Zajednice*, i to članovima od 27. do 36.

Materija carinske osnovice, odnosno carinske vrednosti regulisana je i odlukama Evropskog suda pravde.²²

Materija carinske osnovice, odnosno carinske vrednosti robe regulisana je i međunarodnim pravom. U tom smislu, treba posebno istaći član VII Opšteg sporazuma o carinama i trgovini iz 1994. godine i Sporazum o primeni člana VII Opšteg sporazuma o carinama i trgovini iz 1994. godine. Navedeni Sporazum su zaključile sve države-članice EU. EU je u svoje dve navedene Uredbe ugradila rešenja o Utvrđivanju vrednosti za carinske svrhe iz člana VII Opšteg sporazuma o carinama i trgovini iz 1994. godine i Pravila o carinskom vrednovanju sadržanih, i to članovima od 1. do 17. Sporazuma o primeni člana VII Opšteg sporazuma o carinama i trgovini iz 1994. godine.

Materija carinske osnovice, odnosno carinske vrednosti robe regulisana je na posredan način i međunarodnim sporazumima koje EU zaključila sa trećim zemljama. Primer takvog sporazuma je Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Evropske zajednice i njihovih država-članica i Republike Srbije i Prelazni sporazum o trgovini i trgovinskim pitanjima između Evropske zajednice i Republike Srbije.²³

Konačno, materija carinske osnovice, odnosno carinske vrednosti regulisana je na posredan način i nacionalnim pravom država-članica EU. Naravno, pri tome treba imati u vidu da države-članice EU samo primenjuju odredbe *Carinskog zakonika Zajednice* pri utvrđivanju carinske vrednosti, kao i Zajedničku carinsku tarifu i netarifne mere, koje utvrđuju odredbe Zajednice, a ona uređuje određena područja koja se odnose na trgovinu robom.

Navedeni propisi EU koji se odnose na opšta carinska pravila, kao i neki drugi pravni dokumenti naveli su neke autore da napišu knjige, odnosno priručnike o carinskim propisima EU.²⁴

²² Laurence W. Gormley, *EU law of free movement of goods and customs Union*, Oxford University Press, 2009, p. 73–84.

²³ Više o tome vid. Mile Vranješ, „Finansijsko-pravni aspekti Prelaznog sporazuma o trgovini i trgovinskim pitanjima između Evropske unije i Srbije”, *Pravo i privreda*, Beograd, br. 7–9/2012, str. 522–538.

²⁴ Michael Lux, *Das Zollrecht der EG i Lehr – und übungsbuch sowie Nachschlagewerk für Praktiker* Auflage, Köln, Bundesanzeiger, 2004. No, od momenta štampanja ove knjige, štošta se promenilo u pravu EU, pa takva knjiga nije više tako aktuelna kao nekad.

Kada je reč o pravnoj osnovi carinske osnovice u Srbiji, treba istaći da je materija carinske osnovice, odnosno carinske vrednosti uređena na neposredan način *Carinskim zakonom*, i to članovima od 38. do 57. i drugim propisima na posredan način.²⁵

III Carinska osnovica

Pre nego što pristupimo prikazivanju zakonskih normi *Carinskog zakonika Zajednice, Modernizovanog carinskog zakonika zajednice i Carinskog zakona Srbije o carinskoj osnovici*, potrebno je razumeti šta predstavlja carinsku osnovicu.

U savremenoj finansijskoj teoriji mogu se sresti definicije poreske osnovice, pa prema tome i carinske osnovice, upravo zato što su carine porezi koji se naplaćuju na uvoz robe na spoljnim granicama EU i Srbije. Po jednoj od tih definicija, poreska osnovica predstavlja „kvantitativnu konkretizaciju poreskog objekta.”²⁶ Saglasno tome, carinska osnovica predstavlja konkretizaciju carinskog objekta. Objekat carinjenja je roba (koja se uvozi u carinsko područje EU i Srbije), koja podleže plaćanju carine po stopama određenim Zajedničkom carinskom tarifom Zajednice i Carinskom tarifom Srbije ako *Carinskim zakonikom EU i Carinskim zakonom Srbije* nije drugačije određeno. Po drugoj definiciji, poreska osnovica predstavlja „veličinu ili vrednost koja služi za utvrđivanje poreskog duga.”²⁷

Carinska osnovica može da predstavlja vrednost robe (cenu proizvoda) koje se oporezuje i tada je reč o vrednosnim carinama, ili neku mernu jedinicu: količina, litar, kubni centimetar, neto težina, dužina robe, i tada je reč o specifičnim carinama. Najviše su u primeni vrednosne carine. Više od 95% svih carinskih stopa Zajedničke carinske tarife Zajednice i Carinske tarife Srbije čine vrednosne carine. Kod vrednosnih carina, carinska vrednost je ključna za određivanje iznosa carine koju treba naplatiti. Carinska vrednost je, dakle „osnovica za obračun kod primene vrednosne carinske stope iz carinske tarife.”²⁸ Kod specifičnih carina, pak, carinska vrednost nije presudna za određivanje iznosa carine koju treba naplatiti, već je to navedena pojedinačna merna, specifična jedinica. Specifične ca-

²⁵ Mile Vranješ, *Finansijsko pravo – fiskalni sistem u Srbiji*, Zavod za udžbenike, Beograd, 2011, str. 274–275.

²⁶ Dejan Popović, *Poresko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Službeni glasnik, Beograd, 2009, str. 185.

²⁷ Jovan Lovčević, *Institucije javnih finansija*, Službeni list SRJ, Beograd, 1997, str. 84.

²⁸ Hans Michael Wolfgang, „Uvod u europsko carinsko pravo (II)”, *Pravo i porezi*, Zagreb, br. 2/2008, str. 56.

rine se, po pravilu, primenjuju na izvoz robe iz EU (npr. 50,00 evra na hektolitar vina) i na njih se ne primenjuju navedeni propisi o utvrđivanju carinske vrednosti robe.

Možemo zaključiti da je carinska osnovica veličina ili vrednost na koju se primenjuje carinska stopa. Od načina na koji se carinska osnovica odredi, tj. od njene obuhvatnosti zavisi koliko prihoda će EU i Srbija, po tom osnovu, prikupiti za finansiranje rashoda predviđenih budžetom.

Kada je reč o određivanju vrednosti robe za carinske svrhe u EU, treba istaći da je ta materija u Poglavlju 3 – Vrednost robe za carinske svrhe u članovima 40–43 navedene Uredbe (EZ) Evropskog parlamenta i Saveta o *Carinskom zakoniku Zajednice* (Modernizovani carinski zakonik). Prema članu 40, navedene Uredbe, propisano je da se carinska vrednost robe, u svrhu primene Zajedničke carinske tarife i netarifnih mera, koje utvrđuju odredbe Zajednice (a one uređuju određena područja u vezi sa trgovinom robe), određuju u skladu s članovima 41–43. Tako, član 41, stav 1–3 navedene Uredbe propisuje:

1. Primarna osnova za carinsku vrednost robe je transakcijska vrednost, odnosno cena koja je stvarno plaćena ili koja treba da se plati za robu kada se prodaje radi izvoza u carinsko područje Zajednice, po potrebi prilagođena u skladu s merama koje su donesene u skladu sa članom 43.

2. Cena koja je stvarno plaćena ili koja treba da se plati je ukupno plaćanje koje je kupac izvršio ili će izvršiti za prodavca ili za treću stranu u korist prodavca za uvezenu robu i uključuje sva plaćanja koja su izvršena ili će biti izvršena kao uslov za prodaju uvezene robe.

3. Transakcijska se vrednost primenjuje pod uslovom da su zadovoljeni sledeći uslovi:

(a) nema ograničenja za kupca u vezi s raspolaganjem ili korišćenjem robe, osim sledećih:

(I) ograničenja koje nameće ili zahteva zakon ili javna tela u Zajednici;

(II) ograničenja u smislu geografskog područja na kojem se roba može ponovo prodati;

(III) ograničenja koja ne utiču u bitnoj meri na carinsku vrednost robe;

(b) prodaja ili cena ne podležu određenim uslovima ili ograničenjima čija se vrednost ne može odrediti u odnosu prema robi čija vrednost se određuje;

(c) nikakva naknada koju kupac dobija od iduće preprodaje, raspolaganja ili korišćenja robe, neće se plaćati neposredno ili posredno prodavcu, osim ako se u skladu s merama koje su donesene u skladu sa članom 43 ne napravi primerno prilagođavanje;

(d) kupac i prodavac nisu povezani ili takva veza nije uticala na cenu.

Navedena Uredba Saveta (EEZ) o *Carinskom zakoniku Zajednice* na isti način određuje pojam carinske vrednosti robe, kao i navedena Uredba (EZ) Evropskog parlamenta i Veća o *Carinskom zakoniku Zajednice* (Modernizovani carinski zakon), s tim da Uredba Saveta (EEZ) o *Carinskom zakoniku Zajednice* čini to nešto detaljnije. Na ovom mestu (kao i na drugim mestima u tekstu) nećemo navoditi one odredbe Uredbe Saveta (EZ) o *Carinskom zakoniku* koje su iste kao i odredbe iz Uredbe (EZ) Evropskog parlamenta i Saveta o *Carinskom zakoniku Zajednice* (Modernizovani carinski zakonik) koje se odnose na vrednost robe za carinske svrhe, već samo one odredbe koje nisu sadržane u Uredbi (EZ) Evropskog parlamenta i Saveta o *Carinskom zakoniku Zajednice* (Modernizovani carinski zakon).

Prema članu 29 stav 2 Uredbe Veća (EEZ) o *Carinskom zakoniku*:

(a) U postupku procene prihvatljivosti transakcijske vrednosti u smislu stava 1. (navedeno kod Uredbe Evropskog parlamenta i Saveta o *Carinskom zakoniku Zajednice* (Modernizovani carinski zakonik), činjenica da su kupac i prodavac povezani nije dovoljan razlog da se određena transakcijska vrednost oceni neprihvatljivom. Ako je to potrebno, treba ispitati okolnosti prodaje, a transakcijska vrednost se prihvata pod uslovom da ta povezanost nije uticala na cenu. Ako, na temelju podataka dobijenih od deklaranta ili na drugi način, carinska tela mogu da pretpostave da je povezanost uticala na cenu, o tome obaveštavaju deklaranta i daju mu primerenu mogućnost za odgovor. Ako to deklarant zahteva, obavestiće se o razlozima pismenim putem.

(b) Pri prodaji između povezanih lica, transakcijska vrednost se prihvata i roba procenjuje u skladu sa stavom 1 (navedeno – M. V.) kada deklarant dokaže da je takva vrednost gotovo jednaka jednoj od sledećih vrednosti u istom ili približno istom vremenskom periodu:

(I) transakcijskoj vrednosti kod prodaje, između kupca i prodavca koji nisu povezani ni u kojem konkretnom slučaju, istovetne ili slične robe za izvoz u Zajednicu;

(II) carinskoj vrednosti istovetne ili slične robe prema odredbama člana 30. stav 2. tačke (c);

(III) carinskoj vrednosti istovetne ili slične robe prema odredbama člana 30. stav 2. tačke (d).

U primeni spomenutih provera treba uzeti u obzir očite razlike u komercijalnim nivoima, količinskim nivoima, stavovi nabrojani u članu 32, kao i troškovi koje je imao prodavac pri prodaji, u kojoj prodavac i kupac nisu povezani, a kojih nema pri prodaji, u kojoj su prodavac i kupac povezani.

(c) Provere navedene u tački (b) upotrebljavaju se na inicijativu deklaranta isključivo radi poređenja. Prema navedenoj tački, ne dopušta se određivanje drugih vrednosti.

3. (a) Cena koja se stvarno plaća ili koju treba platiti jeste ukupno učinjeno plaćanje ili plaćanje koje treba da izvrši kupac u korist prodavca za uvezenu robu i uključuje sva plaćanja, koja je kao uslov prodaje za uvezenu robu učinio ili će učiniti kupac prema prodavcu ili trećem licu, kako bi se ispunila obaveza prodavca. Plaćanje ne treba nužno biti u obliku prenosa novca. Plaćanje se može obaviti i kreditnim pismom ili dogovorenim instrumentom plaćanja i može se obaviti neposredno ili posredno.

(b) Radnje koje preduzima kupac o vlastitom trošku, uključujući i tržišne delatnosti, osim onih za koje je u članu 32 predviđeno usklađenje, ne smatraju se posrednim plaćanjem prodavcu, čak i onda kada se može smatrati da su bile preduzete u korist prodavca ili u dogovoru sa prodavcem, i njihov se trošak ne dodaje stvarno plaćenju ceni, ili ceni koju treba platiti pri određivanju carinske vrednosti uvezene robe.

Prema članu 42 Uredbe (EZ) Evropskog parlamenta i Saveta o *Carinskom zakoniku Zajednice* (Modernizovani carinski zakonik):

1. Ako se carinska vrednost robe ne može odrediti prema članu 41, određuje se u postupku prema redosledu od tačke (a) do stava 2. tačke (d) ovog člana, do prve tačke prema kojoj se carinska vrednost robe može odrediti.

Redosled primene tačke (c) i (d) zamenjuje se ako deklarant tako zahteva.

2. Carinska vrednost, prema stavu 1, jest:

(a) transakcijska vrednost istovetne robe, koja je prodana za izvoz u carinsko područje Zajednice i izvezena u isto ili slično vreme, kao i roba kojoj se određuje vrednost;

(b) transakcijska vrednost slične robe koja je prodana za izvoz u carinsko područje Zajednice i izvezena u isto ili slično vreme kao i roba kojoj se određuje vrednost;

(c) vrednost koja se temelji na jedinačne cene po kojoj se uvezena roba ili ista ili slična uvezena roba, prodaje u carinsko područje Zajednice u najvećoj ukupnoj količini licima koja nisu povezana sa prodavcima;

(d) izračunata vrednost.

3. Ako se carinska vrednost ne može utvrditi prema stavu 1. utvrđuje se na temelju vrednosti koje su dostupne na carinskom području Zajednice, koristeći razumna sredstva koja su u skladu s načelima i opštim odredbama sledećeg:

- (a) sporazuma o sprovođenju člana VII Opšteg sporazuma o carinama i trgovini;
- (b) člana VII Opšteg sporazuma o carinama i trgovini;
- (c) ovim poglavljem.

Prema članu 43 Uredbe (EZ) Evropskog parlamenta i Saveta o *Carinskom zakoniku Zajednice* (Modernizovani carinski zakonik):

Komisija, u skladu s regulatornim postupkom iz člana 184 stav 2, (navedeni član glasi: primenjuju se članovi 5. i 7. Odluke 1999/468/EZ, uzimajući u obzir odredbe člana 8, period naveden u članu 5. stav 6. Odluke 1999/468/EZ iznosi tri meseca) donosi mere koje utvrđuju sledeće:

(a) elemente koji se, s ciljem utvrđivanja carinske vrednosti, moraju dodati stvarno plaćenju ceni ili ceni koju treba platiti ili koji se mogu isključiti;

(b) elemente koji se trebaju koristiti za određivanje izračunate vrednosti;

(c) metodu za utvrđivanje carinske vrednosti u posebnim slučajevima i u vezi s robom za koju je carinski dug nastao nakon upotrebe određenog postupka;

(d) sve dalje uslove, odredbe i pravila koja su potrebna za sprovođenje člana 41. i 42.

Član 30 stav 2. tačka (d) navedene Uredbe Saveta (EEZ) o *Carinskom zakoniku Zajednice* ističe da izračunata vrednost (navedena u članu 42. stav 2, tačka (d) Uredbe (EZ) Evropskog parlamenta i Saveta o *Carinskom zakoniku Zajednice* (Modernizovani carinski zakonik) čini zbir:

- troška ili vrednosti materijala i proizvodnje, ili druge vrste prerade, koja je upotrebljena u proizvodnji uvezene robe,

- sume dobiti i opštih troškova koja je jednaka uobičajenom iznosu koji se ostvaruje pri prodaji robe iste grupe ili vrste kao što je roba koja se procenjuje i koju je proizveo proizvođač u zemlji izvoza za izvoz u Zajednicu

- troška ili vrednosti iz člana 32. stav 1. tačke (e).

Pored toga, stav tri člana 30. navedene Uredbe Saveta (EEZ) o *Carinskom zakoniku Zajednice* sadrži odredbu po kojoj „dodatne uslove i pravila za primenu navedenog stava, utvrđuje se u skladu s postupkom Odbora.

Član 31 Uredbe Saveta (EEZ) o *Carinskom zakoniku Zajednice* propisuje:

2. Prema stavu 1 (navedeni član 42, stav 3, tačka (a), (b) i (c)) carinska vrednost ne utvrđuje se na temelju:

- (a) prodajne cene u Zajednici za robu proizvedenu u Zajednici;
- (b) sistema koji omogućuje da se za carinske svrhe prihvati više od dve moguće vrednosti;
- (c) cene robe na domaćem tržištu zemalja izvoza;
- (d) troškova proizvodnje, osim onih izračunatih vrednosti koje su utvrđene za istovetnu ili sličnu robu prema članu 30 stav 2, tačka (d);
- (e) cena za izvoz u zemlju koja nije deo carinskog područja Zajednice;
- (f) najmanjih carinskih vrednosti; ili
- (g) proizvoljnih ili izmišljenih vrednosti.

Član 32 Uredbe Saveta (EEZ) o Carinskom zakoniku Zajednice propisuje:

1. Kod određivanja carinske vrednosti prema članu 29, ceni koja je stvarno plaćena ili koju treba platiti za uvezenu robu dodaju se:

(a) sledeće stavke, do iznosa do kojega ih snosi kupac, a nisu uključene u cenu koja je stvarno plaćena ili koju treba platiti za robu:

(I) provizije i naknade posredovanja, osim kupovnih provizija,

(II) trošak ambalaže koja se u svrhu carinjenja smatra jedinstvenim delom određene robe,

(III) trošak pakovanja, bilo da se radi o radnoj snazi ili materijalu,

(b) odgovarajući deo vrednosti robe i usluga kad ih je kupac isporučio neposredno ili posredno bez naplate ili po sniženoj ceni, a radi upotrebe u vezi s proizvodnjom i prodajom uvezene robe radi izvoza, i to do stepena do kojega ta vrednost nije bila uključena u cenu koja je stvarno plaćena ili koju treba platiti:

(I) materijala, sastavnih delova, delova i sličnih stvari ugrađenih u uvezenu robu,

(II) alata, matrica, kalupa i sličnih stvari koje su upotrebljene u proizvodnji uvezene robe,

(III) materijala utrošenih u proizvodnji uvezene robe,

(IV) usluga projektovanja, razvoja, umetničkog rada, oblikovanog rada te planova i skica napravljenih izvan Zajednice, a potrebnih za proizvodnju uvezene robe;

(c) naknade za korišćenje autorskog prava i licencne naknade za robu koja se vrednuje, a koje kupac mora platiti neposredno ili posredno kao uslov za prodaju robe koja se procenjuje i to do stepena do kojeg te naknade nisu uključene u cenu koja je stvarno plaćena ili koju treba platiti;

(d) vrednost bilo kojeg dela iznosa ostvarenog daljom preprodajom, likvidacijom ili upotrebom uvezene robe, a koja se neposredno ili posredno plaća prodavcu;

(e) (I) troškovi prevoza i osiguranja uvezene robe i (II) troškovi utovara i organizovanje prevoza uvezene robe do mesta ulaska u carinsko područje Zajednice.

2. Cena koja je stvarno plaćena ili koju treba platiti uvećava se prema odredbama ovog člana samo na temelju objektivnih i merljivih podataka.

3. Kod određivanja carinske vrednosti ne uvećava se cena koja je stvarno plaćena ili koju treba platiti, osim ako je to predviđeno ovim članom.

4. U ovom poglavlju, izraz „kupovne provizije“ znači naknadu koju je uvoznik platio svom zastupniku za uslugu zastupanja pri kupovini robe koja se procenjuje.

5. Nezavisno o stavu 1 tački (c):

(a) troškovi za dobijanje prava za umnožavanje uvezene robe u Zajednicu ne dodaju se stvarno plaćenju ceni ili ceni koju treba platiti za uvezenu robu pri utvrđivanju carinske vrednosti;

i

(b) plaćanja koja izvrši kupac za dobijanje prava za distribuciju i ponovnu prodaju uvezene robe ne dodaju se stvarno plaćenju ceni ili ceni koju treba platiti za uvezenu robu ako takva plaćanja nisu uslov prodaje za izvoz robe u Zajednicu.

Član 33 navedene Uredbe Saveta (EEZ) o *Carinskom zakoniku Zajednice* propisuje:

1. Pod uslovom da su iskazane odvojeno od stvarno plaćene cene ili cene koju treba platiti, sledeće stavke neće biti uključene u carinsku vrednost:

(a) troškovi prevoza robe nakon njenog dolaska na mesto ulaska u carinsko područje Zajednice;

(b) troškovi gradnje, ugradnje, sklapanja, održavanja ili tehničke pomoći obavljene nakon uvoza uvezene robe kao što su industrijska postrojenja, mašine ili oprema;

(c) troškovi kamata proisteklih iz finansijskog sporazuma u koji je ušao kupac i koji se odnose na kupovinu uvezene robe, bez obzira na to je li finansiranje omogućio prodavac ili drugo lice, pod uslovom da je finansijski sporazum sastavljen u pisanom obliku i da, ako se to zahteva kupac može dokazati:

- da je takva roba stvarno prodana po ceni koja je deklarirana kao stvarno plaćena cena ili cena koju treba platiti, i

- da kamatna stopa ne prelazi nivo uobičajenih kamata za takve transakcije, i to u zemlji u kojoj, i u vreme kada, je finansiranje odobreno;

(d) troškovi za dobijanje prava na umnožavanje uvezene robe u Zajednici;

(e) kupovne provizije;

(f) uvozne carine ili druga davanja koja se plaćaju u Zajednici pri uvozu ili prodaji robe.

Član 34 navedene Uredbe Saveta (EEZ) o *Carinskom zakoniku Zajednice* propisuje da, u skladu s postupkom Odbora mogu se propisati posebna pravila za određivanje carinske vrednosti.

Na kraju ovog dela rada nekoliko reči o preračunavanju strane valute kod utvrđivanja carinske vrednosti, što smo inače i naveli u uvodu. Naime, prema članu 35, Uredbe Saveta (EEZ) o *Carinskom zakoniku Zajednice* propisano je da ako su činioци koji se koriste za određivanje carinske vrednosti robe iskazanih u valuti koja je drugačija od valute države-članice u kojoj se vrši vrednovanje, koristi se kurs koji su po propisu objavila nadležna tela te države-članice. Kurs odražava što je bolje moguće trenutnu vrednost te valute u privrednim transakcijama u odnosu na valutu te države-članice i primenjuje se tokom perioda koji se odredi u skladu s postupkom Odbora. Ako takav kurs ne postoji, kurs koji će se upotrebiti određuje se u skladu s postupkom Odbora.

Poslednji član navedene Uredbe Saveta (EEZ) o *Carinskom zakoniku Zajednice* (član 36) propisuje:

1. Odredbe ovog poglavlja (vrednost robe za carinske svrhe) ne dovode u pitanje posebne odredbe koje se odnose na određivanje vrednosti za carinske svrhe robe puštene u slobodni promet nakon što joj je određeno drukčiji carinski dopušteno postupanje ili korišćenje.

2. Odstupajući od člana 29, 30. i 31, carinska vrednost kvarljive robe, koja se obično oslobađa odmah po predaji, može se na zahtev deklaranta odrediti prema pojednostavljenim pravilima sastavljenima za celu Zajednicu u skladu s postupkom Odbora.

Možemo zaključiti da navedeni članovi Uredbe (EZ) Evropskog parlamenta i Saveta o *Carinskom zakoniku Zajednice* (Modernizovani carinski zakonik) i Uredbe Veća (EEZ) o *Carinskom zakoniku Zajednice*, a koji su preuzeti iz člana VII Opšteg sporazuma o carinama i trgovini iz 1994. godine i Sporazuma o primeni člana VII Opšteg sporazuma o carinama i trgovini iz 1994. godine, generalno obuhvataju pitanja o proceni carinske vrednosti a grupisani su zajedno tako da predstavljaju opšti pravni osnov za usvajanje pravila za sprovođenje, naročito nakon što EU prihvati obaveze i dužnosti u vezi s primenom Sporazuma o carinskoj vrednosti, uključujući i Odluke Odbora za carinsku vrednost Svetske trgovinske organizacije.²⁹

²⁹ Ben Tera i Julie Kajus, „Introduction To The Modernized Customs Code”, IBFD, Printed on: 8 October 2012.

Kada je reč o određivanju vrednosti robe za carinske svrhe u Srbiji, srpski Carinski zakon u Glavi III – Carinska vrednost robe, u članovima od 38. do 57. na isti način određuje carinsku vrednost robe, kao što je to opisano u Uredbi (EZ) Evropskog parlamenta i Veća o Carinskom zakoniku Zajednice (Modernizovani carinski zakonik), Uredbi Veća (EEZ) o Carinskom zakoniku Zajednice, članu VII Opšteg sporazuma i carinama i trgovini iz 1994. godine i Sporazuma o primeni člana VII Opšteg sporazuma o carinama i trgovini iz 1994. godine. Da je to tako, navodimo da je član 1. Sporazuma o primeni člana VII Opšteg sporazuma o carinama i trgovini iz 1994. godine identičan članu 39 našeg Carinskog zakona, član 2 navedenog Sporazuma je identičan članu 40 našeg Carinskog zakona, član 3. navedenog Sporazuma identičan članu 41. našeg Carinskog zakona, član 5. navedenog Sporazuma identičan je članu 43 našeg Carinskog zakona, član 6 navedenog Sporazuma identičan je članu 44 našeg Carinskog zakona, član 7 navedenog Sporazuma identičan je članu 45 našeg Carinskog zakona, član 8 navedenog Sporazuma identičan je članu 46 našeg Carinskog zakona, član 9 navedenog Sporazuma identičan je članu 54 našeg Carinskog zakona, član 13 navedenog Sporazuma identičan je članu 55 našeg Carinskog zakona. Mogli bi smo isto tako navesti članove Carinskog zakonika Zajednice i Modernizovanog carinskog zakonika Zajednice koji su isti kao i članovi našeg Carinskog zakona.

Potvrda navedene tvrdnje da su iste odredbe u našem *Carinskom zakonu* sa odredbama *Carinskog zakonika Zajednice*, Modernizovanog carinskog zakona člana VII Opšteg sporazuma o carinama i trgovini i Sporazuma o primeni člana VII Opšteg sporazuma o carinama i trgovini iz 1994. godine, je i to što *Carinski zakon Srbije* nije menjan u poslednjoj izmeni i dopuni iz novembra 2012. godine. Iako su izmene i dopune vršene zbog harmonizacije srpskog carinskog prava sa carinskim pravom EU.

Iz svega napred iznetog proizilazi, da je princip da se vrednost za carinsko obračunavanje robe iz uvoza bazira na njenoj stvarnoj vrednosti ili vrednosti slične robe, a ne na vrednosti slične robe nacionalnog porekla, ili nekih arbitrarnih ili pretpostavljenih vrednosti.³⁰

Zaključićemo da je utvrđivanje carinske vrednosti kao transakcijske vrednosti opšteprihvaćen oblik, koji je ujedno najjednostavniji i najobjektivniji način iskazivanja, dok drugi oblici utvrđivanja carinske vrednosti robe uveliko otežavaju sprovođenje carinskog postupka.

³⁰ Laurence W. Gormley, *EU Law of Free Movement of Goods and Customs Union*, Oxford, University press, str. 73-74.

IV Zaključak

Uredba (EEZ) br. 450/2008 Evropskog parlamenta i Saveta od 23. aprila 2008. godine o *Carinskom zakoniku Zajednice* (Modernizovani carinski zakonik), Uredba Saveta (EEZ) br. 2913/92 od 12. oktobra 1992. godine o *Carinskom zakoniku Zajednice* i *Carinski zakon Srbije* od 26. marta 2010. godine veoma detaljno i veoma opširno uređuju carinsku osnovicu. Navedeni pravni dokumenti propisuju metode utvrđivanja carinske vrednosti: one primarne, koje se temelje na transakcijskoj vrednosti, ali i one sekundarne, koje se temelje na drugim metodama za utvrđivanje carinske vrednosti robe. Carinskim službama država – članica EU stoji na raspolaganje šest metoda za utvrđivanje carinske vrednosti robe. Te metode utvrđivanja carinske vrednosti robe u navedenim propisima EU i Srbije preuzete su iz člana VII Opšteg sporazuma o carinama i trgovini 1994 i Sporazuma o primeni člana VII Opšteg sporazuma o carinama i trgovini 1994.

To što navedeni propisi EU i Srbije nalažu da se carinska vrednost robe mora jasno i precizno odrediti, odnosno da se mora odrediti na isti način, razumljivo je zbog toga što je carinska osnovica jedan od najznačajnijih elemenata carina. Razloga za to ima više: na određeni način, carinska osnovica je u sprezi sa svim ostalim elementima carinske strukture; od načina na koji se carinska osnovica odredi, tj. od njene obuhvatnosti zavisi koliko prihoda će EU i Srbija, po tom osnovu, prikupiti za finansiranje javnih rashoda predviđenih budžetom; i većina carina na uvezenu robu unutar EU određuje se *ad valorem*.

*Mile Vranješ, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad*

The Customs Issues of the European Union and Serbia: The Customs Base

Abstract

Regulation (EC) No 450/2008 of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 laying down the Community Customs Code (Modernised Customs Code), Council Regulation (EEC) No 2913/92 of 12 October 1992 establishing the Community Customs Code, The Customs Law of Serbia of 26 March 2010 in a very detailed and extensive way regulate customs base. These legal documents envisage the methods of determination of customs value: the primary ones, which are based on the transaction value, but also the secondary ones, which are based on other methods for determination of customs value of goods. The customs services of the EU Member States have on their disposal six methods for determination of customs value of goods. Those methods in the mentioned acts of the EU and Serbia are transposed from the Article VII of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 and Agreement on Implementation of Article VII of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994.

The fact that mentioned acts of the EU and Serbia request that the customs value of goods must be clearly and precisely determined, that means to be determined in the same way, is understandable because the customs base is one of the most significant elements of customs. There are many reasons for that: in a certain way, the customs base is in relation with all other elements of customs structure; from the procedure in which the customs base is determined, that means from its universality depends the amount of income which will the EU and Serbia, on that ground, collect to finance public expenditure predicted in the budget; and most of the customs on the imported goods in the EU is determined *ad valorem*.

Key words: customs, customs base, customs value of goods, methods for determination of customs value of goods, European Union, Serbia.

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

PRIMENA NAČELA *UTI POSSIDETIS JURIS* U SPORU IZMEĐU BENINA I NIGERA*

Sažetak: Ovo nije prvi teritorijalni spor između bivših francuskih kolonija koji je rešio Međunarodni sud. Sud je sledio ustavljenu praksu u pogledu primene načela *uti possidetis juris* i *effectivités*. Ipak, nove činjenice tražile su nova sudska rešenja relevantna za to načelo. Tako, Sudsko veće naglasilo je da *uti possidetis juris* zahteva ne samo oslanjanje na postojeće pravne osnove, već, takođe, da treba da se uzme u obzir na koji način su ti naslovi tumačeni i primenjeni. Veće se fokusiralo na kolonijalno pravo kao isključivo relevantno za primenu načela *uti possidetis juris*. Uprkos nameri Sudskog veća da reši spor isključivo primenom načela *uti possidetis juris*, izvršno upućivanje na opštu praksu u pogledu granica na reci kao i na načelo pravne sigurnosti bilo je neophodno.

Ključne reči: *uti possidetis juris*, *effectivités*, spor, granica

Određivanje predmeta spora i primenjivog prava

Dve afričke republike, bivše francuske kolonije, Benin, koji se zvao Dahomej u kolonijalno doba, i Niger zaključile su Specijalni sporazum, koji je potpisan u Katonuu (Catonou) 15. juna 2001. godine i koji je stupio na snagu 11. aprila 2002. godine, a kojim su veću Međunarodnog suda poverili na rešavanje spor u vezi konačne delimitacije cele međusobne granice.¹ Predmet spora određen je članom 2 Sporazuma. Dve države tra-

* 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.

¹ *Frontier Dispute (Benin/Niger)*, Presuda, *I.C.J. Reports* 2005, str. 95.

žile su da Sudsko veće utvrdi protezanje međudržavne granice u sektori-
ma reka Niger i Mekru (Mekrou), kao i kojoj od država pripadaju ostrva
u reci Niger, i naročito kojoj od država pripada ostvro Lete (Lété). Čla-
nom 6 Sporazuma dve strana u sporu odredile su pravo koje Sudsko veće
treba da primeni u rešavanju spora na sledeći način: „Pravila i načela me-
đunarodnog prava primenjiva na spor su ona koja su izložena u članu 38,
stav 1 Statuta Međunarodnog suda, uključujući načela sukcesije država u
granice nasleđene iz kolonijalizma, to jest, nedodirljivost tih granica.“²
Stav 1 člana 38 Statuta Međunarodnog suda određuje osnovne izvore me-
đunarodnog prava, dakle međunarodne ugovore, običajno međunarodno
pravo i opšta pravna načela. Dve strane u sporu odredile su, dakle, prime-
njivo pravo na najširi mogući način. Zanimljivo je da one upućuju na na-
čelo *uti possidetis juris* na posredan način, opisujući suštinu tog načela
kao sukcesiju država u granice nasleđene iz kolonijalizma, odnosno kao
nedodirljivost kolonijalnih granica. Obe strane su se, međutim, pozivale
izrično na načelo *uti possidetis juris* u svojim pisanim podnescima i
usmenim izlaganjima pred Sudskim većem. Bilo je nesporno da to načelo
ima ključnu ulogu u rešavanju spora između dve strane. Određivanje pri-
menjivog prava na najširi mogući način pokazalo se razumnim i kori-
snim. Iako je spor rešen kombinovanom primenom načela *uti possidetis
juris* i načela efektiviteta, Sudsko veće je primenilo i neka opšta pravila
međunarodnog prava, kao što je ono o dvodimenzionalnosti državne gra-
nice ili se inspirisalo preovlađujućom praksom država. Benin je stekao
nezavisnot 1. avgusta 1960. godine, a Niger tri dana kasnije, 3. avgusta
1960. godine. Tokom ta tri dana nije bilo promena u pogledu granice te je
Sudsko veće odredilo te datume kao kritični datum, dakle Sudsko veće je
trebalo da utvrdi kako se kolonijalna granica protezala u prva tri dana av-
gusta 1960. godine.³

Članom 1 Sporazuma dve strane opredelile su se da spor reši Sudsko
veće, a ne Sud u punom sastavu, te da Sudsko veće bude sastavljeno sa-
glasno Statutu Suda. One su zadržale pravo da imenuju svaka svog *ad
hoc* sudiju.⁴ Sporazumom su definisani elementi sudskog postupka. Stra-
ne u sporu dostavile su svaka po tri pisana podneska, simultano u dogo-
vorenim rokovima.

Sporna granica nalazila se u oblasti dve reke – Niger i Mekru. Dve re-
ke su međusobno povezane tako što se Mekru uliva u Niger. Benin je tražio
da Sudsko veće presudi da se granica pruža sredinom reke Mekru do nje-

² *Ibid.*, str. 96.

³ *Ibid.*, str. 108, par. 24.

⁴ *Ibid.*, str. 95.

nog ušća u Niger, i da, zatim, ide levom obalom Nigera, ostavljajući ceo tok reke i sva ostrva u njoj Beninu.⁵ Niger je tražio da Sudsko veće presudi da oblast omeđena rekom Mekru, koja teče u obliku luka i jednom tetivom koja spaja najudaljenije tačke tog luka pripada Nigeru, a da se granica na reci Niger proteže sredinom najdubljeg kanala na toj reci. Što se ostrva na reci tiče, Niger je tražio da Sudsko veće presudi da najdublji kanal na reci određuje suverenitet nad ostrvima, dakle ona ostrva koja se nalaze između tog kanala i obale jedne strane pripadaju toj strani. Niger je tražio, takođe, da Sudsko veće utvrdi granicu na mostovima (Gaya-Malanville) tako da se granica pruža sredinom tih građevina.⁶ Obe države dobile su nešto od onog što su tražile, ali nijedna nije dobila sve što je tražila. Obe mogu da budu zadovoljne u nekoj meri. Okolnosti su bile takve da je primena prava učinjena presudom Veća mogla da deluje izmirujuće na dve strane. To se ne događa uvek u teritorijalnim sporovima.

Teritorijalni spor između dve strane ima istoriju koja počinje u poslednjim godinama kolonijalizma, dakle u poznim pedesetim godinama, kada počinje sporenje između tadašnje dve francuske kolonije oko ostrva na reci Niger, naročito oko ostrva Lete. Početkom šesdesetih godina, dve strane, tada već kao nezavisne države počinju da rešavaju spor. Pošto same nisu uspele da reše spor, poverile su njegovo rešavanje Međunarodnom sudu,⁷ koji je rešio spor. Struktura presude sledi strukturu ranijih presuda u kojima je primenjeno načelo *uti possidetis juris*. Presuda počinje razmatranjem tog načela i njegove primene u kontekstu francuskog kolonijalnog prava. Posle opštih razmatranja sledi utvrđivanje granice u dva sporna sektora, prvo u oblasti reke Niger, i zatim, u oblasti reke Mekru. Sa obzirom da se javio i spor u vezi sa tim da li je Sudsko veće ovlašćeno Specijalnim sporazumom iz 2001. da odredi granicu na dva mosta na reci Niger, Sudsko veće je rešilo ovaj spor, nalazeći da je nadležno da odredi granicu na mostovima i odredilo je tu granicu.⁸

Opšta razmatranja Sudskog veća o načelu *uti possidetis juris*

Iako je Sudsko veće konstatovalo da postoji saglasnost strana u pogledu primene načela *uti possidetis juris*, ono je ponovo potvrdilo postojanje tog načela kao opšteg načela međunarodnog prava, koje je već više

⁵ *Ibid.*, str. 102.

⁶ *Ibid.*, str. 103.

⁷ *Ibid.*, str. 107.

⁸ Vidi pregled teritorijalnih sporova koje je rešio Međunarodni sud kod B. Taylor Sumner, *Territorial Disputes at the International Court of Justice*, 53 *Duke Law Journal*, 2004, str. 1779.

puta primenjivano u kontekstu rešavanja graničnih sporova između afričkih zemalja. Sudsko veće uputilo je na *Granični spor* između Burkina Faso i Republike Mali, presuđen 1986. godine. Ono je uputilo, takođe, na član 4 (b) Konstitutivnog akta Afričke unije, potpisanog u Lomeu 11. jula 2000., primećujući da su obe države u sporu članice Unije.⁹

Sudsko veće ponovilo je, opet, u ovom predmetu neke opšte pravne stavove Međunarodnog suda u vezi sa tim načelom. Ponovilo je stav da je primarni cilj načela poštovanje teritorijalnih granica koje su postojale u momentu sticanja nezavisnosti. Ponovilo je, takođe, da saglasno tom načelu pravni osnov ima nadmoć nad efektivnim posedovanjem.¹⁰ Sudsko veće pozvalo se na raniju jurisprudenciju Međunarodnog suda u vezi sa tim pitanjem i ekspliciralo je jedan stav prethodnog veća koje je presudilo u *Graničnom sporu* između Burkina Faso i Republike Mali.¹¹ Taj stav je glasio da kada efektivitet ne koegzistira ni sa jednim pravnim osnovom, efektivitet mora neizostavno da bude razmotren.¹²

Obe strane su dokazivale svoj suverenitet na delovima sporne teritorije pozivanjem, između ostalog, na vršenje svoje vlasti nad tim delovima posle sticanja nezavisnosti (post-colonial *effectivités*).¹³ U vezi sa tim pitanjem Sudsko veće je ponovilo stav koje je prethodno veće Međunarodnog suda zauzelo u sporu između El Salvadora i Nikaragve (*Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*), a prema kome je moguće uzeti u obzir u nekim slučajevima dokumentarne dokaze postkolonijalnog efektiviteta, ako oni sadrže indikacije u pogledu *uti possidetis juris* granice, pod uslovom da postoji odnos između tog efektiviteta i određivanja te granice.¹⁴

Iako je među stranama postojala načelna saglasnost u pogledu primene načela *uti possidetis juris*, pojavile su se neke razlike među njima u pogledu primene načela. Jedna od njih ticala se pitanja kako fizičke promene na reci, pojava novog ostrva ili nestanak ostrva, koje su se desile posle kritičnog datuma, dakle posle sticanja nezavisnosti, utiču na primenu načela. Niger je smatrao da načelo nije prepreka za Sudsko veće da uzme u obzir

⁹ Vidi šire o primeni ovog načela pri određivanju međudržavnih granica B. Tubić, *Primena načela uti possidetis juris pri određivanju međudržavnih granica*, XLV *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2011, 3/II, str. 647.

¹⁰ *Ibid.*, str. 108, par. 23.

¹¹ Vidi šire o odnosu *uti possidetis juris* i načela efektiviteta kod A. Alvarez-Jimenez, *Boundary Agreements in the International Court of Justice's Case Law, 2000–2010*, 23 *European Journal of International Law*, 2012, str. 497.

¹² *I.C.J. Reports* 1986, str. 587, par. 63; *Ibid.*, str. 127, par. 77.

¹³ *Ibid.*, str. 109, par. 27.

¹⁴ *Ibid.*, str. 109, par. 27.

fizičke promene na reci, koje su se desile posle sticanja nezavisnosti, kako bi presuda bila smislena i primenjiva.¹⁵ Dakle, Niger je, tražio, pozivajući Sudsko veće da najdublji kanal na Nigeru uzme kao odrednicu za pripadnost pojedinih ostrva, primeni taj kriterij samo na ostrva koja su postojala u vreme suđenja. Benin je smatra da načelo *uti possidetis juris* obavezuje Sudsko veće da se drži fizičkog stanja na reci, koje je postojalo u vreme sticanja nezavisnosti. Sudsko veće je nastojalo da pomiri ova gledišta, ali je, ipak, bilo bliže gledištu Nigera. Ono se složilo da načelo *uti possidetis juris* mora da se primeni na fizičko stanje, kakvo je bilo u vreme sticanja nezavisnosti, ali je dodalo da posledice te primene, naročito u pogledu pripadnosti ostrva, moraju da se cene prema fizičkom stanju koje postoji u vreme presuđivanja.¹⁶ Zaista, ako se dogodila promena toka reke ili promene u reci, bilo bi normalno da se utvrdi kako se granica protezala u vreme sticanja nezavisnosti i da se, zatim, primenom opštih pravila međunarodnog prava, utvrdi da li je fizička promena toka reke ili promene u reci uticala na tako utvrđenu granicu i, ako jeste, kako je uticala. Međutim, ovo sporno pitanje nije bitnije uticalo na utvrđivanje granice u spornim oblastima, jer Sudsko veće nije ustanovilo da su se dogodile značane promene na tokovima posle sticanja nezavisnosti.

Razlike između strana u sporu pojavile su se i u pogledu dokumenata i mapa koje su podnete Sudskom veću radi određivanja granice. Niger je smatrao da Sudsko veće treba da uzme u obzir dokumente i mape, koje su izrađeni posle sticanja nezavisnosti, ne samo da bi utvrdilo stvarnost koja postoji u vreme suđenja, već i da bi utvrdilo kakva je situacija postojala pre sticanja nezavisnosti. Prema Nigeru ta situacija bi se mogla ustanoviti na osnovu studija učinjenih neposredno posle sticanja nezavisnosti dve strane.¹⁷ Suprotno tome, Benin je smatrao da Sudsko veće treba da odluči na osnovu istraživanja i dokumenata izvršenih pre sticanja nezavisnosti, dakle pre kritičnog datuma.¹⁸ Sudsko veće nije *a priori* isključilo mogućnost korišćenja mapa, dokumenata i studija nastalih posle kritičnog datuma, ali samo radi toga da bi se ustanovilo kakva je situacija postojala u vreme kritičnog datuma, jer cilj načela *uti possidetis juris* jeste da zamrzne teritorijalni osnov. Naravno, situacija je drugačija, ako ova naknadna dokumenta svedoče o saglasnosti strana o protezanju granice, jer ta naknadna saglasnost dezavuiše granicu *uti possidetis juris*.¹⁹

¹⁵ *Ibid.*, str. 108, par. 25.

¹⁶ *Ibid.*, str. 108, par. 25.

¹⁷ *Ibid.*, str. 109, par. 26.

¹⁸ *Ibid.*, str. 109, par. 26.

¹⁹ *Ibid.*, str. 109, par. 26.

Sudsko veće ponovilo je, inače, stav predhodnog veća Međunarodnog suda o dokaznoj vrednosti mapa, koji je iznet u Graničnom sporu između Burkina Faso i Republike Mali, a koji glasi:

„mape čine jedino informaciju koja varira u pogledu tačnosti od slučaja do slučaja; same po sebi i po osnovu samog svog postojanja, one ne mogu da čine teritorijalni osnov (territorial title), odnosno dokument kome međunarodno pravo daje unutrašnju pravnu snagu za ustanovljavanje teritorijalnih prava. Naravno, u nekim slučajevima mape mogu da steknu takvu pravnu snagu, ali gde je to tako pravna snaga ne izvire jedino iz njene unutrašnje meritornosti: ona postoji zato što takve mape spadaju u kategoriju fizičkog ispoljavanja volje države ili zainteresovanih država. To je slučaj, na primer, gde su mape dodate službenom tekstu i čine njegov integralni deo. Izuzev u tom jasno određenom slučaju, mape su samo spoljašnji dokaz različite pouzdanosti ili nepouzdanosti koji može da bude korišćen sa drugim dokazima kojima se dokazuju činjenice radi ustanovljavanja ili rekonstrukcije stvarnih činjenica.“²⁰

Obe strane u ovom sporu podnele su neke mape u prilog svojih tvrdnji o protezanju granice u oblasti reke Niger. Ni jedna od njih nije tvrdila da te mape sadrže „inherentnu pravnu snagu“ u smislu da su fizički izraz volje država. One nisu činile anekse nekih službenih tekstova.²¹

Mimo dokumentarnih dokaza, Benin je prezentovao svedočenje pojedinaca u obliku odgovora na službeno ispitivanje (*sommations interpellatives*) kako bi dokazao vršenje efektivne vlasti nad celim tokom reke Niger. Niger je smatrao ovo svedočenje nepouzdanim i svedočenjem kome se ne može pokloniti poverenje, jer je uzeto nekoliko dekada posle perioda u pitanju. Benin se nije pozivao na ta svedočenja u kasnijim fazama postupka.²²

Opšta razmatranja Sudskog veća o primeni načela *uti possidetis juris* na francuske kolonije u Africi

Strane u sporu bile su kolonije u sastavu Francuske Zapadne Afrike te su granice među njima bile ustanovljavane na osnovu francuskog kolonijalnog prava (*droit d'outre-mer*). Sudsko veće nije, naravno, primenivalo to pravo da bi rešilo spor, već je polazilo od tog prava kao od činjenica relevantnih za utrdjivanje granice *uti possidetis juris*. Pravila tog prava bila su relevantna da Sudsko veće utvrdi organe nadležne za povlačenje granice među kolonijama, kao i za odlučivanje o pravnim dejstvima

²⁰ *I.C.J. Reports 1986*, str. 582, par. 54., *Ibid.*, str. 119, par. 44.

²¹ *Ibid.*, str. 128, par. 80.

²² *Ibid.*, str. 128, par. 80.

akata koje su pojedini organi učinili. Među stranama u sporu nisu postojale razlike u pogledu glavnih pitanja vezanih za francusko kolonijalno pravo. Predsednik Francuske Republike imao je ovlašćenje da formira kolonije ili teritorije do 1946. godine, a posle te godine to ovlašćenje prešlo je na francuski Parlament. Generalni guverner (Governor-General) Francuske Zapadne Afrike imao je ovlašćenje da formira teritorijalne jedinice unutar kolonija, na osnovu jedne naredbe iz 1904. godine. Svojom naredbom iz 1912. godine, generalni guverner ovlastio je guvernera (Lieutenant-Governors) koji su upravljali pojedinim kolonijama da formiraju manje teritorijalne jedinice – okruge - (*cercles*) unutar većih, koje je formirao generalni guverner.²³ Nesporno je bilo da ovlašćenje za formiranje neke teritorijalne jedinice uključuje ovlašćenje za određivanje teritorije te jedinice, odnosno za određivanje granica te jedinice. Tako je generalni guverner, imajući ovlašćenje da formira teritorijalne jedinice unutar kolonija, imao implicitno ovlašćenje da, određujući granice tim teritorijalnim jedinicama, određuje međukolonijalni granicu u slučajevima kada su se teritorijalne jedinice jedne kolonije graničile sa teritorijalnim jedinicama druge kolonije. Tokom vremena događale su se promene teritorija kolonija i teritorijalnih jedinica unutar njih. Benin, pošto je uključen u Francusku Zapadnu Afriku 1899. godine, protezao sa obe strane reke Niger. Generalni guverner osnovao je Odlukom (*arrêté*) od 23. jula 1900. godine Treću vojno područje koja je obuhvatilo oblasti sa leve obale reke Niger od Seja (Say) do jezera Čad. Ova oblast je postala kasnije deo države Niger. Predsednik Francuske doneo je Naredbu 20. decembra 1900. godine o osnivanju Trećeg vojnog područja između reke Niger i jezera Čad.²⁴ Iako Naredba ne pominje odluku, Sudsko veće je bilo mošljenja da se njom potvrđuje Odluka.

Određivanje granice u oblasti reke Niger

Benin je tvrdio da se granica pruža levom obalom reke Niger, tako da ceo vodotok i ostrva u njemu ostaju Beninu. Niger je tvrdio da se granica pruža na samoj reci Niger i da sledi najdublji kanal Nigera, tako da granica deli reku Niger kao i ostrva u reci. Obe strane su svoje zahteve temeljile na određenim pravnim aktima, dakle na određenim pravnim osnovima, kao i na načelu efektiviteta.

Benin je svoj zahtev zasnivao na Odluci Generalnog guvernera od 23. jula 1900. godine kojom je ustanovljena Treće vojno područje, koja će postati deo Nigera, na levoj obali reke Niger i na Naredbi Predsednika

²³ *Ibid.*, str. 120, par. 47.

²⁴ *Ibid.*, str. 121, par. 49, 50.

Republike od 20. decembra 1900. godine, kojom je to potvrđeno. Naredba Predsednika Republike bila je akt najviše pravne snage. Generalni guverner Francuske Zapadne Afrike bio je ovlašćen da ustanovljava teritorijalne jedinice unutar kolonija, da određuje njihove granice. Benin je ukazivao na činjenicu da je Odlukom rečeno da to Područje čine oblasti na levoj obali reke Niger, te je na osnovu toga zaključio da reka u celini i sva ostrva u njoj ostaju koloniji Dahomej, dakle današnjem Beninu,²⁵ jer se Dahomej nalazio na desnoj obali reke. Benin je, dalje, tvrdio da je tu granicu potvrdio gospodin Rajnie (Raynier), generalni sekretar i *ad interim* guverner Nigera svojim pismom od 27. avgusta 1954. godine. Reč je o pismu, koje je pomenuti gospodin uputio upravitelju teritorijalne jedinice Geja (Gaya (Niger)) i u kom je stajalo: „da granicu Teritorije Niger čini linija najviše vode, na levoj strani reke, od sela Bandofej (Bandofay) do granice Nigerije“ i da „prema tome, sva ostrva koja se nalaze u tom delu reke čine deo Teritorije Dahomej.“²⁶ Benin je naveo to pismo kao potvrdu da je Odlukom od 23. jula 1900. godine određena granica, koja je sada tim pismom precizno opisana. Benin je tvrdio da ovaj akt *ad interim* guvernera nije učinjen van njegove nadležnosti, jer ima deklaratoran karakter, dakle njime se izražava ranije određena granica, a akt ima konstitutivno dejstvo jedino u pogledu preciziranja granice.²⁷ Benin je tvrdio da je to pismo postalo kasnije predmet međukolonijalne korespodencije, da su se na njega pozivale vlasti Dahomeja, te da, zato, ono obavezuje Niger. Autor pisma nije nikada povukao to pismo, niti je viša vlast poništila to pismo.²⁸ Guverner Nigera nije bio ovlašćen da određuje međukolonijalnu granicu, te je Benin tvrdio da je on nije ni odredio, već je samo precizno izrazio granicu koja je bila određena Odlukom generalnog guvernera iz 1900. i potvrđena Nerebdom Predsednika Republike iz iste godine.

Niger je naveo pismo francuskog ministra za kolonije od 7. septembra 1901. godine, kao i dve odluke generalnog guvernera Francuske Zapadne Afrike od 8. decembra 1934. i 27. oktobra 1938. godine.²⁹ Pomenuto pismo francuskog ministra za kolonije bilo je odgovor na pismo generalnog guvernera Francuske Zapadne Afrike, kojim je ovaj prosledio inicijativu guvernera Dahomeja, da bi bilo najbolje sa geografskog i političkog stanovišta da se granica između Dahomeja i Trećeg vojnog područja ustanovi na reci Niger. Generalni guverner je podržao predlog guvernera

²⁵ *Ibid.*, str. 121, par. 51.

²⁶ *Ibid.*, str. 115, par. 38.

²⁷ *Ibid.*, str. 124, par. 58.

²⁸ *Ibid.*, str. 124, par. 59.

²⁹ *Ibid.*, str. 121, par. 52.

Dahomeja, a ministar se u svom odgovoru složio sa generalnim guvernerom.³⁰ Dve pomenute odluke iz 1934. i 1938. tiču se reorganizacije teritorijalne podele kolonije Dahomej. Odlukama je određeno da istočnu i severoistočnu granicu dahomejskog okruga Kandi čini reka Niger.³¹

Pismo francuskog ministra za kolonije od 7. septembra 1901. bilo je jak argument protiv tvrdnje Benina da je Odlukom o osnivanju Trećeg vojnog područja iz 1900. ustanovljena granica na levoj obali reke Niger. Da je granica uspostavljena Odlukom generalnog guvernera iz 1900., koja je iste godine potvrđena Naredbom Predsednika Republike, malo je verovatno da bi sledeće godine generalni guverner ponovo postavljao pitanje protezanja te granice. Analizom teksta Odluke generalnog guvernera od 23. jula 1900., kojom je osnovano Treće vojno područje, i Naredbe Predsednika Republike od 20. decembra 1900. godine, kojom je to potvrđeno, Sudsko veće došlo je do zaključka da se tim aktima pripajaju neke oblasti, koje su do tada pripadale Dahomeju, Trećem vojnom području, te da se načelno određuje prostiranje tog područja, ali ne i njegova granica. Reči „oblasti na levoj obali Nigera“ u Odluci i „Niger“ u Naredbi koriste se da bi se označile oblasti koje ulaze u Treće vojno područje.³²

Što se tiče pisma gospodina Rajnie, *ad interim* guvernera Nigera, od 27. avgusta 1954. godine, kojim on obaveštava upravitelja teritorijalne jedinice Geja u Nigeru da „granicu teritorije Niger čini linija najviše vode, na levoj obali reke od sela Bandofeja do granice Nigerije“ i da „prema tome sva ostva koja se nalaze u tom delu reke čine deo teritorije Dahomeja“, Sudsko veće je konstatovalo da guverner Nigera nije bio ovlašćen da određuje međukolonijalnu granicu, saglasno francuskom kolonijalnom pravu. Pošto nije prihvatilo tvrdnju Benina da je Odlukom i Naredbom iz 1900. određena granica, Sudsko veće nije moglo da prihvati niti tvrdnju da se pismom guvernera Nigera iz 1954. ona samo precizira. Uostalom, guverner nije bio nadležan niti da precizira međukolonijalnu granicu. Sudsko veće odbacilo je, takođe, tvrdnju Benina o nekoj vrsti neformalne međukolonijalne saglasnosti koja je proistekla iz korespondencije vlasti dve kolonije i koja obavezuje Niger, jer takav pravni koncept nije postojao u francuskom kolonijalnom pravu.³³ Navedeno rezonovanje Sudsko veća važno je sa stanovišta razlikovanja kocepata međunarodnog prava, koji ostaju neprimenjivi dok kolonije ne steknu nezavisnot, i kolonijalnog prava koje je meritorno za određivanje granice. Benin nije, dakle, uspeo

³⁰ *Ibid.*, str. 114, par. 38.

³¹ *Ibid.*, str. 115, par. 38.

³² *Ibid.*, str. 122, par. 53.

³³ *Ibid.*, str. 125, par. 67.

da dokaže postojanje pravnog osnova za svoju tvrdnju da se granica pruža levom obalom reke Niger.

Da bi dokazao postojanje pravnog osnova za svoju tvrdnju da se granica pruža sredinim najdubljem kanala na reci Niger, Niger se pozvao na odluke generalnog guvernera Francuske Zapadne Afrike od 8. decembra 1934. i 27. oktobra 1938. o reorganizovanje unutrašnje teritorijalne strukture Dahomeja, a koje su sadržale opise granica pojedinih okruga. U obe odluke severozapadna granica okruga Kandi (Dahomej) opisana je kao „tok Nigera do njegovog spajanja sa Mekru.“³⁴ Niger je tvrdio da su te odluke formalna i autoritativna potvrda da je granica između Dahomeja i susedne kolonije Niger locirana na samom toku, kako je to već bilo naznačeno u pismu ministra za kolonije od 7. septembra 1901.³⁵ Benin je tvrdio da su te odluke imale unutar-kolonijalni karakter i da namera nije bila da se odredi granica Dahomeja sa drugom kolonijom. Pored toga, Benin je ukazivao na činjenicu da su u tim odlukama korišćeni neprecizni termini koji ne isključuju granicu na levoj obali reke.³⁶

Sudsko veće pošlo je od činjenice da je generalni guverner doneo pomenute odluke, dakle da je odluke donela vlast koja je bila nadležna prema francuskom kolonijalnom pravu da ustanovljava, razgraničava i reorganizuje okruge u kolonijama. Sudsko veće konstatovalo je, takođe, da u meri u kojoj te odluke opisuju granice okruga susednih kolonija, koje su, takođe, pod njegovom vlasti, te odluke nemaju isključivo interni karakter, već se odnose i na među-kolonijalne odnose. Polazeći od tih odluka Sudsko veće konstatovalo je da je tok reke Niger činio međukolonijalnu granicu.³⁷ Međutim, na osnovu tih odluka, zbog nepreciznog opisa granice, Sudsko veće nije moglo da odluči gde je granica bila locirana na reci, da li je *talveg* (thalweg) činio granicu, ili je to bila sredina reke, jedna ili druga obala ili neka druga linija na reci.³⁸ Sudsko veće nije moglo, zato, da podrži tvrdnju Nigera da je navedenim odlukama ustanovljena granica *na* reci. Odluke su potvrđivale samo da je reka bila granica.³⁹

Dakle, ni jedna strana nije uspela da dokaže da je njen zahetev u pogledu protezanja granice u oblasti reke Niger zasnovan na nekom pravnom osnovu, dakle nekom pravnom aktu kojim je određena granica. Pošto je konstatovalo da ni jedna strana u sporu nije uspela da dokaže posto-

³⁴ *Ibid.*, str. 126, par. 68.

³⁵ *Ibid.*, str. 126, par. 69.

³⁶ *Ibid.*, str. 126, par. 70.

³⁷ *Ibid.*, str. 126, par. 71.

³⁸ *Ibid.*, str. 126, par. 72.

³⁹ *Ibid.*, str. 127, par. 74.

janje pravnog osnova za svoje tvrdnje o protezanju granice u oblasti reke Niger, Sudsko veće se okrenulo ispitivanju efektiviteta. Obe strane su tvrdile da su njihove lokalne kolonijalne vlasti vršile neke administrativne akte na ostrvima u reci. One su pominjale dozvole za košenje, ribarenje i sečenje drveća kao i prikupljanje taksi, periodične sanitarne kontrole stoke, vojno patroliranje i policijske aktivnosti.⁴⁰

Ostrvo Lete je najveće ostrvo u reci Niger na kome se nalazi istoimeni selo. Vršenje vlasti nad tim ostrvom bilo je naročito sporno. Poreski registar okruga Geje (Niger) sadrži neka upućivanja u vezi sa ostrvom Lete u godinama 1925., 1927., 1928., 1930., 1932., 1935. i 1936. Lete je uključena u listu sela smeštenih u području okruga Geje sa naznakom broja stanovnika u 1932., 1945., 1946. i 1954. Ona je uključena u popisne liste u 1944. i 1945. Guverner Nigera dozvolio je obaranje palminog drveća na ostrvu Lete u 1946.⁴¹ Selo Lete je pominjano kao biračko mesto u Nigeru u 1955., 1957. i 1958.⁴²

Ova praksa bila je saglasna sa jednim neformalnim sporazumom postignutim 1914. između komandanata dva okruga koji su pripadali dvema kolonijama. Komadant sektora Geje (Niger), zamenik administratora Sadu (Sadoux) napisao je pismo komandantu okruga Srednjeg Nigera (Moyen-Niger) (Dahomej) 3. jula 1914. godine. Cilj pisma bio je da se razgraniči teritorijalna nadležnost domorodačkih sudova u dve kolonije i da se utvrdi kada je potrebno da se izdaju dozvole za košenje domorodačkom stanovništvu sa obe obale.⁴³ Uz pismo je pridodata lista ostrva u reci Niger sa naznakom kojoj koloniji pripada svako ostrvo. Podela je učinjena prema glavnom plovnom kanalu, kroz koji je plovidba moguća tokom cele godine. Pismo je sadržalo i poziv komandantu okruga Srednjeg Nigera da dođe u Geju radi razgovora, ako osporava listu sa raspodelom ostrva. Izgleda da je sastanak održan i da je urodio dogovorom, ali o tome nisu dostavljeni dokumenti.⁴⁴ Sudsko veće je došlo do takvog zaključka na osnovu jednog izveštaja privremenog upravnika okruga Geje iz maja 1917. godine, u kome je stajalo:

„U julu 1914. komadant okruga Geja imao je konsultacije na licu mesta sa komdantom okruga Kandi (Dahomej), i oni su predložili odgovarajućim šefovima kolonija da se jedino kanal Nigera, koji je stalno plovno, uzme za granicu. Iako ti predlozi nisu nikada stvarno potrđeni, oni su

⁴⁰ *Ibid.*, str. 127, par. 78.

⁴¹ *Ibid.*, str. 130, par. 87.

⁴² *Ibid.*, str. 131, par. 93.

⁴³ *Ibid.*, str. 128, par. 83.

⁴⁴ *Ibid.*, str. 128, par. 84.

od tada uvek služili kao osnova za rešavanje sporova između različitih grupa Pula (Peuhls).⁴⁵ U tom izveštaju stoji da je okrug Geja upravljala selom Lete (Lété) na istoimenom ostrvu u Nigeru.

Dahomej je osporavao pravo Geje da upravlja ostrvom Lete u 1919. godini ali, izgleda, da se aranžman iz 1914. kasnije poštovao kao *modus vivendi*.⁴⁶ Dahomej je predložio razmenu Lete za tri ostrva koja su se nalazila na suprotnoj strani od Geje, a koje je zamenik administratora Sadu pripisao Dahomeju. Ovaj predlog nije prihvaćen.

Ad interim guverner Nigera napisao pismo 1954., koje je već napred pomenuto, i u kome je rekao da se granica proteže „linijom najviše vode, na levoj obali reke, od sela Bandofej (Bandofay) do granice Nigera“ i da „sva ostrva u tom delu reke (čine) deo teritorije Dahomeja.“⁴⁷ U tom periodu učestali su zahtevi Dahomeja da upravlja ostrvom Lete. Šef administracije u Malonvilu (Malanville) (Dahomej) u pismu komandantu okruga Kandi (Dahomej), od 23. maja 1955., pominje teškoće koje su se pojavile u vezi sa prikupljanjem poreza od stanovnika Nigera, koji su držali stoku na Leteu. On je postavio pitanje da li je sakupljač poreza ovlašćen da prikuplja poreze na ostrvu Lete.⁴⁸ Šef područja Geje u pismu komadantu okruge Doso od 20. juna 1955., naglasio je da se uvek smatralo da ostrvo Lete pripada Nigeru.⁴⁹

Ozbiljni problemi pojavili su se u 1959., godine. Šef područja Malonvil obavestio je predsednika Vlade Dahomeja, tada autonomne republike u Francuskoj Zajednici, o sporovima između stanovnika Guruberi (Gouroubéri) (Dahomej) i Pula iz Nigera koji su, kršeći svojinska prava Guruberija, okupirali ostrvo Lete. Dodao je da je imao neuspešne konsultacije sa svojim kolegom u Geji, koji izgleda da podržava Pule.⁵⁰ Šef oblasti Malonvil smatrao je da se granica proteže duž leve obale reke te da je ostrvo Lete uvek pripadalo Guruberijima.⁵¹ Komadant okruga Kandi (Dahomej) posetio je Malonvil u decembru 1959. Šef područja Geja pozvan je da se sastane sa njim na Leteu, ali sastanak nije održan.⁵² U noći 29. juna 1960., u nemirima koji su se desili, ubijeno je četvoro Pula iz Nigera i neke kolibe su zapaljene.⁵³ Komadant okruga Kandi (Dahomej)

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*, str. 129, par. 85.

⁴⁷ *Ibid.*, str. 130, par. 89.

⁴⁸ *Ibid.*, str. 130, par. 90.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*, str. 131, par. 94.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*, str. 131, par. 95.

⁵³ *Ibid.*, str. 131, par. 96.

obavestio je ministra unutrašnjih poslova Dahomeja pismom od 3. jula 1960., da je red uspostavljen i da su oboje Geja (Niger) i Malonvil (Dahomej) poslale male policijske jedinice na ostrvo.⁵⁴

Sudsko veće je zaključilo da je u periodu 1914. do 1954. načelno poštovan *modus vivendi* uspostavljen Saduovim pismom iz 1914. i da su u tom periodu obe strane smatrale da je glavni plovni kanal reke Niger granica.⁵⁵ Dakle, administrativne vlasti Nigera vršile su vlast na ostrvima na levoj strani, a Dahomej na ostrvima sa desne strane te granične linije. Zbog praktičnih razloga, ovlašćenje Nigera da upravlja ostvrom Lete sporadično je dovođeno u pitanje, ali pravno i faktički nije osporavano.⁵⁶ Sudsko veće podsetilo je na predlog vlasti Dahomeja iz 1925. da razmene tri ostrva nasuprot Geje, koja su prema aranžmanu iz 1914. pripala Dahomeju, za ostrvo Lete, ali do razmene nije došlo.⁵⁷ Prema informacijama kojima je Sudsko veće raspolagalo, tim ostrvima upravljao je okrug Kandi (Dahomej). Imajući to u vidu, Sudsko veće je zaključilo da se granica protezala levo od tih ostrva.⁵⁸ Sudsko veće je našlo da je situacija bila manje jasna u periodu između 1954. i 1960. Obe strane su povremeno isticale zahteve u pogledu ostrva, naročito Lete-a i povremeno su obavljale administrativne akte na ostrvima.⁵⁹ Uprkos tome, Sudsko veće nije moglo da zaključi da je upravljanje ostvrom Lete, koje je do 1954. vršio Niger, preneto na Dahomej, odnosno da ga je Dahomej preuzeo. Potvrdu za ovaj stav Sudsko veće nalazi i u izveštaju žandarmerije Malonvila (Dahomej) od 1. jula 1960. u kome je rečeno da je tada ostvrom Lete upravljala Geja.⁶⁰

Benin je tvrdio da, čak ako su lokalne vlasti Nigera upravljale ostvrom Lete i drugim ostrvima u periodu između 1914. i 1954., one to nisu mogle da čine legalno ("as of right").⁶¹ Prema mišljenju Benina, *modus vivendi* je bio privremeni i praktičan aranžman do definitivnog rešenja graničnog pitanja. Po svojoj prirodi on isključuje postojanje namere da se deluje na osnovu prava i zato se na te administrativne akte ne može pozivati kao na *effectivités*. Što se perioda posle 1954. tiče, Benin je tvrdio da se Niger odrekao pismom od 27. avgusta 1954., svake namere da deluje na osnovu prava.⁶² U vezi sa ovim Sudsko veće je primetilo da

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*, str. 132, par. 98.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*, str. 132, par. 99.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*, str. 132, par. 100.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*, str. 132, par. 101.

⁶² *Ibid.*

koncept namere i volje da se dela kao suveren, kako je pomenut u *Pravnom statusu Istočnog Grenlanda*⁶³ jeste koncept međunarodnog prava i ne može da se transplantira jednostavno u kolonijalno pravo.⁶⁴

Na osnovu dokaza koje su izenele strane Sudsko veće zaključilo je da granica ide glavnim plovnim kanalom između Benina i Nigera, kako je on postojao u vreme sticanja nezavisnosti. Svaka od strana ima pravo na ostrva u reci koja se nalaze sa njene strane granice.⁶⁵

Očigledno je da praksa vršenja vlasti okruga koji su se nalazili na dve suprotne obale reke Niger i koji su pripadali koloniji Niger, odnosno koloniji Dahomej nije bila uniformna i jednoznačna. Ipak, preovlađivala je praksa da su okruzi i Nigeru vršili vlast na ostrvima koji su se nalazili levo od najdubljeg rečnog kanala na Nigeru, a da su vlasti Dahomeja vršili vlast nad ostrvima koji su se nalazili desno od tog kanala. Pismo guvernera Nigera od 27. avgusta 1954., kojim on prepušta ceo tok Nigera i sva ostrva u njemu Dahomeju, moglo bi da proizvede ozbiljne posledice da se radilo o dve suverene i nezavisne države. Međutim, prema francuskom kolonijalnom pravu, to pismo nije proizvodilo dejstvo na odnose dve kolonije u pogledu međusobne granice, jer guverner jedne kolonije nije imao ovlašćenje da utvrđuje ili menja međukolonijalnu granicu.

Određivanje granice na mostovima

Među stranama se pojavio spor da li Specijalni sporazum kojim su poverili granični spor Međunarodnom sudu sadrži i ovlašćenje da se odredi granica na dva mosta na Nigeru između Geja (Niger) i Malonvila (Benin). Niger je tražio da Sudsko veće odredi kuda ide granica na mostovima, dok se Benin tom protivio navodeći da to ovlašćenje nije dati Sudskom veću.⁶⁶ Specijalnim sporazumom Sud je pozvan da odredi kurs granice u sektoru reke Niger. Pošto su mostovi između Geja i Malonvila locirani u tom sektoru, Sudsko veće je smatralo da ima nadležnost da reši to pitanje.⁶⁷ Niger je tvrdio da se granica nalazi na sredini svakog mosta.⁶⁸ Argument za tu tvrdnju bio je da su dve strane finansirale izgradnju i izdržavanje mostova u jednakim iznosima te da mostovi čine zajedničku imovinu. Logično bi bilo,

⁶³ *Legal Status of Eastern Greenland* (Denmark v. Norway) case (1933, P.C.I.J., Series A/B, No. 53, pp. 45-46)

⁶⁴ *Ibid.*, str. 133, par. 102.

⁶⁵ *Ibid.*, str. 133, par. 103.

⁶⁶ *Ibid.*, str. 141, par. 119.

⁶⁷ *Ibid.*, str. 141, par. 120.

⁶⁸ *Ibid.*, str. 141, par. 121.

po mišljenju Nigera, da se granica nalazi na sredini ove zajedničke imovine i da ne sledi liniju granice na reci. Niger je isticao da je takvo rešenje prihvaćeno u velikom broju graničnih sporazuma.⁶⁹ Benin je smatrao da aranžmani u pogledu izgradnje i održavanja mostova kao i zajedničko vlasništvo na njima nisu od značaja za teritorijalni suverenitet.⁷⁰ Isticao je da bi razlika u protezanju granice na mostovima i na reci ispod mostova vodila nekoherentnosti i pravnoj nedoslednosti.⁷¹ Sudsko veće konstatovalo je da nijedna od strana nije tvrdila da postoji pravilo običajnog međunarodnog prava u slučaju mostova na međunarodnim vodama. Ono je, s tim u vezi, primetilo da presedenti na koje je ukazano su zasnovani na bilateralnim sporazumima.⁷² U odsustvu sporazuma među stranama, Sudsko veće je odlučilo da je rešenje da se granica na vodenom toku produži vertikalno u visinu.⁷³ To rešenje odgovara opštoj teoriji da granicu čini linija podele državnog suvereniteta ne samo na površini zemlje već i u podzemlju i vazdušnom omotaču.⁷⁴ Dakle, Sudsko veće je odlučilo da granica na mostovima sledi granicu na reci. Ovo rešenje je bez uticaja na pitanje vlasništva nad mostovima.⁷⁵

Određivanje granice u sektoru reke Mekru

Primena načela *uti possidetis juris* na utvrđivanje granice u sektoru reke Mekru je naročito zanimljiva i značajna te doprinosi boljem razumevanju tog načela.

Benin je tvrdio da se granica pruža srednjom linijom reke Mekru. On je smatrao da se takva granica zasniva na načelu *uti possidetis juris*, dakle na pravnom osnovu posedovanja koji je važio u vreme sticanja nezavisnosti kao i na načelu efektiviteta.⁷⁶ Alternativno, Benin je takvu graničnu liniju zasnivao na formalnom priznanju Nigera, koje je ovaj učinio tokom pregovora 1973. i 1974. u vezi sa izgranjom Djodjonga (Dyodyonga) brane.⁷⁷ Benin se pozivao na verbalnu notu Nigera od 29. avgusta 1973. i na zapisnike sa sastanka eksperata dve strane, koji je održan 8. februara 1974. U oba dokumenta navedeno je da reka Mekru čini granicu.⁷⁸

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*, str. 141, par. 122.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*, str. 141, par. 124.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ *Ibid.*, str. 142, par. 126.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*

Niger je tvrdio da se granicu čine dva dela. Prvi deo granice pruža se pravom linijom koja spaja ušće reke Mekru u reku Niger i tačku gde Pariški meridijan preseca planinski venac Atakoru (Atakora). Dugi deo granice se, prema Nigeru, pruža od te poslednje tačke do tačaka gde se ranija granica okruga Seja i Fada sastaje sa ranijom granicom okruga Fada i Atakora.⁷⁹ Niger se pozivao na naredbu od 2. marta 1907. kojom su okruzi Sej i Fada N'Gurma uključeni u Gornji Senegal i Niger (oblast čije je deo kasnije uključen Niger) i na naredbe od 12. avgusta 1909. i 23. aprila 1913. kojim je potvrđena granica određena 1907. Reč je o naredbama Predsednika Francuske Republike.⁸⁰ Što se tiče pozivanja Benina na dokumente iz 1973. i 1974., Niger je tvrdio da, čak i ako bi se uzelo da ti dokumenti stvaraju pravnu obavezu, takva obaveza je ništava zbog očigledne greške, koja je lišava svake valjanosti saglasno običajnom pravu, kako je ono kodifikovana članom 48 (1) Bečke konvencije o pravu ugovora.⁸¹

Dve strane razlikovale su se u pogledu protezanja granice mnogo više u ovoj oblasti nego u oblasti reke Niger. Dok je Benin tvrdio da granica sledi srednju liniju reke Mekru, Niger je tvrdio da granicu čini tetiva koja spaja krajnje tačke velikog luka koga pravi reka, tako da cela reka i teritorija između reke i te tetive ostaje Nigeru.

Obe strane pozivale su se na pravne akte koji su, prema svojim donosiocima, bili podobni da budu pravni osnov za određivanje granice. Niger se pozivao na naredbe Predsednika Republike iz 1907, 1909 i 1913. Benin se pozivao na odluke generalnog guvernera Francuske Zapadne Afrike iz 1927.

Niger se pozivao, dakle, na naredbu od 2. marta 1907. kojom je promenjena granica između kolonije Gornji Senegal i Niger, s jedne strane, i Dahomeja, s druge strane, tako što su okruzi Fada N'Gurma i Sej, koji su pripadali Dahomeju, sada pripojeni Gornjem Senegalu i Nigeru. Ova naredba određuje granicu onako kako Niger tvrdi da ona postoji sada među dve države.⁸² Kasnije dve naredbe iz 1909. i 1913. potvrđuju tu granicu.

Odlukom generalnog guvernera od 31. avgusta 1927. reka Mekru određena je kao granica okruga Sej u oblasti koja se graničila sa Dahomejom.⁸³ Pomenuta odluka je usledila posle naredbe od 28. decembra 1926. kojom je okrug Sej pripojen koloniji Niger. Generalni guverner je bio

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Cour Internationale de Justice, *Affaire du Differend Frontalier* (Benin/Niger), *Memoire de la Republique du Niger*, Août 2003, str. 50.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*, str. 145, par. 129.

⁸³ *Ibid.*, str. 146, par. 135.

ovlašćen francuskim kolonijalnim pravom da odredi granicu između kolonija Gornje Volte i Nigera. Upravo to je bio cilj njegove odluke od 31. avgusta 1927.⁸⁴ Međutim, usledila je ispravka (*erratum*) kojom je promenjen tekst odluke od 31. avgusta 1927. retroaktivno tako što je ispušteno upućivanje na reku Mekru kao južno-istočnu granicu između ogruga Sej i Gornje Volte.⁸⁵

Stvorena je tako neobična situacija. Predsednik Republike odredio je svojim naredbama granicu. Generalni guverner je, postupajući po naredbi kojom okrug Sej izdvaja iz Gornje Volte i pripaja Nigeru, menja granicu između Nigera i Dahomeja. Onda je usledila ispravka kojom je promenjen tekst te odluke tako što je izostavljeno određivanje granice između Nigera i Dahomeja.

Pored navedenih pravnih dokumana podneti su i drugi pravni akti Sudsko veću kojima su određeni rezervati za divljač i nacionalni parkovi u oblasti „Niger W.“ Odluka generalnog guvernera od 16. aprila 1926., odluka guvernera Dahomeja od 3. septembra 1937., odluka guvernera Nigera od 13. novembra 1937. i odluke generalnog guvernera od 3. decembra 1952. i 25. juna 1953. određuju granice tih rezervata uzimajući reku Mekrou za delimitaciju.

U situaciji nekonzistentnosti relevantnih pravnih akata, Sudsko veće nalazi da se granica pružala rekom Mekru. Sudsko veće je smatralo da je ispravka Odluke generalnog guvernera iz 1927., kojom je reka Mekru određena kao granica između Nigera i Dahomeja, a, zatim je tom ispravkom izostavljeno određivanje granice između Nigera i Dahomeja, bila motivisana željom da se ostane samo pri određivanju granice između Nigera i Gornje Volte, što je stajalo u naslovu odluke, te da se, zato, iz odluke izostavi granica između Dahomeja i Nigera. Po mišljenju Sudske ispravke nije eliminisala granicu na reci Mekru između Dahomeja i Nigera, jer ona izričito kaže da se završna tačka južne granice nalazi na reci Mekru.⁸⁶

Sudsko veće posvetilo je pažnju činjenici da naredba od 2. marta 1907., kojom je određena granica mimo reke Mekru na koju se Niger poziva, nije nikada ukinuta niti promenjena nekim drugim aktom iste pravne snage. Međutim, Sudsko veće je ponovilo da je generalni guverner, koji je bio nadležan da određuje međukolonijalnu granicu, bio jednako nadležan da određuje granice okruga i preko ovih i granice kolonija.⁸⁷ U vezi

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Ibid.*, str. 147, par. 136.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid.*, str. 148, par. 140.

sa tim Sudsko veće naglasilo je da načelo *uti possidetis juris* ne zahteva oslonac samo na postojeće pravne osnove već, takođe, da zahteva da se uzme u obzir način na koji su ti osnovi tumačeni i primenjeni od kompetentnih javnih vlasti kolonijalne sile, naročito pri vršenju zakonodavne funkcije.⁸⁸ Sudsko veće smatralo se obaveznim da primeti da administrativni instrumenti koji su doneti posle 1927. nisu nikada osporavani pred nadležnim sudovima te da nema dokaza da je kolonijalna administracija kritikovana u to vreme zbog odstupanja od granice iz 1907.⁸⁹ Sudsko veće nije htelo, niti moglo da zameni francuski administrativni sud, ali primetilo je da nema ničega što bi sugerisalo da su odlukama posle 1927. administrativne vlasti očigledno prekoračila svoja ovlašćenja ili da su prekršila primenjiva pravila.⁹⁰

Sudsko veće zaključilo je da su posle 1927. nadležne vlasti smatrale tok Mekrua kao međukolonijalnu granicu, koja razdvaja Dahomej od Nigera i da se to reflektovalo u sukcesivnim instrumentima donošenim posle 1927. te da je to bila pravna situacija i 1960. u vreme sticanja nezavisnosti.⁹¹

Pošto je došlo do ovog zaključka, Sudsko veće nije smatralo nužnim da razmatra *effectivités*. Ono je ponovilo da *effectivités* ima značaj dopune ili zamene sumnjivog ili nepostojećeg pravnog osnova, ali da ne može nikada da prevlada pravni osnov i dodalo je, *ex abundanti*, da je *effectivités* na koji su se pozivale strane u tom sektoru slab.⁹² Pošto je došao do zaključka o protezanju granice u spornoj oblasti na osnovu načela *uti possidetis juris*, Sudsko veće je našlo da je spor među stranama u vezi sa pravnim dejstvom verbalne note Nigera od 29. avgusta 1974. postao bespredmetan.⁹³

Sudsko veće utvrdilo je da se granica pruža rekom Mekru u spornoj oblasti. Ostalo je da se utvrdi linija kojom se granica proteže na reci. Benin je smatrao da to treba da bude linija koja se proteže sredinom reke. Niger se nije izjasnio o tom pitanju. Sudsko veće podsetilo je da je Sud u predmetu u vezi sa *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, konstatovao sledeće: „Ugovori i konvencije koji određuju granice na vodenim tokovima danas obično upućuju na thalweg kao granicu ako je vođeni tok plovni i na srednju liniju između dve obale, ako nije, iako se ne može reći da je praksa potpuno konsistentna.”⁹⁴ Sudsko veće je prime-

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*, str. 148, par. 141.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*, str. 149, par. 142.

⁹⁴ *Ibid.*, str. 149, par. 144.

tilo da je zajednički tehnički komitet Zajedničke komisije za delimitaciju Benina i Nigera postavio koordinate na tačkama presecanja osa reke Niger i Mekru u aprili 1998. godine i tada nije mogao da nastavi svoj rad jer plovidba Mekruom nije bila moguća zbog niskog vodostaja.⁹⁵ Strane nisu dostavile Sudskom veću bilo kakvu dokumentaciju na osnovu koje bi ono moglo da utvrdi protezanje thalweg-a na Mekrou. Polazeći od činjenice da najverovatnije nema velike razlike između protezanja thalweg-a i srednje linije, i imajući u vidu činjenicu da reka nije plovna, Sudsko veće je odlučilo da granica koja sledi srednju liniju najbolje zadovoljava pravnu sigurnost inherentnu određivanju međunarodne granice.⁹⁶

Sudske odluka u pogledu određivanja granice u oblasti reke Mekru je značajna sa stanovišta razumevanja primene načela *uti possidetis juris*. Sudsko veće nalazi da načelo *uti possidetis juris* zahteva da se uzme u obzir ne samo pravni osnov već i propisi koji su donete za njegovo sprovođenje. Ono što je zanimljivo u ovom slučaju jeste da su pravni osnov – naredbe Predsednika Francuske Republike – i akti generalnog guvernera koji su trebali da slede taj pravni osnov – bili u suprotnosti. Sudsko veće se opredelilo za kasnije akte manje snage – akte generalnog guvernera, navodeći da te akte niko nije osporavao pred nadležnim sudovima u kolonijalno doba. Očigledno da francuski kolonijalni pravni sistem nije funkcionisao na perfektan način, ali nije bilo na Sudskom veću da vrši kontrolu legalnosti akata generalnog guvernera Francuske Zapadne Afrike. Druga značajna stvar jeste da načelo *uti possidetis juris* traži ponekad izvesnu dopunu da bi dalo rezultat. Primenom pomenutog načela Sudsko veće došlo je do zaključka da se granica protezala na reci Mekru, ali ne i do zaključka duž koje linije se granica proteže na reci. U situaciji kada konstatuje da su dokazi u pogledu *effectivités* koje su podnele strane slabi, Sudsko veće upućuje na preovlađujuću, ali ne i uniformnu praksu država, da se granice na međunarodnim rekama protežu linijom sredine najdubljeg kanala u toj reci (thalweg) ili srednjom linijom koja je jednako udaljena od obe obale. Konstatujući da najverovatnije ne postoji velika razlika između linije talvega i srednje linije, uzimajući u obzir da je jedan tehnički komitet Zajedničke komisije za delimitaciju Benina i Nigera postavio koordinate na tačkama presecanja osa reke Niger i Mekru u aprili 1998. godine, dakle da je markirao srednju liniju, Sudsko veće se opredelilo za srednju liniju, imajući u vidu da ova najbolje služi pravnoj sigurnosti.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Ibid.*

Zaključna razmatranja

Stefan Alen (Stephan Allen) je u pravu kada kaže da je ova presuda naročito zanimljiva, jer pokazuje složenost međusobnih odnosa prava i činjenica u okviru primene načela *uti possidetis juris*.⁹⁷ Presuda doprinosi boljem razumevanju načela *uti possidetis juris* nalazeći da su za pravni osnov određivanja granice značajni ne samo pravni akti kojima je granica uspostavljena već i akti kojima se akti o uspostavljanju granice sprovode. Ona jasno stavlja naglasak da je za primenu tog načela jedino relevantno pravo koje je važno u vreme sticanja nezavisnosti, dakle da pravila međunarodnog prava nisu primenjiva u kontekstu tog načela.

Ova presuda razlikuje se od nekih raniji⁹⁸ po tome što se Sudsko veće oslanjalo mnogo više na *uti possidetis juris* i *effectivités* nego na eventualne kasnije sporazume strana u pogledu granice. Ono se odlučilo, tako, da granicu u sektoru reke Mekru odredi primenom načela *uti possidetis juris* iako je bilo jednostavije i, možda, lakše da se ona odredi kasnijim sporazumom dve strane postignutim posle sticanja nezavisnosti, uprkos činjenici što je validnost tog sporazuma osporavao Niger.

⁹⁷ S. Allen, Case Concerning the Frontier Dispute (Benin/Niger), 55 *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, str. 729.

⁹⁸ Vidi R. Etinski, Primena načela *uti possidetis juris* između El Salvadora i Hondurasa, XLV Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 3(1) 2011, str. 95.

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

The Application of the Principle *Uti Possidetis Juris* to the Dispute between Benin and Niger

Abstract

It was not the first territorial dispute between former French colonies that was resolved by the International Court of Justice. The Court has followed its established practice in respect to the application of the principle *uti possidetis juris* and *effectivités*. Still, new facts provoke new judicial statements relevant for the principle. So, the Chamber emphasized that the *uti possidetis juris* principle *requires not only that reliance be placed on existing legal titles, but also that account be taken of the manner in which those titles were interpreted and applied by the competent public authorities of the colonial Power, in particular in the exercise of their law-making power*. It sharpened the focus on colonial law as exclusively relevant for an application of the *uti possidetis juris* principle, excluding any application of the rules of international law. In spite of the fact that the Chamber intended to resolve the case only by the application of the principle *uti possidetis juris* and *effectivités*, certain references in respect to general practice concerning river borders as well as in respect to the principle of legal certainty were necessary.

Key words: *uti possidetis juris*, *effectivités*, *dispute*, *border*.

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

AKTUELNE POTREBE DALJEG RAZVOJA RADNOG ZAKONODAVSTVA SRBIJE¹

Sažetak: *Aktuelne potrebe daljeg razvoja radnog zakonodavstva Srbije tiču se oblasti kolektivnih odnosa zaposlenih i poslodavaca i njihovih kolektivnih prava i obaveza. U pitanju su odnosi koje uspostavljaju radničke i poslodavačke organizacije međusobno, ali i odnosi između njih, sa jedne strane, i države sa druge strane. Drugim rečima, radi se o potrebi jačanja industrijske demokratije (između ostalog i dogradnjom radnog zakonodavstva u sferi kolektivnih prava zaposlenih i poslodavaca, a koja je zapravo danas u stagnaciji. Činjenica je da slabi sindikalni pokret u Srbiji, socijalni dijalog, kolektivno pregovaranje o uslovima rada, participacija zaposlenih u upravljanju, te u tim okvirima treba tražiti aktuelne potrebe za dalji razvoj radnog zakonodavstva, kako bi se ti okviri normativno ojačali i obezbedili pravnu platformu za zaustavljanje navedenih negativnih tendencija.*

Ključne reči: *sindikalne slobode i prava; socijalni dijalog; kolektivno pregovaranje; participacija zaposlenih u upravljanju, industrijska demokratija; svojinska transformacija; tranzicija; radno zakonodavstvo.*

I Uvod

Aktuelne potrebe daljeg razvoja radnog zakonodavstva Srbije izviru, pre svega, iz sfere kolektivnih odnosa zaposlenih i poslodavaca i njihovih kolektivnih prava i obaveza. Reč je o odnosima koje uspostavljaju radnič-

¹ Rad je posvećen projektu „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (Srbija i EU)“, čiji je nosilac Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

ke i poslodavačke organizacije međusobno, ali i o odnosima između njih, sa jedne strane, i države sa druge strane. Ciljevi i motivi uspostavljanja tih odnosa su u jedinstvenom zahtevu da se stvaraju nove šanse za zapošljavanje, uz istovremeno poboljšavanje uslova rada onih koji su zaposleni. Splet svih tih odnosa, institucionalnih formi preko kojih se oni uspostavljaju nazivamo industrijskim odnosima. Prava i obaveze koje u tim odnosima stižu, ostvaruju i štite navedeni akteri kao socijalni partneri (posebno radničke i poslodavačke organizacije), definišu se kao kolektivna prava i obaveze zaposlenih i poslodavaca. Reč je o kolektivnim pravima i obavezama jer se samo u okviru i preko navedenih kolektiviteta mogu ostvarivati. Realizacijom tih kolektivnih prava obezbeđuju se pravne koordinate za uspostavljanje i funkcionisanje industrijske demokratije. Drugim rečima, pravni i društveni kapacitet industrijske demokratije omeđen je kapacitetom kolektivnih prava i obaveza zaposlenih i poslodavaca, odnosno industrijska demokratija je rezultat normativne sadržine i funkcionisanja tih kolektivnih prava i obaveza (socijalni dijalog, kolektivno pregovaranje, participacija zaposlenih u odlučivanju, mirno rešavanje industrijskih konflikata i sporova itd.).

Razvoj industrijske demokratije je imperativ sadašnjeg vremena. Kao što se u političkoj sferi insistira na utemeljenju i razvoju političke demokratije (na osnovu građanskih i političkih prava), tako se i u socijalno-ekonomskoj sferi mora insistirati na industrijskoj demokratiji (na osnovu kolektivnih prava zaposlenih i poslodavaca, kao najvažnijih socijalno-ekonomskih prava). Zapravao, navedena dva aspekta demokratije teško se mogu odvajati, jer su u uzročno-posledičnoj vezi koja je dvosmerna. Politička demokratija zavisi od industrijske demokratije, i obrnuto.

U društvu u kome se ne afirmišu socijalno-ekonomska prava (narочito kolektivna) ne mogu biti afirmisana ni politička i građanska prava. I socijalno-ekonomska, i građanska i politička prava su deo jedinstvenog korpusa ljudskih prava. Politička i industrijska demokratija su samo metodi da se obezbedi normativna postojanost i funkcionalna životna svrsishodnost ljudskih prava.

Na žalost, u Srbiji kao da se ne uviđa navedena međuzavisnost ljudskih prava. Više pažnje i društvene energije troši se na razvoju političke demokratije. U drugom planu je industrijska demokratija i instrumenti sa kojima se ona izgrađuje. Zato je danas u Srbiji socijalni dijalog među navedenim socijalnim partnerima u dubokoj krizi, a to sa sobom u krizu uvlači i kolektivno pregovaranje sa arsenalom metoda mirnog rešavanja sporova, kao najdemokratskijih načina regulisanja industrijskih odnosa. Umesto da jača autonomno regulisanje industrijskih odnosa, ono slabi.

Da ne govorimo o participaciji zaposlenih u donošenju odluka kod poslodavaca, koja je već decenijama u povelju (odsustvo odgovarajućih normativnih rešenja i zanemarljiva praksa). Zato ne treba da nas iznenađuje činjenica (objavljena u sredstvima javnog informisanja), da je Srbija na prvom mestu u Evropi po broju predstavki po glavi stanovnika, koje naši građani podnose Evropskom sudu za ljudska prava, kao instituciji koja se stara o primeni konvencija Saveta Evrope (čiji smo član),² a veliki broj njih je u vezi sa kršenjem socijalno-ekonomskih prava. Predstavke su uglavnom vezane za kršenje individualnih socijalno-ekonomskih prava (prava u vezi sa zapošljavanjem i po osnovu zaposlenosti), ali to je upravo posledica normativno nedograđenih i funkcionalno zapostavljenih kolektivnih socijalno-ekonomskih prava.

U navedenim okvirima leže aktuelne potrebe daljeg razvoja radnog zakonodavstva Srbije.

II Stagnacija industrijske demokratije u Srbiji

1. Slabljenje sindikalnog pokreta zaposlenih

Glavni akteri industrijske demokratije su socijalni partneri oličeni u sindikatima zaposlenih, udruženjima poslodavca i državi.

Pravo na sindikalno organizovanje je osnovno kolektivno pravo zaposlenih.³ Od toga kako funkcioniše ostvarivanje ovog prava, zavisi i ostvarivanje drugih kolektivnih prava i ukupnog sistema industrijskih odnosa (socijalni dijalog, kolektivno pregovaranje, rešavanje industrijskih konflikata itd.). U normativnoj sferi, sindikalne slobode i prava su definisane, uglavnom, u duhu međunarodnih standarda. Ali, njihova funkcionalna dimenzija, koja se ispoljava u okviru i preko delovanja sindikalnih organizacija, zavređuje posebnu pažnju. Ova dimenzija je posebno naglašena u uslovima tranzicije.

U praksi tranzicije velikog broja zemalja, kao i naše, došlo je do marginalizacije sindikalnog delovanja. Mnogo razloga je doprinelo tome. Neki razlozi su vezani za objektivno okruženje (nastalo usled tranzicionih promena), a neki za same sindikate, njihove međusobne odnose, organizaciju, programska opredeljenja itd. Sama tranzicija, u ispoljavanju svoje

² Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava, posvećena prevashodno građanskim i političkim pravima, «Sl.L.SCG – Međunarodni ugovori», br.9/2003; Evropska socijalna povelja (revidirana) posvećena prevashodno socijalno-ekonomskim pravima, «Sl.gl.RS», br.42/2009.

³ Prema praksi normativnog regulisanja sindikata ili tredjuniona u svetu, oni mogu biti organizacije ne samo radnika već i poslodavaca. Uobičajena je upotreba ovog naziva kada su u pitanju organizacije radnika.

ekonomske i političke strane, dovela je do posledica koje bitno otežavaju rad sindikata. Prvo, privatizacioni procesi su značajno reducirali članstvo u sindikatima (praksa pokazuje da jačanje privatnog sektora i rast sindikalnog članstva stoje u obrnutoj proporciji). Zatim, intenziviranje proizvodnje, jačanje produktivnosti po osnovu podizanja tehničko-tehnološkog nivoa rada, rezultiralo je otpuštanjem radnika i drastičnim rastom broja nezaposlenih.⁴ Dalje, jačanje političkog i sindikalnog pluralizma, što jeste tranziciona neminovnost u sferi jačanja političke i industrijske demokratije, «nenaviknute» sindikate tom pluralizmu dovodi u nova iskušenja i probleme. U kontekstu rečenog, ukazaćemo na neka aktuelna pitanja sindikalnog delovanja.

Počecemo sa konstatacijom da su nastajanje i razvoj industrijske demokratije istorijski nerazdvojno povezani sa ostvarivanjem i zaštitom sindikalnih sloboda i prava. Respektovani i autonomni sindikati su uvek bili, a i danas u tranziciji to jesu, praktični zahtev industrijske demokratije.

Sindikati unose demokratiju u industriju izgrađujući sebe kao demokratsku organizaciju radnika i kao protivtežu i partnera naspram države, poslodavaca i njihovih organizacija. Kao glavni i legitimni predstavnici interesa radnika, oni moraju ostati nezavisni i biti u ulozi «opozicije» u industrijskim odnosima. U protivnom njihova legitimnost se gasi. Šta više, za razliku od «opozicije» u političkom životu, koja pre ili kasnije može doći na vlast, sindikat se mora pomiriti sa istorijskom ulogom «većitog opozicionara». Sindikat po definiciji - kao strukovna, a ne politička organizacija, se ne bori za vlast. Ovo je aksiom sindikalnog delovanja. Sa ovim ne treba mešati činjenicu da su moguće izvesne programske podudarnosti pojedinih političkih partija (naročito leve orijentacije – radničke, socijal-demokratske, socijalističke partije) i sindikalnih programa. To može poslužiti i kao osnov eventualne partnerske saradnje ili međusobnog «lobiranja» u političkoj, odnosno sindikalnoj sferi delovanja. Sem toga, u praksi je teško izbeći da članovi pojedinih sindikata, kao politička bića, ne budu i politički angažovani u okviru i preko određenih političkih partija. Končno, postoje istorijske činjenice o uspešnoj «simbiozi» sindikalnih i političkih programa, a koja je istovremeno usmerena na ostvarivanje i sindikalnih (prema poslodavcima) i političkih (prema vlasti) ciljeva

⁴ Prema nekim grubim analizama, u Srbiji ima preko milion nezaposlenih lica. Pritom, više od 170.000 radnika je izgubilo posao usled privatizacionih procesa i prestrukturiranja privrede, a očekuje se da još oko 200.000 radnika ostane bez posla, usled istih procesa (Dokumenti Saveza samostalnih sindikata Srbije, Beograd, 2007, str.4.).

(nastanak Laburističke partije u Velikoj Britaniji).⁵ Ipak, ove simbioze su karakteristične, obično, u fazama nastajanja pojedinih sindikata ili partija. Primer nastajanja Laburističke partije u Engleskoj, kao masovne radničke političke partije, je rezultat veoma uspešnog zajedničkog delovanja tadašnjih sindikata i tadašnje «levice» u odnosima sa poslodavcima (kapitalistima). Ukoliko se «sindikalno-politička saradnja» nastavi, i nakon osnivanja partije ili sindikata, onda to funkcioniše po principu jasne podele uloga. Političke partije prihvataju punu autonomiju sindikata u ostvarivanju njihovih programskih ciljeva. To daje perspektivu njihovoj partnerskoj saradnji. I u našim uslovima tranzicije i sindikalnog pluralizma bilo je primera izvesnog «zblizavanja» sindikalnih i političkih organizacija. Ali, njihovo partnerstvo tj. uloge nisu bile jasno podeljene (dolazilo je do preplitanja), zbunjivanja članstva, te rezultati tog zblizavanja nisu tako impozantni, o čemu svedoče činjenice o ukupnom opadanju članstva, nerazvijenog socijalnog dijaloga i kolektivnog pregovaranja, rudimentalnim formama participacije zaposlenih u upravljanju itd.

Postoji i praksa, u zemljama sa razvijenom i stabilnom industrijskom demokratijom, da sindikati, sami po sebi, mogu imati i izvesne političke ciljeve i aktivnosti. Opet u Engleskoj, prema Zakonu o sindikatima i radnim odnosima iz 1992. godine, sindikati mogu imati određene političke ciljeve, shodno strogim pravilima i uslovima predviđenim statutom, a koji se preispituju svake desete godine. U ove svrhe oni mogu osnivati i tzv. političke fondove za finansiranje takvih aktivnosti.⁶

Zatim, kao što je višepartijski sistem, u političkom životu, najviši domet i merilo političke demokratije, tako je i sindikalni pluralizam imanentan industrijskoj demokratiji. Ako su politička i industrijska demokratija neodvojive strane ukupne demokratičnosti društva, onda i akteri ovih dveju demokratija moraju da dele istu sudbinu političkih i

⁵ Interesantno je ukazati na okolnosti koje su uticale na osnivanje Laburističke partije. Ona je osnovana na samom početku XX veka. Pre toga, krajem XIX veka, u Velikoj Britaniji radnički pokret nije imao značajnijih uspeha u direktnim štrajkačkim akcijama. Posle jednog neuspelog štrajka u železničkoj kompaniji Taf Vejl, ova kompanija je tužila predstavnike sindikata (čije je članstvo štrajkovalo), jer sindikatima tada nije priznavano svojstvo pravnog lica, a sud ih je osudio za naknadu štete. Ova iznenađujuća odluka suda ubrzala je političko zblizavanje sindikata (tredjuniona) i političkih organizacija «levice». Rezultat toga je osnivanje Komiteta za radničko predstavništvo 1900. godine, čiji je zadatak bio da putem parlamentarnih izbora obezbedi odgovarajuće radničko parlamentarno predstavništvo. Taj Komitet je 1906. godine transformisan u Laburističku partiju. Kasnije, veliki broj sindikata biva kolektivno uključen u ovu partiju.

⁶ Gillian S. Morris and Timothy J. Archer, *Collective Labour Law*, Oxford and Portland, Oregon, 2000, str. 116, 117.

socijalnih transformacija društva (pluralizam nosilaca političkih, ekonomskih i socijalnih interesa). Tranzicija upravo to i zahteva. Naposljetku, industrijaka demokratija, po svojim aksiološkim vrednostima, podrazumeva sindikalni pluralizam. Teze o sindikalnom unitarizmu ili monizmu, koje se još uvek zagovaraju, suprotne su demokratskim zahtevima u pogledu konkurencije sindikalnih programa, sindikalnog delovanja i sindikalne reprezentativnosti.⁷ Kao protiv-argument ovome često se ukazuje na evropski centralizam u sindikalnom organizovanju, a što zaista može da učvrsti sindikalnu monolitnost. Međutim, uslov za to jeste stabilno društveno-ekonomsko i političko uređenje, te da je sindikat zaista jak, nezavisan i autonoman u odnosu na vlast i poslodavce. Sa druge strane, postoje i primeri uspešnog sindikalnog delovanja po principu sindikalnog decentralizma (SAD, Japan), a koji je primereniji potrebi, ako ona postoji, za oslobađanjem od pritiska sindikalnih centrala koje, manje ili više, mogu biti «u vezi» sa političkim i stranačkim organizacijama.

U našim uslovima tranzicije danas, sindikalni pluralizam kakav mi imamo, pokazao je više negativnih nego pozitivnih strana. To, na prvi pogled, čini opravdanim teze o sindikalnom monizmu. Ukazaćemo na neke negativne strane.

Početak tranzicionih procesa kod nas obeležili su počeci političkog pluralizma. Kao što smo rekli, promene u pravcu jačanja političke demokratije su nezamislive bez promena u pravcu jačanja industrijske demokratije. I odgovarajući normativni okviri za to počinju da se ustanovljavaju krajem osamdesetih i početkom devedesetih godina prošlog veka. Te normativne okvire označavaju amandmani na Ustav SFRJ iz 1988. godine, Zakon o osnovnim pravima iz radnog odnosa iz 1989. godine, a na temelju ovih akata, zatim i propisi koji su za svoj predmet regulisanja imali određena kolektivna prava zaposlenih (propisi o kolektivnim ugovorima, o štrajku i drugi).

Začeci političkog pluralizma značajno su uticali i na pojavu sindikalnog pluralizma. Na sindikalnoj sceni, pored Saveza samostalnih sindikata Srbije («stari sindikat»), javljaju se «novi sindikati». Početkom devedesetih godina formira se Ujedinjeni granski sindikat «Nezavisnost», a krajem devedesetih godina rađa se još jedan sindikat – Asocijacija slobodnih i nezavisnih sindikata. Formirano je još dosta drugih manjih sindikalnih organizacija, ali pomenute tri asocijacije su bile najznačajnije na sindikalnoj sceni Srbije.

⁷ Praksa unitarnog sindikalizma je pokazala i svoje dobre i svoje loše strane, ali je zapamćena po lošim, i kod nas i u svim socijalističkim istočnoevropskim zemljama, (Solomon M. Schwarz, *Labor in the Soviet Union*, Praeger-New York, 1960, str.303.).

Osnovna negativna strana našeg sindikalnog pluralizma jeste umanjeње ukupne sindikalne moći i prema spolja – prema poslodavcima i državi (marginalizovanje socijalnog dijaloga i kolektivnog pregovaranja), i prema unutra – prema sopstvenom članstvu (opadanje članstva). Ovo zbog toga jer su različiti sindikati različito videli tranzicionu stvarnost i ulogu sindikata u njoj. Neki su više a neki manje se vezivali za političke strukture te stvarnosti, a ozbiljne saradnje među njima samima nije bilo. Jednim delom to je i posledica dotadašnjeg sindikalnog unitarizma i shvatanja da sindikat malo toga može da uradi sam, bez pomoći političkih struktura.⁸ Sindikati kao da nisu dorasli tranzicionoj stvarnosti (uz odsustvo pravilnog razumevanja te stvarnosti) i potrebi da uspešno amortizuju socijalno nezadovoljstvo koje neminovno prati vlasničke i socijalno-političke promene.⁹ Ključno pitanje razumevanja stvarnosti, za sindikat kao interesnu organizaciju, jeste razumevanje interesne pozicije u kojoj se nalaze sami sindikati i njihovo članstvo. Naime, tranziciju karakteriše obilje ekonomskih, socijalnih i političkih interesa (interesi privrednih subjekata, države, političkih stranaka, sindikata). Interesna sprega, u uslovima tranzicije, između predstavnika vlasti i predstavnika kapitala je dosta logična, jer radi se o transformaciji društvene (radničke) svojine u privatnu. Izgrađuju se, umesto društveno-svojinskih, pravno-svojinski, kapitalistički odnosi. Država je ta koja definiše, organizuje i sprovodi procese transformacije i izgradnje navedenih odnosa. U susret takvim procesima i odnosima, po interesnoj logici, naravno da će brže ići i kooperativniji biti vlasnici kapitala (poslodavci) nego radnici. Tog «prirodnog savezništva» vlasti i kapitala sindikati moraju biti svesni. Dakle, u uslovima sindikalnog pluralizma, «prirodni saveznici» mogu biti samo sindikati međusobno, a prema vlasti i poslodavcima mogu biti samo partneri. Pritom, partnersko poštovanje sindikata, od strane države i poslodavaca, je direktno proporcionalno stepenu «savezništva» i jedinstva među sindikatima.

Prema tome, ukoliko ranija iskustva dovoljno ne opominju, onda drastično pogoršanje makroekonomskih prilika (velika nezaposlenost,

⁸ U predtranzicionom periodu, kod nas, sindikati su bili i normativno i praktično vezani za političke strukture (partiju i državu). Propisima je sindikat bio definisan kao društveno-politička organizacija, a praktično i funkcionalno najtešnje povezan sa Savezom komunista Srbije.

⁹ U zemljama sa razvijenim industrijskim odnosima i demokratijom sindikati su svoju poziciju postepeno i dugo izgrađivali isključivo na partnerskoj i interesno-ekonomskoj osnovi, bez ideološkog programskog i praktičnog usmeravanja, i tako izgradili ulogu autonomnog, sposobnog i respektovanog aktera industrijskih odnosa.

problemi privatizacije, neredovna isplata i pad realnih zarada), prosto nalažu otvorenu, ili makar prećutnu, saradnju svih sindikata, paralelno i na svim nivoima (od fabričkog do nacionalnog), uz istovremenu izgradnju partnerskog i jedinstvenog nastupa prema poslodavcima i državi.

Uz pomenuta aktuelna pitanja međusindikálnih odnosa i odnosa sindikata prema ostalim socijalnim partnerima, odavno se postavljaju i pitanja tzv. birokratizacije sindikata i njihovog (kao takvih) mesta u industrijskim odnosima. Već smo podvukli dva osnovna postulata sindikalnog delovanja : (a) sindikati su jedini legitimni predstavnici interesa radnika; (b) oni moraju ostati nezavisni i u ulozi opozicije u undustrijskim odnosima (organizovane opozicije - kao najvišeg dometa industrijske demokratije). Birokratizacija sindikata, po sebi, može da ugrozi opravdanost pomenutih postulata.

Uopšte, birokratizacija je proces imanentan savremenim društvima. Deo društva su i sindikati, te birokratizacija kao opšti proces zahvata i njih. Pod birokratizacijom sindikata može se smatrati opadanje demokracije u njihovom radu. To je proces u kome sindikalno rukovodstvo stiže visok stepen samostalnosti u artikulisanju interesa i donošenju odluka, u odnosu na članstvo koje predstavljaju. U drastičnim slučajevima, opšti sindikalni (radnički) interesi interpretiraju se kroz prizmu posebnih interesa rukovodećih struktura.

Pojavi birokratizacije sindikata pogoduje i mnoštvo objektivnih faktora. Najveći broj tih faktori vezan je za samu činjeničnu podlogu sindikalnog delovanja. Naime, činjenica je da se od sindikata zahteva da budu veliki, jaki i finansijski samostalni, a za to su potrebni odgovarajući kadrovi i sredstva. Što se tiče kadrova, izvesno je da obrazovna struktura sindikalnog članstva nije na zavidnom nivou, a što se tiče sredstava – članarina u većini sindikalnih organizacija nije veliki izvor (nedostatak posla – mala stvarana zaposlenost, neredovne isplate zarada, male zarade itd.). Naime, više i visoko obrazovanih članova sindikata je relativno malo, pogotovu na rukovodećim pozicijama. Još uvek je rašireno shvatanje da je sindikalni rad «drugorazredni posao». Prema tome, hteli ili ne sindikati se okreću profesionalizaciji rukovodstva, tj. «menadžerskom» načinu rukovođenja (što posebno važi za najviše nivoe sindikalnog organizovanja). Ovakav način rukovođenja, računa se, može da obezbedi potrebnu stručnost i znanje u prepoznavanju i definisanju interesa članstva, u komunikacijama sa ostalim socijalnim partnerima, ali i odgovarajuće finansijske izvore neophodne za funkcionisanje sindikata. Dakle, ova nužnost u sindikalnom delovanju ne može biti osporavana. Ali od te nužnosti do «nelojalne kooperacije» sa poslodavcima ili državom postoji samo jedna pre-

preka koja se zove etički odnos rukovodioca prema interesima sindikalnog članstva i njegova moralna čistota. Nije retkost da pomenutu «nelojalnu kooperaciju» priželjkuju i podržavaju (raznim privilegijama) i same poslodavačke i političke strukture, zavisno od postojećih ekonomskih, socijalnih i političkih interesa. Tako sindikati (sindikalne centrale) umanjuju ulogu opozicionara.

Naravno, rečeno se ne odnosi samo na više nivoe sindikalnog organizovanja. To je problem sindikata i na nivou poslodavca. Izvorište tog problema, pre svega, jesu finansijski odnosi između sindikalnih predstavnika i poslodavca, ili bolje rečeno - njihova zloupotreba. To je lako izvodljivo, jer finansijska zavisnost sindikata od poslodavaca, na ovom nivou organizovanja, je maksimalno izražena. Gotovo celokupna materijalna osnova sindikalnog delovanja kod poslodavca obezbeđena je sredstvima poslodavca (prostorije, oprema, zarada i druge novčane naknade sindikalnih predstavnika). Pomenuti problemi, na ovom nivou sindikalnog delovanja, imaju posebnu specifičnu težinu, jer oko 95% sindikalnog članstva je obuhvaćeno tim nivoom.

Navedeni problemi «birokratizacije» sindikata i njegove «nelojalne kooperacije» sa poslodavcima, najčešće rezultiraju gubljenjem članstva i atributa demokratičnosti, a koju demokratičnost inače deklariraju kao cilj svog postojanja.

Sem izdvojenih aktuelnih problema međusindikalnog delovanja i odnosa prema poslodavcima, a koji slabe ukupnu sindikalnu moć, postoje i problemi, kod pojedinih sindikata, vezani za njihovu unutrašnju organizaciju. To možda principijelno i nije tako važno, jer se može uzeti kao unutrašnja stvar određenog sindikata koja, u krajnjoj liniji i putem borbe za reprezentativnost na sindikalnoj sceni, obezbeđuje ili gasi aktivnu legitimaciju tim sindikatima da predstavljaju interese zaposlenih. Ipak i ta pitanja imaju svog odraza na ukupnu sindikalnu moć, pogotovu kada se radi o masovnim i jakim sindikalnim organizacijama.

Zapravo, najvažnija unutrašnja pitanja svake organizacije (i političke i strukovne) vezuju se za njenu programsku, statutarnu, kadrovsku i finansijsku stranu. To je jako širok prostor za odgovarajuće analize, u koje mi ovom prilikom ne možemo da ulazimo, iako i ta pitanja imaju izuzetan značaj za funkcionisanje sindikata i ostvarivanje sindikalnih sloboda i prava zaposlenih. Međutim, to su «većita» pitanja strukovnog organizovanja radnika i nisu nikakva specifična aktuelnost tranzicionih procesa. Ono što ipak ovde treba pomenuti, jer značajno može da oslabi sindikalnu moć, jeste pojava unutrašnjeg organizacionog sindikalnog cepanja. Ovo se naročito odnosi na našu najmasovniju, te po tome i najodgovorniju sin-

dikalnu organizaciju – Savez samostalnih sindikata Srbije.¹⁰ Kao što je poznato, ovaj sindikat je organizovan i po teritorijalnom i po granskom principu. U uslovima tranzicije, pripisuje se ovom Sindikatu «iznutra» - da većina navedenih problema sindikalnog delovanja dobija na težini zahvaljujući teritorijalnom principu organizovanja. Drugim rečima, opštinski, gradski, pokrajinski i republički okviri sindikalnog organizovanja omogućuju neposredniju implementaciju, u te okvire, uticaja političkih i poslodavačkih struktura, što doprinosi nastajanju navedenih problema («birokratizacija» sindikata; «nelojalna kooperativnost» sa drugim socijalnim partnerima itd.). Primarna zamisao korišćenja dva principa sindikalnog organizovanja bila je da se ojača sindikalna efikasnost. Ta efikasnost prema socijalnim partnerima (naročito prema državi) može bolje biti ostvarena preko teritorijalnog principa, a prema sopstvenom članstvu preko granskog principa (organizaciono približivanje članstvu, jačanje sindikalne solidarnosti itd.).

Međutim, pritisnuti problemima koje tranzicioni procesi rađaju, sindikalno jedinstvo i monolitnost počinje da se narušava upravo po granskoj liniji, sa tendencijom da se pojedini granski sindikati (statutarno i finansijski) isključe iz okvira matične organizacije i postanu novi «samostalni» sindikati, ili priključe drugim sindikalnim organizacijama. Istina, činjenica je da su granski sindikati, u uslovima tranzicije, pokazali odgovarajuću efikasnost (naročito u javnom sektoru). Tako, na granskom nivou imamo efikasnije kolektivno pregovaranje, dok, na primer, u ovom trenutku nemamo zaključen opšti kolektivni ugovor (što je vezano za teritorijalni princip sindikalnog delovanja). Ali, smatramo da to ne treba koristiti kao razlog za dalje sindikalno usitnjavanje. Jer, do istih procesa je dolazilo i u drugim zemljama u tranziciji, a koji se sada u tim zemljama ocenjuju kao štetni za sindikalni pokret.

2. Slabljenje kolektivnog pregovaranja i socijalnog dijaloga

Kao i kod sindikalnih sloboda i prava, u uslovima tranzicije i kriznim uslovima, i u oblasti kolektivnog pregovaranja određena pitanja dobijaju na značaju, ponekad sa pozitivnim a ponekad sa negativnim predznakom. Ovo je činjenica koja se ne prepoznaje samo danas i u našim postojećim uslovima tranzicije. To važi i za mnogo razvijenije sisteme ko-

¹⁰ Prema podacima Saveza samostalnih sindikata Srbije, sada je u Srbiji između 45% i 50% od ukupnog broja zaposlenih (oko dva miliona) učlanjeno u neku sindikalnu organizaciju. U Savez samostalnih sindikata Srbije učlanjeno je 50% svih sindikalno organizovanih radnika, ili oko 500.000 radnika (Dokumenti XIII kongresa Saveza samostalnih sindikata Srbije, Beograd, 2007, str.7.).

lektivnog pregovaranja, koji u kriznim uslovima menjaju svoju fizionomiju. Na primer, američki model pregovaranja,¹¹ u uslovima prosperiteta i rasta nadnica, dominantnu ulogu obezbeđuje predstavnicima kapitala – poslodavcima. To je bilo tipično za vreme prosperiteta pre osamdesetih godina prošlog veka. Početkom osamdesetih godina menja se situacija na svetskom tržištu. Japan se uporno probija kao svetska ekonomska velesila, koja počinje da konkuriše američkoj privredi. Tome je prethodila i tzv. velika naftna kriza. Sve skupa ovo u Americi uslovljava postepeno intenziviranje procesa rada, uz istovremeno ograničavanje rasta nadnica. Posledica je ugrožavanje socijalnog mira. U takvim uslovima iskusni sindikati, kao respektovani faktori industrijskih odnosa, najpre, menjaju fizionomiju kolektivnog pregovaranja. Oni nastupaju snažno i jedinstveno, naročito na granskim nivoima (vankompanijsko pregovaranje). To reducira prostor za kolektivno pregovaranje na nivou kompanije, gde je, po pravilu, pregovaračka moć sindikata znatno manja. Zatim, obogaćuje se predmet kolektivnog pregovaranja novim pitanjima, koja su do tada smatrana neprikosnovenom interesnom sferom poslodavca (informisanje i konsultovanje zaposlenih o poslovnim planovima, participacija u odlučivanju kao i u profitu itd.). Konačni rezultat ovoga je poboljšanje položaja zaposlenih. To je primer kako krizni uslovi rađaju motive i interese za jačanje industrijske demokratije.

Nama za utehu, ima i primera kada krizni uslovi vode u suprotnom pravcu. Ti primeri se vezuju za evropske (naročiti skandinavske) uslove i modele kolektivnog pregovaranja.¹² Ove modele, u uslovima prosperiteta, karakteriše centralizovano pregovaranje, koje ublažava konkurenciju na kompanijskom nivou i značajno smanjuje varijacije u položaju zaposlenih na tom nivou. To je duh «socijalnog kapitalizma». Međutim, krizni uslovi dovode do suprotnih efekata. Tako, nakon kriznih osamdesetih godina (i iz istih razloga kao i u Americi), jačaju procesi decentralizacije kolektivnog pregovaranja. Pregovaranje se «spušta» sa nacionalnog i granskog na lokalni i kompanijski nivo. Ovo, dalje, rezultira razlikama u primanjima i ukupnom položaju zaposlenih, zaoštava se konkurencija među samim radnicima i njihovim poslodavcima, reduciraju modaliteti participacije zaposlenih u upravljanju. Sve u svemu, slabi pozicija i pregovaračka moć zaposlenih, češće se pribegava štrajkovima itd. Dakle, sindikati i kolektivno pregovaranje, na taj način, slabe svoju poziciju faktora u regulisanju

¹¹ O tome: Allan Morrison, editor, *Fundamentals of American Law*, New York, 1996, p.552.

¹² Vidi: Peter Wahlgren, editor, *Stability and Change in Nordic Labour Law*, Stockholm, 2002, p.116.

industrijskih odnosa. Odličan indikator toga jeste značajno opadanje sindikalnog članstva u evropskim zemljama u to vreme, čije se posledice i danas osećaju.

Što se tiče Srbije u tranziciji, a imajući u vidu navedene i moguće tendencije u oblasti kolektivnog pregovaranja u kriznim uslovima, logično je očekivati da smo bliži evropskim tendencijama. I zaista, i kod nas izostaju najvažniji nivoi «centralizovanog» kolektivnog pregovaranja (nepostojanje opšteg kolektivnog ugovora na nacionalnom nivou). Ali, za razliku od navedenog evropskog iskustva, to ne dovodi do jačanja «kompanijskog» kolektivnog pregovaranja, ili, blaže rečeno, pregovaranje na nivou poslodavca ne rezultira onim brojem i kvalitetom kolektivnih ugovora koji bi izašli u susret svim upućujućim normama važećeg radnog zakonodavstva i zadovoljili potrebe prakse za autonomnim regulisanjem uslova rada. Kolektivno pregovaranje na nivou poslodavca često izostaje iz tri razloga. Prvo, nepostojanje respektovanog sindikata. Nije redak slučaj da su sindikat i sindikalni aktivisti previše «koooperativni» sa poslodavcem i da predstavljaju samo «tampon zonu», koja treba da amortizuje pritiske i zahteve radnika usmerene ka poslodavcu.

Drugo, mnogi poslodavci, objektivno, nisu u stanju da ispoštuju prava zaposlenih koja su utvrđena zakonom, a kamoli da ih dalje «obogaćuju» po principu «favor labore» u svojim kolektivnim ugovorima. Hijerarhija kolektivnih ugovora utemeljena je, upravo, na tom principu. Najveći obim i kvalitet prava treba očekivati u kolektivnim ugovorima na nivou poslodavca. Zato ih poslodavci «izbegavaju». Treće, sama zakonska rešenja (čl. 3. Zakona o radu) omogućuju poslodavcu da «zaobiđe» kolektivni ugovor, odnosno da ga zameni svojim jednostranim opštim aktom (pravilnikom o radu).¹³

Najbolja preventiva navedenih aktuelnih problema u oblasti sindikalnog delovanja, te i kolektivnog pregovaranja, jeste afirmacija socijalnog dijaloga. Socijalni dijalog predstavlja predvorje za autonomno kreiranje radnog i socijalnog zakonodavstva i ukupne socijalne politike i jeste najvažniji impuls demokratizaciji industrijskih odnosa. Za to postoje i odgovarajuće institucionalne forme (socijalno-ekonomski saveti), ali i čitavu oblast kolektivnog pregovaranja treba shvatiti kao prostor za afirmaciju socijalnog dijaloga.

Osnovni problemi u vezi sa socijalnim dijalogom tiču se debalansa moći među socijalnim partnerima i poimanja same uloge i značaja tog dijaloga.

¹³ U vezi sa tim vidi naš rad: Pitanje supstitucije kolektivnog ugovora opštim aktom poslodavca, «Radno i socijalno pravo», br.1/2003.

Najpre, sve ono što je napred rečeno o sindikalnoj sceni u Srbiji i o problemima u vezi kolektivnog pregovaranja, odraz je, zapravo, pomenutog debalansa moći.

Zatim, postoji i problem pristupa socijalnom dijalogu. Treba reći da socijalni dijalog daje najveće efekte upravo zahvaljujući svojoj širini, razuđenosti i demokratičnosti. On treba da prožima sve nivoe: od preduzeća do nacionalnog nivoa. Sem toga, iako se naziva «dijalogom», ova forma demokratskog delovanja uključuje sve zainteresovane aktere u društvu – počev od preduzeća i lokalnih zajednica do najvišeg državnog nivoa. Prema tome, socijalni dijalog ima širok demokratski sadržaj, mnogo širi od tripartizma sa kojim se često poistovećuje. Tripartizam je, u stvari, jedan od metoda funkcionisanja socijalnog dijaloga, a koji uvek podrazumeva učešće države. Ali socijalnog dijaloga može biti i bez učešća države. Uzmimo za primer socijalni dijalog kod kolektivnog pregovaranja. Druga je stvar što je u našoj praksi rudimentalnog socijalnog dijaloga država gotovo nezaobilazna, što inicijative za socijalni dijalog po pravilu dolaze «odozgo» - tripartitni socijalni dijalog, itd. To je možda i razlog što se ne uočava dovoljno jasno razlika između socijalnog dijaloga i tripartizma.

Tzv. tripartitni socijalni dijalog je naša praksa i plod debalansa moći onih koji učestvuju u tom dijalogu. Država prosto ne može da odoli iskušenju da «podigne» svoje socijalne partnere i daje pečat fizionomiji i demokratskoj strukturi socijalnog dijaloga. To je, recimo, objektivna datost.

Ali, našem socijalnom dijalogu nedostaju i neke «subjektivne komponente». Tu mislimo na izostajanje dobre volje, poverenja i razumevanja. Bez ovoga nema uspešnog socijalnog dijaloga. I na ovom «subjektivnom planu» u uslovima «objektivnog debalansa moći» najodgovorniji za izgradnju poverenja i razumevanja je onaj ko je najjači - država. Ispružena ruka saradnje nije znak slabosti, nego dobre volje, demokratičnosti i odgovornosti za sudbinu promena koje su u toku u sferi industrijskih odnosa.

3. Slabljenje participacije zaposlenih u upravljanju

U principu, participacija zaposlenih u upravljanju je neodvojivo i uzročno-posledično povezana sa gore navedenim kolektivnim pravima zaposlenih i deli njihovu sudbinu. Moglo bi se reći, u slučaju autonomnog regulisanja ovog pitanja, da je kolektivno pregovaranje metod a participacija cilj. U svakom slučaju, i bez obzira na metod regulisanja participacije (kogentno ili autonomno, odnosno i jedno i drugo) ne treba suprotstavljati participaciju socijalnom dijalogu i pregovaranju.

Ne postoji među njima ciljna suprotnost, već komplementarnost. Participacija ne može da znači zamenu niti prevazilaženje socijalnog dijaloga i kolektivnog pregovaranja, i obrnuto. Šta više, institucionalizovane forme participacije zaposlenih (savet zaposlenih) mogu da posluže i kao platforma ili «produžena ruka» za nastavak socijalnog dijaloga sa poslodavcem.

Od svih kolektivnih prava zaposlenih, participacija u upravljanju je najmanje obuhvaćena kako kogentnim tako i autonomnim pravom. Zato se ovde iskazuju najveće potrebe za dogradnjom i kogentnog i autonomnog prava, uz istovremeno uvažavanje odgovarajućih standarda međunarodnog i evropskog prava. Izgleda da te potrebe izmiču pažnji svih socijalnih partnera. To ne čudi kada su u pitanju poslodavci. Jer, zašto bi žurili da svoju poziciju «privilegovanog apsolutnog autoriteta» po osnovu vlasništva, na ovaj način «ugrožavaju». Ali čudi nedovoljna zainteresovanost države i sindikata. Država inače treba da se stara o harmonizaciji našeg prava sa međunarodnim i evropskim pravom (uslov za učlanjenje u EU), a sindikatima bi ovo bila još jedna jaka poluga da osnaže svoju sindikalnu moć i partnerstvo, sa jedne strane, i poboljšaju «imidž» zaštitnika radničkih prava, sa druge strane.

Pošto je participacija kolektivno pravo zaposlenih, to je ovom pitanju, kao i ostalim kolektivnim i individualnim pravima zaposlenih, mesto u radnom zakonodavstvu. Bilo je u našoj tranziciji i tu lutanja. Ovo pitanje je ranije regulisano Zakonom o preduzećima, koji po svojoj prirodi treba da reguliše poziciju kapitala a ne radne snage. Važeći Zakon o privrednim društvima sa pravom se ne osvrće na ovo pitanje. Na žalost, skoro da se isto može reći i za važeći Zakon o radu.¹⁴

Ako participaciju shvatimo u najširem smislu, onda je njena sadržina u Zakonu o radu svedena samo na nekoliko odredaba koje govore o informisanju, konsultovanju i obrazovanju saveta zaposlenih. Naime, shodno ovom Zakonu, zaposleni neposredno, odnosno preko svojih predstavnika, imaju pravo na konsultovanje, informisanje i izražavanje svojih stavova o bitnim pitanjima u oblasti rada. Zaposleni ili njihov predstavnik, ako postupaju u skladu sa zakonom i kolektivnim ugovorom, zbog ovih aktivnosti, ne mogu biti pozvani na odgovornost, niti stavljeni u nepovoljniji položaj u pogledu uslova rada (čl.13, st.1. i 2.). Predviđena je i zaštita predstavnika zaposlenih od otkaza ugovora o radu (čl.183.st.1. tačka 5; čl.188.st.1.tačka 1. i st.2.). Pored ovoga, Zakon o radu utvrđuje obavezu poslodavca da povodom donošenja određenih odluka zatraži mišlje-

¹⁴ «Sl.gl.RS», br.24/2005.

nje sindikata,¹⁵ a ukoliko nije obrazovan sindikat, onda mišljenje treba da zatraži od predstavnika koga odrede zaposleni (čl.16. st.1. tačka 5.). Ko- načno, i pitanju saveta zaposlenih u Zakonu je posvećen jedan član (čl.205.). Predviđeno je da zaposleni mogu obrazovati savet zaposlenih kod poslodavca koji ima više od 50 zaposlenih, u skladu sa zakonom. Za sada u Srbiji nema zakona koji reguliše pitanje saveta zaposlenih. Ipak, ovakvo opredeljenje zakonodavca da se pitanje saveta zaposlenih reguliše zakonom, a ne kolektivnim ugovorom – kao po ranijem Zakonu o radu iz 2001. godine, treba podržati. Na sindikatu je da insistira na donošenju odgovarajućih zakonskih okvira (u pitanju je suštinski interes zaposlenih), u kojima će, naravno, biti i određenog prostora za autonomnu regulativu.

Pitanju participacije, u širem smislu, posvećena je odgovarajuća pažnja i u Zakonu o bezbednosti i zdravlju na radu iz 2005. godine.¹⁶ Među opštim obavezama poslodavca, u vezi sprovođenja mera bezbednosti i zdravlja na radu, predviđena je i obaveza da obaveštava zaposlene i njihovog predstavnika o uvođenju novih tehnologija i sredstava za rad, kao i o opasnostima od povreda i oštećenja zdravlja koja mogu da nastanu njihovim uvođenjem (čl.15.st.1.tačka 3.). Istu obavezu imaju dva ili više poslodavaca koji u obavljanju svojih poslova dele radni prostor (čl. 19.). Zakonom je predviđen i Odbor za bezbednost i zdravlje na radu (čl. 44. i 45.). Odbor je institucionalna forma učešća zaposlenih u donošenju odluka, u vezi sprovođenja odgovarajućih mera bezbednosti i zaštite zdravlja na radu.

Treba još jednom podvući potrebu da se intenzivnije mora raditi na dogradnji i izgradnji propisa u vezi participacije zaposlenih u duhu evropskog prava (postoji veći broj direktiva posvećen toj temi), iako još nismo učlanjeni u EU i formalno nemamo takvu obavezu.

¹⁵ Kod donošenja programa rešavanja viška zaposlenih; donošenja odluke o uvođenju noćnog rada; kod promene poslodavca, a iz razloga ublažavanja socijalno-ekonomskih posledica.

¹⁶ «Sl.gl.RS», br.101/2005.

*Predrag Jovanović, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad*

Current Needs for Further Development of Serbian Labour Legislation

Abstract

Current needs for further development of Serbian legislation relate to the field of collective employee-employer relations and their collective rights and obligations. These are the relations established by the workers' and employers' mutually, but also the relationship between them, on the one hand and the state on the other. In other words, this is the need to strengthen the industrial democracies (including the improvement of labour legislation in the field of collective rights of employees and employers, which is actually still in stagnation. The fact is that trade union movement in Serbia, social dialogue, collective bargaining on working conditions, employees participation in management are weakening, which is where one should seek current needs for further development of labour law in order to strengthen and provide normatively the legal platform to stop these negative tendencies.

Key words: trade union freedoms and rights, social dialogue, collective bargaining, employee participation in management, industrial democracy, ownership transition, transition, labour legislation.

*Dr Ranko Keča, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

O OROČAVANJU RADNJI SUDA U PARNIČNOM POSTUPKU¹

Sažetak: *Efikasnost pravne zaštite u parničnom postupku predstavlja jedan od osnovnih razloga za opravdanje veoma čestih promena parnične regulative. U tom cilju, pored postojećih, uveden je niz novih rešenja. Navedeni značaj ima i nova regulativa kojom se teži ograničiti trajanje postupka. Uvodi se obaveza određivanja vremenskog okvira za sprovođenje postupka a u nizu procesnih situacija preduzimanje procesnih radnji suda ograničava određivanjem rokova. Nepoštovanje navedenih vremenskih ograničenja ostaje procesno nesankcinisano ali je osnov za utvrđivanje disciplinske odgovornosti postupajućeg sudije. Rešenje je usvojeno u cilju povećanja efikasnosti pravne zaštite i ostvarivanja suđenja u razumnom roku čemu može poslužiti ali samo pod uslovom stvaranja realnih preduslova za uspešno funkcionisanje sudske vlasti. U suprotnom pretvoriće se samo u još jedno srestvo pritiska na sudstvo i postupajuće sudije.*

Ključne reči: *promene parnične regulative, efikasnost pravne zaštite, vremenski okvir za sprovođenje postupka, rokovi, procesne radnje suda, disciplinska odgovornost sudije.*

I

U važećoj redakciji Zakona o parničnom postupku ideja o efikasnijoj, bržoj i ekonomičnijoj pravnoj zaštiti dobila je poseban značaj. Može se reći da su gotovo sve promene, po kojima se ovaj zakonski

¹ Rad je posvećen projektu Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija) čiji je nosilac Pravnog fakulteta u Novom Sadu.

tekst razlikuje od ranije važećih rešenja, izvršene s ciljem da se pravna zaštita učini efikasnijom i bržom. Ideja o bržem, efikasnijem i time jeftinijem pružanju pravne zaštite predstavlja jednu od "većitih" tema ranije važećeg jugoslovenskog i aktuelnog parničnog zakonodavstva novostvorenih država uključujući i srpsko parnično procesno pravo. Prvi zakonski tekst kojim je regulisan parnični postupak posle Drugog svetskog rata je na to nedvosmisleno upućivao svojim nazivom. Od donošenja Zakona o ubrzanju parničnog postupka pred redovnim sudovima kontinuirano se teži da nova zakonska rešenja obezbede bržu i efikasniju pravnu zaštitu - da se sa manjim utroškom vremena, sredstava i rada obezbedi zakonita i pravična pravna zaštita. Navedeni pravopolitički ciljevi su na određeni način konfrontirani i na zakonodavcu je da pokuša da ostvari potreban sklad prilikom njihovog ostvarivanja. Posebno naglašavanje jednih u odnosu na druge vrednosti može predstavljati značajan problem. Insistiranje na postupku u kojem se želi isključiti svaka mogućnost donošenja nezakonite i nepravilne presude bez obzira na trajanje postupka i njegove troškove obesmišljava pravnu zaštitu. Ako efikasnost postane osnovni cilj postupka to može imati isto tako lošu posledicu - umesto zakonite i pravične pravne zaštite rezultat je njen surogat i simulacija. Pre određivanja da li su određena zakonska rešenja razlog neefikasnosti postupka potrebno je realno sagledati širi društveni kontekst u kojem se ostvaruje pravna zaštita i razdvojiti ono što je posledica tih društvenih okolnosti od onoga što se može pripisati manjkavosti procedure. Tek ako su te ocene tačne može se očekivati da će novim normativnim rešenjima doći do usavršavanja pravne zaštite. U kontinuitetu se dakle pokušava ostvariti efikasnija pravna zaštita i gotovo sve promene procesne regulative su se obrazlagale navedenim razlogom. Uskoro bi se pokazalo da ta rešenja nisu u onoj meri uspešna kako su tvrdili njihovi redaktori po je bio povod za donošenje novog zakonodavstva za koje se isto tako tvrdilo da će biti efikasnije od ranije važećeg. Neefikasnost pravne zaštite nema osnovni razlog u procesnim regulativama nego je dobrim delom posledica krize u koje je sistematski uvođena sudska vlast. Navedeni zaključak najbolje potvrđuju rešenja koja su sadržana u Noveli ranije važećeg ZPP od 2004. godine. Izmene i dopune ZPP od 2004. godine koje su izvršene 2009. godine su u najvećem delu izvršene u cilju da na procesnom planu otklone posledice neuspešne reforme sudskog sistema. U određenim fragmentima važeće parnično zakonodavstvo izražava pretenzije da se novim rešenjima ostvari još jedan dodatni pritisak na postupajuće sudije i sudstvo.

Kao što je istaknuto, u važećem ZPP ideja o efikasnijoj, bržoj i ekonomičnijoj pravnoj zaštiti dobila je poseban značaj. U ZPP zadržan je niz rešenja koja su u naš procesni sistem uvedena ZPP od 2004. godine od kojih se kao markantnija mogu izdvojiti izostavljanje glavne rasprave kada sud, na osnovu navoda tužbe i odgovora na tužbu utvrdi da je činjenično stanje između stranaka nesporno. Navedeni smisao imalo je uvođenje postupaka za rešavanje spornog pravnog pitanja, odredaba o restrikciji apsolutno bitnih povreda odredaba postupka o kojima žalbeni sud vodi računa po službenoj dužnosti, odredaba o obaveznom održavanju drugostepene rasprave ako je u određenom predmetu presuda već jednom bila ukinuta, odredbe o drugostepenoj međupresudi.

Načelo ekonomičnosti je pre svega usmereno prema sudu. U važećoj redakciji ZPP kao i onoj iz 2004. godine načelo se artikuliše i kao pravo stranke na suđenje u razumnom roku – pravo da se o njenim zahtevima i predlozima odluči u razumnom roku. Time je, u smislu Konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, formulisano posebno procesno načelo. ZPP precizno ne određuje značenje termina „razuman rok“ nego ga određuje kao pravni standard koji u svakoj konkretnoj parnici može imati različit sadržaj, jer i parnice mogu biti veoma različite, što zavisi od niza procesnih okolnosti uključujući i one koje zavise od samih parničnih stranaka.

Zadržana su i dalje rešenja koja su tradicionalno bila prisutna u našem procesnom sistemu kojima se određuju osnovne konture ovog vida pravne zaštite. Pored opšteg parničnog postupka postoje i posebni u kojima se naglašenije teži efikasnijoj i ekonomičnijoj pravnoj zaštiti. I na organizacionom planu navedeni pristup nalazi svoju potvrdu u nizu ustanova, kao što su korisna delegacija, povećanje broja prvostepenih stvari u kojima umesto veća postupa sudija pojedinac, pravila po kojem viši sud zadržava nadležnost u slučaju kada je za vođenje postupka nadležan sud nižeg ranga, ili kada veće zadržava nadležnost kada je za vođenje postupka nadležan sudija pojedinac. Navedeni značaj imaju i pravila o spajanju parničnih postupaka, kumulaciji tužbenih zahteva, pravila o suparničarstvu. Navedenom cilju služi i podela prvostepenog postupka na dva stadijuma – stadijum pripremanja glavne rasprave i glavnu raspravu. Pripremanje glavne rasprave pre svega služi da bi sud utvrdio postojanje procesnih pretpostavki, razdvojio bitno od nebitnog i sporno od nespornog kako bi drugi stadijum postupka (glavna rasprava) bio okončan na jednom ročištu. Ekonomičnost postupanja jeste razlog i opravdanje za donošenje delimične, dopunske presude i međupresude.

II

Krug novih rešenja kojim se teži ostvarivanju efikasnije pravne zaštite izuzetno je širok tako da se ukazuje samo na ona koja se mogu smatrati markantnijim.

Veoma značajnu novinu u važećem ZPP predstavlja obaveza stranaka da sav raspoloživi činjenični i dokazni materijal iznesu već u fazi pripremnog postupka. Stranke imaju obavezu da na pripremnom ročištu, ili prvom ročištu glavne rasprave ako se pripremno ročište ne održava, iznesu sve činjenice i dokaze na kojima zasnivaju svoje predloge, da predlože dokaze kojim se potvrđuje postojanje tih činjenica i da se izjasne o navodima i dokazima protivne stranke. Važeći ZPP ograničava pravo stranaka da u kasnijem razvoju postupka (glavnoj raspravi) ističu nove činjenice i dokaze. Stranke moraju učiniti verovotnim da ih, bez svoje krivice, nisu mogle izneti, odnosno predložiti na pripremnom ili prvom ročištu glavne rasprave ako pripremno ročište nije održano. Pod navedenim uslovom nove činjenice i dokazi se mogu isticati do zaključenja glavne rasprave. Ovo pravilo je ranije primenjivano u žalbenom postupku u kojem i dalje važi. Po novom ZPP primenjuje se i u slučaju ukidanja presude i vraćanju predmeta prvostepenom sudu na ponovno odlučivanje. U svim navedenim slučajevima stranke moraju da učine verovatnim da nove činjenice i dokaze nisu mogle istaći u nekoj od ranijih faza postupka. Navedeno ograničenje u značajnoj meri pomera težište procesnih aktivnosti na pripremni postupak. Uvedeno je u cilju efikasnijeg i ekonomičnijeg vođenja postupka ali u realnom pravnom životu može da se pretvori u suprotnost. U strahu da određene činjenice ili dokazi neće moći da budu iznete, odnosno izvedena kasnije stranke će u pripremni postupak unositi sav činjenični i dokazni materijal za koji smatraju da može biti relevantan za rešenje spora. Često i onaj koji će se u kasnijem razvoju postupka pokazati kao nepotreban. Gomilanje celokupne činjenične i dokazne građe na samom početku postupka u momentu kada je strankama u potpunosti nejasan stav suda o prirodi njihovog spora čini znatno kompleksnijim razdvajanja bitnog od nebitnog, spornog od nespornog što će kasniji razvoj postupka učiniti znatno složenijim od onog u kojem navedenog ograničenja nije bilo. Usvojeno rešenje dodatno komplikuje okolnost da određivanje relevantne procesne građe u osnovi i dalje zavisi od stava postupajućeg suda koji pravno kvalifikuje određeni spor i prema toj svojoj kvalifikaciji određuje da li su određene činjenice bitne za donošenje odluke o zahtevima istaknutim u postupku. Sud taj stav može menjati tokom trajanja postupka sve do zaključenja glavne rasprave. Navedena okolnost realno

stvara rizik da predložena dokazna sredstva i činjenice istaknute od strane stranaka u pripreмноj fazi postupka kasnije budu kvalifikovane kao nebitne za rešenje spora a isticanje novih činjenica i dokaza ograničava okolnost što se od stranaka zahteva da opravdaju to što ih nisu iznele u ranijoj, za to određenoj, fazi postupka. Sve to dodatno rukovodi stranke da sav raspoloživi procesni materijal pa i onaj za koji će se pokazati da je bio sasvim nepotreban istaknu već na pripremnom ročištu. Sa razlogom se ističe da je uvođenje eventualne maksime i opisane prekluzije vezane za isticanje činjenične i dokazne građe samo prividno u korist načela efikasnosti. Rezultat će biti najčešće nepotrebno gomilanje činjenica koje se potkrepljuju bezbrojnim dokazima što ne doprinosi ni ubrzanju postupka. S druge strane, nevedeno rešenje nesumnjivo ograničava i pravo stranaka na izjašnjavanje u postupku i time negativno utiče na zakonitu, pravilnu i pravičnu sudsku odluku. Potrebno je naglasiti da je u pitanju model koji je svojevremeno bio prisutan u starijim procesnim sistemima ali je vremenom napušten kao neefikasan.

Kao značajnija novina može se istaći i upotreba savremenih audio vizuelnih sredstava u postupku koja treba da olakšaju rad suda prilikom pisanog fiksiranja procesnih aktivnosti koje se usmeno odvijaju na ročištima. Postoji mogućnost tonskog, audio vizuelnog i stenografskog beleženja sadržaja ročišta i korišćenje u izradi zapisnika. Rešenje je uvedeno u cilju olakšanja rada suda ali ga problematizuje nejednaka materijalna opremljenost sudova što može ugroziti zahtev da se pravna zaštita ostvaruje u jednoobrazno uređenom postupku bez obzira na to pred koji sudom se vodi određeni postupak.

Izvršene su i značajne promene u materiji dostavljanja. U određenom smislu dostavljanje pretpostavlja i odgovarajuću saradnju stranaka i drugih učesnika u postupku izraženu u radnji prijema pismena. Navedena okolnost značajno povećava mogućnost procesnih zloupotreba koje su se ispoljavale u različitim formama izbegavanja prijema pismena. Navedeno je imalo negativan uticaj na razvoj postupka i efikasnost pravne zaštite u celini. Iz ovog razloga u važećem ZPP, kao i tekstovima koji su mu neposredno prethodili, postoji niz novih rešenja kojima se teži ostvariti efikasnije dostavljanje i sprečiti mogućnost procesnih zloupotreba. U određenim slučajevima povrede pravila o dostavljanju mogu biti kvalifikovane kao akt nepoštovanja procesne discipline koji se kažnjava izricanjem novčanih kazni uz mogućnost traženja naknade štete. Pravilo se primenjuje za radnje kojima se ometa dostavljanja pismena i spisa. Ista kazna se može odrediti i protiv punomoćnika za prijem pismena koji protivno odredbama zakona ne obavesti sud o promeni adrese. U drugoj komponenti promene imaju za cilj da osavremene

dostavljanje upotrebom novih infmormatičkih tehnologija i sredstava elektronske komunikacije. Dostavljanje predstavlja sudsku radnju ali u novom zakonu propisana i mogućnost da stranke neposredno jedna drugoj upućuju podneske i druga pismena. U ovom slučaju dostavljanje se smatra punovažnim ako postoji dokaz o izvršenom dostavljanju i ako je u pitanju dostavljanje kod kojeg se podnesak ne mora lično dostaviti adresatu. Izmenjena su i pravila o ličnom dostavljanju.

U postupku u privrednim sporovima uvedeno je pravilo kojim se na određeni način ograničava upotreba dokaznih sredstava jer se, po pravilu, dokazivanje spornih činjenica dokazuje putem isprava. Na navedeni način se dolazi do toga da se putem procesnih pravila u osnovi formalizuju ugovorni odnosi između privrednih subjekata što svakako prestavlja temu koja zahteva jedno iscrpnije razmatranje - kako u domenu procesnog tako i u domenu materijalnog prava.

III

U svim prethodno važećim redakcijama ZPP vremenski razvoj postupka je u najznačajnijoj meri zavisio od postupajućeg suda. Posebno je značajno što trajanje postupka nije bilo unapred vremenski ograničavano niti je određivan mogući broj ročišta glavne rasprave. Glavna rasprava se odvijala u jednom nizu sukcesivno povezanih ročišta koja su smatrana jedinstvenom celinom u kojoj su stranke bez nekih posebnih ograničenja mogle isticati nove činjenice i dokaze. Važeća rešenja principijelno menjaju navedeni pristup. Kao prvo, ZPP izričito propisuje da sud, po pravilu, zakazuje jedno ročište za glavnu raspravu radi izvođenja svih dokaza čije je izvođenje dozvolio ili odredio po službenoj dužnosti. Zakazivanje više od jednog ročišta dobilo je značaj izuzetka uslovljenog zahtevom da se to učini u najkraćem vremenskom razmaku i vodeći računa o koncentraciji glavne rasprave. Aktuelno rešenje ipak realno ne računa na mogućnost da se glavna rasprava okonča održavanjem jednog ročišta. Da je suprotno, bilo bi nepotrebno određivanje vremenskog okvira za sprovođenje postupka. Postupak bi po redovnom toku stvari bio okončan održavanjem tog (jednog) ročišta. ZPP propisuje obavezu suda da, po predlogu parničnih stranaka, na pripremnom ročištu ili prvom ročištu glavne rasprave ako se pripremno ročište ne održava, odredi vremenski okvir za sprovođenje postupka. Sadržaj rešenja o određivanju vremenskog okvira za sprovođenje postupka pokazuje da se ne računa sa mogućnošću da se glavna rasprava održi samo na jednom ročištu, jer se u ovo rešenje mora uneti: "broj ročišta, vreme održavanja

ročišta, raspored izvođenja dokaza na ročištima i preduzimanja drugih procesnih radnji, sudske rokove, kao i ukupno vreme trajanja glavne rasprave". Navedena formulacija ne isključuje mogućnost da se rešenjem o određivanju vremenskog okvira odredi da će postupak biti sproveden održavanjem jednog ročišta ali je dikcija ove odredbe takva da pretpostavlja određivanje više ročišta glavne rasprave. Održavanje više ročišta glavne rasprave se po definiciji ne može izbeći ni u slučaju kada se ne pristupa održavanju pripremnog ročišta, pa "prvo ročište glavne rasprave" delimično preuzima funkciju pripremnog ročišta. Samo označenje ovog ročišta kao prvog ukazuje na okolnost da će u postupku biti više od jednog ročišta glavne rasprave. Sadržaj procesnih aktivnosti na ovom ročištu a posebno okolnost da su stranke prekludirane u pogledu mogućnosti u daljem razvoju postupka ističu činjenice i predlažu dokaze koje nisu iznele na prvom ročištu glavne rasprave imajuće redovno za posledicu da će stranke na ovom ročištu izneti i onu činjeničnu i dokaznu građu o kojoj nije moguće odmah raspravljati što pretpostavlja zakazivanje bar još jednog ročišta. Obaveza određivanja vremenskog okvira za sprovođenje postupka određena je u osnovnim odredbama ZPP kao obaveza suda da postupak sprovede bez odugovlačenja, u skladu sa prethodno određenim okvirom za preduzimanje parničnih radnji i sa što manje troškova. Prema odredbama člana 308. stav 1. ZPP stranka (stranke) je dužna da na pripremnom ročištu ili prvom ročištu za glavnu raspravu ako se pripreмно ročište ne održava (nije obavezno) odredi vremenski okvir za sprovođenje postupka. Na osnovu navedenog predloga, ali i bez njega, sud ima obavezu da na navedenim ročištima odredi vremenski okvir za sprovođenje postupka. Određivanje vremenskog okvira za sprovođenje postupka se vrši rešenjem. Kao što je istaknuto, u rešenje o određivanju vremenskog okvira za sprovođenje postupka mora biti određen broj ročišta, vreme njihovog održavanja, raspored izvođenja dokaza na ročištima i preduzimanja drugih procesnih radnji, moraju biti određeni sudski rokovi i ukupno vreme trajanja glavne rasprave. Vremenski okvir određen na pripremnom ročištu ili prvom ročištu glavne rasprave nije apsolutan. Postoji mogućnost određivanja novog. Do određivanja novog vremenskog okvira za sprovođenje postupka dolazi u slučaju odlaganja ročišta. Ovaj vremenski okvir ne može da bude duži od jedne trećine prvobitno određenog okvira. Kada dopusti preinačenje tužbe parnični sud mora da rešenjem odredi nov vremenski okvir za sprovođenje postupka. Sa razlogom se smatra da povod za određivanje novog vremenskog okvira, odnosno njegovu korekciju predstavlja i slučaj kada je sud dopustio da se u nastavku postupka iznesu nove činjeni-

ce i predlože novi dokazi koje stranke bez svoje krivice nisu iznele na pripremnom ročištu, odnosno prvom ročištu za glavnu raspravu. Obavezno određivanje vremenskog okvira se ne ograničava samo na prvostepeni postupak. Ako u drugostepenom postupku dođe do otvaranja rasprave, mora takođe biti određen vremenski okvir za sprovođenje postupka. Ako je u drugostepenom postupku došlo do ukidanja pobijane presude i vraćanja predmeta na ponovno odlučivanje, prvostepeni sud ima obavezu da u roku od 30 dana od dana prijema rešenja o ukidanju presude održi ročište na kojem mora odrediti vremenski okvir za novu glavnu raspravu. Određivanju vremenskog okvira za sprovođenje postupka se pristupa i u postupku povodom predloga za ponavljanje postupka. Prvo, povodom raspravljanja o predlogu za ponavljanje postupka. Drugo, određivanje vremenskog okvira za sprovođenje postupka mora uslediti i ako je pravosnažnim rešenjem dopušteno ponavljanje postupka. Na novoj glavnoj raspravi stranke mogu da ističu nove činjenice i predlažu nove dokaze samo u skladu sa vremenskim okvirom koji je odredio sud.

Određivanje vremenskog okvira za sprovođenje postupka dovodi do oročavanja ukupnog trajanja one faze postupka na koji se taj vremenski okvir odnosi. Pretpostavljeno trajanje postupka određuje se na osnovu predloga parničnih stranaka. U širem smislu rešenje o određivanju vremenskog okvira za sprovođenje postupka predstavlja radnju formalnog upravljanja postupkom. U pitanju je grupacija radnji koje principijelno ne vezuju sud i postoji mogućnost njihove naknadne promene shodno dinamici i razvoju procesnih aktivnosti. U ovom slučaju ZPP potpuno relativizira navedeno obeležje i daje mu bitno drugačiji značaj. Nepostupanje sudije sa prethodno određenim vremenskim okvirom za preduzimanje parničnih radnji predstavlja osnov za pokretanje disciplinskog postupka u skladu sa odredbama Zakona o sudijama. U navedenom značenju evidentna je namera redaktora da postupajući sud bude u potpunosti vežan navedenim okvirom i da eventualno odstupanje od njega bude sankcionisano na planu disciplinske odgovornosti sudije. Nepoštovanje vremenskog okvira međutim neposredno ne utiče na parnični postupak niti se kvalifikuje kao bitna povreda odredaba parničnog postupka i u navedenom smislu ostaje procesno nesankcionisano.

Ako se uporedi sadržaj odredaba člana 10. stav 2. i 3. ZPP i navedenih odredaba o određivanju vremenskog okvira za sprovođenje postupka, uočljiva je određena terminološka neusklađenost. U članu 10 stav 2 se govori o vremenskom okviru za preduzimanje parničnih radnji dok se u

onim drugim odredbama govori o vremenskom okviru za sprovođenje postupka što nije isto. Prvo značenje je šire. Uključuje i obavezu suda da preduzimanje radnji u onim rokovima koji su izričito propisani za preduzimanje određenih procesnih radnji suda. Navedena formulacija stvara osnov za disciplinsku odgovornost sudije i ako radnju ne preduzme u roku koji je određen ZPP.

IV

U poređenju sa ranije važećim zakonodavstvom u kojem se parnični sud principijelno nije ograničavao u pogledu vremena preduzimanja procesnih radnji, važeći ZPP u nizu situacija ograničava slobodu suda određujući rokove za njihovo preduzimanje. Krug tih radnji je značajan i bitno širi u odnosu na ranije važeća rešenja.

Zbog postojanja isključive mesne nadležnosti nekog drugog suda, sud kojem je podneta tužba treba se oglasiti mesno nenadležnim najkasnije u roku od osam dana od dana prijema odgovora na tužbu. Ako se tužba ne dostavlja na odgovor može se oglasiti mesno nenadležnim u roku od osam dana od prijema tužbe. Po prigovoru tuženog sud se može oglasiti mesno nenadležnim u roku od osam dana od prijema odgovora na tužbu. Ako se tužba ne dostavlja na odgovor, tuženi prigovor mesne nenadležnosti može da istakne najkasnije na pripremnom ročištu ili prvom ročištu glavne rasprave ako se pripremno ročište ne održava, a sud je o navedenom prigovoru dužan odlučiti u roku od osam dana od izjavljivanja prigovora. Ako se sud kojem je predmet ustupljen kao nadležnom smatra nenadležnim, mora u roku od osam dana od dana prijema predmeta dostaviti taj predmet sudu koji je nadležan da rešava o sukobu nadležnosti. Inicijativu za delegaciju nadležnosti mogu dati i stranke ali pod određenim ograničenjima i uslovom da ga prihvati prvostepeni sud pred kojim je pokrenut postupak. Predlog za delegaciju može se dati na pripremnom ročištu, a ako ono nije održano na prvom ročištu za glavnu raspravu, a kasnije samo pod uslovom ako je razlog za delegaciju nastao posle tog momenta ili je stranka kasnije za njega saznala. Predlog se dostavlja drugoj stranci sa pozivom da se ista o njemu izjasni u roku od tri dana od dostavljanja. Sud pred kojim je pokrenut postupak o predlogu stranke mora odlučiti u roku od osam dana od dana njegovog podnošenja. O zahtevu za isključenje i izuzeće predsednik suda treba da odluči u roku od tri dana od dana podnošenja zahteva. O zahtevu za izuzeće predsednika suda i predsednika Vrhovnog kasacionog suda odlučuje se u roku od 15 dana od dana podnošenja zahteva.

O spornom pravnom pitanju odlučuje se po pravilima postupka za usvajanje pravnih stavova. Predlog se odbija ako nije od značaja za odlučivanje u većem broju predmeta. O spornom pravnom pitanju Vrhovni kasacioni sud mora odlučiti u roku od 60 dana od prijema zahteva. Kada se, po predlogu stranaka ili službenoj dužnosti, donese rešenje o tonskom ili optičkom snimanju određenog ročišta tonski ili optički snimak se koristi prilikom sastavljanja zapisnika. Tonski zapis se mora u roku od osam dana od obavljanja snimanja preneti u pisani oblik koji mora da sadrži sve ono što se nalazi na tonskom zapisu. Ako se ročište snima optički u pisani oblik se prenosi samo tonski zapis ročišta. Pisani oblik zapisa predstavlja zapisnik. Ako se tonski zapis i zapisnik bitno razlikuju po sadržaju, stranka ima pravo da podnese prigovor u roku od osam dana od dana dostavljanja zapisnika. Sud u roku od tri dana može rešenjem izmeniti sadržaj zapisnika ili odbiti prigovor. Tonski snimak svedočenja prenosi se u formu pisanog zapisnika po napred prikazanim uslovima i rokovima. Besplatnog punomoćnika postavlja sud po zahtevu stranke koja je u potpunosti oslobođena snošenja troškova postupka. To može učiniti tokom čitavog postupka. O predlogu stranke da joj se prizna pravo na besplatnog punomoćnika sud odlučuje u roku od osam dana od dostavljanja predloga ili u roku od osam dana od dana dostavljanja žalbe drugostepenom sudu. Sud ima obavezu da u roku od 15 dana od dana prijema tužbe tužbu dostavi tuženom na odgovor. Po prijemu odgovora na tužbu sud, po pravilu, zakazuje pripremno ročište. Pripremno ročište se mora zakazati u roku od 30 dana od dana kada je tužiocu dostavljen odgovor na tužbu. Ako odgovor na tužbu nije dat a nema uslova da se donese presuda zbog propuštanja, pripremno se ročište zakazuje u roku od 30 dana od dana isteka roka za davanje odgovora na tužbu. Poziv na pripremno ročište se dostavlja strankama najkasnije osam dana pre njegovog održavanja. Zakazivanje ročišta za glavnu raspravu sleduje po zaključenju pripremnog ročišta. (Prvo) ročište za glavnu raspravu mora biti zakazano najkasnije u roku od 30 dana od održavanja pripremnog ročišta, odnosno od prijema odgovora na tužbu ili proteka roka za davanje odgovora na tužbu ako se pripremno ročište ne održava. Poziv za ročište glavne rasprave mora se dostaviti najkasnije osam dana pre ročišta. Ako se postupak medijacije završi neuspehom, ročište za glavnu raspravu se mora zakazati u roku od 30 dana od dana kada je stranka obavestila sud da je odustala od medijacije. Presuda se donosi odmah po zaključenju glavne rasprave, a u složenijim predmetima sud može odložiti objavljivanje presude za osam dana od zaključenja glavne rasprave. U slučaju kada je sud zaključio raspravu glavnu raspravu uz mogućnost pribavljanja određenih spisa ili zapisni-

ka presuda se objavljuje u roku od osam dana od njihovog prijema. Rok za pismenu izradu presude iznosi osam dana i računa ce od dana objavljivanja presude. U složenijim predmetima sud može da odloži pisanu izradu presude još 15 dana. Po prijemu odgovora na žalbu, ili po bezuspešnom proteku ovog roka, prvostepeni sud, u roku od osam dana, mora žalbu dostaviti drugostepenom sudu. Uz žalbu se dostavljaju svi ostali spisi uključujući i odgovor na ovaj pravni lek ako je dat. O žalbi ce, po pravilu, odlučuje bez održavanja rasprave na sednici veća. Ako drugostepeni odlučuje o žalbi u sednici veća bez održavanja rasprave, odluku o žalbi mora doneti u roku od devet meseci od prijema žalbenih spisa od prvostepenog suda. Drugostepeni sud mora da vrati spise prvostepenom sudu u roku od 30 dana od dana donošenja svoje odluke po žalbi. Primerak blagovremene, potpune i dozvoljene revizije prvostepeni sud treba da dostavi protivnoj stranci u roku od osam dana od prijema revizije. Po prijemu odgovora na reviziju ili po proteku roka za odgovor prvostepeni sud će dostaviti reviziju i odgovor na reviziju sa spisima predmeta Vrhovnom kasacionom sudu preko drugostepenog suda u roku od 15 dana. Drugostepeni sud protiv čije odluke je podnesen zahtev za preispitivanje pravnosnažne presude dužan je u roku od 30 dana od dana podnošenja zahteva dostavi spise predmeta Vrhovnom kasacionom sudu. Ako izdavanje privremene mere u postupku u radnim sporovima zahteva stranka, sud o predlogu mora odlučiti u roku od osam dana od njegovog podnošenja. U parnicama povodom povrede kolektivnih prava sud može da zastane sa postupkom najduže 30 dana da bi stranke pokušale rešiti spor mirnim putem. U ovim parnicama drugostepeni postupak se mora okončati u roku od 60 dana. Odlučivanje o predlogu za izdavanje privremene mere u u parnicama zbog smetanja državine treba da usledi u roku od osam dana od dana podnošenja predloga. U sporovima male vrednosti presuda se objavljuje odmah po zaključenju glavne rasprave. U postupku u potrošačkim sporovima tužba se ne dostavlja tuženom na odgovor niti se zakazuje pripremno ročište, a ročište za glavnu raspravu se mora zakazati i održati u roku od 30 dana od podnošenja tužbe. Odmah ili u roku od osam dana od dana podnošenja zahteva sud je dužan da donese odluku o određivanju privremene mere u postupku za zaštitu kolektivnih prava i interesa građana.

Spomenuti rokovi imaju instruktivni karakter i usmereni su na efikasnije ostvarivanje pravne zaštite, jer određuju dinamiku pretpostavljenih procesnih aktivnosti. Za razliku od rokova koji se određuju za preduzimanje procesnih radnji stranaka ovim rokovima se ne može dati prekluzivno značenje, jer bi to značilo uskraćivanje pravne zaštite u svim situacijama kada je došlo do njihovog prekoračenja.

V

Ideja o vremenskom ograničenju trajanja postupka dobila je odgovarajući izraz i u odredbama Zakona o sudijama. Prema odredbama navedenog zakona postupajući sudija ima obavezu da obavesti predsednika suda zašto prvostepeni postupak nije okončan u roku od jedne godine a da ga zatim na svaka tri meseca obaveštava o daljem razvoju postupka. Kada je u pitanju postupak po pravnim lekovima navedeni rok iznosi dva meseca a zatim se predsednik suda o trajanju postupka obaveštava na svakih 30 dana. Kada je u pitanju prvostepeni postupak predsednik suda ima obavezu da obavesti predsednika neposredno višeg suda o svakom postupku koji nije okončan u roku od dve godine i o razlozima zbog kojih postupak nije okončan u navedenom roku. Ako postupak po određenom pravnom leku nije okončan u roku od jedne godine predsednik suda o tome mora obavestiti predsednika Vrhovnog kasacionog suda. Ovim su na određeni način indirektno određeni krajnji rokovi u kojima se očekuje okončanje parničnog postupka – rok od dve godine za okončanje prvostepenog postupka i rok od jedne godine za okončanje postupka po pravnim lekovima. Po sudovima je ustaljena praksa da se prilikom određivanja vremenskog okvira za sprovođenje postupka sudije rukovode rokovima sadržanim u odredbama Zakona o sudijama određujući najčešće trajanje prvostepenog postupka u okvirima roka od dve godine.

VI

Povreda pravila o vođenju parničnog postupka u granicama vremenskog okvira za sprovođenje postupka ili povreda obaveze suda da određene parnične radnje preduzme u odgovarajućim rokovima ne može biti procesno sankcionisana. Nepoštovanje navedenih vremenskih ograničenja nije dobilo značaj apsolutno bitne povrede odredaba parničnog postupka. Ne može imati ni značaj relativno bitne povrede. Ne isključuje se mogućnost da stranka ovim povodom izjavi pravni lek tvrdeći da navedena povreda predstavlja relativno bitnu povredu odredaba postupka. Teško bi se međutim mogla opravdati sudska odluka kojom bi se iz navedenog razloga pristupilo ukidanju presude i vraćanju predmeta na ponovni postupak kako bi se ta povreda otklonila. Takvo postupanje bi samo po sebi prestaljalogo logičku protivrečnost. Isticanjem ovog razloga stranka bi ukazivala na neopravdano dugo trajanje postupka a usvajanjem navedenog zahteva taj postupak bi postajao još duži i neefikasniji. Kao što je istaknuto, sankcija je posredna i izvan konkretnog postupka u kojem je došlo do

nepoštovanja vremenskog okvira za sprovođenje postupka ili rokova koji su izričito propisani za preduzimanje sudskih radnji. Prestavlja osnov za disciplinsku odgovornost postupajućeg sudije, a može imati odgovarajući značaj prilikom ocenjivanja da li je u konkretnom slučaju došlo do povrede prava na suđenje u razumnom roku.

Postojeća kriza sudstva kao posledica neuspele reforme, a posebno problema vezanih za opšti reizbor sudija za koje je notorno da nije izvršena u cilju usavršavanja sudske vlasti i emancipacije iste od pritiska ostalih grana vlasti, pokazuje da se i ovim rešenjima mora pristupiti sa odgovarajućom rezervom. Navedena rešenja vremenski koincidiraju sprovođenju sudske reforme koja je u mnogo aspekata pravnu zaštitu učinila neefikasnijom i koja je kao poseban, istina skriven ali snažan motiv, imala ideju o disciplinovanju sudske vlasti. Ova okolnost relativizira vrednost opisanih rešenja i pretpostavlja određenu meru opreza. Sa razlogom se postavlja pitanje da li i najsavesniji, najkvalitetniji i naobučeni sudija u datim okolnostima može realno odgovoriti na navedene zahteve. Ako to nije slučaj teško je odvojiti takvog sudiju od onog koji iz moralnih i stručnih razloga nije dorastao vršenju sudijskog poziva. Ako se, s druge strane, sve sudije dovode u situaciju da budu neuspešne tada se selektivnim pozivanjem na okolnost da u određenom postupku nije poštovan vremenski okvir za sprovođenje postupka ili da nisu poštovani zakonom određeni rokovi stvara mogućnost daljeg pritiska na sudije koristeći to kao osnov za njihovu disciplinsku odgovornost i eventualno razrešenje. Ne treba zaboraviti da je u vremenu opšteg reizbora sudija izvršeno preimenovanje postojećih sudova uz zadržavanje pretežnog dela nadležnosti kako bi se stvorio privid da su u pitanju novi sudovi. Pozivom da se radi o novim sudovima pravdan je postupak reizbora. Tako su opštinski postali osnovni sudovi, okružni viši, trgovinski privredni, Viši privredni sud Privredni apelacini sud, Vrhovni sud Vrhovni kasacioni sud. Tek kada se steknu svi potrebni uslovi da sudije i sudstvo može uspešno obavljati svoju funkciju, rešenja navedena u prethodnom izlaganju dobijaju pun smisao garantujući efikasniju i kvalitetniju pravnu zaštitu. Ako se ti uslovi ne obezbede, što je izuzetno teško u pravnom sistemu koji se stalno menja i transformiše, za očekivati je slične poduhvate koji nemaju realnih izgleda za uspeh.

*Ranko Keča, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad*

On the Time Limiting of the Court Acts in Civil Procedure

Abstract

The efficiency of the legal protection in litigation presents one of the main reasons for the quite frequent legislature changes of the Civil Procedure. To achieve this goal a number of new provisions was introduced. Given meaning has a new regulation which tends to limit the duration of the litigation as well. Litigation timeframe is in that sense introduced, and on the other hand in number of situations court management acts are time limited. The non complying of the time limits remains non sanctioned in procedura sense, but it represents a cause for a disciplinary responsibility of the judge. This mechanism was introduced to speed up litigation and to fulfill parties' right for a judgment in reasonable time and it could achieve these goals, but only with creating real prerequisites for successful functioning of the courts. If not it will transform itself in just another mean of the pressure on the judges.

Key words: legislature changes of Civil Procedure; efficiency of the litigation; litigation timeframe; time limits for the court acts; disciplinary responsibility of the judges.

*Dr Maja Stanivuković, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

HAŠKA KONVENCIJA O IZBORU NADLEŽNOG SUDA – KRITIČKA PROCENA¹

Sažetak: *Haška konvencija o izboru nadležnost suda usvojena je 2005. godine. Za sada ima samo jednu državu ugovornicu. Ipak, postavilo se pitanje da li bi za Srbiju bilo korisno da prihvati ovu Konvenciju, kako bi poboljšala perspektive za priznanje domaćih sudskih odluka u inostranstvu. U ovom radu autor daje pregled odredaba Konvencije, ukazuje na njene osnovne nedostatke i na moguća dejstva njene primene u slučaju da bude prihvaćena. Posebno se ističu dejstva koja bi ona neminovno imala na institut prećutne prorogacije i na dejstvo pravosnažnosti domaćih arbitražnih odluka. Takođe se napominje da Konvencija omogućava državi i državnim entitetima zaključivanje prorogacionih sporazuma u korist inostranih sudova, što do sada nije bila praksa. Kao najveći nedostatak ovog instrumenta ističe se ipak veliki broj izuzetaka iz obima primene, kao i mogućnost da svaka država zasebno odredi oblasti koje bi dalje izuzela. Kuriozitet je da je u Konvenciji umesto redovnog boravišta kao tačka vezivanja usvojeno obično boravište. Na kraju rada autor zaključuje da ne treba žuriti sa prihvatanjem Konvencije, odnosno da treba sačekati da se vidi kako će ona biti prihvaćena od drugih zemalja.*

Ključne reči: *nadležnost, priznanje i izvršenje stranih sudskih odluka, Haška konvencija 2005., prorogacioni sporazum, sporazum o nadležnom sudu*

¹ Rad je napisan u okviru fakultetskog projekta „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)“.

Nastanak Konvencije

Godine 1992. godine SAD su predložile Haškoj konferenciji da započne rad na stvaranju univerzalne („svetske“) konvencije kojom bi se uređila nadležnost i priznanje i izvršenje presuda u građanskim i trgovinskim stvarima.² Haška konferencija je prihvatila predlog i već 1992. godine formirala radnu grupu za proučavanje mogućnosti harmonizacije, da bi 1996. ovaj projekat zvanično uvrstila u svoj program rada.³ Opočeli su pregovori koji su intenzivno vođeni od 1997 do 1999. godine, kad je usvojen Prednacrt konvencije o nadležnosti i priznanju i izvršenju stranih presuda u građanskim i trgovinskim stvarima koji je imao četrdesetak članova (*Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*).⁴ Na devetnaestom zasjedanju, 2001. godine, zbog nemogućnosti da se postigne saglasnost o velikom broju pitanja, pregovori su zapali u ćorsokak i formalno su okončani. Međutim, neformalno su se nastavili do 2002. godine, kada je doneta odluka da se rad nastavi u onim oblastima u kojima postoji saglasnost državnih delegacija. Rezultat rada neformalne radne grupe bio je nacrt konvencije koji je poslužio kao osnova za međudržavne pregovore vođene od 2003-2005 i za konačno usvajanje Haške konvencije o sporazumima o izboru nadležnog suda (u daljem tekstu: Konvencija),⁵ na dvadesetom zasjedanju Haške konferencije za međunarodnm privatno pravo, 30. juna 2005. godine.

Ciljevi i značaj Konvencije

Opšti cilj Konvencije je harmonizacija pravila koja se primenjuju u međunarodnoj trgovini i veća pravna sigurnost i predvidljivost za ugovorne strane u međunarodnom privrednom prometu.⁶ Pravna nesigurnost ko-

² Trevor Hartley, Masato Dogauchi, *Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements Explanatory Report*, <<http://www.hcch.net/upload/expl37e.pdf>> str. 16. [18. novembar 2012]

³ *Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters adopted by the Special Commission and Report by Peter Nygh and Fausto Pocar*, str. 26. <<http://www.hcch.net/upload/wop/jdgmpl11.pdf>> [28. novembar 2012].

⁴ *Preliminary Draft* je preveden na srpski: Prednacrt konvencije o nadležnosti i stranim odlukama u građanskim i trgovačkim stvarima, *Revija za evropsko pravo* br. 1/2001. godine, str. 65-98 (prevod autora ovog rada).

⁵ Peter Arnt Nielsen, *The Hague Judgments Convention*, *Nordic Journal of International Law*, tom, 80, 2011, str. 100.

⁶ GHK, *Study to inform an Impact Assessment on the Ratification of the Hague Convention on Choice of Court Agreements by the European Community*, 7 December 2007, str. 9.

ja se njome želi otkloniti odnosi se na rešavanje sporova – koji sud je međunarodno nadležan za ugovorni spor koji proističe iz ugovora i da li će presuda koju taj sud donese biti priznata u državama obeju ugovornih strana.⁷ Nesigurnost proističe iz različitih nacionalnih pristupa u pogledu priznanja i izvršenja stranih presuda, posebno od razlika između *common law* i *civil law* sistema.⁸

Danski autor Nilsen ističe da je Haška konvencija o presudama (*The Hague Judgments Convention*), kako se Konvencija ponekad naziva, prvi pokušaj da se globalnim pravnim instrumentom reši pitanje priznanja i izvršenja stranih presuda u građanskim i trgovačkim stvarima.⁹ On naravno gubi iz vida Hašku konvenciju od 1. februara 1971. godine o priznanju i izvršenju stranih presuda u građanskim i trgovinskim stvarima,¹⁰ koja ima pet država članica: Albaniju,¹¹ Kipar, Holandiju, Portugal i Kuvajt. Teško je poverovati da ni izvestioci o Haškoj konvenciji o izboru nadležnog suda uopšte ne pominju ovu raniju konvenciju, osim u jednoj fusnoti (243), u vezi sa priznavanjem sudskih poravnjanja. Njen obim primene je znatno širi, ali se u Haškoj konferenciji ona doživljava kao neuspela.¹²

U dva navrata izvestioci Haške konvencije o izboru nadležnog suda ističu da je njen cilj da za prorogacione sporazume bude ono što je Njujorška konvencija postala za arbitražne sporazume.¹³ To nisu male pretenzije. Njujorška konvencija ima sto četrdeset osam ugovornica i predstavlja kamen temeljac savremene međunarodne trgovinske arbitraže. Na početku analize značaja Konvencije o izboru nadležnog suda iz perspektive Australije, australijski autor Garnet postavlja pitanje da li će se Kon-

<http://ec.europa.eu/justice/civil/files/ia_choice_courts_agreement_en.pdf>[18. novembar 2012. godine]

⁷ Ibidem, strp. 11.

⁸ Peter Arnt Nielsen, str. 96.

⁹ Ibidem, str. 118.

¹⁰ *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*, Concluded 1 February 1971 <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=78> [28. novembar 2012. godine] Izvestioci su bili Droz i Fragistas.

¹¹ Albanija ju je ratifikovala poslednja, 2010. godine.

¹² O razlozima njenog neuspeha videti detaljnije u izveštaju Catherine Kessedjian: *International Jurisdiction and Foreign Judgments In Civil and Commercial Matters*, Preliminary Document no.1 7, April 1997, str. 7-8 <http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm_pd7.pdf> [28. novembar 2012]. Ona pominje da je prema izveštaju Stalnog biroa (Sekretarijata) Haške konferencije od 17. maja 1992. godine utvrđeno da postoje dva glavna razloga za njen neuspeh. Interesantno je da se kao prvi pominje uspeh Briselske konvencije koja je u velikoj meri preuzela rešenja ove Haške konvencije, a bila je delom i rezultat pregovora istih lica, a kasnije i uspeh Luganske konvencije. Drugim rečima, evropske države nisu bile zainteresovane da ratifikuju ovu konvenciju jer su dobile njenu zamenu u Briselskoj i Luganskoj konvenciji.

¹³ Trevor Hartley, Masato Doguchi, str. 17 i 21.

vencija smatrati velikim dostignućem u istoriji multilateralne reforme međunarodnog privatnog prava ili će umesto toga biti posmatrana kao „skučen dokument koji predviđa previše prostora za uplitanje nacionalnih interesa na uštrb harmonizacije“. ¹⁴ Čini se da je njegov zaključak posle analize Konvencije naklonjen ovom drugom predviđanju.

U nekim krugovima Konvencija se vidi kao instrument koji će omogućiti da sudski način rešavanja sporova postane stvarna i privlačna alternativa međunarodnoj trgovačkoj arbitraži (tako npr. Evropska komisija smatra da je Konvencija „*an optional worldwide alternative to the existing arbitration system*“, ¹⁵ a Američko udruženje advokata da bi usvajanje Konvencije rešilo problem neravnoteže koja trenutno postoji u korist međunarodne trgovinske arbitraže kao preferiranog načina rešavanja sporova u prekograničnim poslovnim transakcijama). ¹⁶

Činjenica koja mnogo govori o perspektivama Konvencije jeste njen status – mada je usvojena pre sedam godina (2005), još uvek nije stupila na snagu jer za sada ima samo jednu ratifikaciju, meksičku. Pošto su je potpisale SAD i Evropska unija (obe 2009. godine), očekivanja su bila mnogo veća. Niz država je razmatralo i trenutno razmatra mogućnost ratifikacije (Garnet npr. navodi Australiju, Kinu i Hong Kong), ali za sada ratifikacije izostaju. Ipak može lako doći do preokreta ako SAD i EU učine odlučujući korak. Nil- sen utešno ukazuje da je tako bilo i sa Njujorškom konvencijom koja po nje- mu šire članstvo dobija tek posle 1970. kada su je ratifikovale SAD. ¹⁷

Pregled najvažnijih odredaba Konvencije

Konvencija o izboru nadležnog suda objavljena je na veb sajtu Haške konferencije za međunarodno privatno pravo, ¹⁸ a tamo se može pronaći i

¹⁴ Richard Garnett, *The Hague Choice of Court Convention: Magnum Opus or Much Ado About Nothing? Transnational Dispute Management*, tom 8, br. 2, 2011, str. 3 i 8.

¹⁵ European Commission, *Proposal for a Council Decision on the Signing by the European Community of the Convention on Choice of Court Agreements*, Brussels 5.9.2008 COM (2008) 538 final, Explanatory Memorandum, paragraph 1. <http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/com_2008_0538_en.pdf> [18. novembar 2012].

¹⁶ Richard Garnett, str. 11. Videti takode tekst: L.E. Teitz *The Hague Choice of Court Convention: Validating Party Autonomy and Providing an Alternative to Arbitration*, *Transnational Dispute Management*, tom 3, br. 5/2006, str. 1-17.

¹⁷ Peter Arnt Nielsen, str. 95. Ipak treba imati u vidu da su SAD bile tek 36. država koja je ratifikovala Njujoršku konvenciju. Videti hronološki pregled ratifikacija: <<http://www.jus.uio.no/lm/un.conventions.membership.status/doc.html#185>> [28. novembar 2012.]

¹⁸ *Convention on Choice of Court Agreements* <www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=98> [18. novembar 2012]. U domaćoj literaturi videti: Milena Petrović, *Haška konvencija o sporazumu o isključivoj nadležnosti suda iz 2005. – ključna pravila*, *Pravo i privreda*, br. 5-7/2008, str. 517-534.

Izveštaj i obrazloženje konvencije (*Explanatory Report* u daljem tekstu: Izveštaj) koje su sastavili profesor Trevor Hartli i Masato Dogauči, predstavnici Ujedinjenog Kraljevstva i Japana.¹⁹

Sktruktura i cilj

Tekst ovog međunarodnog ugovora se sastoji od preambule i četiri poglavlja: prvo čine odredbe o obimu primene i definicije (čl. 1-4), drugo odredbe o nadležnosti (čl. 5-7), treće odredbe o priznanju i izvršenju (čl. 8-15) i četvrto, opšte odredbe (čl. 16-34).

Sadržaj pokazuje da je konvencija „dvostruka“, jer sadrži kako odredbe o nadležnosti, tako i odredbe o priznanju i izvršenju sudskih odluka donetih primenom konvencijskih normi o nadležnosti.

Suštinski cilj Konvencije, naveden u preambuli, da se obezbedi dejstvo sporazuma o isključivoj nadležnosti (prorogacionih sporazuma) i priznanje i izvršenje sudskih odluka donetih u postupku koji je pokrenut na osnovu takvog sporazuma, ostvaruje se doslednim sprovođenjem tri načela: 1) izabrani sud dužan je da reši spor koji je pokrenut na osnovu punovažnog prorogacionog sporazuma; 2) svaki drugi sud pred kojim bude pokrenut spor mora da odbije da ga rešava; i 3) svaki drugi sud dužan je da odluku izabranog suda prizna i izvrši.²⁰

Obim primene

Obim primene ovog međunarodnog instrumenta višestruko je ograničen:

a) prema materiji – primenjuje se samo na sporove s međunarodnim elementom i na prorogacione sporazume u građanskoj i trgovačkoj materiji (čl. 1) kojima je predviđena isključiva nadležnost suda (čl. 2),

b) po vremenskom kriterijumu – primenjuje se samo na prorogacione sporazume koji su zaključeni po njenom stupanju na snagu u državi čiji su sudovi izabrani kao nadležni i samo na postupke koji su pokrenuti posle njenog stupanja na snagu u državi pred čijim sudom je postupak pokrenut (čl. 16),

v) uslovom uzajamnosti (reciprociteta) – odredbe o priznanju odluka odnose se samo na odluke sudova država članica (čl. 8), a odredbe o priznanju dejstva prorogacionog sporazuma odnose se samo na sporazum o izboru suda druge države članice,

g) rezervama (čl. 19-21), i

¹⁹ Videti fusnotu br. 2.

²⁰ Peter Arnt Nielsen., 101.

d) po vrsti postupka – ne primenjuje se u postupcima za određivanje privremene mere čak i kad je predmet spora obuhvaćen sporazumom (čl. 7).

Štaviše, materija u kojoj će se odredbe Konvencije primenjivati još je više sužena i odnosi se samo na trgovinske sporove²¹ i to ne sve. Naime, iz obima primene izuzeti su potrošački ugovori (čl. 2, st. 1, t. a), pojedinačni i kolektivni ugovori o radu (čl. 2, st. 1, t. b), ugovori koji se zaključuju u građanskoj materiji (status i pravna sposobnost fizičkih lica, obaveza izdržavanja, bračni ugovori, zaveštanja i nasleđivanje) (čl. 2, st. 2, t. a-d), stečajni postupak i prinudno poravnanje (čl. 2, st. 2, t. e), ugovori o prevozu robe i putnika (čl. 2, st. 2, t. f), sporovi o povredi prava konkurencije (čl. 2, st. 2, t. h), većina sporova na osnovu vanugovorne odgovornosti za štetu (čl. 2, st. 2, t. g, i, j, k), stvarna prava na nepokretnostima i zakup nepokretnosti (čl. 2, st. 2, t. l), statusna pitanja pravnih lica (čl. 2, st. 2, t. m), punovažnost i povreda prava intelektualne svojine osim autorskog i srodnih prava (čl. 2, st. 2, t. n i o), punovažnost upisa u javne registre (čl. 2, st. 2, t. p), arbitraža i sudski postupci u vezi sa arbitražom (čl. 2, st. 4) itd. Pored toga, na osnovu izjave o rezervi, države ugovornice mogu da obim primene ograniče još više i da izuzmu određenu materiju po svom izboru iz njene primene ako za to imaju jak interes (*strong interest*) (čl. 21).²² Deklaracija na osnovu čl. 21 se može dati u svako doba.

Uslov da predmet mora biti sa međunarodnim elementom različito se određuje s obzirom na dva glavna poglavlja Konvencije. Kada je reč o priznanju dejstva prorogacionog sporazuma, smatra se da je predmet sa međunarodnim elementom ako stranke imaju boravišta u različitim državama ili ako je njihov odnos ili neki bitan element spora vezan za drugu državu. Pri tom se kao relevantan inostrani element ne uzima sedište izabranog suda. (čl. 1, st. 2). Drugim rečima, nije dovoljno da stranke koje imaju boravišta u istoj državi izaberu kao isključivo nadležan sud u drugoj državi. Upada u oči da je kao tačka vezivanja za lica usvojeno boravište, a ne redovno boravište, kao što je to do sada bilo uobičajeno u radu Haške konferencije. Izveštaj ne sadrži nikakvo objašnjenje zbog čega je to učinjeno. Pravno lice se smatra rezidentom u državi u kojoj ima statutarno sedište, u državi po čijem je pravu osnovano, u državi u kojoj ima

²¹ Ibidem.

²² Evropska unija razmatra stavljanje dve takve rezerve. Prva bi se odnosila na ugovore o osiguranju, a druga na ugovore o prenosu autorskih prava. European Commission, *Proposal*, preambula, pasusi 14 i 15. U SAD se pominju ugovori o franšizingu i athezioni ugovori masovnog tržišta (*non-negotiated "mass market" agreements*), kao što je npr. ugovor o licenci standardnog softvera. Kina je najavila izuzeće ugovora o konzorcijumu između stranih i domaćih ulagača. Videti Richard Garnett str. 18-19.

centar upravljanja ili u državi gde mu je glavno mesto poslovanja (čl. 4, st. 2). Tačke vezivanja su postavljene alternativno – dovoljno je da je samo jedna od njih u drugoj državi u odnosu na saugovarača, pa da se smatra da je uslov „međunarodnosti“ ispunjen.

Kada je reč o priznanju sudskih odluka, predmet je međunarodni ako se pred sudom države članice traži priznanje strane sudske odluke (čl. 1, st. 3). U tom slučaju, odluke izabranog suda donete u unutrašnjim sporovima postaju izvršne u drugoj državi članici na osnovu odredaba Konvencije. U rezervama, na ove odredbe se nadovezuje mogućnost da država ugovornica predvidi da njeni sudovi mogu da odbiju da rešavaju spor iako su izabrani sporazumom o isključivoj nadležnosti, ako ne postoji nikakva veza između te države, stranaka u sporu i predmeta spora s jedne strane (čl. 19), i da može da odbije priznanje presude iz države ugovornice ako su stranke bile njeni rezidenti i svi drugi elementi spora osim mesta izabranog suda su bili povezani samo s njom (čl. 20).

Treba imati u vidu da se odredbe Konvencije takođe ne primenjuju na pružanje dejstva prećutnom prorogacionom sporazumu (*submission*), niti priznanje i izvršenje presuda koje su donete na osnovu prećutnog prorogacionog sporazuma (odnosno, upuštanja tuženog u raspravu o predmetu spora bez isticanja prigovora nenadležnosti). Opet, u Izveštaju ne nalazimo nikakvo objašnjenje za to. U Prednacrtu „velike konvencije“ prećutna prorogacija je bila uređena u čl. 5.

Upoređujući sva ova isključenja sa znatno jednostavnijim odredbama Njujorške konvencije koje predviđaju širi obim primene, nameće se utisak o njihovoj fundamentalnoj različitosti.²³ Možemo zaključiti da je obim primene Haške konvencije veoma ograničen brojnim izuzecima i da je izuzecima obuhvaćen niz situacija u kojima bi se prema savremenom srpskom pravu priznalo derogaciono dejstvo sporazuma o nadležnosti u korist stranog suda i strana odluka doneta na osnovu sporazuma o nadležnosti.²⁴

U jednom domenu Konvencija ipak uvodi nešto novo, što do sada nije postojalo u domaćem pravu, ali je pitanje da li je ta novina pozitivna. Na osnovu čl. 2, st. 5 postupak nije isključen iz obima primene Konvencije samo na osnovu činjenice da je jedna od ugovornih strana u sporazumu o nadležnosti država, državni organ ili agencija, kao i svako lice koje deluje u ime države. Iz toga sledi da bi država (i sve ono što pod državu spada, kao na primer jedinice lokalne samouprave, razne agencije, ministri itd.) mogla da zaključi sporazum o nadležnosti stranog suda i da bi

²³ Tako i Ričard Garnet, str. 11-12.

²⁴ Do sličnog zaključka dolazi i Garnet kada je u pitanju pravo Australije: str. 5.

domaći sudovi, ukoliko bismo postali država ugovornica, bili dužni da pruže dejstvo takvom sporazumu, bez obzira na odredbe unutrašnjeg prava koje eventualno predviđaju isključivu nadležnost domaćih sudova.²⁵ Ugovaranje nadležnosti stranog suda u ugovorima u kojima je jedna od ugovornih strana država ili državno telo bilo bi krajnje neobično, ali ne i nezamislivo, budući da se kao investitori i finansijeri u opštinama sve češće javljaju strana lica. Državni predstavnici kada budu razmišljali o ratifikaciji ove Konvencije treba sebi da postave pitanje da li je Srbija spremna za priznanje odluka stranih sudova u postupcima u kojima je ona sama bila stranka.

Sporazum o nadležnosti

Sporazum o nadležnosti koji uživa zaštitu konvencijskih normi treba da predvidi isključivu nadležnost izabranog suda.²⁶ Ako u prorogacionom sporazumu nije izričito navedeno da je nadležnost izabranog suda isključiva, Konvencija uspostavlja oborivu pretpostavku da je predviđena isključiva nadležnost, ako se u sporazumu kao nadležni određuju sudovi jedne države članice (bilo grupno, bilo pojedinačno imenovanjem konkretnog suda te države članice)(čl. 1 st. 1 u vezi sa čl. 3, tačke a i b). Ovo za Srbiju nije ništa novo, jer se sporazum o nadležnosti tako tumači i po našem pravu, odnosno nije neophodno da sadrži reč „isključiva“ da bi imao isključivo dejstvo. U nekim *common law* državama (npr. SAD i Kanada) inače ne važi ta pretpostavka, te prorogacioni sporazum ne predviđa isključivu nadležnost ako to nije izričito navedeno.²⁷

Zahtev forme utvrđen je u čl. 3 tačka c. Sporazum o nadležnosti mora biti zaključen ili dokumentovan u pisanoj formi ili drugim sredstvima komunikacije koja čine informacije dostupnim za kasniju upotrebu i pozivanje.²⁸ Na taj način je obuhvaćeno zaključenje prorogacionih sporazuma

²⁵ Takvu odredbu o isključivoj nadležnosti sadrži npr. Zakon o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama, *Službeni glasnik* br. 88/2001, čl. 60. Međutim, odredbe Haške konvencije, ako bismo je ratifikovali, imale bi prednost nad takvim zakonskim odredbama.

²⁶ Države članice mogu izjavom da prošire odredbe o priznanju i izvršenju i na odluke sudova čija je nadležnost zasnovana na sporazumu koji nije predvideo isključivu nadležnost izabranog suda (*a non-exclusive choice of court agreement*) (čl. 22).

²⁷ M. Stanivuković, *Međunarodna nadležnost sudova u pravu SAD, EEZ i EFTA*, Novi Sad, 1995, str. 135.

²⁸ Slična formulacija je prvi put uvedena Model zakonom UNCITRAL-a o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži, a usavršena je Model Zakonom UNCITRAL-a o elektronskoj trgovini (čl. 6) i Konvencijom o upotrebi elektronskih komunikacija u međunarodnim ugovorima (čl. 9), iz čijih odredba i vodi poreklo.

imejlom. Upadljivo je da u ovoj Konvenciji nisu usvojena rešenja iz čl. 23, st. 1, tačka b i c Prve briselske uredbe kojim se osim pisane forme priznaje kao punovažna i forma koju su ugovorne strane međusobno uspostavile praksom i forma koja je u skladu sa opšte poznatim trgovačkim običajem. Drugim rečima, Konvencija je znatno restriktivnija u pogledu forme prorogacionog sporazuma od Briselske uredbe. Ona je u tom pogledu restriktivnija i od našeg Zakona o rešavanju sukoba zakona koji propušta da za sporazume o nadležnosti propiše posebnu formu.

Samostalnost prorogacione klauzule u odnosu na ostale odredbe ugovora zagarantovana je članom 3, tačka d. Na osnovu nje, prorogacionu klauzulu treba tretirati kao poseban ugovor. Punovažnost prorogacione klauzule ne može se osporiti samo zbog toga što je osnovni ugovor ništav. Teorija o samostalnosti arbitražne klauzule je dobro poznata i univerzalno priznata u arbitražnom pravu, a ovde je preslikana na prorogacione sporazume. To znači da se formalna punovažnost prorogacionog sporazuma ocenjuje odvojeno od punovažnosti ostalih odredaba ugovora i to prema uslovima za formalnu punovažnost sadržanim u čl. 3 tačka b. Materijalna punovažnost prorogacionog sporazuma se takođe ceni odvojeno i određena je merodavnim pravom za ugovor (tj. za sporazum o nadležnosti). Merodavno pravo za materijalnu punovažnost sporazuma o nadležnosti određuje sud nadležan na osnovu člana 5, st. 1, člana 6 i člana 9.

Obaveza izabranog suda

Odredba o isključivoj (međunarodnoj) nadležnosti izabranog suda da reši spor na koji se sporazum odnosi, sadržana je u čl. 5 koji otvara drugo poglavlje koje nosi naslov „Nadležnost“. Izabrani sud ima obavezu da odluči o sporu i ne može se pozivati na doktrinu unutrašnjeg prava koja mu poverava diskreciona ovlašćenja u pogledu prihvatanja nadležnosti. Ovom odredbom je isključeno pozivanje npr. na doktrinu *forum non conveniens*, ali i na postojanje litispendencije pred stranim sudom.²⁹ S druge strane, izabrani sud se može pozvati na postojanje arbitražnog sporazuma kao razlog za neprihvatanje nadležnosti.³⁰ U odnosu na postojeće srpsko pravo, ova odredba unosi novinu utoliko što domaći sud u slučaju kada su stranke ugovorile njegovu nadležnost ne bi mogao da odbije da postupa zbog neispunjenja uslova da bar jedna od strana ima domaće državljanstvo odnosno sedište u našoj zemlji, postavljenog u čl. 49, st. 2 Zakona o rešavanju sukoba zakona.

²⁹ Trevor Hartley, Masato Dogauchi, str. 44.

³⁰ Ibidem, str. 43, fusnota 155.

Izabranom sudu je poverena i nadležnost da odlučuje o punovažnosti samog sporazuma o nadležnosti. On nije dužan da odlučuje ako je sporazum ništav ili rušljiv (*null and void*). Tužena strana pred izabranim sudom može da ospori punovažnost sporazuma o nadležnosti i da na taj način pozove sud da odluči o tom pitanju. Ali, izabrani sud bi isto tako mogao da ocenjuje punovažnost sporazuma i po službenoj dužnosti, čak i ako je tužena strana ne osporava. Postavlja se pitanje kakav je status prećutne prorogacije po ovoj Konvenciji. Autori Konvencije i Izveštaja su izbegli odgovor na ovo pitanje, ali se čini da njene odredbe mogu uticati na punovažnost prećutne prorogacije, jer bi stranka koja je po unutrašnjem pravu dužna da blagovremeno istakne ništavost sporazuma o nadležnosti mogla da iskoristi odredbe Konvencije da se tek kasnije u postupku pozove na ništavost sporazuma. Pošto Konvencija ne ograničava mogućnost da izabrani sud odlučuje o punovažnosti sporazuma nikakvim rokom, čini se da bi i neblagovremen prigovor da je sporazum o izboru nadležnog suda ništav mogao (ili čak morao) da se razmatra. Ovo bi bilo značajno odstupanje od postojećeg pravnog režima koji se zasniva na prećutno iskazanoj volji stranaka.

Izabrani sud o punovažnosti sporazuma odlučuje „po pravu te države“, ali se u komentarima napominje da izraz „pravo“ obuhvata i kolizijske norme te države, odnosno da ne mora uvek biti merodavno materijalno pravo države izabranog suda. Autori izveštaja objašnjavaju da bi u slučaju da se mislilo samo na to pravo bio upotrebljen izraz „po *unutrašnjem* pravu te države.“³¹ Kao što je rečeno, merodavno pravo se primenjuje samo na razloge materijalne ništavosti (npr. nezakonitost, mane volje i sl.), jer ništavost sporazuma u pogledu forme zavisi isključivo od ispunjenja uslova određenih u čl. 3, tačka c.

Obaveza izabranog suda da reši spor može da se isključi izjavom (rezervom) države članice u slučaju da između spora i stranaka i tog suda ne postoji druga veza osim prorogacionog sporazuma (čl. 19).

Obaveza svih drugih sudova

Obaveza je svih drugih sudova država ugovornica (koji nisu izabrani) da zastanu sa postupkom ili da odbace inicijalni akt u predmetu na koji se odnosi sporazum o isključivoj nadležnosti suda (čl. 6, st. 1). Kao i Njujorška konvencija i ova Konvencija ostavlja nacionalnom pravu da odredi na koji način će se pružiti dejstvo prorogacionom sporazumu, zastajanjem u postupku ili odbacivanjem tužbe. Mada nije izričito rečeno, podrazumeva se da se ova obaveza primenjuje samo u slučaju kada je iza-

³¹ Trevor Hartley, Masato Dogauchi, str. 43.

bran sud države ugovornice.³² Od ove obaveze je predviđeno pet izuzetaka (čl. 6, st. 2). Prvo, taj sud može da utvrdi da je sporazum ništav ili rušljiv po pravu države izabranog suda (uključujući i njegove kolizione norme – što znači da može doći do uzvraćanja i prepućivanja) (čl. 6, st. 2, tačka a). Drugo, može da utvrdi da je ugovornoj strani nedostajala sposobnost za zaključenje sporazuma (čl. 6, st. 2, tačka b).³³ U ovom slučaju merodavno pravo za sposobnost određuje taj sud po sopstvenim kolizionim normama. Treće, sud pred kojim je pokrenut postupak ima ovlašćenje da uskrati dejstvo prorogacionom sporazumu, ako oceni da bi pružanje dejstva sporazumu imalo za posledicu očiglednu nepravdu ili bi bilo očigledno suprotno javnom poretku njegove države (čl. 6, st. 2, tačka c). Četvrti izuzetak odnosi se na izuzetne okolnosti koje su nastupile, izvan kontrole ugovornih strana, ako sud oceni da se zbog njihovog nastupanja ne može razumno očekivati izvršenje sporazuma (čl. 6, st. 2 tačka d). Poslednji izuzetak odnosi se na slučaj kada je izabrani sud odlučio da ne raspravi predmet (čl. 6, st. 2 tačka e).

Najširi prostor za nepriznavanje dejstva sporazumu o nadležnosti u korist stranog suda ostavljen je odredbom koja sudu pred kojim je pokrenut postupak daje slobodu da proceni šta bi bila „očigledna nepravda“. U Izveštaju se objašnjava da se ovaj izraz odnosi na zaštitu interesa stranaka, za razliku od „javnog poretka“ koji se odnosi na zaštitu opštih interesa. Dalje se navodi:

„152. Izraz „očigledna nepravda“ pokriva izuzetne slučajeve kad jedna od stranaka ne bi dobila pošteno suđenje u stranoj državi, možda zbog pristranosti ili korupcije, ili kad postoje drugi razlozi specifični za tu stranku koji bi je sprečili da pokrene postupak pred izabranim sudom ili da učestvuje u tom postupku kao tužena strana. Izraz se može takođe odnositi na posebne okolnosti u kojima je sporazum o nadležnosti zaključen – npr. ako je njegovo zaključenje proizvod prevare. Namera je da standard bude visok: odredba ne dozvoljava sudu da zanemari sporazum o nadležnosti jednostavno na osnovu činjenice da taj sporazum ne bi bio punovažan po domaćem pravu.“³⁴

³² Kako kažu autori Izveštaja, to proističe iz definicije sporazuma o nadležnosti sadržane u čl. 3. Ibidem, str. 46.

³³ U Izveštaju se navodi da prva dva stava odgovaraju čl. II st. 3 Njujorške konvencije o priznanju u izvršenju arbitražnih odluka u delu u kome spominje „ništav arbitražni sporazum“ (*null and void* - u srpskom prevodu „prestao da bude valjan“), dok stavovi d i e pokrivaju ono što se u Njujorškoj konvenciji navodi kao sporazum „bez dejstva ili nepodoban za primenu“ (*inoperative or incapable of being performed*). Dalje se obrazlaže da je složenost ove odredbe u poređenju sa navedenim članom Njujorške konvencije samo prividna i da je izazvana nastojanjem Haške konferencije da se postigne veća preciznost od one koju pruža „skeletalna odredba“ Njujorške konvencije. Ibidem, str. 47.

³⁴ Trevor Hartley, Masato Dogauchi, str. 48.

Garnet podseća da tužioci pred australijskim sudom često koriste argument da će im biti uskraćena pravda pred izabranim sudom jer je mero-davno pravo koje bi primenio izabrani sud izuzetno nepovoljno po interese tužioca tako da bi on možda ostao i bez tuženog zahteva pred izabranim sudom. On nije siguran da bi australijski sudovi, koji su inače skloni da prihvate ovakve argumente, bili sprečeni u tome odredbama Haške konvencije, jer je član 6, st. 3 o „očiglednoj nepravdi“ široko formulisan i ostavlja im dovoljno prostora za njihovo prihvatanje.³⁵ Time se umanjuje snaga sporazuma o nadležnosti i vrednost Konvencije kao instrumenta harmonizacije.³⁶ Razlozi za nepriznavanje sporazuma su ovde širi od onih predviđenih u Njujorškoj konvenciji.³⁷

Konvencija ne uređuje pitanje litispendencije, osim što u čl. 5, st. 2 zabranjuje izabranom sudu da odbije da odlučuje („da vrši nadležnost“) iz razloga što bi o sporu trebalo da odluči sud druge države. Kao posledica toga, moguće je vođenje paralelnih postupaka u istoj stvari, jer sud pred kojim je pokrenut postupak može da oceni da sporazum o nadležnosti nije punovažan, ili da postoji neki od razloga predviđenih u čl. 6 koji mu daje pravo da odlučuje uprkos tome što postoji prorogacioni sporazum (npr. da bi pružanje dejstva sporazumu bilo suprotno javnom poretku njegove države). Odluka koju taj sud bude doneo sprečiće priznanje odluke izabranog suda donete u drugoj državi ugovornici.³⁸

Konvencija odstupa od pravila koje važi u srpskom pravu, kao i u mnogim drugim nacionalnim pravima, da se punovažnost prorogacionog sporazuma (isto tako i arbitražnog sporazuma) ocenjuje samo po blagovremenom prigovoru stranke.³⁹ Na osnovu čl. 6 Haške konvencije (mada to nije izričito rečeno) sud može da odlučuje po službenoj dužnosti da li postoji neki od razloga za uskraćivanje dejstva prorogacionom sporazumu. Takođe, stranka bi mogla da se pozove na postojanje sporazuma o nadležnosti stranog suda na koji se primenjuje Konvencija i posle upuštanja u raspravu o predmetu spora, a sud koji odlučuje morao bi tada da postupi po čl. 6, odnosno da utvrdi da li je sporazum ništav i ako nije, da se oglasi nenadležnim, bez obzira što prigovor nije bio blagovremen.

³⁵ Richard Garnett, str. 8.

³⁶ Ibidem, str. 9.

³⁷ Ibidem, str. 12.

³⁸ Videti naslov *Priznanje i izvršenje odluke izabranog suda*.

³⁹ Videti čl. 16 st. 3 Zakona o parničnom postupku i čl. 50 Zakona o rešavanju sukoba zakona, kao i čl. 14 Zakona o arbitraži modelovan po čl. 8, st. 1 Model zakona UNCITRAL-a.

Priznanje i izvršenje odluke izabranog suda

Poglavlje o priznanju i izvršenju odluka je znatno opširnije od poglavlja o nadležnosti (sastoji se od osam članova). Presuda koju donese izabrani sud na osnovu sporazuma o isključivoj nadležnosti priznaje se i izvršava u drugim državama članicama Konvencije (čl. 8, st. 1). Priznanje i izvršenje može se odbiti samo iz razloga koji su predviđeni Konvencijom. Ti razlozi (ima ih ukupno sedam) su taksativno nabrojani u članu 9. Članovi 8 i 9 inspirisani su članovima III i V Njujorške konvencije o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka.⁴⁰ U članu 9 naglašeno je da se priznanje i izvršenje „može“ odbiti iz ovih razloga, a poznato je da se ista formulacija u Njujorškoj konvenciji tumači u praksi pojedinih zemalja kao ovlašćenje suda države članice da prizna stranu arbitražnu odluku i onda kad postoji neki od razloga za nepriznanje navedenih u relevantnoj odredbi (članu V), posebno, kad je arbitražna odluka poništena u zemlji u kojoj je doneta.

Izraz presuda definisan je u članu 4, st. 1. Bitno je da se u njoj rešava o suštini spora. Pojam presude koja može da se izvrši obuhvata i sudska poravnjenja koja je odobrio izabrani sud ili su zaključena pred izabranim sudom (čl. 12), a ne obuhvata odluke o određivanju privremenih mera, čak ni one koje je doneo izabrani sud. U ovom delu Konvencija se razlikuje od Briselske uredbe koja se primenjuje i na izvršenje odluke o privremenim merama.

U članu 8 se izričito zabranjuje revizija po meritumu (preispitivanje činjeničnih i pravnih razloga za donošenje presude koju treba priznati). Pored toga, sud od koga se zahteva priznanje vezan je činjenicama koje je utvrdio izabrani sud da bi doneo odluku o svojoj nadležnosti. To se ne odnosi na presude donete na osnovu izostanka (čl. 8, st. 2).

Ako presuda nije pravnosnažna u zemlji porekla ili još nije postala izvršna, sudovi drugih država članica nemaju obavezu da je priznaju, odnosno da je izvrše (čl. 8, st. 3). Sud može odložiti odlučivanje o priznanju i izvršenju dok presuda ne postane pravnosnažna, odnosno izvršna (dok se ne odluči o pravnom leku koji je uložen ili dok ne protekne rok za podnošenje pravnog leka), a može i odbiti zahtev za priznanje odnosno izvršenje, s tim da stranka može kasnije, kad presuda postane pravnosnažna odnosno izvršna, ponovo podneti zahtev za priznanje odnosno izvršenje, (čl. 8, st. 4).

Po ugledu na Njujoršku konvenciju, ako je samo deo presude podoban za priznanje i izvršenje sud može da prizna, odnosno izvrši samo taj deo presude (čl. 15).

⁴⁰ Peter Arnt Nielsen, str. 109.

Konvencija ne uređuje postupak priznanja i izvršenja, već to prepusta najvećim delom pravu države čijem je sudu podnet zahtev za priznanje i izvršenje. Jedino se sud upućuje da postupa ekspeditivno (čl. 14). Isprave koje stranka treba da priloži uz zahtev za priznanje i izvršenje navedene su u članu 13. To su sledeće isprave:

- potpun i overen primerak presude;
- izvorni primerak sporazuma o isključivoj nadležnosti suda, ili overen primerak tog sporazuma, ili drugi dokazi o njegovom postojanju;
- ako je presuda doneta na osnovu izostanka, izvornik ili overen primerak isprave kojom se ustanovljava da je akt kojime je pokrenut postupak dostavljen licu koje je izostalo;
- dokaz o pravnosnažnosti i izvršnosti presude u državi porekla;
- ako je reč o poravnanju, uverenje suda države porekla da je sudsko poravnanje izvršno na isti način kao presuda suda te države;

Predviđena je mogućnost da sud države porekla izda ispravu koja bi pratila presudu po obrascu koji bude propisala Haška konferencija. Smisao ove isprave je da se potvrdi donošenje presude i da se ukratko objasni njena sadržina za potrebe priznanja i izvršenja. Reč je o ispravi sličnoj onoj koju izdaje sud porekla presude na osnovu Briselske uredbe.⁴¹

Razlozi za nepriznavanje

U članu devet taksativno je nabrojano sedam razloga zbog kojih se može odbiti priznanje ili izvršenje presude.⁴² Tome treba dodati i razloge navedene u članu 10 i članu 11 i rezervu iz člana 20 o kojima će biti reči nešto kasnije, kao i nepriznavanje koje proističe iz primene nekog drugog međunarodnog ugovora. Kao prvi razlog navodi se i ovde ništavost i rušljivost sporazuma o nadležnosti prema pravu države izabranog suda. Ovo ipak ne može biti način da se preispita odluka suda porekla o punovažnosti sporazuma. Ako je sud porekla već odlučio da je sporazum punovažan, sud priznanja je vezan njegovom odlukom (čl. 9, tačka a). Zatim, priznanje se može odbiti ako ugovorna strana nije imala sposobnost da zaključi sporazum o nadležnosti, što se procenjuje po pravu države priznanja (uključujući i njene kolizione norme)(čl. 9, tačka b). Treći razlog za nepriznavanje, koji se odnosi na dostavljanje podneska kojim je pokrenut postupak sadrži dve odredbe. Jedna od njih se odnosi na blago-

⁴¹ Uz tekst Konvencije sadržan u Izveštaju priložen je i ovaj obrazac. Trevor Hartley, Masato Dogauchi, str. 10-12.

⁴² Pošto se tačka c koja se odnosi na dostavljanje inicijalnog akta dalje grana na dve odredbe, moglo bi se reći da tih razloga ima i osam. Videti Peter Arnt Nielsen, str. 110. Međutim, u Izveštaju se navodi da ih je sedam. Trevor Hartley, Masato Dogauchi, str. 53.

vremenost, a druga na način dostavljanja. Kad je u pitanju blagovremenost, standard koji se štiti je „mogućnost tuženog da pripremi odbranu“ (čl. 9, tačka c, podtačka i).⁴³ Ako se tuženi odazvao pozivu suda u državi porekla odluke, ne osporavajući dostavljanje (pod uslovom da je po pravu te države mogao da ospori dostavljanje), ne može se kasnije pozivati na ovaj razlog za nepriznavanje. Kad je u pitanju način dostavljanja, standard koji se mora poštovati su osnovna načela o dostavljanju koja se primenjuju u državi priznanja. Način dostavljanja primenjen u državi porekla ne sme biti suprotan (nesaglasan sa) ovim načelima. Za razliku od ostalih razloga za nepriznavanje, ovaj, koji ima za cilj zaštitu suvereniteta države u kojoj je izvršeno dostavljanje inicijalnog akta, primenjuje se na priznanje strane odluke samo u državi dostavljanja.⁴⁴ Priznanje i izvršenje strane odluke može se zatim odbiti usled prevare koja je u vezi sa pitanjima postupka (čl. 9, tačka d). U primere spadaju namerno dostavljanje akta na pogrešnu adresu, podmićivanje sudije, porotnika, svedoka ili veštaka, prikrivanje dokaza itd.⁴⁵ Odbijanje sledi i ako je priznanje i izvršenje očigledno u neskladu sa javnim poretком države priznanja (čl. 9, tačka e). Ovaj standard obuhvata u sebi i zaštitu procesnog javnog poretка („situacije kada je postupak koji je prethodio donošenju presude u neskladu sa osnovnim načelima procesne pravičnosti date države“). Načelo *res iudicata* je podloga za dva poslednja razloga za nepriznavanje: neće se priznati (ni izvršiti) presuda koja je suprotna presudi koja je u državi priznanja doneta u sporu između istih stranaka (čl. 9, tačka f), niti presuda koja je suprotna ranije donetoj presudi u drugoj državi između istih stranaka i u istoj stvari, ako ta ranija presuda ispunjava uslove za priznanje u državi priznanja (čl. 9, tačka g). Prva situacija odnosi se na suprotnost presude čije se priznanje traži sa domaćom presudom, a druga na suprotnost dve strane presude čije se priznanje traži. Suprotna presuda doneta u državi priznanja sprečava priznanje i izvršenje, mada nije doneta u istoj stvari i mada je doneta posle strane presude čije se priznanje traži dok suprotna presuda doneta u nekoj drugoj državi (koja ne mora biti ugovornica Konvencije) sprečava priznanje samo ako su ispunjeni uslovi vremenske precedencije i identiteta i ako ta presuda inače ispunjava potrebne uslove za priznanje u državi priznanja.⁴⁶ Na taj način se obaveze suda koji nije izabran da zastane sa postupkom ili da odbaci inicijalni akt relativizuju jer će njegova ocena o punovažnosti sporazuma o nadležnosti, koja treba da

⁴³ Inspiracija za ovu odredbu dolazi od čl. V stav 1, tačka b Njujorške konvencije i čl. 34 st. 2 Briselske uredbe. Videti Peter Arnt Nielsen, str. 112.

⁴⁴ Trevor Hartley, Masato Dogauchi, str. 55.

⁴⁵ Ibidem, str. 55.

⁴⁶ Ibidem, str. 55-56.

bude doneta po pravu države izabranog suda, biti prihvaćena u državi priznanja ako taj sud donese presudu pre izabranog suda, pa čak i ako je donese posle izabranog suda, pod uslovom da je taj sud, domaći sud. Andrea Šulc, prva sekretarka Stalnog biroa (Sekretarijata) Haške konferencije, tvrdi da u slučaju kad se kao osnov za odbijanje priznanja pojavljuje suprotna presuda doneta u drugoj državi, sud priznanja primenjuje test kojim ispituje da li je presuda doneta u skladu sa čl. 6 Konvencije, odnosno da li je sud koji nije bio izabran bio u pravu kada je odlučio da ne pruži dejstvo prorogacionom sporazumu.⁴⁷ Međutim, u tekstu Konvencije ne nalazimo osnovu za ovu tvrdnju, a takvo tumačenje ne pojavljuje se ni u Izveštaju.

U konvenciji nije izričito navedeno da je prepreka priznanju i arbitražna odluka u istoj stvari. Za strane ili međunarodne arbitražne odluke (npr. odluke arbitražnih sudova ICSID) to je manji problem, jer se te odluke priznaju i izvršavaju po međunarodnim ugovorima koji imaju prednost u primeni nad odredbama Konvencije na osnovu čl. 26 (Odnos Konvencije sa drugim međunarodnim instrumentima). Taj član daje prednost u primeni međunarodnim ugovorima kao što su Njujorška konvencija o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka i Vašingtonska konvencija o rešavanju investicionih sporova između država i državljana drugih država. Činjenica da je sud države priznanja dužan da prizna suprotnu odluku stranog arbitražnog suda na osnovu Njujorške ili Vašingtonske konvencije predstavlja prepreku za primenu čl. 8, st. 1 Haške konvencije. Drugim rečima sud kome je podnet zahtev za priznanje neće biti dužan da prizna i izvrši odluku izabranog suda države ugovornice Haške konvencije ako je ona suprotna arbitražnoj odluci na koju se primenjuje jedna od ovih Konvencija.⁴⁸

Glavni problem se javlja kad su u pitanju domaće arbitražne odluke, jer one ne ulaze u pojam „presude“ određen u čl. 4, st. 1. Sud države priznanja bi na osnovu Konvencije imao obavezu da prizna presudu izabranog suda iz druge države članice mada je ta presuda suprotna arbitražnoj odluci donetoj u državi priznanja. Na primer, u ugovoru između holandskog i srpskog društva može biti ugovorena nadležnost Spoljnotrgovinske arbitraže pri Privrednoj komori Srbije. Pretpostavimo da se u slučaju spora, srpsko društvo obratilo ovoj arbitražnoj instituciji koja je formirala arbitražno veće koje je posle godinu dana donelo arbitražnu odluku u sporu. Holandsko društvo nezado-

⁴⁷ Andrea Schulz, *The Future Convention on Exclusive Choice of Court Agreements and Arbitration*, *Transnational Dispute Management*, tom 3, br. 5, 2006, str. 24.

⁴⁸ *Ibidem*, str. 26-27.

voljno ishodom spora, pokrenulo je postupak pred holandskim sudom u kome je holandski sud posle prigovora tuženog ocenio da arbitražni sporazum nije punovažan i zatim doneo presudu o predmetu spora. Ako bi Srbija postala ugovornica Konvencije čija je ugovornica takođe Holandija, domaći sud bi imao međunarodnu obavezu na osnovu Konvencije (koja bi imala prednost nad odredabama Zakona o arbitraži), da prizna i izvrši presudu holandskog suda, mada je ona suprotna ranijoj presudi arbitražnog suda Spoljnotrgovinske arbitraže.

Dodatni razlozi za nepriznavanje i neizvršenje strane presude predviđeni su u članovima 10 i 11, kao i u čl. 20. Član 10 se odnosi na prethodna pitanja koja su isključena iz polja primene Konvencije, bilo na osnovu čl. 2, st. 2 ili na osnovu čl. 21 (deklaracija, odnosno rezerva). Činjenica da je sud države ugovornice prilikom odlučivanja o glavnoj stvari odlučio i o prethodnom pitanju koje ne spada u polje primene konvencije ne isključuje automatski dati postupak iz polja primene Konvencije (čl. 2, st. 3). Međutim, ako je u presudi sadržana i odluka o prethodnom pitanju koje je izvan polja primene Konvencije (bilo na osnovu čl. 2 st. 2 ili čl. 21), taj deo odluke se neće priznati ni izvršiti na osnovu Konvencije (čl. 10, st. 1). Što je još važnije, kada je presuda o glavnoj stvari zasnovana na odluci o prethodnom pitanju koje je isključeno iz polja primene na osnovu čl. 2, st. 2 ili deklaracijom države članice datom na osnovu čl. 21, sud države priznanja nije dužan da prizna ni odluku o glavnoj stvari (čl. 10, st. 2 i st. 4). Taj sud može da odbije priznanje ako bi sam rešio drukčije o prethodnom pitanju.⁴⁹ Izvestioci priznaju da je ovo *sweeping exception* (izuzetak koji ima široku primenu).

Poseban izuzetak od priznanja i izvršenja predviđen je u čl. 11 za presude kojima se na ime naknade štete dosuđuju iznosi koji nemaju za cilj nadoknadu stvarno pretrpljenog gubitka ili štete. SAD su poznate po takvim presudama. Sud države ugovornice može da odbije priznanje i izvršenje onog dela presude koji se odnosi na „kaznenu naknadu štete“ (*exemplary or punitive damages* – čl. 11, st. 1). Pri tom taj sud treba da vodi računa o tome da li dosuđena šteta u zemlji porekla presude eventualno služi za pokrivanje troškova postupka, jer u nekim zemljama ti troškovi mogu biti veoma visoki.⁵⁰ Preostali deo presude koji se odnosi na naknadu stvarne štete, priznaje se i izvršava bez obzira na to što je odbijeno priznanje kaznenog dela presude.

Država članica može da izjavi da njeni sudovi mogu da odbiju priznanje i izvršenje presude suda druge države ugovornice u sporu koji je

⁴⁹ Trevor Hartley, Masato Dogauchi, str. 57.

⁵⁰ Ibidem.

po prirodi njen unutrašnji spor, jer su stranke imale boravište u državi priznanja, a i njihov odnos (tj. ugovor) i drugi elementi bitni za spor, vezani su samo za državu priznanja (čl. 20).

Odredbе o priznanju i izvršenju iz Haške konvencije ne razlikuju se mnogo od odgovarajućih odredaba Zakona o rešavanju sukoba zakona. Drugim rečima, domaći sud bi po pravilu priznao i izvršio takve odluke i bez konvencijskih odredaba (ako je ispunjen uslov uzajamnosti). Usvajanje Konvencije donelo bi tu korist što bi odluke domaćih sudova kada postupaju kao izabrani sudovi na osnovu sporazuma o nadležnosti, bile priznate i izvršene u svim državama ugovornicama konvencije (s tim da bi one možda bile priznate i u odsustvu konvencijskih odredaba, u zavisnosti od unutrašnjeg prava tih država).⁵¹ Međutim, ta korist bi bila ograničenog dometa zbog mnogobrojnih isključenja obima primene koja znatno sužavaju krug odluka na čije bi se priznanje i izvršenje eventualno primenjivale odredbe Konvencije. Kad se uzme u obzir i složenost koju u domaći pravni sistem uvodi parcijalno regulisanje oblasti priznanja i izvršenja stranih odluka do koga bi na ovaj način došlo, cena konvencijskih rešenja možda postaje previsoka.

Zaključak: ne žuriti sa ratifikacijom

Haška konvencija o izboru nadležnog suda je poučan primer o još uvek skromnim dometima međunarodne harmonizacije i saradnje u oblasti priznanja stranih odluka. Kao minimalistički ishod maksimalističkog projekta koji je Haška konferencija za međunarodno privatno pravo preduzela na inicijativu Amerikanaca 1992. godine, ona je sve što je ostalo od grandiozne ideje da se univerzalnom konvencijom uredi pitanje nadležnosti, priznanja i izvršenja stranih odluka u građanskim i trgovinskim stvarima.⁵²

Pregled odredaba konvencije pokazuje da ona izuzima veliki broj ugovora iz svog obima primene, da ostavlja državama članicama mogućnost da još više suze taj obim primene i da nosi rizik da domaće arbitražne odluke ostanu bez dejstva ako su suprotne odlukama donetim na osnovu sporazuma o izboru stranog suda kao nadležnog. Takođe, Konvencija povećava stepen pravne nesigurnosti u slučajevima prećutne prorogacije, ne sprečava mogućnost vođenja paralelnih postupaka i ne osigu-

⁵¹ U većini zemalja strana odluka se priznaje ako je nadležnost zasnovana na sporazumu o nadležnosti. Videti: M. Stanivuković, M. Živković, *Međunarodno privatno pravo – opšti deo*, prvo izdanje, Beograd, 2004, str. 469–471.

⁵² Po rečima izvestilaca: „cilj se mora minimizovati“ (*the objective should be scaled down*), Trevor Hartley, Masato Dogauchi, str. 17.

rava da odluke domaćih sudova kao izabranih sudova budu uvek priznate i izvršene u državama ugovornicama, jer priznanje sporazuma o nadležnosti i odluke izabranog suda zavisi od ocene širokih pravnih standarda koja je prepuštena sudovima država članica. Pored toga, njenom ratifikacijom, povećala bi se složenost domaćeg međunarodnog privatnog prava u jednom domenu u kome do sada nije bilo značajnijih problema. Kad se tome doda činjenica da Konvencija za sada nije međunarodno prihvaćena, nameće se zaključak da sa njenom ratifikacijom ne treba žuriti i da treba istražiti i druge puteve da se pobošlja perspektiva za priznanje odluka domaćih sudova u inostranstvu.

*Maja Stanivuković, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad*

The Hague Convention on the Choice of Court: Critical Appraisal

Abstract

This paper makes a critical appraisal of the provisions of the 2005 Hague Convention on the Choice of Court Agreements from the perspective of Serbian Law. First, it is noted that the Convention does not apply to submission and does not regulate the effects of belated invocation of the existence of the choice of court agreement before the court not chosen. It also does not prevent that the reverse situation, that the party invokes nullity of the choice of court agreement past the initial stage in the proceedings. Secondly, the *res iudicata* effect of domestic arbitral awards seems to be jeopardized by the provisions authorizing the court of the contracting state to refuse to recognize and enforce a judgment of the other contracting state based on the choice of court agreement, solely if the judgment is inconsistent with a judgment given in the requested state (and not if it is inconsistent with an arbitral award given in the requested state). Thirdly, and most importantly, great number of exclusions from the scope of application and some very broad grounds for non-recognition of foreign forum selection clauses makes this instrument less attractive than it should be.

Key words: jurisdiction, recognition and enforcement, choice of court agreement, Hague convention 2005

*Dr Bernadet Bordaš, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

MEĐUNARODNO PORODIČNO PRAVO EVROPSKE UNIJE – PRAVNI OSNOV, IZVORI I PRAKSA SUDA EU¹

Sažetak: *Predmet rada su pravni osnov, izvori i praksa Suda EU u materiji međunarodnog porodičnog prava EU. Prikazuje se pravni osnov stvaranja normi u ovoj oblasti prava Unije prema Lisabonskom ugovoru o funkcionisanju Evropske unije, izvori koji su stupili na snagu i u pogledu kojih postoji obaveza neposredne primene od strane nacionalnih sudova država članica. U radu se prikazuju četiri presude Suda EU u kojima se tumači Uredba Brisel II bis, koji su od interesa za Srbiju kao zemlju koja je kandidat za članstvo Evropske unije. To su predmeti Sandelind Lopez, Hadadi, predmet A. i Merkredi.*

Ključne reči: *pravo EU, međunarodno privatno pravo EU, Lisabonski ugovor, međunarodno porodično pravo EU, Uredba Brisel II bis, praksa Suda EU*

1. Uvod

U meri u kojoj se u današnje vreme može govoriti o Međunarodnom privatnom pravu Evropske unije kao posebnom skupu normi u okviru prava Evropske unije (u daljem tekstu: pravo Unije), isto toliko može da se govori i o međunarodnom porodičnom pravu Evropske unije kao podskupu koji generalno deli pravnu sudbinu skupa normi u okviru prava

¹ Rad je napisan u okviru projekta „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)“.

Unije. Pod pravnom sudbinom podrazumevamo pravni osnov stvaranja i usvajanja normi od strane legislativnih organa Evropske unije, legislativnu proceduru po kojoj ti organi postupaju i nadležnost Suda EU da u postupku po predlozima za odlučivanje o prethodnim pitanjima daje tumačenje izvora prava Unije. Ova pitanja su bila i jesu regulisana osnivačkim ugovorima: od 1. decembra 2009. godine to je Ugovor o funkcionisanju Evropske unije. Pravnu sudbinu međunarodnog porodičnog prava EU karakteriše, počev od Ničanskog ugovora o osnivanju Evropske zajednice, specifičnost legislativne procedure koja se ogleda u njegovom izdvajanju od redovne procedure i zadržavanje jednoglasnosti, uz mogućnost da se, nakon sprovođenja posebnog postupka, donese odluka o primeni redovne procedure. Ova karakteristika je novina lisabonskih izmena osnivačkih ugovora. U ovom radu će se, stoga u prvom delu ukratko prikazati osnov međunarodnog porodičnog prava EU prema Lisabonskom ugovoru o funkcionisanju Evropske unije (u daljem tekstu: UFEU).

Od stvaranja pravnog osnova za usvajanje sekundarnih izvora prava Unije Amsterdamskim ugovorom o osnivanju Evropske zajednice, bez obzira na specifičnosti tog osnova, usvojene su četiri, a na snazi su tri uredbe u materiji međunarodnog porodičnog prava. Njihova neposredna primena od strane nacionalnih sudova država članica otvara pitanje njihovog uniformnog tumačenja, jer se jedino tako mogu postići ciljevi postavljeni u osnivačkim ugovorima. Pošto je Uredba EZ 2201/2003 o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti kojom se ukida Uredba EZ 1347/2000 počela da se primenjuje 2005. godine, Sud EU je od tada imao prilike da donosi presude o tumačenju pojedinih odredaba povodom čije primene su se nacionalni sudovi suočili sa dilemama. U drugom delu rada prikazaćemo četiri presude koje smatramo značajnim zbog tumačenja pitanja i pojmova sa aspekta Srbije (i njenog prava) kao treće zemlje – kandidata za punopravno članstvo Evropske unije.

2. Pravni osnov po Lisabonskom ugovoru

Dvanaest godina je prošlo otkako je Savet Evropske zajednice usvojio prvi sekundarni izvor komunitarnog prava u oblasti međunarodnog porodičnog prava: Uredba br 1347/2000 o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti za zajedničku decu oba supružnika usvojena je 29. maja 2000. godine².

² *Council Regulation (EC) No 1347/2000 of 29 May 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of pa-*

Pravni osnov za njeno usvajanje pružio je Amsterdamski ugovor o osnivanju Evropske zajednice³ u tački (c) člana 61 i u članu 65, a u okviru pravosudne saradnje u građanskim stvarima kao elementa oblasti Unutrašnjih i pravosudnih poslova^{4,5} i uspostavljanja oblasti slobode, sigurnosti i vladavine prava⁶. Na osnovu tih odredaba i po proceduri propisanoj u stavu 1 člana 67 usvojena je i Uredba Saveta (EZ) br. 2201/2003 o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti kojom se ukida Uredba (EZ) br. 1347/2000⁷, dok je Uredba Saveta (EZ) br 4/2009 od 18. decembra 2008. godine o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i o saradnji u materiji koja se odnosi na obaveze izdržavanja⁸ usvojena po proceduri propisanoj u stavu 2 člana 67.⁹

Članom 65 materija međunarodnog privatnog prava podvedena je pod odredbu koja propisuje da u materiji viza, azila, imigracije i ostale politike koje se odnose na slobodno kretanje lica Zajednica usvaja, po proceduri

rental responsibility for children of both spouses, Sl. list L 160, 2000, str. 19-36; ova Uredba je stupila na snagu 1. marta 2001. godine, a ukinuta je Uredbom br. 2201/2003.

³ Vidi *Treaty establishing the European Community*, Sl. list EZ, C, 340, 1997.

⁴ Pojam koji je uveo Ugovor o Evropskoj uniji iz 1992. godine (Sl. list EZ, C, 191, 1992), član B, kao jedan od ciljeva Unije: „Ciljevi Unije su: jačanje zaštite prava i interesa državljana država članica putem uvođenja državljanstva Unije; razvijanje bliske saradnje u oblasti pravosudnih i unutrašnjih poslova;“.

⁵ Vidi detaljnije kod Peers, S., *EU Justice and Home Affairs Law*, European Law Series, 2000.

⁶ Ovo je pojam amsterdamskih izmena Ugovora o Evropskoj uniji, Sl. list EZ, C, 340, 1997, član 2: Ciljevi Unije su: ... održavanje i razvijanje Unije kao oblasti slobode, sigurnosti i vladavine prava u kojoj je obezbeđena sloboda kretanja lica, zajedno sa odgovarajućim merama u pogledu spoljne kontrole granica, azila, imigracije i prevencije i borbe protiv kriminala; ...“; vidi, takođe kod Lenaerts, K., „The Contribution of the European Court of Justice to the Area of Freedom, Security and Justice“, *The International and Comparative Law Quarterly*, godište 59, 2010, str. 255.

⁷ *Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 134/2000*, Sl. list EZ, L 338, 2003, str. 1-29.

⁸ *Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2009 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations*, Sl. list EZ, L 007, 2009, str. 1-79.

⁹ Razlika u proceduri rezultat je, s jedne strane, vremenske distance između usvajanja ove dve uredbe, a s druge, izmena koje su u Ugovor o osnivanju Evropske zajednice unete Ničanskim ugovorom o osnivanju Evropske zajednice. Ničanski ugovor (*Treaty of Nice amending the Treaty on European Union, The Treaties establishing the European Communities and certain related acts*, Sl. list EZ C, 80, 2001, str. 1-87) je usvojen 2001. godine, stupio na snagu 1. februara 2003. godine.

propisanoj u članu 67, mere u oblasti pravosudne saradnje u građanskim stvarima koje imaju prekogranične posledice u meri koja je neophodna da se osigura pravilno funkcionisanje unutrašnjeg tržišta. Prema tekstu tog člana takve mere obuhvataju pojednostavljenje i poboljšanje prekograničnog dostavljanja sudskih i vansudskih dokumenata, saradnje u oblasti dobijanja dokaza i priznanja i izvršenja presuda u građanskim i trgovinskim stvarima, kao i unapređenje usklađenosti pravila država članica koja se primenjuju na sukob zakona i sukob jurisdikcija¹⁰. Ovaj pravni osnov je teorijski osporavan uopšte¹¹, a naročito u odnosu na usvajanje mera u oblasti međunarodnog porodičnog prava zbog cilja koji je u Ugovoru o osnivanju EZ formulisan kao „osiguranje pravilnog funkcionisanja unutrašnjeg tržišta“. Pojedini autori su, naime, isticali da je nejasno kako legislativna nadležnost Evropske zajednice u materiji međunarodnog porodičnog prava utiče na ostvarivanje cilja koji je po svojoj prirodi ekonomski: kako pravila o međunarodnoj nadležnosti sudova država članica, pravila o priznanju i izvršenju presuda donesenih u državama članicama i pravila o određivanju merodavnog prava doprinose pravilnom funkcionisanju unutrašnjeg tržišta.¹² Teorijsko objašnjenje je ponuđeno i identifikovano u vezi između slobode kretanja lica u EU na osnovu članova 17 (ustanovljenje državljanstva Unije), 18 (pravo na slobodno kretanje državljana Unije) kao i 39 (sloboda kretanja radne snage), ali i stava 2 člana 14 (pojam unutrašnjeg tržišta) Ugovora o osnivanju Evropske zajednice. Suština argumenta je u pravnoj sigurnosti lica koja ostvaruju slobodu kretanja unutar granica Evropske unije koju obezbeđuju harmonizovana, odnosno unifikovana pravila komunitarnog prava otklanjajući opasnost i pravnu nesigurnost koju izaziva različitost odgovarajućih nacionalnih propisa država članica.¹³

¹⁰ Vidi tačke a i b člana 65.

¹¹ Vidi posebno kod J. Basedow, „The communitarization of the conflict of laws under the Treaty of Amsterdam“, *Common Market Law Review* godište 37, 2000, str. 687-708; O. Remien, „European Private International Law, the European Community and its Emerging Area of Freedom, Security and Justice“, *Common Market Law Review*, godište 38, 2001, str. 53-86 et al.

¹² Vidi umesto svih Magnus, U., Mankowski, P. (ur.), *Brussels II bis Regulation, Introduction*, Minhen, 2012, str. 10-18.

¹³ Uporedi sa Van Den Eeckhout, V., „Communitarization of Private International Law: Tendencies to „liberalise“ International Family Law“, članak dostupan na veb strani <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/16146>, poslednji put posećenoj 31. oktobra 2012; vidi, takođe, od istog autora članak „Communitarization of International Family law as Seen from a Dutch Perspective: What is New? A Prospective Analysis“, u: Nuyts, A., Watté, N. (ur.) *International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States*, Brisel 2005, str. 509.

Lisabonski ugovor o funkcionisanju Evropske unije¹⁴ (u daljem tekstu: UFEU) podvodi materiju međunarodnog privatnog prava pod pravo Unije u članu 81 i izjednačava je u pogledu legislativne procedure i kontrole od strane Suda EU pod opšte odredbe¹⁵, s tim da u pogledu materije međunarodnog porodičnog prava – zbog suzdržanosti država članica da regulisanje tih odnosa povere legislativi Unije – ostaje rezerva (i izuzevak) posebne procedure.

Odredbe člana 81 potpadaju pod naslov V – Oblast slobode, sigurnosti i vladavine prava. U poglavlju 1 ovog naslova određuje se da Unija čini oblast koja se zasniva na slobodi, sigurnosti i vladavini prava u kojoj se poštuju fundamentalna prava i različiti pravni sistemi kao i pravne tradicije država članica.¹⁶ U toj oblasti Unija olakšava pristup pravosuđu, naročito putem načela uzajamnog priznanja sudskih i vanudskih odluka u građanskim stvarima (stav 4 člana 67 UFEU). Poglavlje 3 – Pravosudna saradnja u građanskim stvarima – sadrži samo jedan član: član 81 koji je izmenjeni član 65 Amsterdamskog Ugovora o osnivanju Evropske zajednice. Prema odredbama ovog člana: (1) Unija razvija pravosudnu saradnju u građanskim stvarima koje imaju prekogranična dejstva na osnovu načela uzajamnog priznanja presuda i vanskudskih odluka, a ta saradnja može da uključi usvajanje mera radi približavanja prava država članica; (2) u tom cilju Evropski parlament i Savet u skladu sa *redovnom legislativnom procedurom* usvaja mere – naročito kada su one potrebne radi pravilnog funkcionisanja unutrašnjeg tržišta; u odnosu na Amsterdamski ugovor ova odredba (stav 2 člana 81) sadrži dve bitne novine: ne postoji više posebna legislativna procedura iz člana 67, već se mere usvajaju u skladu sa članom 289 UFEU; mere se usvajaju *naročito* kada su potrebne za pravilno funkcionisanje unutrašnjeg tržišta, koja formulacija dopušta zaključak da usvajanje mera može da ima i drugu svrhu da bi se razvila pravosudna saradnja u građanskim stvarima sa prekograničnim dejstvima;¹⁷ (3) takve mere Unije moraju da *obezbede* „(a) uzajamno priznanje i izvršenje između država članica sudskih presuda i vanskudskih odluka..... (c) kompatibil-

¹⁴ Ugovor o Evropskoj uniji i Ugovor o funkcionisanju Evropske unije, Sl. list C 83, 2010 (prečišćeni tekst), usvojeni su 13. decembra 2007. godine, stupili na snagu 1. decembra 2009. godine.

¹⁵ Up. Peers, S., „Mission Accomplished? EU Justice and Home Affairs Law after the Treaty of Lisbon“, *Common Market Law Review*, godište 48, 2011, str. 661-693.

¹⁶ Vidi stav 1 člana 67 UFEU.

¹⁷ Vidi kod Fiorini, A., „The Evolution of European Private International Law“, *The International and Comparative Law Quarterly*, godište 57, 2008, str. 977; Župan, M., Puljko, V., „Shaping European Private International Family Law“, *Slovenian Law Review*, , godište 7, 2010, str. 23.

nost pravila država članica o sukobu zakona i sukobu jurisdikcija; ...¹⁸, dok tekst Amsterdamskog ugovora ne govori o *obezbeđivanju* navedenih ciljeva mera, već samo o tome da mere iz člana 65 u meri u kojoj su potrebne radi pravilnog funkcionisanja unutrašnjeg tržišta *uključuju* one kojima se poboljšavaju i pojednostavljaju „... priznanje i izvršenje odluka u građanskim i trgovinskim stvarima, uključujući i vansudske odluke;“ i unapređuje kompatibilnost pravila država članica o sukobu zakona i jurisdikcije¹⁹; (4) stav 3 člana 81 reguliše posebnu legislativnu proceduru za usvajanje mera koje se odnose na porodično pravo sa prekograničnim dejstvima²⁰.

Stav 3 člana 81 propisuje da mere u oblasti međunarodnog porodičnog prava ustanovljava Savet prema posebnoj legislativnoj proceduri, i nakon konsultacija sa Evropskim parlamentom, odlučuje jednoglasno (podstav 1 stava 3). Savet, međutim, na predlog Komisije može da donese odluku u kojoj će odrediti ona pitanja međunarodnog porodičnog prava u pogledu kojih se primenjuje redovna legislativna procedura; o ovome Savet odlučuje jednoglasno nakon konsultacija sa Evropskim parlamentom (podstav 2 stava 3); o odluci Saveta koja se odnosi na primenu redovne legislativne procedure na određena pitanja međunarodnog porodičnog prava obaveštavaju se nacionalni parlamenti, koji u roku od šest meseci od obaveštenja mogu da podnesu prigovor na odluku; ukoliko neki nacionalni parlament podnese prigovor, odluka se ne može usvojiti, jedino izostanak prigovora ovlašćuje Savet da odluku usvoji (podstav 3. stava 3).²¹

Član 81 ne sadrži posebne odredbe o predlozima za odlučivanje o prethodnim pitanjima kao što je to bio slučaj u Amsterdamskom ugovoru u članu 68. To znači da se član 267 UFEU primenjuje na poglavlje 3 naslova V i da mogućnost podnošenja predloga nije ograničena na nacionalne sudove protiv čijih presuda nema mesta pravnom leku u nacionalnom pravu²². Naprotiv, za te nacionalne sudove podnošenje predloga za odlučivanje o prethodnom pitanju je obaveza, a za nižestepene sudove mogućnost²³, ²⁴. Ova situacija je posebno značajna za materiju iz oblasti roditeljske odgovornosti zbog potrebe hitnog postupanja u predmetima koji potpadaju pod odredbe člana 11 Uredbe Brisel II bis.

¹⁸ Vidi tačke (a) i (c) stava 2 člana 81 UFEU.

¹⁹ Vidi tačke (a) i (b) člana 65 Amsterdamskog ugovora osnivanju Evropske zajednice.

²⁰ Up. sa odredbama člana 67 Amsterdamskog ugovora i Ničanskog ugovora.

²¹ Vidi tako Župan, M., Puljko, V., op.cit., str. 43.

²² Vidi stav 1 člana 68 Amsterdamskog ugovora.

²³ Vidi stavove 2 i 3 člana 267 UFEU.

²⁴ Vidi detaljno kod Lenaerts, K., op.cit., str. 260 et seqq.

Od stupanja na snagu Lisabonskog ugovora o Evropskoj uniji i UFEU, 1. decembra 2009. godine, usvojen je jedan novi sekundarni izvor prava Unije u materiji međunarodnog porodičnog prava. To je Uredba Saveta (EU) br. 1259/2010 od 20. decembra 2010. godine o implementaciji pojačane saradnje u oblasti merodavnog prava za razvod i zakonsku separaciju²⁵ (Uredba je poznata kao Uredba Rim III). Ona je usvojena imajući u vidu stav 3 člana 81 UFEU i postupajući u skladu sa posebnom legislativnom procedurom, ali u okviru odredaba stava 1 člana 328 UFEU o pojačanoj saradnji između 14 država članica zbog nemogućnosti da se postigne jednoglasnost svih država članica. Uredba Rim III stupila je na snagu narednog dana od dana objavljivanja u Službenom listu EU, a počela je da se primenjuje 21. juna 2012. godine.

Bez obzira na to da su sve tri uredbe u materiji međunarodnog porodičnog prava počele da se primenjuju predlozi nacionalnih sudova država članica za odlučivanje o prethodnim pitanjima stigli su Sudu EU samo u vezi sa tumačenjem Uredbe Brisel II bis. U izlaganjima koja slede prikazaćemo neke od presuda Suda EU u ovoj materiji.

3. Praksa Suda EU

Uredba Brisel II bis stupila je na snagu 1. avgusta 2004. godine, a počela je da se primenjuje u državama članicama 1. marta 2005. godine. Od tada je Sudu EU upućeno 15 predloga za odlučivanje o prethodnom pitanju, tj. o tumačenju ovog akta EU na osnovu člana 234 Ugovora o osnivanju Evropske zajednice, odnosno člana 267 Lisabonskog Ugovora o funkcionisanju Evropske unije. Tri predloga odnose se na bračnu materiju, a sva ostala na materiju roditeljske odgovornosti (roditeljskog prava). U izlaganjima koja slede prikazaćemo nekoliko presuda Suda EU u prvom redu zbog toga što obim ovog rada ne dozvoljava da obuhvatimo sve odluke. S druge strane, iako svi predmeti sa aspekta tumačenja Uredbe Brisel II bis imaju podjednak značaj, izdvojićemo one u kojima je Sud tumačio odredbe Uredbe koje su izazvale pitanja od značaja za međunarodno porodično pravo ne samo država članica, već i onih zemalja koje to nisu. Sa aspekta Srbije to su pitanja primene Uredbe *rationae personae*, dvojnog državljanstva u kontekstu određivanja međunarodne nadležnosti i određivanja pojma uobičajenog boravišta deteta. Prvo navedeno pitanje može da ima značaja za državljane Srbije koji imaju uobičajeno boravište na teritoriji EU; ostala pitanja su značajna u kontekstu izrade novog Za-

²⁵ Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, Sl. list L 343, 2010, str. 10-16.

kona o međunarodnom privatnom pravu²⁶ i Zakona o građanskopravnoj zaštiti dece od nezakonitog prekograničnog odvođenja i zadržavanja.²⁷ Iako Uredba Brisel II bis obavezuje samo države članice EU za praktičare u Srbiji je korisna uporedna praksa radi razjašnjavanja pojmova i postupaka koji u domaćem pravu i praksi nisu određeni.

3.1. Praksa Suda EU u bračnoj materiji

Radi tumačenja odredaba Uredbe Brisel II bis koje se odnose na bračnu materiju Sudu EU je upućeno tri predloga. Prikazaćemo dve presude, pošto je Sud povodom trećeg predloga ustanovio da ne potpada pod odredbu o vremenskom važenju Uredbe 1347/2000 o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u bračnoj materiji i materiji roditeljske odgovornosti za zajedničku decu oba bračna partnera.²⁸

3.1.1. Primena Uredbe na državljane trećih zemalja

*Predmet Sandelind Lopez protiv Lopez Lizazo*²⁹. – Sudu EU je upućen predlog za donošenje odluke o tumačenju članova 3, 6 i 7 Uredbe Brisel II bis od strane Vrhovnog suda Švedske. Ovaj sud je postavio pitanje o tome, da li odredbe članova 6 i 7 u postupcima za razvod braka znače da, u slučaju kada *tuženi* nema uobičajeno boravište u nekoj od država članica, niti je državljanin jedne od njih, sudovi država članica mogu da zasnuju svoju nadležnost prema svom nacionalnom pravu, čak i ako sudovi neke druge države članice imaju nadležnost na osnovu člana 3 Uredbe. Naime, ovaj član u stavu 1 propisuje alternativne osnove nadležnosti u bračnoj materiji, koji su zasnovani na postojanju stvarne i bliske veze supružnika, ili jednog od njih, sa nekom od država članica.³⁰ Član 3 odre-

²⁶ Tekst Nacrta zakona je dostupan na internet adresi Ministarstva pravde RS: <http://www.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakon-o-medjunarodnom-privatnom-pravum-radna-verzija.html>.

²⁷ Tekst Nacrta zakona je dostupan na internet adresi Ministarstva pravde RS: <http://www.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/otmica-dece-gradjansko-pravni-aspekti-haskakonvencija.html>.

²⁸ Vidi predmet C-312/09, *Giorgos Michalias v Christina A. Ioannou-Michalia*, rešenje od 17. juna 2010.g., prema kojem se Uredba 1347/2000 ne primenjuje na tužbu za razvod braka koja je podnesena sudu neke države pre nego što je ta država postala država članica EU.

²⁹ Vidi predmet C-68/07, *Kerstin Sundelind Lopez v Miguel Enrique Lopez Lizazo*, presuda od 29. novembra 2007.g.

³⁰ Prema članu 3 Uredbe Brisel II bis u bračnim sporovima nadležni su sudovi država članica u kojima: (1) oba supružnika imaju uobičajeno boravište; ili (2) u kojoj su supružnici imali poslednje uobičajeno boravište i jedan od njih i dalje ima tamo uobičajeno boravište; ili

đu je opštu nadležnost u bračnim sporovima koji potpadaju pod polje primene Uredbe³¹, a posebni osnovi nadležnosti su propisani u članovima 4 (protivtužbe) i 5 (pretvaranje zakonske separacije u razvod). Ovim pravilima o nadležnosti član 6 pripisuje isključivi karakter. On znači da u bračnim sporovima u kojima se u ulozi *tuženog nađe lice koje ima uobičajeno boravište u nekoj od država članica ili lice koje je državljanin neke od država članica* nadležnost sudova država članica može da bude određena samo primenom odredbi Uredbe Brisel II bis, a ne prema odredbama nacionalnog procesnog prava države članice na čijoj teritoriji je tužba podnesena. Ovakva isključiva priroda pravila o međunarodnoj nadležnosti obezbeđuje zaštitu tuženog od primene nacionalnog procesnog prava države članice, koje može propisivati osnove prekomerne nadležnosti.³² Međunarodna nadležnost sudova država članica može da bude određena prema pravilima nacionalnog prava samo u slučajevima *rezidualne (preostale) nadležnosti u kojima se nadležnost zbog okolnosti slučaja ne može odrediti prema odredbama 3, 4 i 5 Uredbe*. Osnov ovog ovlašćenja sadržan je u odredbama člana 7 Uredbe^{33, 34}.

Prema činjenicama slučaja, gospođa Sandelind Lopez, državljanka Švedske sa uobičajenim boravištem u Francuskoj podnela je tužbu za razvod braka protiv muža, kubanskog državljanina koji je u vreme podnošenja tužbe imao uobičajeno boravište na Kubi. Njihovo poslednje zajedničko uobičajeno boravište bilo je u Francuskoj. Žena je podnela tužbu švedskom sudu na osnovu domaćeg procesnog prava, prema kojem u bračnim stvarima može da tuži u Švedskoj *tužilac koji je švedski državlja-*

(3) tuženi supružnik ima uobičajeno boravište; ili (4) jedan od supružnika ima uobičajeno boravište a podnose zajednički zahtev; ili (5) tužilac ima uobičajeno boravište a neposredno pre podnošenja zahteva je boravio najmanje godinu dana u toj državi članici; ili (6) tužilac ima uobičajeno boravište a neposredno pre podnošenja zahteva je boravio najmanje šest meseci u toj državi članici čiji je i državljanin (odnosno u kojoj ima prebivalište u smislu prava Ujedinjenog Kraljevstva i Irske); ili (7) čiji su državljani oba supružnika.

³¹ Vidi član 1 Uredbe.

³² Vidi tačke 29, 44 *Explanatory Report on the Convention, drawn up on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters*, prepared by Dr A. Borrás, SI.list EZ, C 221, 1998, str. 4.

³³ To bi bio, na primer, slučaj tuženog bračnog partnera koji je državljanin jedne od država članica sa domicilom u nekoj drugoj državi članici, koji bi bio u braku sa državljankom treće zemlje sa zajedničkim uobičajenim boravištem u trećoj zemlji. Takva situacija nije pokrivena odredbama člana 3, a ni isključiva priroda pravila o nadležnosti ne bi bila od pomoći; vidi A. Borrás, *ibid.*, tačke 47-48.

³⁴ Prema stavu 1 člana 7 Uredbe: „Ukoliko sud nijedne države članice nema međunarodnu nadležnost prema odredbama članova 3, 4 i 5, nadležnost se određuje u svakoj državi članici prema odredbama prava te države članice.“

nin i ima ili je imao boravište (mesto stanovanja) posle navršene 18 godine života u Švedskoj. Prvostepeni sud je odbio nadležnost smatrajući da su na osnovu člana 3 Uredbe Brisel II bis nadležni jedino sudovi u Francuskoj, a da se član 7 Uredbe ne može primeniti. Apelacioni sud je odbio žalbu na odluku prvostepenog suda, a Vrhovni sud je podneo predlog za donošenje odluke o prethodnom pitanju Sudu EU.³⁵

Sud je na postavljeno pitanje odgovorio negativno: članovi 6 i 7 Uredbe tumače se na način da „u postupku za razvod braka protiv tuženog koji nema uobičajeno boravište u nekoj od država članica i nije državljanin jedne od država članica sudovi država članica ne mogu zasnovati svoju nadležnost za postupanje po tužbi prema odredbama svog nacionalnog prava, ukoliko sudovi neke druge države članice imaju nadležnost prema odredbama člana 3 Uredbe.“³⁶ U obrazloženju je Sud EU istakao da primena odredbe stava 1 člana 7 ne zavisi od svojstava tuženog³⁷, već jedino od toga da li sud jedne od država članica može da bude nadležan prema odredbama članova 3-5 Uredbe.³⁸ Pošto iz činjenica slučaja proizlazi da su francuski sudovi nadležni na osnovu merila iz tačke (a) stava 1 člana 3 Uredbe³⁹, švedski sudovi ne mogu zasnovati svoju nadležnost na pravilima svog procesnog prava.⁴⁰ Sud je takođe naglasio da je cilj Uredbe „stvaranje uniformnih pravila o sukobima zakona za razvod braka da bi se osiguralo slobodno kretanje lica, koja sloboda je široka koliko je to moguće. Sledstveno tome, Uredba 2201/2003 primenjuje se i na državljane država koje nisu članice, ali čija je povezanost sa teritorijom neke države članice dovoljno tesna i odgovara osnovima nadležnosti koje propisuje ta uredba; ti osnovi su izraz pravila da između dotične stranke i države članice o čijoj nadležnosti je reč mora da postoji stvarna povezanost.“⁴¹

3.1.2. Dvojno državljanstvo kod određivanja međunarodne nadležnosti

*Predmet Laslo Hadadi protiv Čila Marta Meško (udata Hadadi)*⁴². – Sudu EU je upućen predlog za donošenje odluke o tumačenju stava 1 čla-

³⁵ Vidi tačke 9-12 Presude u predmetu *Sandelind Lopez*, beleška br. 29.

³⁶ Ibid., tačka 28. i izreka.

³⁷ Ibid., tačke 18-20.

³⁸ Ibid., tačka 25.

³⁹ Prema alineji dva tačke (a) stava 1 člana 3 Uredbe Brisel II bis sudovi država članica mogu da budu nadležni u bračnim sporovima ako su supružnici imali na teritoriji države članice uobičajeno boravište i jedan od njih u vreme podnošenja tužbe i dalje ima tamo uobičajeno boravište, što je bio slučaj sa gospođom *Sandelind Lopez*.

⁴⁰ Ibid., tačka 20.

⁴¹ Ibid., tačka 26.

⁴² Vidi predmet C-168/08, *Laszlo Hadadi (Hadady) v Csilla Marta Mesko, married name Hadadi (Hadady)*, presuda od 16. jula 2009.g.

na 3 Uredbe Brisel II bis⁴³ od strane Kasacionog suda Francuske, a povodom postupka između bivših suružnika Hadadi za priznanje presude mađarskog suda kojom je razveden njihov brak. Tumačenje navedene odredbe postavilo se u neuobičajenim okolnostima koje karakterišu slučaj.

Najpre, (bivši) supružnici su zaključili brak u Mađarskoj 1979. g. i emigrirali u Francusku 1980.g., gde im je otada bilo mesto stanovanja. Francuski državljani su postali 1985. g., te imaju i mađarsko, i francusko državljanstvo. Gospodin H. je 2002. godine pokrenuo postupak za razvod braka pred sudom u Mađarskoj; presuda o razvodu braka je doneta 4. maja 2004. godine, čija je pravosnažnost nesporna. Pitanje priznanja ove presude postavljeno je kao prethodno pitanje pred jednim francuskim sudom pred kojim je gospođa H. pokrenula postupak za razvod braka.⁴⁴ Pošto je taj sud 2006. g. zauzeo stav da mađarska presuda o razvodu nije mogla da bude priznata zbog nenadležnosti mađarskog suda prema odredbama stava 1(a) člana 3 Uredbe Brisel II bis, i sledstveno tome dozvolio postupak za razvod braka supružnika H., gospodin H. je uložio žalbu smatrajući da je francuski sud u postupku za priznanje propustio da ispita nadležnost mađarskog suda na osnovu odredbe stava 1 (b) člana 3 Uredbe, prema kojoj je nadležnost mađarskog suda mogla da bude zasnovana na činjenici zajedničkog mađarskog državljanstva supružnika H.⁴⁵

Do preispitivanja nadležnosti mađarskog suda u postupku priznanja pred francuskim sudom je došlo zbog spleta okolnosti druge vrste i tranzitornih odredaba Uredbe Brisel II bis. Odredbe člana 64 određuju vremensko važenje Uredbe: ona se primenjuje na postupke započete, dokumente sačinjene ili registrovane kao verodostojne isprave nakon datuma početka primene Uredbe (stav 1 člana 64 Uredbe), tj. nakon 1. marta 2005. godine (član 72 Uredbe). Prema stavu 4 člana 64 priznanje i izvršenje presuda u bračnoj materiji koje su donesene „pre stupanja na snagu Uredbe, ali posle stupanja na snagu Uredbe 1347/2000 u postupcima započetim pre stupanja na snagu Uredbe ... 1347/2000“ *sprovodi se prema odredbama poglavlja 3 Uredbe Brisel II bis* pod uslovom da je „nadležnost sudova bila zasnovana na pravilima koja su u skladu bilo sa odredbama Poglavlja 2 Uredbe Brisel II bis, bilo sa odredbama Uredbe ...1347/2000...“⁴⁶. Pošto je Mađarska postala članica EU 1. maja 2004. g., a presuda mađarskog suda je doneta 4. maja te godine francuski sud je bio dužan da postupi prema navedenoj odredbi.

⁴³ Vidi belešku br. 30.

⁴⁴ Vidi tačke 16-21 Presude u predmetu *Hadadi*, beleška br. 42.

⁴⁵ Ibid., tačka 22.

⁴⁶ Ibid., tačka 13.

U tim okolnostima Kasacioni sud Francuske je uputio Sudu EU tri pitanja zbog činjenice da su supružnici Hadadi imali istovetno zajedničko državljanstvo dve države članice⁴⁷, a odredba stava 1(b) člana 3 Uredbe propisuje nadležnost suda države članice čije zajedničko državljanstvo supružnici imaju. Kasacioni sud je kao prvo postavio pitanje da li u situaciji u kojoj supružnici imaju (zajedničko) državljanstvo države članice pred čijim sudom je postupak pokrenut i (zajedničko) državljanstvo neke druge države članice dobija prednost državljanstvo države suda; u slučaju da je odgovor negativan pitanje je da li u slučaju u kojem svaki supružnik ima dvojno državljanstvo dve iste države članice odredba stava 1 (b) člana 3 upućuje na državljanstvo koje je „više efektivno“⁴⁸; a ukoliko je odgovor negativan da li dotična odredba pruža supružnicima dodatnu opciju da izaberu sud bilo koje od dve države čija državljanstva oboje imaju i pred tim sudom pokrenu postupak.⁴⁹

Prema presudi Suda EU stav 1 (b) člana 3 Uredbe sprečava sud države članice pred kojim je postupak pokrenut u tome da supružnike koji imaju kako državljanstvo države suda, kao i državljanstvo države članice čiji je sud doneo presudu smatra jedino državljanima države pred kojim je pokrenut postupak. Sud te države članice mora da uzme u obzir činjenicu da supružnici imaju i državljanstvo države porekla presude, te su u konkretnom slučaju sudovi ove poslednje države mogli da budu nadležni da sprovedu postupak za razvod braka.⁵⁰ Sud nije prihvatio argument prema kojem francuska teorija i sudska praksa u slučaju sukoba između više državljanstava najčešće daje prednost državljanstvu države suda pred kojim je postupak pokrenut, a pošto Uredba Brisel II bis ne sadrži nikakvu posebnu odredbu za rešavanje problema dvojnog državljanstva, nema razloga da se ne primeni taj stav.⁵¹ Naprotiv, pozvao se na svoju praksu, da se u slučajevima u kojima pravo EU ne sadrži sopstvene pojmove, niti upućuje na pravo država članica, takvi pojmovi tumače autonomno i uniformno imajući u vidu kontekst dotične odredbe i cilj akta čiji je odredba deo.⁵² Sledstveno, kada supružnici imaju istovetna dvojna državljanstva sud pred kojim je pokrenut postupak ne može da prenebregne činjenicu da „ta lica imaju i državljanstvo jedne druge države članice čiji rezultat bi bio da bi se lica sa istovetnim dvojnim državljanstvom tretirala kao da su samo državljani države članice pred či-

⁴⁷ Ibid., tačka 23.

⁴⁸ Ovaj izraz je upotrebljen u drugom pitanju Kasacionog suda Francuske, *ibid.*

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Vidi tačku 43 Presude Hadadi.

⁵¹ Ibid., tačka 36.

⁵² Ibid., tačka 38.

jim sudom je pokrenut postupak.⁵³ Tako bi dotična lica bila sprečena da se pozovu na odredbu stava 1(b) člana 3 Uredbe u cilju da se ustanovi nadležnost sudova neke druge države članice, bez obzira na to da imaju njeno državljanstvo.⁵⁴

U kontekstu i u prilog ostvarivanja slobode kretanja lica Sud EU je zauzeo stav i u odnosu na druga dva pitanja francuskog suda. Sud je odbio argumente iznete na strani tvrdnje da u slučaju dvojnog državljanstva problem rešava ono koje je „najefikasnije“⁵⁵ i koje se utvrđuje analizom činjenica slučaja, a među tim činjenicama bi uobičajeno boravište imalo veliki značaj.⁵⁶ Sud je naglasio da je jedan od ciljeva Uredbe Brisel II bis da *doprinese stvaranju oblasti slobode, sigurnosti i vladavine prava u kojoj se obezbeđuje sloboda kretanja lica* čemu doprinose pravila o međunarodnoj nadležnosti sudova država članica i pravila o priznanju i izvršenju presuda o razvodu braka ili zakonskoj separaciji.⁵⁷ U tom kontekstu Uredba u stavovima 1(a) i (b) člana 3 propisuje više osnova nadležnosti među kojima nije ustanovljen hijerarhijski redosled, već su svi osnovi alternativni: tačka (a) vezuje nadležnost za uobičajeno boravište, a tačka (b) za državljanstvo supružnika.⁵⁸ Državljanstvo kao činjenica za koju se vezuje nadležnost predstavlja vezu koja je jasna i laka za primenu, i Uredba ne daje osnova za tumačenje prema kojem bi se samo efektivno državljanstvo moglo uzeti u obzir za ciljeve stava 1 (b) člana 3. Ukoliko bi se prihvatilo takvo tumačenje, Sud EU smatra, da bi se ograničila mogućnost pojedinaca da biraju između nadležnih sudova, naročito u slučajevima u kojima su pojedinci koristili pravo na slobodno kretanje.⁵⁹ Dalje, ukoliko bi se u pogledu lica koja imaju više državljanstava koristilo uobičajeno boravište kao odlučujući pokazatelj za određivanje efektivnog državljanstva tada bi se osnovi nadležnosti iz stava 1 (a) i (b) često preklapili, a doveli bi i do uspostavljanja hijerarhijskog reda u primeni različitih osnova nadležnosti, što ne proizlazi iz Uredbe; štaviše, supružnici koji imaju državljanstvo samo jedne od država članica uvek bi bili u mogućnosti da pokrenu postupak pred sudom te države – bez obzira gde im je uobičajeno boravište i koliko je stvarna njihova veza sa državom čije državljanstvi imaju, dok to drugi, kao bivši supružnici Hadadi ne bi mogli.⁶⁰

⁵³ Ibid., tačka 41.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid., tačka 44.

⁵⁶ Ibid., tačka 45 i 55.

⁵⁷ Ibid., tačka 44.

⁵⁸ Ibid., tačka 49-50.

⁵⁹ Ibid., tačka 51-53.

⁶⁰ Ibid., tačka 54.

Sud EU je, stoga zauzeo stav da u slučajevima u kojima supružnici imaju dvojno državljanstvo dve istovetne države članice odredba stava 1(b) člana 3 sprečava da se odbije nadležnost sudova jedne od tih država na osnovu toga da oni, osim državljanstva, nemaju nikakvu drugu vezu sa tom državom; naprotiv, sudovi država članic, čija državljanstva dotična lica imaju, mogu da budu nadležni i supružnici mogu da biraju pred kojim od njih će da pokrenu postupak.⁶¹

3.2. Praksa Suda EU u materiji roditeljske odgovornosti

U materiji roditeljske odgovornosti pred Sudom EU su se našli sledeći predmeti u postupku za odlučivanje o prethodnim pitanjima: Predmet C⁶² o tumačenju člana 1 Uredbe Brisel II bis (o predmetnom polju primene); predmet Inga Rinau⁶³ o tumačenju člana 11(8), člana 40 i 42 Uredbe Brisel II bis o izvršivosti potvrđene presude koja nalaže povratak deteta a koja je donesena nakon presude kojom se odbija nalaganje povratka deteta; člana 21(3) o zahtevu za nepriznanje presude u slučaju kada pre toga nije podnesen zahtev za priznanje; predmet A.⁶⁴ o tumačenju člana 1(1), 2(d) i 2(7) o polju primene Uredbe i o određivanju pojma „građanska materija“; člana 8(1) o određivanju pojma „uobičajeno boravište“; člana 20, 53 i 55(c) o privremenim i zaštitnim merama; člana 53 o nadležnosti; predmet Detiček⁶⁵ o tumačenju člana 2(11) o protivpravnom premeštanju deteta, člana 20(1) o privremenim i zaštitnim merama; Predmet Purucker⁶⁶ o tumačenju člana 20 o tome koje odluke se mogu smatrati odlukama o privremenim i zaštitnim merama, i člana 21 o priznanju i izvršenju izvršnih privremenih mera koje se odnose na pravo na staranje; predmet Doris Povze⁶⁷ o tumačenju člana 10 (b) (iv) o pojmu presude o staranju koja ne povlači za sobom povratak deteta, o polju primene člana 11(8), člana 42(2) i 47(2) Uredbe; predmet DŽ. MekB⁶⁸ o tumačenju člana 2(9) i 2(11) Uredbe o određivanju protivpravnosti kod premeštanja dece; predmet Merkredi⁶⁹, o tumačenju pojma uobičajenog boravišta za ci-

⁶¹ Ibid., tačka 58 i izreka.

⁶² Vidi predmet C-435/06, *C.*, presuda, 27. novembar 2007.

⁶³ Vidi predmet C-195/08, *Inga Rinau*, presuda, 11. juli 2008.

⁶⁴ Vidi predmet C-523/07, *A.*, presuda, 2. april 2009.

⁶⁵ Vidi predmet C-403/09 PPU, *Jasna Detiček v Maurizio Sgueglia*, presuda, 23. decembar 2009.

⁶⁶ Vidi predmet C-256/09, *Bianca Purucker v Guillermo Vallés Pérez*, presuda, 15. juli 2010.

⁶⁷ Vidi predmet C-211/10 PPU, *Doris Povse v Mauro Alpago*, presuda, 1. juli 2010.

⁶⁸ Vidi predmet C-400/10 PPU, *J. McB v L.E.*, presuda, 5. oktobar 2010.

⁶⁹ Vidi predmet C- 497/10 PPU, *Barbara Mercredi v Richard Chaffe*, presuda, 22. decembar 2010.

ljeve članova 8 i 10 Uredbe; predmet Zaraga⁷⁰ o tumačenju člana 42 Uredbe o izvršenju potvrđene presude, odnosno o ovlašćenju suda izvršenja da izuzetno sprovede kontrolu potvrđene presude; predmet Helt Servis Egzekjutiv protiv SC, AC⁷¹ o materijalnom polju primene Uredbe i o tumačenju člana 56 Uredbe.

3.2.1. Pojam uobičajenog boravišta deteta

Za potrebe primene Uredbe Brisel II bis Sud EU je u dve presude određivao pojam uobičajenog boravišta kao tačke vezivanja kao najvažnije činjenice na osnovu koje se određuje opšta međunarodna nadležnost u materiji roditeljske odgovornosti.

*Predmet A.*⁷² – Vrhovni sud Finske uputio je Sudu EU predlog za donošenje odluke o tumačenju nekoliko odredaba⁷³ Uredbe od kojih ćemo se na ovom mestu zadržati na onoj koja se odnosi na stav 1 člana 8.

Potreba za tumačenjem pojma „uobičajeno boravište“ nastala je povodom sledećih činjeničnih okolnosti: troje dece (C, D, i E) gospođice A. i njihov očuh F., nastanili su se u Švedskoj (deca D i E su ranije bila pod opštinskim staranjem u Finskoj zbog nasilnog ponašanja njihovog očuha, ali je ta mera bila prekinuta). Leta 2005.g. porodica je napustila Švedsku i otputovala u Finsku da bi tamo provela odmor. Porodica je u Finskoj živela u karavanima, u kampovima na različitim mestima, deca nisu pohađala školu. Krajem oktobra 2005. g. porodica se obratila službi za socijalno staranje opštine Y u Finskoj i tražila da joj se dodeli stan. Komitet za socijalnu dobrobit je 16. novembra 2005.g. na osnovu finskog prava odmah stavila pod socijalno staranje svo troje dece i smestila ih u hraniteljsku porodicu na osnovu činjenice da su deca bila napuštena.⁷⁴

Majka i očuh dece su zahtevali da navedena odluka Komiteta za socijalnu dobrobit bude poništena; njihov zahtev je odbijen 15. decembra 2005.g., a Komitet je na osnovu finskog prava uzeo decu pod staranje i smestio ih u ustanovu za staranje o deci. Majka dece, gospođica A. je pred nadležnim finskim sudom tražila poništenje odluka Komiteta i povratak dece pod njeno staranje; takođe je istakla da je u toku novembra – kada je ona otputovala s mužem u Švedsku – staranje o deci poverila muževljevoj sestri u Finskoj. Finski sud je 25. oktobra

⁷⁰ Vidi predmet C-491/10 PPU, *Joseba Andoni Aguirre Zarraga v Simone Pelz*, presuda, 22. decembar 2010.

⁷¹ Vidi predmet C-92/12, *Health Service Executive v SC, AC*, presuda, 26.04.2012.

⁷² Vidi belešku br. 64.

⁷³ Vidi pod naslovom 3.2. Praksa Suda EU u materiji roditeljske odgovornosti u ovom radu.

⁷⁴ Vidi tačke 14 i 15 Presude u predmetu A.

2006. g. odbio zahtev i potvrdio odluke Komiteta. Sud je istakao da Komitet nije prekoračio svoja ovlašćenja; pozvao se na činjenicu da su uslovi života dece bili takvi da su ozbiljno ugrožavali njihovo psihičko stanje, zdravlje i razvoj, a njihovo stavljanje pod socijalnu zaštitu će omogućiti neophodnu psihijatrijsku negu, pohađanje škole, kao što će im pružiti i sigurno i bezbedno okruženje.⁷⁵ Majka dece, gospođica A. je uložila žalbu Vrhovnom upravnom sudu Finske, ističući da organi Finske nisu nadležni. U korist svoje tvrdnje iznela je da su njena deca od 2. aprila 2007. godine državljani Švedske i da im je stalno mesto stanovanja dugo vremena u Švedskoj, iz čega sledi da su u slučaju nadležni švedski sudovi.⁷⁶

Finski Vrhovni sud je na osnovu navedenih činjenica uputio – između ostalih – sledeće pitanje Sudu EU: „Kako bi u komunitarnom pravu trebalo tumačiti koncept uobičajenog boravišta iz stava 1 člana 8⁷⁷ Uredbe, kao i u povezanom stavu 1 člana 13, imajući u vidu naročito situaciju u kojoj dete ima stalno mesto stanovanja u jednoj državi članici ali boravi u drugoj državi članici u kojoj vodi lutajući način života?“⁷⁸

Sud EU je na ovo pitanje odgovorio polazeći od stava da se, u situacijama u kojima pravo EU ne definiše neki pojam, niti sadrži izričito upućivanje na nacionalno pravo država članica, prilikom određivanja autonomnog značenja i obima pojma „uobičajeno boravište“ polazi od konteksta odredaba i cilja Uredbe. Kontekst odredaba i cilj Uredbe proizlazi iz stava 12 Preambule Uredbe, u kojoj se navodi da su osnovi nadležnosti određeni vodeći računa o najboljem interesu deteta i o merilu proksimiteta.⁷⁹ U tom smislu Sud je izrekao da se uobičajeno boravište deteta – za potrebe stava 1 člana 8 Uredbe – mora utvrditi na osnovu svih specifičnih okolnosti u svakom pojedinačnom slučaju.⁸⁰

Pored fizičke prisutnosti deteta u nekoj državi članici moraju da se uzmu u obzir i drugi faktori, koji će pokazati da prisustvo ni u kom slučaju nije privremeno ili slučajno, i da pokazuje određeni stepen integrisano-

⁷⁵ Ibid., tačke 16-19 Presude.

⁷⁶ Ibid., tačka 19 Presude.

⁷⁷ Stav 1 člana 8 (Opšta nadležnost) Uredbe propisuje: „Sudovi države članice biće nadležni u materiji roditeljske odgovornosti nad detetom koje ima uobičajeno boravište u toj državi članici u vreme pokretanja postupka pred sudom.“; stav 1 člana 13 (Nadležnost na osnovu prisutnosti deteta) Uredbe glasi: „Ukoliko se na osnovu člana 12 ne može utvrditi uobičajeno boravište deteta nadležan će biti sud države članice u kojoj je dete prisutno.“

⁷⁸ Tačka 20 Presude u predmetu *A.*

⁷⁹ Ibid., tačka 35.

⁸⁰ Ibid., tačka 37.

sti u socijalnu i porodičnu okolinu. Naročito je potrebno uzeti u obzir trajanje, redovnost, uslove i razloge prisutnosti na teritoriji neke države članice i dolaska porodice u tu državu; državljanstvo deteta, mesto i uslove pohađanja škole, znanje jezika, porodične i socijalne veze deteta u toj državi.⁸¹ Namera roditelja da se stalno nastane sa detetom u nekoj drugoj državi članici, koja bi bila pokazana konkretnim koracima, kao što bi bila kupovina ili najam stana može da bude pokazatelj promene, odnosno premeštanja uobičajenog boravišta; Sud tu ubraja i predaju zahteva odgovarajućim državnim službama za socijalno stanovanje, dok kratak boravak deteta u nekoj državi članici u kojoj sa porodicom luta iz jednog mesta u drugo – pokazatelji su da dete nema uobičajeno boravište u toj državi.⁸² Uzimajući u obzir navedene kriterijume i na osnovu sveobuhvatne analize ustanovljavanje uobičajenog boravišta deteta zadatak je nacionalnog suda države članice.⁸³

3.2.2. *Pojam uobičajenog boravišta novorođenčeta*

*Predmet Merkredi protiv Čef.*⁸⁴ – Predlog za odlučivanje o prethodnom pitanju u postupku između Barbare Merkredi i Ričarda Čefa podneo je Apelacioni sud Engleske i Velsa. Sud EU je predlog primio 18. oktobra 2010. godine, postupak je sproveden po pravilima o hitnom postupanju, a presuda je doneta 10. decembra 2010. godine, dakle za oko dva i po meseca. Postupak u glavnoj stvari je u toku između R. Čefa, oca novorođene devojčice i majke tog deteta, B. Merkredi o pravu na staranje o tom detetu; beba se u toku postupka nalazila sa svojom majkom, francuskom državljanicom na ostrvu Reunion (Francuska). Sud EU je bio pozvan da tumači odredbe članova 8 i 10 Uredbe Brisel II bis da bi se utvrdilo mesto uobičajenog boravišta novorođenčeta a u cilju ocene međunarodne nadležnosti sudova u Engleskoj i Velsu.⁸⁵ Sudu je takođe upućeno pitanje u cilju određivanja značenja izraza „ustanova ili drugo telo“ da bi se ocenilo da li sud pred kojim je u Engleskoj pokrenut postupak može – u smislu Uredbe – da vrši pravo na staranje, pošto takva mogućnost postoji u pravu Engleske i Velsa.⁸⁶ Na ovom mestu izlažemo samo stavove Suda EU koji se odnose na uobičajeno boravište novorođenčeta.

⁸¹ Ibid., tačke 38-39 presude.

⁸² Ibid., tačke 40-41, 44 i tačka 2 izreke Presude u predmetu *A*.

⁸³ Ibid., tačka 42.

⁸⁴ Vidi belešku br. 70.

⁸⁵ Vidi tačku 34 Presude *Merkredi*.

⁸⁶ Ibid., tačke 35 i 36.

Najvažnije činjenice relevantne za stav Suda EU po ovom pitanju su sledeće: gospođica Merkredi, francuska državljanka, rođena na ostrvu Reunion, preselila se u Englesku 2000. godine gde je bila zaposlena kao član posade jedne avio kompanije. Nekoliko godina je živela u vanbračnoj zajednici sa R. Čefom, britanskim državljaninom. Iz te veze je rođena 11. avgusta 2009. godine devojčica Kloe, francuska državljanka. U sedmici nakon rođenja deteta roditelji su se rastali, pošto njihova veza ni pre rođenja deteta nije bila stabilna, a gospodin Čef se već bio i iselio iz porodičnog doma. Kada je detetu bilo dva meseca, majka i dete su napustile Englesku 7. oktobra 2009.g. i otputovale na ostrvo Reunion. Tamo su stigle dan kasnije. O ovom činu i njegovim razlozima otac deteta je obavestio pismom, koji je primio 10. oktobra.⁸⁷

U predmetu nije sporno da je detetovo uobičajeno boravište 7. oktobra 2009. godine – pre odlaska – bilo u Engleskoj; takođe nije sporno da odvođenje deteta u Francusku nije bilo protivpravno, jer je u to vreme jedino majka, gospođica Merkredi imala pravo na staranje u smislu tačke 9 člana 2 Uredbe.⁸⁸

Čim je otac 9. oktobra 2009. g. otkrio da je stan u kome su živele majka i beba napušten uputio je zahtev putem telefona dežurnom sudiji Visokog suda; sudija je doneo rešenje kojim je tražio informaciju o mestu nalaženja deteta, kao što je i naredio da se predmet iznese pred njega 12. oktobra t.g. Gospodin Čef je tog dana podneo tužbu⁸⁹ radi dobijanja roditeljske odgovornosti, određivanja zajedničkog mesta stanovanja i prava na viđanje. Sud je istog dana doneo rešenje kojim je zahtevao da g-ca Merkredi vrati Kloe u Englesku i Vels; tom prilikom je naglašeno da se ne traži predaja deteta ocu, niti kontakt s njim; majka nije obavestena o tužbi g. Čefa, niti je bila prisutna ili imala pravnog zastupnika pred sudom.⁹⁰

Majka je 28. oktobra podnela tužbu francuskom sudu u Sen Deniju za dobijanje isključive roditeljske odgovornosti i određivanja prebivališta deteta na njenoj adresi. Ovom istom sudu se obratio tužbom g. Čef 18. decembra i tražio povratak deteta u Englesku i Vels na osnovu Haške konvencije o građanskopravnim posledicama međunarodne otmice dece; sud je tu tužbu odbio, jer g. Čef nije imao pravo na staranje u odnosu na

⁸⁷ Ibid., tačke 20-22.

⁸⁸ Vidi tačku 23 presude u predmetu *Merkredi*; tačka 9 stava 2 Uredbe glasi: „izraz 'pravo na staranje' obuhvata prava i dužnosti koji se odnose na brigu o ličnosti deteta, a naročito pravo da se odredi mesto stanovanja deteta;“.

⁸⁹ Ovo je bio važan korak u postupku s aspekta ocene da li je pred sudom u Engleskoj pokrenut postupak u smislu člana 16 Uredbe, vidi tačke 16, 35 i 43 Presude .

⁹⁰ Vidi tačke 25-26 Presude u predmetu *Merkredi*.

Kloe u vreme kada je ona napustila Ujedinjeno Kraljevstvo.⁹¹ Sud u Sen Deniju je 23. juna 2010. g. doneo presudu po tužbi majke i dodelio joj roditeljsku odgovornost koju će vršiti samostalno, a takođe je ustanovio uobičajeno boravište deteta na majčinoj adresi.⁹²

Povodom tužbe g. Čefa od 9. oktobra 2009. g. pred engleskim sudom je nastavljen postupak 15. aprila 2010.g. Prema tvrdnjama g. Čefa sud Engleske i Velsa je nadležan da postupa u sporu jer Kloe nije izgubila tamošnje uobičajeno boravište 9. oktobra 2009. g. Tog dana je pred engleskim sudom pokrenut postupak po tužbi koja se odnosi na materiju roditeljske odgovornosti, odakle sledi da francuski sud u Sen Deniju prema članu 19 Uredbe⁹³ mora da prekine postupak sve dok se nadležnost engleskog suda ne ustanovi; prema pravu Engleske i Velsa tužba kojom se traži rešenje o pravu na staranje može da se uspostavi pravo na staranje u korist suda. Gospodica Merkredi je isticala da engleski sudovi nisu nadležni da donose rešenja u odnosu na Kloe, zbog toga što dete od dana kada je odvedena na ostrvo Reunion nema više uobičajeno boravište u Ujedinjenom Kraljevstvu, već u Francuskoj.⁹⁴ Engleski sud je prihvatio stavove oca, g. Čefa, da su engleski sudovi 9. oktobra 2009.g. bili nadležni da donose rešenja u odnosu na Kloe jer je ona imala uobičajeno boravište u Engleskoj u momentu kada su i engleski sud i njen otac stekli pravo na staranje, jer je engleski sud izdao rešenje kojim je tražio da Kloe ostane u Engleskoj (odnosno u okviru nadležnosti engleskog suda) ili da tamo bude vraćena. Protiv ove odluke gospodica Merkredi je 12. jula 2010. g. uložila žalbu Visokom sudu koji se obratio Sudu EU.

Visokoki sud je od Suda EU tražio tumačenje pojma „uobičajeno boravište“ za potrebe primene članova 8 i 10 Uredbe, a da bi „odredio koji sud je nadležan da odlučuje o materiji koja se odnosi na pravo na staranje, naročito u slučajevima – kao što je slučaj u glavnom postupku – u kojima se spor odnosi na novorođenče koje je majka na zakonit način odvela u drugu državu članicu u kojoj dete nema uobičajeno boravište, i koje u toj drugoj državi članici boravi samo nekoliko dana u vreme kada je pred sudom u državi odlaska pokrenut postupak“⁹⁵.

⁹¹ Ibid., tačka 28.

⁹² Ibid., tačka 29.

⁹³ Prema stavu 2 člana 19 Uredbe Brisel II bis: „Ukoliko se postupak koji se odnosi na roditeljsku odgovornost tiče istog deteta i odnosi se na isti tužbeni zahtev pokrene pred sudovima različitih država članica sud pred kojim je kasnije pokrenut postupak će po službenoj dužnosti prekinuti postupak, sve dok sud pred kojim je postupak prvo pokrenut ne uspostavi nadležnost.“

⁹⁴ Vidi tačke 30-31 Presude *Merkredi*.

⁹⁵ Ibid., tačka 41.

Sud EU je u odgovoru konstatovao da se nadležnost sudova država članica u slučaju zakonitog odvođenja u drugu državu članicu određuje prema uobičajenom boravištu deteta u vreme pokretanja postupka, u skladu sa odredbom stava 1 člana 8 Uredbe. U konkretnom slučaju je dete u vreme pokretanja postupka boravilo na francuskom ostrvu Reunion 4 dana.⁹⁶

Sud je u presudi na sledeći način naveo elemente pojma: (1) Uredba ne sadrži definiciju „uobičajenog boravišta“ ali pridev „uobičajeno“ označava da boravak mora da ima određenu stalnost ili redovnost; (2) ako pravo Unije izričito ne upućuje na pravo država članica, pojam – prema praksi Suda – mora da ima autonomno značenje imajući u vidu kontekst odredbe i ciljeve konkretnog izvora prava EU; (3) u konkretnom slučaju osnovi nadležnosti u Uredbi određeni su u skladu sa najboljim interesom deteta i uvažavajući merilo proksimiteta; (4) Sud je u svojoj praksi zauzeo stav da uobičajeno boravište za ciljeve stava 1 člana 8 Uredbe označava mesto koje pokazuje određeni stepen integrisanosti deteta u socijalnu i porodičnu sredinu, a takvo mesto određuje nacionalni sud uzimajući u obzir sve okolnosti koje su specifične za konkretan slučaj; (5) u tom kontekstu naročito se uzimaju u obzir uslovi i razlozi boravka deteta na teritoriji države članice i državljanstvo deteta; osim fizičkog prisustva deteta drugi činioci bi morali jasno da pokažu da prisustvo deteta ni u kom slučaju nije privremenog ili povremenog karaktera; namera lica koje ima roditeljsku odgovornost da se stalno naseli sa detetom u drugoj državi članici koja je pokazana određenim konkretnim koracima, kao što je kupovina ili iznajmljivanje smeštaja u toj državi članici može da bude pokazatelj promene uobičajenog boravišta; (6) da bi se mogla napraviti razlika između uobičajenog boravišta i privremenog prisutva, uobičajeno boravište mora da ima određeno trajanje koje odlikuje odgovarajući stepen stalnosti; prema slovu presude „Pre nego što se uobičajeno boravište može premestiti u drugu državu veliki značaj ima činjenica da dotično lice ima svest o tome da tamo uspostavi stalni ili uobičajeni centar svojih interesa, sa namerom trajnog karaktera. Prema tome, trajanje prisutnosti može da bude samo indikator u proceni stalnosti boravišta, a procena mora da se izvrši u svetlu svih okolnosti koje su specifične za konkretan slučaj.“⁹⁷; (7) u konkretnom postupku između gospođice Merkredi i gospodina Čefa naročiti značaj ima uzrast deteta, jer socijalno i porodično okruženje deteta – koje je od fundamentalnog značaja kod određivanja uobičajenog boravišta deteta – obuhvata različite činioce koji se menjaju u zavisnosti od

⁹⁶ Ibid., tačke 43-44.

⁹⁷ Ibid., tačka 51.

uzrasta deteta; okruženje malog deteta je u suštini porodično okruženje koje čine lice ili lica sa kojima dete živi i koja se brinu o detetu; (8) kada je reč o novorođenčetu, ono deli socijalno i porodično okruženje ljudi od kojih zavisi: ukoliko se o novorođenčetu brine majka neophodno je proceniti integraciju majke u svom socijalnom i porodičnom okruženju; u tom pogledu od značaja mogu da budu razlozi zbog kojih se majka deteta preselila u drugu državu članicu, jezici koje majka poznaje, njeno geografsko i porodično poreklo.⁹⁸

Sud EU je na kraju ukazao da se u slučaju u kojem se ne bi moglo ustanoviti uobičajeno boravište deteta – imajući u vidu navedene elemente – nadležnost suda države članice trebalo odrediti prema odredbi člana 13 Uredbe, tj. prema prisustvu deteta na teritoriji države članice.⁹⁹

4. Zaključak

Lisabonski ugovor o funkcionisanju Evropske unije doneo je u materiji međunarodnog privatnog prava – tako i u materiji međunarodnog porodičnog prava – novine. Odredbe o pravosudnoj saradnji u građanskim stvarima sadrži član 81 UFEU, i one određuju pravni okvir za razvoj *pravosudne saradnje u građanskim stvarima sa prekograničnim dejstvima na osnovu načela uzajamnog priznanja presuda i vansudskih odluka*. U tom cilju se mogu usvajati mere za približavanje prava država članica, ali ne isključivo kada i ukoliko su one potrebne za pravilno funkcionisanje unutrašnjeg tržišta (kako je prema Amsterdamskom ugovoru), već *na-ročito* kada su one u tom cilju neophodne. To znači da je opravdanost usvajanja sekundarnih izvora prava stavljena u širi kontekst koji se nalazi u pravnoj sigurnosti učesnika pravnih odnosa sa inostranim elementom, te je time u pogledu pravnog osnova sekundarnih izvora međunarodnog porodičnog prava sužen prostor za skepticizam.

Unija preuzima na sebe da *obezbedi* uzajamno priznanje i izvršenje presuda i vansudskih odluka i kompatibilnost pravila o sukobu zakona i jurisdikcija (stavovi 1 i 2 člana 81). Legislativna procedura je podvedena pod redovnu, izuzev u pogledu mera u oblasti međunarodnog porodičnog prava u kojoj ostaje jednoglasnost nakon konsultovanja Evropskog parlamenta. S tim, da postoji mogućnost da se neka pitanja međunarodnog porodičnog prava usvoje po redovnoj proceduri, ukoliko nijedan nacionalni pralament država članica ne izrazi svoje protivljenje sa takvom jednoglasnom odlukom Saveta.

⁹⁸ Ibid., tačke 44- 55.

⁹⁹ Ibid., tačka 57.

Tumačenje sekundarnih izvora međunarodnog privatnog – tako i međunarodnog porodičnog prava EU od strane Suda EU odvija se prema opštim pravilima za podnošenje predloga za donošenje odluka po pret-hodnim pitanjima.

Praksa Suda EU je do sada bila ograničena na tumačenje Uredbe Brisel II bis, jer su ostale dve uredbe tek nedavno počele da se primenjuju. Prikazane presude mogu da budu interesantne u Srbiji iz različitih razloga: presuda Sandelind Lopez pokazuje da se Uredba Brisel II bis prime-njuje *rationae personae* i na državljane trećih zemalja, ukoliko su oni do-voljno čvrsto povezani sa državama članicama EU; presuda Hadadi daje pravo licima koja imaju dvojno državljanstvo dve iste države članice da u cilju pokretanja postupka pred sudovima država članica izaberu drža-vljanstvo jedne od država članica prema sopstvenoj proceni. Predmeti A. i Merkredi potvrđuju da je uobičajeno boravište deteta pojam koji nije de-finisan u pravu, već sud mora da ga utvrđuje s obzirom na sve konkretne okolnosti slučaja, i da pri tome i uzrast deteta može da bude od suštinske važnosti, kako se to pokazalo za novorođenu bebu gospođice Merkredi.

*Berdnadet Bordaš, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad*

EU International Family Law: Legal Basis, Sources, Case Law of ECJ

Abstract

The paper offers analysis of two issues. The first is the overview of the legal basis of international family law and its sources under the Treaty of Lisbon on the Functioning of the European Union, and the second the case law of the European Court of Justice. Since 1999, when the Treaty of Amsterdam came into force, four regulations were adopted in matters of international family law as secondary sources of EU law, and three of them came into force. National courts of Member States are bound to apply directly three regulations, but so far only the interpretation of Brussels II bis Regulation has reached the European Court of Justice. Some of the judgments of the Court could be of interest for Serbian private international law. The reason is in the fact that the Court gave rulings on issues and concepts which are not defined in Serbian law, so they could influence the development and definitions of the those in the course of drawing up the new Act of Private International Law in Serbia. The paper reviews the *Sundelind Lopez*, the *Hadady*, the *Case A.* and the *Mercredi* judgments.

Key words: EU law, private international law of EU, Treaty of Lisbon, international family law, Brussels II bis regulation, case law of ECJ

*Dr Marija Salma, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

POSTUPAK SANACIJE EKOLOŠKIH ŠTETA KOD SKUPNIH EMISIJA¹

Sažetak: U radu se razmatraju pojam skupne emisije kao i pravni metodi, odnosno postupak sanacije ekoloških šteta. Ukazuje se, da su skupne emisije one koje potiču od više emitenata, pri čemu njihovo ekološko sadejstvo zahteva mere sanacije, umesto parnice za naknadu štete.

Ključne reči: Skupne emisije, mere i postupak sanacije ekoloških šteta.

I

Pojam skupnih emisija i ekološka sanacija

Emisije se u ekološkoj teoriji razlikuju, između ostalog, obzirom na kriterijum istovremenog ili sukcesivnog učešća jednog ili više emitenata na skupne i individualne.

Skupne emisije su rezultat uticaja na životnu sredinu od strane više emitenata na pr. kada se iz više fabrika ispušta štetni ili otpadni materijal u vodotok ili zemljište.²

Individualne emisije su rezultat uticaja na elemente životne sredine od strane jednog emitenta. Na pr. kada fabrika piva ispušta u vodotok iskorišćen hmelj.

¹ Članak je nastao kao rezultat rada na naučnoistraživačkom projektu br. 179079 pod nazivom *Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo* koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

² V. in: Stojanović Z., Etinski R., Salma J., Đurđev D., Pravna zaštita životne sredine, J. Salma, Građanskopravna zaštita životne sredine, Naučna knjiga, Beograd, 1991, str.80-81, 89 fn. 60.Grupa autora, in: Osnove prava životne sredine, - J. Salma – D.Nikolić, Građansko pravo i životna sredina, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2009, str. 191. tač. 8.1.

Pravno je relevantno kod ove podele to što se kod skupnih emisija, ekološki rezultat, štetna ekološka dejstva mere prema ukupnom ekološkom uticaju, pri čemu, štetni uticaj ne potiče od jednog emitenta, već je on rezultat hemijskih jedinjenja više štetnih odn. zagađujućih uticaja.

U slučaju podnošenja tužbe radi naknade ekološke štete, kada je do štete došlo sadejstvom materijala više emitenata, svaki emitent može da se oslobodi odgovornosti ako dokaže da je njegova emisiona radnja dopuštena i da ne postoji osnovni uslov za građansko pravnu odgovornost - protivpravnost. U takvim slučajevima odgovornost ipak može da se ustanovi ako se dokaže da je svaki ili neki od skupnih emitenata prekoračio granice, limite ispuštanja štetnog materijala.

Emitentov tužbeni zahtev radi naknade štete može se podneti protiv emitenta za koga se dokaže da nije poštovao granice ispuštanja utvrđene posebnom ekološkom dozvolom (u evropskom pravu) ili po našem pravu, uslovima predviđenim (opštom) dozvolom. Utvrđivanju odgovornosti može doprineti i dokaz o naknadnoj ekološkoj administrativnoj kontroli.

U evropskom pravu postoji pravilo da je kod planiranja izgradnje novih ekološki opasnih aglomerata osim obične (građevinske) dozvole, potrebno pribaviti *samostalnu ekološku dozvolu*³, pri čemu ekološki organ procenjuje mogući ekološki uticaj tog aglomerata na ljudsko zdravlje. Kod svakog takvog investicionog poduhvata planer je dužan da predvidi tehnološke mere za filtriranje njegovog eventualnog štetnog dejstva. Ako nadležni organ proceni da su te mere dovoljne za ekološku preventivu, izdaje ekološku dozvolu. To znači da evropsko pravo pokušava da prevenjuje nova zagađenja potencijalnih individualnih emitenata.

U slučaju skupnih emisija evropsko pravo pored parnice radi naknade štete u klasičnom smislu reči, kada je povređen život i zdravlje ljudi, predviđa i *tz. ekološku sanaciju*.⁴ To će reći postupak u kome se otklanjaju ekološke štete nastale usled dosadašnjih skupnih emisijih dejstava.

Povodom primene *sanacionih mera* postavljeno je pitanje njihovog *finansiranja*, koje je u različitim zemljama prema nacionalnim propisima regulisano na različite načine i to posebnim zakonskim propisima za sva-

³ V. J. Salma, Smernice i uredbe EU o zaštiti životne sredine, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, XLV, 2/2011, str. 34. V. i J. Salma, Pravni instrumenti upravljanja kvalitativnim stanjem voda, XLV, 3/2011, tom I, str. 80.

⁴ Za naše pravo pojam ekološke sanacije je utvrđen *Zakonom o zaštiti životne sredine*, Sl. Glasnik RS, br. 135/2004, 36/2009, 36/2009. – dr. Zakon, 72/2009.- dr. Zakon, i 43/2011. – odl. US čl. 3., st. 1. tač. 25., koji glasi: „Sanacija, odnosno remedijacija jeste proces preduzimanja mera za zaustavljanje zagađenja i dalje degradacije životne sredine do nivoa koji je bezbedan za buduće korišćenje lokacije uključujući uređenje prostora, re-vitalizaciju i rekultivaciju.“

ku vrstu zagađenja (npr Zakonom za zaštitu voda, Zakonom za zaštitu vazduha).

Prvi je način nastao između osamdesetih i devedesetih godina prošlog veka. On je predvideo *imisione fondove* zasnovane na posebnom ekološkom porezu koji je teretio potencijalne emitente. Iz tih fondova posebnim planovima su se sanirali najugroženiji delovi životne sredine (Nemačka).

Drugi je metod bio prihvaćen u Austriji gda se stimuliše tz. ekološka proizvodnja *beneficiranim oporezivanjem* preduzetnika ako primene za životnu sredinu podobnu, prilagođenu proizvodnju. Tako na primer, znalo se da su proizvodnja sredstava za pranje sudova i pranje veša, prema svojevremenim tehnološkim rešenjima takva, da njihovo izpuštanje u vode doводи do zagađenja. Naime, nije postojao tehnološki filter za izdvajanje iz vode štetnih materija iz tih sredstava za higijenu. Novim poreskim olakšicama je bila stimulisana proizvodnja praškova promenom u tehnološkom smislu koja je omogućila da se izfiltriraju štetne materije.

Kod *pakovanja proizvoda* se stimulisalo takvo pakovanje koje bi se moglo ekološki deponovati. Poznato je, da je za najlon potreban predugi period za ekološku razgradnju. Smanjenjem poreza u slučaju ekoloških ulaganja preduzetnika postiglo se, da su proizvođači prešli na ekološki prihvatljivu proizvodnju. U Austriji su mnogi proizvođači prigovorili beneficiranim porezu jer takva proizvodnja nije u skladu sa pravom konkurencije, jer se stvara beneficirani položaj na tržištu onih proizvođača koji uz minimalne troškove za prelazak na ekološku proizvodnju ostvaruju primat na tržištu prodajom jeftinijih proizvoda - usled smanjenja troškova proizvodnje, zasnovane na značajnim poreskim uštedama.

Na to je rezponza, odgovor bio da i drugi proizvođači mogu ostvariti iste benefite ako pređu na ekološku proizvodnju i da je neosnovana primedba da se narušava pravilo o pravu konkurencije.

Radi sprečavanja opasnog ekološkog dejstva skupnih emisija u evropskom pravu se početkom ovog veka uvodi *ekološki moritoring* koji se zasniva na preuzimanju nacionalnih moritoringa ekološkog stanja u ekološku mrežu moritoringa kao jednog od najvažnijih načina ekološke prevencije. On ima pre svega za cilj blagovremeno sprečavanje ekoloških ekcedenata velikih razmera (atomska postrojenja gde ekološki ekcedenti deluju i preko granice).

Uključenje u novu evropsku mrežu je fakultativno. Zasnovano je na smernicama EU. Većina zemalja se uključila u tu mrežu. Došlo se do zaključka da emisije u vodi i vazduhu, obzirom na prirodni tok prelaze teritoriju jedne zemlje. Na primer opasne materije ispuštene u Dunav u Češkoj štetno utiču na deonice toka reke niželežćih zemalja. Navodnjava-

nje zagađenom vodom dovodi posredno do štetnog uticaja na zdravlje ljudi preko biljaka i životinja. Zbog toga ekološke smernice vezane za monitoring predviđaju stalno praćenje životne sredine. One imaju za cilj da doprinesu identifikaciji mogućih bitnih izvora zagađenja.

Kod skupnih emisija moguće je da na zagađenje utiče od mnoštva emitenata jedan odlučni emitent čije hemikalije spajanjem sa ostalim dovode do ekološke štete. Zbog toga je potrebno otkloniti dejstva bitnog zagađivača tehničko -tehnološkim merama. Današnja pravila doprinose tome da se u takvim situacijam ne ukida proizvodnja emitenata već se radi na prevenciji putem izdavanja prethodnih ekoloških dozvola za nove aglomerate.

Za ekološke smernice EU kao i za nacionalno zakonodavstvo o zaštiti životne sredine u evropskim zemljama karakteristična je još jedna metoda sanacije koja prihvata princip “*zagađivač plaća*.” Više se ne vrši socijalizacija ekoloških rizika, ne vrši se sanacija sredstvima svih povezanih emitenata, nego sredstvima konkretnih zagađivača, pošto se monitoringom obezbeđuje njihova evidencija.

II

Ekološke štete u užem i širem smislu

Na osnovu izloženog, ekološke štete u *užem smislu* su one koje dovode do povrede zdravlja ljudi, do telesnih oštećenja. One se nadoknađuju u parničnom postupku kroz postavljanje zahteva za naknadu stvarne štete i izgubljene dobiti.

Ekološke štete u *širem smislu* se direktno ne ispoljavaju kao materijalna šteta. Posledice ne nastupaju odmah, već docnije. Kod tih šteta nije moguće utvrditi direktnu uzročnost. Takođe, uzročnost nije uvek moguće dokazati klasičnim dokaznim sredstvima (na pr. kod jonizujućeg zračenja). Ove štete se saniraju, a ne nadoknađuju i zatevaju državne mere i mere lokalne samouprave.

III

Pojam sanacije u novom ekološkom pravu RS

Zakonodavstvo Srbije je značajno unapređeno i delom harmonizovano sa evropskim uredbama i smernicama iz oblasti zaštite životne sredine. Tako je donet Zakon o zaštiti životne sredine, Zakon o vodama⁵, Zakon o rudarstvu⁶, Zakon o zaštiti prirode⁷, Zakon o poljoprivrednom

⁵ V.Zakon o vodama, Sl. glasnik RS, br. 30/2010

⁶ V.Zakon o rudarstvu, Sl. glasnik RS, br. 44/95, 101/2005-dr. Zakon, 85/2005-dr. Zakon, 34/2006 i 104/2009.

zemljištu.⁸ Naročito je važan Zakon o zaštiti životne sredine gde se daje definicija ekološkog zagađivanja. Zakonom o vodama unose se nove odredbe o izdavanju dozvole za posebnu upotrebu voda. Zakon o rudarstvu sa- drži posebne propise za rudarske vode i gasove.

Zakon o zaštiti životne sredine predviđa odgovornost za nastalu štetu po načelu o *objektivnoj odgovornosti* zagađivača koji je prouzrokovao *zagađivanje* životne sredine. Za zagađivanje životne sredine odgovorno je i pravno i fizičko lice koje je nezakonitim ili nepravilnim delovanjem omo- gućilo ili dopustilo zagađivanje životne sredine.⁹ Isti zakon reguliše i od- govornost za štetu, te određuje da je zagađivač odgovoran za štetu nanetu životnoj sredini i prostoru i snosi troškove procene štete i njenog uklanja- nja. Zagađivač je dužan da obezbedi finansijske ili druge vrste garancija za plaćanje naknade troškova nanete životnoj sredini i prostoru, u toku i posle obavljanja sanacionih aktivnosti.¹⁰

Zakon o zaštiti životne sredine bliže uređuje i odgovornost za ekolo- šku štetu u užem smislu, u vidu klasične građanskopravne odgovornosti. Predviđa da svako ko pretrpi štetu ima *pravo na naknadu štete*. Zahtev za naknadu štete može se podneti neposredno zagađivaču ili osiguravaču, odnosno finansijskom garantu zagađivača kod koga je nastao udes, ako takav osiguravač, odnosno finansijski garant postoji. Ako je više zagađi- vača odgovorno za štetu nanetu životnoj sredini, a udeo pojedinih zagađi- vača nije moguće odrediti, troškove snose solidarno i posebno. Pokretanje postupka za naknadu štete *zastareva* za tri godine od kada je oštećenik sa- znao za štetu i učinioca štete. U svakom slučaju ovo potraživanje zastare- va za *dvadeset godina* od kada je šteta nastala. Postupak pred sudom za naknadu štete je *hitao*. Republika Srbija zadržava pravo na naknadu štete ako nema drugih lica koja imaju to pravo.¹¹

*Zakon o vodama RS (ZV)*¹² propisuje granične vrednosti emisija radi sprečavanja pogoršanja kvaliteta voda i životne sredine za različite kate- gorije voda, pre njihovog ispuštanja u javnu kanalizaciju, npr. za tehnolo- ške otpadne vode, otpadne vode koje se ispuštaju u recipijent iz septičke i sabirne jame i dr. Na osnovu ZV vlada određuje granične vrednosti emi- sija kao i rokove za njihovo dostizanje. To znači u principu da zagađivač

⁷ V. Zakon o zaštiti prirode, Sl. Glasnik RS. Br.36/2009 kao i Zakon o izmenama i dopunama Zakona o zaštiti prirode Sl. Glasnik RS. Br.88/2010.

⁸ V. Zakon o poljoprivrednom zemljištu, Sl. Glasnik RS, br. 62/2006, 65/2008, dr. Zakon i br.41/2009.g.

⁹ V. čl. 103. Zakona o zaštiti životne sredine.

¹⁰ V. čl.st.1. i 2. čl. 105. Zakona o zaštiti životne sredine.

¹¹ V. čl. 107. Zakona o zaštiti životne sredine.

¹² V. čl. 93. Zakon o vodama RS, Sl. Glasnik RS br. 30/2010.

pojedinačno ne odgovara za štetu, niti za sanaciju ako je ispoštovao limite za svaku kategoriju vode.

Zakon o rudarstvu predviđa naročito zaštitne mere kao *prevenciju* zagađenja voda odn. životne sredine. Tako, na pr., u vršenju delatnosti rudarsko preduzeće je dužno da vodi podatke o vrstama i količinama opasnih i štetnih materija koje koristi. Takođe, dužno je da vodi podatke o vrstama i količinama opasnih, štetnih i otpadnih materija koje ispušta ili odlaže u životnu sredinu.¹³ Merama zaštite voda i životne sredine obezbeđuju se neposredna kontrola sprovođenja propisanih mera zaštite voda i životne sredine, izrada planova zaštite od havarija, akcidenata i drugih udesa, praćenje uticaja vršenja delatnosti na režim voda i na životnu sredinu. Takođe se merama zaštite voda i životne sredine obezbeđuje davanjem predloga za preduzimanje mera zaštite i unapređenja životne sredine i režima voda.¹⁴

Zakon o zaštiti prirode RS pod očuvanjem prirode podrazumeva niz mera i aktivnosti koje se sprovode radi zaštite ili *obnavljanja prirodnih staništa* i populacije divljih vrsta u cilju očuvanja njihovog povoljnog stanja, prirodnih eko-sistema i predeone raznolikosti.¹⁵ Isti zakon pod *sanacijom prirode* podrazumeva mere koje se preduzimaju za *zaustavljanje oštećenja prirode, poboljšanja stanja i funkcionalnosti*.¹⁶

Zakon o poljoprivrednom zemljištu RS predviđa da zaštita poljoprivrednog zemljišta obuhvata mere i aktivnosti koje se preduzimaju sa ciljem trajnog obezbeđenja *prirodnih funkcija zemljišta*, korišćenje zemljišta, u skladu sa njegovom namenom, očuvanja i unapređenja namenskog koršćenja zemljišta.¹⁷

Ovi zakoni, prema navedenim odredbama imaju za cilj, da po pojedinim elementima životne sredine (zemljište, vode, vazduh), s jedne strane preventuju dalja zagađenje, a sa druge, da saniraju posledice zagađenja usled dejstva skupnih emisija.

IV

Tužba za otklanjanje izvora ekološke opasnosti i tužba za naknadu (ekološke) štete i postupak suda

Kod skupnih emisija ako usled sadejstva svih emisija dođe do degradacije životne sredine, zakoni predviđaju sanacione mere. Ali skupne

¹³ V. tač. 2. st. 1. čl.61. Zakona o rudarstvu RS.

¹⁴ V. čl. 62. Zakona o rudarstvu RS.

¹⁵ V. tač. 44. st.1. čl. 4. Zakona o zaštiti prirode RS.

¹⁶ V. tač. 66. st.1. čl. 4. Zakona o zaštiti prirode RS.

¹⁷ V. tač. 4. st. 1. čl. 2. Zakona o poljoprivrednom zemljištu RS.

emisije mogu dovesti do štete u klasičnom smislu, tj. do povrede zdravlja, odn. života ljudi, kao i do merljive imovinske štete (npr. uništenje ribljeg fonda). U tom slučaju može se pokrenuti tzv. *popularna ekološka tužba* (*actio popularis*) iz čl. 156. Zakona o obligacionim odnosima. Ako je ekološki rizik na putu realizacije, a šteta još nije nastupila, može se tražiti od suda da emitenta obaveže da preduzme *mere radi otklanjanja izvora opasnosti*. Međutim, ako je do trenutka podizanja tužbe već došlo do realizacije štete, može se tražiti *naknada štete*.¹⁸ Ovi zahtevi su kondemnatorni, tužilac traži od suda osudu na činidbu. Pored njih tužilac može istaći i zahtev za naknadu parničnih troškova. Tužilac bi mogao istaći i zahtev za izdavanje privremene mere. Ako bi odredbe navedenog ekološkog zakonodavstva vezane za sanaciju štete povezali sa odredbom ZOO o obavezi emitenta da ukloni ekološki rizik na putu realizacije, onda bi svakako trebalo uvažiti specijalno pravilo tog zakonodavstva o hitnosti tog postupka.

Tužilac, (aktivno procesno legitimisan) kod tužbe za sprečavanje izvora ekološke opasnosti, po odredbama ZOO može da bude svako zainteresovano lice, dakle i ono kome pretilo i ono kome ne pretilo šteta. Takođe je potrebno da pretilo znatnija šteta zainteresovanom licu ili neodređenom krugu lica. Ako je do realizacije štete došlo do trenutka pokretanja parnice, tužilac je onaj koji je pretrpeo štetu, dakle oštećenik. U obe vrste parnice *tuženik* je onaj koji je proizveo opasnost od ekološke štete, odnosno čijom je protivpravnom emisijom radnjom prouzrokovana šteta.

Dokazni postupak se sprovodi na glavnoj raspravi. Pored štete on bi trebalo da obuhvati i okolnosti vezane za uzročnost. Budući da se radi o sadejstvu više emitenata, potrebno je izvršiti *veštačenje* o tome da li je uzrok u hemijskom sadejstvu otpadnih materija više emitenata. Sud na predlog stranaka može steći uvid u javne odn. privatne *isprave*, tj. na pr. u vodne dozvole ili evidencije, vezano za to, da li su (ekološki) uslovi ispoštovani. Naravno, u dokaznom postupku se mogu saslušati *svedoci* i *stranke*. Pošto se radi o objektivnoj odgovornosti dokazivanje ne obuhvata krivice štetnika. Sud slobodno ocenjuje dokaze. Ako ne može da dokaže neku činjenicu raspoloživim dokaznim sredstvom, primeniće pravila o teretu dokazivanja. U osnovi su to opšta pravila o teretu dokazivanja koja su predviđena Zakonom o parničnom postupku.¹⁹

¹⁸ V. Jožef Salma, Obligaciono pravo, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2009. g., str. 472-477.

¹⁹ B. čl. 231. Zakona o parničnom postupku RS (ZPP), Sl. Glasnik RS br. 72. od 28. septembra 2011.

Presuda može da glasi na osudu emitenta ili emitenata na primenu opravdanih mera radi sprečavanja nastupanja štete, a ako je došlo do štete i na osudu emitenata da solidarno ili srazmerno doprinosu naknadi nastale štete oštećenom. Presuda može da na zahtev tužioca glasi i na obavezu prestanka uznemiravanja. Presuda sadrži i odluku o naknadi trškova primenom pravila ZPP-a.

Protiv presude nezadovoljna stranka može da uloži žalbu. Uslovi za podnošenje ovog pravnog leka, postupak povodom žalbe, kao i odluke žalbenog suda, su regulisani odredbama ZPP-a. Pored redovnih pravnih lekova, na presudu kojom se nalaže tuženom da ukloni izvor ekološke opasnosti, kao i protiv presude za naknadu ekološke štete kod skupnih emisija mogu se podneti i vanredni pravni lekovi u skladu sa odredbama ZPP-a.

Moguće je i prinudno izvršenje takvih presuda, ako tuženi ne ispuni svoju obavezu dobrovoljno. Ovaj postupak se vodi po pravilima Zakona o izvršenju i obezbeđenju.²⁰

V

Zaključne napomene

U ovom radu smo razmatrili pojam skupne emisije kao i pravne metode, odnosno postupak sanacije odnosno naknade ekoloških šteta. Ukazuje se, da su skupne emisije one koje potiču od više emitenata, pri čemu njihovo ekološko sadejstvo zahteva mere sanacije, umesto parnice za naknadu štete. Međutim, skupne emisije mogu dovesti i do štete u klasičnom smislu, ukoliko je došlo do povrede ljudskog zdravlja, oduzimanja života ili oštećenja ili uništenja imovine. Parnica se može pokrenuti tužbom za otklanjanje izvora opasnosti, kada je ekološki rizik na putu realizacije i tužbom za naknadu štete, kada je do štete već došlo, do trenutka pokretanja parnice. Ukazali smo na dokazni problem uzročnosti, budući da kod skupnih emisija svaka pojedinačna emisiona radnja po sebi ne uzrokuje štetu, ali zajedno sa radnjama ostalih emitenata doprinosi nastanku štete. Zato je zakonodavac u slučaju skupnih emisija predvideo solidarnu odgovornost emitenata za štetu.

²⁰ V. Zakon o izvršenju i obezbeđenju RS, Službeni glasnik RS br. 31. od 9. maja 2011.

*Marija Salma, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad*

Procedure for Restoration of Environmental Damage resulting from Non-point Source Emissions

Abstract

The paper examines the notion of non-point source emission as well as legal methods, procedures, for restoration of environmental damage. It is pointed out that non-point source pollution is generated from several polluters. Joint activity of polluters calls for measures of ecological restoration, instead of tort proceedings. However, non-point source emissions may result in standard case tort provided human health is affected, lives are lost or property is damaged or destroyed. In this article two types of tort proceedings are being examined: those initiated by an action for elimination of the source of pollution, when the environmental risk is emerging and an action for compensation of damages, when the damage has already occurred, prior to the action being filed. Further, the author points to the problem of causation given that with non-point emissions each individual act of emission does not cause damage by itself; however it contributes to an emergence of damage in joint activity with other emissions. For these reasons, lawmakers opted for joint and severe liability in cases of non-point emissions.

Key words: non-point source emission, legal methods and procedures for restoration of environmental damage.

*Dr Drago Divljak, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

SVETSKA TRGOVINSKA ORGANIZACIJA I VIŠESTRANI MEĐUNARODNI SPORAZUMI O ZAŠTITE ŽIVOTNE SREDINE¹

Sažetak: *Predmet istraživanja u radu je složeno pitanje pravnih odnosa, odnosno interakcije između multilateralnog trgovinskog sistema međunarodne trgovine u okviru STO i sistema međunarodnih multilateralnih sporazuma iz oblasti zaštite životne sredine. Povećanjem svesti o ozbiljnosti globalne ekološke krize i status zaštite životne sredine u STO ima tendenciju jačanja. I pored toga, on je i dalje nezadovoljavajući, posebno u sferi tretmana i pravnog značaja multilateralnim sporazuma iz oblasti zaštite životne sredine u STO. U skladu sa izraženim potrebama, umesto deklarativnog pristupa nužno je da se njihov status formalno-pravno ojača i stvori nova globalna normativna arhitektura tih odnosa. Iz tih razloga, zagovaramo dugoročno sistemsko rešenje, koje podrazumeva promene u pravu STO, posebnu u segmentu GATT-a i to uvrštavanjem međunarodnih ekoloških sporazuma u njegov set izuzeća, uz odgovarajuće korišćenje prelaznih rešanja. Samo tako je moguće uspostaviti stabilan i predvidiv sistem koherencije između ovde dve sfere.*

Ključne reči: *Svetska trgovinska organizacija, multilateralni međunarodni sporazumi, zaštite životne sredine, pravo STO, međunarodno ekološko pravo, održivi razvoj, izuzeci GATT-a.*

Veze između međunarodne trgovine i zaštite životne sredine su višestruke, kompleksne i izuzetno značajne. Njihova međusobna sprepletenost je vidljiva u više sfera od fizičkih do institucionalnih, i ona tendencijski ja-

¹ Rad je izrađen u okviru projekta „Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo“ br. 179079, koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke RS.

ča, što može potencijalno rezultirati konfliktima, ali i međusobnom podrškom i komplementarnošću. U radu koji sledi, predmet istraživanja je segmentiran na pravne odnose, odnosno interakciju između multilateralnog trgovinskog i pravnog sistema u okviru Svetske trgovinske organizacije i sistema međunarodnih višestranih sporazuma iz oblasti zaštite životne sredine. Biće razmotren totalitet ovih odnosa, polje preplitanje i konflikta i njihove implikacije na primenu navedenih multilateralnih sporazuma. Posebna pažnja će biti posvećena načinu, pravcima i mehanizmima prevladanja njihovog sukoba i njegovog razrešenja.

Problematika koja se razmatra je vrlo značajna, jer je odnos između navedenih sistema i srž šireg kompleksa odnosa STO prema ekološkim pitanjima a ključna je i u kontekstu odnosa između liberalizacije međunarodne trgovine i ekoloških pitanja uopšte. Zbog svega toga, ona postaje sve aktuelnija.

1. Opšti pogled

Nastanak Svetske trgovinske organizacije, značio je stvaranje nadnacionalne institucije u domenu međunarodne trgovine, sa subjektivitetom međunarodnog prava i složenim organizacionim procedurama i strukturama. Njena osnovna funkcija je da ustanovi opšta pravila trgovine usmerena ka umanjeњу trgovinskih barijera u međusobnoj trgovini država članica i da obezbedi njihovu primenu. Složen sistem prava Svetske trgovinske organizacije,² u kojem se uređuju praktično sve oblasti transakcija sa svetom, uključujući i pravni status i tretman stranih ulaganja i zaštitu prava industrijske svojine³ je evoluirao u jednu od najmoćnijih multilateralnih režima u današnjem svetu, privlačan za veliki broj zemalja.⁴

S druge strane, u ovom trenutku, osnovni instrument međunarodno-pravnog regulisanja zaštite životne sredine su višestranici sporazumi.⁵ Kako pi-

² O ovom sistemu prava više: Palmeter D.-Mavroidis P., *The WTO legal system: Sources of law*, *The American Journal of International Law*, 1998.

³ Divljak, D., *Pravo spoljne trgovine*, Novi Sad, 2009, str. 29.

⁴ Eckersley, R., 'The Big Chill: The WTO and Multilateral Environmental Agreements', *Global Environmental Politics* 4, 2 (2004), str. 24.

⁵ Moderno ekološko ko pravo se ne kreira samo na globalnom, nivou, već u značajnoj meri i vrlo uspešno i na regionalnom nivou i to posebno u Evropi i Severnoj Americi. U evropskom regionu postoji relativno razvijen sistem ugovornog regulisanja. Mnogi od tih ugovora zaključene pod pokroviteljstvom Ekonomske komisije za Evropu kao što su: Konvencija o prekograničnom zagađenju vazduha iz 1979. godine sa svojim komplementarnim protokolima, Konvencija o prekograničnim efektima industrijskih udesa iz 1992. godine, Konvencija o zaštiti i korišćenju prekograničnih vodotokova i međunarodnih jezera iz 1992. godine i dr.

tanja zaštite životne sredine sve više prevazilazi nacionalne granice i postaje međunarodni problem, oni se kreiraju kao najpoželjniji mehanizam rešavanja prekograničnih i globalnih ekoloških problema, sa širokom prihvaćenošću.⁶ Kao takvi, oni čine glavninu skoro uspostavljenog međunarodnog ekološkog prava,⁷ koje nastaje u korelaciji sa slabljenjem dominacije ekonomske paradigme.⁸ Iako njegovo strukturno formiranje još nije završeno, međunarodna pravna zaštita životne sredine je jasno identifikovana u sadašnjem sistemu opšteg međunarodnog prava, kao posebna, specifična oblast regulacije, po mnogo čemu različita od prava STO. Pojava novih vrsta i oblasti ljudske interakcije sa svojim okruženjem konstantno proširuje predmet međunarodnih propisa za zaštitu životne sredine.

Kako ne postoji opšti sporazum iz te oblasti, sistem međunarodnih ekoloških sporazuma se generalno karakteriše fragmentiziranošću i relativnom nekoherentnošću, a pri tome je ne prati odgovarajuća finansijska i organizaciona logistika, koja je karakteristična za STO.⁹ Odlikuje je i bitna uloga međunarodnih instrumenata kvazinormativnog karaktera (deklaracije, smernice, preporuke i itd), često pod nazivom "mekog prava", koji čine značajan deo ukupnih međunarodnih pravnih dokumenata iz ove oblasti, u čemu je bitna razlika od prava STO, gde je prevaga legalističkog izrazito sublimirana u razvijenom sistemu pravila u okviru ove organizacije.

I sistem obezbeđenja primene i sankcionisanja je sistemski drugačije uspostavljen i nije uprediv sa sistemom STO.¹⁰ Sistem rešavanja sporova i obezbeđenja primene je bitno kompleksnije i efikasnije u pravu međuna-

⁶ Trenutno postoji oko 200 multilateralnih sporazuma o različitim aspektima zaštite životne sredine u kojim su predstavljene preko 180 zemalja, što govori o relativno širokoj teritorijalnoj prihvaćenosti. (UNCTAD – United Nations Conference on Trade and Development, 2004b, 1-2).

⁷ Šire o međunarodnom ekološkom pravu: Oberthür, S., Clustering of Multilateral Environmental Agreements: Potentials and Limitations, International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics Volume 2, Number 4 (2002), str. 317-340.

⁸ Međunarodno ekološko pravo se kao posebna oblast međunarodnog prava, obično vezuje za Konferenciju Ujedinjenih nacija o životnoj sredini, koja je održana u 1972. godine u Stokholmu. Iako je nekoliko međunarodnih ekoloških sporazuma, kao što su oni vezani za zagađenja mora, nastali pre ove konferencije, ipak se ona posmatra kao polazna tačka za nastanak međunarodnog prava životne sredine, kao posebne oblasti međunarodnog prava, zasnovanog na konceptu održivog razvoja. Brack, D.,- Gray, K. Multilateral environmental agreements and the WTO : RIIA Sustainable Development Programme, and IISD, . London, 2003., str. 4-5.

⁹ Morici, P., Reconciling Trade and the Environment in the World Trade Organization, Washington, 2002, str. 27.

¹⁰ U pogledu snage i učinkovitosti, pojedini autori STO slikovito predstavljaju kao tigrove, a ekološke sporazume kao kolekciju malih mačaka. Eckersle, R., op.cit. str. 25.

rodne trgovine. On se sastoji od korpusa efektivnih sankcija trgovinskog karaktera i sofisticiranog mehanizam za rešavanje sporova, koji razvija praksu rešavanja sporova, nepoznatu u drugim globalnim sistemima. U poređenju sa njima, međunarodno ekološko pravo uglavnom nema razrađen i integrisan mehanizam za rešavanje sporova.¹¹ I kada postoji, često je dobrovoljnog karaktera, neefikasan¹² je, jer ima slabe mehanizme za sprovođenje, i kao takav je ranjiviji je u odnosu na njegov pandan u STO.¹³ Ovi sporazumi obično ne sadrže striktno kaznene mere, već su one više set podsticaja i ohrabrenja, jer je poznato da prinuda ne može da bude čvrst temelj politike zaštite životne sredine. Transparentnost i učešće javnosti, posebno nevladinih organizacija je bez sumnje najvažniji mehanizam za primenu međunarodnih ekoloških režima.

Isto tako, dok je pravo STO grana prava gde su subjekti države i nacionalni interesi u prvom planu, dotle su međunarodni ekološki procesi više ukorenjeni u civilnom društvu,¹⁴ što pretpostavlja neposredno učešće nevladinih organizacija i uključuju kompleksnu interakciju između vlada, građana i drugih zainteresovanih strana.

2. Polje preplitanja

I pored svih elemenata razlikovanja, ova dva pravna sistema su po prirodi oblasti kojim se bave u neminovnoj interakciji, što je nužna posledica povezanosti ekologije i međunarodne trgovine uopšte.¹⁵ Vremenom, njihovo polje delovanje se sve više prepliće. Međunarodni pravni standardi o politici zaštite životne sredine sve više utiču na ekonomske aktivnosti, a s druge strane mnoga pravila međunarodne trgovine imaju ekološke posledice i nužno određuju i ukupni stepen ekološke zaštite.

Logično je onda da, iako isključivo usmerena na pitanja međunarodne trgovine, STO svoje interesovanje sve više širi i ka ekološkim pitanjima. Naime, znatno uvećana ekonomska aktivnost i međunarodna tr-

¹¹ Morici, P. op.cit. str. 88.

¹² Eckersley, R., op.cit. str. 24.

¹³ Jedan izuzetak je Konvencija Ujedinjenih nacija o pravu mora (UNCLOS) koja ima obavezujuću i složenu strukturu za rešavanje sporova. Konceptijski, to proističe i iz činjenice da ova konvencija reguliše trgovinu određenih opasnih materija, a da ne štiti određeni prirodni resurs.

¹⁴ Morici, P. op.cit. str. 31.

¹⁵ Ove oblasti ne funkcionišu u izolaciji, oni su suštinski povezani. Većina ekoloških šteta je uzrokovano povećanjem obima svetske ekonomske aktivnosti. Međutim, ne bi trebalo biti sporno da trgovina sama po sebi nije glavni uzrok degradacije životne sredine. Ona to tek postaje ako je ne prate odgovarajuće ekološke mere. Mehta, P.S - Singh, S., *Trade Environment: Challenges outweighing the opportunities*, working paper, str. 148.

govina jačaju potrebu za većim stepenom zaštitom životne sredine i unutar multilateralnog trgovinskog sistema kao što je STO. Ova problematika se aktuelizuje već u preambuli Ugovora osnivanju STO, gde se za razliku od prvobitnog GATT-a, priznaje značaj zaštite životne sredine i promoviše cilj održivog razvoja.¹⁶ Ipak, u pravu Svetske trgovinske organizacije, ne postoji posebno sistematizovani skup pravila koja bi se isključivo bavio ekološkim aspektima međunarodne trgovine. Značaj napora za očuvanjem životne sredine se valorizuje tako da su u okviru svih važnijih pravnih dokumenata STO, u parcijalnom vidu svoje mesto su našle i takve odredbe, koje se ne retko označavaju kao i tzv. zelene klauzule STO.¹⁷ Osim GATT-a, koji je u tom pogledu najznačajniji,¹⁸ ovo pitanje dobija određeni značaj i Opštem sporazumu o trgovini uslugama,¹⁹ Sporazumu o trgovinskim aspektima prava industrijske svojine (TRIPS), ali i u posebnim sporazumima, kao što su Sporazum o tehničkim preprekama trgovini (TBT), Sporazum o primeni sanitarnih i fitosanitarnih mera (SPS), Sporazum o poljoprivredi,²⁰ i Sporazum o subvencijama i kompenzatornim merama.²¹ Na ovaj način STO je preuzela i relativno značajnu nadležnost i iz oblasti ekologije, koju i širi putem sopstvenog sistema za rešavanje sporova.

S druge strane, višestrani ekološki sporazumi se sve više zasnivaju na različitim merama koje mogu imati posredne i neposredne efekte na međunarodnu trgovinu, što je i uzrok i njihovog posebnog klasifikovanja.²² Radi se o tzv. trgovinskim merama u nekoliko desetina multilateralnih sporazuma o životnoj sredini,²³ širokog dijapazona i sadržine,²⁴ koje ograničavaju

¹⁶ Ako ove odredbe uporedimo sa preambulom GATT-a, vidi se pomak u sazrevanje ekološke svesti i jer se u preambuli GATT-a kao ideal smatra puno korišćenje globalnih prirodnih resursa, bez obzira na okruženje.

¹⁷ Georgieva, K.- Mani, M. Trade and the Environment Debate: WTO, Kyoto and Beyond., 2009, str. 5.

¹⁸ Šire: Divljak, D., Opšti sporazuma o carinama i trgovini (GATT 1994) i zaštita životne sredine, Pravni život., 2011/11, tom 3, str.325-399.

¹⁹ Član 14 (b) Opšteg sporazuma o uslugama (GATS),.

²⁰ Agreement on Technical Barriers, Trade Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures, Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Agreement on Agriculture.

²¹ Član 8. Sporazuma o subvencijama i kompenzatornim merama.

²² Tako se razlikujemo dve različite vrste multilateralnih sporazuma, jedne koji prvenstveno i isključivo pokazuju ekološke karakteristike (npr. mera koje dovode do ponovnog pošumljavanja ili mere koji favorizuju obnovljive oblike energije), od drugih koje jasno sadrže različite oblike trgovinskih ograničenja u funkciji zaštite životne sredine.

²³ Pojedini autori precizno procenjuju da ima trideset osam, što po njima čini oko trinaest procenata međunarodnih ugovora i sporazuma iz ove oblasti. Yajima, N., International Regulation of the Environment: Conflicting Approaches of the World Trade Orga-

trgovinu između zemalja potpisnica, ali i između potpisnica i trećih zemalja. Oni imaju u najvećem broju slučajeva odbrambenu svrhu zaštite od trgovine,²⁵ kada se ona doživljava kao izvor šteta po životnu sredinu, a sve sa ciljem obezbeđenje primene tih sporazuma, sprečavanja samostalnog istupanja država i time posledično, ohrabrivanja država da im pristupe.²⁶ Nezavisno od razloga njihovog korišćenja, može se zaključiti da one u određenim slučajevima imaju svoje racionalno opravdanje²⁷ i stoga se očekuje i dalje širenje njihove upotrebe.²⁸

Najuspešniji sporazum u ovom pogledu, kako u pogledu širine prihvaćenosti, tako i efektivnosti sprovođenja je Montrealski protokol o supstancama koje oštećuju ozonski omotač, koji je usvojen 1987. godine.²⁹ I drugi sporazumi se oslanjaju na trgovinska ograničenja da bi ostvarili svoje ekološke ciljeve, ali sa manjim dometom. Jedan od razloga je i to što se kod nekih od njih trgovinska ograničenja javljaju više kao opcija nego prinudna mera.

3. Zona konflikta i njegovo rešavanje

Trgovinske mere imaju važnu funkciju u delu multilateralnih sporazuma o životnoj sredini. Međutim, zato što ograničavaju slobodan protok robe između zemalja, ove mere takođe potencijalno mogu biti u konfliktu sa pravilima sadržanim u trgovinskim sporazumima STO, naročito princi-

nization and Multilateral Environmental Agreements, ECOLOGICS OCCASIONAL PAPERS SERIES in Trade & Environment Studies, Geneva, 2006, str. 76.

²⁴ Ove mere se mogu kretati od od zabrane uvoza i izvoza, preko propisivanja uslova za prevoz određenih roba, uslova u pogledu obeležavanja do posebnih poreskih mera ili drugih mera pomoći ekološkim industrijama.

²⁵ Osim u odbrambene svrhe, ove mere mogu imati i proaktivan pristup, kada dolazi do smanjenja ili eliminisanja carinskih i necarinskih barijera za robe koje su u funkciji zaštite životne sredine.

²⁶ Brack.D., *Environmental Treaties and Trade: Multilateral Environmental Agreements and the Multilateral Trading System*, WTO-and-EnvironmentTrade, Environment, and the Millennium, New York, 1999, str. 272.

²⁷ Detaljna analiza trgovinskih mere u nekim od ovih sporazuma, koje je sprovedeno 1999. godine od strane OECD-a, (OECD – Organization for Economic Cooperation and Development. 1999. Report on trade and environment, str. 17-18): pokazala je da one mogu biti posebno pogodne kada je međunarodna zajednica saglasna da je kontrola međunarodne trgovine sastavni deo rešavanja ekoloških problema i kada one otežavaju ili onemogućavaju "slobodno jahanja" država, koje često predstavlja prepreku za uspešnu međunarodnu saradnju.

²⁸ Brack.D., op.cit., str. 281.

²⁹ Protokol ograničava proizvodnju i potrošnje supstanci koje prouzrokuju štete ozonskom omotaču. Restriktivne trgovinske mere sadržane u tom ugovoru su odigrale veliku ulogu u smanjenju proizvodnje i potrošnje ovih supstanci. Eckersle, R., op.cit. str. 26.

pima o zabrani nediskriminacije, najvećem povlašćenju, nacionalnom tretmanu, ili zabrani količinskih ograničenja³⁰ Postoji oko dvadeset ekoloških sporazuma koji sadrže eksplicitne trgovinske mere, ali se pokazala da u dosta slučajeva ove mere nisu posebno problematične za STO. Potencijalna zona konflikta postoji samo kod dela tih sporazuma.³¹ Taj konflikt dobija posebnu pravnu dimenziju kada je zemlja članica STO, nije istovremeno i potpisnica navednih sporazuma.

a. Formalno-pravni mehanizmi rešavanja konflikta

Uz sva ograničenja, na formalno-pravnom planu, ovi konflikti se mogu rešiti primenom principa i pravila međunarodnog prava. U obzir dolazi primena dva principa. Prvi je princip *lex posterior derogat legi priori*, a drugi je *lex specialis derogat legi generali*. Formalno je moguće ovaj sukob rešiti i pozivanjem na Bečku konvenciju o ugovornom pravu, uz ispunjenje određenih pretpostavki,³² mada njenu primenu komplikuju izmene međunarodnih ugovornih instrumenata iz ovih oblasti.³³

U ovim slučajevima moguće je koristiti različite institucionalne mehanizme za rešavanje ovih sukoba, u zavisnosti od osobenosti svakog slučaja, kako mehanizme STO za rešavanje sporova, mehanizme arbitraže iz ekoloških sporazuma ili Međunarodnog suda pravde.

Bilo bi nepromišljeno spekulirati o tome, ali ako su u mogućnosti da biraju, skoro je izvesno da će se države pre opredeliti za jasno definisani mehanizam rešavanja sporova u STO, nego za difuzni i nefikasni mehanizam ekoloških sporazuma, i pored drugačijih načelnih teorijskih stavova³⁴ i predloga okviru STO,³⁵ kojima se preferiraju procedure iz navedenih sporazuma. Kako to ponekad ni praktički nije izvodljivo, jer često oni nemaju ni tela za rešavanje sporova, njihovo rešavanje u okviru STO je realistična varijanta, jer je učešće ove organizacije u pitanjima životne sredine već uspostavljena činjenica a organi za reša-

³⁰ Brack.D., op.cit., str.282.

³¹ To su npr. : Bazelska konvencija o kontroli prekograničnog kretanja opasnog otpada, Konvencija o međunarodnoj trgovini ugroženim vrstama divlje faune i flore (CITES), Konvencija o biološkom diverzitetu, Konvencija Ujedinjenih nacija o klimatskim promjenama kao i njena dopuna pod nazivom Kjoto protokol, koji sadrži strožije ograničenja emisije gasova, što omogućava individualne i obavezujuće ciljeve.

³² Član 20. Bečke konvencija o ugovornom pravu.

³³ Brack, D.-Gray.K., op.cit. str. 27-28.

³⁴ Morici, P. op.cit. str. 31.

³⁵ Ministarska konferenciji STO u Singapuru iz 1996, godine je tako podržala ovakvu sugestiju Komiteta za trgovinu i životnu sredinu.

vanje sporova pokazali su "spremnost i sposobnost " delovanja u ovoj materiji.³⁶

Međutim, insistiranje na pravno-formalnom načinu rešavanja potencijalnih sukoba između ovde dve pravne sfere, mada pravno razjašnjava situaciju, suštinski ne rešava problem. Takvo postupanje u nacionalnim okvirima ima svoju opravdanost, ali u međunarodnom pravu, gde se teško dolazi do saglasnosti država, nije racionalno. S druge strane, ovakav formalistički pristup bi nas u stvari značajno udaljilo od onog što se u ovim oblastima želi postići, jer bi u stvari doveo do de facto stanja superiornosti jednog sistema nad drugim, bilo u celosti ili delimično. Time se isključuje ili sužava mogućnost ostvarivanja suštinskih ciljeva i jednog i drugog međunarodnog sistema, koju nije moguće postići formalnim nadvladavanjem jednog nad drugim, već samo balansiranim uvažavanjem bitnih zahteva obe sfere.

U takvom okviru, sfera zaštite životne sredine je posebno ranjiva. U ekološkim krugovima posebnu bojazan izaziva mogućnost da se rešavanje ovog sukoba, prenese na sistem STO. Naime, rešavanje ovih sporova u okvirima STO, podrazumeva u stvari utvrđivanje prioriteta u primeni između pravila trgovine i pravila ekološke zaštite, a faktički i utvrđivanje obima primene višestranih ekoloških sporazuma. U formalnom smislu, pravila ekoloških sporazuma bi se tumačila u kontekstu odgovarajućih tzv. zelenih klauzula STO, GATT-a i posebnih sporazuma. U tom pogledu, prvorazredan značaj imaju pravila čl. XX, kojem se, saglasno naslovu³⁷ regulišu dozvoljena odstupanja od pravila GATT-a. U okviru navedenih opštih izuzetaka, postoje dva opšta izuzetka sa najvećim potencijalom značaja za životnu sredinu. Prvi se odnosi na neophodne mere za zaštitu ljudi, životinja ili biljaka i njihovog zdravlja,³⁸ a drugi je usmeren na mere koje se odnose očuvanje ograničenih ili neobnovljivih prirodnih resursa, pod uslovom da se takve mere sprovode zajedno sa ograničenjima domaće proizvodnje ili potrošnje.³⁹ Dodatno su kreirane uvodne ili tzv "Chapeau " odredbe ovog člana, u cilju onemogućavanja njihove zloupotrebe. Na osnovu njih, navedeni opšti izuzeci se ne mogu "primeniti na način koji bi predstavljao sredstvo proizvoljne ili neopravdane diskriminacije između država u kojima preovlađuju isti uslovi, ili sredstvo prikrivenog ograničenja međunarodne trgovine." Time se dodatno nastoji sprečiti i uvođenje protekcionizma na mala vrata. Ovako strukturirana pravila

³⁶ Morici, P. op.cit. str. 88.

³⁷ Opšti izuzeci (General Exeptions).

³⁸ Čl. XX st.(b).

³⁹ Čl. XX st.(g).

opštih izuzetaka praktično zahtevaju kumulativno ispunjenje napred navedenih uslova, za njihovo validno korišćenje od strane država članica STO.

Pri ovakvim normativnim rešenjima STO, koga prati i restriktivna praksa rešavanja sporova, očigledno je da postoji opasnost od bitnog ograničenja, pa i suspenzije primene ekološke zaštite koju utvrđuju ekološki sporazumi, mada u praksi do toga formalno još nije došlo.⁴⁰ Mogućnost podrivanja ovih sporazuma, do koji se i inače teško dolazi, ne samo da dovodi u pitanje integritet i primenu postojećih, već i stvara opasnost da uruši i pregovore o zaključivanju novih sporazuma i obesmisli potrebu njihovog nastanka. Dugoročno, stvarni konflikt tako izolovanih sfera bi urušio i sistem međunarodne trgovine.

b. Potreba za saradnjom i uzajamnom podrškom

Zbog svih ovih značajnih i nepredvidivih posledica, prepoznavajući potrebu očuvanja integriteta pravila oba sistema, njihov sukob treba zameniti odnosom međusobnog uvažavanja potreba i razvijanja odnosa uzajamne podrške. U tom pogledu, postoji deklarativna saglasnost i osnivačkog akta STO i međunarodnih ekoloških sporazuma.⁴¹ I druga dokumenta iz ove oblasti⁴² načelno uvrđuju potrebu da međunarodni pravni sistemi treba da podržavaju jedni druge, a da je ta potreba naročito vidljiva u odnosu između prava STO i međunarodnih ekoloških sporazuma.

I u teoriji postoji saglasnost da je saradnja ova dva pravna sistema neizbežnost i neophodnost, jer koncept održivog razvoja nužno pretpostavlja integraciju ekonomskih i ekoloških ciljeva,⁴³ Polazni stav je ova pitanja treba rešavati na multilateralnoj osnovi uz učešće i trgovine i ekološke zajednice, na osnovu međunarodne saradnje i konsenzusa.⁴⁴ U cilju prevazilaženja ovakvog stanja i pronalaženja strategija koje istovremeno promovišu probleme trgovine, zaštite životne sredine i razvoja, čine se naponi na različitim nivoima.

Takvih pokušaja bilo je na institucionalnom planu i u okviru organa STO. Posebnu ulogu ovom procesu imao je Komitet za trgovinu i životnu sredinu, ali su rasprave o ovoj problematici odvijaju i u drugim stalnim teli-

⁴⁰ Brack.D., op.cit., str. 283.

⁴¹ Cilj održivog razvoja i zaštite životne sredine su pomenuti u preambuli kako Ugovora o osnivanju STO,tako i Kjoto protokola i Kartagena protokola o biološkoj raznovrsnosti.

⁴² "Agenda XXI veka" (Agenda 21).

⁴³ Eckersle, R., op.cit. str. 24; Sampson. G.P., op.cit. str. 93.

⁴⁴ Sampson,G.P., Trade, Environment, and the WTO: The Post-Seattle Agenda (Policy Essay, No.27), Washington, 2000.,str. 137.

ma STO.⁴⁵ Činjenica da su ekološki problemi time podeljeni u dva paralelna pregovaračka procesa je štetna za ekosistem, jer parcijalan pristup umanjuje izgleda ostvarenja optimalne koherencije ova dva sistema.⁴⁶

Pitanje odnosa STO i multilateralnih ekoloških sporazuma se javlja kao jedan od ključnih oblasti delovanja posebnog Komiteta za trgovinu i životnu sredinu⁴⁷ osnovanog 1995.godine, sa ciljem da identifikuje odnos između trgovinskih mera i mera zaštite životne sredine u cilju promovisanja održivog razvoja⁴⁸ i utvrdi odgovarajuće preporuke. Institucionalnom resavanju ovog pitanja poseban impuls je dala ministarske deklaracija iz Dohe, koja je je po osnovu specijalnog mandata pokrenula pregovore o ovom odnosu.⁴⁹ Pregovori su uokvireni polaznim stavom da rezultati treba da budu kompatibilni sa otvorenom i nediskriminatorskom prirodom multilateralnog trgovinskog sistema i da ne treba da utiču ili umanjuju već postojeća prava i obaveze članova u okviru dosadašnjih sporazuma.⁵⁰

I pored toga, tokom svih ovih godina do posebnog napretka u izgradnji odnosa sinergije ova dva sistema nije došlo, jer komitet još uvek nije doneo nikakve efektivne preporuke za obezbeđivanje ili poboljšanje međusobne saradnje između ove dve sfere. Pomalo kotradiktorni ciljevi ovih pravnih oblasti i različiti ekonomski i drugi interesi zemalja članica nisu značajnije prevladani radom ovog komiteta. Pregovori su u značajnoj meri rezultirali konfliktom između većine članova koji se protive svakom daljem jačanju uloge zaštite životne sredine u međunarodnom trgovinskom sistemu i manjine koja je tražila jasni i ekspanziviji pristup STO ovoj problematici.⁵¹

Naime, većina članova STO, posebno SAD i neke manje razvijene zemlje, ne vide neke ozbiljnije protivrečnosti između ovih oblasti. Takav stav argumentuju time da veći deo ekoloških sporazuma uopšte ne sadrži trgovinske mere, da nikada nije bilo sporova koji su uključivali neki ekološki sporazum, kao i da dosadašnja praksa rešavanja sporova STO iskazuje dovoljnu senzibilnost STO na pitanja zaštite životne sredine. Polazeći od

⁴⁵ To su Savet za trgovinu robom, Savet za trgovinske aspekte prava intelektualne svojine), Savet za trgovinu uslugama), ali i Odbor za primenu sanitarnih i fitosanitarnih mera i Odbor o tehničkim preprekama u trgovini.

⁴⁶ Thomas. P., *Oil or Sand in the Trade and Environment Machinery? The Doha Round at the WTO's 10th Anniversary*, Journal of Trade & Environment Studies, Geneva, Volume 2 (1) February 2005, str. 19.

⁴⁷ Committee on Trade and Environment – CTE.

⁴⁸ Thomas. P., op.cit. str. 5.

⁴⁹ O ovom pregovoračkom procesu šire: Yajima.N., op.cit. str. 88 -94.

⁵⁰ Uporedi: st. 31. i st. 32. Deklaracije.

⁵¹ Uporedi zvanične predloge nekih učesnika u pregovorima: TN/TE/W/53), TN/TE/W/58, TN/TE/W/58.

stava da STO nije organizacija nadležna za ekološka pitanja i da je njena uloga ograničena samo na mere za zaštitu životne sredine, koje mogu imati značajan uticaj na trgovinu, oni generalno smatraju da su postojeća pravila o životnoj sredini u sistemu STO dovoljna da se udovolji potrebama ekološke zaštite. Umesto promena, naglasak se daje na nacionalnoj koordinaciji, kao i deklarativnoj multilateralnoj saradnji u ovoj oblasti, a eventualne buduće probleme treba rešavati od slučaja do slučaja, bez stvaranja opšte upotrebljivih koncepata. Time se suštinski, umesto konceptualnog pristupa koji proističe iz bazične povezanosti ovde dve oblasti, zagovara ad hoc pristup, bez promena u dosadašnjem pravnom režimu STO. Štaviše, oni smatraju bi intervencija u pravu STO sa pozivom na zaštitu ekoloških interesa, otvorila vrata presedanima za druge socijalne potrebe i stvaranju novih vidova trgovinskih barijera i posebnog oblika protekcionizma, tzv. ekološkog, koje bi naročito pogodio nerazvijene zemlje. Isto tako, ona bi poremetila teško uspostavljenu ravnotežu prava i obaveza iz GATT-a i drugih pravila STO.

Stoga su do sada najveći međunarodni naponi da se reši ovaj problem radom ovog komiteta faktički postali gotovo zamrznuti. Mogućnost promena u ovoj sferi, posebno onih značajnijeg karaktera, je time efektivno, bar kratkoročno isključena.

c. Mogući načini prevladavanja konflikta

Navedena retrospekcija insitucionalnih napora, stanja i raspoloženja unutar STO u pogledu pravnog značaja ekoloških sporazuma u STO, dovodi nas do zaključka da ne samo da ne postoji usaglašenost između sistema globalnog upravljanja međunarodnom trgovinom i zaštitom životne sredine,⁵² već i da se jasno pokazuje nastavak tendencije podrivanja međunarodnih aktivnosti ka usaglašenom pristupu problemu zaštite životne sredine. Neprepoznavanje dubine problema je velika greška, posebno u kontekstu rastućih dokaza o globalnoj degradaciji životne sredine i stalnom rastu broja, obima i značaja ekoloških sporazuma, koji moraju uticati na međunarodnu trgovinu, ako žele da se efikasno sprovedu.⁵³

Mogućnost da svaka trgovinska mera u funkciji ekologije i dalje može biti dovedena u pitanje, govori nam da se u stvarnosti nastavlja kontinuitet davanja prednosti ciljevima međunarodne trgovine u odnosu na one ekološkog karaktera. Uprkos činjenici da postoji vrlo opsežni dokazi ekološke štete od trgovinske liberalizacije, očigledno u očima najmoćnijih međunarodnih aktera, međunarodna trgovina je daleko va-

⁵² Eckersle, R., op.cit. str. 24.

⁵³ Brack, D., op.cit., str. 296.

žnija od zaštite ekosistema.⁵⁴ U takvim okolnostima ekološki sporazumi postaju sve ranjiviji u odnosu na pravila STO i de facto postaju podređeni ne samo pravilima STO,⁵⁵ već i njenim organima.⁵⁶ Takvoj oceni ide u prilog i činjenica da se valjanost trgovinskih mera iz ekoloških sporazuma može osporiti pred pravom STO, dok obrnuto ne postoji pravna mogućnost da ekološke implikacije trgovinskog sistema STO, budu nadgledane od strane institucija ekoloških sporazuma. Time se praktično i dalje jača koncept neoliberalizacije i u ovoj sferi,⁵⁷ a koji se zasniva na primarnosti interesa investitora u odnosu na druge subjekte društva, a koji je ionako osnažen nakon Urugvajске runde multilateral-nih trgovinskih pregovora 1994. godine, kada je došlo do značajane ekspanzije trgovinskih sporazuma, na uštrb potencijala i širenja ekoloških sporazuma i njihove efikasnosti.

Ovakvo stanje je dugoročno zabrinjavajuće, a pristup status quo, ko-ga odlikuje nepostojanje sigurnosti i jasnih smernica u ovoj oblasti je sve manje prihvatljiv, posebno ako se prihvati da i liberalizacija međunarodne trgovine i zaštita životne sredine imaju jednaku važnost. Umesto toga, zagovaramo drugi pristup aktivnog preduzimanja neophod-nih mera da bi se izbegao konflikt između ovih sistema, a time i nastanak potencijalnih ograničenja ekoloških standarda, po ovom osnovu. On bi trebao biti zasnovan na realističnijem konceptu koherencije ova dva mul-tilateralne sistema, umesto dosadašnjeg, prema sadašnjem toku stvari, te-ško ostvarivog koncepta održivog razvoja.⁵⁸ Naime, tačno je da pream-bula Sporazuma STO pominje održivi razvoj. Iako ona nije pravno bezna-čajna, ipak ovakva izjava nije dovoljna da bi se osigurao ravnotežen od-nos u između međunarodne trgovine i zaštite životne sredine, a kamoli ostvario mnogo šireg i ambicioznijeg koncepta održivog razvoja. Stoga je sasvim racionalno krenuti od realnijeg cilja, stvaranja koherentne interak-

⁵⁴ Thomas. P., op.cit., str. 16..

⁵⁵ Suprotno tome u Kartagena protokolu se naglašava da se on neće tumačiti tako da podrazumeva promene u u pravima i i obavezama država potpisnica u bilo kojem postojećem m međunarodnom sporazumu To se tumači na način da se se on njimenije namera-vano poređene sebi drugih sporazuma., pri čemu se prevashodno mislilo na pravila STO. Drugim rečima, za razliku protokola, u pravilima STO nije postojala namera da uspostavi nehijerarhijska i izbalansiran odnos sa multilateralnim ekološkim sporazumima.

⁵⁶ Umanjenje značaja ekoloških pitanja, iskazano je i na institucionalnom planu, jer su tela ekoloških sporazuma morala tražiti dozvolu da učestvuju kao posmatrači u radu STO i ona je često i uskraćivana. Šire o učešću nevladinih organizacija u radu STO. Cone, S.M., *The Environment and the World Trade Organization* (October 22, 2002). NYLS Law Review, str. 619-625.

⁵⁷ Brack, D.-Gray.K., op.cit. str 28-29; Eckersle,R., op.cit. str. 24-25.

⁵⁸ O održivom razvoju, šire: Yajima, N., op.cit. 80-82.

cije između zaštite ekosistema i ekonomske globalizacije, koji je više kompatibilan sa postojećim pravilima STO, nego mnogo širi i sveobuhvatan koncept održivog razvoja, koji daleko prevazilazi jednostavnu brigu za životnu sredinu.⁵⁹

Od svih mogućih generalnih koncepcija rešavanja pitanja sukoba ove dve sfere,⁶⁰ najracionalnija je ona koja se zalaže za uspostavljanje koherencije modifikacijom jednog ili oba navedena sistema međunarodnog prava, pri čemu prioritet treba dati pravilima STO. Nužne su odgovarajuće izmene sistema STO, usmerene ka povećanju kompatibilnosti ekoloških sporazuma sa pravilima STO, koje bi formalizovale davanje odgovarajućeg pravnog značaja ekološkim sporazumima u sistemu STO, kao načina rešavanja njihovog konflikta.⁶¹ Formalno, to bi se moglo postići tako što bi se postojećim izuzecima u sistemu GATT-a, pridodao novi koji bi se odnosio i na multilateralne ekološke sporazume, čime bi oni postali pravno relevantni u pravu STO. Na taj način bi se ovom "klauzulom koherentnosti" legalizovala trgovinska ograničenja u ovim sporazumima i oni bi bili upodobljeni sa trgovinskim sistemom STO. To je i jednostavnija varijanta, u odnosu na alternativu, a to je kreiranje posebnog Sporazuma o višestranim sporazumima, čije bi prihvatanje, zbog svoje širine i obuhvata, bilo vrlo teško ostvarivo.⁶²

Ovakav reformski pristup koji promoviše formalne promene u STO je nužan. Njime se obezbeđuje dugoročna predvidljivost i efektivna sigurnost učesnika u ovoj oblasti i razvoj koji zadovoljava potrebe današnjice bez ugrožavanja sposobnosti budućih generacija da zadovolje svoje potrebe. Vagajući sve interese i kontekst, jasno je da se u složenom odnosu između dugoročnih međugeneracijskih ekoloških problema i više kratkoročno merljivih ekonomskih interesa, da prednost ovim prvim. Na njemu je potrebno insistirati bez obzira na sve njegove nedostatke, koji se prvenstveno ogledaju u stepenu njegove efektivnosti, s obzirom na poteškoće u postizanju saglasnosti i vremenskom periodu koji je potreban za tako nešto. Posebno što bi se

⁵⁹ Smatra se da faktički upotreba termin održivi razvoj u preambuli Ugovora o osnivanju STO nema neki značajan smisao, jer je jasno da STO i nema mandat da pregovara i rešava socijalne probleme, osim u nekim vrlo ograničenim aspektima javnog zdravlja. Thomas. P., op.cit. str. 6.

⁶⁰ Brack.D., op.cit str.289.

⁶¹ Taj tzv. „soft accommodation“ pristup su prvenstveno zagovarele zemlje EU i Švajcarska. O učešću EU u međunarodnim ekološkim procima: Vogler, J., *The European contribution to global environmental governance*, *International Affairs* 81,2005.

⁶² On bi najmanje trebao da definiše multilateralne ekološke sporazume, utvrdi kriterijume njihove primene, definiše trgovinske meri i njihov diferenciran tretman.

oni mogli kompenzovati prelaznim rešenjem u vidu ekstenzivnijeg i elastičnijeg tumačenja trenutno važećih pravila STO iz ove oblasti, posebno onih vezanih za izuzeća u tekstu GATT-a iz 1994. godine, u pravcu jačanja njihove ekološke senzibilnosti. Praksa rešavanja sporova u STO, pokazuje da ovakav proces suptilnih promena nije nemoguć. To bi se moglo ostvariti ili pozivanjem na preambulu Ugovora o osnivanju Svetske trgovinske organizacije koja govori o održivom razvoju,⁶³ ali i drugih sporazuma ili instrumenata između strana u sporu,⁶⁴ ili čak kreiranjem posebnih izjava o interakciji između ovih sistema, kako predlažu neke zemlje.⁶⁵

Uopšteno posmatrano, optimalno bi bilo da date izmene imaju relativni širok obuhvat postojećih, koji bi istovremeno sprečio prejudiciranje tretmana budućih multilateralnih sporazuma. Ipak, o dubini i širini ovakvih reformskih intervencija ne postoji jednodušnost. Svakako je potrebno pronaći formulu za sprovođenje ovog pristupa, koja bi, s jedne strane, bila dovoljno široka da obuhvati sve legitimne zahteve sadašnjosti i budućnosti za korišćenje trgovinskih mera u ekološke svrhe i, s druge strane, ipak ne bi otvorila vrata protekcionističkim zloupotrebama. U tom pogledu se čini potrebnim, pažljivo definisanje, prethodno utvrđenih kriterijuma za primenu ovog koncepta. Zagovornici tzv. koncepta razvoja, koji se javlja kao kompromisni treći put između koncepcija trgovine i ekologije, upravo promovišu ovaj pristup.⁶⁶ Javljaju se dve podvarijante ovog pristupa. Prva je da se ili unapred utvrdi spisak posebnih multilateralnih sporazuma čije odredbe se smatraju kompatibilnim sa pravilima STO,⁶⁷ ili da se utvrde kriterijumi za datu kompatibilnost, kao što su ciljevi zaštite životne sredine, naučna zasnovanost, otvoren i transparentan pregovarački proces i otvorenost učešća za sve zainteresovne zemlje. Po drugoj, primena se ne bi zasnivala na ekološkim sporazumima, već na obavezama iz tih sporazuma, uz korišćenje kriterijuma kao što su neophodnosti, najmanja restriktivnost, efektivnost i proporcionalnost.⁶⁸

⁶³ Morici, P., op.cit. str. 5.

⁶⁴ Sawhney, S., WTO-related matters in Trade and Environment: Relationship between WTO Rules and MEAs, working paper No. 133., May 2004, str. 32.

⁶⁵ Kanada je, polazeći od toga da bi bilo kakve izmene u ovoj oblasti nisu moguće u kratkom roku, upravo predložila ovaj "meki" pristup, u formi izjave o interakciji između multilateralnih i STO. Tarasofsky, R.G., Environment: Is it making a Difference?, Max Planck UNYB 3 (1999), str. 475.

⁶⁶ Sampson, G.P., op.cit. str. 94.

⁶⁷ Ovo je slično pristup koji postoji u Severnoameričkom sporazumu o slobodnoj trgovini (NAFTA).

⁶⁸ Tarasofsky, R.G., op.cit. str. 474.

U tom kontekstu, a posebno uzimajući u obzir faktor realističnosti, navedeni predlozi su trezveni. Mada i dalje zasnovani na restriktivnijem tretmanu ekologija u STO, oni ipak predstavljaju izvestan napredak, koji je zasnovan na kompromisu između podeljenih članica STO, i na taj način sa sa realnijim šansama za prihvatanje, posebno što oni tako zasnovani, ipak ne remete bazičnu već uspostavljenu ravnotežu prava i obaveza država članica u sistemu pravila STO.

Realnost podrazumeva i poštovanje interesa nerazvijenih zemalja i otklanjanje njihovih strahova da bi ovakvim pristupom nastao novi vid, ovaj put ekološki protekcionizam, štetan po njihove ionako slabe ekonomije. Potrebna je osetljivost na realne pretnje pristupu međunarodnom tržištu nerazvijenih zemalja, ali isto tako nužno ih je procenjivati u odnosu na druge, mnogo važnije protekcionističke barijere kojim su one, inače, izložene.⁶⁹ Eventualno pogoršanje njihove pozicije u međunarodnoj trgovini, moguće je kompenzovati primenom drugih instrumenata, kao što su njihov specijalni i diferencijalni tretman u međunarodnoj trgovini i ekstenzivnija pravna i tehnička pomoć za izgradnju sopstvenih inistitucionalnih i ekonomskih kapaciteta.

Zaključak

Pitanje odnosa multilateralnog trgovinskog sistema međunarodne trgovine u okviru STO i sistema međunarodnih višestranih sporazuma iz oblasti zaštite životne sredine je izuzetno složeno. Povećanjem svesti o ozbiljnosti globalne ekološke krize i status zaštite životne sredine u STO ima tendenciju jačanja. I pored toga, on je i dalje nazadovoljavajući, posebno u sferi tretmana i pravnog značaja multilateralnim sporazuma iz oblasti zaštite životne sredine u STO. U skladu sa izraženim potrebama, umesto deklarativnog pristupa nužno je da se njihov status formalno-pravno ojača i stvori nova globalna normativna arhitektura tih odnosa. Iz tih razloga, zagovaramo dugoročno sistemsko rešenje, koje podrazumeva promene u pravu STO, posebnu u segmentu GATT-a i to uvrštavanjem međunarodnih ekoloških sporazuma u njegov set izuzeća, uz odgovarajuće korišćenje prelaznih rešenja. Ove izmene moraju biti pažljivo nijansirane i to na način koji neće bitnije poremetiti uspostavljeni balans prava i obaveza zemalja članica. Samo tako je moguće uspostaviti stabilan i predvidiv sistem koherencije između ovde dve sfere.

⁶⁹ Opravnato se primećuje da bi bi ove dodoatno ekološko obavezivanje, u najgorim slučajima predstavljao samo mali deo ekonomskih faktora koji imaju štetan uticaj na razvoj nerazvijenih zemalja. Thomas. P., op.cit. str. 9.

*Drago Divljak, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad*

World Trade Organization and Multilateral Environmental Agreements

Abstract

The subject that is studied in this paper is a complex issue of legal relations, namely interaction between the multilateral trade system of international trade within the WTO and the system of international multilateral agreements in the field of environmental protection. The status of environmental protection in the WTO shows the enhancing trend thanks to raising of awareness on seriousness of the global ecological crisis. Despite of that, it is still unsatisfactory, in particular in the sphere of treatment and legal significance of multilateral agreements in the field of environmental protection in the WTO. In compliance with the expressed needs, instead of declarative approach, it is necessary to enhance their formal-legal status and create a new global normative architecture of these relations. Due to these reasons, we advocate a long-term system solution, which implies changes in the WTO law, in particular in the segment of GATT via including international ecological agreements in its set of exemptions, with an appropriate use of transitional solutions. This is the only possible way to establish a stable and predictable system of coherence between these two spheres.

Key words: World Trade Organization (WTO), multilateral international agreements, environmental protection, WTO law, international environmental law, sustainable development, GATT exemptions

*Dr Magdolna Sič, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

UTICAJ ZAGAĐENJA OLOVOM NA ZDRAVLJE ČOVEKA (ŽIVOTNU SREDINU) U STAROM RIMU¹

Sažetak: *Imajući u vidu da je olovo iz rudnika i topionica, zatim putem vodovoda i najzad putem prehrambenih proizvoda ugrožavalo u najvećoj meri zdravlje stanovništva, u ovom radu ćemo razmatrati moguć uticaj olova iz ovih izvora na ljudsko zdravlje (životnu sredinu) u starom Rimu, kao i sporno pitanje da li je zagađenje olovom bilo jedan od uzroka propasti Rimske imperije.*

Ključne reči: *zagađenje životne sredine, stari Rim, vodovodi, olovo, propast Rimske imperije.*

Uvod

Visok stepen zagađenosti životne sredine olovom u starom Rimu, posebno u periodu kada je Imperija bila u najvećem usponu dokazana je savremenim naučnim metodama².

Utvrđeno je da su najugroženiji bili rudari i radnici koji su obrađivali ovaj metal, a to su bili robovi, osuđenici kojima je izrečena kapitalna kazna ili najniži slojevi u rimskom društvu, kao i stanovništvo koje je živelo u okolini rudnika i topionica. Ostalo stanovništvo čije zanimanje nije

¹ Rad je nastao kao rezultat istraživanja na projektu Ministarstva prosvete i nauke Republike Srbije „Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo“ (br. 179079).

² C. F. Boutron, Historical reconstruction of the Earth's past atmospheric environment from Greenland and Antarctic snow and ice cores, *Environmental Review*, 1995, 3, str. 1-28; I. Renberg, M. W. Persson, O. Emteryd, Pre-industrial atmospheric lead contamination detected in Swedish lake sediments. *Nature*, 368, 1994, str. 323-326.

bilo vezano za vađenje ili obradu ovog metala, a koje nije živelo ni u blizini rudnika ili topionica takođe je bilo izloženo štetnom dejstvu ovog metala. Na osnovu prethodnog istraživanja zaključili smo da je olovo bilo u širokoj upotrebi u Rimu³. Spominje se i kao rimski metal⁴. Najviše je korišćeno za pravljenje cevi i rezervoara pri gradnji vodovodnog sistema Rima i drugih gradova Imperije⁵. Jedinjenja olova korišćena su zatim u kozmetici⁶, za pravljenje boja, raznih posuda⁷, za konzerviranje hrane, kao zaslađivač i začim, a posebno u vinarstvu za sprečavanje vrenja⁸ i za zaslađivanje kiselog vina⁹. Od olova su pravili i novac ili su ga dodavali bakarnim, srebrnim ili zlatnim kovanicama. Obzirom na to da se lako oblikuje i odupire koroziji bilo je korišćeno u brodogradnji, kao i u građevinarstvu, kao i za potrebe vojske¹⁰. Postoje podaci i o tome da je olovo korišćeno i kao kontraceptivno sredstvo¹¹, i lek¹².

Prema tome štetnom dejstvu olova, na neki način, bilo je izloženo celokupno stanovništvo Rimske imperije. Procenjuje se da su izvori olova koji su predstavljali najveću opasnost za zdravlje većine stanovništva bili: vodovodne cevi pravljeni od olova, olovne posude u kojima se hrana pri-

³ M. Sič, Stari Rimljani su znali da je olovo opasan otrov ali su to tolerisali – da li se to događa i danas? – Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, br. 3/2011, tom 2, str. 427 – 442.

⁴ A. Markham, A Brief History of Pollution. *Earthscan, London*, 1994., prema L. Makra, <http://www.sci.u-szeged.hu/eghajlattan/legszenny3.htm>.

⁵ *Vitruvius*, 8, 3-1; F. Retief – L. P. Cilliers, Lead Poisoning in Ancient Rome, *Acta Theologica*, Vol. 26:2 (2006) <http://historyoftheancientworld.com/2010/08/lead-poisoning-in-ancient-rome/>, str. 149; Prema Valdronu (H. A. Waldron, Lead poisoning in - the ancient world, *Medical History* 17, 1973, str. 393), pri gradnji samo jednog vodovodnog priključka Lijonske vodovodne mreže bilo je korišćeno 12.000 tona olova.

⁶ *Ovid. Medicamina faciei*, 73; *Plin. H.N.* 34, 50.

⁷ H. A. Waldron, nav. delo (Lead poisoning), str. 393; L. Needleman – D. Needleman, Lead poisoning and the decline of the Roman aristocracy. *Classical Views*, 29/1985, str. 74.

⁸ L. Needleman – D. Needleman, Lead poisoning, str. 74, 75.

⁹ *Columella*, 12, 19, 20.

¹⁰ J. O. Nriagu, Occupational exposure to lead in ancient times, *The Science of the Total Environment*, 31/1983, str. 105.

¹¹ K. Hopkins, Contraception in the Roman Empire, *Comparative Studies in Society and History* 8, 1965, str. 134; S. C. Gilfillan, Lead poisoning and the fall of Rome. *Journal of Occupational Medicine* 7, 1965, str. 57. Detaljnije o metodama kontrole rađanja u antičkom svetu, videti, John M. Riddle, *Contraception and Abortion from the Ancient World to the Renaissance*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1992, vii; Angus McLaren. *A History of Contraception from Antiquity to the Present Day*, Cambridge, MA: Basil Blackwell Ltd., 1990, 58; Norman Himes. E. *The Medical History of Contraception*, New York, Gamut Press, 1963, str. 86-87.

¹² Dioscorides, 95, 100, 102, 103 2000. *De materia medica. Being a Herbal with many other medicinal materials. A new indexed version in modern English.* By T.A. Osbaldeston & R.P.A. Woods. Johannesburg: Ibidis Press; takode, *Plin. H.N.* 24, 50.

premala i čuvala, kao i olovo korišćeno pri konzerviranju hrane, a posebno kao zaslađivač vina.

Ostali izvori, a od njih prvenstveno boje, kao i prisustvo olova u medicinskim i kozmetičkim preparatima, prema procenama stručnjaka mogli su biti izvor samo neznatne apsorpcije olova u ljudski organizam¹³.

Imajući u vidu da je olovo putem rudnika i topionica, zatim putem vodovoda i najzad putem prehrambenih proizvoda moglo u najvećoj meri da ugrozi zdravlje stanovništva, u ovom radu ćemo ispitati moguć uticaj olova iz ovih izvora na ljudsko zdravlje.

Rudnici i topionice olova

Sačuvani izvori rimskog prava svedoče o postojanju pravila privatnog prava o sprečavanju imisija neugodnih mirisa. To su prvenstveno pravila o službenostima. U slučaju da ne postoji službenost imisije mirisa u tuđi vazdušni prostor, zaštita ugroženih vlasnika građevina je bila moguća putem negatorne tužbe (*actio negatoria*), koja je bila privatna tužba. O tome svedoče tekstovi klasičnih pravnika sačuvani u Justinijanovim Digestama. Na primer, D. 8. 5. 8, 5¹⁴ koji razmatra slučaj imisije mirisa iz radnje u kojoj su se proizvodili sirevi, u zgrade koje su se nalazile blizu (iznad) radnje. Obzirom na to da službenost za to nije postojala u korist svakodobnog vlasnika zgrade (kao povlasnog dobra) u kojoj su se sirevi proizvodili, vlasnici zgrade do kojih su mirisi doprli imali su pravo da zahtevaju prestanak dejstva mirisa putem negatorne tužbe (*actio negatoria*).

U sledećem tekstu D. 39, 3, 3¹⁵ razmatra se zagađenje izvora vode koji teče i kroz tuđih imanja putem štavionice kože i valjaonice (*fullones*), ko-

¹³ Goodman & Gilman 1975:938-42 prema F. Retief – L. P. Cilliers, nav. delo (Lead Poisoning).

¹⁴ D. 8, 5, 8, 5: „*Aristo Cerellio vitali respondit non putare se ex taberna Casiaria fumum in superiora aedificia iure immitti posse, nisi ei rei servitutem talem admittit. Idemque ait: et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet: in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, fumi autem sicut aquae esse immissionem: posse igitur superiorem cum inferiore agere ius illi non esse id ita facere. Alfenum denique scribere ait posse ita agi ius illi non esse in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant. Dicit igitur Aristo eum, qui tabernam Casiariam a Minturnensibus conduxit, a superiore prohiberi posse fumum immittere, sed Minturnenses ei ex conducto teneri: agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse fumum immittere. Ergo per contrarium agi poterit ius esse fumum immittere: quod et ipsum videtur aristo probare. Sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti*“. Detaljnije o tome, A. Wacke, Protection of the Environment in Roman Law? *Roman Legal Tradition* 1/2002, str. 5 – 7. <http://roman-legaltradition.org/contents/2002/RLT-WACKE1.PDF>

¹⁵ D. 39, 3, 3: „*Ulpianus libro 53 ad edictum pr. Apud Trebatium relatum est eum, in cuius fundo aqua oritur, fullonicas circa fontem instituisse et ex his aquam in fundum vicini*

ja je podignuta na ovom imanju. Prema mišljenju većine autora vlasnici ugroženih imanja su mogli i u ovom slučaju da koriste negatornu tužbu¹⁶.

U ovom slučaju mada je prvenstveno reč o zagađenju vode, bitan podatak jeste da je za radionice zanatlija koji su se bavili štavljenjem kože ne samo zbog prljanja okoline već i zbog neugodnog mirisa (koristili su urin za obradu kože) bila određena lokacija na periferiji grada Rima, u četrnaestom regionu preko Tibra¹⁷.

Nije čudno što među pravilima o službenostima, kao i onim o smetanju poseda ne možemo pronaći ona koja bi se odnosila na probleme stanovništva zbog neugodnog mirisa koji potiče iz rudnika olova, topionica i radionica, mada je iz njih bila emitovana i olovna prašina kao i olovne isparine. Razlog je mogao biti prvenstveno taj, što su topionice olova kao i zanatlijske radionice u kojima su pravljene razni predmeti od ovog metala, po pravilu, nalazile blizu samih rudnika na periferiji naseobina¹⁸. Da li je to bilo određeno samo po prirodi stvari, kao i teškoćama pri prevozu veće količine ovog metala za industrijsku obradu, ili su za to postojali i ekološki razlozi? Nismo našli tekstove koji bi na to ukazivali, ali to ne znači da nisu postojale odluke o tome već u najstarije vreme, jer je to bilo određeno, na primer, i u slučaju štavljenja kože. Nažalost, mnogi izvori prava nisu sačuvani. O postojanju takve odluke možemo doneti zaključak samo posredno. Na to ukazuju kako istraživanja našeg doba, tako i antički izvori.

Analizom slojeva leda na Grenlandu otkriveno je da je koncentracija olova u vazduhu počela da raste u 5. veku s. e. i da je između 400. i 300. godine s. e. bila četvorostruka u odnosu na njegovu prirodnu vrednost¹⁹. Nije bez značaja da su izvori u kojima se konstatuje štetnost olova potiču iz ovog vremena. Tako na primer, Ksenofon (430 – 354 s. E.), istoričar, filozof i vojnik, savremenik Sokrata, kazuje da je čitava oblast rudnika srebra štetan za zdravlje (*Xenophon Memorabilia* 3.6)²⁰. Smatra se, da on u suštini

immittere coepisse: ait ergo non teneri eum aquae pluviae arcendae actione. Si tamen - aquam contrivat vel si spurcam quis immittat, posse eum impediri plerisque placuit“.

¹⁶ Detaljnije, A. Wacke, *nav. delo*, 8 – 10.

¹⁷ Von Petrikovits, Die Spezialisierung des römischen Handwerkers, H. Jankuhn/W. Jansen (edd.) *Das Handwerk in vor- und frühgeschichtlicher Zeit* (Abh. Akademie Göttingen 1981) 70, prema A. Wacke, *nav. delo*, str. 9. not. 15.

¹⁸ J. O. Nriagu, *nav. delo* (Occupational exposure to lead), str. 112.

¹⁹ S. Hong, J. P. Candelone, C. C. Patterson, C. F. Boutron, Greenland ice evidence of hemispheric lead pollution two millennia ago by Greek and Roman civilizations, *Science*, 1994, 265, str. 1841-1843.

²⁰ Xenophon in Seven Volumes, 4. E. C. Marchant. *Harvard University Press*, Cambridge, MA; William Heinemann, Ltd., London. 1923. <http://data.perseus.org/citations/urn:cts:greekLit:tlg0032.tlg002.perseus-eng1:3.6>

govori o rudniku olova, jer je poznato da je najznačajniji izvor proizvodnje srebra bio galenit (PbS, olovni sulfat)²¹, a ne srebrna ruda. Počev od uvođenja srebrnih kovanica kao platežnog sredstva prvenstveni razlog vađenja galenita bio je dobijanje srebra. Rudnik Laurion blizu Atine dao je 300 dela olova na 1 deo srebra. Olovo se smatralo nusproduktom²².

Ima svedočanstava i od rimskih pisaca, mada iz nešto kasnijeg perioda (u kom je inače koncentracija olova bila najviša) o štetnosti olova u rudarskim mestima. Tako Vitruvije rimski pisac i arhitekta u I veku s. e. piše o rudarima (*Vitruvius*, 8, 6, 11): „oni su bleđi; jer pri livenju, olovne isparine se zadržavaju u različitim delovima tela, i isparine topionica iz dana u dan im umanjuju snagu krvi“.

Procenjuje se da je godišnje oko 80.000 radnika radio u rudnicima i topionicama olova, a još oko 60.000 u manufakturnoj industriji. Higijena je u to vreme bila na niskom nivou u rudnicima. Kao meru zaštite koristili su jedino pokrivanje lica i glave da bi smanjili udisanje toksina. Prema procenama u grčko – rimsko doba više stotinu hiljada ljudi (prvenstveno - robova) umrlo je usled akutnog trovanja olovom u rudnicima ili pri obradi ovog metala²³.

Antički autori ukazuju i na to da je došlo do zagađenja i šire okoline, pre svega putem izvora i reka koji izviru i teku blizu rudnika i topionica.

Vitruvije kazuje (*Vitruvius*, 8, 3, 5) da je voda iz izvora i reka koji potiču blizu rudnika bila po pravilu jako zagađena olovom. On takođe piše i o zagađenosti vode u Atini i u drugim grčkim gradovima (*Vitruvius*, 8, 3, 6)²⁴, a prema Pliniju Starijem (*Plin. H. N.* 33, 31), isparavanja iz ovih topionica bila su fatalna kako za ljude tako i za životinje.

Savremena istraživanja takođe dokazuju zagađenje i šire okoline olovom. Istraživanje prisustva olova u uzorcima zuba dece iz starog veka sa teritorije Velike Britanije dokazuje da su pored radnika koji su neposredno dolazili u kontakt sa ovim metalom, njegovom dejstvu bili izloženi i stanovnici šire okoline²⁵.

Pored toga, sadašnja istraživanja ukazuju i na to da je bilo pri-sutno i globalno zagađenje vazduha olovom u antičko doba, koje je poticalo pre

²¹ F. Retief – L. P. Cilliers, *nav. delo* (Lead Poisoning), str. 147.

²² C. F. Boutron, *nav. delo* (Historical reconstruction), str. 1.

²³ J. O Nriagu, *nav. delo* (Occupational exposure to lead), str. 105-116; S. Hong, J. P. Candelone, C. C. Patterson, C. F. Boutron, *nav. delo* (Greenland ice evidence), str. 1841-1843.

²⁴ *Vitruvius: The Ten Books on Architecture*. Vitruvius. Morris Hicky Morgan. Cambridge: *Harvard University Press*. London: Humphrey Milford. Oxford University Press. 1914.

<http://data.perseus.org/citations/urn:cts:latinLit:phi1056.phi001.perseus-eng1:8.3.6>.

²⁵ L. Makra, <http://www.sci.u-szeged.hu/eghajlattan/legszenny3.htm>

svega iz topionica. Olovo se topilo u otvorenim topionicama odakle su čestice putem vetra nošene u veće razdaljine i utvrđeno je da su vazдушnim strujama, doprle čak u područje Arktika, gde su se sačuvala u slojevima leda do današnjeg dana²⁶.

Prema istraživanju geohemičara, Jerome Nriagu²⁷ dnevna apsorpcija olova iz vazduha (ne misli na oblast u blizini rudnika) iznosila je 0.4 µg imajući u vidu da je nivo olova u vazduhu bio 0.05µg/m³ i da čovek dnevno udiše 20 m³ vazduha.

Prema drugim procenama u Rimskoj imperiji koncentracija olova u vazduhu bila je četvostruka u odnosu na njegovu prirodnu vrednost, što se smatra najranijim zagađenjem vazduha koje je utvrđeno, a koje je prethodilo industrijskoj revoluciji dve hiljade godina kasnije²⁸. U poređenju sa zagađenjem vazduha olovom 1960-tih godina kada je koncentracija olova u vazduhu bila oko 200 puta veća od njene prirodne vrednosti (p-rvenstveno zbog dodatka olova benzinu)²⁹, ono u rimsko doba predstavlja neznatnu koncentraciju olova u vazduhu.

Prema tome vazduh u područjima koja su bila udaljena od rudarskih mesta nije ugrožavao zdravlje rimskog stanovništva.

Procena opasnosti za zdravlje vode koja se transportovala putem olovnih vodovodnih cevi

Olovo je u najvećoj meri korišćeno za pravljenje vodovodnih cevi i rezervoara pri gradnji vodovodnog sistema Rima i drugih gradova Imperije³⁰. Rimljani su pokazali posebnu veštinu pri izgradnji vodovoda. U zavisnosti od prirodnih uslova, sigurnosnih mera i efikasnosti snabdevanja, voda je tekla na površini ili podzemno, pa i kroz kanale građene kroz planinske tunele, ili pak putem konstrukcija podignutih na nekoliko spratova. S razlogom su mogli biti ponosni na uspehe u širenju vodovodnog sistema koja je obezbeđivala vodu za svakodnevnu upotrebu, kako javnu (česme, fontane i javna kupatila) tako i za domaći-

²⁶ S. Hong, J. P. Candelone, C. C. Patterson, C. F. Boutron, *nav. delo* (Greenland ice evidence), str. 1841-1843.

²⁷ J. O. Nriagu (March). "Saturnine gout among Roman aristocrats. Did lead poisoning contribute to the fall of the Empire?", *N. Engl. J. Med.* 1983, 308 (11): 660–3. doi:10.1056/NEJM198303173081123.

²⁸ S. Hong, J. P. Candelone, C. C. Patterson, C. F. Boutron, *nav. delo* (Greenland ice evidence), str. 1841-1843.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Vitruvius*, 8, 3-1; F. Retief – L. P. Cilliers, *nav. delo* (Lead Poisoning in Ancient Rome), str. 149.

nstva, kao i za navodnjavanje. Prema Frontinu (*De Aquaeductibus Urbis Romae*), nadzorniku vodovoda³¹ za vreme Nerve i Trajana, izgradnja prvog vodovoda u Rimu 312. godine s. e. vezuje se za ime Apija Klau-dija. Zatim je pretor Kvint Marcije Reks 144. s. e. započeo gradnju vo-dovoda u dužini od 91 kilometara koji kasnije nazvan po njemu „*Aqua Marcia*“. 126. godine s. e. kontruisan je vodovod „*Aqua Tepula*“ koji je u Rim doveo vodu iz izvora sa Albanskih planina (*Mons Albanus*). Zatim je Agripa 33. godine s. e. izgradio vodovod „*Aqua Iulia*“, a potom 19. godine s. e. i vodovod koji je nazvan „*Aqua Virgo*“³². Tako je vremenom, Rim bio snabdevan vodom koja je tekla putem vodovoda u dužini od 400 kilometara i koji su dnevno transportovali više od milion kubnih metara vode. Za vreme principata, počev od vladavine Oktavijana Avgusta (27. god. s. e.) do smrti Trajana (117. god. n. e.) svaki manji ili veći grad Italije imao je već svoj vodovod³³. Vodovodi su građeni po pravilu iz javnih sredstava kao i sredstava uglednih građana koji su imali obavezu da se -staraju o javnim radovima, a prema tome i o izgradnji vodovoda.

Za vreme Rimske imperije vodovodi su bili izgrađeni i u provinci-jama: u Atini, Korintu, Saloni, Nikomediji, Efezu, Smirni, Aleksandriji, Sirakuzi, Klermontu, Lionu, Evori, Meridi, Sirmijumu, Budimu³⁴ itd.

Rimski vodovodi su nesumnjivo doprineli pored navodnjavanja i snabdevanja vodom, kao i opuštanja građana u kupatilima i opštoj higije-ni i zdravlju stanovništva Rimske imperije. U tom smislu se vodovodni sistem može smatrati značajnom ekološkom merom Rima. Kao opšte dobro, vodovodi su bili pod posebnom zaštitom i kontrolom rimske zaj-ednice. Posvetili su posebnu pažnju popravci, regulisali su upotrebu i sprečavali neovlašćeno priključivanje i odvođenje vode na privatne pose-de. Za vreme republike nadzor nad vodovodima bio je u nadležnosti cen-zora (*Liv.* 39.44) ili edila (*Cic. Fam.* 8.6), a ponekad i kvestora (*Fro-ntin.* 95, 96). Oktavijan Avgust je zatim formirao posebnu službu za staranje o vodovodima koja je nazvana *curator aquarum* (*Suet. Octav.* 37). Obzi-rom na to da su bili konzulskog ranga kasnije su nazvani *consulares*

³¹ Umesto *aquaeductus* u izvorima se često koristi jednostavno *aqua*.

³² Detaljan opis ovih vodovoda videti u, *Sextus Iulius Frontinus, De aquaeductu urbis Romae* (97. n. e. ?), F. Krohn, *de Aquaeductu urbis Romae*, Leipzig, 1922, http://webu2.upmf-grenoble.fr/DroitRomain/Auteurs_anciens/Frontinus.htm, prevod na engleski jezik: *Sextus Iulius Frontinus, On the water management of the city of Rome (De Aquaeductu Urbis Romae)*, Translated by R. H. Rodgers, The University of Vermont, Copyright R.H.Rodgers 2003. Based on a newly completed critical edition (Cambridge University Press) <http://www.uvm.edu/~r-rodgers/Frontinus.html>

³³ E. Maróti, <http://www.hik.hu/tankonyvtar/site/books/b1001/87-02-01Maroti.html>

³⁴ E. Maróti, <http://www.hik.hu/tankonyvtar/site/books/b1001/87-02-01Maroti.html>

aquarum. Ova služba je bila podređena službi prefekta grada (*praefectus urbi*). Staraoci vodovoda su svoju službu obavljali uz pomoć znatnog broja činovnika i robova. Za vreme Nerve i Trajana bilo je angažovano četrdeset robova na ovim radovima.

Rimljanima nije bilo nepoznato da olovo zagađuje vodu. Konstatuju da voda koja teče keramičkim cevima ima bolji ukus i zdravija je od one koja se vodi u olovnim cevima. Na primer, Vitruvije ukazujući na štetno dejstvo olova na zdravlje rudara, nastavlja (*Vitruv.* 6, 11): „...stoga vodovodi ni po koju cenu ne treba da budu od olova ako vodimo računa o zdravlju. Da je ukus bolji ako dolazi iz keramičkih cevi može da se dokaže svakodnevnim ishranom, to je poznato svima onima čiji su stolovi pokriveni srebrnim sudovima, a još više ako se koristi zemljano posuđe da bi se sačuvala čistoća ukusa“. Na drugom mestu (*Vitruv.* 6, 10) ističe: „Keramičke vodovodne cevi imaju sledeće prednosti. Na prvom mestu zbog konstrukcije – ako im se bilo šta dogodi, bilo ko može da popravi oštećenje. Drugo, voda iz keramičkih vodovodnih cevi je mnogo zdravija nego ona u olovnim cevima; jer je olovo štetno zbog toga što se iz njega dobija belo olovo (*cerussa*, olovni karbonat, PbCO_3), za koje je rečeno da je štetno za ljudski organizam. Prema tome, ako je ono što se iz njega dobija štetno, nema sumnje da ni ono samo (olovo) nije zdravo“.

Kolumela takođe preporučuje keramičke cevi (*Columella, De re rustica*, I, 5, 2)³⁵: „Kišnica je bolja za zdravlje tela i smatra se izuzetno dobrom ako se sprovodi keramičkim cevima u pokrivenu cisternu“. Istog je mišljenja i Celz (*Celsus, De Medicina*, II, 18, 12)³⁶.

I pored znanja o štetnosti olova, ovaj metal (*plumbum*) koji se dao lako oblikovati, rašireno je korišćen u gradnji vodovoda od strane radnika nazvanih *plumbarii*. Prema tome, postavlja se pitanje: u kojoj meri je voda koja je tekla olovnim cevima mogla ugroziti zdravlje čoveka koji nije živeo u blizini rudarskih mesta?

U ovom slučaju, javna vlast nije preduzela nikakve posebne mere zaštite, ali se zato sama priroda pobrinula da se smanji prisustvo ovog štetnog metala u vodi, koja čini najveći deo ljudskog organizma.

Naime, Rim se nalazi u području u kom je taloženje kreča značajno, što je zahtevalo da se uloži poseban napor da bi se odstranile naslage krečnjaka iz vodovodnog sistema. Ovaj talog je godišnje iznosio oko jedan milimetar. To potvrđuje Frontin svojim negodovanjem: da naslaga

³⁵ <http://www.thelatinlibrary.com/columella/columella.rr1.shtml>, u prevodu na engleski jezik: http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Columella/de_Re_Rustica/1*.html

³⁶ A. Cornelii Celsi, *De Medicina Liber II*, a Loeb Classical Library editi, MCMXXXV, http://penelope.uchicago.edu/Thayer/L/Roman/Texts/Celsus/2*.html, prevod na engleski jezik: <http://s3.amazonaws.com/loebolus/L304.pdf>

kreča koja se ponekad pretvara u čvrstu koru sužava kanale i otežava protok vode u njima (*Front.* 122, 1). Na primer, u vodovodu u Nimesu naslaga kalcijum karbonata je tako narasla da je suzio kanal sa četrdeset šest santimetara, tj. sa više od trećine normalne zapremine kanala. Međutim, taj isti kreč, *calcium carbonate* (CaCO_3) je sa druge strane štitio protiv korozije i izolovao je cevi, sprečavajući ulazak olova u vodu. Pored toga obezbeđivanjem dobrog nagiba cevi, voda je stalno tekla bez dužeg zadržavanja i samim tim nije bila u dužem kontaktu sa ovim metalom³⁷.

Ako pored ove pomoći prirode, imamo u vidu i to da su Rimljani pored olovnih koristili i keramičke cevi³⁸, ili je voda tekla u kanalima pravljenim od kamenih konstrukcija, kao i da voda ni u olovnim cevima nije bila u dužem kontaktu sa olovom usled brzine protoka, možemo da zaključimo da voda iz rimskih vodovoda, pa i onog dela u kom su korišćene olovne cevi, nije bitnije ugrožavala zdravlje stanovništva.

Jerome Nriagu³⁹ procenjuje da je apsorpcija olova u ljudski organizam iz vode u kojoj je nivo olova bio 50 (50-200) $\mu\text{g/l}$ pri konzumiranju jedne litre vode dnevno iznosila 5 (5-20) μg –a.

Imajući u vidu kritiku njegove procene, u smislu da njegovi parametri nisu potvrđeni⁴⁰, kao i granice toksičnosti olova apsorbovanog u ljudski krvni sistem utvrđene na osnovu istraživanja Nacionalnog instituta za brigu o bezbednosti i zdravlju (National Institutes of Occupational Safety and Health – NIOSH)⁴¹ i Centra za kontrolu zdravlja (Center for Disease Control – CDC) Sjedinjenih Američkih Država⁴², kao i dozvoljeni maksimum predviđen od strane Svetske zdravstvene organizacije od 45 μg dnevno⁴³, uzimajući u obzir i okolnost da je organizam čoveka u starom

³⁷ F. Retief – L. P. Cilliers, *nav. delo* (Lead Poisoning), poziva se na Hodge (1981:486-91).

³⁸ Vodovodni kanal od kamena pokriven keramičkim pločama, kao i keramički vodovodni sistem sačuvan je, na primer, u Starom Budimu (*Aquincum*), videti, E. Maróti, - <http://www.hik.hu/tankonyvtar/site/books/b1001/87-02-01Maroti.html>

³⁹ J. O. Nriagu, *nav. delo* (Saturnine gout).

⁴⁰ Chisolm, J. Julian, Jr, in *Bulletin of the History of Medicine* 59 (1985), str. 258-9; Houston, George W., in *Classical Journal* (1989-90), str. 73-5, i 80; Scarborough, John, in *The Journal of the History of Medicine and Allied Sciences* 39 (1984), str. 469-75; Phillips, Charles Robert III. "Old Wine in Old Lead Bottles: Nriagu on the Fall of Rome," *CW* 78 (1984), str. 29-33.

⁴¹ Kongres Sjedinjenih američkih država polazeći od težine problema zagađenja olovom doneo je 1970. godine Akt o brizi o zdravlju (Occupational Health Act) na osnovu kojeg je formiran poseban institut NIOSH, a zatim i posebne zakone za detoksifikaciju.

⁴² A. Milton - A. Lessler, Lead and Lead Poisoning from Antiquity to Modern Times, *Ohio Journal of Science* 1988, 3, str. 79. <https://kb.osu.edu/dspace/bitstream/handle/..V088N3-078.pdf?...1>, str. 81; B. L. Johnson - R. W. Mason, A review of public health regulations on lead. *Neurotoxicology* 5, 1984, str. 1-22.

⁴³ F. Retief – L. P. Cilliers, *nav. delo* (Lead Poisoning).

veku imao nižu toleranciju prema toksinima, smatramo da uopšteno posmatrano (izuzimajući okolinu rudarskih mesta) olovo iz vodovoda nije bitno ugrožavalo zdravlje stanovništva Rimske imperije.

Olovo u prehrambenim proizvodima i u vinu

Rimljani su od olova pravili razne kućne potrepštine, a pre svega posude: pehare, tanjire, lonce itd⁴⁴, mada su koristili za ove potrebe i druge materijale: grnčarije, srebro i staklo. Rezervoari za čuvanje vina kao i posude za fermentaciju vina i za proizvodnju maslinovog ulja su takođe često pravljeni od olova ili su bili obloženi olovom⁴⁵. Olovo su zatim koristili za konzerviranje hrane, za pripremu raznih sosova, kao začina i zaslađivač, a posebno za zaslađivanje vina.

Kontaminacija hrane, vina i maslinovog ulja usled toga što su pripremljeni u kositrenim ili olovnim posudama, kao i dodavanje olovnog šećera (olovnog acetata, koji se dobijao delovanjem acetata na olovo), ili *sapa* (koji je pravljen u olovnim posudama) hrani i vinu, smatra se značajnim izvorom trovanja olovom u starom Rimu. Od svih ovih izvora, ipak, najštetniji za ljudsko zdravlje bili su zaslađivači hrane i vina pripremljeni na bazi olova ili u olovnim posudama, jer je u njima bila najveća koncentracija olova.

Obzirom na to da šećer pravljen iz šećerne repe nisu poznavali, a med je bio skup, pored olovnog šećera, najčešće su koristili *sapa* ili *defrutum*.

Sirup od vina nazvan *sapa* ili *defrutum* je koncentrat koji se dobija kuvanjem soka od grožđa, ili najčešće, mladog vina (*vinum mustum*). U zavisnosti od dužine kuvanja i redukcije upotrebljenog uzorka dobili su *carenum* (sa redukcijom vina na dve trećine), *defrutum* (sa redukcijom na polovinu), ili *sapa* (sa redukcijom na jednu trećinu). Prema tome, *sapa* je bila najgušći vinski koncentrat, i obzirom na dužinu trajanja postupka kuvanja u olovnim posudama, ona je sadržala i najveći procenat olova⁴⁶. Nemački lekar Hofman je 1883. godine po rimskom receptu napravio *sapa* u olovom obloženoj posudi. Tako je dobio sirup od vina sa približno 240 mg Pb po litru. Dodavanjem dve čajne kašike ovog sirupa u litru vina, vino bi sadržalo 20-30 mg Pb po litri. Dužim kuvanjem odnos olova u slatkom sirupu bi se lako popeo i na 1000 mg Pb po litri⁴⁷. Olovo, doda-

⁴⁴ H. A. Waldron, Lead poisoning in the ancient world, *Medical History*, 17, 1973, str. 393; L. Needleman – D. Needleman, *nav. delo* (Lead poisoning), str. 74.

⁴⁵ Cato, *De re rustica*, 66.

⁴⁶ Columella, 12, 19, 20.

⁴⁷ Prema, A. Milton – A. Lessler, Lead and Lead Poisoning, str. 80. Prema, F. Retief – L. P. Cilliers, *nav. delo* (Lead Poisoning) drugi istraživači koji su pripremali *sapa* prema

vanjem ovog slatkog sirupa hrani i vinu, unet je u znatnoj koncentraciji direktno u ljudski organizam.

Polazeći od Kolumelinih (*Columella*, 12, 20) i Katonovih (*Cato*, 24, 1) preporuka za pripremu vina sa dodatkom slatkog sirupa (*sapa*), uz pretpostavku da su dobro stojeći rimski građani konzumirali litru vina ili dve dnevno dolazi se do zaključka o mogućem fatalnom dejstvu olova⁴⁸. Ova dnevna apsorpcija olova je mogla biti manja, usled običaja razblaživanja vina dodavanjem vode. Pored toga, pored olova korišćena su i druga sredstva za konzerviranje i zaslađivanje vina (*Plin. N. H.* XIV.121), a veoma često i za kvarenje vina. Od Marcijala (*Epig.* X, 36) saznajemo da su trgovci vinom iz Marseja u Rim transportovali otrovno vino, koje su pored toga još i skupo prodavali. Obzirom na to, da su i njegovi prijatelji kupovali vino od ovih trgovaca, bio je u nedoumici da li da ih poseti, da ne bi i sam morao da pije to vino. Plinije stariji se žali, da pravo vino nije dostupno čak ni nobilima (*Plin. N. H.* XXIII, 1), ukazujući na to da (*Plin. N. H.* XIV,130). „Mnogi otrovi se koriste da bi vino odgovaralo našem ukusu – a mi smo iznenađeni da ono nije zdravo“. Kolumela, međutim, zna i za pravo, prirodno vino kom nije dodato ništa radi konzerviranja, niti poboljšanja ukusa (*Colum.* XII, 19, 2). Shodno tome, ugledni pripadnici rimske aristokratije su mogli tu i tamo da pronađu i pravo vino, koje nije bilo zatrovano olovom.

Prema istraživanju geohemičara, Jerome Nriagu⁴⁹ dnevna apsorpcija olova iz vina uz procenu nivoa olova 300 (200-1500) µg- a u sirupu, pri konzumiranju dve litre vina dnevno bi iznosila 180 (120-900) µg- a. Uzimajući u obzir i ostale izvore olova pored vina (iz vazduha, vode, hrane i ostalo, kao na primer kozmetički preparati i „lekovi“) procenjuje, da su pripadnici rimske aristokratije dnevno bili izloženi apsorpciji olova u vrednosti od 250 (160-1250) µg-a. U odnosu na njih siromašno stanovništvo (pre svega plebejci) bi konzumiralo 35 (35-320) µg-a dnevno, dok robovi, koji su pored male količine hrane dobili samo kiselo vino i to izuzetno za vreme praznika, bili najmanje izloženi štetnom dejstvu olova sa vrednošću apsorpcije, koja je dnevno iznosila svega 15 (15-77) µg-a.

Prema podacima Svetske zdravstvene organizacije dozvoljeni maksimum iznosi 45 µg-a dnevno.

Ako posmatramo nivo olova u krvi (koji varira kod pojedinaca u odnosu na apsorbovani nivo iz svih izvora), Nriagu procenjuje da je nivo olova u

originalno opisanim receptima iz rimskog perioda utvrdili su nivo olova od 700-1000 mg po litri (Kobert 1909:107; Elsinger 1982:282).

⁴⁸ Needleman & Needleman 1985, str. 75.

⁴⁹ J. O. Nriagu, *nav. delo* (Saturnine gout).

krvi aristokrata iznosio 50 mikrograma po decilitru ($\mu\text{g/dL}$). Imajući u vidu podatke Američkog instituta za zdravstvenu i humanu službu (U.S. Department of Health and Human Services) to već izaziva simptome trovanja olovom. Naime, ako je nivo olova u krvi 100 $\mu\text{g/dL}$ to dovodi i kod odraslih do oštećenja mozga i bubrega; nivo olova oko 60 $\mu\text{g/dL}$ dovodi do gastrointestinalnih smetnji; ako je nivo olova od 50 do 80 $\mu\text{g/dL}$ dolazi do anemije; sa 40 do 60 $\mu\text{g/dL}$ javljaju se neurološki simptomi; sa 40 do 50 $\mu\text{g/dL}$ dolazi do smanjenja broja spermatozoida, a nivo olova u krvi majke čak i od 10 to 15 $\mu\text{g/dL}$ ima posledice na porod u smislu prevremenog porođaja, male težine, kao i zaostajanja u mentalnom razvoju novorođenčeta⁵⁰.

Rezimirajući moguće uticaj olova iz prehrambenih proizvoda i posebno iz vina na zdravlje stanovništva, najugorženijim se smatraju bogati stanovnici, a među njima posebno aristokratija (nobili i ekvestri), što je dalo povoda mišljenju da je trovanje olovom moglo da bude uzrok propasti Rimske imperije. U daljem izlaganju razmatraćemo ovu problematiku.

Olovo i propast Rimske imperije?

Mišljenje o tome da je olovo moglo imati bitnu ulogu u propasti Rimske imperije javlja se već početkom dvadesetog veka⁵¹ i na neki način, prateći razvoj prirodnih nauka, prisutno je i kasnije⁵², da bi se na osnovu istraživanja pokrenutih neophodnošću zaštite životne sredine savremenog doba ponovo oživel⁵³.

⁵⁰ Ovi parametri odgovaraju podacima Nacionalnog instituta za brigu o bezbednosti i zdravlju (National Institutes of Occupational Safety and Health – NIOSH) i Centra za kontrolu zdravlja (Center for Disease Control – CDC) Sjedinjenih Američkih Država, o granicama toksičnosti olova absorbovanog u ljudski krvni sistem:

<20 /Lt_gPb po 100 mL — od malog ili nikakvog značaja nije za odrasle, ali za embrione, novorođenčad i decu može da predstavlja opasnost;

>40 /AgPb po 100 mL — velika je doza i opasna je kako za decu tako i za većinu odraslih;

>80)Lt_gPb po 100 mL — predstavlja trovanje olovom i zahteva hitno lečenje pacijenata, a najverovatnije i hospitalizaciju. Ove granične vrednosti su u novije vreme smanjene za malu decu i za decu u razvoju (CDC 1985). Dozvoljeni granični nivoi su kasnije, na osnovu dokazane štetnosti i relativno male doze olova na zdravlje male dece i one u razvoju, bili smanjeni. O tome, B. L. Johnson - R. W. Mason, A review of public health regulations on lead. *Neurotoxicology* 5, 1984, str. 1-22.

⁵¹ R. Kobert, Chronische Bleivergiftung im klassischen Altertum. In: P. Diegart (Hrsg.), *Die Beiträge aus der Geschichte der Chemie. Dem Gedächtnis von Georg W A Kahlbaum*, Leipzig: [n.p]. 1909, str. 103-19.

⁵² S. C. Gilfillan, Lead poisoning and the fall of Rome. *Journal of Occupational Medicine* 7/1965, str. 53-60.

⁵³ J. O. Nriagu, nav. delo (Saturnine gout); D. E. Woolley, A perspective of lead poisoning in antiquity and the present. *Neurotoxicology*, 5 (3) 1984, str. 353-61.

Ova mišljenja, bazirana na rezultatima istraživanja prirodnih nauka, nastoje na tome da dokažu zasnovanost jedne stare, ali među istoričarima i rimskim pravnicima odavno oborene hipoteze, da je do propasti Rimske imperije dovelo propadanje starih rimskih aristokratskih porodica, i uopšte opadanje morala starih, koji je ovaj sloj dugo vremena brižno čuvao.

Kritika ovog mišljenja, posebno povodom članka koji je objavio Nriagu: „Saturnine gout among Roman aristocrats“, a kasnije i knjige „Lead and lead poisoning in antiquity“⁵⁴, nije potekla od istoričara i romanista već od predstavnika prirodnih nauka⁵⁵. Uopšteno posmatrano, oni smatraju da mada je olovo moglo da ugrozi zdravlje rimske populacije i posebno aristokratije, ipak se ne može smatrati bitnim faktorom koji bi doveo do propasti Rimske imperije.

Slažemo se sa njihovim mišljenjem, jer na to ukazuju kako istorijski a takođe i pravni izvori. Prema ovim izvorima do propadanja rimske aristokratije, prvenstveno senatora koji su poticali iz starih gentilskih porodica (na šta ukazuje i postepeni nestanak *nomen gentilius* u toku principata) nije dovelo trovanje olovom ili drugim štetnim materijama i opijatima, već kriza u rimskom društvu koja je usledila krajem perioda republike i koja je u prvom veku stare ere dovela do građanskih ratova. U toku građanskih ratova prvog veka s. e., prvenstveno zbog proskripcija, stradao je znatan deo aristokratije kako nobila, tako i ekvestara, koji su smatrani političkim protivnicima u sukobu dve partije optimata i populara, dok je deo aristokratije napustio Rim i preselio se na svoje posede u provincijama. Opadanje morala u Rimu, kao i izbegavanje sklapanja brakova, pre može da se pripiše ovim krvavim građanskim ratovima, nego dejstvu olova. Povećana upotrebe opijata⁵⁶ a prema tome i vina mogla je biti posledica upravo ovih prilika.

Pravna regulativa je reakcija na postojeće probleme. Tako, Sula u nastojanju da posle krvoprolića, koje je izazvano upravo njegovom dikta-

⁵⁴ J. O. Nriagu, Lead and lead poisoning in antiquity, *Environmental Science and Technology Series*, John Wiley & Sons, New York, 1983, 437 str.

⁵⁵ L. Needleman, D. Needleman, Lead poisoning and the decline of the Roman aristocracy, *Classical Views* 4,1 (1985), str. 63-94; J. Scarborough, The myth of lead poisoning among the Romans: a review essay, *Journal of the History of Medicine and Allied Sciences*, 39,4 (1984), str. 469-475; Phillips, Charles Robert III. "Old Wine in Old - Lead Bottles: Nriagu on the Fall of Rome," *CW* 78 (1984), str. 29-33.

⁵⁶ O tome, L Cilliers – F P Retief, Poisons, poisoning and the drug trade in ancient Rome, University of the Free State, str. 8, <http://www.vb-tech.co.za/ebooks/eBook%20-%20History%20-%20Cilliers%20and%20Retief%20-%20Poisons%20in%20ancient%20Rome.pdf>

turom, zavede red u Rimu, izdaje zakon *lex Cornelia de sicariis et veneficiis* (81. s. e.) kojim pored novih dela koja se smatraju ubistvom, kažnjava kao *crimen* iznova i *veneficium*, koje delo sada obuhvata: pripremu, držanje, upotrebu ili davanje drugima na korišćenje otrova radi izazivanja smrti drugog lica.

Oktavijan Avgust putem svojih zakona takođe reaguje na postojeće probleme: na nemoral u rimskom društvu imajući u vidu posebno porodične odnose, averziju prema sklapanju braka i rađanja dece. Stoga je doneo niz zakona da bi povratio staru vrednost braka. Putem *lex Iulia de maritandis ordinibus* (18. s. e.) i *lex Papia Poppaea* (9. n. e.) nastojao je na tome da gubitkom celog ili dela nasleđa primora građane na sklapanje braka i na rađanje dece. Putem *lex Iulia de adulteriis* (18. s. e.) sankcionisao je nova kaznena dela usmerena na povredu porodičnog i polnog morala: preljubu, brak između srodnika, zabranjeni brak, incest, polni odnos sa udatom ženom ili devojkom⁵⁷.

Imajući u vidu ove zakone, kao i prilike u rimskom društvu koje su prethodile njihovom donošenju, ne možemo smatrati dokazanim da je plodnost u rimskom aristokratskom sloju opala zbog konzumiranja slatkog vina koje je sadržalo visok stepen olova. Rimsko društvo je ovu krizu prvog veka s. e. preživelo prelaskom na principat i uvođenjem bitnih promena u društvu, pri čemu je nastupilo jedan duži mirniji period nazvan *pax Romana* (rimski mir).

Propadanje Zapadnog rimskog carstva 476. godine, takođe se ne može objasniti uticajem olova na zdravlje vladajućih slojeva. Pored mnogobrojnih okolnosti koje su postepeno dovele do slabljenja vlasti cara zapadnog dela Imperije, posebno bi istakli kao neposredne uzroke propasti: osamostaljivanje varvarskih naroda naseljenih u ovom delu Imperije; osamostaljivanje veleposednika (koji su na Zapadu poticali iz starih aristokratskih porodica); osamostaljivanje crkve⁵⁸, kao i propadanje ostalog dela stanovništva u čestim ratovima i usled pritiska poreza⁵⁹. Pri tome je carska vlast, koja je zastupala interes za očuvanjem Carstva koji je bio tzv. opšti interes (*utilitas publica*), ostala je bez potpore svih slojeva stanovništva.

⁵⁷ D. 48, 19, 39; 47, 11, 4

⁵⁸ Detaljnije o tome, M. Sič (Feješ), Ugovor o kupovini i prodaji prema odredbama zbornika *Lex Romana Visigothorum*, magistarski rad, Novi Sad, 1985, str. 15–39.

⁵⁹ Detaljnije, M. Sič, Formiranje prava Rimske imperije i pozno rimsko zakonodavstvo, „*Vojvođanska akademija nauka i umetnosti*“, Novi Sad, 2011, str. 227–244.

Zaključak

Posmatrajući nivo zagađenja olovom najneophodnijih resursa za čovekov opstanak kako u antičkom, a takođe i u savremenom društvu: vazduha, vode i prehrambenih proizvoda, možemo da zaključimo da olovo u Rimsko doba putem vazduha i vode nije ugrožavalo zdravlje stanovništva koje nije bilo neposredno izloženo dejstvu ovog metala i njegovim isparinama. Što se tiče konzumiranja hrane i pića kontaminirane olovom, slažemo se sa mišljenjem da je pre svega zdravlje rimske aristokratije bilo ugroženo, međutim, to nikako ne može da se smatra bitnim faktorom koji bi doveo do nazadovanja i propasti Rimske imperije.

*Magdolna Sič, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law Novi Sad*

The Impact of Lead Pollution on Human Health (Environment) in Ancient Rome

Abstract

Having in mind that the lead coming from mines and foundries, from the water conducted through the aqueducts and finally from food and wine, endangered to a great extent the health of Roman population, in this paper the author tackles the possible impact of lead from these sources onto human health (environment) in Ancient Rome, as well as the debated question whether the lead pollution was one of the factors that caused the fall of the Roman Empire.

Key words: Environmental pollution, Ancient Rome, Aqueducts, Lead, Fall of Roman Empire.

*Sanja Đajić, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law Novi Sad*

MAPPING THE GOOD FAITH PRINCIPLE IN INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION: ASSESSMENT OF ITS SUBSTANTIVE AND PROCEDURAL VALUE*

Abstract: *International investment cases show the frequent use of good faith arguments by both investors and respondent states. These cases also illustrate how parties and tribunals tend to conceptualize the good faith principle which has become an important rule of international investment law. This article will explore recent trends in order to assess the importance of this argument for both parties and at different stages of the proceeding. This article will also provide an overview of responses given by the tribunals faced with good faith arguments. Whereas claimants have traditionally relied on this concept to argue the breach of fair and equitable treatment and legitimate expectations, recent cases such as Inceysa, Phoenix and TSA Spectrum, indicate a new defence strategy for respondent states. Given the fact that investment tribunals have shown willingness to treat the good faith principle as autonomous and as a self-standing standard, the possibilities for respondent states have increased. Respondent states can rely on good faith to deny the right of claimants to seize the tribunal (Article 41(5) of the ICSID Rules), to challenge the jurisdiction of the tribunal or admissibility, to contest the right of the claimant to have a decision in its favour, or to challenge the right to compensation.*

Key words: *Good faith – investment arbitration – fair and equitable treatment – legitimate expectations – jurisdiction and admissibility - unconscionable conduct – misrepresentations*

* The author gratefully acknowledges the support of the University of Novi Sad Faculty of Law Project (*Theoretical and Practical Problems in Creating and Enforcing Legal Norms (EU and Serbia) – Dispute Settlement in International Law*). This article is the result of research conducted on this Project.

I. INTRODUCTION

The principle of good faith hardly needs an introduction for international lawyers, even less so the proof of its entrenchment in international law. However, when it comes to its application in the course of an arbitral proceeding several issues may arise. The principle which is strongly rooted in the international legal scholarship can sometimes be too broad or too vague to gain significant value in deciding the case. On the other hand, few arbitrators would ignore the ramifications of this principle and consequences which the breach of this principle could produce. The aim of this article is to assess the substantive and procedural value of the principle of good faith and thereby to map the good faith principle in international investment arbitration.

II. THE GOOD FAITH PRINCIPLE IN GENERAL INTERNATIONAL LAW

The good faith principle is considered as one of the cornerstones of any legal system. It is inherent in the very concept of the law.¹ Good faith is more than argument for legitimacy of international law and fairness required for its legitimacy. The argument may go as far as to claim that it is the underlying premise for the functioning of any legal system, so its breach should necessarily provide remedies or some other form of response in order to preserve the system and the injured party. The good faith principle is well-known in international law having found its place in numerous instruments and pronouncements of international courts. Major international instruments, such as the *UN Charter* (1945)² and the *Vienna Convention on the Law of Treaties* (1969)³ expressly incorporate the rule. The UN system envisages the obligation of the States to perform their duties in good faith as one of the UN principles of peremptory character. The *International Law Commission Draft declaration on rights and duties of States* (1949)⁴ and *UN Declaration on Principles of International Law*

¹ C. Focarelli, *International Law as Social Construct: The Struggle for Global Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 323.

² Article 2(2) of the UN Charter: “All Members, in order to ensure to all of them the rights and benefits resulting from membership, shall fulfil in good faith the obligations assumed by them in accordance with the present Charter.”

³ Article 26 of the *Vienna Convention on the Law of Treaties*: “Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.”

Article 31(1) of the *Vienna Convention on the Law of Treaties*: “A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.”

⁴ “Every State has the duty to carry out in good faith its obligations arising from treaties and other sources of international law, and it may not invoke provisions in its constitution or its laws

concerning *Friendly Relations and Cooperation Among States* (1970)⁵ unequivocally uphold the principle. Despite authoritative sources confirming the validity of the principle and its entrenchment in international law, its contours and contents, as well as possibility to use it either as a cause of action or defence, may still be unclear. The critical appraisal of the doctrine is that the principle itself is an empty shell and far from the legal certainty and predictability⁶ which should be inherent to the very same principle.

Still, the international courts often make pronouncement on the good faith principle and rarely leave this argument unanswered. On the other hand, the international application of the good faith principle varies. International courts can make broad pronouncement on the general implications of the good faith principle or apply the good faith argument with another legal norm, which more than others, incorporate the *bona fides* in its contents, such as the prohibition of the abuse of right, estoppel or negligence. It is indeed true that there are many rules and principles which echo the good faith considerations, but the question remains: is the good faith principle an autonomous obligation or ancillary mechanism and an argument that can be deployed only in conjunction with an existing obligation?

International courts were much more willing to entertain the good faith argument as part of another international legal norm. In the absence of instructions stemming from the defined obligation, the courts may be ill at ease to grapple with the good faith argument. On the other hand, the good faith argument can prevent and sanction the abuse of the systems in the absence of clear authority to act. As the case law will show, the courts tend to push limits and employ the good faith argument for that purpose. International courts in general, and investment tribunals in particular, clear the way for the independent good faith argument as its frequent invocation could lead to the formation of autonomous and a directly applicable good faith rule.

as an excuse for failure to perform this duty.“ Article 3 of the *Draft declaration on rights and duties of States*, G.A.Res. 375 (IV) of 6 December 1949.

⁵ “The principle that States shall fulfil in good faith the obligations assumed by them in accordance with the Charter:

Every State has the duty to fulfil in good faith the obligations assumed by it in accordance with the Charter of the United Nations.

Every State has the duty to fulfil in good faith its obligations under the generally recognized principles and rules of international law.

Every State has the duty to fulfil in good faith its obligations under international agreements valid under the generally recognized principles and rules of international law.“ - *UN Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation Among States*, G.A.Res. 2625 (XXV) of 6 December 1949.

⁶ A.D. Miller, R. Perry, “Good Faith Revisited”, 97 *Iowa Law Review* (2012).

The famous quotation of the International Court of Justice in the *Nuclear Tests* case rests on the broad definition of the good faith which here is understood as the underlying premise of substantive legal obligations:

“One of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations, whatever their source, is the principle of good faith. Trust and confidence are inherent in international co-operation, in particular in an age when this co-operation in many fields is becoming increasingly essential.”⁷

In the case that followed the ICJ took the position that good faith “is not in itself a source of obligation where none would otherwise exist.”⁸ Therefore, according to the ICJ the good faith principle has no teeth in the absence of another valid legal obligation and cannot be treated as a self-standing clause of international law equipped with its own remedy.

The ICJ had to entertain the good faith argument more often in the context of “good faith negotiations”⁹ meaning that the Court tested the process in which the parties were involved, or were supposed to be involved, rather than the content of substantive obligation. Duty to negotiate in good faith is close to the well-known, but not fully accepted, classification of obligations as obligations of means and obligations of result where the negotiations would fall into the former category. Recent case between FYR Macedonia and Greece over the name of Macedonia¹⁰ prompted the issue of good faith negotiations. The Court offered a set of criteria for a good faith standard during negotiations.¹¹ But more importantly, the Court found that “although Article 5, paragraph 1, contains no express requirement that the Parties negotiate in good faith, such obligation is implicit under this provision.”¹²

Therefore, according to the ICJ, the answer to the question whether the good faith principle is an autonomous obligation or not, must be that it is only the ancillary mechanism and argument that can be deployed solely in conjunction

⁷ *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, 268, para. 46.

⁸ *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1988, 105, para. 94.

⁹ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 292, para. 87; *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, pp. 33-34, paras. 78-79; *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 202, para. 69; *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 268, para. 46; *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 473, para. 49; *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, pp. 46-47, para. 85.

¹⁰ *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*, Judgment of 5 December 2011, I.C.J. Reports 2011.

¹¹ *Ibidem*, para. 132.

¹² *Ibidem*, para. 131.

with an existing obligation. This, however, will not prevent international courts finding the good faith implications in a number of international legal provisions.

International investment tribunals provide a good example of such practice. The good faith argument has played a significant role in investment arbitration. Due to the structure of international investment law, where rights and duties are clearly divided between the investors as beneficiaries of the rights and states as guarantors of these rights, the proceeding is identically organized so only investors are entitled to pursue claims and act as claimants while states are restricted to the position of respondents. The good faith argument therefore can potentially function either as the basis of claim for the investor or as a defence for the state.

III. THE GOOD FAITH PRINCIPLE AND INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: FROM NORMATIVE VALUE TO PROCEDURAL ADVANTAGE

1. Good faith as a sword: fair and equitable treatment standard, legitimate expectations and estoppel

Although the international investment tribunals confirm the significance of the principle (“It is indisputable, and this Arbitral Tribunal can do no more than confirm it, that the safeguarding of good faith is one of the fundamental principles of international law and the law of investments.”¹³) and although commentators subscribe to this view at least in principle (“good faith is a broad principle that is one of the foundations of international law in general and foreign investment law in particular.”¹⁴) the investment tribunals still have shown less discipline in following the cautious approach of the ICJ, at least in two respects. First, the investment tribunals interpreted the good faith doctrine so as to enable its autonomous application: “the principle fulfils a complementary function; it allows for lacunae in the applicable laws to be filled, and for that law to be clarified by the specific application of existing principles”¹⁵. Secondly, the interpretation of good faith differs significantly when applied in relation to the claim as opposed to the defence. It seems that the investment tribunals tend to tie the good faith argument with the obligations which again lie solely with the states. In that sense the good faith argument will be mainly discussed in relation

¹³ *Malicorp Limited v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/08/18, Award of February 7, 2011, para. 116.

¹⁴ R. Dolzer, C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 144.

¹⁵ *Malicorp Limited*, *op. cit.* at n. 13, para. 116.

to the behaviour of the respondents than claimants. Dolzer and Schreuer justify this approach:

“In part, this emphasis on good faith reflects the fundamental significance of the concept for the understanding of all obligations in international law. More specifically, however, the subject matter of the field itself may direct tribunals to apply the principle, in view of the long-term relationship in which the investor provides most of the required resources at the outset of the project expecting to receive a fair return in a stable relationship within the legal order of the host state thereafter. The financial long-term risk of the investor finds its legal corollary in the protection of good faith without which investment flows would be hampered.”¹⁶

Good faith gained broad application through the fair and equitable standard. There seems to be an understanding that investment tribunals interpreted good faith as inherent in fair and equitable standard.¹⁷ The standard itself is broad, even vague, but still understood as the embodiment of the good faith required from the host states. The *MTD v. Chile* tribunal, when assessing the meaning and scope of the fair and equitable treatment standard, found that:

“The parties agree that there is an obligation to treat investments fairly and equitably. The parties also agree with the statement of Judge Schwebel that ‘the meaning of what is fair and equitable is defined when that standard is applied to a set of specific facts’. As defined by Judge Schwebel, ‘fair and equitable treatment’ is ‘a broad and widely-accepted standard encompassing such fundamental standards as good faith, due process, non-discrimination, and proportionality’.”¹⁸

In *Tecmed v. Mexico* the arbitral tribunal clearly set that out:

“The Arbitral Tribunal finds that the commitment of fair and equitable treatment included in Article 4(1) of the Agreement is an expression and part of the *bona fide* principle recognized in international law, although bad faith from the State is not required for its violation.”¹⁹

This interpretation rests upon the understanding that good faith is a substantive principle which forms that basis for a state’s responsibility, although it is not expressly provided for in the FET standard. This interpretation, however, does not exclude another aspect of good faith, i.e. the way the obligation is performed, which seems to be independent and separate grounds for responsi-

¹⁶ R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.* at n. 14, p. 5.

¹⁷ *Ibidem*, p. 145.

¹⁸ *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award of 25 May 2004, para. 109.

¹⁹ *Tecnicas Medioambientales Tecmed v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award of 29 May 2003, para. 153.

bility. The opinion of some authors, such as Dolzer, according to which the good faith principle is part of the substantive obligation to provide fair and equitable treatment (“Good faith, as the underlying principle, is guiding all of these obligations and...it is relied on as the common guiding beacon that will orient the understanding and interpretation of obligations...”)²⁰ was so persuasive for some arbitrators that it was *verbatim* introduced in the *Sempra v. Argentina* award.²¹

The *Sempra* award is relevant for the *bona fide* approach also because it explicitly goes over the boundaries proposed by the ICJ:

“There remains, however, a requirement of good faith that permeates the whole approach to the protection granted under treaties and contracts. Even if the standard were restricted to a question of reasonableness and proportionality not entailing objective liability, as the Respondent argues in the light of *Tecmed*, there are nevertheless expectations arising from promises that must be respected when relied upon by the beneficiary.”²²

A fair and equitable standard provides an excellent ground for arguing the breach of good faith and in that respect good faith has a considerable substantive value for the claimants. It also offers several avenues for pursuing this claim. First, as it has been already illustrated, good faith is a substantive obligation under the FET standard. Further, the way other obligations are performed can be again tested against the good faith principle. Finally, and more importantly, good faith is further developed and rooted in another standard within FET, the legitimate expectations of the investor.

The concept of legitimate expectations have significant place in international investment law. Although bilateral investment treaties (BITs) generally do not include the protection of legitimate expectation of an investor, the investment tribunals showed disciplined willingness in creating the standard as an actionable right within BITs provisions, both under the prohibition of expropriation and standard of FET. In *Saluka v. Czech Republic* the tribunal described both the contents of the legitimate expectations and its basis in the FET standard:

“301. Seen in this light, the ‘fair and equitable treatment’ standard prescribed in the Treaty should therefore be understood to be treatment which, if not proactively stimulating the inflow of foreign investment capital, does at least not deter foreign capital by providing disincentives to foreign investors.

²⁰ R. Dolzer, “Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties”, 39 *The International Lawyer* (2005) 87, 90.

²¹ *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award of 28 September 2007, para. 297.

²² *Sempra*, *op. cit.* at n. 21, para. 299.

An investor's decision to make an investment is based on an assessment of the state of the law and the totality of the business environment at the time of the investment as well as on the investor's expectation that the conduct of the host State subsequent to the investment will be fair and equitable.

302. The standard of 'fair and equitable treatment' is therefore closely tied to the notion of legitimate expectations³⁴ which is the dominant element of that standard. By virtue of the 'fair and equitable treatment' standard included in Article 3.1 the Czech Republic must therefore be regarded as having assumed an obligation to treat foreign investors so as to avoid the frustration of investors' legitimate and reasonable expectations.²³

Another investment tribunal gave its definition of the legitimate expectations clearly pointing out to the good faith principle:

"Having considered recent investment case law and the good faith principle of international customary law, the concept of 'legitimate expectations' relates, within the context of the NAFTA framework, to a situation where a Contracting Party's conduct creates reasonable and justifiable expectations on the part of an investor (or investment) to act in reliance on said conduct, such that a failure by the NAFTA Party to honour those expectations could cause the investor (or investment) to suffer damages."²⁴

The legitimate expectation has become the normative and more defined expression of the good faith obligation of the host states. Leaving aside the concern that the legitimate expectations have not been as such envisaged in the BITs, which could cast doubt on the predictability of obligations undertaken by investment agreements, the good faith considerations are accepted to be at the heart of legitimate expectations.²⁵

The problem is if the good faith considerations are to be judged only in relation to states obligations without examining the good faith obligations of the investor. A separate but related issue is whether the content of the legitimate expectations is to be determined by reference to investor's expectations which removes the interpretation from the ambit of the BIT and parties who signed it.

²³ *Saluka Investments B.V. (the Netherlands) v. Czech Republic*, Permanent Court of Arbitration, Partial Award of 17 March 2006, paras. 301-302 (references omitted).

²⁴ *International Thunderbird Gaming Corporation v. United Mexican States*, NAFTA/UNCITRAL, Award of 26 January 2006, para. 147 (references omitted).

²⁵ Other international courts also confirmed the close link between good faith principle and legitimate expectations. E.g. the European Court of Justice, in the *Opel Austria GmbH v. Council of the European Union* opined: "the principle of good faith is the corollary in public international law of the principle of protection of legitimate expectations which, according to the case-law, forms part of the Community legal order (see Case 112/77 *Töpfer v Commission* [1978] ECR 1019, paragraph 19)." – Case T-115/94, Judgment of the Court of First Instance (Fourth Chamber) of 22 January 1997, para. 93.

One of the interpretation of legitimate expectations seem to be precisely on this course: "Legal rules and regulations are only able to create the basis of an environment beneficial to long-term investment when they are applied according to how a reasonable investor would expect them to be applied. The investors' perception and their expectations towards the government activity becomes an essential element of their perception of the host country's ordering function of law."²⁶

Due to a vague and ambiguous wording of the FET in general, and inclusion of a separate substantive obligations under its chapeaux in particular, the good faith argument is closer to an autonomous standard in the international investment law. Whether good faith principle produced legitimate expectations standard, or *vice versa*, becomes irrelevant as neither of them has been explicitly envisaged in a number of BITs.

The concept of legitimate expectations is close to the concept of estoppel in general international law. The considerations of estoppel indeed found its place in arbitral practice despite the general silence of BITs on the issue. Estoppel can be viewed either as a rule of evidence or as a rule of substantive law which "operates so as to preclude a party from denying before a tribunal the truth of a statement of fact made previously by that party to another whereby that other has acted to his detriment or the party making the statement has secured some benefit."²⁷ Estoppel is based on the principle of good faith.²⁸ Estoppel, however, can work either as a defence or as a basis of a claim. If estoppel is pursued as the basis of substantive obligation, it heavily relies on the principle of consistency to be found in the fair and equitable treatment standard. Having tied up the principle of consistency with the legitimate expectations of the investor, the investment tribunals created the possibility to claim the breach of substantive obligations under the BITs, more precisely the breach of the fair and equitable standard. In the *Oko Pankki* case the ICSID tribunal opined:

"In conclusion, having taken into account generally the object and purpose of the Estonia-Finland BIT and, in particular, the wording of Article 3, the Tribunal considers that a breach of its FET standard can be established by reference (*inter alia*) to an investor's expectations of even-handed and just treatment by the host state induced by that state's unequivocal representation directed at

²⁶ K. Yannaca-Small, "Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments", in: *Standards of Investment Protection* (ed. A. Reinisch), Oxford University Press, Oxford, 2008, at 124.

²⁷ D.W.Bowett, "Estoppel Before International Tribunals and Its Relation to Acquiescence", 33 *British Yearbook of International Law* (1957), 176.

²⁸ *Ibidem*; I.C. MacGibbon, „Estoppel in International Law“, *International and Comparative Law Quarterly* 7/1958, 468, 472.

that investor, provided that these expectations are reasonable and justifiable. It follows that, where such a representation is made by the host state under this BIT, the factual issue is whether in all the circumstances it was reasonable and justifiable for the investor to rely upon that representation; and, if so, whether there was in fact such reliance. This follows not merely as part of the FET standard as regards breach of the BIT, but also because the Tribunal is required to identify, as regards any decision on compensation, the actual loss suffered by the investor as a result of the host state's breach of this FET standard. In a case where there is no reliance, the investor may have suffered no loss when the host state acts inconsistently with its representation. By contrast, where on the basis of an unequivocal representation made by the state, the investor makes or maintains its investment, or otherwise acts to its detriment, there may be a loss to the investor where the state acts inconsistently.”²⁹

Therefore, the good faith claim can be successfully pursued by investors in a variety of ways. The claim can rest on substantive understanding of good faith as part of the FET standard, on the performance of other BIT commitments and legitimate expectations of the investor. The good faith argument has increasingly gained importance and come close to an autonomous standard in international investment law, at least when it comes to judging the performance of obligations of host states.

2. Good faith as a shield: from abuse of the process to unconscionable conduct of an investor

The issue remains whether the respondent state may invoke inconsistent behaviour of the investor, or some other *mala fide* aspect of the investment, as its defence in the absence of clear provisions in the BIT. International obligations are generally imposed on state parties whereas the individual rights and benefits are entrusted to persons who fulfil the conditions to be treated as foreign investors within the meaning of the applicable BIT. The lack of reciprocity of rights and obligations as between investor and state, under the BIT, becomes obvious when an investor initiates international proceeding against the state on the basis of BIT. In addition, the fact that the good faith is usually associated with the obligations, which under the BITs belong to states, at the outset leaves less space for a good faith defence. However, since good faith does have the character of the principle and thus underpins the whole treaty regime, there still must be place for its enforcement, either through the existing norms and conditions set forth in the applicable BIT, or even independently as a self-standing standard.

²⁹ *Oko Pankki Oyj et al. v. The Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/04/6, Award of 19 November 2007, para. 247.

Generous latitude given to the good faith principle in assessing the obligations of host states could, or should, work equally for both sides. The tribunal in the *Inceysa* seems to have adopted such an approach: “Good faith is a supreme principle, which governs legal relations in all of their aspects and content...”³⁰

Also, the conditions under which an investment is protected (e.g. legality and nationality requirements) and under which the claim can be submitted (jurisdiction and admissibility) can be viewed either as obligations for investors and potential claimants or as restrictions on both substantive and procedural rights of BIT beneficiaries.

A good faith defence could play a significant role in all these and similar aspects during the proceeding. The breach of good faith raised by the respondent state could potentially affect substantive and procedural aspects of the claim.³¹ If viewed from the perspective of a respondent together with the development of the proceeding, the good faith argument may be used to deny the right of the claimant to seize the tribunal (Article 41(5) of the ICSID Rules), to challenge the jurisdiction of the tribunal or admissibility of the claim (Article 41(1) of the ICSID Rules), to contest the right of the claimant to have decision in its favour, or to challenge the right to compensation.

A. Article 41(5) of the ICSID defence

Article 41(5) of the ICSID Rules, introduced in 2006, provides for an expedited procedure to dismiss claims manifestly without legal merit.³² Since the objecting party is expected to file such an objection at the outset of the proceeding and not later than 30 days after the constitution of the arbitral tribunal, even before the time limit for regular preliminary objections and without prejudice to the right of the state to raise such an objection at the later stage of the proceeding, this is a “pre-preliminary objection”.³³ Although Rule 41(5) on its face

³⁰ *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Decision on Jurisdiction of 2 August 2006, para. 230.

³¹ See generally: A. Cohen Smutny, P. Poláček, “Unlawful or Bad Faith Conduct as a Bar to Claims in Investment Arbitration”, in: *A Liber Amicorum: Thomas Wälde – Law Beyond Conventional Thought* (eds. Jacques Werner & Arif Hyder Ali), London, 2009, pp. 277-296.

³² Article 41(5) of ICSID Rules: “Unless the parties have agreed to another expedited procedure for making preliminary objections, a party may, no later than 30 days after the constitution of the Tribunal, and in any event before the first session of the Tribunal, file an objection that a claim is manifestly without legal merit. The party shall specify as precisely as possible the basis for the objection. The Tribunal, after giving the parties the opportunity to present their observations on the objection, shall, at its first session or promptly thereafter, notify the parties of its decision on the objection. The decision of the Tribunal shall be without prejudice to the right of a party to file an objection pursuant to paragraph (1) or to object, in the course of the proceeding, that a claim lacks legal merit.”

³³ The term used by the tribunal in the *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/09/11, Decision on the Respondent’s Objection under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules, 1 December, 2010, para. 34.

seems to be directed against manifestly frivolous claims, its wording does not place many limitations regarding the object of the complaint as long as it is addressed against the legal merit which arguably can involve both jurisdictional and meritorious issues. Does it also involve the issues of good faith and abuse of the right to file a claim and seize the tribunal? It seems so precisely because a manifestly unmeritorious claim represents the abuse of the protection system. According to some authors:

“Before the introduction of the new rule, various tribunals had already faced claims that were manifestly unmeritorious, and had decided the issue during the regular phases of the proceedings. The principles of 'good faith' and 'abuse of process' in assessing the submissions of investment treaty claims have often been used in these cases, essentially to avoid abuses of the direct access to investment arbitration. Both principles are increasingly taking a prominent role in investment arbitration. The rule contained in Article 41(5) of the ICSID Arbitration Rules can be seen as a clear emanation of this idea. Although the objective of Rule 41 (5) is not explicitly aimed at targeting claims that constitute an 'abuse of process', it is likely that the rule will prevent, or at least offer an adequate procedure to assess the submission of such claims, since it provides arbitral tribunals operating under the ICSID Convention with a procedure to assess the claims, *inter alia* on these grounds in an early stage in the proceedings.”³⁴

To date, only four objections on the basis of Rule 41(5) were submitted.³⁵ In the last of these four cases, *Rachel Grynberg et al v Grenada*, the respondent state placed emphasis on the good faith principle arguing *inter alia* that the claimants engaged in the abuse of the process. The claimants here approached the ICSID for the second time after their first contractual claim was dismissed as unfounded. In their second attempt the claim was framed as a treaty-based claim on the basis of the U.S.-Grenada BIT. The second tribunal agreed with the respondent state that it was an attempt to re-litigate the issue already decided by an ICSID tribunal. Although Article 53 of the ICSID Convention figures as the

³⁴ E. De Brabandere, “The ICSID Rule on Early Dismissal of Unmeritorious Investment Treaty Claims: Preserving the Integrity of ICSID Arbitration”, *Manchester Journal of International Economic Law*, Volume 9, Issue 1, pp. 23-44, 2012, at 24 (references omitted).

³⁵ *Trans-Global Petroleum, Inc. v. Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/07/25, Decision on the Respondent’s Objection under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules, 12 May 2008); *Brandes Investment Partners, LP v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/08/3, Decision on the Respondent’s Objection under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules, 2 February 2009); *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/09/11, Decision on the Respondent’s Objection under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules, 1 December, 2010; *Rachel S Grynberg, Stephen M Grynberg, Miriam Z Grynberg, and RSM Production Corporation v. Grenada*, ICSID Case No. ARB/10/6, Decision on the Respondent’s Objection under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules, 10 December 2010.

most prominent reason for not allowing the claimants to have access to the IC-SID system, the good faith underpinnings of the decision still stand out.

Rule 41(5) therefore protects the good faith in investment arbitration in a very specific and effective manner. Here the initiation of the claim is the breach of good faith and abuse of process. The good faith argument here has considerable procedural value for the state: it is effective as it removes the case at the very outset and saves substantial time and resources for the respondent state.

B. Good faith preliminary objections to jurisdiction of the tribunal and admissibility of the claim

The next opportunity to raise a good faith defence comes with the preliminary objection procedure. The respondent state can challenge the jurisdiction of the arbitral tribunal or admissibility of the claim on the grounds that conditions set out in the ICSID Convention, relevant BIT or generally accepted rules³⁶ have not been met so that the case cannot proceed to the merits. Different rules and arguments can be used to that end, but more importantly, the breach of good faith can accompany each of them. However, there are some grounds which will more than others feature good faith arguments.

(i) Legality requirement

The good faith argument has been often invoked in relation to the legality of investment requirement, then whether the claimants fall into the category of protected investors within applicable BIT or whether some other agreed method of dispute settlement prevents the investment arbitral tribunal from hearing the case. The first two grounds are issues of jurisdiction whereas the third one could be treated either as jurisdictional or admissibility criterion.³⁷

The legality requirement is a common standard in BITs. The fact that this condition is expressly provided for in the binding instrument, with the aim to exclude illegal investments from the states' obligations to protect,³⁸ facilitates

³⁶ The case law of investment tribunals confirms that generally accepted principles, such as good faith, are applicable as recognized source of international law: "[g]eneral principles of law are an autonomous and direct source of International Law, along with international conventions and custom." - *Inceysa, op. cit.* at n. 30, para. 226.

³⁷ In *SGS v. Philippines* the tribunal explicitly found that objection based on the dispute settlement clause in the original contract is objection to admissibility of the claim: *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of 29 January 2004, ICSID Case No. ARB/02/6, para. 154.

³⁸ "It could be argued that the admission clause plays the important role of the filter to the protection under the BIT to ensure that no investment made in violation of the laws and regulations of the host State can benefit from the treaty protection." – A. Joubin-Bret, "Admission and

the position of the respondent State. The common understanding of this clause, however, is that legality clause covers only the lawfulness of the acquisition of the investment, i.e. whether the investment was acquired lawfully, but it does not cover the performance of the investment and will not exclude the BIT protection if some unlawful conduct on behalf of the investor occurred in the course of its performance. The breach of good faith is easily associated with the unlawful acquisition of the investment, so the accusation of corruptive practices or fraudulent behaviour, if proven correct will deny the protection and thereby jurisdiction of the investment tribunal.³⁹

Since the legality requirement is in itself sufficient to remove the jurisdiction of the tribunal (although interpreted narrowly by the investment tribunals), the good faith principle may not be even necessary but still reminds us of the rationales of the investment protection system. In that line the issue arises whether the good faith principle can serve as a parallel and autonomous legality requirement, i.e. whether the breach of good faith can remove the case even if the legality requirement has been met. In another words, whether dishonesty, which still falls short of domestic illegality, could play a role in the state's preliminary defence. The investment tribunals seem to have divergent views on this point. In the *Inceysa v. El Salvador*, the tribunal explicitly confirmed this:

“[g]eneral principles of law are an autonomous and direct source of International Law, along with international conventions and custom. (...) Based on the above, we analyze the Inceysa's investment in light of the general principles of law, which the Arbitral Tribunal considers to be applicable to the case. (...) Good faith is a supreme principle, which governs legal relations in all of their aspects and content. (...) The conduct mentioned above constitutes an obvious violation of the principle of good faith that must prevail in any legal relationship. (...) By falsifying the facts the principle of good faith from the time it made its investment and, therefore, it did not make it in accordance with Salvadoran law. Faced with this situation, this tribunal can only declare its incompetence to hear Inceysa's complaint, since its investment cannot benefit from the protection of the BIT.”⁴⁰

Establishment in the Context of Investment protection”, in: *Standards of Investment Protection* (ed. A. Reinisch), Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 9-28, at 27.

³⁹ E.g. *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Award of 16 August 2007; *World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, Award of 4 October 2006; *Inceysa Vallisole-tana S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Decision on Jurisdiction of 2 August 2006. For a comprehensive overview of treatment of corruptive practices in the investment arbitration, see: J.W. Yackee, “Investment Treaties and Investor Corruption: An Emerging Defense for Host States”, 52 *Virginia Journal of International Law* (2012), no. 3, pp. 723-745.

⁴⁰ *Inceysa*, op. cit. at n. 30, paras. 226, 229, 230, 237, 239.

The strong uphold of the autonomous application of good faith in relation to all aspects of an investment, but applied here in relation to legality requirement for the purposes of jurisdiction, was openly rejected in the case that was heard several years later. In the *Saba v. Turkey* the tribunal explicitly disagreed with the *Inceysa* proposition: “an investment might be ‘legal’ or ‘illegal’, made in ‘good faith’ or not; it nonetheless remains an investment.”⁴¹ The same tribunal also rejected the proposition that a good faith requirement was implicit in Article 25(1) of the ICSID Convention.⁴² However, the same tribunal declined jurisdiction in this case having found that the claimant did not make any investment so no protection under the BIT could have been granted.

Again, the strong wording of the *Inceysa* tribunal in favour of the good faith principle is not limited to the legality of investment although the jurisdiction was denied on that ground. The legacy of the *Inceysa* award is in its thorough examination of all aspects of the investment, including not only its acquisition but also its performance. As the tribunal remained unimpressed by the overall conduct of the investor it decided to remove the case at an early stage of the proceeding.

The requirement that only investments within the meaning of a relevant BIT are protected within the international investment arbitration system means that first of all there must be an investment. In cases where the investors pursued claims on the assumption of existence of an investment, the tribunals were willing to invoke a good faith argument in order to establish the abuse of the procedure as soon it was proven that no investment was actually acquired. Attempts of the claimants to pursue the claim despite the lack of investment were prevented by the investment tribunals within the good faith framework. Two recent cases prove this point: *Europe Cement v. Turkey*⁴³ and *Cementownia v. Turkey*.⁴⁴ In both these cases, which actually involved the same investors, tribunals heavily relied on good faith argument in relation to decision of the claimant to pursue the claim despite the non-existence of an investment:

⁴¹ *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20, Award of 14 July 2010, para. 112.

⁴² “Likewise, the principles of good faith and legality cannot be incorporated into the definition of Article 25(1) of the ICSID Convention without doing violence to the language of the ICSID Convention: an investment might be ‘legal’ or ‘illegal,’ made in “good faith” or not, it nonetheless remains an investment. The expressions ‘legal investment’ or ‘investment made in good faith’ are not pleonasms, and the expressions ‘illegal investment’ or ‘investment made in bad faith’ are not oxymorons.” - *Ibidem* (references omitted).

⁴³ *Europe Cement Investment & Trade SA v. Turkey*, ICSID Case No. ARB (AF)/07/2, Award of 13 August 2009.

⁴⁴ *Cementownia ‘Nowa Huta’ SA v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB (AF)/06/2, Award of 17 September 2009.

“In the above cases [Inceysa, Phoenix], the lack of good faith was present in the acquisition of the investment. In the present case, there was in fact no investment at all, at least at the relevant time, and the lack of good faith is in the assertion of an investment on the basis of documents that according to the evidence presented were not authentic. The Claimant asserted jurisdiction on the basis of a claim to ownership of shares, which the uncontradicted evidence before the Tribunal suggests was false. Such a claim cannot be said to have been made in good faith. If, as in *Phoenix*, a claim that is based on the purchase of an investment solely for the purpose of commencing litigation is an abuse of process, then surely a claim based on the false assertion of ownership of an investment is equally an abuse of process.”⁴⁵

The respondent also asked the tribunal to adopt a declaration that the claim was manifestly ill-founded but the tribunal denied this request. The respondent also asked for monetary damages for the moral damage it had suffered to its reputation and international standing. Although the tribunal concluded that “conduct that involves fraud and an abuse of process deserves condemnation”⁴⁶ it did not order damages which it found to be applicable only in extreme situations not present in this case. It went on to say that the present judgment was adequate form of satisfaction for the respondent state.⁴⁷

However, this type of declaration was granted by the tribunal in the twin case, *Cementownia*, decided a few weeks later. Although this case was on many points similar to the *Europe Cement* case, here the claimants and their representatives engaged in a series of procedural manipulations including the claim which could not prove the ownership in the company whose expropriation was argued on the basis of which the 4 billion USD in damages were sought. The tribunal found: „As the present case concerns an accumulation of liabilities – abuse of process and procedural misconduct – there is good cause for the Arbitral Tribunal to go beyond the general sanction and to declare that the Claimant has brought a *fraudulent* claim against the Republic of Turkey.”⁴⁸ The good faith principle is at the heart of this decision:

“In light of all the above-stated considerations, the Arbitral Tribunal is of the opinion that the Claimant has intentionally and in bad faith abused the arbitration; it purported to be an investor when it knew that this was not the case. This constitutes indeed an abuse of process. In addition, the Claimant is guilty of procedural misconduct: once the arbitration proceeding was commenced, it has caused excessive delays and thereby increased the costs of the arbitration.”⁴⁹

⁴⁵ *Europe Cement*, *op. cit.* at n. 43, para. 174.

⁴⁶ *Ibidem*, para. 180.

⁴⁷ *Ibidem*, para. 181.

⁴⁸ *Cementownia*, *op. cit.* at n. 44, para. 159. (emphasis original)

⁴⁹ *Ibidem*, para. 159.

The Cementownia award takes international investment arbitration to a new level. The formal declaration („the finding by the Tribunal that the Claimant's claim is fraudulent and was brought in bad faith.”⁵⁰) is in the operative part of the award. The ambition of the *Cementownia* tribunal was to prevent the same claimant from pursuing this claim before other international jurisdictions.⁵¹

(ii) *Investment restructuring*

At the preliminary stage a good faith argument can play a significant role in assessing whether the claimant fulfils the requirement of the protected investor. This argument is usually engaged in relation to the restructuring of an investment in order to gain benefits of the desired BIT and thereby access to the investment protection system. Indirect investments and restructuring are not uncommon, but the issue here is how to draw a fine line between different types of restructuring in order to establish whether it was done for the sole purpose of gaining access and thereby breaching the good faith principle underlying the investment protection system.

The organization of an investment so as to have connections with several national jurisdictions is not a rare phenomenon in international business. In the context of procedural protection it raises the issues of protection of indirect investors and access to international forums. The question which will be briefly addressed here is whether re-organization and restructuring of an investment before and during the performance of this investment can affect claimants' access to investment arbitration, in light of the good faith principle.

One group of cases revolve around the respondents' arguments that restructuring was conducted solely for the purpose of getting access to the international arbitration which was foreclosed under the previous structuring regime, either because the original nationality did not provide for BIT protection or the BIT protection was seen as less promising, or because the original nationality was one of the host state which *per definitionem* is not protected under the international investment system.⁵² The responses of investment tribunals vary.

In the *Phoenix v. Czech Republic* the tribunal declined jurisdiction and severely penalized the restructuring of the investment having found that this manoeuvre was undertaken solely for the purpose of gaining access to the ICSID arbitration. Here the tribunal found that the restructuring occurred after the dispute had arisen which amounted to the breach of good faith and to the abuse of process. The *Phoenix* decision is relevant not only because the bad timing of the

⁵⁰ *Ibidem*, para. 179.

⁵¹ *Ibidem*, para. 162.

⁵² For discussion on this issue (in Serbian), see: M. Stanivuković, „Domaći ulagač kao tužilac u međunarodnom investicionom sporu“, *Pravna riječ*, 33/2012, pp. 127-143.

restructuring led the tribunal to deny jurisdiction but also because the tribunal relied heavily on the principle of good faith as an autonomous standard⁵³ and an independent condition for jurisdiction:

“In the Tribunal’s view, States cannot be deemed to offer access to the ICSID dispute settlement mechanism to investments not made in good faith. The protection of international investment arbitration cannot be granted if such protection would run contrary to the general principles of international law, among which the principle of good faith is of utmost importance.”⁵⁴

“Tribunal is concerned here with *the international principle of good faith as applied to the international arbitration mechanism of ICSID*. The Tribunal has to prevent an abuse of the system of international investment protection under the ICSID Convention, in ensuring that only investments that are made in compliance with the international principle of good faith and do not attempt to misuse the system are protected.”⁵⁵

The *Phoenix* tribunal devoted much of its arguments to the good faith underpinnings of the investment protections system and now stands as a landmark decision for good faith argumentation.

In *Exxon Mobil v. Venezuela*⁵⁶ the respondent state argued that the restructuring occurred after the investments were made with allegations that it was done for the sole purpose of gaining access to the ICSID arbitration system. The tribunal disagreed and found that restructuring in order to get better investment protection was a justifiable measure and that the investors had in mind a range of benefits coming from the BIT and not only the dispute settlement provisions. The tribunal first found that restructuring for the primary purpose of accessing treaty protection was perfectly legitimate because it was designed to protect against future unfavourable Venezuelan measures.⁵⁷ On the other hand, restruc-

⁵³ “The importance of the Phoenix decision lies in its application of the sole international legal principle of good faith’ outside the formal context of the question whether the investment was in accordance with the national laws of the host State.” – E. de Brabandere, “Good Faith, Abuse of Process, and the Initiation of Investment Treaty Claims”, 3(3) *Journal of International Dispute Settlement* (2012), pp. 1-28, at 17.

⁵⁴ *Phoenix Action Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/6, Award of 15 April 2009, para. 106.

⁵⁵ *Phoenix*, para. 113. (emphasis original)

⁵⁶ *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd., and Mobil Venezolana de Petróleos, Inc.*, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction of 10 June 2010.

⁵⁷ “As stated by the Claimants, the aim of the restructuring of their investments in Venezuela through a Dutch holding was to protect those investments against breaches of their rights by the Venezuelan authorities by gaining access to ICSID arbitration through the BIT. The Tribunal considers that this was a perfectly legitimate goal as far as it concerned future disputes.” *Mobil Corporation*, *op. cit.* at n. 56, para. 204.

turing an investment to obtain the jurisdiction of an international tribunal over pre-existing disputes would constitute “an abusive manipulation of the system of international investment protection under the ICSID Convention and the BITs.”⁵⁸ As the latter was not the case the tribunal upheld its jurisdiction. One question remains: if the restructuring was conducted in order to obtain a better protection not having in mind any particular dispute *in nascendi*, why did the investors not reorganize their corporation before the investment?⁵⁹

(iii) Nationality requirement

There are cases where the restructuring of an investment was tackled from the position that investors restructured their investment in order to circumvent the nationality impediment and gain access to investment arbitration as foreign investors. Nationals of the host state are not protected by the bilateral investment treaties system. The question is whether a national investor can gain access to this system by organizing investment in jurisdictions covered by the BITs and respondent states are likely to challenge the claim on this ground.

Such challenge was submitted in *Tokios Tokelès v. Ukraine*,⁶⁰ *Rompetrol v. Romania*⁶¹ and *TSA Spectrum v. Argentina*⁶² but was successful only in the latter of these cases. Here the good faith principle also plays a prominent role because the investment protection system is designed to provide protection only to foreign investors so if the restructuring is conducted to the opposite end it clearly was done in bad faith. In the *Tokios Tokelès* the respondent state argued that the claimant company with the Lithuanian nationality, could not submit the case as it was wholly owned by Ukrainian nationals who would not have access to the BIT protection and ICSID system. This argument rests on the requirements of Article 25 which offers protection only to foreign investors, i.e. the claimants were not, in the opinion of the respondent, a ‘genuine’ investor so the task of the tribunal was

⁵⁸ *Ibidem*, para. 205 (citing *Phoenix* award).

⁵⁹ Some authors distinguish between so-called ‘back-end’ and ‘front-end’ restructuring for the purpose of treaty shopping. ‘Back-end’ restructuring is the scenario from the *Phoenix v. Czech Republic* case where the restructuring occurred after the dispute had arisen. ‘Front-end’ restructuring is the organization of the company before the investment, or at least before the dispute, solely for the purpose of gaining access to a more favourable treaty protection or to treaty protection which otherwise would not be available, such is the case for nationals of the host state. See: M. Skinner, C. A. Miles, S. Luttrell, “Access and advantage in investor-state arbitration: The law and practice of treaty shopping”, *Journal of World Energy Law & Business*, 2010, Vol. 3, No. 3, pp. 260-283.

⁶⁰ *Tokios Tokelès v. Ukraine* (ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction of 29 April 2004).

⁶¹ *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Decision on Jurisdiction and Admissibility of 18 April 2008.

⁶² *TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/05/5, Award of 19 December 2008.

to pierce the corporate veil in order to find impediment for the jurisdiction. The tribunal rejected this request finding that the claimant fell within the definition of the BIT and refused to impose further restrictions on this definition.⁶³ The tribunal then used the good faith argument but to the detriment of the respondent: the *Tokios* tribunal was of the opinion that there was no abuse of legal personality as the company was established six years before the BIT entered into force.⁶⁴ Here the tribunal mixes up the offered criterion, applicable to foreign investors in general, with the nationality requirement. The answer it offered was not to the question asked: one thing is for a foreign investor to pick and choose the most promising BIT and engage in more favourable treaty shopping whereas it is completely the other whether a national may have access to ICSID under any circumstance. The presiding arbitrator submitted a very strong dissenting opinion precisely on the points discussed above and concluded:

“What is decisive in our case is the simple, straightforward, objective fact that the dispute before this ICSID Tribunal is not between the Ukrainian State and a foreign investor but between the Ukrainian State and an Ukrainian investor—and to such a relationship and to such a dispute the ICSID Convention was not meant to apply and does not apply.”⁶⁵

In the *Rompetrol v. Romania* case the issues and decision were similar to the *Tokios Tokelès*. The respondent state argued that the claimant, formally possessing Dutch nationality, was effectively a Romanian national “on the basis of its ownership and control, the source of its capital, and the nature of its commercial operations.”⁶⁶ Here the tribunal found that the language of the BIT in defining ‘foreign investor’ was clear and unambiguous⁶⁷ and concluded that: “[t]he Tribunal accordingly finds that neither corporate control, effective seat, nor origin of capital has any part to play in the ascertainment of nationality under The Netherlands-Romania BIT, and that the Claimant qualifies as an investor entitled to invoke the jurisdiction of this Tribunal by virtue of Article 1(b)(ii) of the BIT.”⁶⁸ The respondent state employed yet another good faith

⁶³ “This method of defining corporate nationality is consistent with modern BIT practice and satisfies the objective requirements of Article 25 of the Convention. We find no basis in the BIT or the Convention to set aside the Contracting Parties’ agreed definition of corporate nationality with respect to investors of either party in favor of a test based on the nationality of the controlling shareholders. While some tribunals have taken a distinctive approach, we do not believe that arbitrators should read in to BITs limitations not found in the text nor evident from negotiating history sources.” – *Tokios Tokelès*, *op. cit.*, para. 54 (references omitted).

⁶⁴ *Ibidem*, para. 56.

⁶⁵ Dissenting opinion of Prosper Weil, para. 21 (emphasis original). Dissenting opinion is attached to the Decision on Jurisdiction of 29 April 2004, *op. cit.* at n. 60.

⁶⁶ *Rompetrol*, *op. cit.* at n.61, 2008, para. 100.

⁶⁷ *Ibidem*, para. 108.

⁶⁸ *Ibidem*, para. 110 (references omitted).

argument claiming that the investor engaged in the abuse of the ICSID procedure with a view of obstructing criminal investigations launched against the owner in Romania⁶⁹ which rendered the claims inadmissible. The tribunal rejected this request.

In the *TSA Spectrum v. Argentina* the tribunal was faced with the similar set of facts and objections of the respondent state. Here, unlike in the *Tokios* and *Rompetrol* cases, the tribunal read object and purpose of the relevant BIT and relied on the good faith principle when assessing both the purpose of the investment protection system and requirements for investors who can have access to the ICSID procedural mechanisms. Against the critique of the *Tokios* and *Rompetrol* decisions, and with supporting authorities, the *TSA Spectrum* tribunal decided to pierce the corporate veil in order to establish the real and effective control, which in this case was not foreign but national, so the investor could not benefit from the ICSID protection due to the wording of Article 25 of the ICSID Convention. Although a good faith argument had not been raised or used as such, it still can be said that *bona fide* principle is the underlying rationale of the award.

C. Good faith defence on the merits: misrepresentation, unconscionable conduct and unlawfulness under domestic law

The use of good faith argument on the merits is common but still considerably varies in terms of grounds in relation to which it is invoked and remedies sought for the breach thereof. Good faith is usually associated with the fair and equitable treatment standard which, as broad and flexible as it is, requires the host state to treat foreign investors and their investments fairly and equitably which necessarily implies good faith.⁷⁰ For the issue discussed here is whether the good faith argument can also work in the opposite direction so that the respondent state can use it as a defence argument on the merits. According to Muchlinski this is not only possible but central for establishing responsibility of the state: "Thus it is said that the person who comes to equity must do equity and that the person who comes to equity must come with clean hands. The conduct of the claimant is central to the application of equitable principles."⁷¹

⁶⁹ Ibidem, para. 111.

⁷⁰ "The Arbitral Tribunal considers that this provision of the Agreement, in light of the good faith principle established by international law, requires the Contracting Parties to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment." - *Tecmed v. Mexico*, ICSID Case No ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, para. 154.

⁷¹ P. Muchlinski, "Caveat Investor? The Relevance of the Conduct of the Investor under Fair and Equitable Treatment Standard", 55 *International and Comparative Law Quarterly* 2006, pp. 527-558, at 532.

Another approach, or at least attempt to systemize the application of good faith in investment procedure, was undertaken by the tribunal in the *Abaclat v Argentine* case. Here the tribunal made distinction between ‘material’ and ‘procedural’ good faith where the breach of both usually leads to the denial of jurisdiction or, if considered at the later stage, of denial of BIT protection. This tribunal, however, did not shed much light on different aspects of the breach of ‘material’ good faith but only related it to the broad notion of ‘legality’ of an investment and only in relation to the question of how the investment was made,⁷² which naturally shifts the issue back to the preliminary rather than the merits stage.

There are numerous examples of where states used good faith strategy to dismiss claims on the merits on the good faith grounds but examples of successful good faith defences also do not come in small numbers.⁷³ In several cases the misrepresentations of investors were at stake. In *Azinian v. Mexico* the claimants challenged the annulment of the concession contract that was granted to its Mexican enterprise DESONA in which the claimants were shareholders. The Mexican authorities annulled the concession contract *inter alia* on the grounds of misrepresentations of DESONA in obtaining the contract. The Tribunal agreed with the findings of Mexican agencies and courts and rejected the claim. The Tribunal equally confirmed the *bona fides* of Mexican judgments:

“To reach this conclusion it is sufficient to recall the significant evidence of misrepresentation brought before this Arbitral Tribunal. For this purpose, one need to do no more than to examine the twelfth of the 27 irregularities, upheld by the Mexican courts as a cause of nullity: that the Ayuntamiento was misled as to DESONA’s capacity to perform the concession.”⁷⁴

⁷² “648. With regard to breaches of material good faith, different tribunals have followed two different approaches.²¹⁰ Either they have dealt with the question of material good faith within the context of the examination of the Tribunal’s jurisdiction or within the context of the examination of the legality of the investment:

(i) It can be seen as an issue of consent and thus of jurisdiction, where the consent of the Host State cannot be considered to extend to investments done under circumstances breaching the principle of good faith;

(ii) It can be seen as an issue relating to the merits, where the key question is whether the circumstances in which the relevant investment was made are meant to be protected by the relevant BIT.” - *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5 (formerly *Giovanna a Beccara and Others v. The Argentine Republic*), Decision on Jurisdiction and Admissibility of 4 August 2011.

⁷³ For an overview of successfully argued good faith defences (including those at preliminary stage) see: A. Cohen Smutny, Petr Polášek, Unlawful or Bad Faith Conduct as a Bar to Claims in Investment Arbitration, in: *A Liber Amicorum: Thomas Wälde – Law beyond Conventional Thought* (eds. Jacques Werner & Arif Hyder Ali), London, 2009, pp. 277-296.

⁷⁴ *Robert Azinian et al. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, Award of 1 November 1999, para. 104.

The unconscionable conduct was noted⁷⁵ and penalized by the Tribunal which rejected the claim on the merits. However, the Tribunal still chose not to make award of costs for the reasons which seem to be more of practical than legal nature.⁷⁶ The consequence was that arbitration costs were shared equally.

In *Genin v. Estonia* the tribunal took cognizance of the investor's "concealment, right up until his cross-examination by Respondent's counsel during the hearing, of his ownership of the companies in question was an element of both substantive and procedural significance, with effect on the conduct of the arbitration."⁷⁷ As the investor withheld the required information which eventually led to the revocation of the license, where the information became available only during the hearing, the tribunal was convinced that all actions of the respondent and its agencies were justifiable. So the claim was rejected as the misrepresentations of the claimants, in the opinion of the Tribunal, justified the state measure.

A good faith defence on the basis of investor's misrepresentation can be successful at the merits stage as the two previous cases illustrate. During the jurisdictional stage of the *Plama v. Bulgaria* case the respondent argued that investor's misrepresentation led to an illegally acquired investment which could not benefit from the BIT protection. The tribunal decided that this aspect of the case did not deprive it of jurisdiction but still did not exclude the possibility to take it into consideration later at the merits stage. When the issue was raised again at the merits stage the tribunal established that misrepresentations of the investor led Bulgarian authorities to believe that investor remained qualified to run the privatized company and on that basis provided him with the approval to obtain shares from another company. As it turned out later, the investor went through changes which, had they existed at the time of privatization, would not have made him qualified for the purchase. He argued that he was not under the duty to reference all changes after the original privatization contract had been executed. The tribunal disagreed and found that investor had duty to inform the state of changes. So, since the investor failed to inform the state of relevant

⁷⁵ "121. By way of a final observation, it must be said that the Claimants' credibility suffered as a result of a number of incidents that were revealed in the course of these arbitral proceedings, and which, although neither the Ayuntamiento nor the Mexican courts would have been aware of them before this arbitration commenced, reinforce the conclusion that the Ayuntamiento was led to sign the Concession Contract on false pretences. It is hard to ignore the consistency with which the Claimants' various partners or would-be partners became disaffected with them. (...)

122. The list of demonstrably unreliable representations made before the Arbitral Tribunal is unfortunately long. (...)"

⁷⁶ *Ibidem*, paras. 126-127.

⁷⁷ *Alex Genin Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia*, IC-SID Case No. ARB/99/2, Award of 25 June 2001, para. 380.

changes, despite the fact that such an obligation was not explicitly envisaged in the law, this failure precluded the protection of the Energy Charter Treaty.⁷⁸ There is direct reference to good faith principle: “If a material change occurred in the investor’s shareholding that could have an effect on the host State’s approval, the investor was, by virtue of the principle of good faith, obliged to inform the host State of such change. Intentional withholding of this information is therefore contrary to the principle of good faith.”⁷⁹

Good faith of the investor in conducting investment or pursuing an international claim will take different shapes at the merits stage. Misrepresentation is just one of them. Very often the issue will be the performance and termination of the contract where the respondent state will be deprived of the right to raise the counter-claim in relation to non-performance or breach of the contract by investor who in turn will usually claim that the performance, breach or termination of the contract of its counter-party gives rise to a BIT claim. Although international investment tribunals generally do not have jurisdiction over contractual claims it can happen that tribunals still find it necessary to discuss contractual issues which may involve the non-actionable performance of the contract by investors. The issue here is to what extent bad faith on part of the investor, against whom no international investment claim may be raised, can have relevance for the state’s defence. In the *Bayindir v Pakistan* case the claimant argued that Pakistan breached standard provisions of the BIT, i.e. fair and equitable treatment standard and prohibition of expropriation, by terminating the contract on the motorway construction project. The tribunal reminded the parties that it did not have jurisdiction over contractual matters but examined the whole period of contractual performance. It finally concluded that Pakistan never stepped out of its contractual position, which left the issue of a sole contractual liability outside its jurisdiction, but still examined the performance of Bayindir under the contract and found that Pakistan was justified in terminating the contract.⁸⁰

The lack of good faith can be also presumed if the investor deliberately chooses not to use national or contractual legal remedies. Although this argument also runs against the evidence of breach of the BIT,⁸¹ it can help in providing an overall assessment of the claimant’s behaviour.

⁷⁸ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award of 27 August 2008, paras. 135, 145–146.

⁷⁹ *Ibidem*, para. 145.

⁸⁰ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Award of 27 August 2009, paras. 301–315, 461.

⁸¹ *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Award of 16 September 2003; *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award of 11 September 2007.

The findings of the tribunal in the *Malicorp v. Egypt* case fall within the same context of good faith and remedies but is equally relevant for the fact that it echoes the old dilemma: whether a good faith argument of the respondent state should be dealt with at the jurisdictional or merits stage of the proceeding?⁸² The tribunal goes on to conclude that “[t]he distinction between the two approaches is not of merely theoretical significance, if only because of the remedies available against the decision. Undoubtedly there are good reasons for choosing one or the other approach, and it is possible that the circumstances in which the issue arises can justify different solutions.”⁸³ Here the tribunal, due to the circumstances of this particular case (which involved the issues of the validity of contracts) opted for the merits and thereby rejected the good faith preliminary objection. At the merits stage the tribunal had to examine „whether the Contract was validly entered into, whether it was void from the outset because the circumstances in which it was concluded contravened the principle of good faith, or whether it was capable of being rescinded because of a defect in consent, namely misrepresentation or mistake.”⁸⁴ The assessment of these issues did not prove to be too difficult as they had already been decided in another arbitration. The tribunal decided to rely on the other award which found that the respondent state had the right to discharge itself from the contract. The tribunal chose not to re-examine these issues and dismissed all claims in the arbitration.

Although the history of investment arbitration shows that investment tribunals initially gave more significant substantive value of the good faith argument to the investors by virtue of fair and equitable treatment standard, cases show a new trend according to which the good faith argument at the merits stage gain increasingly more substantive value for respondent states.

IV. CONCLUSION

The good faith principle has found its place in international investment law. Although it will more often shape states’ obligations in general, and the fair and equitable treatment standard in particular, there is sufficient evidence of the emerging trend of good faith defence by respondent states. The good faith argument can be used to deny the right of claimants to seize the tribunal (Article 41(5) of the ICSID Rules), to challenge the jurisdiction of the tribunal or admis-

⁸² *Malicorp Limited v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/08/18, Award of 7 February 2011, para. 117.

⁸³ *Ibidem*, para. 118.

⁸⁴ *Ibidem*, para. 130.

sibility of the claim, to contest the right of the claimant to have decision in its favour, or to challenge the right to compensation. The success of such a defence will depend on a number of factors but its success will be more prominent if the good faith is treated as a supreme principle, which governs legal relations in all of their aspects and content, and not only as one-sided rule. The times of good faith hopefully lie ahead.

*Dr Sanja Đajić, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

Načelo dobre vere u međunarodnoj investicionoj arbitraži: njegov supstancijalni i procesni značaj

Sažetak

Međunarodna investiciona praksa ukazuje na činjenicu da i investitori i države često koriste načelo dobre vere kao osnov svojih zahteva. Arbitražne odluke ilustruju načine na koje obe strane koriste načelo dobre vere koje je postalo važno procesno i supstancijalno pravilo međunarodnog investicionog prava. U ovom radu autorka istražuje novije trendove da bi ustanovila stvarni značaj koje će ovo načelo imati u konkretnom slučaju. Rad takođe pruža pregled novije prakse i nalaza arbitražnih sudova kada postupaju po zahtevima na osnovu načela dobre vere. Zaključak je da iako tužioci imaju boljih izgleda da ostvare svoje zahteve korišćenjem načela dobre vere putem standarda poštenog i pravičnog tretmana i opravdanih očekivanja, novija praksa možda upućuje na promenu ovog trenda. Primeri iz novije prakse, u predmetima *Insejsa*, *Feniks* i *TSA Spektrum*, ukazuju na moguću promenu ranije prakse i nastanak novog osnova za odbranu država u investicionoj arbitraži. Imajući u vidu činjenicu da investicioni arbitražni sudovi pokazuju stav da je načelo dobre vere samostalan i autonoman pravni standard, položaj država u postupku se zahvaljujući ovome poboljšava. Tužene države će, praksa pokazuje, koristiti načelo dobre vere da bi osporile mogućnost vođenja postupka na osnovu člana 41 stav 5 IKSID Arbitražnog pravilnika, nadležnost tribunala i dopuštenost tužbe, kao odbranu u meritumu i radi osporavanja prava tužioca na naknadu.

Ključne reči: Načelo dobre vere – investiciona arbitraža – načelo poštenog i pravičnog tretmana – načelo opravdanih očekivanja – nadležnosti suda i dopuštenost tužbe – nesavesno postupanje

*Dr Tatjana Lukić, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

*Stefan Samardžić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

KRIVIČNA ODGOVORNOST MALOLETNIKA I OPORTUNITET KRIVIČNOG GONJENJA¹

Sažetak: *Pitanje postupanja sa maloletnim učinioциma krivičnih dela pre svega definisano je starosnim granicama maloletstva, zatim uslovima za primenu određenih mera, a sve u cilju ostvarenja cilja generalne i naročito specijalne prevencije prema ovoj kategoriji učinilaca. Osim osvrta na pitanje ko se u pravnom sistemu Republike Srbije u krivičnopravnom smislu smatra maloletnikom, načelom oportuniteta u vezi sa krivičnim gonjenjem maloletnika, a naročito njegovom primenu kroz izricanje vaspitnih naloga. U radu je učinjen pregled i analiza podataka o strukturi kriminaliteta maloletnika kao i primeni vaspitnih naloga u poslednjih pet godina na teritoriji Republike Srbije, sa naročitim osvrtom na teritoriju AP Vojvodine kao i područje Višeg javnog tužilaštva u Novom Sadu.*

Ključne reči: *maloletnici, krivično gonjenje, oportunitet*

UVODNA RAZMATRANJA

Kriminalitet maloletnika predstavlja poseban pojavni oblik kriminaliteta čiji izvršilac poseduje niz specifičnosti vezanih za biološke, psiho-socijalne, kriminalno-političke i pravne karakteristike² jer "proces

¹ Rad je nastao kao rezultat rada na Rad je nastao kao rezultat rada na Projektu „De-te u porodičnom pravu – komparativni i međunarodnopravni aspekt“, čiji je učesnik Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, a nosilac Pokrajinski sekretarijat za obrazovanje, upravu i nacionalne zajednice APV.

² Konstantinović-Vilić S., Nikolić-Ristranović V., *Kriminologija*, Niš 2003, str. 178.

dovršenja biološko-telesnog konstituisanja kod njega nije završen, psihički aparat nije u potpunosti izgrađen i izbalansiran, a maloletnik je socijalno neadaptiran i nespreman da samostalno rešava konflikte na socijalnom planu."³

Prethodno pitanje postupanja prema maloletnicima jeste određenje samog krivičnogpravnog pojma maloletnika, odnosno određenje starosnih granica maloletstva, kako spoljašnjih granica maloletstva – prema drugim kategorijama učinilaca, tako i unutrašnjih granica na osnovu kojih se maloletni učinioци međusobno razlikuju. Iako je u pogledu starosnih granica maloletstva opravdano poći od važećeg stava zakonodavca, ne bismo smeli prevideti značaj samih kriterijuma na osnovu kojih su starosne granice postavljene na određeni uzrast. Ovakav teorijski pristup, razume se, mogao bi imati određeni značaj samo *de lege ferenda*. Argumente za neki od različitih pristupa u određivanju granica maloletstva, a naročito donje starosne granice sposobnosti za krivičnu odgovornost pokušali smo pronaći između ostalog i u analizi javnih oblika kriminaliteta ove kategorije učinilaca.

Reagovanje na protivpravna ponašanja mladih u najranijoj fazi čak i kada je stepen njihove društvene opasnosti nizak, omogućava se pozitivan razvoj ovih lica ali se istovremeno i predupređuju teži oblici kriminaliteta. U krivičnom pravu uočena tendencija da kasniji višestruki povratnici svoju kriminalnu karijeru započinju veoma rano⁴ takođe opravdava što raniju organizovanu i sistematsku reakciju društva na delinkvenciju mladih.

Oblici reagovanja države na kriminalitet maloletnika su dinamičnog karaktera koji se ogleda i kroz premanentnu modifikaciju i unapređenje koncepta restorativnog pravosuđa koji ima primat kada je u pitanju ova starosna kategorija učinilaca krivičnih dela. Društvo ima najveći interes da upravo u ovoj sferi reaktivnog delovanja ostvari najbolje rezultate dugoročnog karaktera, delujući po izvršenom krivičnom delu u pravcu restitucije, odnosno uspostavljanja stanja pre izvršenog krivičnog dela, na taj način što će se, onako kako je to moguće, ispraviti nepravda koja je tim krivičnim delom naneta, a što će imati pozitivne implikacije ne samo na oštećenog i okrivljenog, već i na celokupnu društvenu zajednicu. Pri tome

³ Drakić D., *O krivičnoj odgovornosti maloletnika*, Novi Sad 2010, str.11.

⁴ Tako su Manhajm i Vilkins još 1955. godine pokazali da je iz grupe maloletnika kojima je prvi put suđeno u 16. godini recidiviralo 46%, a iz grupe koja je počinila prve prestupe u 11. godini recidiviralo je čak 65%; preuzeto iz: Jašović, Ž.B. 1991, *op.cit.*, str. 124. (originalni izvor: Manhein, H, Willkins, L.T. 1955, *Predicting Methods in Relation to Borstal Training*, London) Ovo ukazuje kolika je ozbiljnost delinkventne aktivnosti na dečijem uzrastu, koja se multiplicira odsustvom društvene reakcije na ovakva ponašanja.

se okrivljenom maloletniku daje "nova prilika" za ponašanje koje je društveno prihvatljivo. Ova restorativna pravda može da se postigne na različite načine od sporazumevanja oštećenog i okrivljenog do određivanja izvesnih obaveza okrivljenom.

KRIVIČNOPRAVNI POJAM MALOLETNIKA

Sticanje sposobnosti za krivičnu odgovornost može biti određeno apsolutno, vezivanjem za dostizanje određenog uzrasta ili na relativan način, postavljanjem još nekih dodatnih merila koja imaju za cilj da se proceni stvarno stanje ličnosti učinioca.

Član 3 Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica⁵ reguliše „*uzrast učinioca*“ i određuje dalje starosne granice u našem krivičnom pravu vršeći dalju podelu kategorije maloletnika. Iz naslova ovog člana zaključujemo da naš Zakon pod pojmom *učinilac* podrazumeva samo lica uzrasta preko 14 godina, dakle samo lica koja se prema uzrastu nalaze u dometu krivičnopravne reakcije.

Kategorija *maloletnik* obuhvata najmlađa lica koja su sposobna da budu krivično odgovorna⁶, od 14 do 18 godina života, i njih Zakon o maloletnicima deli u dve kategorije. Pod *mlađim maloletnikom* smatra se lice koje je u vreme izvršenja krivičnog dela navršilo četrnaest, a nije navršilo šesnaest godina, dok za lica koja su u vreme izvršenja krivičnog dela navršila šesnaest, a nisu navršila osamnaest godina Zakon koristi izraz *stariji maloletnik*. Za razliku od pomenute dve kategorije, za koje je značajan samo uzrast u vreme izvršenja krivičnog dela, Zakon u stavu 4 istog člana pominje još jedno merilo i još jednu kategoriju. Naime, lice koje je u vreme izvršenja krivičnog dela navršilo osamnaest, a u vreme suđenja nije navršilo dvadeset jednu godinu, Zakon svrstava u naročitu kategoriju *mlađe punoletno lice*.

⁵ „*Službeni glasnik RS*“, broj 85/05; donet 29. septembra 2005, a stupio na snagu 1. januara 2006. godine (u daljem tekstu: Zakon o maloletnicima - ZM)

⁶ krivičnu odgovornost u okviru pojma minimalni uzrast za krivičnu odgovornost ne treba mešati sa pomenutim pojmom *krivične odgovornosti* koji se praktično svodio na zaključak da su ispunjeni svi elementi opšteg pojma krivičnog dela uključujući krivicu; prema Drakić, D. 2010, *op.cit.*, str. 8. Tako, u pogledu terminološkog određenja najmanjeg uzrasta koji je neophodan da bi se određeno lice moglo smatrati sposobnim da bude krivično odgovorno M. Škulić se opredeljuje za izraz *starosna granica sposobnosti za snošenje krivice*. Ovaj izraz smatramo veoma preciznim, naučno i dogmatski zasnovanim; vid. Škulić, M. 2010, „Starosna granica sposobnosti za snošenje krivice u krivičnopravnom smislu“, *Crimen (I)*, 2/2010, p. 203, 204.

Možda i najistaknutije obeležje našeg maloletničkog krivičnog prava je mogućnost primene naročite vrste mera koje se nazivaju **vaspitnim nalogima**, prema maloletnom učiniocu za dela za koje je zaprećena novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina.⁷ Ove alternativne mere nisu sankcije, već svojevrsne mere *sui generis*, čiji je cilj da se ne pokreće krivični postupak, ili ako je pokrenut da se obustavi.⁸ Dokaz da ove mere nisu sankcije možemo naći u ovlašćenju javnog tužioca da primeni vaspitni nalog, osim što naravno to može učiniti i sud. Treba još napomenuti da su ove mere fakultativnog karaktera, kako za organe koji ih primenjuju, tako i za maloletnika koji može, ali i ne mora da pristane na neki od vaspitnih naloga. Na primenu vaspitnih naloga uzrast konkretnog učinioca u vreme izvršenja dela utiče samo utoliko što se vaspitni nalog može izreći samo maloletnom licu, nezavisno da li on pripada kategoriji mlađih ili starijih maloletnika. Nešto više pažnje vaspitnim merama, naročito njihovoj primeni u praksi, kao i analizi strukture kriminaliteta maloletnika prema kojima su primenjeni vaspitni nalozi posvetili smo u drugom delu rada.

U odnosu na učinioca koji je u vreme izvršenja dela bio uzrasta između 14 i 16 godina i prema kome se mogu izreći samo vaspitne mere, sada se pri izboru vaspitne mere, osim drugih okolnosti, posebno uzimaju u obzir *uzrast* i zrelost.⁹ Ovde se dakle ima u vidu konkretan uzrast lica u okviru već određenih starosnih granica kategorije mlađih maloletnika. Brojne okolnosti koje Zakon na ovom mestu pominje, sud „mora obavezno da uzme u obzir kod izbora vaspitne mere“.¹⁰

Naročite pogodnosti, izražene pre svega kroz ograničeni izbor krivičnih sankcija prema mlađim maloletnicima, ipak se ne zasnivaju samo na njihovom uzrastu ispod 16 godina. Ovo je vidljivo što se i prema sledećoj starosnoj kategoriji – starijim maloletnicima – takođe mogu primeniti vaspitne mere, dok tek uz ispunjenje dodatnih uslova, izricanje kazne maloletničkog zatvora ostaje samo fakultativna mogućnost.

Za razliku od minimalnog uzrasta za krivičnu odgovornost, gornja starosna granica maloletstva, odnosno momenat sticanja krivičnogpravnog punoletstva, kod nas je postavljen na gotovo opšte prihvaćen uzrast od 18 godina. Ova granica u načelu nije predmet rasprave u pravnoj teoriji niti praksi. Međutim, iz aspekta krivičnog prava ovo načelno nije problem, jer

⁷ vid. čl. 5 stav 1 ZM.

⁸ Perić, O. 2007, *Komentar zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnogpravnog zaštiti maloletnih lica*, Beograd, str. 24.

⁹ vid. čl. 12 ZM.

¹⁰ Perić, O. 2007, *op.cit.*, str. 35.

nezavisno od uzrasta na kom je postavljena ova granica učinilac svakako može krivično odgovarati, bilo po odredbama maloletničkog, bilo opšteg krivičnog prava.¹¹

Posebnost u postupanju prema starijim maloletnicima ogleda se u mogućnosti izricanja kazne maloletničkog zatvora. Dostizanje uzrasta od 16 godina u vreme izvršenja dela predstavlja nužan, mada ne i jedini dovoljan uslov kako bi se prema maloletniku mogla izreći ova kazna. Osim ovog uslova, drugi obavezan uslov koji kumulativno mora biti ispunjen jeste da mu se na teret stavlja delo za koje je propisana kazna zatvora teža od pet godina.¹² I uz ispunjenje ova dva uslova izricanje kazne maloletničkog zatvora ostaje samo mogućnost, čak i ako sud utvrdi da zbog visokog stepena krivice, prirode i težine krivičnog dela ne bi bilo opravdano izreći vaspitnu meru. Upravo postavljanjem ovog niza uslova ističe se da je kažnjavanje maloletnika u našem pravnom sistemu *ultima ratio*, kome se pribegava tek kada su iscrpljene sve druge mogućnosti.¹³

Uzrast učinioca na osnovu kog se on svrstava u kategoriju starijih maloletnika procenjuje se u vreme izvršenja dela. Međutim, posmatrajući odnos između uzrasta učinioca i kazne maloletničkog zatvora, u kasnijim odredbama Zakona o maloletnicima koje se odnose na punoletna lica, značajan može biti i uzrast u vreme suđenja.¹⁴ Izlaganjem o posebnom uticaju uzrasta između 16. i 18. godine dolazimo na granicu krivičnog prava punoletstva. Ova, kao i mnoge granice u krivičnom pravu podrazumeva odre-

¹¹ Ipak, smatramo da je interesantno pomenuti da Porodični zakon ("Službeni glasnik RS", br. 18/2005) predviđa da sud može, iz opravdanih razloga, dozvoliti sklapanje braka maloletnom licu koje je navršilo šesnaestu godinu života, a dostiglo telesnu i duševnu zrelost potrebnu za vršenje prava i dužnosti u braku. Međutim, stupanje u brak pre punoletstva nije od važnosti za krivično pravo, jer će se na takva lica i dalje primenjivati krivičnopravne odredbe o maloletnicima. (Presuda Vrhovnog suda APV, Kž.232/52; preuzeto iz Perić, O. 2007, *op.cit.*, str. 19) Ovakvo rešenje čini se neprihvatljivim. Naime, ako je sud procenio da je maloletnik telesno i duševno zrelo za vršenje prava i dužnosti u braku, koje su značajno složenije od uzdržavanja od povrede krivičnog prava, nije jasno koji je razlog da se ovakvom učiniocu i dalje pogoduje na polju krivičnog prava. Ako je određeno lice dovoljno duševno zrelo da vrši prava i obaveze u braku, vodi porodicu i vrši roditeljsko pravo u najširem smislu, a naročito da podiže i vaspitava decu, tim pre je odgovornost tog lica veća i pa bi se i na njega trebalo primeniti opšte krivično pravo. Daleko veći nivo sveukupne zrelosti potreban je licu na polju porodičnog prava kako bi na adekvatan način vršilo svoje obaveze u braku i porodici, nego što je to nivo zrelosti neophodan kako bi se uzdržalo od povrede krivičnog prava. Otuda bi na učinioce kojima sud dozvoli sklapanje braka pre punoletstva, trebalo primeniti opšte krivično pravo, koje se primenjuje na punoletna lica

¹² vid. čl. 28 ZM.

¹³ Perić, O. 2007, *op.cit.*, str. 72.

¹⁴ vid. čl 40 ZM.

deni presek u kom se posmatrane oblasti preklapaju. U ovom prostoru egzistiraju dve kategorije učinilaca kod kojih je uzrast takođe bitan činilac za primenu određenih odredaba krivičnog prava prema njima a to su *punoletna lica koja su krivično delo učinila kao maloletnici, te mlađa punoletna lica*, čijim se krivičnopравnim statusom nećemo baviti u ovom radu.

OSNOVNI MODELI¹⁵ KRIVIČNOPRAVNOG POLOŽAJA MALOLETNIKA

Pod uticajem kriminoloških, psiholoških i pedagoških nauka, te tzv. pokreta nove društvene odbrane, strujanja koje se u kriminalnoj politici javljaju nakon drugog svetskog rata, u središte pažnje stavljaju maloletnikovu ličnost, njeno stanje i potrebe.¹⁶ Osnovne postavke ovakvog pristupa daju prednost socijalno-pedagoškim i psihološkim uzrocima maloletničke delinkvencije, koja se prvenstveno objašnjava društvenom uslovljenošću.¹⁷ Sa ciljem što boljeg i svestranog upoznavanja ličnosti maloletnika, u ovom modelu postupanja sa maloletnicima, izuzetno su široka diskreciona ovlašćenja sudije, koji postupak u kom je svedena svaka formalnost, a javnost ograničena, usmerava pre ka pružanju pomoći maloletniku nego njegovom kažnjavanju.¹⁸ Pitanje krivice maloletnika se potiskuje u drugi plan.¹⁹ Dosledno, u ovakvom postupku prema maloletnicima krivična sankcija se izriče po pravilu u relativnom trajanju, a konkretna dužina se određuje u zavisnosti od ponašanja maloletnika i stepena uspešnosti postupanja koji zavisi od sankcije.²⁰ Opisani pristup problemu malolet-

¹⁵ Izraz *modeli* ovde podrazumeva sveobuhvatan sistem načela, mera, pravila postupanja prema maloletnim delinkventima i ciljeva koji se njima žele ostvariti. U skladu sa prihvaćenim stručnim nazivljem i zbog jednostavnosti u izražavanju koristićemo pojam *model*.

¹⁶ *Ibid.*, str. 174.

¹⁷ prema Škulić, M. 2003, *Maloletnici kao učinioci i kao žrtve krivičnih dela*, Beograd, str. 129.

¹⁸ Perić, O. 1994, „Decenija velikih promena u krivičnom statusu maloletnika“, *Anal. Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1-2/1994, str. 172-183.

¹⁹ više o tome: Obretković, M. 1995, „Krivični postupak prema maloletnicima (načela postupka i zaštita prava okrivljenog)“, *Zbornik Srpskog udruženja za krivično pravo - „Aktuelna pitanja maloletničke delinkvencije“*, Kopaonik, str. 44; preuzeto iz Škulić, M. 2003, *op.cit.*, str. 130. Naš Zakon o maloletnicima ne definiše pojam krivice, iako ga (nedosledno) koristi, pa se shodno primenjuje odredba Krivičnog zakonika. Pitanje sadržaja krivice i krivične odgovornosti maloletna veoma je konfuzno kroz celokupan tekst Zakona o maloletnicima. O ovim pitanjima videti izuzetno interesantnu raspravu u celoj monografiji: Drakić, D. 2010, *op. cit.*; naročito videti str. 46-72.

²⁰ Škulić, M. 2003, *op.cit.*, str. 131.

ničke delinkvencije u našoj literaturi se različito naziva, što je posledica različitih prevoda njegovog, široko prihvaćenog, naziva na engleskom jeziku – *welfare model*.²¹

Za upravo pomenuti pristup u nauci koristi se takođe, po nama neprihvatljiv prevod – *model blagostanja*. Čini se da ovaj izraz, iako ne izražava suštinu pojma za čije označavanje se upotrebljava, na odgovarajući način opisuje ekonomske i sveukupne društvene prilike u vreme svoje nadmoći, od drugog svetskog rata do 80-tih godina prošlog veka. Okončanjem perioda blagostanja, otpočinjanjem recesije u svetskoj privredi dolazi do značajnih demografskih pomeranja u strukturi zapadnog društva, u porodici, ali i u pogledu položaja i uloge omladine.²² Ovakva socijalna dinamika rezultirala je promenom kursa u politici prema maloletnicima.

Osamdesetih godina javlja se novi, sintetički i sveobuhvatan način postupanja sa maloletnicima, tzv. *justice*, kod nas preveden kao *sudski model*. U najkraćim crtama, ovaj model, nastao kao kritika *welfare* modela odlikuje se isticanjem u prvi plan žrtve krivičnog dela i interesa samog društva.²³ Merila za izricanje, i naročito za trajanje sankcija moraju biti tačno određena, iako se kazna zatvora se primenjuje ipak samo kao *ultima ratio*. Ovaj model obezbeđuje viši nivo zaštite procesnih prava i omogućava potpunije ostvarenje principa zakonitosti. Sve mere izričito su predviđene zakonom. Ipak, model ne odbacuje neke od koncepcija *welfare* modela. Tako kod lakših dela i gde god je to moguće treba nastojati da se postupak skrene (*diversion*) u nepenalnom pravcu.²⁴ Takođe, posmatrano iz krivičnoprocesnog aspekta, ovaj model na nivo temeljnog načela uzdiže slobodu volje maloletnika tokom postupka kao i njegovu slobodu izbora u odnosu na delinkventno i nedelinkventno ponašanje.

Izloženi modeli prikazani su u idealnom obliku kakve je teško pronaći u praksi. Osim toga, kako neki autori tvrde, prikazani modeli i nisu toliko različiti, a oni u evropsko-kontinentalnoj porodici pravnih sistema polako se razvijaju u pravcu spajanja obrazovnih ciljeva i procesnih jemstava okrivljenih maloletnika. Razlike među iznetim modelima prevashodno se javljaju na procesnom planu. U pogledu važećeg malolet-

²¹ Tako prof. Obrad Perić za ovaj model koristi srpski termin zaštitnički model, čemu se i mi priklanjamo, kao u suštini i prof. Milan Škulić koristeći termin *protektivni (zaštitnički)* model. Kod nekih autora srećemo termin model *blagostanja*, koji smatramo ne odgovara posebnom značaju termina *welfare* u (maloletničkom) krivičnom pravu.

²² Perić, O. 1994, *op.cit.*, str. 175.

²³ *Ibid.*

²⁴ Ignjatović, Đ. 2004, „Maloletničko krivično pravo između bolećivosti i retributivnosti“, *Pravni život*, br. 9/2004, str. 530.

ničkog prava Srbije, smatramo da je ispravna konstatacija da „neka nova rešenja, kako u materijalnom, tako i u procesnom pravu, nagoveštavaju tendenciju jačanja zaštitničkog modela“ u našem maloletničkom krivičnom pravu.²⁵

Prikaz modela postupanja prema maloletnim delinkventima, učinjen je samo sa namerom da se prikaže razvoj misli u pristupu problematici maloletnih učinilaca krivičnih dela. Uzrast učinioaca, kao predmet ovog rada, vrhunac značaja dostiže kroz institut minimalnog uzrasta za krivičnu odgovornost. Na kom god uzrastu da fiksiramo donju starosnu granicu krivičnog prava maloletstva neizbežno će učinioци mlađi od tog uzrasta dolaziti u sukob sa krivičnim pravom. Upravo u pogledu postupanja sa njima, a imajući u vidu nezainteresovanost našeg društva i veoma slabu društvenu reakciju na najmlađe delinkvente, izneti modeli svakako mogu poslužiti kao smernice u izgradnji odgovora društva prema kriminalnom podmlatku.

Osnovni principi restorativne pravde, i pored njegovog različitog teorijskog određenja, su: princip *personalizma*, odnosno shvatanja krivičnog dela pre svega kao povrede ljudi i međuljudskih odnosa; princip *popravljanja štete nastale krivičnim delom*; princip *učestva* i princip *reintegracije*.²⁶ Akcenat se stavlja upravo na vaspitno delovanje koje treba da obezbedi adekvatan razvoj maloletnika, odnosno njegove ličnosti, a posebno njegove odgovornosti za preduzete postupke, što je potrebno za život u društvenoj zajednici. U tzv. zaštitničkom, protektivnom, odnosno modelu blagostanja "pažnja se koncentriše na ličnost prestupnika i polazi se od postavke o neophodnosti njegove reedukacije i rehabilitacije"²⁷ s tim da se ovaj program reedukacije i rehabilitacije prema mišljenju pojedinih autora²⁸ može ugroziti preterivanjem u pružanju mnogobrojnih ustavnih prava i garancija maloletnim prestupnicima. Kriminalitetu maloletnika se pristupa uvek posebno obazrivo iz razloga što je "...činjenica da se radi o licima čije rano kriminalno ponašanje može dovesti do kriminalne karijere, odnosno profesionalizacije..."²⁹ tj. postoji "...veća opasnost od recidivizma nego kada se radi o punoletnim licima..."³⁰

²⁵ Drakić, D. 2010, *op.cit.*, str.75.

²⁶ Čopić S., „Pojam i osnovni principi restorativne pravde“, *Temida*, Maj 2007., str. 31.

²⁷ Ignjatović Đ., *Kriminologija*, Beograd 2011., str. 191.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Škulić M., *Maloletničko krivično pravo*, Beograd 2011., str. 229.

Jedna od nesumnjivih tendencija savremenog kaznenog procesnog prava ogleđa se u zamahu konsenzualnih formi postupanja koje, iako ukorenjene u anglosaksonskom pravnom sistemu, u novije vreme evidentno prodiru na područje zemalja kontinentalnog pravnog sistema.³¹ Tu se prvenstveno misli na oportunitet krivičnog gonjenja, ali i na medijaciju koja je kao "pregovarački proces više "restorativan" zbog izražavanja osećanja kajanja, empatije, izvinjenja i opraštanja koje podstiče, doprinoseći osećanju uvažavanja, tolerancije, miroljubivog ponašanja i zadovoljstva."³² i on u osnovi takođe koncept restorativne pravde što ga čini svojevrsnim modalitetom rešavanja konflikta koji je posledica izvršenog krivičnog. I pored evidentnih prednosti, slažemo se sa mišljenjem prof. Đurđića³³ koji kaže da ovaj postupak medijacije ipak ne sme da se pretvori u prepreku koja će sprečavati primenu oportuniteta gonjenja. Iako je još ranih devedesetih godina prošlog veka u krivično-pravnoj teoriji bilo i kritika na račun ovih novina, danas postoji skoro potpuna saglasnost kako teorije, tako i prakse da su pozitivne karakteristike ovih formi postupanja odnele prevagu i da je samo pitanje koje oblike tih vrsta treba anticipirati u domaće krivičnoprocesno zakonodavstvo.

Načelo oportuniteta - diskrecionog gonjenja maloletnika je suprotno načelu legaliteta i ne stvara obavezu za javnog tužioca da krivično goni kad se ispune zakonom predviđeni uslovi, kako stvarni tako i pravni. Diskreciono krivično gonjenje u biti predstavlja diverzioni model protkan idejama konsenzualne i restorativne pravde, čija je svrha racionalizacija krivičnog postupka i postizanje nekih vanprocesnih i političkih ciljeva.³⁴ Diverzija u širem smislu, po pravilu, ima intenciju da bude jedna od prvih karika u lancu pravosudnog mehanizama koji se odvija po ustaljenom obrascu krivičnog postupka i predstavlja svako skretanje sa ovog tipičnog puta, koje u krajnjoj liniji ne rezultira oglašavanjem okrivljenog krivim i njegovom penalnom institucionalizacijom, već joj je cilj najčešće podrgavanje učinioca nekom vanpenalnom tretmanu.³⁵ Diverzija često počiva na strategiji mirnog rešavanja sporova, koja se radikalno razlikuje od klasičnog suđenja, i mirenje se smatra najesencijalnijim, najprirodnijim i najefi-

³¹ Sirotić V., „Primjena načela svrsishodnosti iz članka 175. Zakona o kaznenom postupku“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 13, br.1/2006, str. 17.

³² Džamonja-Ignjatović T., Žegarac N., „Restorativna pravda između filozofije i empirije“, *Godišnjak Fakulteta političkih nauka*, 2008, vol. 2, br. 2, str. 467.

³³ Đurđić V., „Diskreciono gonjenje maloletnih učinilaca krivičnih dela“, *Teme*, broj 2/2011, str. 406.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Videti: Brkić S., *Krivično procesno pravo II*, Novi Sad 2010, str. 22.

kasnijim načinom rešavanja spora, koji vodi ponovnom uspostavljanju narušene ravnoteže, društvenog sklada i harmonije.³⁶

U postupku prema maloletnicima propisana je mogućnost primene oportuniteta koji se u teoriji klasifikuje na bezuslovljen (klasičan) oportunitet i uslovljen oportunitet.³⁷ Baziran na oceni celishodnosti krivičnog gonjenja, klasični oportunitet je predviđen u Zakonu o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica³⁸ (član 58.) u dva slučaja, kada se radi o krivičnom delu za koje je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina ako ima dovoljno dokaza na osnovu kojih proizilazi osnovana sumnja da je maloletnik učinio krivično delo i da to nije celishodno. Drugi slučaj je moguć u situaciji kada se maloletnik već nalazi na izvršenju kazne maloletničkog zatvora ili vaspine mere i tada učini novo krivično delo ili se sazna za već učinjeno delo za koje se nije znalo u vreme vođenja krivičnog postupka. Tada, oportunitet nije vezan za težinu krivičnog dela, već se jedino uzima u obzir svrha vođenja krivičnog postupka i izricanje krivične sankcije za to delo, "...ako s obzirom na njegovu težinu, kao i na kaznu ili vaspitnu meru koja se izvršava ne bi imalo svrhe pokretati postupak i izricati novu sankciju (član 58. stav 3. ZM), npr. zato što se stroža kazna ili vaspitna mera ne može izreći."³⁹

O svojoj odluci da ne pokrene krivično gonjenje u skladu sa načelom oportuniteta, javni tužilac mora da obavesti oštećenog i organ starateljstva i oni tada imaju na raspolaganju rok od osam dana, odnosno tri meseca (od dana odbacivanja krivične prijave, odnosno predloga oštećenog za pokretanje postupka, ako o nepokretanju postupka nisu obavestili), u kome ukoliko smatraju da je potrebno, mogu da se obrate sa zahtevom veću za maloletnike neposredno višeg suda da odluči o pokretanju postupka. Ovo zakonsko rešenje je svojevrsan vid kontrole javnog tužioca u vezi sa primenom načela oportuniteta.

Celishodnost, kao osnovni indikator primene oportuniteta podrazumeva procenu same prirode krivičnog dela, okolnosti pod kojima je ono izvršeno, lična svojstva maloletnika i njegov raniji život. Pomenute okolnosti, javni tužilac može da utvrdi sam, ali mu isto tako na raspolaganju stoji i mogućnost da prikupi potrebne informacije, odnosno podatke od samog maloletnika, njegovih roditelja ili staratelja, kao i dugih lica i ustanova - organa starateljstva, kao i to da za njega te podatke

³⁶ *Ibid.*, str. 26.

³⁷ Tako: Škulić M., *Maloletničko krivično pravo*, Beograd 2011, 320-323. i Brkić S., *op.cit.*, str. 236.

³⁸ „*Službeni glasnik RS*“ broj 85/2005.

³⁹ Grubač M., *Krivično procesno pravo* - šesto imenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd 2009., str. 506.

mogu da pribave i socijalni radnici, pedagog, psiholog i druga lica. Sva-ki maloletnik ima određeni stepen intelektualne, psihofizičke zrelosti i određeni nivo sesti o preduzetim postupcima i odgovornosti za svoje ponašanje što je jako važno kada je u pitanju primena načela oportuniteta maloletnika, jer je maloletnih taj koji mora da bude spreman i voljan da prihvati i da realizuje određenu obavezu, a da pri tome ima punu svest o značaju i posledicama toga. Kod primene vaspitnih naloga se svakako uzima u obzir ličnost maloletnika koja je prvenstveno određena opštim elementima nedozrele psihostrukture koja je još, odnosno tek u razvoju. Celishodnost se ocenjuje uzimajući u obzir interes maloletnika, oštećenog, ali isto tako i društveni (javni) interes i "...ne sme predstavljati izraz samovolje i arbitrnosti javnog tužioca".⁴⁰ Javni tužilac u svakom pojedinom slučaju ceni da li je cilishodno pokrenuti postupak za čije su pokretanje inače ispunjene sve pravne i stvarne pretpostavke određene u zakonu rukovodeći se pri tom političkim razlozima, razlozima utiska koje će gonjenje ostaviti na javnost, beznačajnošću krivičnog dela, beznačajnošću učiničene štete, činjenicom da je šteta naknađena, razlozima procesne ekonomije, potrebom blagonaklonog postupanja prema okrivljenom iz kriminalno političkih razloga u vezi sa njegovom ličnošću ili sa političkom situacijom i sl.⁴¹

Ukoliko je za donošenje odluke javnog tužioca o nepokretanju postupka potrebna saglasnost, odnosno pristanak maloletnika, njegovog roditelja, usvojioca ili staraoca i pod uslovom da je maloletnik spreman ne samo da prihvati, već i da ispuni jedan ili više vaspitnih naloga, govorimo o *uslovljenom oportunitetu* (član 62. ZM). Tada javni tužilac, po ispunjenom vaspitnom nalogu (u potpunosti ili samo delimično ako je to celishodno) donosi odluku o nepokretanju krivičnog postupka u formi rešenja o odbacivanju krivične prijave, odnosno predloga oštećenog za pokretanje postupka. Ovaj vid oportuniteta "...ima elemente kako klasičnog nepokretanja krivičnog postupka zbog necelishodnosti, tako i elemente oproštaja učiniocu krivičnog dela, ukoliko on ispunjenjem određenih obaveza tu specifičnu "aboliciju" zasluži, a s obzirom na karakter tih obaveza koje u određenoj meri imaju sličnosti i sa nekim krivičnim sankcijama (na primer sa novčanom kaznom kao i sa radom u javnom interesu), ovom ustanovom se u određenoj meri, može ostvariti svrha krivičnog sankcionisanja, a da pri tom u formalnom smislu ne dolazi do kažnjavanja i nekih uobičajenih štetnih posledica izvršenja kazne, niti nastupa tzv. stigmatizacija

⁴⁰ Brkić S., *op.cit.*, str. 249.

⁴¹ Vasiljević T., *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Beograd 1971, str. 124

osuđivanosti.⁴² Ispunjenje određenih obaveza se realizuje u formi vaspitnih naloga. Ukoliko maloletnik ispuni predviđenu obavezu, javni tužilac donosi odluku u formi rešenja kojom odbacuje krivičnu prijavu, odnosno predlog oštećenog za pokretanje krivičnog postupka (član 62. stav 4.), kao i kada je obaveza samo delimično ispunjena, a to je celishodno s obzirom na samu prirodu krivičnog dela, okolnosti pod kojima je delo izvršeno, lična svojstva maloletnika, njegov raniji život i naravno uzimajući u obzir i same razloge zašto nije obaveza ispunjena (član 62. stav 5.). U suprotnom (član 62. stav 6.), javni tužilac podnosi sudiji za maloletnike zahtev za pokretanje pripremnog postupka. O svojoj odluci da odbaci krivičnu prijavu, javni tužilac mora da obavesti oštećenog koji nema pravo da zahteva pokretanje postupka (član 62. stav 7.), kao ni pravo da ostvaruje svoj imovinskopravni zahtev ukoliko je šteta u potpunosti nadoknađena, a u slučaju da je samo delimično naknađena, ostatak imovinskopravnog zahteva oštećeni može da ostvari u parnici (član 62. stav 8.).

Vaspitni nalozi su mere *sui generis* koji se izriču maloletnim učiniocima određenih krivičnih dela, od strane nadležnih organa, pod uslovima propisanim u zakonu, u cilju ostvarenja zakonom propisane svrhe, u interesu kako maloletnika koji je učinio krivično delo, tako i oštećenog.⁴³ Svrha vaspitnih naloga se realizuje kroz prizmu diverzione strukture kojom se zaobilazi, odnosno izostavlja krivičnopravna reakcija prema maloletnicima radi pravilnog uticaja na razvoj maloletnika i jačanje njegove lične odgovornosti i da u budućnosti ne vrši krivična dela (videti član 6. ZM), pa samim tim "diverzija predstavlja korektiv dominantne kriminalne politike tamo gde bi ona vodila neželjenim posledicama."⁴⁴ Prema Zakonu o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica jedan ili više vaspitnih naloga može odrediti javni tužilac za maloletnike, odnosno sudija za maloletnike posle podnošenja zahteva za pokretanje krivičnog postupka prema maloletniku od strane javnog tužioca⁴⁵, ukoliko se radi o krivičnom delu za koje je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina, a maloletnik je priznao krivično delo, pri tome uzimajući u obzir odnos maloletnika kako prema delu, tako i prema oštećenom licu (član 5.). Izbor

⁴² Škulić M. 2011, *op.cit.*, str. 322.

⁴³ Radulović LJ., Vaspitni nalozi - alternativa sankcijama za maloletnike, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, vol. 47, br.3, 2009, str.215.

⁴⁴ Brkić S., *op.cit.*, str.23.

⁴⁵ Obustava postupka primenom načela oportuniteta prema maloletnicima je moguća u dva slučaja i to kao obustava postupka iz razloga necelishodnosti daljeg gonjenja (član 70. ZM) i uslovna obustava postupka (član 71. ZM).

vaspitnog naloga, koji se vrši u saradnji sa roditeljima, usvojiocem ili staraocem maloletnika i nadležnim organom starateljstva, uslovljen je neremećenjem redovnog obrazovanja (školovanja) ili rada (zaposlenja) maloletnika, vremenski je oročen na maksimalan period od šest meseci, s tim da se u vremenskom intervalu nalog može ukinuti ili supstituisati drugim vaspitnim nalogom (član 8.). Potrebno je reći da postoji pet vrsta vaspitnih naloga propisanih zakonom (član 7.) a to su: *poravnanje sa oštećenim* (gde su se u potpunosti ili samo delom otklonile štetne posledice naknadom štete od strane maloletnika, njegovim izvinjenjem oštećenom, radom ili na neki drugi pogodan način); *redovno pohađanje škole ili odlaženje na posao; uključivanje u humanitarni rad organizacija ili poslove socijalnog, lokalnog ili ekološkog sadržaja (bez naknade); podvrgavanje adekvatnom ispitivanju i odvikavanju od zavisnosti izazvane upotrebom alkoholnih pića ili opojnih droga; uključivanje u pojedinačni ili grupni tretman u odgovarajućoj zdravstvenoj ustanovi ili savetovalištu*. Iako je primena vaspitnih naloga samo mogućnost, kao mera parakaznene prirode ona se u mnogim evropskim zakonodavstvima pokazala kao efikasno i izuzetno često primenjivano sredstvo reagovanja na lakše oblike kriminaliteta maloletnika. U prilog tome govori i statistički podatak da Evropska iskustva govore da se vaspitni nalozi primenjuju kod 20–30% maloletnika koji su učinili krivično delo, što je znatno češće nego u Srbiji.⁴⁶ Razlozi za neprimenjivanje ove zakonske mogućnosti kod nas leže u činjenici da, iako treba da bude efikasnija, ona ipak zahteva dodatno angažovanje tužioca u poređenju sa redovnom procedurom u takvim slučajevima, pa samim tim, samo ukoliko bi uz tužioca radio određeni stručni tim ili jedno stručno lice koje bi, vršilo sve potrebne pripremne mere i radnje u konkretnom slučaju za primenu oportuniteta, da bi se i sam tužilac radije opredeljivao za ovu zakonsku mogućnost. Tu takođe, značajnu ulogu ima i vreme koje je potrebno da bi se već neke izgrađene navike samih javnih tužilaca promenile, pri čemu nesumnjivo i opterećenost rada samih tužilaca ima u tome opredeljujuću ulogu. Javni tužioci treba da pokažu posebnu otvorenost ka novim idejama, da se stručno usavršavaju, a onda svojim ličnim stavom doprinesu razvoju te široj i kvalitetnijoj primeni načela oportuniteta.⁴⁷

⁴⁶ Satarčić N., Obradović D., „Analiza primene vaspitnih naloga i posebnih obaveza u Srbiji“, *Aktuelnosti – Informativni bilten Udruženja stručnih radnika socijalne zaštite Republike Srbije*, Beograd, 2011 str.25.

⁴⁷ Bejatović S., Đurđić V., Škulić M., Ilić G., Kiurski J., Matić M., Lazić R., Nenađić S., Trninić V., *Primena načela oportuniteta u praksi - izazovi i prepreke*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Beograd 2012., str.167.

Takođe je veoma važno da, "jednom rečju, načelo oportuniteta krivičnog gonjenja mora da bude tako normirano da ono bude jedno od najvažnijih instrumenata efikasnosti krivičnog pravosuđa."⁴⁸

PRIMENA NAČELA OPORTUNITETA U VEZI SA KRIVIČNIM GONJENJEM MALOLETNIKA U PRAKSI (2007-2011)

I pored široko postavljenih zakonskih mogućnosti za primenu načela oportuniteta krivičnog gonjenja maloletnika kod nas, praksa pokazuje slabu primenu ove zakonske mogućnosti, što se najbolje vidi iz podataka Republičkog zavoda za statistiku Republike Srbije.⁴⁹

U 2011. godini, prema saopštenju Republičkog zavoda za statistiku, prema maloletnim učiniocima krivičnih dela primenjeni su vaspitni nalozi u 187 slučajeva, od čega je javni tužilac primenio vaspitni nalog u 87 slučajeva, a sudija za maloletnike u 100 slučajeva.⁵⁰

U 2010. godini u Republici Srbiji primenjen je ukupno 151 vaspitni nalog, od čega je 59 primenjeno pre pokretanja postupka, a 92 naloga posle podnošenja zahteva za pokretanje krivičnog postupka prema maloletniku. Za krivična dela protiv života i tela ukupno je primenjeno 18 vaspitnih naloga (6 pre pokretanja postupka i 12 posle podnošenja zahteva za pokretanje krivičnog postupka) od čega najviše za krivično delo lake telesne povrede 12 (5 pre pokretanja postupka i 7 posle podnošenja zahteva za pokretanje krivičnog postupka). Za krivična dela protiv sloboda i prava čoveka i građanina samo jedan vaspitni nalog je primenjen posle podnošenja zahteva za pokretanje krivičnog postupka i to za krivično delo Ugrožavanje sigurnosti. Za krivična dela protiv polne slobode primenjena su 4 vaspitna naloga posle podnošenja zahteva za pokretanje krivičnog postupka, od čega 1 za krivično delo silovanja i 3 za nedozvoljene polne radnje. Za krivična

⁴⁸ Bejatović S., „Zakonska norma kao pretpostavka efikasnosti postupanja javnog tužioca u krivičnim stvarima“, u: grupa autora, *Uloga javnog tužioca i pravnom sistemu sa posebnim osvrtom na problematiku efikasnosti krivičnog postupka i maloletničku delikvenciju*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Beograd 2010. str. 233.

⁴⁹ Svi statistički podaci koji su obrađeni u ovom radu su preuzeti iz biltena Republičkog zavoda za statistiku Republike Srbije, i to: „Maloletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji, 2010“ (broj 547), „Maloletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji, 2009“ (broj 28), „Maloletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji, 2008“, „Maloletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji, 2007“ – svi dostupni na sajtu: <http://webzrs.stat.gov.rs/WebSite/Default.aspx>.

⁵⁰ Republički zavod za statistiku, Republika Srbija, Saopštenje broj 195 - god. LXII, statistika pravosuđa, 13.07.2012., ISSN 0353-9555

dela protiv časti i ugleda 1 vaspitni nalog je primenjen pre pokretanja postupka i to za krivično delo uvrede. Za krivična dela protiv zdravlja ljudi primenjena su 3 vaspitna naloga u pripremnom stadijumu postupka i to sva 3 za krivično delo Neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga. Za krivična dela protiv životne sredine primenjen je jedan vaspitni nalog posle podnošenja zahteva za pokretanje krivičnog postupka i to za krivično delo Šumska krađa. Za krivična dela protiv imovine primenjeno je 38 vaspitnih naloga pre pokretanja postupka, od čega najviše (25) za krivično delo Uštenje i oštećenje tuđe stvari. Za krivična dela protiv opšte sigurnosti ljudi i imovine primenjeno je 4 vaspitna naloga pre pokretanja postupka i to za krivično delo izazivanje opšte opasnosti. Za krivična dela protiv bezbednosti javnog saobraćaja i to za krivična dela ugrožavanja javnog saobraćaja pre pokrenutog postupka primenjeno je 5 vaspitnih naloga, a posle podnošenja zahteva za pokretanje krivičnog postupka 2 naloga. Za krivična dela protiv državnih organa posle pokretanja postupka primenjen je 1 vaspitni nalog i to za krivična dela napad na službeno lice u vršenju službene dužnosti. 1 vaspitni nalog posle podnošenja zahteva za pokretanje krivičnog postupka je primenjen za krivično delo Neprijavljivanje krivičnog dela i učinioca iz grupe krivičnih dela protiv pravosuđa. Što se tiče krivičnih dela protiv javnog reda i mira, za krivično delo Nasilničko ponašanje primenjen je jedan vaspitni nalog pre pokretanja postupka, a 8 posle podnošenja zahteva za pokretanje krivičnog postupka. Osim toga, 1 vaspitni nalog posle podnošenja zahteva za pokretanje krivičnog postupka je primenjen i za krivično delo Nasilničko ponašanje na sportskoj priredbi. Što se tiče krivičnih dela protiv pravnog saobraćaja, vaspitni nalog je primenjen prema učiniocima krivičnih dela Falsifikovanje isprave i to 3 pre pokretanja postupka, a 1 posle podnošenja zahteva za pokretanje krivičnog postupka.

Od ukupno 59 vaspitnih naloga koji su primenjeni pre pokretanja postupka, na teritoriji Republike Srbije, samo 5 je primenjeno u regionu Vojvodine, a od ukupno 92 primenjena vaspitna naloga posle podnošenja zahteva za pokretanje krivičnog postupka, svega 23 vaspitna naloga je primenjeno u regionu Vojvodine.

U 2009. godini ukupno je primenjeno 110 vaspitnih naloga, od toga 72 pre, a 38 posle podnošenja zahteva za pokretanje krivičnog postupka. Za krivična dela protiv života i tela 8 naloga je primenjeno pre pokretanja postupka i to sve za krivična dela Učestvovanje u tuči, a 3 posle podnošenja zahteva za pokretanje krivičnog postupka (1 za krivično delo ubistva, 1 za laku telesnu povredu i 1 za učestvovanje u tuči). Iz grupe krivičnih

dela protiv sloboda i prava čoveka i građanina, primenjen je jedan vaspitni nalog pre pokretanja postupka i to za delo neovlašćeno fotografisanje. Takođe, pre pokretanja postupka, primenjen je jedan vaspitni nalog za krivično delo silovanja. Za krivično delo nasilje u porodici 1 vaspitni nalog je primenjen pre, a 1 posle podnošenja zahteva za pokretanje krivičnog postupka. Što se tiče krivičnih dela protiv imovine primenjeno je ukupno 68 vaspitnih naloga (46 pre i 22 posle pokrenutog postupka, od čega najviše za krivično delo krađe (10 pre i 9 posle podnošenja zahteva za pokretanje krivičnog postupka). Jedan vaspitni nalog je primenjen za krivično delo Falsifikovanje novca i to posle podnošenja zahteva za pokretanje krivičnog postupka. Za krivična dela protiv bezbednosti javnog saobraćaja primenjeni su vaspitni nalozi samo pre pokretanja postupka i to 15 za krivično delo Ugrožavanja javnog saobraćaja. 4 vaspitna naloga su primenjena za krivična dela neovlašćena proizvodnja, držanje i stavljanje u promet opojnih droga posle podnošenja zahteva za pokretanje krivičnog postupka, a 6 vaspitnih naloga za krivična dela protiv javnog reda i mira, i to 5 za Nasilničko ponašanje i 1 za krivično delo Zloupotreba znaka za pomoć i znaka za opasnost.

Od ukupno 72 vaspitna naloga koji su primenjeni pre pokretanja postupka, na teritoriji Republike Srbije, samo 2 je primenjeno u regionu Vojvodine, a od ukupno 38 primenjenih vaspitnih naloga posle podnošenja zahteva za pokretanje krivičnog postupka, svega 19 vaspitna naloga je primenjeno u regionu Vojvodine.

U 2008. godini ukupno 69 vaspitnih naloga je primenjeno u Republici Srbiji, a od toga 55 pre, a 14 posle podnošenja zahteva za pokretanje krivičnog postupka. Za krivična dela protiv života i tela primenjeno je ukupno 9 vaspitnih naloga pre pokretanja postupka (3 za tekšu telesnu povredu, 2 za laku telesnu povredu i 2 za učestvovanje u tuči), dok je za krivična dela protiv sloboda i prava čoveka i građanina primenjeno svega dva vaspitna naloga i to za krivično delo prinude. Najveći broj vaspitnih naloga je primenjen za krivična dela protiv imovine i to 22 pre i 11 posle podnošenja zahteva javnog tužioca za pokretanje krivičnog postupka, pri čemu je najveći broj (9) pre pokretanja postupka primenjen za sitnu krađu, utaju i prevaru, a posle podnošenja zahteva za pokretanje krivičnog postupka 4 za tešku krađu. Osim toga, pre pokretanja postupka primenjena su 2 vaspitna naloga za krivično delo šumske krađe. Za krivična dela protiv opšte sigurnosti ljudi i imovine primenjen je jedan vaspitni nalog za izazivanje opšte opasnosti pre pokretanja postupka, a posle podnošenja zahteva za pokretanje krivičnog postupka primenjen je jedan nalog za uništenje, oštećenje i

uklanjanje znakova kojima se upozorava na opasnost. Što se tiče krivičnih dela protiv zdravlja ljudi pre pokretanja postupka primenjena su dva vaspitna naloga za krivična dela neovlašćena proizvodnja, držanje i stavljanje u promet opojnih droga. Za krivična dela ugrožavanja javnog saobraćaja 12 vaspitnih naloga je primenjeno pre, a samo jedan posle podnošenja zahteva za pokretanje krivičnog postupka. Iz grupe krivičnih dela protiv javnog reda i mira primenjena su dva vaspitna naloga, oba za krivično delo nedozvoljeno držanje oružja i eksplozivnih materija (1 pre i 1 posle podnošenja zahteva za pokretanje krivičnog postupka). Za krivično delo Posebni slučajevi falsifikovanja iz grupe krivičnih dela protiv pravnog saobraćaja, primenjeno je 3 vaspitna naloga pre pokretanja postupka.

Od ukupno 55 vaspitnih naloga koji su primenjeni pre pokretanja postupka, na teritoriji Republike Srbije, samo 9 je primenjeno u regionu Vojvodine, a od ukupno 14 primenjenih vaspitnih naloga posle podnošenja zahteva javnog tužioca za pokretanje krivičnog postupka, svega 5 vaspitna naloga je primenjeno u regionu Vojvodine.

U 2007. godini ukupno je primenjeno 50 vaspitnih naloga, od toga 40 pre, a 10 posle podnošenja zahteva za pokretanje krivičnog postupka. Vaspitni nalozi su u najvećem broju primenjeni za krivična dela iz grupe dela protiv imovine, i to 23 pre (3 za krađu, 7 za razbojničku krađu, 6 za uništenje i oštećenje tuđe stvari i 3 za neovlašćeno korišćenje tuđeg vozila) i 12 posle podnošenja zahteva za pokretanje krivičnog postupka (1 za krađu, 5 za uništenje i oštećenje tuđe stvari, 4 za neovlašćeno korišćenje tuđeg vozila i 2 za sitnu krađu, utaju i prevaru). Što se tiče krivičnih dela protiv života i tela 4 vaspitna naloga primenjena su za laku telesnu povredu pre pokretanja a 3 posle podnošenja zahteva za pokretanje krivičnog postupka. Pre pokretanja postupka primenjeno je 9 vaspitnih naloga za krivično delo ugrožavanje javnog saobraćaja a svega jedan posle podnošenja zahteva za pokretanje krivičnog postupka. Što se tiče primene vaspitnih naloga pre pokretanja postupak za ostala krivična dela, 1 je primenjen za krivično delo lažno prijavljivanje i 3 za nasilničko ponašanje, dok je vaspitni nalog posle podnošenja zahteva za pokretanje krivičnog postupka, osim za navedena dela, primenjen još samo za krivično delo posebni slučajevi falsifikovanja isprave.

Od ukupno 50 vaspitnih naloga koji su primenjeni pre pokretanja postupka, na teritoriji Republike Srbije, 12 je primenjeno u regionu Vojvodine, a od ukupno 17 primenjenih vaspitnih naloga posle podnošenja zahteva za pokretanje krivičnog postupka, čak 16 vaspitnih naloga je primenjeno u regionu Vojvodine.

Tabela 1.

PRIJAVLJENA MALOLETNA LICA PREMA KRIVIČNOM DELU				
Postupak nije pokrenut - odbačena prijava, primenjen vaspitni nalog				
KRIVIČNA DELA	2007	2008	2009	2010
protiv života i tela	4	9	8	6
protiv slobode i prava čoveka i građanina	0	2	1	0
protiv izbornih prava	0	0	0	0
protiv časti i ugleda	0	0	0	1
protiv polne slobode	0	0	1	0
protiv braka i porodice	0	0	1	0
protiv intelektualne svojine	0	0	0	0
protiv imovine	23	22	46	38
protiv privrede	0	0	0	0
protiv zdravlja ljudi	0	2	0	0
protiv životne sredine	0	2	0	0
protiv opšte sigurnosti ljudi i imovine	0	1	0	4
protiv bezbednosti javnog saobraćaja	9	12	15	5
protiv ustavnog uređenja i bezbednosti RS	0	0	0	0
protiv državnih organa	0	0	0	0
protiv pravosuđa	1	0	0	0
protiv javnog reda i mira	3	1	0	1
protiv pravnog saobraćaja	0	3	0	3
ostala krivična dela iz posebnih zakona	0	1	0	1
UKUPNO	40	55	72	59

Grafikon 1.

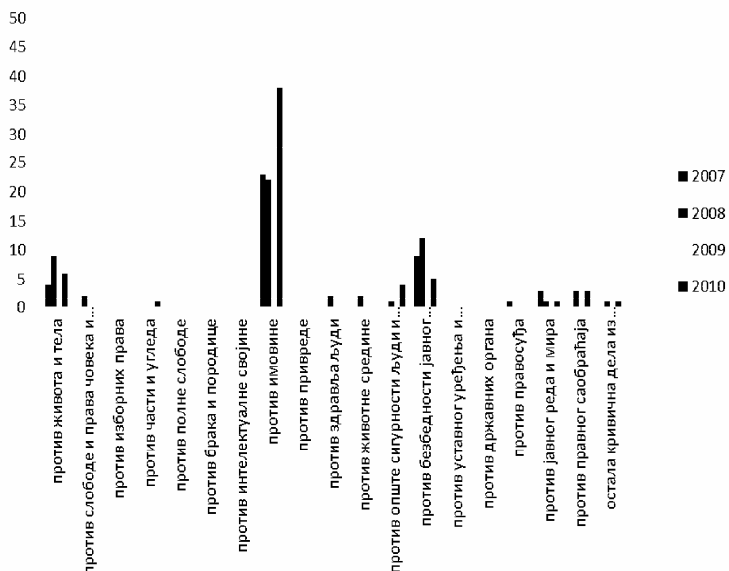
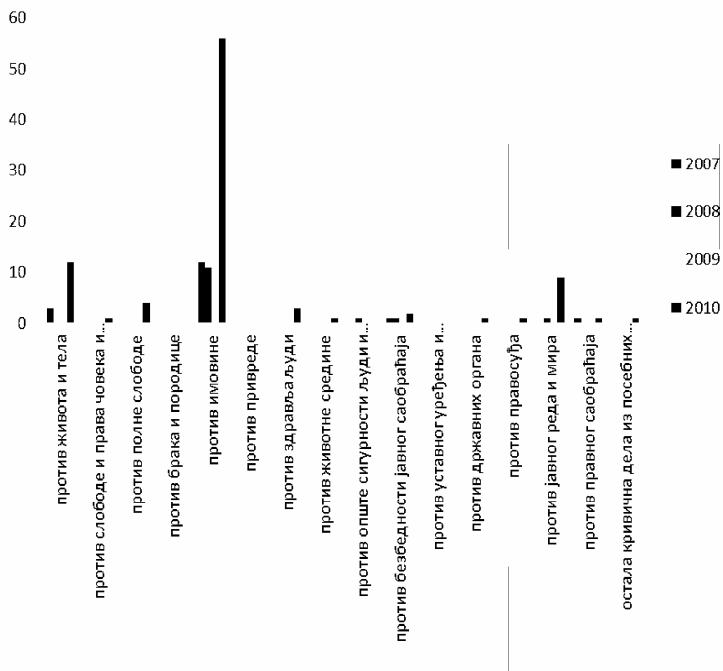


Tabela 2.

OPTUŽENA MALOLETNA LICA PREMA KRIVIČNOM DELU				
Obustavljen postupak pred većem, primenjen vaspitni nalog				
KRIVIČNA DELA	2007	2008	2009	2010
protiv života i tela	3	0	3	12
protiv slobode i prava čoveka i građanina	0	0	0	1
protiv polne slobode	0	0	0	4
protiv braka i porodice	0	0	1	0
protiv imovine	12	11	22	56
protiv privrede	0	0	1	0
protiv zdravlja ljudi	0	0	4	3
protiv životne sredine	0	0	0	1
protiv opšte sigurnosti ljudi i imovine	0	1	0	0
protiv bezbednosti javnog saobraćaja	1	1	1	2
protiv ustavnog uređenja i bezbednosti RS	0	0	0	0
protiv državnih organa	0	0	0	1
protiv pravosuđa	0	0	0	1
protiv javnog reda i mira	0	1	6	9
protiv pravnog saobraćaja	1	0	0	1
ostala krivična dela iz posebnih zakona	0	0	0	1
UKUPNO	17	14	38	92

Grafikon 2.



Iz tabele 1. i grafikona 1. jasno se vidi da je nemoguće utvrditi "trend" kretanja primenjenih vaspitnih naloga prema maloletnim licima pre pokretanja postupka. Ipak, ono što se lako uočava je da je primena vaspitnih naloga najveća za krivična dela protiv imovine, a da se još najviše koristi za krivična dela protiv života i tela i za krivična dela protiv bezbednosti javnog saobraćaja. Za ostale slučajeve krivičnih dela, primena vaspitnog naloga je retka ili je uopšte nema.

Iz tabele 2. i grafikona 2. jasno se vidi da za optužena maloletna lica u odnosu na koje je postupak obustavljen pred većem i primenjen vaspitni nalog postoji "trend" povećanja primene vaspitnog naloga. Ovo kretanje je uočljivo, kako ukupno za sve vrste krivičnih dela, tako i za svaku vrstu krivičnog dela kod koje se vaspitni nalog češće primenjuje. Primena vaspitnih naloga najveća za krivična dela protiv imovine, zatim krivična dela protiv bezbednosti javnog saobraćaja i za krivična dela protiv života i tela.

ZAVRŠNA RAZMATRANJA

Ako je naš zakonodavac već opredeljen za tvrdo postavljene starosne granice maloletstva u krivičnom pravu, izgleda da minimalni uzrast za krivičnu odgovornost kod nas postavljen na 14 godina, ne predstavlja veći problem. Čini se da nije suština u nekoj relativnoj grešci u odnosu na sposobnost pojedinca da snosi krivicu koju sobom nosi ovako postavljen minimalni uzrast za krivičnu odgovornost. Smatramo da je od većeg značaja praćenje kretanja kriminaliteta najmlađih kategorija učinilaca i efikasnosti krivičnopravne reakcije prema njima. Takođe promene u kulturnim i vrednosnim obrascima kroz vreme, od velikog su uticaja na odnosnu problematiku. Danas, sa porastom životnog standarda, razvojem sredstava masovne komunikacije, ali i većim obimom znanja potrebnih za samostalan život u zajednici mladi ispod donje granice maloletstva sve više učestvuju u broju izvršenih krivičnih dela.

Osnovni problem u okviru predmetne problematike u našem pravnom sistemu jeste nedovoljna reakcija prema licima koja u vreme izvršenja protivpravnog dela u zakonu predviđenog kao krivično delo nisu navršila četrnaest godina, koja se svodi na formalno postupanje organa starateljstva u smislu preduzimanja mera i radnji u okviru svojih nadležnosti.

Upoređujući podatke o primeni nečela oportuniteta u vezi sa krivičnim gonjenjem maloletnika, možemo zaključiti da struktura kriminaliteta

maloletnika kao i primena vaspitnih naloga na teritoriji AP Vojvodine kao i području Višeg javnog tužilaštva u Novom Sadu ne odstupaju u značajnijoj meri od zakonitosti do kojih smo došli analizom podataka koje važe na teritoriji cele Republike Srbije.

Ukoliko istraživana pitanja i aspekti iz kojih smo analizirali odnosnu problematiku u određenoj meri doprinesu barem istraživanju i preispitivanju donje granice krivičnog maloletstva ali i reakcije na kriminalitet lica ispod minimalnog uzrasta za krivičnu odgovornost, to bi bio podstrek za dalja istraživanja u istom smeru.

*Tatjana Lukić, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law Novi Sad*

*Stefan Samardžić, Assistant
Faculty of Law Novi Sad*

Criminal Responsibility of the Minors and Opportunity of the Prosecution⁵¹

Abstract

Pitanje postupanja sa maloletnim učiniocima krivičnih dela pre svega definisano je starosnim granicama maloletstva, zatim uslovima za primenu određenih mera, a sve u cilju ostvarenja cilja generalne i naročito specijalne prevencije prema ovoj kategoriji učinilaca. Osim osvrta na pitanje ko se u pravnom sistemu Republike Srbije u krivičnom pravnom smislu smatra maloletnikom, načelom oportuniteta u vezi sa krivičnim gonjenjem maloletnika, a naročito njegovom primenu kroz izricanje vaspitnih naloga. U radu je učinjen pregled i analiza podataka o strukturi kriminaliteta maloletnika kao i primeni vaspitnih naloga u poslednjih pet godina na teritoriji Republike Srbije, sa naročitim osvrtom na teritoriju AP Vojvodine kao i područje Višeg javnog tužilaštva u Novom Sadu.

Ključne reči: *maloletnici, krivično gonjenje, oportunitet*

⁵¹ This paper is published as part of the research conducted for the project titled “Child in Family law – comparative and international law aspect“, conducted by Faculty of law of the University of Novi Sadu, and run by Provincial secretariat for education, administration and national communities of the AP Vojvodina.

*Dr Slobodan P. Orlović, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

USTAVNI POLOŽAJ VLADE MAĐARSKE I VLADE SRBIJE¹

Sažetak: U parlamentarnim sistemima koji počivaju na demokratskom ustavnom poretku (sa demokratskim izborima, na primer) istaknut je položaj vlade. Vlada je vodeći politički organ u tim državama. Po takvom položaju vlade ustavni sistemi Mađarske i Srbije nisu izuzeci jer njihovim vladama ustav daje prvorazrednu ulogu u vođenju zemlje. To je jedna od sličnosti položaja vlada u Mađarskoj i u Srbije. Ali posmatrajući konkretne ustavne odredbe o nadležnostima, o odnosu sa predsednikom republike i sa parlamentom, nalaze se i mnoge konkretne razlike. Te različitosti ustavnih normi ne smetaju zaključku da su obe vlade praktično nadređene parlamentu sve dok imaju parlamentarnu većinu. To je, uostalom, karakteristika svih parlamentarnih sistema. Druga osobenost bitna za položaj vlade je njen odnos sa šefom države koji je neka vrsta praktične konkurencije za prevlast u izvršnoj vlasti. Za ocenu tog odnosa bitna je svaka pojedina ustavna odredba i stepen njene ostvarivosti jer su one razrada i produžetak opšte formulacije da je vlada nosilac izvršne vlasti.

Ključne reči: Vlada. - Ustav. - Mađarska. - Republika Srbija.

1. UVOD

Republika Mađarska i Republika Srbija su dve susedne države koje imaju demokratske parlamentarne političke sisteme. Ti sistemi su zasnovani na sličnim ustavnim principima, počev od načela podele

¹ Rad je rezultat naučno-istraživačkog rada na projektu *Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (Srbija i EU)* Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu.

vlasti koje je razrađeno konkretnim ustavnim odredbama. S toga je i položaj izvršne vlasti u jednom delu uporediv, mada konkretnu organizaciju egzekutive u ova dva ustavna sistema karakteriše i veći broj različitosti.

Osnovna sličnost uređenja izvršne vlasti u Mađarskoj i Srbiji tiče se njene strukture. U obe države izvršna vlast ima dve „glave“ – predsednika republike i vladu. U oba sistema predsednik republike i vlada vrše efektivnu vlast. Bez obzira na to što ustavi definišu vladu kao nosioca izvršne vlasti, šef države učestvuje u vođenju politike zemlje i donosi konkretne državne odluke. Razlike u detaljima položaja vlada Mađarske i Srbije su brojne, sa možda najvažnijom koja se tiče kancelarskog odnosno parlamentarnog položaja predsednika vlade. Pored toga, u Mađarskoj Narodna skupština može, u skladu sa osnovnim zakonom, obrazovati posebne organe egzekutive - „autonoma regulatorna tela“ koja vrše određene nadležnosti izvršne vlasti.

Vlada Mađarske i Vlada Srbije su pretpostavljeni nosioci izvršne vlasti po oba ustava. Drugačije stilske formulacije u ustavima: Vlada je glavni organ izvršne vlasti (čl. 15 Ustava Mađarske od 2012) i Vlada je nosilac izvršne vlasti (čl. 122 Ustava Srbije od 2006) znače isto – egzekutiva je u rukama vlade. Ipak, za ostvarenje takvog položaja neophodno je da pored konstitucionalne odredbe vlada ima dovoljno potencijala i autoriteta da ustavne odredbe nadogradi stvarnom moći i uticajem. U ova dva „prilagođena“ parlamentarna sistema to nije uvek bio slučaj.

2. SLIKA O POLOŽAJU IZVRŠNE VLASTI U MAĐARSKOJ I SRBIJI PO RANIJIM USTAVIMA

Za vreme važenja *mađarskog Ustava od 1949.* izvršna vlast je imala dva bitno različita položaja. Do izmena Ustava, koje su usvojene 1989. godine, egzekutiva je bila deo organizacije vlasti izgrađene na načelu jedinstva vlasti. Na početku Ustavom novoproglašene Republike² sva vlast je pripadala „radnom narodu“.³ Istaknut je položaj predstavništva radnog naroda – Narodne skupštine koja se sastajala kratko, nekoliko puta godišnje, pa je najviše vlasti pripalo Predsedničkom savetu (mađ. *Elnöki Tanács*, eng. *Presidential Council*) koji je vršio i zakonodavnu vlast kada Skupština ne zaseda. Predsednički savet je bio šef države, a važan deo iz-

² Republikanski oblik vladavine je uspostavljen već tzv. „Malim ustavom“, Zakonom I od 1946. godine.

³ Deo 2. (sekcija) tačka 2 Ustava od 1949.

vršne vlasti imala je i vlada (Ministarski savet).⁴ Ustavnom reformom od 1989. godine prihvaćen je Monteskijev princip podele vlasti koji je potvrđen i sadašnjim Ustavom Mađarske.⁵ Narodnoj skupštini je potpuno vraćena zakonodavna vlast, a funkciju šefa države vršio je predsednik Republike. Vlada je kao drugi organ izvršne vlasti odgovorna parlamentu i u njenoj nadležnosti je niz uobičajenih poslova egzekutive – osiguranje primene zakona, zaštita ustavnog poretka, predlaganje zakona i donošenje podzakonskih pravnih akata itd.⁶

O vladinom položaju govori se u Poglavlju VII Ustava, gde se njene nadležnosti taksativno nabrajaju.⁷ Pored nadležnosti u očuvanju ustavnog poretka i primeni zakona, Vlada utvrđuje socijalnu, ekonomsku, kulturnu, naučnu, zdravstvenu i drugu politiku u državi, nadređena je upravi itd. Vlada mora da uživa podršku većine u parlamentu i podnosi mu redovne izveštaje o svom radu. Vlada nije imala pravo da raspusti parlament, već je predsednik Republike konsultovao premijera pre nego što donese odluku o raspuštanju predstavničkog tela. Iako je po stavovima nekih autora bilo opasno menjati (kodifikovati) ovaj amandiran ustav koji je u državi uspostavio liberalni ustavni poredak i vladavinu prava, jer taj novi ustav može biti neoživotvoren,⁸ Mađarska je donela novi Ustav (Osnovni zakon) 2011. godine (stupio na snagu 1. januara 2012). U pogledu organizacije vlasti i položaja vlade novi Ustav je nastavak prethodnog.

Položaj izvršne vlasti uređen *srpskim Ustavom od 1990.* gotovo da nije promenjen sadašnjim Ustavom od 2006., ali je bio bitno drugačiji u odnosu na organizaciju vlasti po poslednjem od četiri socijalistička ustava, Ustavu od 1974. Umesto kolektivnog šefa države - predsedništva, na čelu države je po prvi put predsednik Republike (to je tada bila republika-federalna jedinica). Ustavom od 1990. prestalo je da postoji Izvršno veće kao izvršni organ Skupštine. Umesto tog organa Vladi je po Ustavu pripala izvršna vlast i pravo da vodi politiku Republike. Pored toga, Vlada je imala uobičajene nadležnosti - pravo pred-

⁴ Ovakvom uređenju izvršne funkcije vlasti kao uzor poslužio je Ustav SSSR od 1936, a slična rešenja imao je i Ustav FNR Jugoslavije od 1946.

⁵ Vid. I. Pogany, „Constitutional Reform in Central and Eastern Europe: Hungary's Transition to Democracy“, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 42, Cambridge 1993, 342-343, http://heinonline.org/HOL/COWShow?collection=cow&cow_id=194, 21. mart 2012. godine.

⁶ Vid. čl. 35-39 Ustava od 1949.

⁷ Čl. 35 Ustava od 1949.

⁸ G. Halmai, „The reform of constitutional law in Hungary after transition“, *Legal studies*, Vol. 18, Bristol 1998, 196.

laganja i izvršavanja zakona, donošenja uredbi itd.⁹ Uprkos ustavnoj podeli izvršne vlasti u korist Vlade, neposredno biran predsednik Republike je, uz tradicionalna ovlašćenja šefa države, praktično vršio znatan deo poslova izvršne vlasti.

S obzirom da je Srbija do Ustava od 2006. bila nesamostalna republika, prvo u federaciji potom u nekoj vrsti konfederacije, ovlašćenja organa izvršne vlasti nisu bila potpuna, kako u unutrašnjim tako i u spoljnim aktivnostima - predstavljanje države u inostranstvu, zaključivanje međunarodnih sporazuma, proglašavanje rata i dr. su aktivnosti koje su se organizovale na nivou savezne države (SR Jugoslavije pa Državne zajednice Srbija i Crna Gora).

3. USTAVNI POLOŽAJ VLADE MAĐARSKE I VLADE SRBIJE

Vlade Mađarske i Srbije su parlamentarne vlade što znači da su politički odgovorne parlamentu. Ta odgovornost znači zavisnost od političke volje parlamenta - nastaje izborom vlade, traje svo vreme njenog mandata i može dovesti do smene vlade pre isteka četiri mandatne godine. Vlade su ustavima Mađarske i Srbije definisane kao organi koji vrše izvršnu vlast, ali ta vlast u praksi nije potpuno, nekada čak ni pretežno, vladina. Izvršna vlast je podeljena sa predsednikom Republike. U oba ustava odredbe o vladi su iza odredbi o šefu države (što ne mora da bude samo formalni redosled), a nalazimo ih i u drugim delovima ustava.¹⁰ Ipak, za obe vlade se može reći da su nosioci izvršne vlasti na osnovu podele vlasti i da su na čelu državne uprave.¹¹

Izbor i sastav

U obrazovanju Vlade Mađarske i Srbije učestvuju isti državni organi. Predsednik Republike predlaže mandataru za obrazovanje vlade koji potom traži, i mora da dobije, podršku parlamenta. Ovi postupci formiranja vlade se razlikuju u nizu konkretnih odredbi, a pogotovo u pogledu načina izbora ministara.

Na predlog predsednika Republike, *premijera Vlade Mađarske bira* Narodna skupština, većinom od ukupnog broja poslanika (najmanje 194).

⁹ Vid. čl. 9 i 90 Ustava od 1990.

¹⁰ Ustavni položaj Vlade Mađarske uređen je čl. 15-22 trećeg poglavlja, „Država“, a ustavni položaj Vlade Srbije regulišu čl. 122-135 petog dela, „Uređenje vlasti“.

¹¹ Vid. L. Csink, B. Shanda, A. Sz. Varga, *The Basic Law of Hungary, The First Commentary*, Dublin 2012, 258.

Premijer preuzima dužnost danom izbora, a nakon toga biraju se ministri. Reč je o posebnom tipu „kabinetske“ vlade u kojoj predsednik Republike imenuje ministre na predlog premijera. Ministri dobijaju funkciju danom imenovanja ili kasnije (dana određenog u aktu o imenovanju), čime je Vlada formirana. Iako za postavljanje ministara nije potrebna saglasnosti parlamenta, svi članovi Vlade polažu zakletvu pred tim organom.

Po opisanom postupku premijer i Vlada se biraju u različitim okolnostima: nakon izbora novog parlamenta na konstitutivnoj (koja je onda i inauguraciona) sednici; u roku od 15 dana od eventualne smrti premijera, njegove ostavke, utvrđivanja nespojivosti funkcija ili izglasavanja nepoverenja Vladi. Ukoliko Skupština odbije predloženog kandidata za premijera, predsednik Republike će u roku od petnaest dana predložiti drugo lice.¹²

Iz samog postupka izbora vidi se osnovna karakteristika *sastava* Vlade – prvi ministar nije „prvi među jednakim“ članovima Vlade, već je istaknut njegov položaj šefa Vlade. Premijer određuje opštu politiku Vlade, a ministri samostalno upravljaju resorima u granicama utvrđene vladine politike ili su, pak, ministri bez portfelja.

Izbor Vlade Srbije takođe započinje predsednik Republike, ali se u parlamentu ne bira samo predsednik Vlade već i svi njeni članovi („parlamentarna vlada“). Nakon konsultacija sa predstavnicima izabranih izbornih lista - političkih stranaka i koalicija u Skupštini, predsednik Republike predlaže mandataru za sastav Vlade. Mandatar pred parlamentom izlaže program rada buduće Vlade i predlaže njen sastav, o čemu Skupština nakon rasprave glasa. Glasa se istovremeno (jednom) za predlog programa Vlade, za kandidata za premijera i sve članove Vlade, što je bitna razlika u odnosu na izbor kabinetske Vlade Mađarske. Ako dobije većinu glasova od ukupnog broja narodnih poslanika, najmanje 126, Vlada je izabrana i mandat joj teče od dana polaganja zakletve pred Narodnom skupštinom.

Vladu čine predsednik Vlade, jedan ili više potpredsednika i ministri. Ovde položaj premijera nije istaknut samim načinom izbora, mada je ta funkcija u nekim normama Ustava individualizovana (na primer, odredbe o ratnom stanju). Premijer ne određuje samostalno generalnu politiku Vlade, kao u Mađarskoj, već predstavlja i vodi Vladu, usmerava, ujednačava i usklađuje njen rad i rad članova Vlade. Ni ovde premijer nije samo „prvi među jednakima“, između ostalog zbog toga što su ministri za lični rad i rad svog ministarstva odgovorni i predsedniku Vlade.

¹² Ako po isteku 40 dana od prve nominacije, nijedan kandidat za predsednika Vlade ne bude izabran, predsednik Republike će, po sili Ustava, raspustiti Narodnu skupštinu, čl. 3 (3).

Nadležnost

Nadležnosti vlade danas, što važi i za vlade Mađarske i Srbije, su evoluirale tako da pored klasičnih ovlašćenja koja obuhvataju izvršavanje zakona i sudskih odluka, vlada ima nadležnosti koje su proizašle iz promenjene (ojačane) uloge države i ovlašćenja koja se tiču vanrednih okolnosti u zemlji.¹³

Pored odredbe o Vladi kao „generalnom organu“ izvršne vlasti, *Ustav Mađarske sadrži pretpostavku nadležnosti Vlade* za sve državne poslove koji nisu izričito dodeljeni, Ustavom ili zakonom, nekom drugom organu.¹⁴ Po novom Ustavu vlada nasleđuje poziciju organa koji treba smatrati politički „najačim, najaktivnijim i preovlađujućim inicijatorom u sistemu upravljanja“.¹⁵ U vršenju svojih nadležnosti Vlada donosi „obične“ uredbe i uredbe sa zakonskom snagom („autorizacijom“) u oblastima koje nisu uređene zakonom. Podzakonski pravni akti koje donose ministri moraju biti u skladu sa zakonima, uredbama Vlade i opštim aktima guvernera Narodne banke.

Zbog postojanja pretpostavke nadležnosti Vlade, njene konkretne nadležnosti nisu sistematizovane na jednom mestu u Ustavu, već se nalaze u različitim delovima. Niz ovlašćenja Vlada deli sa predsednikom Republike jer je za pravnu validnost akta šefa države neophodan premapotpis. Tako Vlada, premijer ili nadležni ministar potpisuju odluke predsednika Republike u vezi sa kadrovskim ovlašćenjima: imenovanjem ministara, guvernera i zamenika guvernera Narodne banke, rektora i profesora univerziteta, generala Vojske, rukovodilaca autonomnih regulatornih tela, ambasadora i diplomatskih predstavnika. Takođe, supotpisom na akt šefa države Vlada učestvuje (odlučuje) i u postupku sticanja državljanstva i davanja pomilovanja. Za odluku o raspuštanju Narodne skupštine predsedniku Republike je umesto premapotpisa dovoljno da pribavi mišljenje premijera i predsednika parlamenta.

Uz predsednika Republike državu u inostranstvu predstavlja i Vlada, što Ustav konkretno povezuje sa procesom donošenja odluka u Evropskoj uniji. U vezi sa pozitivnim zakonodavstvom Evropske unije Vlada ima obavezu da informiše Narodnu skupštinu i uzme u obzir skupštinske stavove. Vlada je, uobičajeno, nadređena javnoj upravi – nadzire njen rad preko metropolskih i okružnih kancelarija, odobrava (pozajmljuje) sred-

¹³ R. Marković, *Ustavno pravo*, Beograd 2011, 339.

¹⁴ U prethodnom Ustavu od 1949, nadležnosti Vlade su pretežno enumerisane na jednom mestu, u čl. 35.

¹⁵ N. Chronowski, T. Drinoczi, T. Takacs, *Governmental Systems of Central and Eastern European States*, Warszawa 2011, 311.

stva za rad (konsolidacija lokalnog budžeta), predlaže parlamentu raspuštanje lokalnih predstavničkih tela i može da ustanovljava organe uprave, u skladu sa zakonom.

Vlada je Ustavom ovlašćeni i daleko najčešći predlagač zakona (čl. 6 Ustava), a zakon je osnovni pravni instrument putem kojeg Vlada sprovodi svoju politiku. Vlada može da pokrene pred Ustavnim sudom postupak za ocenu ustavnosti zakona i drugih pravnih akata za koje smatra da nisu u skladu sa Ustavom (čl. 24(e) Ustava). Pored predlaganja zakona Vlada je ovlašćena da predlaže Skupštini donošenje novog ili izmenu postojećeg Ustava, raspisivanje nacionalnog referenduma i donošenje budžeta. Vlada ima obavezu da budžet zakonito, realno (efikasno) i otvoreno (transparentno) primeni. Izvršavanje budžeta kontroliše Državna revizorska kancelarija, a u pripremanju zakona o budžetu učestvuje i posebno telo, Budžetski savet.¹⁶

Vlada ima brojne nadležnosti za vreme posebnih neprilika u koje država može da zapadne, u ratnom i vanrednom stanju. Takođe, Vlada ima ovlašćenja prema vojsci i policiji u redovnom, mirnodopskom vremenu. Vlada sa šefom države, nadležnim ministrom i Nacionalnim savetom odbrane, rukovodi Vojskom, u skladu sa Ustavom i organskim zakonom. Vlada je nadređena policiji i nacionalnoj obaveštajnoj službi, takođe u skladu sa organskim zakonom. Borbenim dejstvima Vojske i policije rukovodi Vlada (čl. 45-46 Ustava). Vlada donosi odluku o međugraničnim vežbama, međudržavnim manevrima Vojske i o njenoj dislokaciji, o čemu obaveštava Narodnu skupštinu i predsednika Republike (čl. 47 Ustava).

Različiti oblici ratnog i vanrednog stanja su detaljno uređeni Ustavom i Vlada ili premijer imaju važno mesto pri donošenju odluka u tim prilikama. Premijer je jedan od članova vrhovnog odbrambenog organa, Nacionalnog saveta odbrane.¹⁷ Ako parlament ne može da se sastane, predsednik Vlade zajedno sa šefom države, predsednikom parlamenta i predsednikom Ustavnog suda, donosi odluku o uvođenju posebnih stanja (ratnog stanja, stanja nacionalne krize (neposredna ratna opasnost) i vanrednog stanja, čl. 48(5) Ustava). Za vreme neposredne ratne opasnosti (čl.

¹⁶ U vezi sa donošenjem budžeta postoje određena Ustavom propisana fiskalna ograničenja (vid. čl. 36 (4)-(5), o čijem se poštovanju stara Budžetski savet. Pravna priroda ovog organa nije potpuno jasna, otuda i stručne kritike na njegov račun (vid. L. Csink, B. Shanda, A. Sz. Varga, 493), jer on učestvuje u pripremi predloga budžeta, „podražava“ aktivnosti parlamenta u vezi sa donošenjem budžeta, ispituje izvodljivost (održivost) budžeta i dr.

¹⁷ Članovi su i predsednik Narodne skupštine, šefovi poslaničkih grupa, ministri i načelnik generalštaba (bez prava glasa), a predsednik je šef države.

51 Ustava) Vlada može donositi mere kojima se odstupa od zakona radi: regulisanja rada organa uprave, delovanja odbrambenih snaga i efikasnijeg sprovođenja zakona; može da suspenduje izvršenje nekog dela zakona i preduzima druge mere u skladu sa organskim zakonom. O ovim merama Vlada neprekidno informiše šefa države i nadležni parlamentarni odbor. U posebnim ratnim prilikama koje Ustav naziva „neočekivana invazija“ (to bi bio napad bez objave rata), Vlada je ovlašćena da preduzme sve potrebne mere i pre nego što se proglasi ratno stanje. O tim aktivnostima obaveštava predsednika Republike i Narodnu skupštinu.

Vlada proglašava i ukida vanredno stanje izazvano prirodnom ili industrijskom katastrofom i donosi potrebne mere u trajanju do 15 dana koje potom treba da potvrdi parlament, a sve to u skladu sa organskim zakonom. Te neophodne mere u vanrednom stanju uključuju i pravo da se suspenduje primena nekih odredbi zakona.

Po Ustavu *Vlada je nosilac izvršne vlasti u Republici Srbiji*, organ koji utvrđuje i vodi politiku. Ova ustavna norma je opšta što znači da uključuje kako unutrašnju tako i spoljnu politiku.¹⁸ Na opšti način definisana nadležnost Vlade govori o politički vodećoj ulozi Vlade koju joj je namenio Ustav. Ipak, većina dosadašnjih srpskih Vlada tu ulogu nije igrala. Vlada nije, bar ne pretežno, utvrđivala i vodila državnu politiku, već je to radio predsednik Republike.

Konkretna ovlašćenja Vlade bi zapravo trebalo da budu aktivnosti na ostvarivanju državne politike koju ona sama utvrdi. U tom cilju Vlada izvršava zakone i druge opšte akte Narodne skupštine putem uredbi i drugih podzakonskih propisa. U zakonima koje donosi parlament sadržana je politička volja Vlade jer je ona skoro monopolisala Ustavom joj dodeljeno pravo da „predlaže zakone i druge opšte akte i daje o njima mišljenje kada ih podnese drugi predlažać“.¹⁹ Ovlašćenje Vlade da usmerava, usklađuje i vrši nadzor nad radom organa uprave je nešto što redovno ulazi u grupu prava izvršne vlasti. Vlada propisuje unutrašnju organizaciju državne uprave (ministarstava i drugih organa) u kojoj su ministri na čelu

¹⁸ M. Pajvančić, „Dinamičke kompetencije državne vlasti“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1-2/2007, 29.

¹⁹ U periodu od januara 2005. godine do aprila 2010. godine, vlada je podnela 924, narodni poslanici 292, a ostali ovlašćeni predlažaći 284 predloga zakona. Iako nema zvaničnih podataka o strukturi usvojenih predloga prema njihovim predlažačima (u periodu 2008-2009. godine skoro svi doneti zakoni – oko 99% su bili predlozi Vlade, *prim S.O.*), nema sumnje da je vlada svojom aktivnošću značajno nadmašila inicijativu narodnih poslanika. I. Pejić, „Organi u zakonodavnom postupku: vlada, parlament (odbor i plenum), predsednik republike“, *Unapređivanje kvaliteta zakonodavnog postupka u Narodnoj skupštini*, Beograd 2010, 16.

ministarstava. Ministri su pored odgovornosti parlamentu, politički odgovorni i predsedniku Vlade. S toga je logično da državna uprava, kako to Ustav i kaže, za svoj rad odgovara Vladi.

U Srbiji Vlada nema pravo premapotpisa akata predsednika Republike pa je i to jedan od razloga njenih skromnijih personalnih prava nego što su ona u Mađarskoj. Vlada nema ni ustavnu nadležnost da predstavlja zemlju u inostranstvu, već je ta aktivnost („...održavanje odnosa Republike Srbije sa drugim državama...“) „samo“ zakonska nadležnost ministarstva.²⁰ Kadrovske nadležnosti Vlade, pored onih ka organima uprave, Ustav usmerava još jedino ka javnom tužilaštvu – Vlada predlaže Narodnoj skupštini izbor i razrešenje Republičkog javnog tužioca i ostalih, nižih, javnih tužilaca.

Po već viđenom pravilu, ovlašćenja srpske Vlade i premijera za vreme ratnog i vanrednog stanja su značajno manja nego što je to slučaj u Mađarskoj. Ustav Srbije sadrži manji broj odredbi o ovim kriznim stanjima, uređujući ih na opštiji način, upoređujući sa Ustavom Mađarske.²¹ Predsednik Vlade će, u slučaju da Narodna skupština ne može da se sastane, zajedno sa predsednikom Republike i predsednikom Skupštine proglasiti vanredno stanje. U ovim prilikama mogu se ograničiti ili suspendovati neka ljudska i manjinska prava i u vezi s tim Vlada će uz saglasnost (supotpis) predsednika Republike doneti odgovarajuću uredbu. Uredba o odstupanju od ljudskih i manjinskih prava važi najduže šest meseci, a podnosi se na potvrdu Narodnoj skupštini čim se ova sastane (krajnji rok za podnošenje na potvrdu je 48 sati od početka zasedanja). Za proglašenje ratnog stanja važe istovrsne odredbe Ustava kao i za vanredno stanje, ali je, naravno, razlog proglašenja rata drugačiji. U ratnom stanju mere kojima se odstupa od ljudskih i manjinskih prava zajemčenih Ustavom zajedno donose predsednici Republike, Narodne skupštine i Vlade. Nema roka trajanja tih mera, a podneće se na potvrdu Narodnoj skupštini čim se ova sastane.

Odgovornost i prestanak mandata

Vlade Mađarske i Srbije su u pogledu političke odgovornosti parlamentarne vlade. Obe nastaju i prestaju u parlamentu, iako Narodna skupština Mađarske bira samo premijera a ne i ostale članove Vlade.

Po izričitoj odredbi *Ustava Mađarske*, Vlada je odgovorna Narodnoj skupštini. U vezi sa sastavom Vlade Ustav kaže da su članovi Vlade odgovorni parlamentu za svoje aktivnosti, a da su ministri odgovorni pre-

²⁰ Ministarstvo spoljnih poslova, čl. 3 Zakona o ministarstvima (*Službeni glasnik RS*, br. 16/11).

²¹ Vid. čl. 200-202 Ustava Srbije.

mijeru.²² Odnos Vlade i parlamenta je takav da članovi Vlade mogu prisustvovati i obratiti se parlamentu na bilo kojoj sednici, a parlament ili parlamentarni odbor može obavezati člana Vlade da prisustvuje sednici. Poslanici mogu postavljati poslanička pitanja i podnositi interpelacije Vladi (čl. 7 Ustava) i svakom članu Vlade u vezi sa njegovim nadležnostima. Mandat ministru prestaje kada: prestane mandat premijeru iz bilo kog Ustavom propisanog razloga, ako podnese ostavku, ako bude razrešen ili u slučaju smrti.

Najviše odredbi u Ustavu ima o odgovornosti prvog ministra, a to se po zakonitosti parlamentarizma direktno odražava na ostanak Vlade na vlasti. Premijer je personifikacija Vlade i prestankom njegovog mandata prestaje i mandat Vladi. Po Ustavu mandat predsedniku Vlade prestaje iz objektivnih i subjektivnih razloga. U prve se mogu ubrojati smrt i prestanak uslova za njegov izbor (na primer, gubitak poslovne sposobnosti usled bolesti). U drugu grupu razloga ulaze: ostavka kao lični, subjektivni čin, razrešenje zbog nespojivosti funkcija, konstituisanje novoizabrane Skupštine i izglasavanje nepoverenja.

Premijeru prestaje mandat izglasavanjem nepoverenja od strane parlamenta u dva slučaja. Ako najmanje jedna petina članova parlamenta (brojem 78) podnese pisani zahtev za glasanje o nepoverenju premijeru, potrebno je da za taj predlog glasa prosta većina članova parlamenta (većina prisutnih, glasa se u narednih 3-8 dana) i da se istovremeno izglasa poverenje novom premijeru.²³ Sam premijer može tražiti da mu Skupština izglasa poverenje i ako ne dobije istu, prostu većinu glasova poslanika prestaje mu mandat, a time i mandat Vlade. Zahtev za glasanje o poverenju premijer može povezati sa predlogom neke Vladine odluke pa bi nedobijanje poverenja značilo neodobrenje konkretnog Vladinog predloga.

Vlada kojoj je prestao mandat, „tehnička vlada“, vrši nadležnosti do formiranja nove Vlade, ali sa suženim pravnim kapacitetom. Odlazeća Vlada ne može da prihvata (nove) obaveze iz međunarodnih ugovora i može da donosi uredbе samo u slučaju krajnje hitnosti, na osnovu zakona. Odlazeći premijer, onaj koji je podneo ostavku ili kome je istekao mandat, ostaje na funkciji do izbora naslednika, ali nema pravo da smenjuje i imenuje ministre. Po isteku mandata i predsednik Vlade može da donosi uredbе samo iz razloga velike hitnosti, u skladu sa zakonom. Ako pred-

²² U Ustavu je nedorečena razlika između funkcionera Vlade: „članova Vlade“ i „ministara“.

²³ Mogućnost izglasavanja „konstruktivnog nepoverenja“ kakvo postoji u Nemačkoj. Cilj „konstruktivnog nepoverenja“ je stabilnost vladavine, sprečavanje da „negativna koalicija“ opozicionih partija ugrozi vladu, a da istovremeno nije sposobna da oformi sopstvenu. J-C. Colliard, *Les regime parlementaires contemporains*, Paris 1978, 54.

sedniku Vlade prestane mandat iz drugih razloga (smrt, utvrđena nesposobnost, izglasano nepoverenje) njegovu funkciju preuzima predsednik parlamenta, uz ista pravna ograničenja. Završetkom premijerskog mandata pa sve do formiranja nove Vlade, svaki ministar dobija poseban pravni status za čijeg trajanja može donositi podzakonske akte samo u slučaju hitnosti.

Političku odgovornost prema Narodnoj skupštini imaju i posebni organi koji vrše izvršnu vlast, „autonoma regulatorna tela“. Njihova odgovornost se se utvrđuje na osnovu godišnjih izveštaja o radu koje rukovodioci ovih tela podnose Skupštini.

Ustav Srbije odgovornost Vlade definiše na opšti način u posebnom članu (čl. 124 Ustava), a potom je detaljno uređuje u kasnijim odredbama Ustava. Za nadležnosti koje vrši Vlada je odgovorna parlamentu. Ustav odgovornost Vlade pred Narodnom skupštinom povezuje sa politikom koju Vlada vodi, sa izvršavanjem zakona i drugih opštih akata Skupštine i sa radom organa državne uprave.

U politički stabilnim prilikama Vladi mandat traje koliko i Skupštini, a promenom političkih i drugih okolnosti mandat može trajati kraće. Vladi će mandat prestati ranije ako joj Skupština izglasa nepoverenje (povodom interpelacije, zahteva za glasanje o nepoverenju ili o poverenju Vladi), ako Skupština bude raspuštena ili ako predsednik Vlade podnese ostavku. Za razliku od Mađarske, Ustav Srbije ne uređuje prestanak mandata u slučaju smrti ili trajne nesposobnosti premijera, niti po tim pitanjima upućuje na zakon.

Sankcija utvrđene političke odgovornosti Vlade je izglasavanje nepoverenja, za šta je potrebna većina od ukupnog broja narodnih poslanika. Pravno, ne politički posmatrano, Vladu je podjednako teško (ili lako) oformiti i smeniti. Do te posledice može doći na više načina. Ako se ne prihvati odgovor Vlade na podnetu interpelaciju - podnosi je najmanje 50 narodnih poslanika, glasaće se o nepoverenju Vladi. Najmanje 60 narodnih poslanika može podneti predlog za izglasavanje nepoverenja Vladi o kome se glasa nakon rasprave, a najranije 5 dana od podnošenja predloga (ovde nema krajnjeg roka – „najkasnije“). Sama Vlada može tražiti od parlamenta da joj izglasa poverenje, što se može pretvoriti u pad Vlade ukoliko iza nje glasanjem ne stane većina od ukupnog broja poslanika.

Ustav ne poznaje „konstruktivno“ izglasavanje nepoverenja Vladi, ali ostavljanjem kratkog roka za formiranje nove Vlade vrši neku vrstu političkog pritiska na parlament koji planira da otpusti Vladu. Taj rok je 30 dana od izglasavanja nepoverenja ili uskraćivanja poverenja Vladi i ukoliko se to vreme potroši Skupština se raspušta po sili Ustava. Isti rok

od 30 dana za formiranje nove Vlada propisan je i kada premijer podnese ostavku, a počinje da teče od konstatovanja ostavke. Ustav pored „pretnje raspuštanjem“ Skupštini ako u mesec dana ne izabere novu Vladu, učvršćuje položaj egzekutive i odredbom da potpisnici predloga (to je uvek parlamentarna opozicija) ne mogu ponovo podneti predlog o izglasavanju nepoverenja pre isteka roka od 180 dana.

Ustav ne uređuje slučaj izglasavanja nepoverenja predsedniku Vlade, ali je jasno da ono ima iste posledice kao i izglasavanje nepoverenja Vladi. Utvrđivanje političke odovornosti člana Vlade, potpredsednika ili ministra, ne utiče direktno na ostanak Vlade na vlasti,²⁴ već će početi postupak izbora novog člana Vlade. Ista, nadpolovična većina narodnih poslanika u parlamentu je potrebna za razrešenje člana Vlade. Član Vlade može i voljno napustiti funkciju podnošenjem ostavke premijeru.

U skladu sa načelom podele vlasti, nosioce najviših državnih funkcija od *pravne (krivične) odgovornosti* štiti imunitet. Ustav Mađarske uređenje pravnog statusa vladinih zvaničnika, time i pitanje imuniteta, prepušta zakonu (čl. 17(5) Ustava). Imunitet predsednika i članova Vlade Srbije uređen je Ustavom i izjednačen je sa imunitetskom zaštitom narodnih poslanika. Materijalni imunitet trajno štiti člana Vlade za glasanje ili izraženo mišljenje na sednici Vlade ili Skupštine i ne može se ukinuti. Procesni imunitet štiti člana Vlade od krivičnog gonjenja i pritvaranja za vreme mandata i može biti ukinut odlukom Vlade. Izuzetno, član Vlade i pored imuniteta može biti pritvoren ako je zatečen u vršenju težeg krivičnog dela, sa zaprećenom kaznom zatvora dužom od pet godina.

4. ZAKLJUČAK

Položaj vlada Mađarske i Srbije uklapa se u ustavni model koji ima velika većina evropskih država, a među njima i bivše socijalističke države. Ustavni temelj na kome se formira položaj vlade jesu principi: podele vlasti, narodne i državne suverenosti, demokratije, legaliteta i legitimiteta vladavine. Ostavarenje nekih od principa zahteva još vremena za izgradnju i učvršćenje autoriteta institucija, vlade posebno, a neki drugi principi, kao što je državna suverenost i samostalno državno odlučivanje, još dugo će ostati slika teorije.

Iako se ovde radi o dva tipa vlade – kancelarskoj i parlamentarnoj, njihov položaj je u grubim crtama sličan i uporediv. Elementi sličnosti

²⁴ Na primer, prestanak mandata potpredsedniku ili ministru Vlade može se odraziti na mandat Vlade ako bi to značilo raskid koalicionog sporazuma vladajućih političkih stranaka i gubitak parlamentarne većine.

proizlaze iz odnosa vlade i parlamenta. Obe vlade nastaju i prestaju u parlamentu, sa razlikom koja je karakteristična za kancelarsku vladu, nose izvršnu vlast i rukovode državnom upravom. Ako se ovlašćenja ovih dvaju vlada sistematizuju u nekoliko grupa opet se vide sličnosti: obe imaju klasična (izvršna) ovlašćenja i nadležnosti koje im omogućavaju da svakodnevno utvrđuju i vode politiku države u redovnim i kriznim okolnostima.

Odnos vlade sa parlamentom je poznat i proveren pa kao takav ne utiče preovlađujuće na sadašnji niti budući položaj vlade. U ovim ustavnim sistemima vladi je bitno da stekne parlamentarnu većinu, bez toga je ne bi ni bilo, a kada se to desi ona gotovo potpuno upravlja parlamentom. Najvažnija delatnost parlamenta – donošenje zakona jeste vladina volja, ništa drugo do predlog i stav kome parlament daje formu zakona. Odnos parlamenta i vlade nije odnos ravnopravnih, kooperativnih strana, već je svaki parlamentarni saziv praktično podređen određenoj vladi, sve dok ova uživa njegovu političku podršku.

Odnos vlade i predsednika republike ima čak složeniju sadržinu. Taj odnos zahteva stalnu koordinaciju i usklađivanja jer se u mnogim nadležnostima od ova dva organa traži zajedničko delovanje. Iako je odnos vlade i šefa države uređen i izgrađen na dvadesetak godina manje-više istim ustavnim normama i u Mađarskoj i u Srbiji, on nije stabilan niti predodrediv. U verovatnoj perspektivi jačanja položaja vlade, jer je to posledica današnjeg širenja upliva države, pretpostavka je da predsednik republike neće više stajati kao dostojan takmac vladi u izvršnoj vlasti. Srbija će ka tom cilju morati preći duži put nego Mađarska, jer je srpski predsednik u skorašnjoj istoriji često bio stvarna izvršna vlast. Jasno je da po ovim političkim sistemima i ustavnim modelima vlada ima vodeću političku ulogu koju definitivno i trajnije mora da opravda u praksi. Slovo ustavne norme o vladi i njena primena nisu uvek u skladu, tako da ni položaj vlade još uvek nije moguće tačno i trajnije definisati.

*Slobodan P. Orlović, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad*

Constitutional Position of the Government of Hungary and the Government of Serbia

Abstract

In parliamentary systems which are based on democratic constitutional order (with democratic elections, for example) position of the government is well-marked. Government is the primary political authority in these states. With such position of the government, constitutional systems of Hungary and of Serbia are not exceptions because the constitution grants to their governments a first class role in country governing. It is one of the similarities in the position of government in Hungary and in Serbia. But observing specific provisions about competence, about relation with the president of the republic and with the parliament, there are many specific differences. Those differences of constitutional norms do not impede the conclusion that both governments are practically superior to the parliament, as long as they have a majority in parliament. It is, after all, a characteristic of all parliamentary systems. Second characteristic which is important for government's position is its relation with the head of the state who is some kind of practical competitor for predominance in executive power. For the evaluation of that relation, every specific constitutional provision is important as well as the level of its feasibility since these provisions are the elaboration and the extension of the general formulation that in parliamentary systems government has executive power.

Key words: *Government. – Constitution. – Hungary. – Republic of Serbia.*

*Dr Gordana Drakić, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

SPROVOĐENJE AGRARNE REFORME U KRALJEVINI SRBA, HRVATA I SLOVENACA NA PODRUČJU VOJVODINE NA PRIMERU POSEDA SREDNJE VELIČINE¹

Sažetak: *Sprovođenje agrarne reforme u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca predstavljalo je dugotrajan i kompleksan proces koji je imao ekonomska, socijalna i politička obeležja. U radu je prikazano kako je u praksi izgledala primena agrarnih propisa i funkcionisanje agrarnih organa izlaganjem jednog interesantnog predmeta iz obilja arhivske građe koja se nalazi u arhivskom fondu „Komisija za likvidaciju agrarne reforme“ u Arhivu Vojvodine.*

Ključne reči: *agrarna reforma, agrarni propisi, organi agrarne vlasti, veliki posedi, eksproprijacija zemljišta, agrarni interesenti*

Agrarna reforma sprovedena u međuratnoj jugoslovenskoj državi bila je kompleksan i dugotrajan proces koji je predstavljao jedan od najvažnijih poslova preduzetih od strane državnih vlasti. Agrarna reforma u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca, odnosno Kraljevini Jugoslaviji predstavljala je veoma kompleksan poduhvat jer je, budući da je za cilj imala promenu postojećih proizvodnih odnosa u poljoprivredi, stvarala brojne reperkusije na socijalnom, ekonomskom i političkom planu. Upravo su socijalna i politička obeležja agrarnog pitanja u novostvorenoj državi bila

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

presudan faktor u opredeljivanju državnih vlasti da otpočnu sa njegovim rešavanjem na samom početku postojanja Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca.²

Klasne i političke suprotnosti na selu bile su veoma zaoštrene uoči stvaranja Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca. Nakon sloma Austro-Ugarske među seljaštvom, u svim jugoslovenskim krajevima, vladalo je uverenje da su nestale i poslednje prepreke za ostvarivanje najznačajnijih nacionalnih i socijalnih težnji. Tako je dolazilo do samovoljnog zaposedanja veleposedničke zemlje, paljevina i pljački. Seljački pokret predstavljao je u celoj državi ozbiljnu revolucionarnu snagu koja je bila spremna da se bori za zemlju i bolje uslove života.³

Ubrzo nakon stvaranja Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca usledio je značajan potez regenta Aleksandra koji je uticao na smirivanje nezadovoljstva seljaka u vezi sa agrarnim pitanjem. Naime, 6. januara 1919. godine objavljen je *Manifest Regenta Aleksandra narodu*.⁴ Regent Aleksandar pozvao je seljake da mirno sačekaju dok zakonskim putem ne dobiju zemlju od države. Manifestom je bilo proglašeno ukidanje kmetstva i velikih zemljišnih poseda i usvojen je princip da zemlja treba da pripadne onome ko je obrađuje. Proklamovanje navedenih načela bilo je, u tom trenutku, dovoljno da stiša nezadovoljstvo seljaka i bezemljaša.

Značajnu karakteristiku agrara u Kraljevstvu Srba, Hrvata i Slovenaca predstavljali su nasleđeni proizvodni odnosi. U tom smislu mogla su se razlikovati tri, odnosno četiri područja. Najveći deo zauzimala su područja u kojima su dominirali kapitalistički produkcionni odnosi. To su bila područja: Srbije, Slovenije, Hrvatske, Slavonije, Međumurja i Vojvodine. Unutar ove grupe postojala je razlika između Srbije na jednoj i ostalih pokrajina na drugoj strani kada je reč o veličini poseda. Naime, u Srbiji je veličina zemljišnih poseda bila uglavnom ujednačena, dok je u ostalim područjima, u velikoj meri, postojao veliki posed, što je i uzrokovalo izvesne razlike u proizvodnim odnosima.⁵

Drugu grupu predstavljala su područja na kojima su 1918. godine još uvek postojali razni oblici kmetstva. Naime, čivčijski odnosi su egzistirali u Bosni i Hercegovini, delovima Crne Gore, na Kosovu i Metohiji i

² Prema oceni savremenika: „Agrarna reforma, reforma posedovnih odnosa i agrarne strukture, jeste pre svega pitanje socialno i političko od prvenstvene važnosti“, T. Ristić, *Borba za zemlju i naša agrarna reforma*, Beograd 1938, 35.

³ M. Erić, *Agrarna reforma u Jugoslaviji 1918-1941 god*, Sarajevo 1958, 142.

⁴ Službene Novine Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca br. 2 od 28. januara 1919. godine.

⁵ S. Živkov, *Agrarno zakonodavstvo Jugoslavije 1918-1941 socijalni osnovi*, Novi Sad 1976, 14.

u Makedoniji. Treću grupu činili su pojedini krajevi Dalmacije i Istre na kojima su postojali kolonatski odnosi.⁶

Zahvaljujući posebnim istorijskim, socijalno-ekonomskim i prirodnim faktorima, razvitak kapitalizma i koncentracija poseda tekli su na području Vojvodine mnogo brže nego u drugim jugoslovenskim pokrajinama i krajevima. Nakon Revolucije 1848/49. godine ukinuti su feudalni odnosi na celoj teritoriji Habzburške monarhije. Na području Vojvodine su u poslerevolucionarnom periodu ostali očuvani veliki zemljišni posedi feudalnog porekla. Njihovi vlasnici su se prilagodili novim kapitalističkim robnonovčanim odnosima. Umesto feudalnog načina obrade zemljišta – korišćenjem rada seljaka vezanih za zemlju, prešlo se na ugovorni odnos sa onima koji su obrađivali zemljište.

U vojvođansku poljoprivredu su, tako, putem primene na velikim posedima postepeno prodirali kapitalistički odnosi. Veliki zemljišni posedi su, na taj način, odigrali značajnu ulogu u unapređenju poljoprivrede na području Vojvodine. Usled toga, i pored izvesnih osobenosti „posegovni odnosi u Bačkoj, Banatu i Sremu, pred Prvi svetski rat, bili su rezultat jedinstvenog kapitalističkog razvitka vojvođanske poljoprivrede posle Revolucije 1848/49. i, na osnovu toga, u suštini istovetni“.⁷

U skladu sa situacijom i uzburkanim raspoloženjem koje je vladalo na selu, vlada je krajem februara 1919. godine donela *Prethodne odredbe za pripremu agrarne refome* kojima su bila utvrđena temeljna načela agrarne reforme.⁸ Ovim aktom bila je proglašena eksproprijacija velikih poseda u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca, međutim nije bilo definisano šta se podrazumeva pod pojmom veliki posed. Naime, u *Prethodnim odredbama* je bilo rečeno da će se o tome šta predstavlja veliki posed odlučiti naknadno, odnosno da će to biti određeno posebnim zakonom u skladu sa posedovnim i ekonomskim prilikama pojedinih krajeva države. Na osnovu *Prethodnih odredaba za pripremu agrarne reforme* Ministarstvo za agrarnu reformu otpočelo je sprovođenje agrarne reforme. Ovaj pravni akt imao je nesumnjiv značaj u procesu sprovođenja agrarne reforme, jer je proglasio ukidanje zaostalih feudalnih odnosa i najavio otpočinjanje korenitih promena u oblasti svojinskoopravnih odnosa na zemljištu. Od strane protivnika agrarne reforme bio je, međutim, osporavan, pre svega ukazivanjem na činjenicu da ga je donela vlada, te da se stoga ne

⁶ M. Mirković, *Ekonomska historija Jugoslavije*, Zagreb 1968, 204.

⁷ N. Gaćeša, *Posegovni odnosi u Vojvodini pred Prvi svetski rat*, u zbirci: *Radovi iz agrarne istorije i demografije*, Novi Sad 1995, 28.

⁸ *Službene Novine Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca* br.11 od 27. februara 1919. godine.

može smatrati za temeljan propis koji bi odredio budući tok tako značajne državne mere kakva je bila agrarna reforma.⁹

Na samom početku procesa sprovođenja agrarne reforme u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca u inicijalnom pravnom aktu, što su *Prethodne odredbe za pripremu agrarne reforme* nesumnjivo bile, propisano je da pod udar agrarne reforme dolaze svi posedi koji su imali površinu od 100 do 500 (kj) katastarskih jutara obradivog zemljišta. Preciznije definisanje pojma veliki posed usledilo je donošenjem *Uredbe o zabrani otuđivanja i opterećivanja zemljišnih velikih poseda* u julu 1919. godine.¹⁰ Radi obezbeđenja procesa eksproprijacije bilo je propisano da se svi veliki posedi u privatnom vlasništvu koji prelaze određenu površinu, ne mogu otuđivati i opterećivati bez odobrenja ministra za agrarnu reformu. Uredbom je uveden pojam zemljišnog maksimuma, a njegova površina određena je različito u zavisnosti od toga u kom delu države se nalazio veliki posed. U članu 2. Uredbe pod tačkom e) bilo je određeno da zemljišni maksimum na području Bačke i Banata iznosi 300 ha (520 kj) obradivog ili 500 ha (869 kj) zemljišta uopšte.

U septembru 1920. godine donesena je *Uredba o izdavanju zemljišta velikih poseda u četvorogodišnji zakup* kojom je Ministarstvo za agrarnu reformu bilo ovlašćeno da uzme u svoju upravu zemljište velikih poseda i da ih privremeno, na četiri godine, od 1. oktobra 1920. do 30. septembra 1924. godine izda u zakup agrarnim interesentima.¹¹ Period trajanja zakupa mogao se, prema Uredbi, produžavati dok ne bude doneseno odgovarajuće zakonsko rešenje koje bi konačno uredilo sprovođenje agrarne reforme.

Navedenim uredbama, kao i nekim pratećim propisima, bila je postavljena pravna podloga za održanje provizornog stanja u procesu sprovođenja agrarne reforme. Drugim rečima, sprovođenje agrarne reforme u praksi, koje je otpočelo u toku 1919. godine, regulisano je i pravno osnaženo uredbama koje su donesene iste i naredne 1920. godine. U tom trenutku to je bilo dovoljno da se omogućí legitimno oduzimanje zemljišta velikim posednicima i njegovo dodeljivanje agrarnim interesentima, odnosno sprovođenje agrarne reforme.

Kako smo već naveli, na području Vojvodine nalazio se veliki broj velikih poseda koji su bili u svojini fizičkih lica, opština, crkve i države.

⁹ O tome, videti: J. Lalošević, *Agrarna reforma u Vojvodini*, Sombor 1920.

¹⁰ *Službene Novine Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca* br. 82 od 12. avgusta 1919. godine.

¹¹ *Službene Novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca* br. 204 od 16. septembra 1920. godine.

Povereništvo za privredu Narodne uprave u Novom Sadu načinilo je, početkom 1919. godine, opšti pregled stanja posedovnih odnosa u Bačkoj i Banatu, kako bi se utvrdila struktura postojećih poseda. Prema pomenutom pregledu, veliki posedi fizičkih lica, opštinski, državni i crkveni, zauzimali su u Bačkoj površinu od 288. 120 ha, dok su srednji i sitni posjednici u svom vlasništvu imali 748. 108 ha.¹²

U daljem tekstu izlaganjem sadržine jednog zanimljivog predmeta iz obilja arhivske građe koja se odnosi na agrarnu reformu, prikazaćemo kako je teklo njeno sprovođenje u praksi.

Posed Greber Lajoša advokata iz Apatina, koji se nalazio na području opštine Sombor, dospeo je pod udar agrarne reforme u toku 1920. godine kada je od njega oduzeto 29 kj i 400 kv.hv po osnovu toga što su agrarne vlasti utvrdile da vlasnik ne obrađuje posed u sopstvenoj režiji. Županijski agrarni ured u Subotici, kao nadležna agrarna instanca, doneo je u decembru 1921. godine rešenje kojim je naloženo da se od poseda Lajoša Grebera stavi pod udar agrarne reforme za ekonomsku 1921/22. godinu 29 kj i 400 kv hv oranice, s tim da isto rešenje važi i za naredne dve ekonomske godine, odnosno 1922/23. i 1923/24. U obrazloženju rešenja Agrarnog ureda navedeno je da se prilikom redovne revizije koja je vršena u toku 1921. godine, posednik nije obratio Uredu sa zahtevom za eventualnu ispravku odluke donesene 1920, a potom naglašeno „niti bi mu se ista (ispravka, prim. G.D.) mogla učiniti, s pogledom na veliku oskudicu zemlje u Somboru za podmirenje najnužnijih potreba dobrovoljaca i ostalih agrarnih reflektanata“.¹³

Posednik Greber iskoristio je, potom, svoje pravo i podneo žalbu Agrarnoj direkciji u Novom Sadu. Agrarne direkcije predstavljale su izvršne organe Ministarstva za agrarnu reformu, a zbog raznolikosti agrarnih odnosa u državi radi efikasnijeg obavljanja poslova, pored pomenute novosadske, postojale su agrarne direkcije u Zagrebu, Ljubljani, Splitu, Sarajevu, Cetinju i Skoplju. U svojoj žalbi Lajoš Greber je naveo, priloživši gruntovni izvod, da poseduje 98 kj oranice, 2 kj 447 kv hv vinograda, 1 kj na kom se nalazila kuća i 4 kj livade pod trskom. Prema njegovom mišljenju i stanju koje je potkrepio izvodom, njegov posed ne bi ni trebalo da dospe pod udar agrarne reforme s obzirom na svoju površinu. Pored

¹² N. Gaćeša, *Prilog proučavanju agrarnoposedovne strukture i agrarnih prilika u Vojvodini u vreme stvaranja Jugoslavije*, u zbirci: *Radovi iz agrarne istorije i demografije*, Novi Sad 1995, 114-115.

¹³ *Rešenje Županijskog agrarnog ureda u Subotici* br. 4398 od 23. decembra 1921. godine, Arhiv Vojvodine, Fond Komisije za likvidaciju agrarne reforme (u daljem tekstu F. 98), 40.

toga, istakao je da zemljište obrađuje u svojoj režiji i da ga ne izdaje u zakup. Posednik je naglasio da nije imao razloga da se obraća Županijskom agrarnom uredu sa zahtevom za ispravku, jer je smatrao da, s obzirom na izneto, njegov posed ne može biti objekat agrarne reforme. Zahtevajući da Agrarna direkcija poništi rešenje Ureda, nije propustio da naglasi: „Ima dosta veleposeda u Somboru i u susednima selima, iz kojih lako se može dobrovoljci namiriti“.¹⁴

Agrarna direkcija nakon što je razmotrila žalbu i predmetnu dokumentaciju, zaključila je da prema izveštaju Agrarnog ureda žaliočev posed iznosi 138 kj i 416 kv hv, te da se u žalbi priložen posedovni list ne može uzeti u obzir jer ne glasi na ime žalioca. Pored toga, u rešenju Direkcije navedeno je da Greber nije podneo nikakve dokaze kojima bi potkrepio svoju tvrdnju da posed radi u sopstvenoj režiji, te da prilikom obavljanja revizije naložene od strane Ministarstva nije našao za shodno da zatraži ispravku odluke o oduzimanju dela poseda. Agrarna direkcija je, stoga, donela odluku da se žalba Lajoša Grebera na rešenje Županijskog agrarnog ureda kao neumesna odbaci, a predmetno rešenje osnaži.¹⁵

Početkom marta 1922. godine Ljudevit Greber blagovremeno je podneo žalbu Ministarstvu za agrarnu reformu na rešenje Agrarne direkcije. Ovoga puta posednik Greber je ponovio tvrdnju da ima svega 98 kj oranice, ali da se neposredno uz njegovu zemlju nalazi 35 kj zemljišta koja je u svojini njegove sestre. U svojoj žalbi na rešenje Direkcije, Greber prvi put pominje cifru od 138 kj, navedenu od strane agrarnih organa, tvrdeći da sestrin i njegov posed zajedno dostižu tu površinu: „ta i moja zemlja ukupno iznosi 138 jutara; ali sestrina zemlja ne može se računati kao moja zemlja“.¹⁶

Nakon izjavljene žalbe, usledila je u toku 1922. i 1923. godine prepiska između Ministarstva za agrarnu reformu i nižih agrarnih instanci, te Kraljevskog sreskog suda u Somboru kao gruntovne, odnosno zemljišnoknjižne vlasti, kako bi se predmet koji se tiče odvajanja zemlje od poseda Greber Lajoša za svrhe agrarne reforme upotrebio potrebnom dokumentacijom koja bi potkrepila navode iznesene u žalbi. Prepiska između agrarnih instanci i dopunjavanje spisa predmeta je potrajalo, tako da je

¹⁴ *Žalba Lajoša Grebera protiv Rešenja br. 4398 Županijskog agrarnog ureda u Subotici* br. 4871 od 27. decembra 1921. godine, Arhiv Vojvodine F. 98, 40.

¹⁵ *Rešenje Agrarne direkcije u Novom Sadu* br. 63 od 20. februara 1922. godine, Arhiv Vojvodine F. 98, 40.

¹⁶ *Žalba Dr Ljudevita Grebera zavedena kod Županijskog agrarnog ureda u Subotici* pod br. 894/922. *protiv Rešenja Agrarne Direkcije* br. 63 od 20. februara 1922. godine, Arhiv Vojvodine, F. 98, 40.

Ministarstvo za agrarnu reformu odluku po Greberovoj žalbi donelo tek u martu 1924. godine, dakle pune dve godine nakon što je ista podnesena.

Naime, Ministarstvo za agrarnu reformu donelo je rešenje po žalbi posednika Grebera 15. marta 1924. godine. U rešenju je, najpre, konstatovano da je posed žalioca iznosio 138 kj 416 kv hv pre marta meseca 1921. godine kada je izvestan deo poseda, otprilike 35 kj bilo preneto na ime, i u svojinu, Ane Dombović rod. Greber. Potom je navedeno da žali-lac ne obrađuje predmetni posed u sopstvenoj režiji, te je stoga, u smislu odgovarajuće Naredbe (br. 15119/20) Ministarstva prosvete bilo odvoje-no od žaliočevog poseda ukupno 29 kj 400 kv hv za svrhe agrarne refor-me i na njoj su naseljeni agrarni interesenti. Naposletku, istaknuto je da vlasnik prilikom ranije revizije sprovedene po naređenju Ministarstva br. 23188/21 nije tražio ispravku.

Ministarstvo za agrarnu reformu rešavajući po žalbi posednika Grebera došlo je do zaključka da ključni razlog koji žalitelj navodi, da je nje-gov posed manji od 100 kj (što je predstavljalo najmanju dovoljnu površinu da posed dospe pod udar agrarne reforme, shodno *Prethodnim odred-bama* i *Uredbi*), nije opravdan jer su promene u veličini poseda nastupile posle 25. februara 1919. godine i kao takve su bez uticaja na presuđivanje veličine poseda. Na osnovu iznetog, žalba vlasnika odbijena je kao neu-mesna i na zakonu neosnovana, a rešenje Agrarne direkcije potvrđeno je kao pravilno.¹⁷

U spisima predmeta koji se odnosi na odvajanje zemlje za potrebe agrarne reforme od poseda Greber Lajoša u katastarskoj opštini Sombor ne postoje podaci za period od 1924. do 1932. godine. Na osnovu toga možemo zaključiti da je u tom periodu, shodno konačnom rešenju Mini-starstva za agrarnu reformu iz 1924. godine, zemljište odvojeno još 1920. godine bilo naseljeno agrarnim interesentima – dobrovoljcima, te da se vlasnik predmetnog poseda morao pomiriti sa odlukom agrarnih vlasti.

U međuvremenu došlo je do značajnih promena u procesu sprovođe-nja agrarne reforme. Nakon više od deset godina od početka sprovođenja višestrano značajne državne mere, konačno je u junu 1931. godine done-sen *Zakon o likvidaciji agrarne reforme na velikim posedima* koji je tre-balo da označi ulazak agrarne reforme u njenu završnu fazu koja je trajala sve do 1941. godine.¹⁸ Zakon je bio formulisan na temelju načela sadrža-nih u dotada primenjivanim privremenim zakonima, a trebalo je da omo-gući da se agrarna reforma na velikim posedima likvidira što pre i sa što

¹⁷ Rešenje Ministarstva za agrarnu reformu Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca br.27581/23 od 15. marta 1924. godine, Arhiv Vojvodine, F. 98, 40.

¹⁸ *Službene Novine Kraljevine Jugoslavije* br. 142 od 26. juna 1931. godine.

manje poteškoća. Stupanje na snagu *Zakona o likvidaciji agrarne reforme na velikim posedima* davalo je nadu kako agrarnim interesentima koji su očekivali da će konačno postati vlasnici dobijenih zemljišnih parcela, tako i velikim posednicima jer su, između ostalog, ozakonjena i rešenja koja su išla u prilog njihovim interesima.

U godinama neposredno pre i posle donošenja *Zakona o likvidaciji agrarne reforme* doneseni su propisi kojima je izvršena reorganizacija u sistemu organa nadležnih za sprovođenje agrarne reforme. Najpre je, 1929. doneta *Uredba*, a potom 1930. godine i *Zakon o uređenju Ministarstva poljoprivrede*.¹⁹ U okviru Ministarstva poljoprivrede formirano je Odeljenje za agrarnu reformu, koje je u svom sastavu imalo Odsek za severne krajeve naročito nadležan za poslove likvidacije velikih poseda u skladu sa Zakonom. Za obavljanje poslova agrarne reforme, Ministarstvo poljoprivrede imalo je Agrarne direkcije i Agrarne urede kao izvršne organe. Nakon što je 1933. godine odgovarajućim Zakonom izmenjen i dopunjen *Zakon o likvidaciji agrarne reforme na velikim posedima*, usledilo je osnivanje komisija za likvidaciju agrarne reforme. Njihov zadatak, kao izvršnih prvostepenih organa agrarne reforme, bio je da posao sprovođenja reforme na velikim posedima okončaju u skladu sa zakonom.

Na području Vojvodine postojale su tri komisije za likvidaciju agrarne reforme, njihova sedišta bila su u Novom Sadu, Velikom Bečkeru i Vršcu. Komisije su bile podređene Agrarno-pravnom odseku Poljoprivrednog odeljenja Kraljevske banske uprave Dunavske banovine u Novom Sadu, koji je predstavljao drugostepeni organ za poslove agrarne reforme. Vrhovni organ za poslove agrarne reforme predstavljalo je Ministarstvo poljoprivrede, odnosno njegovo pomenuto Odeljenje za agrarnu reformu.

Nakon nastalih promena u procesu sprovođenja agrarne reforme, posednik Greber Lajoš ponovo se obratio agrarnim vlasti u nadi da će ovoga puta uspeti da zaštiti svoje interese. U novembru 1932. godine, zajedno sa sestrom Anom Dombović rođ. Greber podnosi molbu prvostepenom agrarnom organu u kojoj zahteva povraćaj oduzete im zemlje, pri tom ističući da niti površina njegovog, niti sestrinog poseda ne dostiže veličinu srednjeg poseda, te da ih sami obrađuju. Razloge zbog kojih to zahtevaju, potkrepili su obrazloženjem da na njihovo pravo vlasništva, u toku proteklih godina, nije bila stavljena zabrana otuđivanja i opterećivanja u skladu sa odgovarajućim propisom: „Zabrana otuđivanja i opterećenja nije sprovedeno, po čemu stoji pod privremenom podelom. U celoj okolici niko nije pogođen u takvoj meri sa agrarnom re-

¹⁹ *Službene Novine Kraljevine Jugoslavije* br.71 od 28. marta 1930. godine.

formom kao mi, jer niko možemo slobodno reći, nije oštećen toliko kao mi iz ovog malog poseda“.²⁰

Po prijemu molbe, Komisija za likvidaciju agrarne reforme istu je prosledila na dalje postupanje Kraljevskoj banskoj upravi u Novom Sadu, odnosno njenom Agrarnom pravnom odseku uz kratko obrazloženje u kome je bila nagoveštena mogućnost povraćaja oduzetog zemljišta: „Za povraćaj ovog srednjeg poseda ima mogućnosti, s tim da se agrarni interesi premeste na obližnje posede gde je zemljište upražnjeno“.²¹

Nakon toga, u skladu sa odredbama *Zakona o likvidaciji agrarne reforme na velikim posedima*, Kraljevska banska uprava donela je rešenje kojim je naloženo održavanje rasprave u svrhu utvrđivanja objekata agrarne reforme na posedu Greber Lajoša, kako bi se tačno utvrdilo koje će parcele biti konačno eksproprisane za svrhe agrarne reforme.

Rasprava je održana 15. jula 1933. godine, a njoj su u skladu sa Zakonom prisustvovali: u svojstvu tehničkog stručnjaka - katastarski geometar, u svojstvu ekonomskog stručnjaka – poljoprivredni referent, vlasnik poseda Greber Lajoš, njegova sestra Ana Dombović rođ. Greber i njen pravozastupnik i, najzad, ispred Agrarnog odbora sekretar Agrarne zajednice u Somboru kao predstavnik agrarnih interesenata. U toku rasprave zaključeno je da se, shodno zakonu, od predmetnog srednjeg poseda ne mogu vršiti nova odvajanja za svrhe agrarne reforme, pa zato posedniku treba da ostane na slobodno raspolaganje ono zemljište koje stvarno i uživa. Pozvan da dâ izjavu u toku rasprave, posednik Greber rekao je da želi da se na njegovom posedu ne vrše nikakve dalje promene, te da mu na slobodno raspolaganje ostanu katastarske čestice koje je do tog trenutka uživao. Pravozastupnik Greberove sestre izjavio je da treba od isključivog dela Dombović Ane oduzeti u svrhe agrarne reforme 7 kj 526 kv hv, a ostatak od 21 kj 1580 kv hv od susednih katastarskih čestica koje su u svojini Greber Lajoša. Predstavnik Agrarne zajednice uputio je molbu Komisiji da se prilikom određivanja zemljišnog maksimuma površina koje ostaju vlasniku, izvrši arondacija odvojenih parcela koje će biti eksproprisane, kako bi se dobio jedinstveni zemljišni kompleks pogodan za obrađivanje.²²

²⁰ Molba Greber Lajoša i Ane Dombović rođ. Greber od 17. novembra 1932. Po prijemu u Komisiji za likvidaciju agrarne reforme označena Br. 6569/932, Arhiv vojvodine F. 98, 40.

²¹ Dopis upućen Kraljevskoj banskoj upravi u Novom Sadu Br. 57959 od 16. decembra 1932. godine, Arhiv Vojvodine F. 98, 40.

²² Zapisnik o održanoj raspravi u svrhu utvrđivanja objekata agrarne reforme na posedu Dr-a Greber Lajoša održane na dan 15. jula 1933.g. prema Rešenju Kralj. Banske Uprave Dun. Banovine u N. Sadu III Br. 32697/1933, Arhiv vojvodine F. 98, 40.

Na osnovu zaključaka donetih nakon održane rasprave, Kraljevska Banska uprava donela je rešenje da se vlasniku Greber Lajošu od pose-da koji je ukupno iznosio 138 kj 416 kv hv, ostavlja na slobodno raspo-laganje 108 kj 1510 kv hv, a da se za svrhe agrarne reforme ekspropriše 29 kj 506 kv hv.²³

I na ovo rešenje Greber je podneo žalbu Ministarstvu poljoprivrede sa zahtevom da isto preinači i da mu oduzetu površinu od 29 kj 400 kv hv vrati na slobodno raspolaganje. Kao obrazloženje za svoj zahtev na-veo je da u somborskoj opštini poseduje 98 kj obradivog zemljišta, te da neposredno pored njegove leži zemlja njegove sestre Ane u površini od 31 kj obradive zemlje, naglašavajući da njihovi posedi ne dostižu 100 kj, koliko je prema propisima iznosila najmanja površina poseda koji su došli pod udar agrarne reforme, pa stoga i nisu trebali biti objekti agrar-ne reforme.

Pozivajući se na sadržinu jednog od privremenih zakona agrarne re-forme, Greber je, potom, izrazio sumnju u rad agrarnih organa: „Iz ovog zakona očevidno je, da se jednom i svakom posedniku ima da se ostavlja 100 jutara obradive zemlje, nama još više zato jer smo mi stari posednici, svaki ima svoju posebnu porodicu, svaki od nas živi u svojoj posebnoj kući. To su dobro znali oni koji su u ovoj stvari postupili od strane agrar-ne vlasti, ali uvek tako su doneli svoju odluku, da ja potpisan Dr Greber Lajoš imam 129 jutara zemlje, da su od njega od mene oduzeli 29 jutara zemlje, a faktično oduzeli su od Greber Ane 29 jutara zemlje, ali su to prećutali da ne bude očevidno, da je odluka doneta protiv zakona“.²⁴

Načelnik Poljoprivrednog odeljenja Kraljevske Banske uprave pro-sledio je predmetnu žalbu Ministarstvu poljoprivrede – Odeljenju za agrarnu reformu uz propratni dopis u kom se kaže da Uprava predlaže da se žalba odbije kao neosnovana i neumesna „Pošto odluka ove Up-rave zasnovana je na propisima §.3. Zakona o likvidaciji agr. ref. na veli-kim posedima i od ovog poseda odvojeno za eksproprijaciju samo ono-liko zemlje koliko je to bilo odvojeno i na dan stupanja na snagu pome-nutog zakona...“.²⁵

Dalje se iz spisa predmeta koji se odnosi na eksproprijaciju zemlji-šta od poseda Greber Lajoša, može videti da je Ministarstvo poljopri-

²³ *Rešenje Kraljevske Banske Uprave Dunavske Banovine u Novom Sadu III Br. 35328 od 17. jula 1933. godine*, Arhiv Vojvodine F. 98, 40.

²⁴ *Žalba Dr Greber Lajoša od 1. avgusta 1933. na Rešenje Br. 35328/1933, primlje-na u Kraljevskoj Banskoj Upravi Dunavske 2.avgusta 1933. Reg. Br. 38300*, Arhiv Vojvo-dine, F. 98, 40.

²⁵ *Dopis Kraljevske Banske Uprave od 17. oktobra 1933, Ministarstvo poljoprivre-de Br. 69262/VI a od 24. novembra 1933. godine*, Arhiv Vojvodine, F. 98, 40.

vrede po prijemu dopisa i prosleđene žalbe od strane Uprave, istoj poslalo zahtev da se predmetu priloži odgovarajući dokument iz kog će se videti ko je bio vlasnik zemljišta 27. februara 1919. godine, koji se datum uzima kao zvanični početak sprovođenja agrarne reforme u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca. Nakon prepiske između Ministarstva poljoprivrede, Kraljevske banske uprave i Komisije za likvidaciju agrarne reforme, konačno je nadležno Ministarstvo donelo rešenje datirano 10. aprila 1934. godine koje, ujedno, predstavlja i poslednji dokument u sprisima predmeta koji se tiče odvajanja zemlje za svrhe agrarne reforme od poseda Greber Lajoša.

Konačno rešenje Ministarstva poljoprivrede sadrži opširno obrazloženje u kojem je izložena rekapitulacija svih dešavanja i odluka koje su donesene u predmetu odvajanja zemljišta od poseda Greber Lajoša za svrhe agrarne reforme. Na samom kraju, pre dispozicije rešenja zaključeno je: „Rasmotrivši odluku, žalbe i ceo elaborat konstatovano je, da je sav ovaj posed na dan 27 feb. 1919g. u zemljišnoj knjizi bio upisan na imenu Dr. Greber L. iz Sombora, pa prema tome a u smislu § 3 i 8 pomenutog Zakona o likvidaciji ne stoji tvrdnja u žalbi da su ovo dva poseda i oba ispod 100 jutara, već jedan posed sa 136 jutara obradive zemlje, od čega je uzeto 29 jutara 506 kv. hv. za svrhe agr. ref. a sopstveniku ostavljen maksimum od 100 jutara obr. zemlje. Zahtev Ane Gr. da se za svrhe agr. ref. uzme razmeran deo od obojice žalioca jest njihov privatno-pravni odnos, koji ne spada u rešavanje agrarnoreformnih vlasti“. ²⁶ Žalbe posednika Grebera i njegove sestre ocenjene su kao neosnovane, te su dispozicijom rešenja odbijene, a odluka Kraljevske Banske uprave III Br. 35328 od 17. jula 1933. kao na zakonu osnovana u celosti je osnažena.

Slučaj odvajanja zemljišta od poseda Greber Lajoša karakterističan je po tome što je u pitanju bio tzv. posed srednje veličine prema uobičajenoj terminologiji koja je korišćena u procesu sprovođenja agrarne reforme od strane nadležnih organa. Dakle, nije se faktički radilo o tzv. veleposedu sa velikom površinom kakvih je na području Vojvodine bilo u velikom broju, iako je strogo uzev prema slovu agrarnih propisa po svojoj površini ulazio u kategoriju poseda pod udarom agrarne reforme.

U procesu sprovođenja agrarne reforme usvojen je princip da se poseda velikih poseda vrši počev od onih sa najvećom površinom, ali od toga se moglo odstupiti, kao što izloženi primer pokazuje, ukoliko su postojale objektivne okolnosti.

²⁶ *Rešenje Ministarstva Poljoprivrede Kraljevine Jugoslavije Br. 17567/VIa od 10. aprila 1934. god, Arhiv Vojvodine, F. 98, 40.*

Naime, sasvim je izvesno da je na području opštine Sombor postojao veliki broj agrarnih interesenata, naročito dobrovoljaca koji su u prvom redu, shodno *Prethodnim odredbama*, trebali da budu nadeljeni zemljom. Pored toga, u korpusu razloga koji su opredelili agrarne vlasti da baš posed Greber Lajoša dospe pod udar agrarne reforme bilo je to što je utvrđeno da posed ne obrađuje samostalno već da ga navodno izdaje u zakup, što je, kako smo izložili, on kasnije uporno negirao.

Možemo zaključiti da su posednikove žalbe ostale bez uspeha u najvećoj meri iz sledeća dva razloga. Najpre, jer je utvrđeno da je na dan 27. februara 1919. godine u zemljišnim knjigama predmetni posed bio upisan na ime Greber Lajoša u celosti u površini većoj od 100 kj. Drugi ključni momenat bio je taj, što je iz predmetne dokumentacije vidljivo da su posednik Greber i njegova sestra 1921. godine podelili posed, odnosno da je otprilike 35 kj od predmetnog poseda preneseno u zemljišnim knjigama na ime i vlasništvo Greberove sestre. Smatramo da je upravo taj potez posednika izazvao podozrenje agrarnih vlasti da se radi o pokušaju izigravanja agrarnopravnih propisa i traženju načina da svoj posed izuzme od sprovođenja agrarne reforme što nije bilo neuobičajeno, jer su vlasnici velikih poseda pribegavali raznim mahinacijama kako bi zaštitili svoje interese.

*Gordana Drakić, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad*

Carrying out the Agrarian Reform in the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes in the territory of Vojvodina in the example of medium-sized holding

Abstract

Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes was characteristic agrarian country. Agriculture was basic branch of the economy in all parts of the state. One of the most important issues in the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes was agrarian issue.

Various and specific structure of land possession in different parts of the country and revolutionary mood in villages among the peasants, were the reasons which justified taking actions to organize and carry out agrarian reform in the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes.

The legal regulations were very important for proper execution of democratic land reform. The author explains the most important legal regulations that were passed in the course of the democratic land reform in the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes.

The administration which was responsible for organization and execution of democratic land reform in Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes is also briefly shown in the paper.

The paper also presents how implementation of agrarian legislation and functioning of agrarian administration looked like in practice through an interesting case of medium-sized holding.

Key words: agrarian reform, agrarian laws, agrarian administration, large landholdings, expropriation of land, agrarian peasantry.

*Dr Maša Kulauzov, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

ODREDBE O VANBRAČNOJ DECI U CRNOGORSKOM ZAKONODAVSTVU XIX VEKA¹

Sažetak: U radu je razmotren pravni položaj vanbračne dece prema crnogorskom zakonodavstvu XIX veka. Analizirane su pravne norme koje se odnose na lična, imovinska i nasledna prava vanbračnih potomaka. S obzirom na to da je konzervativno crnogorsko društvo XIX veka osuđivalo vanbračne odnose kao protivne polnom moralu, vanbračna deca su smatrana plodom greha i velikom porodičnom sramotom. Stoga je u radu ukazano na pokušaje da se zakonskim putem zaštite njihovi interesi. Kako su vanbračna deca diskriminisana u odnosu na zakonite, bračne potomke, skrenuta je pažnja i na značaj koji je pozakonjenje nezakonite dece naknadnim sklapanjem braka roditelja imalo za poboljšanje njihovog pravnog položaja.

Ključne reči: Vanbračna deca, crnogorsko zakonodavstvo, utvrđivanje vanbračnog očinstva, pozakonjenje vanbračne dece.

U patrijarhalnoj konzervativnoj sredini poput Crne Gore u XIX veku smatralo se da je rođenje nezakonitog deteta najsmotnija i najgrešnija stvar i da predstavlja najgrublju povredu plemenske časti i ugleda. Stoga su zabeleženi brojni slučajevi davljenja nepriznate vanbračne dece kako bi se izbegla porodična sramota i moralna osuda okoline.² Ova-

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

² Opširnije o tome vidi M. Kulauzov, *Položaj vanbračne dece u porodičnoj zadruzi prema običajnom pravu Južnih Slovena*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, XLV 3/2011, tom II, str. 543 – 552.

kva praksa je u zakonodavstvu vrlo oštro sankcionisana već 30 – ih godina XIX veka, da bi do kraja istog veka bio donet čitav niz propisa koji su imali za cilj zaštitu interesa vanbračne dece. Zakonska regulativa o vanbračnoj deci je vrlo obimna i detaljna i pored propisa o krivično-pravnoj zaštiti obuhvata i čitav niz raznorodnih pravnih pravila. Tako je zakonom uređen postupak utvrđivanja vanbračnog očinstva i regulisana su lična i imovinska prava nezakonite dece i njihov naslednopravni položaj. Mišljenja smo da proučavanje ovih odredbi zaslužuje posebnu pažnju jer nam pružaju potpun uvid u sve bitne aspekte pravnog položaja vanbračne dece u Crnoj Gori XIX veka. Stoga smo u radu pokušali da damo celovit prikaz tih pravnih pravila, a potom i da izvršimo njihovu istorijskopravnu analizu.

I

Vanbračna deca i vanbračni prestupi se prvi put pominju u *Zakoni-ma otačastva* od 1833. godine. Karakteristično je da je u tim prvim propisima zaštita interesa vanbračnog deteta naročito naglašena. Devojka ili udovica koja udavi svoje vanbračno dete da bi prikrila sramotu kažnjava se smrtnom kaznom. Ista kazna propisana je i za vanbračne partnere koji u dogovoru ubiju svog nezakonitog potomka jer ih *Zakoni* tretiraju kao saučesnike u ubistvu (čl. 14). Pored čedomorstva, smrtna kazna je predviđena i za udatu ženu koja počinji preljubu i iz vanbračne veze rodi dete, kao i za njenog ljubavnika bez obzira na to da li je oženjen. Ukoliko devojka zatrudni sa oženjenim čovekom, on je dužan da joj dâ sto talira kao miraz, potom da plati globu od dvadeset talira i da odsluži kaznu zatvora u trajanju od tri meseca. Neoženjen momak koji devojci „ogradi dijete“ ima obavezu da se oženi osramoćenom devojkom, plati globu od deset talira i provede u tamnici mesec dana (čl. 15).³

Kako vladika Petar II Petrović Njegoš i članovi Praviteljstvujušćeg senata crnogorskog i brdskog nisu potpisali *Zakone otačastva* oni, prema mišljenju nekih autora, nisu mogli ni biti primenjivani.⁴ Međutim, čak i ako su *Zakoni* ostali na nivou zakonskog projekta, oni predstavljaju dragocen izvor za upoznavanje sa prilikama u društvu kojem su bili namenjeni. Tako, izuzetno stroge kazne propisane za vanbračne prestupe uka-

³ *Zakoni otačastva, Crnogorski zakonici – pravni izvori i politički akti od značaja za istoriju državnosti Crne Gore*, knjiga I, priredili B. Pavićević i R. Raspopović, Podgorica 1998, str. 104 – 105.

⁴ Videti o tome Đ. D. Pejović, *Crna Gora u doba Petra I i Petra II*, Beograd 1981, str. 93 – 96.

zuju na porast broja vanbračnih odnosa u Crnoj Gori 30 – ih godina XIX veka, koje je ostrim sankcijama trebalo suzbiti kao pojavu koja ozbiljno ugrožava polni moral i porodičnu stabilnost.

Opšti zemaljski zakonik od 1855. godine predviđa još strožije kazne za vanbračne prestupe od *Zakona otačastva*. Tako je oženjeni vanbračni otac dužan da snosi troškove izdržavanja nepriznatog potomka, i u tu svrhu da uplati u državnu kasu sto trideset talira. Povrh toga osuđuje se i na kaznu strogog zatvora „na hlebu i vodi“ u trajanju od šest meseci. Kažnjava se i momak koji bi zaveo devojkicu ili udovicu. Ako ne želi da se oženi njom, dužan je da na ime izdržavanja deteta plati sto trideset talira i da prizna očinstvo. Vanbračno dete stiče jednaka nasledna prava u odnosu na svog prirodnog oca kao i deca rođena u zakonitom braku. Otac se oslobađa obaveze da plati navedeni novčani iznos ukoliko primi dete u svoju kuću (čl. 71 *Zakonika*). Iako *Zakonik* to decidirano ne kaže, osnovano se može pretpostaviti da u tom slučaju dete dobija očevo porodično ime, stupa u porodičnopravne odnose prema očevim srodnicima i stiče sva lična, imovinska i porodična prava kao i zakonita deca. Ako vanbračna majka udavi svoje dete kažnjava se kao i u *Zakonima otačastva* smrtnom kaznom (čl. 74 *Zakonika*).⁵

Tokom svog boravka na Cetinju 1873. godine znameniti pravnik Valtazar Bogišić⁶ je ispitivao u kojoj meri se primenjuju odredbe *Opšteg zemaljskog zakonika* osamnaest godina nakon njegovog donošenja. Tim povodom razgovarao je sa dugogodišnjim članovima Senata kao dobrim poznavacima sudske prakse. Ustanovio je da su vanbračne majke koje izvrše čedomorstvo kažnjavane znatno blaže nego što je *Zakonikom* propisano. Tako im je umesto smrtno kazne izricana kazna zatvora u trajanju od pet – šest godina, s tim što bi obično nakon dve - tri godine bile puštane na slobodu. S druge strane, kako bi se smanjio broj vanbračne dece, pojačan je pritisak zajednice na neoženjenog vanbračnog oca da se oženi majkom svog deteta. Ukoliko to ne učini pleni mu se sva imovina i daje detetu a on se kažnjava progonstvom. Oženjen otac plaća sto trideset talira na ime izdržavanja deteta s tim što dete ne stiče nasledna prava prema njemu. Nezakonito dete primljeno u očevu kuću stiče sva prava kao i zakonita deca.

⁵ *Danilov zakonik, Crnogorski zakonic – pravni izvori i politički akti od značaja za istoriju državnosti Crne Gore*, knjiga I, priredili B. Pavićević i R. Raspopović, Podgorica 1998, str. 180 – 181.

⁶ Više o Bogišiću i njegovom kodifikatorskom radu u oblasti običajnog prava videti u radu M. Kulauzov, *Položaj žene u porodičnoj zadrugi prema običajnom pravu Južnih Slovena*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, XLII 1 – 2 (2008), str. 807 – 816.

Strožije sankcije su propisane za oženjenog nego za neoženjenog vanbračnog oca jer se smatra da je neoženjen čovek naročito nečasno postupio prema devojci. Pretpostavljalo se, naime, da je momak devojku obmanuo na taj način što joj je obećavao brak u koji nikad nije imao nameru da stupi. S druge strane, od oženjenog čoveka devojka tako nešto nije ni mogla očekivati te stoga u tom slučaju nije svesno dovedena u zabludu.⁷

Usled povećanja broja vanbračnih prestupa i sve učestalijeg čedomorstva, Veliki sud je u svojstvu najviše sudske instance doneo posebnu *Naredbu o kažnjavanju vanbračnih prestupa* od 11/23. septembra 1884. godine. *Naredbom* je pooštrena odgovornost vanbračnih prestupnika i proširen krug lica koja odgovaraju za vanbračne prestupe. Dok je u *Opštem zemaljskom zakoniku* propisana kazna zatvora u trajanju od šest meseci za oženjenog čoveka koji „zgreši“ sa tuđom ženom ili devojkom, *Naredbom* je ta kazna povišena na godinu dana. Pri tom je prekršilac *Naredbe* dužan da primi dete u svoju kuću i izjednači ga u pravima sa svojom zakonitom decom (tačka I *Naredbe*). Momak je dužan da se oženi majkom svog vanbračnog deteta, u protivnom će izgubiti svo svoje imanje i biće mu zabranjeno da sklopi brak sa drugom ženom (t. III). U *Danilovom zakoniku* takvom „pogrešiocu“ je pretila samo imovinska sankcija u iznosu od sto trideset talira, i obaveza da detetu kad odraste prizna udeo u očinstvu. U slučaju da je više muškaraca održavalo intimne odnose sa ženom očinstvo se ne istražuje, a svi partneri detetove majke dužni su da snose troškove izdržavanja deteta do njegove dvanaeste godine, nakon čega mu isplaćuju ukupno sto trideset talira. Ukoliko dete umre pre punoletstva, ta suma pripada fondu nezakonite dece (tačka IV). Čedomorstvo se kažnjava smrtnom kaznom, a ista kazna propisana je i za saučesnike u ovom zločinu (t. V).

Odgovornost za vanbračne prestupe proširena je i na roditelje devojke koja je „zgrešila“. Naime, smatra se da su oni u tom slučaju zanemarili svoju roditeljsku dužnost da upućuju decu na dobro i pošteno vladanje, te samim tim snose i deo odgovornosti za taj nemoralni čin. Roditelji se kažnjavaju sa pedeset talira globe koja se uplaćuje u fond nezakonite dece (t. II).

Naredbom je predviđeno učešće lokalnih organa vlasti u suzbijanju vanbračnih prestupa. Tako je kapetanima kao lokalnoj upravnoj, sudskoj i vojnoj vlasti preporučeno da narod upoznaju sa sadržinom ove *Naredbe*, upućuju na dobro i pošteno vladanje i odvraćaju od nevaljalstva. Kapetan koji ne oglasi ovu *Naredbu* biće pozvan na odgovornost zbog zanemarivanja svoje dužnosti. Rodbina zatrudnele žene

⁷ V. Bogišić, *Zakonik Danilov 1855.*, za štampu priredio S. Borovski, *Zapisi XX* (1938), str. 81.

ili devojke dužna je da ga obavesti o vanbračnoj trudnoći. On, s druge strane, ima obavezu da sprovede istragu kako bi se utvrdilo vanbračno očinstvo, i da prezumptivnog oca zajedno sa svojim izveštajem preda Velikom sudu. Vanbračni otac je dužan da snosi troškove izdržavanja svoje vanbračne partnerke i nezakonitog deteta. U slučaju smrti deteta kapetan poziva lekara da ispita od čega je dete umrlo i šalje izveštaj o okolnostima smrti Velikom sudu. Ukoliko nema lekara na udaljenosti od 15 sati jahanja, svakako je dužan da utvrdi pod kojim okolnostima je dete umrlo. Ako ustanovi da se radi o čedomorstvu, postupiće na isti način kao kada se pokreće postupak za utvrđivanje vanbračnog očinstva (tačka V – VII *Naredbe*).⁸

Kazne propisane *Naredbom o kažnjavanju vanbračnih prestupa* ublažene su u *Zakonu o vanbračnoj djeci za Knjaževinu Crnu Goru* od 9/21. decembra 1892. godine. Momak nije dužan da se oženi majkom svog vanbračnog deteta pod pretnjom gubitka imanja i zabrane sklapanja drugog punovažnog braka. Dovoljno je da uplati sto pedeset talira u fond vanbračne dece (čl. 3 – 4 *Zakona*). Oženjen čovek koji „zgreši“ sa devojkom neće biti kažnjen zatvorskom kaznom niti obavezan da primi dete u svoju kuću, već samo da uplati pedeset talira u fond vanbračne dece. Tek ukoliko odbije da uplati ovaj iznos, kazniće se sa šest meseci zatvora (čl. 6). Ukoliko je više muškaraca održavalo intimne odnose sa majkom deteta, za svakog od njih je predviđena kazna propisana u članovima 4 i 6 *Zakona* (čl. 9).⁹ Smrtna kazna propisana *Naredbom* za čedomorstvo, *Zakonom* je zamenjena kaznom zatvora u trajanju od petnaest do dvadeset godina (čl. 20). Jedino je za saučesnike u ovom zločinu propisana smrtna kazna koja je bila predviđena i *Naredbom*.¹⁰

Zakonom je ustanovljena obaveza istraživanja vanbračnog očinstva i u tom smislu dužnost majke da otkrije oca svog vanbračnog deteta (čl. 1). Vanbračnim detetom smatra se svako dete rođeno od nevenčanih roditelja, kao i rođeno u braku pre sedmog meseca po venčanju, ili u desetom po smrti muža, ili uopšte od doba kada je prestala mogućnost polnog odnosa (čl. 2). Supružnik brakolomnog prestupnika može se razvesti i stupiti u drugi brak, dok je drugoj strani koja je skrivila razvod zabranjeno da zasnuje novu bračnu zajednicu (čl. 7).

⁸ *Naredba Velikog suda o kažnjavanju vanbračnih prestupa, Crnogorski zakonici – pravni izvori i politički akti od značaja za istoriju državnosti Crne Gore*, knjiga II, priredili B. Pavićević i R. Raspopović, Podgorica 1998, str. 86 – 88.

⁹ *Zakon o vanbračnoj djeci za Knjaževinu Crnu Goru, Crnogorski zakonici – pravni izvori i politički akti od značaja za istoriju državnosti Crne Gore*, knjiga II, priredili B. Pavićević i R. Raspopović, Podgorica 1998, str. 320 - 321. U daljem tekstu: *Zakon o vanbračnoj djeci od 1892. godine*.

¹⁰ Isto, str. 323.

U cilju utvrđivanja vanbračnog očinstva, svaka ženska osoba koja zatrudni a da pri tom nije u braku, ima zakonsku obavezu da, pod pretnjom kazne, prijavi trudnoću najbližem sudu. Kazna je propisana ne samo za ženu koja sakrije trudnoću, već i za njenu rodbinu koja joj je pomogla u toj nameri. Ako je devojka održavale intimne odnose sa više muškaraca tri meseca pre i posle pretpostavljenog začeća računajući od porođaja, dužna je da sve svoje partnere istovremeno prijavi sudu. Svaki od njih biće tretiran kao izvršilac vanbračnog prestupa i kažnjen kaznom propisanom u članovima 4 ili 6 ovog *Zakona*, zavisno od svog bračnog statusa (čl. 10 – 12). Žena koja lažno optuži neoženjenog čoveka da je otac njenog vanbračnog deteta kazniće se zatvorom u trajanju od šest meseci, a za isto delo učinjeno prema oženjenom muškarcu zatvorskom kaznom u trajanju od godinu dana. Ako vanbračna majka navede jednog muškarca kao oca svog deteta, a potom se predomisli i označi drugog, bez jasnih dokaza koji potvrđuju očinstvo bilo kojeg od njih, obojica će biti oslobođeni sumnje za vanbračno očinstvo. U tom slučaju majka će preuzeti troškove izdržavanja, vaspitanja i školovanja svog nezakonitog potomka (čl. 16).¹¹ Cilj ove odredbe je da spreči zloupotrebe od strane žena sumnjivog morala koje bi lažno optuživale za očinstvo imućne muškarce, i na taj način pokušale da izvuku za sebe materijalnu korist. Naročito štetnim za polni moral i stabilnost porodice smatralo se održavanje vanbračnih odnosa među srodnicima. Ono predstavlja teži, kvalifikovani oblik vanbračnog prestupa za koji je, pored kazni propisanih u članovima 4 i 6 *Zakona*, propisana i kazna zatvora u trajanju od dva meseca do petnaest godina za vanbračnog oca. Intimni odnosi su zabranjeni među srodnicima do šestog stepena srodstva (čl. 17).

Pored čedomorstva, *Zakon* kažnjava i ženu koja prekine trudnoću upotrebom otrova ili nekih spoljašnjih sredstava, sa deset godina robije. Ista kazna predviđena je i za njene saučesnike u ovom krivičnom delu. Ukoliko joj neko pomogne da uništi plod otrovom ili nekim drugim nedozvoljenim sredstvom pa ona usled toga umre, to lice biće kažnjeno sa petnaest do dvadeset godina tamnice (čl. 18 – 19). Ako žena rodi dete krijući trudnoću, pa dete potom nestane tako da se ne zna da li je mrtvorodeno ili je izvršeno čedomorstvo, žena će biti osuđena na zatvorsku kaznu u trajanju od dve do pet godina (čl. 21).¹² *Zakon* nastoji da ovim odredbama maksimalno zaštiti interese još nerođenog vanbračnog deteta i novorođenčeta čije začeće nije prijavljeno sudu. Imajući u vidu da je vanbračno roditeljstvo povlačilo moralnu osudu okoline i predstavljalo porodičnu

¹¹ Isto, str. 322 - 323.

¹² Isto, str. 323.

sramotu, sasvim je osnovano očekivati da su vanbračne majke na svaki način pokušavale da se oslobode neželjenog deteta. Inkriminisanjem i ovih slučajeva pored čedomorstva koje je predviđeno i u ranijim propisima, znatno je poboljšana zaštita vanbračnog neželjenog potomka.

Pozakonjenje vanbračnog deteta moguće je jedino naknadnim sklapanjem braka njegovih roditelja. U suprotnom, nezakonita deca nemaju naslednih prava prema svojoj majci i ocu već se izdržavaju iz sredstava koja su njihovi očevi uplatili u fond vanbračne dece. Ukoliko umru bez zakonitog potomstva, vanbračnu decu nasleđuje fond (čl. 22 – 23).¹³

II

Zakonom o vanbračnoj djeci za Knjaževinu Crnu Goru od 30. marta / 11. aprila 1894. godine u znatnoj meri je pogoršao položaj vanbračnog deteta i njegove majke u odnosu na ranije navedene propise. Dok je u *Naredbi o kažnjavanju vanbračnih prestupa* i *Zakonu o vanbračnoj djeci* od 1892. godine akcenat stavljen na istraživanje vanbračnog očinstva i utvrđivanje očevih ličnih, statusnih, porodičnopравnih i imovinskih obaveza prema detetu, u *Zakonu* od 1894. godine to nije slučaj. Prema članu 4 *Zakona* od 1894. godine vanbračno očinstvo se neće istraživati ukoliko je neko spreman da preuzme na sebe brigu o trudnoj devojci i kasnije snosi troškove izdržavanja vanbračnog deteta. Majka deteta u svakom slučaju ima pravo da pokrene postupak za utvrđivanje vanbračnog očinstva, ali samo u roku od godinu dana od rođenja deteta. Pri tom samo označavanje izvesnog lica kao oca deteta od strane vanbračne majke nije više smatrano za potpuni dokaz vanbračnog očinstva (čl. 8 *Zakona*). Bilo je potrebno dokazati da je prezumptivni otac održavao intimne odnose sa majkom deteta ne kasnije od sedmog, i ne ranije od desetog meseca, računajući od dana rođenja deteta (čl. 9). Postojanje vanbračne veze u zakonom određenom roku smatra se dokazanim ako je pretpostavljeni otac prizna u sudu ili van suda pred uglednim ljudima, ukoliko o njoj posvedoči lice koje je zateklo vanbračne partnere, ili ako se sudu dostavi pismo iz kojeg se jasno vidi da su u kritičnom periodu začeća muškarac i majka deteta bili u vezi (čl. 10 *Zakona*).¹⁴ Ukoliko je majka nezakonitog deteta imala više saložnika u kritičnom periodu začeća, očinstvo se ne istražuje. Svi partne-

¹³ Isto, str. 324.

¹⁴ *Zakon o vanbračnoj djeci za Knjaževinu Crnu Goru, Crnogorski zakonici – pravni izvori i politički akti od značaja za istoriju državnosti Crne Gore*, knjiga III, priredili B. Pavićević i R. Raspopović, Podgorica 1998, str. 236 - 246. U daljem tekstu: *Zakon o vanbračnoj djeci od 1894. godine*.

ri majke, srazmerno svojim mogućnostima, doprinose izdržavanju deteta i zajednički mu daju sumu čiji iznos opredeljuje sud i kreće se u rasponu od pedeset do sto pedeset fiorina (čl. 22).¹⁵

Zakonom od 1894. godine proširen je krug vanbračne dece u odnosu na prethodni *Zakon o vanbračnoj djeci* od 1892. godine. Nezakonito je dete koje se rodi: a) od neudate ženske osobe; b) od udovice, nakon deset meseci od muževljeve smrti; v) od razvedene žene nakon što prođe deset meseci od razvoda braka; g) od udate žene pre nego što prođe sedam meseci od venčanja, sem ako muž izričito ili prećutno prizna dete za svoje. Vanbračno je i dete koje rodi udata žena čiji je muž odsutan najmanje deset meseci, ili je prošlo bar deset meseci od kada među supružnicima nisu bili mogući polni odnosi. U članu 9 *Zakona* je utvrđen kritični period vremena u kojem je dete moglo biti začeto. Za vanbračnog oca smatraće se onaj ko je bio u intimnim odnosima sa majkom deteta, ne kasnije od sedmog ni ranije od desetog meseca, računajući od dana rođenja deteta. Odbijanje trudnice da otkrije lokalnim vlastima oca svog nezakonitog deteta, proizvodi izvesne imovinskopravne posledice. Ovakvoj trudnici vlast, koja je inače dužna da joj obezbedi smeštaj ako njeni ukućani neće da je prime (čl. 3 *Zakona*), može uskratiti svaku pomoć (čl. 6).

Primanjem nezakonitog deteta u očevu kuću nastupa nepotpuno pozakonjenje vanbračnog potomka. Ukoliko se radi o sinu, on ima pravo na polovinu dela koji bi pri deobi pripao supruzi i svakom zakonitom detetu ponaosob. Ako je vanbračno dete ženskog pola, stiče pravo na devojačku spremu i udaju prema postojećim običajima. Vanbračni otac može primiti dete samo uz pristanak svih punoletnih članova zadruga oba pola ukoliko živi u zadružnoj porodici, a ako živi u inokosnoj, uz saglasnost supruge i punoletne dece (čl. 12).¹⁶ Dete primljeno u očevu kuću na propisan način stiče određena lična i imovinska prava, ali se ne izjednačava u potpunosti sa bračnom decom. Do potpunog pozakonjenja dolazi samo naknadnim sklapanjem braka vanbračnih roditelja (čl. 29).¹⁷ Kako se sticanjem bračnog statusa u bitnoj meri popravljao pravni položaj deteta, vlasti su nastojale da vanbračne roditelje privole na sklapanje braka. Ipak, i u tom slučaju dobrovoljni pristanak supružnika je bitan – konstitutivni uslov braka (čl. 21).¹⁸

Ukoliko otac odbije da primi svog nezakonitog potomka, brigu o detetu preuzima majka. Ako majka nije u mogućnosti da se o njemu stara,

¹⁵ Isto, str. 241.

¹⁶ Isto, str. 237 – 239.

¹⁷ Isto, str. 243.

¹⁸ Isto, str. 241.

dete se poverava nekoj seoskoj ženi – dojilji. Troškove izdržavanja deteta do njegove dvanaeste godine snosi otac. Visinu izdržavanja određuje sud prema očevim mogućnostima, s tim što ne može preći iznos od sedamdeset dva fiorina godišnje. Ako je majka boljeg imovnog stanja nego otac, sud može odlučiti da i ona srazmerno doprinosi detetovom izdržavanju (čl. 13 – 16).¹⁹ Kada oba roditelja izraze želju da dete živi sa njima, dete se poverava majci na brigu i staranje, s tim što ono kada navrší osamnaest godina samostalno odlučuje s kim će živeti (čl. 17).

Kako je održavanje vanbračnih odnosa izazivalo osudu i prezir patrijarhalne crnogorske sredine, majke nezakonite dece su trpele štetne posledice svog nemoralnog čina. Tako je udovica koja rodi vanbračno dete gubila pravo na uživanje muževljeve imovine, a devojka pravo na izdržavanje i udomljenje prema postojećim običajima (čl. 18).²⁰ Za prekid trudnoće propisana je kazna zatvora u trajanju od tri do šest godina, kako za bremenitu ženu tako i za njene saučesnike u ovom delu (čl. 35). Ukoliko neko pomogne trudnoj ženi da uništi plod otrovom ili nekim drugim nedozvoljenim sredstvom pa ona usled toga umre, to lice biće kažnjeno sa deset do petnaest godina tamnice (čl. 36). Čedomorstvo se kažnjava zatvorom u trajanju od pet do petnaest godina, a ukoliko je majka deteta maloletna, sa tri do deset godina zatvora. Saučesnik u ovom zločinu se kažnjava kao ubica (čl. 37). Ako žena rodi dete krijući trudnoću, pa dete potom nestane tako da se ne zna da li je mrtvorodeno ili je izvršeno čedomorstvo, žena će biti osuđena na zatvorsku kaznu od dve do pet godina (čl. 38). Majka koja pokuša da se reši svog nezakonitog deteta ostavivši ga pred tuđom kućom, crkvom ili sudnicom kazniće se zatvorom od šest meseci do dve godine, a ukoliko napušteno dete umre na nekom zabačenom mestu tamnicom od dve do dvanaest godina (čl. 41).²¹ Propisivanje strogih kazni i inkriminisanje svih pokušaja majke da se reši vanbračnog potomka imali su za cilj da zaštite nezakonitu decu. Kako je njihovo rođenje predstavljalo veliku porodičnu nesreću i sramotu, bez ovako snažne krivičnopravne zaštite njihov život bi bio izložen mnogo većoj opasnosti.

Supružnik brakolomnog prestupnika može se razvesti i stupiti u drugi brak, dok je strani koja je skrivila razvod zabranjeno da zasnuje novu bračnu zajednicu čak i nakon smrti bivšeg bračnog druga (čl. 42 – 43). Kažnjivo je i održavanje vanbračnih odnosa između krvnih i duhovnih srodnika (čl. 39).²²

¹⁹ Isto, str. 239 – 240.

²⁰ Isto, str. 240.

²¹ Isto, str. 244 – 245.

²² Isto, str. 245 – 246.

* *

*

Propisi o vanbračnoj deci doneti u toku XIX veka u Crnoj Gori ukazuju na postepeno pogoršavanje pravnog položaja nezakonitih potomaka i njihovih majki. Tako, dok je prema *Naredbi o kažnjavanju vanbračnih prestupa* momak dužan da se oženi majkom svog vanbračnog deteta pod pretnjom gubitka imanja i zabrane sklapanja drugog punovažnog braka, u *Zakonu o vanbračnoj djeci* od 1894. godine to nije slučaj. Prema *Zakonu* momak može odbiti da sklopi brak sa svojom vanbračnom partnerkom jer je dobrovoljni pristanak supružnika neophodan uslov za punovažnost braka. *Naredbom* je predviđena i obaveza vanbračnog oca da dete primi u kuću i izjednači ga u pravima sa svojom zakonitom decom, dok je *Zakonom* samo propisana dužnost oca da snosi troškove izdržavanja deteta do njegove dvanaeste godine. Čak i ukoliko ga primi u kuću, dete stiče samo određena lična i imovinska prava koja pripadaju bračnoj deci ali se ne izjednačava u potpunosti sa njima. Pored toga, *Zakonom* je po prvi put predviđena odgovornost žene za stupanje u vanbračne odnose. Devojka koja rodi dete iz vanbračne veze gubi pravo na izdržavanje u roditeljskoj kući i pristojno udomljenje, a udovica pravo plodouživanja na muževljevoj imovini. U svim dotadašnjim propisima u slučaju rođenja deteta iz vanbračne veze kažnjavan je samo muškarac, koji je za svoje nečasno delo odgovarao i imovinski i krivično.

Sankcionisanje nemoralnog ponašanja žene odraz je opštih prilika u patrijarhalnoj crnogorskoj seoskoj sredini XIX veka. Smatralo se, naime, da žena stupanjem u vanbračnu vezu nanosi veliku sramotu svojoj porodici i da treba da snosi posledice svog društveno neprihvatljivog čina. S druge strane, diskriminisanje vanbračne dece u odnosu na bračnu čak i ako su primljena u očevu kuću bilo je nepravilno, ali i razumljivo ukoliko se uzme u obzir da su ona bila proizvod odnosa koje je konzervativna sredina osuđivala kao protivne moralu zdravog društva.

*Maša Kulauzov, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad*

Provisions on Illegitimate Children in 19th Century Montenegrin Legislature

Abstract

Legal position of illegitimate children according to 19th century Montenegrin legislature is examined in this paper. Provisions on personal rights, property rights and rights of succession of illegitimate children are presented and critically analyzed. Children born out of wedlock were not equal to children born in lawful marriage. Therefore, significance of legalization of illegitimate children regarding improvement of their legal status is accentuated. As non-marital relationships were condemned in patriarchal Montenegrin 19th century society, illegitimate children were considered a product of sin and family disgrace. Hence, legislative attempts to protect their interests and improve their legal position are emphasized in this paper.

Key words: Illegitimate children, Montenegrin legislature, establishment of non-marital paternity, legalization of illegitimate children.

*Dr Vladimir Marjanski, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

MOGUĆNOST UVOĐENJA PRIVATNOG OSIGURANJA TROŠKOVA SPROVOĐENJA POSTUPKA BIOMEDICINSKI POTPOMOGNUTOG OPLOĐENJA (BMPO)¹

Sažetak: Prema poslednjim dostupnim podacima 7-9 % parova koji žele potpomstvo imaju problem sa različitim oblicima neplodnosti. Primenom različitih metoda i postupaka savremene medicine problem neplodnosti može biti rešen u oko 85-90 % slučajeva. Tome prvenstveno doprinosi razvoj različitih postupaka biomedicinski potpomognutog oplođenja (dalje u tekstu: BMPO). Ipak, troškovi sprovođenja tih postupaka i dalje su izuzetno visoki. Pored toga, treba uzeti u obzir da se uspešnost BMPO po jednom ciklusu prema poslednjim dostupnim podacima kreće između 25-30%. Iz toga proističe, da je vrlo često neophodno proći 3 do 4 postupka kako bi se došlo do željenog uspeha. Parovi na različite načine nastoje da prevaziđu ili barem ublaže finansijske poteškoće vezane za učešće u postupku BMPO. Jedan od načina prevazilaženja finansijskih poteškoća, koji još nije dostupan u Republici Srbiji, je privatno osiguranje kojim bi se pokrili troškovi nastali u vezi sprovođenja postupka BMPO. Za razliku od uporednog prava osiguranja razvijenih država (npr. SR Nemačka, SAD), domaća osiguravajuća društva u okviru svoje ponude privatnog zdravstvenog osiguranja ne nude ovu vrstu osiguranja. Čak šta više, kod klasičnih polisa privatnog zdravstvenog osiguranja izričito se iz osiguravajućeg pokriva isključuju troškovi lečenja neplodnosti, kao i troškovi koji mogu nastati u vezi sa sprovođenjem postupka BMPO.

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

U ovom radu biće reči o mogućnosti uvođenja ove vrste osiguranja u praksu domaćih osiguravajućih društava, kao i o uslovima koji bi mogli biti predviđeni za ostvarivanje zahteva po osnovu ove vrste osiguranja.

Ključne reči: *BMPO, bolest neplodnosti, medicinska opravdanost, troškovi lečenja, privatno zdravstveno osiguranje, opšti i posebni uslovi osiguranja*

1. Uvodna razmatranja

Prema poslednjim dostupnim podacima 7-9 % parova koji žele potomstvo imaju problem sa različitim oblicima neplodnosti.² Primenom različitih metoda i postupaka savremene medicine problem može biti rešen u oko 85-90 % slučajeva. Tome prvenstveno doprinosi razvoj različitih postupaka biomedicinski potpomognutog oplodjenja (dalje u tekstu: BMPO).³

Ipak, troškovi sprovođenja tih postupaka i dalje su izuzetno visoki, ne samo za parove u našoj zemlji, već i u razvijenijim zemljama sa višim ekonomskim standardom. Troškovi uobičajenih postupaka, vršenje brojnih dijagnostičkih analiza zajedno sa upotrebom medikamenata iznose od 2.500 do čak 8.000 evra po jednom ciklusu – postupku.⁴ Pored toga, treba uzeti u obzir da se uspešnost BMPO po jednom ciklusu prema poslednjim dostupnim podacima kreće između 25-30%. Iz toga proističe, da je vrlo često neophodno proći 3-4 postupka kako bi se došlo do željenog uspeha. Zbog svega navedenog velik broj parova ove troškove ne može da podnese, a i za one koji se nalaze u boljem ekonomskom položaju primena postupka BMPO predstavlja značajno finansijsko opterećenje. Države i parovi nastoje da na različite načine prevaziđu ove finansijske poteškoće.

Države putem obaveznog zdravstvenog osiguranja ili drugog vida državnog finansiranja na različite načine pomažu parovima. U tom domenu uglavnom se sreću dva sistema. Jedan, koji postoji u Republici Srbiji, je da se parovima omogućiti da određen broj postupaka (kod nas dva po-

² Sylvia Aschhoff, *Ansprüche gegen gesetzliche und private Krankenversicherungen bei künstlicher Fortpflanzung*, Düsseldorf, 2011, str. 16.

³ Ovo je termin koji se koristi u Zakonu o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja. U javnosti se za ove postupke koriste rasprostranjeniji nazivi kao npr. vantelesna oplodnja, veštačka oplodnja iako ih ne možemo smatrati najpravičnijim. Stoga se u radu koristi naziv sadržan u zakonu.

⁴ Najskuplji su tzv. donatorski postupci u kojima se koriste jajne ćelije ili semena donora.

stupka)⁵ bude sproveden „besplatno“ tj. o trošku obaveznog zdravstvenog osiguranja (tzv. sistem solidarnosti). Drugi sistem je da države iz fonda obaveznog zdravstvenog osiguranja ili budžeta pokrivaju određen procenat, npr. 50%, troškova svakog ili određenog broja postupaka BMPO.⁶ Budući da se putem „državnog finansiranja“ samo ublažavaju finansijski problemi parova, oni traže alternativne vidove finansiranja dolaska do željenog potomstva putem primene postupaka BMPO.

U našoj zemlji dodatni problem za parove jesu slabosti tzv. državnog sistema sprovođenja postupka BMPO. Ti problemi relativno su brojni. Oni se tiču pribavljanja neophodnih dijagnostičkih analiza i dokumentacije za ispunjavanje uslova i kriterijuma neophodnih za otpočinjanje postupka, česta neadekvatna opremljenost ustanova i stručnost kadrova koji pružaju usluge tokom postupka BMPO, odsustvo primene najsavremenijih metoda i postupaka reproduktivne medicinske nauke⁷, kao i postojanje relativno dugačkog perioda čekanja za otpočinjanje samog postupka.⁸ Vremenska dimenzija je ovde od izuzetnog značaja, uzimajući u obzir da je starost pacijenta od izuzetne važnosti za uspešnost oplodnje. Takođe, pojedini pacijenti zbog godina starosti uopšte ne ispunjavaju kriterijume ili vremenom gube mogućnost za stupanje u „državni program“ sprovođenja postupka BMPO. Pored toga, hormonski status i opšte zdravstveno stanje pacijenta tokom perioda čekanja može se promeniti, pa je od izuzetnog značaja postupak sprovesti u pravo vreme, kako bi se povećale šanse za uspeh.

Parovi, s druge strane, na različite načine nastoje da prevaziđu ili barem ublaže finansijske poteškoće vezane za učešće u postupku BMPO (zaključuju ugovore o kreditu, prodaju imovinu i sl.). Jedan od načina prevazilaženja finansijskih poteškoća, koji još nije dostupan u Republici Srbiji, je privatno osiguranje kojim bi se pokrili troškovi nastali u vezi sprovođenja postupka BMPO. Za razliku od uporednog prava osiguranja razvijenih država (npr. SR Nemačka, SAD), domaća osiguravajuća dru-

⁵ Pojedini gradovi (npr. Novi Sad, Beograd) finansiraju i treći „pokušaj“.

⁶ Ovaj drugi sistem, na primer, postoji u Saveznoj Republici Nemačkoj.

⁷ Sprovedena istraživanja pokazuju da nijedna od ustanova koja se nalazi u državnom programu postupka BMPO ne sprovodi najnovije metode medicinske reproduktivne nauke razvijene u svetu u poslednjih desetak godina (PICS, IMSI metoda, produžena kultura embriona posle trećeg dana razvoja nakon oplodnje, savremene tehnike zamrzavanja i odmrzavanja embriona i sl.). Pored toga na teritoriji Republike Srbije još uvek ne postoji banka donatorskih jajnih ćelija i semena koje bi mogle biti upotrebljene u težim slučajevima neplodnosti.

⁸ Prosečni period čekanja za otpočinjanje postupka kada su već ispunjeni svi kriterijumi i uslovi je od 4 do 6 meseci. Tome bi trebalo dodati i period vršenja dijagnostičkih analiza koji traje najmanje 2 meseca.

štva u okviru svoje ponude privatnog zdravstvenog osiguranja ne nude ovu vrstu osiguranja. Čak šta više, kod klasičnih polisa privatnog zdravstvenog osiguranja izričito se iz osiguravajućeg pokrića isključuju troškovi lečenja neplodnosti, kao i troškovi koji mogu nastati u vezi sa sprovođenjem postupka BMPO.

U ovom radu biće reči o mogućnosti uvođenja ove vrste osiguranja u praksu domaćih osiguravajućih društava, kao i o uslovima koji bi mogli biti predviđeni za ostvarivanje zahteva po osnovu ove vrste osiguranja.

2. Uslovi za ostvarivanje zahteva iz osiguranja na naknadu troškova nastalih u vezi sa sprovođenjem postupka BMPO

U uporednom pravu pojavljuju se sledeći uslovi za ostvarivanje zahteva: bolest partnera (jednog ili oba), postojanje odgovarajuće veze između parova koji žele da dobiju potomstvo, kao i medicinska opravdanost sprovođenja određenog postupka BMPO. Dalje u radu biće analiziran svaki od ovih uslova posebno.

2.1. Bolest pacijenta/pacijenata

Osnovni uslov za ostvarivanje zahteva iz osiguranja jeste da je potvrđena bolest jednog ili oba partnera. Ona se ovde manifestuje kao neplodnost (smanjena plodnost). Većina doktora definiše neplodnost kao nesposobnost da se nakon godinu ili više dana održavanja seksualnih odnosa bez kontracepcije začne beba ili ako i dođe do trudnoće žene koje zatrudne ne mogu da održe trudnoću dovoljno dugo da bi fetus bio sposoban da živi van tela majke. Dakle, zahtev po osnovu ove vrste osiguranja može imati samo lice kod kojeg je medicinskim putem utvrđena bolest neplodnosti koja može biti tretirana primenom različitih postupaka i metoda lečenja neplodnosti.⁹ Pod lečenjem neplodnosti podrazumeva se postupak utvrđivanja uzroka neplodnosti ili smanjene plodnosti i otklanjanje tih uzroka stručnim savetima, lekovima ili hirurškim zahvatima, kao i uzimanje i čuvanje muških, odnosno ženskih polnih ćelija u slučaju kada na osnovu iskustava medicinske nauke postoji opasnost da može doći do neplodnosti muškarca, odnosno žene.¹⁰

Neplodnost može postojati kod jednog ili oba partnera. U svakom slučaju zahtev može imati samo ono lice kod kojeg je utvrđena bolest ne-

⁹ U slučaju dobrovoljnog steriliteta ovaj uslov nije ispunjen.

¹⁰ Videti Zakon o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja, „Sl. Glasnik RS“ br. 72/2009, čl. 3 st. 1, t. 1. (dalje u tekstu i fusnotama: ZBMPO).

plodnosti. Dakle, to može biti samo jedan partner ili eventualno i oba partnera ukoliko se kod oboje utvrdi neplodnost ili smanjena plodnost. Ipak, budući da je za primenu postupka neophodno „učestće“ oba partnera, osiguranjem se pokrivaju i troškovi lečenja učinjeni na telu partnera kod kojeg nije utvrđena neplodnost.¹¹

Jedno od spornih pitanja koje se pojavilo u uporednom pravu je da li se pod bolešću može tretirati tzv. „**idiopatski sterilitet**“. Idiopatski sterilitet postoji kada oba partnera koja žele potomstvo ne mogu da začnu dete zajedno, pri čemu uzroci neplodnosti ni kod jednog ni kod drugog partnera primenom trenutno aktuelnih tehnika medicinske nauke ne mogu biti utvrđeni.¹² S obzirom na to da je u domenu privatnog zdravstvenog osiguranja bolest rizik od koga se inače može pružiti osiguranje, te da je ovde nemoguće utvrditi postojanje bolesti (rizika) kao uzroka neplodnosti, u uporednopravnoj praksi ovakvi parovi nažalost trenutno ne mogu ostvariti zahtev iz osiguranja.¹³

Iz svega navedenog proističe da postojanje želje za potomstvom na strani parova bez utvrđene bolesti neplodnosti, barem kod jednog partnera, nije dovoljan uslov za ostvarivanje zahteva iz ove vrste osiguranja.

Jedno od pitanja je i da li parovi koji imaju dete, a žele još dece mogu da ostvare zahtev za naknadu troškova postupka BMPO po osnovu privatnog zdravstvenog osiguranja. Savezni sud SR Nemačke više je puta doneo odluke u prilog prava na zahtev za naknadu troškova parovima koji imaju decu. Naime, u odlukama je više puta jasno istaknuto da se bolest kao kriterijum u uslovima osiguranja ne može zasnovati na činjenici što parovi imaju dece ili ne, nego na fizičkom, i ili psihičkom stanju koja uzrokuje nemogućnost dobijanja dece prirodnim putem (nezaštićenim polnim odnosom). Čak i ukoliko par dobije potomstvo primenom postupka BMPO, to istovremeno ne znači da je neplodnost kod partnera prevaziđena, te da u slučaju želje za novim potomstvom i dalje može postojati medicinska opravdanost sprovođenja postupka BMPO, jer se procena bolesti vrši nezavisno od porodičnog statusa.¹⁴

¹¹ Npr. neplodnost je utvrđena na strani muškarca (azospermija, astenospermija, zoospermija i sl.), a postupak BMPO (aspiracija jajnih ćelija, transfer oplodjenih embriona) sprovodi se na telu ženskog partnera kod kojeg nije utvrđena neplodnost.

¹² Sylvia Aschhoff, *op. cit.*, str. 23.

¹³ U slučaju uvođenja ove vrste osiguranja u ponudu domaćih osiguravajućih društava, parovi sa problemom idiopatskog steriliteta takođe neće moći biti obuhvaćeni osiguranjem, osim u slučaju ukoliko bi idiopatski sterilitet u medicini bio prepoznat kao bolest.

¹⁴ O medicinskoj opravdanosti biće više reči u okviru posebnog naslova.

2.2. Postojanje odgovarajuće veze između parova koji žele da dobiju potomstvo

Uslov za stupanje u tzv. državni program¹⁵ finansiranja troškova postupka BMPO, ne samo kod nas, već i u većini evropskih država je postojanje bračne zajednice. Ovakav uslov opravdava se željom država da podstaknu zaključenje brakova i čuvanje porodičnih vrednosti (razlozi socijalne politike) pružanjem finansijske pomoći parovima koji se nalaze u braku.

Kad je, međutim, reč o privatnom zdravstvenom osiguranju ovaj uslov za ostvarivanje zahteva za naknadu nije pravno i medicinski zasnovan. Sudska praksa je stala na stanovište da postojanje bračne zajednice ne može biti kriterijum koji bi bio postavljen u opštim, posebnim uslovima osiguranja ili polisi za ostvarivanje zahteva za isplatu naknade. Naime, neplodnost kao bolest vezuje se za fizičko (organsko) i, ili psihičko stanje parnera.¹⁶ Ona ne zavisi od socijalnog odnosa (bračna ili vanbračna zajednica) između parova. U suprotnom bi smo došli do „bizarne situacije“ da jedan zdrav - plodan muškarac, tek zaključenjem braka sa neplodnom ili manje plodnom ženom postaje „bolestan“ ili obrnuto, da jedna neplodna žena koja se nalazi u braku nakon razvoda braka postaje „zdrava“. Iz ovoga proističe da odnos između postojanja bolesti i trenutnog socijalnog statusa partnera ne postoji.¹⁷ Tačno je da je jedan od osnovnih ciljeva bračne zajednice proširenje porodice dobijanjem potomaka, ali se ova želja kod parnera koji nisu u braku ne može apriori isključiti. Želja za potomstvom kod parova koji se uključuju u postupak BMPO, bilo da se nalaze u bračnoj ili vanbračnoj zajednici, obično se potvrđuje davanjem saglasnosti volja o želji sprovođenja odgovarajućeg postupka BMPO pre zaključenja ugovora sa klinikom koja treba da ga sprovede.¹⁸

Prema našem ZBMPO pravo na postupak BMPO imaju kako supružnici, tako i vanbračni partneri kojima nije moguće pomoći drugim medicinskim postupcima lečenja neplodnosti odnosno za koje se prema standardima medicinske nauke i prakse ne može očekivati da će doći do začeća i rađanja deteta polnim odnosom.¹⁹ U skladu sa tim, vanbračnim partnerima ne bi se smelo ni uskratiti pravo na zahtev na naknadu troškova u slučaju uvođenja ove vrste privatnog osiguranja u praksu domaćih osiguravajućih društava.

¹⁵ O državnom programu videti više u okviru uvodnih razmatranja.

¹⁶ Sylvia Aschhof, *op.cit.*, str. 130.

¹⁷ *Ibidem.*

¹⁸ Kada je reč o parovima koji nisu u bračnoj zajednici pre zaključenja ugovora sa odgovarajućom klinikom, obično se zahteva i da pred javnim beležnikom (notarom) daju overenu izjavu o želji da se podvrgnu postupku BMPO u cilju sticanja zajedničkog potomstva. Dakle, ovde su administrativni troškovi samo nešto veći, nego kada je reč o parovima koji se već nalaze u braku.

¹⁹ Videti ZBMPO, čl. 27, st. 1.

2.3. Medicinska opravdanost sprovođenja postupka BMPO

Postupak biomedicinski potpomognutog oplodjenja (BMPO) jeste 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 sa ZBMPO.²⁰ Jedan od uslova koji je neophodan za ostvarivanje prava na naknadu troškova nastalih sprovođenjem ovog postupka jeste medicinska opravdanost njegove primene.

Dokazivanje postojanja medicinske opravdanosti je značajno ne samo sa medicinskog, već i pravnog aspekta. Naime, dok bolest neplodnosti predstavlja osigurani rizik, nastanak neophodnosti primene postupka BMPO u odnosu na osigurano lice zajedno sa troškovima koje on izaziva predstavlja osigurani slučaj kod ove vrste osiguranja.²¹

U okviru ovog uslova postavljaju se dva pitanja: jedno se tiče opšte opravdanosti sprovođenja postupka BMPO, dok se drugo odnosi na opravdanosti primene konkretnog postupka BMPO.

2.3.1. Opšta medicinska opravdanost primene postupka BMPO

Opšta medicinska opravdanost primene postupka BMPO razmatra se sa dva aspekta, kako u odnosu na druge postupke lečenja neplodnosti, tako i u odnosu na dovoljnost šanse za uspeh prema zdravstvenom stanju pacijenta u određenom trenutku.

Prvo, opšta medicinska opravdanost primene postupka BMPO postoji u slučaju **kada lečenje neplodnosti drugim postupcima nije moguće ili ima značajno manje šanse za uspeh**, ukoliko se na taj način ne dovodi do neprihvatljivog rizika po zdravlje, život i bezbednost majke, odnosno deteta.²² ZBMPO u okviru ovog načela zanemaruje tzv. dovoljnost šanse za uspeh kao uslov postojanja medicinske opravdanosti.

Drugo, iako se medicinska opravdanost primene postupka BMPO posmatra prvenstveno u relaciji sa drugim postupcima lečenja (stepen mogućnosti uspeha u odnosu na druge postupke), za medicinsku opravdanost je bitno i **postojanje dovoljne šanse za uspeh** postupka BMPO koja se posmatra u svakom konkretnom slučaju u odnosu na zdravstveno stanje pacijenta.

Procena dovoljne šanse za uspeh vrši se *ex ante*, tj. pre uključenja u sam postupak, na osnovu prethodnog vršenja niza dijagnostičkih anali-

²⁰ Videti ZBMPO, čl. 3, st. 1. t. 2.

²¹ Schmeilz B, Krüger M, "Künstliche Befruchtung und die Krankenversicherung – Künstliche Befruchtung: Wer trägt die Kosten?", München - Regensburg, 2006, str. 5.

²² Videti ZBMPO, čl. 4.

za. Kod pacijenata kod kojih su šanse za uspeh izuzetno male, ne postoji ni medicinska opravdanost primene postupka, pa u skladu sa tim oni nemaju ni pravo na naknadu iz osiguranja u slučaju primene postupka.

Ovde je, međutim, problem kako napraviti pravilnu prethodnu procenu dovoljnosti šanse za uspeh, kao i koja je to granica dovoljnosti uspeha koja pacijente „kvalifikuje“ za učešće u samom postupku.²³ Procena dovoljnosti šanse za uspeh postupka BMPO vrši se u svakom konkretnom slučaju u odnosu na zdravstveno stanje pacijenta u trenutku koji pada neposredno pre uključanja u postupak.

Jedan od kriterijuma koji je uziman kao odlučujući prilikom vršenja procene bila je starosna granica žene. U skladu sa tim u posebnim uslovima osiguranja pokrića troškova primene BMPO, starosna granica žene (kretala se od 38–42 god) postavljana je kao uslov za ostvarivanje zahteva iz privatnog osiguranja. Ako je žena navršila određene godine života određene kao ograničenje u uslovima osiguranja zahtev je odmah odbacivan. U uporednoj sudskoj praksi sudovi su zauzeli stav da su ovakve klauzule u uslovima osiguranja ništave. U prilog ovakvog stava govore savremena medicinska istraživanja. Medicinska ispitivanja omogućavaju, na primer, da se daju precizne izjave o proceni prirode i broja jajnih ćelija kod žene, te da se na bazi analize ovih rezultata obelodani procena mogućnosti uspeha primene postupka BMPO. U skladu sa tim npr. na osnovu individualnog kvaliteta i kvantiteta jajnih ćelija može se proceniti da verovatnoća uspeha kod žene koja ima 38 godina ne postoji ili je izuzetno mala, dok se obrnuto, na osnovu iste analize kod žene koja je starija (npr. ima 42 godine) može pokazati da je mogućnost uspeha veća i ne može se zbog starosti apriori isključiti.²⁴

Pored ovoga, postavlja se i pitanje da li određen broj neuspešnih pokušaja (npr. 3 ili više), može biti odlučujuća indikacija za davanje izjave o proceni šansi uspeha narednog postupka i medicinske opravdanosti njegovog sprovođenja. Zbog gore iznetih razloga i procene koja se mora vršiti u svakom konkretnom slučaju u trenutku eventualnog otpočinjanja postupka BMPO, prema našem mišljenju, broj neuspešnih pokušaja ne bi smeo biti dovoljan kriterijum za odbacivanje zahteva za naknadu troškova postupka po osnovu privatnog zdravstvenog osiguranja. Druga je stvar

²³ U sudskoj praksi nemačkih sudova postavljen je kriterijum po kome dovoljnost mogućnosti uspeha postoji ako su šanse za uspeh u procentima jednake ili veće od 15%.

²⁴ Kada je reč o državnom programu finansiranja postupka BMPO, starosna granica kao uslov za učešće u programu nije napušten. Prema Pravilniku Republičkog fonda za zdravstveno osiguranje pravo učešća u programu imaju žene do napunjenih 40 godina starosti u momentu dobijanja odluke o ispunjenosti uslova za uključivanje u postupak VTO (vantelesne oplodnje).

što osiguravajuće društvo ima pravo da visinu svoje obaveze unapred ograniči ugovaranjem svote osiguranja, ali se prema našem mišljenju pravo na naknadu ne bi smelo isključiti na osnovu broja neuspelih pokušaja primene postupka BMPO.

2.3.2. Opravdanost primene konkretnog postupka BMPO

Opravdanost primene konkretnog postupka BMPO od značaja je za određivanje obima zahteva u pogledu naknade troškova od osiguravajućeg društva, jer obim troškova zavisi od vrste postupka koji se primenjuje. Visina troškova BMPO determinisana je vrstom postupka²⁵ i pomoćnim tehnikama²⁶ koje se uz njih mogu primeniti.

U svakom slučaju, zahtev za naknadu troškova obuhvata isključivo troškove onih postupaka i pomoćnih tehnika koje je prema objektivnoj medicinskoj proceni i saznanjima medicinske nauke opravdano sprovesti u datom trenutku, uzimajući u obzir trenutno zdravstveno stanje (stanje plodnosti) oba partnera.²⁷ Konkretna vrsta postupka mora prema objektivnoj proceni biti takva da omogući izlečenje, smanjenje ili spreči pogoršanje bolesti neplodnosti.²⁸ Ovaj kriterijum je ispunjen ako se uspeh lečenja može u najvećoj mogućoj meri povećati. Ipak, uzimajući u obzir kompleksnost postupka i biološke procese u ljudskom telu uspeh se ipak ne može sa sigurnošću predvideti. Dakle, izbor određenog postupka i pomoćnih tehnika zavisi od konkretnog slučaja, datog trenutka i „plodnosti“ partnera koji se podvrgavaju postupku.

Iako se ugovor o osiguranju zaključuje između ugovarača osiguranja (pacijenta) i osiguravajućeg društva, medicinska opravdanost izbora određenog postupka određuje lekar u okviru izabrane klinike. Za razliku od državnog programa finansiranja, gde se lice obraća izabranom lekaru odgovarajuće državne ustanove radi uključenja u postupak, u slučaju privatnog osiguranja pacijent zaključuje ugovor sa odgovarajućom klinikom (bilo državnom ili privatnom), preuzimajući samostalno obavezu plaćanja honorara za sprovođenje čitavog postupka BMPO. Time on na posredan način utiče i na sadržinu zahteva iz ugovora u kojem on nije ugovorna strana, pa je njegova objektivnost i u tom smislu od izuzetnog značaja.

²⁵ Savremena medicina poznaje sledeće vrste postupaka: inseminaciju, klasičan IVF, ISCI, PCSI zajedno ili bez primene IMSI procedure.

²⁶ Takođe, svaka od ovih vrsta postupaka može biti praćena primenom pomoćnih tehnika koje iziskuju dodatne troškove (TESA, *Assisted hatching*, PGD).

²⁷ Sylvia Aschhoff, *op.cit.*, str. 142.

²⁸ Sylvia Aschhoff, *op.cit.*, str. 143.

3. Zaključna razmatranja – mogućnost uvođenja privatnog osiguranja troškova sprovođenja postupka BMPO u praksu domaćih osiguravajućih društava

Kao što je istaknuto u okviru uvodnih razmatranja jedan od načina prevazilaženja finansijskih poteškoća parova koji se podvrgavaju postupku BMPO, koji još nije dostupan u Republici Srbiji, je privatno osiguranje kojim bi se pokrili troškovi nastali u vezi sprovođenja postupka BMPO. Za razliku od uporednog prava osiguranja razvijenih država (npr. SR Nemačka, SAD), domaća osiguravajuća društva u okviru svoje ponude privatnog zdravstvenog osiguranja ne nude ovu vrstu osiguranja, iako za to postoje pravne pretpostavke. Kod klasičnih polisa privatnog zdravstvenog osiguranja domaćih osiguravajućih društava iz osiguravajućeg pokrića izričito se isključuju troškovi lečenja neplodnosti, kao i troškovi koji mogu nastati u vezi sa sprovođenjem postupka BMPO. Osnovni preduslov za eventualno uvođenje ove vrste osiguranja bi bilo brisanje takvih odredbi opštih uslova privatnog zdravstvenog osiguranja. U pojedinim saveznim državama SAD osiguravajuća društva u obavezi su da ovu vrstu osiguranja ponude na tržištu.

Opšti pravni okvir sprovođenja postupka BMPO regulisan je u ZBMPO. U pogledu ostalog mogu se primeniti pravila Zakona o obligacionim odnosima i to kako opšte norme ugovornog prava, tako i posebna pravila kojima je regulisan ugovor o osiguranju. Domaćim osiguravajućim društvima ostaje da u svojim opštim i posebnim uslovima privatnog zdravstvenog osiguranja konkretizuju pravila koja bi se odnosila na osiguranje troškova nastalih u vezi sa sprovođenjem postupka BMPO. U tom pogledu, treba voditi računa o više aspekata.

Prvo, neophodno je precizirati tzv. karencu – minimalan period u kojem lice mora biti osigurano (plaćati premiju osiguranja) kako bi uopšte moglo steći pravo na zahtev za naknadu iz osiguranja. U uporednom pravu, to je period od najmanje jedne godine. Ovaj vremenski period se postavlja, jer je eventualnu neplodnost moguće utvrditi samo protekom određenog vremenskog perioda, o čemu je bilo reči gore u okviru definicije neplodnosti. Takođe, budući da su troškovi postupka visoki, iz ekonomskih razloga je za osiguravajuće društvo od značaja da pre eventualnog nastupanja osiguranog slučaja bude uplaćen određen iznos premija.

Drugo, neophodno je odrediti način utvrđivanja nastupanja osiguranog slučaja, koji ovde predstavlja medicinsku opravdanost sprovođenja postupka BMPO zajedno sa troškovima koje on izaziva. Bolest neplodnosti, kao osigurani rizik, i medicinska opravdanost sprovođenja postupka BMPO zajedno sa troškovima koje on uzrokuje, kao osigurani slučaj kod

ove vrste osiguranja, opisani su u okviru naslova „Uslovi za ostvarivanje zahteva iz osiguranja na naknadu troškova nastalih u vezi sa sprovođenjem postupka BMPO“.

Treći aspekt koji treba da bude predmet regulisanja u posebnim uslovima osiguranja od interesa je kako za osiguravajuće društvo, tako i za potencijalne osiguranike. On se tiče regulisanja obima osiguravajućeg pokrića. Pravilima se mora regulisati koji troškovi mogu biti pokriveni osiguranjem. Naime, postupak BMPO je izuzetno složen i u osnovi se može podeliti u dve faze. U prvoj, tzv. preliminarnoj fazi vrši se niz dijagnostičkih analiza na kojima se temelji ocena zdravstvenog stanja pacijenta (bolest neplodnosti) i procenjuje medicinska opravdanost sprovođenja postupka BMPO. Dijagnostičke analize mogu uzrokovati značajne troškove pa je u pravilima osiguranja potrebno precizno odrediti koji troškovi i u kom obimu mogu predstavljati deo osiguravajućeg pokrića. Druga faza nastupa kada se utvrdi postojanje medicinske opravdanosti sprovođenja postupka. Ona počinje sa određivanjem protokola stimulacije jajnika. Protokol stimulacije sastoji se u korišćenju medikamenata koji iziskuju značajne troškove. U praksi oni u zavisnosti od vrste medikamenata i dužine trajanja protokola iznose od 600 do 1200 evra. Stoga je potrebno predvideti da li osiguravajuće pokriće i u kom obimu pokriva navedene troškove. Nakon završetka protokola prelazi se na ključnu fazu postupka u okviru koje se sprovode različite vrste postupaka i pomoćnih tehnika. Kao što je već istaknuto, visina troškova postupka BMPO u najvećoj meri zavisi od vrste postupaka i pomoćnih tehnika koje se sprovode u konkretnom slučaju. Za osiguranika je zato od izuzetnog značaja da prilikom izbora polise osiguranja, a u skladu sa svojim potrebama (planom eventualnog lečenja) vodi računa o obimu osiguravajućeg pokrića predviđenog konkretnim pravilima osiguranja koji će predstavljati sastavni deo ugovora sa njegovim osiguravajućim društvom. Najveći broj sporova u uporednopravnoj praksi upravo se odnosi na obim obaveze osiguravajućeg društva nakon nastupanja osiguranog slučaja. Stoga je još pre izbora polise osiguranja važno konsultovati lekara i napraviti finansijski plan eventualnog budućeg postupka lečenja, kako bi osiguravajuće pokriće u najvećoj meri odgovaralo potrebama osiguranika. Interesantno je da su se u praksi pojedinih zemalja specijalizovali i pravni savetnici (nem. "*Kinderwunschanwalt*") koji ne samo što zastupaju svoje klijente u sporovima iz ove vrste osiguranja, već pružaju i savete u pogledu izbora najpogodnije polise osiguranja pre zaključenja ugovora.

*Vladimir Marjanski, Ph.D., Assisant Professor
Faculty of Law Novi Sad*

On a possibility to introduce a private insurance of expenses created in the procedure of bio-medically assisted fertilization (IVF)

Abstract

According to the most recently available data, between 7 and 9 percent of couples who wish to have children suffer from various kinds of infertility. Through application of different methods and procedures of modern medicine the problem of infertility can be solved in about 85 to 90 percent of cases. This is primarily due to development of various procedures bio-medically assisted fertilization (hereon after: IVF). However, expenses of those procedures are still exceptionally high. Furthermore, it should be noted that the successfulness of the IVF in one cycle amounts to 25 to 30 percent. This is the reason why there is often a need to go through 3 to 4 cycles in order to achieve desired result. Couples who enter the procedure of IVF attempt in several ways to overcome or at least reduce financial difficulties connected with it. On method of overcoming financial difficulties, still unavailable in Serbia, is private insurance that would cover the expenses created in connection with the IVF. Unlike insurance laws of developed countries (i.e. Germany, United States etc.), insurance companies in Serbia do not include this type of insurance in their offer of private health insurance. Moreover, typical policies of private health insurance explicitly exclude expenses incurred through treatment of infertility and application of the IVF procedure. This paper deals with a possibility of introduction of this type of insurance to the practice of Serbian insurance companies, as well as conditions which could be set for realization of claims based on it.

Key words: IVF, infertility disorder, medical justification, expense of treatment, private health insurance, general and specific terms and conditions of insurance.

*Dr Sandra Fišer – Šobot, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

ODGOVORNOST PRODAVCA ZA SAOBRA- ZNOST ROBE SA PRINUDNIM PROPISIMA – *FROZEN PORK CASE*¹

Sažetak: *Svaka roba kojom se može trgovati mora ispuniti određene standarde ustanovljene javnim pravom. Kod prekogranične trgovine se postavlja pitanje da li roba treba da bude u skladu sa prinudnim propisima u zemlji prodavca, zemlji kupca ili zemlji korišćenja. Budući da Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe iz 1980. godine ne reguliše ovo pitanje, odgovore pokušava da pruži sudska praksa. Rad sadrži analizu odluke Vrhovnog suda Nemačke u predmetu Frozen pork, a njegov cilj je da odredi koje kriterijume treba primeniti pri proceni odgovornosti prodavca za saobraznost robe sa prinudnim propisima.*

Ključne reči: *saobraznost robe, odgovornost prodavca, prinudni propisi, zaštita životne sredine.*

1. Uvod i postavljanje problema

Kod prekogranične trgovine značajan uticaj na mogućnost korišćenja robe, po pravilu, imaju kogentne norme u oblasti zaštite životne sredine, zaštite zdravlja ljudi i zaštite potrošača na snazi u zemlji kupca, odno-

¹ Rad je nastao kao rezultat istraživanja na projektu *Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo* (br. 179079) koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

sno zemlji korišćenja robe. Propisi iz navedenih oblasti mogu predviđati dodatne kvalitete koje roba treba da poseduje da bi mogla da se prodaje ili koristi u zemlji kupca ili trećoj zemlji. Postavlja se pitanje da li i u kojim slučajevima prodavac treba da snosi odgovornost za nesaobraznost robe zbog neispunjavanja uslova predviđenih prinudnim propisima zemlje kupca ili zemlje upotrebe robe.

Odgovornost prodavca za saobraznost robe sa prinudnim propisima nije na izričit način regulisana u *Konvenciji UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe*² (u daljem tekstu: Bečka konvencija, BK) iz 1980. godine. Međutim, tumačenjem opštih načela na kojima počiva konvencija, kao i njenih pojedinačnih odredbi, mogu se izvesti određeni zaključci.

Najbolji način za prevazilaženje problema je izričito ili prećutno ugovaranje svojstava koja roba treba da poseduje. U odsustvu sporazuma strana, odgovore na ovo složeno pitanje pokušava da pruži sudska praksa. Međutim, stavovi sudske i arbitražne prakse nisu jedinstveni. U osnovi se mogu razlikovati dva načina rezonovanja. Većina odluka za saobraznost robe sa prinudnim propisima određuje kao merodavno pravo zemlje prodavca, dok pravo zemlje kupca može biti od značaja samo u izuzetnim slučajevima. Druga grupa odluka su one koje pri proceni saobraznosti u prvi plan stavljaju mogućnost dalje prodaje robe. Shodno tome, povreda ugovora će postojati ako roba nije saobrazna sa javnopravnim standardima prava zemlje kupca ili zemlje korišćenja.

Predmet ovog rada je prikaz i analiza odluke Vrhovnog suda Nemačke (u daljem tekstu: BGH) donete u predmetu VIII ZR 67/04 od 2. marta 2005. godine (u daljem tekstu: *Frozen pork case*)³. Značaj navedene odluke se ogleda u tome što predstavlja osnov za preispitivanje ranije donete odluke od strane BGH u čuvenom predmetu VIII ZR 159/94 od 8. marta 1995. godine (u daljem tekstu: *Mussels case*)⁴, koji je dugo godina tretiran kao presedan u pravu međunarodne prodaje.

U radu će najpre ukratko biti izložena odluka doneta u *Mussels case*, a potom će uslediti prikaz i kritički osvrt na odluku donetu u predmetu *Frozen pork*. Konačno, cilj ovog rada je da pokuša da odredi koje kriterijume treba primeniti pri proceni odgovornosti prodavca za saobraznost robe sa prinudnim propisima.

² Konvencija Ujedinjenih Nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe (*Službeni list SFRJ* 10/1/84 od 31.12.1984.; dalje u fusnotama: BK)

³ CISG-online 999, Germany, 2 March 2005, *Bundesgerichtshof*, VIII ZR 67/04.

⁴ Germany 8 March 1995 *Supreme Court (New Zealand mussels case)* dostupno na <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/950308g3.html>.

2. *Mussels case*

2.1. Činjenično stanje i odluka BGH

Prvi predmet u kome je razmatrano pitanje odgovornosti prodavca za saobraznost robe sa prinudnim propisima je *Mussels case*. Odlučujući u navedenom predmetu Vrhovni sud Nemačke je formulisao određena pravila koja su našla široku primenu, a presuda BGH je u kasnije donetim odlukama tretirana kao presedan.⁵

Prodavac iz Švajcarske je kupcu iz Nemačke prodao školjke koje su imale više kadmijuma nego što je preporučilo nemačko Savezno ministarstvo zdravlja.⁶ Zbog navedenog nedostatka, kupac iz Nemačke nije uspeo da dobije potrebne dozvole državnih organa i smatrao je da usled toga neće moći da proda robu i odbio je da plati cenu. S druge strane, iste školjke su se mogle nesmetano konzumirati i prodavati prema pravnim pravilima koja su bila na snazi u Švajcarskoj. Sud je zauzeo stav da je kupac dužan da javnopravne norme učini predmetom ugovora i da zahtevi kvaliteta koji su predviđeni javnim pravom u zemlji kupca generalno nisu relevantni u smislu čl. 35(2)(a) BK, bar kad prodavac nije imao razloga da za njih zna. Kupac je taj koji je dužan da prodavcu ukaže na javnopravne standarde. U suprotnom, prodavac nije dužan da takve norme poštuje. Shodno tome, roba je ocenjena kao saobrazna, a kupac je morao da plati cenu.

Dakle, načelan stav suda je da su za saobraznost robe merodavni propisi koji postoje u zemlji prodavca. BGH je formulisao i tri slučaja u kojima će biti merodavno pravo zemlje kupca. Prvo, ako su pravila javnog prava zemlje kupca identična onima koja su na snazi u zemlji prodavca, onda je svakako prodavac dužan da ih poštuje. Ovaj izuzetak će se između ostalog primeniti kad su ugovorne strane iz zemalja članica EU i kad je odnosna oblast regulisana normama komunitarnog prava. Drugo, pravila u zemlji kupca ili zemlji korišćenja će biti merodavna kad su ispunjeni uslovi za primenu čl. 35(2)(b) BK, odnosno kad je kupac prodavcu pri zaključenju ugovora izričito ili prećutno stavio do znanja naročitu svrhu za koju će robu koristiti i kad se pouzdao u stručnost i prosuđivanje prodavca. I poslednje, prodavac je dužan da poznaje odgovarajuće javnopravne norme kad se usled „posebnih okolnosti“ može očekivati da je

⁵ Videti npr. United States 17 May 1999 *Federal District Court [Louisiana] (Medical Marketing v. Internazionale Medico Scientifica)* dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990517u1.html>; Austria 13 April 2000 *Supreme Court (Machines case)* dostupno na <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/000413a3.html>; Austria 25 January 2006 *Oberster Gerichtshof (Frozen pork liver case)* dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060125a3.html>.

⁶ Radilo se o preporučenim, a ne o obaveznim vrednostima.

prodavac znao ili morao znati za konkretno pravilo.⁷ Posebnim okolnostima se smatraju slučajevi kad je prodavac znao ili morao znati standarde države uvoza na osnovu stalnog poslovnog odnosa sa kupcem, kad mu je kupac dao posebna uputstva,⁸ ako često izvozi robu u zemlju kupca ili ako u zemlji kupca ima filijalu.⁹ Iz navedenih izuzetaka proizlazi da će prodavac biti odgovoran samo kad je na određeni način bio upoznat sa prinudnim propisima zemlje kupca ili zemlje opredeljenja.

2.2. Komentar odluke

Odluka doneta u *Mussels case* je imala veliki značaj u praksi međunarodne trgovine. Pozitivnu stranu ove odluke predstavlja činjenica da će prodavac odgovarati samo za ono što je bilo u njegovoj sferi znanja i uticaja. Naime, prodavac nije dužan da zna propise koji važe u drugim zemljama, pa ni u zemlji kupca. Pored toga, ne mora da znači da je zemlja kupca i krajnje odredište robe, odnosno mesto gde će se roba koristiti. Odluka uvažava princip podele rizika i odgovornosti između prodavca i kupca i ispravno određuje da rizik primene robe snosi kupac.

Međutim, iako je u sudskoj praksi odluka u *Mussels case* tretirana kao presedan u teoriji su joj upućene određene primedbe.¹⁰ Naime, pravilo da je za procenu saobraznosti robe sa prinudnim propisima merodavno pravo zemlje prodavca može u određenim slučajevima imati negativne posledice i za kupca i za prodavca. Prodavac ne sme isporučiti robu ne-saobraznu pravnim pravilima na snazi u njegovoj zemlji, čak i ako je nivo javnopravne zaštite u zemlji kupca ili zemlji korišćenja znatno niži. Ako se roba može slobodno prodavati u zemlji kupca ili zemlji korišćenja jer tamo ne postoji javnopravna regulativa kao u zemlji prodavca, postavlja se pitanje zašto bi prodavac bio dužan da poštuje pravila svoje zemlje kad

⁷ Ovaj izuzetak je sud primenio u predmetu United States 17 May 1999 *Federal District Court [Louisiana] (Medical Marketing v. Internazionale Medico Scientifica)* dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990517u1.html>. Videti više o tome kod Peter Schlechtriem, *Conformity of the goods and standards established by public law, Treatment of foreign court decision as precedent, Medical Marketing International, Inc. v. Internazionale Medico Scientifica, S.r.l. U.S. District Court, Eastern District of Louisiana, 17 May 1999.* dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990517u1.html#cco>.

⁸ Videti više kod Heinz Georg Bamberger, Herbert Roth (Hrsg.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3, München, 2003, str. 2820.

⁹ Videti više kod Sandra Fišer-Šobot, *Odgovornost prodavca za saobraznost robe sa prinudnim propisima, Pravna riječ*, 29/2011, str. 158-159.

¹⁰ Videti više kod Peter Schlechtriem, *Compliance with local law; Seller's obligations and liability, Annotation to German Supreme Case decision of 2 March 2005 (VIII ZR 67/04)*, 2005 dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cisgw/biblio/schlechtriem7.html>.

nesmetano može izvoziti i robu drugačijeg kvaliteta? Ovo pitanje je od posebnog značaja kad se roba izvozi u zemlje u razvoju ili nerazvijene zemlje. Takođe, nije nezamislivo da u zemlji prodavca javnopravna regulativa izostane da bi se zaštitili interesi nacionalnih izvoznika.¹¹ S druge strane, prema pravilu ustanovljenom u *Mussels case* ako roba ispunjava javnopravne standarde zemlje prodavca i ako ne postoje pretpostavke za primenu izuzetaka, kupac je dužan primiti isporuku čak i ako je roba nesaobrazna prinudnim normama njegove zemlje ili zemlje korišćenja. Prema tome, kupac ima obavezu da primi i robu koja je nesaobrazna i za koju od početka zna da je neće moći dalje prodati.

3. Frozen Pork case

Vrhovni sud Nemačke je odluku u predmetu *Frozen pork* doneo 2005. godine. U njoj je takođe razmatrano pitanje odgovornosti prodavca za saobraznost robe sa prinudnim propisima.

3.1. Činjenično stanje

Spor je nastao između prodavca na veliko iz Belgije i kupca iz Nemačke. Prodavac je u sporu od kupca zahtevao isplatu cene. Tuženi je u aprilu 1999. godine poručio od prodavca iz Belgije svinjsko meso, koje je trebalo da bude preuzeto od prodavca 15. aprila, 27. aprila i 7. maja 1999. godine. Izdati su i računi koji su glasili na iste datume i kojima su priložene potvrde o podobnosti robe za upotrebu. Navedene potvrde nisu sadržale informaciju o količini dioksina u mesu.

Roba je u Nemačku stigla najkasnije 4. juna 1999. godine. Kupac je dalje prodao robu i direktno je isporučio kupcu iz Nemačke, koji je meso preprodao konačnom kupcu sa sedištem u Bosni i Hercegovini. Sud je utvrdio da je roba u Bosnu i Hercegovinu stigla početkom juna, a najkasnije 4. jula 1999. godine¹². Na graničnom prelazu su carinske vlasti Bosne i Hercegovine zaplenile celu pošiljku i naložile njeno uništavanje.

Početkom juna 1999. godine je najpre u Nemačkoj i Belgiji nastupila sumnja da meso proizvedeno u Belgiji sadrži dioksin. Sumnja u kontaminiranost mesa se odnosila na sve životinje zaklane u periodu od 15.01. do 23.07.1999. godine. Zbog široko rasprostranjene sumnje u kvalitet i ispravnost belgijske svinjetine, u Nemačkoj je doneta Uredba

¹¹ P. Schlechtriem, *Compliance with local law....* dostupno na - <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem7.html>.

¹² Videti CISG-online 999, Germany, 2 March 2005, *Bundesgerichtshof*, VIII ZR 67/04, str. 3.

koja je stupila na snagu 11. juna 1999. godine i kojom je zabranjena dalja prodaja svinjskog mesa proizvedenog u odnosnom periodu u Belgiji. Izuzetno, mesom se moglo trgovati ukoliko je imalo potvrdu o sigurnosti, odnosno o zdravstvenoj ispravnosti. Drugim rečima, meso bez odgovarajuće potvrde je Uredbom proglašeno nepodobnim za promet. S tim u vezi je i u Evropskoj uniji donet propis prema kome je meso iz Belgije moralo imati potvrdu o mogućnosti upotrebe, odnosno da ne sadrži dioksin.¹³ Konačno i Belgija je 28. jula 1999. godine, kao država članica EU, donela propis koji je omogućio zaplenu kontaminiranog svežeg mesa i mesnih prerađevina. Svo meso proizvedeno u navedenom periodu, koje se nalazilo u Belgiji je preventivno konfiskovano. Pored toga, ovim propisom je bilo predviđeno da već izvezeno meso koje nije imalo odgovarajuću potvrdu, bude uništeno u inostranstvu ili da se vrati u Belgiju gde bi bilo konfiskovano i uništeno.¹⁴

Kupac je u nekoliko navrata bezuspešno pokušao da od prodavca dobije potvrdu o nepostojanju dioksina u isporučenom mesu. U isporukama od 15. i 27. aprila je predato meso proizvedeno u periodu od 15.01. do 23.07.1999. godine koje je trebalo da bude konfiskovano. U trećem obroku od 07. maja 1999. godine je isporučeno meso proizvedeno 12. januara, koje nije bilo obuhvaćeno zabranama ustanovljenim u Nemačkoj i Belgiji i za čiji promet nije bilo potrebno dostavljanje potvrde o njegovoj zdravstvenoj ispravnosti.

3.2. Odluka BGH

Prvostepeni sud je tužbu odbio kao neosnovanu. Odlučeno je da zbog nesaobraznosti isporučene robe, kupac nije bio dužan da plati kupovnu cenu.¹⁵ Drugostepeni sud je žalbu odbio.¹⁶ Iako prodavac, u principu nije odgovoran za saobraznost robe sa prinudnim pravilima u zemlji korišćenja, stav je suda da ovaj predmet predstavlja izuzetak od pravila. Razlozi za ovaj izuzetak leže u tome što su mere države bile zasnovane na događajima u zemlji porekla robe i, naročito, na posebnoj vrsti robe.¹⁷ Sud je našao da je isporučena roba nesaobrazna, iako se prema belgijskom pravu u vreme prelaska rizika mogla dalje prodavati i

¹³ CISG-online 951, Germany, 18 March 2003, *Landgericht Giessen*, 8 O 57/01, str. 3.

¹⁴ CISG-online 999, Germany, 2 March 2005, *Bundesgerichtshof*, VIII ZR 67/04, str. 4 i 9.

¹⁵ CISG-online 951, Germany, 18 March 2003, *Landgericht Giessen*, 8 O 57/01, str. 6.

¹⁶ CISG-online 822, Germany, 29 January 2004, *Oberlandes Gericht Frankfurt am Main*, 3 U 84/03, str. 1.

¹⁷ Ulrich Magnus, Klaus Bitterich, Germany, *Oberlandesgericht Frankfurt am Main*, 29 January 2004 - Case abstract, dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040129g1.html>.

koristiti.¹⁸ Sama sumnja zaraze dioksinom je bila dovoljna da se roba smatra nepodobnom za upotrebu i time nesaobraznom, te stoga kupac nije bio dužan da plati kupovnu cenu. Odlučujući u poslednjoj instanci, BGH je preinačio drugostepenu odluku i utvrdio da je deo robe bio saobrazan ugovoru. Shodno tome, naložio je kupcu da plati deo kupovne cene sa pripadajućim kamatama.

Činjenično stanje na osnovu koga je BGH trebalo da donese odluku u ovom slučaju je drugačije od onog u *Mussels case*. Naime, u izveznoj zemlji u vreme prelaska rizika, koji je odlučujući prema čl. 36(1) BK za procenu saobraznosti robe, javnopravno ograničenje još nije postojalo, nego je ono ustanovljeno kasnije. Osnovni princip utvrđen u *Mussels case* je da prodavac ne odgovara za saobraznost robe sa javnopravnim normama u zemlji kupca ili zemlji korišćenja. Dosledna primena pravila iz *Mussels case* bi vodila zaključku da je roba saobrazna ugovoru, jer je bila u skladu sa propisima zemlje prodavca koji su bili na snazi u vreme njenog izvoza. U prilog navedenom ide i to što ni u zemlji kupca nisu postojala pravila koja bi vodila nesaobraznosti robe. I poslednje, u vreme prelaska rizika nije ni u Nemačkoj ni u Belgiji postojala čak ni sumnja u ispravnost mesa. Suprotno navedenom, odlukom BGH i odlukama donetim u nižim instancama je utvrđena nesaobraznost robe.

3.2.1. Saobraznost robe

Bečka konvencija predviđa da je prodavac dužan isporučiti robu u količini, kvalitetu i vrsti kako je to predviđeno ugovorom i pakovanu ili zaštićenu na način predviđen ugovorom.¹⁹ Ako strane nisu ništa ugovorile, onda se saobraznost robe procenjuje prema objektivnim kriterijumima predviđenim u čl. 35(2) BK.

U konkretnom slučaju, pošto nije postojao poseban sporazum strana i pošto prodavcu nije predočena posebna svrha za koju će se roba koristiti, za procenu saobraznosti robe je merodavan čl. 35(2)(a) BK. Prema tome, roba je saobrazna ako odgovara svrsi za koju se roba iste vrste uobičajeno koristi.²⁰

Za procenu da li roba ima nedostatke treba najpre odrediti šta se podrazumeva pod uobičajenom upotrebom. Pojam uobičajene upotrebe nije međunarodno uniforman, a BK ga ne određuje izričito. Za određivanje pojma uobičajene upotrebe može da pomogne čl. 33(1)(d) ULIS koji

¹⁸ Videti više kod P. Schlechtriem, *Compliance with local law...*, dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem7.html>.

¹⁹ Čl. 35(1) BK.

²⁰ Videti čl. 35(1), 35(2)(a) i (b) BK.

predviđa da roba mora da ima kvalitete potrebne za uobičajenu upotrebu ili trgovinu²¹. Ovakvo rešenje predstavlja kombinaciju pravila sadržanih u *civil law* i *common law*. Naime, prema kontinentalnim pravima, prodavac uvek odgovara za redovnu upotrebljivost robe, čak i kad to nije izričito predviđeno. Prodavac se ne može pozivati na to da nije znao koja svojstva mora imati roba da bi bila podobna za redovnu upotrebu ili promet, jer onaj ko prodaje robu to mora znati. S druge strane, za anglosaksonsko pravo je svojstven zahtev da roba mora biti podobna za iskorišćavanje u trgovini.²²

Prema stavu Vrhovnog suda Nemačke, koji smatramo valjanim, u podobnost robe za uobičajenu upotrebu u međunarodnoj trgovini se uračunava i mogućnost njene dalje prodaje (nem. *Wiederverkäuflichkeit*, *Handelbarkeit*, eng. *merchantability*).²³ BGH je prihvatio koncept *merchantability* anglosaksonskog prava po kome roba mora biti podobna za iskorišćavanje u trgovini, odnosno mora biti moguća njena dalja prodaja.²⁴ U konkretnom slučaju, dalja prodaja mesa namenjenog za ishranu ljudi je bila moguća samo pod uslovom da je zdravstveno ispravno, što je utvrđivano na osnovu potvrde da ne sadrži dioksin.

3.2.2. Prelaz rizika

Odlučujuć trenutak za procenu saobraznosti robe je trenutak prelaska rizika na kupca. Prodavac odgovara za svaki nedostatak saobraznosti robe koji je postojao u trenutku prelaska rizika na kupca, čak i ako je nedostatak saobraznosti postao očit kasnije.²⁵ Budući da je isporuka izvršena predajom robe prvom prevoziocu u belgijskom sedištu prodavca, rizik je u skladu sa čl. 67 BK na kupca prešao predajom robe prvom prevoziocu. Prema tome, prodavac odgovara za nedostatke robe koji su postojali pre predaje mesa prvom prevoziocu. U vreme isporuke, u aprilu i maju 1999. godine nije postojala ni sumnja da je meso kontaminirano, niti su doneti odgovarajući propisi. Međutim, sudovi su u sve tri instance utvrdi-

²¹ U engleskom tekstu se koristi termin *commercial use* što doslovce prevedeno znači *komercijalna upotreba*. Upravo taj termin mnogo preciznije ukazuje na sadržinu ovog pojma.

²² Videti više kod Mladen Draškić, *Obaveze prodavca prema unifikovanim pravilima o međunarodnoj kupoprodaji*, Beograd, 1966, str. 79; Borislav T. Blagojević, Vrleta Krulj (ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, knjiga I, Beograd, 1980, str. 971.

²³ CISG-online 999, Germany, 2 March 2005, *Bundesgerichtshof*, VIII ZR 67/04, str. 8.

²⁴ Videti više kod Sandra Fišer-Šobot, *Odgovornost prodavca za isporuku robe u - međunarodnom i domaćem pravu*, doktorska disertacija, Novi Sad, 2010, str. 90 i 91.

²⁵ Čl. 36(1) BK.

li nesaobraznost robe jer prodavac odgovara i za nedostatke koji su postali očitiji kasnije. Pa tako, nesaobraznost kod prelaska rizika postoji i kad roba u tom trenutku ima skriveni nedostatak ili ako je roba u svojoj suštini nesaobrazna,²⁶ odnosno ako je nesaobraznost u začetku.²⁷ Upravo to je bio slučaj sa prodajom mesa koje je sadržalo dioksin. Sama činjenica što je sumnja nastala nekoliko nedelja kasnije u Nemačkoj, EU i Belgiji i što je tek tada došlo do donošenja odnosnih pravnih akata ne menja ništa u postojanju opasne po zdravlje osobine robe u vreme prelaska rizika.²⁸ Prema stavu BGH, okolnost što je odnosni propis u Belgiji donet relativno kasno (krajem jula 1999. godine) nema značaj. Upravo naređena sveobuhvatna konfiskacija predstavlja snažnu indiciju za postojanje dioksina već u trenutku spornih isporuka.²⁹ Da li je i u kojoj meri prodato meso zaista bilo kontaminirano, prema stavu suda, nema značaj jer roba objektivno već u vreme prelaska rizika nije bila podobna za dalji promet.³⁰

Drugačija bi bila situacija da je prodavac kupcu dostavio potvrdu o zdravstvenoj ispravnosti mesa, ali je već u prvostepenom postupku sa sigurnošću utvrđeno da iako je tuženi u nekoliko navrata pokušavao, on nije uspeo da od prodavca dobije potvrdu o nepostojanju dioksina u mesu.

Shodno navedenom, meso isporučeno u poslednjem obroku, koje je proizvedeno pre perioda kad se dogodila kontaminacija dioksinom, je podobno za promet i time saobrazno, pa je za njega kupac morao da plati cenu.

3.3. Komentar odluke BGH

Na osnovu svega iznetog jasno je da se odluka BGH doneta u ovom predmetu razlikuje od one u *Mussels case*. Iako se BGH u uvodu odluke poziva na *Mussels case* ona, u stvari, predstavlja osnov za njeno preispitivanje. Odluka izričito u prvi plan stavlja mogućnost dalje prodaje robe, koja je određena javnopravnim zahtevima u zemlji kupca ili – u slučaju direktne isporuke kupcu u trećoj zemlji – u zemlji korišćenja robe. BGH je utvrdio da je roba nesaobrazna jer je sumnja vodila javnopravnim merama, koje su isključile mogućnost njene dalje prodaje. Drugim rečima, sumnja u zdravstvenu ispravnost robe i posledično prinudni propisi su robu učinili nesaobraznom jer je bila nepodobna za uobičajenu upotrebu,

²⁶ Videti više kod Wolfgang Krüger, Harm Peter Westermann (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3, 4. Auflage, München, 2004, str. 2357, 2358.

²⁷ Videti više kod Ulrich Magnus, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Sellier-de Gruyter, Berlin, 2005, str. 371.

²⁸ Videti više CISG-online 999, Germany, 2 March 2005, *Bundesgerichtshof*, VIII ZR 67/04, str. 10.

²⁹ CISG-online 999, Germany, 2 March 2005, *Bundesgerichtshof*, VIII ZR 67/04, str. 5.

³⁰ CISG-online 999, Germany, 2 March 2005, *Bundesgerichtshof*, VIII ZR 67/04, str. 10.

odnosno za promet. Dakle, za saobraznost robe sa prinudnim propisima je merodavan čl. 35(2)(a) BK.

Javnopravna reakcija na sumnju svakako predstavlja dokaz sumnje i njenih posledica na saobraznost robe. Ova odluka je od značaja jer se situacije sumnje na kontaminaciju hrane dešavaju relativno često i dobijaju značajan prostor u javnosti i medijima.³¹ Ostaje otvoreno pitanje kakva bi odluka suda bila u slučaju kad sumnja ne dovede do javnopravne regulative, ali *de facto* značajno utiče na mogućnost dalje prodaje sumnjive robe.

Odlukom je uvažen deo doktrinarnih stavova, ali tek ostaje da se vidi kakva će biti reakcija sudske prakse.

4. Zaključak

Iz svega napred navedenog vidimo da ne samo da sudska i arbitražna praksa nisu jedinstvene u određivanju i primeni kriterijuma za procenu saobraznosti robe sa prinudnim propisima, nego je i BGH odstupio od ranije utvrđenih principa i formulisao novo pravilo. Na kraju se postavlja pitanje koji od iznetih stavova je ispravan i kako treba da postupaju sudovi u budućnosti.

U teoriji su postojali predlozi da se ovaj problem prevaziđe analognom primenom čl. 42(1) BK,³² koji reguliše odgovornost prodavca kad na prodatoj robi postoji pravo ili potraživanje koje se zasniva na industrijskoj ili drugoj intelektualnoj svojini. Analogna primena čl. 42(1) BK bi dovela do toga da prodavac odgovara za javnopravna pravila koja su mu, u trenutku zaključenja ugovora, bila poznata ili mu nisu mogla biti nepoznata, a koja u vreme isporuke postoje u državi upotrebe ili državi sedišta kupca. Zalaganje za analognu primenu čl. 42(1) BK pokazuje da u delu doktrine postoji težnja da se uspostavi pravilo da je za saobraznost robe sa prinudnim propisima merodavno pravo zemlje kupca ili zemlje korišćenja pod uslovom da je prodavac za ta pravila znao prilikom zaključenja ugovora.

Prema našem mišljenju, iako bi postojanje jasnog pravila otklonilo pravnu nesigurnost i doprinelo ujednačenju sudske prakse, analogna primena čl. 42(1) BK se ne može opravdati, a odgovor treba tražiti u okviru člana 35 BK. Osnovni razlog leži u tome što se, ako roba ne ispunjava javnopravne standarde, ne radi o pravnom nedostatku nego o nesaobraznosti robe.

³¹ Videti više kod P. Schlechtriem, *Compliance with local law...* dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem7.html>.

³² Videti više kod P. Schlechtriem, *Compliance with local law...* dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem7.html>.

Odluka u predmetu *Frozen pork* da podobnost robe za uobičajenu upotrebu (dalja prodaja) podrazumeva da roba mora biti saobrazna sa prinudnim propisima u zemlji kupca ili zemlji korišćenja je problematična jer se na taj način prodavac stavlja u neopravdano težak položaj i na njega se prevaljuje rizik primene robe. U ovoj situaciji je nužna zaštita interesa prodavca. Upravo zbog toga smatramo prihvatljivijim rezonovanje BGH u *Mussels case* jer kupac ne može razumno očekivati od prodavca da zna sve okolnosti kao što su javnopravna pravila u zemlji kupca ili zemlji korišćenja³³.

Da li je roba saobrazna sa prinudnim propisima treba, prema našem mišljenju, utvrđivati prema pravilima ustanovljenim u predmetu *Mussels*. Nadalje potrebno je odgovor tražiti *in casu*, a pri proceni okolnosti svakog konkretnog slučaja težiti ostvarenju principa pravičnosti i ravnopravnosti ugovornih strana. Naime, ne bi bilo ispravno prevaliti rizik primene robe u potpunosti na prodavca, naročito kad kupac pri porudžbini robe ili u pregovorima nije naveo posebna svojstva koja roba treba da ima. S druge strane, nije opravdano prodavcu dozvoliti da se osloni samo na pravna pravila na snazi u njegovoj zemlji, kad bi mu moralo biti jasno na osnovu profesionalnog znanja i iskustva, opšteg znanja, pravila struke ili zdravog razuma, da su pravna pravila u zemlji kupca ili zemlji korišćenja drugačija.

I poslednje, iako BGH ispravno određuje pojam uobičajene upotrebe, smatramo da uobičajena upotreba iz čl. 35(2)(a) BK u sebi ne obuhvata obavezu prodavca da isporuči robu saobraznu javnopravnim standardima zemlje uvoza, ako on za njih nije znao ili morao znati. Nasuprot tome, pravila u zemlji kupca ili zemlji korišćenja će biti merodavna kad su ispunjeni uslovi za primenu čl. 35(2)(b) BK, odnosno kad je kupac prodavcu pri zaključenju ugovora izričito ili prećutno stavio do znanja naročitu svrhu i kad se pouzdao u stručnost i prosuđivanje prodavca.

³³ Videti više kod P. Schlechtriem, *Compliance with local law...* dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem7.html>.

*Sandra Fišer – Šobot, Ph.D., Assistant
Faculty of Law Novi Sad*

Seller's Liability for Conformity of the Goods With Public Law Standards – *Frozen Pork Case*

Abstract

When the goods are exported from one country to another an important question arises – do the goods have to comply with the public law requirements of the seller's country, buyer's country or even with the rules in effect in some third country. The question is of high importance because the public law requirements, including standards established by environmental law, can have decisive impact on the possibility to use the goods. In order to avoid potential disputes parties should explicitly or implicitly stipulate the qualities of the goods and applicable public law standards.

In case law, there are no uniform standards for determination and application of criteria for assessment whether the goods are in conformity with public law requirements. The best solution is to follow the rules established in *Mussels case* and to consider every case separately. Finally, according to our opinion, fitness for the purpose for which the goods would ordinarily be used does not imply the obligation of the seller to deliver the goods conforming to the public law standards of the import country, unless he knew or ought to have known of such standards. On the other hand, legal standards in effect in buyer's place or in the place of destination will be relevant when requirements for application of the Art. 35(2)(b) are fulfilled i.e. when particular purpose was expressly or impliedly made known to the seller and when the buyer relied on the seller's skill and judgement.

Key words: conformity of the goods, liability of the seller, public law requirements, environmental law.

*Dr Petar Đundić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

UČEŠĆE LICA KOJA NISU STRANKE U ARBITRAŽNOM POSTUPKU I ZAŠTITA JAVNOG INTERESA PRED ARBITRAŽNIM SUDOM IKSID¹

Sažetak: Rad govori o potrebi da se zaštiti legitimitet odlučivanja u investicionoj arbitraži kroz učešće javnosti u postupku. Za razliku od trgovinske, investiciona arbitraža podrazumeva odlučivanje o odgovornosti države za preduzimanje mera usmerenih ka zaštiti javnog interesa u oblastima kao što su zaštita životne sredine, života i zdravlja stanovništva ili ljudskih prava. Prisustvo javnog interesa u ovim sporovima dovodi pod udar kritike tradicionalnu karakteristiku arbitraže – njenu zatvorenost za javnost. Problem demokratskog deficita odlučivanja može se rešiti, između ostalog, tako što će se licima koja nisu stranke a koja smatraju da će njihov interes biti pogođen arbitražnom odlukom dozvoliti da učestvuju u postupku. Arbitražna pravila Međunarodnog centra za rešavanje investicionih sporova od 2006. godine predviđaju pravo trećih zainteresovanih lica da u pisanom obliku dostave arbitražnom sudu komentare o činjeničnim i pravnim pitanjima vezanim za predmet odlučivanja. Međutim, bez ovlašćenja ovih subjekata da prisustvuju usmenim raspravama i naročito bez prava da ostvare uvid u relevantna dokumenta podneta u postupku, to ni blizu nije dovoljno da ustanovi prijatelja suda obezbedi smislenu i značajnu ulogu.

Ključne reči: investicioni spor, arbitraža, javni interes, transparentnost, IKSID.

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

I Uvod

U aprilu 2011. godine, ad hoc arbitražni sud koji je postupao po Arbitražnim pravilima Komisije Ujedinjenih nacija za međunarodno trgovinsko pravo (UNCITRAL) od 1976. godine u predmetu Ševron protiv Ekvadora (Chevron v. Ecuador), odbio je zahtev Međunarodnog instituta za održivi razvoj (International Institute for Sustainable Development) i Fondacije Pačamama (Fundacion Pachamama) da im se u pomenutom postupku odobri da zajednički dostave podnesak o pitanjima nadležnosti arbitražnog suda u konkretnom slučaju, da im se omogući istupanje ili prisustvo na usmenoj raspravi, kao i pristup najvažnijim dokumentima koje su podnele stranke.² Ove nevladine organizacije su zahtevale da iznesu svoje viđenje spora koji je nastao između američkog tužioca i Ekvadora, na osnovu američko-ekvadorskog Sporazuma o zaštiti i podsticanju ulaganja, kako bi arbitražnom sudu skrenule pažnju na potrebu da njegova odluka uvaži aspekte ljudskih prava u sporu koji obuhvata optužbe o zagađenju životne sredine i prouzrokovanju štete pojedinim licima u ekvadorskom delu Amazona.³

Pomenuta odluka je ponovo aktuelizovala jedan od najznačajnijih problema modernog arbitražnog mehanizma rešavanja investicionih sporova. Reč je o tome da se u arbitražnim postupcima povodom navodne povrede prava investitora odlučuje o pitanjima koja u značajnoj meri dotiču javni interes, bez mogućnosti za one koji su odlukama pogođeni da dođu do relevantnih informacija ili da iznesu svoje viđenje spornog pitanja.⁴ Činjenica da se u ovim sporovima preispituje i osporava zakonodavno delovanje države domaćina ulaganja u oblastima kao što su zaštita životne sredine, zaštite zdravlja stanovništva ili ljudskih prava od strane arbitara koji nisu prošli rigoroznu proceduru izbora namenjenu sudijama najviših nacionalnih sudova, dovodi u sumnju njihovu nezavisnost i nepristrasnost i narušava legitimitet postupka u očima javnosti. Ako se tome doda i element tajnosti koji uobičajeno karakteriše arbitražni postupak, ne čudi to što se u doktrini sve češće izražava skepticizam u pogledu mogućnosti da se investiciona arbitraža pomiri sa načelom demokratskog odlučivanja.⁵

² Vidi Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador (UNCITRAL), Letter to Amici from Permanent Court of Arbitration, April 26, 2011. Sve odluke citirane u ovom radu, osim ukoliko nije drugačije navedeno, dostupne su na: www.italaw.com.

³ Vidi informaciju objavljenu na: http://www.iisd.org/investment/dispute/chevron_vs_ecuador_2011.aspx.

⁴ Ibidem.

⁵ Vidi, na primer, B. Choudhury, Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 41/2008, str. 782.

Cilj ovog rada je da prikaže aktuelni razvoj pravnih pravila i arbitražne prakse koji se tiču učešća u arbitražnom postupku lica koji ne predstavljaju strane u sporu, već im je prevashodna namera da u tom postupku obezbede zaštitu određenih interesa koji se najčešće mogu podvesti pod široku kategoriju javnog interesa. U pojedinim arbitražnim pravilima i međunarodnim ugovorima ovi subjekti se nazivaju licima koja nisu stranke (eng. *non-disputing party*)⁶, a u pravnoj doktrini i u arbitražnim odlukama se za njih koristi naziv „prijatelj suda” (lat. *amicus curiae*). U nastavku rada ćemo za njihovo označavanje alternativno koristiti navedena dva termina. Analiza prevashodno obuhvata sistem uspostavljen Vašingtonskom konvencijom o rešavanju investicionih sporova između država i državljana drugih država od 1965. godine, kojom je osnovan Međunarodni centar za rešavanje investicionih sporova (eng. *International Centre for Settlement of Investment Disputes*, u daljem tekstu: IKSID ili Centar).⁷ Razmatranja prisutna u nastavku rada se mogu grubo podeliti na tri dela. U prvom delu će biti reči o specifičnostima investicione u odnosu na trgovinsku arbitražu, te o opravdanosti zahteva da se obezbedi mehanizam za učešće javnosti u investicionoj arbitraži. Drugi deo je posvećen normativnim promenama u Arbitražnim pravilima IKSID i odlukama arbitražnih sudova koje su usledile kao odgovor na pomenute zahteve. U trećem delu se govori i o efektima koje je evolucija sistema proizvela kada je reč o zaštiti javnog interesa u postupku pred arbitražnim sudom IKSID.

II Razlike između trgovinske i investicione arbitraže: potreba da se zaštiti legitimitet investicione arbitraže kroz učešće javnosti u postupku

Konstatacija da je investiciona arbitraža oblikovana prema modelu trgovinske arbitraže predstavlja opšte mesto u literaturi.⁸ Sporovi povodom stranih ulaganja između ulagača i države domaćina često se rešavaju na osnovu arbitražnih pravila koja su nastala za potrebe rešavanja ugovornih sporova između privatnopravnih subjekata.⁹ Jedna od prednosti koja se tradicionalno vezuje za arbitražno rešavanje sporova u odnosu na postupak

⁶ Vidi, na primer, st. 2. čl. 37. Arbitražnih pravila IKSID od 2006. godine.

⁷ Službeni list SCG – Međunarodni ugovori, br. 2/2006.

⁸ Vidi, na primer, N. Blackaby, C. Richard, *Amicus Curiae: A Panacea for Legitimacy in Investment Arbitration*, u knjizi: M. Waibel et al. (ed.), *The Backlash Against Investment Arbitration*, Alphen ann den Rijn, 2010, str. 253; B. Choudhury, op. cit., str. 786.

⁹ Vidi E. Levine, *Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase of Third-Party Participation*, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 29, br. 1/2011, str. 204.

pred državnim sudovima jeste poverljivost postupka.¹⁰ Razlog za privlačnost arbitraže kada su stranke u pitanju je činjenica da ono što se dešava za vreme arbitraže ostaje potpuno među strankama i poznato je samo njima.¹¹ Poverljivost i tajnost su naglašeni elementi trgovinske arbitraže u kojoj se, imajući u vidu da je ona okrenuta prvenstveno komercijalnim potrebama stranaka i zaštititi njihovih interesa, ne gleda blagonaklono na javnost i demokratsko učešće u donošenju odluka.¹²

Iako je utemeljena na identičnim osnovnim postulatima, investiciona arbitraža se značajno razlikuje od trgovinske. Osnovna razlika se tiče ovlašćenja koja imaju arbitri u arbitraži povodom stranog ulaganja a koja su uslovljena prirodom spora. Dok trgovinska arbitraža služi rešavanju ugovornih sporova između stranaka, investiciona podrazumeva preispitivanje akata države na nadnacionalnom nivou.¹³ Takva mogućnost rezultat je procesa globalizacije u kojem države sve češće pristaju na to da ograniče svoj suverenitet u oblasti zaštite javnih interesa i da međunarodnim ugovorima prenesu ovlašćenje za odlučivanje sa nacionalnih na međunarodna tela.¹⁴ Međunarodni ugovori o zaštiti i podsticanju ulaganja predstavljaju primer za sporazume kojima države same sebi ograničavaju prostor za delovanje u zaštiti javnog interesa. Tim sporazumima se ulagačima druge države ugovornice daje pravo da neposredno pokrenu međunarodnu arbitražu protiv države domaćina ulaganja ukoliko smatraju da je ona svojim delovanjem povredila neku od materijalnopравnih garancija datih ulagaču, kao što su zabrana eksproprijacije ulaganja, standard poštenog i pravičnog tretmana, standard nacionalnog tretmana itd. U savremenim uslovima se relativno često dešava da se optužba da je država povredila materijalnopравnu odredbu sporazuma o zaštiti ulaganja odnosi na njeno delovanje u donošenju ili primeni propisa koji se tiču zaštite životne sredine, zdravlja stanovništva, socijalno ugroženih kategorija građana, dostupnosti pijaće vode ili eksploatacije prirodnih bogatstava. Zbog toga se s pravom kaže da „države ugovornice sporazuma o zaštiti ulaganja ne mogu više da donose propise u javnom interesu po svojoj volji, bez zabrinutosti da će

¹⁰ Vidi K. F. Gomez, *Rethinking the Role of Amicus Curiae in International Investment Arbitration: How to Draw Line Favorably for the Public Interest*, *Fordham International Law Journal*, vol. 35/2011-2012, str. 526. Takođe, A. K. Bjorklund, *The Emerging Civilization of Investment Arbitration*, *Penn State Law Review*, vol. 114/2008-2009, str. 1287.

¹¹ E. Lavine, op. cit., str. 204.

¹² B. Choudhury, op. cit., str. 786.

¹³ N. Blackaby, C. Richard, op. cit., str. 254.

¹⁴ B. Choudhury, op. cit., str. 777.

arbitražno veće naći da ti propisi predstavljaju ometanje ulaganja.”¹⁵ Dodatno opterećenje za ove države predstavlja i činjenica da su arbitri koji kritički analiziraju zakonodavnu aktivnost države i imaju faktičku mogućnost da je zbog te aktivnosti kazne, po pravilu, strani državljani.

Pored toga što arbitri u investicionim sporovima rešavaju o pitanjima donošenja i primene propisa države domaćina u oblastima u kojima je javni interes dominantan, njihove odluke mogu imati i izuzetno značajne posledice po državni budžet. U tom smislu je u ovoj vrsti postupka takođe zastupljeno odlučivanje o javnom interesu. Arbitražnim odlukama se država domaćin često obavezuje da plati ulagaču na ime naknade za povredu njegovih prava iznos od nekoliko stotina miliona dolara. Primera radi, u predmetu CME protiv Češke Republike (CME v. The Czech Republic), arbitražno veće je holandskom investitoru dosudilo naknadu u iznosu od gotovo 270 miliona američkih dolara,¹⁶ Ukupan iznos koji je tužena država na kraju bila primorana da plati (353 miliona dolara), bio je gotovo jednak čitavom budžetu zdravstvene zaštite Češke Republike.¹⁷ Ovakvi slučajevi nisu usamljeni u praksi arbitražnih sudova koji rešavaju investicione sporove.¹⁸ Podrazumeva se da ostvarivanje javnog interesa može biti dovedeno u pitanje ukoliko arbitražna odluka ostavi korisnike državnih sredstava u jednoj zemlji bez značajnog dela godišnjeg budžeta.

Imajući u vidu sve navedene specifičnosti investicione arbitraže, može se konstatovati da ona, za razliku od obične trgovinske arbitraže, „uključuje stranke koje su suverene, kontroverzne akte državnih vlasti, odgovornost koju utvrđuju arbitražni sudovi sastavljeni od stranih državljanima primenom nenacionalnog prava i materijalne posledice po državnu kasu.”¹⁹

Pored činjenice da su u investicionoj arbitraži angažovani širi, javni interesi, dostupnost javnosti informacija o toku i sadržini postupka još

¹⁵ Ibidem, str. 778.

¹⁶ CME Czech Republic B. V. (The Netherlands) v. The Czech Republic - (UNCITRAL), Final Award, March 14, 2003, pasus br. 650.

¹⁷ Vidi G. Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, 2006, str. 7.

¹⁸ Vidi, na primer, Siemens A. G. v. The Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/8), Award, February 6, 2007, pasus br. 403 – dosuđen iznos od preko 215 miliona dolara. Drastičan primer predstavlja odluka arbitražnog suda u predmetu *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador* (ICSID Case No. ARB/06/11), Award, October 5, 2012, u kojoj dosuđena naknada iznosi više od milijardu i sedamsto miliona američkih dolara.

¹⁹ J. J. Coe, Jr., *Transparency in the Resolution of Investor State Disputes – Adoption, Adaptation and NAFTA Leadership*, University of Kansas Law Review, vol. 54-/2005-2006, str.1343.

uvek prevashodno zavisi od volje strana u sporu.²⁰ Upravo je ovaj veo tajnosti jedan od razloga, iako ne i jedini,²¹ za iskazano nepoverenje javnosti prema ovom načinu rešavanja sporova o stranim ulaganjima i za krizu legitimiteta čitavog sistema. Najbolja ilustracija stava koji šira javnost zauzima prema investicionoj arbitraži je novinski članak objavljen u Njujork Tajmsu 2001. godine koji govori o arbitražnim sudovima formiranim na osnovu Severnoameričkog sporazuma o slobodnoj trgovini (North American Free Trade Agreement, u daljem tekstu: NAFTA):

„Njihovi sastanci su tajni. Njihovi članovi su generalno nepoznati. Odluke koje oni donose ne moraju biti u potpunosti objavljene. Ipak, način na koji mala grupa međunarodnih sudova rešava sporove između ulagača i stranih vlada dovodi do toga da se nacionalni zakoni ukidaju, da se pravosudni sistemi dovode u pitanje i da se propisi o zaštiti životne sredine osporavaju.“²²

U pravnoj doktrini koja se bavi navedenim pitanjem, govori se o „demokratskom deficitu“ postupka rešavanja sporova.²³ Problem demokratskog deficita arbitražnog postupka se posmatra kao dvodimenzionalan i obuhvata, sa jedne strane, nedostatak transparentnosti sistema odlučivanja, i nedostatak nezavisnosti arbitara i mehanizma njihove odgovornosti za odluke koje donose, sa druge.²⁴

Problem netransparentnosti arbitražnog postupka se može rešavati intenzivnijim uključivanjem javnosti. To se čini, na primer, objavljivanjem informacija o tome da je arbitražni spor u toku i publikovanjem donetih odluka. Pored toga, potrebno je licima koja nisu stranke u postupku, a koja iskazuju interesovanje u pogledu predmeta i ishoda spora, omogućiti da se aktivnije uključe u postupak tako što će im arbitražni sud dozvoliti da pismeno podnesu svoja zapažanja o pitanjima koja su sporna, tako što će im biti dopušteno prisustvo usmenim raspravama, pa i pristup pojedinim dokumentima koje su podnele stranke. U arbitražnim postupci-

²⁰ Vidi N. Blackaby, C. Richard, op. cit., str. 254.

²¹ Britanski autor Van Harten (Van Harten) govori o nepoverenju država u odnosu na investicionu arbitražu koje je uzrokovano „jednostranošću“ sistema, tj. činjenicom da se u ulozi tužioca u ovakvim sporovima javljaju isključivo ulagači i da buduće angažovanje arbitara zavisi od toga koliko je investiciona arbitraža privlačna za ove subjekte. Vidi G. Van Harten, op. cit., str. 172, 173.

²² A. DePalma, *Nafta's Powerful Little Secret; Obscure Tribunals Settle Disputes, But Go Too Far, Critics Say*, New York Times, March 11 2001, str. 1. Citirano prema: N. Blackaby, C. Richard, op. cit., str. 254.

²³ Vidi B. Choudhury, op. cit., str. 775-832.

²⁴ Ibidem, str. 808-821. Autor ukazuje i na potrebu da se promene odluke koje arbitražni sudovi donose u sadržinskom smislu, kako bi se rešio problem demokratskog deficita. Vidi na str. 821. i dalje.

ma pod okriljem Centra, potreba za učešćem javnosti ostvarivala se tako što je ovim licima dodeljivan status prijatelja suda, sa pravima i obavezama koje su definisane u svakom konkretnom slučaju. Pojava ustanove *amicus curiae* se vezuje još za antički Rim, ali njen razvoj u modernom obliku započinje u praksi engleskih i američkih sudova, pri čemu se uloga prijatelja suda shvata različito u ovim nacionalnim sistemima.²⁵ U engleskoj sudskoj praksi, *amicus curiae* ima ulogu sličnu ekspertu imenovanom od strane suda - da mu pomogne u razmatranju pravnog pitanja u pogledu kojeg je sudu potrebno razjašnjenje, a ne zauzima se za poziciju niti jedne od strana u sporu.²⁶ Sa druge strane, u američkoj praksi se ovaj izraz koristi za subjekte koji, iako nisu stranke u sporu, traže od suda da im dozvoli da iznesu informacije koje su relevantne sa spor. Premda ne istupaju direktno kao zastupnici stranaka, veoma često postupak zadire u njihove interese.²⁷ Ti interesi se, po pravilu, razlikuju od interesa stranaka.²⁸ Položaj ovih subjekata u investicionoj arbitraži pod okriljem IKSID je vrlo sličan sistemu koji se javlja u SAD.

U nastavku rada će biti reči o dosadašnjoj praksi arbitražnih sudova IKSID i rešenjima iz Arbitražnih pravila ove institucije i njihovom uticaju na pravo lica koja nisu stranke na učešće u postupku.

III Učešće lica koja nisu stranke u postupcima pred arbitražnim sudovima IKSID: arbitražna praksa i normativna rešenja

Prvi slučaj pred arbitražnim sudom IKSID u kojem je razmatran zahtev lica koja nisu stranke da im se omogući učešće u postupku pojavio se relativno kasno u poređenju sa drugim međunarodnim mehanizmima za rešavanje sporova, kao što je onaj ustanovljen sporazumom NAFTA,²⁹ odnosno mehanizam zasnovan na pravilima Svetske trgovinske organizacije (eng. World Trade Organization).³⁰ U pitanju je predmet *Agvas del Tunari protiv Bolivije* (*Aguas del Tunari v. Bolivia*).³¹ Spor je nastao zbog raskida koncesije kojom je američkom investitoru (koji je kontrolni paket akcija društva *Agvas del Tunari* držao preko vlasništva u holandskom privrednom društvu) povereno snabdevanje vodom i održavanje vo-

²⁵ N. Blackaby, C. Richard, op. cit., str. 256, 257.

²⁶ Ibidem, str. 257.

²⁷ K. F. Gomez, op. cit., str. 517.

²⁸ Vidi N. Blackaby, C. Richard, op. cit., str. 257.

²⁹ Vidi J. J. Coe, Jr., op. cit., str. 1364. i dalje.

³⁰ Vidi N. Blackaby, C. Richard, op. cit., str. 258.

³¹ *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia* (ICSID Case No. ARB/02/3), Decision on Respondent's Objection to Jurisdiction, October 21, 2005.

dovodne i kanalizacione mreže Kočabambe (Cochabamba) trećeg po veličini grada u Boliviji. Ulagач je preuzeo upravljanje vodovodnom i kanalizacionom mrežom u novembru 1999. godine, a do povećanja cena njegovih usluga došlo je već u decembru iste godine,³² što je dovelo do građanskih nemira u kojima je povređeno preko stotinu ljudi a sedamnaestogodišnji dečak je poginuo. U aprilu 2000. godine, investitor je bio prinuđen da odustane od koncesije, ali je u novembru 2001. godine podneo zahtev za pokretanje arbitražnog postupka pred IKSID.³³

Nekoliko nevladinih organizacija i pojedinaca čiji je cilj bio zaštita i obezbeđivanje prava stanovništva na pristup vodi u pogođenoj regiji uputilo je zajednički zahtev arbitražnom sudu da im dozvoli učešće u postupku.³⁴ Njihov zahtev je podržalo preko 300 pojedinaca iz 40 zemalja.³⁵ Zahtev je bio usmeren na to da se organizacijama i pojedincima dopusti da istupaju kao stranka u postupku, budući da su njihovi interesi direktno angažovani u ovom sporu.³⁶ Alternativno, podnosioci zahteva su za sebe tražili status prijatelja suda i mogućnost da prilažu pismene podneske u vezi sa svim pitanjima postupka, nadležnosti i merituma, da učestvuju na usmenoj raspravi i imaju pravo da na njoj istupaju i iznose stavove, te da im se omogući pristup svim dokumentima koji su stranke podnele arbitražnom sudu.³⁷

Stav arbitražnog veća povodom ovog zahteva iznet je u pismu koje je predsedavajući veća uputio podnosiocima zahteva.³⁸ Najznačnije u ovom dokumentu je stav arbitražnog suda da on na osnovu akata koji regulišu njegov rad nema ovlašćenje da pozitivno odgovori na zahtev koji mu je upućen. Naime, arbitar Karon (Caron) navodi da Vašingtonska konvencija i dvostrani sporazum o zaštiti i unapređenju ulaganja između Holandije i Bolivije daju strankama u sporu pravo da odlučuju o zahtevu koji je postavljen, te da arbitražni sud ne može, bez prethodne saglasnosti stranaka, uključiti u arbitražni postupak trećeg subjekta, i obezbediti mu pristup usmenoj raspravi i dokumentima.³⁹ Uz konstataciju da saglasnost stranaka nije postignuta, arbitražno veće prećutno su-

³² Ibidem, pasus br. 64.

³³ Ibidem, pasus br. 8.

³⁴ Vidi pismo od 29. avgusta 2002. godine. Tekst dostupan na www.italaw.com pod naslovom: Petition by NGOs and people to participate as an intervening party or amici curiae.

³⁵ Ibidem, pasus br. 4.

³⁶ Ibidem, pasus br. 3.

³⁷ Ibidem.

³⁸ Vidi pismo od 29. januara 2003. godine. Tekst dostupan na www.italaw.com pod naslovom: Letter by NGO to Petition to Participate as amici curiae.

³⁹ Ibidem.

geriše da bi do učešća lica koja nisu stranke u postupku, mimo volje stranaka, moglo da dođe tako što bi arbitražni sud koristio svoja ovlašćenja u izvođenju dokaza – „[...]arbitražni sud je gledišta da u ovom trenutku ne postoji potreba za pozivanjem svedoka niti za dodatnim podnescima lica koja nisu stranke u jurisdikcionoj fazi njegovog rada. Zauzimamo ovaj stav bez bilo kakve rezerve u odnosu na pitanje ovlašćenja arbitražnog suda da na sopstvenu inicijativu poziva svedoke ili prima informacije od lica koja nisu stranke.“⁴⁰

Prema tome, iako je napomenuo da ne može da dozvoli učešće lica koja nisu stranke u arbitražnom postupku protivno volji stranaka jer za to nema normativnu osnovu, arbitražni sud je naglasio da ga to ne sprečava da pribavi iskaze ovih subjekata po sopstvenom nađenju, kada to smatra relevantnim za utvrđivanje činjenica. Ipak, on nije imao mogućnost da koristi ovo ovlašćenje u meritornoj fazi postupka, budući da je američko društvo Behtel (Bechtel), pod čijom vlasničkom kontrolom je bio tužilac u ovom sporu, odustalo od tužbe i zaključilo poravnanje sa bolivijskim vlastima.

Sledeća dva spora pred arbitražnim sudovima IKSID koja se bave navedenim pitanjem javljaju se takođe zbog problema u realizaciji koncesije u oblasti vodosnabdevanja. Oba spora je rešavalo isto arbitražno veće i u oba se kao tužena država javila Argentina. Posebno su značajni stavovi arbitražnog suda zauzeti u predmetu *Suez/Vivendi protiv Argentine* (*Suez/Vivendi v. Argentina*).⁴¹ U ovom predmetu je arbitražni sud bio suočen sa zajedničkim zahtevom pet nevladinih organizacija da im se odobri status prijatelja suda u postupku, tj. da im se dozvoli da arbitražnom sudu dostave podneske, da učestvuju na usmenoj raspravi i da im se obezbedi pristup svim dokumentima slučaja.⁴²

Značajan aspekt odluke arbitražnog veća u ovom slučaju tiče se načelnog ovlašćenja arbitražnog suda IKSID da odluči o zahtevu lica koje nije stranka u postupku da dostavi sudu podnesak o pitanjima o kojima se rešava u arbitraži. Za razliku od arbitražnog suda u predmetu *Agvas del Tunari protiv Bolivije*, arbitražni sud je u ovom slučaju našao da mu Arbitražna pravila IKSID daju ovlašćenje da tim licima dozvoli učešće u postupku na ovaj način.⁴³ Osnov za ovu tvrdnju arbitražni sud je pronašao u čl. 44. Ar-

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ *Aguas Argentinas, S. A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. and Vivendi Universal, S. A. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/19).

⁴² Ibidem, Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as Amicus Curiae, May 19, 2005, pasus br. 1.

⁴³ Ibidem, pasus br. 16. Postojanje ovog ovlašćenja je arbitražno veće u istom sastavu potvrdilo u predmetu *Aguas Argentinas, S. A., Suez, Sociedad General de Aguas de*

bitražnih pravila koji govori o opštem ovlašćenju suda da odlučuje o pitanjima postupka koja nisu rešena samim pravilima ili sporazumom strana-ka.⁴⁴ Inspiraciju za ovakvo tumačenje odredbe koja govori o uređenju „pitanja postupka“ arbitražni sud je nesumnjivo pronašao u odluci arbitražnog suda koji je postupao na osnovu NAFTA u predmetu *Metaneks protiv SAD* i u njegovoj interpretaciji vrlo slične odredbe čl. 15. Arbitražnih pravila UNCITRAL (1976).⁴⁵ Arbitražno veće je pokušalo i da definiše ulogu prijatelja suda u arbitražnom postupku pod okriljem Centra. Veće navodi da je zadatak ovih subjekata da pruže arbitražnom sudu pomoć i „posebnu perspektivu, argumente ili znanje u vezi sa sporom.“⁴⁶

Arbitražno veće je u ovom sporu, prvi put u praksi arbitražnih sudova ICSID, pokušalo da utvrdi uslove koji moraju biti ispunjeni da bi se licima koja nisu stranke omogućilo obraćanje arbitražnom sudu.⁴⁷ Kriterijumi koje je ustanovio odnose se na: (a) podobnost predmeta postupka, (b) podobnost konkretnog lica da istupa kao *amicus curiae* u datoj stvari i (v) uspostavljanje procedure za podnošenje i razmatranje iskaza ovih lica.

Arbitražni sud je posebno detaljno razmatrao prvi uslov, odnosno pitanje da li se u postupku rešava o stvari koja je podobna za to da se o njoj izjasni lice koje nije stranka u postupku. Prema gledištu veća, odgovor na to pitanje zavisi od toga da li se u postupku rešava o stvari koja predstavlja javni interes.⁴⁸ U svojoj analizi, arbitražno veće ističe da je javni interes prisutan u doslovno svakoj arbitraži koja se odvija pod okriljem ICSID na osnovu sporazuma o zaštiti ulaganja, budući da se u njima odlučuje o zakonitosti državnih mere prema merilima međunarodnog prava i o međunarodnopravnoj odgovornosti države.⁴⁹ Nakon toga, u obrazloženju odluke se navodi:

„Faktor koji ovom slučaju daje poseban javni interes je to što se investicioni spor koncentriše na distribuciju vode i vodovodni sistem velike naseljene oblasti, grada Buenos Ajresa i okolnih opština.“⁵⁰

Iz analize arbitražnog suda nije, međutim, jasno da li on smatra da je uslov za učešće lica koje nije stranka u postupku koji se tiče prisustva

Barcelona, S. A and Interagua Servicios Integrales de Agua S. A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/17).

⁴⁴ Ibidem, pasus br. 10.

⁴⁵ *Vidi Metanex Corporation v. United States of America* (UNCITRAL), Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as “*Amici Curiae*”, January 15, 2001. Tekst dostupan na: www.naftaclaims.com.

⁴⁶ Ibidem, pasus br. 8. *Vidi*, takode, pasus br. 13.

⁴⁷ Ibidem, pasusi br. 17-29.

⁴⁸ Ibidem, pasusi br. 18. i 19.

⁴⁹ Ibidem, pasus br. 19.

⁵⁰ Ibidem.

javnog interesa ispunjen u svakom sporu pod okriljem IKSID, zbog toga što se u tom postupku rešava o međunarodnopravnoj odgovornosti države, ili je neophodno još i prisustvo dodatnih faktora koji će ukazivati na angažovanost javnog interesa u konkretnoj stvari. Potrebno je ipak ukazati na činjenicu da bi uslov o kojem govori arbitražni sud bio suvišan, ako bi se prihvatilo stanovište da je javni interes koji latetno postoji u svakoj investicionoj arbitraži dovoljan za odluku da se licu koje nije stranka dozvoli da iznese svoje stavove o predmetu spora. Drugo je pitanje na osnovu kojih kriterijuma je moguće utvrditi prisustvo „posebnog javnog interesa“ u arbitraži. Na njega se arbitražno veće nije osvrnulo.

Razmatrajući uslov podobnosti određenog lica da se javi kao *amicus curiae* u arbitraži, Veće je istaklo da je ovaj subjekat u tu svrhu dužan da podnese zahtev u kojem će istaći određene informacije koje su bitne za odluku o tome da li će mu biti dopušteno da se obrati arbitražnom sudu.⁵¹ Relevantne informacije se tiču identiteta podnosioca zahteva, njegovog odnosa sa strankama, prirode njegovog interesovanja za predmet postupka i eventualnih finansijskih veza sa strankama.⁵²

Arbitražni sud je zaključio da su stranke „potpuno i sveobuhvatno“ raspravile pitanja u vezi sa njegovom nadležnošću, te da u tom trenutku nije potrebno da prihvati podneske lica koja nisu stranke u vezi sa jurisdikcionim pitanjima.⁵³ Zbog toga je smatrao da nije neophodno da se bavi trećim uslovom, tj. da utvrdi pravila postupka za podnošenje podnesaka.

Nakon što je postupak prešao u fazu meritornog odlučivanja, arbitražni sud je ponovo razmotrio zahtev pet nevladinih organizacija i odlučio da prihvati njihov zajednički podnesak u ovom sporu, uz uslov da ovi subjekti poštuju nametnuta ograničenja u pogledu forme i obima podneska.⁵⁴

Zahtev nevladinih organizacija da im se dozvoli učešće i istupanje na usmenoj raspravi, arbitražno veće je odbilo pozivom na odredbu st. 2. čl. 32. Arbitražnih pravila IKSID koja predviđa da je prisustvo trećih subjekata usmenoj raspravi moguće samo uz saglasnost stranaka. Kako je tužilac u ovoj stvari bio protiv pomenutog zahteva, arbitražni sud nije

⁵¹ Ibidem, pasus br. 26.

⁵² Ibidem, pasus br. 27.

⁵³ Ibidem, pasus br. 28.

⁵⁴ Vidi *Suez/Vivendi v. The Argentine Republic*, Order in Response to a Petition by Five Non-Governmental Organizations for Permission to Make an *Amicus Curiae* Submission, pasusi br. 12-27.

imao drugu mogućnost nego da zahtev odbije.⁵⁵ Što se tiče zahteva za pristup dokumentaciji, arbitražni sud je u odluci iz 2005. godine naveo da neće odlučiti o ovom zahtevu, budući da je prethodno zaključio da nevladine organizacije moraju da podnesu poseban zahtev da im se odobri obraćanje Sudu podneskom.⁵⁶ U odluci koju je donelo u meritornoj fazi postupka, arbitražno veće je prvo konstatovalo da postoji protivljenje tužioca tome da se dokumentacija dostavi podnosiocima zahteva uz tvrdnju da su ovi dokumenti poverljivog karaktera.⁵⁷ Iako je zaključilo da prijatelji suda moraju imati pristup potrebnim dokumentima da bi njihovo obraćanje arbitražnom sudu uopšte imalo smisla, Veće je izbeglo da se izjasni o tvrdnji tužioca da su dokumenti podneti u arbitražnom postupku poverljivi jer je zaključilo da podnosioci zahteva imaju sve neophodne informacije za izradu podneska, te da nije potrebno da im se odobri pristup dokumentaciji.⁵⁸

Administrativni savet IKSID je 2006. godine izmenio Arbitražna pravila ove organizacije. Između ostalog, izmene su bile usmerene i na povećanje transparentnosti arbitražnog postupka. Iako se domašaj tih izmena može oceniti kao skroman (na primer, odredba čl. 32. još uvek zahteva odsustvo protivljenja stranaka da bi treća lica mogla prisustvovati usmenoj raspravi),⁵⁹ njihov značaj je pre svega u tome što one kodifikuju pravila u vezi sa podnescima *amicus curiae* ustanovljena od strane arbitražnog suda u predmetu *Suez/Vivendi protiv Argentine*. Članu 37. Arbitražnih pravila dodat je jedan stav kojim je ustanovljeno pravo arbitražnog suda da, nakon što o tome konsultuje stranke, odluči da li će fizičkom licu ili organizaciji dozvoliti da dostavi podnesak koji se tiče stvari u okviru predmeta spora. Odredba obavezuje arbitražni sud da prilikom odlučivanja o tome da li će dozvoliti ovakvo obraćanje uzme u obzir: (a) meru u kojoj bi podnesak ovog lica pomogao arbitražnom sudu u rešavanju činjeničnih ili pravnih pitanja kroz uvođenje perspektive, posebnog znanja ili uvida kojim stranke u sporu ne raspolažu; (b) meru u kojoj bi se

⁵⁵ *Suez/Vivendi v. The Argentine Republic*, Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as *Amicus Curiae*, pasusi br. 6. i 7.

⁵⁶ *Ibidem*, pasus br. 31.

⁵⁷ *Suez/Vivendi v. The Argentine Republic*, Order in Response to a Petition by Five Non-Governmental Organizations for Permission to Make an *Amicus Curiae* Submission, pasus br. 23.

⁵⁸ *Ibidem*, pasus br. 24.

⁵⁹ Vidi J. Wong, J. Yackee, *The 2006 Procedural and Transparency – Related Amendments to the ICSID Arbitration Rules (Model Intentions, Moderate Proposals and Modest Returns)*, u knjizi: K. Sauvart (ed.), *Yearbook on International Investment Law and Policy*, Oxford, 2010, str. 234.

podnesak odnosio na stvar koja se tiče spora i (v) postojanje značajnog interesa ovog lica u postupku. Takođe, arbitražni sud je dužan da se postara da pisani iskaz lica koje nije stranka ne remeti postupak i ne nameće nesrazmeran teret jednoj od stranaka u sporu, te da obe stranke imaju mogućnost da se izjasne o ovom podnesku.

U poziciju da primeni novoustanovljeno pravilo is st. 2. čl. 37. Arbitražnih pravila IKSID prvo je došlo arbitražno veće u sporu Bajvoter Gauf protiv Tanzanije (*Biwater Gauff v. Tanzania*).⁶⁰ Spor je nastao kao rezultat jednostranog raskida ugovora o koncesiji od strane Tanzanije. Ugovor je britanskom investitoru bilo povereno staranje o snabdevanju vodom i održavanje vodovodne mreže u Dar es Salamu, glavnom gradu tužene države. Arbitražni sud je razmatrao zahtev pet nevladinih organizacija da im odobri pristup dokumentaciji iz postupka, omogućući učešće na usmenoj raspravi i dozvoli da dostave podnesak u vezi sa pitanjima na koje se odnosio spor.

Arbitražno veće u ovom sporu je usvojilo samo zahtev podnosilaca koji se odnosio na pravo da arbitražnom sudu dostave svoja zapažanja o pitanjima obuhvaćenim sporom u pisanom obliku, u skladu sa st. 2. čl. 37. Arbitražnih pravila. Dva su aspekta odluke koja je u ovom predmetu doneta u vezi sa pravom lica koja nisu stranke da učestvuju u arbitražnom postupku naročito bitna. Prvi se tiče načina na koji je arbitražni sud protumačio i primenio novu odredbu Arbitražnih pravila IKSID o podnescima prijatelja suda. Drugi se odnosi na odluku povodom zahteva ovih lica da im se omoguću pristup dokumentima nastalim u toku arbitražnog postupka i pitanje poverljivosti postupka.

Razmatrajući ispunjenost uslova za to da podnosiocima zahteva dopusti obraćanje, arbitražni sud se nije upustio u detaljnu analizu prva dva uslova. Arbitražno veće je jednostavno konstatovalo da se na osnovu podataka koje su izneli podnosioci zahteva može zaključiti da bi njihov podnesak pomogao Veću u rešavanju spora i izjavilo da prihvata tvrdnju podnosilaca zahteva da će se njihov podnesak odnositi na predmet spora.⁶¹ U pogledu trećeg uslova – potrebe da su značajni interesi lica koje nije stranka angažovani u postupku, odluka sadrži detaljnije obrazloženje. Polazna tačka analize bila je činjenica da se dati spor tiče javnog interesa, a ovaj se zaključak oslanja u velikoj meri na odluke arbitražnih sudova u predmetima *Metaneks protiv SAD* i *Suec/Vivendi protiv Argentine*.⁶² Ar-

⁶⁰ *Biwater Gauff (Tanzania), Ltd. v. United Republic of Tanzania* (ICSID Case No. ARB/05/22).

⁶¹ *Biwater Gauff v. Tanzania*, Procedural order No. 5, February 2, 2007, pasus br. 50.

⁶² *Ibidem*, pasusi br. 51-53.

bitražni sud pri tome prećutno izjednačava interes lica koje nije stranka sa javnim interesom, tj. polazi od pretpostavke da su organizacije koje su podnele zahtev zaštitnice javnog interesa. Odluka se zasniva na tezi arbitražnog suda u *Suec/Vivendi* protiv Argentine da je javni interes prisutan u svakoj arbitraži pod okriljem IKSID, a posebno u situaciji kada odluka u sporu može uticati na snabdevanje vodom miliona ljudi. Međutim, arbitražni sud ovom zaključku dodaje stav da čak i ako spor u konkretnom slučaju ne dira u „šire interese“, usvajanje zahteva lica koja nisu stranke je ipak opravdano jer vodi povećanju transparentnosti arbitraže između države i investitora.⁶³

Iz obrazloženja odluke u predmetu *Bajvoter Gauf* protiv Tanzanije nije do kraja jasno da li je interes povećanja transparentnosti kao razlog za usvajanje zahteva nevladinih organizacija arbitražno veće koristilo kao deo analize ispunjenosti trećeg uslova iz st. 2. čl. 37. tačka c) Arbitražnih pravila IKSID ili kao dopunski kriterijum odlučivanja. U svakom slučaju, iz njegove analize sledi da, pod uslovom da se trend širokog tumačenja uslova iz pomenute odredbe nastavi, organizacije čiji cilj je zaštita javnog interesa mogu očekivati da im se rutinski odobravaju zahtevi za pismeno obraćanje sudovima u investicionim arbitražama pod okriljem IKSID.⁶⁴

Drugi važan momenat u procesnoj naredbi kojom je arbitražni sud odlučio o zahtevima lica koja nisu stranke tiče se prava na pristup dokumentaciji iz arbitražnog postupka. U ovom sporu je arbitražno veće bilo primorano da se direktno bavi načelnim pitanjem poverljivosti arbitražnog postupka u okviru *Centra*. Tužilac je, naime, protestovao zbog činjenice da je Tanzanija bez njegove saglasnosti objavila na jednoj internet stranici zapisnik sa sednice arbitražnog suda i jednu procesnu naredbu koju je taj sud doneo. Zbog toga je *Bajvoter* zahtevao da arbitražni sud donese privremenu meru kojom će usloviti objavljivanje dokumenata postizanjem saglasnosti stranaka i predvideti da sam može da odluči o objavljivanju, u slučaju da saglasnost ne bude postignuta.⁶⁵ Najkraće rečeno, arbitražni sud je zaključio da pravila koja regulišu arbitražu pod okriljem IKSID ne sadrže opštu

⁶³ Ibidem, pasus br. 54. Arbitražni sud je u tom smislu citirao odluku *Metanex Corporation v. United States of America* (UNCITRAL), *Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as “Amici Curiae”*, pasus br. 22.

⁶⁴ Vidi J. Wong, J. Yackee, op. cit., str. 266. Vidi, takođe, *Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador* (ICSID Case No. ARB/09/12), *Procedural Order No. 8*, March 23, 2011. Arbitražni sud nije naveo obrazloženje za odluku da podnosiocima zahteva odobri da dostave podnesak u vezi sa pitanjima nadležnosti. Iz odluke se jedino može zaključiti da su stranke prethodno konsultovane u vezi sa zahtevom.

⁶⁵ Vidi *Biwater Gauff v. Tanzania*, *Procedural Order No. 3*, September 29, 2006, pasus br. 12.

obavezu stranaka da poštuju načelo poverljivosti postupka i dokumenata koji su za njega vezani, ali da nije prisutno ni načelo transparentnosti. Ta pravila sadrže ograničenja u vezi sa pravom Centra da objavljuje izvesne dokumente, ali se ona ne odnose na strane u sporu. U odsustvu sporazuma stranaka o tome da li će učiniti dostupnim javnosti dokumente iz postupka dok spor još uvek traje, odluku u svakom konkretnom slučaju donosi arbitražni sud koji mora voditi računa o tome da objavljivanje dokumenata ne ugrozi integritet postupka ili dovede do pogoršanja spora.⁶⁶ Nakon analize koja se odnosila na pojedine kategorije dokumenata, arbitražni sud je doneo odluku čija je suština u tome da je strankama dozvolio da se upuštaju u uopšteno javno razmatranje slučaja, ali je objavljivanje dokumenta uslovio svojom saglasnošću.⁶⁷

Odlučujući o zahtevu nevladinih organizacija da im dozvoli pristup ključnim dokumentima iz postupka, arbitražno veće je u slučaju Bajvoter Gauf protiv Tanzanije smatralo da je vezano svojom prethodnom odlukom o ograničenjima koja su ustanovljena u odnosu na objavljivanje dokumenata. Tačnije, ono je zaključilo da bi ta odluka bila obesmišljena ukoliko bi se podnosiocima zahteva u datom trenutku dozvolio slobodan pristup dokumentaciji.⁶⁸ Zaključak u pogledu ovog zahteva je u određenom smislu identičan onom iz predmeta Suec/Vivendi protiv Argentine – i ovde je arbitražni sud zaključio da podnosioci zahteva već raspolažu informacijama koje su im neophodne da bi podneli mišljenje o pitanjima za koje su stručni, te da im uvid u dokumente nije potreban.⁶⁹

Značaj odluke u predmetu Bajvoter Gauf protiv Tanzanije ogleda se u tome što se pravilo koje je arbitražni sud utvrdio u vezi sa obavezom stranaka da čuvaju poverljivost postupka analogno može primeniti na zahteve lica koja nisu stranke u postupku za pristup dokumentima. To pravilo bi glasilo da je pristup dokumentima moguć, ukoliko se stranke saglase sa zahtevom. U odsustvu ove saglasnosti, odluka o tome da li će dozvoliti ovim licima da se upoznaju sa relevantnim dokumentima nalazi se na arbitražnom sudu koji prilikom odlučivanja mora voditi računa o potrebi da se sačuva integritet arbitražnog postupka, odnosno da ne dođe do produbljivanja spora.

⁶⁶ Ibidem, pasusi br. 114-147. Za detaljnu analizu odluke Arbitražnog suda u pogledu odnosa između načela poverljivosti i transparentnosti postupka vidi C. Knahr, A. Reinisch, - Transparency versus Confidentiality in International Investment Arbitration – The Biwater Gauff Compromise, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 6/2007, str. 97-118.

⁶⁷ Biwater Gauff v. Tanzania, Procedural Order No. 3, pasus br. 163.

⁶⁸ Ibidem, pasus br. 66.

⁶⁹ Ibidem, pasus br. 65.

Drugačiju odluku u odnosu na prethodno pomenuti slučaj je doneo arbitražni sud koji je postupao u predmetu *Piero Foresti, Laura de Carli i drugi protiv Južnoafričke Republike (Piero Foresti, Laura de Carli & Others v. The Republic of South Africa)*. U ovom slučaju su se kao tužioci javili osam investitora iz Italije i Luksemburga. Povod za nastanak spora bila je promena u propisima Južnoafričke Republike u oblasti eksploatacije rude koja je po mišljenju tužilaca dovela do eksproprijacije njihovog ulaganja. Postupak u sporu je obustavljen na zahtev tužilaca pre nego što je ušao u fazu meritornog odlučivanja,⁷⁰ ali je prethodno arbitražni sud odobrio grupi od četiri nevladine organizacije da dostave podnesak u vezi sa pitanjima koja čine predmet spora. Posebno je važno to što je arbitražno veće odlučilo da strankama u sporu naloži da dostave redigovane verzije dokumenata koje podnose u arbitražnom postupku, kako bi podnosioci zahteva mogli da usmere svoj iskaz na pitanja pokrenuta u tom sporu i da se upoznaju sa pozicijama stranaka.⁷¹

Kao posledica činjenice da je postupak u ovom sporu obustavljen, prijatelji suda nisu imali priliku da se koriste pravima kojima ih je snabdeo arbitražni sud. Važno je ipak primetiti da je pristup arbitražnog suda u slučaju *Piero Foresti* kada je reč o pravu lica koja nisu stranke na pristup dokumentaciji značajno manje restriktivan u odnosu na poziciju koju je zauzelo arbitražno veće u predmetu *Bajvoter Gauf protiv Tanzanije*. Jedino ograničenje koje arbitražni sud postavlja u svojoj odluci je utvrđeno implicitno – kroz iskaz da učešće lica koja nisu stranke treba da arbitražnom sudu pruži korisne informacije, a ne da stvori mehanizam koji će tim subjektima omogućiti da pribavljaju informacije od stranaka.⁷²

IV Uticaj učešća lica koja nisu stranke na probleme nedostatka javnosti i legitimiteta u postupku: skromni rezultati i mogući pravci razvoja

Kao što se može videti, glavni razlog za izmene Arbitražnih pravila IKSID i za uvođenje mogućnosti za to da lica koja nisu stranke učestvuju u arbitražnom postupku pod okriljem Centra nalazio se u shvatanju da je investicionu arbitražu, s obzirom na specifičan predmet odlučivanja, potrebno u određenoj meri otvoriti za javnost i na taj način delimično rešiti problem nedostatka legitimiteta odlučivanja. Osnovna ideja je da otvara-

⁷⁰ *Piero Foresti, Laura de Carli & Others v. The Republic of South Africa* (ICSID Case No. ARB(AF)/07/01). Award, August 4, 2010.

⁷¹ *Vidi Letter Regarding Non-Disputing Parties*, October 5, 2009.

⁷² *Ibidem*.

nje postupka za javnost čini da se ona upozna sa funkcionisanjem sistema i omogućava „javno prihvatanje legitimeteta međunarodnog arbitražnog postupka...“.⁷³

Pitanje koje se osnovano može postaviti je da li rešenja iz važećih Arbitražnih pravila IKSID od 2006. godine i praksa arbitražnih sudova koja je njima determinisana postižu navedene rezultate. Smatramo da je rezultat primene odredbe koja omogućuje licima koja nisu stranke da podnesu pisano mišljenje o predmetu spora u arbitražnom postupku vrlo skroman, kada je reč o problemu netransparentnosti postupka.⁷⁴

Glavni razlog za to leži u činjenici da su ovlašćenja prijatelja suda ograničena na uslovno pravo da arbitražnom sudu dostave podnesak sa mišljenjem o pitanjima vezanim za spor, bez mogućnosti da prisustvuju usmenim raspravama, da se upoznaju sa argumentacijom strana u sporu ili sa dokazima koji su u postupku izneti. Arbitražna pravila IKSID jednostavno ne uspostavljaju ova prava za lica koja nisu stranke. Zbog toga se njihova uloga svodi na podnošenje mišljenja o pitanjima koja nisu u stanju da u potpunosti razumeju, a opšta javnost najčešće nema saznanje o tome da su sporovi u toku, niti je upoznata sa razlozima zbog kojih je država u konkretnom sporu proglašena odgovornom.⁷⁵

Ograničenja u pogledu pristupa dokumentima iz postupka su i najvažniji faktor koji organizacije osnovane sa ciljem zaštite javnog interesa sprečava da adekvatno ispune svoj cilj u arbitražnom postupku. Arbitražni sudovi su spremni da ovim subjektima odaju priznanje na doprinosu razjašnjenju određenih pitanja u sporu,⁷⁶ ali se u obrazloženju odluka ne vidi da su podneta mišljenja i komentari imali značajniji uticaj na odluke tih sudova. Objašnjenje za ovo se može pronaći u ulozi koju ovim subjektima namenjuju arbitražni sudovi. Na primer, u predmetima *Suez/Vivendi* protiv Argentine i *Bajvoter Gauf* protiv Tanzanije, arbitražna veća su smatrala da prijateljima suda nije neophodno da se upoznaju sa dokumentacijom iz postupka jer je njihova uloga u tome da pruže mišljenje o „širokim političkim temama“ sa kojima je javnost već upoznata.⁷⁷ Naravno, bez uvida u relevantne dokumente, a naročito bez pristupa podnescima stranaka u sporu i njihovoj argumentaciji svaki komentar koji ovo lice da-

⁷³ *Suez/Vivendi v. The Argentine Republic*, Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as Amicus Curiae, pasus br. 22.

⁷⁴ Vidi N. Blackaby, C. Richard, op. cit., str. 266. Takođe, J. Wong, J. Yackee, op. cit., str. 268, 269.

⁷⁵ N. Blackaby, C. Richard, op. cit., str. 267.

⁷⁶ Vidi *Biwater Gauff v. Tanzania*, Award, July 24, 2008, pasus br. 392.

⁷⁷ *Biwater Gauff v. Tanzania*, Procedural order No. 5, pasus br. 65.

je može biti samo spekulativnog karaktera, bez dubinske analize činjeničnog ili pravnog pitanja.

Rešenje problema može se pronaći u liberalizaciji čitavog sistema i u širem uključivanju opšte javnosti u postupke koji se odvijaju pod okriljem IKSID. Primer za slučaj u kojem su promene u smeru unapređenja transparentnosti inicirale države ugovornice može se pronaći u okviru mehanizma NAFTA. Kanada, Meksiko i SAD su kao ugovornice NAFTA već 2001. godine prihvatili tumačenje prema kojem ništa u ovom međunarodnom ugovoru ne obavezuje strane u arbitražnom sporu koji se vodi na osnovu poglavlja XI na to da čuvaju poverljivost postupka, niti im zabranjuje da omoguće uvid javnosti u odgovarajuće dokumente.⁷⁸ Kao rezultat toga, ugovornice su se saglasile da, uz ograničenja koja se tiču poslovnih tajni ili zakonske obaveze čuvanja tajnosti, učine javnosti dostupna sva dokumenta koja se podnose arbitražnim sudovima ili koja oni izdaju u arbitražnom postupku povodom zaštite prava investitora na osnovu NAFTA.⁷⁹ Ove države su u 2004. godini postigle i saglasnost o tome da se usmene rasprave u arbitražama po odredbama NAFTA održavaju uz prisustvo javnosti.⁸⁰ Nedostatak takvog rešenja je u tome što ono u slučaju IKSID zahteva konsenzus izuzetno velikog broja država koje su do sada pristupile Vašingtonskoj konvenciji⁸¹ ili barem donošenje opcionog protokola uz Konvenciju koji bi bio otvoren za pristupanje ugovornicama.

Manje ambiciozno rešenje bi podrazumevalo izmenu Arbitražnih pravila kako bi se u njih uključila dodatna ovlašćenja lica koja nisu stranke. Na taj način bi se u pogledu dostupnosti dokumentacije iz arbitražnog postupka pošlo putem koji je Administrativni savet IKSID već sledio kada je izmenama pravila od 2006. godine verifikovao pravo arbitražnih sudova do dozvole ovim licima podnošenje pisanih komentara, prethodno utvrđeno u predmetu *Suec/Vivendi protiv Argentine*. Kao osnova za navedene izmene moglo bi poslužiti shvatanje arbitražnog suda iz spora *Piero Foresti, Laura de Karli i drugi protiv Južnoafričke Republike*, o tome da arbitražni sud ima ovlašćenje da strankama naloži da za potrebe prijatelja suda imenovanih na osnovu

⁷⁸ Vidi NAFTA Free Trade Commission, Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, July 31, 2001. Tekst dostupan na: http://naftaclaims.com/files/NAFTA_Comm_1105_Transparency.pdf.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ Vidi N. Blackaby, C. Richard, op. cit., str. 261.

⁸¹ Vašingtonska konvencija u vreme nastanka ovog rada ima 158 država potpisnica. Vidi https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=MemberStates_Home.

st. 2. čl. 37. Arbitražnih pravila dostave relevantne dokumente, redigovane na odgovarajući način.

Konačno, problem koji proističe iz konzervativnog karaktera odredaba Arbitražnih pravila IKSID o učešću javnosti u postupku može se rešavati kroz zaključivanje specijalnih sporazuma strana u sporu o pitanjima koja se tiču javnosti postupka. Reč je o tome da je u dvostranim sporazumima o zaštiti i podsticanju ulaganja moguće predvideti takve odredbe o arbitražnom rešavanju sporova koje će insistirati na realizaciji načela transparentnosti postupka. Primer za ovaj pristup su modeli dvostranih ugovora koje potencijalnim saugovaračima nude SAD i Kanada. Primera radi, Model sporazuma o podsticanju i zaštiti ulaganja Kanade (2004) predviđa javnost usmenih rasprava u arbitražnom postupku pokrenutom na osnovu Sporazuma,⁸² dostupnost javnosti svih dokumenata koje prima ili izdaje arbitražni sud (u odsustvu saglasnosti stranaka o suprotnom)⁸³ i pravo lica koje nije stranka da podnese komentare o činjeničnom ili pravnom pitanju u vezi sa slučajem.⁸⁴ Odredbe koje insistiraju na načelu transparentnosti investicione arbitraže, slične prethodno pomenutim, sadrže i modeli sporazuma o zaštiti investicija SAD (2004) i Norveške (2007), kao i sporazumi o slobodnoj trgovini koje SAD zaključuju sa pojedinim državama.⁸⁵ Može se očekivati da će se ovaj trend nastaviti i da će države bilateralnim sporazumima pokušavati da otvore arbitražni mehanizam rešavanja investicionih sporova za javnost, te da na taj način reše probleme nedostatka transparentnosti, podozrenja javnosti prema investicionoj arbitraži i sa tim povezane probleme osporavanja legitimiteta i demokratskog deficita odlučivanja.

V Zaključak

Specifičnosti vezane za predmet odlučivanja i učesnike u investicionoj arbitraži zahtevaju da ona u većoj meri bude otvorena za javnost nego što je to slučaj sa trgovinskom arbitražom. Jedan od načina da se promeni percepcija javnosti o nedostatku legitimiteta odlučivanja u pomenutoj vrsti postupka jeste i da se dozvoli licima koje nisu stranke u postupku da u njemu učestvuju, kako bi pokušale da utiču na to da odluka arbitražnog suda uvaži javni interes koji je neizbežno predmet odlučivanja u investi-

⁸² Stav 1. čl. 38.

⁸³ Stav 3. čl. 38.

⁸⁴ Član 39.

⁸⁵ Vidi K. F. Gomez, op. cit., str. 529-531. Takođe, M. E. Footer, Bits and Peaces: Social and Environmental Protection in the Regulation of Foreign Investment, Michigan State Journal of International Law, vol. 18/2009/2010, str. 56.

cionom sporu. Međutim, Arbitražna pravila ICSID od 2006. godine ne postižu adekvatan rezultat na ovom polju. Odredbe o pravu lica koja nisu stranke na podnošenje pisanih komentara u vezi sa predmetom spora, bez ovlašćenja koja se tiču učešća na usmenoj raspravi i naročito uvida u relevantnu dokumentaciju, nemaju veliki praktičan značaj. Opšti trend usmeren ka uvođenju načela transparentnosti u investicionu arbitražu, u budućnosti će dovesti do dalje liberalizacije kada je reč o javnosti postupka. Ostaje da se vidi da li će te promene uticati na tradicionalnu privlačnost arbitraže kao mehanizma za rešavanje sporova za strane ulagače.

*Petar Đundić, Ph.D., Assistant
Faculty of Law Novi Sad*

Participation of a Non-Disputing Party in Arbitration and Protection of the Public Interest before an ICSID Tribunal

Abstract

The paper discusses the need to protect the legitimacy of decision-making process in investment arbitration through public access to the proceedings. Unlike commercial arbitration, investment arbitration entails decisions on state responsibility for measures directed towards protection of environment, lives and health of its population or human rights. Presence of the public interest in such disputes brings under strong criticism a traditional characteristic of arbitration process – its confidentiality. The problem of democratic deficit of decision-making can be resolved, *inter alia*, by allowing persons who are not parties to the dispute to participate in the proceedings if they consider that their interest might be affected by arbitral award. The 2006 Arbitration Rules of International Centre for Settlement of Investment Disputes envisage, subject to approval of the Tribunal, the right of a non-disputing party to file a written submission with the Tribunal regarding a factual or legal issue connected with the subject matter of the dispute. However, without right of those entities to attend arbitral hearings and, more importantly, without their access to documents submitted during the proceedings, this is not by far enough to give “friends of the court” a meaningful and significant role.

Key words: investment dispute, arbitration, public interest, transparency, ICSID.

*Dr Bojan Tubić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

PRAVO NA INFORMISANJE O ŽIVOTNOJ SREDINI U MEĐUNARODNIM PRAVNIM AKTIMA¹

Sažetak: rad se bavi pitanjem regulisanja prava fizičkih i pravnih lica na pristup informacijama o pitanjima životne sredine, u relevantnim međunarodnim pravnim aktima. Dat je pregled određenih međunarodnih ugovora koji ovo pravo predviđaju u svakoj od pojedinih oblasti koju regulišu. Pravo na pristup informacijama je detaljno propisano Arhuskom konvencijom, kojoj je i posvećen značajan deo rada. Ovakvo regulisanje prava na informisanje o životnoj sredini izvršilo je snažan uticaj na države i međunarodne organizacije, koje su svoju unutrašnju i međunarodnu regulativu kreirali upravo ugledajući se na rešenja iz ove Konvencije. Najdalje je u ovome otišla Evropska unija koje je donela značajan broj direktiva o pravu javnosti na dobijanje informacija o životnoj sredini. Posebno će biti analiziran rad Odbora za praćenje sprovođenja Arhuske konvencije koji ima značajnu ulogu da procenjuje i donosi odluke o poštovanju primene same konvencije u državama članicama.

Ključne reči: životna sredina, pravo na informisanje, Arhuska konvencija, Odbor za praćenje poštovanja Arhuske konvencije, Evropski sud za ljudska prava, Evropska unija.

¹ Ovaj rad je rezultat istraživanja na projektu „Biosensing tehnologije i globalni sistem za kontinuirana istraživanja i integrisano upravljanje ekosistemima“ (br. projekta - 43002). Sredstva za realizaciju ovog projekta obezbedilo je Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

Uvod

Međunarodno pravo prvenstveno reguliše odnose između subjekata međunarodnog prava, ali ono može da stvara i prava i obaveze za fizička i pravna lica unutar država. Jedno od takvih prava je i pravo na informisanje o stanju životne sredine, koje je regulisano brojnim međunarodnim ugovorima. Najznačajniji i najsveobuhvatniji od njih je Konvencija o dostupnosti informacija, učešću javnosti u odlučivanju i dostupnosti pravosuđa u pitanjima koja se tiču životne sredine (Arhuska konvencija) iz 1998. godine.² Međutim, postoji još međunarodnih pravnih akata koji regulišu ovo pitanje na međunarodnom planu i na nivou Evropske unije. Cilj ovog rada je da se analizira međunarodnopravna regulativa prava na informisanje o životnoj sredini. Ovo pravo predstavlja preduslov za učešće javnosti u postupku donošenja odluka i za obavljanje nadzora nad aktivnostima u vladinom i privatnom sektoru u ovoj oblasti. Ono može pomoći i preduzećima u planiranju i korišćenju najdostupnijih tehnologija. Negativne posledice određenih industrijskih aktivnosti često nastaju tek mnogo kasnije nakon njihovog završetka i ne mogu biti ispravljene. Zbog toga je potrebno u ranoj fazi prikupiti kompletne podatke o svim relevantnim faktorima, kako bi se napravio što pravilniji izbor budućih aktivnosti. Takođe, prekogranična dejstva određenih aktivnosti država uticale su na formulisanje zahteva za dostupnost informacija i preko državnih granica.

Odnos zaštite ljudskih prava i prava zaštite životne sredine

Da bi se analiziralo pitanje prava na informisanje o životnoj sredini moraju se koristiti dve grane međunarodnog prava – pravo zaštite ljudskih prava i pravo zaštite životne sredine. Ove dve oblasti imaju isprepletane ciljeve odnosno obe u nekim svojim krajnjim ishodištima teže da stvore bolje uslove za život ljudi. One regulišu pojedina univerzalnija pitanja koja se često moraju rešavati u isto vreme na individualnom i globalnom planu.³

Postavlja se pitanje u kojoj su vezi zaštita životne sredine i ljudska prava, odnosno da li se zaštitom pojedinih ljudskih prava može u isto vreme štititi i životna sredina? U Načelu 1 Štokholmske deklaracije iz 1972.

² Konvencija o dostupnosti informacija, učešću javnosti u odlučivanju i dostupnosti pravosuđa u pitanjima koja se tiču životne sredine (Arhuska konvencija) iz 1998. godine, Službeni glasnik RS- Međunarodni ugovori, br. 38/09.

³ P. Cullet, Definition of an Environmental Right in a Human Rights Context, 13 Netherlands Quarterly of Human Rights, 1995, str. 25.

godine, postavljeni su osnovi za povezivanje ljudskih prava i zaštite životne sredine, putem formulacije da svaki čovek ima osnovno pravo na slobodu, jednakost i adekvatne uslove života, u životnoj sredini čiji kvalitet omogućava dostojanstven život i blagostanje. U njemu se navodi i odgovornost svakog pojedinca da štiti i unapređuje životnu sredinu za sadašnje i buduće generacije.⁴ Slične stavove možemo pronaći u Rezoluciji Generalne skupštine UN 45/94 iz 1990. godine, u kojoj se navodi da svi pojedinci imaju pravo da žive u životnoj sredini koja je odgovarajuća za njihovo zdravlje i blagostanje. U rezoluciji se poziva na jačanje napora u pravcu obezbeđivanja bolje i zdravije životne sredine.⁵

Konferencija u Rio de Žaneiru o životnoj sredini i razvoju iz 1992. godine, bavila se, u jednom delu i odnosom između ljudskih prava i zaštite životne sredine. Načelo 10 Rio deklaracije o životnoj sredini i razvoju, koja je usvojena na ovoj konferenciji, navodi da se pitanja u vezi sa životnom sredinom najbolje rešavaju uz učešće svih zainteresovanih građana na odgovarajućim nivoima. Na nacionalnom nivou, svaki pojedinac treba da ima odgovarajući pristup informacijama u vezi sa životnom sredinom, a koje poseduju javne vlasti, uključujući i informacije o opasnim materijama i aktivnostima u njegovoj zajednici i mogućnost da učestvuje u procesu donošenja odluka. Predviđeno je da države treba da posreduju u ovom procesu i da podstiču svest javnosti i njeno učestvovanje u odgovarajućim postupcima, tako što će informacije učiniti široko dostupnim. Treba da bude obezbeđen efikasan pristup sudskim i upravnim postupcima, uključujući pravo na podnošenje zahteva i korišćenje pravnih lekova.⁶

Pravo na informisanje i dostupnost pravnih lekova u vezi sa pitanjima životne sredine čine suštinu Rio deklaracije. U ovom aktu se nalaze i druge odredbe o učestvovanju različitih struktura stanovništva u ovim procesima, kao što su žene,⁷ omladina,⁸ starosedelački narodi i lokalne zajednice.⁹

⁴ Načelo 1 Štokholmske deklaracije (Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment). Dostupno na <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?documentid=97&articleid=1503> (sajt posećen 22. novembra 2012. godine).

⁵ Rezolucija Generalne skupštine UN 45/94, od 14. decembra 1990. godine (United Nations Resolution A/RES/45/94). Dostupno na <http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r094.htm> (sajt posećen 22. novembra 2012. godine).

⁶ Načelo 10 Rio deklaracije o životnoj sredini i razvoju (Rio Declaration on Environment and Development). Dostupno na <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?documentid=78&articleid=1163> (sajt posećen 22. novembra 2012. godine).

⁷ Ibid., Načelo 20.

⁸ Ibid., Načelo 21.

⁹ Ibid., Načelo 22.

Učešće javnosti je takođe naglašeno i u Agendi 21, koja predstavlja akcioni plan održivog razvoja za 21. vek i koja je jedan od ključnih dokumenata usvojenih na samitu u Rio de Žaneiru.¹⁰ U preambuli Poglavlja 23 Agende 21 o jačanju uloge određenih grupa se navodi da je jedan od osnovnih preduslova za postizanje održivog razvoja široko učešće javnosti u postupku donošenja odluka. Takođe, zbog specifičnosti životne sredine i razvoja, pojavila se potreba za novim oblicima učestvovanja. Ovo uključuje potrebu pojedinaca, grupa i organizacija da učestvuju u postupcima procene uticaja na životnu sredinu i da budu upoznati sa relevantnim odlukama, a naročito onima koje potencijalno mogu da utiču na zajednice u kojima oni žive i rade. Pojedinci, grupe i organizacije treba da imaju pristup informacijama koje su od značaja za životnu sredinu i razvoj a koje poseduju nacionalni organi, uključujući informacije o proizvodima i aktivnostima koje imaju ili koje će najverovatnije imati značajan uticaj na životnu sredinu, kao i informacije o merama zaštite životne sredine.

Agenda 21 takođe traži od vlada i zakonodavnih organa da uspostave sudske i upravne postupke za pravne lekove protiv aktivnosti koje utiču na životnu sredinu a koje mogu biti nezakonite ili krše prava i da se omogući pristup ovim postupcima pojedincima, grupama i organizacijama koje poseduju pravni interes. U Odeljku III, Poglavlju 23, navode se grupe čije je učešće u ovim postupcima neophodno: žene, omladina, starosedelčki narodi i lokalno stanovništvo, nevladine organizacije, organi lokalnih samouprava, radnici, naučnici itd. Agenda 21 zahteva javno učestvovanje u postupcima procene uticaja na životnu sredinu i u donošenju odluka i to naročito onih koje mogu potencijalno da utiču na zajednice u kojima pojedinci i grupe žive i rade. Ona ohrabruje vlade da stvaraju politike i posreduju u direktnoj razmeni informacija između vlade i javnosti u pitanjima životne sredine, sugerišući postupak procene uticaja na životnu sredinu kao potencijalni mehanizam za učestvovanje.

Pojedine međunarodne organizacije su donele neobavezujuće deklaracije u kojima proklamuju pravo na informacije o životnoj sredini. Svetska zdravstvena organizacija je 1989. godine donela Evropsku povelju o životnoj sredini i zdravlju,¹¹ u kojoj se navodi da svaki pojedinac ima pravo na informaciju i konsultovanje sa državom o životnoj sredini. Države koje

¹⁰ Agenda 21 (Agenda 21). Dostupno na <http://www.un.org/esa/dsd/agenda21/> (sajt posećen 22. novembra 2012. godine).

¹¹ Evropska povelja o životnoj sredini i zdravlju iz 1989. godine (European Charter on Environment and Health). Dostupno na http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0019/114085/ICP_RUD_113.pdf (sajt posećen 15. novembra 2012. godine).

učestvuju u radu Organizacije za evropsku bezbednost i saradnju su potvrdile pravo pojedinaca, grupa i organizacija da dobiju, objavljuju i šire informacije o pitanjima životne sredine. Takođe, Deklaracija iz Bangkoka, koja je usvojena 1990. godine,¹² potvrđuje slična prava na prostoru Azije. Arapska Deklaracija o životnoj sredini i razvoju i o budućim perspektivama, iz 1991. godine,¹³ predviđa pravo pojedinaca i nevladinih organizacija da dobiju za njih značajne informacije o životnoj sredini.

Pravo na informisanje o životnoj sredini

Pravo na informisanje o životnoj sredini se može razumeti kao pravo na traženje takvih informacija, ili kao pravo na pristup informacijama.¹⁴ Svako pravo podrazumeva i postojanje obaveze na drugoj strani, odnosno na strani države u ovom slučaju. Države ne smeju da otežavaju nastojanje javnosti za dobijanjem informacija o životnoj sredini od državnih organa ili privatnih subjekata. Šire posmatrano, države bi bile obavezne da pribave i distribuiraju sve relevantne informacije koje se odnose na javne i privatne projekte koji mogu da utiču na životnu sredinu. U prvom slučaju, ako je obaveza države samo da se uzdržava od mešanja u nastojanja fizičkih i pravnih lica da traže informacije od onih koji su spremni da ih daju, tada se ne dobija mnogo na obaveštavanju javnosti. Naime, ukoliko ne postoji obaveza države da garantuje dobijanje informacija, već je sve ostavljeno na odluci onih koji informaciju treba da pruže, ne dolazi do potrebnog pomaka u oblasti dostupnosti informacija. Doprinos obaveštavanju javnosti bi svakako bila obaveza vlade da objavi informacije o svojim projektima, ali bi trebalo učiniti dostupnim i informacije o brojnim aktivnostima u privatnom sektoru, a koje takođe mogu značajno da utiču na životnu sredinu. Podaci o aktivnostima ovih subjekata bi se mogli dobiti kroz zadovoljavanje uslova u pogledu procene uticaja na životnu sredinu, a koje bi mogla da zahteva vlada od privatnih subjekata. Nametanje obaveze državama da ovakve informacije distribuiraju javnosti, uz dostavljanje detalja o sopstvenim aktivnostima vlade, predstavlja najbolji način za obaveštavanje javnosti o pitanjima životne sredine.

¹² Deklaracija iz Bangkoka iz 1990. godine (Bangkok declaration). Dostupno na http://www.apda.jp/en/pdf/declarations/1990_Bangkok.pdf (sajt posećen 15. novembra 2012. godine).

¹³ Arapska Deklaracija o životnoj sredini i razvoju i o budućim perspektivama iz 1991. godine (The Arab Declaration on Environment and Development and Future Perspectives).

¹⁴ A. Kiss, D. Shelton, *International Environmental Law*, New York, 2004, str. 669.

Brojni međunarodni pravni akti garantuju pravo na informisanje, direktno ili posredno. U nekima od njih, ovo pravo je sadržano u pravu na slobodu izražavanja. Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima iz 1948. godine, u članu 19 navodi pravo na slobodu mišljenja i izražavanja. Ovo pravo uključuje slobodu traženja, primanja i davanja informacija i ideja kroz sve medije, bez obzira na granice.¹⁵ Na sličan način se garantuje pravo na slobodu mišljenja i izražavanja u članu 19 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima.¹⁶ Takođe, Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950. godine u članu 10 garantuje slobodu izražavanja, odnosno ovo pravo uključuje slobodu posedovanja sopstvenog mišljenja, primanja i saopštavanja informacija i ideja bez mešanja javne vlasti i bez obzira na granice.¹⁷

Može se reći da danas u Evropi pristup informacijama predstavlja jedno osnovno ljudsko pravo. Parlamentarna skupština Saveta Evrope je 1996. godine donela Rezoluciju 1087 o posledicama katastrofe u Černobilu u kojoj se navodi da „Skupština veruje da pristup javnosti jasnim i potpunim informacijama o ovom predmetu, a i mnogim drugim, mora biti posmatrano kao osnovno ljudsko pravo.“¹⁸ Evropski sud za ljudska prava je u slučaju Onerildiz protiv Turske zauzeo stav da kada su u pitanju opasne aktivnosti javni pristup jasnim i potpunim informacijama se smatra jednim od osnovnih ljudskih prava u Evropi.¹⁹ On je citirao Rezoluciju 1087 navodeći da ona jasno potvrđuje da ovo pravo ne sme biti ograničeno rizicima povezanim sa korišćenjem nuklearne energije u civilnom sektoru. Sud je primetio da je takvo ljudsko pravo na informaciju, prethodno bilo tumačeno kao deo prava na privatni i porodični život, na osnovu člana 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima, kada je u pitanju bilo zagađenje. Sud je ovde citirao presudu u slučaju Guera protiv Italije. Po njegovom mišljenju, pravo na informaciju bi se takođe moglo povezati sa zaštitom prava na život odnosno

¹⁵ Član 19 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima (The Universal Declaration of Human Rights). Dostupno na <http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml> (sajt posećen 15. novembra 2012. godine).

¹⁶ Član 19 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, „Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori“, br. 7/71.

¹⁷ Član 10 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950. godine, „Službeni list SCG-Međunarodni ugovori“, br. 9/2003. Slična odredba se nalazi u članu 13 Američke konvencije o ljudskim pravima.

¹⁸ Rezolucija Saveta Evrope 1087 o posledicama katastrofe u Černobilu (Resolution 1087 on the consequences of the Chernobyl disaster). Dostupno na <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta96/ERES1087.htm> (sajt posećen 17. novembra 2012. godine).

¹⁹ Application no. 48939/99, Onerildiz protiv Turske, presuda od 30. novembra 2004. godine.

pravo javnosti na informisanje bi moglo predstavljati jedan način za vlade da preduzmu sve odgovarajuće korake za zaštitu života u smislu člana 2 Evropske konvencije o ljudskim pravima.²⁰

U slučaju Leander protiv Švedske Sud je izjavio da pravo na primanje informacija zapravo zabranjuje vladi da neko lice ograničava od primanja informacija koje drugi žele da mu saopšte.²¹

U slučaju Guera i ostali protiv Italije Evropski sud za ljudska prava je doneo odluku da Italija nije omogućila podnosiocima predstavke uživanja prava na poštovanje njihovog privatnog i porodičnog života, jer je propustila da obezbedi osnovne informacije podnosiocima predstavke, koje bi im omogućile da procene rizike, kojima oni i njihove porodice mogu biti izloženi.²² U ovom slučaju, Sud je usvojio striktno tumačenje člana 10 Evropske konvencije o ljudskim pravima, tvrdeći da ovaj član ne nameće pozitivnu obavezu državama da obaveštavaju javnost o aktivnostima koje mogu imati nepovoljne uticaje na životnu sredinu. Prema mišljenju Suda, član 10 Konvencije samo zabranjuje vladama država da se mešaju u prava pojedinaca da primaju informacije koje drugi žele da saopšte. Suprotno ovom zaključku Suda, Arhuska konvencija u članu 5 stavu 1c nameće pozitivne obaveze državama da obezbede informacije u situacijama kada su pojedinci izloženi ili bi mogli biti izloženi nesrećama povezanim sa prisustvom opasnih materija. Države moraju da obezbede informacije i kada se to od njih i ne traži, pa čak i ako pojedinci nisu ni svesni takvog rizika ili prisustva štetnih supstanci.

Međunarodni ugovori o životnoj sredini koji sadrže odredbe o pravu na informisanje

Može se reći da je pravo pristupa informacijama opšte i podvrgnuto samo ograničenim izuzecima i da je sve više prihvaćeno u međunarodnom pravu. Ovakav pristup zamenjuje prethodnu praksu u nekim državama prema kojoj bi informacije trebalo smatrati tajnim ili poverljivim, ukoliko nisu izričito učinjene dostupnim.²³

Pravo na informacije o životnoj sredini je predviđeno u više univerzalnih i regionalnih međunarodnih ugovora. U nekima od njih su obaveze države čvrsto postavljene, dok se u drugima koriste dosta blaže i umerenije

²⁰ Ibid., pasus 89.

²¹ Application no. 48939/99, Leander protiv Švedske, presuda od 26. marta 1987. godine.

²² Application no. 14967/89, Guera i drugi protiv Italije, presuda od 19. februara 1998. godine.

²³ S. Kravchenko, Is Access to Environmental Information a Fundamental Human Right?, Oregon Review of International Law, Vol.11, 2010, str. 27.

formulacije. Način regulisanja ovog pitanja nije ujednačen, jer se u nekim slučajevima učešće javnosti koristi u širem smislu da bi se označila pretpostavljena otvorenost vlasti prema pojedincima i grupama, u koju je uključeno i pravo na informaciju a nije posebno garantovano. Pojedini ugovori sadrže materijalna prava na poseban kvalitet životne sredine dok se u drugim ugovorima akcenat stavlja na pravne lekove za štetu nastalu životnoj sredini, kao na primer u Lugano konvenciji. Uopšteno uzevši, univerzalni i regionalni ugovori o životnoj sredini od 1991. godine sadrže barem neke odrednice prema javnim informacijama, pristupu njima ili pravnim lekovima.²⁴ U narednom delu rada biće pomenute odredbe pojedinih međunarodnih ugovora, koje su relevantne u ovoj oblasti.

U Aneksu II uz Protokol o zaštiti životne sredine u pogledu očuvanja flore i faune na Antarktiku iz 1991. godine,²⁵ predviđena je obaveza informisanja, u skladu sa članom 5. Države ugovornice treba da pripreme i učine dostupnim informacije kojima se ustanovljavaju liste posebno zaštićenih vrsta i zaštićene oblasti, svim licima koja se nalaze u zoni Antarktika ili planiraju tamo da borave Cilj ove odredbe je da obezbedi da takva lica razumeju i poštuju odredbe Aneksa. Slična odredba se nalazi i u Aneksu V uz ovaj Protokol, o zaštiti i upravljanju oblasti, u skladu sa kojom će svaka strana ugovornica učiniti dostupnim informacije, koje, između ostalog, ustanovljavaju lokaciju zaštićenih oblasti i istorijskih spomenika i lokaliteta, kao i planove o upravljanju, u cilju da lica razumeju i poštuju odredbe ovog Aneksa.

Okvirna konvencija UN o promeni klime iz 1992. godine,²⁶ u članu 4 stavu 1i obavezuje države ugovornice da promovišu javnu svest i da

²⁴ Jedini izuzetak su ugovori o vodenim tokovima, koji se odnose na međudržavno rukovođenje i korišćenje vodenih tokova, koji nemaju odredbe o dostupnosti informacija javnosti ili o učešću javnosti u postupcima donošenja odluka. Ovo se ne odnosi na regionalnu Konvenciju o zaštiti i korišćenju prekograničnih vodotoka i međunarodnih jezera iz 1992. godine (Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes). Dostupno na <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/water/pdf/watercon.pdf> (sajt posećen 18. novembra 2012. godine) i Konvenciju o saradnji u oblasti zaštite i održivog korišćenja reke Dunav iz 1994. godine (Convention on Cooperation for the Protection and Sustainable Use of the Danube River). Dostupno na <http://ec.europa.eu/world/agreements/downloadFile.do?fullText=yes&treatyTransId=1406> (sajt posećen 18. novembra 2012. godine).

²⁵ Aneks II uz Protokol o zaštiti životne sredine u pogledu konzerviranja flore i faune na Antarktiku iz 1991. godine (Annex II to the Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty - Conservation of Antarctic Fauna and Flora). Dostupno na <http://www.ecolex.org/server2.php/libcat/docs/TRE/Multilateral/En/TRE147880.pdf> (sajt posećen 18. novembra 2012. godine).

²⁶ Okvirna konvencija UN o promeni klime iz 1992. godine (United Nations Framework Convention on Climate Change). Dostupno na <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/conveng.pdf> (sajt posećen 19. novembra 2012. godine).

o hrabre najšire učestvovanje u ovom procesu, uključujući i nevladine organizacije. U članu 6 se predviđa da će države članice promovirati i posredovati na nacionalnim i regionalnim nivoima, kod javnog pristupa informacijama i učešća javnosti u pitanjima predviđenim konvencijom. Iz ovoga se može zaključiti da tekst ove konvencije ne predviđa stroge obaveze za države u pogledu obezbeđivanja informacija.

Slično, Konvencija o biodiverzitetu iz 1992. godine²⁷ ne obavezuje države da pružaju informacije, ali se u svojoj preambuli poziva na opšti nedostatak informacija i znanja i u pogledu biodiverziteta i potvrđuje potrebu za punim učešćem žena na svim nivoima stvaranja i primene politike u ovoj oblasti. Član 13 se odnosi na pitanje obrazovanja u cilju promocije važnosti pitanja očuvanja biodiverziteta. U članu 14 konvencije se navodi da će svaka država ugovornica uvesti gde je to moguće odgovarajuće postupke procene uticaja na životnu sredinu i u određenim slučajevima dozvoliti učešće javnosti u ovim postupcima. Konvencija, u članu 14 stavu 1a omogućava učešće javnosti u postupcima procene uticaja na životnu sredinu i poziva na učešće domorodačkog i lokalnog stanovništva u donošenju odluka o korišćenju njihovog znanja, inovacija i prakse koji se odnose na očuvanje i održivo korišćenje biodiverziteta.

Međunarodna konvencija o borbi protiv dezertifikacije u zemljama sa teškom sušom i/ili dezertifikacijom, posebno u Africi iz 1994. godine²⁸ sadrži brojne odredbe o pravima iz oblasti zaštite životne sredine, a kroz ceo tekst se provlači ideja o učešću javnosti. U članu 3 stavovima a i c je navedeno da je prepoznato da postoji potreba za povezivanjem civilnog društva sa aktivnostima države. Poziva se na zajedničku saradnju nacionalnih vlada, naučnih institucija, lokalnih organa i zajednica, nevladinih organizacija i međunarodnih partnera.

Odrebe Konvencije iz Roterdama o postupku davanja saglasnosti na osnovu prethodnog obaveštenja za određene opasne hemikalije i pesticide u međunarodnoj trgovini iz 1998. godine,²⁹ samo posredno oba-

²⁷ Konvencija o biodiverzitetu iz 1992. godine (The Convention on Biological Diversity). Dostupno na <http://www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf> (sajt posećen 19. novembra 2012. godine).

²⁸ Međunarodna konvencija o borbi protiv dezertifikacije u zemljama sa teškom sušom i/ili dezertifikacijom, posebno u Africi iz 1994. godine. Dostupno na <http://www.unccd.int/en/about-the-convention/Pages/Text-overview.aspx> (sajt posećen 19. novembra 2012. godine).

²⁹ Konvencija iz Roterdama o postupku davanja saglasnosti na osnovu prethodnog obaveštenja za određene opasne hemikalije i pesticide u međunarodnoj trgovini iz 1998. godine (Rotterdam Convention on the Prior Informed Consent Procedure for Certain Hazardous Chemicals).

vezuju države članice da obezbede da informacije o opasnim hemikalijama i pesticidima budu dostupne javnosti. Naime, odredba o prethodnom pristanku se odnosi na vladu države koja uvozi ove materijale, dok postoji samo mali broj upućivanja na obavezu da se informiše o ovim pitanjima. Jedina odredba koja nameće direktnu obavezu državama ugovornicama da se informacije učine dostupnim javnosti jeste član 15 stav 2 u kojem se navodi da države moraju da obezbede da javnost ima odgovarajući pristup informacijama o korišćenju hemikalija i saniranju havarija, kao i o alternativama koje su bezbednije za ljudsko zdravlje i životnu sredinu, u odnosu na hemikalije navedene u Aneksu III Konvencije. Ciljevi konvencije ne mogu biti postignuti u odsustvu obaveštenih pojedinaca.

Pojedini ugovori propisuju obaveze za države članice da obaveštavaju javnost o posebnim rizicima po životnu sredinu. Na primer, Zajednička konvencija o bezbednosti u upravljanju iskorišćenim gorivom i o bezbednosti upravljanja radioaktivnim otpadom iz 1997. godine³⁰ u preambuli potvrđuje važnost informisanja javnosti o pitanjima koje obuhvata konvencija. Takođe, u članovima 6 i 13 o pravljenju posebnih objekata, u kojima se navodi da svaka država ugovornica treba da preduzme odgovarajuće aktivnosti da se uspostave postupci kojima bi se javnosti pružile informacije o bezbednosti objekata predviđenih za rukovođenje potrošnim gorivom i radioaktivnim otpadom.

U članu 10 stavu 1 Konvencije o dugotrajnim organskim zagađivačima iz 2001. godine³¹ navodi se da će svaka država članica u okviru svojih mogućnosti podsticati informisanje javnosti o svim dostupnim podacima o organskim zagađivačima. Države će omogućiti ovakav pristup informacijama koje treba da budu ažurirane. Predviđeno je i da države članice koje razmenjuju informacije iz Konvencije treba da zaštite svaku poverljivu informaciju, ali da se one o zdravlju i bezbednosti ljudi i životne sredine ne mogu smatrati poverljivim.

and Pesticides in International Trade). Dostupno na <http://www.pic.int/TheConvention/Overview/TextoftheConvention/tabid/1048/language/en-US/Default.aspx> (sajt posećen 19. novembra 2012. godine).

³⁰ Zajednička konvencija o bezbednosti u upravljanju iskorišćenim gorivom i o bezbednosti upravljanja radioaktivnim otpadom iz 1997. godine (The IAEA Joint Convention on the Safety of Spent Fuel Management and on the Safety of Radioactive Waste Management). Dostupno na <http://www.iaea.org/Publications/Documents/Infocircs/1997/infocirc546.pdf> (sajt posećen 19. novembra 2012. godine).

³¹ Konvencija o dugotrajnim organskim zagađivačima iz 2001. godine (Convention on Persistent Organic Pollutants). Dostupno na http://www.pops.int/documents/convtext/convtext_en.pdf (sajt posećen 19. novembra 2012. godine).

Regionalni međunarodni ugovori

Konvencija iz Espoa o proceni uticaja na životnu sredinu u prekograničnim uslovima iz 1991. godine³² garantuje u članu 2 stavu 6 da će država porekla obezbediti javnosti u oblastima koje su od značaja za nju, mogućnost da učestvuje u odgovarajućim postupcima procene uticaja na životnu sredinu, u odnosu na predložene aktivnosti. Države moraju da obezbede da su te mogućnosti koje se daju javnosti pogođene države iste kao one koje se obezbeđuju javnosti države porekla. Konvencija predviđa da države članice treba da obaveste javnost i omoguće njeno učešće u postupcima procene uticaja na životnu sredinu povodom predloženih aktivnosti u oblastima koje bi mogle da izazovu štetu po životnu sredinu. U konačnoj odluci o predloženim aktivnostima, države moraju da uzmu u razmatranje procenu uticaja na životnu sredinu, uključujući i mišljenje pojedinaca u pogođenim oblastima.

Konvencija o zaštiti Alpa iz 1991. godine³³ i dodatni protokoli sadrže široke garancije u pogledu javnog informisanja. Predviđena je dužnost država ugovornica da obezbede da se javnost redovno informiše, na odgovarajući način, o rezultatima istraživanja, nadzora i preduzetih aktivnosti. Ovo obaveštavanje treba da bude u skladu sa nacionalnim propisima o poverljivosti informacija.

Konvencija iz Helsinkija o zaštiti i korišćenju prekograničnih vodotoka i međunarodnih jezera, iz 1992. godine³⁴ sadrži detaljne postupke informisanja i predstavlja izuzetak u odnosu na druge međunarodne ugovore o vodotocima. U njoj se navodi da informacije o stanju prekograničnih voda, merama koje su preduzete ili se planiraju, zaštititi, kontroli i smanjivanju prekograničnog uticaja na životnu sredinu i efektivnosti ovih mera treba da budu dostupne za kontrolu javnosti.

Konvencija o prekograničnom dejstvu industrijskih nesreća iz 1992. godine³⁵ zahteva od država članica da obezbede da se javnosti daju ade-

³² Konvencija iz Espoa o proceni uticaja na životnu sredinu u prekograničnim uslovima iz 1991. godine (Espoo Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context). Dostupno na <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/conventiontextenglish.pdf> (sajt posećen 20. novembra 2012. godine).

³³ Konvencija o zaštiti Alpa iz 1991. godine (Convention concerning the Protection of the Alps). Dostupno na <http://www.ecolex.org/ecolex/ledge/view/RecordDetails?id=TRE-001126&index=treaties> (sajt posećen 20. novembra 2012. godine).

³⁴ Konvencija iz Helsinkija o zaštiti i korišćenju prekograničnih vodotoka i međunarodnih jezera, op.cit.

³⁵ Konvencija o prekograničnom dejstvu industrijskih nesreća iz 1992. godine (Convention on Transboundary Effects of Industrial Accidents). Dostupno na http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-6&chapter=27&lang=en (sajt posećen 20. novembra 2012. godine).

kvatne informacije u svim oblastima, koje mogu biti pogođene nekom industrijskom nesrećom koja može nastati iz opasnih aktivnosti. Mora se omogućiti da javnost učestvuje u relevantnim postupcima, sa ciljem da budu poznati njeni stavovi o preventivnim merama. Jednako pravo na učestvovanje mora biti dato javnosti države porekla i potencijalno pogođene države. Države treba da, u skladu sa svojim mogućnostima, obezbede fizičkim i pravnim licima koja mogu biti pogođena prekograničnim dejstvom industrijskih nesreća, pristup i učešće u odgovarajućim sudskim i upravnim postupcima, uključujući i mogućnost da pokrenu postupak protiv odluke koja krši njihova prava.

Konvencija o građanskoj odgovornosti za štetu nastalu aktivnostima opasnim po životnu sredinu iz 1993. godine (Lugano konvencija)³⁶ za svoj primaran cilj ima obezbeđivanje pristupa pravnim lekovima povodom štete koja je nastala po životnu sredinu. Poglavlje III (članovi 13 do 16) ovog ugovora se odnosi na pristup informacijama. Državni organi treba da obezbede pristup informacijama svakome ko to zatraži i bez dokazivanja pravnog interesa. Rok za odgovor je dva meseca, a svako lice koje smatra da je njegov zahtev neosnovano odbijen ili ignorisan, ili nije dobilo adekvatan odgovor od državnog organa, ima pravo da traži sudsku ili upravnu kontrolu odluke, u skladu sa pravilima konkretnog pravnog sistema. Članovima 15 i 16 Konvencije se obaveza davanja informacije proširuje na tela koja obavljaju javne funkcije u vezi sa životnom sredinom i koja su pod kontrolom nekog državnog organa.

U članu 14 Konvencije o saradnji u oblasti zaštite i održivog korišćenja reke Dunav iz 1994. godine,³⁷ navodi se da strane ugovornice treba da obezbede da njihovi nadležni organi učine dostupnim informacije o stanju i kvalitetu životne sredine u basenu reke Dunav i to, u najkraćem roku, svakom fizičkom i pravnom licu, koje podnese takav zahtev i koje ne mora da dokazuje pravni interes.

Pravo na pristup informacijama o životnoj sredini u Arhuskoj konvenciji

Arhuska konvencija sadrži jedan sveobuhvatan pristup pitanju informisanja o životnoj sredini. Ona je uključila određena pravila i načela koja su sadržana u nekim drugim međunarodnim ugovorima, a naročito Nače-

³⁶ Konvencija o građanskoj odgovornosti za štetu nastalu aktivnostima opasnim po životnu sredinu iz 1993. godine (Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment). Dostupno na <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/150.htm> (sajt posećen 20. novembra 2012. godine).

³⁷ Konvencija o saradnji u oblasti zaštite i održivog korišćenja reke Dunav, op. cit.

lo 1 Štokholmske deklaracije. U Preambuli Arhuske konvencije se navodi da „svako lice ima pravo da živi u životnoj sredini koja odgovara njegovom ili njenom zdravlju i blagostanju i dužnost, kako individualno, tako i u zajednici sa drugima, da štiti i unapređuje životnu sredinu za dobrobit sadašnjih i budućih generacija“.³⁸ Uslov da bi pojedinci mogli da uživaju ova prava i udovoljavaju obavezama jeste da imaju pristup informacijama, da mogu da učestvuju u donošenju odluka i da imaju pristup pravdi u pitanjima životne sredine. Ovo je potvrđeno i u članu 1 same Konvencije u kojem se garantuju prava na pristup informacijama, učešće javnosti i pristup pravdi.

Države treba da osiguraju da njihovi organi obezbede informaciju o životnoj sredini licu koje to traži i koje ne mora da navodi interes.³⁹ Pod državnim organom se podrazumevaju ne samo vladina tela nego i svako fizičko i pravno lice koje obavlja javne funkcije ili pruža javne usluge. Informacije moraju biti dostupne u roku od jednog meseca, a u izuzetnim slučajevima do dva meseca.⁴⁰

U Konvenciji se pored načina traženja informacija o životnoj sredini regulišu i pitanja prikupljanja informacija. Naime, u članu 5 ove konvencije se navodi da će svaka država ugovornica obezbediti da njeni državni organi i sami (bez posebnog zahteva) prikupljaju i ažuriraju informacije o životnoj sredini, koje su značajne za njihovo funkcionisanje. Države treba da ustanove obavezne sisteme za dobijanje informacija o predloženim i postojećim aktivnostima koje bi mogle značajno da utiču na životnu sredinu. Ovo se odnosi na privatni sektor, kao i odredba u članu 5 stavu 6 Konvencije koja predviđa da će države ugovornice tražiti od subjekata čije aktivnosti imaju značajan uticaj na životnu sredinu da obaveštavaju redovno javnost o dejstvu njihovih aktivnosti i proizvoda na životnu sredinu.⁴¹

Neka od ovih pitanja su razmatrana i pred Odborom za praćenje sprovođenja Arhuske konvencije (u daljem tekstu Odbor).⁴² On je u slučaju koji se odnosio na sprovođenje Konvencije od strane Ukrajine potvrdio da državni organi treba da poseduju informacije od značaja za njene funkcije, uključujući i one na kojima zasnivaju svoje odluke. Naglašeno je i da takve informacije moraju biti dostupne javnosti, uz izuzetke, navedene u članu 4, stavovima 3 i 4. Pitanje vlasništva nije relevantno u ovim

³⁸ Preambula Arhuske konvencije, op.cit.

³⁹ Ibid., član 4 stav 1.

⁴⁰ Ibid., član 4 stav 2.

⁴¹ Ibid., član 5 stav 6.

⁴² O Odboru za praćenje sprovođenja Arhuske konvencije videti: B. Tubić, Polje primene Arhuske konvencije, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, XLV, br. 2/2011, str. 389-390.

pitanjima i lice koje je autor određene informacije mora je učiniti dostupnom državnom organu koji je koristi u postupku donošenja odluke. Ukoliko postoje sumnje u pogledu ovog zaključka i ako se on pogrešno tumači u nekoliko navrata, to ukazuje na nedostatak jasnih regulatornih kriterijuma u nacionalnom zakonodavstvu.⁴³

U drugom slučaju, Odbor potvrđuje da Konvencija predviđa da državni organi treba da poseduju i ažuriraju informacije od značaja za njihovo funkcionisanje i zahteva od država ugovornica da ustanove obavezne sisteme kojima obezbeđuju odgovarajući protok informacija o budućim i postojećim aktivnostima koje mogu značajno da utiču na životnu sredinu. Odbor je zauzeo stav da ovo podrazumeva da su barem uključene studije o proceni uticaja na životnu sredinu u celini, uključujući i posebne metodologije i tehnike procenjivanja korišćene u njihovoj pripremi.⁴⁴

Države ugovornice treba da obezbede da, u slučaju neposredne pretnje po ljudsko zdravlje ili životnu sredinu, sve informacije koje bi mogle da omogućе javnosti da reaguje na tu opasnost, a nalaze se u posedu državnih organa, budu bez odlaganja prosledene delu javnosti koji bi mogao biti pogođen.

Konvencija predviđa da države treba da svojim nacionalnim zakonodavstvom obezbede da način pružanja informacija o životnoj sredini bude transparentan i da one budu lako dostupne. U tom smislu, javnost mora raspolagati sa dovoljno podataka o vrsti i obimu informacija, koje imaju pojedini državni organi i o osnovnim uslovima pod kojima takve informacije postaju dostupne.

U slučaju povodom Kazakhstana, Odbor je zauzeo stav da je razlog za nepostupanje po obavezama iz člana 4 i člana 9 stav 1 (dostupnost pravosuđa) bio propust države ugovornice da uspostavi i održi jedan jasan i transparentan okvir za primenu ovih odredaba Konvencije (što je u skladu sa obavezom iz člana 3 stava 1a Konvencije). Država nije obezbedila jasne instrukcije u pogledu statusa i obaveza tela koja obavljaju javne funkcije, ili regulisanja pitanja pravnog osnova u slučajevima pristupa informacijama u procesnim zakonima.⁴⁵ U ovom istom slučaju, Odbor je našao da Kazahstan nije postupio u skladu sa članom 4 Konvencije, jer ni-

⁴³ Submission ACCC/S/2004/ by Romania and Communication ACCC/C/2004/3 by Ecopravo-Lviv (Ukraine), Odluka Odbora od 14. marta 2005. godine, pasus 31. Dostupno na <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/documents/2005/pp/c.1/ece.mp.pp.c1.2005.2.Add.3.e.pdf> (sajt posećen 29. novembra 2012. godine).

⁴⁴ Communication ACCC/C/2005/15 by the non-governmental organization Alburnus Maior (Romania), Odluka Odbora od 16. aprila 2008. godine, pasus 27. Dostupno na http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/documents/2008/pp/mop3/ece_mp_pp_2008_5_add_7_e.pdf (sajt posećen 29. novembra 2012. godine).

⁴⁵ Communication ACCC/C/2004/1 by Green Salvation (Kazakhstan), Odluka Odbora od 11. marta 2005. godine, pasus 23. Dostupno na <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/C2004-01/C01findings.pdf> (sajt posećen 29. novembra 2012. godine).

je obezbedio da organi i tela koji obavljaju javne funkcije primenjuju odredbe sadržane u stavovima 1 i 2 ovog člana.⁴⁶

Odbor je u pomenutom slučaju koji se odnosio na Ukrajinu, našao da ova država nije postupala u skladu sa članom 4 stavom 1 Konvencije, jer nije omogućila dobijanje odgovarajućih informacija od nadležnih državnih organa.⁴⁷

Razlozi za odbijanje zahteva za informacije

Konvencija navodi i razloge na osnovu kojih može da se odbije zahtev javnosti za dobijanjem informacija. To će se desiti, na primer, kada organi javne vlasti kojima je zahtev podnet ne poseduju tražene informacije. U tim slučajevima, oni će, u najkraćem roku, obavestiti lice koje traži informaciju o tome kojem organu bi trebalo da se obrati za dobijanje konkretne informacije, ili će proslediti zahtev tom organu i o tome obavestiti lice koje je uputilo zahtev.

Države ugovornice Konvencije treba da obezbede da ukoliko informacija, koja je izuzeta od objavljivanja, može da se odvoji, a da se time ne utiče na njenu poverljivost, državni organ može da učini dostupnim preostali deo informacije o životnoj sredini koja je bila tražena.

Odluka kojom se odbija zahtev mora biti u pisanoj formi, ukoliko je i sam zahtev podnet u toj formi, ili to zahteva lice koje podnosi informaciju. U odluci se moraju navesti razlozi za odbijanje i dati informacije o postupku za reviziju, koji je predviđen u članu 9 Konvencije. Odluka mora da bude doneta što je pre moguće, a najkasnije u roku od mesec dana, osim ukoliko složenost informacije opravdava produženje tog perioda na dva meseca od trenutka podnošenja zahteva. Tražilac informacije mora biti obavešten o produženju roka i razlozima koji to opravdavaju.

U već pomenutoj odluci Odbora, u vezi sa Rumunijom je navedeno da će informacija biti dostavljena bez obzira na njen obim. U slučajevima kada su u pitanju obimnije informacije državni organ može da da informaciju u elektronskom obliku ili obavestiti podnosioca zahteva o mestu gde može da je pogleda i da posreduje u tome.⁴⁸

⁴⁶ Ibid. pasus 25. Slično je Odbor odlučio i u predmetu Communication ACCC/C/2004/8 by the Center for Regional Development Transparency International Armenia, the Sakharov Armenian Human Rights protection Center and the Armenian Botanical Society (Armenia), Odluka Odbora od 10. maja 2006. godine, pasus 41. Dostupno na <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/C2004-08/ece.mp.pp.c.1.2006.2.add.1.e.pdf> (sajt posećen 29. novembra 2012. godine).

⁴⁷ Submission ACCC/S/2004/ by Romania and Communication ACCC/C/2004/3 by Ecopravo-Lviv (Ukraine), op.cit., pasus 39.

⁴⁸ Ibid., pasus 33.

Takođe, odbijanje zahteva može da bude opravdano i zbog poverljivosti postupaka državnih organa, kada je takva poverljivost predviđena nacionalnim pravom. Takođe, informacije neće biti dostavljene ukoliko mogu da utiču na međunarodne odnose, odbranu zemlje ili javnu bezbednost. Davanje informacije će biti odbijeno i kada bi dovelo do uskraćivanja pravde, odnosno onemogućilo neko lice da uživa pravo na pravično suđenje ili ukoliko bi one uticale na mogućnost državnih organa da sprovede krivični ili disciplinski postupak. Informacija će biti uskraćena i kada bi ona mogla da utiče na poverljivost poslovnih informacija, kada je takva poverljivost zaštićena zakonom kako bi se zaštitili legitimni ekonomski interesi. U ovim okolnostima, informacije koje su relevantne za zaštitu životne sredine biće objavljene.

Odbor je smatrao da osnivanje posebnog preduzeća za izgradnju puteva samo po sebi ne predstavlja kršenje obaveza iz Konvencije. On posebno ističe činjenicu da je preduzeće osnovano zakonom, da se nalazi u državnoj svojini i da bi zbog toga moglo da bude obuhvaćeno definicijom javne vlasti, u skladu sa članom 2 stavom 2, tačkama b i c. Prema stavu Odbora ovo samo po sebi ograničava polje primene izuzetka koji se odnosi na poverljivost poslovnih informacija.⁴⁹

Zahtev za informacijama koje se tiču životne sredine može biti odbijen i ukoliko bi njegovo objavljivanje negativno uticalo na prava intelektualne svojine. U pomenutom slučaju povodom predstavke *ACCC/C2005/15* protiv Rumunije ova država je iznela argument da studije o proceni uticaja na životnu sredinu predstavljaju naučne studije koje su zaštićene autorskim pravom i da se zbog toga mogu javno objaviti i koristiti samo uz izričito odobrenje autora. Studije o proceni uticaja na životnu sredinu se pripremaju u cilju učešća javnosti u upravnom postupku. Stoga, autor ne bi trebalo da ima ovlašćenja da zadrži određenu informaciju od objavljivanja, po osnovu prava intelektualne svojine.⁵⁰

U odluci koja se odnosila na Rumuniju, Odbor se osvrnuo na svoje nalaze i preporuke u odnosu na predstavku *ACCC/C2004/3* i podnesak *ACCC/S/2004/1* u kojima je zauzeo stav da član 6, stav 6 ima za cilj da omogući zainteresovanoj javnosti da dobije informacije i da njeno učešće bude efikasnije. Ova obaveza države ne podrazumeva samo zahtev da se

⁴⁹ Communication *ACCC/C2004/4* by Clean Air Action Group (Hungary), Odluka Odbora od 14. marta 2005. godine, pasus 10. Dostupno na <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/C2004-04/C04findings.pdf> (sajt posećen 29. novembra 2012. godine).

⁵⁰ Communication *ACCC/C2005/15* by the non-governmental organization - Alburnus Maior (Romania), op.cit., pasus 28.

objavi izjava o uticaju na životnu sredinu. Odredba predviđa da zahtev javnosti za dobijanjem informacija može da bude odbijen u određenim okolnostima, koje se odnose na prava intelektualne svojine. Međutim, do ovoga može doći samo kada u nekom pojedinačnom slučaju nadležni organ smatra da bi otkrivanje informacije moglo da utiče na prava intelektualne svojine. Odbor smatra da, iz ovih razloga, ovaj izuzetak neće nikada biti primenjen u praksi u vezi sa dokumentima o proceni uticaja na životnu sredinu. I u slučajevima ako bi mogao biti primenjen, osnovi za odbijanje dostavljanja neke informacije bi morali da budu tumačeni restriktivno, uzimajući u obzir i javni interes. Odluke kojima se određene informacije izuzimaju od otkrivanja bi morale da budu jasne i transparentne u pogledu razloga i objašnjenja za njihovo neotkrivanje. Takođe, otkrivanje studija o proceni uticaja na životnu sredinu u njihovoj celosti bi trebalo posmatrati kao pravilo, sa mogućnošću izuzimanja određenih njihovih delova, što bi predstavljalo izuzetak od pravila. Opšti izuzetak od otkrivanja studija o proceni uticaja na životnu sredinu nije u skladu sa članom 4 stavom 1, u vezi sa članom 4 stavom 4 i članom 6 stavom 6, u vezi sa članom 4 stavom 4 konvencije.⁵¹

Prema tekstu same Konvencije može se odbiti davanje informacije i kada je u pitanju poverljivost ličnih podataka, koji se odnose na fizičko lice i to u slučajevima kada ono nije pristalo na otkrivanje informacija javnosti, kada je takva poverljivost obezbeđena nacionalnim pravom. Takođe, kao opravdanje mogu da se uzmu i interesi treće strane koja je obezbedila konkretnu informaciju, kada tu treću stranu nije moguće obavezati da to učini i kada ona ne pristaje na objavljivanje datog materijala. Ukoliko se otkrivanjem neke informacije može štetno uticati na samu životnu sredinu na koju se informacija odnosi, kao na primer neke retke vrste. U samoj Konvenciji se navodi da će se ovi osnovi za odbijanje davanja informacije tumačiti na restriktivan način, uzimajući u obzir javni interes.

Pravo na pristup informacijama o životnoj sredini u Evropskoj uniji

Povelja o osnovnim ljudskim pravima Evropske unije koja je usvojena u Nici 2000. godine, bavi se, u članu 37, pitanjem zaštite životne sredine. Ovaj član nije formulisan u smislu prava pojedinaca unutar Evropske unije ili obaveza država članica. U njemu se navodi da visok nivo zaštite životne sredine i unapređenje kvaliteta životne sredine moraju biti ugrađeni u pojedine politike EU i obezbeđeni u skladu sa načelom održi-

⁵¹ Ibid., pasus 30.

vog razvoja.⁵² Sam tekst Povelje ne govori ništa o pravu na informaciju o životnoj sredini. Međutim, pravo na pristup informacijama u pojedinim oblastima, pa i o zaštiti životne sredine bilo je predviđeno još u vreme postojanja Evropske zajednice. Donošeni su akti koji su obezbeđivali da pojedinci budu informisani o dejstvu pojedinih proizvodnih procesa i proizvoda na životnu sredinu. Na primer, u Direktivi 76/160 koja se odnosi na kvalitet vode za kupanje se navodi da javnost mora da dobija objektivne informacije o kvalitetu vode i da je sve veći značaj javnog interesa u pitanjima unapređenja kvaliteta životne sredine. U članu 13 se navodi da države članice treba redovno da podnose Komisiji sveobuhvatan izveštaj o najznačajnijim karakteristikama vode. Direktivom je predviđeno da Komisija objavljuje ove izveštaje uz konsultacije sa konkretnom državom članicom, što bi moglo da ograniči njihovu dostupnost.⁵³ Ovakva praksa nije bila dosledna jer pojedine direktive nisu pominjale ništa o obaveštavanju javnosti, dok su druge predviđale da će se informacije učiniti dostupnim zainteresovanoj javnosti u skladu sa nacionalnim postupcima. Predviđeno je da pristup informacijama treba omogućiti onima koji mogu biti izloženi rizicima od određenih aktivnosti ili proizvoda. Na primer, Okvirna direktiva 89/391 o primeni mera za unapređivanje i poboljšanje bezbednosti i zdravlja radnika na radnom mestu⁵⁴ predviđa informisanje i konsultovanje zaposlenog.

Pravo na dobijanje informacija je regulisano u Direktivi Saveta 85/337 o proceni uticaja određenih javnih i privatnih projekata na životnu sredinu,⁵⁵ koja izričito propisuje obavezu obezbeđivanja informacija u vezi sa obaveznim postupcima procene uticaja na životnu sredinu. Takođe,

⁵² Član 37 Povelje o osnovnim ljudskim pravima Evropske unije iz 2000. godine (The Charter of Fundamental Rights of the European Union). Dostupno na - http://www.europarl.europa.eu/charter/default_en.htm (sajt posećen 30. novembra 2012. godine).

⁵³ Direktiva Saveta 76/160 od 8. decembra 1975. godine koja se odnosi na kvalitet vode za kupanje (Council Directive 76/160/EEC of 8 December 1975 concerning the quality of bathing water). Dostupno na <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31976L0160:EN:HTML> (sajt posećen 30. novembra 2012. godine).

⁵⁴ Okvirna direktiva 89/391 o primeni mera za unapređivanje i poboljšanje bezbednosti i zdravlja radnika na radnom mestu (Council Directive 89/391/EEC of 12 June 1989 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work). Dostupno na - <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989L0391:EN:NOT>

⁵⁵ Direktiva Saveta 85/337 o proceni uticaja određenih javnih i privatnih projekata na životnu sredinu (Council Directive 85/337/EEC of 27 June 1985 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment). Dostupno na <http://ec.europa.eu/environment/eia/full-legal-text/85337.htm> (sajt posećen 30. novembra 2012. godine).

1990. godine usvojena je Direktiva o slobodnom pristupu informacijama o životnoj sredini,⁵⁶ koja je zamenjena 2003. godine, Direktivom 2003/4/EC o javnom pristupu informacijama o životnoj sredini,⁵⁷ nakon pristupanja tadašnje Evropske zajednice Arhuskoj konvenciji. U ovoj novoj direktivi se naglašava da objavljivanje informacija treba da bude opšte pravilo i ona čini informacije dostupnijim u odnosu na direktivu iz 1990. godine. Državni organi mogu da odbiju zahtev za dobijanje informacije o životnoj sredini samo u posebnim i jasno određenim slučajevima. Pod pojmom informacije o životnoj sredini podrazumeva se svaka informacija u pisanom, video, elektronskom, ili bilo kom drugom zapisu o nekom elementu životne sredine, činionicima koji utiču ili mogu da utiču na ove elemente, zakonodavna akta, mere, politike, planovi i programi koji mogu da utiču na životnu sredinu, izveštaji o primeni legislative o životnoj sredini, relevantne ekonomske analize i stanje ljudskog zdravlja i bezbednosti. Pod pojmom državnog organa se podrazumeva vlada ili drugi deo javne uprave, na svim nivoima vlasti, zatim fizička i pravna lica koja obavljaju javne funkcije ili imaju javnu odgovornost, izuzimajući zakonodavna i sudska tela ili institucije.

Državni organi moraju da učine da informacije budu dostupne svakom fizičkom i pravnom licu i u skladu sa nacionalnim zakonodavstvom ili praksom i udruženjima odnosno organizacijama. Ove informacije se moraju učiniti dostupnim što je pre moguće. Član 7 ove Direktive obezbeđuje širenje informacija o životnoj sredini, posebno putem kompjuterskih tehnologija. Informacije treba da uključe tekstove međunarodnih ugovora, propisa EU, nacionalnu, regionalnu i lokalnu legislaciju o životnoj sredini ili koje se odnose na nju. Takođe, potrebno je učiniti dostupnim i izveštaje o napretku u primeni ovih propisa. Državni organi mogu da naplaćuju razuman novčani iznos za davanje takvih informacija, dok pristup javnim registrima podataka radi traženja informacija na licu mesta treba da bude besplatan. Državni organi mogu da odbiju zahtev za dobijanje informacije pod sličnim uslovima koji su propisani u Arhuskoj konvenciji.

⁵⁶ Direktiva Saveta 90/313/EEZ o slobodnom pristupu informacijama o životnoj sredini (- Council Directive 90/313/EEC of 7 June 1990 on the freedom of access to information on the environment). Dostupno na <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31990L0313:EN:HTML> (sajt posećen 30. novembra 2012. godine).

⁵⁷ Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta 2003/4/EZ od 28. januara 2003. godine o javnom pristupu informacijama o životnoj sredini i ukidanju Direktive Saveta 90/313/EEZ (Directive 2003/4/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on public access to environmental information and repealing Council Directive 90/313/EEC). Dostupno na <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003L0004:EN:HTML> (sajt posećen 30. novembra 2012. godine).

Direktiva ne pominje učešće javnosti. U članu 6 je naveden pristup pravdi, koji je ograničen na situacije u kojima je zahtev za dobijanjem informacija ignorisan, nezakonito odbijen, odnosno ukoliko se sa njime nije postupalo u skladu sa odredbama koje se odnose na pristup informacijama.

ZAKLJUČAK

Pravo na pristup informacijama o životnoj sredini je danas regulisano univerzalnim i regionalnim međunarodnim ugovorima. Države su shvatile potrebu da ono bude potvrđeno ne samo kroz opšte garancije o slobodi izražavanja, ili neka druga prava, nego i kroz posebno pravo koje je povezano ali ipak samostalno u odnosu na ostala. Najdalje u regulisanju ovog prava otišla je Arhuska konvencija, a sam Odbor za praćenje sprovođenja ove konvencije potvrdio je u brojnim slučajevima suštinu ovog prava. Javnost mora biti upoznata sa svim aktivnostima u državi, koje mogu imati posledice po životnu sredinu. Ovo je još značajnije kada su u pitanju hazardne aktivnosti, odnosno rukovanje opasnim materijama. Može se reći da je pravo pristupa informacijama opšte i podvrgnuto samo ograničenim izuzecima. Države ne moraju da udovolje svakom zahtevu ukoliko su ispunjeni određeni uslovi, ali se oni moraju tumačiti restriktivno i uvek se mora dati obrazloženje u slučaju odbijanja zahteva. Uvođenje javnosti u postupke koji su u vezi sa životnom sredinom može unaprediti primenu propisa iz ove oblasti, odnosno uticati na nivo poštovanja međunarodnih ugovora koji regulišu životnu sredinu.

U Evropi pristup informacijama predstavlja jedno osnovno ljudsko pravo. Unutar Evropske unije ono je postalo obavezujuće kako kroz ratifikaciju Arhuske konvencije od strane nekadašnje Evropske zajednice, tako i kroz donošenje akata (direktiva) u ovoj oblasti. Evropski sud za ljudska prava verovatno neće u skorije vreme dobiti nadležnost da odlučuje o eventualnim povredama posebnog prava na informaciju o životnoj sredini, ali će se, kao i do sada, zaštita po ovim pitanjima sprovoditi preko drugih članova Evropske konvencije o ljudskim pravima. Primena prava na informacije o životnoj sredini će biti podvrgnuta kontroli između ostalog i Odbora za praćenje sprovođenja Arhuske konvencije koji funkcioniše kao forum za žalbe van nacionalnih država. Svaki oblik kontrole predstavlja napredak u demokratskoj određenoj postupaka i donošenja odluka, mada bi trebalo težiti da se pored ove instance uspostavi i jedna efikasnija kontrola poštovanja prava na informacije o životnoj sredini.

*Bojan Tubić, Ph.D., Assistant
Faculty of Law Novi Sad*

The Right to Environmental Information in International Legal Documents

Abstract

The paper deals with the issue of regulation of the right of natural and legal persons to environmental information, in relevant international legal documents. There is a survey of certain international conventions which envisage this right in their field of regulation. The right to access the information is in details regulated in the Aarhus Convention, which comprises significant part of this paper. This kind of regulation of the right to environmental information has performed a significant influence on states and international organizations, which created their domestic and international rules, using the solutions from this Convention. The European Union has enacted a significant number of directives on the right of a public to receive environmental information. The special emphasis will be on the work of the Aarhus Convention's Compliance Committee which has a significant role in supervising and deciding about the compliance with the application of the Convention in its member states.

Key words: environment, right to information, Aarhus Convention, Aarhus Convention's Compliance Committee, European Court of Human Rights, European Union.

*Cyjetana Cyjetković, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

OPOREZIVANJE PUTNIČKIH AUTOMOBILA KAO INSTRUMENT ZAŠTITE ŽIVOTNE SREDINE¹

Sažetak: U radu autor razmatra osnovne poreze koji se odnose na putničke automobile, odnosno mogućnosti njihovog korišćenja u cilju smanjivanja emisije ugljen-dioksida. Dakle, u radu se analizira ekološki potencijal poreza koji se plaćaju prilikom kupovine putničkih automobila, poreza kojima se oporezuje upotreba putničkih automobila, akciza i drugih poreza shvaćenih u najširem smislu reči, kako u Evropskoj uniji tako i u Srbiji.

Ključne reči: porezi; putnički automobili; ugljen-dioksid; Evropska unija; Republika Srbija;

1. UVODNA RAZMATRANJA

Pravo na zdravu životnu sredinu je, svakako, jedno od osnovnih ljudskih prava, čijoj se zaštiti poslednjih decenija poklanja sve veća pažnja. Upotreba modernih tehnologija nesumnjivo je doprinela opštem napretku čovečanstva, ali istovremeno je dovela i do sve većeg ugrožavanja životne sredine. Zagađivanje životne sredine je, svakako, jedan od najznačajnijih problema savremenog društva. Svedoci smo različitih vidova ugrožavanja životne sredine. Zagađivanje vazduha, vode i zemljišta izaziva drastične posledice, ne samo na lokalnom već i na glo-

¹ Rad je posvećen Projektu „Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo“ (eviden-
cioni broj 179079) koji se u celosti finansira iz sredstava obezbeđenih od strane Ministar-
stva prosvete i nauke.

balnom nivou. Tradicionalni instrumenti zaštite životne sredine pokazali su se kao neadekvatni i nedovoljni te se izlaz pronašao u novom (multidisciplinarnom) pristupu politici očuvanja životne sredine, između ostalog i u ekonomskim instrumentima u koje se svrstavaju: ekološki porezi, subvencije, sistem povraćaja depozita (eng.: *deposit refund system*), prenosive dozvole, takse za nepoštovanje ekoloških standarda i ekoloških poreza i administrativne takse.² Ekonomski instrumenti imaju dvojaku funkciju. Naime, ne samo da obezbeđuju značajna finansijska sredstva za državu, nego i pružaju podsticaj privatnom i poslovnom sektoru da svoje ponašanje, odnosno aktivnosti usklade sa ciljevima politike zaštite životne sredine jer će u protivnom biti prinuđeni da plate određeni novčani iznos na ime zagađivanja životne sredine. Dakle, ekonomski instrumenti imaju finansijsku i ekološku ulogu. Najveći stepen zaštite životne sredine se postiže kombinovanom primenom ekonomskih i ostalih instrumenata. „Sami ekonomski instrumenti primenjeni izolovano neće dati očekivane optimalne rezultate. Koliko će biti uspeha u primeni različitih instrumenata zavisice od prateće kombinacije pojedinih politika.“³

Klimatske promene su, svakako, jedan od najvećih civilizacijskih problema. Nastaju kao posledica dejstva prirodnih, ali i antropogenih faktora. Povećanje emisije gasova sa efektom „staklene bašte“ je glavni antropogeni uzrok klimatskih promena. Naime, povećana količina ugljen-dioksida u atmosferi, kao najznačajnijeg predstavnika gasova sa efektom „staklene bašte“, ne samo da izaziva negativne posledice po zdravlje ljudi, već dovodi i do zadržavanja sunčeve toplote i pojačanog zagrevanja Zemlje, a samim tim i do topljenja polarnog leda, podizanja nivoa mora, potapanja priobalnih područja i sl. Problem prekomerne emisije gasova sa efektom „staklene bašte“ može se donekle rešiti i uspostavljanjem tržišta dozvola za zagađivanje⁴ ili kroz klasični Piguvijanski porez. Većina ekonomista smatra da ključna determinanta prilikom izbora mere ekološke politike treba da bude *cost-benefit* analiza, odnosno polazi se od toga da mera ekološke politike treba da doprinese ne samo zaštiti životne sredine nego i povećanju dohotka.⁵

² G. Ilić-Popov, *Ekološki porezi*, Beograd, 2000, str.77, 212-218.

³ V.: Đ. Popov, *Ekonomska analiza prava životne sredine i održivi razvoj* (u: *Osnove prava životne sredine*), Novi Sad, 2009, str.308-309.

⁴ V.: L. Baturan, *Mogućnost primene Kouzove teoreme radi postizanja internalizacije ekološkog troška u pravnom sistemu Republike Srbije*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, Novi Sad, Vol.45, br.3/2011, str.790-791.

⁵ V.: Đ. Popov, *Politika zaštite životne sredine-ekonomsko-pravni aspekti*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, Novi Sad, Vol.45, br.3/2011, str.25.

Drumski saobraćaj je značajan emitent ugljen-dioksida i drugih materija koje zagađuju vazduh. Veliki broj država stoga koristi ekonomske instrumente kako bi smanjile emisiju ugljen-dioksida, posebno iz putničkih automobila, do koje dolazi sagorevanjem fosilnih goriva. Oporezivanje putničkih automobila zasnovano na emisiji ugljen-dioksida služi, dakle, za internalizaciju negativnih klimatskih eksternalija.⁶

2. KORIŠĆENJE POREZA KAO INSTRUMENT SMANJIVANJA EMISIJE UGLJEN-DIOKSIDA IZ PUTNIČKIH AUTOMOBILA NA NIVOU EVROPSKE UNIJE

Problem prekomerne emisije gasova sa efektom „staklene bašte“ uslovio je akciju na nivou Evropske unije u cilju njenog smanjenja. Na osnovu Kjoto protokola Evropska unija se obavezala da smanji emisiju gasova sa efektom „staklene bašte“ za 8%, u periodu od 2008-2012. godine, u odnosu na nivo emisije iz 1990. godine. Učešće ugljen-dioksida u ukupnoj emisiji gasova sa efektom „staklene bašte“ je ubedljivo na prvom mestu (83%). Za razliku od drugih sektora, emisija gasova sa efektom „staklene bašte“ iz sektora saobraćaja je porasla. Taj rast se pripisuje povećanoj upotrebi automobila od strane građana Evropske unije, povećanoj cirkulaciji dobara na unutrašnjem tržištu, seljenju stanovništva u prigradska područja itd. Prema podacima iz 2007. godine, oko 19,5 % ukupnih emisija gasova sa efektom „staklene bašte“, na nivou Evropske unije, pripisuje se sektoru saobraćaja, što je za oko 5,5% više nego u 1990. godini. Od toga, drumski saobraćaj ima ubedljivo najveći udeo (93,7% svih emisija iz sektora saobraćaja pripisuje se drumskom saobraćaju).⁷ Ako se emisija iz sektora drumskog saobraćaja ne smanji, odnosno ne stavi pod kontrolu, smanjenje emisije u drugim sektorima neće imati uticaj na zaustavljanje globalnih klimatskih promena.

Na nivou Evropske unije ulažu su veliki naponi kako bi se smanjila emisija gasova koja nastaje korišćenjem putničkih automobila jer su oni odgovorni za oko 12% ukupnih emisija ugljen-dioksida na nivou Unije.

⁶ Pored poreza, koji su predmet analize ovog rada, neke države su se opredelile za druge ekonomske instrumente (pre svega različite vidove subvencija) i podsticajne mere (npr. besplatno parkiranje) u cilju promovisanja ekološki podobnih vozila koja udovoljavaju postavljenim standardima emisije izduvnih gasova.

⁷ V.: *Using official statistics to calculate greenhouse gases emissions-A statistical guide*, Eurostat, Luxembourg: Publication Office of the European union, 2010, str.69-80. Dostupno na: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-31-09-272/EN/KS-31-09-272-EN.PDF, 28. 5. 2012.

Zbog toga je 2009.godine doneta Uredba o uspostavljanju emisisionih standarda za nova putnička vozila kao deo integrisanog pristupa Unije u cilju smanjenja emisije ugljen-dioksida iz lako teretnih vozila (u daljem tekstu: Uredba br.443/2009).⁸ Uredba 443/2009 je doneta imajući u vidu princip supsidijarnosti koji znači da će zakonodavstvo Unije biti usvojeno ako ciljevi određene akcije ne mogu biti ostvareni od strane članica, odnosno ako uspješnije mogu biti ostvareni od strane Unije. Očito je da ispunjenje obaveza, preuzetih na osnovu Kjoto protokola, zahteva koordinisanu akciju svih članica.⁹

I pre donošenja Uredbe 443/2009, na nivou Unije, nastojala se ograničiti emisija ugljen-dioksida iz putničkih automobila. Tako, Komisija je 1995.godine usvojila Strategiju za smanjivanje emisije ugljen-dioksida iz putničkih automobila koja se zasnivala na tzv.sistemu tri stuba. Prvi stub podrazumevao je dogovore sa automobilskom industrijom na osnovu kojih su se proizvođači obavezali da smanje intezitet emisija u periodu od 1995-2008/2009.godine za 25%, putem razvoja novih tehnologija i usavršavanja postojećih. Drug stub podrazumevao je podrobno informisanje potrošača o ekonomičnim i ekološki prihvatljivim automobilima. Treći stub podrazumevao je korišćenje fiskalnih mera.¹⁰ Nakon toga, Komisija je izdala nekoliko Saopštenja putem kojih je odredila gornju granicu emisije ugljen-dioksida po pređenom kilometru (120 g/km), ali se zbog njihovog neobavezujućeg karaktera smatralo da aktivnosti treba usmeriti ka donošenju obavezujućih akata, direktiva i uredbi, odnosno ka obaveznoj redukciji emisija do određenog nivoa. Taj cilj je ostvaren donošenjem Uredbe 443/2009 koja određuje prosečnu gornju granicu emisije ugljen-dioksida po pređenom kilometru, i to u iznosu od: 130 g/km za nove putničke automobile registrovane na području EU od 2012.godine pa nadalje. Uredba 443/2009 predviđa da će od 2020.godine dozvoljeni limit

⁸ V.: Regulations No 443/2009 of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 setting emission performance standards for new passenger cars as part of the Community's integrated approach to reduce CO2 emissions from light-duty vehicles, Official Journal of the European Union, L 140/3.

⁹ Ekološka politika Evropske unije zasnovana je na nekoliko načela među kojima načelo supsidijarnosti igra veliku ulogu. Naime, 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 da uvek bude uspešna s obzirom na globalni karakter nekih ekoloških problema. Stoga je angažovanje institucija Evropske unije u određenim slučajevima nužnost.O ovome više: Đ.Popov, *Politika zaštite životne sredine-ekonomsko-pravni aspekti*, str.39.

¹⁰ V.: L.Ryan, S.Ferreira, F.Convery, The Impact of fiscal and other measures on new passenger car sales and CO2 emissions intensity: Evidence from Europe, *Energy Economics*, 31/2009, str.365.

emisije ugljen-dioksida iznositi 95 g/km. Limit od 130 g/km se ne primenjuje za svako vozilo posebno već na sva vozila proizvedena od strane jednog proizvođača u posmatranoj kalendarskoj godini. Kako bi se ostvarili postavljeni ciljevi proizvođači se mogu udruživati i tada se za udružene proizvođače proverava da li su ostvarili postavljeni cilj. Od 2010. godine države članice se obavezuju da prikupljaju podatke o proizvedenim automobilima, prosečnoj emisiji ugljen-dioksida i sl. i da ih dostavljaju Komisiji. Od 2012. godine proizvođači koji ne ispunjavaju postavljene uslove, biće u obavezi da plate određenu novčanu nadoknadu. Izuzimanja su predviđena u maksimalnom periodu od 5 godina za proizvođače koji proizvode manje od 10000 automobila godišnje, koji nisu povezani sa drugim proizvođačima itd.¹¹

Sistemi oporezivanja putničkih automobila su različiti na tlu Evropske unije. Ponekad se to objašnjava činjenicom da je prevashodni razlog uvođenja ovih poreza u poreski sistem članica fiskalni, a ne ekološki. Functionisanje 27 različitih poreskih sistema stvara prepreke ka nesmetanom functionisanju unutrašnjeg tržišta Unije. Te prepreke se sastoje u dodatnim troškovima i za obveznike i za poresku administraciju, distorzijama, dvostrukom oporezivanju i dodatnim administrativnim formalnostima. Komisija EU je, stoga, 2005. godine predstavila Predlog Direktive o porezima na putničke automobile (u daljem tekstu: Predlog) kako bi se restrukturirao postojeći sistem oporezivanja putničkih automobila, a sve u cilju poboljšanja functionisanja unutrašnjeg tržišta Unije i uspostavljanja direktne veze između visine poreza i količine štetne emisije.¹²

¹¹ V.: čl.2-13 Uredbe.

¹² U Obrazloženju Predloga je ukazano na četiri moguća načina uređivanja sistema oporezivanja putničkih automobila koji ne bi bili u suprotnosti ni sa ciljem obezbeđivanja nesmetanog functionisanja unutrašnjeg tržišta Unije, ni sa ekološkim ciljevima. Prva mogućnost je da se stvari ostave takvim kakve jesu, odnosno da se odlučivanje o načinu oporezivanja putničkih automobila prepusti državama članicama i Evropskom sudu pravde koji u svakom konkretnom slučaju treba da utvrdi da li se poreskim rešenjima stvaraju prepreke ka realizaciji četiri osnovne slobode. Druga mogućnost je da države članice zadrže postojeći sistem oporezivanja putničkih automobila, ali uz obavezu da obezbede refundaciju registracionog poreza kako bi se izbeglo dvostruko oporezivanje, a sve u kontekstu obezbeđivanja nesmetanog functionisanja unutrašnjeg tržišta. Primena sistema refundacije bi, samim tim, zahtevala uspostavljanje jedinstvenih pravila za određivanje rezidualne vrednosti upotrebljivanih motornih vozila koja se izvoze ili trajno premeštaju u drugu članicu. Treća mogućnost je da se vodi jedinstvena politika na nivou EU u pogledu oporezivanja putničkih automobila koja bi se sastojala u postepenom ukidanju registracionih poreza u prelaznom periodu od 10 godina, refundaciji registracionih i periodičnih poreza i oporezivanju putničkih automobila zasnovanom na količini emitovanog ugljen-dioksida. Četvrta mogućnost se razlikuje od prethodne samo po tome da ne teži ukidanju

Predlog Direktive se, u suštini, zasniva na tri stuba. Prvi stub podrazumeva ukidanje registracionih poreza tokom prelaznog perioda (5-10 godina). Drugi stub podrazumeva uspostavljanje refundacije za registracione (do njihovog potpunog ukidanja) i periodične poreze na upotrebu putničkih automobila. Treći stub podrazumeva uključivanje količine emitovanog ugljen-dioksida u poresku osnovicu. Naime, Komisija predlaže da osnovica periodičnih poreza na upotrebu motornih vozila bude broj grama ugljen-dioksida koji se emituje po pređenom kilometru. Međutim, količina emitovanog ugljen-dioksida ne mora biti jedini kriterijum za utvrđivanje poreske obaveze, odnosno članicama bi se ostavio prostor da se ovaj kriterijum kombinuju sa drugim kriterijumima (radna zapremina motora, snaga motora, potrošnja goriva i sl.). Tako, Komisija predlaže da do 31.12.2008. godine, odnosno do 31.12.2010. godine najmanje 25%, odnosno 50% prihoda od ovog poreza bude zasnovano na količini emitovanog ugljen-dioksida po pređenom kilometru. Ista pravila predviđena su i za određivanje osnovice registracionih poreza u članicama koje su ga uvele, sve do 2016. godine kada je predviđeno njihovo ukidanje.¹³

Do oporezivanja putničkih automobila može doći prilikom kupovine automobila, periodično - kada se oporezuje vlasništvo i na tekućoj osnovi kada se oporezuje upotreba. U suštini, svi porezi koji se odnose na putničke automobile mogu se svrstati u nekoliko grupa:

Porezi koji se naplaćuju prilikom kupovine putničkog automobila

U ovu grupu spadaju porez na dodatu vrednost (u daljem tekstu: PDV) i registracioni porezi. Registracioni porezi uzrokuju određene probleme vezane za dvostruko oporezivanje i dodatne troškove u slučaju kupovine automobila u drugoj članici. Ne smeju se zanemariti ni administrativne teškoće koje nastaju u situacijama kada se ostvaruje pravo na refundaciju poreza plaćenog u drugoj članici. Zbog prethodno navedenog, registracioni porezi se vide kao značajna prepreka ka nesmetanom funkcionisanju unutrašnjeg tržišta Unije, ali pri tome ne treba izgubiti iz vida da mogu doprineti realizaciji ekoloških ciljeva vezivanjem visine poreske obaveze za količinu emitovanog ugljen-dioksida. Dakle, registracioni porezi imaju svoje prednosti, ali i određene nedostatke.

registracionih poreza nego njihovom postepenom smanjivanju, tako da nisu veći od 10% cene automobila pre oporezivanja.

¹³ V. : Proposal for a Council Directive on passenger car related taxes, Commission of the European Communities, Brussels, 2005, str. 6-7. Dostupno na: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0261:FIN:en:PDF>, 25. 5. 2012.

U Evropskoj uniji registracioni porezi nisu harmonizovani. U članicama koje su uvele ovaj poreski oblik razlike postoje u pogledu stopa (npr. u Finskoj stopa se kreće od 12,2 - 48,8% dok je u Španiji raspon 4,75-14,75%) i osnovice (cena-sa ili bez PDV-a, radna zapremina motora, snaga motora, starost vozila u momentu sticanja, težina automobila, količina emitovanog ugljen-dioksida bilo samostalno bilo u kombinaciji sa drugim kriterijumima itd.).¹⁴ Zbog dvostrukog oporezivanja i drugih razloga Komisija je predložila da članice ukinu registracione poreze do 1. januara 2016. godine, a do tada je predložila prelazni period kako bi se budžeti članica koliko-toliko zaštitili od gubitka prihoda. U tom prelaznom periodu i dalje bi postojao problem dvostrukog oporezivanja prilikom premeštanja ili trajnog uvoza automobila iz jedne u drugu članicu. Rešenje koje je usvojeno za prevazilaženje ovog problema je uspostavljanje sistema refundacije za već plaćeni registracioni porez praćen jedinstvenim pravilima o određivanju rezidualne vrednosti automobila, jer iznos koji se refundira treba da bude u direktnoj vezi sa rezidualnom vrednošću automobila. Kako bi se ostvarili ciljevi zaštite životne sredine Komisija predlaže da se visina registracionog poreza u svim članicama određuje u zavisnosti od količine emisije ugljen-dioksida.

Porezi koji se plaćaju prilikom kupovine putničkih automobila imaju najveći potencijal da utiču na odluku o kupovini određenog automobila. Imajući u vidu navedeno, putem ovih poreza bi trebalo izvršiti internalizaciju ekoloških troškova koje prouzrokuje određena kategorija automobila. Na taj način, potencijalni kupci bi, prilikom donošenja odluke o kupovini automobila, imali u vidu ekološke posledice koje izaziva korišćenje datog automobila, a koje se ogledaju u ceni. Putem visokog registracionog poreza ili poreza na dodatnu vrednost kupci bi trebalo da se odvrte od kupovine ekološki nepodobnog automobila.

Ne treba izgubiti iz vida da visoki registracioni porezi koji nisu u sprezi sa količinom emitovanog ugljen-dioksida mogu dovesti u pitanje realizaciju ekoloških ciljeva jer mogu uticati na vozače da nastave sa korišćenjem starih vozila koja, uglavnom, u većoj meri zagađuju životnu sredinu. PDV, kao porez koji se plaća prilikom kupovine automobila od lica koje ima status obveznika PDV-a, odnosno neki drugi porezi koji se plaćaju prilikom prenosa prava svojine na automobilu, nemaju povoljne ekološke implikacije. Naime, osnovica ovih poreza je cena, a ekološki prihvatljivija vozila, obično, su skuplja, pa ovi porezi, uz maržu i troškove proizvodnje, povećavaju cenu koju plaćaju kupci što može umanjiti nji-

¹⁴ V.: *ACEA Tax Guide 2011*, Brussels, 2011, str.2. Dostupno na: http://www.acea.be/images/uploads/files/20110330_TaxGuide2011Highlights_update.pdf, 7.6.2012.

hovu spremnost za kupovinu putničkih automobila koji su ekološki podobniji.

Poslednjih godina u pojedinim zemljama javio se novi oblik poreza koji se plaća prilikom kupovine automobila, a koji je zasnovan na penalima koji se plaćaju za ekološki nepodobna vozila i bonusima koji se odobravaju automobilima suprotnih karakteristika u momentu kupovine vozila (eng.: *feebates*, odnosno bonus-malus sistem). Međutim sprovedena istraživanja pokazuju ograničenu spremnost potrošača da menjaju svoje odluke o kupovini kako bi ostvarili navedeni bonus.¹⁵

Periodični porezi koji se plaćuju u vezi sa vlasništvom nad automobilom

Reč je o porezima koji pogađaju vlasnike putničkih automobila na osnovu kojih oni stiču pravo da ih koriste, a koji se plaćaju periodično, godišnje ili polugodišnje. Osnovicu ovih poreza bi trebalo dovesti u vezu sa količinom emitovanog ugljen-dioksida kako bi došlo do internalizacije ekoloških troškova koji nastaju upotrebom automobila. Iako radna zapremina motora, kao osnovica ovih poreza, ima donekle uticaj na potrošnju goriva i nivo emisije, ona nikako nije tačan pokazatelj uticaja svojstava vozila na životnu sredinu za razliku od količine emitovanog ugljen-dioksida. Osnovica ovih poreza može biti i: snaga motora izražena u kilovatima, potrošnja goriva, težina i sl., premda bi za realizaciju ekoloških ciljeva najpodesnije izabrati količinu emitovanog ugljen-dioksida. Prema sprovedenim istraživanjima, u Velikoj Britaniji samo je 17% vozača imalo u vidu emisiju ugljen-dioksida prilikom odlučivanja o kupovini vozila kada je osnovica ovih poreza bila radna zapremina motora, dok je taj procenat iznosio oko 50% kada je količina emitovanog ugljen-dioksida predstavljala poresku osnovicu.¹⁶

Akcize na motorna goriva

Prvenstveni cilj akciza na motorna goriva dugo vremena bio je fiskalni, ali u poslednje vreme sve više se koriste za ostvarivanje ekoloških ciljeva. Akcize na motorna goriva obezbeđuju značajna sredstva u budžetu svake zemlje. Ta sredstva se prikupljaju od korisnika saobraćajne infrastrukture kako bi se, između ostalog, podstaklo i racionalnije korišće-

¹⁵ V. : S. Borthwick, M. Carreno, Green fiscal measures for lessening the environmental impact of private vehicle ownership-a review, Environmental Engineering-The 8th International Conference, May 19-20, Vilnius, Lithuania, str. 862-863. Dostupno na: http://leidykla.vgtu.lt/conferences/Enviro2011/Articles/4/860_867_Borthwick_S_other.pdf, 29. 5. 2012.

¹⁶ V.: *Ibid.*, str.863.

nje motornih goriva. Naime, „ekološki problemi koji stoje u neposrednoj vezi sa korišćenjem benzina, odnosno drugih motornih goriva trebalo bi da pokušaju da se ublaže uvođenjem fiskalnih instrumenata i mera, koji bi podstakli ograničenu potrošnju benzina. U tom smislu povećanje poreza na motorna goriva može da ima trojaku funkciju: smanjivanje korišćenja automobila, smanjivanje broja vlasništva nad automobilima i veća efikasnost motornog goriva.“¹⁷

Akcizama se oporezuju proizvodi (motorna goriva) čijim se sagorevanjem emituju štetne materije. Oporezivanje, dakle, nije u direktnoj vezi sa emisijama koje zagađuju životnu sredinu, ali se takvim rešenjem izbegavaju problemi koji postoje kod poreza čija se visina određuje na osnovu količine emisije. Naime, često je teško i skupo obezbediti konstantno merenje nivoa emisije i shodno tome određivati nivo poreskog opterećenja.

Kupovina vozila koje emituje manju količinu ugljen-dioksida pokazuje svoje prednosti i prilikom plaćanja akciza jer ova vozila sagorevaju manju količinu motornih goriva, pa uprkos većim inicijalnim troškovima, prilikom docnijeg plaćanja akciza, kupovina ovih vozila će pokazati svoje prednosti. Sporno je, međutim, koliko ovu činjenicu potencijalni kupci imaju u vidu prilikom donošenja odluke o kupovini automobila.

Drugi porezi, naknade i takse

U pojedinim zemljama (Austrija, Danska) postoji porez na potrošnju goriva koji se zasniva na količini utrošenog goriva koja se utvrđuje od strane proizvođača. Pored toga, u nekim zemljama postoji poseban porez na automobilske gume sa klinovima koje, između ostalog, doprinose većem širenju prašine i drugih sitnih čestica. U oblasti drumskog saobraćaja značajnu ulogu imaju i različite naknade (naknade za korišćenje puteva, naknade za saobraćajnu gužvu i naknade za stvaranje pojačane buke) koje se mogu koristiti za ostvarivanje različitih ekoloških ciljeva.¹⁸

Studija o upotrebi fiskalnih instrumenata u cilju smanjenja emisije ugljen-dioksida iz novih putničkih automobila ukazuje da se smanjenje emisije može podjednako efikasno ostvariti korišćenjem bilo kojeg prethodno navedenog poreza, odnosno da svi oni imaju podjednak potencijal. Studija, takođe, ukazuje da će povećanje poreskih stopa bez unošenja količine emitovanog ugljen-dioksida u poresku osnovicu, samo neznatno smanjiti emisiju.¹⁹

¹⁷ V.: G.Ilić-Popov, Ekološka uloga poreskih instrumenata u oblasti saobraćaja, *Pravo i privreda*, br.3-4/2000, str.32-33.

¹⁸ O tome opširnije: *Ibid.*, str.42-44.

¹⁹ V.: *Fiscal measures to reduce CO2 emissions from new passenger cars- main report*, European Commission 's Directorate- General for Environment, Brussels, 2002., Dostupno na:

2.1. Pregled poreza zasnovanih na emisiji ugljen-dioksida u EU

Prema podacima iz 2011. godine, ukupno 18 članica u svojim poreskim sistemima ima neki vid poreza koji se odnosi na putničke automobile, a koji je zasnovan na emisiji ugljen-dioksida.²⁰ U Danskoj registracioni porez i porez koji se plaća periodično na upotrebu vozila zasnovan je na potrošnji goriva, tako da vozila koja troše manju količinu goriva i samim tim emituju manju količinu ugljen dioksida uživaju povoljniji poreski tretman. U Austriji i Francuskoj prilikom oporezivanja emisija ugljen-dioksida iz putničkih automobila funkcioniše tzv. *bonus-malus* sistem koji podrazumeva nagrađivanje kupaca ekološki podobnih automobila, odnosno onih automobila koji emituju manje količine ugljen-dioksida i kažnjavanje kupaca automobila koji emituju ugljen-dioksid iznad određenog nivoa, putem cene. Tako, u Austriji, automobili koji emituju manje od 120 g/km ugljen-dioksida ostvaruju bonus do 300 €, a ako emituju više od 160 g/km kažnjavaju se po 25 € za svaki gram emisije preko tog nivoa. U Francuskoj, najviši iznos koji se može isplatiti kupcima novih automobila je 5000€, ako automobili emituju manje od 61 g/km ugljen-dioksida, dok se kaznene takse naplaćuju za emisiju preko 150 g/km. Za emisiju ugljen-dioksida između 111-150 g/km nisu predviđeni ni bonusi, ni kaznene takse.

U pojedinim članicama (Nemačkoj, Grčkoj, Luksemburgu, Švedskoj i Velikoj Britaniji) periodični porezi na upotrebu vozila zasnovani su na emisiji ugljen-dioksida. Tako, u Nemačkoj periodični porez na upotrebu vozila sastoji se od dve komponente: osnovnog poreza i poreza na ugljen-dioksid. Ako automobil emituje manje od 120 g/km ugljen-dioksida predviđeno je izuzimanje od plaćanja poreza na ugljen-dioksid. U Luksemburgu, godišnji porez na upotrebu vozila zasnovan je na količini emitovanog ugljen-dioksida. Iznos poreske obaveze dobija se množenjem ispuštene emisije po pređenom kilometru sa koeficijentom čija visina zavisi od toga koja vrsta motornog goriva se koristi. U nekim članicama (u Finskoj, Irskoj, Portugalu i na Kipru i Malti) i registracioni i periodični porezi na upotrebu vozila zasnovani su na emisiji ugljen-dioksida, dok u drugim osnovicu registracionih poreza predstavlja količina emitovanog ugljen-dioksida, bilo samostalno (Španija), bilo u kombinaciji sa drugim faktorima i to: cenom (Holandija i Slovenija), poštovanju emisisionih standarda i

http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/co2_cars_study_25-02-2002.pdf, 6.6-2012.

²⁰ U pitanju su sledeće članice: Austrija, Belgija, Kipar, Finska, Francuska, Nemačka, Grčka, Irska, Letonija, Luksemburg, Malta, Holandija, Portugal, Rumunija, Slovenija, Španija, Švedska i Velika Britanija.

sl. (Rumunija). Analiza zakonodavstva u članicama pokazuje da i kod periodičnih poreza na upotrebu vozila, visina poreske obaveze ne mora isključivo zavisiti od količine emitovanog ugljen-dioksida, već i od drugih faktora (npr. starosti vozila itd.).²¹

2.2. Poreski podsticaji za vozila na električni pogon, hibridna vozila i vozila koja koriste alternativna goriva

Sektor saobraćaja se u velikoj meri oslanja na fosilna goriva čijim sagorevanjem se oslobađa velika količina zagađujućih materija (ugljen-dioksid, ugljen-monoksid, oksidi azota, sumpor-dioksid i sl.) pa se, stoga, ulažu veliki naponi, kako bi se podstakla upotreba čistijih i energetski efikasnijih vozila. Shodno tome, mnoge članice Evropske unije ustanovile su čitav niz poreskih podsticaja u korist vozila na električni pogon, hibridnih vozila i vozila koja koriste alternativna goriva, koja su ekološki mnogo prihvatljivija, u poređenju sa vozilima na „klasični“ pogon, odnosno sa motorima sa unutrašnjim sagorevanjem. Prema podacima iz 2012.godine, ukupno 16 članica koristi neki vid ekonomskih instrumenata kako bi uticala na odluke vozača u pravcu kupovine ovih vozila, s obzirom na njihovu veću nabavnu cenu. Dakle, kupovina ovih vozila rezultira većim inicijalnim troškovima, ali nižim tekućim troškovima, dugoročno posmatrano.²²

Analiza rešenja u članicama pokazuje da se olakšice obezbeđuju na različite načine. U Belgiji, kupci vozila na električni pogon imaju pravo na umanjenje poreske obaveze na osnovu poreza na dohodak građana u visini od 30% cene (maksimum 9510€). U Holandiji i Portugalu vozila na električni pogon su izuzeta od plaćanja registracionog poreza i periodičnog poreza na upotrebu vozila, dok su hibridna vozila koja emituju manje od 95 g/k (dizel), 110 g/k (benzin) u Holandiji, takođe, izuzeta od ovih poreza, dok u Portugalu ostvaruju jedino pravo na umanjenje registracionog poreza u visini od 50%. U Češkoj su vozila na električni pogon, hibridna vozila i vozila koja koriste alternativna goriva izuzeta od plaćanja poreza na upotrebu puteva (ovom poreskom obliku su podvrgnuta jedino vozila koja se koriste za poslovne svrhe). U Luksemburgu kupci ovih vozila ostvaruju premiju do 5000€ do 31.12.2012. ako se obavežu da će kupovati električnu energiju dobijenu iz obnovljivih izvora energije. U Švedskoj vozila na električni po-

²¹ V.: *Overview of CO2 based motor vehicle taxes in the EU*, ACEA, 2011. Dostupno na: http://www.acea.be/images/uploads/files/20110330_CO2_tax_overview.pdf, 1.6.2012.

²² V.: S. Borthwick, M. Carreno, *Ibid.*, str.862.

gon sa potrošnjom energije od 37 kwh po pređenih 100 km su izuzeta od godišnjeg poreza na upotrebu vozila u periodu od 5 godina od datuma njihove prve registracije.²³

2.3. Oporezivanje dizel goriva i olovnog/bezolovnog benzina u EU

Dizel gorivo sadrži više energije i ugljenika u odnosu na benzin i samim tim dovodi do veće emisije ugljen-dioksida, azotnih oksida i drugih štetnih čestica u poređenju sa istom količinom benzina koja se koristi u motoru iste veličine. Uprkos tome, većina članica oporezuje dizel-gorivo po nižim stopama i to, uglavnom, zbog njegove velike važnosti za pojedine privredne sektore i veće energetske efikasnosti. Privilegovani poreski tretman dizel goriva u pojedinim članicama se kompenzuje višim registracionim porezima ili periodičnim porezima na upotrebu vozila. Navedeno rešenje je u skladu sa Direktivom 2003/96 ES koja uspostavlja sistem minimalnih stopa akciza za energente i električnu struju, propisujući nižu minimalnu stopu akciza za dizel gorivo u odnosu na benzin.²⁴

Neke članice zabranjuju prodaju olovnog benzina (Malta, Luksemburg, Finska, Bugarska), dok druge dozvoljavaju samo ukoliko se olovni benzin koristi za određene svrhe (npr. u Luksemburgu za vazduhoplovne svrhe). U Italiji i Irskoj akciza na olovni i bezolovni benzin je propisana u istom iznosu, dok većina ostalih članica propisuje višu stopu za olovni benzin.²⁵

Iz svega navedenog uočavamo da se fiskalne mere usmerene na redukciju emisije ugljen-dioksida iz putničkih automobila mogu podeliti u tri grupe. U prvu grupu svrstavaju se fiskalne mere zasnovane na količini emitovanog ugljen-dioksida. U drugu grupu spadaju fiskalne mere koje imaju posrednu vezu sa količinom emitovanog ugljen-dioksida, odnosno koje su zasnovane na nekim drugim obeležjima (radna zapremina motora, snaga motora, težina vozila i sl.) koja predstavljaju posredne indikatore količine emitovanog ugljen-dioksida. Konačno, u treću grupu spadaju fiskalne mere koje se sastoje u olakšicama za ekološki podobne automobile i goriva.

²³ V.: *Overview of purchase and tax incentives for electric vehicles in the EU*, ACEA, 2011. Dostupno na: http://www.acea.be/images/uploads/files/20110330_EV_tax_overview.pdf 1.6.2012.

²⁴ V.: COUNCIL DIRECTIVE 2003/96/EC of 27 October 2003 restructuring the Community framework for the taxation of energy products and electricity, Official Journal of the European union L 283/51 of 31 October 2003.

²⁵ V.: *Excises duty tables*, European Commission, Brussels, 2012, str.8-11. Dostupno na: http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/excise_duties/energy_products/rates/excise_duties-part_ii_energy_products_en.pdf, 3.7.2012.

3. OPOREZIVANJE MOTORNIH VOZILA U SRBIJI

U Srbiji motorna vozila se oporezuju u momentu sticanja, i to porezom na dodatu vrednost, odnosno porezom na prenos apsolutnih prava. PDV-om se oporezuje promet svih vozila kada promet vrši lice koje je obveznik PDV-a. Porez na prenos apsolutnih prava se plaća kod prenosa uz naknadu prava svojine na upotrebljavanom motornom vozilu. Upotrebljavano motorno vozilo je ono vozilo koje je najmanje jedanput bilo registrovano. Pored toga, motorna vozila su podvrgnuta i periodičnom porezu (porezu na upotrebu) čijim se plaćanjem stiče dozvola da se motorno vozilo zaista i upotrebljava.

Pre nego što se detaljnije razmotri oprezivanje motornih vozila u Srbiji neophodno je definisati sam pojam motornih vozila. Zakon o porezima na upotrebu, držanje i nošenje dobara (u daljem tekstu: ZPDUND)²⁶, kojim se uvodi porez na upotrebu motornih vozila, u članu 2 predviđa da se pod pojmom motornih vozila podrazumevaju putnička vozila, motocikli, motocikli s bočnim sedištem i teški tricikle. Značenje navedenih kategorija motornih vozila dato je u Zakonu o bezbednosti saobraćaja na putevima.²⁷

Porez na upotrebu motornih vozila je periodični i neposredni porez koji je preduslov za korišćenje motornog vozila. Plaća se prilikom izdavanja saobraćajne dozvole, odnosno registracione nalepnice (registracije) za motorna vozila, a obveznik je pravno ili fizičko lice na čije ime se vozilo registruje. Reč je o specifičnom porezu koji se utvrđuje u apsolutnom iznosu u zavisnosti od radne zapremine motora. ZPDUND predviđa dve vrste olakšica: poreska oslobođenja i poreski kredit. Porez na upotrebu motornih vozila ne plaćaju lica sa invaliditetom, roditelji lica ometenih u razvoju, zdravstvene ustanove za ambulantna vozila, Ministarstvo unutrašnjih poslova, organizacija osoba sa invaliditetom za vozila prilagođena za prevoz invalidnih lica, kao i vlasnici motornih vozila čiji pogon je isključivo električni.²⁸ Iznosi poreza na upotrebu motornih vozila umanjuju se u zavisnosti od starosti automobila, i to za 15% kod motornih vozila preko pet do osam navršenih godina starosti, za 25% kod motornih vozila preko osam do deset navršenih godina starosti i 40% kod motornih vozila preko deset navršenih godina starosti. Kada je reč o vozilima starosti 20 i

²⁶ Zakon o porezima na držanje, upotrebu i nošenje dobara, „Službeni glasnik RS“ br.24/11.

²⁷ V.: čl. 7 Zakona o bezbednosti saobraćaja na putevima, „Službeni glasnik RS“ br. 53/10.

²⁸ V.: čl. 5 ZPDUND.

više godina porez na upotrebu motornih vozila iznosi 20% od propisanog iznosa.²⁹ Pored navedenog umanjenja, za putnička vozila kojima se obavlja auto-taksi prevoz i putnička vozila za obuku kandidata za vozače sa ugrađenim duplim komandama, porez na upotrebu motornih vozila dodatno se umanjuje za 50%.

Iz navedenog uočavamo da porez na upotrebu motornih vozila u Srbiji jednako tretira vozila na benzinski i dizel pogon što je nepovoljno s ekološke tačke gledišta s obzirom da dizel gorivo ima veći sadržaj energije i ugljenika i dovodi do znatno veće štetne emisije u poređenju sa istom količinom benzina. Takođe, porez na upotrebu motornih vozila ne zasniva se na emisiji ugljen-dioksida, već na radnoj zapremini motora, verovatno i zbog teškoća oko obezbeđivanja opreme za merenje emisije. Kada bi oporezivanje motornih vozila bilo zasnovano na količini ugljen-dioksida neophodno bi bilo obezbediti tehničke mogućnosti kod svih pružaoca usluga tehničkog pregleda vozila, koji bi morali imati standardizovanu opremu i postupke za merenje emisije. To bi u znatnoj meri uvećalo troškove u vezi sa pregledom uređaja i izdavanjem sertifikata i dozvola za rad.³⁰ Počevši od 2011.godine predviđeno je poresko oslobođenje za vozila čiji je pogon isključivo električni čime se stvara podsticaj za upotrebu ekološki podobnijih vozila. Srpski zakonodavac se nije opredelio da propiše poreske olakšice za vozila koja koriste tečni naftni gas, za hibridna vozila i druga vozila na alternativni pogon, iako su ova vozila ekološki podobnija u poređenju sa vozilima koja imaju motor sa unutrašnjim sagorevanjem. S druge strane, poreski kredit na ime poreza na upotrebu motornih vozila raste što je motorno vozilo starije, što sa ekološke tačke gledišta nije prihvatljivo, jer su uglavnom starija vozila veći emitenti zagađujućih materija.

Kada je reč o akcizama na naftne derivate i njihovoj ekološkoj funkciji, srpski zakonodavac propisuje više stope za benzin (49,60 din/l) nego za dizel gorivo (37,07 din/l), dok tečni naftni gas uživa najpovoljniji akcizni režim (19,21 din/kg). Zakon o akcizama ne obezbeđuje različit poreski režim za olovni i bezolovni benzin.³¹ Navedeno ukazuje da je primarni cilj uvođenja akciza u poreski sistem Srbije fiskalni.

²⁹ V.: čl. 4 ZPDUND

³⁰ V.: V.Marjanović, Posledice usklađivanja pojedinih aspekata zakonske regulative Srbije u oblasti automobilske industrije sa Evropskom unijom, *Tržište, novac i kapital*, br.3/2009, str.64.

³¹ V.: čl.9 Zakona o akcizama, „Službeni glasnik RS“, br.22/2001, 73/2001, 80/2002, 43/2003, 72/2003, 43/2004, 55/2004, 46/2005, 61/2007, 5/2009, 31/2009, 31/2009, 31/2009, 101/2010, 43/2011, 101/2011, 6/2012-usklađeni dinarski iznosi i 43/2012-odluka, 76/2012-odluka i 93/2012.

Vlasnici vozila na motorni pogon u Srbiji plaćaju i naknadu za zagađivanje životne sredine. Naknada se plaća Fondu za zaštitu životne sredine pre podnošenja zahteva za registraciju vozila. Putem ove naknade ostvaruje se princip „zagađivač plaća“, odnosno vrši se internalizacija negativnih eksternalija koje se sastoje u emitovanju štetnih materija u životnu sredinu. Iznos naknade za vozila na motorni pogon utvrđuje se množenjem iznosa jedinične naknade čija visina zavisi od vrste motornog vozila i korektivnog koeficijenta koji zavisi od vrste motora i pogonskog goriva, radne zapremine motora i starosti vozila.³² Dakle, kod ove naknade, kao i što i sam naziv ukazuje, vodi se računa o karakteristikama vozila i njihovom uticaju na životnu sredinu.

4. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Oporezivanje putničkih automobila nije harmonizovano na nivou Evropske unije. Države članice potpuno samostalno uređuju ovo pitanje, pri čemu su ograničene jedino osnovnim principima postavljenim u Osnivačkom ugovoru. Takva situacija se negativno odražava na funkcionisanje unutrašnjeg tržišta, posebno na realizaciju slobode kretanja, ali i na automobilsku industriju i ekološku održivost.

Pošto su putnički automobili odgovorni za veliki deo emisije ugljen-dioksida, ograničavanje ovih emisija često se vidi kao način stavljanja pod kontrolu globalnih klimatskih promena. U tom smislu porezi koji se odnose na putničke automobile imaju veliki potencijal. Idealno bi bilo da se visina registracionog poreza i poreza na upotrebu automobila određuje u skladu sa količinom emitovanog ugljen-dioksida. Takvo rešenje predstavljeno je i u Predlogu Direktive o porezima na putničke automobile. Uprkos nobavezujućem karakteru neke članice su u svoje poreske sisteme uvele ovakve poreze, kao i olakšice za vozila na električni pogon, hibridna vozila i vozila koja koriste alternativna goriva. Sprovedena analiza akciznog opterećenja motornih goriva u članicama Unije pokazuje da su u pojedinim slučajevima povoljnijem akciznom režimu podvignuta ekološki nepodobnija motorna goriva, što ide u prilog tvrdnji da primarni razlog njihovog uvođenja nije ekološki.

Porez na upotrebu motornih vozila u Srbiji ne udovoljava ekološkim zahtevima jer za osnovicu uzima radnu zapreminu motora, a ne količinu

³² V.: čl.14-16 Uredbe o vrstama zagađivanja, kriterijumima za obračun naknade za zagađivanje životne sredine i obveznicima, visini i načinu obračunavanja i plaćanja naknade, „Službeni glasnik RS“, br.113/2005, 6/2007, 8/2010, 102/2010.

emitovanog ugljen-dioksida. Takođe, ovaj poreski oblik ne pravi razliku između vozila na benzinski i dizel pogon, kao što ni ne predviđa privilegovani poreski režim za vozila sa pogonom na tečni naftni gas što bi, svakako, trebalo predvideti. Zakonsko rešenje da je pravo na poreski kredit veće što je vozilo starije, takođe, ne udovoljava ekološkim zahtevima, jer su po pravilu starija vozila veći emitenti zagađujućih materija. Predviđanjem poreskog oslobođenja za vozila na električni pogon načinjen je pomak u odnosu na prethodno stanje, ali bi, svakako, trebalo predvideti neki vid olakšica i za hibridna vozila i vozila koja koriste alternativna goriva. Slabosti zakonskih rešenja u pogledu oporezivanja upotrebe motornih vozila donekle su ublažene uvođenjem nakanade za zagađivanje životne sredine koju plaćaju vlasnici vozila na motorni pogon. Postojeći način oporezivanja motornih goriva govori da zakonodavstvo ne pravi razliku između motornih goriva imajući u vidu njihova ekološka obeležja. Krajnji zaključak je da srpski zakonodavac nedovoljan značaj pridaje mogućnostima korišćenja oporezivanja motornih vozila u zaštiti životne sredine, odnosno da ekološki potencijal ovih poreza u potpunosti nije iskorišćen.

*Cyjetana Cyjetković, Assistant
Faculty of Law Novi Sad*

Taxation of Passenger Cars as an Instrument of Environmental Protection

Abstract

This paper considers taxes related to passenger cars and possibilities of their use in order to reduce carbon dioxide and other greenhouse gas emissions. Therefore, this paper considers ecological potential of non-recurrent taxes in connection with the purchase and registration of passenger cars, periodically charged taxes on the use of passenger car and excises in the European union. At the end, the author presents legislation related to motor vehicles taxes in Serbia and analyzes their ecological functions, and points out the shortcomings of the existing legislative solutions.

Key words: taxes; passenger cars; carbon dioxide; the European union, The Republic of Serbia;

Milana Pisarić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

NEZAKONITI PREKOGRANIČNI PROMET ZAŠTIĆENIH BILJNIH I ŽIVOTINJSKIH VRSTA¹

Sažetak: Procenjuje se da se da međunarodna trgovina divljim biljnim i životinjskim vrstama na godišnjem nivou vredi nekoliko milijardi dolara, trguje se stotinama miliona vrsta, i to živim primercima životinja i biljaka, te proizvodima dobijenim od njih, uključujući i prehrambene proizvode, kožne proizvode od egzotičnih vrsta, drvene muzičke instrumente, drvo, suvenire, lekove, kozmetička sredstva i drugo. Srazmere eksploatacije određenih biljnih i životinjskih vrsta su velike, tako da njihov promet zajedno sa drugim faktorima, kao što su gubitak staništa, u velikoj meri ugrožava njihovu populaciju dovodeći pojedine vrste do istrebljenja. Iako pojedine vrste divljih biljaka i životinja trgovinom nisu ugrožene, uređenje prometa radi obezbeđenja trgovine koja odgovara zahtevima održivog razvoja neophodno je kako bi se ova prirodna dobra sačuvala i za budućnost, a naročito da bi se sprečile pogubne posledice ilegalnog prometa zaštićenim vrstama u prekograničnim okvirima.

Ključne reči: zaštićene vrste, prekogranični promet, CITES.

1. UVODNE NAPOMENE

Tokom devedestih godina prošlog veka *trgovina zaštićenim vrstama koja se odvija u skladu sa odgovarajućim propisima* donosila je profit od 160 milijardi dolara na globalnom nivou, sa stalnom tendencijom rasta, pa je prema procenama iz 2009. godine ostvaren profit od 323 milijarde u sve-

¹ Rad je rezultat istraživanja ostvarenih na Projektu „Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo“ (br.179079), a sredstva za njegovo ostvarivanje su obezbeđena od strane Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

tu², od čega u okvirima Evropske unije 100 milijardi³. Međutim, promet koji se ostvaruje u propisanim okvirima predstavlja samo deo tržišta zaštićenih vrsta, dok su prave srazmere **nepropisnog prometa** nepoznanice. Procenjuje se da je profit ostvaren ilegalnom trgovinom između 5 i 20 milijardi dolara godišnje na globalnom nivou što ovaj oblik kriminaliteta svrstava među najprofitabilnije kriminalne aktivnosti, posle trgovine narkoticima i ljudima⁴. **Nezakoniti promet** se može posmatrati na mikro-nivou (kao što je krivičnog), mezo-nivou (nezakoniti promet vrstama unutar granica jedne države) i na makro-nivou (nezakoniti prekogranični promet). **Nezakonitom prekograničnom prometu** zaštićenih vrsta **doprinos** velike površine u državama porekla vrsta kojima je teško pristupiti i nadzirati ih uz postojanje ograničenog broja alternativa za privređivanje za stanovnike tih zemalja pa sredstva za život obezbeđuju nezakonitim aktivnostima u vezi sa prometom zaštićenih vrsta; neadekvatna kontrola graničnih prelaza i nepostojanje, odnosno neprimenjivanje propisa u državama porekla/tranzita/destinacije vrsta, sistemska korupcija u tim zemljama i drugi faktori.⁵ Naime, lica uključena u nezakonite aktivnosti u vezi sa prometom zaštićenih vrsta ostvaruju veliki uspeh koji im donosi profit zaobilazeći postojeće pravne propise koji se ne primenjuju, odnosno primenjuju se u nedovoljnoj meri, pa postoje organizovane mreže sastavljene od nabavljača, preprodavaca, posrednika i prevoznika u zemljama porekla vrsta, njihovog tranzita i konačne destinacije, u koju su uključeni i carinski službenici i predstavnici lokalnih vlasti koji omogućavaju obavljanje ilegalnog prometa. Ista mreža se često istovremeno koristiti za trgovinu narkoticima, oružjem i ljudima, a kao tipična prateća kriminalna aktivnost je vršenje krivičnog dela falsifikovanje isprava potrebnih za legalan promet vrstama (dozvola i potvrda za uvoz/izvoz zaštićenih vrsta)⁶.

Sa druge strane, borbi protiv ovog oblika ekološkog kriminaliteta nije posvećeno dovoljno pažnje niti resursa. **Na međunarodnom nivou formirane su** Radna grupa za praćenje ilegalne trgovine zaštićenim biljnim i životinjskim vrstama u okviru INTERPOL -a (*INTERPOL Wildlife Crime Working Group*⁷) kao i Mreža za praćenje trgovine zaštićenim biljnim i

² <http://www.traffic.org/trade/>.

³ http://ec.europa.eu/environment/cites/pdf/reports/2009_annual.pdf.

⁴ Wyler LS, Sheikh PA. CRS report for congress—international illegal trade in wildlife: threats and U.S policy. Hauppauge: Nova Science Publishers; 2008.

⁵ Wilson-Wilde, L., Wildlife crime: a global problem, Forensic Science Medical Pathology, 6/2010, 222

⁶ Lowther J, Cook D, Roberts M. Crime and punishment in the wildlife trade. A WWF/TRAFFIC Report. 2002; www.wwf.org.uk.

⁷ www.interpol.int/public/EnvironmentalCrime/Wildlife.

životinjskim vrstama (*TRAFFIC: Wildlife Trade Monitoring Network*⁸). Međutim, i pored aktivnosti navedenih organizacija u ovoj oblasti, nedostajala je zajednička politička volja država da se suprotstave ovom obliku kriminala, u smislu jačanja međunarodne saradnje na kontroli ilegalnog prekograničnog prometa. Naime, kako se značajan deo prometa divljim životinjama i biljkama obavlja preko granica država, bilo je neophodno na međunarodnom nivou stvoriti regulatorne okvire u cilju zaštite određenih vrsta od prekomerne eksploatacije. Tokom poslednjih 40-ak godina stvoren je obiman korpus ugovora, sporazuma, deklaracija i sl. u cilju zaštite životne sredine, te prirodnih resursa, staništa i svetske faune i flore, ali **većina od tih inicijativa nije posebno usmerena na sprečavanje i suzbijanje ilegalnog prometa divljih vrsta**. Iako pojedini međunarodni sporazumi i domaći propisi sadrže odredbe koje direktno ili indirektno odnose na međunarodnu trgovinu ugroženim biljnim i životinjskim vrstama, **od posebnog značaja za kontrolu i regulisanje prekograničnog prometa zaštićenih vrsta** (a time i na suzbijanje ilegalnog prometa) je Konvencija o međunarodnoj trgovini ugroženim vrstama divlje faune i flore⁹.

2. KONVENCIJA O MEĐUNARODNOJ TRGOVINI UGROŽENIM VRSTAMA DIVLJE FAUNE I FLORE

Konvencija o međunarodnoj trgovini ugroženim vrstama divlje faune i flore je međunarodni ugovor (potpisana u Vašingtonu 3. marta 1973. godine, stupila na snagu 1. januara 1975. godine i trenutno ima 175 potpisnica, među kojima je i Srbija¹⁰). koji obavezuje države potpisnice da u cilju nadgledanja prekograničnog prometa zaštićenih divljih životinjskih i biljnih vrsta preduzmu niz mera. Dakle, smisao ove Konvencije je da se **obezbedi zaštita i očuvanje ugroženih vrsta** divlje faune i flore, **kroz stvaranje sistema kontrole prometa ovih vrsta preko granica** država potpisnica propisivanjem uslova za njihov uvoz, izvoz ili ponovni izvoz a u svrhu ograničenja eksploatacije životinja i biljaka i sprečavanja da nekontrolisani promet dovede do ugrožavanja, odnosno izumiranja pojedinih vrsta. Konvencija je **od izuzetnog značaja**, jer je to jedini međunarodni propis kojim se države potpisnice obavezuju da će u svojim pravnim sistemima dozvoliti prekogranični promet vrsta samo ako se odvija u skla-

⁸ www.traffic.org,

⁹ *Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora*, <http://www.cites.org/>.

¹⁰ Zakon o potvrđivanju Konvencije o međunarodnom prometu ugroženih vrsta divlje faune i flore („Sl. list SRJ-Međunarodni ugovori“, br.11/2001).

du sa odredbama ove Konvencije, a da će nepostupanje po istim na određeni način inkriminisati.

U smislu Konvencije pod **prometom** se podrazumeva uvoz, izvoz, reeksport (svaki izvoz prethodno uvezene jedinke) i unošenje jedinki iz mora *određenih* biljnih životinjskih vrsta. Odredbe Konvencije se **ne odnose na sve biljne i životinjske vrste**, nego samo na one koje su **ugrožene**, pa su vrste, prema stepenu njihove ugroženosti i s tim u vezi potrebom za regulisanjem prometa, *grupisane u kategorije* kako je navedeno u prilogima Konvencije:

Prilog 1. obuhvata vrste kojima pretila opasnost od izumiranja, a predmet su ili mogu da budu predmet prometa. Međunarodni promet ovih vrsta je, u načelu, zabranjen, s tim što je, uz postojanje određenih izuzetaka, dozvoljen promet u nekomercijalne svrhe (kao što je na primer u cilju naučnoistraživačkog rada)¹¹.

Prilog 2. obuhvata sve vrste kojima trenutno možda i ne pretila opasnost od izumiranja, ali može da zapretili ukoliko se promet jedinki takvih vrsta ne podvrgne strogim propisima kako bi se izbeglo da se te vrste koriste na način kojim se ugrožava njihov opstanak, kao i ostale vrste čiji promet mora da bude regulisan kako bi se uspostavila efikasna kontrola. Međunarodni promet ove dve grupe vrsta je strogo regulisan i dozvoljen uz postojanje određenih potvrda i dozvola¹².

¹¹ Za **izvoz** jedinke neke od pomenutih vrsta neophodno je da se prethodno pribavi i podnese na uvid izvozna dozvola, koja se izdaje ukoliko je Naučni organ države izvoza saopštio da takav izvoz ne ugrožava opstanak vrste, da se Upravni organ države izvoza uverio da ta jedinka nije pribavljena na način suprotan zakonima te države kojima se reguliše zaštita flore i faune, da potvrdi da će svaka živa jedinka biti pripremljena i otpremljena na takav način da se rizik od povrede, narušavanja zdravlja ili grubog postupanja svede na minimum i da se uveri da je izdata uvozna dozvola za tu jedinku. Za **uvoz** bilo koje jedinke neke od vrsta neophodno je da se prethodno pribavi i podnese na uvid uvozna dozvola, kao i izvozna dozvola ili potvrda o reeksportu. Uvozna dozvola se izdaje samo kada su ispunjeni sledeći uslovi: da je Naučni organ države uvoza saopštio da se uvoz vrši za svrhe koje nisu štetne za opstanak dotične vrste, da se Naučni organ države uvoza uverio da je potencijalni primalac žive jedinke na odgovarajući način opremljen za smeštaj i brigu o njoj, a da se Upravni organ države uvoza uverio da se jedinka neće koristiti prvenstveno u komercijalne svrhe. Za **reeksport** bilo koje jedinke neke od vrsta, neophodno je da se prethodno pribavi i podnese na uvid potvrda o reeksportu, koja se izdaje ako se Upravni organ države reeksporta uverio da je jedinka uvezena u tu državu u skladu sa odredbama ove konvencije, Upravni organ države reeksporta uverio da će svaka živa jedinka biti pripremljena i otpremljena na takav način da se rizik od povrede, narušavanja zdravlja ili grubog postupanja svede na minimum, a Upravni organ države reeksporta uverio da je izdata uvozna dozvola za svaku živu jedinku.

¹² Za **izvoz** bilo koje jedinke neke od vrsta neophodno je da se prethodno pribavi i podnese na uvid izvozna dozvola, koja se izdaje pod uslovom da je Naučni organ države izvoza saopštio da takav izvoz nije štetan za opstanak vrste, da se Naučni organ države izvoza uverio da ta jedinka nije pribavljena na način suprotan zakonima te države kojima se

Prilog 3. obuhvata sve vrste koje država strana ugovornica identifikuje kao ugrožene i proglasi kao takve u svojim propisima a u cilju sprečavanja ili ograničavanja eksploatacije, kao i one čiji se promet može kontrolisati samo u saradnji s drugim stranama potpisnicama. Međunarodni promet ovih vrsta je, dakle, regulisan na zahtev jedne od strana ugovornica¹³.

3. ZAŠTITA DIVLJIH ŽIVOTINJSKIH I BILJNIH VRSTA U REPUBLICI SRBIJI

Zakonodavni okvir Republike Srbije u pogledu zaštite životne sredine je oslonjen na međunarodno pravo: tokom nekoliko decenija država je postala strana potpisnica brojnih značajnih međunarodnih konvencija, *preuzevši obavezu da stvori pravni okvir koji čini niz propisa*, kao što su Zakon o

reguliše zaštita faune i flore, a da se Upravni organ države izvoza uverio da će svaka živa jedinka biti pripremljena i otpremljena na takav način da se rizik od povrede, narušavanja zdravlja ili grubog postupanja svede na minimum. Naučni organ svake od Strana - obavezan je da prati kako izvozne dozvole izdate od strane te države za jedinke vrste iz Priloga 2, tako i realizovani izvoz tih jedinki. Ako Naučni organ u bilo kom trenutku odluči da treba ograničiti izvoz jedinki bilo koje od predmetnih vrsta da bi se ta vrsta održala u čitavom svom arealu, na nivou koji odgovara njenoj ulozi u ekosistemima u kojima se javlja, a znatno iznad nivoa na kome bi se ta vrsta kvalifikovala za uključivanje u Prilog 1, on će nadležni Upravni organ obavestiti o odgovarajućim merama koje treba preduzeti u cilju ograničavanja broja izdatih dozvola za jedinke te vrste. Za **uvoz** bilo koje jedinke neke od vrsta, neophodno je da se prethodno podnese na uvid izvozna dozvola ili potvrda o reeksportu. Za **reeksport** bilo koje jedinke neke od vrsta neophodno je da se prethodno pribavi i podnese na uvid potvrda o reeksportu, koja se izdaje samo pod uslovom da se Upravni organ države reeksporta uverio da je jedinka uvezena u tu državu u skladu sa odredbama ove konvencije i da se Upravni organ države re-eksporta uverio da će svaka živa jedinka biti pripremljena i otpremljena na takav način da se rizik od povrede, narušavanja zdravlja ili grubog postupanja svede na minimum.

¹³ Za **izvoz** bilo koje jedinke neke od vrsta iz bilo koje države koja je tu vrstu uključila u Prilog 3, neophodno je da se prethodno dobije i podnese na uvid izvozna dozvola, koja se izdaje samo pod uslovom da se Upravni organ države izvoza uverio da ta jedinka nije pribavljena na način suprotan zakonima te države kojima se reguliše zaštita faune i flore, a Upravni organ države izvoza da će svaka živa jedinka biti pripremljena i otpremljena na takav način da se rizik od povrede, narušavanja zdravlja ili grubog postupanja svede na minimum. Za **uvoz** bilo koje jedinke neke od vrsta, neophodno je da se prethodno podnese na uvid potvrda o poreklu, a u slučajevima kad se uvoz vrši iz neke od država koje su tu vrstu uključile u Prilog 3, izvozna dozvola. U slučaju **re-eksporta**, država uvoza će uverenje koje izda Upravni organ države reeksporta o tome da je dotična jedinka obrađena u toj državi ili da se reeksportuje prihvatiti kao dokaz da su u slučaju duotične jedinke ispoštovane odredbe ove konvencije.

zaštiti životne sredine¹⁴, Zakon o zaštiti prirode¹⁵, Zakon o proceni uticaja na životnu sredinu¹⁶, Zakon o strateškoj proceni uticaja na životnu sredinu¹⁷, Zakon o integrisanom sprečavanju i kontroli zagađivanja životne sredine¹⁸ i drugi propisi o zaštiti određenih eko-medijuma. Iako je Republika Srbija usvojila brojne propise u oblasti zaštite životne sredine, *osnovni problemi u domenu zaštite prirode i prirodnih dobara* su vezani za nepoznavanje i nepostupanje po važećim propisima od strane stanovništva, te njihovo nesprovođenje od strane lokalne samouprave, nadležnih inspeksijskih službi, sudova, stručnih ustanova i institucija, a pored toga i neracionalno korišćenje prirodnih resursa, slaba pokrivenost planskom i urbanističkom dokumentacijom, neinventivnost, slaba opremljenost i loša organizovanost mnogih staralaca prirodnih dobara, niska ulaganja države u najatraktivnijim područjima Republike Srbije itd.

Zaštita prirode u Republici Srbiji sprovodi se između ostalog **utvrđivanjem zaštićenih prirodnih dobara i stvaranjem sistema praćenja njihove zaštite**. **Zaštićena prirodna** dobra definisana **Zakonom o zaštiti životne sredine** (u daljem tekstu: ZZZS) i **Zakonom o zaštiti prirode** (u daljem tekstu: ZP). U smislu ZZZS zaštićeno prirodno dobro jeste očuvani deo prirode posebnih vrednosti i odlika (geodiverziteta, biodiverziteta, predela, pejzaža i dr), koji ima trajni ekološki, naučni, kulturni, obrazovni, zdravstveno-rekreativni, turistički i drugi značaj, zbog čega kao dobro od opšteg interesa uživa posebnu zaštitu (član 3. stav 1. tačka 4.). U smislu ZP zaštićena prirodna dobra, su: 1. zaštićena područja (strogi rezervat prirode, sti zemljišta, očuvanju drugih ekosistema, itd. specijalni rezervat prirode, nacionalni park, spomenik prirode, zaštićeno stanište, predeo izuzetnih odlika, park prirode¹⁹); 2. *zaštićene vrste (strogo zaštićena divlja vrsta i zaštićena divlja vrsta)* i 3. pokretna zaštićena prirodna dokumenta²⁰ (član 4. stav 1. tačka 27., član 27 ZP).

¹⁴ Zakon o zaštiti životne sredine, „Sl. glasnik RS“ 135/2004, 36/2009, 36/2009 - dr. zakon i 72/2009 - dr. zakon

¹⁵ „Sl. glasnik RS“, br. 36/2009 i 88/2010.

¹⁶ „Sl. glasnik RS“, br. 135/2004 i 36/2009.

¹⁷ „Sl. glasnik RS“, br. 135/2004 i 88/2010.

¹⁸ „Sl. glasnik RS“, br. 135/04.

¹⁹ Ukupna površina zaštićenih prirodnih dobara iznosi oko 5.471,76 km², što čini - oko 6,19% od ukupne teritorije. U Republici Srbiji je Zaštićeno je preko 400 prirodnih dobara (pet nacionalnih parkova, 16 parkova prirode, 16 predela izuzetnih odlika, 71 rezervat prirode - strogih i specijalnih i 313 spomenika prirode - botaničko-dendroloških, geomorfoloških, geoloških i hidroloških).

²⁰ To su: pokretna zaštićena prirodna dokumenta su delovi geološkog, paleontološkog i biološkog nasleđa koji imaju izuzetan naučni i obrazovni značaj (član 4. stav 1. tačka 53. i član 37.).

Zakonom o zaštiti životne sredine i Zakonom o zaštiti prirode kao osnovnim propisima uređuje se zaštita samo određenih biljnih i životinjskih vrsta, i to samo *divljih vrsta* koje su *ugrožene ili mogu postati ugrožene*, a koje imaju poseban značaj sa genetičkog, ekološkog, ekosistemskog, naučnog, zdravstvenog, ekonomskog i drugog aspekta²¹. Takve vrstama obezbeđena je zaštita ako su *određene* kao *kao strogo zaštićene divlje vrste* ili *zaštićene divlje vrste*. *Strogo zaštićenom divljom vrstom može se proglasiti*: 1) vrsta iščezla u Republici Srbiji i vraćena programom reintrodukcije; 2) krajnje ugrožena divlja vrsta; 3) ugrožena divlja vrsta; 4) reliktna vrsta; 5) lokalni endemit; 6) stenoendemit; 7) međunarodno značajna i zaštićena divlja vrsta; 8) vrsta kojoj je iz drugih razloga potrebna stroga zaštita. *Zaštićenom divljom vrstom može se proglasiti*: 1) ranjiva divlja vrsta; 2) endemična vrsta; 3) indikatorska, ključna i kišobran vrsta; 4) reliktna vrsta; 5) međunarodno značajna i zaštićena divlja vrsta; 6) vrsta koja nije ugrožena ali se zbog njenog izgleda može lako zameniti s ugroženom vrstom. U smislu pomenute Konvencije, *zaštićene vrste se određuju* na osnovu nacionalnih i međunarodnih crvenih lista ili crvenih knjiga, stručnih nalaza i naučnih saznanja. U Republici Srbiji, crvenu knjigu, odnosno listu koja sadrži ugrožene divlje vrste biljaka, životinja i gljiva, lokalitet na kome se nalaze, brojnost populacije vrsta i stepen ugroženosti *utvrđuje Ministarstvo nadležno za pitanja zaštite životne sredine* (trenutno je to: Ministarstvo prirodnih resursa, rudarstva i prostornog planiranja²²). Naime, na osnovu procene ugroženosti kao i na osnovu nacionalnih i međunarodnih crvenih lista i/ili crvenih knjiga i/ili druge stručne dokumentacije, ministar sporazumno sa ministrom nadležnim za poslove poljoprivrede, šumarstva i vodoprivrede, a na predlog Zavoda za zaštitu prirode Srbije, *proglašava divlje vrste strogo zaštićenim divljim vrstama ili zaštićenim divljim vrstama*²³. Postojeća lista zaštićenih vrsta utvrđena *Pravilnikom o proglašenju i zaštiti strogo zaštićenih i zaštićenih divljih vrsta biljaka, životinja i gljiva*²⁴, a uključuje zaštitu velikog broja pojedinačnih divljih biljnih i životinjskih vrsta²⁵.

²¹ Zaštita divljih vrsta koja nije uređena ovim zakonom, reguliše se posebnim propisima (član 36. ZP).

²² <http://www.ekoplan.gov.rs/>.

²³ Pomenutim aktom Ministarstva utvrđuju se mere zaštite za strogo zaštićene i zaštićene divlje vrste biljaka, životinja i gljiva, kao i mere zaštite njihovih staništa, a taj akt se objavljuje u Službenom glasniku Republike Srbije.

²⁴ „Sl. glasnik RS”, br. 5/2010.

²⁵ Zaštita vrsta uključuje strogo zaštićene vrste: 75 vrsta gljiva i lišajeva, 600 vrsta - biljaka, 25 vrsta algi i 1059 vrsta životinja. Od toga: sisari (57 vrsta), ptice (308), gmizavci (18), vodozemci (18), ribe (30), beskičmenjaci (628), od toga paukolike životinje (-

Za divlje biljne i životinjske vrsta nakon što budu proglašene zaštićenim, u skladu sa pomenutim zakonima ***obezbeđuje se zaštita i očuvanje*** sprovođenjem mera i aktivnosti na očuvanju samih vrsta, njihovih populacija i staništa, ekosistema i koridora koji ih povezuju. Pod zaštitom i očuvanjem divljih vrsta *podrazumeva se* sprečavanje svih radnji koje utiču na narušavanje povoljnog stanja populacija divljih vrsta, uništavanje ili oštećivanje njihovih staništa, legla, gnezda ili narušavanje njihovog životnog ciklusa odnosno povoljnog stanja (a povoljno stanje divljih vrsta obezbeđuje se zaštitom njihovih staništa i zaštitnim merama za pojedine vrste u skladu sa ovim zakonom). Neregulisana eksploatacija određenih biljnih i životinjskih i njihov promet zajedno sa drugim faktorima, kao što su gubitak staništa, može ugroziti populaciju pojedine vrste dovodeći je do istrebljenja. Iz tog razloga ***neophodno je na odgovarajući način odrediti pravila po kojima se ostvaruje promet*** koji bi odgovarao zahtevima održivog razvoja a kako bi se ova prirodna dobra sačuvala i za budućnost, odnosno da bi se sprečile pogubne posledice nezakonitog prometa zaštićenim vrstama u prekograničnim okvirima.

4. PREKOGRANIČNI PROMET ZAŠTIĆENIM VRSTAMA U REPUBLICI SRBIJI

Osnovna pretpostavka da se obavlja uvoz i izvoz ugroženih i zaštićenih vrsta divlje flore i faune, njihovih razvojnih oblika i delova jeste da uvoz, odnosno izvoz *nije zabranjen*, odnosno da izvezena količina ili broj primeraka ugroženih i zaštićenih vrsta divlje flore i faune *neće ugroziti opstanak te vrste* u Republici Srbiji (član 28. ZZZŠ). Osim toga, neophodno je osvarenje određenih *uslova* kao i postojanje *dozvole za promet* ugroženim vrstama divlje flore i faune koju izdaje nadležno Ministarstvo – Sektor za zaštitu prirode. (saglasno čl. 28. ZZZŠ).

U skladu sa potvrđenim međunarodnim ugovorima i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava (a na osnovu član 94. stav 3. ZP), do-

91), branhiopode (4), stonoge (29), entognate (25), insekti (377), rakovi/malakostraka (35), školjke (1), puževi (61), prstenaste gliste (5), gljive (38), lišajevi (37), mahovine - (25), papratnjače (22), semenjače (553), alge (25), dok lista zaštićenih divljih vrsta - životinja i biljaka uključuje: sisari (27 vrsta), ptice (29), gmizavci (2), vodozemci (3), ribe (34), beskičmenjaci (158), od toga paukolike životinje (5), branhiopode (4), insekti (145), puževi (3), prstenaste gliste (1), gljive (26), lišajevi (4), mahovine (10), papratnjače (9), semenjače (526).

net je **Pravilnik o prekograničnom prometu i trgovini zaštićenim vrstama**²⁶ kojim su propisani: 1) uslovi pod kojima se obavlja uvoz, izvoz, unos, iznos ili tranzit, trgovina i uzgoj vrsta; 2) izdavanje dozvola i drugih akata (potvrde, sertifikati, mišljenja); 3) spiskovi vrsta, njihovih delova i derivata koji podležu izdavanju dozvola, odnosno drugih akata; 4) vrste, njihove delovi i derivati čiji je uvoz odnosno izvoz zabranjen, ograničen ili obustavljen; 5) izuzeci od izdavanja dozvole; 6) sadržina, izgled i način vođenja registra izdatih dozvola; 7) način obeležavanja životinja ili pošiljki; 8) način sprovođenja nadzora i vođenja evidencije; 9) izrada izveštaja i dr.

Osim ovog Pravilnika, za prekogranični prometa **relevantni su i sledeći propisi**: Uredba o stavljanju pod kontrolu korišćenja i prometa divlje flore i faune²⁷; Pravilnik o prekograničnom prometu i trgovini zaštićenim vrstama²⁸; Pravilnik o proglašenju i zaštiti strogo zaštićenih i zaštićenih divljih vrsta biljaka, životinja i gljiva²⁹; Pravilnik o uslovima za nekomercijalno kretanje kućnih ljubimaca za koje nije potrebno rešenje za uvoz i tranzit, kao i o izgledu i sadržini obrasca uverenja (sertifikata) za te pošiljke³⁰; Pravilnik o uslovima u pogledu prevoznih sredstava u kojima se prevoze životinje³¹; Pravilnik o higijensko-tehničkim i radnim uslovima za granične prelaze na kojima postoji organizovana veterinarsko-sanitarna kontrola³²; Pravilnik o bližim uslovima koje moraju da ispunjavaju mesta za utovar, pretovar i istovar životinja, mesta za odmor i kontrolne stanice³³; Pravilnik o programu obuke o dobrobiti životinja prilikom njihovog prevoza, kao i sadržini i načinu vođenja registra prevoznika životinja³⁴; Pravilnik o vrstama pošiljki koje podležu veterinarsko-sanitarnoj kontroli i načinu obavljanja veterinarsko-sanitarnog pregleda pošiljki na graničnim prelazima³⁵; Pravilnik o uslovima i trajanju karantina za uvezene životinje³⁶; Odluka o određivanju robe za čiji je izvoz, uvoz, odnosno tranzit propisano pribavljanje određenih isprava³⁷.

²⁶ "Sl. glasnik RS", br. 99/2009.

²⁷ "Sl. glasnik RS", br. 31/2005, 45/2005 - ispr., 22/2007, 38/2008 i 9/2010.

²⁸ "Sl. glasnik RS", br. 99/2009.

²⁹ "Sl. glasnik RS", br. 5/2010.

³⁰ „Sl. glasnik RS”, broj 11/2011.

³¹ "Sl. glasnik RS", br. 14/2010.

³² "Sl. glasnik RS", br. 30/2010.

³³ "Sl. glasnik RS", br. 92/2010.

³⁴ "Sl. glasnik RS", br. 73/2010.

³⁵ „Sl. glasnik RS”, br. 56/2010.

³⁶ „Sl. glasnik SFRJ“, br. 6/1988.

³⁷ „Sl. glasnik RS”, br. 7/2010.

4.1. Dozvola za obavljanje prekograničnog prometa

Vrste koje su nabrojane u prilogima. Konvencije i koje su u skladu sa domaćim zakonodavstvom proglašene zaštićenim mogu se uneti u Srbiju, odnosno izvesti iz Srbije posle stavljanja na uvid dozvole koju je izdalo Ministarstvo i okončanja postupka u graničnoj carinskoj ispostavi na mestu unošenja/iznošenja.

Zahtev za izdavanje dozvola podnosi se Ministarstvu u pisanom obliku na odgovarajućem obrascu blagovremeno pre uvoza primeraka u Republiku Srbiju, odnosno njihovog izvoza ili ponovnog izvoza. Uz zahtev za izdavanje dozvole za uvoz i izvoz podnosioc zahteva *prilaže*: 1) mišljenje ovlašćene naučne i stručne organizacije³⁸ da se izvozom ugroženih i zaštićenih vrsta divlje flore i faune u traženoj količini ili broju primeraka neće ugroziti opstanak te vrste u Republici Srbiji; 2) izjavu uvoznika, odnosno izvoznika u koje svrhe će se koristiti primerak vrste; 3) drugu propisanu dokumentaciju³⁹. Dozvola se izdaje, po pravilu sa *važenjem do 6 meseci, pod sledećim uslovima* (član 94. stav 2. ZOP): 1. da je pravo raspolaganja jedinkom vrste divlje životinje, gljive i biljke stečeno u skladu sa zakonom; 2. da su životinje ili pošiljka obeleženi na propisani način i 3. da su preduzete sve mere za dobrobit životinja tokom prevoza.

Što se tiče uvozne dozvole, ista se izdaje ukoliko su ispunjeni sledeći uslovi:

- *za vrste u prilogu 1*:
 - da je podnosilac zahteva dostavio dokumentaciju kojom se dokazuje da su primerci nabavljeni u skladu sa zakonskim propisima o zaštiti određenih vrsta u državi izvoza ili ponovnog izvoza;
 - da je Ministarstvu pružen odgovarajući dokaz da se primerci neće upotrebljavati u komercijalne svrhe;
 - da je ovlašćena naučna i stručna organizacija na osnovu dostupnih podataka i dokumentacije utvrdila: (1) da unošenje u Republiku Srbiju nema štetan uticaj na status očuvanja tih vrsta ili na veličinu teritorije koju zauzimaju odgovarajuće populacije tih vrsta; (2) da je unošenje u Republiku Srbiju potrebno za: a) napredak nauke i sprovođenje nužnih biomedicinskih istraživanja, ako se dokaže da su te vrste jedine odgovara-

³⁸ Ministar određuje naučne i stručne organizacije koje daju stručne ocene da se izvozom ugrožene i zaštićene vrste divlje flore i faune u traženoj količini ili broju primeraka neće ugroziti opstanak te vrste u Republici Srbiji.

³⁹ Ministar bliže propisuje dokumentaciju koja se podnosi uz zahtev, sadržinu i izgled dozvole i vodi registar izdatih dozvola na propisan način. To je učinjeno *Odlukom o određivanju robe za čiji je izvoz, uvoz, odnosno tranzit propisano pribavljanje određenih isprava* („Sl. glasnik RS”, br. 7/2010).

juće za navedene svrhe i da ne postoje drugi primerci uzgojeni u zatočeništvu ili veštački razmnoženi ili b) uzgoj ili razmnožavanje u svrhu očuvanja vrsta ili v) istraživanje i obrazovanje u svrhu očuvanja vrsta ili g) druge potrebe koje nisu štetne za opstanak vrsta; (3) da je smeštaj namenjen živom primerku u odredištu odgovarajuće opremljen za njegovo primereno držanje i negu;

- da je Ministarstvo na osnovu mišljenja ovlašćene naučne i stručne organizacije utvrdilo da nema nikakvih drugih faktora koji se odnose na očuvanje vrsta, a koji bi bili protivni izdavanju uvozne dozvole;

- da je Ministarstvu pružen odgovarajući dokaz da će svaki živi primerak biti otpremljen na način koji na najmanju moguću meru smanjuje rizik povrede, narušavanja zdravlja ili okrutnog postupanja.

- **za vrste u prilogu 2:**

- da je podnosilac zahteva dostavio dokumentaciju kojom se dokazuje da su primerci nabavljeni u skladu sa zakonskim propisima o zaštiti određenih vrsta u državi izvoza ili ponovnog izvoza. U slučaju uvoza primeraka vrsta iz Priloga 2. koji su dati u Dodacima Konvencije, podnosilac zahteva prilaže izvoznu dozvolu ili potvrdu o ponovnom izvozu koju je u skladu sa Konvencijom izdao nadležni organ države izvoza ili države ponovnog izvoza ili njihovu kopiju;

- da je podnosilac zahteva dao na uvid dokumenta kojima se dokazuje da je smeštaj za žive primerke u odredištu odgovarajuće opremljen za njihovo primereno držanje i negu;

- da je podnosilac zahteva pružio zadovoljavajući dokaz da će svaki živi primerak biti otpremljen na način koji na najmanju moguću meru smanjuje rizik povrede, narušavanja zdravlja ili okrutnog postupanja;

- da je ovlašćena naučna i stručna organizacija, na osnovu dostupnih podataka i dokumentacije, utvrdila da unošenje u Republiku Srbiju nema štetan uticaj na status očuvanja vrste ili na veličinu teritorije koju zauzima odgovarajuća populacija te vrste uzimajući u obzir sadašnji ili predviđeni nivo trgovine;

- da je Ministarstvo na osnovu mišljenja ovlašćene naučne i stručne organizacije utvrdilo da nema nikakvih drugih faktora koji se odnose na očuvanje vrsta, a koji su protivni uslovima izdavanja uvozne dozvole.

- **za vrste u prilogu 3.**

- posle mišljenja ovlašćene naučne i stručne organizacije i okončanja postupka u graničnoj carinskoj ispostavi na mestu unošenja, i: 1) izvozne dozvole koju je u skladu sa Konvencijom izdao nadležni organ države izvoza ako se radi o uvozu iz države koja je naznačena uz ime te vr-

ste u Prilogu III ili 2) izvozne dozvole, potvrde o ponovnom izvozu ili potvrde o poreklu koju je u skladu sa Konvencijom izdao nadležni organ države izvoza ili države ponovnog izvoza ako se radi o uvozu iz svih drugih zemalja, osim one čije ime stoji u napomenama uz ime vrste u Prilogu³.

Ovlašćena naučna i stručna organizacija daje mišljenje da: (1) unošenje u Republiku Srbiju nema štetan uticaj na status očuvanja vrste ili na veličinu teritorije koju zauzima odgovarajuća populacija te vrste u državi porekla, uzimajući u obzir sadašnji ili predviđen nivo trgovine; (2) ne postoji opasnost po autohtone vrste, ukoliko dođe do slučajnog ili namernog bega primeraka u slobodnu prirodu Republike Srbije; (3) je smeštaj namenjen živim primercima u odredištu odgovarajuće opremljen za njihovo primereno držanje i negu.

Što se tiče izvozne dozvole, ista se izdaje ukoliko su ispunjeni sledeći uslovi:

- da je podnosilac zahteva predao dokumentovan dokaz o tome: (1) da su primerci nabavljeni u Republici Srbiji u skladu sa važećim zakonima koji uređuju njihovo uzimanje iz prirode, (2) da su primerci nabavljeni u Republici Srbiji u skladu sa Konvencijom, (3) da je izdata uvozna dozvola u slučaju izvoza primeraka vrsta iz Dodatka 1. Konvencije u neku od država strana Konvencije, (4) da se primerci neće koristiti u komercijalne svrhe, izuzev primeraka u skladu sa članom 31. ovog pravilnika, (5) da će svaki živi primerak biti otpremljen na način koji na najmanju moguću meru smanjuje rizik od povrede, narušavanja zdravlja ili okrutnog postupanja;

- da je ovlašćena naučna i stručna organizacija, na osnovu dostupnih podataka, u pisanom obliku utvrdila da hvatanje ili sakupljanje primeraka iz prirode, ili njihov izvoz, neće imati štetan uticaj na status očuvanja tih vrsta ili na veličinu teritorije koju zauzima odgovarajuća populacija tih vrsta;

- da je Ministarstvo, na osnovu mišljenja ovlašćene naučne i stručne organizacije, utvrdilo da ne postoje drugi faktori koji se odnose na očuvanje vrsta, a koji sprečavaju izdavanje izvozne dozvole.

Tranzit⁴⁰ kroz Republiku Srbiju primeraka vrsta iz priloga ovog pravilnika obavezno se prijavljuje u graničnoj carinskoj ispostavi na mestu unošenja. Za tranzit primeraka vrsta potrebno je staviti na uvid odgovarajuću dokumentaciju države izvoza iz koje je vidljivo konačno odredište. Za

⁴⁰ Tranzit je prevoz primeraka između dve lokacije izvan Republike Srbije preko teritorije Republike Srbije, tokom kojeg eventualni prekid kretanja nastaje samo zbog postupaka koji se zahtevaju ovim oblikom prometa.

vrste iz Priloga 1, 2. i 3. potrebno je staviti na uvid važeću izvoznu dozvolu ili potvrdu o ponovnom izvozu koju je izdao nadležni upravni organ države izvoza ili ponovnog izvoza u skladu sa Konvencijom

4.2. Način obavljanja prekogranuičnog prometa

U skladu sa članom 95. *ZP* uvoz, izvoz, unos, iznos i tranzit zaštićenih divljih vrsta, njihovih delova i derivata *obavezno se prijavljuje carinskoj službi*. Carinska služba dužna je da prilikom uvoza, izvoza, unosa, iznosa i tranzita vrsta i pregleda odgovarajuće dozvole i overi prelazak granice u za to predviđenoj rubrici obrasca dozvole, a može od carinskog deklaranta zahtevati potvrdu da predmetna vrsta nije pod zaštitom. U slučaju uvoza, izvoza, unosa, iznosa i tranzita carinska služba original dozvole overava a kopiju dozvole zadržava za svoju evidenciju, a overeni original vraća uvozniku/ izvozniku.

Ako prilikom uvoza, izvoza, unosa, iznosa, ili tranzita carinska služba *ne može da odredi vrstu* životinje, gljive ili biljke čiji uvoz ili izvoz podleže ograničenjima ili zabranama, može ih na trošak carinskog deklaranta (primaoca odnosno pošiljaoca robe), sama čuvati ili dati nekome na čuvanje do utvrđivanja statusa vrste čiji uvoz, izvoz, reeksport ili tranzit podleže ograničenjima, a može ih prepustiti carinskom deklarantu do okončanja postupka, ali uz zabranu raspolaganja.

Vrste za koje carinska služba utvrdi da se uvoze, izvoze, unose, iznose ili da su u tranzitu *bez propisanih dozvola* ili drugih dokumenata, *privremeno se zadržavaju* do okončanja postupka, uz izdavanje potvrde, tako što se predaju se na čuvanje, od strane ministarstva ovlašćenom pravnom ili fizičkom licu, a mogu se ostaviti na čuvanje i carinskom deklarantu uz zabranu raspolaganja. Ako se propisana dozvola ili drugi zatraženi dokumenti ne dostave u roku od mesec dana nakon privremenog zadržavanja ili u produženom roku koji može iznositi najduže dva meseca, carinska služba donosi odluku o oduzimanju. U pomenutim slučajevima služba dužna je da u najkraćem roku obavesti Ministarstvo koje odlučuje o zbrinjavanju oduzetih vrsta, imajući u vidu odredbe posebnih propisa i ratifikovanih međunarodnih ugovora, a troškove zaplene ili oduzimanja vrsta (troškovi hrane, smeštaja, prevoza, vraćanja i drugo) snosi carinski deklarant.

Pri uvozu, izvozu, unosu, iznosu i tranzitu, žive životinje *moraju se prevoziti i čuvati na način* kojim se ni najmanje ne ozleđuje ili oštećuje njihovo zdravlje ili se sa njima nehumano postupa, u skladu s posebnim propisima (pravilnici⁴¹ su doneti na osnovu Zakona o dobrobiti

⁴¹ Pravilnik o uslovima u pogledu prevoznih sredstava u kojima se prevoze životinje; Pravilnik o higijensko-tehničkim i radnim uslovima za granične prelaze na kojima postoji organizovana veterinarsko-sanitarna kontrola;; Pravilnik o programu obuke o -

životinja⁴²). Nad pošiljkama se obavlja veterinarsko zdravstveni i fitosanitarni pregled i kontrola od strane granične veterinarske i fitosanitarne inspekcije a u skladu s posebnim propisima⁴³. Osim toga, granične prelaze na kojima se može obavljati uvoz, izvoz, unos, iznos i tranzit zaštićenih vrsta, njihovih delova i derivata, kao i uslove u pogledu njihove opremljenosti i osposobljenosti za obavljanje tih poslova, propisuje ministar nadležan za poslove poljoprivrede, šumarstva i vodoprivrede uz saglasnost Ministra⁴⁴.

5. NEPROPISNO OBAVLJANJE PREKOGRANIČNOG PROMETA

Obavljanje prometa nepostupajući po utvrđenim pravilima inkriminirano je *kao prekršaj*, odnosno *privredni prestup* u kaznenim odredbama propisa o zaštiti životne sredine, i *kao krivično delo* među odredbama Krivičnog zakonika Republike Srbije⁴⁵.

Među kaznenim odredbama ZZŽS predviđeno je da će se za ***privredni prestup*** kazniti pravno lice novčanom kaznom od 1.500.000 do 3.000.000 dinara kazniti (kazniće se i odgovorno lice u pravnom licu novčanom kaznom od 100.000 do 200.000 dinara); novčanom kaznom od 250.000 do 500.000 dinara kazniće se za ***prekršaj*** preduzetnik; novčanom kaznom od 5.000 do 50.000 dinara ili kaznom zatvora do 30 dana kazniće se za prekršaj fizičko lice ako: izvozi ili uvozi zaštićene vrste divlje flore i faune, njihove razvojne oblike i delove, bez pomenute dozvole Ministarstva. Pravnom licu se može se izreći i ***zaštitna mera*** zabrane vršenja određene delatnosti u trajanju do tri godine, a odgovornom licu da vrši određene poslove u trajanju do jedne godine, preduzetniku zaštitna mera zabrane vršenja delatnosti u trajanju do tri godine.

Član 125. ZP predviđa da će za ***privredni prestup*** kazniti pravno lice se novčanom kaznom od 1.500.000 do 3.000.000 dinara (a novčanom kaznom u iznosu od 100.000 do 200.000 dinara kazniće se i odgovorno lice

dobrobiti životinja prilikom njihovog prevoza, kao i sadržini i načinu vođenja registra prevoznika životinja; Pravilnik o vrstama pošiljki koje podležu veterinarsko-sanitarnoj kontroli i načinu obavljanja veterinarsko-sanitarnog pregleda pošiljki na graničnim prelazima; Pravilnik o uslovima i trajanju karantina za uvezene životinje.

⁴² „Sl. glasnik RS”, br.41/2009

⁴³ Pravilnik o vrstama pošiljki koje podležu veterinarsko-sanitarnoj kontroli i načinu obavljanja veterinarsko-sanitarnog pregleda pošiljki na graničnim prelazima.

⁴⁴ Pravilnik o bližim uslovima koje moraju da ispunjavaju mesta za utovar, pretovar i istovar životinja, mesta za odmor i kontrolne stanice.

⁴⁵ „Sl. glasnik RS“ br. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09 i 111/09.

u pravnom licu) ako: vrši prekogranični promet zaštićenim divljim vrstama bez dozvole Ministarstva (član 94. stav 1 *ZP*) ili ne izvrši prijavu prekograničnog prometa zaštićenih divljih vrsta carinskoj službi (član 95 *ZP*).

Osim u okviru predviđenog raspona, *predviđena je mogućnost da se novčana kazna izrekne u srazmeri sa* visinom učinjene štete, neizvršene obaveze, ili vrednosti robe ili druge stvari koja je predmet privrednog prestupa, a najviše do dvadesetostrukog iznosa učinjene štete, neizvršene obaveze ili vrednosti robe ili druge stvari koja je predmet privrednog prestupa.

Takođe, pored propisane novčane kazne privrednom društvu ili drugom pravnom licu može se izreći i **zaštitna mera** zabrane obavljanja određene privredne delatnosti, a odgovornom licu zaštitna mera zabrane vršenja određene dužnosti u trajanju do deset godina, kao i zaštitna mera oduzimanja predmeta koji su upotrebljeni ili namenjeni za izvršenje privrednog prestupa, odnosno koji su nastali izvršenjem privrednog prestupa.

Što se tiče propisivanja određenih ponašanja **kao krivičnih dela**, to je učinjeno inkriminacijama sadržanim u glavi HHIV Krivičnog zakonika. Propisano 18 krivičnih dela protiv životne sredine. Članom 265. KZ RS predviđeno je krivično delo Uništenje, oštećenje i iznošenje u inostranstvo i unošenje u Srbiju **zaštićenog prirodnog dobra** – član 265. Dakle, jedna od alternativno propisanih radnji izvršenja krivičnog dela je i iznošenje u inostranstvo i unošenje u Srbiju, odnosno ilegalni prekogranični promet zaštićenih (**strogo zaštićenih i zaštićenih divljih**) vrsta.

Međutim, treba imati u vidu da krivično pravo karakteriše fragmentarnost u regulisanju i supsidijarnost u primeni pravila, te da se koristi kao poslednje sredstvo u zaštiti održanih dobara, za kojim društvo poseže tek kada određenom dobru ne može da pruži zaštitu na drugi način. Taj drugi način odnosi se na primenu kaznenih odredaba odgovarajućih propisa iz oblasti zaštite životne sredine. Osim toga, u slučaju korišćenja krivičnog prava, ne sme zaboraviti da su krivična dela dela iz glave HHIV KZ RS blanketnog karaktera i da upućuju upravo na pomenute propise.

Kada se razmatra propisana kazna u našem zakonodavstvu, mogu se uzeti u obzir i određene činjenice u vezi sa propisanim kaznama zemljama Evropske Unije. Što se tiče novčane kazne, maksimalni iznosi se razlikuju od zemlje do zemlje, pa se kreću od 1200 eura do 450 000 eura, dok neke zemlje ni nemaju propisan maksimum novčane kazne. Maksimalna zatvorska kazna kreće se u rasponu od šest meseci do osam godina. Takođe, postoje značajne razlike između zemalja članica u vezi sa ovlašćenjima oduzimanja i konfiskacija primeraka, sredstava i opreme koji su uključeni u ilegalnu trgovinu vrsta kao i izricanjem nekih drugih krivičnih sankcija, kao

što su zabrana obavljanja delatnosti i slično. Ove razlike ogledaju se u širokom spektru procedura za utvrđivanje kazne i novčane naknade, koja se obično zasniva na jednom ili kombinaciji sledećih kriterijuma: (1) tržišna vrednost vrste u pitanju (npr. Italija, Španija), (2) status ugroženosti ili potrebe očuvanja statusa vrste u pitanju (npr. Austrija, Nemačka), (3) procenjeni troškovi za preduzimanje mera za nadoknadu ekološke štete (npr. Finska), i (4) imovno stanje izvršioca (npr. Austrija, Švedska)⁴⁶.

6. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

S obzirom na nezanemarljive posledice prometa ugroženim biljnim i životinjskim vrstama, a da bi se obezbedila zaštita i očuvanje tih, kroz stvaranje sistema kontrole njihovog prometa preko granica usvojena je Konvencija o međunarodnoj trgovini ugroženim vrstama divlje faune i flore. U smislu Konvencije pod prometom se podrazumeva uvoz, izvoz, reeksport i unošenje jedinki iz mora određenih biljnih životinjskih vrsta. Odredbe Konvencije se ne odnose na sve biljne i životinjske vrste, nego samo na one koje su ugrožene, pa su vrste, prema stepenu njihove ugroženosti i s tim u vezi potrebom za regulisanjem prometa, grupisane u kategorije kako je navedeno u prilogima konvencije.

Republika Srbije je postala strana potpisnica brojnih značajnih međunarodnih konvencija u oblasti zaštite životne sredine, preuzevši obavezu da stvori odgovarajući pravni okvir, pa tako i ratifikovanjem pomenute Konvencije. Zaštita prirode u Republici Srbiji sprovodi se između ostalog utvrđivanjem zaštićenih prirodnih dobara i stvaranjem sistema praćenja njihove zaštite. Zaštićena prirodna dobra definisana Zakonom o zaštiti životne sredine i Zakonom o zaštiti prirode i njima se uređuje zaštita određenih biljnih i životinjskih vrsta, i to samo divljih vrsta koje su ugrožene ili mogu postati ugrožene, a koje imaju poseban značaj sa genetičkog, ekološkog, ekosistemskog, naučnog, zdravstvenog, ekonomskog i drugog aspekta. Nakon što takve vrste budu određene kao strogo zaštićene divlje vrste ili zaštićene divlje vrste, u skladu sa pomenutim zakonima, njima se obezbeđuje zaštita i očuvanje sprovođenjem mera i aktivnosti na očuvanju samih vrsta, njihovih populacija i staništa, ekosistema i koridora koji ih povezuju. Kako neregulisana eksploatacija određenih biljnih i životinjskih i njihov promet zajedno sa drugim faktorima, kao što su gubitak staništa, može ugroziti populaciju pojedine vrste dovodeći je do istrebljenja,

⁴⁶ *Implementation of Article 16, Council Regulation. (EC) No. 338/97, in the 25 Member States of the European Union, www.traffic.org/.../traffic_pub_trade3.pdf.*

neophodno je na odgovarajući način odrediti pravila po kojima se ostvaruje promet koji bi odgovarao zahtevima održivog razvoja a kako bi se ova prirodna dobra sačuvala i za budućnost, odnosno da bi se sprečile pogubne posledice nezakonitog prometa zaštićenim vrstama u prekograničnim okvirima.

Obavljanje prometa nepostupajući po utvrđenim pravilima inkriminirano je kao prekršaj, odnosno privredni prestup u kaznenim odredbama propisa o zaštiti životne sredine, i kao krivično delo među odredbama Krivičnog zakonika Republike Srbije. Međutim, treba imati u vidu da krivično pravo karakteriše fragmentarnost u regulisanju i supsidijarnost u primeni pravila, te da se koristi kao poslednje sredstvo u zaštiti određenih dobara, za kojim društvo poseže tek kada određenom dobru ne može da pruži zaštitu na drugi način. Taj drugi način odnosi se na primenu kaznenih odredaba odgovarajućih propisa iz oblasti zaštite životne sredine. Osim toga, u slučaju korišćenja krivičnog prava, ne sme zaboraviti da su krivična dela blankeinog karaktera i da upućuju upravo na pomenute propise.

*Milana Pisarić, Assistant
Faculty of Law Novi Sad*

Illegal Cross-Border Trade of Protected Species of Wild Fauna and Flora

Abstract

It is estimated that the international trade in wild plants and animals annually worth several billion dollars, hundreds of millions of species are traded: live specimens of animals and plants and products derived from them, including food products, exotic leather products, wooden musical instruments, timber, souvenirs, drugs, cosmetics and more. Proportion of exploitation of certain plant and animal species are large, so that their traffic together with other factors, such as habitat loss, greatly endangering their populations driving some species to extinction. Although certain species of wild animals and plants are not endangered by trade, traffic regulation is necessary to ensure that trade that meets the requirements of sustainable development in order to preserve the natural resources for the future, and in particular to prevent the damaging effects of illegal trade in protected species in cross-border context.

Key words: protected species, cross-border trade, CITES.

*Uroš Stanković, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

DONOŠENJE I SADRŽINA UREDBE O ŠUMAMA OD 1857. GODINE¹

Sažetak: *U radu se govori o okolnostima koje su preusudno uticale na donošenje Uredbe o šumama od 1857. godine, samom postupku njenog donošenja, izlaže se sadržina Uredbe i vrši sistematizacija njenih odredbi. Izlaganjem ovih činjenica autor je želeo da podstakne na razmišljanje zašto je pojačana zaštita tada još uvek velikog šumskog fonda Srbije.*

Ključne reči: *Uredba o šumama od 1857. godine, šumarsko zakonodavstvo, istorija šumarstva u Srbije, šume.*

I

Nepuna dva meseca nakon abdikacije kneza Miloša Obrenovića, 22. jula 1839. godine², doneta je *Uredba o sečenju šuma*. U ovom kratkom propisu (sastojao se od 16 svega članova) je bilo predviđeno koje vrste drveta je dozvoljeno seći i u koje svrhe, regulisan postupak izdavanja dozvole za seču šume i navedeno da će bespravna goroseča biti kažnjavana, bez preciziranja sa kakvim sankcijama će se suočiti izvršioci tog krivičnog dela.³

¹ Rda je nastao kao rezultat istraživanja u okviru Projekta br. 179079 – “Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo”, koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

² Datumi u radu su navedeni prema julijanskom kalendaru.

³ *Sbornik zakona i uredbi i uredbeni ukaza izdati u Knjažestvu Srbiji* (dalje: *Zbornik zakona*) I, Beograd 1840, str. 101–104.

Sadržina Uredbe pogodovala je utamanjivanju šuma. Nije bilo predviđeno nikakvo ograničenje u pogledu broja i vrste stabala koja su se mogla poseći, a dozvola za seču se mogla dobiti za samo jedan groš. Objašnjenje za nebrižljiv odnos prema šumama krije se u zabludi da će se one samoobnavljati i da će ih uvek biti u izobilju, ali i političkim okolnostima u vreme donošenja Uredbe. Kako bi oborili kneza Miloša sa vlasti, ustavobranitelji su morali da podilaze seljačkim masama. Jedan od najlakših načina da to učine je bio da seljacima daju određene ruke da seku šumu do mile volje i tako šire granice svojih malih imanja.

Ni kasnije doneti propisi nisu obezbeđivali šumama dovoljno dobru zaštitu. Ukazom od 28. marta 1843. godine omogućeno je onima s malim imanjem da u nedostatku suvih grmova i nerodne gore seku i rodnu goru radi proširenja svoje zemlje. Korak napred predstavljalo je donošenje *Dopune Uredbe* od 23. januara 1845, koja je predviđela kazne za bespravnu goroseču. Budući isuviše blage, one nisu uspele da odvrate narod od ekstenzivne seče.⁴

Tek početkom 50-ih godina XIX veka usvaja se osetno drugačiji pristup zaštiti šuma. Sve učestaliji glasovi da se šuma nemilosrdno zatire pobudili su reakciju, tako da se u periodu između 1850. i 1857. godine susrećemo sa čestim upozorenjima o uništavanju šumskog fonda i inicijativama da se on bolje zaštiti. Ti povici nisu ostali bez rezultata. Godine 1857. doneta je nova *Uredba o šumama* – nešto potpunija (26 članova) i sa pooštrenim kaznama za goroseču.⁵

Uredba je u nauci do sada dobila relativno malo prostora. Najpotpunije ju je prikazao D. Simeunović u objavljenoj doktorskoj disertaciji *Uzroci nestajanja šuma u Srbiji u XIX veku*. U delu posvećenom istorijatu šumskog zakonodavstva, on prepričava tekst Uredbe i osvrće se na pojedine njene odredbe. Pošto se autor ipak nije u prvom redu bavio pravnim propisima, prikaz nije ni izbliza onoliko opširan koliko zahteva potreba da se Uredba analizira što je podrobnije moguće.⁶

Isti autor bavio se i motivima za donošenje Uredbe, polazeći od njenog uvoda. O ciljevima koje je Uredba trebalo da ispuni govorili su E. Đuknić i N. Vučo, a reakcijama na njenu sadržinu R. Popović Petković.⁷

⁴ *Zbornik zakona* II, Beograd 1845 str. 354; *Zbornik zakona* III, Beograd 1847, str. 29–32.

⁵ *Srbske novine*, br. 77 od 9. jula 1857, str. 291; br. 78 od 11. jula 1857, str. 295; br. 79 od 13. jula 1857, str. 299; br. 80 od 17. jula 1857, str. 303.

⁶ D. S. Simeunović, *Uzroci nestajanja šuma u Srbiji u XIX veku*, Beograd 1957, str. 187–188.

⁷ D. S. Simeunović, *Motivi za pravno regulisanje šumsko-privrednih odnosa u Srbiji u XIX veku*, *Šumarstvo* XVII/11 (1964), str. 399; E. Đuknić, *Ministarstvo finansija Srbi-*

J. M. Jekić se u svojoj poznatoj monografiji *Prilozi za istoriju šumarstva u Srbiji* takođe dotiče Uredbe. Kada govori o pojedinim pitanjima vezanim za iskorišćavanje i zaštitu šuma, Jekić često navodi kako su ona bila regulisana Uredbom. Međutim, u tekstu izostaje bilo kakav komentar njenih odredbi.⁸

Monografija *Ustavobranitelji i njihova vlada (1838–1858)*, autora S. Jovanovića, sadrži i nevelik deo od tri strane koji se odnosi na zaštitu šuma u pomenutom devetnaestogodišnjem periodu. Autor govori o obe uredbe – od 1839. i 1857. godine i u osnovnim crtama predočava zahteve iz 40-ih i 50-ih godina da se šuma bolje čuva od zatiranja. Ispravno zapažajući da su na tekstove oba propisa odlučujuće uticale političke prilike u zemlji, na tome se i zaustavlja i ne ulazi u obuhvatnije razlaganje nijedne od uredbi.⁹

U članku *Okupacija (prisvojenje) kao način sticanja svojine* A. Đorđević je obradio propise Uredbe koji govore o uslovima pod kojima će biti dozvoljeno sticanje svojine krčevinom. Već na prvi pogled je jasno da takav pristup može da rasvetli Uredbu samo u krajnje ograničenoj meri.¹⁰

Iz do sada izloženog se vidi da nedostaje celovit prikaz Uredbe i detaljna analiza njenog teksta. Imajući to u vidu, odlučili smo da pokušamo da upotpunimo praznine u saznanjima o Uredbi, tako što ćemo najpre prikazati postupak njenog donošenja, a zatim i sadržinu sa komentarom teksta.

II

Poražavajuće posledice primene *Uredbe o seči šuma* bile su vidljive već četrdesetih godina XIX veka. Ministarstvo finansija je iz izveštaja u izveštaj skretalo pažnju Državnom savetu da su šume u Srbiji izložene utamanjivanju. Već tada su se čuli predlozi da se nadzor nad šuma izuzme iz nadležnosti kmetova i poveri državnim šumarima.¹¹

je – *Odeljenje promišljenosti, kasnije Administrativno odeljenje, Arhivski pregled* II (1972), str. 105; N. Vučo, *Prvobitna akumulacija kapitala u Srbiji, Istorijski časopis* XXIX–XXX (1982–1983), str. 291; R. Popović Petković, *Povezanost arhivalija državnih fondova i privatnih zbirki i značaj njihovog konsultovanja pri obradi, Arhivist* XIII (1963), str. 159–163.

⁸ J. M. Jekić, *Prilozi za istoriju šumarstva u Srbiji*, Beograd 1928, str. 61, 63, 68, 69–72, 91, 92, 120, 217, 250, 317.

⁹ S. Jovanović, *Ustavobranitelji i njihova vlada (1839–1858)*, Beograd 1925, str. 80–82.

¹⁰ A. Đorđević, *Okupacija (prisvajanje) kao način sticanja svojine, Arhiv za pravne i društvene nauke* I/4 (1906), str. 339.

¹¹ Jovanović, *nav. delo*, str. 81.

Početkom pedesetih godina pritužbe na Uredbu postaju sve glasnije. Načelstvo okruga čačanskog požalilo se krajem 1850. godine Ministarstvu finansija da sreski načelnici nepravedno postupaju u vezi sa dodelom zemljišta, jer s jedne strane dozvoljavaju nekim ljudima da seku šumu na mestima gde je ona već retka, a s druge siromašnima ne daju zemlju ni od utrine ni od šume.

Zbog ovakvog nepravednog postupanja Načelstvo je tražilo da se usvoji rešenje prema kome će sreski načelnici primati molbe za dodelu zemljišta i o uveravati s eo njihovoj osnovanosti kod kmetova i komšija tražioca, ali da samu odluku o davanju zemlje donosi okružni načelnik. Ministarstvo finansija je podržalo predlog, uz dodatak da se samo vrlo siromašnima može dati da prošire imanje krčenjem šume, odnosno zahvatanjem utrine.¹²

Savet ga, međutim, nije podržao. Štaviše, utvrdio je da se u Ukazu od 1843. i *Dopune Uredbe o seči šuma* od 1845. godine već nalaze odredbe o obavezama okružnih načelnika u pogledu dodele zemlje. Stoga je odlučio da Ministarstvu finansija preporuči da izda raspis kojim će skrenuti pažnju okružnim načelnicima na te dužnosti i upozoriti sreske načelnike da ne zloupotrebljavaju svoju vlast. Ali, kada je predlog Saveta stigao kod drugog zakonodavnog činioca - kneza, ovaj mu je uskratio svoje odobrenje, pozivajući savetnike da još jednom razmotre predmet o dodeli zemlje od opštinskih šuma.¹³

I sledeće, 1852. godine, bilo je povika da se šume ne štite dovoljno. Aleksa Simić, ministar unutrašnjih poslova, žalio se da je pre deset godina u Srbiji bilo dva puta više šume. Ministarstvo finansija takođe konstatuje da je stanje u tom pogledu sve alarmantnije, ali ne predlaže nikakve mere za njegovo popravljjanje, jer bi one bile skopčane sa velikim troškovima. Ali, već 1854. godine stvari se bitno menjaju. Uprkos lošoj finansijskoj situaciji države, Ministarstvo zauzima stav da se povodom zatiranja šuma nešto mora preduzeti. Godine 1855. Ministarstvo konkretizuje i šta – predlaže ustanovljenje državnih šumara i slanje trojice mladića u Saksoniju na studije šumarstva.¹⁴

Da će u vezi sa šumama vrlo brzo biti nešto preduzeto, moglo se videti i iz jednog slučaja seče borova i jela u selu Jasenici, koji je 1854. go-

¹² Arhiv Srbije (dalje: AS), Državni savet (dalje: DS) 251/1851, *Ministarstvo finansija Savetu br. 434, Beograd 23. februar 1851. godine*.

¹³ AS, DS 251/1851, *Savet knezu br. 414 od 23. maja 1851. godine*; Delovodni protokol Saveta za 1851. godinu, br. 856.

¹⁴ Jovanović, *nav. delo*, str. 80; J. Gavrilović, *Nešto o radu naše finansije za poslednji trinaest godina, Srbske novine*, br. 13 od 1. februara 1857. godine, str. 45; br. 14 od 5. februara 1857. godine, str. 51.

dine dospeo pred sudije valjevskog okružnog suda. Naime, u *Uredbi o seči šuma* nije bilo predviđeno da li će se kazniti seča nerodne gore¹⁵ u većim količinama od dozvoljene, pa je Sud okruga valjevskog tražio od Ministarstva pravde uputstvo kako da postupi u ovoj situaciji.¹⁶

Ni samo ne znajući odgovor na pitanje, Ministarstvo se obratilo Savetu. On je stao na stanovište da je problem zapravo neprecizna formulacija člana 3 *Dopune Uredbe o seči šume* od 1845, koji spominje seču "rodne i sirove gore". Izmena te stilizacije izostavljanjem veznika "i" rešila bi sve nedoumice, pa bi onda bilo jasno da je objekt zaštite samo rodna sirova gora.¹⁷

Vladalac se ponovo suprotstavio meri koju je Savet predložio. Obrazlažući da je intencija zakonodavca prilikom donošenja *Dopune Uredbe o seči šuma* bila to da se šuma uopšte a ne pojedine vrste drveta, pozvao je Savet da još jednom razmotri predloženo rešenje.¹⁸ Iz kneževog odgovora se jasno videlo da će i Savet, premda nenaklonjen toj meri, uskoro morati da sačini potpuno novu uredbu o šumama.

To se dogodilo vrlo brzo – već 15. oktobra 1855. godine. Savet je tada predložio nacrt nove uredbe o šumama, nešto potpuniji od prethodne – sastojao se od 27 članova. Članovi 1, 2, 14, 15, 18, 19 i 20 su regulisali koje vrste drveća je dozvoljeno seći i za koje potrebe. Prema članu 1 Nacrta, za potrebe ogreva su se mogli seći samo ležeće klade i nerodna gora, a tamo gde njih nema grmovi koji su počeli da se suše. Ukoliko nema ni grmova, dozvoljavala se i seča rodne gore. Prošće¹⁹ i vrljike²⁰ za ograde seći će se samo od ležećih klada i nerodne gore (čl. 2).²¹

U članu 14 bilo je predviđeno da se mogu seći lisnici²², ali tako da se samo drvo ne seče već potkresava. Nije dozvoljena seča lipe, brešta, jasena i

¹⁵ Drveće koje ne rađa žir. Vidi U. Stanković, *Uredba o seči šume i jedan primer njene primene u praksi*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu XLV/3, str. 760.

¹⁶ AS, DS 515/1854, *Ministarstvo pravde Savetu br. 1257 od 3. avgusta 1854. godine*.

¹⁷ Sirovim drvetom naziva se deblo nakon obaranja, koje ima visok procenat vlage (40–200%). A. Ugrenović, *Tehnologija drveta*, Zagreb 1950, str. 122; DS 251/1851, *Savet knezu br. 625 od 16. avgusta 1854. godine*.

¹⁸ AS, DS 515/1854, *Knez savetu br. 708/1854 od 28. jula 1855. godine*.

¹⁹ Tanje a dugačke cepanice, koje se pobiju u zemlju jedna blizu druge i pri crhovi-ma se popletu prućem. Vidi M. S. Filipović, *Takovo, Srpski etnografski zbornik LXXV*, knj. 37 – *Naselja i poreklo stanovništva*, str. 79.

²⁰ Dugačke oble motke ili rasepljene pa položene vodoravno između stubova. Ibidem.

²¹ AS, *Ministarstvo inostranih dela – Vnutreno odeljenje (dalje: MID-V) 1855, III/109, Savet knezu br. 856/1851 od 15. oktobra 1855. godine*.

²² Lisnate grane koje se odsecaju i upotrebljavaju za ishranu stoke (uglavnom preko zime) ili pak odsečene lisnate grane uopšte. Vidi Odrednica *Lisnik* u *Rečnik srpskohrvatskog književnog i narodnog jezika*, Beograd 1981, str. 480.

breze, ali se za liku²³ mogu kresati lipove grane (čl. 15). Član 18 zabranio je seču i mečje leske bez posebne dozvole Saveta i kneza.²⁴ U slučaju da neko želi da seče drva za potrebe “velike spekulacije” kao što su, primera radi, građenje lađa i brodova, za to će mu trebati posebno odobrenje Saveta i kneza (čl. 19). Po članu 20, stranac koji se u Srbiji bavi drvenarskim zanatom moće će da seče drva pod istim uslovima kao i domaći državljani, ali neće moći da trguje odsečenim drvima, već samo onim što napravi od te građe.²⁵

U članovima 3, 4, 13 i 21 načelno se predviđaju neke mere koje bi trebalo da pospeše zaštitu šumskog fonda. Tako se, na primer, u članu 3 kaže da nezavisno od namene za koju se seče, treba seći prvo česte (guste) šume. Opštine će biti u obavezi da, na mestima gde je gora retka, podižu mlade šumare (čl. 4).²⁶ Sreski načelnik će davati dozvole za seču šuma na mestima gde je ona retka (čl. 13). Utvrđuje se i obaveza kmetova da “počesto” obilaze šume, čak i kada nije u pitanju neki vanredan događaj (čl. 21).

Članovi 5, 6 i 7 predviđaju postupak dobijanja dozvole za seču drveća. Drva za ogrev, prošće i vrljike će se po članu 5 seći besplatno, ali rodna gora samo s dozvolom. Za dobijanje dozvole zainteresovano lice treba da se obrati primiritelnom sudu.²⁷ On će ga uputiti kod sreskog načelnika, koji će izdati dozvolu za seču (čl. 6). Prema članu 7, sreski načelnik će biti dužan da vodi evidenciju o izdatim dozvolama.²⁸

U članovima 8 i 16 navode se iznosi šumskih taksi. Razlikuju se dve vrste taksi: jedne se plaćaju za seču drva za domaće potrebe (tj. ogrev ili ograde), a druge za špekulaciju (trgovinu, brodogradnju i sl.). U slučaju da se rodna gora seče za “domaću potrebu”, za veliko drvo²⁹ će se platiti

²³ Mekana sprovodna vlakna koja u vidu listića obavijaju drvo. Vidi M. B. Tešić, *Orezivanje voćaka – priručnik za poljoprivredne škole*, 1962, str. 5.

²⁴ Retka vrsta leske, sredinom XX veka prisutna skoro u celoj Srebiji, pogotovo u severoistočnim krajevima centralne Srbije. O njenim fizičkim karakteristikama i rasprostranjenosti detaljnije vidi J. Pančić, *Šumsko drveće i šiblje u Srbiji*, *Glasnik Srpskog učenog društva XXX* (1871), str. 258–259; K. S. Milević, *Mečja leska (Corylus columna L.)*, *Šumarstvo* IV/6 (1951), str. 379–380.

²⁵ AS, MID-V 1855, III/109, *Savet knezu br. 856/1851 od 15. oktobra 1855. godine*.

²⁶ Ne misli se na čuvara šuma, već šumarak. Vidi *Rečnik srpskohrvatskoga književnog jezika* VI, Novi Sad 1976, str. 1027.

²⁷ Prema ustavu Srbije od 1838. godine (tzv. *Turski ustav*, jer je izdat u obliku sultanovog hatišerifa) i *Privremenom ustrojeniju obština i obštinski vlasti* (1839), primiritelni sud je bio najniža sudska instanca u Srbiji, nadležna za suđenje građanskopravnih sporova u vrednosti do 100 groša i ovlašćen da izriče kaznu zatvora do tri dana ili telesnu do 10 udaraca štapovima. Vidi S. Šarkić, D. Popović, D. Nikolić, *Istorija srpskog pravosuđa (XII–XX vek)*, Beograd 1997, str. 53.

²⁸ AS, MID-V 1855, III/109, *Savet knezu br. 856/1851 od 15. oktobra 1855. godine*.

²⁹ Kriterijum po kojem je drveće razvrstano na “veliko” odnosno “srednje” je njegova širina, a ne visina. Vidi M. P. Đirković, *Šumarstvo i šumarske prilike u Srbiji*, u *Pola stoljeća šumarstva, 1876–1926*, Zagreb 1926, str. 162.

4, za srednje 2, tanje za gredu ili rog 1 groš, a još tanje drvo za mertek³⁰ ili baskije³¹ 10 para. Međutim, ako se gora seče za špekulaciju taksa je veća i iznosi: za veliko drvo 6 groša, za srednje 4, za potanje 2, a za još tanje 20 para (čl. 8).

Nešto drugačije takse će se plaćati za seču četinara – bora i jele, zbog njihove manje upotrebne vrednosti. Za veliko drvo isečeno za domaće potrebe plaćaće se 1 groš, srednje 20 para, potanje 10, a još tanje 4 pare. Iznos takse za drva posečena u špekulacione svrhe je sledeći: veliko drvo 3 groša, srednje 2, potanje 1, a još tanje 10 para.³²

Najsistematičniji i najkoherentniji deo Nacrta su kaznene odredbe. One se prostiru od člana 22 do člana 25. Ko postupi protivno slovu Uredbe o šumama, kazniće se po glavi 11 *Kaznitelnog zakonika za policajne prestupke* (1850, dalje: *Polisijaski zakonik*).³³ Pored toga, prestupnik će morati da plati naknadu štete za svako bespravno posečeno drvo. Ako obori ili obeli veliko drvo, u korist opštinske kase će platiti 3, za srednje 2, za potanje 1, a za još tanje pola cvancika. Četvrtinu iznosa naplaćene naknade štete dobija kmet; ali ako je goroseča otkrivena nečijim potkazivanjem, onda potkazivač i kmet pomenutu četvrtinu dele na pola (čl. 23).

Kmet koji bude nemarno vršio svoju dužnost u pogledu čuvanja šuma zbacice se s položaja. Zataji li izvršioca, platiće naknadu na koju je on osuđen (čl. 24). Ako pokaže nemarnost u nadzoru i istraživanju štete i kažnjavanju prestupnika, prvi put će se kazniti zadržavanjem polumesečne, drugi jednomesečne, treći tromesečne plate, a četvrti će biti podvrgnut sudskom postupku. Ako se u procesu bude proglašen krivim, biće lišen zvanja (čl. 25).

Poslednji, 27. član, reguliše dodelu zemlje siromašnima. Onima koji oskudevaju u zemlji, daće se prvo opštinska utrina, i to nečista. Ako nje nema, onda će se davati čista.³⁴ Tek ukoliko ni takve ne bi bilo, onda će biti dozvoljeno krčenje šuma. O potrebi molioca za zemljom uveriće se sreski načelnik, posle savetovanja sa mesnim kmetovima i moliočevim komšijama. Odluku o dodeli donosi okružni načelnik, na osnovu obave-

³⁰ Pomoćna greda, roščić u krovu zgrade. Vidi V. Šalipurović, *Prilozi za istoriju građevinarstva u srednjem Polimlju u XIX veku*, Beograd 1979, str. 314.

³¹ Mala greda koja se pribija u rog kuće ili zgrade. Vidi V. S. Karadžić, *Srpski rječnik*, Beč 1852, 16, 159.

³² AS, MID-V 1855, III/109, *Savet knezu br. 856/1851 od 15. oktobra 1855. godine*.

³³ U toj glavi (čl. 170–178) su navedeni prestupi protiv šuma. Vidi *Zbornik zakona V*, Beograd 1853, str. 161–163.

³⁴ Koja je razlika između čiste i nečiste utrine, može se naslutiti iz *Uredbe o dodeli opštinskih utrina* iz 1850. godine. Nečista bi bila ona koja je obrasla trnjem i šušarom, dok čista nije pokrivena nikakvim rastinjem. Vidi *Zbornik zakona V*, str. 299–300.

štenjâ koja je dobio od sreskog. Činovnici neće moći da seku šumu bez odobrenja Ministarstva unutrašnjih dela. Sve samovlasno učinjeni zahvati i zabrani³⁵ napravljeni posle donošenja *Uredbe protiv zloupotrebljenja sa blagodejanijama obštinskim* (1840)³⁶ biće razgrađeni.

Ovakav Nacrt Savet je podneo knezu na odobrenje.³⁷ Ali, vladalac nije dao saglasnost za njegovo ozakonjenje. Monarh je 5. decembra 1856. godine vratio Savetu Nacrt sa molbom da se on još jednom razmotri, posebno radi dovođenja u vezu sa nekim pravnim propisima koji su tada bili u izradi i određenim finansijskim merama.³⁸ Savet se izjasnio o kneževoj predstavi na sednici od 11. decembra. Doneo je odluku da se Nacrt preda na prerađu komisiji formiranoj 16. avgusta radi pregleda prihoda i rashoda zemlje i preuređenja poreskog sistema, s tim da se u njen sastav uvrsti i državni savetnik Jeremija Stanojević.³⁹

Komisija je, nakon okončanja posla, 11. februara 1857. godine predala Savetu pregledani tekst Nacrta. U njega je unela neke suštinske izmene. Tako, na primer, iz člana 1 je otpala mogućnost da se za potrebu ogreva seče rodna gora, a predviđene su i neke takse za iznošenje drva iz zemlje radi špekulacije. Za hvat drva od jednog šuha⁴⁰ plaćaće se jedan cvancik, hvat drva od šuha i po do dva plaćaće se dva cvancika, hvat od dva do tri šuha

³⁵ Privatni gaj, šumarak. Vidi M. Petrović, *Đerdapski ribolovi u prošlosti i sadašnjosti*, Beograd 1941, str. 31.

³⁶ Doneta kako bi sprečila određene zloupotrebe u rukovanju prihodima ustupljenim opštinama uredbom od 12. septembra 1839. godine (od kantara, mehana, žirovnice i dr.). Vidi *Zbornik zakona* I, str. 205–209.

³⁷ Interesantno, predsednik Savet Stefan Stefanović-Tenka je 7. novembra javio nekom nepoznatom licu za predaju teksta Nacrta i molio ga da se rad na projektu Krivičnog zakonika privremeno obustavi, kako bi se odredbe ta dva pravna akta međusobno uskladile. Dakle, adresat bi, po svemu sudeći, morao biti neki član komisije zadužene za izradu Krivičnog zakonika, verovatno njen predsednik Stefan Magazinović. Vidi AS, MID-V 1855, III/109, *Stefan Stefanović-Tenka nepoznatom, 7. novembar 1856. godine*; D. Nikolić, *Krivični zakonik Kneževine Srbije*, Niš 1991, str. 69.

³⁸ AS, MID-V 1855, III/109, *Knez Savetu br. 1251/1855 od 5. decembra 1855. godine*; DS, Zapisnici sednica Saveta iz 1856. godine, *Zapisnik sednice Saveta od 11. decembra 1856. godine, br. 1906*. Verovatno se radi o promeni budžetske politike (uvođenju jedinstvenog budžeta za sva ministarstva i načela budžetske ravnoteže) i reformi poreskog sistema, o kojima je u tom trenutku bilo govora u zakonodavnim krugovima.

³⁹ AS, DS, Zapisnici sednica Saveta iz 1856. godine, *Zapisnik sednice Saveta od 11. decembra 1856. godine, br. 1906*; Delovodni protokol Saveta za 1856. godinu, br. 1272. Članovi komisije su bili trojica ministara – unutrašnjih dela (Konstantin Nikolajević), finansija (Jovan Marinović) i pravde i prosvete (Stefan Marković), kneževski predstavnik (Aleksa Simić) i dvojica državnih savetnika (Paun Janković i Gavriilo-Gaja Jeremić).

⁴⁰ Stara mera za dužinu, ekvivalent stope. Vidi M. Vlajinac, *Rečnik naših starih mera u toku vekova* IV, Beograd 1974, str. 1059–1061.

tri cvancika, a hvat kolskih drva od šest šuha plaćaće se šest cvancika. Za svaki šuh preko hvata na iznos takse se dodaje po jedan cvancik.⁴¹

Pooštreni su uslovi za seču lisnika. On se, prema predlogu Komisije, ne bi smeo seći bez odobrenja Ministarstva finansija. U zaštićene vrste drveta svrstan je i javor, a seča mečje leske je u potpunosti zabranjena.

Član 3 je bio dopunjen time što je briga o njegovom izvršenju stavljena u dužnost Ministarstvu finansija, koje je dobilo i obavezu da se postara o ustanovljenju šumske administracije. U vezi s tim, predloženo je i izostavljanje člana 4, jer bi briga o održavanju i podizanju šuma prešla u ruke šumske administracije.⁴²

Komisija je predložila smanjenje taksi za seču šume. Prema njenom predlogu za seču za domaće potrebe veliko drvo bi se plaćao 1 groš, za srednje 20 para, potanje 10, a mertek ili rog 5 para.⁴³ Kada je u pitanju špekulacija, za veliko drvo bi se naplaćivalo 9 cvancika, srednje 6, potanje za gredu ili rog 3 cvancika, a mertek ili baskije pola cvancika. Niže takse bile su predložene i za seču borovine, tj. jelovine – 1 groš za veliko drvo, 20 para za srednje, 10 za gredu ili rog i 5 za mertek ili baskije, ukoliko bi se seklo za domaću potrebu. Ako seča ima za cilj špekulaciju, onda se iznosi taksi kreću u rasponu od 2 cvancika za veliko drvo, jedan za srednje, pola za gredu ili rog i četvrtinu za mertek ili baskije.⁴⁴

Izmene su pretrpele i kaznene odredbe. Komisija je predložila da se u tekst 22. člana uvrsti celo jedanaesto poglavlje *Policijskog zakonika*, s tim što bi pridev “obštinska” (šuma) bio zamenjen sa “obštenarodna”. Za razliku od Saveta, Komisija je različito tretirala seču rodne gore i četinara, pa je za obaranje prvih predvidela iznose od 27 cvancika za veliko drvo, 18 za srednje, 9 za rog ili gredu i cvancik i po za mertek ili baskiju. Kada je reč o boru ili jeli, iznosi su bili 6, 3, cvancik i po i četvrtina cvancika.⁴⁵

Kmeta koji bi prikrivao izvršioca goroseče stigla bi nešto strtoža sankcija – zatvor od 3 do 10 dana, koji bi se mogao zameniti novčanom kaznom. Osim toga, kmet bi morao da plati pričinjenu štetu umesto pre-

⁴¹ AS, MID-V 1857, IV/48, *Primećanija komisije na projekt Uredbe o šumama i o razdavanju oskudnikm ljudima zemalja od utrina i šuma učinjena*.

⁴² Ibidem.

⁴³ Članovi komisije, inače, nisu postigli potpunu saglasnost oko iznosa taksi. Ministri Marković, Nikolajević, Marinović i savetnik Janković su se založili za pomenute sume, ali su kneževski predstavnik Simić i savetnici Jeremić i Stanojević branili one koje je predložio Savet. Ibidem.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Ibidem.

stupnika ako ovaj to nije u stanju da učini. U članu 25 izraz “kmet” zamenjen je rečju “sreski načelnik”.⁴⁶

Intervencijama u članu 27 izmenjen je način dodele zemljišta siromasima. Po predloženom rešenju komisije, za to ne bi bio nadležan okružni načelnik, već komisija u sastavu. Sreski načelnik, okružni inženjer i mesni kmetovi, pri čemu bi konačnu reč u postupku dodele imalo Ministarstvo finansija. Zabrana goroseče za činovnike ne bi našla mesta u Uredbi, ali bi umesto toga bilo predviđeno da se doseljenicima iz inostranstva ne može dati zemlja bez “visočajšeg rešenja” (formalnog rešenja Saveta i kneza).⁴⁷

Dobivši akt Komisije, Savet je pristupio izmenama svog nacarta. Međutim, nije uvek slušao preporuke Komisije. Tako je, recimo, pristao da se Uredba dopuni odredbama o iznošenje drva iz zemlje, ali nije dao zeleno svetlo na predložene takse; po rešenju Saveta za izvoz hvata drveta dugačkog jedan šuh plaća se 4, od dva do tri šuha 12, a za svaki šuh preko pomenute dužine na iznos se dodaje po 4 groša (čl. 1). Usvojio je rešenje da se i za ogrev i za prošće i za vrljike mogla seći i rodna gora, što znači da je ostao pri formulaciji iz prvobitnog nacarta (čl. 2).⁴⁸

Ipak, usvojio je predlog komisije o seči lisnika: njihova seča neće biti dozvoljena bez odobrenja Ministarstva finansija (čl. 15). U pogledu pak mečje leske, Savet se za svoj prvi predlog – da se ona seče uz odobrenje Ministarstva finansija. Novina se ogleda u tome što su sada predviđene i takse za nje – veliko drvo se plaća 280 groša, srednje 168, a malo se ne sme seći.⁴⁹

Nasuprot preporuci Komisije, svi članovi posvećeni zaštiti šuma opstali su u konačnom tekstu Uredbe, ali sa donekle izmenjenom numeracijom (član 13 je postao 14, a član 21 je sada bio 20). Postupak za izdavanje dozvola za seču ostao je potpuno neizmenjen (čl. 5–7).⁵⁰

Ni u pogledu iznosa šumskih taksi Savet nije postupio po primedbama Komisije. Takse za seču rodne gore za domaće potrebe ostale su neizmenjene u odnosu na Nacrt, ali su one za špekulaciju znatno više, 36 groša za veliko drvo, 24 za srednje, 18 za gredu ili rog i 2 groša za mertek ili baskije. Povećane su i takse za seču borove i jelove gore – 2 i 1 groš, 20 i 10 para (domaća potreba), tj. 8, 4, 2 ili 1 groš (špekulacija).⁵¹

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ *Srbske novine*, br. 77 od 9. jula 1857. godine, str. 291; br. 78 od 11. jula 1857. godine, str. 295.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ *Srbske novine*, br. 77 od 9. jula 1857. godine, str. 291; br. 78 od 11. jula 1857. godine, str. 295; br. 79 od 13. jula 1857. godine, str. 299.

⁵¹ *Srbske novine*, br. 78 od 11. jula 1857. godine, str. 295.

Tekst kaznenih odredbi je gotovo sasvim promenjen. Zadržan je prvi predlog da se prestupnik Uredbe kazni po *Policijskom zakoniku*, ali same sankcije ne odgovaraju ni onima iz Nacrta ni kaznama koje je predložila Komisija. Onaj ko bespravno seče goru, biće dužan za svako posečeno drvo da plati iznos predviđen za taksu za seču u špekulativne svrhe. Istu sumu će platiti i ako je prodao drva koja je posekao ili obelio. Za seču sitne šume ili izazivanje požara, izvršilac će platiti novčanu kaznu srazmernu prouzrokovanoj šteti. Najzad, onome ko poseče drvo mečje leske za gredu ili rog, izreći će se kazna od 112, a ko to učini da bi došao do mer-teka ili baskije platiće 56 groša (čl. 22).⁵²

Savet je u konačan tekst Uredbe uvrstio predlog komisije da se kmet koji zaklanja izvršioca goroseče kazni zatvorom, ali je odstupio od krutog određenja trajanja lišenja slobode. Dužina zatvora zavisiće od težine izvršenog krivičnog dela (čl. 23). Odgovornost sreskog načelnika regulisana je na istovetan način kao u predlogu Komisije (čl. 24).

Na kraju, prihvaćena je opaska komisije da u procesu dodele zemljišta siromašnima treba da učestvuju sreski načelnik, okružni inženjer i kmetovi, ali ne i njen stav o rigoroznim uslovima z davanje zemlje dose-ljenicima iz inostranstva. Iz toga se da zaključiti da je član 26 Uredbe bio mnogo više nalik Nacrtu nego Komisijinim prepravkama.⁵³

Savet je poslao novi nacrt knezu na odobrenje 18. maja. Vladalac je ovog puta smatrao da je njena sadržina zadovoljavajuća, pa je 6. juna obavestio Savet da se slaže sa podnetim tekstom i zatražio da mu on bude poslat u formi uredbe. Savet je udovoljio njegovom zahtevu već sutradan. Monarh je 26. juna odobrio primljeni nacrt, čime je on stupio na snagu.⁵⁴

Poput drugih propisa iz ustavobraniteljskog perioda, i Uredba je imala čitav niz praznina. Već 19. jula Ministarstvo unutrašnjih dela je napomenulo Savetu da Uredba ne predviđa hoće li se šumske takse plaćati i za seču drva za potrebe države i opština. Ministarstvo finansija je 1. avgusta predočilo da se iz člana 11, u kome je stajalo da će se drva za veliku špekulaciju seći u "velikim šumama" a za malu i domaće potrebe "malim", ne da razaznati šta se podrazumeva pod označenim terminima. Isto ministarstvo je bilo u dilemi i da li će se taksa naplaćivati za drva posečena u sopstvenom braniku (zabranu), pošto se to iz Uredbe ne vidi.⁵⁵

⁵² *Srbske novine*, br. 79 od 13. jula 1857. godine, str. 299.

⁵³ *Srbske novine*, br. 80 od 16. jula 1857. godine, str. 303.

⁵⁴ AS, DS 380/1857, *Savet knezu br. 315 od 18. maja 1857. godine; Knez Savetu br. 753 od 6. juna 1857. godine; Savet knezu br. 825 od 7. juna 1857. godine; Knez ministarstvima i Savetu br. 954 od 26. juna 1857. godine.*

⁵⁵ AS, DS 380/1857, *Ministarstvo unutrašnjih dela Savetu Ebr. 1005 od 19. jula 1857. godine; Ministarstvo finansija Savetu, Pbr. 2698 od 1. avgusta 1857. godine; Ministarstvo finansija Savetu, Pbr. 2548 od 20. septembra 1857. godine.*

Savet je odlučio da sva tri tumačenja objedini u jedan propis, koji će potom predložiti knezu kao dopunu Uredbe. Seča drva iz sopstvenog zabrana neće podlegati taksama, ali je onaj koji ih seče obavezan da obavesti policijsku vlast koju vrstu drveta želi da seče, od koliko hvati i koje dužine. Od plaćanja taksi biće izuzeta i seča drveta za državne i opštinske potrebe, osim ako opština želi da seče u tuđem ataru. Pojmom “velike šume” će biti obuhvaćeni Miroč u Krajinskom, Homoljske planine i Zvižd od strane Dunava u Požarevačkom, Jastrebac u Kruševačkom, Čemerno i planine u Turskoj u Čačanskom okrugu⁵⁶, užičke planine prema Bosni⁵⁷, Boranja u Podgorskom i krivovirske i podgoračke planine⁵⁸ u Crnorečkom okrugu.⁵⁹

Predlog dopune Uredbe datiran je sa 1. oktobrom. Knez ga je razmotrio, posle čega se 21. oktobra saglasio sa predlogom i zatražio da mu se on podnese u odgovarajućoj formi.⁶⁰ Time je na postupak donošenja Uredbe stavljena tačka.

III

U do sada izloženom tekstu predstavili smo okolnosti koje su prethodile donošenju Uredbe, celokupan postupak njenog donošenja i sadržinu ovog pravnog akta, sa sistematizacijom njegovih odredbi. Time naučna obrada ove teme nije završena. Ostaje da se vidi kako je Uredba bila primljena među građanstvom, kako su izgledale njene izmene i zašto je uopšte menjana. O tome, bar za sada, kao i kada je u pitanju sama Uredba postoje polazne smernice koje su dali prethodni istraživači. Oslanjajući se na njihove rezultate, odgovore na sva nerazjašnjena pitanja pokušaćemo da damo u jednoj od narednih rasprava.

Isto tako, potrebno je sadržinu Uredbe uporediti sa njenom prethodnikom iz 1839. godine i ostalim pravnim aktiva koji su regulisali ovu materiju i odgovoriti na pitanja gde se one podudaraju, a na kojim mestima to nije slučaj i pružiti objašnjenje zbog čega je tako. Njega bi uvidom u istorijske izvore onoga vremena bilo relativno lako pronaći. Naposljetku, potrebno je dublje zaći u analizu društvenog konteksta Uredbe i kazati iz kog razloga su njene odredbe izgledale tako kako su izgledale. Tek kada damo odgovor na sva ova pitanja, možemo reći da je Uredba u celosti naučno obrađena.

⁵⁶ Verovatno Golija i Kopaonik, pošto se granica između Srbije i Turske nalazila iza Raške (grada). Vidi M. Blagojević, *Istorijski atlas*, Beograd 1997, str. 77.

⁵⁷ Možda Zlatibor i Tara.

⁵⁸ Između sela Krivi Vir i Podgorac i Homoljskih planina pružaju se Kučajske planine i Beljanica.

⁵⁹ AS, MID-V 1857, IV/48, *Savet knezu br. 1297 od 1. oktobra 1857. godine*.

⁶⁰ AS, AS, MID-V 1857, IV/48, *Savet knezu br. 1297 od 21. oktobra 1857. godine*.

*Uroš Stanković, Assistant
Faculty of law Novi Sad*

Introduction and Contents of Forest Regulation (1857)

Abstract

The article sheds light on the circumstances predominantly causing that Forest Regulation (1857) be introduced, the very procedure of its introduction, puts forward the contents of that act and systematizes its articles.

Not very long after the introduction of the Regulation on Deforestation (1839), the public expressed discontent with the effects it had caused. From the mid-forties ever more criticism emerges towards that rule, demanding its abolition and replacement with another regulation which would protect forests in a better manner. In the beginning of fifties the voices that Serbia was being mercilessly deforested provoke the first drafts of new regulation. In 1855, State Council proposes the prince the outline of Forest Regulation consisting of 27 articles and containing provisions on the sorts of wood whose cutting is permitted, the procedure of issuing tree-cutting permit, taxes for downed trees depending on the purposes of their use and sort of wood, penalty provisions and attribution of lands covered by forests to the poor.

Nevertheless, in 1856 the prince declined his sanction and requested the Council to reconsider its draft. Due to the request, the Council decided to confide reproduction of the outline to the Commission antecedently formed in order to examine state income and expenditure and draw up a tax reform. The Commission completed its task in February 1857, sending the Council altered version of prime draft, in some places significantly differing from the original. However, the Council failed to adopt the majority of Commission's remarks. Instead, it withdrew some of original provisions and replaced it to its own new resolutions.

Such text was sent to the prince on May 18th, 1857. The ruler expressed his approval and requested the Council to resend him the draft in the appropriate form of regulation. The Council had granted the recommen-

dation and the draft, now in requested form, was sent anew to the prince, who eventually, on June 26th approved the introduction of the Forest Regulation. Withal, some loopholes were noticed afterwards, so the Council decided to unify three authentic interpretations issued on the initiative of Ministries of Finances and Internal Affairs into a single act – supplement to the Regulation.

Future research on this field should focus on the reactions that the Regulation caused among the public, its comparison to the Regulation on Deforestation and further elaborate the social context that preceded the Regulation's enactment. Only after having deepened actual knowledge on the Regulation with answers to aforementioned questions, will the Regulation be wholly scientifically examined.

Key words: Regulation on Deforestation, forest legislature, history of forestry in Serbia, forests.

*Luka Baturan, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

SUBVENCIONISANJE KUPOVINE STANOVA I STANOGRADNJE¹

Sažetak: *Poslednjih godina Republika Srbija izdvaja značajna sredstva za subvencionisanje kupovine stanova i stanogradnje. Orazloženje je da se želi pomoći građevinskom sektoru da prebrodi posledice ekonomske krize, kao i socijalnim kategorijama stanovništva da reše stambeno pitanje. U radu se analiziraju ekonomske posledice, koristi i troškovi vođenja ovakve ekonomske politike, kao i uzroci zbog kojih je ona uspostavljena.*

Ključne reči: *subvencije, stanogradnja, građevinarstvo, ekonomska politika, teorija javnog izbora.*

Osnovne pretpostavke

Ekonomska analiza prava je naučna disciplina koja se bavi izučavanjem prava sa ekonomskog aspekta, primenjujući mikroekonomsku analizu na tumačenje konkretnih pravnih normi. Prva pretpostavka ove teorije je da pravo treba da omogući efikasnu alokaciju resursa. Efikasnost u smislu Pareta je ono stanje u kome se ne može popraviti položaj jednog pojedinca, a da se time ne nariši položaj drugog. Maksimizacija ukupnog blagostanja u društvu prema prvoj fundamentalnoj teoremi ekonomike blagostanja, postići će se u tački ravnoteže na tržištu savršene konkurencije. Svaka druga alokacija resursa dovodi do opadanja ukupnog blagostanja društva.

¹ Rad je posvećen projektu Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija) čiji je nosilac Pravnog fakulteta u Novom Sadu.

Savršeno tržište je ipak samo teorijska apstrakcija. U stvarnosti, svako tržište više ili manje odstupa od idealnog. Pravni poredak treba da bude tako izgrađen da omogućí što bolje funkcionisanje tržišta. Državna intervencija u ekonomiji može biti opravdana samo ako se njome ispravlja tzv. tržišna greška, tj. ako se ponovo uspostavlja tržišni mehanizam koji je iz nekog razloga bio narušen.

U periodu socijalizma, politika izgradnje i raspodele stanova u Srbiji bila je većim delom u rukama javnih vlasti. Devedesetih godina HH veka, počinje proces tranzicije kojim se uspostavlja tržišna privreda, a država se polako povlači iz ove oblasti, prepuštajući je tržišnim zakonima. Međutim, od 2006. godine ponovo dolazi do zaokreta, i to u pravcu jačanja uloge države. U početnom periodu država je sredstvima za realizaciju iz Nacionalnog investicionog plana gradila stanove, koje je kasnije po proizvodnim cenama prodavala zaposlenima u državnim službama. Sa obrazloženjem da želi pomoći građevinskom sektoru da prebrodi posledice ekonomske krize, kao i socijalnim kategorijama stanovništva da reše stambeno pitanje, država od 2009. godine izdvaja velika sredstva za subvencionisanje stanogradnje i kupovine stanova. Pored projekata subvencioniranja koji vodi Vlada Srbije preko svojih organa, postoje i projekti AP Vojvodine i jedinica lokalne samouprave koji neće biti tema ovog rada, iako se većina zaključaka iznetih u radu odnosi i na njih.

Ovakva intervencionistička politika ne predstavlja novu pojavu u Evropi. Gotovo sve evropske države su pružale ili još uvek pružaju različite vrste pomoći stanovanju i/ili stanogradnji.² U ovom radu, predstavljen je pravni okvir za sprovođenje politike subvencioniranja stanogradnje i kupovine stanova na nivou Republike od 2009. do danas. Prednosti i nedostaci ovakve ekonomske politike biće prikazane kroz analizu njenih troškova i koristi. Iako će neki ekonomski subjekti od ovakve politike biti na dobitku, njen krajnji rezultat je narušavanje tržišne ravnoteže i umanjeње ukupnog blagostanja u društvu. U radu će biti dato i objašnjenje društveno-političkih uzroka koji su doveli do uvođenja i održanja ovih subvencija, u skladu sa pretpostavkama teorije jvnog izbora.

Pravni okvir za dodelu subvencija

Da bi se ublažile posledice krize i podstakao privredni razvoj, Vlada Srbije je 2009. godine otpočela subvencionisanje stanogradnje i kupovine stanova. Sve je počelo donošenjem *Zakona o socijalnom stano-*

² Videti npr. Howenstine, E.J. 1975. The Changing Roles of Housing Production Subsidies and Consumer Housing Subsidies in European National Housing Policy, *Land Economics*, Vol. 51, No. 1, pp. 86-94.

vanju³ i Uredbe o merama podrške građevinskoj industriji kroz subvencionisanje kamatne stope za stambene kredite i dugoročno stambeno kreditiranje u 2009. godini⁴.

U julu 2010. godine je donet *Zakon o podsticanju građevinske industrije Republike Srbije u uslovima ekonomske krize*⁵. Subvencije za ovu godinu deljene su na osnovu Uredbe o merama podrške građevinskoj industriji kroz subvencionisanje kamate za stambene kredite i dugoročno stambeno kreditiranje u 2010. godini⁶, i Uredbe o merama podrške građevinskoj industriji kroz subvencionisanje kamate po kreditima za finansiranje stambene izgradnje u 2010. godini⁷.

U 2011. godini donete su dve uredbe o subvencioniranju stanogradnje, i to: *Uredba o merama podrške građevinskoj industriji kroz dugoročno stambeno kreditiranje u 2011. godini*⁸, i *Uredba o merama podrške građevinskoj industriji kroz subvencionisanje kamate po kreditima za finansiranje stambene izgradnje u 2011. godini*⁹.

U 2012. godini doneta je *Nacionalna strategija socijalnog stanovanja*¹⁰ i *Uredba o utvrđivanju programa podrške građevinskoj industriji u 2012. godini*¹¹. Dodela subvencija vrši se na osnovu Uredbe o merama podrške građevinskoj industriji kroz dugoročno stambeno kreditiranje u 2012. godini¹². Formirana je i Republička agencija za stanovanje.¹³

Mikroekonomski ciljevi subvencija

U ovim aktima je na više mesta istaknuto da se subvencijama žele postići dva cilja na mikroekonomskom nivou.¹⁴ Prvi (*ekonomski*) cilj je

³ Sl. glasnik RS, br. 72/2009.

⁴ Sl. glasnik RS, br. 77/2009, 78/2009, 96/2009 i 103/2009. U daljem tekstu Uredba 2009.

⁵ Sl. glasnik RS, br. 45/2010 i 99/2011. U daljem tekstu Zakon o podsticanju.

⁶ Sl. glasnik RS, br. 2/2010, 4/2010, 50/2010, 72/2010, 76/2010, 94/2010 i 98/2010. U daljem tekstu Uredba 2010a.

⁷ Sl. glasnik RS, br. 4/2010. U daljem tekstu Uredba 2010b.

⁸ Sl. glasnik RS, br. 1/2011, 3/2011, 12/2011 i 87/2011. U daljem tekstu Uredba 2011a.

⁹ Sl. glasnik RS, br. 44/2011, 89/2011 i 93/2011. U daljem tekstu Uredba 2011b.

¹⁰ Sl. glasnik RS, br. 13/2012.

¹¹ Sl. glasnik RS, br. 4/2012. U daljem tekstu Program podrške.

¹² Sl. glasnik RS, br. 4/2012. U daljem tekstu Uredba 2012.

¹³ Odluka o osnivanju Republičke agencije za stanovanje, Sl. glasnik RS br. 56/2011. Uredba o utvrđivanju programa o rasporedu i korišćenju sredstava subvencije opredeljenih za finansiranje Republičke agencije za stanove za 2012. godinu. Sl. glasnik RS, br. 25/2012.

¹⁴ U ovom radu neće biti detaljnije analize koja se odnosi na makroekonomske ciljeve kao što su postizanje privrednog rasta i prevazilaženje posledica ekonomske krize. O

podrška građevinskoj industriji.¹⁵ ¹⁶ Subvencionisanje kupovine stanova i stanogradnje inače je samo jedan od načina na koji država planira postizanje ovog cilja.

Drugi (*socijalni*) cilj je definisan kao „kupovina, odnosno izgradnja stambenih jedinica kategoriji građana kojima je rešavanje stambenog pitanja najvažnije“¹⁷, odnosno „obezbeđivanje povoljnijih cena novoizgrađenih stanova u odnosu na tržišne cene uporedivih stanova“¹⁸. Iako su formulacije različite, suština je ista: pomoć „socijalnim“ kategorijama stanovništva da lakše dođu do stana (zbog čega se ovi stanovi u različitim aktima nazivaju i „socijalni“).¹⁹

Način subvencionisanja

Realizacija zacrtanih ciljeva se vrši kao pomoć kupcima stanova (Uredbe 2009, 2010a, 2011a i 2012). Model dugoročnog stambenog kreditiranja definisan je tako da država učestvuje u kreditiranju kupovine stana u iznosu od 20% od cene stana, dok se ostatak kredita dobija u ne-

makroekonomskim aspektima pomoći stanogradnji i kupovini stanova, više u Merrill, S. et. all. *Housing and the Macro Economy: Tax Reform and Alternative Subsidy Policies for Housing*, The Urban Institute, Washington 1999.

¹⁵ Zakon o podsticanju, čl. 2; Uredbe 2009, 2010a, 2010b, 2011a, 2011b i 2012, čl. 1. st. 1.

¹⁶ „*Uticaj svetske ekonomske krize u toku 2009. i 2010. godine posebno je bio primetan u građevinskoj industriji. U tom periodu ekonomski pokazatelji u građevinarstvu, uprkos rastu industrijske proizvodnje u zemlji, beležili su drastičan pad, te je Vlada reagovala preduzimanjem mera podrške građevinskoj industriji u vidu subvencionisanja kamate po kreditima za finansiranje stambene izgradnje, direktnog subvencionisanja kamatne stope za stambene kredite i dugoročno stambeno kreditiranje, kao i pokretanjem tražnje za građevinskim radovima domaćih preduzeća na realizaciji projekata od šireg društvenog značaja uz korišćenje domaćeg građevinskog materijala.*“ Program podrške, Uvod.

¹⁷ Uredbe 2009, 2010a i 2012, čl. 1. st. 2.

¹⁸ Uredba 2010b i 2011b, čl. 1. st. 2.

¹⁹ (...) „*U toku 2012. godine ne može se očekivati značajnije poboljšanje ekonomskog položaja stanovništva sa najnižim primanjima, što znači da će tom delu stanovništva biti neophodna državna pomoć prilikom zadovoljavanja osnovnih potreba. U tu kategoriju potreba spada i pravo na stanovanje. Već sada socijalno ugroženo stanovništvo usled niskih primanja nema uslova da reši svoje stambeno pitanje kupovinom nekretnine samostalno na tržištu, a pod dejstvom krize gubi ekonomsku snagu i mogućnost da plaća i tržišnu zakupninu, pa je radi sprečavanja beskućništva znatnog broja te populacije, neophodno da pored gore navedenih mera koje se odnose na dugoročno stambeno kreditiranje, Vlada u toku 2012. godine učestvuje u programu izgradnje socijalnih stanova, kao stanova sa neprofitnom zakupninom i neprofitnom prodajnom cenom.*“ Program podrške, Uvod.

koj od komercijalnih banaka po ograničenoj kamati.²⁰ Maksimalna cena „socijalnog” stana je 100 hiljada evra²¹, [sic] što znači da država učestvuje u kreditiranju kupovine najviše sa 20 hiljada evra po stanu. Sredstva dodeljena iz budžeta Republike Srbije kupac stana otplaćuje tek posle isteka perioda otplate kredita banci, a najkasnije od 25. do 30. godine od puštanja kredita u tečaj.²² Kamatna stopa za korisnika kredita na deo kredita koji se finansira iz budžeta Republike Srbije iznosi 0% na godišnjem nivou, bez naplate interkalarnе kamate za period otplate kredita banke.²³ Iznos subvencije dakle predstavlja oproštena kamata na sredstva iz budžeta, pozajmljena na 25 do 30 godina.

U toku 2010. i 2011. godine je davana pomoć i investitorima u stanogradnji u vidu tzv. „mekih“ zajmova.²⁴ To su zajmovi koji se daju pod povlašćenim uslovima, u smislu niže kamatne stope od one koja se nudi na tržištu kapitala. Komercijalne banke ne žele da kreditiraju ovakve poslove po kamati koju državne vlasti smatraju prihvatljivom. Zbog toga je država subvencionisala deo kamate na sredstva koja investitori pozajmljuju od komercijalnih banaka. Iznos subvencije predstavljala je oproštena kamata od 8% na godišnjem nivou od odobrenog iznosa kreditnih sredstava.²⁵

Za ostvarenje zacrtanih ciljeva, država je izdvojila značajna sredstva. U prvoj godini, bilo je odobreno 750 miliona dinara u budžetu.²⁶ U 2010. godini, planirano je ukupno 4 milijarde dinara²⁷, u 2011. godini 2,4 milijarde²⁸, i u 2012. godini 1,2 milijarde²⁹.

Ekonomski model subvencija

Efekat subvencija biće predstavljen preko jednostavnog modela.³⁰ Na grafiku, ponuda je predstavljena krivom S, a tražnja krivom D. U slučaju kada država ne interveniše, kao rezultat dejstva tržišnih sila, formira-

²⁰ Uredba 2012, čl. 5. st. 2. i 3.

²¹ Uredba 2012, čl. 5. st. 1.

²² Uredba 2012, čl. 6.

²³ Uredba 2012, čl. 7.

²⁴ Uredbe 2010b i 2011b.

²⁵ Uredbe 2010b i 2011b, čl. 10.

²⁶ Uredba 2009, čl. 2. Treba imati u vidu da je ova uredba važila nepuna tri meseca, od sredine septembra do 31. decembra 2009. godine.

²⁷ Uredbe 2010a, čl. 2 i 2010b, čl. 2.

²⁸ Uredbe 2011a, čl. 2 i 2011b, čl. 2.

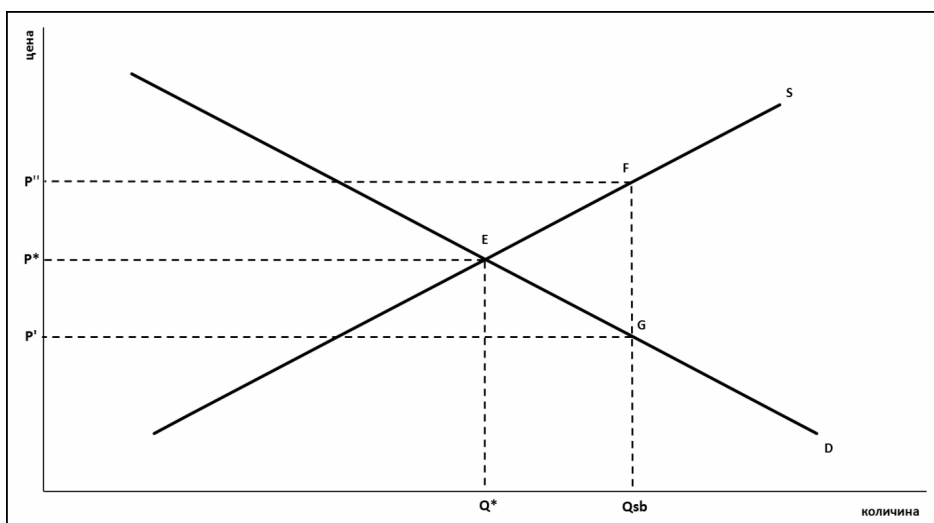
²⁹ Uredba 2012, čl. 2.

³⁰ Begović, B., Labus, M., Jovanović, A. *Ekonomija za pravnike*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2011, str. 222-224.

će se neka optimalna tražnja stanova na nivou Q^* , po ceni P^* . U tom slučaju, kaže se da je tržište stanova u ravnoteži. Ukupan nivo korisnosti u društvu je maksimiziran, zbog čega se u ekonomiji ravnotežno stanje smatra idealom.

Kada država daje subvenciju (S_b) za kupovinu stana, stvari se menjaju. Tako dolazi do razdvajanja cena na onu koju plaća kupac (P') i onu koju dobija prodavac (P''). Razlika između ove dve cene jeste iznos subvencije. Ovo se može zapisati i kao jednačina $P'' - P' = S_b$, odnosno $P'' = P' + S_b$.

Ekonomski subjekti reaguju na podsticaje. Kupci se prilagođavaju ceni (P') koja je niža od tržišne, tako da dolazi do povećanja tražnje do nivoa Q_{sb} . I prodavci se prilagođavaju novoj, višoj ceni (P''), tako da dolazi i do povećanja ponude (Q_{sb}), tj. do povećanja nivoa gradnje.



Ekonomski cilj

Iz prikazanog modela, jasno proizilazi da će doći do uvećanja obima proizvodnje građevinske industrije kao posledica davanja subvencija. Može se dakle zaključiti da je državna intervencija postigla zacrtani ekonomski cilj.

Ipak, pravo pitanje koje se ovde postavlja je šta se ovim dobija a šta gubi, odnosno koji je odnos troškova i koristi ovakve politike. Naime, iz korišćenog modela vidi se da je zbog povećanja obima proizvodnje i cene došlo do povećanja nivoa korisnosti ponuđača stanova (građevinska industrija). To povećanje je na grafiku označeno površinom $P''FEP^*$, a naziva

se „proizvođačev višak“. Takođe, uvećano je i stanje korisnosti kupaca stanova („potrošačev višak“), koji sada plaćaju cenu nižu od ravnotežne (površina $P*EGP'$). Ukupno povećanje blagostanja proizvođača i potrošača je dakle označeno površinom $P''FEGP'$.

Ovo povećanje proizvođačevog i potrošačevog viška ne predstavlja uvećanje ukupnog društvenog blagostanja pošto je postignuto na teret državnog budžeta, već samo redistribuciju korisnosti od države i poreskih obveznika ka konkretnim pojedincima. Međutim, ukupan iznos subvencija (površina $P''FGP'$ na grafiku) veći je od zbira proizvođačevog i potrošačevog viška ($P''FEGP'$), što znači da je ovakvom politikom došlo do umanjjenja ukupnog društvenog blagostanja. Ovo umanjjenje predstavlja alokativni gubitak blagostanja, s obzirom da je do njega došlo zbog neoptimalne realokacije resursa. Na grafiku, alokativni gubitak je razlika površina $P''FGP'$ i $P''FEGP'$ (tzv. Harbergerov trougao, EFG).

Subvencijama se vrši redistribucija bogatstva od države ka određenim konkretnim subjektima. Prvi dobitnici u ovom slučaju jesu preduzeća u građevinskom sektoru. Oni će na kratak rok ostvariti korist, jer će veštačkim povećanjem tražnje iznad ravnotežnog nivoa ostvariti veću proizvodnju. Zbog toga je podrška Odbora za građevinarstvo Privredne komore Srbije ovakvoj politici i očekivana.³¹ Međutim, na dugi rok će i ova preduzeća biti na gubitku. Umesto da se izvrši neophodno prestrukturiranje i prilagođavanje zahtevima tržišta, pa da se poslovi potraže na drugim mestima gde se posledice krize ne osećaju kao u Srbiji, oni se obraćaju državi za pomoć. Zbog toga građevinska preduzeća gube osetljivost na tržišne signale, postajući sve više ovisni o državnoj pomoći, i pitanje je da li će se u budućnosti moći vratiti u tržišnu utakmicu.

Koristi od ovakve politike imaju i radnici zaposleni u građevinskom sektoru. Zbog veštačkog povećanja obima posla, stiču se uslovi da se ublaži ili izbegne otpuštanje radne snage i smanjivanje nadnica. Na dugi rok, i oni mogu biti na gubitku ako se njihov sektor ne prilagodi tržištu, jer državna pomoć ne može trajati daveka.

Iako nigde nisu eksplicitno navedene kao subjekti kojima je potrebna pomoć, na dobitku su i banke koje su od države dobile dozvolu da učestvuju u ovom programu subvencionisanja. Pošto država olakšava uzimanje kredita kupcima stanova (a jedno vreme i investitorima) odričući se kamate na datu pozajmicu, bankarski sektor ima više plasmana nego što bi imao u redovnim uslovima poslovanja. Tako se povećava masa bankarskog profita, iako je profitna stopa ograničena uslovima za subvencionisanje. Kreditima koji su vezani za devizni kurs, rizik u slučaju devalvacije

³¹ Agencija Tanjug, internet sajt <http://www.tanjug.rs>, 27.12.2011. godina.

je dinara je na strani kupca.³² Narodna banka Srbije preporučuje bankama „da razvijaju nove vrste kredita namenjenih građanima i privredi u dinarima bez indeksacije za devizni kurs, već, po potrebi, uz indeksaciju za referentnu kamatnu stopu Narodne banke Srbije ili stopu rasta indeksa potrošačkih cena, čime bi se ostvario znatno manji rizik za finansijsku stabilnost zemlje”.³³ Međutim, pravilima koja se odnose na dodelu subvencija se to ne traži. Razumljivo je zato da i bankarski sektor podržava ovakvu protekcionističku politiku.³⁴

Pravni sistem i sistem državnih podsticaja treba da omogući optimalnu alokaciju resursa u smislu Pareta. Sistem subvencija za izgradnju i kupovinu stanova dovodi do pojave ekonomske neefikasnosti. Pošto resursi nisu angažovani tamo gde je njihova vrednost najveća, dolazi do umanjenja društvenog blagostanja. Takođe, iako je građevinski sektor zbog subvencija povećao proizvodnju, on neće izvrši neophodna prilagođavanja u cilju povećanja konkurentosti. Umesto da profit traže na tržištu, građevinska preduzeća profitiraju od subvencija iz državnog budžeta. Zbog toga se može oceniti da je ovaj način podsticanja proizvodnje ekonomski neopravdan.

Socijalni cilj

Postojanje subvencija dovodi do snižavanja cena stanova sa kojima se suočavaju kupci (u odnosu na tržišnu cenu). Što je cena niža, veći broj građana će moći da sebi priušti stan. S obzirom na opštu pretpostavku u ekonomiji da je više bolje, postojanje većeg stambenog fonda *ceteris paribus* znači i veći nivo blagostanja društva, i to nije sporno. Pitanje koje i ovde treba postaviti je koliki je trošak ovakve politike, ko su dobitnici a ko gubitnici.

Dobitnici su sigurno oni građani koji će kupiti stan po povoljnijim cenama od onih koje nudi tržište.³⁵ Ko su ti građani koji treba da dobiju mogućnost da dobiju pogodnosti prilikom kupovine stanova? Prema Zakonu o socijalnom stanovanju kojim se regulišu okviri ove politike, socijalno stanovanje je stanovanje odgovarajućeg standarda koje se obez-

³² Popov, Đ. Uticaj valutne klauzule i deviznog kursa na stanje privrede Srbije, *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, Novi Sad, vol. 46, br. 3, 2012.

³³ Saopštenje Press službe Narodne banke Srbije, zvanični internet sajt <http://www.nbs.rs>, 15. jun 2011.

³⁴ Privredna komora Beograda, zvanični internet sajt <http://www.kombeg.org.rs>, 21. septembar 2009.

³⁵ Willis, K.G., Nicholson, M., Costs and Benefits of Housing Subsidies to Tenants from Voluntary and Involuntary Rent Control: a Comparison between tenures and Income Groups, *Applied Economics*, No.23, 1991, pp. 1103-1115.

beduje uz podršku države, u skladu sa strategijom socijalnog stanovanja i programima za realizaciju strategije, domaćinstvima koja iz socijalnih, ekonomskih i drugih razloga ne mogu da obezbede stan po tržišnim uslovima.³⁶ Kao osnovni kriterijumi za dobijanje pomoći, navedeni su (ovim redom): postojeći stambeni status, visina primanja, zdravstveno stanje, invalidnost, broj članova domaćinstva, imovinsko stanje.³⁷ Kao dodatni kriterijumi, u određivanju reda prvenstva po osnovnim merilima prednost će imati lica koja pripadaju ranjivim društvenim grupama: mladi, deca bez roditeljskog staranja, samohrani roditelji, porodice sa više dece, samačka domaćinstva, lica preko 65 godina starosti, osobe sa invaliditetom, lični vojni invalidi, porodični vojni invalidi, civilni invalidi rata, izbeglice i interno raseljena lica, Romi i pripadnici drugih socijalno ranjivih grupa.³⁸ Ovo nabranje socijalnih kategorija o kojima država vodi računa u cilju rešavanja njihovog stambenog pitanja treba da impresionira javnost, da bi se lakše opravdala ovakva politika, a njeni predlagači biračima predstavili kao zaštitnici posebno osetljivih kategorija stanovništva.

Međutim, u podzakonskim aktima kojima se preciziraju mere podrške, kao limit za uzimanje subvencionisanog stambenog kredita uzeta je cena stana od maksimum 100 hiljada evra. Postoji još jedno ograničenje koje takođe obesmišljava deklarirani cilj, a to je da mesečna zarada, odnosno plata, ne prelazi maksimalan neto iznos od 150 hiljada dinara kako korisnika kredita, tako i njegovog bračnog druga, pojedinačno.³⁹ U situaciji kada se na selima u Srbiji mogu naći kuće po ceni nižoj i od 5 hiljada evra, stan od 100 hiljada evra je svakako luksuz bez obzira čak i na broj članova domaćinstva. Štaviše, kada je minimalna plata u zemlji od 160 do 180 evra (oko 20 hiljada dinara)⁴⁰, a stopa nezaposlenosti oko 26%⁴¹, kupovina stanova uopšte predstavlja pravi luksuz. U takvoj situaciji, država umesto da zaista pomaže kategorijama koje su na ivici egzistencije, stavlja sebi u zadatak pomoć kupcima stanova. Zbog toga je pretpostavka da je pomoć socijalnim kategorijama stanovništva samo opravdanje koje ima za cilj da se uberu politički poeni, a ne i stvarni cilj ove politike.

³⁶ Zakon o socijalnom stanovanju, Sl. glasnik RS, br. 72/2009, čl. 2.

³⁷ Ibid., čl. 10. st. 2.

³⁸ Ibid., čl. 10. st. 3.

³⁹ Uredba 2012, čl. 3. st. 1. tč. 5. Pre toga, ograničenje je bilo 120.000 dinara. Uredbe 2009, 2010a i 2011a, čl. 3. st. 1. tč. 5.

⁴⁰ Sl. glasnik RS br. 22/2012.

⁴¹ Republički zavod za statistiku, zvanični internet sajt: <http://webzs.stat.gov.rs/WebSite/Default.aspx>, 27. septembar 2012.

Ko snosi troškove ovakve politike?

Pravi gubitnici ovakve politike države jesu poreski obveznici. Republički budžet, iz koga se isplaćuju subvencije, puni se prihodima naplaćenim iz poreza. Kada se iznos konkretnih subvencija rasporedi na veliki broj poreskih obveznika, nema oštih reakcija jer se radi o pojedinačno malim iznosima. Ipak, posmatrajući na agregatnom nivou, u pitanju su značajna sredstva koja se redistribuiraju od efikasnih sektora ka građevinarstvu koje beleži značajan pad još od vremena pre ekonomske krize.

S obzirom da se budžet Republike Srbije već godinama nalazi u deficitu, troškovima subvencija se još više uvećavaju problemi na makroekonomskom nivou. Umesto da smanjuje javnu potrošnju pre svega ukidanjem raznih ekonomski neopravdanih mera, država pribegava pozajmicama iz inostranstva. Za potrebe finansiranja politike stanogradnje, Republika Srbija je zaključila ugovor o zajmu sa Bankom za razvoj Saveta Evrope⁴² u visini od 32 miliona evra. Zajam će uz kamatu biti vraćan u narednih 20 godina. Nove pozajmice će još više povećati ionako visok javni dug. Tako se poreski teret prevlađuje na buduće generacije poreskih obveznika, koji će otplaćivati subvencije koje se danas olako dele.

Gubitnici od ovakve politike su i vlasnici postojećih stanova, pošto se ovim subvencijama obaraju cene njihovih stanova.⁴³ Posebno su pogođeni oni građani koji su kupili stanove na kredit uzet pod tržišnim uslovima, sa namerom da ga izdaju u zakup i na taj način preko kirije otplaćaju rate kredita. Pošto je verovatno da će se sad jedan broj podstanara odlučiti za kupovinu subvencionisanih stanova,⁴⁴ visina zakupa će pasti usled smanjene tražnje, te će tako jedan broj zakupodavaca izaći sa neplaniranim gubitkom.

Ovakva politika pruža širok prostor da subvencije dobiju i oni kupci stanova kojima ta pomoć nije namenjena. Širok je prostor za manipulaciju, a u ovom radu će biti samo pomenute neke mogućnosti. Predviđeno je da subvencije ne dobijaju kupci koji imaju stan u svojini.⁴⁵ Ovo ograničenje se često izbegava na način što se kredit i stan knjiže na nekog člana

⁴² Zakon o potvrđivanju Okvirnog ugovora o zajmu između Banke za razvoj Saveta Evrope i Republike Srbije F/P 1720, Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori, br. 8/2011.

⁴³ Willis, K.G., Nicholson, M., Costs and Benefits of Housing Subsidies to Tenants from Voluntary and Involuntary Rent Control: a Comparison between tenures and Income Groups, *Applied Economics*, No.23, 1991, pp. 1103-1115.

⁴⁴ Varijan, H. R. Mikroekonomija: moderan pristup, (prevod Silaški N., Đurović T.) 5. izd. Beograd, Ekonomski fakultet, 2010., str. 8.

⁴⁵ Uredbe 2009, 2010a, 2011a, 2012. čl. 3 st. 1. tč. 3.

familije (npr. na suprugu koja nije upisana u katastar nepokretnosti kao suvlasnik, što je najčešći slučaj). Takođe, subvenciju mogu da dobiju i svi oni koji imaju neuknjižen objekat, a takvih je po procenama Ministarstva građevine i urbanizma preko 700.000⁴⁶, pošto je vrlo teško dokazati da već poseduju nepokretnost u svojini. Postoje još neka ograničenja koja su postavljena da bi se navodno sprečila zloupotreba (npr. zabrana izdavanja u zakup kupljenog stana, obaveza prijave prebivališta na toj adresi, privremena zabrana otuđenja itd.), a kojima se samo stvaraju barijere razmeni i sprečava (ili poskupljuje) efikasna alokacija resursa. Srećom, ove je barijere relativno lako izbeći.

Teorija javnog izbora o subvencijama

Razloge za uvođenje politike subvencionisanja stanogradnje i kupovine stanova treba tražiti u argumentima koje nudi *teorija javnog izbora*⁴⁷. Nezaposlenost i niske nadnice stvaraju veliki pritisak biračkog tela na političku elitu. Pritisnuti njihovim zahtevima, a u želji da se zadrže na vlasti, političari rado pribegavaju kratkoročnim i populističkim merama, kao što su subvencije. Oni su itekako svesni da se subvencijama problemi ne rešavaju već se uvećavaju. Međutim, izdvajanjem novca iz državne blagajne za finansiranje ovakvih programa, političari postižu svoj cilj: maksimizaciju političke podrške radi ostanka na vlasti. Tu se pre svega misli na podršku onih subjekata koji su dobitnici u ovakvim transakcijama. Ali, i ostali birači koji nisu dovoljno informisani o negativnim aspektima ovakve politike veoma lako će joj dati podršku. Još je lakše dobiti podršku biračkog tela ako se ovi građevinski poduhvati finansiraju zaduživanjem, pa se negativni efekti u vidu povećanog poreskog opterećenja odlažu za budućnost, pošto će to onda biti briga nekih narednih generacija. Zbog toga gradilišta pokrenuta držanim subvencijama postaju odlična prilika za snimanje predizbornih spotova, a novoformirana tela koja će se operativno baviti sprovođenjem ove politike idealna prilika za zapošljavanje partijskih kadrova i političkih simpatizera.⁴⁸

⁴⁶ Agencija Tanjug, internet sajt <http://www.tanjug.rs/novosti/55872/ilic-takse-za-legalizaciju-200-do-300-evra.htm>, 1. oktobar 2012.

⁴⁷ Eng. *Public Choice Theory*. Bavi se ekonomskom analizom netržišnog (političkog) donošenja ekonomskih odluka, odnosno donošenjem odluka na „političkom tržištu“. Jovanović, A. *Teorijske osnove ekonomske analize prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2008., str. 123.

⁴⁸ Odlukom Vlade Republike Srbije od 29. jula 2011. godine formirana je Republička agencija za stanovanje. U budžetu Republike Srbije za 2012. godinu opredeljena su sredstva u iznosu od 30 miliona dinara za osnivanje i početak rada Agencije. Odluka o osnivanju Republičke agencije za stanovanje, Sl. glasnik RS br. 56/2011, Zakon o budžetu Republike Srbije za 2012. godinu, Sl. glasnik RS br. 101/11, Uredba o utvrđivanju progra-

Zaključna razmatranja

Davanje subvencija za različite namene, pa tako i za kupovinu stanova ili stanogradnju predstavlja tipičan primer državne intervencije u privredi. Cilj svake intervencije je ispravljanje „tržišne greške“, odnosno onoga što se proglasi tržišnom greškom.

U Srbiji se od 2009. godine donose propisi na osnovu kojih se iz budžeta Republike subvencionise kupovina stanova i stanogradnja. Namera državnih organa je da na ovaj način pomognu građevinskoj industriji da izađe iz krize, kao i da pomogne ugroženim kategorijama stanovništva da reše stambeno pitanje.

Kroz analizu troškova i koristi predstavljeni su efekti ovakve politike. Iz korišćenog modela proizilazi da će davanjem subvencija doći do obaranja cena stanova sa kojima se suočavaju kupci, a što dalje znači rast tražnje i potrošačkog viška. Zbog rasta tražnje dolazi i do rasta proizvodnje građevinskog sektora, a samim tim i do uvećanja proizvođačevog viška. Ipak, krajnji rezultat ovakve politike je umanjeње ukupnog blagostanja u društvu, jer je trošak koji snose poreski obveznici veći od porasta proizvođačevog i potrošačevog viška zajedno.

Subvencijama se narušava tržišna alokacija resursa. One predstavljaju distribuciju blagostanja sa jednih ekonomskih subjekata (potencijalno uspešnih) na neuspešne. Na ovaj način država samo otežava rešenje problema. Sa jedne strane, rastu troškovi onih sektora koji sad trpe povećano poresko opterećenje što smanjuje njihovu konkurentnost. Sa druge, građevinski sektor odlaže sprovođenje neophodnog prestrukturiranja i prilagođavanja tržištu. Kada jednom postanu ovisni o državnoj pomoći, građevinska preduzeća gube osetljivost na tržišne signale i pitanje je da li će u budućnosti moći da se vrate u tržišnu utakmicu.

Zbog svega navedenog subvencije nisu adekvatno sredstvo za izlazak iz krize. Upravo suprotno - umesto pomaganja neuspešnim na račun uspešnih, država bi trebala da privredu što više prepusti tržišnim silama. To će omogućiti uspešnim ekonomski subjektima da ostvare rast, povlačeći za sobom čitavu privredu, dok će oni neuspešni biti primorani ili na prilagođavanje tržišnim uslovima, ili na promenu delatnosti.

Drugi cilj koji subvencijama treba postići je pomoć ugroženim kategorijama stanovništva. Ipak, nakon sagledavanja uslova koji su propisani za dobijanje subvencije, jasno je da ovo predstavlja samo formalno opravdanje ovakve politike, da bi se njeni zastupnici predstavili biračima kao zaštitnici siromašnih.

ma o rasporedu i korišćenju sredstava subvencije opredeljenih za finansiranje Republičke agencije za stanovanje za 2012. godinu, Sl. glasnik RS br. 25/2012.

*Luka Baturan, Assistant
Faculty of Law Novi Sad*

Subsidizing Purchase of Apartments and Residential Construction

Abstract

During last few years, Republic of Serbia has been allowing significant resources for subsidizing purchase of apartments and residential construction. Explanation for this is desire to help construction sector to overcome consequences of economic crisis, as well as social categories to solve housing issue. The paper analyzes economic consequences, benefits and costs of conducting this economic policy, as well as reasons leading to its establishment.

Key words: subsidies, residential constructing, economic policy, public choice theory.

PREDAVANJA

*O. Univ. Prof. DDr. Heinz Mayer**Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien*

Der Vorrang des Unionsrechts und die Rechtskraft nationaler Individualrechtsakte²

I

Der moderne Rechtsstaat ist vom Dualismus von genereller und individueller Norm bestimmt: Gerichte und Verwaltungsbehörden haben die vom Gesetzgeber geschaffenen generellen Normen zu individualisieren und zu konkretisieren. Am Ende dieses Prozesses steht eine verwaltungsbehördliche Entscheidung – in Österreich als Bescheid bezeichnet – oder ein gerichtliches Urteil. Im Regelfall unterliegen diese Rechtsakte einer Überprüfung durch mehrere Instanzen. Nach Beendigung des verwaltungsbehördlichen oder gerichtlichen Instanzenzuges sind diese Entscheidungen im Allgemeinen unanfechtbar und unabänderbar.

Die Überprüfbarkeit verwaltungsbehördlicher oder gerichtlicher Rechtsakte im Instanzenzug soll deren Richtigkeit – will heißen: Gesetzmäßigkeit – sicherstellen. Hat die letzte Instanz entschieden, soll Rechtssicherheit eintreten: Die Betroffenen sollen sich auf den Bestand dieser Rechtsakte verlassen können. Dies gilt auch dann, wenn der letztinstanzliche Rechtsakt möglicherweise nicht der Rechtsordnung entspricht und daher rechtswidrig ist. Das positive Recht versucht zwar die Rechtmäßigkeit der Vollziehung durch ein Rechtsschutzsystem sicherzustellen, nimmt aber im Interesse der Rechtssicherheit letztlich bestimmte Rechtswidrigkeiten in Kauf. Die Rechtskraft – gelegentlich auch als „Bestandskraft“ bezeichnet – kann im Allgemeinen nur mehr bei sehr schweren Mängeln durchbrochen werden; etwa dann, wenn der betreffende Akt

¹ Проф. Хајнц Мајер је 24. октобра 2012. године на Правном факултету у Новом Саду одржао предавање на бази објављеног текста.

² Dieser Text wird mit freundlicher Genehmigung des Manz-Verlages Wien publiziert; er erscheint auch in der Schriftenreihe der Forschungsstelle für Europäische Privatrechtsentwicklung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien.

durch strafbare Handlungen herbeigeführt wurde oder in seinen Auswirkungen geradezu unerträglich wäre³).

Rechtsrichtigkeit und Rechtskraft sind auch Prinzipien des Unionsrechts. Auch das Unionsrecht ist von diesen Prinzipien beherrscht und nimmt in Kauf, dass die Rechtskraft in bestimmten Fällen der Rechtsrichtigkeit vorgeht.

Spezifische Überlegungen werden im Zusammenspiel zwischen dem Unionsrecht und dem nationalen Recht erforderlich. Die Vollziehung des Unionsrechts fällt im Wesentlichen in die Zuständigkeit nationaler Behörden; lediglich in Ausnahmefällen erfolgt der Vollzug des Unionsrechts durch Organe der Union.

Beim Vollzug des Unionsrechts durch nationale Behörden gewinnen zwei Prinzipien besondere Relevanz: Auf der einen Seite betont der EuGH eine strikte Vorrangwirkung des Unionsrechts vor nationalem Recht jedweder Stufe. In der Entscheidung *Costa/E.N.E.L.* betont der EuGH bereits im Jahr 1964, dass dem Unionsrecht „keine wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen können ...“⁴). Alle nationalen Organe – Gerichte ebenso wie Verwaltungsbehörden – haben unionswidriges nationales Recht unangewendet zu lassen. Auf der anderen Seite betont der EuGH den Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten. In ständiger Rechtsprechung betont der EuGH, dass „die Verfahrensmodalitäten, die den Schutz der dem Bürger aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, nach dem Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedsstaaten Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung eines jeden Mitgliedsstaats sind“⁵). Die Verfahrensregelungen, die für die Vollziehung des Unionsrechts gelten, dürfen jedoch nicht ungünstiger sein als diejenigen, die für gleichartige Sachverhalte innerstaatlicher Art gelten (Äquivalenzprinzip). Die nationalen Verfahrensregelungen dürfen die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsprinzip).⁶)

³ Vgl. zB § 68 Abs 3 und 4 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG); § 530 Zivilprozessordnung.

⁴ EuGH 15.7.1964, 6/64, *Costa/E.N.E.L.*, Slg 1964, 1253 (1270).

⁵ EuGH 19.9.2006, C-392/04 und C-422/04, *i-21 Germany und Arcor*, Slg 2006, I-8559 Rz 57 mwN.

⁶ Vgl. insb. EuGH 13.1.2004, C-453/00, *Kühne & Heitz*, Slg 2004, I-837; 16.3.2006, C-234/04, *Kapferer*, Slg 2006, I-2585; 16.11.2010, C-76/10, *Pohotovost*, Slg 2010, I-11557 Rz 47; vgl. auch *Kremer*, Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Rechtskraft, EuR 2007, 470; Poelzig, Die Aufhebung rechtskräftiger zivilgerichtlicher Urteile unter dem Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts, JZ 2007, 858; *Griller*, „Rechtskraft“ im Gemeinschaftsrecht: Grundlagen und Grenzen in *Holoubek/Lang* (Hrsg) *Rechtskraft im Verwaltungs- und Abgabeverfahren* (2008) 55 ff; *Schmahl/Köber*, Durchbrechung der Rechtskraft nationaler Gerichtsentscheidungen zu Gunsten der Effektivität des Unionsrechts? EuZW 2010, 927.

Als Zwischenergebnis kann zunächst festgehalten werden, dass die Mitgliedsstaaten auf der einen Seite die Vorrangwirkung des Unionsrechts auf jeder Stufe der Rechtsordnung zu beachten haben, auf der anderen Seite aber ermächtigt sind, das Verfahren der Vollziehung des Unionsrechts nach den Grundsätzen zu regeln, die auch für das nationale Recht gelten. Damit stellt sich die Frage, wie vorzugehen ist, wenn eine verwaltungsbehördliche Entscheidung oder ein gerichtliches Urteil nach nationalem Recht rechtskräftig ist, aber dem Unionsrecht widerspricht. Gilt hier auf Grund der Verfahrensautonomie die nationale Rechtskraftregelung oder – auf Grund des Effektivitätsgrundsatzes – die Vorrangwirkung des Unionsrechts? Ein Blick auf die Judikatur des EuGH zeigt, dass der EuGH dieses schwierige Problem von Fall zu Fall zu lösen versucht und im Regelfall einen Mittelweg wählt.

II

Vordergründig sichtbar wurde diese Problematik erstmals im Fall *Ciola*⁷). Dieser Fall betraf Österreich. Mit Urteil vom 29. 4. 1999 entschied der EuGH, dass eine verwaltungsbehördliche Entscheidung, die **vor** dem Beitritt Österreichs zur EU erlassen wurde und **nach** dem Beitritt Österreichs zur EU gegen die Dienstleistungsfreiheit verstieß, unangewendet zu bleiben hat. Dieser Fall hat zwar in der Literatur großes Aufsehen ausgelöst, dies allerdings zu Unrecht. Man muss nämlich davon ausgehen, dass die Rechtskraft einer verwaltungsbehördlichen Entscheidung nur innerhalb der objektiven und subjektiven Grenzen der Rechtskraft gilt.⁸) Zu den objektiven Grenzen gehört die angewendete Rechtslage. Ändert sich diese, so verliert die Rechtskraft eines behördlichen Aktes ihre Wirkung. Genau dies ist im Fall *Ciola* geschehen: Mit dem Beitritt Österreichs zur EU wurde die Dienstleistungsfreiheit unmittelbar anwendbares Recht, weshalb die Rechtskraft des früher erlassenen Bescheides ihre Wirkungen verlor. Damit stellte sich aber die Frage von unionsrechtlicher Vorrangwirkung und nationaler Rechtskraft nicht mehr.⁹)

In der Folge kam es freilich zu Verfahren beim EuGH, in denen sich diese Frage sehr wohl stellte; es handelte sich um Fälle in denen eine Entscheidung nationaler Behörden dem Unionsrecht widersprach, dennoch aber nach nationalem Recht rechtskräftig wurde.

⁷ EuGH 29.4.1999, C-224/97, *Ciola*, Slg 1999, I-2517.

⁸ Vgl dazu *Walter/Kolonovits/Muzak/Stöger*, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁹ (2011) Rz 480 ff.

⁹ Vgl dazu auch *Bußjäger*, *Vorrang des Gemeinschaftsrechts gegenüber individuellen Verwaltungsakten*, *ecolx* 2000, 74 sowie OGH 10 Ob S 172/04y SZ 2005/29.

In ständiger Judikatur betont der EuGH die Bedeutung der Rechtssicherheit, die zu den auch im Unionsrecht anerkannten Grundsätzen gehört. Der EuGH bezieht den Grundsatz der Rechtssicherheit nicht nur auf das nationale Recht sondern ausdrücklich auch auf das Unionsrecht.¹⁰⁾ Aus dem Grundsatz der Rechtssicherheit folge – so der EuGH –, dass das Unionsrecht einem nationalen Recht nicht unter allen Umständen gebiete, von der Anwendung innerstaatlicher Verfahrensvorschriften, auf Grund deren eine Entscheidung Rechtskraft erlangte, abzusehen, selbst wenn dadurch ein Verstoß dieser Entscheidung gegen Unionsrecht abgestellt werden könnte.¹¹⁾

Bereits im Urteil *Kühne & Heitz* hat der EuGH¹²⁾ aber ausgesprochen, dass der Grundsatz der Rechtssicherheit in bestimmten Fällen nur eingeschränkt zum Tragen kommen kann. Der EuGH formulierte vier Voraussetzungen, die kumulativ vorliegen müssen, unter denen rechtskräftige aber unionsrechtswidrige Gerichtsentscheidungen neuerlich überprüft und allenfalls zurückgenommen werden müssen:

⇒ Die Behörde muss nach nationalem Recht befugt sein, eine solche Entscheidung zurückzunehmen;

⇒ die Entscheidung wurde infolge eines Urteils eines in letzter Instanz entscheidenden nationalen Gerichts bestandskräftig;

⇒ das Urteil beruht, wie eine nach seinem Erlass ergangene Entscheidung des EuGH zeigt, auf einer unrichtigen Auslegung des Gemeinschaftsrechts und wurde ohne Ersuchen um Vorabentscheidung gefällt, obwohl die Einholung einer solchen Vorabentscheidung erforderlich gewesen wäre;

⇒ der Betroffene hat sich unmittelbar nachdem er Kenntnis von der besagten Entscheidung des EuGH erlangt hat, an die Verwaltungsbehörde gewandt.

Der EuGH hielt in der Folge an dieser Judikatur fest.¹³⁾ Die im Urteil *Kühne & Heitz* formulierten Voraussetzungen, die vorliegen müssen, damit ein Staat verpflichtet ist, eine rechtskräftige nationale Gerichtsentscheidung wieder aufzunehmen, prägen die spätere Judikatur.

¹⁰ EuGH 6.10.2009, C-40/08, *Asturcom*, Slg 2009, I-9579 Rz 35 f mwN; vgl auch OGH 12.6.2012, 4 Ob 83/12b.

¹¹ EuGH 6.10.2009, C-40/08, *Asturcom*, Slg 2009, I-9579 Rz 37; ebenso EuGH 19.9.2006, C-392/04 und C-422/04, *i-21 Germany und Arcor*, Slg 2006, I-8559 Rz 51 sowie EuGH 16.3.2006, C-234/04, *Kapferer*, Slg 2006, I-2585 Rz 21.

¹² EuGH 13.1.2004, C-453/00, *Kühne & Heitz*, Slg 2004, I-837 Rz 28; vgl dazu auch OGH 12.6.2012, 4 Ob 83/12b; VwGH 2003/03/0279 VwSlg 16.992 A; 28.1.2010, 2008/09/0330 sowie *Griller in Holoubek/Lang* 54 ff; *Schmahl/Köber*, EuZW 2010, 927 ff.

¹³ EuGH 16.3.2006, C-234/04, *Kapferer*, Slg 2006, I-2585 Rz 23; 19.9.2006, C-392/04 und C-422/04, *i-21 Germany und Arcor*, Slg 2006, I-8559 Rz 52; vgl auch EuGH 12.2.2008, C-2/06, *Kempter*, Slg 2008, I-411 Rz 59.

III

Die bisherigen Überlegungen haben gezeigt, dass der EuGH den Wert der Rechtssicherheit sehr hoch veranschlagt und demgemäß Eingriffe in die Rechtskraft nationaler gerichtlicher und verwaltungsbehördlicher Entscheidungen nur eingeschränkt für geboten erachtet. Anderes gilt für den Bereich des staatlichen Beihilfenrechts. Im Urteil *Lucchini* vom 18. 7. 2007 entschied der EuGH¹⁴), dass ein rechtskräftiges zivilgerichtliches Urteil, mit dem ein Anspruch auf eine staatliche Beihilfe bestätigt wurde, obwohl zuvor durch eine rechtskräftige Entscheidung der Europäischen Kommission deren Unrechtmäßigkeit festgestellt wurde, aufzuheben ist. Eine Bedachtnahme auf die nationale Rechtskraftregelung sei in einem derartigen Fall ein Verstoß gegen Unionsrecht. In einem späteren Urteil qualifizierte es der EuGH als Vertragsverletzung, wenn ein Staat die Rückforderung unionsrechtswidriger Beihilfen nicht effektiv betreibt. Dazu zählt auch, zu verhindern, dass eine nationale gerichtliche Entscheidung in Rechtskraft erwächst.¹⁵)

Die deutliche strengere Judikatur des EuGH in Angelegenheiten des Beihilfenrechts ist wohl damit zu erklären, dass die Vollziehung des Beihilfenrechts in die ausschließliche Vollzugskompetenz der Kommission fällt.¹⁶) Deshalb scheint der EuGH dem Grundsatz der Effektivität des Unionsrechts in diesem Bereich größere Bedeutung beizumessen, als dem Grundsatz der Rechtssicherheit. Dazu kommt, dass die betroffenen Mitgliedstaaten in den zitierten Fällen offenkundig bewusst gegen Unionsrecht verstießen und versuchten, über die Rechtskraft nach nationalem Recht das Unionsrecht zu unterlaufen.

IV

Sowohl die Effektivität des Unionsrechts wie auch die Wahrung der Rechtssicherheit sind für das Zusammenspiel des Unionsrechts mit den nationalen Rechtsordnungen von fundamentaler Bedeutung. Der EuGH hat sich dieser schwierigen Thematik vorsichtig genähert und bislang zu ausgewogenen Lösungen gefunden. Dass diese Judikatur nach wie vor von gewissen Unsicherheiten gekennzeichnet ist, darf man dem Gerichtshof nicht vorwerfen. Wenn ausdrückliche Regelungen fehlen und Rechtsfragen unter Bedachtnahme auf allgemeine Rechtsgrundsätze gelöst werden müssen, sind Unsicherheiten die unausweichliche Folge.

¹⁴ EuGH 18.7.2007, C-119/05, *Lucchini*, Slg 2007, I-6199 insb Rz 59 ff.

¹⁵ EuGH 22.12.2010, C-507/08, *Kommission/Slowakische Republik*, Slg 2010, I-13489 Rz 52 ff.

¹⁶ Zutreffend *Schmahl/Köber*, EuZW 2010, 929.

