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

ZBORNIK RADOVA
COLLECTED PAPERS

XLVI 4 (2012)

NOVI SAD, 2012.

ZRPFNS, Godina XLVI Novi Sad, br. 4 (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 Pupić (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

Dr Đorđe Popov, redovni profesor
Neki ekonomski aspekti regulative Evropske unije o trgovini dozvolama za zagađenje 7

Dr Stevan Šogorov, redovni profesor
O pravnom pojmu otpada 23

Dr Dragan Milkov, redovni profesor
Reforme upravno-procesnog zakonodavstva u Srbiji 33

Dr Gordana Vukadinović, redovni profesor
Vrste autonomnog prava i shvatanja pravnog pluralizma 45

Dr Miloš Marjanović, redovni profesor
Sociološki pojam morala 55

Dr Danica Popov, redovni profesor
Nedopuštene imisije i zaštita životne sredine 69

Dr Dušan Nikolić, redovni profesor
Materijalni izvori savremenog građanskog prava 83

Dr Bernadet Bordaš, redovni profesor
Surogat materinstvo sa prekograničnim dejstvima: stvarnost i pravo 97

Dr Ištvan Feješ, redovni profesor
Američki model nagodbe u krivičnom postupku posebno neki njeni negativne aspekti 119

Dr Radenka Cvetić, redovni profesor
Kodifikacija stvarnog prava u Srbiji – postignuto i moguća budućnost 145

Dr Drago Divljak, redovni profesor
Novo domaće spoljnotrgovinsko zakonodavstvo o subvencijama i međunarodni standardi 157

Dr Senad Jašarević, redovni profesor
Fleksibilizacija rada – rešenje ili zabluda 173

Dr Snežana Brkić, redovni profesor
Psihološki aspekti svedočenja starih lica 193

Dr Tatjana Lukić, vanredni profesor, Milana Pisarić, asistent
Specijalizacija pravosudnih i drugih organa u borbi protiv ekološkog kriminaliteta 219
Dr Branislav Ristivojević, vanredni profesor
O poretku načela u ciljnom (teleološkom) tumačenju u krivičnom pravu 241
Dr Zoran Lončar, docent
Inspekcijski nadzor u oblasti zaštite životne sredine 257
Dr Nataša Deretić, docent
Pojavni oblici korupcije u srednjem veku 277
Dr Bojan Pajtić, docent
Harmonizacija domaćih pravnih propisa iz oblasti građanskog prava sa pravom Evropske unije – fiducijarno obezbeđenje potraživanja 291
Dr Jelena Vidić Trninić, docent
Pravna zaštita kućnih ljubimaca u domaćem zakonodavstvu 305
Dr Svetozar Čiplić, docent
Imunitet nepovredivosti u ustavima nekih evropskih zemalja u tranziciji 335
Dr Dragana Ćorić, docent
Dubinska ekologija – nastanak, principi, perspektiva 349
Dr Aleksandar Martinović, docent
Pravna priroda agencije za borbu protiv korupcije – ustavno-pravni, upravno-pravni i uporedno-pravni aspekti 369
Marko Knežević, asistent
O žalbi protiv presude u postupku u sporu male vrednosti 385
Nataša Rajić, asistent
„Puna i efektivna jednakost“ pripadnika nacionalnih manjina u političkom životu – prilog tumačenju međunarodnih standarda 403
Sandra Samardžić, asistent
Pravni mehanizmi zaštite žena od nasilja u porodici i partnerskim odnosima na nivou Evropske unije i Srbije 423
Stefan Samardžić, asistent
Naturalna restitucija u Srbiji – period gestacije 443

TABLE OF CONTENTS

Đorđe Popov, Ph.D., Full Professor
Some Economic Aspects of Legislation of The European Union on Trade With Pollution Permits 7

Stevan Šogorov, Ph.D., Full Professor
About the Legal Definition of Waste 23

Dragan Milkov, Ph.D., Full Professor
Reforms of the Administrative-procedural Legislation in Serbia 33

Gordana Vukadinović, Ph.D., Full Professor
Types of Autonomous Law and Understanding of Legal Pluralism 45

Miloš Marjanović, Ph.D., Full Professor
Sociological Concept of Morale 55

Danica Popov, Ph.D., Full Professor
Forbidden Immisions and Environmental Protection 69

Dušan Nikolić, Ph.D., Full Professor
Material Sources of Contemporary Civil Law 83

Bernadet Bordaš, Ph.D., Full Professor
Surrogacy with Cross-border Effects: Reality and Law 97

Ištvan Feješ, Ph.D., Full Professor
American Model of a Plea Bargaining in Criminal Proceedings, With Accent on Some Negativ Aspects 119

Radenka Cvetić, Ph.D., Full Professor
Codification of Property Law in Serbia – Achievements and prospects 145

Drago Divljak, Ph.D., Full Professor
New National Foreign Trade Legislation on Subsidies and International Standards 157

Senad Jašarević, Ph.D., Full Professor
Flexible Work – Right Solution or Fallacy 173

Snežana Brkić, Ph.D., Full Professor
Psychological Aspects of Old Men Testimony 193

Tatjana Lukić, Ph.D., Associate Professor, Milana Pisarić, Assistant
Specialization of Judicial and Other Authorities in the Fight Against Environmental Crime 219

Branislav Ristivojević, Ph.D., Associate Professor
On the Hierarchy of the Criminal Law Principles When Performing the Teleological Interpretation in the Criminal Law 241

Zoran Lončar, Ph.D., Assistant Professor
Inspection Control in the Field of Environmental Protection 257

Nataša Deretić, Ph.D., Assistant Professor
Forms of Corruption in the Middle Ages 277

Bojan Pajtić, Ph.D., Assistant Professor
Harmonisation of Domestic Legislation in the Field of Civil Law with the European Union Law – Securing of Claims by Means of Fiduciary Agreements 291

Jelena Vidić Trninić, Ph.D., Assistant Professor
Legal Protection of Pet Animals in Domestic Legislation 305

Svetozar Čiplić, Ph.D., Assistant Professor
Immunity of Inviolability in the Constitutions of the European Countries in the Process of Transition 335

Dragana Ćorić, Ph.D., Assistant Professor
Deep Ecology-Creation of Theory, Principles and Prespectives 349

Aleksandar Martinović, Ph.D., Assistant Professor
The Legal Nature of The Agency for the Fight Against Corruption – Constitutional – legal, Administrative-legal and Comparative-legal Aspects 369

Marko Knežević, Assistant
On the Appeal against Judgment in Small Claims Procedure 385

Nataša Rajić, Assistant
„Full and Effective Equality" of the Members of National Minorities in Political Life – An Addendum to Interpretation of International Standards 403

Sandra Samardžić, Assistant
Legal Mechanisms in European Union and Serbia Which Aimed to Protect Women From Domestic Violence 423

Stefan Samardžić, Assistant
In Kind Restitution in Serbia – Gestation Period 443

Originalni naučni rad 339.1:[35.078.4:504.1
doi:10.5937/zrpfns46-3068

Dr Đorđe Popov, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

NEKI EKONOMSKI ASPEKTI REGULATIVE EVROPSKE UNIJE O TRGOVINI DOZVOLAMA ZA ZAGAĐENJE[1]

***Sažetak**:Ideja o kreiranju tržišta na kome bi se trgovalo dozvolama za zagađenje potiče u velikoj meri od nekih od osnivača Ekonomske analize prava kao naučne discipline kao što su Kouz i Kalabrezi. Koncept je evoluirao od teorije do prakse i danas je čvrsto ugrađen u pravo zaštite životne sredine. Evropska Unija ima praksu trgovine zagađivanjima od 2005. Postoje dva sisteme trgovine koji se međusobno bitno razlikuju. U jednom sistemu trgovine postoji ograničenje ukupne mase zagađivanja kojom se može trgovati. Taj sistem je u suštini predstavlja „sistem trgovine dozvolama". Prava na emisiju su locirana na već postojeće kompanije za čitav period bilo bez plaćanja ili se pak do njih može doći kupovinom na aukciji. Drugi sistem je baziran na unapred utvrđenim obaveznim standardima za zagađivanje usvojenim za grupu kompanija. Standardi mogu biti kreirani npr. kao dozvoljena količina zagađivanje po jedinici utrošene energije, ili jedinici dodatne vrednosti. U ovom sistemu krediti za redukciju zagađivanje mogu biti zarađeni, ako je zagađivanje manje nego što je predviđeno standardima. Na kratki rok posmatrano mešoviti sistem Evropske Unije za trgovinu emisijama zagađenja kada je reč o korišćenju kapaciteta ne razlikuje se od čistog sistema trgovine dozvolama pri utvrđenoj ukupnoj gornjoj granici zagađenja. U oba modela kompanija će odustati od korišćenja kapaciteta radi proizvodnje i prodavati svoje neiskorišćene dozvole kada cene proizvoda padnu ispod nivoa varijabilnih troškova proizvodnje uvećanih za troškove pribavljanja dozvola. Međutim, na dugi rok dobijanje bes-*

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

platnih prava u slučaju proširenja kapaciteta kao i mogućnost njihove prodaje u slučaju smanjenja kapaciteta stavlja pred kompanije potrebu za donošenjem odgovarajućih strategijskih odluka. Sistem trgovine zagađenjima može biti efikasan instrument u borbi protiv zagađenja životne sredine. EU planira da u periodu 2013.-2020. uvede mešoviti sistem trgovine zagađenjima koji bi trebalo da destimuliše investiranje u energetski intenzivne proizvodnje i kapacitete. Sistem takođe podstiče investiranje u sektore koji su izloženi međunarodnoj konkurenciji pošto se za njih predviđa dodajna mogućnost dobijanja besplatnih prava na emisije zagađenja mada se tu radi o dosta komplikovanoj i skupoj proceduri.

Ključne reči: *dozvola za zagađivanje, Evropska unija, trgovina dozvolama, Direktiva Evropske Unije iz 2003, Direktiva Evropske Unije iz 2009, mešoviti sistem Evropske Unije za trgovinu emisijama zagađenja, standardi za zagađivanje, tržišne manipulacije, oportunitetni troškovi, krediti za redukciju zagađenja, besplatna prava na zagađenje, efikasnost sistema*

I

Sistem davanja dozvola za zagađivanje i omogućavanje trgovine njima je jedan od relativno novijih pravnoekonomskih instrumenata koji se koristi u zaštiti životne sredine.

Postoje u osnovi dva u mehanizma kojima se sprovodi trgovina zagađivanjima: jedan je trgovina dozvolama, a drugi sistem je baziran na unapred utvrđenim obaveznim standardima za zagađivanje usvojenim za grupu kompanija. Po svemu sudeći prvi model je efikasniji nego drugi. Evropska unija je razvila sistem koji je baziran na trgovini dozvolama (*European Union Emissions Trading Scheme*) (ETS)[2]. Od 2013. pa nadalje kada je reč o Evropskoj Uniji planiran je prelazak sa slobodne trgovine dozvolama za zagađenje na model prodaje na aukcijama[3].

Od 2027, predviđa se da će veliki procenat dozvola čak biti davan besplatno, naročito u onim industrijama koje konkurišu na svetskim tržištima sa namerom da se izbegnu gubici usled troškova zaštite životne sre-

[2] European Union Emissions Trading Sheme (EU ETS).

[3] O trgovini dozvolama pisao sam i u: Đ. Popov, Politike zaštite životne sredine-Ekonomsko- pravni aspekti-, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 3/2011, str. 32-33.

dine koje konkurenti u zemljama sa labavijim kriterijumima nemaju. Kriterijumi po kojima će se vršiti alokacija ovih besplatnih dozvola će biti pomereni sa „zatečenog" stanja što je bio jedan od važećih kriterijuma kod uvođenja taksi za zagađenje životne sredine ka stepenu energetske efikasnosti neke od industrija što ustvari pretpostavlja podsticanje onih proizvodnji koje će imati manji uticaj na klimatske promene.

Nova pravila bi trebala da izvrše nove pritiske da se zatvaraju ekonomski neefikasne fabrike kao i na one koje imaju neiskorišćene kapacitete, uz istovremenu prodaju odgovarajućeg dela dozvola za zagađenje. Na taj način bi se tim kompanijama barem delimično nadoknadili gubici koji bi sledili usled zatvaranja fabrika i/ili nekorišćenja proizvodnih kapaciteta u potpunosti.

Inače ideja o kreiranju tržišta na kome bi se trgovalo dozvolama za zagađenje potiče u velikoj meri od nekih od osnivača Ekonomske analize prava kao naučne discipline kao što su Kouz[4] i Kalabrezi.[5]

Koncept je evoluirao od teorije do prakse i danas je čvrsto ugrađen u pravo zaštite životne sredine. Tako naprimer Evropska Unija ima praksu trgovine zagađivanjima ugljendioksida (CO2) od 2005[6].

II

Direktiva Evropske Unije iz 2003[7]. reguliše pravila trgovine zagađenjima za period 2005.-2007. i 2008.-2012[8]. Evropski Parlament i Savet Evropske Unije[9] takođe su 2009. usvojili i odobrili izmenjenu Direktivu o trgovini zagađenjima unevši neka nova pravila koja treba da budu primenjena za period 2013.-2020. i kasnije[10].

---

[4] Coase, R., The Problem of Social Cost, Journal of Law and Economics, 31960, str. 1-44.

[5] Calabresi, G.,/Melamed, A., Property Rules, Liability Rules, and Inalienability, Harvard Law Review, 8/1972, str. 1089-1128.

[6] O ovome detaljnije u: Faure, M./Peeters, M., (eds.), Climate Change and European Emissions Trading, Cheltenham- Northampton: Edward Elgar, 2008.

[7] Direktiva 2003/87 obavezuje 6500 firmi sa oko 11.000 pogona iz četiri sektora: energija (uključiv proizvođače struje i rafinerije nafte, 2. obojeni metali, ali uključiv i gvožđe i čelik, 3. mineralne sirovine (cement, staklo, keramika), i 4. celuloza i papir.

[8] Direktiva Evropske Komisije br. 2003/87.

[9] Ekonomsku i pravnu politiku Evropske unije u oblasti prava životne sredine, razmatrao sam u Zborniku „Osnove prava životne sredine", redaktor : D. Nikolić, u prilogu: Đ. Popov, Ekonomska analiza prava životne sredine i održivi razvoj, izd. Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2009, str. 312- 314.

[10] Direktiva Evropske Komisije br. 2009/29.

Pojam „trgovine zagađenjima“, i „prava na učešće u trgovini zagađenjima“ je zbirni pojam koji relativno lako može da izazove konfuziju, jer u suštini postoje dva sisteme trgovine koji se međusobno bitno razlikuju. U jednom sistemu trgovine postoji ograničenje ukupne mase zagađenja kojom se može trgovati. Taj sistem de fakto predstavlja „sistem trgovine dozvolama“. Drugi sistem je baziran na trgovini redukcijama za zagađivanje u budućnosti.

Prvi sistem pretpostavlja postojanje ukupne dozvoljene mase zagađivanje za grupu kompanija u određenom periodu. Prava na emisiju zagađenja su locirana na već postojeće kompanije za čitav period bilo bez plaćanja ili se pak do njih može doći kupovinom na aukciji. To znači da svaka kompanija do dozvoljene količine zagađivanje može doći i kombinacijom ova dva prava (besplatno i/ili kupovinom na aukciji).

Novoosnovane kompanije ili one koje ekspandiraju mogu doći do prava na emisiju ili tako što će kupovati prava od postojećih kompanija ili se mogu obratiti vladi da im da deo prava iz eventualne rezerve kojom kada je reč o količini zagađenja raspolaže. Na drugoj strani kompanija koja prestaje sa radom po ovom modelu ima pravo da proda svoja prava na emisiju.

Drugi sistem je baziran na unapred utvrđenim obaveznim standardima za zagađivanje usvojenim za grupu kompanija. Standardi mogu biti kreirani npr. kao dozvoljena količina zagađivanje po jedinici utrošene energije, ili jedinici dodatne vrednosti. U ovom sistemu krediti za redukciju zagađivanja mogu biti zarađeni, ako je zagađivanje manje nego što je predviđeno standardima. Ti krediti tada mogu biti prodavani kompanijama koje time žele da kompenziraju prekoračenje standarda koji se primenjuju na njih.

Treba reći da najveći broj krupnih kompanija na koje se odnose Direktive Evropske unije potiče iz energetskog sektora. Na cene akcija ovih kompanija na berzama u znatnoj meri utiče dobijanje dozvola za emisije zagađenja[11]. Na drugoj strani tržište dozvola za zagađenje reaguje na cene energije.

Na svim tržištima pa tako i na tržištu dozvola za zagađenje pojedini učesnici, a najčešće takozvani „veliki igrači“ nastoje da manipulišu tržištima, što se na drugoj strani nastoji onemogućiti od strane onih koji formulišu pravne propise. Tržišne manipulacije mogu dobiti različite forme[12].

[11] Oberndorfer, U., EU Emission Allowances and the Stock Market, Ecological Economics, 4/2009, str. 1116-1129.

[12] Legislativa Evropske unije u „Market Abuse Directive“(MAD) u članu 1. tržišne manipulacije definiše na sledeći način:

Neophodna pretpostavka za nastanak tržišne manipulacije je da je kompanija koja nastoji da manipuliše u stanju da utiče na uslove tražnje ili ponude nekog dobra i da hotimično iskorišćava tu činjenicu. Takođe mora postojati i namera da se manipuliše.

Kompanije koje imaju značajno učešće u trgovini zagađenjima mogu koristiti prednosti iz činjenice da su po pravilu bolje upoznate[13] sa tržištem EU na kome se trguje zagađenjima, a na kome vlada visok stepen neizvesnosti i koristeći to kupovati odnosno prodavati dozvole[14]. One su u stanju da utiču na tržišna očekivanja i da prodaju svoja prava na zagađenje kada su cene visoke. Isto tako one kupuju kada su cene dozvola za prava na zagađenje niske.

Zahvaljujući tome što poseduju bolje informacije sa tržišta, ali isto tako i insajderske informacije velike kompanije mogu uticati na očekivanja da će cene na tržištima dozvola rasti odnosno padati. Na osnovu zloupotrebe posedovanja tih informacija može se, kao što se vidi manipulisati tržištima dozvola. Signali o potencijalnim kretanjima na tržištu koje šalje neko od značajnih učesnika svakako će uticati da se cene na tržištu kreće u određenom pravcu.

Prema nekim istraživanjima tržišta dozvolama za zagađenje nisu bila u stanju da funkcionišu bez intervencije Evropske komisije.[15] S tim u vezi može se postaviti pitanje da li je tržište na kome je nužna intervencija i pored toga što su osnovni parametri poznati više od tri godine dovoljno transparentno da omogući efikasna alokaciju.

Izostanak transparentnosti kao implikaciju može imati i otežanu kontrolu dešavanja na tržištu. Da bi se efikasno otkrivali pokušaji tržišne manipulacije kvalifikovani organ mora biti u stanju da evidentira kompa-

---

„a) Transakcije ili porudžbine:

koje daju ili bi mogle da daju pogrešne ili obmanjujuće signale na strani ponude ili tražnje, koje osiguravaju kompaniji ili/i povezanom licu cenu jednog ili više finansijskih instrumenata na nenormalnom ili veštačkom nivou.

b) transakcije ili nalozi za poslovanje u kojima se koriste fiktivni predmeti kao i svaki drugi oblik prevare.

v) širenje informacija preko medija, uključiv internet, kao i na svaki drugi način koje daju ili mogu dati pogrešne ili lažne signale o finansijskim instrumentima uključiv širenje glasina i lažnih vesti pri čemu osoba/kompanija koju to čini zna da su te informacije lažne ili pogrešne..“

[13] Ili da barem imaju bolje shvataju mehanizam funkcionisanja istog.

[14] Vidi: Weishaar, S./ Couwenberg, O./Jong, T., The EU ETS Spot Market- A Law and Economics Assessment of Market Manipulation, referat prezentovan na Godišnjoj konferenciji Evropskog udruženja za ekonomsku analizu prava, Stokholm, septembar, 2012, str. 10.

[15] Weishaar, S./ Couwenberg, O./Jong, T., The EU ETS Spot Market- A Law and Economics Assessment of Market Manipulation, referat prezentiran na Godišnjoj konferenciji Evropskog udruženja za ekonomsku analizu prava, Stokholm, septembar, 2012, op. cit.str. 20.

nije koja trguju na svim tržištima: tržištu na kome se plaća gotovinom, tržištu derivata kao i na aukcijskom tržištu. Sva ona su povezana i manipulacije na jednom mogu biti vrlo vešto korišćene radi uticaja na cene na nekom drugom. Kvalifikovane agencije stoga moraju radi prevencije manipulisanja imati permanentan pristup svim relevantnim podacima i proveravati cene, vreme transakcija, filijale kompanija koje učestvuju, vlasnike računa i vlasničku strukturu kao i koje s kim trgovao.

III

Bitno je ustanoviti koje su razlike između napred navedena dva sistema trgovine dozvolama kada je reč o efektivnosti, efikasnosti i stepenu prihvatljivosti od strane kompanija.

Kada je reč o efektivnosti treba reći da pri porastu proizvodnje i potrošnje energije zagađivanje kompanija koje su pod režimom standarda zagađivanja mogu rasti u istoj srazmeri. Na drugoj strani sistem u kome postoji ograničenje ukupne količine zagađivanje i paralelno sa tim kada postoji mogućnost trgovine pravima na zagađivanje je mnogo efektivniji zato što on pretpostavlja, kao što je istaknuto, postojanje apsolutnog ograničenja ukupne količine zagađivanje.

Ako se radi o efikasnosti analiza je nešto složenija, ali rezultat je ipak nedvosmisleno jasan. Standardi koji su postavljeni za zagađivanje ograničavaju zagađivanje po jedinici, ali zagađivanje okviru standarda se ne plaća. Kada dolazi do preprodaje kredita, tj. prava na zagađivanje, primljena suma novca je jednaka sumi plaćenoj od strane kompanija koje su prekoračile standarde zagađivanja pri obezbeđivanju kredita. Za tu grupu kompanija u celini troškovi dozvoljenog zagađenja su nula. Na toj tački efekat uvođenja standarda je isti kao što bi bio pri postojanju standarda zagađenja bez mogućnosti trgovanja kreditima.

„Standardizovano“ zagađenje je slobodno i dozvoljava rast proizvodnje i potrošnje energije toliko dugo koliko dugo su ispoštovani postavljeni standardi zagađenja. Konsekventno ovome, to znači da ne postoje nastojanja da se smanji zagađenje ugljovodonikom ekonomisanjem potrošnje goriva ili eventualnim smanjenjem proizvodnje, jer se na taj način ne može obezbediti povećanje kredita za redukciju zagađenja. Rast kredita za redukciju zagađenja može se obezbediti jedino kroz smanjenje zagađenja po jedinici utrošene energije ili proizvedenog proizvoda.

Na drugoj strani u sistemu gde je postavljena gornja granica dozvoljenog zagađenja, svaka jedinica zagađenja ima svoju cenu što znači da je

i smanjenje svake jedinice zagađenja profitabilno. Sa tačke gledišta efikasnosti ovaj sistem ima prednost bez obzira da li se prava na zagađenje prodaju na aukcijama ili se alociraju besplatno.

Ako kompanija koristi pravo da besplatno koristi prava na zagađenje njeni oportunitetni troškovi su rezultat takvog načina alokacije prava na zagađenje.[16] Kompanije koriste mogućnost da prodaju svoja prava na zagađenje i na taj način ostvaruju prihode. Oportunitetni troškovi tada čine deo troškova proizvodnje određenog proizvoda. Pošto u sistemu o kome je određena gornja granica zagađenja svaka jedinica ugljovodonika ima svoju cenu, redukcija zagađenja je profitabilna bez obzira na koji je način ta redukcija ostvarena. Odnosno drugim rečima rečeno, nema razlike u tome da li je ona ostvarena kroz čistije izduvne gasove, smanjenjem potrošnje energije ili pak smanjenjem proizvodnje. Stvar je ekonomske struke u svakoj kompaniji da prouči sve moguće opcije i da primeni onu koji je ekonomski najefikasnija.

Ova široka lepeza mogućnosti koju pruža sistem u kome je određena najviša granica zagađenja za rezultat ima manje troškove smanjenja zagađenja, nego što je to slučaj u sistemu koji je baziran na standardima zagađenja i trgovini kreditima za smanjenje. Prema nekim računicama proizilazi da su društveni troškovi sistema baziranog na standardima zagađenja za oko 20% veći nego što je to slučaj u sistemu koji za osnovni princip ima postavljanje gornje granice zagađenja[17].

Na drugoj strani postavlja se pitanje koji sistem je prihvatljiviji kada se radi o kompanijama, tj. o privrednim subjektima. Kada je reč o tome, po svemu sudeći kompanije preferiraju sistem trgovine kreditima za redukciju zagađenja. Ovaj sistem omogućava uštede u troškovima kako za kompaniju prodavca, tako i za kupca.Uvođenje ovih kredita kao dopuna standardima zagađenja nailazi na visok stepen podrške među kompanijama.

Vredi napomenuti da prodaja prava na zagađenje u sistemu postojanja ukupne gornje granice zagađenja može za posledicu imati povećanje stepena efikasnosti kompanija koje su uključene u ovu operaciju, ali za kompanije je manje atraktivno to što u ovome sistemu ipak moraju da ulože novac, a nije sasvim sigurno da li će to ulaganje moći i da materijalizuju.

Etabliranim kompanijama odgovara dobijanje prava bez plaćanja. Ali kompanije koje brzo rastu strepe da im neće biti dozvoljeno da povećavaju emisiju zagađenja u skladu sa povećanjem njihovih proizvodnih

[16] Woerdman, E./Arcuri, A./ Clo, S., Emissions Trading and the Polluter- Pays Principle, Review of Law and Economics, 4/2008, str. 565- 590.

[17] Boom, J., International Emissions Trading: Design and Political Acceptability, Dissertation, Univ. Groningen, 2007.

kapaciteta. Iz tog razloga one, iako preferiraju dobijanje besplatnih prava na zagađenje u odnosu na kupovinu na aukcijama, ipak radije optiraju za sistem trgovine kreditima. Međutim, kompanijama koje su u stanju da smanjenje zagađenja izvrše sa manjim troškovima, sistem u kome postoji gornja granica zagađenja odgovara više nego onaj u kome se trguje kreditima zato što je u prvom sistemu veća tražnja za dozvolama za zagađenje. To drugim rečima rečeno znači da kada je reč o kompanijama postoji izvesna protivurečnost u prihvatljivosti sistema koji je baziran na trgovini dozvolama u uslovima postojanja gornje granice zagađenja i kada se prava na zagađenje alociraju besplatno.

IV

Pošto je krajem prošlog veka taksa Evropske unije na zagađenje ugljovodonikom ukinuta usled političke neprihvatljivosti Evropska Komisija je predstavila set svojih pogleda na prava na zagađenje koja se mogu alocirati besplatno pod uslovom da postoji utvrđena gornja granica zagađenja. Komisija je dobila podršku Saveta Ministara za takav sistem za period 2008-2012. Međutim, u oblikovanju Direktive Evropske Komisije 2003/87 o trgovini emisijama zagađenja[18] napravljena su dva politička kompromisa koja su potpuno u suprotnosti sa konceptom trgovine emisijama zagađenja u slučaju utvrđenog najvišeg nivoa zagađenja, onakvim kako je napred opisan.

Kao prvo, predviđeno je da prava takođe mogu biti dodeljena i novim kao i narastajućim kompanijama. Drugo, državama je ostavljeno pravo da odluče kome će pripasti prava u slučaju prestanka rada neke kompanije. Ovo je za rezultat imalo situaciju da su oslabili pritisci za zatvaranje neefikasnih kompanija. Takvi pogoni ranije bi bili zatvoreni, a prava na zagađenje bi mogla biti prodata. Na prvi pogled ove modifikacije su učinile da je sistem koji predviđa gornju granicu zagađenja počeo više da liči na sistem koji je zasnovan na trgovini kreditima za redukciju zagađenja, jer je takođe dozvoljavao veći ukupni obim zagađenja u slučaju da kompanije rastu, a istovremeno nije dozvoljavao prodaju prava na zagađenje u slučaju zatvaranja pogona.

[18] „Sistem trgovanja kvotama zagađenja propisan je u Evropskoj uniji radi postizanja ciljeva na čije se ispunjenje obavezala usvajanjem Kjoto protokola uz Okvirnu Konvenciju Ujedinjenih Nacija o promeni klime. Ovaj sistem omogućava privrednim subjektima zagađivačima, da procene da li im je isplativije investiranje u čistu proizvodnju od kupovine dozvole za zagađivanje. Takođe daje im vremena za investiranje“. Serjević, Vladimir/Serjević, Vanja, Instrumenti obezbeđivanja sredstava za zaštitu životne sredine, Zbornik: Ekologija i pravo, Niš, Pravni fakultet, 2011, str. 656.

Vlasničke relacije su svakako igrale ulogu u donošenju ovakve odluke. Naročito, činjenica da bi nejednak tretman postojećih i novoosnovanih kompanija bio politički neprihvatljiv. Iz ovoga proizilazi da su krediti za redukciju emisija ugljovodonika politički prihvatljiviji od modela u kojima se utvrđuje plafon zagađenja, a prava besplatno alociraju.

Kao što je već istaknuto Evropska Komisija je sačinila novu Direktivu (2009/29/EK) o trgovini zagađenjima u kojoj se kreiraju pravila o trgovini zagađenjima za period od 2013. do 2020. i kasnije. Novo u poređenju sa prethodnim periodom je, između ostalog, predviđeno fazno smanjivanje dozvoljene ukupne mase zagađenja, a ne zadržavanje postojeće cifre. Takođe predviđen je fazni prelaz sa besplatne alokacije prava ka prodaji na aukcijama.

Sledeća novina je da je svaka država članica sada obavezana da besplatno alocira prava zagađenja na novoosnovane kompanije kao i one koje investiraju u proširenje kapaciteta, a ne da je to samo jedna od opcija kao što je to bio slučaj ranije. Takođe, za sve zemlje članice ustanovljena je obaveza da im se prava na zagađenje redukuju ukoliko dođe do zatvaranja neke fabrike ili se u nekoj od fabrika proizvodnja smanji. Isto tako je predviđeno da se u periodu od 2013. do 2020. dozvoljena ukupna granica zagađenja smanjuje za 1,74% godišnje. Napokon, predviđa se da se na aukcijama mora prodavati najmanje 20% prava počevši od 2013. sa postepenim povećanjem tako da se 2020. dostigne 70% ukupne dozvoljene cifre zagađenja. Za 2027. ovom Direktivom se predviđa da svih 100% prava moraju biti predmet aukcijske prodaje[19].

Direktivom je predviđeno da se u energetskom sektoru proces prelaska na aukcijsku prodaju odvija bržim tempom. U ovom sektoru sva prava moraju biti predmet aukcijske prodaje već u 2013. sa izuzetkom novih članica bivših zemalja državnog socijalizma gde se prelaz na aukcijsku prodaju u energetskom sektoru mora realizovati do 2020.

Direktivom je prvobitno bilo predviđeno da se sa aukcijskom prodajom otpočne 2011, ali je izmenom Direktive Komisija 2011. propisala kao godinu početka primene 2012.

Prema Direktivi zemlje članice mogu slobodno da odluče kako će koristiti prihode od prodaje prava na zagađenje, ali se preporučuje da se najmanje 50% ovih prihoda koristi u vezi sa klimatskim promenama. Izuzetak je predviđen za kompanije u sektorima gde postoji intenzivna emisija ugljovodonika, a one na svetskom tržištu konkurišu kompanijama iz zemalja u kojima ne postoje utvrđene gornje granice zagađenja. U principu u

[19] Woederman, E./Nentjes, A., The European Union Emissions trading Hybrid, Univ. Groningen, Faculty of Law, Working paper Series in Law and Economics, July 2011, str. 5.

slučajevima ovakvih kompanija predviđeno je da se svih 100% do dozvoljene granice alocira besplatno tokom čitavog perioda od 2013. do 2020. No, vredi napomenuti da će se ukupna masa prava za ovu vrstu kompanija ipak smanjivati u skladu sa smanjenjem ukupne dozvoljene mase zagađenja za sve kompanije u svakoj pojedinačnoj zemlji Evropske Unije.

Davanje prava postojećim kompanijama zasniva se na standardima zagađenja po jedinici proizvoda pomnoženo sa brojem proizvedenih jedinica 2005 (ili na osnovu proseka ostvarenog za period 2005-2007. ako je on veći). Ovaj eks ante utvrđeni reper je baziran na prosečnoj emisiji zagađenja na 10% postrojenja sa najmanjom emisijom zagađenja po jedinici proizvoda po pojedinim granama industrije za godine 2007. i 2008.

Međutim, lobiranje onih grana industrije koje su predmet regulacije količine dozvoljenog zagađenja našlo se usled neočekivane reakcije suprotstavljeno lobiju potrošača energije, koji su odbijali da prihvate povećanje cena električne energije kod kompanija koje su svoja prava na količinu zagađenja dobile besplatno. Zahvaljujući protivljenju potrošača Komisija Evropske Unije je dobila politički prostor da donese odluke kojima se u ovim slučajevima prelazi na aukcijsku prodaju prava na zagađenje.

U slučajevima besplatne raspodele prava na zagađenje: novoosnovane kompanije kao i one koje povećale svoje proizvodne kapacitete (za više od 10%) takođe su dobijale pravo na učešće u raspodeli besplatnih prava pod istim uslovima kao i postojeće kompanije bez obzira o kojoj se grani radi. Da bi ovo moglo biti ostvareno stvorena je „rezerva“ od 5% ukupno ranije raspodeljenih prava.

Ako bi eventualno dolazilo do zatvaranja nekih fabrika ili značajnog pada proizvodnje prava na zagađenje koja su dobijena besplatno morala su biti vraćena. Sva prava koja bi eventualno u nekoj godini ostajala neraspoređena prodavana su na aukciji uz prethodni odbitak prava koja su dobijena besplatno kao i prava dodeljenih iz rezerve za novoosnovane firme. Takođe i sva prava koja bi eventualno preostala iz rezerve za novoosnovane firme su prodavana na aukciji. Ovo je bila posledica činjenice da je pravilima propisano da se sva prava koja nisu alocirana kao besplatna moraju prodati na aukciji i na taj način osigurati da celokupan limit prava na zagađenje svake godine bude iznesen na tržište.

V

Iz svega napred iznetog proizilazi pitanje kako će funkcionisati besplatna alokacija prava na zagađenje posmatrano sa ekonomskog aspekta. Da bi se dobio odgovor na ovo pitanje mora se napraviti razlika između sledećih alternativa:

1. Odluka kompanije kako da koristi instalisane kapacitete i prava na zagađenje koja usto idu: da li za proizvodnju proizvoda, ili pak da se odluči da besplatno dobijena prava prodaje.

2. Odluka kompanije koja treba da bude doneta u slučaju proširenja njenih kapaciteta: proširenje kapaciteta može biti planirano ili za povećanje proizvodnje ili pak radi dobijanja dodatnih besplatnih prava na zagađenje koja onda mogu biti prodavana radi prisvajanja profita.

Toliko dugo koliko se proizvodni kapaciteti postojeće kompanije ne menjaju masa besplatnih prava na zagađenje je poznata unapred. Povećanje ili smanjenje proizvodnje u okviru postojećih kapaciteta ne utiče na količinu prava na zagađenje dodeljenih toj kompaniji. Kao što je već istaknuto, u tom slučaju može da se postavi pitanje oportunitetnog troška, tj. dodeljena prava na emisiju zagađenja se koriste kada se proizvodi, a to znači da se gubi potencijalni prihod od prodaje prava na zagađenje što bi bilo moguće kada kompanija ne bi proizvodila. Ili drugim rečima rečeno, oportunitetni trošak je deo cene proizvoda, iako će to u velikoj meri zavisiti od elastičnosti tražnje[20].

Treba podvući da je iz napred iznetog praktično udžbenički jasno da pri planiranju proizvodnje prava na emisiju moraju da budu uzeta u obzir. To znači da potencijalni profiti od proizvodnje i prodaje svojih proizvoda moraju biti upoređeni sa profitima koji bi bili ostvareni pri odustajanju od proizvodnje i ostvareni prodajom prava na zagađenje. Jasno je da će svaka kompanija izabrati onu opciju koja je za nju profitabilnija.

I novoosnovane kompanije i kompanije koje proširuju svoje proizvodne kapacitete takođe se suočavaju sa izborom: da li proizvoditi i prodavati svoje proizvode, ili prodavati dozvoljena prava na zagađenje. Kada novoosnovana kompanija ili kompanija koja proširuje svoje proizvodne kapacitete dobije besplatna prava na zagađenje i kod nje se javlja pitanje oportunitetnog troška. Moguće je da se prodaja besplatnih prava pokaže kao profitabilnije rešenje od povećanja proizvodnje i prodaje. To će se desiti u slučaju kada prihod od prodaje besplatnih prava prevazilazi troškove povećanja kapaciteta, pošto u tom slučaju nema oportunitetnih troškova, jer se prodaju besplatno dobijena prava.

Sledeće važno pitanje je kako bi se sistem o kome je bilo reči i koji je kreiran odlukama Komisije Evropske unije mogao odraziti na ponašanje kompanije unutar Evropske unije? S tim da se ovo pitanje samo delom odnosi na kompanije koje su izložene međunarodnoj konkurenciji, jer se njima sva prava na zagađenje, kao što je već napomenuto daju bes-

[20] Npr. oportunitetni trošak će samo delom uticati na cenu ako se radi o oligoposkoj tržišnoj strukturi.

platno. Na kratki rok kapaciteti su poznati i sledstveno tome obim prava na zagađenje je isto tako poznat. Pravo na zagađenje koje je potrošeno u proizvodnji ne može biti prodavano. Cena koja je plaćena za dozvole za zagađenje prema tome predstavlja oportunitetni trošak[21]. Zajedno sa varijabilnim troškovima proizvodnje oportunitetni trošak postaje deo cene koštanja proizvoda na kratki rok.

Međutim, na dugi rok obim kapaciteta je varijabilna veličina podložna odlučivanju. Investiranje u proširenje kapaciteta ima dvostruku funkciju. Kao prvo ono kreira tehničke mogućnosti za proširenje proizvodnje. Ali isto tako na taj način se kreiraju i dodajna prava na zagađenje. Cena prava na zagađenje je ustvari jednaka ceni gradnje kapaciteta potrebnog da bi se dobilo to pravo. Znači zajedno sa varijabilnim troškovima proizvodnje, trošak kreiranja komplementarnog prava na zagađenje ulazi u cenu koštanja autputa gledano na dugi rok.

Dobijanje besplatnih prava u slučaju proširenja kapaciteta kao i mogućnost njihove prodaje u slučaju smanjenja kapaciteta stavlja pred kompanije potrebu za donošenjem odgovarajućih strategijskih odluka.

Da li će se ići na proširenje kapaciteta zavisi od toga koja je cena proizvoda i cena dozvole za zagađenje u odnosu na relevantne troškove.

Kada je cena proizvoda toliko niska da ne može da pokrije svoje varijabilne troškove, uključujući i oportunitetni trošak za dozvole za zagađenje, korišćenje kapaciteta da bi se proizvodilo pravi gubitke, dok bi prodaja prava na zagađenje donosila profit. Proširenje kapaciteta radi dobijanja besplatnih dozvola je mnogo profitabilnija varijanta nego ekspanzija proizvodnje.

Na kratki rok posmatrano to znači da se mešoviti sistem Evropske Unije za trgovinu emisijama zagađenja kada je reč o korišćenju kapaciteta ne razlikuje od čistog sistema trgovine dozvolama pri utvrđenoj ukupnoj gornjoj granici zagađenja. U oba modela kompanija će odustati od korišćenja kapaciteta radi proizvodnje i prodavati svoje neiskorišćene dozvole kada cene proizvoda padnu ispod nivoa varijabilnih troškova proizvodnje uvećanih za troškove pribavljanja dozvola. Razlika je u tome što će u čistom sistemu gornjeg ograničenja zagađenja i trgovine dozvolama

[21] Oportunitetni trošak je trošak alternative koje se moramo odreći da bismo obavili određenu aktivnost ili trošak odricanja od dobitka koji bismo imali da smo izabrali alternativnu aktivnost.

To znači da je oportunitetni trošak najveća propuštena dobit do koje bi došlo da je izabran neki drugi način upotrebe kapitala. Npr. izgubljena kamata predstavlja oportunitetni trošak za preduzeće koje umesto da novac uloži u banku i dobije kamatu za taj novac taj novac uloži u kupovinu opreme. O ovome vidi opširnije u: Đ. Popov/F.Stanković, Osnovi ekonomije, Pravni fakultet u Novom Sadu, 2012, str. 1-3.

kapaciteti biti smanjivani ili zatvarani na dugi rok radi prilagođavanja nižem autputu, dok bi oni bili održani radi zadržavanja dozvola u sistemu trgovine dozvolama za zagađenje koji je kreiran u Evropskoj uniji.

Još značajnija razlika sastoji se u tome što će u sistemu Evropske unije odluka o proširenju kapaciteta biti doneta samo u slučaju da se dobiju prava na zagađenje. U sistemu Evropske unije profit se ostvaruje kada je cena proizvoda ispod varijabilnih troškova proizvodnje uvećanih za troškove dozvola i kada su troškovi stvaranja novih kapaciteta niži od cene dozvola.

Opšte uzev može se reći da anticipacija visokih cena za zagađenje u kombinaciji sa niskim cenama proizvoda čini da je verovatnije da će odluka o veličini kapaciteta biti doneta pre iz strateških razloga nego vodeći računa o proizvodnji. Ustvari, mogućnost da se prodaju prava na zagađenje kada cene proizvoda na tržištu padaju omogućava kompanijama da nastave da prave profite, dok to ne bi bilo moguće kada prava na zagađenje ne bi bila dodeljivana besplatno u slučajevima proširenja kapaciteta. To ohrabruje menadžmente kompanija da ulaze u veće rizike kada je reč o opasnosti da investiraju u suvišne kapacitete.

Kritičari ističu da su nova pravila Evropske unije o zagađenje neefikasna, ali se njihova kritika ne odnosi na uticaj koji ova pravila imaju na proizvodnju. Utoliko ako se vodi računa o planiranju proizvodnje novi sistem ima isto dejstvo kao i udžbenički primer čistog sistema zasnovanog na određivanju najvišeg nivoa zagađenja. Prema tome nova pravila ispunjavaju kriterijume ekonomske efikasnosti ukoliko se poštuje alokacija redukcije zagađenja na jednoj strani kroz tehnička unapređenja i na drugoj strani kroz ograničenja proizvodnje. Međutim, nedostatak efikasnosti postaje vidljiv u slučaju kada dođe do investicija u nova postrojenja, a ta nova postrojenja se ne koriste u proizvodne svrhe. Sa društvene tačke gledišta to je uzaludno trošenje resursa. Takvi oblici neefikasnosti se ne dešavaju u čistom sistemu određenog najvišeg nivoa zagađenja.

Kasnije je EU elaborirala nova pravila prema kojima se limitira alokacija novih besplatnih dozvola u onoj srazmeri u kojoj je proizvodnja smanjena[22]. Grubo rečeno, to znači ako proizvodnja opadne manje od 50% neće doći do gubitka dozvola, ali će dozvole biti oduzete ako pad proizvodnje bude veći od 50%.

Loša strana ovog rešenja je ta što na dugi rok posmatrano može za posledicu imati da preduzeća da bi sačuvala prava na zagađenje neće zatvarati zastarela i neefikasna postrojenja.

[22] Woederman, E./Nentjes, A., The European Union Emissions trading Hybrid, Univ. Groningen, Faculty of Law, Working paper Series in Law and Economics, July 2011, op. sit. str. 9.

Nova pravila su između ostalog kreirana i da bi se destimulisalo seljenje proizvodnje iz EU u treće zemlje u kojima postoji liberalniji tretman zaštite životne sredine. O tome koliko je ovaj problem ozbiljan postoje različita mišljenja. Tako naprimer Svetska banka iznosi procenu da će u EU i SAD do 2020. u poređenju sa 2005. doći do smanjenja zagađenja za 20% uz istovremeni porast zagađenja u zemljama u razvoju od svega 1%.[23] Po svemu sudeći neki drugi troškovi imaju daleko veći uticaj na odlučivanje da li će se proizvodnja seliti iz razvijenih u manje razvijene zemlje.

VI

Sistem trgovine zagađenjima može biti efikasan instrument u borbi protiv zagađenja životne sredine. Nažalost on ponekad može da proizvede i neželjene rezultate. EU, kao što je navedeno, planira da u periodu 2013.-2020. uvede mešoviti sistem trgovine zagađenjima koji bi trebalo da destimuliše investiranje u energetski intenzivne proizvodnje i kapacitete. Ovim sistemom se takođe nastoji kreirati i sistem implicitnih podsticaja da se proizvodnja, tj. zagađenje seli u zemlje koje nemaju ozbiljnu politiku zaštite životne sredine, što ustvari znači da će zagađenja i dalje postojati ali na drugim lokacijama.

Sistem takođe podstiče investiranje u sektore koji su izloženi međunarodnoj konkurenciji pošto se za njih predviđa dodajna mogućnost dobijanja besplatnih prava na emisije zagađenja mada se tu radi o dosta komplikovanoj i skupoj proceduri. No, izgleda da bi sistem trgovine u režimu postojanja ukupnog ograničenja zagađenja uz sistem paušalnih podsticaja za te sektore kojim bi im bili nadoknađeni troškovi zaštite od zagađenja mogao biti jednostavniji i efikasniji.

[23] Matoo, A, Subramanian, D, van der Mensbrugghe, J., Reconciling Climate Change and Trade Policy, World Bank Policy Research Working Paper 5123, 2009.

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

Some Economic Aspects of Legislation of The European Union on Trade with Pollution Permits

Abstract

Introduction emphasizes that the paper deals with the analysis of the economic effects of the EU Directive on trade with pollution permits. The ideas of trading with pollution permits have their theoretical origins in the economic analysis of law.

The second part provides an overview of the two main trading systems with pollution permits. In one system is limited the total mass of pollution that can be traded. This system is essentially a pure tradable permit system. The second system is based on trade with pollution reductions in the future. This section, also pointed out the existence of the possibility for manipulation with the market for pollution permits. There is also a review of basic forms of manipulation.

The third part is dedicated to a comparative analysis of the effectiveness and efficiency of various trading systems with pollution permits. Special attention is given to the impact of the opportunity cost on preferences by certain companies. In the fourth part the paper analyzes the Directive of the European Commission 2003/87 and 2009/29 on trade with pollution permits, and the expected results in the reduction of pollution for each of them. The fifth part of the paper predicting the behavior of companies within the EU as a result of the Directive 2003/87 and 2009/29. In the sixth and final section the paper concludes that: trade with pollution permits can be an effective instrument in the battle against environmental pollution. But unfortunately sometimes could produce unintended results.

Key words: pollution permits, European Union, trade with pollution permits, European Union 2003, European Union Directive 2009, mixed system of the European on trading with pollution permits, standards for emissions, market manipulation, opportunity costs, credits for reducing pollution, pollution permits for free, efficiency of the system

Originalni naučni rad 628.4:34]:061.1EU(497.11)
doi:10.5937/zrpfns46-3196

Dr Stevan Šogorov, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

O PRAVNOM POJMU OTPADA[1]

***Sažetak**: Pravno definisanje pojma otpada je ključno za uspešnu primenu propisa o zaštiti životne sredine. U pravu EU i pravu zemalja članica otpad se ujednačeno definiše kao je definisan kao „svaki materijal ili predmet koje njihov posednik odbaci, želi da odbaci ili je dužan da odbaci."Nasuprot tome, u pravu Republike Srbije otpad je definisan kao„svaki predmet ili supstanca, kategorisan prema utvrđenoj klasifikaciji otpada sa kojim vlasnik postupa ili ima obavezu da postupa, odnosno upravlja". Za pravni pojam otpada je, međutim, odlučujuće da se otpad definiše kao pokretna stvar kao i da se ona dovede u subjektivnu vezu sa elementima koji moraju biti prisutni kod njenog posednika, bez obzira da li je vlasnik ili ne. Ti elementi su odbacivanje, volja (želja) za odbacivanjem ili obaveza odbacivanja. Zbog toga se otpad pravno može prikladno definisati kao svaka pokretna stvar koju njen posednik odbaci, želi da odbaci ili je dužan da odbaci.*

1. Uvodne napomene

Jasno pravno definisanje otpada je jedno od ključnih pretpostavki uspešne primene propisa o zaštiti životne sredine. Otuda veliki interes nauke i struke za probleme pravne identifikacije otpada.

Od kolikog je praktičnog značaja pravno definisanje otpada može se naslutiti iz jednog jednostavnog, životnog primera. Jedan preduzetnik je sakupljao neispravne automobilske, traktorske i kamionske akumulatore,

[1] Ovaj rad je nastao kao rezultat istraživanja na naučno-istraživačkom projektu „Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo" koji finansira Ministarstvo za nauku Republike Srbije.

s namerom da ih popravlja ili da ih proda proizvođačima akumulatora radi reciklaže. Kako se bavio i drugim poslovima, gomila neispravnih akumulatora, sa kiselinskom tečnošću u njima, se u njegovom skladištu neprekidno uvećavala, a vreme zadržavanja takvih akumulatora na skladištu se stalno produžavalo. Jednog dana mu je u posetu došla inspekcija nadležna za postupanje s otpadom i saopštila mu da je dužan da akumulatore preda organizaciji ovlašćenoj za prihvatanje i postupanje s otpadom. Pored toga izrečena mu i novčana kazna zbog toga što nije na zakonom propisani način postupao sa otpadom. Preduzetnik je, naprotiv, smatrao da je njegovi akumulatori nisu otpad već vredne sekundarne sirovine koje može dobro da unovči. Zbog toga je njihovo oduzimanje ocenio kao nezakonito otuđenje stvari u njegovoj svojini.

Ovakvih i sličnih primera ima mnogo. Slična je situacija i na mnogim skladištima oštećenih i neispravnih automobila i drugih motornih vozila, ali i na skladištima sakupljača drugih sekundarnih sirovina. Otuda se za primenu odgovarajućih propisa o zaštiti životne sredine kao suštinsko javlja pitanje kada neka stvar postaje otpad, tj. kada se na nju imaju primeniti propisi koji se tiču otpada. Ili drugim rečima rečeno, šta je to što neku stvar kvalifikuje kao otpad. Odgovor na ovo pitanje se može dati samo kroz jasno određivanje pravnog pojma otpada. U ovom radu će se pokušati pojmovno određivanje otpada s osvrtom na odgovarajuće propise evropskog, nemačkog i našeg prava.

2. Normativno definisanje

Pojam otpada je normativno definisan u mnogim evropskim zemljama. Kad se, međutim, legalne definicije otpada međusobno uporede, vidljivo je da među njima postoji velika sličnost. Ona je proizašla iz normativnog definisanja otpada u Evropskoj Uniji. Način na koji je otpad definisan, a zatim i normativno uređen u EU, bitno je uticao na njegovo definisanje i normativno uređivanje ne samo u zemljama članicama EU već i u drugim zemljama, posebno onim koje su na putu da postanu članice. U tom smislu ilustrativno je poređenje legalnih definicija otpada u pravu EU, Nemačke i Srbije.

U *pravu EU* ključni propisi[2] o otpadu su dve opšte direktive koje su do sada donete. Prva je direktiva Saveta Evropske ekonomske zajednice od 15. jula 1975. godine o otpadu (daljem tekstu: prva direktiva)[3]. Ova direktiva je važila sve do 12. decembra 2010. godine, do kada su sve zemlje članice morale da u svoja nacionalna zakonodavstva ugrade drugu

[2] Za pregled pravnog uređivanja otpada u EU vidi napr.: Messerschmidt, K.: Europäiches Umweltrecht, München, 2011, s. 843 i dalje.

[3] Službeni list EZ, br. L 194 s.47.

direktivu o otpadu. Ta druga direktiva je Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta od 19. novembra 2008 godine (u daljem tekstu: druga direktiva).[4]

Pre prve opšte direktive 1973. godine bila je doneta jedna specijalna direktiva koja se odnosila samo na jednu vrstu otpada, s tim da je otpad bio definisan preko posebnog kataloga predmeta odnosno materijala koji se smatraju otpadom.[5]

U prvoj opštoj direktivi pod pojam otpada podvode se „svi materijali i predmeti koje njihov posednik odbaci ili je dužan da odbaci.“[6] Prema drugoj direktivi otpad je „svaki materijal ili predmet koje njihov posednik odbaci, želi da odbaci ili je dužan da odbaci.“[7] Kako se vidi, za definisanje otpada u pravu EU karakteristično je nekoliko momenata. Pre svega, pod otpadom se podrazumevaju „materijali i predmeti“. Zatim, otpad se uvek dovodi u pravnu vezu s njegovim posednikom. Konačno, karakter otpada imaju samo „materijali i predmeti“ koje njihov posednik odbaci, ili je dužan da odbaci. Razlika u definasanju otpada u navedene dve direktive je samo u tome što se u drugoj direktivi dodaje da karakter otpada imaju i materijali i predmeti koje njihov posednik „želi da odbaci“.

U *nemačkom pravu* pojam otpada je doživeo izvesnu evoluciju. U zakonu koji je donedavno važio[8] karakter otpada su imale „sve pokretne stvari koje potpadaju pod navedene grupe u Prilogu (1) i koje njihov posednik odbaci, želi da odbaci ili je dužan da odbaci“[9] Pri tome se razlikuje otpad za iskorišćavanje (tj. otpad koji se supstancijalno ili energetski iskorišćava ili se može iskoristiti) od otpada koji se ne može iskorišćavati, pa se mora odstraniti.[10] Kako se vidi, ovakvo definisanje je kazuistič-

[4] Ova direktiva je objavljena u Službenom listu EU br. L 312, s. 3 22 novembra 2008 godine, a stupila je na snagu 12 decembra iste godine. Sve zemlje članice bile su dužne da novu direktivu ugrade u svoja nacionalna zakonodavstva do 12. decembra 2010. godine.

[5] Direktiva 73/405 Evropske ekonomske zajednice.

[6] Čl. 1 st. 1 pod. a) Prve direktive.

[7] Čl. 3 st. 1 t. 1 Druge direktive.

[8] U pitanju je Zakon o podsticanju cirkularne privrede i osiguranju ekološki održivog iskorišćavanja otpada (Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Beseitigung von Abfällen - Kreislaufwirtschafts- und Abfallgegetz - KrW-/AbfG) od 27.09.1994 (BGBl. I S. 2705). Ovaj zakon je važio sve do 31.-05.2012. godine, kada je zamenjen novim.

[9] U ovom zakonu otpad je definisan na sledeći način „Abfälle im Sinne dieses Gesetzes sind alle beweglichen Sachen, die unter die in Anhang I aufgeführten Gruppen fallen und deren sich ihr Besitzer entledigt, entledigen will oder entledigen muß. Abfälle zur Verwertung sind Abfälle, die verwertet werden; Abfälle, die nicht verwertet werden, sind Abfälle zur Beseitigung.“(par. 3 st. 1 ovog zakona).

[10] O različitim oblicima iskorišćavanja i postupanja s otpadom vidi više napr. u našem radu: „Oblici izbegavanja i zbrinjavanja otpada kao predmet pravnog regulisanja“, Zbornik radova Pravnog fakulteta Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 3/2011, Tom I s. 43-52

ko, podrazumeva imenovanje kategorija pokretnih stvari koje se imaju smatrati otpadom. Osim toga pod otpadom se podrazumevaju pokretne stvari, što je pojam koji u pravu ima jasno definisano značenje.

U važećem nemačkom pravu[11] pod pojmom otpada razumeju se „svi materijali ili predmeti koje njihov posednik odbacuje, želi da odbaci ili je dužan da odbaci“.[12] U odnosu na prethodno zakonsko definisanje uočljive su dve promene. Za otpad se više ne govori da su to „pokretne stvari“, već su to sada „materijali ili predmeti“. Druga se promena sastoji u tome da se napušta raniji metod kazuističkog nabrajanja kategorija otpada u posebnoj klasifikaciji.

U našem pravu otpad se definiše kao „svaki predmet ili supstanca, kategorisan prema utvrđenoj klasifikaciji otpada sa kojim vlasnik postupa ili ima obavezu da postupa, odnosno upravlja“.[13]

Navedena definicija ima nekoliko karakterističnih tačaka. U njoj se, najpre, otpad određuje kao „predmet ili supstanca“, pri čemu nije sasvim jasno šta se podrazumeva pod predmetom, a šta pod supstancom, niti je dovoljno jasno koji bi bio kriterijum njihovog razlikovanja. Drugo, pod otpadom se podrazumeva samo onaj predmet ili supstanca koji je kategorisan u klasifikaciji otpada, što znači da mora biti nominalno pomenut u posebnom propisu o katagorizaciji i klasifikaciji otpada. Nadalje, otpad, kao predmet ili supstanca se vezuje za njegovog vlasnika ali ne i za druga lica. Konačno, da bi neki predmet ili supstanca imala karakter otpada potrebno je da vlasnik sa njima postupa ili da ima obavezu da postupa, odnosno upravlja.

3. Elementi za određivanje pojma otpada

Normativne definicije pokazuju da je za pravno određenje pojma otpada neophodno postojanje dva elementa, od kojih je jedan objektivnog a drugi subjektivnog karaktera.

---

[11] Novi zakon ima isto ime kao i prethodni. Naziv mu je Zakon o podsticanju cirkularne privrede i osiguranju ekološki održivog iskorišćavanja otpada (Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Beseitigung von Abfällen - Kreislaufwirtschaftsgesetz - KrWG) a donet je 24.02.2012. godine (BGBl. I S. 212) sa važenjem od 01.06.2012. godine.

[12] Par. 3 st. 1 važećeg Zakona o podsticanju cirkularne privrede i osiguranju ekološki održivog iskorišćavanja otpada Nemačke (Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Bewirtschaftung von Abfällen (Kreislaufwirtschaftsgesetz - KrWG) otpad je definisan kao „ alle Stoffe oder Gegenstände, derer sich ihr Besitzer entledigt, entledigen will oder entledigen muss“.

[13] Član 3 st. 1 t. 20 Zakona o zaštiti životne sredine.

Objektivan karakter ima sama identifikacija otpada kao stvari (materije, supstance) u spoljašnjem svetu. Međutim, nijedan stvar po sebi nije otpad, ona to svojstvo može biti imati samo u odnosu na čoveka, odnosno društvo. Otuda je za svako definisanje otpada neophodno postojanje tog subjektivnog elementa, koji se iskazuje kroz identifikaciju subjekta zbog čijeg činjenja ili nečinjenja neka stvar postaje otpad, kao i kroz identifikaciju njegovog odnosa prema stvari koja ima takav karakter.

3.1. Priroda otpada

Kako se iz kratkog pregleda legislativnih definicija vidi, objektivni element otpada se definiše kao „pokretna stvar[14]“, „kao matrijal i predmet“ odnosno kao „predmet ili supstanca“. Kada se ovakva određenja pravno analiziraju, jasno je da da je pravnom sistemu najprikladnije definisanje otpada kao „pokretne stvari“. Pojam pokretne stvari je u pravu (bar kontinentalnom) jasno definisan, razvijen i razjašnjen ne samo u velikim građanskim kodifikacijama i drugim zakonima, već i kroz sudsku praksu i pravnu teoriju. Nasuprot tome, pojmovi kao „predmet“ „supstanca“ ili materija“ imaju pravno neodređeno značenje, što može bitno da utiče na adekvatnost i ujednačenost prakse pri primeni propisa koji ovakve pojmove sadrže.

Pokretne stvari su u privatnom pravu sve stvari koje su u prostoru jasno ograničene, tj. jasno razgraničene od drugih stvari.[15] Za određenje pokretne stvari nije bitno da li se nalazi u čvrstom, tečnom ili gasovitom stanju, bitno je samo da je u prostoru jasno ograničena. Zbog toga voda koja slobodno teče rekama nije pokretna stvar, pa to nije nije rečna voda zagađena hemikalijama.[16] Ali teško ulje ispušteno u more iz tankera, ako kao emulzija ostane kompaktno na površini ili se sa sedimentima u moru poveže, jeste otpad, budući da je prostorno ograničeno.[17]

Za pokretne stvari je takođe karakteristično da nisu povezane sa zemljištem. Zato zagađeno zemljište nije otpad, to svojstvo može imati samo zemlja iskopana sa zagađenog zemljišta.[18] Pored zemljišta u pojam otpada ne mogu spadati ni zgrade.[19]

---

[14] Ovako je napr. katalog primera tretirao Evropski sud u nekim slučajevima.

[15] V. napr. Hoppe, W.- Beckmann, M.- Kauch, P.: Umweltrecht, drugo izdanje, 2000., nap. 22 uz par. 30.

[16] V. napr. Schmidt, R.-Kahl, W.: op. cit. 243.

[17] Ibidem.

[18] V. detaljnije napr. kod: Kunig, u: Dolde, Umweltrecht im Wandel (Fg 25 J. GfU), 2001., nap. 13 uz par. 3.

[19] V. napr. Koch, H-J.: Umweltrecht, München, 2010, s. 323.

Nasuprot rečenom, „materija“ ili „supstanca“ u redovnom značenju ne podrazumevaju prostornu ograničenost niti razgraničenost prema drugim stvarima, napr. nepokretnostima, slobodnoj vodi ili vazduhu.

3.2. Problem kategorizacije prema utvrđenoj klasifikaciji

Kauzističko nabrajanje stvari koje se smatra otpadom je metod proizašao iz početne direktive EEZ iz 1973. godine. Bio je zatim upotrebljen i u nemačkom zakonu iz 1994.godine, a kristi se i u aktuelnom zakonu Republike Srbije. Mada na prvi pogled kao upućujući instrument koristi praktičnoj primeni identifikacije otpada, praksa je pokazala da je ovaj metod neprikladan. Ako se pod otpadom smatraju samo stvari izričito navedene u nekom katalogu (klasifikaciji) tada se polje primene propisa o otpadu nužno sužava. U pravu se odavno pokazalo da je život bogatiji i složeniji od svakog, pa i najiscrpnijeg nabrajanja. Ali ni onda kada se takav katalog shvati exempli causa, rezultati i primeni propisa nisu bili ohrabrujući.

Zbog toga se od kazurističkog metoda u savremenim zakonodavstvima odustalo. To važi ne samo za pravo EU već i za prava zemalja članica. Naše pravo je još zadržalo taj stari metod ali će se u daljem prilagođavanju našeg prava pravu EU taj metod najverovatnije napustiti. Ostaje, dakle, da se otpad definiše preko opšteg pravnog standarda kao „svaki materijal ili predmet koje njihov posednik odbaci, želi da odbaci ili je dužan da odbaci“.

3.3. Odbacivanje, volja za odbacivanjem ili obaveza odbacivanja

Već je naglašeno da nijedna stvar, sama po sebi nije otpad, pa ni onda kada ispunjava zahteve opšteg pravnog standarda ili kada je navedena u katalogu primera. Da bi ona to svojstvo stekla mora biti zastupljen još jedan, subjektivni element. On se, opet, iskazuje dvojako.

S jedne strane, potrebno je identifikovati subjekt koji stvar sa karakteristikama otpada odbacuje, želi da odbaci ili je dužan da odbaci, ili, terminologijom našeg zakona, sa kojom vlasnik postupa ili ima obavezu da postupa, odnosno upravlja. U pravu EU, u nemačkom pravu, ali i u pravima drugih članica EU, taj subjekt se definiše kao „posednik“ stvari, a ne kao vlasnik. U našem pravu se, naprotiv, on određuje kao „vlasnik“. Na taj način se obuhvat adresata norme o obavezama u vezi sa otpadom nepotrebno sužava. Iz prirode propisa o otpadu jasno je da se njima štite širi, društveni interesi, pa je opravdano svakog posednika otpada, bez obzira da li je on vlasnik ili ne tretirati kao adresata norme kojima mu se propisuju određene obaveze u vezi sa otpadom.

S druge strane, subjektivni element se odnosi na radnje i obaveze adresata norme u vezi sa otpadom. Prema regulativi EU i pravima njenih članica, da bi neka stvar bila otpad neophodno je da je posednik „odbaci, želi da odbaci ili je dužan da odbaci". U poređenju sa ovom regulativom, određivanje ovog dela subjektivnog elementa u našem pravu se čini neadekvatim jer se kao otpad definiše predmet ili supstanca sa kojim vlasnik „postupa ili ima obavezu da postupa, odnosno upravlja". „Postupanje" je nesumnjivo širi pojam od „odbacivanja" jer vlasnik (ali i posednik) neke stvari ima i druge pravne obaveze u vezi sa održavanjem i korišćenjem stvari, pa i one koje nemaju nikakve veze sa odbacivanjem.

Shodno tome, za određivanje pojma otpada je apsolutno neophodno da se subjektivni element vezuje za „odbacivanje" a ne za „postupanje". Za odbacivanje kao čin je karakteristično da se vlasnik ili posednik stvari nje oslobodio, da je svojevoljno napustio državinu, da je više ne tretira kao stvar koju želi dalje da koristi.

Subjektivni element odbacivanja se, opet, može javiti u obliku faktičkog odbacivanja ili u obliku želje za odbacivanjem. Pored toga propisima se može utvrditi i obaveza odbacivanja, ali ona ulazi u tzv. objektivni pojam otpada.

Faktičko odbacivanje postoji kada vlasnik odnosno posednik stvar iskoristi (napr. kroz reciklažu, energetsku ili termičku obradu) ili je odstrani, ili je kao otpad deponuje. Pri tome je nebitno da li je tog odstranjivanja, i time gubitka vlasti nad stvari, došlo sa ili bez njegove volje, napr. zbog više sile ili slučaja.[20] Takođe je bez značaja da li je vlasnik odnosno posednik pre faktičkog odbacivanja imao obavezu da stvar odbaci ili ju je odbacio iako tu obavezu nije imao.

Želja (volja) za odbacivanjem je takođe dovoljna da bi se neka stvar tretirala kao otpad. Faktičko odbacivanje je samo krajnji trenutak u kojem neka stvar steći karakter otpada. Ali, ona to svojstvo može steći i pre tog trenutka, ako posednik izrazi volju (želju) da je u bližoj budućnosti odbaci. Problem mogu biti situacije u kojima volja posednika za odbacivanjem nije izričito iskazana. U teoriji, ali i u nekim zakonodavstvima, zastupa se stav da se može utvrđivati i pretpostavljena volja za odbacivanjem, ako ima dovoljno indicija za takvu pretpostavku.[21] Tako u nemačkom pravu postoji pretpostavka da volja postoji ako su u industrijskoj proizvodnji preostale supstance koje nisu bile nameravane da budu proizvedene.[22] Ali, ako se pri

[20] V. u tom smislu presudu Evropskog suda Rs. C-252/05 (Thames Water Utilities).

[21] V. Schmidt, R.-Kahl,W.: op. cit. s. 244-246.

[22] V. par. 3 III 1 Nr. 1 Zakona o podsticanju cirkularne privrede i osiguranju ekološki održivog iskorišćavanja otpada Nemačke.

proizvodnji želeo dobiti i neki upotrebljivi nuzprodukt, on ne predstavlja otpad. Isto tako postoji zakonska pretpostavka da se radi o otpadu ako za je za posednika preostala supstanca bila sa upotrebljivim ciljem, ali je taj cilj u međuvremenu za njega nestao.[23]

Obaveza odbacivanja postoji kada je to zakonom predviđeno. Nije prihvatljivo da vlasnik odnosno posednik određene stvari dalje drži ili iskorišćava, ako je to u suprotnosti sa opštim interesom da se ona kao otpad odbaci. Obaveza odbacivanja se obično propisuje kada pokretne stvari izgube svoju prvobitnu svrhu pa zbog svog sadašnjeg stanja predstavljaju opasnost za opšte dobro odnosno za čovekovu okolinu. Ipak, i stvar koja predstavlja opasnost po okolinu ne mora nužno biti kvalifikovana kao otpad ako je njen vlasnik odnosno posednik može odmah privesti neškodljivoj novoj nameni. Isto tako ako on takvu stvar može prodati na redovnom tržištu za dalje namene kupca, neće postojati indicija da se radi o stvari koja ima svojstva otpada.[24]

4. Prestanak svojstva otpada

Ako su kod neke pokretne stvari svi elementi, kako objektivni tako i subjektivni, ispunjeni ona mora biti definisana kao otpad. To svojstvo ona zadržava sve dok se na zakonom propisani način ne preradi (reciklira) ili energetski ili supstancijalno ne iskoristi, odnosno ne deponuje. Ovo je ujedno i jedini način da stvar kvalifikovana kao otpad izgubi to svojstvo.

5. Pravna definicija otpada

Na osnovu svega rečenog moglo bi se zaključiti da se *otpad pravno može definisati kao svaka pokretna stvar koju njen posednik odbaci, želi da odbaci ili je dužan da odbaci*. Na ovaj način se uvažavaju ne samo svi elementi pojma otpada prisutni u savremenoj legislativi EU i evropskih zemalja, već i jasno definisani instituti evropskog privatnog prava.

[23] V. par. 3 III 1 Nr. 2 istog zakona.
[24] Upor. za nemačko pravo: Schmidt, R-Kahl, W.: op. cit. s. 247.

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

About the Legal Definition of Waste

Abstract

The paper is based on the statement that the adequate legal definition of waste is one of the key prerequisites of successful implementation of regulations on environmental protection. By analysing EU, German and Serbian regulations, the author comes to the conclusion that for the concept of waste several elements of the objective and subjective character are necessary. It is necessary to objectively determine waste as chattel. However, in order for a thing to become waste, it is necessary for its possessor (who may not necessarily be the owner) to disclaim it, want to disclaim it or be required to disclaim it. Therefore, in the conclusion of the analysis waste is legally defined as any chattel its possessor disclaims, wants to disclaim or is required to disclaim.

Key words: waste, normative definition, legal concept of waste, chattel, disclaim, willingness to disclaim, requirement to disclsim

Originalni naučni rad 35.077.3(497.11)(094.5)
doi:10.5937/zrpfns46-3219

Dr Dragan Milkov, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

REFORME UPRAVNO-PROCESNOG ZAKONODAVSTVA U SRBIJI[1]

***Sažetak**: Srbija je kao članica tadašnje Kraljevine Jugoslavije imala Zakon o opštem upravnom postupku još od 1930. godine, svega pet godina nakon Austrije koja je, kao prva zemlja na svetu, kodifikovala upravni postupak 1925. godine. Taj propis je važio da kraja drugog svetskog rata, a socijalistička Jugoslavija je svoj prvi Zakon o opštem upravnom postupku donela 1956. godine. Zakon iz 1956. godine je više puta menjan i dopunjavan, ali nijednom suštinski. Umesto toga, vršene su manje izmene i dopune ovog Zakona, najčešće terminološkog karaktera. Štaviše, i važeći srpski Zakon o opštem upravnom postupku je, suštinski posmatrano, taj isti propis, uz neznatne izmene.*

***Ključne reči:** uprava, upravno-procesno zakonodavstvo, upravni postupak.*

1. Uvodne napomene

Jedno od pravno-tehničkih obeležja normi koje čine izvore upravnog prava predstavlja i dinamičnost. Naime, norme upravnog prava se veoma često menjaju i to toliko često da se izvori ove grane pravnog sistema menjaju više puta godišnje. Međutim, ta karakteristika važi za materijalnopravne izvore upravnog prava, dok se to ne odnosi i na formalne, procesne izvore. Naime, procesni izvori upravnog prava poseduju mnogo veću stabilnost od materijalnih izvora i ako se može ustanoviti neka statistička

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

pravilnost, onda se može reći da se promene Zakona o opštem upravnom postupku dešavaju u proseku jednom u deceniji. Pri tome, treba istaći i to da su promene Zakona o opštem upravnom postupku relativno malobrojne, a da se u suštinu ovog propisa nije mnogo diralo. U tom smislu, može se slobodno reći da je današnji Zakon o opštem upravnom postupku sa manjim izmenama i dopunama na snazi praktično od 1930. godine. Promene koje su vršene u ovom propisu bile su uslovljene uglavnom promenama u političkom i pravnom sistemu zemalja u čijem sastavu je Srbija bila, sve do ponovnog nastanka samostalne srpske države.

2. Istorijski pregled

2.1. Nastanak Zakona o opštem upravnom postupku

Nakon prvog svetskog rata Srbija je kao nezavisna zemlja ušla u zajedničku državu južnih Slovena, Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca, koja je od 1929. godine promenila svoje ime u Kraljevinu Jugoslaviju. S obzirom na veliki politički i pravni uticaj Austro-Ugarske monarhije, čiji pravni sistem je čak činio i deo prava delova zajedničke južno-slovenske države, nije neobično da je prvi jugoslovenski Zakon o opštem upravnom postupku donet veoma brzo nakon Austrijskog zakona i da je u velikoj meri rađen po njegovom uzoru.

Kodifikacija upravnog postupka je po prvi put izvršena u Austriji 1925.[2] godine. Veliku zaslugu za primat Austrije u donošenju prvog sistematskog i zaokruženog propisa o upravnom postupku ima, s jedne strane, pravna praksa austrijskog Vrhovnog upravnog suda. Naime, U Austriji je upravni spor uveden relativno rano. Njegovi koreni se vide još od Ustavnog zakona o sudskoj vlasti iz 1867. godine, kojim je bilo predviđeno da pojedinac koji smatra da su mu odlukom upravne vlasti povređena kakva prava može zaštitu ostvariti pred upravnim sudom (član 15).[3] No, do realizacije ove načelne odredbe došlo je tek 1875. godine kada je donet poseban Zakon o upravnom sudu. Tim zakonom je obrazovan austrijski upravni sud koji je počeo da vrši svoju delatnost 1876. godine, a ona se protezala na čitavo carstvo. Nakon prestanka Au-

[2] U pravnoj teoriji se javlja i usamljeno mišljenje francuskog autora Gi Brebana koje odudara, od shvatanja gotovo svih autora upravnog prava, koji prihvataju primat Austrije u kodifikaciji upravnog postupka. Naime, ovj autor je smatrao da je prvi opšti procesni zakon donela Španija 1889. godine (Guy Braibant, Institutions administratives comparées, Fondation Nationale des sciences politiques fasc. II, Paris, 1974-1975., str. 379).

[3] Bliže o ovome Dragan Milkov, Upravno pravo III – Kontrola uprave, Izdavčki centar Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2011., str. 57.

strougarske monarhije, zakonom iz 1919. godine je formiran novi Upravni sud za područje Republike Austrije, koji je u odnosu na stari zakon kao jedinu novinu sadržao drugačiji način izbora sudija. U svim ostalim elementima se primenjivao i nadalje zakon iz 1875. godine. Štaviše, prema Zakonu o upravnom sudu Austrije, ovaj sud je, između ostalog, bio nadležan i da poništava odluke uprave zbog nedostataka u postupku donošenja. Sa druge strane, veoma značajna su bila i dostignuća istaknutih austrijskih pravnih teoretičara, od kojih je nesumnjivo najveći uticaj na kodifikaciju izvršio Tecner (Friedrich Tezner). Tecner je analizirao praksu austrijskog upravnog suda, koji je zbog nepostojanja kodifikovanog upravnog postupka, sam morao da formuliše određena procesna pravila. Sistematsku analizu rada Upravnog suda Tecner je objavio 1896. godine pod naslovom „Priručnik austrijskog administrativnog postupka", a 1922. je objavio prvo izdanje knjige „Austrijski administrativni postupak". Te knjige i praksa austrijskog Upravnog suda, bili su od velikog uticaja na kodifikaciju upravnog postupka.

Austrijski Zakon o upravnom postupku se sastoji, u stvari, od četiri zakona: Zakona o opštem upravnom postupku, Upravno-kaznenog zakona, Zakona o administrativnom izvršenju i Uvodnog zakona za upravnoprocesne zakone. Nakon drugog svetskog rata ovaj Zakon je ponovo proglašen u prečišćenom tekstu 1950. godine. Značaj ovoga Zakona je, pre svega, u tome što je to prvi takav kodeks u svetu, ali i u njegovom kvalitetu. U pitanju je celovit propis procesnog karaktera, ali sastavljen veoma koncizno i usklađeno (ima ukupno 93 paragrafa, ako se zajedno računaju Zakon o opštem upravnom postupku i Zakon o administrativnom izvršenju). Taj zakonik je bio uzor za mnoge druge zemlje, pa i za predratni jugoslovenski Zakon.

Primerom Austrije krenule su, najpre, susedna Čehoslovačka 1928. godine, zatim Poljska iste godine, a 25. novembra 1930. godine Zakon o opštem upravnom postupku je donela i Kraljevina Jugoslavija (stupio na snagu 26. februara 1931.).

Posmatrajući prvi jugoslovenski Zakon o opštem upravnom postupku iz 1930. godine, može se reći da je rađen u velikoj meri po austrijskom uzoru. Prvi projekat ovoga Zakona pripremio je poznati hrvatski autor profesor Ivo Krbek. Taj projekat je, sa određenim izmenama i dopunama, usvojen 9. novembra 1930. godine, a objavljen 25. novembra sa stupanjem na snagu protekom tri meseca od objavljivanja. Mada je rađen po austrijskom modelu, već na prvi pogled se uočava da je jugoslovenski ZUP imao gotovo dvostruko više članova od austrijskog (176). Razlog za ovakvo povećanje nalazi se u tome što je jugoslovenski zakonodavac

uneo u upravni postupak brojne odredbe parničnog postupka. U tom smislu, može se reći, a to važi i danas, da se u Zakonu o opštem upravnom postupku nalaze mnoge norme koje su više primerene prirodi parničnog, a manje upravnog postupka. Promene koje su vršene u Zakonu o opštem upravnom postupku donele su ne samo uvećavanje broja članova, već i unošenje novih normi rađenih po uzoru na parnični postupak.

2.2. Period posle Drugog svetskog rata

Jugoslovenski Zakon o opštem upravnom postupku iz 1930. godine formalno je važio do Drugog svetskog rata. Posle Drugog svetskog rata, stvaranjem novog političkog uređenja, prekinulo se sa kontinuitetom u odnosu na ranije propise. Na osnovu Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije (Sl. list FNRJ broj 86/46) svi pravni propisi su prestali da važe, pa tako i Zakon o opštem upravnom postupku. No, pojedine odredbe ranijih propisa, koje nisu bile u suprotnosti sa novim uređenjem, mogle su da se primenjuju i nadalje, tako da su neke upravno-procesne norme iz predratnog ZUP-a nalazile svoju primenu u praksi. Pored toga, ovaj procesno-pravni vakuum (od oslobođenja do 1956. godine u Jugoslaviji nije postojao Zakon o opštem upravnom postupku) je bio popunjavan i normama nekih posebnih propisa (to se pre svega odnosi na Zakon o narodnim odborima iz 1952. godine).[4]

Formalno-pravnu prazninu u pogledu postojanja procesnog propisa kojim se uređuje način rada prilikom odlučivanja u upravnim stvarima Jugoslavija je popunila tek jedanaest godina nakon kraja Drugog svetskog rata. Naime, prvi posleratni jugoslovenski Zakon o opštem upravnom postupku donet je 19. decembra 1956. godine. Ako se ovaj propis uporedi sa predratnim, može se reći da su mnoge ranije odredbe preuzete i da su dodate nove koje treba da odražavaju promene u političkom sistemu. Stoga je u posleratnom Zakonu gotovo udvostručen broj članova (303 prema 176), tako da je po svom obimu i sadržini postao najrazrađeniji propis takve vrste u svetu. Karakteristično za ovaj propis je, a to je možda i razlog obimnosti, da su u njemu detaljno regulisana ne samo strogo procesna pitanja (pokretanje i tok postupka, opštenje organa i stranaka, utvrđivanje činjenica, dokazivanje i sl.), već i pitanja koja se odnose na organe ovlašćene za vođenje postupka, njihovu nadležnost, ovlašćenja službenih lica, kao i administrativno izvršenje. U odnosu na predratni Zakon, uočava se da novi ZUP sadrži i opšta načela na kojima čitav propis počiva, kojima

[4] v. Dragan Milkov, Upravno pravo II – upravna delatnost, Izdavčki centar Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2012., str. 72.

se još više naglašavaju ciljevi upravnog postupka, a to su potpuna zaštita zakonitosti i zaštita prava stranaka[*]. Istovremeno, kao što je već rečeno, u Zakon o opštem upravnom postupku je unet veći broj normi primerenijih parničnom, nego upravnom postupku.

Zakon o opštem upravnom postupku iz 1956. godine je, suštinski posmatrano, važio u kontinuitetu sve do danas. Sve što je činjeno u međuvremenu, tiče se samo unošenja određenih izmena i dopuna. Nikada nije donet suštinski nov Zakon o opštem upravnom postupku, a to se odnosi i na današnji važeći Zakon Republike Srbije.

Izmene i dopune Zakona o opštem upravnom postupku su po pravilu sledile nakon donošenja novih ustava jugoslovenske države. Međutim, za razliku od ustava, koji jesu bili skoro uvek zaista novi, u suštinskom smislu, Zakon o opštem upravnom postupku je samo u manjem broju članova menjan i dopunjavan, ali je uvek zadržavao svoju suštinu. Prve izmene i dopune su vršene 1965. godine (nakon donošenja Ustava iz 1963. godine), druge promene su bile 1977. nakon donošenja čuvenog Ustava iz 1974. godine. Tim Ustavom je u Socijalističkoj Jugoslaviji uvedeno samoupravljanje i društvena svojina. U tom smislu, odgovarajuće promene su izvršene i u Zakonu o opštem upravnom postupku. Poslednje izmene i dopune Zakona o opštem upravnom postupku pre raspada zajedničke države izvršene su 1986. godine. Te promene su obuhvatile svega 17 članova i odnosile su se na normiranje obaveza organa koji vodi upravni postupak u slučaju nedonošenja rešenja u zakonom predviđenom roku, na dokazna sredstva, pravna sredstva i na novčane kazne.

2.3. Period nakon raspada Jugoslavije

Početkom devedesetih godina otcepljenjem najpre Slovenije, zatim Hrvatske, Bosne i Hercegovine i Makedonije prestala je da postoji nekadašnja zajednička država Jugoslavija. Srbija i Crna Gora su nastavile da žive u zajedničkog državi koja se najpre zvala Savezna Republika Jugoslavija, u periodu od 1992. do 2003. godine, a zatim, nagoveštavajući definitivnu sudbinu zajednice, Srbija i Crna Gora. Konačno, i Crna Gora se otcepila od Srbije maja 2006. godine.

Političke promene koje su vršene u karakteru države u kojoj se nalazila Srbija, nisu imale svoje direktne posledice na Zakon o opštem upravnom postupku. Najpre su vršene promene ovog propisa 1996-1997. godine koje se mogu dovoditi u vezu sa Ustavom Savezne Republike Jugoslavije iz 1992. godine. Tek četiri (pet) godina nakon donošenja Ustava, iz-

[*] Što su ujedno ijedni od ciljeva kontrole organa uprave. v. Ljubomir Stajić, Kontrola policije i službi bezbednosti, Izdavački centar Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2012.

vršene su promene u Zakonu o opštem upravnom postupku i to uglavnom terminološke prirode. Za ove izmene i dopune je vezan i jedan kuriozitet, koji nije baš tipičan za savremeno zakonodavstvo. Naime, tadašnja skupština Savezne Republike Jugoslavije je bila dvodoma i za usvajanje propisa je bilo potrebno da bude prihvaćen u oba veća. Dogodilo se to da je u Veću Republika usvojen jedan tekst Zakona o opštem upravnom postupku, a u Veću građana je usvojen drugi tekst! Prema tadašnjem članu 92 Ustava SRJ, kada nije usaglašen tekst privremeno se primenjuje tekst zakona koji je usvojen u Veću građana. Taj tekst ostaje na snazi do konačnog usvajanja u oba veća, a najduže godinu dana od početka njegove primene. Ako dotle ne može da se usvoji zakon u istom tekstu u oba veća, dolazi do raspuštanja Skupštine. Tekst usvojen u veću građana je objavljen u „Službenom listu SRJ", broj 55 od 19. novembra 1996. godine, a stupio je na snagu 19. decembra 1996. godine. Posle toga, usaglašen tekst je usvojen u oba veća jula 1997. godine, a objavljen je u „Službenom listu SRJ" broj 33 od 11 jula 1997. godine.

Promene Zakona o opštem upravnom postupku iz 1996 (1997.) godine služile su uglavnom tome da se ovaj propis terminološki prilagodi novoj državi, odnosno novom ustavnom i pravnom sistemu. U tom smislu, moglo bi se načelno reći da su ove izmene i dopune imale za cilj prilagođavanje ovoga propisa promenama koje su se inače odvijale u društvu, pa i u pravnom sistemu.

Izmenama i dopunama Zakona o opštem upravnom postupku iz 2001. godine su samo promenjeni iznosi novčanih kazni.

2.4. Upravni postupak u samostalnoj Srbiji

Već za vreme postojanja državne zajednice Srbija i Crna Gora, Ustavnom poveljom je bilo predviđeno da republike članice treba da donesu svoje sopstvene propise o upravnom postupku. Time je napušten dugo važeći princip da je materija upravnog postupka u federalnoj nadležnosti. Nijedna republika nekadašnje Jugoslavije nije imala svoj sopstveni Zakon o opštem upravnom postupku, već je na snazi bio jedan zajednički savezni propis. Tako se dogodilo da i danas među propisima o upravnom postupku država članica nekadašnje Jugoslavije još uvek postoji velika sličnost.

U skladu sa Ustavnom poveljom, Crna Gora je iskoristila svoje pravo i donela sopstveni Zakon o opštem upravnom postupku 2003. godine.[5] Srbija to nije učinila, već je u njoj i dalje važio stari jugoslovenski Zakon, a na osnovu člana 20 Zakona za sprovođenje Ustavne pove-

[5] „Službeni list Republike Crne Gore", broj 60/2003.

lje državne Srbija i Crna Gora.[6] Naime, nekadašnji jugoslovenski Zakon o opštem upravnom postupku je nastavio da se primenjuje u Srbiji do donošenja njenog sopstvenog Zakona. Pri tome, treba istaći da Srbija ni nakon odvajanja Crne Gore 2006. godine, sada kao samostalna država Republika Srbija, nije donela svoj novi Zakon o opštem upravnom postupku, već je trebalo da prođu četiri godine pa da se izvrše samo manje terminološke promene u nekadašnjem jugoslovenskom Zakonu. To je učinjeno Zakonom o izmenama Zakona o opštem upravnom postupku maja 2010. godine.[7]

Srbija je kao po pravilu uvek kasnila sa promenama propisa i nerado se rastajala od starih pravnih akata. To je bio slučaj i sa Zakonom o opštem upravnom postupku. Još 2004. godine je grupa domaćih i stranih eksperata izradila za potrebe tadašnjeg Ministarstva za državnu upravu i lokalnu samoupravu nacrte novih Zakona o opštem upravnom postupku i Zakona o upravnim sporovima.

U nacrtu Zakona o opštem upravnom postupku iz 2004. godine unete su brojne suštinske novine, koje su trebale da poboljšaju ovaj propis i da otklone neke nedostatke koji u njemu postoje. Pored terminološkog usklađivanja sa nastalim političkim i pravnim promenama, u ovom Nacrtu je po prvi put bila data definicija upravne stvari, dodate se načelne odredbe o nemogućnosti izjavljivanja žalbe ako nema drugostepenog organa, kao i o načelnom pravu na žalbu u slučaju ćutanja uprave. U okviru načela pravnosnažnosti po prvi put je normirano da se u slučaju odbijanja zahteva takođe ne može doneti novi akt sa drugačijom sadržinom (načelo pravnosnažnosti), osim ako dođe do promene u činjeničnom ili pravnom stanju. Prema Nacrtu, vanbračna zajednica je bila izjednačena sa bračnom u pogledu razloga za izuzeće službenog lica, unete su odredbe koje predviđaju savremene načine uspostavljanja kontakta organa sa strankama preko elektronskih računara, kao i korišćenje drugih elektronskih uređaja. Tako su predviđeni elektronski podnesci, da se zapisnik može sačiniti i snimanjem, da se dostavljanje može vršiti i elektronskim putem, odredbe o blagovremenosti predaje elektronskog podneska, kao i odredbe o elektronskom potpisu. U Nacrt je uneta nova odredba kojom je predviđeno da se ne može uskratiti razgledanje delova spisa koji se vode kao poverljivi, ako su upotrebljeni kao osnov za odlučivanje, a u odredbe o dostavljanju su unete brojne novine koje su trebale da omoguće efikasniji postupak dostavljanja i spreče eventualno izbegavanje stranke da primi pismeno koje joj je

[6] „Službeni list Srbije i Crne Gore“, broj 1/2003.
[7] „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 30 od 7. maja 2010. godine.

upućeno. Odredbe Zakona, da stranka može ostvariti pravo na nadoknadu troškova postupka samo ako su bili opravdani, je izostavljena u Nacrtu, a po prvi put je bilo izričito normirano kada se smatra da ne postoje uslovi za pokretanje postupka, kao i u kojim slučajevima se upravni postupak prekida. U Nacrtu je po prvi put bila predviđena zaštita podataka o ličnosti, tako što je regulisano da se podaci o ličnosti mogu pribaviti samo ako je to dozvoljeno zakonom ili ako se saglasi stranka, odnosno lice na koje se podaci odnose[*]. Isto tako, prema tekstu Nacrta, poboljšan je položaj trećih zainteresovanih lica (pravnih interesenata), tako što je predviđena obaveza organa da iz pozove da učestvuju u postupku, kao i rok za žalbu u roku od 90 dana od dostavljanja stranci ako im nije priznato svojstvo zainteresovanih lica. Po prvi put je normirano da javne isprave imaju vremenski neograničenu dokaznu snagu ako se odnose na činjenice i okolnosti koje su po prirodi nepromenljive, što je tek znatno kasnije uređeno drugim propisima. Time je trebalo da se onemogući da organi svaki put prilikom podnošenja istovetnog zahteva stranke traže ponovno podnošenje već ranije podnetih javnih isprava. U Nacrtu je preciziran postupak u slučaju donošenja složenih upravnih akata, a po prvi put je izričito normirano da se dodaci (uslov, rok, nalog) smeju unositi u rešenje samo ako je to izričito predviđeno zakonom. Precizirano je da rok za donošenje rešenja važi samo u onim slučajevima kada se rešenje donosi po zahtevu stranke a za razliku od ranijeg Zakona, rokovi su određeni na dane, pri čemu je za prvostepeno rešenje predviđen rok od 30 dana u skraćenom postupku i 90 dana ako se vodi ispitni postupak. Rok za donošenje drugostepenog rešenja je bio usklađen sa Zakonom o upravnim sporovima, tako da je trebalo da iznosi 60 dana, a ne dva meseca kako je još uvek predviđeno u važećem ZUP-u, što je još uvek u suprotnosti sa Zakonom o upravnim sporovima (tamo je predviđeno 60 dana). Izričito je bilo navedeno da se žalba može izjaviti zbog bilo koje povrede materijalnog zakona, povrede procesnog karaktera ili povrede nadležnosti, što se u važećem Zakonu samo implicitno nalazi. U pogledu vanrednih pravnih sredstava bilo je predviđeno da povreda pravila o pravu na upotrebu jezika nije automatski razlog za ponavljanje, nego samo ako je to bilo od bitnog uticaja na odlučivanje, bilo je precizirano u okviru poništavanja po pravu nadzora da je reč o krivičnom delu prinude, iznude ili ucene, dok je kod oglašavanja rešenja ništavim bilo predviđeno da je naknadni

[*] Detaljnije o pravu na zaštitu podataka o ličnosti vidi u: Ljubomir Stajić, Kontrola policije i službi bezbednosti, Izdavački centar Pravnog fakulteta, Novom Sadu, 2012., str 30–32.

pristanak stranke moguć samo ako su inače bili ispunjeni uslovi da postupak bude pokrenut po njenom zahtevu.

Za razliku od važećeg Zakona, čije su odgovarajuće odredbe potpuno nejasne, bilo je precizirano da izvršenje rešenja sprovodi organ lokalne samouprave u slučajevima kada nije moguće da to učini prvostepeni organ, a nije određeno ko je nadležan. Prema važećem Zakonu, ako je posebnim propisima predviđeno da prvostepeni organ ne može da sprovodi administrativno izvršenje, ali nije istovremeno određeno koji je organ za to ovlašćen, tada izvršenje sprovodi nadležni „državni organ na čijem se području nalazi prebivalište, odnosno boravište ili sedište izvršenika, ako zakonom nije drugačije uređeno" (član 267, stav 2). Do Zakona iz 1996. godine bilo je predviđeno da to radi opštinski organ uprave nadležan za poslove opšte uprave, a u važećem Zakonu je ovo ostalo nejasno.[8] S obzirom na formulaciju, da je to državni organ, moglo bi se zaključiti da je to republički organ. No, ako se ima u vidu da je to organ čija se nadležnost određuje spram prebivališta odnosno boravišta, onda bi takva formulacija upućivala na zaključak da to nije republički organ (svi imaju prebivalište na području Republike Srbije). Stoga ostaje nejasno koji je organ u pitanju.

U pogledu izvršenja novčanih kazni u Nacrtu je bilo predviđeno da to čine organi nadležni za izvršenje prekršajnih novčanih kazni, kao i da organi lokalne samouprave sprovode prinudne mere za potrebe nedržavnih subjekata koji vode upravni postupak.

Nažalost, u tadašnjoj Srbiji nije postojala volja da se Zakonu o opštem upravnom postupku doda novi kvalitet, da se otklone neki nedostaci i unesu neke neophodne novine. Istina, ni sadašnji Zakon o opštem upravnom postupku nema mnogo nedostataka, ali ne postoji nikakav razlog da se u njemu nalazi makar jedan jedini! No, zalaganja stručnjaka i naučnika, pravnih teoretičara, nemaju nikakav značaj u situacijama kada izostane politička volja.

3. Umesto zaključka

Zakon o opštem upravnom postupku je po prvi put kodifikovan u Austriji 1925. godine. Srbija je u to vreme bila članica Kraljevine Jugoslavije, koja je kao četvrta država na svetu donela svoj Zakon o opštem upravnom postupku 1930. godine. Taj propis je formalno važio do kraja Drugog svetskog rata, a prvi posleratni propis je usvojen 1956. godine.

Zakon o opštem upravnom postupku predstavlja procesni propis koji je pokazao veliku stabilnost i čvrstinu. Čak i danas propisi o upravnom

[8] Ni ova norma nije menjana izmenama ZUP-a iz 2010. godine.

postupku država bivših članica SFR Jugoslavije imaju velike sličnosti. Ovaj propis je, slobodno se može reći, suštinski preživeo i nadživeo sve političke turbulencije i pravne promene koje su se dešavale na ovim prostorima.

U tekstu u kojem je usvojen 1956. godine, u tadašnjoj socijalističkoj Jugoslaviji, Zakon o opštem upravnom postupku je nastavio da živi sve do danas. Srbija je imala priliku da donese svoj novi Zakon, kojim bi se neke stvari i suštinski promenile, ali ona tu priliku nije iskoristila. Šta više, tokom 2004. godine urađen je i nacrt novog Zakona o opštem upravnom postupku Srbije, međutim, taj tekst nikada nije zvanično ni ušao u zakonodavnu proceduru.

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

Reforms of the Administrative-procedural Legislation in Serbia

Abstract

Serbia as a member of the Kingdom of Yugoslavia had the Law on General Administrative Procedure since 1930, only five years after Austria who was the first country in the world which codified administrative procedure 1925. This Law was applicable till the end of the World War II. A socialist Yugoslavia adopted its first law on general administrative procedure in 1956. This Law was amended several times, but never substantial. Instead, they carried out minor changes and amendments to this Act, mostly concerning only terminology.

Originalni naučni rad 340.130
doi:10.5937/zrpfns46-3293

Dr Gordana Vukadinović, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

VRSTE AUTONOMNOG PRAVA I SHVATANJA PRAVNOG PLURALIZMA*

***Sažetak**: Kao što nema opšteprihvaćenog značenja pravo tako još uvek ne postoji sasvim jasno i određeno značenje termina autonomno pravo. Veliki interes za autonomno pravo javlja se u praksi, kao i u teoriji, sociologiji i antropolagiji prava. Tom terminu pridaje se pet glavnih značenja : autonomno pravo kao teorijski pojam, podsistem prava, izvor prava, pravo rada i kao autonomno pravo identiteta. Kada je u pitanju autonomno pravo kao teorijski pojam, on je tesno povezan sa shvatanjem pravnog pluralizma. U radu se prati razvoj shvatanja pravnog pluralizma od Digia, Erliha, Petražickog, Gurviča preko Evana, Ljuelina, Hobela do Vanderlindena i Žan-Gi Beleja. Rad završava sa „novim pravnim pluralizmom" koji teži da postane jedino ispravno učenje (ortodoksija prava).*

***Ključne reči**: autonomno pravo, pravni pluralizam, vrste autonomnog prava.*

I

Kao što nema opšteprihvaćenog značenja pravo tako još uvek ne postoji sasvim jasno i određeno značenje termina autonomno pravo. Tom terminu pridaje se pet glavnih značenja[1]: autonomno pravo kao teorijski pojam, podsistem prava, izvor prava, pravo rada i kao autonomno pravo

* Ovaj rad je rezultat realizovanja projekta „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)" koji se finansira sredstvima Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu.

[1] Up. Mitrović D. M.: *Autonomno pravo*, Beograd, 2007, 25

identiteta. Kada je u pitanju autonomno pravo kao teorijski pojam on je tesno povezan sa shvatanjem pravnog pluralizma.[2] Inače, autonomno pravo se koristi u dva glavna značenja: užem i širem[3]. U užem značenju naziv autonomno pravo se koristi za sve društvene norme koje raspolažu svim svojstvima prava uključujući tu i državnu sankciju. U drugom, širem značenju autonomnim pravom nazivaju se i sve one društvene norme koje država ne sankcioniše, ali koje sadrže većinu zajedničkih svojstava prava, kojima raspolažu i državno i autonomno pravo[4]: spoljašnjost, heteronomnost, društvenost, regulativnost, merljivost, preciznost itd[5]. Isto kao i pravo uopšte, „tako i autonomno pravo može slobodno da se odredi i definiše, pa čak u različitim situacijama mogu da se koriste različiti pojmovi i definicije prava, jer je pojam prava nesaznatljiv do kraja, dok su njegove definicije konvencionalne.“[6]

Pojačan interes za autonomno pravo, u poslednje vreme, manifestuje se u povećanju broja radova[7]: zbornika, istraživačkih projekata, kao i pokretanje posebnog časopisa,[8] posvećenih pravnom pluralizmu u okviru kojeg se istražuje autonomno pravo. Govori se o „pravnim pluralizmima“, o „ novom pravnom pluralizmu“, o „novoj doktrini pravnog pluralizma“.

U pravnoj praksi postojali su i postoje mnogobrojni posebni oblici autonomnog prava, od običajnog, crkvenog, statutarnog, gradskog i zemaljskog, esnafskog (cehovskog) i prava gildi, trgovačkog, međunarodnog, autonomnog prava rada do autonomnog prava identiteta. Pored toga, u teoriji prava poznate su mnogobrojne vrste autonomnog prava u vidu intuitivnog, živog, socijalnog, prava integracije itd[9].

---

[2] Vukadinović, G.: O pojmu autonomnog prava, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu,* br.3, Tom I, 2011,162-172

[3] Mitrović D. M.: nav. delo, 26

[4] Isto

[5] Lukić R.: Pojam prava, *Zbornik za teoriju prava*, sv II, Beograd,1982, 82, 30 i dalje.

[6] Mitrović, D. M.: nav.delo, 26-27

[7] Otis, G.: *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, 2012; Le Roy, E.: Les pluralismes juridiques, *Cahiers d'anthropologie du droit*, Paris, 2004 ;Boy ,L.,Racine, J.B., Sueur, J-J.: *Pluralisme juridique et effectivitée du droit économique*, Paris, 2011; Snyder,F.: Gouverner la mondialisation économique: Pluralisme juridique mondial et droit européen, *Droit et société*, 2/2003, n 54,435-484; Coutu, M.: Crise du droit du travail, pluralisme juridique et souveraineté, *Lex Electronica*, vol 12, n 1, Montréal, 2007;Coutu, M., Guibentif, P.: Introduction: Le désenchantement de la pensée juridique critique ?, *Canadian Journal of Law and Society,* vol. 26, n 2, 2011, 215-225

[8] *Journal of Legal Pluralisme*, štampa se od 1981. godine. Odrednica o pravnom pluralizmu nalazi se u *Dictionaire encyclopédique* iz 1988 godine.

[9] Nastanak i istorijski razvoj autonomnog prava prate u pravnoj teoriji, različite klasifikacije: na iskustveno i nadiskustveno, objektivno i subjektivno, javno i privatno, nacionalno i međunarodno, pisano i nepisano, „čisto“ i mešovito autonomno pravo itd.

II

Začetke shvatanja o autonomnom pravu treba tražiti u prirodnopravnim učenjima koja ističu da pored državnog prava postoji i prirodno pravo, koje nije vezano za državu i stoji iznad nje i državnog prava. Za praćenje razvoja i raznovrsnosti shvatanja o vrstama autonomnog prava značajna su naročito sociološkopravna shvatanja po kojima pravo nije idealan, nadiskustven sistem već postoji i razvija se u stvarnosti. Nema samo država svoje pravo, već i svaka društvena grupa, organizacija i zajednica.[10] Polazna osnova za ovakav pristup pravu nalazi se u sociološkom i političkom pluralizmu, kao i u oštroj kritici pravnog pozitivizma. Složenost i heterogenost društvenog života uticao je na to da se u sociološkim istraživanjima s pravom ističe značaj mnoštva društvenih grupa i legitimnost njihovog učešća u stvaranju prava.

U Nemačkoj radovi Ota fon Girkea ukazali su na nezavisnost korporacija, koje država samo eventualno priznaje kao već stvorene pravne subjekte. Korporacija kao i svaka „organska" i organizovana zajednica stvara svoje pravo. Girke ne vezuje pravo za državu već insistira na odlučujućoj ulozi društvenih snaga u kreaciji prava (država, crkva opština itd.).

Francuski teoretičar prava i socolog Leon Digi nalazi temelj društvenog poretka u podeli rada i organskoj solidarnosti, tj. međuzavisnosti koja se u svesti ljudi spontano odražava, najpre kao moralna i ekonomska pravila, a zatim, i kao pravna pravila. Kada povreda solidarnosti postane dovoljno teška, tada mnoštvo pojedinaca tj. grupa shvata i prihvata da reakcija protiv prekršioca toga pravila mora biti društveno organizovana u vidu pravnih pravila. Tako pravna pravila nastaju spontano u društvu. Za Digia kao i Santi Romana i Morisa Orijua fakt-zajednica je onaj kriterijum pravnosti iz kojeg se tek izvodi normativna svest. Zato je razumljivo što se sociološke koncepcije združuju sa idejom društvenog prava. Što se tiče prava, Digi stiže do dualizma prava na sociološkoj osnovi. On razlikuje istinsko pravo, objektivno, društveno i državno pozitivno pravo. Društveno pravo stvara masa, ono proističe iz samog fakta postojanja društva.

[10] Tako, prema pristalicama ovog shvatanja bez obzira na razlike koje među njima postoje nije samo država stvaralac pravnih pravila nego ona nastaju autonomno u okviru ostalih društvenih organizacija i grupa među kojima je država samo jedna od značajnijih. Usled toga ova mnogobrojna i raznovrsna pravila nazivaju se *autonomnim pravom.*

Moris Oriju smatra da pravo treba da prethodi instituciji, ali samo kao običajno pravo. Oriju državu uzima ne samo kao prototip već i kao prvu instituciju od čijeg prava dalje zavisi obrazovanje ostalih institucija u društvu. Društveni život sastavljen od mnoštva institucija koje prirodno teže da stvore svoje sopstveno pravo nezavisno od države.

Proučavanje autonomnog prava kao nedržavnog nalazimo u okviru shvatanja pravnog pluralizma osnivača sociologije prava Eugena Erliha još od početka XX veka. U jednom članku napisanom, pred kraj života, za jedan italijanski časopis, Eugen Erlih ponavlja svoj stav o *živom* pravu. "Mnogi danas pogrešno misle da sve pravo proizvodi država sa svojim zakonima. Najveći deo prava ima neposredno poreklo u društvu pošto je ono unutrašnje uređenje društvenih odnosa, braka, porodice, korporacija, poseda, ugovora, nasledstva, i nikada nije svedeno na pravne norme."[11] Po njegovom mišljenju, pravo se stvara spontano, voljom pojedinaca i kolektiva izvan države u okviru pojedinih društvenih zajednica kao nezavistan i autonoman društveni fenomen u odnosu na državu, ono se stvara u normativnim faktima koja se nalaze u ubeđenju udruženja pojedinaca, u srcu društvenog života.[12]

Lav Petražicki je "veoma uspešno, snažno i dosledno izgrađivao koherentnu psihološku koncepciju, stanovište i teoriju"[13]. Za njega je pravo proizvod svesti, individualno i psihološko iskustvo. Preciznije, „imperativno-atributivni doživljaj."[14] Suprotstavljajući se shvatanjima koja podvlače jedinstvo prava čija se bit nalazi u državnoj prinudi, Petražicki ističe da postoji mnoštvo pravnih iskustava koji su proizvod emocija i intuicije. On razvija shvatanje *o intuitivnom pravu* „ koje ostaje individualno, individualno - raznoliko po sadržaju, nešablonsko pravo, te se može reći da po sadržaju skupova intuitivnopravnih ubeđenja, intuitivnih prava je onoliko koliko i individua". Svojim razmatranjima Petražicki je ukazao na psihološke aspekte koji mogu biti veoma plodonosni u proučavanju autonomnog prava. Iako zanemaruje formalne grupe i organizacije kao stvaraoce prava, on podvlači dinamizam pravnog života u neorganizovanom kolektivitetu i primarnim društvenim grupama.

---

[11] Ehrlich, E.: La Sociologia del diritto, *Rivista Internazionale di filozofia del diritto*, 1922, 102 cit. prema Faso G.: *Istorija filozofije prava*, CID, Podgorica, 2007 , 558

[12] Erlich, E.: *Fundamental Principales of Sociology of Law*, Cambridge, 1936

[13] Vračar, S.: Lav J.Petražicki- predvodnik psihologizma u jurisprudenciji, Pogovor *Teorija prava i morala,* Lava Petražickog, Beograd, Podgorica , Sremski Karlovci, 1999

[14] Petražicki, L.J.: *Teorija prava i morala*, Beograd,Podgorica , Sremski Karlovci, 1999, 381

Kao i u nizu drugih oblasti, ali i u proučavanju prava ogroman pomak napravio je Maks Veber. On smatra da postoje mnogobrojni pravni poreci zasnovani na autoritetu drugačijem od političkog autoriteta države. Isto tako, moderno evropsko državno pravo prihvata kao izričito „važeće" i norme drugih organizovanih grupa i preispituje njihove konkretne odluke.[15] Sve te mnogobrojne norme su takođe pravne norme u onoj meri u kojoj su zagarantovane primenom specijalnog aparata prinude. Dakle, mnogobrojni kolektiviteti mogu stvarati pravne norme, ali postojanje aparata za prinudu presudno je za pojam prava.

Idući za Petražickim, ali oslobađajući se „subjektivističkih i psihologističkih predrasuda" Žorž Gurvič razvija veoma kompleksnu i teško razumljivu teoriju mnogobrojnog društvenog prava kao *prava integracije* . Kao Dirkemov naslednik na Sorboni razvija ideju društvenog prava. To je pravo svakog društva, grupe, klase, organizacije, što znači postojećih društvenih zajednica na različitim nivoima, utemeljeno na kolaboraciji i kooperaciji. Pravo suštinski izražava spontano i intuitivno iskustvo osećanja pravde.[16]

Shvatanje pravnog pluralizma, posebno društvenog prava, od četrdesetih godina XX veka nije se dovoljno razvijalo u odnosu na tradicionalne pozitivističke teorije koje usmeravaju svoju pažnju na zakon i državno pravo. Tek početkom šezdesetih godina ponovo oživljava interesovanje za pravni pluralizam, posebno izraženo među američkim predstavnicima koji su se bavili sociologijom organizacije i antropologijom prava.

Sociologija organizacije ispituje složenost različitih organizacionih mehanizama i njihove osobene manifestacije prava. Prema Viljemu Evanu[17] pravo se ne vezuje za državu i njenu prinudu, nego specifičan društveno-strukturalni aspekt prava počiva na pojmu pravnog sistema. Strukturu pravnog sistema po njemu čine dva nužna i dovoljna elementa: mnoštvo pravnih normi i njima prilagođena uloga organa glavnih vlasti u državi (zakonodavna , upravna i sudska).

Dalji impuls za proučavanje pravnog pluralizma dala je antropologija prava[18], posebno proučavanjem vlasti u društvu bez države. Tako usmereno interesovanje omogućilo je pravnoj antropologiji da se oslo-

---

[15] Veber, M.: *Privreda i društvo,* Tom I, Beograd, 1976, 256

[16] Gurvitch, G.: *L'idée du Droit social*, Paris, 1932

[17] Evan, M.W.: Public and Private Legal System , *Law and Sociology,* Exploratory Essais, New York, 1962

[18] Lampe, E-J.: Rechtsantropologie.Entwiclung und Probleme, *Archiv für Rechts und Socialphilosophie,* N. 85, 2.Quartal, Heft 2,1999 ; Pospisil, L.: *Antropologie of Law,* New York, 1963; Rouland, N.: Le droit au pluriel, *Droits*, n. 11, 1990, 149 – 161.

bodi etatizma pozitivističkih pravnih teorija i da poveže proučavanje prava sa širokom društvenom problematikom, naročito dovodeći pravo u direktnu vezu sa društvenim promenama, posebno sa antropologijom sukoba.

Orijentacija antropologije prava na proučavanje sukoba bila je posebno inspirisana jednim delom Karla Ljuelina i E. Adamsa Hobela[19] napisanim još početkom četrdesetih godina prošlog veka. Proučavajući primitivno društvo upotrebom metoda slučaja (case study) oni su analizirali konfliktne situacije i pravne mehanizme kao reakciju protiv prekršioca norme. U celini konfliktna situacija i elementi koji je prate otkrivaju pravni život, oficijelno pravo jednog društva koje se primenjuje za regulisanje odnosa između grupa, ostavljajući celokupno mnoštvo odnosa unutar grupe nižim pravnim sistemima. Značaj ovakvog metodološkog postupka zasniva se na stavu da je pogrešno svođenje celokupnog primitivnog prava na grupno pravo, kao što je netačno svođenje modernog prava na individualistički shvaćeno državno pravo.

Baveći se problematikom pravnog pluralizma početkom sedamdesetih godina prošlog veka značajan prilog njegovoj sintezi dao je Žak Vanderlinden[20] ističući da je jedinstvo prava neopravdano i nepravedno, pošto se pomoću „jedinstvenog prava“ ne obezbeđuje pravda, a ni efikasnost prava. Pluralizmom se, naprotiv obezbeđuje nužno nekoliko efekata: afirmacija superiornosti dominantne grupe, osiguranje ravnoteže između jednakih grupa, ostvarenje specifičnosti i nezavisnosti institucija, kao i realizacija pravne decentralizacije. Svrha pravnog pluralizma nalazi se u uspostavljanju ili ponovnom uspostavljanju jedinstva prava koje se sastoji u materijalnoj i psihološkoj homogenizaciji društvenih grupa. Dakle, pravni pluralizam postoji kada se u okviru istog pravnog poretka, u identičnim situacijama primenjuju različiti pravni mehanizmi.[21] Ovim značenjima izraza pravni pluralizam dodaje i novo koje podrazumeva da unutar pravnog sistema postoji više pravnih podsistema.[22]

Posle više od dvadeset godina, u izmenjenim društvenim uslovima, pravni pluralizam Vanderlinden shvata drugačije. Prema toj novoj koncepciji:

---

[19] Llewellyn, K.,Hoebel E.A.: *The Cheyenne Way. Conflict and Case Law in primitive Jurisprudence*, Norman Univ. of Oklahoma Press, 1941

[20] Vanderlinden, J.: Le pluralisme juridique, essay de synthèse, *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, 1972

[21] Isto, 19 i dalje

[22] Isto, 22 i dalje.

- svaki pravni sistem je monistički u svom totalitarizmu; -to isključuje postojanje pluralističkih pravnih sistema; -pluralizam ipak nije ništa manje suštinska karakteristika pravnog sistema; -taj pluralizam koji se ne može smestiti u nivo društvenog sistema već se sreće sa onim individualnim, subjektom prava - prava shvaćenog u množini [23].

Dakle, Vanderlinden modifikuje svoju definiciju pravnog pluralizma na sledeći način: pravni pluralizam je stanje za indviduu u kome pravni mehanizmi zavise od različitih uređenja a prihvatljivi su za primenu u određenoj situaciji.[24]

Kod pojedinih sociologa prava pravni pluralizam je osnovna hipoteza njihove naučne discipline u proučavanju pravnog sistema. Za Karbonijea pravni pluralizam ogleda se u različitim manifestacijama „infra-prava" o čemu svedoči njegovo delo *Sociologija prava.* Po njemu državno pravo odgovara globalnom društvu ili naciji dok je „infra-pravo" efektivno za različite populacije (subkulture, društvene klase, grupe dece). „Infra-pravo" je povezano sa postojanjem i razvojem državnog prava. Tako na primer, mogu se primenjivati stara pravna pravila, formalno ukinuta od strane države, ali ipak živa, odnosno, važeća unutar jednog dela populacije (folklorno pravo). Takođe Karbonije, pravni pluralizam vidi i u postojanju narodne pravne svesti u samom državnim pravu (vulgarno pravo), a ona može biti manje ili više udaljena od svesti profesionalnih pravnika. Gledano u celini „infra-pravo" čini jedan poseban pravni sistem unutar globalnog pravnog sistema.[25]

Pored teorije prava, u savremenoj sociologiji raste interes za različite aspekte pravnog pluralizma i autonomnog prava. Henri Stjuart u Engleskoj i Kanađanin Žan-Gi Belej[26] na izvestan način mogu se smatrati nastavljačima ideja Erliha i Gurviča i to u onoj meri u kojoj se pojam pravnog pluralizma vezuje za društvene promene unutar zapadnih društava. Henri Stjuart [27] se zadržava na analizi oblika prava i pravde u sferi rada.

---

[23] Vanderlinden J.: Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique, http://www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/articles/vanderlinden.pdf

[24] Isto. Kako je prvu definiciju dao pre dvadest godina, duhovito dodaje da ima malo šanse da će se oglasiti posle sledećih 20 godina da bi omogućio „petlu da kukuriče tri puta".

[25] Ovu ideju o „infra-pravu" nalazimo takođe i u shvatanjima pravnog pluralizma Andre Žan Arnoa po kome „infra-pravo" čini mnoštvo pravnih sistema koji mogu biti u različitim odnosima sa pravnim sistemom koji postavlja politički autoritet. Kako ističe radi se o „simultanim polisistemima" (polysistemie simultanée) Arnaud, A-J.: *Critique de la raison juridique. Où va la sociologie du droit?*Paris, 1981, 273 i dalje

[26] Belley, J-G.: *Conflit social et le pluralisme juridique en sociologie du droit*, Paris II, (thèse) 1977

[27] Henry S. : *Private Justice. Towards integrated Theorizing in the Sociology of Law*, London , 1973

On ukazuje na to da su stvaranje i primena prava društveni procesi koji su izuzetno dinamični, obeleženi neprekidnim uzajamnim uticajima između formalnog i neformalnog, s jedne strane, i sa druge između različitih činilaca sistema privatne ili javne društvene kontrole. Ta međusobna interreakcija je konstitutivan elemenat svake pravne regulative.

Žan-Gi Belej se od svoje doktorske teze *Društveni sukob i pravni pluralizam u sociologiji prava* koju je odbranio u Parizu 1977. godine do danas, skoro pune četiri decenije, neprekidno bavi istraživanjem pravnog pluralizma pri čemu akcenat stavlja na društveni sukob. Izvanredno poznavajući dela Gurviča, Erliha i savremenih američkih autora, u svom doktorskom radu u prvi plan ističe nezavisnost državnih i nedržavnih manifestacija prava i pravde. Smatra da bi ta pitanja morala da se usredsrede na proučavanje dinamike centralizacije, odnosno, decentralizacije prava. Za njega je na globalnom nivou savremenih društava ova problematika povezana sa ključnim problemom analize, fenomenom etatizacije prava i podele pravnog regulisanja između države i drugih centara moći.

Kao profesor ugovornog prava i sociologije prava na Pravnom fakultetu Univerziteta Laval u Kanadi, a potom kao šef katedre privatnog prava na Univerzitetu Mek Gil, nastavlja da sledi naučni interes za pravni pluralizam. Kao proizvod toga 1998. godine objavio je delo *Ugovor između prava, ekonomije i društva.* Žan-Gi Belej zalaže se da teorijski pristup zasnovan na pravnom pluralizmu postane neophodan za tumačenje i primenu prava. Skretanje istraživanja u pravcu pravne dogmatike dovelo je 2002. godine do pojave važnog i inspirativnog priloga *Pravni pluralizam kao doktrina pravne nauke*[28].

U članku *Pravni pluralizam kao ortodoksija pravne nauke*[29] centar razmatranja je na suprotstavljanju individue i organizacije povezujući ih sa transformacijama ideje pravnog pluralizma. Ideja, ali ne i koncept pravnog pluralizma, bila je više sporna na početku XX veka, i suprotstavljena dominirajućem formalističkom pravnom pozitivizmu. Pravni pluralizam se vezuje za pokret pravnog realizma, ali sa posebnom odlikom da dovodi u pitanje centralizam države u donošenju pravnih pravila. Pozitivizam o kome je reč, doprineo je obnavljanju doktrine pravnog pluralizma. Suprotno ovome „novi pravni pluralizam" ima za cilj da postane jedino ispravno učenje (ortodoksija) prava. Paradoksalno, ideja pravnog pluralizma, rođena u intelektualnoj emancipaciji od formalizma, (i katka-

[28] Belley, J-G.: Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit, XVII e Congrès international des sociologues de langue française, organisé par l'AISLF à Tours, du 5 au 9 juillet 2004.

[29] Belley, J-G. : Le pluralisme juridique comme orthodoxie de la science du droit. *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 26, n. 2, 2011, 257-276

da emancipacije društvenog života u odnosu na državu), transformisala se u „novu ortodoksiju“ tj. pravnu doktrinu , sa bezličnom dominacijom, kada, na primer, proizlaze iz velikih ekonomskih organizacija, koja se odnosi na savremeno društvo i na pluralističke pravne poretke .

III

Na kraju, pojačano interesovanje za autonomno pravo javlja se s jedne strane u pravnoj praksi, a sa druge, u nauci, naročito: teoriji, sociologiji, antropologiji i sociologiji prava. U nauci, interes za ovu problematiku ukazuje da je svako društvo suštinski pluralističko zbog čega su shvatanja pravnog pluralizma veoma korisna i plodonosna.

Pravni pluralizam je univerzalni femomen, jer je svako društvo strukturalno pluralno u praksi, sa mnoštvom pravnih podsistema.

Na metodološkom i političkom planu različite antropološke i sociološke teorije teže da relativiziraju tendenciju da se država prikaže preko zakona kao glavnog izvora prava. Na metodološkom planu ove teorije insistiraju na nužnosti istraživanja različitih manifestacija prava izvan domena u kome je smeštena klasična teorija izvora prava, sa pravnim centralizmom kao odlučujućom metodom.

Poslednjih decenija XX veka idejno je započeta treća faza u razvoju autonomnog prava. Zahvaljujući takvom pristupu autonomno pravo je počelo sve više da se shvata i kao sredstvo za regulisanje odnosa koji se tiču široko shvaćenog prava na individualni i kolektivni autonomni identitet. Ali to je tema za neki drugi članak.

Gordana Vukadinović, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad

Types of Autonomous Law and Understanding of Legal Pluralism

Abstract

Just as there isn't a generally accepted meaning of the term *law,* there still isn't a completely clear and defined meaning of the term autonomous law.

There is a big interest for the autonomous law in practice and theory, sociology and law anthropology. Five main meanings are attributed to this term: autonomous law as a theoretic notion, a subsystem of law, source of law, law of work and autonomous identity law. When it comes to autonomous law as a theoretic notion it is closely linked with the idea of legal pluralism. This paper follows the development of the understanding of legal pluralism from Duguit, Ehrlich, Petrazycki, Gurvitch, through, Evan, Llewellyn, Hobel, to Vanderlinden and Jean-Guy Belley. The paper ends with 'a new legal pluralism' which has a tendency to become the only right school (legal orthodoxy).

Key words: Autonomous Law, Legal Pluralism. Types of Autonomous Law.

Originalni naučni rad 316:17
doi:10.5937/zrpfns46-2799

Dr Miloš Marjanović, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

SOCIOLOŠKI POJAM MORALA[1]

***Sažetak*:** *Autor najpre razmatra prvobitno jedinstvo celokupne normativne regulacije, iz koje se u kasnom rimskom carstvu izdvaja pravo, a tek u novom veku i moral. Analizirani su odnos između moralne i etičke refleksije i Veberovo razlikovanje etike čiste volje (Gesinnungsethik) i etike odgovornosti (Verantwortungsethik). Moral se određuje pomoću dobrog kao vrhovne vrednosti, kao osobena vrsta društvenih normi ali i kao vrsta ljudskog ponašanja. Ova tri određenja se mogu objediniti u integrativnom pristupu. Ispitane su dimenzije moralnih iskaza, subjektivna i objektivna strana moralnosti, kao i razlika između morala i moralnosti. Do opšteg pojma morala se ne može doći njegovim sadržinskim nego tek formalnim određenjem. To formalno određenje je konstituens i sociološkog pojma morala koji se odnosi na moral kao društvenu pojavu. Njegova suština je u određenju morala preko specifične norme, sa osobenostima u unutrašnjoj i spoljašnjoj obaveznosti (sa grižom savesti kao najosobenijom moralnom sankcijom i regulacijom koju vrši formalno neinstitucionalizovano ili difuzno društvo), kao i u sagledavanju morala kao društvenog procesa (delanja ljudi povezanih moralnim normama). Navode se osnovne vrste društvenih moralnih procesa – postojanje, obrazovanje, funkcionisanje i menjanje morala. Sažeto su analizirani uticaj društva na moral i društvene funkcije morala, sa posebnim osvrtom na odnos prava i morala.*

***Ključne reči*:** *normativna regulacija, moralna i etička refleksija, etika odgovornosti, moralnost, moralne vrednosti, norme i ponašanja, integrativni pristup, opšti i sociološki pojam morala, moral kao društvena pojava i proces, moral i društvo, moral i pravo.*

---

[1] Rad je sačinjen na projektu *Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)* koji se realizuje na Pravnom fakultetu u Novom Sadu.

Termin moral vodi poreklo od latinskih reči *mos* – običaj, *mores* – vladanje, *moralis* – ćudoredan, moralan, dok na grčkom *ethos* znači običaj, a *ethikos* moralan, ćudoredan.[2] U arhaičnim društvima drevnih naroda postojalo je prvobitno jedinstvo celokupne normativne regulacije – religije, običaja, prava, morala, na šta ukazuju svi stari zakonici i sve svete knjige. Zapravo, svete knjige su, istovremeno, bile običajni, pravni i moralni kodeksi. U evropskoj kulturi se razbijanje tog prvobitnog jedinstva odvija tek u kasnoj fazi razvoja rimskog carstva. Tada se sveta zapoved *(fas)* odvaja od prava *(ius),* dok se običaj i moral još nalaze u okrilju *mos, mores* kao jednog jedinstvenog termina. Pravo je počelo da služi za rešavanje sukoba koji nisu verski relevantni, a dalje se razvijalo kao relativno samostalni korpus znanja autonomnog, racionalnog, formalnog, logičkog i empirijskog karaktera.[3]

Ako se o moralu u strogom smislu reči ne može govoriti izvan kategorija savesti, slobode i samosvesti, onda je njegovo osamostaljivanje rezultat relativno kasnog istorijskog razvoja, vezanog za nastanak građanskog društva. O moralu se može govoriti tek ako postoji kao samostalna funkcionišuća realnost na jednom opštem istorijskom planu. Za Abelara, moralno ili dobro je samo ono što je u skladu sa savešću, a zlo, loše ili greh je ono što joj protivreči. Po Spinozi, moralnost je žudnja da se čini dobro, a do nje dolazi zato što se čovek u svom delanju rukovodi razumom. U tom novom, racionalističkom shvatanju moralnosti, razum se suprotstavlja tradiciji, konvenciji, dogmi, spoljašnjem autoritetu. Kao slobodno biće, čovek na osnovu razuma oblikuje sopstvenu savest kao obrazac i normu ponašanja. U klasičnoj nemačkoj filozofiji, kao filozofiji subjektiviteta građanskog društva u punom usponu, moralna problematika je temeljna problematika čoveka i društva. U obnovljenoj etici kao filozofskoj disciplini savest, sloboda, samosvest, ljudska priroda su osnovne moralne kategorije. Stoga je emancipacija morala izraz samosvesti čoveka modernog doba i u neposrednoj je vezi sa emancipacijom individualnosti.[4] Šta više, Pašukanis potpuno odbacuje postojanje morala u prvobitnom društvu. Ono što se danas smatra moralnim dužnostima, ranije se nije ispunjavalo iz moralne savesti nego instinktivno ili iz osećaja. Po njegovom mišljenju, moral je povezan sa postojanjem robno-novčane privrede. Naime, egoističkom čoveku koji se rukovodi svo-

[2] M. Kangrga, „Moral“, u: *Enciklopedija političke kulture,* Beograd, 1993, s. 698; D. Grlić, „Etika“, u: *Filozofijski rječnik,* Zagreb, 1965, s. 120.

[3] D. Babić, *Pravo i moral,* Osijek, 1987, s. 15 -18; D. Vrban, *Sociologija prava*, Zagreb, 2006, s. 181; J. Goričar, *Sociologija,* Beograd, 1977, s. 281.

[4] D. Babić, nav. delo, s. 28 – 29.

jim interesom i apstraktnom pravnom subjektu potrebna je moralna kategorija jednakopravne ličnosti kao posredujuća instanca. Pobuda da se dela moralno je pobuda da se dela slobodno, a to znači po savesti kao unutrašnjem uverenju. Sloboda uzajamno priznatih ličnosti, pak, doseže samo dotle dokle ih štite zakoni tržišta. Tako se, onda, pojmovi dobra i zla pojavljuju kao operacionalizacije pojmova koristi i štete.[5] Nasuprot tome, po Kropotkinu, „instinkt društvenosti", urođen čoveku ali i svim društvenim bićima ili, kako ga on još naziva „zakon uzajamne pomoći", nastao tokom evolucije prirode, je istočnik svih etičkih pojmova i celokupnog kasnijeg razvoja moralnosti. Poreklo ukupnog morala ili „ukupne etike", kako on kaže, leži u stalnom poistovećivanju individue sa širom celinom kojoj pripada, a iz toga su se razvila sva shvatanja o pravednosti kao i pojmovi o moralu.[6]

Dosadašnje razmatranje iziskuje da se na ovom mestu napravi razlika između moralne i etičke refleksije, odnosno između morala i etike. Imanentna refleksija kojom se procenjuje ispravnost naših namera naziva se moralna refleksija, a normativnu dimenziju takvog ljudskog delanja predstavlja moral (i to sa stanovišta dobra kao vrhovne vrednosti, dodali bismo). I dok moralna refleksija konstituiše moral i zato ima praktične svrhe, etička refleksija ga teorijski objašnjava. Ako se etička refleksija, odnosno etika kao teorija o moralu uzme u širem smislu, onda se može reći da ona postoji od kada čovek razmišlja o moralnom fenomenu, a to znači i pre i izvan filozofije, osobito u religiji i umetnosti, dok je u užem smislu to samo filozofska disciplina o moralu.[7] Drugim rečima, etička refleksija delatno-misaono posreduje postojeću, samoniklu moralnu materiju u njenoj životnoj neposrednosti, kako bi se u istoriji čovečanstva očuvala s mukom stečena konstanta ljudskosti. Dok se čovekovo moralno delanje, uglavnom, iscrpljuje u normativnoj regulaciji međusobnih odnosa u nekoj društvenoj zajednici, kako bi se život u njoj normalizovao i učinio podnošljivim, etičko je usmereno na faktičko ili misaono transcendiranje ili prekorečivanje postojećeg u opšteljudskom smeru. Princip mnoštva morala i jedinstva etike ukazuje da se i pored svekolike raznolikosti oblika morala, u etici metodički teži određivanju njegove biti, sistematizaciji i

[5] Isto, s. 29; A. Molnar, *Društvo i pravo: istorija klasičnih sociološkopravnih teorija,* Novi Sad, 1994, knj. 1, s. 157.

[6] P. Kropotkin, *Etika,* Podgorica, 2001, s. 80 i predgovor Ju. V. Gridčina, s. 19.

[7] A. Čović, „Pojmovna razgraničenja: moral, etika, medicinska etika, bioetika, integrativna bioetika," u: *Bioetika i dijete: moralne dileme u pedijatriji,* (A. Čović – M. Radonić, ur.), Zagreb, 2011, s. 12 -13.

transcendenciji.[8] Po drugom shvatanju, etički pluralizam je teorijski legitiman, pa i neizbežan, dok je moralni pluralizam, poznatiji pod nazivom moralni relativizam, zapravo, negacija morala. Naime, bit morala se obično označava kao „zlatno pravilo", a sastoji se u univerzalnom važenju moralnog pravila, odnosno u pridržavanju univerzalne moralne norme u individualnim postupcima i životnim situacijama. I dok se zlatno pravilo kao bit morala u religijskim i književnim artikulacijama izražava kao princip uzajamnosti, u filozofskim refleksijama se ono formuliše kao princip univerzalizacije ili poopštivosti. Međutim, ova dva principa nisu suprotstavljeni, nego komplementarni načini izražavanja iste biti moralnosti. Ovo stoga što princip uzajamnosti ima univerzalističku podlogu, dok princip poopštivosti ima za nužnu posledicu uzajamnost u međuljudskim odnosima.[9]

Moral se određuje pomoću dobrog kao vrhovne vrednosti, kao njegovo oličenje, najširа konkretizacija i društvena norma koja se najpotpunije ostvaruje. On obuhvata celokupno polje ljudskog delanja jer svaka ljudska radnja treba da bude ostvarena na moralu saglasan način. Stoga je određenje dobrog ne samo početni nego i glavni zadatak etike jer se na osnovu toga određuje šta je moral i propisuju moralne norme.[10] Moral se, često, određuje kao vrsta društvenih normi koje se odnose na ljudsko ponašanje, a neki autori mu daju prvenstveno značenje ponašanja.[11]

Zbog ovakvih određenja u filozofiji i nauci je vođena široka rasprava o tome da li je moral vrsta društvenih normi, društvenih vrednosti ili ljudskog ponašanja.[12] U gledištima u kojima se u prvi plan stavlja moralno ponašanje uočava se praktična, faktička strana morala i diskrepanca između normativnog i ostvarenog ali se zaboravlja da je moralno samo ono ponašanje koje je u skladu sa datim moralnim normama i vrednostima čije je postojanje, takođe, faktičko. Kada se prenaglašava normativna strana morala jer moral, doista, jeste, u prvom redu, sistem normi, onda se smeće s uma da te norme mogu biti u visokom stepenu neostvarene (posebno u situacijama anomije) ali i da su vrednosti latentna pozadina normi. Na primer, normom o zabrani ubistva štiti se ljudski život kao vrednost. Ako se, pak, naglašava vrednosna dimenzija morala, onda se ističe njegova suština koja se sastoji u težnji ka čovečnosti kao vrhovnom dobru, ali se gu-

[8] M. Kangrga, nav. delo, s. 699; M. Kangrga, „Moral", u: *Filozofijski rječnik,* Zagreb, 1965, s. 265 – 266.

[9] A. Čović, nav. delo, s. 13 – 14.

[10] R. Lukić, *Sistem filozofije prava,* Beograd, 1992, s. 210.

[11] M. Todorović, „Moral", u: *Sociološki rečnik,* Beograd, 2007, s. 335.

[12] S. Flere – M. Marjanović, *Uvod u sociologiju,* Beograd, 1990. s. 255.

bi iz vida da moral nije samo ideal nego i postojeća normativna regulacija i praktična realizacija u (ne)ostvarenom moralnom ponašanju. Stoga nam se čini da se integrativnom stanovištu približavaju ona gledišta u kojima se moral shvata kao sistem normi kojima se određuje šta je dobro a šta zlo, a na taj način i kako ljudi treba da se ponašaju u društvenom životu.[13] Na taj način se uvažavaju i idealna, i normativna, i faktička strana moralnog fenomena. Za ovu poslednju stranu, koja se ponekad naziva deskriptivnom naspram preskriptivne, sociologija je posebno zainteresovana.

Moralni i vrednosno-normativni iskazi uopšte imaju tri dimenzije ili vrste značenja – saznajno, ekspresivno i delatnosno.[14] Postoje mišljenja da je pravo racionalna tvorevina, a da moral sadrži i iracionalne i emocionalne elemente pa se zato moral ne shvata samo razumom, nego prihvata celim ljudskim bićem. Dok u pravu postoji pretpostavka nevinosti, u domenu morala već sumnja može biti dovoljna da neko izgubi dobar glas, u čemu se, na primer, ogleda emotivna dimenzija morala.[15] Insistiramo na rezlici između moralne svesti i moralnog delanja (ponašanja, prakse), a unutar moralne svesti na saznajnom, osećajnom i voljnom (kognitivnom, emocionalnom i konativnom) elementu. Podela na moralnu svest i moralnu praksu bi se mogla nazvati i podelom na subjektivnu i objektivnu stranu moralnosti (analognu subjektivnoj i objektivnoj religioznosti). Određivanje pojedinih dimenzija i indikatora obe ove strane moralnosti je veoma važno za njihovo empirijsko sociološko istraživanje. Isto tako, da bi se jedan moralni stav aktualizovao u moralno ponašanje, nije dovoljno imati slobodnu volju za to (iako je to neizostavan a, možda, i glavni uslov) nego je potrebno da budu ispunjeni, često, i mnogi drugi uslovi kako na strani subjekta, tako i na strani objekta moralnog delanja.

Kod subjektivne strane moralnosti važna je svest o dužnosti, a kod objektivne strane postojanje moralnih normi, koje ne zavise od pojedinačnog poznavanja i priznavanja, nego su rezultat zajedničkog života ljudi. Osnovna pretpostavka moralnog prosuđivanja je uračunljivost, koja podrazumeva i punu svest o mogućnim posledicama svog delanja. S obzirom na stepen moralne svesti i sposobnosti za nju mogu se razlikovati uračunljivi, smanjeno uračunljivi i neuračunljivi moralni subjekti.[16] Da bi se moglo govoriti o formiranoj savesti kao moralnoj samooceni, potrebno je da

[13] M. Todorović, nav. delo, s. 335.

[14] S. Stojanović, *Savremena meta-etika,* Beograd, 1991, s. 236.

[15] M. Pavčnik, „Moral kao izvor prava“, *Arhiv za pravne i društvene nauke,* 4/1982, s. 439.

[16] R. Lukić, *Sociologija morala,* Beograd, 1982, s. 210.

pored znanja postoji i osećaj dužnosti i obaveznosti. Objektivnu stranu moralnosti čine moralne norme kojima se određuje način postupanja u određenim situacijama, pri čemu su neki postupci poželjni, a drugi nepoželjni. Pitanje slobode je u osnovi morala i to u dvostrukom smislu – sloboda volje kao glavna pretpostavka moralnog delanja ali i kao proširivanje granica slobode u društvu, kao jednom od najbitnijih elemenata u njegovom humanizovanju.[17]

Svojevrsnu etiku odgovornost *(Verantwortungsethik)* zasnovao je Maks Veber, polazeći od filozofsko-antropološke pretpostavke da je čovekovo moralno rasuđivanje i delanje ne samo vrednosno nego i racionalno. Ovu etiku on suprotstavlja etici čiste volje *(Gesinnungsethik)* po kojoj je u čovekovom delanju važna sama namera, a ne i posledice. Bitan je ideal kome čovek teži iz najčistijih pobuda, a ne i njegovo ostvarenje. Ako posledice budu suprotne od njegovih namera, a to se često dešava, tome su krivi drugi ljudi ili sam tvorac sveta. Čovek treba da se ponaša u skladu sa tim idealom, bez obzira na druge vrednosti i mogućne posledice. Veber uočava apsolutizovanje određene vrednosti i verovanje u kosmičko-etičku racionalnost sveta u ovom gledištu, pa mu suprotstavlja relativizam vrednosnog opredeljenja i etičku iracionalnost sveta. Po etici odgovornosti, čovek je slobodan u izboru idealnih vrednosnih značenja svoje volje, a ako racionalno dela on mora znati koja su najpodesnija sredstva za ostvarenje tog cilja i kakve će posledice nastupiti u konkretnom slučaju. Da bi se donela racionalna odluka, potrebna je objektivno saznanje o odnosu ciljeva, sredstava i propratnih posledica. Stoga je čovek odgovoran kako za idealno-vrednosni izbor ciljeva, tako i u realno-uzročnoj ravni za željene ali i neželjene posledice svog delanja. [18]

Odnos moralne norme i moralnog ponašanja od suštinske je važnosti za razlikovanje morala i moralnosti. Pod moralom se podrazumevaju „sistemi propisa o ponašanju, organizovanih putem principa kao idealni sistemi“, dok se moralnost odnosi na „korpus opšteprihvaćenog ponašanja“.[19] Moral pokriva široko polje ponašanja, koja se ocenjuju sa stanovišta svrhe, ciljeva ili rezultata, a moralnost označava korpus ponašanja u skladu sa nekim prihvaćenim standardom. Pravnom terminologijom rečeno, moralnost je “pozitivna“ jer se odnosi na postojeći, važeći sistem ponašanja, dok je moral „prirodan“ jer je u skladu sa idealom koji

[17] V. Pavićević, *Osnovi etike,* Beograd, 1974, s. 45 – 48; M. Tripković, *Sociologija,* Novi Sad, 1998, s. 366 – 367.

[18] M. Đurić, *Sociologija Maksa Vebera – Iz istorije moderne filozofije,* Sabrani spisi, knj. 4, Beograd, 2009, s. 22 – 34.

[19] R. Paund, *Jurisprudencija,* knj. 1, Beograd – Podgorica, 2000, 405.

ne mora neizostavno da se sprovodi u detaljima ili da se podržava društvenim pritiskom. U tom smislu su sistemi morala najznačajnija idealizovanja moralnosti datog vremena i prostora.[20] Postoji i podela morala na minimalni i maksimalni, koja se ne odnosi na celokupni moral nego samo na jedan njegov deo. „Minimalni oblik moralne norme je onaj koji pripisuje apsolutno obavezno ponašanje, koje važi za sve članove odnosne moralne zajednice i čiji prekršaj izaziva odgovarajuće unutrašnje i spoljašnje sankcije. Maksimalni oblik morlne norme, međutim, njen je viši, „moralniji" oblik, koji propisuje samo poželjno, preporučljivo, ali ne i obavezno ponašanje".[21] Ovo je ponašanje samo poželjno zato što je teže, zahteva veće žrtve i jači napor moralno savršenijeg subjekta. Usled previsokih zahteva, maksimalni moral ne obavezuje, ali oni koji ga ispunjavaju zaslužuju moralnu pohvalu i uživaju ugled moralnih heroja, svetaca.[22]

Do opšteg pojma morala može se doći na dva načina – njegovim sadržinskim i formalnim određenjem. Kada se sadržinski određuje pojam morala onda se to obično čini pomoću pojma dobro, ali i ispravno, čovečno itd. Glavni nedostatak ovakvog određenja je što se pojam (moralno) dobro ne može tačno sadržinski odrediti, pa se time ni moral ne može sadržinski definisati. Zbog toga se moral može uspešnije odrediti na formalan način, postavljanjem pitanja ne šta nego kako moral određuje ljudsko ponašanje. Kant je kao formalno obeležje morala utvrdio autonomnu, bezuslovnu obaveznost, a Dirkem je toj unutrašnjoj dodao i spoljašnju, društvenu prinudnost. Glavna osobena obeležja unutrašnje obaveznosti morala su: bezuslovnost – samociljnost (kategoričnost, apsolutnost), vrednosnost, dobro kao vrhovna moralna vrednost, posebno moralno osećanje, trenutačnost, pritisak na ljudsku prirodu, ljudskoća i griža savesti kao sankcija. Dok je griža savesti osobeno moralna sankcija, osećanje stida karakteriše pravila pristojnosti. Upravo griža savesti čini moral jednim od najvažnijih i najspecifičnijih ali i najefikasnijim društvenim propisom. Spoljašnja obaveznost morala je zajednička osobina svih društvenih normi ali sankciju na prekršioca primenjuje formalno neinstitucionalizovano i neorganizovano ili difuzno društvo,

[20] Isto, s. 405 – 406.

[21] R. Lukić, nav. delo, s. 147.

[22] Isto, s. 146 -149; R. Vasić, „Radomir Lukić: mogućnost zasnivanja sociologije morala", s. 8, saopštenje na naučnom skupu Sto godina sociologije u Srbiji, održanog 1 – 2. septembra 2012. na Avali u organizaciji sociološkog društva Srbije i Pravnog fakulteta u Beogradu. Saopštenje dostupno na sajtu Sociološkog društva Srbije, a biće štampan i poseban zbornik radova sa skupa.

za razliku od prava gde to čini država. Te se kazne primenjuju prema imovini, telu i životu prekršioca i mogu biti veoma surove, kao što su proterivanje iz zajednice, razne telesne povrede, pa i ubistvo. Među brojnim i raznovrsnim spoljašnjim sankcijama dve su specifično moralne – moralni prezir (sud vrednosti kojim se prekršilac ocenjuje kao nečovek) i moralno gađenje (kao specifično osećanje neprijatnosti već kod pomisli na prekršioca, koje se jako pojačava kad se on vidi i sa njim stupa u dodir).[23]

Da bi se odredio sociološki pojam morala treba utvrditi šta je moral kao društvena pojava. Društvena strana morala ogleda se u tome što on postoji u društvu (u odnosima među ljudima regulišući ih), što je proizvod ljudskog društva, što ima društvene funkcije, među kojima je jedna od najvažnijih održavanje i opstanak društva. Ali ovakva određenja su nedovoljno specifična da bi se utvrdila osobenost morala kao društvene pojave. Ona se vidi u tome što se moral sastoji od niza društvenih procesa koji se kristalizuju kao jedna posebna vrsta društvenih tvorevina. Kao duhovna pojava, moral je norma koja ima svoju idealnu egzistenciju kao smisao ili značenje, koja se realno aktualizuje u svesti ljudi kao psihička pojava, dok se kao društveni proces sastoji u saopštavanju morala kao duhovne pojave. Definisanjem morala preko moralne norme kao duhovne pojave, održava se ovo formalno obeležje opšteg pojma morala i kao konstituens njegovog sociološkog pojma. Moral se materijalizuje kao tipično usmena duhovna tvorevina (mada može da bude materijalizovan i u pisanom obliku, na primer kao etički kodeks nekog profesionalnog morala), nije ponašanje nego povezano delovanje ponašanja ljudi, nije ni društveni odnos iako među ljudima postoje moralni odnosi i nije delanje (tada bi bio samo individualna ili lična pojava) nego je, kao društvena pojava, povezivanje tog delanja. Po napred navedenim osobinama unutrašnje i spoljašnje obaveznosti, moral se razlikuje od drugih društvenih tvorevina kao što su: indikativne tvorevine, vera, ideologija, norme pristojnosti i učtivosti, običaj i pravo.[24]

„Upućivanje prava na moral i morala na pravo je, bez preterivanja, univerzalni sastojak kulture. Izgleda da su sociološke, filozofske i pravnoteorijske rasprave o ovom odnosu neprolazne, budući da je „tema pravo – moral" suštinski povezana sa ljudskom prirodom i prirodom ljudskog društva. Opštepoznate navođene razlike među njima jesu: moral je

[23] R. Lukić, *Sociologija morala,* Beograd, 1982, s. 102 -120; R. Lukić, *Osnovi sociologije,* Beograd, 1995, s. 300 – 302; R. Lukić, „Moral", u: *Sociološki leksikon,* Beograd, 1982, s. 373; R. Vasić, nav. delo, s. 6 – 7.

[24] R. Lukić, *Sociologija morala,* Beograd, 1982, s. 121 – 140; R. Vasić , nav. delo, s. 7.

bezuslovna, kategorička zapovest sa autonomnom obaveznošću, a pravo uslovna, hipotetička zapovest sa heteronomnim obavezivanjem; zatim, sastav, oblik, subjekt i način primene sankcije; najzad u mišljenjima koja prate Kantovu filozofiju, imperativno-atributivni karakter norme i korelativnost subjektivnog prava i dužnosti u sistemu pravnih normi, i nalog dužnosti u korpusu moralnih normi, prema kojima jedino pravo ima subjekt moralne dužnosti da od sebe samog zahteva ispunjenje svoje sopstvene dužnosti. Lukić ovo poslednje stanovište ne usvaja"[25] Naravno, ova lista razlika između prava i morala se može dalje specifikovati ili proširivati. U datom globalnom društvu pravne norme su međusobno usklađene čineći pravni sistem, dok su moralna pravila raznolika, pa i suprotstavljena i konfliktna (jedinstvo prava i raznolikost morala). Pravo se stvara planski, a moral spontano; tehnički gledano, pravo je kodifikovano, a moral elastično formulisan; pravo je racionalna, a moral i iracionalna i emocionalna tvorevina; pravne sudove izriče samo onaj ko je nadležan, a moralne sudove svako; pravo ima, a moral nema mehanizme za ujednačavanje prakse; pravne sankcije su unapred utvrđene, a moralne, uglavnom, nisu; razlike između ova dva sistema normativne regulacije postoje i u kvalitetu – osnovna funkcija prava je da u društvo unosi red, a morala da obezbedi čovečnost.[26]

Kao društvena pojava, „moral se sastoji iz niza društvenih procesa, tj. delanja ljudi povezanih moralnim normama. Ljudi ta svoja delanja povezuju pri stvaranju morala, a zatim pri njegovom saznavanju, prihvatanju i primeni. Sociološki gledano, dakle, moral ne čine njegove norme nego proces stvaranja, saznavanja, držanja normi u svesti i njihovog primenjivanja". Zadatak je sociologije morala da „utvrđuje kakav je stvarni moral u društvu ... koji ljudi usvajaju, nose u svesti i u velikoj meri primenjuju, odn. trpe sankcije zbog njegovog kršenja".[27] Osnovne vrste društvenih moralnih procesa su: 1) proces postojanja morala u društvu, koji se sastoji iz procesa opštenja među ljudima s obzirom na moralne norme; 2) obrazovanje morala kroz procese izviranja i usvajanja morala. Izviranje može biti trojako – stvaranje morala u nekoj društvenoj grupi, njegovo širenje iz jedne u drugu grupu i njegovo grupno nasleđivanje; 3) procesi funkcionisanja morala, koji se sastoje od procesa održavanja i procesa primene morala i 4) procesi menjanja morala.[28]

[25] R. Vasić, nav. delo, s. 7, napomena 17.

[26] M. Pavčnik, „Moral kao izvor prava", *Arhiv za pravne i društvene nauke,* 4/1982, s. 437 – 441.

[27] R. Lukić, „Sociologija morala", *Sociološki leksikon,* Beograd, 1982, s. 627.

[28] R. Lukić, *Sociologija morala,* Beograd, 1982, s. 165.

Kada je reč o sociološkom proučavanju morala valja pomenuti dva aspekta odnosa morala i društva – društvenu uslovljenost morala (uticaj društva na moral, društvo u moralu) i društvene funkcije ili uloge morala (uticaj morala na društvo, moral u društvu) na koje ćemo se, samo ukratko, osvrnuti a, u tom sklopu, i na odnos prava i morala.

Pri proučavanju uticaja društva na moral važno je istaći da postoji i antropološki, a ne samo društveni osnov morala. Glavni društveni činioci morala su tipovi društva i društvenih zajednica i razni društveni procesi (demografski, ekonomski, politički, vaspitni) i kultura (religija, filozofija, nauka, običaji, pravo, umetnost).[29] Na pitanje „da li i dokle pravo može da utiče na svoje adresate da budu moralni ... ?" postoji „široko zastupljeno gledište da legitiman pravni sistem ne sme da nameće vrline, već sme da ih neguje samo u ograničenom stepenu."[30] Bilo koja pravna prinuda nije podesna za ostvarenje moralnih vrlina jer svi takvi pokušaji dovode samo do javnog licemerja, pa čak i potpune represije slobodne misli. Međutim, pravni poredak može da podstakne razvoj moralnih vrlina na dva indirektna načina – odvraćanjem ljudi od nepoštenja, nepravičnosti, eksploatacije i sl. i obezbeđivanjem podesnih pozitivnih podsticaja – podsticanjem poželjnih društvenih aktivnosti, odgovarajućih vidova obrazovanja, celishodnim uređenjem procedura političkog odlučivanja i građanskih prava i sl.[31]

Uticaj morala na društvo ostvaruje se preko njegovih opštih (glavnih i sporednih) i posebnih društvenih funkcija ili uloga. Opšte funkcije morala se manifestuju u njegovom uticaju na društvo u celini, a posebne uticajem na pojedine društvene oblasti i vrste pojava. Glavne opšte društvene funkcije morala su: određivanje osnovnih ideala čoveka i društva, obezbeđenje spontane sigurnosti društvenih odnosa i očovečenje čoveka, a time i društva.[32] Kada je reč o ovoj prvoj ulozi, moglo bi se reći da je socijalna pravda „široko prihvaćena kao vrhovni princip opravdanja" (a moglo bi se reći i kao legitimacijska osnova) ali isto tako „i kritike pravnog i političkog poretka u savremenim društvima".[33]

---

[29] R. Lukić, „Sociologija morala", u: *Sociološki leksikon,* Beograd, 1982, s. 628 i *Sociologija morala,* s. 289 – 490.

[30] P. Koler, „Pravo, moral i vrlina", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu,* 2/2005, s. 59.

[31] Isto, s 70.

[32] R. Lukić, „Sociologija morala", u: *Sociološki leksikon,* s. 628; R. Lukić, *Sociologija morala, s. 491 -510.*

[33] P. Koler, „O socijalnoj pravdi", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu,* 1/2005, s. 7. Videti i: M. Marjanović, *Sociologija prava,* Novi Sad, 2010, poglavlje „Pravda kao legitimacijska osnova poretka", s. 143 – 151.

Sporedne opšte društvene uloge morala su: održavanje ali i jačanje društva, anticipacija boljeg budućeg društva ali i ideologizovanje društva, obrazovanje celovite ličnosti ali i otuđujuće dejstvo morala. Posebne društvene funkcije morala ogledaju se u uticajima na: pojedine društvene grupe, pojedine društvene procese (demografske, ekonomske, političke) kao i na pojedine oblasti kulture (religiju, filozofiju, nauku, običaje, pravo i umetnost).[34]

Uticaj morala na pravo je veoma široka ali neprestano aktuelna i značajna tema. Zato samo skrećemo pažnju na neke naše novije uvide. Smatra se „da će pravni poredak dobro da funkcioniše samo ako se oslanja na moralne vrline svojih građana".[35] Uticaj morala na pravni poredak ostvaruje se na tri nivoa i to u: zakonodavstvu, primeni i interpretaciji prava.[36] Osim spoljašnje postoji i unutrašnja moralnost prava koja se sastoji od zahteva koji čine „proceduralnu stranu prirodnog prava" i koje „pravo čine mogućnim".[37]

„Rasprava o odnosu antropocentrične i biocentrične etike je ključna za novo utemeljenje odnosa prava i morala, razumevanje proširenja polja etičkog važenja i rekonceptualizaciju pravne etike i normativne regulacije".[38] Zapravo, umesto čoveka kao moralne konstante antropocentrične etike, pojavljuje se život uopšte kao konstanta biocentrične etike. U tom smislu je etika odgovornosti za život izazov za pravnu rekonceptualizaciju i normativnu regulaciju.

Sve do pre neku deceniju, etičko promišljanje prava je bilo zapostavljeno. „Iako se etičke i pravne vrijednosti u mnogo čemu podudaraju, pripadajući zajedno u sferu normativnosti, tj. trebanju kao idealnom bitku, pravna se aksiologija kao i teorija prava u novovjekovlju distanciraju od strogoga etičkog promišljanja prava. Umjesto etičkih zasada, pravna se misao poziva na druge premise, kao što su suverenitet, temeljna norma, normativna logika, poslušnost vlasti, društvena korist i drugo".[39] Međutim, sve rizičnije promene u modernom društvu su veliki izazov za etiku i pravo, naročito s obzirom na probleme prospektivne i

[34] R. Lukić, „Sociologija morala", u: *Sociološki leksikon,* 628 - 629; R. Lukić, *Sociologija morala,* s. 511 – 568.

[35] P. Koler, „Pravo, moral i vrlina," *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu,* 2/2005, s. 59.

[36] E. Maksimović, „Pravna etika u legislacionom procesu", *Zbornik Matice srpske za društvene nauke,* 120/2006, s. 227 – 233.

[37] L. Fuler, *Moralnost prava,* Beograd, 2011, sa predgovorom D. Mitrovića pod naslovom „Moralnost koja pravo čini mogućnim", s. 9 – 16.

[38] M. Marjanović, „Od antropocentrične ka biocentričnoj etici i pravnoj regulaciji", *Pravni život,* 12/2011, s. 527.

[39] D. Vrban, *Sociologija prava,* Zagreb, 2006, s. 179.

kolektivne odgovornosti. „Iskustva s novovjekovnim diktaturama kao i rizici modernih tehnologija, nameću potrebu drugačije obnove praktične filozofije. Ona se ne može više zasnivati na identitetu ili povezanosti prava i morala nego na „priključku“ etičnosti na pravne vijednosti. Pitanje rata i mira, zaštite ljudskih prava, samoodređenja naroda, zaštite okoliša i drugo iziskuju tako i novi pristup pravu, koji se može koncipirati i kao **pravna etika** (podvukao D. V.).[40] „Kao i u slučaju problema političke pravednosti ... sagledavanje moralnosti u kontekstu društva i pravne regulacije otvara nove putove za obnovu praktične filozofije koja se, kao i njezini antički uzori, mora baviti etičkim promišljanjem države i prava“.[41] Sve se više čini da etika odgovrnosti postaje nova paradigma u bioetici i pravnoj etici i da pravna etika otvara nove horizonte u pravnoj nauci i pravnoj regulaciji.

[40] Isto, s. 183.
[41] Istgo, s. 186.

Miloš Marjanović, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad

Sociological Concept of Morale

Abstract

The author first discusses the overall unity of the total normative regulation, from which it is separated in the late Roman empire the right, but only in the new century and the morale. There are analyzed the relationship between the moral and ethical reflection and Weber's distinction between pure ethics will (Gesinnungsethik) and ethics of responsibility (Verantwortungsethik). The morale is determined by the good as the highest value, as a specific form of social norms but also as a kind of human behavior. These three definitions can be combined in an integrative approach. There are examined the dimensions of moral statements, subjective and objective side of morality, as well as the difference between morale and morality. A general notion of morale can not be defined in substantive but only in formal way . The formal definition is a constituent of general as well as of sociological concept of morale and it is related to morality as a social phenomenon. Its essence is to define the morale by specific norms, the characteristics of the internal and external mandatory (with the pricks of conscience as the most distinctive moral sanction and control exercised by the formal not institutionalized or diffuse society), and in consideration of morality as a social process (actions of people associated moral norms). The basic types of social moral process - being, education, functioning and changing of morale are described. There are briefly analyzed the influence of society to the morale and social function of morale, with special emphasis on the relationship between law and morale.

Key words: normative regulation, moral and ethical reflection, ethics of responsibility, morality, moral values, norms and behavior, integrative approach, general and sociological notion of morality, morality as a social phenomena and processes, morale and society, morale and law.

Originalni naučni rad 504.61:347.2
doi:10.5937/zrpfns46-3096

Dr Danica Popov, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

NEDOPUŠTENE IMISIJE I ZAŠTITA ŽIVOTNE SREDINE[1]

Sažetak: *Vlasnik nepokretnosti dužan je da se uzdržava od radnji kojima se otežava iskorišćavanje susednih nepokretnosti, nastalih usled ispuštanja dima, gasova, neprijatnih mirisa, čađi, buke, oticanja otpadnih voda itd, preko mere koja je uobičajena imajući u vidu prirodu i namenu nepokretnosti kao i mesne prilike. Imisije koje potiču sa susednog zemljišta, moraju se podnositi, pod uslovom da ne prouzrokuju znatnu štetu. Zabranjeno je vršenje štetnih uticaja koji potiču sa jedne nepokretnosti, instaliranjem posebnih uređaja, za koje nije pribavljena dozvola nadležnog državnog organa.*

Vlasnik zemljišta pogođenog imisijama koje prelaze mesno uobičajenu granicu ima pravo na zahteva prestanak imisija i njihovo svođenje na uobičajenu meru, a naknadu štete koja mu je prouzrokovana, samo u onom delu koji prelazi obim onih imisija koje se moraju podnositi.

Ukoliko imisije potiču od nekog industrijskog postrojenja koje obavlja takvu delatnost na osnovu dozvole državnog organa, ne može se zahtevati prestanak takve delatnosti već samo naknada štete.

Ključne reči*: prekomerne imisije, susedsko pravo, mesne prilike, znatna šteta, industrijska postrojenja, naknada štete.*

Pojam i vrste imisija

Pod imisijama se podrazumevaju uticaji koji potiču sa jednog zemljišta prouzrokujući štetu susednom ili nekolicini susednih zemljišta, a posledica su ispuštanja gasova, pare, neprijatnih mirisa, toplote, buke, po-

[1] Rad je nastao kao rezultat istraživanja na projektu »Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo» čiji nosilac je Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

tresa i sl. Ovi uticaji su materijalne prirode i mogu se opažati, jer se prema našem pravu, za razliku od nekih stranih (na primer, švajcarskog), ne može zahtevati pravna zaštita od idealnih imisija. U slučaju imisija radi se o prenošenju materajnih nemerljivih čestica posrednim ili neposrednim putem sa jednog zemljišta na drugo, a izazvani su ljudskom delatnošću ili mehaničkim postrojenjima. Imisije (inponderabilije) mogu biti različite prirode. Pored materijalnih čestica (gas, para, neprijatni mirisi, čađ, buka, itd), u stranoj sudskoj praksi se sa imisijama izjednačavaju štete koje izazivaju insekti, glodari i slična živa bića.

U pravnoj teoriji se različito definiše pojam imisija. „Imisija je bilo kakvo štetno zadiranje u elemente životne sredine (voda, vazduh, zemljište, ljudsko zdravlje, flora, fauna i dr.) uz trajno ili privremeno narušavanje njenog ranijeg stanja.“[2]

„Imisije su sitne materijalne čestice, tzv. inponderabilije kao što su gas, para, neprijatni mirisi, potresi, buka i sl. koji se sa jedne nepokretnosti šire na drugu i susedu prouzrokuju štetu“.[3]

Zakon o zaštiti životne sredine Republike Srbije, ne poznaje termin imisije, ali definiše emisije, kao ispuštanje i isticanje zagađujućih materija u gasovitom, tečnom i čvstom agregatnom stanju ili emisije energije iz izvora zagađivanja u životnu sredinu.[4]

Imisije koje se prenose prirodnim putem sa jednog zemljišta na drugo smatraju se neadekvatnim - prekomernim samo ako prouzrokuju znatnu štetu vlasniku ili korisniku drugog zemljišta bilo time što oštećuju stvari koje se na tom zemljištu nalaze, umnjuju njegove prinose i vrednost zemljišta, bilo time što prouzrokuju štetu licima koja na njemu borave. Neznatne štete se moraju podnositi samo ukoliko se kreću u granicama mesno uobičajenih načina korišćenja zemljišta.

Pravnim normama kojima se regulišu susedski odnosi (susedsko pravo), utvrđuju se granice u vršenju prava svojine, odn. smetnje izazvane imisijama, koje mora podnositi vlasnik jedne nepokretnosti, a koje potiču sa druge nepokretnosti.

Imisije se mogu klasifikovati na različite načine. Prema jednom mišljenju imisije se mogu podeliti na: pozitivne, negativne i idealne.[5]

---

[2] J.Salma, D. Nikolić, Građansko pravo i životna sredina, Osnove prava životne sredine, Novi Sad, 2009,str.185.

[3] Leksikon građanskog prava, Beograd, 1996, str.227.

[4] Zakon o zaštiti životne sredine,“Sl.glasnik RS“ br.135/2004, 36/2009,72/2009 i 43/2011, čl. 3, stav 1, tačka 18.

[5] Leksikon građanskog prava, Beograd, 1996, str. 227.

Pozitivne imisije su one koje su posledica nekih aktivnosti kao što su: ispuštanje dima, čađi, neprijatnih mirisa, buke, potresa, ispuštanja otpadnih voda, veštački proizvedene toplote ili hladnoće, svetlosnih efekata itd. Negativne imisije su vezane za probleme sađenja, sejanja ili građenja koje potiču sa susedove nepokretnosti, kojima se umanjuje vrednost susedove nepokretnosti ili mu se nanosi šteta. Idealne imisije su posledica nekih imaterijalnih uticaja (npr. blizina fabrike municije, atomskog reaktora i sl.) koji imaju za posledicu pad vrednosti zemljišta. Ne smatraju se imisijama oni uticaji koji vređaju estetska osećanja jednog lica (pogled vlasnika nepokretnosti na ruševine, ili na đubrište).[6]

U delu pravne teorije postoji mišljenje po kome se od zabrane isključuju tzv. idealne imisije (npr.izlaganje pogledu zapuštenih ili zastrašujučih stvari, ili odbojne aktivnosti itd).[7] Suprotno ovome postoji mišljenje po kome prizori predstavljaju materijalne entitete koje šiti objekat, i da permanentno podvrgavanje nepodnošljivo neprijatnim prizorima koji dolaze sa tudje nepokretnosti, može dovesti do nemogućnosti života u svom stanu. Po ovom mišljenju, analogno rešenje se mora priznati i u slučaju kada se na jednoj nepokretnosti odvijaju očigledne aktivnosti suprotne dobrim običajima (bestidni prizor, buka itd). Takođe se potencira da je analogija nesumnjiva i u slučaju kada se na jednoj nepokretnosti instalira aparatura čija je delatnost uperena i prema tuđem zemljištu (npr. radi detekcije zvukova i slika).[8]

Postoji podela imisija na direktne i indirektne.[9]

Direktne imisije su one kod kojih je radnja preduzeta na jednoj nepokretnosti, a usmerena je na susedovu nepokretnost, a praćena je nekim uređajima. Direktne imisije su zakonom zabranjene. Indirektne imisije su one kod kojih se štetan uticaj na susedovu nepokretnost vrši posrednim putem. Indirektne imisije mogu biti dozvoljene i nedozvoljene. Dozvoljene su one koje otežavaju korišćenje druge nepokretnosti, ali ne preleze meru koja je uobičajena s obzirom na prirodu i namenu te nepokretnosti i na mesne prilike i bitno ne smetaju namenskom iskoriščavanju druge nepokretnosti. Nedozvoljene su one imisije koje otežavaju korišćenje druge nepokretnosti, a prelaze meru koja je uobičajena s obzirom na prirodu i namenu te nepokretnosti i s obzirom na mesne prilike. Nedozvoljene indirektne imisije su u našem pravu zakonom zabranjene. Dopuštenim indi-

[6] Z .Rašović, Stvarno pravo, Podgorica 2002, str. 342.

[7] Roth,Staudingers Komm.zum BGB, Sachenrecht (par.903-924)Berlin,1996,str.62

[8] Bianca, M. Diritto civile, VI, La proprieta, Milano, 1999, str.234, cit .prema Z. Rašović, op cit. str. 343.

[9] B. Vizner, Komentar Zakona o osnovnim vlasničko-pravnim odnosima, Zagreb, 1980, str.66.

rektnim imisijama se izuzetno smatraju i one kod kojih korišćenje tuđe nepokretnosti prelazi meru koja je uobičajena s obzirom na mesne prilike, ali su prouzrokovane posednim uređajima čija je primena odobrena od strane nadležnih organa (na primer, odobreno je korišćenje nekog industrijskog postrojenja i sl.).

U pravnoj teoriji postoji i podela imisija na: susedske, prekosusedske i prekogranične.[10] Susedske imisije su one čije se posledice osećaju samo na susednim nepokretnostima, prekosusedske su po svom faktičkom štetnom dejstvu šire od prostora susedne nepokretnosti jer ugrožavaju širi krug fizičkih lica, odnosno kvalitet vodotoka, zemljišta više suseda, ugrožavaju floru ili faunu nekog područja i sl. Prekogranične imisije su one kod kojih je izvor opasnosti nastao u jednoj zemlji a štetne posledice u drugoj. U slučaju nastupanja štete kod susedskih imisija, zaštita se ostvaruje tužbom za naknadu štete, u drugom slučaju, kod prekosusedskih imisija, tužbom radi otklanjanja izvora opasnosti od štete (tzv.ekološka tužba), a u slučaju prekograničnih imisija, primeniće se principi međunarodnog privatnog prava.

Neki građanski zakonici, kao uslov postojanja zabranjenih imisija propisuju njihovo poticanje sa susednog zemljišta (npr. Italijanski građanski zakonik). U našem zakonodavstvu se ne zahteva da imisije potiču sa susednog zemljišta, već se govori o nepokretnosti sa koje potiču zabranjene imisije. Znači nije neophodno da imisije imaju izvorište u susednoj nepokretnosti, nego u bilo kojoj nepokretnosti koja ima za posledicu prekomerno emitovanje koje prouzrokuje štetu. Obavljanje neke proizvdne delatnosti može da ima za posledicu da su i udaljene nepokretnosti izložene uticaju štetnih imisija (npr. neprijatna isparenja koja potiču od zagadjujućih materija, radijacija i sl.).

Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, iz 1996. godine, u članu 5. zabranjuje nedozvoljene imisije na sledeći način:" Vlasnik nepokretnosti dužan je da se pri korišćenju nepokretnosti uzdržava od radnji i da otklonja uzroke koji potiču od njegove nepokretnosti, kojima se otežava korišćenje drugih nepokretnoasti (prenošenje dima, neprijatnih mirisa, toplote, čađi, potresa, buke, oticanja otpadnih voda i sl.) preko mere koja je uobičajena s obzirom na prirodu i namenu nepokretnosti i na mesne prilike, ili kojima se prouzrokuje znatna šteta.

Bez posebnog pravnog osnova zabranjeno je vršenje smetnji iz stava 1. ovog člana posebnim uređajima."

[10] J. Salma, D. Nikolić, op. cit, str.185.

Ovim članom se određuju granice u vršenju prava svojine. Pravo svojine ne može se vršiti na štetu druge ili drugih susednih nepokretnosti. Vlasnik zemljišta dužan je da se prilikom korišćenja svojom nepokretnošću uzdržava od radnji i da otkloni negativne uticaje koje potiču sa njegove nepokretnosti, a ugrožavaju ili otežavaju korišćenje susedne ili druge nepokretnosti. Vlasnik zemljišta je u interesu dobrih susedskih odnosa dužan da vodi računa ne samo o svojim interesima nego i o interesima vlasnika susdne nepokretnosti. Zakonom o osnovama svojinsko-pravnih odnosa se pruža zaštita vlasnicima nepokretnosti od šteta nastalih usled prekomernih imisija, dok se javnopravnih propisima o zaštiti čovekove sredine štite svi građani od štetnih imisija.

Međutim, ovim članom Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, ograničava se i pravo vlasnika susednog zemljišta da se brani od štetnih uticaja koji potiču sa druge nepokretnosti, a ne prouzrokuju znatnniju štetu ili štetu koja prelazi meru koja je uobičajena s obzirom na prirodu i namenu nepokretnosti i na mesne prilike. Znači, mesno uobičajene uticaje i one štetne uticaje koji su neznatni i kojima se nanosi neznatna šteta moraju se podnositi i moraju ih trpeti svi vlasnici zemljišta.

Vršenje smetnji, tj. štetnih uticaja sa jednog zemljišta na drugo zabranjeno je ukoliko se vrši posebnim uređajima, za koje nije pribavljena dozvola nadležnog državnog organa.

Vlasnik zemljišta pogođenog imisijama koje prelaze mesno uobičajenu meru ima pravo na naknadu štete koja mu je prouzrokovana, ali samo u onom delu koji prelazi obim onih imisija koje se moraju podnositi.

Negatornom tužbom može se zahtevati prestanak imisija koje potiču sa susedovog zamljišta i njihovo svođenje na podnošljivu meru. Ali ukoliko imisije potiču od nekog fabričkog postrojenja ili drugog privrednog subjekta koje je ovlašćeno da obavlja takvu delatnost na osnovu dozvole državnog organa, ne može se zahtevati prestanak takve delatnosti već samo naknada štete.

Nacrt zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima iz 2012. godine, u odeljku 7. koji nosi naziv »Škodljivi uticaji», zabranjuje škodljive uticaje, na sledeći način: «Vlasnik nepokretnosti, čije je korišćeje otežano preko mere uobičajene s obzirom na prirodu i namenu nepokretnosti i mesne prilike, škodljivim uticajem koji potiče od radnje ili izvora sasusedne nepokretnosti (buka, prašina, dim, čađ, miris, otpadna voda, potres, toplota, svetlost, elektromagnetni talasi i sl.), može zahtevati od njegovog vlasnika da se od radnje uzdrži, odnosno izvor uticaja otkloni.Uzdržavanje od radnje, odnosno otklanjanje izvora škodljivog uticaja, ne može se zahtevati, ako se radnja vrši, odnosno izvor oristi sa do-

zvolom nadležnog organa ili u okviru opštekorisne delatnosti, kao ni ako uzdržavanje od radnje, odnosno otklanjanje izvora predstavlja nesrazmeran teret za vlasnika.»[11]

Građanski zakonici i odgovornost za imisije

Problem nedopuštenih imisija se u oblasti građanskog prava, obično na generalan način reguliše građanskim zakonicima, s tim što se za pojedine vidove nedopuštenih imisija donose posebni zakoni. Na međunarodnom planu donet je niz bilateralnih i multilaterarnih sporazuma koji imaju za cilj zaštitu čovekovog okruženja od prekomernih imisija koje potiču od industrijskih postrojenja.

Većina građanskih zakonika problem prekomernih i štetnih imisija reguliše u delovima koji se odnose na susedska prava, ograničavajući prava vlasnika jednog zemljišta interesima drugih vlasnika.

U nemogućnosti da se prikažu svi pravni izvori koji se odnose na ovu problematiku, mi ćemo dati prikaz i analizu odredaba o zabrani od nedozvoljenih imisija sadržanih u nekim značajnijim građanskim zakonicima.

Prema članu 650, *Francuskog građanskog zakonika***,** predviđeno je sledeće pravilo: "Zakonik nameće vlasnicima razne obaveze jednih prema drugima nezavisno od makakvog ugovora".

U članu 1370, navodi se: " Neke obaveze nastaju bez ikakvog ugovora ni od strane onog koji se obavezuje ni od strane onoga prema kome se obavezuje.

Jedne nastaju autoritetom samog zakona, druge ličnom radnjom onoga koji postaje obavezan.

Prve su obaveze nastale nezavisno od volje kao što su one između vlasnika suseda ili obaveze tutora i drugih upravitelja koji ne mogu odbiti ponuđenu im funkciju.

Obaveze koje nastaju ličnom radnjom obavezanoga potiču ili iz kvazi-kontrakta ili iz delikata ili kvazi- delikata ".

Onaj ko prouzrokuje imisije dužan je da ih smanji na podnošljivu meru, dok pogođeno lice nije u obavezi da preduzima bilo kakve radnje da smanji imisije koje potiču sa susedovog zemljišta. Francuska teorija i sudska praksa odbijale su primenu "*theorie de la preoccupation*" jer bi to dovelo do nepravičnih rezultata. Prema teoriji prevencije vlasnik zemljišta sa kojeg se odašiljaju imisije na susedno zemljište je u položaju da onemogući nornalno korišćenje susedovog zemljišta. On je u mogućnosti

[11] Nacrt zakona o svojini i drugim stvarnim pravima, čl. 294.

da izgradnjom fabrike susedne zemljišne parcele optereti kvazi-službenošću i da vlasnici ili korisnici ovih zemljišta nikada više nemaju slobodu da zemljište koriste po svojoj volji već da budu prinuđeni da se za sva vremena odreknu određenog oblika korišćenja svog zemljišta. To bi bio poseban vid privatne eksproprijacije bez ikakve naknade.[12]

Iako su francuski sudovi bili jednoglasni u odbijanju primene "*theorie de la preoccupation*" kolebali su se dugo vremene da li zbog prvenstvenog prava upotrebe jeenog zemljišta treba oštećenom licu smanjiti zahtev za naknadu štete prouzrokovane imisijama. U odgovoru na ovo pitanje sve do 1968. godine pravila se razlika između otklonjivih i neotklonjivih imisija. Ako je imisija otklonjiva, pa je određeno lice sa čijeg zemljišta je ona prouzrokovana krivo što imisija nije bila smanjena, pogođenom licu treba platiti pun iznos pretrpljene štete. Ako je imisija neotklonjiva, pošto je preduzeće ranije nastalo, žrtvi se može progovoriti da je nepažljivo postupila kada je i pored znanja za imisije ostvarila svoju nameru iako se od imisija ne može odbraniti. Zahtev za naknadu štete se u takvim slučajevima smanjuje uzimajući u obzir krivicu žrtve.

Od ovakvog stava odstupio je Kasacioni sud u presudi od 2. februara 1968. odbijajući obavezu da se protiv neotklonjivih imisija pogođeno lice u određenom obimu treba samo da zaštiti, pa stoga treba da bude smanjen njegov zahtev za naknadu.[13]

Inače o granicama tolerancije imisije francuska sudska praksa polazi od objektivnog kriterijuma, dok je samo lična ugroženost zbog neadekvatne imisije bez značaja.

Prema *Italijanskom građanskom zakoniku* iz 1942. godine: "Vlasnik zemljišta ne može zabraniti imisije dima, toplote, isparenja, šumova i slične uticaje koji potiču sa susednog zemljišta, ako oni ne prelaze normalnu snošljivost uzimajući u obzir uslove položaja. Pri primeni ovog pravila sudovi moraju uskladiti zahteve proizvodnje sa potrebama vlasništva. Mora se povesti računa i o prvenstvu određenog načina upotrebe".[14]

Prema citiranom članu 844. Italijanskog građanskog zakonika utvrdjen je opšti kriterijum koji se označava kao «princip normlne toleranci-

[12] Mazeaud, Lecons de droit civil, 4 izdanje, II knjiga, Paris, 1963, str. 1344.

[13] Cass.civ.1.ere ch . 20.2.1968.odbio je da učini odgovornim Juglart i du Pontavice i da zbog njihove krivice smanji zahtev za naknadu iako su pogođeni svoju stambenu zgradu izgradili do zida jedne fabrike ne preduzimajući nikakve posebne mere izolacije na graničnom zidu prema fabrici od koje se šire imisije u obliku potresa i larme. Citirano prema D. Stojanović, D. Pop Georgiev, Komentar Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima, Beograd,1980, str. 42.

[14] Italijanski građanski zakonik, član 844.

je». Osim potreba proizvodnje u obzir se uzimaju i ambijentalni uslovi (industrijska zona ima drugačije potrebe od zone za letovanje). U proceni ambijentalnih uslova sudija će voditi računa o svakom slučaju ponaosob. Naravno, izvesna uobičajena, normalna, tolerancija je prihvatljiva, jer drugačije se ne bi mogao zamisliti život u društvu. U slučaju prekoračenja ove granice, sudija će narediti otklanjanje uzroka štete ili će vodeći računa o potrebama proizvodnje, dosuditi naknadu štete.[15]

Za razliku od Italijanskog građanskog zakonika koji izričito navodi slučajeve štetnih imisija, *Građanski zakonik Republike Poljske* iz 1964, sadrži generalno pravilo koje glasi:" Vlasnik nepokretnosti je dužan da se pri vršenju svoga prava uzdržava od svake radnje kojom bi se otežavalo korišćenje susednih nepokretnosti preko mere koja je uobičajena s obzirom na društveno-ekonomsku namenu nepokretnosti i na mesne prilike".[16]

U *Švajcarskom građanskom zakoniku* iz 1907. godine sadržano je sledeće pravilo:" Svako je obavezan pri vršenju prava svojine kao i pri obavljanju obrtničke delatnosti na svom zemljištu, da se uzdrži svih preteranih uticaja na svojinu suseda.

Zabranjeni su naročito svi štetni i neopravdani uticaji, s obzirom na položaj i svojstva zemljišta i s obzirom na mesno uobičajenu upotrebu, putem dima ili čađi, nesnošljivih isparanja, buke ili vibracija". [17]

Pored ove u švajcarskom građanskom zakoniku sadržano je i posebno pravilo o odgovornosti vlasnika nepokretnosti koje predviđa da se protiv takvog vlasnika može poktenuti zahtev za otklanjanje šteteili za zaštitu od preteće štete, kao i zahtev za naknadu štete. Prema članu 679, ovog Zakonika: "Ako neko bude oštećen time što bi vlasnik nepokretnosti prekoračio svoje pravo svojine ili bi mu pretila opasnost štete, tada on može da postavi zahtev za otklanjanjem štete ili za zaštito od preteće štete kao i zahtev za naknadom štete".

Švajcarska pravna teorija i sudska praksa su zauzeli stav da se u slučaju štete od prekomernih imisija protiv vlsnika nepokretnosti osim postavljanja zahteva za zabranom vršenja neopravdanih štetnih uticaja može postaviti i zahtev za naknadom štete, čiji domašaj ne bi trebalo da obuhvati samo naknadu imovinske štete koju trpi susedna nepokretnost nego i naknadu štete koju trpe fizička lica i druge stvari.[18]

---

[15] Lojacono,. Gli anti di immissione, Milano 1972, prema Z. Rašović, op.cit,str.342.

[16] Poljski građanski zakonik, član, 144.

[17] Švajcarski građanski zakonik, član 684.

[18] Hans-Ulrich Muler, Der privatrechtliche Scut` vor Gewasserverunrainigungen und die Haftung, Zurich, 1968, s. 66-67.

Na osnovu člana 684. švajcarskog građanskog zakonika, sudija će posle obostrane ocene interesa najčešće naložiti imitentu da imisije putem podesnih zaštitnih mera svede na podnošljivu meru koja odgovara mesnoj upotrebi. U slučaju da se preterani uticaji ne mogu na drugi način otkloniti sudija će takav način korišćenja zemljišta potpuno zabraniti.[19]

Grčki građanski zakonik iz 1940.godine, problemu imisija posvećuje nekoliko članova. Prema članu 1003. "Vlasnik jednog zemljišta, obavezan je da trpi dovođenje dima, pepela, mirisa, toplote, šumova, potresa i drugih sličnih uticaja koji dolaze sa drugog zemljišta, ako to korišćenju njegovog zemljišta bitno ne šteti, ili je prouzrokovano takvim korišćenjem koje je za zemljište mesta u kome se nalazi i oštećeno zemljište uobičajeno".

Član 1004 glasi." Vlasnik zemljišta je ovlašćen da zabrani da se na susedovom zemljištu postave ili drže uređaji, ukoliko od njihovog postojanja ili korišćenja se sa sigurnošću mogu predvideti protivpravni uticaji na njegovom zemljištu".

Ovaj prevenitvni zahtev koji treba da spreči nastajanje štete za susede, uslovljen je, kod uređaja koji su odobreni od strane državnog organa, tek od momenta nastanka štetnih imisija (član 1005.).

*Austrijski građanski zakonik***,** u noveliranom tekstu, sadrži sledeća pravila:" Vlasnik jednog zemljišta može susedu zabraniti da sa svoga zemljišta pušta na zemljište prvog vlasnika vodu, dim, gasove, toplotu, zadah, zvuk, potres i slično utoliko ukoliko to prelazi uobičajenu meru prema mesnim prilikama i ukoliko to znatno škodi mesno uobičajenom iskorišćavanju zemljišta".[20]

U § 364/a predviđen je sledeći slučaj: "Ipak, ako je oštećenje prouzrokovano rudarskim preduzećem ili vlašću odobrenim preduzećem na susednom zemljištu na način koji ovu meru prekoračuje, onda je držalac zemljišta samo ovlašćen da sudskim putem traži naknadu nanesene štete i kada je šteta prouzrokovana okolnostima na koje se nije obraćala pažnja pri postupanju vlasti".

Iz citiranih odredbi noveliranog, Austrijskog građanskog zakonika evidentna je razlika između prekomernih imisija koje potiču sa susedovog zemljišta, od onih koje su posledica obavljanja neke privredne deletnosti kao što su obavljanje rudarske ili neke druge industrijske delatnosti. U prvom slučaju vlasnik zemljišta ima pravo da zahteva od suseda zabranu imisija koje prelaze uobičajenu meru prema mesnim prilikama i koje

[19] R. Gmur, Das Schweizeriche Zivilgesetzbuch vergleichen mit dem Deutchen Burgerlichen Gesetzbuch, Bern, 1965. Str. 124.

[20] Austrijski građanski zakonik, § 364 stav 2.

znatno nanose štetu iskorišćavanju zemljišta, a u drugom slučaju, ne može da traži zabranu rada rudarskog ili drugog industrijskog postrojenja, nego može sudskim putem zahtevati naknadu štete od prekomernih imisija koje se nisu mogle predvideti u vreme osnivanja ovakvih preduzeća. Ovo pravilo "predstavlja izraz kompromisa postignutog između vlasnika zemljišta i rastuće industrije".[21]

Zahtev za naknadu štete u ovakvim slučajevima, stupa na mesto *actio negatoria* i on pretpostavlja kauzalitet, ali se ne zahteva ni krivica ni protivpravnost.

U *Nemačkom građanskom zakoniku,* novelirani tekst § 906 iz 1959. godine ustanovljeno je sledeće pravilo:" Vlasnik jednog zemljišta ne može da zabrani prenošenje gasova, pare, neprijatnih mirisa, dima, čađi, toplote, larme, potresa i slične uticaje sa nekog drugog zemljišta ukoliko takav uticaj ne škodi ili nebitno škodi korišćenju zemljišta.

Isto bi to važilo ukoliko bi nastalo oštećenje iskorišćavanjem drugog zemljišta na način uobičajen u tom mestu i ne bi se moglo sprečiti tehničkim merama koje bi se mogle zahtevati od ovih korisnika. Ako vlasnik treba da trpi neki uticaj, tada može da zahteva od korisnika drugog zemljišta odgovarajuće namirenje u novcu, ako je uticajima preko očekivane mere onemogućeno mesno uobičajeno korišćenje njegovog zemljišta ili znatno smanjen prinos sa njega.

Prenošenje putem posebnih naprava nije dopušteno".

Ovom odredbom je bio znatno ojačan položaj industrijskih preduzeća u Nemačkoj jer štete koje oni prouzrokuju svojim imisijama trećim licima, mesno uobičajenim korišćenjem zemljišta, pogođena lica moraju da podnose.Ovaj povlašćeni položaj industrijskih preduzeća bio je još više potvrđen 1900. godine donošenjem *Gewerbeordnunga,* prema čijem se § 26, od vlasnika uređaja koji je dobio odobrenje za rad ne može zahtevati prekid rada uređaja, već najviše postavljanje zaštitnih uređaja koji isključuju buduća oštećenja ili zahtev za naknadu štete.[22]

Zahtev za odgovarajuće namirenje u slučaju štetnih imisija koje potiču sa susedovog zamljišta se u nemačkoj pravnoj teoriji i praksi od noveliranog § 906, naziva "građanskopravni zahtev za učinjenu žrtvu" (*burgerlich - rehtlicher Aufopferungsanspruch*) ili "susedskopravni zahtev za učinjenu žrtvu" (*nachtbarrechtlicher Aufopferungsanspruch*).[23]

---

[21] LJ. Milošević, Štete od škodljivih materija i pitanje naknade tih šteta, Beograd, 1972, str. 73.

[22] D. Stojanović, D. Pop Georgiev, Komentar Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima, Beograd, 1980, str. 38.

[23] H. Hubmann, Der burgelichreichliche Aufopferungsanspruch,»Juristenzeitung»,No.16, 1958, str. 491.

Na osnovu ovog pravila lice koje je pogođeno imisijama nastalim sa susedovog zemljišta usled indistrijskih delatnosti nije moglo da traži prestanak takve delatnosti podizanjem negatorne tužbe, nego je moglo da dobije odgovarajuću naknadu na ime "učinjene žrtve" u opštem interesu.

U slučaju nadoknade štete "za učinjenu žrtvu" nije se nadoknađivao puni iznos štete koju trpi lice usled imisija sa susedovog zemljišta, nego samo pravična naknada. U prilog ovakvog shvatanja naknade štete u vidu pravične naknade izjašnja se i naše pravo. Prema jednoj sudskoj odluci[24] za štetu koju su pretrpela 33 oštećena lica usled imisija koje potiču iz Borskog rudnika, treba da se dosudi pravična naknada, a ne potpuna šteta. Veći broj pogođenih vlasnika putem vansudskog poravnanja sa Rudarsko-topioničarskim basenom "Bor", prihvatio je znatno nižu naknadu od stvarno pretrpljene štete, polazeći od činjenice da od društveno korisne delatnosti rudnika i sami ostvaruju koristi.

Zahtev za "učinjenu žrtvu" ima za cilj da poravna interese između onoga ko vrši imisije koje se ne mogu sprečiti i vlasnika ili korisnika pogođenog zemljišta. Vlasnik ili korisnik susednog zemljišta koji trpi imisije nema pravo na negatornu tužbu, jer se ne radi o neovlašćenom uznemiravanju jer je izazivač imisija odlukom nadležnog državnog organa dobio dozvolu za rad koji dovodi do emitovanja gasa, toplote, otpadnih voda i sl. Vlasnik ili korisnik treba da bude obeštećen, jer štetne uticaje koji dolaze sa susednog zemljišta nije u stanju da spreči, ali nije dužan ni da trpi preko granica podnošljivosti. činjenica je da zemljište koje je ugroženo od imisija gubi na kvalitetu, pa time i na vrednosti zahtev za obeštećenje, treba da uključi i u sebi i ovu činjenicu smanjenja vrednosti ugroženog zemljišta. Visina naknade se izračunava prema trenutnoj meri nedozvoljenih uticaja i posle isplaćenog namirenja vlasniku ili korisniku ugroženog zemljišta se ne može ponovo zahtevati jer obuhvata u sebi i i štete koje će nastati u budućnosti prema normalnom toku stvari.

Odgovornost za zagađenje životne sredine

Prema Ustavu Republike Srbije »svako ima pravo na zdravu životnu sredinu, i svako, a posebno Republika Srbija i autonomna pokrajina je odgovoran za zaštitu životne sredine. Svako je dužan da čuva i poboljšava životnu sredinu.[25]»

Zagađivač koji prouzrokuje zagađenje životne sredine putem nedopuštenih imisija, odgovara za štetu po načelima objektivne odgovornosti.

[24] Okružni sud u Zaječaru, P. 1269/69.

[25] Ustav Republike Srbije, “Sl glasnik RS “br 98/2006.član 74.

«Razlika između opštih pravila o objektivnoj odgovornosti i *ekološke (imisione) odgovornosti* je u riziku, koji nije apstraktna pretnja, već je izvesno da će u budućnosti dovesti do štete. Razlika je i u obimu, pošto rizik preti nastupanjem štete širem krugu subjekata. Ekološka ili imisiona odgovornost ima preventivni značaj, ali povlači i restitutivne obaveze»[26] Pored zagađivača odgovornost snose i pravna i fizička lica koja su nezakonitim i nepravilnim delovanjem omogućila ili dopustila zagađivanje životne sredine.[27]

Zagađivač čije postrojenje ili aktivnost predstavlja visok stepen opasnosti po zdravlje ljudi i životnu sredinu mora se osigurati od odgovornosti za slučaj štete pričinjene trećim licima usled udesa.

Zagađivač je odgovoran i za štetu nanetu životnoj sredini koja je nastala kao posledica njegove radnje i snosi troškove procene štete i njenog uklanjanja. On je dužan da nadoknadi troškove hitnih intervencija preduzetih u vreme nastanka štete, a neophodnih za ograničavanje i sprečavanje efekata štete po životnu sredinu, preostor i zdravlje stanovništva; direktne i indirektne troškove sanacije ustanovljavanje novog stanja ili obnavljanje prethodnog stanja životne sredine; troškove sprečavanja nastanka iste ili slične štete po šivotnu sredinu kao i troškove naknade licima direktno ugroženim štetom po zdravlje i životnu sredinu. Svako ko pretrpi štetu ima pravo na naknadu štete direktno od zagađivača ili osiguravača. Ako je više zagađivača odgovorno za štetu nanetu životnoj sredini, a udeo zagađivača nije moguće odrediti troškove snose solidarno i posebno. Prema Zakonu o zaštiti životne sredine, pokretanje postupka za zaštitu životne sredine zastareva za tri godine od kada je oštećenik saznao za štetu i učinioca. U svakom slučaju ovo potraživanje zastareva u roku od 20 godina od nastanka štete. Postupak pred sudom za naknadu štete je hitan.[28]

[26] Leksikon građanskog prava, Beograd, 1996, str.431.

[27] Zakon o zaštiti životne sredine,"Sl. glasnik RS", br. 135/2004, 36/2009, 72/2009, 43/2011, čl. 103.

[28] Zakon o zaštiti životne sredine, op. cit. čl. 105-107.

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

Forbidden Immisions and Environmental Protection

Abstract

In the Serbian Law and in the most of jurisdictions, there are limits on excercising the right of property. A real estate owner must refrain from activities by which the use of other real estate is being impoded through the emission of exessive gasses, vapors, smoke, heat, noise, the draining of waste water, etc.

Neighboring real estate ownwrs must endure such harmful effects if they do not exceed the limit of usual endurance, taking into account the nature and purpose of such real estate, as well as local conditions.

The property owner who is affected by emissions exceeding the set limit, has the right to request a stop of emissions which exceeded the allowed volume of emissions.

If the emisions originate from some industrial plants, within the activity allowed by a state autority, one cannot request a cessation of such activities, but can simply seek damages.

The issue of the invironmental protection in the Republic of Serbia is regulated by a number of particular substantive laws, with a Law of environmental protection of 2009. as fundamental Law.

Key words: excessive emissions, imissions, neighboring right, local conditions, significant damage, industrial facilities, damage, compensation

Originalni naučni rad 347:340.13
doi:10.5937/zrpfns46-3080

Dr Dušan Nikolić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

MATERIJALNI IZVORI SAVREMENOG GRAĐANSKOG PRAVA[1]

***Sažetak*:** *Materijalnim izvorima građanskog prava je posvećeno relativno malo pažnje u novijoj pravnoj literaturi. Evidentno je da nedostaju produbljenija istraživanja koja bi doprinela kako razvoju pravne nauke, tako i razvoju pravne regulative u ovoj oblasti. Ona bi svakako pokazala da je pojednostavljeno, udžbeničko predstavljanje materijalnih izvora nedovoljno i odavno prevaziđeno. Na uobličavanje građanskog prava danas utiču brojni faktori kao što su: ljudske potrebe, raspoloživi resursi, odnosi u društvu, pravna tradicija, sistem vrednosti, nivo ekonomskog razvoja, uključivanje u integracione procese, pravna politika i sl. Reč je o vrlo kompleksnoj i važnoj problematici, koja iziskuje saradnju stručnjaka iz različitih oblasti.*

Autor, takođe ukazuje na potrebu da se intenzivnije radi na razvoju antropologije, sociologije, filozofije, etike, ekonomije i politike građanskog prava, kao posebnih naučnih disciplina.

Ključne reči: *građansko pravo; materijalni izvori; antropologija, sociologija, filozofija, etika, ekonomija i politika građanskog prava.*

1. Uvod

O izvorima prava je mnogo pisano. Gotovo da nema udžbenika posvećenog nekom pozitivnopravnom predmetu u kom ta materija nije

[1] Rad je nastao kao rezultat istraživanja vršenih u okviru naučnoistraživačkog projekta *Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)* koji finansira Pravni fakultet u Novom Sadu, iz izvornih prihoda.

izložena makar u najkraćim crtama. U kontinentalnoj Evropi se proteklih decenija čak ustalio model izlaganja. Uobičajeno je da se prvo govori o podeli na pisane i nepisane, a potom o podeli na materijalne i formalne izvore. Međutim, primetno je da u novijoj civilistici postoji određena disproporcija. Formalnim izvorima su često posvećene desetine stranica, a materijalnim tek nekoliko rečenica ili kraćih pasusa. Ta razlika je razumljiva i lako objašnjiva. Formalni izvori imaju neuporedivo veći značaj kada je u pitanju praktična primena prava. Nema sumnje da je za pravnika praktičara najvažnije je da zna gde se sve nalaze pravila koja na načelima građanskog prava uređuju statusna pitanja i relevantne imovinske i neimovinske odnose. O materijalnim izvorima se u praksi ređe razmišlja. Činjenica je da oni za većinu pravnika praktičara postaju atraktivni samo kada se radi o tumačenju građanskopravnih normi i popunjavanju pravnih praznina. I za to postoji logično objašnjenje. U epohi kojoj pripadamo sve je manje vremena za tzv. promišljanje prava. Većina pravnika ostaje u okvirima pravne dogmatike, zadovoljavajući se time da sazna samo kako pravo glasi, a ne i zašto upravo tako glasi. Još ređe se razmišlja i javno raspravlja o vrednosnoj dimenziji prava i o tome da li bi ono moglo da glasi drugačije. Pod teretom radnih i drugih svakodnevnih obaveza, u epohi drastično ubrzanog života, ogromna većina pravnika je prinuđena da prihvati ulogu običnih primenjivača pravnih normi. Naravno, time nije dovedeno u pitanje normalno funkcionisanje pravnog sistema, ali je u značajnoj meri oslabljen njegov razvojni potencijal.

Sa druge strane, oni koji kao nosioci zakonodavne i izvršene vlasti oblikuju pravni sistem, moraju biti svesni da je stvaranje prava danas mnogo kompleksniji zadatak i da postoje brojne činjenice koje utiču na to kako pravo treba da glasi. Za njih materijalni izvori prava imaju neuporedivo veći značaj. Međutim, treba reći da domaća pravna nauka na tom planu nije pružila odgovarajuću podršku kreatorima pravnog sistema. Očigledno je da nedostaju obuhvatnije analize postojećeg stanja i tzv. pravna prognostika. Materijalni izvori su i dalje na marginama interesovanja pravne nauke, mada su se okolnosti u savremenom svetu i uporednom pravu bitno izmenile.

Ovaj rad je pisan bez pretenzija da se u njemu nađu odgovori na sva relevantna pitanja. Za početak su sagledana uobičajena pojmovna određenja materijalnih izvora i navedene značajnije činjenice koje danas utiču na razvoj građanskog prava u Evropi. Time su određeni okviri detaljnijih istraživanja koja će biti realizovana u narednom periodu.

2. Pojam materijalnih izvora građanskog prava

Pod materijalnim izvorima prava se najčešće podrazumevaju činjenice koje utiču na nastanak pojedinih pravila. Međutim, sporno je o kojim se činjenicama radi. Shvatanja o tome su se tokom istorije menjala i često su zavisila od dominantnih religijskih, filozofskih i ideoloških strujanja u društvu. Građansko pravo je najčešće smatrano izrazom božije volje, volje vladara, naroda, klase na vlasti i sl. U savremenoj pravnoj teoriji je šire prihvaćeno i mišljenje da je ono odraz prirodnih i kulturnih potreba ljudskih bića. Kao i u mnogim drugim slučajevima u kojima postoji više različitih stavova, istina je negde na sredini. Moglo bi se reći da je građansko pravo izraz prirodnih i kulturnih potreba čoveka, čije zadovoljavanje reguliše grupa na vlasti, uz saglasnost naroda. Na njegovo uobličavanje, dakle, istovremeno utiče više faktora. To su s jedne strane potrebe, a sa druge, volja da se njihovo zadovoljavanje uredi na određeni način. Pri tom treba imati u vidu činjenicu da tvorci pravnog sistema nemaju punu slobodu izbora kada su u pitanju materija građanskog prava i način njenog regulisanja. Postoji čitav niz spoljašnjih faktora koji utiču na to šta će biti obuhvaćeno građanskopravnim normama i kakva će biti konkretna normativna rešenja. Tim determinantama bave se posebne discipline: antropologija, sociologija, filozofija, etika, istorija, ekonomija, i pravna politika. Svaka od njih otkriva faktore koji su uticali na nastanak građanskog prava i koji i danas, u većoj ili manjoj meri, utiču na njegovo uobličavanje.[2]

3. Determinante građanskog prava

3.1. Antropogene osnove građanskog prava (pravna antropologija)

Stari Rimljani su smatrali da postoji jedno univerzalno prirodno pravo *(ius naturale)* "kojim je priroda poučila sva živa bića, jer to pravo nije svojstveno samo ljudskom rodu, nego je zajedničko svim živim bićima..."[3] I neki naši savremenici smatraju da pravo u rudimentarnom obliku postoji u zajednicama drugih bioloških vrsta.[4] Ipak, u savremenoj nauci preovlađuje mišljenje da je pravo isključivo ljudski (antropogeni) fenomen. Naime, za razliku od svih drugih društvenih bića koja

[2] Francuski autor Anri Levi-Bril navodi ekonomske, političke i kulturne faktore evolucije prava. V: Henri Lévy-Bguhl, *Sociologie du droit*, Paris, 1961, str. 80 – 85.

[3] D. 1.1.1.3. *Ulpianus libro primo institutionum.*

[4] Opširnije V.: Dušan Nikolić, *Građanskopravna sankcija (geneza, evolucija i savremeni pojam)*, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 1995. i tamo navedenu literaturu.

slede jedino svoje instinkte, ljudi se prilikom zadovoljavanja većine potreba rukovode kulturnim obrascima ponašanja. Kao *razumno biće,* čovek svesno potiskuje instinktivne obrasce i zajedno sa ostalim pripadnicima svoje vrste ustanovljava posebna društvena pravila. Neka od njih ostaju u domenu morala, dok druga stiču obeležje pravnosti. Većina pravnih pravila kojima se uređuje zadovoljavanje bioloških i kulturnih potreba ljudi spada u građansko pravo. Na osnovu toga možemo zaključiti da koreni građanskog prava leže u samoj prirodi čoveka kao razumnog i društvenog bića.

Pravna antropologija, koja se bavi ovom problematikom, naročito je razvijena u zemljama angloameričkog pravnog područja, a sve je zastupljenija i na prostoru kontinentalne Evrope. Naša pravna doktrina, do sada, nije pokazala veće interesovanje za tu tematiku, naročito kada je u pitanju antropološka osnova građanskog prava, mada je o tome u domaćoj civilistici, na indirektan način, bilo reči još u prvoj polovini XX veka. O tome upečatljivo svedoči rad Živojina Perića, *Značaj privatanoga prava*, u kom je rečeno: «...čovečje potrebe koje normira privatno pravo su večite i sa njima će biti, u ovoj ili onoj formi, večito i pravno normiranje tih potreba.[5]» (...) «norme Privatnoga Prava, a osobito one iz Prava Imovinskoga, imaju u sebi nečega stalnoga, određenoga i opštega, slično zakonima prirodnim (fizičkim).[6]»

3.2. Odnosi u društvenoj zajednici (sociologija građanskog prava)

3.2.1. Društvene osnove građanskog prava

Rimljani su s razlogom govorili: „gde je društvo, tu je i pravo (*ubi societas, ibi ius*)." Ni jedna zajednica ne može opstati ukoliko u njoj ne postoji nekakav poredak, zasnovan na obrascima ponašanja. Tako su već u primitivnim ljudskim društvima morala postojati pravila o načinu zadovoljavanja egzistencijalnih potreba. Zajednica je raspolagala ograničenim sredstvima, pa su se potrebe morale zadovoljavati po unapred utvrđenom redosledu i u odgovarajućem obimu. I u modernim društvima ne mogu u punoj meri biti zadovoljene potrebe svih članova. Zato i u njima moraju postojati pravila o distribuciji dobara, načinu njihovog korišćenja i sl. Ta materija je danas većim delom uređena upravo normama građanskog prava.

---

[5] Živojin Perić, *Značaj privatanoga prava*, Arhiv za pravne i društvene nauke, XXXIV/1937., str. 212.

[6] Živojin Perić, *op. cit*., str. 214.

Građanskopravne norme se grupišu u šire celine - pravne institute (institucije, ustanove). Iz svakog od njih za fizička i pravna lica proističu određena ovlašćenja. Npr. imalac prava svojine je ovlašćen da svoju stvar drži, da je koristi i da njome raspolaže u granicama koje su određene zakonom. To pravo je apsolutno. Ono deluje *erga omnes* (*contra omnes*) i isključuje mogućnost da bilo koje drugo lice vrši navedena svojinska ovlašćenja bez saglasnosti vlasnika. Upravo to tzv. *pravo isključenja trećeg* (*ius excludendi tertii*) može imati dalekosežne posledice po stabilnost drastično socijalno raslojenih društava.[7]

3.2.1.1. Socijalna funkcija pravnih instituta

Svaki građanskopravni institut ima određenu funkciju u pravnom sistemu, a time i u društvu u kom se primenjuje. On treba da odgovara nivou društvenog razvoja, mentalitetu stanovništva i sl. Nekritičko preuzimanje pravnih instituta iz stranih pravnih sistema, koje je postalo prilično rasprostranjeno poslednjih godina, može izazvati niz neželjenih efekata. Recepcija može podstaći dalje raslojavanje stanovništva, rast pravne nesigurnosti, socijane tenzije i ukupnu destabilizaciju društva. Naime, ono što je dobro za razvijena društva, može biti kontraproduktivno u nerazvijenim i siromašnim društvenim zajednicama.[8] Upravo zbog toga, uvek treba imati u vidu pravnu, ali i socijalnu funkciju određenog pravnog instituta. Uz to, treba uvažiti i činjenicu da se ona povremeno menja u skladu sa promenama koje se odigravaju u određenom društvu, regionu i na globalnom planu.

Navedena problematika je dugo bila zapostavljena u domaćoj i stranoj literaturi. Interesovanje za nju i za pionirske radove Karla Renera[9], pisane početkom XX veka, počelo je ponovo da raste kada se čovečanstvo nedavno našlo u novoj velikoj finansijskoj, ekonomskoj i socijalnoj krizi.[10] Socijalna funkcija pojedinih pravnih instituta, kao i subjektivna prava koja iz njih proističu će verovatno biti predmet brojnih rasprava i preispitivanja. To se posebno odnosi na pravo svojine.

---

[7] Opširnije o pojedinim aspektima te problematike: Dušan Nikolić, *Recepcija stranih pravila o porodičnim zadužbinama*, Evropski pravnik / European Lawyer Journal, 3/2008, str. 37 – 53.

[8] V: Dušan Nikolić, *Property Law in Serbia: Both Autonomous Legal Development and Legal Transplant*, , poglavlje u knjizi *Private Law in Eastern Europe*, str. 237 – 267.

[9] V: Karl Rener, *Socijalna funkcija pravnih instituta*, Kultura, Beograd, 1960.

[10] V. npr.: radove sa naučnog simpozijuma *The Social Function of Property: A Comparative Law Perspective*, koji je održan na Univerzitetu *Fordham* (SAD), 14. maja 2011. *Fordham Law Review*, 1-3 2011-2012

3.2.1.2. Subjektivno pravo kao socijalna funkcija

Poslednjih nekoliko decenija je, pod uticajem ekonomskog neoliberalizma, vršena opsežna privatizacija državne imovine. Istovremeno sa prenošenjem svojinskih ovlašćenja sa države na pojedince i druge nedržavne subjekte, menjali su se i stavovi o prirodi i funkciji prava svojine. Sa stanovišta društvene zajednice, ono više nije neograničeno i isključivo. Naročito kada se radi o poljoprivrednom zemljištu, velikim proizvodnim pogonima, finansijskim organizacijama, velikim trgovinskim kompanijama i sl. Od vlasnika se očekuje da pravo vrše u sopstvenom interesu, ali i u interesu društva. Pojedinci i pravna lica koja poseduju sredstva za proizvodnju i materijalna dobra velike vrednosti treba da preuzmu menadžersku ulogu koju su do sada (sa više ili manje uspeha) imale države. Oni stiču veoma velika ovlašćenja ali i dužnosti prema ostalim pripadnicima društvene zajednice. Tako postepeno dolazi do reafirmacije ideje Leona Digija (*Leon Diguit*) *o pravu kao socijalnoj funkciji.*[11]

Svojina će u novonastalim prilikama vremenom postati *privilegia odiosa*, naročito za one koji raspolažu velikim bogatstvom. Bogati će stvarati za sebe ali će morati da deo dobiti izdvoje za dobrobit ostalih građana i društva u celini. U početku će ih na to obavezivati rigorozni poreski propisi. U drugoj fazi će biti razvijen sistem poreskih olakšica koje će stimulisati bogate pojedince i kompanije da dobrovoljno izdvoje deo prihoda za zadovoljavanje različitih javnih potreba. Na kraju, treba očekivati da kada se odnosi u društvu do kraja stabilizuju, počne da raste svest o postojanju moralne obaveze bogatih da pomažu siromašnima i da rade u javnom interesu. Na to ukazuju iskustva razvijenih zemalja, ali i bogata tradicija zadužbinarstva koja je do Drugog svetskog rata postojala u Srbiji i drugim balkanskim zemljama.[12]

3.2.1.3. Jedna presuda Suda pravde evropskih zajednica: slučaj Tokaj[13]

O tom trendu svedoče i pojedine odluke evropskih sudova. Među njima je posebno upečatljiva Presuda Suda pravde evropskih zajednica C-347/03, *Tocai* (*Regione autonoma Fruli - Venezia Giulia v. Agenzia regionale per lo sviluppo rurale*) povodom zakonitosti Uredbe italijanskog

[11] V.: Leon Diguit, *Les transformations de droit public,* Paris, 1913.

[12] V: Dušan Nikolić, *O porodičnim zadužbinama,* Pravo – teorija i praksa, 12/1997, str. 65. i dr.

[13] C-347/03, *Tocai - Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia v. Agenzia regionale per lo sviluppo rurale.*

Ministarstva za poljoprivredu i šumarstvo od 26. septembra 2002. godina kojom je zabranjena upotreba naziva vinove loze *Tocai friulano* i njegovog sinonima *Tocai italico* na nalepnicama za vinske flaše, radi zaštite geografske oznake porekla mađarskog vina *Tokaj*.

Trebalo je da zabrana stupi na snagu u Italiji 2007. godine. Ona je prvobitno nastala na osnovu sporazuma između Evropske zajednice i Mađarske i imala je cilj da zaštiti mađarsku oznaku geografskog porekla Tokaj. Navedena Autonomna regija i Regionalna agencija za razvoj ruralnih oblasti, pokrenuli su kao tužioci postupak pred Okružnim administrativnim sudom u Laciju (*Tribunale amministrativo regione del Lazio*) sa zahtevom da se poništi nacionalna uredba u kojoj je sadržana predmetna zabrana. Kao jedan od argumenata tužioci su naveli da je zabrana u suprotnosti sa *pravom na imovinu* koje je zaštićeno Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i Poveljom o osnovnim pravima Evropske unije.

Sud u Laciju je zastao sa postupkom i uputio je Sudu pravde evropskih zajednica zahtev za donošenje odluke o prethodnom pitanju. Sudu je upućeno osam pitanja koja se tiču validnosti i tumačenja Odluke Saveta 90/724/EZ od 23. novembra 1993. godine. Odgovarajući na sedmo pitanje, Sud pravde evropskih zajednica je zaključio: „119. U skladu sa sudskom praksom, pravo na posedovanje imovine predstavlja jedno od opštih načela komunitarnog prava. Ipak, *to pravo nije apsolutno i mora se posmatrati u odnosu na njegovu socijalnu funkciju* (naglasio D.N.). Iz toga sledi da pravo na imovinu može biti ograničeno pod uslovom da takva ograničenja odgovaraju ciljevima koje želi postići Zajednica i da u odnosu na cilj koji se želi postići ne predstavljaju nesrazmerno i nepodnošljivo mešanje koje utiče na samu suštinu garantovanog prava (vidi, u tom smislu, inter alia, Predmet C-306/93 SMW Winzersekt (1994) ECP I-5555, stav 22, i spojene predmete C-37/02 i C38/02 *DI Lenardo and Dilexport* (2004) ECP I-0000 stav 82 kao i tamo navedenu sudsku praksu).“[14]

[14] U originalu: According to settled case-law, the right to property is one of the general principles of Community law. However, it is not absolute but must be viewed in relation to its social function. Consequently, the exercise of the right to property may be restricted, provided that those restrictions in fact correspond to objectives of general interest pursued by the Community and do not constitute in relation to the aim pursued a disproportionate and intolerable interference, impairing the very substance of the rights guaranteed (see, to that effect, inter alia, Case C-306/93 *SMW Winzersekt* [1994] ECR I-5555, paragraph 22, and Joined Cases C-37/02 and C-38/02 *Di Lenardo and Dilexport* [2004] ECR I-0000, paragraph 82 and the case-law cited). Reports of Cases 2005 I-03785.

3.3. Pravna tradicija (istorija građanskog prava)

3.3.1. Istorijsko nasleđe

Građansko pravo bi trebalo razvijati u skladu sa pravnom tradicijom i to u onoj meri u kojoj to dopušta potreba za uključivanjem u regionalne i globalne integracione procese. Poštovanje istorijskog nasleđa obezbeđuje neophodni razvojni kontinuitet i viši stepen pravne sigurnosti. U prilog tome svedoče aktuelna nastojanja Francuske, Austrije, Nemačke i drugih zemalja da, uprkos brojnim i učestalim promenama u društvu i širem okruženju, očuvaju građanske zakonike koji su nastali u XIX veku.

Građansko pravo u Srbiji ima jasno definisan istorijski i razvojni okvir. Njegovi koreni sežu do običajnog prava indoevropskih i posebno slovenskih naroda. Zasnovano je na rimskom pravnom nasleđu. Pripada tzv. zapadnoj pravnoj kulturi. Spada u pravne sisteme evropskog kontinentalnog tipa i po normativnim rešenjima je blisko germanskom pravnom krugu.

3.3.2. Promene: evolucija i revolucija

U sferi građanskog prava je sve podložno promenama, od strukture i sistematike, do konkretnih normativnih rešenja. Međutim, te promene, po pravilu, nisu nagle. One se odvijaju postepeno, godinama, decenijama, pa čak i vekovima. Osim toga, promene u sferi građanskog prava se mogu predvideti. U mnogim segmentima postoje koordinate po kojima se menjaju konkretna normativna rešenja i građanskopravni instituti. Mogu se uočiti osnovni pravci razvoja pojedinih grana i čitavog korpusa građanskog prava.

Postoji dakle, izvesna zakonomernost u tom razvoju – put koji nije pravolinijski, ali je u osnovi predvidiv.

U pravnoj istoriji pojedinih zemalja zabeleženi su pokušaji da se građansko pravo podvrgne drastičnim promenama, pa čak i da se u potpunosti zameni normama javnog prava. Tako je npr. u Rusiji posle Oktobarske revolucije smatrano da se tržišna razmena putem ugovora može zameniti planskom privredom i administrativnom distribucijom dobara. Planirano je da privatna svojina nestane u procesu sveopšte kolektivizacije i da se ugase mnogi instituti građanskog prava. Međutim, posledice takve orijentacije bile su poražavajuće. Praksa je pokazala da društvena zajednica ne može normalno funkcionisati ukoliko određena materija nije uređena na način koji je svojstven građanskom pravu[15]

[15] Slična, revolucionarna iskustva zabeležena su i u našoj zemlji neposredno nakon Drugog svetskog rata. Antifašističko veće narodnog oslobođenja Jugoslavije

Poslednjih decenija je pod uticajem neoliberalnih ideja bilo pokušaja da se smanji broj zakonskih normi kojima je regulisana materija građanskog prava (deregulacija) i da se njeno regulisanje prepusti nedržavnim subjektima (deetatizacija). Ishod je dobro poznat. U odsustvu precizne i potpune pravne regulative došlo je do krupnih poremećaja u finansijskom sektoru i do velike ekonomske krize koja je zahvatila većinu zemalja. Reagujući na to, mnoge države su počele da donose nove propise i da direktno utiču na relevante odnose u društvu, pre svega na one koji spadaju u domen privatnog prava.

3.4. Sistem vrednosti

Pravna regulativa treba da bude usklađena i sa sistemom vrednosti određenog društva. Ta tematika spada u domen filozofije i etike građanskog prava, kojima je posvećeno relativno malo pažnje u novojoj pravnoj literaturi.

3.4.1. Filozofija građanskog prava

U okviru filozofije se raspravlja o vrednosnom usmerenju prava. Procenjuje se da li su pravnim normama zaštićene prave vrednosti i da li se one štite na odgovarajući način.

U literaturi se govori o opštoj i posebnim filozofijama prava. Prva se bavi pravom u celini. Posebne filozofije su posvećene pojedinim granama. U tom smislu, možemo govoriti i o posebnoj filozofiji koja se bavi načelima i normama građanskog prava[16].

(AVNOJ) donelo je 1945. godine *Odluku o ukidanju i nevažnosti svih pravnih propisa donetih od strane okupatora i njihovih pomagača za vreme okupacije; o važnosti odluka koje su za to vreme donete; o ukidanju pravnih propisa koji su bili na snazi u času neprijateljske okupacije.*[15] Taj akt je naredne, 1946. godine, uz neznatne izmene, pretočen u *Zakon o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941 i za vreme neprijateljske okupacije*[15]. Time je formalno prekinut kontinuitet pravnog sistema bivše Kraljevine Jugoslavije.[15] Međutim, kreatori novog poretka su, poučeni postrevolucionarnom praksom drugih zemalja, dopustili da se pod određenim uslovima, primenjuju pravna pravila iz predratnih propisa. Indikativno je da su sudovi to ovlašćenje najčešće koristili kada se radilo o materiji građanskog prava. Većina sudskih odluka donesenih u građanskim sudskim postupcima bila je zasnovana na starim (klasičnim, predratnim) pravilima.

Time je još jednom potvrđena činjenica da savremeno društvo ne može normalno funkcionisati ukoliko u njemu određena materija nije uređena po pravilima građanskog prava.

[16] V: Gustav Radbruh, *Filozofija prava*, Nolit, Beograd.

3.4.2. Etika građanskog prava

3.4.2.1. Pravedno i nepravedno građansko pravo

U okviru etike građanskog prava se procenjuju da li su građanskopravne norme zasnovane na moralnim načelima određenog društva. Još su stari Rimljani govorili da nije pošteno sve što je dopušteno. I u građanskom pravu ima normi koje se direktno ili indirektno kose sa etičkim pravilima. Cilj je da one budu odstranjene iz pravnog sistema ili da se njihovi efekti ublaže.

3.4.2.2. Moralizacija građanskog prava

Još početkom XX veka počelo se govoriti o moralizaciji građanskog prava[17]. Ukazano je na potrebu da se u svim njegovim segmentima uspostavi tzv. *etički minimum.* Vremenom su utvrđeni moralni standardi ispod kojih se ne bi trebalo ići u procesu stvaranja i primene prava. Neki od njih su ugrađeni i u ustave većine zemalja.

3.5. Ekonomija građanskog prava

Za razliku od filozofije koja se uglavnom bavi apstraktnim kategorijama, ekonomija građanskog prava je posvećena konkretnim pitanjima iz ljudske svakodnevice. Ona je usmerena na iznalaženje normativnih rešenja koja omogućuju efikasnije korišćenje raspoloživih resursa i brži razvoj društva.

U središtu interesovanja ekonomije građanskog prava je ekonomska analiza građanskopravnih normi. Analitičari proučavaju ekonomske efekte važeće regulative i procenjuju kakve bi posledice u ekonomskoj sferi mogla imati nova normativna rešenja.

Poseban podsticaj razvoju ove discipline dala je *Škola ekonomske analize prava* koja je nastala sedamdesetih godina XX veka.

3.6. Regionalne integracije i globalizacija

Na sastanku Evropskog saveta održanom u Kopenhagenu 1993. godine zatraženo je da kandidati za prijem u članstvo Evropske unije prihvate kompletno komunitarno pravno nasleđe. Implementacija tzv. *acquis communautaire* i harmonizacija nacionalnog zakonodavstva sa evropskim pravnim standardima jedan je od osnovnih uslova za ulazak u ovu panevropsku integraciju.

---

[17] Toj tematici je posebna pažnja posvećena u francuskoj pravnoj doktrini. V. npr. Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Librairie generale de droit et de jurisprudence, Paris, 1949.

S obzorom na to da se Srbija opredelila za članstvo u Evropskoj uniji, sasvim je izvesno da će se domaće građansko pravo, u narednom periodu, u velikoj meri razvijati pod uticajem nadnacionalnog prava EU[18].

Osim toga, treba imati u vidu i činjenicu da na razvoj nacionalne pravne regulative u u mnogim zemljama značajno utiče i proces globalizacije koji vodi ka uzajamnom zbližavanju (konvergeniciji) različitih pravnih kultura.

3.7. Politika građanskog prava

Norme građanskog prava donosi zakonodavna vlast koju čine pripadnici različitih političkih partija i drugih društvenih grupa. Oni odlučuju o tome šta će biti regulisano građanskopravnim normama i kakava će biti njihova sadržina. Konkretna normativna rešenja su odraz političke volje skupštinske većine i uvek su usmerena na postizanje određenih pravnopolitičkih ciljeva.

Kao što je rečeno, nosioci zakonodavne vlasti nemaju punu slobodu kada odlučuju o izboru građanskopravne materije i o načinu njenog regulisanja. Njih pre svega obavezuju ustavni okviri. Ustav sadrži načela i konkretna normativna rešenja kojima su određeni osnovni pravnopolitički ciljevi u domenu građanskog prava. Svaka norma koja izlazi iz ustavnih okvira građanskog prava može biti ukinuta odlukom ustavnog suda.

Zakonodavna vlast mora voditi računa i o moralnim principima. U savremenom društvu, nosioci vlasti snose *političku odgovornost* za primenu osnovnih etičkih načela. Ukoliko ih ne poštuju, izlažu se riziku da budu smenjeni ili da po isteku mandata ne budu ponovo izabrani na istu javnu funkciju. U demokratski organizovanim društvima ustavom je zagarantovana smenljivost, a postoje i zakonom utvrđeni postupci za sprovođenje takve političke sankcije.

3.8. Konstante i unutrašnja logika pravnog sistema: osnovna načela građanskog prava

Građansko pravo vekovima počiva na istim principima. U njemu postoje pravila trajne vrednosti koja srećemo u gotovo svim društvenim zajednicama, od antičkih vremena do naših dana. Istorijsko iskustvo mnogih zemalja govori da građanskopravnu materiju treba urediti u skladu sa tradicionalnim načelima. Svako značajnije odstupanje od njih može iza-

[18] Opširnije o tome: Dušan Nikolić, *Harmonizacija i unifikacija građanskog prava (elementi za strategiju razvoja pravne regulative),* Centar za izdavačku delatnost pravnog fakulteta u novom Sadu, Novi Sad, 2004.

zvati destabilizaciju pravnog, a u krajnjoj liniji i političkog sistema. Upravo zbog toga su neka od tih načela sadržana u ustavu. Ona pravno obavezuju nosioce vlasti da na određeni način urede materiju građanskog prava. Načela koja su ostala van ustavnih normi za kreatore pravnog sistema nisu *pravno* obavezujuća. Postoji samo politička odgovornost za njihovu primenu. Međutim, nosioci državne vlasti najčešće postupaju u skladu sa njima, nastojeći da spreče nastupanje pravne i političke nestabilnosti[19].

[19] Opširnije: Dušan Nikolić, *Uvod u sistem građanskog prava*, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2010.

Dušan Nikolić, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad

Material Sources of Contemporary Civil Law

Abstract

Not much attention has been given to material sources of civil law, in newer legal literature. It is evident that we are missing deeper researches which would contribute to the development of legal science, as well as the legal regulative in that field.

It would definitively show that simplified, student book presentation of material sources is insufficient and outdated since long ago. Today, a lot of factors influence forming of civil law, such as: human needs, available resources, social relationships, legal tradition, value system, level of economic development, involvement in integration processes, legal politics, etc. It is indeed a very complex and important issue, which demands cooperation between experts in different fields.

The author also points out the need for working on development of anthropology, sociology, philosophy, ethics, economy and politics of civil law, as separate scientific disciplines.

Key words**:** civil law; material sources; anthropology, sociology, philosophy, ethics, economy and politics of civil law.

Originalni naučni rad 347.63:616.089.888.11
doi:10.5937/zrpfns46-3025

Dr Bernadet Bordaš, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

SUROGAT MATERINSTVO SA PREKOGRANIČNIM DEJSTVIMA: STVARNOST I PRAVO[1]

Sažetak: *U radu se obrađuje tema koja u uporednoj pravnoj literaturi zauzima značajno mesto zbog činjenice da je gestaciono surogat materinstvo kao životna činjenica predmet vrlo različitog pravnog regulisanja u državama sveta. Koristeći nepostojanje međunarodnog pravnog okvira u ovom domenu i permisivno nacionalno pravo lica, koja žele da postanu roditelji deteta koje je genetski povezano sa njima, koriste usluge surogat majki u inostranstvu. Stečeno pravno roditeljstvo komitenata i s tim povezani pravni status deteta, međutim, biva dovedeno pod pitanje, jer se dejstva surogat materinstva sa isnotranim elementom podvrgvajau pravilima međunarodnog privatnog prava države čiji su državljani komitenti i/ili u kojoj žive. U ovom sklopu se prikazuju tri odabrana primera iz uporedne sudske i upravne prakse koji ilustruju praktične teškoće i govore u prilog inicijativama da se problematika postavi u međunarodnopravni okvir.*

Ključne reči: *surogat majka, prekogranična dejstva surogat materinstva, pravno roditeljstvo, pravno roditeljstvo stečeno u inostranstvu*

1. Uvod

U jednom prestižnom američkom medicinskom časopisu objavljena je 1985. godine beleška o prvoj uspešnoj trudnoći surogat majke u čiju je matericu, nakon vantelesne oplodnje jajne ćelije žene čija je materica odstra-

[1] Rad je napisan u okviru projekta „Biomedicina, životna sredina i pravo“ koje finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

njena, transferisan embrion.[2] Ovaj podatak se u literaturi i dokumentima koji se bave pravnim pitanjima koje izaziva surogat materinstvo navodi kao početak redovne prakse humane reprodukcije putem angažovanja žene koja će roditi dete za drugu ženu (gestaciona surogat majka).[3] Prvo dete koje je začeto vantelesnom oplodnjom i koga je iznela gestaciona surogat majka rodilo se 1986. godine[4]. Sa ovog aspekta je važno razlikovanje između dve vrste surogat materinstva: parcijalno, ili tradicionalno surogat materinstvo podrazumeva da žena – surogat majka – iznese trudnoću i rodi dete koje je začeto putem veštačke oplodnje njene jajne ćelije sa semenom ćelijom muškarca koji je sa svojom partnerkom „komitent" i kojima dete nakon rođenja treba da se prepusti. Potpuno, ili gestaciono surogat materinstvo podrazumeva da žena – surogat majka – iznese trudnoću i rodi dete koje je začeto vantelesnom oplodnjom od reproduktivnih ćelija žene i muškarca koji su „komitenti" i kojima dete nakon rođenja treba da se prepusti.[5] Podatak iz 1986. godine odnosi se na potpuno ili gestaciono surogat materinstvo.[6] Razvoj biomedicine je, dakle, omogućio parovima, koji se nisu svesno opredelili za to da nemaju dece, da postanu roditelji.

---

[2] Časopis je New England Journal of Medicine, godište 313, br. 21, 1985, str. 1351, a članak Utian, W.H. et al., Successful Pregnancy After In Vitro Fertilization and Embryo Transfer from an Infertile Woman to a Surrogate, vidi veb stranu http://www.nejm.org/toc/nejm/313/21/ poslednji put posećenu 17. novembra 2012.g; vidi, takođe, Journal of in Vitro Fertilization and Embryo Transfer, godište 6, br. 3, 1989, str. 188, vidi veb stranu - http://download.springer.com/static/pdf/341/art%253A10.1007%252FBF01130787.pdf?auth66=1353190456_373379f482ce4891fcc8baf1442078f7&ext=.pdf poslednji put posećenu 17. novembra 2012.g.; Hague Conference on Private International Law, Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements - Preliminary Document No 11 of March 2011, General Affaires and Policy – dokument dostupan na veb adresi: http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11e.pdf, poslednji put posećenoj 17. Novembra 2012.g.; iz članka Goldfarb, J.M., Austin, C., Lisbona, H., Desai, N., Loret de Mola, J.R., Fifteen years experinece with an in-vitro fertilization surrogate gestational pregnancy programme, Human Reproduction, godište 15, br. 5, 2000, str. 1078, se vidi da je in vitro oplodnja i nakon toga gestaciono surogat materinstvo praktikovano i od 1984. godine, a u članku Andrews, L.B., Douglass, L., Alternative Reproduction, Southern California Law Review, godište 65, 1991-1992, str. 623, navodi se da su od kraja sedamdesetih godina do početka devedesetih HH veka surogat majke rodile oko četiri hiljade dece.

[3] Vidi kod Andrews, L.B., Douglass, L., Alternative Reproduction, Southern California Law Review, godište 65, 1991-1992, str. 670;

[4] Ibid., uz pozivanje na Utian, W.H. et al., Preliminary Experience with In Vitro Fertilization-Surrogate Gestational Pregnancy, Fertility and Sterility, godište 52, 1989, str. 633.

[5] Modaliteti rađanja deteta koje nije genetski povezano sa surogat majkom ne iscrpljuju se u opisanoj kombinaciji, ali je zajednička karakteristika genetska nepovezanost surogat majke i embriona. Kako, međutim, iz pravne literature proizlazi, iz prakse surogat materinstva sa prekograničnim dejstvima nisu isključeni ni slučajevi tradicionalnog (parcijalnog) surogat materinstva.

[6] Vidi belešku br. 4.

Ova mogućnost zahteva odgovarajući pravni okvir. On bi, s jedne strane, trebalo da odredi uslove pod kojima se može obavljati vantelesna oplodnja u medicinskim ustanovama radi stvaranja embriona koji će se preneti u matericu gestacione surogat majke (podrazumevajući i uslove koji se odnose na lica – komitente – koja imaju nameru da dobiju dete putem gestacionog surogat materinstva i uslove kojima treba da udovolji surogat majka), a, s druge strane, da reguliše odnos između gestacione surogat majke i lica koja imaju nameru da ovim putem postanu roditelji (komitenti[7]). Ali, najvažnija su pitanja koja nastanu u trenutku kada surogat majka donese na svet dete, jer tada i pravno mora da dođe do razdvajanja biološke (gestacione) i genetske majke, odnosno majke komitenta, da bi samo jedna od njih postala pravna majka novorođenčeta. Osim pravnog materinstva u aranžmanima o surogat materinstvu od značaja je i pravno očinstvo, odnosno uopšte pravno roditeljstvo koje će definisati međusobni odnos roditelja i deteta i postati izvor pravnog statusa deteta.[8]

Pošto pravno regulisanje odnosa koji nastaju surogat materinstvom kaska za razvojem, mogućnostima i stvarnošću biomedicine, surogat materinstvo ostaje u različitim državama neregulisano, zabranjeno ili izričito dozvoljeno i regulisano[9]. Ukoliko se praksa gestacionog surogat materin-

[7] Za ciljeve ovog rada koristićemo izraz „komitenti" da bi smo označili lica koja stupaju u odnos sa surogat majkom i kojima će nakon rođenja deteta dete biti predato kao pravnim (najčešće i genetskim) roditeljima. Ovaj izraz se koristi u mnogim radovima uporedne pravne literature.

[8] Vidi bliže o porodično-pravnim aspektima kod Kovaček-Stanić, G. Porodično-pravni aspekti surogat materinstva, Pravni život 9/2001, str. 491-507.

[9] Prema podacima iz Preliminarnog izveštaja Stalne kancelarije Haške konferencije za međunarodno privatno pravo o pitanjima koja proizlaze iz sporazuma o međunarodnom surogat materinstvu (A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements, drawn up by the Permanent Bureau, General Affaires and Policy, Prel. Doc. No 10, March 2012 – dokument dostupan na veb adresi - http://www.hcch.net/ upload/wop/gap2012pd10en.pdf, poslednji put posećenoj 11. novembra 2012.g.) surogat materinstvo je zabranjeno u Kini, Francuskoj, Nemačkoj, Italiji, Meksiku (Kveretaro), Švedskoj, Švajcarskoj, a u SAD-u u Arizoni i Distriktu Kolumbija; surogat materinstvo je u velikoj meri neregulisano u Argentini, Australiji (na Severnoj teritoriji), Belgiji, Brazilu, Kanadi, Češkoj, Irskoj, Japanu, Meksiku (Meksiko Siti), Holandiji, u SAD-u u Mičigenu i Njujorku, Venecueli; izričito je dozvoljeno, između ostalih, u - Australiji (Kvinslend, Novi Južni Vels, Južna Australija, Viktorija, Zapadna Australija, Teritorija glavnog grada), Kanadi (Alberta, Britanska Kolumbija), Kina (Hongkong), Grčka, Izrael, Južna Afrika, Ujedinjeno Kraljevstvo, Novi Zeland (u određenoj meri), u ovu grupu se ubrajaju i Rusija, Ukrajina. Ovi podaci su preliminarni, zasnivaju se na izveštajima sakupljenim u okviru istraživačkog projekta o sporazumima o međunarodnom surogat materinstvu Univerziteta u Aberdinu, koji su bili stavljeni na uvid Stalnoj kancelariji Haške konferencije. U ovom dokumentu Haške konferencije nema podataka o Indiji, koja je jedna od glavnih destinacija reproduktivnog turizma za parove iz inostranst-

stva odvija u granicama neke države koja takvo materinstvo dozvoljava, u trenutku rođenja deteta će se odrediti njegov pravni status koji postaje *fait accompli*. Da li će prema pravilu *mater semper certa est* pravna majka biti žena koja je dete rodila (biološka, gestaciona surogat majka), nakon čega genetska majka, odnosno žena za koju je surogat majka rodila dete (komitent), može da postane pravna majka kroz usvojenje, ili će surogat majka odmah predati dete genetskoj majci (ženi za koju je rodila dete), čije će se materinstvo smatrati pravnim bez spominjanja biološke majke – pitanje je nacionalnog prava svake države.

Problemi nastaju kada se u odnosima koje surogat materinstvo implicira pojavi inostrani element. Tada ono sa pravnog aspekta postaje odnos međunarodnog privatnog prava[10] – surogat majka može da bude inostrana državljanka koja dolazi u državu u kojoj je surogat materinstvo ostvarljivo i tamo rađa dete; potencijalni pravni roditelji (komitenti) mogu da budu inostrani državljani koji dolaze u državu u kojoj je surogat materinstvo omogućeno, ili bar nije zabranjeno, i za njih će surogat majka doneti na svet (njihovo genetsko) dete. U ovom poslednjem slučaju se govori o međunarodnom surogat materinstvu, inostranom surogat materinstvu, surogat materinstvu sa prekograničnim dejstvima, ili, čak, globalnom surogat materinstvu.[11] Kao jedan vid reproduktivnog turizma[12], gestaciono surogat mate-

---

va, vidi kod Rimm, J., Booming Baby Business: regulating Commercial Surrogacy in India, University of Pennsylvania Journal of International Law, godište 30, 2008-2009, str. 1429; Rengachary Smerdon, U., Crossing Bodies, Crossing Borders: International Surrogacy Between the United States and India, Columbia Law Review, godište 39, 2008, str. 15; Stehr, E., International Surrogacy Contract Regulation: National Government's and International Bodies' Misguided Quests to Prevent Exploitation, Hastings International and Comparative Law Review, godište 35, 2012, str. 253.

[10] Prema autoru Rengachari Smerdon jedan od prvih poznatih slučajeva međunarodnog surogat materinstva datira iz 1987. godine kada je jedna devetnaestogodišnja Meksikanka ušla nelegalno u SAD da bi tamo postala surogat majka koristeći spermatozoide muža svoje rođake, vidi kod Rengachari Smerdon, U., Crossing Bodies, Crossing Borders: International Surrogacy Between the United States and India, Cumberland Law Review, godište 39, 2008, str. 16.

[11] Vidi, na pr., Mohapatra, S., Achieving Reproductive Justice in International Surrogacy Market, Annals of Health Law, godište 21, 2012, str. 191; Gamble, N., Crossing the Line: the Legal and Ethical Problems of Foreign Surrogacy, Reproductive BioMedicine Online, godište 19, br. 2, 2009, str. 151; www.rbmonline.com/Article/4484, Gruenbaum, D., Foreign Surrogate Motherhood: mater semper certa erat, American Journal of Comparative Law, godište 60, 2012, str. 475.

[12] Vidi kod Storrow, R.F., Travel into the Future of Reproductive Technology, University of Missouuri-Kansas City Law Review, godište 79, broj 2, 2010. str. 296; elektronska kopija dostupna na veb adresi: http://ssrn.com/abstract=1773725, poslednji put posećenoj 17. novembra 2012.g.; Pennings, G., Legal Harmonization and Reproductive Tourism in Europe, Human Reproduction, godište 19, 2004, 2689.

rinstvo koje prevazilazi granice država, prema nekim procenama ima razmere globalnog biznisa[13] vrednog oko šest milijardi dolara godišnje.[14]

U ovom radu ćemo najčešće koristiti izraz surogat materinstvo sa prekograničnim dejstvima, jer u savremenim uslovima najtačnije označava probleme u praksi sa kojima se suočavaju genetski roditelji (komitenti) novorođenčeta, kada nameravaju da se vrate ili nakon što su se vratili u državu u kojoj su nastanjeni. Pravni status koji genestki roditelji (komitenti) i novorođenče steknu u državi u kojoj je surogat majka donela na svet dete može da bude fait accopmli u toj državi, ali taj status bi trebalo da proizvede dejstva i u državi odakle su genetski roditelji došli. To je uobičajeno država njihovog državljanstva, ali može da bude i država u kojoj imaju prebivalište ili uobičajeno boravište. U zavisnosti od toga kakav je stav ove poslednje države prema surogat materinstvu genetski roditelji, za koje je surogat majka rodila dete, moći će svoj status pravnih roditelja da potvrde ili izgube. Pri tom, njihov pravni status direktno utiče na pravni status deteta koga je rodila gestaciona surogat majka u inostranstvu.

2. Uticaj nacionalnog prava na surogat materinstvo sa prekograničnim dejstvima

Dva su glavna razloga zbog kojih dolazi do gestacionog surogat materinstva sa prekograničnim dejstvima. Prvi je činjenica da je gestaciono surogat materinstvo nedozvoljeno, ili podvrgnuto strogim uslovima u državi u kojoj lica koja žele potomstvo žive i čiji su državljani oboje ili samo jedno od njih. Odlazak u državu u kojoj je ono dozvoljeno ili nedovoljno regulisano[15], u kojoj su uslovi lakši omogućuju da lica bez dece dobiju dete koje je genetski povezano s njima. Drugi razlog su troškovi. Oni su u Indiji ili Ukrajini mnogo niži nego u onim saveznim državama SAD u kojima je gestaciono surogat materinstvo dozvoljeno.[16]

---

[13] Vidi Preliminarni izveštaj br. 10 iz marta 2012. g. koji je izradila Stalna kancelarija Haške konferencije za međunarodno privatno pravo koji je dostupan na veb adresi: - http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10en.pdf, posećenoj poslednji put 17. novembra 2012. g.

[14] Vidi kod Mohapatra, S., op.cit., str. 193; vidi, međutim, skromnije procene u Preliminarnom dokumentu br. 11 iz marta 2011. godine koji je izradila Stalna kancelarija Haške konferencije za međunarodno privatno pravo, u kojima se iznosi da je u Ujedinjenom Kraljevstvu reč o deltnosti koja vredi oko 250 miliona funti godišnje, a u Indiji, ipak, 2,3 milijarde dolara, dokument dostupan na veb adresi: www.hcch.net/upload/wop/ genaff2011pd11e.pdf, posećenoj poslednji put 17. novembra 2012. g.

[15] Rengachari Smerdon, U., op.cit., 28.

[16] Vidi kod Mohapatra, S., op.cit., str. 193; vidi, takođe Davis, A., Pressing Need for International Regulation, Minnesota Journal of International Law, godište 21, 2012, str. 120.

Sa pravnog aspekta posmatrano gestacionom surogat materinstvu sa prekograničnim dejstvom pogoduju, s jedne strane, različiti nacionalni propisi o surogat materinstvu u različitim državama širom sveta, a s druge strane, nepostojanje međunarodnih instrumenata koji bi harmonizovali nacionalne propise i regulisali ovu materiju imajući u vidu specifičnosti koje proizlaze iz činjenice da ovaj kompleksan i osetljiv odnos sadrži inostrani element.

U Francuskoj je, na primer, u članu 16-7 Građanskog zakonika jasno propisano da je svaki sporazum o surogat materinstvu ništav;[17] Savezni zakon o medicinski potpomognutom začeću Švajcarske iz 1998. godine u članu 4 zabranjuje donaciju ženskih jajnih ćelija i embriona, kao i surogat materinstvo.[18] Nasuprot ovim državama, Kalifornija nema poseban propis o surogat materinstvu, ali sudovi prihvataju sporazume nalazeći oslonac u Uniformnom zakonu o roditeljstvu: Porodični kodeks u članu 1 odeljka 7630 propisuje da lice koje je strana u sporazumu o potpomognuton začeću može u bilo koje vreme da podnese zahtev za ustanovljenje odnosa između roditelja i deteta u skladu sa namerom koja je izražena u dotičnom sporazumu o potpomognutom začeću[19]; Porodični zakon Ukrajine u stavu 2 člana 123 propisuje da će supružnici biti roditelji deteta koje dođe na svet nakon što je embrion začet od polnih ćelija supružnika korišćenjem tehnologije potpomognutog začeća i transferisan u matericu druge žene[20].

---

[17] Code civil(prečišćeni tekst od 2. juna 2012.g.), Article 16-7: „Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte de'autrui est nulle.“ - tekst dostupan na veb strani: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idArticle=LEGIARTI000006419286 &idSectionTA=LEGISCTA000006117610&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte= 20121124, posećenoj poslednji put 17. novembra 2012.g.

[18] Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998 (Etat le 13 juin 2006), Art. 4- Pratiques interdites: „Le don d'ovules et d'embryons ainsi que la maternité de substitution sont interdits.“, tekst dostupan na veb strani http://www.admin.ch/ ch/f/rs/8/810.11.fr.pdf, poslednji put posećenoj 17. novembra 2012.g.

[19] California Code – Part 3: Uniform Parentage Act [7600-7730], CAL. FAM. CODE § 7630 : California Code - Section 7630: "(f)A party to an assisted reproduction agreement may bring an action at any time to establish a parent and child relationship consistent with the intent expressed in that assisted reproduction agreement; § 7650: Any interested person may bring an action to determine the existence or nonexistence of a mother and child relationship. Insofar as practicable, the provisions of this part applicable to the father and child relationship apply."tekst dostupan na veb strani - http://codes.lp.findlaw.com/cacode/FAM/1/d12/3/4/1/s7630, poslednji put posećenoj 17. novembra 2012.g.; vidi, takođe, umesto svih: Spiwack, K., The Law of Surrogate Motherhood in the United States, Journal of American Comparative Law, godište 58, 2010, str. 97.

[20] Odredba je dostupna na veb strani: http://www.ukrainiansurrogates.com/ legal/surrogacy-law-in-ukraine, pozivom na dopis Ministrastva zdravlja Ukrajine od 28.4.2011.

Indija je popularno mesto za reproduktivni turizam zbog činjenice da je gestaciono surogat materinstvo nedovoljno regulisano – 2005. godine su sačinjene Smernice za regulisanje usluga u oblasti fertiliteta, koje pravno ne obavezju.[21] Nacrt Regulative o tehnologijama potpomognutog začeća[22] objavljen je 2010. godine, kojim se predlaže detaljno regulisanje prava i obaveza u vezi sa surogat materinstvom: par ili pojedinac zaključuje pravno obavezjući sporazum sa surogat majkom, surogat majka se odriče svih roditeljskih prava nad detetom, u matične knjige rođenih se kao roditelji deteta koje je rodila surogat majka upisuju komitenti (ili komitent)[23].

Ovih nekoliko primera ilustruju dva suprotstavljena i veoma udaljena stava nacionalnih prava[24], bez ulaženja u detalje, od kojih nije zanemarljiv onaj koji se odnosi na komercijalni ili nekomercijalni karakter[25] sporazuma o surogat materinstvu.

Pošto su razlike između nacionalnih propisa značajne, one izazivaju srazmerne teškoće na nivou pravnih dejstava kada se surogat materinstvo praktikuje u odnosima koji sadrže inostrani element. Nije, naime, logično da u državama u kojima surogat materinstvo (ili neki njegov oblik) nije dozvoljeno pravna dejstva inostranog surogat materinstva budu uvažena , ali ni u državama u kojima je ono dozvoljeno pravno roditeljstvo lica za koja je surogat majka rodila dete ne može da bude automatski uvaženo. Kako, i da li ova lica postaju pravni roditelji i kako to utiče na pitanje pravnog roditeljstva deteta rešava se primenom pravila nacionalnih pravila međunarodnog privatnog prava. Činjenica je, međutim i to, da surogat materinstvo ima za posledicu rođenje deteta čiji osnovni status određuje Konvencija o pravima deteta koja je stupila na snagu 1990. godine, a danas je na snazi u 193 države sveta.[26] Odredbe o zabrani diskriminacije

---

godine, dostupan na veb adresi: http://ukraine.com/images/common/ukrpodr.png, poslednji put posećenoj 17. novembra 2012.g.

[21] Vidi kod Rimm, J., Booming Baby Business: Regulating Commercial Surrogacy in India, University of Passadena Journal of International Law, godište 30, 2008-2009, str. 1429.

[22] The Assisted Reproductive Technologies (Regulation) Bill – 2010, dostupan na veb strani: http://www.icmr.nic.in/guide/ART%20REGULATION%20Draft%20Bill1.pdf, poslednji put posećenoj 17. novembra 2012.g.

[23] Vidi paragrafe 34 i 35 indijskog Nacrta.

[24] Vidi, takođe, Kovaček-Stanić, G., i dr.,, Legislativa o ljudskoj reprodukciji uz biomedicinsku pomoć, Novi Sad, 2008.g.

[25] Pravo UK zabranjuje komercijalno surogat materinstvo, dopušta nekomercijalno, ali sporazumi o surogat materinstvu ne uživaju pravnu zaštitu; vidi Surrogacy Arrangements Act 1985, vidi naročito odeljak 1A i 2; tekst dostupan na veb adresi: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/contents,posećenoj poslednji put 17. novembra 2012.

[26] Vidi stanje ratifikacija na veb strani Ujedinjenih nacija, http://treaties.un.org/ pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtdsg_no=iv-11&chapter=4&lang=en, poslednji put posećene 17. novembra 2012.g.

(član 2), o obezbeđivanju najboljeg interesa dece (član 3), o pravu na život i razvoj (član 6), o pravu na ime i državljanstvo (član 7) samo su neke od onih koje bi mogle u značajnoj meri da utiču na procenjivanje pravnih dejstava prekograničnog gestacionog surogat materinstva.

Uporedna praksa pokazuje da je najveći problem priznavanje statusa roditelja - komitenata, a naročito materinstva genetske majke u državama čiji su oni državljani i/ili u kojima žive. Sa ovim je povezano pitanje državljanstva deteta koga je rodila surogat majka, njegovog prebivališta, odnosno uobičajenog boravišta i omogućavanja njegovog ulaska u državu u kojoj su nastanjeni roditelji-komitenti. U međunarodnom privatnom pravu pitanju pravnog roditeljstva komitenata bi moglo da se pristupi na dva načina: jedan je da se na osnovu upisa (registracije) činjenice rođenja deteta u inostranstvu izvrši upis u domaćim matičnim knjigama, u kom cilju se podnosi inostrana javna isprava, tj. izvod iz inostrane matične knjige rođenih, a drugi da se upis u domaće knjige izvrši na osnovu inostrane presude koja se odnosi na ustanovljenje pravnog roditeljstva komitenata (najčešće prema pravu države u kojoj je surogat majka donela na svet dete).

Ukoliko su lica – komitenti – za koje je surogat majka rodila dete upisani u matičnu knjigu rođenih kao pravni roditelji deteta, izvod izdat na osnovu takvog upisa podneće se nadležnim organima u domaćoj državi radi upisa činjenice navedene u stranom izvodu u domaće matične knjige. Tretman, ili priznanje inostranih isprava može da bude različit: (a) prema metodu sukoba zakona inostrana isprava služi kao dokaz izjave o činjenicama, a ne o pravnim posledicama tih činjenica koje su ustanovljene prema (merodavnom) pravu. Domaći organ će na osnovu navedenih činjenica, primenom merodavnog prava ustanoviti ko su pravni roditelji deteta. U ovakvom slučaju se može dogoditi da komitenti navedeni kao pravni roditelji ne budu pravni roditelji u državi čiji su državljani i/ili u kojoj žive[27],[28]; (b) prema metodu priznanja inostrana isprava podleže kontroli prema uslovima koje propisuje domaća država, čiji će rezultat biti priznanje ili odbijanje priznanja inostrane isprave.[29]

---

[27] Vidi Preliminary Document No 11, March 2011, The Hague Conference of Private International Law, Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements, dostupan na veb adresi: http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11e.pdf, poslednji put posećenoj 17. novembra 2012.g.

[28] Vidi niže, slučaj X&Y, naslov: „3. Tri primera iz uporedne prakse gestacionog surogat materinstva“ u ovom radu.

[29] Vidi belešku br. 26, kao i niže, naslov: „3. Tri primera iz uporedne prakse gestacionog surogat materinstva“ u ovom radu.

Ukoliko su lica – komitenti – za koje je surogat majka rodila dete postali pravni roditelji tog deteta na osnovu presude suda države u kojoj je surogat majka rodila dete oni bi mogli da budu upisani kao pravni roditelji u državi svog državljanstva i/ili nastanjenja na osnovu priznate inostrane presude. Postupak egzekvature će se sprovesti u toj državi, prema pravu te države, te će konačna odluka domaćeg suda služiti kao osnov priznanja ili nepriznanja njihovog pravnog roditeljstva.[30]

U tekstu koji sledi prikazaćemo nekoliko odluka koje u uporednoj pravnoj literaturi zaokupljaju pažnju istraživača i praktičara. Nakon toga ćemo se osvrnuti na rastuću potrebu za regulisanjem pitanja gestacionog surogat materinstva putem izrade i donošenja međunarodnih instrumenata.

3. Tri primera iz uporedne prakse gestacionog surogat materinstva

Ujedinjeno Kraljevstvo: Re X&Y (inostrano surogat materinstvo)[31] – Supružnici iz Ujedinjenog Kraljevsta (u daljem tekstu: UK) otputovali su u Ukrajinu i tamo angažovali gestacionu surogat majku da bi iznela embrione nastale vantelesnom oplodnjom jajašca anonimnog donora i semenom muškarca-komitenta. Embrioni su transferisani u matericu surogat majke, i ona je rodila blizance. Prema sporazumu o surogat materinstvu ukrajinska državljanka je trebalo da dobije za svoju uslugu sumu novca koja bi pokrila njene troškove, nadoknadila izgubljenu zaradu i koja bi bila dovoljna za depozit za kupovinu stana u mestu u kojem je ona živela sa svojim suprugom.

Prema ukrajinskom pravu nakon što surogat majka donese na svet dete komitenti postaju pravni roditelji i njihova imena se unose u matičnu knjigu rođenih; čim surogat majka preda dete ona i njen suprug se oslobađaju svih obaveza prema detetu; njih dvoje nemaju status, niti prava i dužnosti roditelja. Dete koje surogat majka rodi nema pravo na boravak u Ukrajini, niti na državljanstvo, niti Ukrajina ima bilo koju obavezu prema detetu „osim da ga, iz razloga čovečnosti smesti u državno sirotište“[32]. Dakle, prema ukrajinskom pravu komitenti postaju roditelji i dete bi trebalo da stekne njihovo državljanstvo. Pravo Ujedinjenog Kraljevstva, me-

[30] Vidi o ovome detaljno kod: Gruenbaum, D., Foreign Surrogate Motherhood: mater semper certa erat, American Journal of Comparative Law, godište 60, 2012, str. 475, 488.

[31] Vidi Re: X&Y (Foreign Surrogacy), Case No: FD08P01466, High Court of Justice Family Division, 9 December 2008 [2008] EWHC 3030 (Fam), 2008 WL 5326758, tekst dostupan na veb adresi: http://judgmental.org.uk/judgments/EWHC-Fam/2008/%5B2008%5D_ EWHC_3030_%28Fam%29.html, poslednji put posećenoj 17. novembra 2012.g.

[32] Ibid., tačka 8.

đutim, smatra da je surogat majka pravna majka koja se upisuje u matične knjige, a otac deteta je muž surogat majke, osim ako se dokaže da on nije dao saglasnost da se embrion transferiše u matericu njegove supruge[33]. Prema okolnostima slučaja *X&Y* pravni roditelji blizanaca koje je rodila ukrajinska surogat majka nisu komitenti - bračni par iz Ujedinjenog Kraljevstva, već ukrajinski državljani – surogat majka koja ih je donela na svet i njen muž, bez obzira što nijedno od njih nije genetski povezano sa decom.[34] Međutim, pravo UK propisuje da sud može da donese rešenje o roditeljstvu (parental order) o tome da se dete pravno smatra detetom bračnog para, ukoliko ga je rodila surogat majka a embrion je nastao od gameta žene ili muža, ili njih oboje, i ukoliko su ispunjeni dalji kumulativni uslovi. Oni se odnose na podnošenje zahteva od strane muža i žene u roku od šest meseci od rođenja deteta; propisuju da u vreme podnošenja zahteva i donošenja odluke dete mora da stanuje sa podnosiocima zahteva, a jedan od njih ili oboje moraju da imaju domicil u UK; sud mora da bude uveren da su se otac deteta (ukoliko on nije muž surogat majke) i surogat majka bezuslovno i uz svest o svim posledicama, slobodno sporazumeli o donošenju odluke o roditeljstvu; sudu se mora dokazati da muž ili žena nisu dali novac ili neku drugu korist (osim razumnog iznosa za pokriće troškova) u cilju da se donese rešenje o roditeljstvu, preda dete mužu i ženi ili radi toga da se postigne sporazum u cilju donošenja odluke o roditeljstvu, izuzev ako sud to odobri.[35]

U proceni navedenih uslova prava UK dva su bila naročito sporna: uslov da dete u vreme podnošenja zahteva i donošenja odluke mora da stanuje sa podnosiocima zahteva koji oboje, ili jedan od njih moraju da imaju domicil u UK[36], i da nije reč o komercijalnom surogat materinstvu[37].

U praksi je nastala teškoća oko ulaska dece u UK, jer su ona zbog razlika u propisima Ukrajine i UK bila s aspekta prava siročad i apatridi. Prema pravu UK oni su deca ukrajinskog bračnog para, dakle, nemaju engleske roditelje, a prema ukrajinskom deca muža i žene iz UK. Kao posledica ovih međusobno isključujućih propisa deca nisu imala pravo na ulazak u UK, niti su mogli da steknu državljanstvo po poreklu, a ni UK bračni par (komitenti) nisu imali pravo da ih uvedu u UK.[38] Problem je

[33] Vidi odeljak 28 Human Fertilization and Embriology Act 1990; tekst dostupan na veb adresi: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/pdfs/ukpga_19900037_en.pdf, poslednji put posećenoj 17. novembra 2012.g.

[34] Vidi tačke 5-6 presude X&Y.

[35] Vidi belešku 24, odeljak 30, tačke 2 – 7.

[36] Ibid., odeljak 30, tačka 3.

[37] Ibid., odeljak 30, tačka 7.

[38] Ibid., odeljak 30, tačka 9.

rešen tako što je genetski otac blizanaca morao pomoću DNA testova, obavljenih u UK, da dokaže imigracionim vlastima u UK da je genetski otac oba deteta, nakon čega je deci, po diskrecionom pravu nadležnih vlasti dozvoljen ulazak da bi se pružila mogućnost mužu i ženi iz UK da regulišu svoj status.[39]

Presuda u ovom predmetu je prva u kojoj je sud doneo rešenje o roditeljstvu dece koju je donela na svet surogat majka na osnovu komercijalnog sporazuma, iako je on nedozvoljen u pravu UK.[40] Prema sporazumu sa surogat majkom komitenti su joj plaćali 235 evra mesečno za vreme trudnoće, i paušalni iznos od 25000 evra za živo rođene blizance. Osamdeset posto sume je trebalo platiti nakon što je surogat majka podnese overenu saglasnost o tome da se komitenti navedu kao roditelji na ukrajinskom izvodu iz matične knjige rođenih, a ostatak u roku od šest nedelja od dana pisane saglasnosti za donošenje odluke o roditeljstvu u UK.[41] Zbog visine iznosa koji je isplaćen surogat majci i namene koja je predočena sudu, sudija je konstatovao da suma značajno prevazilazi „razuman iznos troškova" i da time vređa englesko unutrašnje pravo, te stoga, zahtev za donošenje odluke o roditeljstvu zavisi od toga da li će sud odobriti isplaćenu sumu.[42] Sud je u svojoj analizi pošao od toga da su sporazumi o komercijalnom surogat materinstvu protivpravni, ali da pravo priznaje da ponekad mogu da postoje razlozi za izuzetak, i da bi oni mogli da se pronađu u dobrobiti deteta u konkretnom slučaju. Sud je stao na stanovište da suma plaćena surogat majci nije bila nesrazmerna u odnosu na razumne troškove (imajući u vidu poreklo surogat majke), da su komitenti nastupali u dobroj veri i bez nečasnih namera i da nisu pokušali da izigraju domaće vlasti i pravo[43]. Imajući u vidu dobrobit deteta sud je doneo rešenje o roditeljstvu kojim se doživotno određuje status deteta, a nijedan drugi princip ne bi bio odgovarajući za opravdanje diskrecionog ovlašćenja koje mu je dato.[44]

Francuska: Slučaj Meneson. – Kasacioni sud Francuske doneo je 6. aprila 2011. godine tri presude[45] kojima je odbio žalbe protiv presuda

[39] Ibid., odeljak 30, tačka 10.

[40] Vidi kod Gamble, N., Crossing the line: the legal and ethical problems of foreign surrogacy, Reproductive BioMedicine online, godište 19, br. 2, 2009, str. 151, članak dostupan na veb adresi: www.rbmonline.com/Article/4484, poslednji put posećene 17. novembra 2012.g.

[41] Ibid., odeljak 30, tačka 17.

[42] Ibid., odeljak 30, tačka 18.

[43] Ibid., odeljak 30, tačka 21.

[44] Ibid., odeljak 30, tačka 25.

[45] To su presude br. 369 od 6. aprila 2011 (09-66.486) – Cour de Cassation – Première chambre civile; br. 370 od 6. aprila 2011 (10-19.053) – Cour de Cassation – Première chambre civile; br. 371 od 6. aprila 2011 (09-17.130) – Cour de Cassation – Première chambre civile;

apelacionih sudova kojima je naloženo poništenje upisa činjenice rođenja žalilaca koja je ustanovljena u inostranoj odluci. Kasacioni sud je u sva tri slučaja utvrdio da je upis u francuske matične knjige u suprotnosti sa francuskim međunarodnim javnim poretkom, jer odluke na osnovu kojih je upis izvršen sadrže odredbe koje vređaju suštinska načela francuskog prava, tj. načelo o neotuđivosti statusa (stanja) pojedina. Ovom prilikom ćemo se ograničiti na slučaj Meneson, kojem je posvećeno dosta prostora u Francuskoj, a nakon odluke Kasacionog suda gospođa Meneson se obratila Sudu za ljudska prava u Strasburu.[46]

Bračni par Meneson je u avgustu 2000. godine dobio bliznakinje koje je rodila surogat majka u Kaliforniji nakon što su embrioni nastali vantelesnom oplodnjom od semenih ćelija gospodina Menesona i jajnih ćelija donora, inače prijateljice bračnog para. Bračni par se odlučio na ovaj korak nakon što je saznao da je supruga neplodna i zbog toga što je surogat materinstvo u Francuskoj zabranjeno. U skladu sa pravom Kalifornije sačinjen je sporazum sa kalifornijskom surogat majkom, prema kojem ova nije dobila novčanu nagradu, već samo naknadu troškova. Nakon što je trudnoća utvrđena (1. marta 2000.g.) sud u Kaliforniji, kojem su se zajedno obratili komitenti (bračni par Meneson), surogat majka i njen suprug, doneo je presudu u kojoj se deklariše da će sva deca koja budu donesena na svet od strane surogat majke u roku od četiri meseca od dana presude biti deca genetskog oca (g. Meneson) i pravne majke (gđa Meneson). Presudom je precizirano da će u matičnim knjigama biti navedena njihova imena kao oca i majke. Bliznakinje su rođene u Kaliforniji 25. oktobra 2000. g., njihovo rođenje je registrovano u skladu i na način kako je to navedeno u presudi. Početkom novembra genetski otac se obratio konzulatu Francuske u Los Anđelesu da bi se činjenica rođenja dece upisala i da bi se deca uvela u njegovu putnu ispravu da bi mogli da se vrate kao porodica u Francusku. Konzularni službenik je odbio genetskog oca zbog toga što ovaj nije mogao da da informacije o trudnoći svoje supruge. Pošto je službenik posumnjao da je reč o surogat materinstvu, prosledio je dokumente javnom tužiocu u Nant.

Američka administracija je izdala pasoše bliznakinjama u kojima je g. Meneson naveden kao njihov otac, te su se svi četvoro vratili u Francusku.

---

dostupne na veb adresi www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre _civile.html, poslednji put posećene 17. novembra 2012.g.

[46] Vidi, na primer, Lagarde, P., Cour de cassation (1re Ch. civ.), 17 décembre 2008, Jurisprudence - Actes de l'état civil, Revue critique de droit international privé, tom 98, br. 2, 2011, str. 320; Hammje, P., Cour de cassation (1re Ch. civ.), 6 avril 2011, Jurisprudence – Etat des personnes, Actes de l'état civil, Possession d'état, Revue critique de droit international privé, tom 100, br. 3, 2011, str. 722; kod Suda za ljudska prava zahtev je zaveden pod brojem 65192/11 – Sylvie Mennesson et autres contre la France, 6.10.2011.

U novembru 2002. g. činjenica rođenja bliznakinja upisana je u knjige građanskih stanja Nanta na osnovu uputstva javnog tužioca, ali je republički tužilac iz Kreteja tražio pred sudom odluku o poništavanju tog upisa u maju 2003. godine. On je zahtev zasnovao na tvrdnji da je sporazum o surogat materinstvu ništav, jer je protivan načelima javnog poretka o neotuđivosti ljudskog tela i neotuđivosti statusa pojedinca. Iz razloga povrede međunarodnog javnog poretka Francuske presuda kalifornijskog suda iz 2000. godine se ne može izvršiti u Francuskoj, a javna isprava koja se odnosi na građansko stanje, zasnovana na presudi, ne može da bude priznata u Francuskoj. Apelacioni sud u Parizu je 2007. godine[47] je zahtev oglasio nedozvoljenim iz proceduralnih razloga, i zauzeo stav da bi nemogućnost upisa podataka u matične knjige u Nantu izazvala posledice koje bi bile u suprotnosti sa najboljim interesima dece, te bi ona, prema francuskom pravu bila lišena isprava od vitalnog značaja u kojima su navedeni podaci o njihovom poreklu, uključujući i one o biološkom ocu. Ovaj zahtev je oglašen nedozvoljenim iz proceduralnih razloga[48]. Kasacioni sud je 2008. godine ukinuo presudu iz 2007. i vratio predmet Apelacionom sudu u Parizu. Ovaj sud je presudom iz marta 2010.g. oglasio ništavim upis činjenice rođenja i naredio da se to zabeleži u matičnoj knjizi. U obrazloženju je navedeno da je činjenica rođenja ustanovljena na osnovu presude inostranog suda od 14. jula 2000. godine, te da je na taj način činjenica konstatovana u izvodu iz matične knjige rođenih neodvojiva od odluke koja je konstituiše, a njeno dejstvo zavisi od toga da li je presuda punovažna sa međunarodnog aspekta. Pošto mogućnost priznanja inostranih odluka u Francuskoj zavisi od toga da li je sud koji je presudu doneo bio međunarodno nadležan, da li je u skladu sa međunarodnim javnim poretkom i da li je rezultat izigravanja zakona, a presuda kalifornijskog suda posredno daje važnost sporazumu o surogat materinstvu, ona je u suprotnosti sa francuskim shvatanjem međunarodnog javnog poretka; iz tog razloga se gđa Meneson ne može upisati kao majka bliznakinja u francuske matične knjige, a izvršeni upis se poništava. Sud je, međutim, naglasio da ta činjenica, tj. da gđa Meneson nije upisana u matične knjige kao majka dece ne utiče na njihov status koji im je priznat prema pravu Kalifornije.

Kasacioni sud je u presudi od 6. aprila 2011. godine potvrdio presudu Apelacionog suda pozivajući se na članove 16-7 i 16-9[49] Građan-

[47] Vidi belešku 38.

[48] Cour d'appel de PARIS, 1ère Chambre, Section C, 25 octobre 2007, RG 06/00507, izvodi iz presude dostupni na veb adresi: www.davidtate.fr/Cour-d-appel-de-PARIS-1ere-Chambre,1039, posećenoj poslednji put 17. Novembra 2012.g.

[49] Code civil, Article 16-9: „Les dispositionsdu présent chapitre sont d'ordre public."

skog zakonika i potvrdio da je presuda kalifornijskog suda u suprotnosti sa međunarodnim javnim poretkom Francuske. Naglasio je, međutim, da poništenje upisa u francuskim matičnim knjigama niti oduzima materinstvo i očinstvo utvrđeno prema pravu Kalifornije, niti utiče na život bliznakinja sa bračnim parom u Francuskoj, niti vređa pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života dece u smislu člana 8 Evropske konvencije o zaštiti ljuskih prava i osnovnih sloboda, niti je u suprotnosti sa načelom najboljeg interesa deteta koje garantuje Konvencija o pravima deteta.

*Španija: upis roditeljstva u španske matične knjig*e dece koju je rodila surogat majka u iniostranstvu – Dvojica muškaraca (španskih državljana) u istopolnom braku koji su zaključili u Španiji angažovali su surogat majku u Kalifoniji koja im je 2008. godina rodila blizance. Oni su se odlučili na ovakav korak posle višegodišnjih pokušaja da usvoje dete u postupku međunarodnog usvajanja, jer su smatrali da u Španiji ne bi dobili uverenje o podobnosti za usvojenje. Pošto je u Španiji surogat materinstvo nezakonito odlučili su se za SAD (Kaliforniju) gde su se njihovi planovi ostvarili. Surogat majka je posle vantelesne oplodnje sa semenim ćelijama španskih državljana donela na svet decu. Sud u Kaliforniji je pre rođenja dece priznao očinstvo obojici španskih državljana– komitentima i naložio izdavanje izvoda iz matične knjige rođenih . Oni su se nakon rođenja dece obratili španskom konzulatu koji je odbio da izvrši upis činjenica rođenja i da izda putne isprave za blizance koji bi prema načelu ius sanguinis bili španski državljani. Protiv ove odluke komitenti – pravni roditelji prema pravu Kalifornije – uložili su žalbu Generalnom direktoratu za registre i notarijat (Dirección General de los Registros y del Notariado, u daljem tesktu: DGRN), koji je rešenjem od 18. februara 2009. godine dozvolio upis dece u matičnu knjigu, kao decu španskih državljana – istopolnih supružnika – nastanjenih u Španiji.[50] U rešenju je izražen stav da je u slučaju reč o kontroli zakonitosti dokazne snage inostranih izvoda iz matične knjige rođenih u kojima je navedena činjenica rođenja dece. Ovo pitanje je dotični organ tretirao kao pitanje *priznanja* ekstrateritorijalne važnosti javnih isprava ili inostranih odluka u Španiji, a ne kao pitanje

[50] Vidi kod Quiñones Escámez, A., Instruction du 5 octobre 2010 de la Direction Générale des Registres et du Notariat, sur l'enregistrement de la filiation des enfants nés par gestation pour autrui, Note, Revue critique de droit international privé, tom 100, br. 1. 2011, str. 183; Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada, članak dostupan na veb adresi: www.indret.com/pdf/657_es.pdf, posećenoj poslednji put 17. novembra 2012.g.

sukoba zakona ili merodavnog prava.[51] Takođe je naglašeno da to priznanje ne vređa međunarodni javni poredak Španije; da vodi računa o najboljem interesu deteta da bi se zaštitio njegov identitet i ustanovilo poreklo sa važnošću u različitim državama; niti je reč o izigravanju imperativnih normi španskog prava koje je ograničeno na pravila o sukobu zakona čiji bi rezultat bio suprotan imperatinim normama.[52] Na taj način je DGRN rešio samo pitanje dokazne snage i registracije uverenja, dok je osnov porekla ostao otvoren. Prvostepeni sud u Valensiji je septembra 2010. godine na inicijativu javnog tužioca odlučio o poništavanju registracije porekla blizanaca.[53] U obrazloženju je navedeno da je decu rodila surogat majka, a špansko pravo ne dozvoljava surogat materinstvo, stoga se poreklo dece utvrđuje prema rođenju; sud smatra da ne postoji diskriminacija u slučaju, jer registracija dece nije odbijena zbog toga što su oba roditelja muškog pola, već zbog toga što ih je rodilo drugo lice: takva pravna posledica bi usledila bez obzira na to da li bi bilo reči o parovima - istopolnim licima ženskog ili muškog roda ili heteroseksualnim parovima, pošto pravo u ovakvim slučajevima ne pravi razliku prema rodu, nego odlučujućim smatra činjenicu rađanja.[54]

U cilju prevazilaženja nastale situacije DGRN je 5. oktobra 2010. g. izdao Uputstvo o registraciji porekla dece koju je rodila surogat majka[55]. Prema ovom Uputstvu registracija rođenja deteta koga je u inostranstvu na svet donela surogat majka može da se sprovede na osnovu prezentacije odluke suda nadležnog za utvrđivanje porekla novorođenčeta. Sudska odluka podleže postupku egzekvature prema španskom Kodeksu o građanskom procesnom pravu iz 1881.g. (ukoliko ne postoji međunarodni ugovor na snazi); ukoliko je inostrana odluka donesena u postupku koji je analogan španskom postupku u upravnim stvarima ovlašćeno lice španske službe građanskih stanja odlučuje o priznanju strane odluke kao o prethodnom pitanju i ispituje: zakonitost i verodostojnost strane sudske odluke i svih drugih dokumenata koji se podnose; međunarodnu nadležnost suda porekla odluke prema merilima španskog prava; poštovanje procesnih prava stranaka, a naročito surogat majke; o poštovanju najbo-

[51] Ibid., str. 186.
[52] Ibid.
[53] Ibid.
[54] Ovaj poslednji podatak potiče iz beleške Requejo, M., Surrogate motherhood and Spanish homosexual couple (III) koja je dostupna na veb adresi: www.conflictoflaws.net, poslednji put posećene 17. novembra 2012.g.
[55] Instruction du 5 octobre 2010 de la Direction Générale des Registres et du Notariat, sur l'enregistrement de la filiation des enfants nés par gestation pour autrui, BOE (Službeni list Španije), no. 243, 7.10. 2010, vidi belešku br. 41.

ljeg interesa deteta i prava surogat majke, a naročito činjenice da li je ona svoju saglasnost dala svojevoljno i slobodno; konačnost inostrane sudske odluke i nemogućnost povlačenja izražene saglasnosti. Uputstvo propisuje da se ni u kom slučaju ne može smatrati punovažnim osnovom za upis činjenice rođenja i porekla novorođenčeta uverenje inostrane službe za građanska stanja ili jednostavna deklaracija uz medicinsko uverenje o rođenju deteta u kojoj nije naveden identitet surogat majke.[56]

4. Ideje o potrebi regulisanja surogat materinstva sa prekograničnim dejstvima na međunarodnom planu

U državama u kojima su prisutni problemi suočavanja sa prekograničnim dejstvima surogat materinstva javljuju se ideje o tome da bi se problem morao sagledati na međunarodnom nivou, i da bi sagledane probleme trebalo rešavati izradom međunarodnih instrumenata. Ideja je sigurno vredna pažnje, ali njeno sprovođenje u život ne može da bude kartak proces, imajući u vidu da su stavovi država i stanje njihovih prava po pitanju surogat materinstva veoma raznovrsni, čak i suprotstvaljeni i veoma udaljeni jedni od drugih. O vremenskoj dimenziji sprovođenja u život ideje teško da bi se moglo suditi. U nastavku teksta osvrnućemo se na nekoliko inicijativa koje imaju za cilj sagledavanje stanja i procenjivanje mogućnosti za međunarodno regulisanje problematike surogat materinstva sa prekograničnim dejstvom.

Univerzitet u Aberdinu (Škotska, Ujedinjeno Kraljevstvo) sproveo je istraživanje tokom 2010 – 2012. godine o međunarodnim aranžmanima o surogat materinstvu[57] sa ciljem da se sagledaju međunarodno-privatnopravni aspekti surogat materinstva sa prekograničnim dejstvima. Istraživanje je okončano u toku leta 2012. godine, a rezultati će biti objavljeni u knjizi u toku 2013. godine.[58] Nosioci projekta su na osnovu analize raspo-

[56] Ibid.

[57] International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for a Legal Regulation at the International Level, vidi na veb adresi: http://www.abdn.ac.uk/law/surrogacy/, posledniji put posećenoj 17. govembra 2012. g.

[58] Trimmings, K., Beaumont, P., (urednici), International Surrogacy Arrangements – Legal Regulation at the International Level, Hart Publishing, Oxford, objavljivanje se očekuje u maju 2013.g. Knjiga sadrži pregled nacionalnog zakonodavstva Argentine, Australije, Belgije, Brazila, Kine, Češke, Francuske, nemačke, Grčke, Gvatemale, Mađarske, Indije, Irske, Izraela, Meksika, Holandije, Novog zelanda, Rusije, Južne Afrike, Španije, Ukrajine, Ujedinjenog Kraljevstva, SAD i Venecuele, i predlog modela regulisanja aranžmana o surogat materinstvu na međunarodnom nivou; vidi bliže na veb adresi: - http://www.hartpub.co.uk/books/details.asp?isbn=9781849462808, posledi put posećenoj 17. novembra 2012.g.

loživih podataka baziranih na nacionalnim izveštajima preuzeli na sebe zadatak da sačine predoge o regulisanju problematike u formi višestrane konvencije.

Haška konferencija za međunarodno privatno pravo (u daljem tekstu: Haška konferencija) je 2010. godine na zasedanju Saveta za opšta pitanja i politiku Haške konferencije pozvao Stalnu kancelariju da izradi prethodnu informaciju za zasedanje u 2011. godini o međunarodno-privatnopravnim pitanjima statusa dece, a posebno o priznanju odnosa između roditelja i dece (ustanovljenje porekla, filijacija)[59]. U ovom sklopu je predstavnik Izraela skrenuo pažnju na sve veće probleme međunarodnih aranžmana o surogat materinstvu, što je Savet konstatovao u svojim zaključcima[60]. U junu 2010. godine na zasedanju Specijalne komisije razmatrano je pitanje međusobnog odnosa slučajeva međunarodnog surogat materinstva i Haške Konvencije o zaštiti dece i o saradnji u pogledu međudržavnog usvojenja iz 1993. godine, i formulisana preporuka da Haška konferencija izradi studiju o pravnim – posebno međunarodno-privatnopravnim – pitanjima međunarodnog surogat materinstva, kao što su ustanovljenje i/ili priznanje pravnog roditeljstva deteta i njegove pravne posledice u pogledu državljanstva deteta, imigracionog statusa, roditeljske odgovornosti za dete, izdržavanje deteta i sl. [61]. Sledstveno, Stalna kancelarija je izradila dva dokumenta: Preliminarni dokument br. 11 iz marta 2011. godine[62] i Preliminarni izveštaj br. 10 iz 2012. godine. Ovaj poslednji nosi naziv: Preliminarni izveštaj o pitanjima koja proističu iz aranžmana o surogat materinstvu koji imaju međunarodni karakter[63] (u daljem tekstu: Preliminarni izveštaj 2012), dok je prethodni u širi kontekst međunarodno-privatnopravnog statusa deteta uključio i međunarodno surogat materinstvo.

Preliminarni izveštaj 2012 prikazuje stanje i pristupe nacionalnih zakonodavstava problemima surogat materinstva koja ne sadrže inostrani element, i onog koje ima prekogranična dejstva. U ovom poslednjem slu-

[59] Vidi Preliminarni dokument br. 11 Haške konferencije za međunarodno privatno pravo, Opšti poslovi i politika, mart 2011: Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements, dostupan na veb adresi: http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11e.pdf, poslednji put posećenj 17. novembra 2012.g.

[60] Ibid.

[61] Ibid.

[62] Vidi belešku br. 52.

[63] Hague Conference on Private International Law, General Affaires and Policy, Per. Doc. No 10, March 2012, A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements, dokument dostupan na veb adresi: http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10en.pdf, posećenoj poslednji put 17. novembra 2012.g.

čaju izvršena je klasifikacija na države koje u pogledu pitanja ustanovljenja pravnog roditeljstva u državi rođenja deteta primenjuju metod sukoba zakona i onih koje primenjuju metod priznanja, s jedne strane, i na države koje u pogledu tog pitanja primenjuju lex fori, s druge strane.[64] U izveštaju su sadržane prve ideje o mogućim pristupima u stvaranju međunarodnog instrumenta o surogat materinstvu sa prekograničnim dejstvima sa ciljem da se otklone mogućnosti nastanka šepajućih odnosa pravnog roditeljstva, da se osigura da dete stekne državljanstvo, da se osigura da poznaje svoj identitet.[65] Jedan od mogućih pristupa je harmonizacija pravila međunarodnog privatnog prava u pogledu ustanovljavanja i osporavanja pravnog roditeljstva koja bi obuhvatila i međunarodno surogat materinstvo; pitanje je, međutim, da li ima izgleda da se postigne konsenzus u ovako širokoj oblasti[66], posebno iz razloga da pravno roditeljstvo deteta koje je rodila surogat majka u međunarodnom privatnom pravu povlači razmatranje primene klauzule javnog poretka, kako u kontekstu primene stranog prava, tako i u kontekstu priznanja stranih odluka ili javnih isprava, sa posledicom da dete ima nesiguran pravni status. Druga je mogućnost da se izradi konvencija posvećena samo pitanju priznanja odluka vezanih za surogat materinstvo, jer neke države mogu da odbiju primenu stranog prava o surogat materinstvu, ali bi mogli da priznaju dejstva stranih odluka ili isprava na osnovu kojih se određuje pravni status deteta i pravno roditeljstvo komitentima.[67]

Drugi pristup bi bio stvaranje okvira za saradnju nalik na mehanizam Haške konvencije o zaštiti dece i o saradnji u pogledu međudržavnog usvojenja iz 1993. godine[68] koja nameće poštovanje minimalnih mera zaštite bez obzira na nivo regulisanja u državama ugovornicama. Ovakav način regulisanja međunarodnog surogat materinstva koji bi garantovao sperčavanje zloupotreba i zaštitu prava i interesa dece i ostalih učesnika u odnosu, kao i svođenje na minimum onih situacija koje su *fait accompli* mogao bi da naiđe na interesovanje mnogih država.[69] Sličan mehanizam koji bi u oblasti surogat materinstva sa prekograničnim dejstvima bio zasnovan na merama minimalne zaštite, uspostavljanju sistema međudržavne saradnje i na načelu priznanja mogao bi verovatno da otkloni potrebu

[64] Ibid., str. 3.
[65] Ibid., str. 26.
[66] Ibid., str. 28.
[67] Ibid.
[68] Vidi tekst Konvencije na veb adresi: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=69 i http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=45, poslednji put posećenoj 17. novembra 2012.g.
[69] Ibid., str. 29-30.

da se složena pitanja međunarodnog privatnog prava u pogledu pravnog roditeljstva harmonizuju u situaciji u kojoj su nacionalna prava država veoma različita.[70]

Evropska unija u oblasti surogat materinstva sa prekograničnim dejstvima učinila je dostupnim javnosti istraživanje obavljeno za potrebe Komiteta za pravne poslove Evropskog parlamenta 2010. godine[71], u kojem se prikazuje stanje zakonodavstva u državama članicama, problemi koji nastaju iz odnosa surogat materinstva i izražava stav o poželjnosti delovanja na nadnacionalnom nivou da bi se usvojili zajednički standardi po pitanjima pravnog roditeljstva kako u oblasti supstancijalnog, tako i u oblasti međunarodnog privatnog prava.[72] Generalni direktorat za unutrašnju politiku – prava građana i ustavna pitanja – raspisao je tender u martu 2012. godine[73] za izradu komparativne studije o režimu surogat materinstva u država članicama EU sa ciljem da se utvrdi da li postoji potreba da Evropska unija u ovoj oblasti usvoji uniformna pravila.[74]

5. Zaključak

Gestaciono surogat materinstvo je u današnje vreme stvarnost, a ono sa prekograničnim dejstvima je globalna poslovna aktivnost. Razlozi iz kojih parovi odlaze iz država u kojima žive da bi u inostranstvu koristili usluge surogat majki da bi postali roditelji deteta, koje je najčešće genetski povezano bar sa jednim od njih, su regulatorne i finansijske prirode.

Pravno regulisanje gestacionog surogat materinstva je u raznim državama sveta veoma različito. Ono može da bude zabranjeno, neregulisano ili nedovoljno regulisano, dozvoljeno i podvrgnuto detaljnim propisima. U nedostatku bilo kakve regulative međunarodnog karaktera pojedin-

---

[70] Ibid.

[71] Vidi European Parliament, Directorate –General for Internal Policies, Policy Department C, Citizens' Rights and Constitutional Affaires, Recognition of parental responsibility: biological parenthood v. Legal parenthood, i.e. mutual recognition of surrogacy agreements: What is the current situation in the MS? Need for EU action?, autora V. Todorova, 2010, dokument dostupan na veb adresi: http://www.europarl.europa.eu/committees/en/studiesdownload.html?languageDocument=EN&file=34028, posećenoj poslednji put 17. novembra 2012.g.

[72] Ibid., str. 29.

[73] Vidi veb adresu: http://www.europarl.europa.eu/tenders/2012/20120423/ Invitation%20to%20Tender.pdf, poslednji put posećenu 17. novembra 2012.g.

[74] Vidi Terms of reference of the services to be provided under the service contract IP/C-/JURI/IC/2012-024 for a comparative study on The Regime of Surrogacy in the Member States, dokument dostupan na veb adresi: http://www.europarl.europa.eu/tenders/2012/20120423/ ANNEX%20I%20Global%20terms%20of%20reference.pdf, poslednji put posećenu 17. novembra 2012.g.

ci koriste povoljnosti koje nacionalna prava pojedinih država pružaju, i u kombinaciji sa pristupačnom ukupnom cenom koštanja upuštaju se u aranžmane surogat materinstva sa prekograničnim dejstvima.

Takvo surogat materinstvo u trenutku rođenja deteta nalaže utvrđivanje pitanja pravnog materinstva i očinstva, odnosno roditeljstva, koji opredeljuje i pravni status deteta. Ova pitanja potpadaju pod lokalno pravo države u kojoj surogat majka donosi na svet dete i u toj državi status pravnih roditelja i deteta postaje *fait accompli*. Tako stečeni status bi, međutim, morao da proizvodi pravna dejstva i u državi čiji su državljani lica za koje je surogat majka rodila dete (komitenti), jer se oni vraćaju u državu čiji su državljani i/ili u kojoj žive zajedno sa detetom. Tu dolazi do izražaja prekogranični efekat s kojim bi trebalo da se izbori nacionalno međunarodno privatno pravo svake države.

Komparativna sudska i upravna praksa poznaje mnoštvo slučajeva u kojima se pravni roditelji po pravu neke države suočavaju sa činjenicom da u svojoj domovini ne mogu da budu pravni roditelji detetu koje je za njih rodila surogat majka u inostranstvu, niti takva deca mogu da dobiju državljanstvo, ili druga prava koja su vezana za pravno roditeljstvo. Dugotrajni upravni i sudski postupci potvrđuju da gestaciono surogat materinstvo sa prekograničnim dejstvima zahteva inicijativu uperenu na izradu međunarodnih instrumenata, putem kojih bi se harmonizovali ili ujednačili nacionalni propisi, i koji bi životne činjenice (stvarnost) postavili u pravni okvir sa ciljem da se obezbedi pravna sigurnost za učesnike jednog kompleksnog odnosa.

Bernadet Bordaš, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad

Surrogacy with Cross-border Effects: Reality and Law

Abstract

This paper analyzes a topic which is highly ranked in law reviews throughout the world, due to the fact that gestational surrogate motherhood as a fact of life is subjected to very different legal regulation worldwide. Taking advantage of the lack of an international legal framework in this domain and the permissive national regulations of some states, persons who want to become parents of a child who is genetically related to them, use the services of surrogate mothers abroad. The legal parenthood the commissioning persons acquire in the country where the surrogate mother gives birth to the child, and the connected legal status of the child, however, is called into question, because the effects of the international surrogacy are submitted to the rules of private international law of the local state whose nationals the commissioning persons are and / or where they have their residence. The problems are shown through three selected cases of comparative judicial and administrative practices, illustrating the practical difficulties, and speaking in favor of initiatives for drawing up international legal framework for gestational surrogacy with cross-border effects.

Key words: surrogate mother, cross-border effects of surrogate motherhood, legal parents, legal parentage acquired abroad

Originalni naučni rad 343.1(73)
doi:10.5937/zrpfns46-3048

Dr Ištvan Feješ, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

AMERIČKI MODEL NAGODBE U KRIVIČNOM POSTUPKU POSEBNO NEKI NJENI NEGATIVNE ASPEKTI[1]

Sažetak: *Savremena teorija i zakonodavac intenzivno tragaju za brzim i jeftinim oblicima krivičnog postupka, koji će istovremeno garantovati i prava učesnika. Američka nagodba („plea bargaining") je brza i jeftina i ove značajne prednosti mogu potisnuti u drugi plan negativne osobine. Nagodba naime, otvara i brojne probleme naročito u pogledu garantovanja prava učesnika, pogotovo okrivljenog. Ovom aspektu nagodbe se mora posvetiti maksimalna pažnja. Ovaj rad se pretežno time bavi.*

Ključne reči: *Nagodba ,američki model ,problemi*

UVOD

Evropski krivični postupak u zadnjih nekoliko desetina godina u grozničavom je traganju za jednostavnim, brzim i jeftinim oblicima postupanja, u kojima će uz to, u zadovoljavajućoj meri biti očuvana prava učesnika,u prvom redu okrivljenog. Razni vidovi pojednostavljenja postupka na

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

osnovu konsenzualnih elemenata pružaje široke mogućnosti za to. Naime, u realnosti krivčnog postupka,između učesnika često postoji saglasnost u mnogim tačkama postupka ili se na osnovu zajedničkog interesa,ona može postići.Zbog toga ,nije pitanje da li dogovaranje u postupku treba da bude dozvoljeno, već je mnogo složenije: *gde odrediti granice* dogovaranja uz poštovanje osnovnih principa postupka (utvrđivanje istine, prezumpcija nevinosti, fer postupanje itd.). Krupni problemi nastaju tamo, gde učesnici imaju mogućnost dogovaranja ne samo o raznim tekućim pitanjima već i o konačnom ishodu postupka. Dogovor tada više nije samo u funkciji *upravljanja* postupkom, već ga u suštini *zamenjuje*, tako da ishod postupka faktički i *nije rezultat sprovođenja zakonom propisanog postupka*, nego jednog internog „*nevidljivog postupka*“[2]:dogovaranja,nagodbe.

Uzor (pozitivan ili negativan)za okončanje postupka na konsenzualan način, mnogi vide u američkom institutu „*plea bargaining*“, tj.u nagodbi. Njome se sud oslobađa neugodnog i složenog zadatka utvrđivanja činjeničnog stanja i odmeravanja kazne. Na taj način, zakonom propisan postupak za izricanje presude se zapravo i *ne skraćuje*, već skoro u potpunosti *zamenjuje*.Tako se -i to je velika prednost prema pristalicama - bez velikih „ulaganja“ može postići razborita odluka,u idealnom slučaju čak i *ista*, koja bi se postigla da je sproveden potpun postupak. Duboko ukorenjeni tradicionalni principi znatno otežavaju pojednostavljenje postupka u kontinetalnom mešovitom postupku po američkom modelu, ali,američka praksa je ipak veoma značajna i za evropske procesne sisteme.Slični problemi savremenih društava i globalizacija neminovno dovode do sve intenzivnijeg približavanja anglosaksonskog i kontinetalnog sistema.Sve veća prepoterećenosti pravosuđa u Evropi izaziva „erodiranje“ nekad suverenih principa mešovitog tipa postupka i davanja javnom tužiocu i sudu većeg manevarskog prostora za brzo i jeftino okončanje krivičnih postupaka. Brzina i jeftinoća pojednostavljenog postupka na osnovu nagodbe je vrlo privlačna, i ona se širi slikovito rečeno „poput infekcije“ („plea bargainig infection“). Međutim, institut nagodbe pored pozitivnih osobina, otvara i brojna pitanja,o kojima se ređe govori.Američka nagodba je kompleksan fenomen koji se u ovakvom radu ne može sveobuhvatno obraditi . Zato ćemo u nastavku, obraditi samo neke teme, a naglasak ćemo staviti na probleme vezana za američku nagodbu, u obimu koji je uobičajen za rad ove vrste.

[2] Carlson,R.L.:Criminal Justice Procedure, 3d Edit.,Anderson Publishing Co.1985, str.111

Glava I
ISTORIJA NASTANKA NAGODBE („PLEA BARGAINING") U AMERIČKOJ PRAVOSUDNOJ PRAKSI I ZAKONODAVSTVU

Nagodba je „kontroverzni proizvod američke sudske prakse"[3]. Počela se javljati u drugoj polovini XIX veka, nakon građanskog rata. Iako je nedostajala zakonska regulativa,postajala sve češća u praksi[4]. Brojni faktori su doprineli brzoj emancipaciji nagodbe. Iz raznih razloga , dokazivanje i dokazno pravo su postajali sve složeniji. Samim tim i postupak je postajao sve duži složeniji a ishod sve neizvesnijim. Zbog toga je i učešće advokata postajalo sve važnije. U adversarnom američkom postupku odbrana mora sama sakupljati svoje dokaze, što je neretko zahtevalo značajne troškove. Da bi se uštedelo na troškovima, branioci su naginjali dogovoru, nagodbi sa tužiocem. Dobrom nagodbom, svojim branjenicima su mogli obezbediti povoljniji ishod postupka (uz daleko manje troškove) nego izlaskom na neizvesni glavni pretres. Doba prohibicije je dala dodatni impuls. Vrtoglav porast stope kriminala je preopteretila pravosuđe. Silom prilika,nagodba je postepeno postala opšta praksa i bez zakonske regulative.

Sve do šezdesetih godina nagodba ili „plea bargainig„ je egzistirala na ivici legalnosti, iako je bila svakodnevna praksa i svi su znali za nju.

Krajem šezdesetih godina započinje proces legalizacije.

Prvo je American Bar Association 1968.g. donelo smernice za nagodbu. Iako su to bile samo pravno neobavezne preporuke, bile su značajne za dotad ničim regulisanu praksu nagodbe.

Američki Vrhovni Sud dugo nije prihvatao presude donete na osnovu nagodbe, smatrajući ovaj institut neustavnim.Još je u precedentu Boykin v.Alabama 1969.g. istakao da „*svaki sporazum o priznanju krivice po logici stvari podrazumeva ucenu i suptilnu pretnju okrivljenom i može biti svršena kamuflaža za neustavnost ,pa je neprihvatljiv* "[5]. Međutim, 1970 g. , na ne malo iznenađenje pravničke javnost, sa osnovnim precedentom *Brady v. US,* američki Vrhovni Sud je otvorio put prema legalizaciji nagodbe. Sud je utvrdio da je nagodba korisna kako za okrivljenog tako i za državu. Već nakon proteka samo *jedne* godine, za Vrhovni Sud nagodba je već bila jedan od *stubova pravosuđa*[6] . Ovom odlukom

[3] Carlson,R.L.:Criminal Justice Procedure,3.ed.„1985.Anderson Publishig Co., str.111

[4] Alschuler,A:Plea Bargain and its History,Law & Society Rev. 2/1979, str.211.

[5] Boykin v.Alabama,395 U.S. 238(1969)

[6] „ Essential component of administration of criminal justice", u precedentu Santobello v.New York, 404,US 257,260 f.(1971)

nagodba doduše nije formalno- pravno legalizovana , ali se faktički više nije mogla napadati. Razlog za „otvaranje„ Vrhovnog Suda prema nagodbi nije u pravnim argumentima,nego u praktičnoj neophodnosti i korisnosti. To je i otvoreno rečeno u slučaju Santobello v.New York[7] .U toj presudi je naglašeno da je rešavanje predmeta nagodbom više nego poželjno, jer ako bi se svaki predmet rešavao u porotnom suđenju, država bi morala utrostručiti broj sudija i budžet pravosuđa.

Nagodba je zakonski regulisana tek 1975.g. u pravilu br.11(Rule 11) u Federal Rules of Criminal Procedure. On reguliše deo nagodbe koji se odnosi na kaznu.Po ovom zakonu,ako sudija prihvati nagodbu,mora prihvatiti i dogovorenu kaznu. Sud ima samo mogućnost da odbaci sporazum u celini ako proceni da dogovorena kazmna nije adekvatna učinjenom krivičnom delu.Obavezne smerince o samom dogovaranju donosi Ministartstvo pravde[8].Nagodba o smanjenju kazne se može vršiti samo u skladu sa sa odredbama glave 18 Krivičnog zakonika Sad ili u skldu sa Smernicama o izricanju kazne, odelljak 2D1.1(b) (6) ili 5C1.2. [9]

Nagodba ima i po svemu sudeći još duže vreme će imati determinirajuću ulogu u praksi krivičnog sudstva u SAD.

Glava II
MOGUĆNOST IZBORA POSTUPKA I VRSTE NAGODBE

1. Mogućnost izbora toka postupka putem „Plea“

1.1. Pojam „plea“

„*Plea*“ je tradicionalno pravo okrivljenog da se izjasni o optužbi.Sam izraz potiče od latinske reči „*placitum*“ i označava odgovor okrivljenog na optužbu. Time je izvorno bilo povezano i pokoravanje nadležnosti suda,koje se u krivičnim predmetima u slučaju nužde moglo iznuditi i torturom[10](!)

1.2.Vrste „plea“

Američki krivični postupak nudi tri mogućnosti okrivljenom u zauzimanju stava prema optužbi (pleas):

---

[7] Santobello v.New York, 404 U.S. 257,261.(1971).

[8] Smernice se vode kao Dokument ministra pravde od 22.9.2003.g . Videti Nikolić, D.: Stranački sportazum o krivici ,Beograd,2009. str.42.

[9] Nikolić,D., isto.

[10] Videti Blackstone,Commentaries on the Laws of England ,Tom IV 3.izd.1862,izd.Kerr str. 378-382

1. Može dati izjavu „nevin" („*Plea of not guilty*"), što znači osporavanje tužbe i izaziva sprovođenje sudskog postupka. Tada će se sprovesti glavni pretres (trial) na kom će se utvrditi da li je okrivljeni kriv ili nevin.

2. Dati izjavu „kriv" ("*Plea of guilty"*) a to znači ,da optuženi ne osporava tužbu i dalje nema spora. Glavni pretres je zbog toga suvišan i ostaje otvoreno jedino pitanje sankcije. Logika stranačkog postupka je da sud odmerava kaznu samo ako se stranke *ne* sporazumeju u pogledu nje. Ipak, odmeravanje kazne je tradicionali sudski prerogativ koju nagodba dovodi u pitanje. „*Plea of guilty*" kao formalna procesna izjava nije identična sa priznanjem,ipak po američkom shvatanju,podrazumeva i priznanje činjeničnih navoda optužbe.

Sve do polovine 19.veka *plea of not guilty* bio *redovan* slučaj,danas je situacija obrnuta.Često se paušalno, ističe da se čak 90% sudskih slučajeva rešava nagodbom .U stvari, taj broj je vrlo različit u zavisnosti od krivičnog dela i i mesnih običaja.[11] Pri tome valja primetiti,da je *guilty plea* značajno potisnut i drugim pojednostavljenim formama okončanja postupka. Ovako velik broj priznanja naravno nije posledica masovnog kajanja okrivljenih.Odlučujuće je, da stranke *pre* davanja izjave „*plea of guilty*" dogovore , koje će biti posledice te izjave.U zamenu za ovu izjavu,tužilac nudi neke pogodnosti. Može vršiti i pritisak na okrivljenog u slučaju odbijanja nagodbe, pretnjom da će mu u slučaju izlaska na glavni pretres,ako bude oglašen krivim, biti izrečena daleko teža kazna.Nagodba se pravno zasniva na nekontrolisanoj slobodi u gonjenju američkih javnih tužilaca.Oni mogu stavljanjem u izgled ublažavanja ili pooštravanja optužbe, vršiti snažan pritisak na okrivljenog da prizna delo. U svakom slučaju, opravdano se može reći da je glavni pretres u američkom krivičnom postupku postao *izuzetak*[12]

3. Treća moguća izjava *„nolo contendere*" u praksi je mnogo ređa.Ova izjava znači da se okrivljeni bez zauzimanja stava o svojoj krivičnoj odgovornosti,odriče pobijanja optužbe. Za okrivljenog je utoliko povoljna,što na taj način izbegava da prizna određene činjenice u tužbi i to otvara mogućnost da te činjenice kasnije osporava u drugim sudskim postupcima. Dakle, krivična osuda koja sledi,ne može biti korišćena u građanskom postupku.Ova izjava nije dozvoljena u svim državama članicama,a gde jeste, potrebna je prethodna saglasnot suda.

---

[11]Videti Weigend,Th.:Absprachen in auslaendischen Strafverfahren, Freiburg i. Br. 1990. str. 35. fusn. 91 i tamo navedena istraživanja u kojima se broj kreće između 83-68%

[12] Weigend ,Th.: cit. delo str.36.

Sa ove dve zadnje mogućnosti,okrivljeni se *odriče* prava na javan pretres,a presuda se izriče na osnovu procesnih predloga (*motion* ili *plea*). Za pragmatičke američke pravnike čini se besmislenim sprovoditi potpun postupak, ako je okrivljeni priznao. O čemu i zašto treba voditi dalji postupak? Iza ovog shvatanja se krije stav o opštem cilju postupka, koji se esencijalno razlikuje od shavatanja u evropskim kontinetalnim sistemima. Postupak ne služi ostvarenju i zaštiti pravnog poretka autoritativnim delovanjem državnih organa, na osnovu utvrđene materijalne istine,već je smisao postupka rešenje *konflikta*, spora među strankama.Opravdanje postupka je dakle postojanje konflikta koji treba razrešiti. Zato je i krivični postupak veoma sličan građanskom sporu u tim sistemima.Ako je okrivljeni priznao krivičnopravni zahtev države, nakon postizanja nagodbe ili bez toga, tužilac je ostvario svoj cilj,i sud je potreban u daljem postupku samo da potvrdi ovaj rezultat u određenoj formi .Ipak,sud ima, bar teoretski, i mogućnost da odbaci dogovoren *guilty plea* [13]Međutim, u praksi se to vrlo retko dešava[14] jer je prema anglosaksonskom shvatanju,suština pretresa je spor, a ako ga nema , pretres je suvišan .

Velika većina okrivljenih se odriče pretresa. Oko 70-90% učinilaca prestupa (misdemeanor) i oko 70% učinilaca krivičnih dela se izjašnjava kao „guilty“[15]

Ova okolnost je vrlo značajna za praksu i državni budžet. Prema puno citiranoj izjavi nekadšnjeg predsednika Američkog Vrhovnog Suda, Burger-a, smanjenje broja *„gulity plea*“ sa 90% na 80% slučajeva zahtevalo bi dupliranje ljudskih i materijalnih kapaciteta celog pravosuđa, a smanjenje za daljih 10%, izazavalo bi potrebu utrostručenja tih kapaciteta[16]. Iz toga sledi da odricanje velike većine okrivljenih od potpunog postupka, donosi *značajne uštede* za državu.

U pozadini ovog masovnog odricanja od pretresa je opšta praksa da se između tužioca i branioca postiže nagodba [17], o „*popustima* “ na koje je spremna država ako okrivljeni prizna[18].

---

[13] videti Rule11(e)(4)Federal Rules of Criminal procedure,

[14] Videti Plea Bargaining in the USA,Principals and principles,Institute of Criminal Law and procedure,Georgetown University,Washington,1980, str.2.

[15] Videti Weigend,T. cit.delo str.36 i tamo nav.literaturu.

[16] Chief Justice Burger,State of the Judiciary , Amer.Bar Association Journal 56/1970. str.929 –931

[17] Prema Fisher G.:Plea Bargaings Triumph:A history of plea bargaining in America,Stanford Univ.Press,Stanford.Cal,2003.str.67,u oko 90% slučajeva ,priznanje je rezultat nagodbe.

2. Oblici nagodbe

Američki „*Plea bargaining*“ može imati različite forme[19],u zavisnosti od modaliteta „protivusluga“ koje daje država u zamenu za priznanje[20].

2.1. „Sentence bargaining“

Sa „*sentence bargaining*“se može postići i dogovor o kazni. Javni tužilac može obećati da će predložiti za okrivljenog povoljnu kaznu („*sentence recommendation“*). Logično je pitanje kakvu korist ima od toga tužilac? Tužilac nikad ne može biti siguran da će dobiti postupak,čak i ako ima dobre dokaze, jer ga odbrana uvek može iznenaditi.Sa druge strane i odluka porote je uvek neizvesna. Istraživanja su pokazala da i tužioci i branioci smatraju da *nema* sigurnog slučaja[21]. Ovakve sumnje su motiv za tužioca da nagodbom osigura slučaj u zamenu za predlaganje blaže kazne.

Kod ovog vida nagodbe,dogovara se ne samo kvalifikacija dela, već i vrsta i mera sankcije. To je moguće samo ako nadležni sudija učestvuje u sklapanju dogovora,ili se on odriče odmeravanja kazne i prihvata dogovor stranaka. Obe forme se praktikuju. U pravosudnim sistemima brojnih saveznih država se praktikuju poluzvanična, nejavna „*plea bargaining sessions“* sa učešćem tužioca,branioca i sudije na kojem se postiže dogovor ne samo o kvalifikaciji dela već i o kazni.Kasnija javna sednica služi samo za formalnu potvrdu već postignutog dogovora. U drugim saveznim državama sudija ne učestvuje u pogađanju,ali prihvata sugestiju javnog tužioca.

Srednje rešenje ima savezni pravosudni sistem. Sudija ne učestvuje u pregovorima,ali mu stranke na javnoj sednici podnose postignutu nagodbu radi potvrđivanja. Ako sudija smatra da predložena sankcija nije primerena pa odbije izricanje predložene kazne,okrivljeni može povući svoju izjavu *guilty plea* i zatražiti održavanje glavnog pretresa.

Ovakva nagodba intenzivno zadire podelu procesnih funkcija u odmeravanju kazne i sporna je i u SAD.

---

[18] Međutim eksperiment u Aljaski i Teksasu je pokazao da to ne mora biiiti nužno. Vrhovni sud Aljaske je 1973.g.legalizovao nagodbu.Vrhovni tužilac SAD je 1974.g. zabranio određenim javnim tužiocima u Aljaski da vode pregovore o nagodbi, osim u posebnim slučajevima.Broj nagodbi je drastično opao ,ali broj “ guilty plea”slučajeva nije znatnije opao.Nije došlo ni do prognoziranog ” kraha pravosuđa”.Približan rezultat je doneo i sličan eksperiment u El Pasu (Teksas)

[19] Ima i drugačijih podela, videti Bajović V.:Sporazum o priznanju krivice,uporedno-pravni prikaz,Beograd,Pravni fakulttet,2009.str. 84. i danje.

[20] Videti za detalje: Plea Bargaining in the USA,Principals and principles,Institute of Criminal Law and procedure,Georgetown University,Washington,1980, str.25

[21] McDonald,W.F. et al.:The Prosecutor ,Beverly Hills,Cal.1979.str. 151,159.

2.2.„Charge bargaining"

Javni tužilac može obećati da će okrivljenog optužiti za krivično delo manje težine od stvarne (*modification of charge*). Ako bi dokazivanje kvalifikovanog oblika nekog krivičnog dela iziskivalo složeno i dugotrajno istraživanje i dokazivanje, tužilac se može nagoditi sa odbranom, da optuženi prizna osnovni oblik, a tužilac u zamenu neće tužiti za kvalifikovani oblik dela.Ako okrivljeni prizna delo za koje ga tereti optužnica pitanje stvarno izvršenog dela se više i ne postavlja, pošto ne dolazi do suđenja pred porotom gde bi se izvodili dokazi i utvrđivale činjenice, već sudija izriče kaznu na osnovu priznatog dela.[22]

Za razliku od kontinetalnog postupka u SAD se optužba podiže na samom početku postupka.Čim organi progona (najčešće policija), saznaju za izvršenje krivičnog dela,preduzimaju neformalne predistražne radnje, da bi došli do podataka za dovoljnu sumnju („*probable cause*") za postupak protiv određenog lica. Kad je sakupljena dovoljna količina podataka za sumnju protiv određenog lica. Tada dolazi do njegovog lišenja slobode i time počinje faza „*specijalne inkvizicije*". Okrivljeni se neodložno izvodi pred sudiju i tužilac (tada još najčešće policijski službenik ili prema okolnostima i oštećeni) mora za to ročište pripremiti tužbu („*complain").* Ti tužioci običavaju da tuže okrivljenog za *najnepovoljniji* mogući oblik dela. U toj fazi postupka, javni tužilac samo retko kontroliše ovaj optužni akt. Do ispitivanja, da li je optužnica opravdana i da će biti moguće njeno dokazivanje u sudskom postupku, dolazi najčešće kasnije, interno, od strane javnog tužioca(„*screening"),* a formalno od strane suda, podizanjem stvarne optužbe („*indicment")* na posebnom sudskom ročištu („*preliminary hearing*") i/ili u saveznom sistemu i mnogim saveznim državama, pred porotnicima („*grand jury*"). Na kraju, posle ove provere konačna optužba se okrivljenom prezentuje na posebnom ročištu („*arraignment")* na kome on treba da se izjasni o njoj. Tužba se uz saglasnost suda može menjati do početka glavnog pretresa.

Za američki sistem je dakle karakteristično rano formulisanje optužbe i mogućnost njenog stalnog preispitivanje menjanja u raznim fazama postupka. Već i ova činjenica veoma pogoduje nagodbi okrivljenog i tužioca.

Za razliku od kontinentalnih sistema, sud je *vezan* za pravnu kvalifikaciju dela u optužbi. Osuda je moguća samo za onako kvalifikovano delo kako je utuženo *(„ne ultra petita*").U krivičnim zakonicima mnogih sa-

[22] Neubauer D. and Fradella ,H.:Americas Courts and the Criminal Justice System, Belmont,Cal.2009.,str.314-315.

veznih država krivična dela su svrstana u brojne stepene sa širokim rasponom zaprećenih kazni. Ova činjenica omogućava tužiocu da u optužbi isto činjenično stanje različito kvalifikuje, imajući u vidu poželjnu kaznu .

Sve to je vodilo do formiranja prakse „*charge bargaining"*. U često dugom vremenskom periodu od hapšenja okrivljenog do početka glavnog pretresa, branilac nastoji da postigne ograničenja optužnih tačaka, i nudi u zamenu priznanje svog klijenta za preostale tačke. I tužilac može nuditit delimičan odustanak u zamenu za priznanje ostalih tačaka. Pogađanje se može odužiti i na više „rundi", dok se ne postigne saglasnost.

Češće je javni tužilac taj koji definiše nagodbu nego odbrana koja naješće može samo prihvatiti ponuđeno ili odbiti. U ovoj „igri" su „aduti" u njegovim rukama. Zbog toga može vršiti snažan pritisak na odbranu. O pogađanju ravnopravnih stranaka načešće nema ni reči. Javni tužilac je dominantna figura. Obim i formalizovanje postupka nagodbe izrazito varira. Mogući su duge sednice prema okolnostima i uz učešće sudije,naročito kad je privredni kriminal po sredi. A često se dogovor sklapa i neposredno pre pretresa sa par reči na hodniku. Tako se postiže konačno određivanje optuženja. Pri tome su pozicije učesnika jasne i bez problema.Javni tužilac može sačinit konačnu verziju optužbe, a okrivljeni odlučuje da li će povodom nje dati izjavu *guilty plea* ili ne.

Određivanjem optužnih tačaka, visina očekivane kazne je još vrlo *neizvesna,* naročito kad zakon predviđa brojne različite stepene istog činjeničnog stanja dela. Sud ima vrlo široke mogućnosti odmeravanja kazne, koji se „*charge bargainingom"* može samo relativno malo ograničiiti. Moguća je samo ograničenje gornje granice, odustankom od naročito teške kvalifikacije. Ovo važi za većinu saveznih država.

3. Ostali oblici nagodbe

1. Čest slučaj u praksi je nagodba o odricanju tužioca od dokazivanja otežavajućih okolnosti u zamenu za priznanje. U ovom slučaju najčešće postoje čvrsti dokazi o krivici optuženog, ali dokazi o otežavajućim okolnostima nisu tako dobri i iziskivali bi dugotrajno i složeno istraživanje i dokazivanje.To može biti razlog da tužilac u zamenu za priznanje obeća predlaganje blaže kazne.[23]

2. Nagodbom se tužilac može obavezati,da će nagraditi priznavanje jednog krivičnog dela negonjenjem za drugo krivično delo.

[23]Plea Bargaining in the USA,Principals and principles,Institute of Criminal Law and procedure,Georgetown University,Washington,1980, str.30.

3. Dogovorom se okrivljenom mogu ponuditi odricanje od opoziva ranije uslovne osude ili predlog za izricanje uslovne osude, puštanje iz pritvora ili negonjenje bliskih lica (srodnika,prijatelja).

4. Tužilac može obećati optuženje pred određenim sudom (npr.sudom za maloletnike). No tu je manevarski prostor ipak ograničen zbog propisa o nadležnosti.

5. Moguće je da nagodba obuhvati i treća lica. Česta je nagodba da u zamenu za priznanje tužilac odustane od gonjenja saoptuženog.

6. Moguća su i razne nagodbe čak i u odnosu na način izvršenja buduće sankcije.Nagodba se često odnosi na to da okrivljeni posle osude bude upućen u dogovorenu ustanovu za izdržavanje kazne.

Rezimirajući, može se zaključiti da se nagodba može odnositi na *krivicu, meru i izvršenje kazne.*

Glava III
OPRAVDANJE NAGODBE

1. Princip adverzarnosti kao izvor nagodbe

Na prvi pogled se čini da nagodba direktno proizilazi iz američkog adverzarnog postupka. Naime, po američkom shvatanju, krivični postupak je stranačko nadmetanje tužioca i okrivljenog iz kojeg će proizaći i sudskom odlukom potvrditi istina i pravda (princip adverzarnosti-„adversary principle"). Međutim, time se teško može opravdati nagodba. Adverzarnost podrazumeva *slobodnu dispoziciju stranaka*,a okrivljeni se u nagodbi *odriče* svog prava da ospori optužbu i prinudi tužioca da je dokazuje. U brojnim slučajevima se jasno uočava da se okrivljeni ne odriče svojih prava na osnovu slobodne odluke. Nagodba i priznanje krivice služe cilju da se sa suprotstavljenih pozicija dogovori krivica i kazna, a ne za utvrđivanje istine i pravde. Konflikt u pogledu pitanja krivice i kazne se ne rešava u za to izgrađenom javnom,kontradiktornom postupku nego baš suprotno: u pravno neregulisanoj,nejavnoj sesiji pregovora o nagodbi. To je bitno odstupanje od principa adverzarnosti. Odstupanje se opravdava se normativnim i pragmatičkim argumentima.

2. Normativni argument

Glavni argument je da je glavni pretres *suvišan* kad više *nema spora* oko krivice i kazne.Ovo proističe iz osnova anglo-američke procesne teorije, koja suštinu procesa vidi kao instrumenta za razrešenje spora. Od sedamdesetih godina,često se ističe da okončanje postupka izostavljanjem glavnog pretresa ,nije mana već upravo prednost nagodbe koja se izraža-

va formulom „*bargained justice is better justice*“. Ističe se da od dogovoranja dva stručno osposobljena subjekta,može se očekivati razborit rezultat i to mnogo brže i sa manje komplikacija nego da je sproveden glavni pretres čiji je ishod za sve neizvestan zbog učešća porote.

Kritičari ističu,da ovo može važiti za građansku parnicu a ne za krivični postupak. U osnovi krivičnog prava su moralna odgovornost i krivica ,koji se nagodbom kompromituju. Krivično pravo može ostvariti svoju društvenu ulogu samo ako su stvarni uslovi kažnjavanja nesumnjivo utvrđeni.

Takođe se i o individualizaciji sankcije može samo vrlo uslovno govoriti.Pri nagodbi uzimaju se u obzir samo pol,starost i porodično stanje i površno raniji eventualni kontakti sa krivičnim pravosuđem.

Jedna posebna varijanta nagodbe ipak se čini, čak i prema kritičarima opravdana i potrebna iz kriminalističkih razloga: blaža optužba prema krunskim svedocima i informantima. Jasno je da nema uspešne borbe protiv narko–kriminala i privrednog kriminaliteta bez „insajdera“. Smatra se legitimnim da se njihova saradnja i rizik nagradi značajnim umanjenjem težine optužbe, jer takav saradnik ne samo da je priznao već je dao i doprinos efektivnosti pravosuđa

3. Pragmatični razlozi

Normativna opravdanja nagodbe su „tanka“,nasuprot tome, pragmatični razlog :nužnost za praksu, je vrlo ozbiljan,i poziciju nagodbe zapravo čini neprikosnovenomu SAD. Pošto se najveći broj krivičnih predmeta rešava nagodbom, povratak na stvarni,potpuni postupak, zahtevao bi ulaganje enormnih sredstva države u kadrove,prostorije itd. Trebalo bi bar udesetostručiti broj pravosudnog kadra. U sadašnjim kriznim vremenima iluzorno je očekivati ovakvo opterećenje državnog budžeta.

Nagodba možda nije perjanica pravne države, ali je neophodna za praksu. To je tako rašireno shvatanje da se svaka racionalna diskusija o alternativama čini deplasiranom.

Međutim, empiričkim istraživanjima je često dokazano da je to ipak samo mit.Kako istorijska izučavanja, tako i analiza savremene prakse je pokazala da nema povezanosti između radnog opterećenja pravosudnog kadra i broja nagodbe. Činjenica je da potpuni postupak prosečno duže traje, ali to samo po sebi ništa ne govori o povećanim radnim obavezama pravosudnog kadra. U svakom slučaju epirički se ni na koji način nisu dokazale teze o „*katastrofi pravosuđa*“, o „*momentalnom slomu*“ sistema i sl. u slučaju eliminacije nagodbe iz postupka.

Često je u pozadini teze o preopterećenosti sistema čisto finansijska kalkulaciju. Samo po sebi se razume da je jeftinije osuditi okrivljenog putem nagodbe nego li sprovođenjem potpunog postupka.

Iako nagodba *nije nužna* da se izbegne scenario o pravosudne katastrofe, ipak se ne može poreći da sporost i komplikovanost glavnog pretresa američkog postupka vrši značajan pritisak na raspoložive snage američkog pravosuđa, i da nagodba, kao sigurnosni ventil za oslobađanje od tog pritiska ima značajnu ulogu. Na osnovu ovog saznanja se može doći do različith zaključaka. Neki smatraju da je postojeći sistem dobar (nagodba za lakša dela,glavnipretres za teška ili značajna dela), drugi se zalažu za pojednostavljenje glavnog pretresa prema evropskim modelima u prvom redu prema nemačkom,[24] tako da nagodba postane suvišna. Ali zasad se dešava suprotno,nije pojednostavljen američki glavni pretres,već je u nemački zakonik o krivičnom postupku uneta nagodba po američkom uzoru ali prilagođena nemačkim uslovima.

Stvarni razlog postojanja nagodbe u američkom postupku ,nije u apsolutnom utrošku vremena i sredstava i nerava za glavni pretres,već u razlici u *relativnom* utrošku tih resursa. Drugim rečima,koliko *više* treba vremena,troškova itd.za rešenje *jednog* slučaja *u potpunom postupku* sa glavnim pretresom, u odnosu na rešenje slučaja putem *nagodbe.* Najviše to motiviše pravnike (sudije,tužioce,branioce) koji učestvuju u postupku za nagodbu. Njih, glavni pretres košta mnogo više vremena i energije. Putem nagodbe svi oni štede vreme, a još i izbegavaju neizvesnost odluke porote. Iz nagodbe izvlače tanak, ali izvestan dobitak, što zadovoljava njihovu profesionalnu taštinu:tužilac postiže osudu i izbegava blamažu oslobađanja okrivljenog, branilac postiže smanjenje i predvidljivost sankcije svom klijentu, sudija poboljšava statistiku rešenih predmeta i nastoji naći rešenje koja zadovoljava obe strane. Za sve učenike je prednost što su slučaj rešili profesionalno i efikasno, uz konsenzus, a ne konfrontacijom na glavnom pretresu.

Ako pravni poredak ne brani nagodbu,mogućnost da se konflikt reši maltene u porodičnoj atmosferi,uz kafu, umesto krajnje napete atmosfere i neizvesnosti glavnog pretresa, ima izuzetnu privlačnu snagu.Naspram nje , izgledi u pogledu ishoda postupka, konfrontacijom i primenom apstraktnih procesnih normi predstavljaju nedovoljnu protivtežu.

---

[24] Nasuprot tome odbijanje saradnje može biti otežavajuća okolnost .U tom smislu Američki Vrhovni Sud u precedentu Roberts v. U.S.,455 U.S. 557

[24] Langbein,H.J.:Understanding the Short History of Pla Bargaining,Law and Socity Review,13(1979) str.261

Važan je i psihološki aspekt. Nagodba rasterećuje psihološkog pritiska i straha od iznenadnih zaokreta na glavnom pretresu, na bilo čiju štetu, *sve* učesnika u postupku sklapanja nagodbe. Zbog toga, pravnici su,kako stavovi prakse pokazuju, ubeđeni da se nagodbom,mogu postići prihvatljiviji rezultati za sve učesnike nego u redovnom postupku.

Glava IV
KRITIKA I PROBLEMI NAGODBE

1. Kritika nagodbe

Nagodbu ne prati opšte oduševljenje ni u SAD. Kritike se grubo mogu podeliti na umerenu i radikalnu kritiku .

1.1. Umerena kritika

Umereni kritičari ukazuju na sledeće probleme :

- Nagodba je u osnovi zakonito i razborit i dozvoljen način skraćenja inače drugog postupka. Ali nemaran odnos prema slobodama i pravima optuženog u postupku sklapanja nagodbe može dovesti do njihovog ograničenja. To se može izbeći strogom zakonskom regulacijom.[25]

- Mora se obezbediti dobrovoljnost priznanja. Američki Vrhovni Sud je utvrdio na osnovu Amandmana V Ustava SAD, koji zabranjuje prinudu na samooptuženje, da davanje „*guilty plea*" izjave mora biti slobodno i uz svest o značaju izjave.[26] Ispunjenje ovih uslova isključuje po mišljenju Vrhovnog Suda zloupotrebe.Upućivane su kritike, da je samo stavljanje u izgled pogodnosti nagodbe optuženom, nedozvoljeno uticanje i da bi zbog toga davanje priznanja nakon toga, bilo neslobodno i zbog toga nedozvoljeno. Vrhovni Sud je ovu krititku odbacio.

- Okrivljeni pre davanja izjave "*guilty plea*" mora imati branioca. Ako se optuženi odriče branioca, mora se utvrditi da li je razumeo optužbu, da li je poučen o mogućoj kazni, i da li zna svoja prava koja može ostvarivati u postupku.

- Mora se obezbediti javnom tužiocu i braniocu isti pristup dokazima. Zbog straha da javni tužilac ima dokaze koje prikriva od njega i čuva za glavni pretres za slučaj da se ne nagode, okrivljeni ne može dati slobodno priznanje krivice. Strahuje se da bi tužilac, naročito kad nema nikakve ili ima samo slabe dokaze, mogao vršiti pritisak na optuženog da prizna, tvrđenjem da ima siguran slučaj tj.ima i druge dokaze osim onih

[25] Church,Th. W.:In Defence of Bargain Justice,Law &Society Rev br.2 (1979), str. 509
[26] Brady v. US,397 US 742(1970),McMann v. US 307 US 759 (1970)

za koje odbrana zna. U najvećem broju okruga organi progona nisu obavezni da dokaze saopšte odbrani, pa je realna opasnost, da priznanje optuženika neće biti slobodno zbog nedostataka informacija. Obećanjem povoljnijeg ishoda postupka, javni tužilac navodi optuženog da prihvati nagodbu ,prema tome odluka okrivljenog nije slobodna ni zbog toga.

- Odbrana mora imati i realne mogućnosti ne samo golo pravo, da dođe do glavnog pretresa.[27] U stranačkom postupku odbrana mora sama prikupljati dokaze što neretko zahteva značajne troškove. Ako okrivljeni nema sredstava da plati advokata,sud će mu ga postaviti. Troškove i nagradu advokata snosi državna kasa ali samo u meri koja je nophodna za obezbeđenje prava optuženog. Šta je „*neophodno*", odlučuje sud.

1.2. Radikalna kritika

Radiklani kritičari dovode generalno u sumnju zakonitost nagodbe. Smatraju da ona nije „*prečica prema pravdi*" već ćorsokak[28].

- Jedan od glavnih prigovora je da nagodba dovodi do nejednakog postupnja sa optuženima.Optuženi koji koriste ustavno pravo na glavni pretres, bivaju strožije kažnjeni od onih koji se cenjkaju o svojoj kazni.

- Sa rečenim je u vezi, da prednosti nagodbe najčešće koriste dobrostojeći kriminalci „*belog okovratnika*",oni mogu naprosto kupiti povoljniju kaznu[29]. To izaziva gubitak poverenja u pravosuđe i u najgorem slučaju, može dovesti do masovne samopomoći.

- Nagodba vređa prezumpciju nevinosti,prema kome se okrivljeni smatra nevinim dok sudskom odlukom ne bude proglašen krivim.

- Može doći do osude nevinog .

- Postoji bojazan,da se branioci olako upuštaju u pregovore o nagodbi i ako bi interes okrivljenog bio da se izbori za povoljan ishod u potpunom postupku.

- Mnogo puta se finansijski ne isplati ići do glavnog pretresa. Advokat može relativno dobro zaraditi i ako zaključi nagodbu.

2. Problemi nagodbe[30]

Probleme nagodbe koji izviru iz američkog prava, pravosuđe i advokatura tretira samo uzgred, a ukazivanje na probleme od strane teorije, izgleda malo šta može promeniti, pošto je nagodba duboko usađena uameričku praksu.

---

[27] Church, cit . delo str., 509

[28] Knipis,K.: Plea Bargaining :A Critics Rejoiner,Law & Society Rev.2/1979, str. 555.

[29] Katz, J.:Legality and Equality:Plea Bargaing in the Procescution of White Collar and Common Crimes,Law &Society Rev. br 2(1979),str.431.

[30] Uporediti sa Nikolić,D.: cit. delo ,str..17-31.

Ali, bez obzira na široku prihvaćenost u praksi,učljiva je kolizija između nagodbe i nekih osnovnih principa američkog prava .

2.1. Degradacija materijalnog krivičnog prava i

Nagodba ima vrlo nepovoljno dejstvo na javnost i na autoritet i poštovanje zakona. Tokom nagodbe, u očima javnosti se norme krivičnog prava pretvaraju i prekrajaju u „*sitniš za potkusurivanje* „.

Neretko se nagodbom stvaraju i pravno i logički nemoguće pravne konstrukcije, koje-začudo-sud prihvata[31]. Naročito je nepovoljan utisak kada učinilac prizna „*kompromisno*“ delo,pa je svakom jasno, da okrivljeni *takvo* delo *sigurno* nije izvršio (već neko drugo ili nijedno).

2.2. Povreda principa kontradiktornog postupanja

Svaki pravni postupak u anglosaksonskom pravnom sistemu počiva na ideji da će se istina i pravednost postići u otvorenom sučeljavanju mišljenja i argumenata suprotstavljenih stranaka („*adversary principle"*). Nagodba izrazito podriva ovaj princip. Umesto javnog istupanja pred sudom radi utvrđivanja istine i kažnjavanja, „istina“ se *fabrikuje nagodbom,* skriveno od očiju javnosti i kontradiktornog raspravljanja. Pri tome ni kritičari teoretski ne isključuju mogućnost suprotstavljanja i borbe, ali samo ako su i na poziciji odbrane i optužbe kompetetni stručnjaci u *ravnopravnom* položaju. No, zbog dominacije tužioca o tome nema ni reči.

2.3. Prenošenje sudske funkcije na javno tužilaštvo

Ako nagodbu i smatramo posebnom vrstom kontradiktornog postupka,ipak se ne sme prevideti premeštanje težišnih tačaka u odnosu na sudski postupak. U ovom postupku nije neutralni sudija glavni subjekat, nego jedna od stranaka-javni tužilac. On postaje *stvarni nosilac vlasti kažnjavanja*. Njegova uloga je tim jača, što je više ograničena sloboda sudija u pogledu izricanja sankcije. Tako, javni tužilac fatički postaje i tužilac i presuđivač, sa sličnom pozicijom kao što je bio inkvirent u invizitorskom postupku. Ovo ne samo da otvara mogućnost samovoljne diskriminacije, već dovodi u vrlo nepovoljan položaj okrivljenog. Faktički, njegova sudbina ne zavisi od neutralnog, nezainteresovanog trećeg subjekta, sudije, već od neposrednog procesnog protivnika.

[31]Npr. pokušaj nehatnog ubistva u slučaju People v.Foster N.Y. 2d 150,225 N.E. 2d 200, 1967

2.4. Povreda jednakosti pred zakonom

Dve okolnosti neizbežno vode do povrede načela jednakosti pred zakonom, koje je i u SAD ustavno pravo:neograničeno diskreciono pravo javnog tužioca i potpuna neformalnost postupka nagodbe, što isključuje razvijanjenekih obaveznih standarda kroz precedente prakse.

Okrivljeni ne učestvuje u sklapanju nagodbe. Obaveštavanje okrivljenog da su započeli pregovori nagodbe između tužioca i branioca, nije obavezno, pa je faktički isključena i mogućnost da se okrivljeni obrati sudu radi kontrole pregovora i isključenja samovolje. Nemogućnost efikasne kontrole pregovaranja o nagodbi krije razne opasnosti. Empirička istraživanja su ukazala da na sklapanje nagodbe utiču i takvi faktori, koji nemaju nikakve veze sa racionalnim utvrđivanjem kazne, kao što su rasna pripadnost okrivljenog, njegov status na tržištu rada i sl.

Važna je i izražena spremnost okrivljenog da prizna. Ušteda u vremenu i naporima za javnog tužioca je najveća, ako se odmah nakon podizanja optužbe, slučaj reši nagodbom. Iz tog razloga, tada se u praksi najviše pokazuje „*velikodušnim*" u nuđenju pogodnosti u zamenu za priznanje, dok kasnije „*pokajanje*" okrivljenog, naročito neposredno pred glavni pretres, nije sklon izdašnije nagraditi.

Na kraju i ličnost branioca i njegov ugled igra značajnu ulogu kako će okrivljeni proći u nagodbi.

2.5. Degradacija odmeravanja kazne

Nagodba zbog nejednakog tretiranja, sistematično podriva princip proporcionalnosti između krivice i kazne.Zbog manipulacije optužbom, činjenično stanje, za šta se okrivljeni osuđuje, *nije* ono što je *stvarno izvršio*, a pošto je sud vezan pravnom kvalifikacijom u optužnici, ni kazna *a priori* ne može biti primerena *stvarno* učinjenom delu. Moguće je i to, da sud pod uticajem nagodbe, svesno odmerava nižu sankciju od uobičajene i primerene. U svakom slučaju , kazna je *pogrešna*: ako je okrivljeni nevin, svaka kazna je previsoka, ako je stvarni krivac – previše niska. Ovako odmerena kazna je svakako u suprotnosti je i pravdom i sa intencijama zakonodavca.

2.6. Odricanje okrivljenog od procesnih prava

Ako okrivljeni da izjavu *plea of guilty* ,time se implicite odriče važnih procesnih prava koje mu garantuje savezni ustav: da mu sude porotnici, prava na nesamooptuživanje i suočenje sa svedocima[32]. Ovakvo od-

[32] Videti V i VI Amandman Ustava SAD

ricanje je dopušteno,jer ono proističe iz stranačke prirode postupka i načelu dispozicije koji vladaju američkim postupkom. Ali, odricanje je punovažno samo ako je dato slobodno. Upravo tu se javlja problem:*da li se odricanje od tih prava u postupku sklapanja nagodbe, može smatrati slobodnim*.

Problem se javlja u dva vida:

1) da li okrivljeni ima *dovoljno informacija* za slobodnu odluku („intelligence"), ili odluku donosi pod uticajem pogrešne predstave o posledicama svoje odluke.

2) da li se na njega *vrši pritisak* takvog inteziteta, da njegova odluka više nije slobodna („voluntariness").

2.6.1. „Intelligence"

Može se smatrati da je odricanje od prava samo tada slobodno, ako lice zna od *čega* se odriče, kakve *posledice* će to imati na njegov položaj i kakva bi bila njegova pravna situacija *bez odricanja*[33]. Da li su pri nagodbi ovi uslovi uvek ili bar najčešće ispunjeni, svakako je bar sumnjivo. Okrivljeni u grubim crtama najčešće zna šta znači odricanje od gore pomenutih prava, ali je problematično i neizvesno, da li može sagledati do kakve optužbe će njegovo priznanje dovesti i proceniti kakva kazna će mu biti izrečena.

Guilty plea je tada „*intelligent*" ako je okrivljenom saopštena moguća najviša i najniža kazna,[34] i da eventualna kasnije promena zakona nema uticaja na punovažnost ranije datog priznanje.[35] Okrivljeni se mora upoznati samo sa *direktnim* posledicama osude. Na eventualnu deportaciju i slične „*kolateralne*" posledice, ne mora biti upozoren, čak i ako ih izriče krivični sud.

Ono što je *najvažnije*,nema nikakve obaveze obaveštavanja okrivljenog o *dokazima*.Polazište je,da okrivljeni najbolje poznaje tok događaja, i sam najbolje, bez poznavanja dokaza tužioca, može proceniti kakve su mu šanse za oslobađajuću presudu .

Nakon sklapanja nagodbe i datog priznanja,okrivljeni se kasnije ne može pozivati na to, da ga advokat nije upoznao sa situacijom, ili da je pogrešno obavešten o upotrebljivosti svog priznanja i da je zbog toga priznao.

---

[33] Videti Brady v.U.S.,397 U.S.742,748(1970).

[34] Videti Shelton v. U:S: 246 F 2d 571,572 (5th Cir.1957)

[35] Videti Brady v.US 742,756-758(1970).

U onoj fazi postupka, kada se redovno započinju pregovori o nagodbi, odbrana nema pristupa dokazima javnog tužioca. Javni tužilac ne retko „*naduvava*“ značaj svojih dokaza. Zbog toga, branilac često odluku prihvatanju ili neprihvatanju nagodbe donosi „na slepo“. Ovo isto važi za okrivljenog. Inače, za njega je odučujući faktor,kakvu kaznu može očekivati nakon priznanja, odnosno, nakon održavanja glavnog pretresa.Nagodba se zasniva na pretposdtavci da će dogovorena kazna biti *manja* od one koje bi bila izrečena nakon glavnog pretresa. Ova *razlika u kazni* je *motor* instituta nagodbe[36]. Ali u isto vreme generiše i gotovo nerešiv pravni problem:ako takva razlika u kažnjavanju *stvarno postoji*, ona će najverovatnije vršiti *neodoljivu presiju* u pravcu priznanja i automatski *poništava* slobodu davanja priznanja. Ako pak *ne postoji,*i ako se time okrivljeni samo obmanjuje, dovodi se u pitanje osnov nagodbe i time tzv. “intelligence“ priznanja. Ovo je obeshrabrujuće za okrivljenog. Ako izađe na glavni pretres i bude osuđen,biće teže kažnjen. Ako se odrekne pretresa i mogućnosti da bude oslobođen i prizna delo,pitanje je da li će dogovorom ostvariti *stvarnu* koristi u vidu umanjenja kazne,ili će korist biti samo prividna, tj. dogovorom će ostvariti samo toliku redukciju kazne koliki su izgledi u procentima za oslobađajuću presudu. Tome treba dodati, da država ipak nastoji da nekako kompenzira „*dobitak*“ ,koji je okrivljeni ostvario nagodbom(što je uslovno rečeno ujedno „gubitak „ za državu). Jedan od čestih načina je što sud produžava rok provere i nadzora (parole).U svetlu istraživanja, samo se veoma uslovno može tvrditi da okrivljeni može realno sagledati prednosti davanja izjave *guilty plea* i na osnovu toga, moguće alternative mudro proceniti.[37]

2.6.2.„Volutariness“

Unutar problematike ,da li i pod kojim uslovima se može okrivljeni punovažno odreći svojih procesnih prava, i praksa i terorija najviše pažnje posvećuju pitanju dobrovoljnosti (tzv.“ „volutariness“). Osnovna dilema je, da li se može govoriti o dobrovoljnosti *guilty plea*, ako okrivljeni daje priznanje u nadi izbegavanja strože kazne.

---

[36]Empirička istraživanja o tome da li se okrivljeni koji se odluči za potpun postupak osuđuje teže, nego ako se odluči da prizna na osnovu nagodbe ,nisu dala jednoznačne rezultate. Dok su neki istraživači našli da se nagodba „ isplati“, ima i diferenciranijih rezultata po kojima se to uočava samo u pogledu težih krivičnih dela,dok ima i takvih istraživanja po kojima nema nema razlike. Videti Weigend ,Th:cit.delo,str., 62.

[37] Pri tome treba imati u vidu da se razna istraživanja ne smeju iterpretirati kao reprezentante opšte prakse ,zbog izrazito velikih razlika u lokalnim običajima i praksi.

Jedan od mogućih odgovora se zasniva teoriji *„unconstitutional conditions“*. Američki Vrhovni Sud je u jednom drugom kontekstu zauzeo stav, da država ne sme davanje pogodnosti usloviti odricanjem građana od svojih subjektivnih prava[38]. Kritičari ističu, da se kod nagodbe upravo to događa: okrivljenom se nude pogodnosti ako se odrekne svojih procesnih prava grantovanih V i VI. ustavnim amandamanom. Ali ,ako bi to i bio slučaj, postavilo bi se pitanje da li je nagodba u „*nužnom interesu države*“, jer je samo tada nuđenje pogodnosti u zamenu za odricanje od prava dozvoljeno. Takvim nužnim interesom bi se moglo smatrati funkcionisanje pravosuđa. Američki Vrhovni Sud je već zauzeo stav, da je nagodba nužan element krivičnog pravosuđa[39]. Praksa, malo pažnje obraća na ovu teoriju .

Međutim, u vezi pitanja slobode odricanja od prava, postavljaju se i dalja pitanja. Smisleno je primeniti iste kriterijume kao pri oceni da li je priznanje dato slobodno. Tu je Američki Vrhovni Sud još 1897. zauzeo stav[40]da priznanje ne smatra slobodnim, ako je ono dato pod prinudom, pretnjom, neposrednim ili prećutnim obećanjima ili primenom nedozvoljenog uticanja. Po tim kriterijumima bi priznanje u okviru nagodbe trebalo odbaciti kao neslobodno, jer se ono postiže mešavinom „*pretnje*“ i „*neposrednog ili prećutnog obećanja*“. Američki Vrhovni Sud ipak nije povezao priznanje i odricanje od prava. Dobrovoljnost priznanja pri nagodbi je prihvatio pod *daleko blažim uslovima* nego kad je u pitanju „*obično*“ priznanje. Izjava *guilty plea* se samo tada smatra *neslobodnim*, ako je ono rezultat stvarne ili pripremljene telesne povrede ili ja data pod takvim psihičkim pritiskom koji je paralisao volju okrivljenog. Drugim rečima, dobrovoljnost je zadovoljena, ako okrivljeni prednosti i ili nepogodnosti davanja priznanja u odnosu na izlazak na glavni pretres može racionalno proceniti pomoću svog advokata[41]. Dotle se smatralo da uslovi dobrovoljnosti priznanja moraju važiti i za *guilty plea.*

Uočljiva je različitost kriterijuma dobrovoljnosti „običnog“ priznanja i *guilty plea*. Američki Vrhovni Sud se svakako rukovodio praktičnim implikacijama svoje odluke. Da je uspostavio strože kriterijume, tada bi ovim potezom već duboko ukorenjen sistem nagodbe znatno ograničio ili stavio van zakona.

Fikciju da su država i okrivljeni pri nagodbi slični sučeljenim trgovcima na pijaci sa jednakim šansama i mogućnostima, Američki Vrhovni Sud je dosledno sproveo, i pri tome pitanje dobrovoljnosti

[38] Osnovni precedent je Sherbert v.Verner 374 US 398(1963)
[39] Videti Santobello v.New York, 404 U.S. 257,261.(1971).
[40] Bram v.U.S.,532,542 f. 1897
[41] U tom slislu osnovni precedent je Brady v.U.S.397.U.S. 742,750(1970)

odricanja okrivljenog od procesnih prava, praktično potpuno zanemario.[42]

Zanemaruje se i širok spetar mogućnosti pritiska javnog tužioca na okrivljenog. To se najčešće ogleda u tome, da je početna optužba *mnogo teža* nego što je realno. To sa jedne strane vrši snažan pritisak na odbranu da se nagodi.Sa druge strane otvara širok manevarski prostor javnom tužiocu,da u procesu nagodbe popusti ali da i tada dogovorena kazna „sa popustom" bude prihvatljiva za njega. Javni tužilac nadalje, može pretiti da će podneti dalje optužbe protiv okrivljnog, ako neće da prizna krivično delo u primarnoj optužnici. Ovaj metod je krajnje sumnjiv sa ustavnopravnog aspekta.Nije bez razloga Američki Vrhovni Sud zauzeo stav da je povređen „*due process of law*" kad je javni tužilac proširio optužbu nakon što je okrivljeni uložio pravni lek.[43] Ipak, po mišljenju Američkog Vrhovnog Suda, u pregovorima oko nagodbe , *ne važi* princip da država ne sme primenjivati retribucije, ako okrivljeni koristi svoja procesna prava. [44]

Pored ovih slučajeva očigledne zloupotrebe prava od strane javnog tužioca, stoji opšte pitanje, da li je različito kažnjavanje onih okrivljenih koji su dali *guilty plea* i onih koji nisu, pravno dopušteno.Jer ako nije, prećutna pretnja većom kaznom, što je *srž nagodbe*, je pretnja sa protivzakonitom kaznom.

U američkoj diskusiji, ovaj problem nema neki naročiti značaj.Oštrica problema se otupljuje time, što se govori samo o prednostima nagodbe, kao što je, pokajanje i dogovaranje (i ne pominje se dodatno kažnjavanje u slučaju odbijanja nagodbe) pa je nagodba prividno pomoć i privilegija za okrivljenog. Iako mora biti jasno, da je osnovni razlog postojanja nagodbe u *nuždi* obezbeđivanja funkcionisanja pravosuđa.

O stvarnom osnovu razlike u kažnjavanju a to je da okrivljeni kroz davanje priznanja štedi novac države ,se retko otvoreno govori.

2.7. Opasnost za pravosudnu administraciju[45]

Rešavanje predmeta u neformalnoj nagodbi, pravosudnoj administraciji onemogućava statističko praćenje aktivnosti pravosudnih organa i predstavlja smetnju za racionalno organizovanje rada i iskorišćavanje radnog vremena sudija i javnih tužilaca.

---

[42] Tako,prema američkom Vrhovnom Sudu nije u koliziji sa dobrovoljnošću ako se okrivljenom preti smrtnom kaznom ako ne prizna. Videti ,Brady v.US 397 US 742(1970) i Parker v.North Carolina ,397 US 790 (1970)

[43]Videti Blackledge v. Perry ,417 US 21(974).

[44] Videti Bordenkircher v. Hayes ,434 US 357,363-365 (1978).

[45] Po Carlson R.L.cit.delo,str.,114.

2.8. Opasnost za zaštitu društva od kriminaliteta[46]

Nagodba ugrožava potrebu društva da bude zaštićen od kriminaliteta. Pošto tužilac mora dati neke pogodnosti okrivljenom u toku sklapanja nagodbe, time se otupljuje oštrica i strogost zakona.

2.9 Moguća osuda nevinih

Suštinski problem nagodbe i nije u pritisku na *stvarnog* učinioca, da se odrekne svog prava na glavni pretres, već ponajviše u tome, da se vrši pritisak i na stvarnog krivca i na nevinog, a vrlo često, na ovog drugog još i više. Paradoksalno je da se najveći pritisak vrši na okrivljenog koji je možda nevin.[47]

Nagodba nije ništa drugo, no sistematsko i institucionalizirano negiranje preptostavke nevinosti.Svi učesnici od početka postupka nagodbe polaze, kao samo po sebi razumljive činjenice, od krivice okrivljenog. Deluje faktička „pretpostavka krivice". Tvrdnja okrivljenog u toku nagodbe, da je nevin sasvim je deplasirana. To se tretira kao akademsko pitanje, teoretska a ne stvarna mogućnost. Saglasno tome, ustrojenje nagodbe sistematski povećava šansu da neko nevin bude osuđen. Prema raznim empiričkim istraživanjiema, dobar deo okrivljenih daje priznanje iako imaju dobre izglede za oslobađajuću presudu. Vrlo je verovatno, da se u takvim slučajevima nagodba ne zasniva na kajanju krivica.Ono se zasniva na pretećoj strogoj osudi suda u potpunom postupku i „*povoljnoj* „ ponudi javnog tužioca. A on je to „*velikodušniji*", što su veće šanse za oslobađajuću presudu. Drugačije rečeno, najveće povlastice u zamenu za priznanje javni tužilac će ponuduti okrivljenom koji ima najveće šanse za oslobođenje. Tipičan slučaj je da javni tužilac iz nekog razloga izgubi ključnog svedoka (umro, razboleo se itd.), pa okrivljenom koji ne zna za novu situaciju, nudi uslovnu osudu u zamenu za priznanje. Potrebna je hrabrost da se takva ponuda odbije.

No, treba imati u vidu da nisu svi okrivljeni koji su u ovakvoj situaciji podsticani na priznanje, stvarno i nevini.

Esencijalna nespojivost nagodbe i presumpcije nevinosti se naročito tada manifestuje,kada okrivljeni pred sudom otkrije fiktivnost svog priznanja i ističe da je u stvari nevin. Ali je Američki Vrhovni Sud i u takvom slučaju potvrdio punovažnost nagodbe,[48] što je u izvesnom smislu i

[46] Po Carlson,R.L.:cit.delo,str.,115.

[47] Sandefur Timothy :In the Defence of Plea Barganing,Northwestern University Law Review,vol.97(2003),str.28-29

[48] North Carolina v.Alford, 400 US 25 (1970)

korisno za okrivljenog. Jer ako bi se nakon negiranja priznanja, sproveo glavni pretres i okrivljeni oglasio krivim, pretilo bi mu strože kažnjavanje .

Ova odluka Američkog Vrhovnog Suda , kao malo koja, pokazuje koliko se u stvarnosti nagodba udaljila od normativne ideje njene suštine .U stvarnosti se i ne radi više o krivici ili nekrivici,oni su kao nevažni, gurnuti u stranu, ako su nezgodni za ostvarenje *osnovnog cilja: brzo i jeftino okončanje postupka*. Da se efikasnost ostvaruje po cenu lažnih rezultata, tj. negiranja *pravog cilja* postupka, a to je, osuda *stvarnog* krivca,za američku praksu je nevažna podnošljiva i prihvatljiva „*kolateralna šteta*" .

Glava V
OCENA NAGODBE I MOGUĆE REFORME

1. Ocena nagodbe

Najodlučnije pristalice nagodbe su iz prakse.Oni smatraju da nagodba nije samo nužno zlo, već i mnogo kraći put do pravedne presude od regularne procedure. Ovakav stav praktičara ne iznenađuje. Nagodba je svakom profesionalnom učesniku postupka od neposredne koristi.Da nije tako, ne bi ga praktičari ni držali u životu. Pošto se od početka primene uklapao u opšti duh i kulturu trgovine, prema nagodbi se nije se ni očekivao otpor pravosuđa.

Daleko su manje oduševljeni neposredno tangirana lica:okrivljeni, policajci i službenici izvršenja kazne. Policija vidi u nagodbi falsifikovanje istine ,koju je ona uz mnogo napora utvrdila, a službenici probacije ometanje njihovog rada. Što se okrivljenih tiče, mnogi priznaju delo, da bi preko nagodbe stekli neku korist od toga, ali je prisutno njihovo nezadovoljstvo, što su iz samog sklapanja nagodbe isključeni.

Nagodba je u američkoj javnosti na lošem glasu. Dovodi do vidnog otuđenja pravosuđa od građanstva. Kritike i nisu usmerne na slabe tačke sa aspekta principa pravne države. Nagodba je više sinonim neopravdanog uzmicanja krivičnog pravosuđa pred zločinom, eroziju krivičnog zakona u praktičnoj primen i nemoći države. Ne čudi zbog toga, da je u Kaliforniji 1982.g. na referendumu predlog za ukidanje nagodbe dobio ubedljivu većinu.

U oblasti nauke, uprkos praktičnog značaja, nagodba ne pobuđuje naročit interes. Većina naučnika iz oblasti pravnih nauka se ograničava na opštu kritiku nagodbe .Pristalice ima uglavnom u drugim društvenim naukama koji ističu njene prednosti.

2. Predlozi za reformu

Realno posmatrano, o stvarnim reformskim stremljenjima se slabo može govoriti. Predlozi se u prvom redu odnose na korekturu detalja koji bi obezbedili veću javnost, racionalnost i jednakost u tretmanu u toku nagodbe.U tom pravcu su i zakonska rešenja prikazana gore.

Ima pristalica i jačeg formalizovanja,da se nagodba pretvori u „mali glavni pretres" na kome bi učestvovli i okrivljeni i oštećeni. Ni tu se ne bi izvodili dokazi već uz pretpstavku da je okrivljeni učinilac, odlučivalo bi se o visini kazne. Kritičari ovog predloga ističu da bi formalizovanje podstaklo praksu da koristi neformalne puteve. Sa ovim zahtevom za „mini proces" dobro se uklapa predlog da bi sudija trebalo da se izričito izjasni i upozna okrivljenog koliku kaznu treba da očekuje ako prizna. Time bi se znatno olakšao položaj okrivljenog, jer bi tako tačno znao šta može očekivati u zamenu za svoj jedini adut, u zamenu za odricanje od glavnog pretresa. Međutim, to su ipak relativno beznačajni pokušaji da se u suštini neracionalan postupak unesu racionalna pravila.

Radikalno rešenje: odstranjenje iz postupka nema mnogo izgleda. Ipak, ima i takvih mišljenja i to eminetnih pravnika. Tako je Komisija za reformu krivičnog postupka, koju je formirao predsednik SAD, 1973.g.predložila,da se nagodba ukine u roku od 5 godina. Praksa je jednostavno ignorisala ovaj predlog.[49]

Praktično, sprovode se samo neke sporadične akcije. Ali one su redom neuspešne, jer učesnici nađu načina da izigraju razne zabrane. Primera radi, u Kaliforniji, nakon uspešnog referenduma o ukidanju nagodbe 1982.g., donet je zakon koji zabranjuje nagodbu u odnosu na 30 teža krivična dela. Ubrzo je pronađena način izigravanja zabrane: Nagodba se realizuje u periodu pre sudskog odobrenja optužbe, koji nije obuhvaćen zabranom. U krajnjoj liniji, i pored zabrane u pogledu nagodbe u Kaliforniji se ništa suštinski nije izmenilo[50].

ZAKLJUČAK

Američki model nagodbe je nesporno brz i jeftin, i bio bi idealan za današnje evropske državne budžete pritisnute gorućom potrebom štednje. Međutim, kao što je gore izloženo, otvara i brojne probleme i u američkoj teoriji i praksi, a neki ga smatraju čak i „*opasnim i nezdravim produktom*

[49] National Advisory Commision on Criminal Justice Standards and Goals, Courts, 1973. str. 46

[50] Npr. San Francisku se 90-95% slučajeva i dalje rešava na taj način.

američkog pravosuđa".[51] Prosto presađivanje ovog instituta u evropske mešovite sisteme, zbog jakog prisutva tradicionalnih inkvizitorskih elemenata i drugačijeg karaktera uloge države i samog krivičnog postupka, još više je problematično. Neophodna su prilagođavanje tom pravnom miljeu u vidu kompromisnih rešenja kao što je npr. nemačko rešenje.

U pogledu SAD, gde je praksa „plea bargaining" već duboko ukorenjena i uživa bezrezervnu podršku prakse,a negodovanje dela teorije nema nikakvog efekta,nagodba će i u doglednoj budućnosti imati determinirajuću ulogu u praksi krivičnog sudstva. To samo podupire odužena ekonomska recesija i kriza državnog budžeta.

[51] Tako Carlson R.L.: cit.delo str.,.113.

Ištvan Feješ, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad

American Model of a Plea Bargaining in Criminal Proceedings, With Accent on Some Negativ Aspects

Abstract

The author deals with the subject in this paper divided into introduction, five chapters and conclusion. In the introduction author gives a brief discussion on the possibilities and negative aspects of a settlement in a criminal proceeding. The first chapter deals with a brief history of origin 'plea bargaining "in judicial practice and legislation of United States. The second chapter deals with the issue of choice of form of procedure and types of settlement. The third chapter presents arguments which justify the plea bargaining.

The fourth chapter is devoted to criticism of the plea bargaining. The fifth chapter deals with the evaluation of the settlement and the prospects for reform of the institute. In a brief conclusion the author raises concerns about the danger of an uncritical acceptance of the plea bargaining and its restoration in other legal systems. Author emphases that the acceptance of this institute is possible only with caution and adjustment to given legal system.

Key words: plea bargaining, American model, problems

Originalni naučni rad 347.2:340.134(497.11)
doi:10.5937/zrpfns46-3062

Dr Radenka Cvetić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

KODIFIKACIJA STVARNOG PRAVA U SRBIJI[1]
– postignuto i moguća budućnost –

Sažetak: *Od prestanka važenja Srpskog građanskog zakonika stvarno pravo samo je delimično regulisano. Brojne zakonske praznine, dugogodišnja podregulisanost stvarno pravnih odnosa, neadekvatna regulativa pojedinih instituta, mnoštvo zakona u kojima se nalaze relevantna pravila, rezultirali su znatnom pravnom nesigurnošću u ovoj oblasti. Najprihvatljiviji izlaz iz datog stanja je donošenje građanskog zakonika ili novog zakona (zakonika) koji bi sveobuhvatno regulisao stvarno pravo. Problemi su uočeni, nužnost kodifikovanja stvarnog prava je istaknuta, moguća rešenja su konstatovana, određeni napori u cilju prevazilaženja postojećeg stanja su učinjeni, ali kvalitativno novu situaciju nemamo ni danas. Razlog je, možda, prozaičniji nego što se čini ili želi prikazati.*

Ključne reči: *stvarno pravo, kodifikacija, poseban zakon, građanski zakonik*

I

Najopštiji prikaz pojedinih perioda u razvoju stvarnog prava Srbije (Jugoslavije) dovoljan je da se vidi da na ovom prostoru nije bilo kodifikacije građanskog prava u jednom dugom periodu.[2] Od kada je nestao

[1] Ovaj članak sadrži rezultate istraživanja u okviru projekta *Teorijski i praktični problemi u stvaranju i primeni prava (EU i Srbija)* koji finansira Pravni fakultet u Novom Sadu.

[2] Videti više o tome u: Radenka Cvetić, *Stvarno pravo Srbije – institut sticanja prava svojine nalazom tuđe izgubljene stvari,* Zbornik radova, Pravni fakultet u Novom Sadu, XXXVIII, 2/2004, str. 337-359.

ustavni osnov za donošenje jedinstvenog građanskog zakonika za nekadašnju Jugoslaviju (1971), pojedini delovi građanskog prava dobili su svoju potpunu regulativu (porodično i nasledno), neki skoro potpunu (obligaciono), dok su opšti deo i stvarno pravo imali drugačiju sudbinu. Praktično, od prestanka važenja Srpskog građanskog zakonika, 1946. godine, materija opšteg dela građanskog prava fragmentarno je regulisana nizom propisa, dok je stvarno pravo samo delimično regulisano.

Nakon nastanka Državne zajednice Srbija i Crna Gora 2003. godine i stupanja na snagu Ustavne povelje, stvarnopravni odnosi u potpunosti su prešli u nadležnost republika (tačnije rečeno, to se desilo sa celokupnom materijom građanskog prava), tako da je Srbija i tri godine pre sticanja državne samostalnosti imala mogućnost da izmeni postojeću situaciju.

Problem nedovoljno regulisanog (podregulisanog) stvarnog prava zbog mnogobrojnih zakonskih praznina (lične službenosti, pravo građenja, realni tereti, susedska prava, a od 1996. godine i etažna svojina[3]), potencira činjenica da i regulisani instituti nisu dovoljno i na adekvatan način uređeni (pre svega državina). Stoga je neophodno ne samo popuniti zakonske praznine u stvarnom pravu, prouzrokovane još donošenjem Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije, iz 1946. godine, već i izmeniti i znatno dopuniti postojeću stvarnopravnu regulativu, budući da je postojeće stanje rezultiralo znatnom pravnom nesigurnošću. Jer, nedovoljna regulativa uvek je idealna podloga za (pre)široko tumačenje i time nejednako postupanje u jednakim slučajevima.

Ovaj problem mogao bi se rešiti na više načina. Bilo donošenjem novog jedinstvenog građanskog zakonika, ili rekodifikovanjem Srpskog građanskog zakonika,[4] ili izmenom i dopunom Zakona o osnovama svo-

[3] Zakon o svojini na delovima zgrada kojim je ova materija bila regulisana (koji je kao savezni zakon donet 1959. godine, "Sl. list FNRJ", br. 16/1959, da bi, nakon preraspodele zakonodavne nadležnosti između Federacije, republika i pokrajina, nastavljena njegova primena kao republičkog, odnosno pokrajinskog zakona), prestao je da važi na osnovu Odluke Saveznog ustavnog suda ("Sl. list SRJ", br. 33/1996) zbog nesaglasnosti sa Ustavom SRJ i Zakonom o osnovama svojinskopravnih odnosa. Zakonom o održavanju stambenih zgrada *(Sužbeni. glasnik RS,* br. 44/1995, 46/1998, 1/2001, 101/2005, 27/2011 – US, 88/2011) uređena su samo pojedina pitanja relevantna za ovaj institut, dok je Zakonom o osnovama svojinsko-pravnih odnosa (čl. 19) određen predmet etažne svojine i pravo na zajedničkim delovima zgrade i uređajima u zgradi.

[4] Vladimir V. Vodinelić, *Kodifikovanje stvarnog prava u Srbiji,* u studiji *Promena svojinskog zakonodavstva u Srbiji,* Beograd, 2004, str. 11: "Većina odredaba srpskog Građanskog zakonika i sada bi mogla da važi kada je reč o stvarnopravnim regulama – pod uslovom da se podrži odgovarajućim tumačenjem i popunjavanjem zakonskih i pravnih praznina (na koji način i do danas žive kodifikacije koje su i starije od srpske). Ali da bi

jinskopravnih odnosa, ili donošenjem niza posebnih zakona koji bi regulisali neregulisane ili podregulisane institute stvarnog prava, ili, pak, donošenjem novog zakona (zakonika) koji bi sveobuhvatno regulisao stvarno pravo i zamenio svu do sada postojeću parcijalnu regulativu.[5] Adekvatno uređenje stvarnopravnih odnosa neophodan je korak koji treba učiniti na putu ka Evropi i njenim pravnim standardima.

Problemi su, dakle, uočeni, nužnost kodifikovanja stvarnog prava je istaknuta, moguća rešenja su konstatovana, određeni napori u cilju prevazilaženja postojećeg stanja su učinjeni, ali kvalitativno novu situaciju nemamo ni danas.

II

Sveobuhvatno regulisanje stvarnopravnih odnosa bilo bi od velikog značaja za prekid dugog perioda pravne nesigurnosti u ovoj oblasti. U nekim ranijim radovima [6] bilo je više reči o okolnostima koje su prouzrokovale takvo stanje i ukazano je na najozbiljnije probleme uočene u stvarnopravnoj regulativi. Pre svega, lista izvora u kojima se nalaze pravila relevantna za stvarnopravne odnose preduga je: Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa (pravo svojine, susvojina, stvarne službenosti, državina, prava stranih lica), Zakon o obligacionim odnosima (ručna zaloga, pravo retencije, ugovorno pravo preče kupovine), Zakon o prometu nepokretnosti (punovažnost ugovora o prenosu prava na nepokretnostima, zakonsko pravo preče kupovine nepokretnosti), Porodični zakon (zajednička svojina na pokretnim i nepokretnim stvarima u zajedničkoj imovini supružnika, vanbračnih partnera i članova porodične zajednice), Zakon o

---

se srpski Građanski zakonik (tj. njegov stvarnopravni deo) ponovo uveo u pravnu snagu, pre samog ponovnog uvođenja, istovremeno s uvođenjem ili potom, bile bi potrebne i *brojne intervencije* na njegovim (stvarnopravnim) odredbama, u smislu ukidanja odredbi, izmena i dopuna. Ukratko, bilo bi potrebno sada postići sve ono čega je on (za razliku od, na primer, austrijskog Građanskog zakonika) bio lišen u dugom periodu njegovog važenja, tokom bezmalo sto godina. S obzirom na to, srpski Građanski zakonik morao bi se dopunjavati i menjati u svojoj stvarnopravnoj deonici u tolikoj meri da je nesumnjivo probitačnije izraditi novi stvarnopravni Zakonik/Zakon, integrišući u njega hvale vredna rešenja Srpskog građanskog zakonika."

[5] O mogućim pristupima videti detaljnije u: Radmila Kovačević Kuštrimović, Miroslav Lazić, *Građanski zakonik Srbije i pravo Evropske unije,* Pravni život, br. 11/2007 (podnaslov *Jedinstven građanski zakonik ili parcijalno regulisanje,* str. 413-419).

[6] O tome videti više u radovima: Radenka Cvetić, *Stvarno pravo Srbije u evropskim okvirima,* Zbornik radova, Pravni fakultet u Novom Sadu, XXXIX, 3/2005, str. 145-167, *Stvarno pravo Srbije – kako dalje?,* Zbornik radova, Pravni fakultet u Novom Sadu, XL 2/2006, Novi Sad, 2006, str. 237-249

založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar, Zakon o hipoteci, Zakon o državnom premeru i katstru, Zakon o vanparničnom postupku (uređenje upravljanja i korišćenja zajedničke stvari, deoba zajedničke stvari, uređenje međa). Pored toga, kao što je već konstatovano, u pogledu brojnih značajnih instituta (lične službenosti, pravo građenja, susedska prava, realni tereti, etažna svojina) postoji zakonska praznina, a neki su podregulisani ili, čak, i neadekvatno regulisani (državina, stvarne službenosti, načini sticanja prava svojine).

III

Navedeni problemi u pogledu stvarnopravne regulative u Srbiji mogli su već biti prošlost. Naime, Radna grupa[7] formirana u jesen 2003. godine, pri Ministarstvu finansija i ekonomije Vlade Republike Srbije, izradila je, sredinom 2006. godine, konačnu radnu verziju Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima, koja po svim svojim osobinama predstavlja zakon-model koji bi kao nacrt mogao ući u skupštinsku proceduru.[8]

Mnoge odredbe ovog teksta, zbog svoje potpunosti, racionalnosti i originalnosti zaslužuju posebnu pažnju. Ali, pre toga, kao svojevrsna opomena, nužno se nameće jedno podsećanje na ne tako davno iskustvo bezuspešnog pokušaja upotpunjavanja stvarnopravne regulative u Srbiji.[9] Naime, ustavni osnov za donošenje jedinstvenog građanskog zakonika u ta-

---

[7] Radna grupa Ministarstva finansija i ekonomije u sastavu: prof.dr Vladimir Vodinelić, prof.dr Zoran Ivošević, prof.dr Zlatko Stefanović, prof.dr Radmila Kovačević-Kuštrimović, prof.dr Dušan Nikolić, prof.dr Dragor Hiber, prof.dr Vesna Rakić Vodinelić, Budimir Lončar, Snežana Andrejević, Ljubica Milutinović, mr Duško Čelić, mr Miloš Živković, Dragoljub Milošević, Nenad Dželebdžić, Miodrag Petrović, Gordana Nešić-Lakićević, Snežana Damjanović i sekretar radne grupe Jelena Simić. U radu su učestvovali i prof.dr Mirko Živković, prof. dr Radenka Cvetić i prof. dr Miroslav Lazić, a prvi sekretar radne grupe bila je Jelena Lončar. Detaljnije o radnoj grupi videti u: *Ka novom stvarnom pravu u Srbiji...,* str. 17 (videti napomenu 8).

[8] Tekst Nacrta štampan je u okviru zajedničkog izdavačkog poduhvata GTZ i Ministarstva pravde Republike Srbije iz 2007. godine *Ka novom stvarnom pravu Srbije – Nacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima.* Videti uvodni tekst u okviru ovog izdanja: Vladimir V. Vodinelić, *Osnovno o Nacrtu stvarnopravnog zakonika Srbije 2006,* str. 13-16. Tekst Nacrta iz 2006, kao i radna verzija Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima, sa obrazloženjem iz aprila 2012. godine, sa relevantnim pratećim dokumentima, dostupan je u elektronskoj formi na sajtu Ministarstva pravde Republike Srbije (http://www.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakonik-o-svojini-i-drugim-stvarnim-pravima-radni-tekst.html)

[9] Videti više o tome u: Radenka Cvetić, *Regulisanje stvarnopravnih odnosa u Srbiji – Već viđeno?* Zbornik radova, Pravni fakultet u Novom Sadu, XL 3/2006, Novi Sad, 2006 str. 245-261.

dašnjoj državi, Socijalističkoj Federativnoj Republici Jugoslaviji, nestao je kao posledica izmena Ustava SFRJ iz 1963. godine.[10] Nakon što je ustavnim amandmanima 1971. godine izvršena preraspodela zakonodavne nadležnosti između tadašnje Savezne skupštine i skupština socijalističkih republika, materija građanskog prava nalazila se ili u njihovoj paralelnoj nadležnosti ili u isključivoj nadležnosti republika. U nadležnosti Federacije bilo je, što se tiče stvarnopravnih odnosa, uređenje *osnovnih svojinskopravnih odnosa,* što znači da su *ostali* svojinskopravni odnosi trebali biti regulisani zakonima rapublika. U realizaciji svoje nadležnosti Savezna skupština je donela *Zakon o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima,* 1980, a republike, među njima i Srbija, nisu realizovale svoju zakonodavnu nadležnost iz ove oblasti ni do kraja postojanja SFRJ. U Srbiji je, istina, još pre donošenja navedenog Saveznog zakona urađen značajan posao u pravcu kodifikacije stvarnog prava. Naime, još 1978. godine izrađena je radna verzija *Nacrta Zakona o pravu svojine i drugim stvarnim pravima na nepokretnostima*,[11] koji je vrlo brzo dopunjen i pravilima o stvarnim pravima na pokretnim stvarima. Poslednja verzija *Nacrta Zakona o pravu svojine i drugim stvarnim pravima na stvarima* utvrđena je 1989. godine i dostavljena Skupštini Socijalističke Republike Srbije. Nacrt je sadržao pravila koja bi zajedno sa pravilima Zakona o osnovnim svojinskopravnim odnosima predstavljala skoro sveobuhvatnu regulativu stvarnopravnih odnosa. Međutim, utvrđeni Nacrt nije prošao propisanu zakonodavnu proceduru, odnosno nije nikada postao zakon.

Vreme kada je utvrđena poslednja verzija zakona jeste bilo vreme značajnih promena i u ekonomskom i u političkom sistemu u Saveznoj državi čiji se skori raspad već tada sa sigurnošću mogao predvideti. Zbog toga, razumljivo, u tom periodu nije bilo potrebne zainteresovanosti političkih činilaca da se započeti posao u oblasti stvarnog prava završi. Ono što u ovom momentu mnogo više brine od propalog pokušaja u prošlosti

[10] O razlozima koji su sprečavali donošenje građanskog zakonika u tri države koje su nosile ime Jugoslavija (tzv. Prva Jugoslavija, nastala 1918. godine - Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca, odnosno Kraljevina Jugoslavija od 1929. godine; tzv. Druga Jugoslavija, nastala 1943. godine – Demokratska Federativna Jugoslavija, od 1945. godine Federativna Narodna Republika Jugoslavija, od 1963. godine Socijalistička Federativna Republika Jugoslavija; i tzv. Treća Jugoslavija, nastala 1992. godine – Savezna Republika Jugoslavija, od 2003 do 2006. godine državna zajednica Srbija i Crna Gora) videti u: Dragan Pavić, *Jugoslovenski građanski zakonik,* Pravni život*,* br. 10/1998 (II tom). O razvoju stvarnog prava u Srbiji videti detaljnije u: Dušan Nikolić, *Osnovni isvori stvarnog prava,* Novi Sad, 2007, str. 13-65.

[11] Videti: Vladimir Vodinelić, *Osvrt na Nacrt Zakona o pravu svojine i drugim stvarnim pravima na nepokretnostima u SR Srbiji,* Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1-2/1978.

je činjenica da se postojeća situacija u oblasti stvarnopravne regulative može prepoznati kao već viđena. Naime, Srbija je opet u sličnoj situaciji i sličan je odnos zakonodavne vlasti prema konačnoj verziji teksta Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima koji je izradila Radna grupa sredinom 2006. godine.[12]

U proteklom periodu radna verzija Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima jeste bila predmet interesovanja nadležnih organa (objavljivanje na sajtu Ministarstva pravde i državne uprave, organizovanje javne rasprave), ali nije postala zakon. Sredinom 2012. godine ovlašćena tela Saveta Evrope sačinila su Mišljenje o Nacrtu Zakona o svojini i drugim stvarnim pravima Republike Srbije.[13] Svrha ovog Mišljenja je da se utvrdi usklađenost Nacrta sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima,[14] odnosno da li se rešenjima sadržanim u njemu ugrožava mirno uživanje imovine zagarantovano ovom Konvencijom.[15] Uz ozbiljnije primedbe u pogledu formulisanih pravila koja se tiču zabrane zloupotrebe prava[16] i prava preče kupovine,[17] i nekih manjih intervencija u pogledu ostalih pravila, uglavnom se konstatuje da rešenja Nacrta nisu u suprotnosti sa principom mirnog i slobodnog (neometanog) uživanja imovine.[18]

---

[12] Videti napomene 7 i 8.

[13] Mišljenje je rezultat ekspertize dr. dr. h.c. Christa Jessel-Holst (bivši viši sradnik za istraživanje Instituta Max Planck za uporedno i međunarodno privatno pravo u Hamburgu, Nemačka) i prof. dr. Miha Juhart (Univerzitet u Ljubljani, Pravni fakultet u Ljubljani, Slovenija).

[14] *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights)* usvojena je u Savetu Evrope 4. novembra 1950. godine, a stupila je na snagu 1950. godine. Srbija (tada u sastavu Državne zajednice Srbija i Crna Gora) potpisnik je postala 3. aprila 2003. godine, a ratifikacija je izvršena i Konvencija je stupila na snagu 3. marta 2004. godine. U vezi sa regulisanjem stvarno pravnih odnosa naročito je značajna odredba čl. 1 Protokola uz Konvenciju, iz 1952. godine: "Svako fizičko i pravno lice ima pravo na neometano uživanje svoje imovine. Niko ne može biti lišen svoje imovine, osim u javnom interesu i pod uslovima predviđenim zakonom i opštim načelima međunarodnog prava. Prethodne odredbe, međutim, ni na koji način ne utiču na pravo države da primenjuje zakone koje smatra potrebnim da bi regulisala korišćenje imovine u skladu s opštim interesima ili da bi obezbedila naplatu poreza ili drugih dažbina ili kazni."

[15] Mišljenje je na srpskom i engleskom jeziku objavljeno na sajtu Ministarstva pravde i državne uprave Republike Srbije (http://www.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakonik-o-svojini-i-drugim-stvarnim-pravima-radni-tekst.html)

[16] Str. 5-6 Mišljenja o Nacrtu zakona o svojini i drugim stvarnim pravima Republike Srbije.

[17] Str. 9 Mišljenja o Nacrtu zakona o svojini i drugim stvarnim pravima Republike - Srbije.

[18] Videti rezime i preporuke na str. 20-21 Mišljenja o Nacrtu zakona o svojini i drugim stvarnim pravima Republike Srbije

IV

U pogledu napora da se ode korak dalje, te da se u Srbiji kodifikuje građansko pravo, može se konstatovati da je posao započet onda kada je Radna grupa završila svoj, odnosno kada se pojavila konačna verzija teksta Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima. Podsećamo da je pre šest godina (u novembru 2006. godine) obrazovana Komisija za izradu Građanskog zakonika.[19] Trajanje Komisije i posao koji je ona trebala da obavi, bili su oročeni na godinu dana. Odlukom o obrazovanju Komisije utvrđena je njena dužnost da Ministarstvu pravde dostavi tekst Građanskog zakonika u roku od godinu dana,[20] te da u istom roku Komisija prestaje sa radom.[21]

Bez upuštanja u razmatranje primerenosti navedenog roka (s obzirom na zatečeno stanje i obim posla) i činjenicu da je znatno produžen rad Komisije (u odnosu na prvobitno određen rok), polazeći od teme ovog rada mora se postaviti osnovno pitanje: Kakav je značaj rada Komisije za onaj deo građanskog prava u kojem su i pre njenog obrazovanja bili konstatovani brojni problemi, odnosno šta je učinjeno da se stvarnopravna regulativa upotpuni, dovrši ili kodifikuje?

Rok od godinu dana nije bio realan, što je i sama Komisija konstatovala,[22] tako da smo istekom tog roka umesto Građanskog zakonika dobili Izveštaj Komisije sa otvorenim pitanjima.[23] Ne umanjujući napore i rezultate rada Komisije, želimo da konstatujemo da se, što se tiče stvarnog prava, do ovog momenta ništa nije bitno promenilo. U okviru opsežnog Izveštaja Komisije iz 2007. godine dat je i *Orijentacioni sadržaj Građan-*

---

[19] Odluka, koju je donela Vlada Republike Srbije 16. novembra 2006. godine, objavljena je u *Sl. glasnik RS,* br. 104/2006, od 17. novembra 2006. godine

[20] Rok je počeo da teče od dana stupanja na snagu Odluke, odnosno osmog dana od njenog objavljivanja u *Službenom glasniku RS*, što znači da je istekao 25. novembra 2007. godine.

[21] Videti t. 9 i 12 Odluke o obrazovanju Komisije za izradu Građanskog zakonika. - Tačka 12 ("Komisija prestaje sa radom istekom roka od godinu dana od dana stupanja na snagu ove odluke.") ubrzo je brisana kao pogrešno uneta pri objavljivanju (videti: *Sl. glasnik RS,* 110/2006, str. 28 - Ispravka Odluke o obrazovanju Komisije za izradu Građanskog zakonika)

[22] "Jednoglasno je ocenjeno da rok od godinu dana *nije realan* i zato ga treba shvatiti kao *orijentacioni.* U svakom slučaju, u datom roku se može doći do otvorenih pitanja Nacrta Građanskog zakonika koji treba dalje usavršavati." (str. 16 (elektronska forma) odnosno 20 (*Pravni život*) Izveštaja Komisije; podaci o dostupnosti izveštaja navedeni u napomeni 23).

[23] Dostupan na sajtu Ministarstva pravde i državne uprave Republike Srbije – Radna verzija Građanskog zakonika knjiga I http://www.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik/ i *Pravni život,* br. 11/2007, tom III, str. 5-407.

skog zakonika: Deo prvi – UVODNE ODREDBE; Deo drugi – PORODIČNO PRAVO; Deo treći – NASLEĐIVANJE; Deo četvrti – OBLIGACIJE; Deo peti – STVARNO PRAVNI ODNOSI.

U delu Izveštaja koji se tiče stvarno pravnih odnosa otvorena su određena pitanja. Najpre su istaknuta pitanja pravno-političke prirode,[24] koja "zadiru u duboke slojeve društveno-ekonomskih odnosa i predrasude ideološkog karaktera."[25] Kao takva navedena su sledeća: pravo svojine na građevinskom zemljištu, uspostavljanje jedinstva prava svojine na zemljištu i zgradi, sticanje prava svojine održajem na nepokretnosti u javnoj svojini, prava stranaca na nepokretnostima, te sticanje prava svojine na nepokretnostima i javni registri. Ostala pitanja[26] tiču se pojedinih pravnih instituta: da li nam je potrebno *pravo građenja* i kako ga urediti, ako jeste; na koji način tretirati dugoročni zakup (emfiteuza, emfitevza, *emphyteusis,* nasledni zakup) i vremenski podeljenu svojinu *(time sharing);* celovito regulisanje pitanja *obezbeđenja potraživanja;* uređenje *hipoteke* na način da se dosledno poštuju principi izabranog koncepta (evropsko kontinentalno ili anglo saksonsko pravo); uvođenje *zemljišnog duga* u naš pravni sistem kao potpuno novog isnstituta; u kom delu Građanskog zakonika regulisati *pravo retencije* (ostaviti ga u okviru Obligacionog prava ili premestiti u deo koji se odnosi na Stvarno pravo) i da li ono treba da obuhvati i nepokretnosti;[27] usklađivanje postojećih pravila o ugovornom i zakonskom *pravu preče kupovine* i određivanje mesta ovog prava u Građanskom zakoniku.[28]

Pored otvarnja navedenih pitanja, data su pravila koja se odnose na založno pravo. Ovaj deo obuhvata pravila Zakona o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar,[29] predlog regulisanja hipoteke uz

---

[24] *Izveštaj,* Pravni život, str. 313-318.

[25] *Izveštaj,* Pravni život, str. 318.

[26] *Izveštaj,* Pravni život, str. 318-319.

[27] Smatramo da je u vezi prava retencije trebalo postaviti i pitanje da li ga zadržati sa sadržinom koju ima od stupanja na snagu Zakona o obligacionim odnosima (mogućnost namirenja iz vrednosti zadržane stvari) ili ga opredeliti kao sredstvo pritiska na dužnika da plati dug ili da odgovarajuću zalogu.

[28] Naše mišljenje o tome videti u: Radenka Cvetić, *Mesto prava preče kupovine u građanskom zakoniku,* Zbornik radova, Pravni fakultet u Novom Sadu, XLII 3/2008, str. 173-184. Što se tiče usklađivanja postojećih pravila o ugovornom i zakonskom pravu preče kupovine, smatramo da je to na prihvatljiv način već učinjeno u Nacrtu Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima (čl. 96-115).

[29] *Izveštaj,* Pravni život, str. 320-339 Nisu, međutim, navedene izmene i dopune ovog Zakona iz 2005. godine *(Sl. glasnik RS,* 61/2005).

značajne razlike u odnosu na važeći Zakon o hipoteci,[30] te odredbe iz *Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima* o pravu zadržavanja[31] i o zalozi.[32]

Na kraju dela koji se odnosi na Stvarno pravo, u vidu priloga dat je *Predlog za očuvanje i obnavljanje zemljišnih knjiga.*[33]

U godinama koje su usledile nakon Izveštaja iz 2007. godine urađen je značajan posao. Javnosti su predočene tri knjige u vidu Prednacrta dela Građanskog zakonika, sledećim redom: deo koji se odnosi na obligacione odnose (knjiga II, 2009. godina, 451 strana), deo koji se odnosi na porodične odnose (knjiga III, 2011. godina, 144 strane), deo koji uređuje nasleđivanje (knjiga IV, 2011. godina, 112 strana). Što se tiče stvarnog prava, do ovog momenta ništa se, barem za javnost, nije bitno promenilo, ostalo se na Izveštaju iz 2007. godine.

V

Pri pristupanju poslu kodifikacije građanskog prava krenulo se, dakle, od onoga što je bilo najbolje uređeno i zadavalo najmanje problema i sudovima i samim učesnicima (obligacioni odnosi). Nastavilo sa onim što je već bilo regulisano na zadovoljvajući način, uprkos mišljenjima da uvek može drugačije i bolje (porodični odnosi i nasleđivanje).[34] Stvarno pravo, poput vrelog krompira, ostavljeno je za kraj, mada je Komisija još u Izveštaju iz 2007. godine konstatovala da je upravo oblast Stvarnog

---

[30] *Sl. glasnik RS,* 61/2005. Videti *Izveštaj,* Pravni život, str. 339-360.

[31] *Izveštaj,* Pravni život, str. 360-361; Mihailo Konstantinović, *Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima,* čl. 233-236.

[32] *Izveštaj,* Pravni život, str. 361-368; Mihailo Konstantinović, *Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima,* čl. 975-1003.

[33] *Izveštaj,* Pravni život, str. 368-407. Prilog je pripremio prof. dr Miodrag Orlić.

[34] "Na izradi ovakve kodifikacije (koja bi obuhvatila klasična područja građanskog prava – primedba R.C.), istorijsko i komparativno iskustvo ukazuje na činjenicu da ona traje veoma dugo. Međutim, kada je reč o radu na izradi Građanskog zakonika Srbije treba konstatovati da bi taj rad trajao daleko kraće, a to znači da bi Srbija u toku narednih dve do tri godine mogla dobiti svoj Građanski zakonik (prognoza data 2007. godine – primedba R.C.). Ova konstatacija zasniva se, pre svega, na činjenici, da je najveći deo materije već regulisan posebnim zakonima, a neki od njih na visokom stepenu evropske pravne kulture, kao što je postojeći Zakon o obligacionim odnosima, što je konstatovano, ne samo od naše, već i od evropske pravničke javnosti. S druge strane, i druge oblasti su delimično ili u celini već regulisane, tako da sve to daje solidnu osnovu za izradu Građanskog zakonika u predvidljivom roku." Videti: *Izveštaj,* Pravni život, str. 17 i *Obrazloženje Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije* iz 2009. godine, str. 1; dostupno na sajtu navedenom u napomeni br. 23.

prava "u znatnoj meri zapostavljena kada je reč o zakonskom uređenju."[35] Istina je, s jedne strane, da pravno-politička priroda niza pitanja koja se postavljaju pri uređenju prava svojine kao osnovnog instituta Stvarnog prava, utiče na tempo izrade ovog dela Građanskog zakonika. Činjenica je, međutim, i da se olako previđa (ignoriše) rezultat mukotrpnog i plodnog rada Radne grupe u vidu Nacrta Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima.

[35] *Izveštaj,* Pravni život, str. 313. Na istom mestu dalje se navodi: "Ne samo što je Zakon o osnovnim svojinskopravnim odnosima donesen docnije (1980. godine) u poređenju sa zakonima kojima su uređeni porodičnopravni odnosi, nasleđivanje, kao i obligacioni odnosi, nego je i iznenađujuća šturost zakonskih odredaba doprinela utisku o nedorađenosti i zanemarenosti ovog dela Građanskog prava. Kada se imaju u vidu visoki dometi našeg zakonodavstva osobito u oblasti Obligacionog i Naslednog prava oskudna i nerazrađena zakonska pravila u Stvarnom pravu ostavljaju vrlo nepovoljan utisak."

Radenka Cvetić, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad

Codification of Property Law in Serbia

– Achievements and prospects –

Abstract

After the Serbian Civil Code came out of force, property law in Serbia has not been systematically regulated. A number of statutory lacunae, a long-term practice of inadequate regulatory acts for property relations, poor quality of certain regulations, overwhelming number of pieces of legislation where property legal norms have been scattered, brought about the legal uncertainty in matters of property law. The most prospective solution for the given problem would be a new civil code or a new statute (code) which would comprehensively regulate property law. Despite the fact that these problems and the need to codify property law have been known, and that solutions have been advocated together with some efforts to achieve them, no significant progress has been made. The reason might be far simpler than it could seem at the first glance.

Key words: property law, codification, specialized statute, civil code.

Originalni naučni rad 336.56:339.5(497.11)
doi:10.5937/zrpfns46-3001

Dr Drago Divljak, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

NOVO DOMAĆE SPOLJNOTRGOVINSKO ZAKONODAVSTVO O SUBVENCIJAMA I MEĐUNARODNI STANDARDI

Sažetak: *U moderno doba, subvencije su jedan od osnovnih izvora restrikcija u međunarodnoj trgovini, i faktor remećenja procesa liberalizacije u toj oblasti, što posebo dolazi do izražaja u vreme ekonomskih kriza. Takvo ponašenje zbog svojih ekonomskih posledica, nužno izaziva primenu kompenzatornih mera. Međutim, kako ih njihovo ekstenzivno korišćenje može pretvoriti u instrument protekcionizma, potrebno je odgovarajućim pravnim pravilima precizno utvrditi uslove i režim za korišćenja subvencija, ali i primenu kompenzatornih mera u slučaju kršenja tog režima.*

Procesi liberalizacije našeg spoljnotrgovinskog sistema i konstantni spoljnotrgovinski deficit, sve aktuelnijim čine potrebu zaštite sopstvene privrede i kreiranje odgovarajućeg odbrambenog instrumentarija od nedozvoljenih subvencija, i u našem pravu. U novim ekonomskim uslovima toj potrebi je odgovoreno donošenjem novog Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju iz 2009. godine i posebno, pratećih podzakonskih akata. Njegova pravila iz oblasti subvencija su, kako na konceptualnom planu, tako i na planu pojedinačnih rešenja, u najvećoj meri usklađena sa zahtevima Svetske trgovinske organizacije, a time posledično i sa standardima Evropske unije. Međutim, i dalje ostaje hronični problem nedostatka institucionalnih i odgovarajućih kadrovskih pretpostavki za njegovu punu i optimalnu primenu.

Ključne reči**:** *subvencija, domaće pravo, kompenzatorne mere, pravila, STO, EU, izvozna subvencija*

U moderno doba, subvencionisanje domaće privrede je postala konstanta u međunarodnoj trgovini.[1] Procesi zaoštravanja konkurencije, intenacionalizacija i globalizacija privrede, posebno u uslovima ekonomske krize, samo jačaju potrebu za njihovim korišćenjem i uvećavaju njihov značaj, pri čemu subvencije dobijaju nove i nove oblike. [2] Kao i druge države u tranziciji, i Srbija subvencioniše svoju privredu, prevashodno u cilju sprečavanja stečaja, uvećanja zaposlenosti i ostvarivanje drugih socijalnih ciljeva.

Međutim, implikacije njihove primene nisu jednoznačne i nisu uvek pozitivno usmerene. Ekonomski, koliko god one mogu biti važan generator privrednog razvoja i korektor nedostataka tržišta kao neprikosnovenog regulatora, one s druge strane mogu biti i oblik negativnog uplitanja države u privrednu konkurenciju i njenog dodatnog iskrivljavanja. U međunarodnoj trgovini oni se posebno mogu problematizovati u kontekstu obezbeđenja lojalnog i fer ponašanja u međunarodnoj trgovini. [3]

U radi koji sledi, upravo ćemo analizirati pravne probleme vezane za korišćenje nedozvoljenih subvencija u međunarodnoj trgovini, koji su sami po sebi predmet različitih akademskih i pravnih kontroverzi. Iako je ovo pitanje naročito značajno za razvijene zemlje, i kod nas neminovno jača potreba za zaštitom sopstvene privrede i kreiranjem odgovarajućeg odbrambenog instrumentarija od nedozvoljenih izvoznih subvencija, posebno u uslovima stalne liberalizacije našeg spoljnotrgovinskog sistema i uvećanja spoljnotrgovinskog deficita.

Analiza je zasnovana na domaćem pravu, uz neophodnu komparaciju sa međunarodnim standardima u ovoj oblasti, pod kojim podrazumevamo pravila kreirana u okviru Svetske trgovinske organizacije i Evropske unije. Navedeni standardi su izrazito relevantni i za našu zemlju, koja u skladu sa jasno izraženim namerama o priključenju ovim organizacijama, mora u ovom procesu, između ostalog uskladiti i svoja pravila iz ove

---

[1] Prisutne su i u značajnoj meri i u SAD, iako to ponekad deluje iznenađujuće zbog poznatog američkog stava prema slobodnom tržištu. Oni se opravdavaju "industrijskom politikom" ili "regionalnim razvojem." Poređenje sa subvencijama u Evropi treba nisu striktno moguća jer industrijskih i razvojni planovi u SAD često kombinuju pomoć (u evropskom smislu) sa širim fiskalnim i obrazovnim rashodima i izdvajanjima za infrastrukturu. Šire:Cacciato, G., Subsidies, Competition Laws And Politics: A Comparison of the E.U. and the U.S.A. European Policy Papers, Archive of European Integration, 1996.

[2] Evropska unija, zajedno sa svojim članicama, je jedan od subjekata sa najvećim izdvajanjima za subvencije ,zajedno sa SAD i nešto manjeg obima druge države članica OECD: Ehlerman, C.D. - Goyette, M., Interface between EU State Aid Control and the WTO Disciplines on Subsidies,The European State Aid Law Quarterly, Vol. 2006, Issue 4 (2006), str. 699

[3] Divljak, D„Spoljnotrgovinsko pravo“, Novi Sad, 2009. godina, str. 143.

oblasti sa njihovim[4] pravnim pravilima.[5] Rad je posebno usmeren ka izučavanju zaštitnih mehanizama od nedozvoljenog subvencioniranja. [6]

1. Pravni okviri

S obzirom na negativne implikacije korišćenja subvencija, prevashodno u oblasti konkurencije u međunarodnoj trgovini, postoji aktuelna potreba suprotstavljanja ovakvoj praksi. [7] Međutim, zloupotreba, ili ekstenzivno korišćenje odbrambenih mehanizama, može dodatno narušiti međunarodnu konkurenciju i ojačati stepen protekcionizma. Sve to zajedno je zahtevalo međunarodnu saradnju i uspostavljanje međunarodnih standarda, sa ciljem da se utvrde pravila koja uzimaju o obzir dualnu prirodu subvencija i[8] obezbedi njihovo korišćenje bez ili bar sa smanjenim negativnim uticajem. [9]

Kao rezultat potrebe usklađivanja nacionalna pravila na međunarodnom nivou, nastala su i pravila Svetske trgovinske organizacije, koja trenutno daju najopštiji pravni okvir za ovu oblast. Već je od 1947. godine u GATT-u je zauzet negativan stav u odnosu na subvencije, sa posebnim naglaskom na štetnijem dejstvu izvoznih subvencija u odnosu na proizvodne subvencije.[10] Zbog nedovoljnosti ovakvog pristupa, [11] pravila iz

---

[4] Sporazum o osnivanju STO (The WTO Agreement) predviđa da svi sporazumi i pravni instrumenti, koji su multilateralnog i trgovinskog karaktera, "obavezuju sve članice". U vezi sa tim svaka članica je dužna da obezbedi usklađenost svog prava, pravnih propisa i administrativnog postupka sa obavezama koje ima prema STO

[5]Implementacija pravnih propisa i realizacija obaveze usklađivanja, kao i njihovo dejstvo na domaće pravo zavise od svake članice posebno. Matsushita, M.-Schoenbaum,T.J.-Mavroids, P., „The Worlg Trade Organization", Law Practice and Policy, NY, Oxford, 2005., str. 98.

[6]Postoji duga tradicija odbrane od dampinga i subvencionisanje: LESGUILLONS, H., EEC Anti-Dumping and Anti-Subsidy Law; Lesguillons, Henry, 1988 Int'l Bus. L.J. 399 (1988), DROIT CONOMIQUE INTERNATIONAL TRADE LAW EEC ANTI-DUMPING AND ANTI-SUBSIDY LAW 1-2Henry LESGUILLONS *, str 389 i dalje.

[7] Liberalizacija trgovine traži odgovarajuću prekograničnu politika konkurencije. Šire: Cacciato, G., Subsidies, Competition Laws And Politics: A Comparison of the E.U. and the U.S.A. European Policy Papers, Archive of European Integration.

[8] Subvencije se korist da se promoviše važni ciljeve nacionalne politike ", ali se mora voditi računa da, s druge strane , mogu imati negativne efekte na slobodu trgovine.

[9] O evaluaciji subvenciju njihovom uticaju,šire: Jiirgen Stehn, str. 8 i dalje.

[10] Priznaje se negativno dejstvo subvencija na međunarodnu trgovinu i dozvoljava se korišćenje kompenzatornih mera sa istim dejstvom, a uz to se predviđa i obaveza notifikacije subvencija i kompenzatornih mera, kao i dogovorno rešavanje sporova između članica. Čl. VI i čl. XIV GATT-a.

[11] Nedovoljnost dosadašnjih pravila su doveli do nekoliko velikih trgovinskih sporova.

ove oblasti se znatno zaoštravaju donošenjem krovnog[12] Sporazuma o subvencijama i kompenzatornim merama,[13] koji smatra jednim od najsloženijih sporazuma u okviru ove organizacije. [14] Iako se on ocenjuje uspešnim u uspostavljanje sistemskog mehanizma za regulisanje korišćenja subvencija i uspostavljanje sigurnosti u multilateralnom sistemu međunarodne trgovine,[15] ipak o njemu postoje i kritička promišljanja. Sve to govori da je i njemu potrebno stalno aktuelizovanje[16] i reformisanje.[17]

Navedeni sporazum sadrži dva široka seta pravila. Jedan se odnosi na subvencije i uslove za izricanje kompenzatornih mera, a drugi se odnosi na multilateralnu zaštitu u slučaju kršenja pravila od strane zemlje članice. Njime se uređuje kako materijalna, tako i proceduralna strana primene kompenzatornih mera, a u formalno-pravnom pogledu , sadrži značajne novine u postupku njihve primene.[18] Njime se uspostavlja i specifičan sistem monitoringa nad odnosnim propisima zemalja članica.[19]

Stehn, J., Subsidies, countervailing duties, and the WTO: towards an open subsidy club, Publikationen von Forscherinnen und Forschern des IfW Kieler Diskussionsbeiträge, IfW. Economists Online, str. 1.

[12] Pored toga, posebna pravila važe za poljoprivredne subvencije, koje se nalaze u - Sporazumu za poljoprivredu. ANWARUL, H., RAJEEV A., AGREEMENT ON SUBSIDIES AND COUNTERVAILING MEASURES: NEED FOR CLARIFICATION AND IMPROVEMENT, WORKING PAPER NO. 101 INDIAN COUNCIL FOR RESEARCH ON INTERNATIONAL ECONOMIC RELATIONS MAY, 2003. str, 2.

[13] Agreement on Subsidies and countervailing mesures,

[14] Rosenthal, P.C.; Vermylen, R. T.C., WTO Antidumping and Subsidies Agreements: Did the United States Achieve Its Objectives during the Uruguay Round, The; Rosenthal, Paul C.; Vermylen, Robert T.C., 31 Law & Pol'y Int'l Bus. 871 (1999-2000), str. 871.

[15] Kang.M., Is a Threat of Countervailing Duties Effective in Reducing Illegal Export Subsidies?, 2010 International Conference on E-business, Management and Economics IPEDR vol. 3 (2011) © (2011) IACSIT Press, Hong Kong, str, 234 i dalje.

[16] Započeti pregovori u okviru STO predviđaju da se da će pregovori u oblasti pravilima STO biti usmereni I na "razjašnjavanju i poboljšanju o subvencijama i kompenzatornim merama. Šire: ANWARUL, H., RAJEEV A., nav.delo.

[17] O predlozima značajnije reformi iz ove oblasti: Stehn, J., nav. delo. str. 12.

[18] U datom Sporazumu su brojčano izražene okolnosti (misli se na iznos pomoći koja se daje domaćoj industriji) koje opravdavaju pokretanje istražnog postupka, konsti tuiše se obaveznost sprovođenja preliminarnog postupka pre izricanja privremenih mera, a primena kompenzatornih mera je u Sporazumu ograničena na pet godina. Izuzetno, ako i dalje postoji potreba za ovim vidom zaštite s obzirom na mogućnost nastavka korišćenja subvencija i u vezi sa tim nastanka štete, korišćenje kompenzatornih mera se može produžiti.

[19] Zemlje članice STO su dužne da redovno obaveštavaju Komitet (SCM Committee) o svojim propisima o primeni kompenzatornih mera, organima nadležnim za odlučivanje o uvođenju kompenzatornih mera, o pokrenutim preliminarnim postupcima i okončanim istražnim postupcima, kao i o izrečenim merama. Čl. 32 st. 6 Sporazuma Svetske Trgovinske Organizacije o subvencijama i kompenzatornim merama.

U pravu EU, oblast subvencija je u nadležnosti Evropske unije, kao bitan segment trgovinske politike. [20] Pravila iz ove oblasti su sadržana Uredbi Saveta 597/2009 i zasnovana su na pravilima STO. Pojedine oblasti su predmet posebnih pravila, kao što je oblast vazdušnog prevoza. Od značaja su i sprovedbeni akti, kao što su smernice Komisije EU za izračunavanje iznosa subvencija[21]

U sadržinskom smislu uredba sadrži: definiciju subvencije; kriterijume za utvrđivanje da li je uvoz subvencionisanih proizvoda povreda interesa industrije EU; procedure za pokretanje i vođenje postupka ispitivanja i pravila o sprovođenju i trajanju kompenzatornih mera. [22]

I u našem, pravu, zaštita od subvencionisanog uvoza, i to kao jedna od mera zaštite trgovine, je predmet regulisanja u Zakonu o spoljnotrgovinskom poslovanju iz 2009. godine.[23] Za razliku od prethodnog zakona, glavnina ove materije je regulisana podzakonskim aktima, jer je Vladi ovim zakonom dato ovlašćenje za propisivanje bližih uslova za primenu kompenzatornih mera. To je rezultiralo donošenjem Uredbe o bližim uslovima za primenu kompenzatornih mera.[24] Ovakav pristup je omogućio detaljnije regulaciju i uvećao stepen fleksibilnost, ali je to opet, imalo negativan uticaja na predvidljivost i stabilnost pravnog regulisanja.

2. Pojam subvencija

Već u svom početnom članu, Sporazuma Svetske Trgovinske Organizacije o subvencijama i kompenzatornim merama se pojmovno određuje subvencija i utvrđuju elemente koji taj koncept pokriva.

Tako se ona definiše kao finansijski doprinos, odnosno pomoć vlade sa kojom se ostvaruje određena korist.“ [25] Ovako, široko postavljeni koncept podrazumeva postojanje “finansijskog doprinosa države” i “koristi"

---

[20] Evropska unija je jedinstven među pripadnicima STO u primeni stroge unutrašnje subvencije režim. U principu, ovaj režim je više ograničavajući na EU članicama nego STO disciplinina subvencije. To stvara i izazove i dileme za EU, njenih država članica i potencijalnih EU primaoci subvencija. Ehlerman, C.D. - Goyette, M., nav.delo. str. 699.

[21] Regulation (EC) No 868/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 concerning protection against subsidisation and unfair pricing practices causing injury to Community air carriers in the supply of air services from countries not members of the European Community.

[22] Proceduralna pravila su vrlo složena. Posebno pitanje je raspodela nadležnosti u ovoj oblasti između organa Evropske unije i ona nije jednolinijska.

[23] „Sl. glasnik RS“, br. 36/2009.

[24] Sl. glasnik RS br. 112/2009.

[25] Čl. 1. Sporazuma Svetske Trgovinske Organizacije o subvencijama i kompenzatornim merama.

kao dva odvojena pravna elementa. U kasnijem delu sporazuma, ovim elementima je pridodat i zahtev da ta subvencija mora biti specifičnog karaktera, tj. da je usmerena prema samo određenim preduzećima, delatnostima ili granama. [26] Naime, specifičnost nije, sama po sebi uslov za postojanje subvencije, ali ona proizilazi iz drugih delova sporazuma.[27]

Ovi kriterijumi, utvrđeni STO Sporazumom o subvencijama i kompenzatornim merama sa određenim nijansama su prihvaćeni i u drugim pravnim sistemima zemalja članica uključujući sistem EU. Iako prilično široko postavljeni, ipak se ostavljaju neka pitanja bez odgovora,[28] te je potrebno njihovo preciziranje. U našem pravu, gde je prihvaćen isti koncept, postignut je visok je stepen preciziranja i konkretizacije važećim podzakonskim aktom. Subvencija se tako definiše kao poseban, direktni ili indirektni, finansijski doprinos ili bilo koja podrška, cenama ili dohotku, koji obezbeđuje Vlada u državi porekla, odnosno izvoza proizvoda u korist proizvođača, proizvodnje, izvoza ili transporta takvih proizvoda u Republiku Srbiju čime primaoci subvencije ostvaruju neku korist.[29]

Osnovni element subvencije je da je to instrument države ili drugih javnopravih tela u formi finansijskog doprinosa. Takva koncepcija je široko prihvaćena a[30] u sebi uključuje i indirektne doprinose koje država daje i putem privatnih tela.[31] Pri tome se akcenat daje pre svega na prirodu delovanja vlade u tim situacijama.[32] Ona obuhvata različite forme mera.[33] Neki od njih se navode u sporazumu STO, ali se ostavlja mogućnost da to mogu biti i druge mere sa istim dejstvom i prirodom. I u pravu EU su nabrojani pojedini oblici finansijskog doprinosa.[34] I u našem pravi se kao finansijski doprinos naročito navodi : direktni prenos državnih sredstava (donacije,

---

[26] Uporedi i čl. 2. Sporazuma Svetske Trgovinske Organizacije o subvencijama i kompenzatornim merama.

[27] One proizilaze iz regulacija Deo II (prohibited subsidies), Deo III (actionable subsidies) i deo V.

[28] Ehlerman, C.D. - Goyette, M., nav. delo. str. 696.

[29] Vidi čl. Uredbe o bližim uslovima za primenu kompenzatornih mera.

[30] I pravila u EU definišu subvencije kao "finansijski doprinos od strane (ili na ime), vlade ili javnog organa. Slocock,B.,EC and WTO Subsidy Control Systems-Some Reflections, European State Aid Law Quarterly, Vol. 2007, Issue 2 (2007), str. 249.

[31] Preciziranje sadržine indirektnog doprinosa je izvršeno u radu panela STO: Panel in the US –Export Restraints case, at paragraph 8.24.

[32] Ehlerman, C.D. - Goyette, M., nav. delo. str. 698.

[33] Uporedi čl. 1.1. Svetske Trgovinske Organizacije o subvencijama i kompenzatornim merama.

[34] U njih ulaze : direktan ili potencijalni transfer sredstava (npr. donacije, kre-diti ili kreditne garancije), vladini prihodi, obezbeđivanje dobara i usluga od Vlade (osim opšte infrastrukture), kupovina roba ili usluga od strane Vlade ili privatnih tele po njenom nalogu.

zajmovi, uvećanje akcijskog kapitala i sl.) ili mogući direktni transfer sredstava ili preuzimanje obaveza (davanje garancije za zajmove i sl.); odricanje države od dospelog javnog prihoda ili nenaplaćivanje takvog prihoda (carina, porez, poreski podsticaji i sl.); proizvodnja ili nabavka robe ili pružanje usluga, od strane države, osim za potrebe opšte infrastrukture (izgradnja puteva, gasifikacija i dr.); uplaćivanje u određene fondove ili poveravanje ili davanje naloga od strane Vlade drugim licima da izvrše neku od navedenih radnji.[35]

Konstitutivni elemenat pojmovnog definisanja konvencija je korist za korisnika subvencije. Ona predstavlja prednost, i vezana je za njegovu poziciju na tržištu. Smatra se da subvencija postoji samo ako korisnik bilo koji od gore navedenih finansijskih doprinosa dobija pod uslovima povoljnijim od onih koji su dostupni na tržištu.[36] Tržište pruža relevantan reper za poređenje u određivanju da li je "finansijski doprinos" dat pod uslovima povoljnijim od onih koji su raspolaganju primaocu na tržištu.[37]

Korist se može utvrditi na različite načine,[38] ali se zahteva da primena bilo kojeg metoda mora biti opravdana i transparentna, a posebno da bude u skladu sa smernicama prava STO.[39] Pri tome je relvantno domaće tržište zemlje izvoza, a tek u opravdanim slučajevima se može sekundarno uzeti u obzir drugo prekogranično tržište.[40]

U našem pravu je bliže određen pojam koristi za korisnike subvencija. Tako se utvrđuje da davanje akcijskog kapitala od strane države ne predstavlja korist za primaoca, osim ako investiranje nije u skladu sa uobičajenom praksom investiranja privatnih investitora na teritoriji države porekla i/ili države izvoza. Takođe ne smatra se subvencijom ni zajam koji daje država, ako ne postoji razlika između iznosa koji primalac plaća za dobijanje zajma od države i iznosa koji bi bio plaćen za sličan komercijalni zajam dobijen na tržištu. Ako postoji razlika, njen iznos predstavlja subvenciju, odnosno korist. Isto važi i za zajam za koji garantuje država, ako ne postoji razlika između iznosa koji primalac plaća za dobijanje zajma garantovanog od strane države i iznosa koji bi platio za sličan

[35] Čl. 2. Uredbe o bližim uslovima za primenu kompenzatornih mera.

[36] To sledi iz formulacije člana 1.1 (b) Sporazuma Svetske Trgovinske Organizacije o subvencijama i kompenzatornim merama. I pravna pravila EU,sadrže sličan uslov.

[37] Iz prakse rada STO: In Canada – Aircraft, the Appellate Body. Slično u EU, a vezano za državnu pomoć: Panel in EC – DRAMs.

[38] Međutim korist kao elemenat se u nekim slučajevima može pretpostaviti. Ehlerman, C.D. - Goyette, M.,nav. delo. str. 700.

[39] Čl. 14. I. deo V Sporazuma Svetske Trgovinske Organizacije o subvencijama i kompenzatornim merama.

[40] Uporedi: Appellate Body Report, US – Lumber IV, paragraphs 80-122.

komercijalni zajam koji nema državnu garanciju. Ako postoji razlika, njen iznos predstavlja subvenciju. Neće se okarakterisati subvencijom ni obezbeđivanje robe ili usluga ili kupovina robe od strane države, ako se to obezbeđivanje vrši uz odgovarajuću finansijsku naknadu. Naknada se smatra odgovarajućom ako je u skladu sa preovlađujućim tržišnim uslovima u državi obezbeđivanja ili kupovine (uključujući cenu, kvalitet, raspoloživost, mogućnost plasmana na tržište, transport i druge uslove kupovine ili prodaje).

Bitna pretpostavka postojanja subvencija je i to da ima specifičan karakter, odnosno da je usmerena na pojedinačno preduzeća, grupu preduzeća ili industriju. Nasuprot tome, subvencija koja je široko dostupna ne spade u tu kategoriju.

I u našem pravu, subvencija se smatra specifičnom za neko preduzeće ili industriju, ili grupe preduzeća ili industrije ako državni organ koji je odobrava, ili propisi na osnovu kojih se odobrava, izričito ograničavaju subvencionisanje za određena preduzeća ili industriju ili grupe preduzeća ili industrije.[41] Pri tome odluku kojom se utvrđuje da je neka subvencija posebna donosi Ministarstvo zaduženo za ekonomske odnose sa inostranstvom i to po osnovu nesumnjivo utvrđenih činjenica.[42]

Utvrđivanje činjenica o postojanju specifičnosti kod subvencija je delikatno, jer ta činjenica je ja najčešće zamaskirana, te tako zahteva temeljito ispitivanje. Pri tome se obzir moraju uzeti svi činjenični elementi, posebno oni o ukupnoj strukturi korisnika finansijskih doprinosa, kao i oni koji se odnose na veličinu i prirodu subvencije.

Sporazum o subvencijama STO utvrđuje se pravila za postupanje u takvim situacijama.[43] U tom pogledu se mogu razlikovati *de iure* i *de facto* specifične subvencije. *De iure* specifičnost postoji tamo gde pristup subvencijama izričito ograničen na određeno preduzeće, grupu, preduzeća, ili industrija, i to po osnovu tačno određenog pravnog instrumenta, pravila ili odluke državnih organa.[44]

---

[41] Čl. 4. Uredbe o bližim uslovima za primenu kompenzatornih mera.

[42] U pogledu specifičnih subvencija koje je naša zemlja odobrila preduzećima sa svoje teritorije i koje se primenjuju na teritoriji republike Srbije, ministarstvo nadležno za poslove ekonomije i regionalnog razvoja ima obavezu da ih prijavi nadležnom telu STO. Čl. 5 Uredbe o bližim uslovima za primenu kompenzatornih mera.

[43] Član 2.1. Sporazuma Svetske Trgovinske Organizacije o subvencijama i kompenzatornim merama.

[44] Pri tom se smatra da ne postoji specifičnost ,ukoliko su dati objektivni kriterijumi za njihovo korišćenje, ako su oni ekonomske prirode, da je podobnost automatska, kao i da su kriterijumi jasno napisani u zvaničnom dokumentu, a striktno ih se pridržava.

Međutim, čak i kada ne postoji eksplicitno ograničenje u korišćenju subvencija, može postojati de facto specifičnost. Ona se utvrđuje po osnovu korišćenja jednog programa subvencija od strane ograničenog broj preduzeća ili po osnovu preovlađujućeg korišćenje subvencija od strane pojedinih preduzeća, kao i davanjem nesrazmerno velikih subvencija pojedinim preduzećima u ukupnoj strukturi svih datih subvencija.[45]

3. Kompenazatorne mere

a. Uopšte

Liberalizovana međunarodna privreda podrazumeva otvorenu trgovinsku politiku, nediskriminatorni pristup i jednake mogućnosti za sve učesnike, uz poštovanje pravila i propisa formulisanih od zvaničnih institucija. U slučaju njihovog kršenja, moguća je primena odbrambenih mehanizama, posebno u borbi protiv nepoštenih trgovinskih praksi i nemoralnih poslovnih taktika, u šta mogu spadati i subvencije. Smatra se da koristi liberalizovanog tržišta, koje se ogledaju u povećanoj ekonomskoj efikasnosti načelno, ne treba da budu neutralisani finansijskim intervencijama države.[46] Stoga su na nadnacionalnom planu strukturirana dva moguća sistema zaštite od neželjenih efekata subvencija u međunarodnoj trgovini. Tako se za neutralisanje njihovih negativnih posledica mogu koristiti međunarodne multilateralne procedure za rešavanje sporova u okviru STO, ili nacionalni sistemima uvođenja kompenzatornih mera. Smatra se da druga opcija ima veći praktični značaj, te će ona biti u fokusu dela rada koji sledi.

Postoji logična komplementarnost između pravila za dodelu subvencija i pravila za izricanje kompenzatornih mera. Da bi se poništili efekti subvencija na trgovinu između dve zemlje i time domaći (u zemlji uvoznici) i strani proizvođači (u zemlji izvoznici) doveli u jednak položaj, zemlja uvoza može primeniti odbrambene mere u vidu kompenzatornih mera. Kompenzatorna mera je posebna dažbina na uvoz proizvoda koja se uvodi radi otklanjanja negativnih uticaja subvencionisanja, koje se vrši u državi ili carinskoj teritoriji porekla, odnosno izvoza proizvoda.[47] Ona time dobija karakter kompenzatorne carine, (countervailing duties), sa ci-

[45] U slučaju Appellate Body Report, US – Lumber IV, panel je zauzeo stav da se određivanje *de facto* specifičnosti ne mora zasnivati na ispitivanju svih, već samo nekih odabranih kriterijuma.

[46] Slocock, B., nav.,delo. Str. 251.

[47] Čl. 32 Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju

ljem ispravljanja onog što se smatra kao nelojalna tržišna praksa,[48] odnosno distorzija tržišta.[49]

Ove mere se sve češće koriste sa ciljem da se podrži proces liberalizacije trgovine. Međutim, kako ih njihovo ekstenzivno korišćenje može pretvoriti u instrument protekcionizma., potrebno je pravnim pravilima precizno utvrditi uslove za njihovo uspostavljanje.

S obzirom na važnost pitanja, pitanje uslova za primenu kompenzatornih mera, je posebno zahtevalo međunarodnu standardizaciju, koja je u najvećoj meri i postignuta. Pravila STO utvrđuju da bi jedna zemlja mogla da posegne za odbrambenim merama protiv zemlje koja primenjuje subvencije, moraju postojati dokazi za tvrdnju da je izvoz iz druge zemlje subvencionisan i da je naneta šteta domaćoj industriji, kao i da postoji uzročno-posledična veza između štete i subvencionisanja izvoza.

I u našem pravu, prihvaćen je navedeni koncept uslova za izricanje kompenzatornih mera.[50] U pravi EU, gde je zajednička spoljnotrgovinska politika EU posebno oštra prema korišćenju subvencija, došlo je do delimičnog odstupanja od ovog koncepta, time što je pored postojećih, uveden i elemenat interesa Evropske unije. Time se uspostavlja sistem racionalnosti u ovu sferu, jer troškovi primene odbrambenih mera moraju biti proporcionalni sa njihovom korisnošću, mada ni on nije imun od zloupotreba.

Postupak se sprovodi nakon podnošenje žalbe od strane domaćih industrija ili proizvođača, ili odlukom vlasti da se same pokrenu istragu. Njihov smisao je u utvrđivanju objektivnih činjenica, potvrđivanju postojanja nedozvoljenog ponašanja i izricanju odgovarajuće mere protiv takvog ponašanja. Primena ovih pravila može biti prilično složena.[51]

---

[48] O stvarnim efektima tih mera: Kang,;.nav.delo. Morris E. M., THE EFFECT OF SUBSIDIZED IMPORTS ON DOMESTIC INDUSTRY: A COMPARISON OF MARKET STRUCTURES, Division of Economic Policy Analysis Bureau of Economics Federal Trade Commission, 1990.

[49] Denton, R., The Non-Market Economy Rules of the European Community's Anti-Dumping and Countervailing Duties Legislation, International and Comparative Law Quarterly / Volume 36 / Issue 02 / April 1987, str., 236.

[50] To znači da se kompnezatorna dažbina može uvesti , ukoliko se utvrdi da postoji: 1) subvencija,2) materijalna šteta za domaću industriju , opasnost od nastajanja materijalne štete ili znatno usporavanje osnivanja takve industrije i 3) postojanje uzročne veze između subvencije i štete. Čl. 33 Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju.

[51] O pokrenutim postupcima iz ove oblasti u EU: EVALUATION OF THE. EUROPEAN UNION'S TRADE. DEFENCE INSTRUMENTS. Contract No. SI2.581682. FINAL EVALUATION STUDY, 27 February 2012 VOLUME 2: APPENDICES.

b. Kompenzatorne mere i vrste subvencija

Bez obzira na negativne posledice po konkurenciju u međunarodnoj trgovini, one nisu apsolutno zabranjene, Postoji potreba njihovog diferenciranog posmatranja, zavisno od njihovog uticaja. Ideja da neke subvencije treba tolerisati, jer je njihov negativni uticaj mali, dok druge, zbog njihovo štetnog uticaja treba podvrgnuti restriktivnim pravilima.[52] Ovakvo posmatranje je operacionalizovano u STO, putem tzv. koncepta semafora.[53] Po njemu, po štetnosti uticaja, odvojeno se klasifikuju, i po tom osnovu različito se pravno tretiraju zabranjene, utužive dozvoljene subvencije.

Zabranjene (prohibited) subvencije su one koje izazivaju maksimalnu distorziju u međunarodnoj trgovini. Stoga se podrazumeva primena kompenazatornih mera protiv njih. U ovu grupu se sistematizuju izvozne i subvencije lokalnog učešća, odnosno subvencije, koje su uslovljene izvoznim uspehom ili upotrebom domaćih umesto stranih proizvoda

Utvrđivanje izvoznog karaktera jedne subvencije nije jednostavno. U našem pravu je utvrđeno da je odobravanje subvencije, iako zakonom nije uslovljeno izvoznim rezultatima, zavisi od stvarnog ili očekivanog izvoza ili prihoda od izvoza.[54] S druge strane, u pravu STO, ovom pogledu, se mogu razlikovati *de iure* i *de facto* izvozne subvencije. Izvozne subvencije (export subsidies) *de iure* su one koje su konstituisane na osnovu izričitih pravnih instrumenata. Postoje i de facto izvozne subvenecije, koje dobijaju taj tretman na osnovu svih okolnosti vezanih za odobrenu subvenciju, pri čemu nijedna okolnost nije sama po sebi odlučujuća.[55] Tako ni isključiva izvozna orijentacija korisnika subvencije, nije sama dovoljna da dokaže izvozni karakter date subvencije.[56] Brojne nedoumice u ovom pogledu pokušava da umanji ilustrativna lista izvoznih subvencija, data u Aneksu A datog sporazuma.[57] Ona sadrži 12 kategorija takvih subvencija, od kojih su veći deo ili samorazumljive ili nisu posebno problematične.[58]

---

[52] Slocock, B., nav.delo, str., 251.

[53] To je tzv. koncept traffic lights approach - red, green and amber.

[54] Činjenica da se subvencija daje izvozniku, nije dovoljna da se takva subvencija smatra izvoznom subvencijom u smislu Zakona i ove Uredbe. Odredbe Čl. 3 Uredbe o bližim uslovima za primenu kompenzatornih mera.

[55] Tako je u slučaju Canada – Aircraft.76, ispitivanje je bilo zasnovano na 16 činjeničnih elemenata.

[56] Takva izvozna orijentacija treba uzeti u obzir kao relevantne činjenice, samo u okviru drugih relevantnih činjenica .

[57] Ne postoji ni unisionost svih sporazuma STO o tome šta predstavlja izvoznu subvenciju. Slocock, B., nav.delo, str., 254.

[58] Iz ove grupe neki autori posebno izdvajaju izvozne kredite. ANWARUL, H., RAJEEV A., nav.delo. str. 48.

Subvencije lokalnog učešća (local content subsidies) imaju za cilj da se da prednost korišćenju domaćih inputa nad uvoznim sirovinama. Zbog toga što preferiraju korišćenje domaćih proizvoda u odnosu na stranu, uvoznu robu često se nazivaju i izvozno-supstituišuće subvencije. Predstavljaju podvrstu proizvodnih subvencija i kao takvi smatraju se izuzetkom od opšteg pravila da proizvodne subvencije imaju povoljniji tretman od izvoznih.[59]

Osim zabranjenih, postoje i subvencije koje nemaju taj karakter, ali se protiv njih mogu pokretati postupci pod uslovom da imaju nepoželjne efekte (adverse effects), odnosno štetne posledice. Oni se nazivaju utužive ili subvencije na koje se može delovati (actionable). U njih spadaju sve specifične subvencije, osim onih koje spadaju u zabranjene. To su subvencije na koje se može delovati i putem kompenzatornih mera ili putem sistema za rešavanje sporova. Međutim, postoji velika razlika u položaju zabranjenih i utuživih subvencija. Dok je u slučaju zabranjenih subvencija potrebno samo da se dokaže postojanje takvih subvencija, u slučaju utuživih, neophodno je i dokazivanje postojanja njihovih štetnih efekata.

Utvrđivanje karaktera ovakvih subvencija je kompleksno.[60] To podrazumeva ispitivanje obima subvencionisanog uvoza, njihovog uticaj na cene domaćih proizvoda i uticaj uvoza na domaće proizvođače. Ovo poslednje podrazumeva procenu svi relevantnih ekonomskih faktora koje mogu imati uticaj na stanje predmetne grupe proizvođača ili delatnosti.[61]

S druge strane, kompenzatorne mere nisu moguće protiv dozvoljenih - neutuživih subvencija. U njih spadaju nespecifične subvencije, tj su subvencije koje su dostupne svima, ali i pojedine vrste specifičnih subvencija, koje se tolerišu zbog važnosti koje imaju za tehnološki, ekonom-

[59] Čl. 3. Sporazuma Svetske Trgovinske Organizacije o subvencijama i kompenzatornim merama.

[60] U predmetnoj Uredbi se navodi da iznos subvencije koja podleže kompenzatornim dažbinama mora biti specifična i utvrđuje se u toku postupka ispitivanja, u odnosu na vrednost podrške države porekla, odnosno izvoza robe, koji prima proizvođač, odnosno izvoznik takve robe za izvoz takve robe u Republiku Srbiju. Ispitivanje, po pravilu, obuhvata period koji odgovara računovodstvenoj godini korisnika subvencije, koja neposredno prethodi pokretanju postupka ispitivanja, ili drugi period koji prethodi pokretanju postupka ispitivanja za koji postoje pouzdani finansijski i drugi podaci, a koji ne može biti kraći od šest meseci. Čl. 10 Uredbe o primeni kompenzatornih mera

[61] TO uključuje: stvarni i potencijalni pad proizvodnje, prodaje, tržišni udeo, profita, produktivnost, povraćaja investicije, ili korišćenje kapaciteta, faktora koji utiču na domaće cene; stvarne i potencijalne negativne posledice na novčani tok, zalihe, zaposlenost, plate, rast, mogućnost povećanja kapitala ili investicija i, u slučaju poljoprivrede, da li je bilo povećano opterećenje po osnovu vladinih mera podrške.

ski i regionalni razvoj, kao što su subvencije za bazična istraživanja, subvencije za razvoj nerazvijenih područja,[62] subvencije za uvođenje nove tehnologije u cilju smanjenja zagađivanja životne sredine.[63] I u našem pravu, postoje dve vrste subvencija koje se ne smatraju specifičnim, a to su subvencije za zaštitu životne sredine i Subvencije za istraživačke aktivnosti. Za ovakv tretman ovako usmerenih subvencija, primenjuje se strogi i restriktivan pristup.

Pored navedenog, postoje i dva seta opših izuzetaka, koji se zasnivaju na diferenciranom tretmanu različitih roba i zemalja, prema stepenu ekonomske razvijenosti.

Prvi slučaj se vezuje za diferencirano tretiranje osnovnih sirovina i poljoprivrednih proizvoda, sa jedne strane, i potrošnih roba i opreme, sa druge strane. U pogledu prve grupe subvencije se dozvoljavaju imajući u vidu specifičnosti i osetljivost ovih vrsta roba, dok se u pogledu druge grupe subvencije smatraju nedopuštenim. Naime, dok je subvencionisanje izvoza industrijskih proizvoda veoma rano postalo predmet zabrane u pravilima GATT-a, subvencionisanje izvoza poljoprivrednih proizvoda je sve do Urugvajske runde multilateralnih trgovinskih pregovora i donošenja Sporazuma o poljoprivredi izostajalo iz normative GATT-a. Sporazumom o poljoprivredi STO se preduzimaju prvi koraci ka postepenom ukidanju subvencionisanja izvoza poljoprivrednih proizvoda. [64]

U navedenom pogledu, poseban tretman imaju zemlje u razvoju, kao i zemlja u tranziciji u odnosu na razvijene zemlje. Što se ogleda u razlikama u propisanim rokovima i količinskim ograničenjima[65] Osnov diferenciranog pristupa u ovom slučaju leži u razlikama u stepenu razvijenosti između datih zemalja.[66] Dok su najnerazvijenije zemlje (least-developed Members)[67] čak oslobođene od obaveze ukidanja zabranjenih-izvoznih

[62] Član 2.2. Sporazuma Svetske Trgovinske Organizacije o subvencijama i kompenzatornim merama.

[63] Čl. 2. i 8. Sporazuma Svetske Trgovinske Organizacije o subvencijama i kompenzatornim merama.

[64] Zabrana subvencionisanja obuhvata sve situacije, osim ako subvencije nisu specificirane u listi obaveza zemlje članice. U tom slučaju se od zemalja zahteva da smanje kako vrednost izvoznih subvencija, tako i obim izvoza koji se pomaže. Tako je utvrđeno da razvijene zemlja treba da smanje vrednost izvoznih subvencija za 36% u roku od šest godina počevši od 1995. godine, a zemlje u razvoju za 24% za deset godina. U vezi sa tim dogovorena je i redukcija količine subvencionisanog izvoza i to za razvijene zemlje za 21%, a za zemlje u razvoju za 14%.

[65] Čl. 27. Sporazuma STO o subvencijama ikompenzatornim merama

[66] U pogledu eliminisanja izvoznih subvencija razvijenim zemljama se u ovom Sporazumu postavlja rok od 3 godine od dana stupanja na snagu Sporazuma

[67] Pod najnerazvijenijim zemljama se smatraju zemlje u kojima je GNP na godišnjem nivou manji od 1000 dolara po stanovniku.

subvencija[68], zemljama u razvoju se ostavlja rok od osam godina da postupe u skladu sa obavezama postavljenim u Sporazumu.[69]

c. Drugi uslovi

Primena kompenzatornih mera je uslovljena postojanjem štete, kao uzročne veze između subvencija i štetnih efekata.

Utvrđivanje postojanja i visine štete je jedan od glavnih spornih pitanja u ovoj oblasti. Osim koncepcijskih prigovara,[70] smatra se da je tačan obračun nastale štete gotovo nemoguć, te stoga ostavlja širok prostor za protekcionističke zloupotrebe. Isto tako,mnoge subvencije ne prouzrokuju merljive štete odmah, već tek u nekom budućem periodu, te ih je stoga teško objektivno i u potpunosti iskazati. [71]

U našem pravu, navedeni problem se pokušava rešiti određenjem da znatna šteta ili opasnost da dođe do takve štete postoji ako je uvoz predmetne robe doveo, odnosno ako može da dovede, do stvarnog ili mogućeg pada domaće proizvodnje, pada prodaje domaće robe, udela na tržištu, profita, produktivnosti, prihoda od investicija, iskorišćenosti kapaciteta, stvarnog ili mogućeg uticaja na promet, do pada zaliha, zaposlenosti, zarade, privrednog rasta, kao i do pada mogućnosti pribavljanja kapitala ili investicija[72]

Postojanje štete se utvrđuje na osnovu svih ekonomskih činilaca, a naročito na osnovu smanjenja ili mogućeg smanjenja količine prodate robe, dobiti, udela na tržištu, produktivnosti, isplativosti ulaganja, iskorišćenosti proizvodnih kapaciteta, protoka novca, ulaganja, zaposlenosti, privrednog rasta, finansijske sposobnosti, cena.[73]

Isto tako, nije lako, a ponekad je i vrlo teško utvrditi kauzalitet između subvencionisanog izvoza i štetnih posledica. Metodi koji se pone-

---

[68] Aneks VII (b.) Sporazuma STO o subvencijama i kompenzatornim merama

[69] Čl. 25 Sporazuma STO o subvencijama i kompenzatornim merama Za uklanjanje uvozno-supstituišućih subvencija zemljama u razvoju se predviđa rok od 5 godina, dok za isto najnerazvijenijim zemljama stoji na raspolaganju 8 godina. Zemljama u tranziciji je za ukidanje zabranjenih subvencija bio ostavljen rok od 7 godina, uz regulisanje obaveze da se do 31.12.1996. godine dostavi notifikacija (izveštaj) o subvencijama u primeni. Obavezi notifikaciji subvencija koje se koriste u praksi svake treće godine prema čl. 25 Sporazuma podležu sve zemlje članice.

[70] Smatra se da sam elemenat štete ilustruje problematičnost prirode kompenzatornih mera, kao mera koje su posledične i koji samo ublažavaju već nastalu distorziju konkurencije.

[71] Stehn, J., nav,delo. str. 12.

[72] Čl. 31. stav 2. Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju.

[73] Čl. 12. Uredbe o bližim uslovima za primenu kompenzatornih mera.

kad koriste nisu previše sofisticirani, te na taj način mogu ostaviti širi prostor za zloupotrebe ,posebno u svrhe preterane zaštite svoje privrede. [74] U našem pravu, Ministarstvo na osnovu svih relevantnih dokaza utvrđuje da subvencionisani uvoz izaziva štetu domaćoj industriji i da obim i /ili cene subvencionisanog uvoza u tolikoj meri utiču na domaću industriju da se taj uticaj karakteriše kao materijalan.[75] Ako se u postupku ispitivanja utvrdi da znatna šteta nastaje i zbog drugih uzroka, a ne isključivo zbog subvencionisanog uvoza, šteta nastala iz drugih uzroka ne može da bude osnov za uvođenje kompenzatornih dažbina.[76]

ZAKLJUČAK

U moderno doba, subvencije su jedan od osnovnih izvora restrikcija u međunarodnoj trgovini, i faktor remećenja procesa liberalizacije u toj oblasti, što posebno dolazi do izražaja u vreme ekonomskih kriza. Takvo ponašanje zbog svojih ekonomskih posledica, nužno izaziva primenu kompenzatornih mera. Međutim, kako ih njihovo ekstenzivno korišćenje može pretvoriti u instrument protekcionizma, potrebno je odgovarajućim pravnim pravilima precizno utvrditi uslove i režim za korišćenja subvencija, ali i primenu kompenzatornih mera u slučaju kršenja tog režima.

Procesi liberalizacije našeg spoljnotrgovinskog sistema i konstantni spoljnotrgovinski deficit, sve aktuelnijim čine potrebu zaštite sopstvene privrede i kreiranje odgovarajućeg odbrambenog instrumentarija od nedozvoljenih subvencija , i u našem pravu. U novim ekonomskim uslovima toj potrebi je odgovoreno donošenjem novog Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju iz 2009. godine i posebno, pratećih podzakonskih akata. Njegova pravila iz oblasti subvencija su, kako na konceptualnom planu, tako i na planu pojedinačnih rešenja, u najvećoj meri usklađena sa zahtevima Svetske trgovinske organizacije, a time posledično i sa standardima Evropske unije. Međutim, i dalje ostaje hronični problem nedostatka institucionalnih i odgovarajućih kadrovskih pretpostavki za njegovu punu i optimalnu primenu.

---

[74] Stehn, J., nav,delo. str. 12.

[75] Čl. 14 Uredbe o bližim uslovima za primenu kompenzatornih mera.

[76] U njih spadaju: količina i cena uvezene robe koja nije predmet subvencije; smanjenje tražnje ili promene u oblicima potrošnje; narušavanje konkurencije između domaćih i stranih proizvođača; razvoj tehnologije proizvođača uvezene robe; izvozni učinak i produktivnost domaće proizvodnje.

Drago Divljak, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad

New National Foreign Trade Legislation on Subsidies and International Standards

Abstract

Currently, the subsidies are one of the main sources of restrictions in international trade, and a disturbance factor of liberalisation process in that field, which is particularly emphasised in the times of economic crises. Due to its economic impact, such behaviour causes unavoidably the implementation of countervailing mesures. However, as its extensive use has the potential to turn them into the instrument of protectionism, it is necessary to deploy the appropriate legal rules in order to determine precisely the conditions and regime for the use of such subsidies, as well as the implementation of countervailing measures in the case of violation of that regime.

The processes of liberalisation of our foreign trade system and constant foreign trade deficit make the need for protection of our own economy and creating of appropriate set of defence instruments against non-permitted/illegal subsidies in our law more and more relevant. The reply to that need in new economic circumstances was the enactment of a new Law on Foreign Trade Operations in 2009 and, in particular the enactment of the accompanying bylaws. Its rules in the field of subsidies have been largely harmonised with the requirements of the World Trade Organisations, and consequently with the European Union standards, in both the conceptual aspect and aspect of individual solutions. However, there is still a chronic issue of the lack of institutional and appropriate human resources assumptions for its full and optimum implementation.

Key words: subsidy, national law, countervailing mesures, rules, WTO, EU, export subsidy

Originalni naučni rad 331.108
doi:10.5937/zrpfns46-2991

Dr Senad Jašarević, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

FLEKSIBILIZACIJA RADA – REŠENJE ILI ZABLUDA[1]

Sažetak: Fleksibilizacija rada predstavlja jedan od osnovnih načina da se poveća efikasnost i prilagodljivost ekonomije u uslovima krize i globalizovanog poslovanja. Fleksibilnost rada može biti interna, eksterna, mikro, makro, funkcionalna, numerička, finansijska. Konkretni načini fleksibilizacije rada mogu da budu raznovrsni, počev od deregulacije radnopravne regulative, preko šire upotrebe „atipičnih vidova zapošljavanja", fleksibilne organizacije radnog vremena i rada. Uz brojne koristi koje donosi, fleksibilizaciju rada prate i mnogi negativni aspekti. Fleksibilizacija rada može da bude štetna ukoliko se sprovodi stihijski i nije izbalansirana sa merama za očuvanje socijalne sigurnosti radnika u periodima promena.

Ključne reči: rad, radni odnosi, fleksibilnost

1) UVOD

U poslednjih dvadesetak godina jedan od najviše zastupanih, ali istovremeno i najosporavanijih trendova u oblasti radnih odnosa je „fleksibilizacija rada". Fleksibilizacija rada je tema kojom se bave vlade, poslodavci i njihova udruženja, zaposleni i sindikati, ali i međunarodne or-

[1] Ovaj rad predstavlja rezultat istraživanja na projektu Pravnog fakulteta, Univerziteta u Novom Sadu: „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava – EU i Srbija."

ganizacije zainteresovane za oblast radnih odnosa (UN, MOR, OEBS, MMF, SB, SE, EU). Dok je jedni zdušno zagovaraju, drugi joj se protive, pri čemu je uočljivo nedovoljno poznavanje svih aspekata te pojave. Obično se prenaglašavaju dobre ili loše strane fleksibilizacije. U ovom tekstu pokušaćemo da bacimo više svetla na pojam i vrste fleksibilizacije u oblasti rada, njene uzroke, posledice, društvene korene, dobre i loše strane, kao i da sagledamo meru u kojoj je u Srbiji zaživela fleksibilnost rada i njene perspektive.

Koreni fleksibilizacije rada leže u velikim društvenim i ekonomskim promenama u drugoj polovini XX veka. Dolazi do stvaranja integrisanog - globalnog ekonomskog okruženja, koje nacionalnim ekonomijama nameću takve probleme koji su doveli u pitanje institucionalni okvir radnog prava.[2] Osnovni razlog koji je ishodovao generalno pokretanje fleksibilizacije rada je hronična nezaposlenost, koju prate i izmene u strukturi savremenog društva, izazvane "tehnološkom i informatičkom revolucijom", kao i ekonomska kriza. Za kraj XX i početak XXI veka karakteristično je da „ruku pod ruku idu ekonomski razvoj i ekonomske krize."[3]

Narastajuća nezaposlenost, uz sve oštrije tržišno nadmetanje, ukazala je da se nešto mora promeniti u odnosima činilaca rada, te da tradicionalna šema industrijskih odnosa ne može u potpunosti da odgovori zahtevima savremene ekonomije. Pošto je radna snaga oduvek bila onaj ekonomski činilac koji je najadaptibilniji, izlaz za prilagođavanje novim uslovima počeo je da se traži u pravcu fleksibilizacije režima rada i radne snage.

Mada se trend fleksibilizacije rada vezuje za kraj XX veka, ona nije nov fenomen. Postojala su do sada tri kruga fleksibilizacije: prvi se odigrao osamdesetih godina prošlog veka (fleksibilizacija je zahvatila države Južne Amerike i jugoistočne Azije), drugi - sredinom devedesetih (kada su se zahtevi za fleksibilizacijom rada pojavili u zemljama u tranziciji i članicama EU); treći krug fleksibilizacije zahvata na prelazu veka veći deo sveta.[4]

---

[2] Videti više: V. Gotovac, *Radno pravo za 21. stoljeće: mitovi o fleksibilizaciji,* Financijska teorija i praksa, Zagreb, 2003, br. 27, str. 418.

[3] Uporediti: M. Janković, *Fleksibilni oblici zapošljavanja*, Sinergija, 2010, april, str. 389, dostupno na: <http://www.singipedia.com/content/346-Fleksibilni-oblici-zapoljavanja>

[4] Videti više: V. Smith, *New forms of work organisation,* Annual Review of Sociology, 1997, 23, str. 318; V. Gotovac, op. cit, str. 420. i 421.

2) KORENI FLEKSIBILIZACIJE

Kao uzroci potrebe za fleksibilizacijom rada navode se razni uticaji: globalizacija, promene u strukturi društva,[5] ekonomska kriza, nezaposlenost, preregulisanost radnih odnosa (prezaštićenost zaposlenih), tranzicija, internacionalizacija poslovanja, promene u strukturi privrednih aktivnosti i radne snage (smanjenje uloge industrijskog i živog rada), trend privatizacije javnog sektora.[6]

Smatra se da je glavni pokretač potrebe za flekstibilizacijom rada i radnog zakonodavstva globalizacija. Šta je globalizacija? Globalizacija podrazumeva višestruku povezanost država i društava u svetu. To je fenomen u kojem događaji, odluke i aktivnosti s jedne strane sveta znatno i brzo utiču na udaljene osobe i društva. U ekonomskom smislu globalizacija je integrisani sistem poslovnih odnosa koji je usmeren ka izmeštanju roba, usluga, informacija i kapitala preko međudržavnih granica, uz niske troškove i veliku brzinu, kao i tehnološki sastav koji se služi sredstvima proizvodnje, transporta i komunikacije kako bi omogućio takvo izmeštanje.[7]

Zahvaljujući globalizaciji menja se društveni kontekst poslovanja, te dolazi do transformacije rada i upravljanja. Takođe, menja se funkcija dr-

---

[5] U razvijenim zemljama pominje se period prosperiteta koji je prethodio globalizaciji i fleksibilizaciji, a koji se naziva „salarijat" (od „salary" – zarada). On je dostigao vrhunac u prve tri decenije nakon Drugog svetskog rata. Tada se razvilo masovno - potrošačko društvo, fordistička industrijska organizacija, a socijalna država garantovala je građanima (naročito zaposlenima i njihovim porodicama), egzistencijalnu sigurnost i pristup javnim dobrima i uslugama. Međutim, velike društvene promene koje su se dogodile u poslednjih trideset godina nagovestile su da vreme stabilnog rada postepeno odlazi u istoriju. Fleksibilizacija podrazumijeva širenje novih, atipičnih oblika koji zamenjuju stabilnu zaposlenost. Videti više u: V. Puljiz, prikaz knjige: *Fleksigurnost - Relevantan pristup za srednju i istočnu Europu,* S. Cazes, A. Nesporova (ur.), Zagreb: Izdanje TIM press, 2007. u: *Rev. soc. polit., god. 15, br. 1, str 101-111, Zagreb 2008,* str. 107; V. Smith, op. cit, str. 317.

[6] Čeng npr. smatra da su osnovni izazivači potrebe za fleksibilizacijom: 1) promene u strukturi modernog društva, 2) globalizacija, 3) ekonomska cikličnost i 4) deindustrijalizacija. H. Chung, *Diferent paths towards Flexibility, Deregulated employment protection or temporary employment?*, University of Edinburgh, 2005, August, ESPAnet conference, Making social policy in the postindustrial age, September 22-24, 2005, University of Fribourg, Switzerland, online: <http://mpra.ub.uni-muenchen.de/2396/>

[7] Prva definicija globalizacije je iz: L. B. Bednarek, *The Gender Wage Gap: Searching for Equality in a Global Economy,* Indiana Journal of Global Legal Studies, 1998, 6 (Fall), str. 215; a druga iz: H. Arthurs, *Reinventing Labor Law for the Global Economy: The Bejnamin Aaron Lecture*, Berkeley Journal of Employment and Labor Law, 2001, 22, str. 273. Preuzeto iz: V. Gotovac, op. cit, str. 415.

žave, dolazi do promena u strukturi porodice, obrazovanja.[8] U oblasti radnog prava javljaju se sledeće promene: 1) ekonomski ciljevi počinju da se pojavljuju kao odrednica pojma socijalne pravde, a konkurentnost postaje dominantno merilo tržišnog uspeha; 2) individualizam utiče na slabljenje uticaja kolektivnog pregovaranja; 3) tipični radnik XXI veka razlikuje se od tipičnog radnika XX veka; 4) deregulacijom zamire intervencionizam države (država pružalac usluga, sve više postaje država - garant usluga).[9] Istovremeno pojavljuje se alternativa nacionalnom zakonodavstvu - jača regulisanje radnih odnosa putem međunarodnih organizacija (npr. socijalne klauzule u dokumentima Svetske trgovinske organizacije - STO, Severnoamerički sporazum o slobodi trgovine - NAFTA, regulativa EU). Otvara se novo poglavlje u radnom pravu, tako što se umesto stalnog radnog odnosa favorizuju nestalni oblici zapošljavanja, javlja se trostrani (hibridni) radni odnos (putem iznajmljivanja zaposlenih od strane agencija), dolazi do fragmentacije i segmentacije (deljenja) radne snage (na radnike sa stalnim zaposlenjem i „podklasu“ lica koja sebi ne mogu da obezbede stalno zaposlenje i stabilnu socijalnu sigurnost).[10] Radnici postaju međusobna konkurencija, te umesto da izloženi većoj nesigurnosti i borbi za opstanak budu solidarni, javlja se pojava koja se naziva „socijalni darvinizam“, čiji je socijalni produkt i „mobing“ – masovno zlostavljanje na radu (u kojem „čovek postaje čoveku vuk“, odnosno konkurent u borbi za opstanak na poslu).[11] Radnici postaju „globalna radna snaga“, a pod uticajem konkurencije siromašnih zemalja koje se intenzivno razvijaju, zapadne i druge zemlje prinuđene su da stalno snižavaju standarde u pogledu prava zaposlenih (tzv. trka ka dnu).

Zapaža se i da postojeći pravni okviri za odvijanje rada postaju preuski, odnosno da “kruta” radnopravna regulativa predstavlja sužen okvir za savremenu, “dinamičnu” ekonomiju. Išlo se čak dotle da se za radnopravnu regulativu razvijenih zemalja govorilo da predstavlja “ubicu poslova” (job killer) jer po mnogima, a naročito pripadnicima tzv. neolibe-

[8] Ibidem.

[9] Preuzeto iz: V. Gotovac, op. cit, str. 417-418.

[10] Videti više u prezentaciji: P. Bejaković, *Gospodardski aspekt/uvjeti i uticaj fleksibilnosti na tržište rada,* Okrugli sto: *Fleksibilnost na tržištu rada,* Org: časopis „Banka“ i Institut za javne finansije, Zagreb, 3. Srpnja 2012, dostupno na:<http://www.google.rs/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&ved=0CGUQFjAG&url=http%3A%2F%2Fwww.banka.hr%2FUserDocsImages%2FDokumenti%2FTrzistežrada%2FBejakovicprezentacija.ppt&ei=wuK-tUJ24L8fStAbžjYCoBQ&usg=AFQjCNE1MNh4Dsw 6EQAbGpjOžMMAns3ZlQ&sig2=9qFp92BfbUcHFyP8a-XQrg>

[11] Videti više: V. Baltazarević, *Mobing: Komunikacija na četiri noge,* Beograd, 2007.

ralističke koncepcije, suviše visok stepen zaštite prava zaposlenih onemogućava efikasno prilagođavanje poslodavaca zahtevima današnjeg tržišta.[12] U EU se u tom kontekstu pominje termin „Euroskleroza" – smatra se se da suviše jaka radnopravna zaštita čini evropske ekonomije sklerotičnim, odnosno nekonkurentnim. U tom smislu organizacija OEBS je sačinila 22 kriterijuma striktnosti zakonodavstva o zaštiti zaposlennja, na bazi kojih je poredila „nefleksibilnost" propisa pojedinih zemalja.[13]

Ovakva razmišljanja pokrenula su opšti trend deregulacije u oblasti radnog zakonodavstva. Manje zemlje reformišu radno-pravnu regulativu u želji da privuku svetski kapital, a jedan od načina da to učine je i reforma radnog zakonodavstva (deregulacija), koja podstiče fleksibilizaciji rada. Evropske zemlje to čine da bi smanjile troškove poslovanja, povećale adaptibilnost svojih ekonomija i konkurentnost. Zemlje u tranziciji pristupaju deregulaciji i fleksibilizaciji da bi se restrukturirale i pokrenule njihove neefikasne i inertne privrede.[14]

Kao osnovni ciljevi deregulacije i fleksibilizacije u oblasti radnog prava navode se: 1) ustanovljavanje elastičnijeg režima radnih odnosa, 2) revizija (preispitivanje) pravne zaštite zaposlenih, 3) smanjenje troškova radne snage, 4) povećanje zaposlenosti, 5) modernizacija radnog prava i organizacije rada, 6) pomirenje socijalne sigurnosti sa ekonomskom efikasnošću.[15] Međutim, namere reformatora nisu uvek pozitivne, pa se pod izgovorom fleksibilizacije i deregulacije često ostvaruju i prikriveni, manje pozitivni ciljevi, kao što su: 1) enormno povećanje profita kompanija na uštrb socijalnog položaja zaposlenih, 2) slabljenje sindikata, 3) prebacivanje tereta socijalne sigurnosti sa države na pojedinca.[16] Zbog toga je,

---

[12] Reynolds je procenio da ekonomska cena gubitaka u američkoj ekonomiji izazvanih rigidnim radnim zakonodavstvom iznosi oko 200 milijardi dolara godišnje – pri čemu treba imati u vidu da radno pravo SAD važi za jedno od liberalnijih. Videti više: M. O. Reynolds, *A New Paradigm: Deregulating Labor Relations,* Journal of Labor Research, Winter, 1996, vol 17, issue 1, str. 123.

[13] Videti više: S. Cazes, A. Nesporova, *Labor Markets in Transition: Balancing Flexibility and Security in Central and Eastern Europe,* Geneva, ILO, 2003, str. 38. i 41.

[14] Uporediti: V. Puljiz, op. cit, str. 109.

[15] V. Gotovac, op. cit, str. 420.

[16] Tako npr. Hajdy pominje da je u Mađarskoj harmonizacija sa radnim pravom EU u oblasti radnih odnosa izazvala češće razočaranje, nego zadovoljstvo. Vlada je uz podršku poslodavaca išla na minimalno usklađivanje koje je bilo dozvoljeno direktivama EU, što je bilo često bilo izgovor za neumerenu fleksibilizaciju radnog odnosa (na primer mogućnost upućivanja radnika se uvećala sa 44 radna dana na 110); isto je i sa agencijama za privremene poslove (iznajmljivanje zaposlenih), za koje smatra da će potkopati tradicionalni način zasnivanja i stabilnost radnog odnosa i socijalni položaj zaposlenih. Slična su zapažanja i u ostalim zemljama u tranziciji koje su ušle u sastav EU. Nestaje sigurnost za-

posle početnog oduševljenja, u mnogim zemljama došlo do osporavanja ideje fleksibilizacije i deregulacije. Treba reći i da se fleksibilnost u oblasti rada ne postiže samo deregulacijom, odnosno smanjenjem prava i broja zaposlenih, već je to moguće učiniti i drugim merama kojima se neće zadirati u socijalnu sigurnost zaposlenih (npr. inovacijama u oblasti organizacije rada i radnog vremena).

3) POJAM I OBLICI FLEKSIBILNOG RADA

„Fleksibilan rad" podrazumeva elastičan, prilagodljiv pristup radu i svim bitnim pitanjima koja se tiču organizovanja i odvijanja rada. Postoje mnoge definicije, koje odražavaju različite pristupe fleksibilnosti rada. Prema Čengu, fleksibilnost je sposobnost menjanja u skladu sa situacijom. Kada se radi o tržištu rada, fleksibilnost predstavlja stepen i brzinu adaptiranja tržišnim šokovima koji omogućava da se isprave institucionalne i tržišne krutosti na tržištu rada, pri čemu preduzeća smanjuju troškove rada i vrše kvantitativno prilagođavanje.[17] Prema Supiotu, fleksibilnost rada je: „...prvenstveno potreba da se optimiziraju brojni proizvodni odnosi, uključujući i zaštitu radnika i kompanije od rizika; razvoj individualnih i kolektivnih potencijala i razvoj proizvodnih odnosa...".[18]

U ovom kontekstu pominje se i naziv *„fleksibilno poduzeće"*, koji označava vrste organizacionih oblika koji poslodavcu omogućavaju postizanje potrebne fleksibilnosti, čime bi zadržao svoju konkurentnost na tržištu.[19]

---

poslenja, što u mnogim zemljama nije nadoknađeno drugim merama (aktivnom politikom zapošljavanja i drugim vidovima socijalne podrške). Videti više: J. Hajdy, *Labour law in Hangary,* Walters Kluwer, The Netherlands, 2010, str. 73; *The Evolution of Labor Law in the EU – 12 (1995-2005)*, European Comission, Belgium, str. 340, dostupno na: < http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=2347&langId=en>.

[17] Ovu drugu definiciju Čang je preuzeo iz: G. Standing, *Global Labour Flexibility: Seeking Distributive Justice*. Macmillan Press LTD, London, 1999, str. 49. Videti više: H. Chung, op. cit, str. 6.

[18] Supio je bio na čelu tima koji je za EU sačinio jednu od najuticajnijih studija o fleksibilnosti rada. A. Supiot, M-E. Casas, P. Hanau, A. Johansson, P. Meadows, E. Mingione, R. Salais, P. van der Heijden, *A European Perspective on the Transformation of Work and the Future of Labour Law,* Comparative Labour law & Policy Journal, 1998-1999, Vol. 20, str. 624.

[19] Videti više u: S. Jašarević, I. Rozić, A. Bilić, *Harmonizacija nacionalnog radnog prava s komunitarnim radnim pravom uz poseban osvrt na fleksibilne oblike zapošljavanja (Republika Hrvatska, Bosna i Hercegovina i Srbija),* Međunarodno savetovanje „Aktuelnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Sveučilište u

Fleksibilnost se na polju rada ispoljava na razne načine, tako da se pominju sledeći vidovi fleksibilnosti u radnim odnosima: interna i eksterna fleksibilnost (izvan i unutar preduzeća);[20] funkcionalna, numerička i finansijska (platna) fleksibilnost; fleksibilni (atipični) oblici radnog angažovanja; fleksibilnost radnog vremena; fleksibilna organizacije rada.[21]

Da bi se postigla stvarna fleksibilnost rada, potrebno je da se postigne kako interna, tako i eksterna fleksibilnost, odnosno fleksibilnost na nivou ekonomije *(makro)* i poslodavca *(mikro fleksibilnost)*. Suština ideje "fleksibilnog rada" je da se obezbedi da radna snaga može brzo, efikasno i kvalitetno da odgovori zahtevima koje joj postavlja savremena ekonomija, kako na makro (nacionalnom), tako i na mikro nivou (preduzeća), sa ciljem da se obezbedi što veća ekonomska uspešnost te ekonomske celine i maksimalna zaposlenost raspoložive radne snage u datim okolnostima.[22] Prema Cazes-Nesporovoj, fleksibilnost na makro nivou podrazumeva brzinu prilagođavanja eksternim šokovima i promenama na tržištu rada. Fleksibilnost na tržištu rada – znači nivo u kojem se zaposlenost i/ili radno vreme (inputi prilagođavanja rada) ili zarade (troškovi radne snage) prilagođavaju ekonomskim promenama.[23] Prema Bejatoviću, na makro nivou, fleksibilnost tržišta rada može se definisati kao sposobnost tržišta rada na brzo prilagođavanje promenjivim poslovnim uslovima, uključujući i mogućnost absorbovanja različitih spoljnih udaraca koji utiču na ekonomiju, dok se na mikro nivou, fleksibilnost zapošljavanja može definisati kao sposobnost preduzeća i zaposlenih za: 1) prilagođavanje količine rada i radnog vremena u odnosu na promene u tražnji, 2) promenu nivoa plata zavisno od produktivnosti i /ili profitabilnosti; i 3) promenu poslova i zadataka zaposlenih u odnosu na promene u tražnji.[24]

Razlikuje se funkcionalna i numerička fleksibilnost (interna i eksterna). Dok je funkcionalna fleksibilnost vezana za povećanje sposobnosti radnika u obavljanju različitih poslova i donošenju odluka, numeričku ka-

---

Mostaru – Pravni fakultet, Sveučilište u Splitu – Pravni fakultet, Neum, 22-24. 6. 2012, obj. u zborniku radova sa Savetovanja, Mostar, 2012, str. 330.

[20] Videti više: A. Supiot, op. cit, str. 630.

[21] Primera radi, Louter oblike fleksibilnosti u preduzeću svrstava u četiri osnovna tipa: 1) fleksibilnost radnog vremena, 2) fleksibilnost zaposlenja, 3) fleksi-bilnost plata, 4) fleksibilnost organizacije rada. J. Lowther, op. cit, str. 459.

[22] Videti više u: S. Jašarević, *Fleksibilan rad – nužnost savremene ekonomije,* Pravo, teorija i praksa, Novi Sad, 2001, br, 1, str. 48-60.

[23] Cazes-Nesporova, op. cit, str. 25.

[24] P. Bejaković, iz pomenute prezentacije.

rakteriše težnja za smanjenjenjem troškova, limitiranjem uključenosti radnika u organizaciju.[25]

Funkcionalna fleksibilnost podrazumeva promenu proizvodnog sistema, tehnologije ili organizacije rada (elastičniju organizaciju rada - kod koje se zaposleni lakše kreću unutar preduzeća; uključuje i „rotiranje poslova", „proširenje poslova), dodatne vrste radnog angažovanja (širu primenu „fleksibilnih oblika rada), smanjenje ograničenja u zapošljavanju i otpuštanju, alociranje proizvodnje i rada (kroz podugovaranje) u cilju poboljšanja efikasnosti u radu. Ovaj tip fleksibilnosti smatra se ključnom komponentom borbe sa problemima strukturalne nezaposlenosti u poslednjih par dekada.[26] Funkcionalna fleksibilnost može biti *interna* (kada se sprovodi unutar preduzeća) i *eksterna* (u šta npr. spada podugovaranje, rad od kuće ili uz pomoć informatičke tehnologije, organizovanje rada od strane „lažnih samozaposlenih" – koji u stvari rade za poslodavca).[27]

Numerička fleksibilnost podrazumeva prilagođavanje broja radnika ili radnih sati (uključujući i odmore i odsustva) tržišnim okolnostima. Spoljna numerička fleksibilnost se odnosi na usklađivanje troškova radne snage, odnosno broja radnika i tržišnih potreba, kroz veće angažovanje zaposlenih koji nisu u stalnom radnom odnosu i fleksibilniju regulativu o zapošljavanju i otpuštanju. Interna numerička fleksibilnost odnosi se na fleksibilnu organizaciju radnog vremena i fleksibilni raspored rada (smene, timski rad i sl).[28] Angažovanje nestandardne radne snage podrazumeva manje troškove za poslodavce, pošto poslodavci pri otpuštanju ovakvih radnika nisu dužni da isplaćuju otpremnine (često nema ni otkaznih rokova ili su oni kraći). Uz to, ove grupe zaposlenih obično nemaju jednaka prava kao stalno zaposleni s punim radnim vremenom (porodične beneficije, dodaci, uplate za penzije, davanja u slučaju bolesti i dr), te manje finansijski opterećuju poslodavca.

Finansijska fleksibilnost podrazumeva mogućnost da zarade ne budu strogo utvrđene, već da prate proizvodne i radne cikluse (da se smanje u periodima krize), direktnije povezivanje zarade sa radnim učinkom, kao i alternativne oblike nagrađivanja (uključujući besplatno davanje ili mo-

[25] Videti više: S. Jašarević, I. Rozić, A. Bilić, op. cit, str. 334.

[26] Videti više: H. Chung, op. cit, str. 6.

[27] Videti npr. više: T. Jansen, *Flexibility,* PPT prezentacija, 2010, dostupno na: <http://www.metalicy-bg.com/pdf/seu/Flexibility%20Tony%20Janssen.pdf>

[28] O ovim oblicima fleksibilnosti videti više: S. Jašarević, I. Rozić, A. Bilić, op. cit, str. 334.

gućnost povoljnije kupovine deonica, bonuse koji se vezuju za poslovni učinak ili profit).[29]

Važnu kariku u fleksibilizaciji poslovanja čine *„fleksibilni" ili „atipični" oblici zapošljavanja*. Radi se o vidovima nestandardnog upošljavanja radne snage, koji se razlikuje od stalnog radnog odnosa sa punim radnim vremenom, pa ih zato zovu i „atipični vidovi zapošljavanja" ili „atipični oblici radnog angažovanja".[30] U uporednoj praksi tu spadaju: 1) rad sa nepunim radnim vremenom (part-time); 2) rad na određeno vreme (fixed-term work); 3) privremeni i povremeni poslovi (temporary and occasional work), 4) rad kod kuće (home work) i rad uz pomoć informatičke tehnologije (telework), 5) privremeno ustupanje radnika preko agencija (temporary agency work), 6) samozapošljavanje („selfemployment" - pri čemu se radi za određenog poslodavca, 7) rad kod poslodavca po osnovu građansko-pravnih ugovora.[31] Varijacije ovih, atipičnih vidova radnog angažovanja se sve više povećavaju, pa su npr. u Francuskoj ustanovili da se koristi 17 raznih atipičnih radnih ugovora.[32] Evropska fondacija za poboljšanje radnih i životnih uslova deli ove oblike rada na „atipične" i „vrlo atipične".[33] Prvi se odnose na uobičajenije vrste nestandardnog rada, kao što je rad na određeno vrieme, rad sa skraćenim radnim vremenom i privremeni rad posredstvom agencija. Drugi - „vrlo atipični" oblici rada, obuhvataju veoma kratke aranžmane rada na određeno vreme u trajanju kraćem od šest meseci, rad sa radnim vremenom kraćim od 10 sati nedeljno, nepisane ugovore, ugovore bez određivanja broja radnih sati, rad po pozivu.[34]

Fleksibilna organizacija radnog vremena i režima rada podrazumeva niz inovacija u oblasti radnog vremena, organizacije smena i sl. Ovi oblici fleksibilnosti korisni su kako za poslodavce, tako i zaposlene (omogućava im se više slobode u organizovanju radnog vremena i privatnog života).[35] Neke od mera koje se koriste su npr: fleksibilni raspored radnog

---

[29] Videti više: P. Bejaković, op. cit.

[30] Videti više npr: M. Janković, op. cit, str. 390.

[31] Videti više: S. Cazes, A. Nesporova, op. cit, str. 26-39.

[32] Videti više: V. Puljiz, op. cit, str. 108.

[33] O promenama u strukturi radnog odnosa i atipičnim oblicima zapošljavanja danas videti više npr: Preporuka MOR br. 198 o radnom odnosu, iz 2006; International Labour Conference, Provisional Record, Geneva, 2003, *"Fifth item on the agenda: The scope of the employment relationship",* <www. ilo. org/public/english/standards/relh/ilc/ilc91/-pdf/pr-21.pdf.>

[34] Evropska fondacija za poboljšanje životnih i radnih uslova, *Fleksibilni oblici rada: „vrlo atipični" ugovorni aranžmani,* <http://www.mojtim.com/hr-saveti.php? hrOblast=112&key=&savetžsubmit (2012)>

[35] Videti više: L. Golden, *Flexible work schedules: what are we trading off to get them?,* Monthly Labour Review Online, March, 2001, Vol. 124, No. 3, str. 50, <-

vremena (u pogledu početka i završetka rada), opcija da se određeno vreme radi kod kuće (svakog dana ili nekim radnim danima delimično ili u celini), "banke sati" na nedeljnom i godišnjem nivou (samostalni raspored radnog vremena u toku nedelje i godine, s tim da ukupno radno vreme odgovara dogovorenom), privremeno ili povremeno skraćivanje radnog vremena, smenjivanje četvorodnevne i petodnevne radne nedelje, samostalno raspoređivanje smena od strane zaposlenih.[36]

U ovom pogledu zapažene su dve vrste fleksibilnosti. Prva se odnosi na veću dostupnost i raspoloživost zaposlenih u skladu s promenjivim potrebama poslodavaca. To može značiti proširenje radnog vremena i na neradne sate i dane, odnosno na večernji i noćni rad ili rad vikendom. Može da podrazumeva i plaćanje samo onih sati kada zaposleni stvarno radi. Pominju se tzv. ugovori o nultom radnom vremenu - kada radnik mora da bude poslodavcu na raspolaganju, a plaćen je samo ako je pozvan na posao. Drugi tip fleksibilnosti je povoljniji za radnika, a podrazumijeva fleksibilno radno vreme s mogućnošću uticaja na organizaciju radnog dana, nedelje, godine, pa i celog radnog veka, kako bi se ostvario optimalan vremenski odnos rada, slobodnog radnog vremena, profesionalnog razvoja i porodičnog života (tzv. Flexitime, na engleskom jeziku). Ovakvo radno vreme omogućava prilagođavanje radnog dana ličnim potrebama, pošto raznovrsnim interesima zaposlenih više ne odgovara tradicionalni, strogi koncept radnog vremena.[37]

Inovacijama u pogledu *organizacije rada* se postiže veća adaptibilnost i zalaganje raspoložive radne snage („rotiranje poslova", „proširivanje poslova", „timski rad", rad na projektima, „sporazumi o fleksibilizaciji rada").[38] Dobar primer balansa između fleksibilnosti i sigurnosti zaposlenja predstavljaju tzv. fleksibilni sporazumi kolektivnog tipa, koji se poslednjih godina sve više zaključuju se u razvijenim evropskim zemljama (tzv. *sporazumi o zaposlenosti i konkurentnosti*). Sastoje se u tome da radnici u preduzećima koja su u teškoćama pristaju na razne mere fleksibilnosti rada, a za uzvrat im se garantuje sigurnost zaposlenja u određenom periodu. Takvim sporazumima, koji su obično zaključeni na ograni-

---

http://www.bls.gov /opub/mlr/2001/03/art3exc.htm>; Fleksibilni radni aranžmani <-http://www.mojtim.com/hr-saveti.php?hrOblast=112&key=&savetžsubmit> (2012); M. Bejaković, op. cit.

[36] Videti više: European industrial relations observatory, no. 4/2003 - European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions: *"Company initiatives - and agreements on reconciling work and family life",* str. 9.

[37] O ova dva vida fleksibilnosti radnog vremena videti više: J. Lowther, op.cit, str. 459.

[38] O ovim merama videti više npr. u: V. Smith, op. cit, str. 322-326.

čeni period, predviđa se uvođenje fleksibilnosti radnog vremena, reorganizacija firme, prekvalifikacija i dokvalifikacija zaposlenih, čak i raspoređivanje u drugo mesto rada, uz pružanja garancija zaposlenja u toku trajanja sporazuma. Kao rezultat ovakvih sporazuma zapaženi su: povećana kooperativnost, sklonost ka modernizaciji, fleksibilnost i rast produktivnosti, čime je omogućen oporavak preduzeća u krizi.[39]

4) RAZLOZI ZA I PROTIV FLEKSIBILIZACIJE RADA

Fleksibilnost rada ima niz dobrih, ali i loših strana. Nepravilna upotreba fleksibilnog rada obično ide na štetu zaposlenih, ali i samog poslodavca i celog društva. Zloupotreba fleksibilizacije rada su dovele do opravdane sumnje u pogodnost takvih mera, što je pogrešno jer je generalno gledano fleksibilnost u oblasti rada uvek korisna, ali samo pod uslovom da se pravilno i dobronamerno sprovodi.

Osvrnućemo se prvo na *prednosti* pojedinih oblika fleksibilizacije rada. Zahvaljujući ovim oblicima rada celokupna ekonomija, kao i preduzeća, postaju prilagodljiviji i lakše se nose sa izmenjenim uslovima poslovanja. Primera radi, upotreba privremenih i povremenih poslova omogućava poslodavcima da efikasno reaguju na oscilacije u ponudi i tražnji, a takav rad može da bude koristan i za učenike, studente, nezaposlene (koji stiču potrebno radno iskustvo i održavaju vezu sa radom), žene (ukoliko žele da veći deo vremena posvete podizanju dece),

[39] Poznati su npr. primeri kompanija u Nemačkoj kao što su „Volkswagen", „Lufthansa", „Adam Opel AG", „Ravensburger", u Britaniji – „Blue Circle Cement", „The Cooperative Bank", „Rover group" itd, koje su zahvaljujući nizu ovakvih sporazuma, koji su zaključivani i inovirani sukcesivno, izbegle otpuštanja zaposlenih. Npr. u nemačkom Volksvagenu radilo se o nizu sporazuma, od kojih je prvi bio zaključen 1993. godine. Njihova sušti-na je bilo skraćenje radnog vremena (sa 40 na 28,8 sati) uz znatno fleksibilniji pristup radu i organizaciji radnog vremena i umerenije zahteve u pogledu zarada. Pri tome je postojala mogućnost da se rad poveća i do 35 sati, ali bez plaćanja prekovremenog rada. Takođe, bilo je moguće da se u pojedinim ciklusima radi kraće, a u nekim duže, te da se radno vreme preračuna u dužem periodu. Naknade za prekovremeni rad su bile dobrovoljno smanjene za oko jednu četvrtinu. Pored toga, zaposleni su mnogo fleksibilnije tretirali eventualno nešto duže radno vreme, tako da se nije obračunavalo manje produženje rada. Videti više: *Pacts of employment and competitiveness: case studies, Volkswagen AG,* EUROFOND, 2002; *Pacts for Employment and Competitiveness,* European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (EUROFOND), Dublin, 2000, i isti naslov 2007; *Pacts of employment and competitiveness: Germany,* EUROFOND (2009); *Pacts of employment and competitiveness: UK,* EUROFOND (2009) (svi dokumenti i niz kompanijskih primera iz drugih zemalja EU se mogu pronaći na Internet adresi Fondacije: http://www/eiro.eurofond.eu.int).

lica kojima zdravlje ili godine ne dozvoljavaju da rada kontinuirano.[40] Rad sa nepunim radnim vremenom omogućava bolje prilagođavanje fluktuacijama proizvodnih programa, može da bude sredstvo rešavanja problema viškova zaposlenih (umesto da jedan radnik bude otpušten, dva lica mogu da rade skraćeno na istom poslu), koristan je i za postepeno uvođenje nezaposlenih lica u proces rada, omogućava "povratno obrazovanje" (uz rad), kao i pomirenje zahteva profesionalnog i porodičnog života (da lice deo dana radi, kako bi ostalo aktivno, a ostalo vreme se posveti deci ili članovima porodice kojima je potrebna nega).[41] Rad na određeno vreme veoma je popularan među poslodavcima jer zahvaljujući takvom angažovanju radnika izbegavaju problem skupog i komplikovanog rešavanja viškova. Osim toga, omogućava prilagođavanje oscilacijama u ponudi radne snage, zamenjivanje odsutnih radnika, obučavanje lica sa nedovoljno radnog iskustva. Rad kod kuće ili izvan prostora poslodavca uz pomoć informatičke tehologije (teleworking) je sve aktuelniji, zato što poslodavcima i zaposlenima omogućava velike uštede u troškovima (održavanja, prostora, opreme, transporta), veću samostalnost u organizaciji radnog dana, štedi se vreme koji bi zaposleni potrošili na put, radi se pod opuštenijim i udobnijim režimom (što vodi i većoj kreativnosti).[42] Rad preko agencija za privremeno zapošljavanje omogućava poslodavcima da stalno angažuju samo neophodnu radnu snagu, a da preko agencija po potrebi uposle posebno odabrane radnike. Licima koja su zaposlena u takvim agencijama pruža se više prilika za radno angažovanje, nego što bi to sami sebi mogli da obezbede.[43]

---

[40] Uporediti: B. Lubarda, *"Ugovor o privremenom radu",* Radno i socijalno pravo, Beograd, 2000, br. 1-3, str. 149.

[41] O ovim oblicima angažovanja i regulativi Međunarodne organizacije rada (MOR) kojom se podstiču videti više: S. Jašarević, pomenuti tekst.

[42] Prednosti ovakvog oblika rada među prvima je uočila MOR, koja je 1996. godine donela Konvenciju (br. 177) o kućnom radu, kao i istoimenu Preporuku (br. 184). U EU su evropska udruženja zaposlenih i poslodavaca (ETUC, UNICE/UAPME, CEEP) 2002. godine zaključila Okvirni kolektivni ugovor o radu uz pomoć informatičke tehnologije. Prema podacima EU, - zaposlenih koji rade ¼ i više radnog vremena kod kuće u EU prosečno ima 7% (2005. bilo je 5%). Stalno na ovakvim poslovima radi 1,7%. Videti: European Foundation for the Improvement of Liwing and Working Conditions, *Telework in the European Union,* 2010, str. 4: <http://www.-eurofound.europa.eu/docs/eiro/tn0910050s/tn0910050s.pdf>; *Implementation of the European Famework Agreement on Telework, report by the European social partners,* ETUC, UNICE-/UEAPME and CEEP, september 2006.

[43] Da bi podstakla ovaj oblik rada EU je 2008. donela: Direktivu o privremenom age-n-cijskom radu, br. 2008/104/EC (OJ L 327/9, 5/12/2008). O ovom obliku rada videti više: J. Arrowsmith, *Temporary agency work in an enlarged European Union,* European Fo-

Pomenuli smo i prednosti fleksibilne organizacije radnog vremena, kako za poslodavce (omogućava da se efikasno reaguje na diskontinuitet u ponudi i tražnji proizvoda ili usluga), tako i za zaposlene (opušteniji režim rada, lakše usklađivanje porodičnih i profesionalnih obaveza). Pozitivan uticaj na efikasnost, konkurentnost i profitabilnost imaju i mere fleksibilizacije u domenu organizacije rada. Uz to, ovakve mere dugoročno doprinose stabilnosti zaposlenja, profesionalnoj pokretljivosti, motivaciji i usavršavanju zaposlenih.

O fleksibilnom radu postoje i mnoge zablude. Gotovac ih svrstava u nekoliko grupa: 1) *Mit o fleksibilizaciji kao smanjenju prava radnika* (što je često tačno; međutim, fleksibilizacija na tržištu rada podrazumeva žrtvovanje koje bi dugoročno trebalo da doprinese sigurnosti zaposlenja ili bržoj zapošljivosti); 2) *Mit o fleksibilizaciji kao stranom diktatu* (potrebu prilagođavanja, čak i kada inicijativa dolazi iz inostranstva, u osnovi diktiraju okolnosti i kriza); 3) *Mit o fleksibilizaciji kao međunarodnom eksperimentu* (fleksibilizaciji se često pridaje obeležje međunarodne zavere; ipak, radi se o produktu slabosti i krize, koji se doduše ponekad zloupotrebljava od strane međunarodnih finansijskih institucija, pod uticajem poslodavačkih lobija); 4) *Mit o fleksibilizaciji kao magičnom rešenju* (pogrešno je od fleksibilizacije očekivati instant rešenja; u pitanju je dugoročan proces, koji podrazumeva i nepopularne poteze); 5) *Mit o fleksibilizaciji kao kažnjavanju radnika* (fleksibilizacija najviše pogađa zaposlene; da bi se smanjili njeni početni štetni efekti, ona mora biti usklađena s mehanizmima socijalne države, koja bi trebalo da bude garant kvaliteta života radnika), 6) *Mit o fleksibilizaciji kao jednakom teretu za sve* (to nije tačno, fleksibilizacija doprinosi podelama među radnicima – npr. između zaposlenih u stalnom radnom odnosu i lica koja rade u nestandardnim vidovima zaposlenja, koja imaju znatno niži nivo zaštite i standarda; takođe, najveći teret fleksibilizacije ekonomije podnose zaposleni u privatnom sektoru, i to manje kvalifikovana lica, za razliku od zaposlenih u javnom sektoru).[44]

Pored gore pomenutih, fleksibilizacija ima i druge *mane*: smanjuju se prava i standard zaposlenih; potkopava se sigurnost zaposlenja i socijalna stabilnost radnika i njegove porodice;[45] uslovi rada i zaposlenja su sve neizvesniji; dolazi do podeljenosti između zaposlenih i nezaposlenih, zaposlenih i „fleksibilnih radnika"; umesto obećanog trajnog zapošljavanja, angažovanje na atipičnim oblicima rada često vodi eksploataciji (naročito kod „ranjivih

undation for the Improvement of Liwing and Working Conditions, 2006, < http://www.-eurociett.eu/ fileadmin/templates/eurociett/docs/ef05139en.pdf>

[44] Videti više: V. Gotovac, op. cit, str. 425.

[45] Videti npr. V. Smith, op. cit, str. 332. i 334.

kategorija" kao što su žene, niskokvalifikovani radnici, migranti, mladi, stariji radnici); pomenuta lica neretko rade pod nepovoljnijim uslovima rada (zato takve poslove nazivaju „poslovima drugog reda"); ova grupa lica je često „podzaposlena" i ne može da ostvari odgovarajuće prihode, pa su prinuđeni da obavljaju više poslova;[46] veći su bezbednosni rizici na radu (s obzirom da su ovakva lica slabije obučena); mogućnost stručnog usavršavanja i napredovanja svedena je takoreći na minimum; lica koja nemaju stalno zaposlenje se osećaju manje sigurno, nisu u prilici da planiraju karijeru; smanjena je mogućnost njihovog profesionalnog organizovanja; postoji mogućnost socijalne izolacije zaposlenih; u ovakvim uslovima uočljivo je i povećanje radnih aranžmana u „sivoj zoni" i lažno prikazivanje radnog angažovanja, uz izbegavanje plaćanja doprinosa i drugih obaveza državi (što fleksibilnim radnicima umanjuje socijalnu sigurnost i u starosti); zbog nestabilnih prihoda zaposleni u nestalnim formama rada nisu u prilici da podižu stambene i druge kredite, niti da ulažu u socijalnu sigurnost (npr. dodatno zdravstveno osiguranje, penzije); ovakva lica imaju veće probleme pri usklađivanju porodičnog i privatnog života, zbog atipičnosti ritma i ciklusa rada; dugoročno, lica koja rade u nestabilnim vidovima zapošljavanja su lošijeg zdravlja; u „fleksibilizovanim ekonomijama" dolazi do opadanja uticaja sindikata, što vodi snižavanju kolektivne zaštite radnika i smanjenju uloge kolektivnog pregovaranja; okruženje u kojem se odvija fleksibilizacija rada često je veoma konfliktno i podstiče socijalne sukobe.

Zbog ovako dugog spiska loših strana, reklo bi se da pretežu mane fleksibilizacije rada. To ipak nije tačno. Fleksibilni rad je nužnost koju nameću složene društveno-ekonomske okolnosti. Osim toga, fleksibilni pristup u bilo kojoj oblasti života može da predstavlja samo prednost. Istorija je više puta pokazala da pojedinci i institucije koji su sposobni da se brzo prilagode i menjaju najbolje prolaze u uslovima društvenih promena i teškim okolnostima. Suština je da se mere i potezi fleksibilizacije pravilno postave, odnosno, da se uspostavi odgovarajući balans između fleksibilnosti i socijalne sigurnosti. To je npr. u Evropskoj uniji objedinjeno sintagmom „fleksigurnost" (flexicurity).[47]

Zemlje koje predstavljaju primere uspešnog prilagođavanja ekonomija novim uslovima (kao što su Danska, Holandija, Irska, Nemačka), razvile su prilično uspešne modele na tom planu. Svojom konkurentnošću na svet-

[46] To nije uvek slučaj. Npr. primanja samozaposlenih samostalnih lica uporediva su ili su čak veća od njihovih kolega sa standardnim zaposlenjem, naročito ako su u pitanju visokokvalifikovani radnici.

[47] Najsažetije rečeno, ovakvom politikom teži se da se obezbedi fleksibilno kretanje radne snage shodno tržišnim okolnostima, ne sputavajući funkcionisanje ekonomije, pri čemo se efikasno socijalno zbrinjavaju oni koji gube posao ili ga traže.

skom tržištu, pri čemu je u velikoj meri očuvana i socijalna sigurnost zaposlenih, uspele su da demantuju neoliberalne teorije o snižavanju nivoa socijalne sigurnosti kao o pretpostavci uspešnog ekonomskog razvoja.[48] Ovu doktrinu slede i MOR i EU (kroz koncept „pristojnog rada" i „flesigurnosti"),[49] za razliku od Međunarodnog monetarnog fonda i Svetske banke, koji zagovaraju neoliberalni koncept, kojim se doduše postiže fleksibilnost, ali u korist krupnog kapitala, a ne i većine stanovništva.

Kao što Supiot ističe, fleksibilnost je nužnost, ali je treba kontrolisati i kanalisati, da bi se smanjio „potencijal sukoba".[50] Rešenje je u izbalansiranosti (tzv. koordirana fleksibilnost),[51] pri čemu u procesu fleksibilizacije ipak treba težiti stalnom zapošljavanju. Tako nešto ne ide samo u korist zaposlenih, već i poslodavaca. Često se zaboravlja da je za određene poslove potrebno iskustvo. Skoro nijedna zahtevnija delatnost ne može se uspešno obavljati bez obučenih i iskusnih radnika, koji neguju „korporativno znanje".[52]

Supio u svom Izveštaju pominje da živimo u svetu nesigurnog rada u kojem je rizik u znatnoj meri prenesen sa preduzeća na radnike. Kada profit počne da opada, poslodavci žele da ga vrate brzim merama - otpuštanjem i fleksibilizacijom radne snage. U ovakvom, »fluidnom društvu« (kako ga Supio naziva), treba pružiti nužnu sigurnost u vremenu prelaza iz jednog u drugi socijalni status, što znači – obezbediti pravnu zaštitu i materijalnu sigurnost radnicima koji su se zatekli u »tranzicionim intervalima«.[53] Supio takođe smatra da se individualna sigurnost, zajedno sa brojnim socijalnim pravima, mora rekonstruisati, ali ne tako da to bude „slučajna sigurnost" spram izuzetnih poslovnih rizika.[54]

---

[48] V. Puljiz, op. cit, str. 111.

[49] Koncept „pristojnog rada" prihvatile su i UN (2005) i EU (2006). Videti više: *Promoting Decent Work for All, The EU Contribution to the Implementation of the Decent Work Agenda in the World,* Commission of the European Communities, Brussels, COM (2006) 249, *{SEC(2006) 643}*,24 May 2006, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006DC0249:EN:NOT>; *European Parliament resolution of 11th July 2007 on modernising labour law to meet the challenges of the 21st century* (2007/2023(INI)); *Decent Work Agenda 2000,* <http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Mainpillars/WhatisDecentWork/Lang--en/index.htm>.

[50] A. Supiot, navedeni tekst.

[51] Za koju se zalaže Šmid. G. Schmid, *The future of employment relations, Goodbye 'Flexicurity' – welcome back transitional labour markets?* Amsterdam Institute for Adva-ced Labour Studies, University of Amsterdam, Amsterdam, 2010, str. 36.

[52] Videti više: C. Duncan, *Assessing Anti-ageism Routes to Older Worker Re-engagement*, Work Employment & Society March 2003, vol. 17 no. 1, str. 101, 111.

[53] Videti više: V. Puljiz, op. cit. i A. Supiot, navedeni tekst.

[54] A. Supiot, op. cit, str. 622.

Glavni činilac borbe za sigurnost mora da bude usmeren na neutralizaciju nesigurnosti.

Da bi se izbegle zlupotrebe fleksibilizacije rada (kao sredstva eksploatacije), Cazes i Nesporova predlažu da, ukoliko se ovakav rad konstantno upotrebljava, treba predvideti transfer „fleksibilnih radnika" u stalni radni odnos. Takođe, smatraju da bi države trebalo više da se usmere na zapošljavanje, nego na deregulaciju.[55] Zapažaju i da se fleksibilizacija, upravo zbog izbalansiranosti, mnogo bolje pokazala u razvijenim evropskim zemljama, nego u državama u tranziciji, gde je imala mnoge kontraproduktivne efekte.[56]

Dakle, suština uspešne politike fleksibilizacije rada podrazumeva izbalansiranu – koordiranu (pravednu) fleksibilizaciju, u kojoj će postojati podela rizika između zaposlenog, poslodavca i društva.[57] To znači da će se, između ostalog, zaposlenima u slučaju gubitka posla garantovati mirna tranzicija između jednog i drugog zaposlenja, uz odgovarajuću naknadu i druge mere koje će omogućiti da se očuva socijalnu sigurnost i podstakne zapošljivost (stručno obrazovanje i druge mere). Takođe, uspešnu fleksibilizaciju bi trebalo da odlikuje: 1) aktivan i inovativan pristup svih subjekata – države, zaposlenih, poslodavaca, organizacija socijalnih partnera promenama u domenu rada i socijalne sigurnosti („aktivna socijalna sigurnost u uslovima neizvesnosti"), 2) aktivna politika zapošljavanja i kreiranje poslova, 3) pravičnost i solidarnost (podela tereta i spremnost na žrtvovanje svih strana, a ne samo zaposlenih), 4) profesionalni status zaposlenih trebalo bi da se koncipira tako da se garantuje kontinuitet karijere, a ne radnog odnosa,[58] 5) puno izjednačavanje u pogledu uslova rada i prava na radu zaposlenih u fleksibilnim formama rada sa stalno zaposlenima (mogućnost ustavršavanja, napredovanja, obuke za zaštitu na radu, profesionalnog organizovanja), 6) zaključivanje kolektivnih ugovora za ove grupe radnika.[59]

---

[55] Sličnog je stanovišta je i Šmid. Videti više: S. Cazes, A. Nesporova, op. cit, str. 52; G. Schmid, op. cit, str. 42.

[56] S. Cazes, A. Nesporova, op. cit, str. 23;

[57] G. Schmid, op. cit, str. 36.

[58] O ovome i „aktivnoj socijalnoj sigurnosti u uslovima neizvesnosti" videti više: A. Supiot, op. cit, str. 627.

[59] Kao što je to npr. učinjeno u EU, gde su između reprezentativnih evropskih organizacija zaposlenih i poslodavaca zaključeni: Okvirni sporazum o radu sa nepunim radnim vremenom – 1997. godine, Okvirni ugovor o radu na određeno vreme – 1999. godine (koji su pretočeni i u obavezujuće direktive od strane EU), Okvirni sporazum o radu uz pomoć informacione tehnologije, iz 2002.

Fleksibilizacija rada i ekonomije podrazumeva i odgovarajuće društveno okruženje. Najprirodnije društveno okruženje za fleksibilan rad je otvorena, dinamična, ali istovremeno i stabilna tržišna privreda, koja počiva na vladavini prava i gde se uvažavaju postulati socijalne države (solidarnost, dostojanstvo, humanizam, socijalna pravda, socijalna i pravna sigurnost). Da bi se takva država uspostavila potrebno je sledeće: 1) smanjenje javnog sektora i privatizacija većine javnih preduzeća (uz redukovanje broja državnih službenika); 2) reregulacija (a ne deregulacija) tržišta rada (zasnovana na fleksibilnosti pomirenoj sa socijalnom sigurnošću i socijalnom pravdom);[60] 3) reforma i racionalizacija sistema socijalnog osiguranja; 4) otvaranje tržišta robe i kapitala, uz kreiranje privlačnih i stabilnih institucionalnih uslova za strane investitore; 5) uspostavljanje neutralnog poreskog sistema (koje će pratiti smanjenje poreza, doprinosa i drugih opterećenja privrede), 6) vladavina prava (naročito kvalitetan i brz sudski sistem), 7) dinamično obrazovanje (koje će pomiriti tradicionalne vrednosti u obrazovanju sa društvenim promenama).[61]

5) FLEKSIBILNI OBLICI RADA U SRBIJI

Pod uticajem ekonomske krize i ideja koje su dolazile iz EU o načinu njenog prevazilaženja u domenu rada (modernizacija i fleksibilizacija organizacije rada), na prelazu između dva milenijuma u Srbiji jača ideja o potrebi deregulacije i fleksibilizacije radnog prava. Godine 2001. usvojen je novi Zakon o radu koji je doneo vidno izmenjen pristup materiji radnih odnosa.[62] Ovaj zakon je počivao na neo-liberalnoj koncepciji, što je dovelo do toga da su ovlašćenja poslodavca značajno povećana, pri čemu su mnoge procedure uprošćene (kao npr. zapošljavanje, raspoređivanje, disciplinski postupak, otkazivanje i rešavanje viškova). Zakon je uveo i znatno širu mogućnost primene fleksibilnih vidova zapošljavanja. Sve zajedno je trebalo da doprinese deregulaciji i većoj fleksibilnosti u domenu rada, u cilju povećanog zapošljavanja, konkurentnosti i privlačenja stranih investicija. Ipak, pokazalo se da ovakav zakon nije odgovarao prilikama i mentalitetu. Omogućio je velike zloupotrebe od strane poslodavaca,

[60] Mora doći do umerene liberalizacije režima odvijanja rada, pri čemu bi trebalo obezbediti da teret fleksibilizacije ekonomije ne padne isključivo na radnike i nezaposlene (kao što se desilo u većini zemalja u tranziciji). Uporediti: V. Gotovac, op. cit, str. 432.

[61] Videti više u ranije pomenutom radu S. Jašarević. Doduše, neke ranije stavove o okruženju potrebnom za „pravedenu fleksibilizaciju“ smo u međuvremenu revidirali.

[62] Zakon je objavljen u Službenom glasniku Republike Srbije, br. 70/2001, 73/2001.

te se 2005. godine donosi novi, manje liberalan Zakon o radu.[63] Taj Zakon je preuzeo mnoga korisna rešenja iz prethodnog, između ostalog i ona koja su se odnosila na širu upotrebu oblika fleksibilnog rada, ali je postavio racionalnije okvire za njihovo korišćenje.[64]

Aktuelni Zakon o radu o radu predviđa sledeće fleksibilne vidove zapošljavanja: 1) rad na određeno vreme, 2) rad sa nepunim radnim vremenom, 3) radni odnos za obavljanje poslova van prostorija poslodavca, 4) rad sa kućnim pomoćnim osobljem, 5) privremeni i povremeni poslovi, 6) rad po ugovoru o zastupanju ili posredovanju i 7) samozapošljavanje. Od oblika fleksibilnog rada koji se masovnije koriste u poslednje vreme, u Zakonu nije uređeno jedino privremeno agencijsko ustupanje zaposlenih. Ono je bilo predviđeno u nekim nacrtima izmena Zakona o radu koji su sačinjavani proteklih godina, te očekujemo da bude uskoro uređeno u Srbiji.[65] Ostali oblici fleksibilizacije rada koji se koriste u svetu (fleksibilna organizacija rada i radnog vremena i dr) u zakonodavstvu Srbije se ne pominju.

Za sada se fleksibilni oblici rada kod nas veoma malo upotrebljavaju (osim rada na određeno vreme). Može se zapaziti i da nije došlo do funkcionalne, već samo formalne fleksibilizacije.[66] U tom smislu, kao osnovnu manu zakonske regulative istakli bismo da su, sa jedne strane, suviše neprecizni uslovi za korišćenje atipičnih oblika rada, što poslodavci masovno zloupotrebljavaju. Sa druge strane, ponegde je država postavila preuske okvire za radno angažovanje lica kod ovih poslova. Trebalo je da ti uslovi budu zaista fleksibilizovani, ali uz dodatne garancije za sprečavanje zloupotreba, puno pravno i faktičko izjednačavanje zaposlenih koji rade u fleksibilnim formama rada sa stalno zaposlenima i brigu o socijalnoj sigurnosti viškova koji nastanu usled promena.[67]

---

[63] Sl. glasnik RS, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009.

[64] Npr. rok za rad rad na određeno vreme skraćen je sa 3 godine, na godinu dana (ovaj rok strani investitori smatraju suviše kratkim – rešenje je, izgleda, negde između); mogućnost obavljanja privremenih i povremenih poslova svedena je sa 180 radnih dana, na 120 dana i sužen je krug lica koji može da obavlja ove poslove.

[65] O uslovima za obavljanje ovih poslova videti više: čl. 31, 37, 39-46, kao i deo XVIII Zakona (Posebne odredbe – 1. Rad van radnog odnosa, čl. 197-203).

[66] Slično je i u zemljama u okruženju. Videti npr: V. Gotovac, op. cit, str. 431 (za Hrvatsku); S.Jašarević, I. Rozić, A. Bilić, op. cit. (za Srbiju, BiH i Hrvatsku).

[67] Npr. kod privremenih i poremenih poslova, angažovana lica imaju pravo na penzijsko i invalidsko, zdravstveno i osiguranje za slučaj nezaposlenosti. O ostalim pravima se u Zakonu ne govori, što otvara mogućnost za nejednak tretman (npr. da ovi radnici budu manje plaćeni za poslove iste složenosti, da nemaju pravo na stručno usavršavanje, obuku za zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu, sindikalno organizovanje, napredovanje, konkurisanje na internim konkursima).

Zaključili bismo da za sada fleksibilizacija režima rada zaposlenima u Srbiji nije donela skoro ništa pozitivno, osim smanjene sigurnosti zaposlenja, opšteg snižavanja životnog standarda i segmentacije radne snage (usled nedovoljne zaštite u praksi zaposlenih angažovanih u fleksibilnim formama rada, koji su u „drugorazrednom" položaju u odnosu na stalno zaposlene). Država i sindikati bi trebalo da se ozbiljnije potrude da ova lica dobiju adekvatnu zaštitu i jednak tretman sa ostalim zaposlenima. Time bi se suštinski, a ne samo formalno doprinelo fleksibilnosti rada, odnosno „fleksigurnosti" - umesto samo fleksibilnosti.

6) ZAKLJUČAK

Fleksibilizacija rada predstavlja danas ekonomsku i socijalnu nužnost. Putevi i metodi fleksibilizacije su različiti. Njihove posledice mogu da budu kako pozitivne, tako i negativne - po zaposlene, poslodavce, pa i celu ekonomiju. Suština pravilnog pristupa je da se obezbedi izbalansirana, koordinirana i pravedna fleksibilizacija ekonomije i radnih odnosa, kod koje će se voditi računa ne samo o fleksibilnosti, već i o socijalnoj sigurnosti zaposlenih i njihovih porodica (tzv. fleksigurnost).

Imajući u vidu uporedna iskustva, smatramo da je Srbija u pogledu fleksibilizacije rada na samom početku. Nije došlo do funkcionalne, već samo formalne fleksibilizacije. Trenutno su jedini oblici fleksibilnog rada predviđeni u nesavršenim odredbama Zakona o radu, dok se u praksi fleksibilnost uglavnom svodi na samovolju poslodavaca, nekontrolisano otpuštanje (od strane poslodavaca i države) i nepravilnu primenu pojedinih vidova fleksibilnog rada (npr. rada na određeno vreme i povremenih i privremnih poslova). Nedostaju rešenja za kvalitetno socijalno zbrinjavanje i alternativno zapošljavanje sve veće „armije nezaposlenih". Takođe, trebalo bi raditi i na pravnom i faktičkom izjednačavanju lica koja rade u fleksibilnim formama rada sa stalno zaposlenima, sa tendencijom da se i oni trajno zaposle, čime bi se doprinelo popularnosti ovih vidova radnog angažovanja.

Senad Jašarević, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad

Flexible Work – Right Solution or Fallacy

Abstract

Flexibilization of labor is one of the most common ways to increase the efficiency and adaptability of the economy and companies in times of crisis and globalized economy. Flexibility of work can be internal, external, micro, macro, functional, numerical, financial. Ways of flexibilization can be quite diverse, ranging from deregulation of labor law regulations, through wider use of atypical forms of employment, flexible working time and work organisation, etc. Although labor flexibilization brings numerous benefits, it is also accompanied by many negative aspects. Flexibilization of labor may be harmful if it is carried out haphazardly and if it is not balanced with measures intended to preserve social security for workers during periods of change.

Key words: work, labour relations, flexibility

Originalni naučni rad 343.143-053.9
doi:10.5937/zrpfns46-3071

Dr Snežana Brkić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PSIHOLOŠKI ASPEKTI SVEDOČENJA STARIH LICA[1]

***Sažetak**: Starost, sama po sebi, ne isključuje neko lice kao potencijalnog svedoka, ali predstavlja faktor koji može uticati kako na taktiku ispitivanja svedoka, tako i na ocenu verodostojnosti njegovog iskaza. Zbog toga treba poznavati specifičnosti onih psihičkih funkcija starih lica, koje su tesno povezane sa davanjem svedočkog iskaza. Najvažnije takve funkcije su opažanje i pamćenje. Kod starih lica, po pravilu, dolazi do slabljenja čulne osetljivosti, slabljenja pamćenja, opadanja inteligencije, usporavanja psihomotornih funkcija, kao i negativnog upliva emocionalnih i motivacionih procesa na opažanje. Međutim, treba imati u vidu da u tom pogledu kod starih lica mogu postojati velike individualne razlike. Zbog toga se, generalno, ne treba odricati takvih lica kao svedoka u krivičnom postupku. Sudija uvek treba da proveri stepen očuvanosti čula svedoka, postavljanjem pitanja svedoku, izvođenjem sudskog eksperimenta, a po potrebi i psihološkom ekspertizom. Osobenosti starih lica kao svedoka treba uvažiti i prilikom njihovog ispitivanja. U tom smislu, daju se određene preporuke u pogledu mesta, vremena i načina njihovog ispitivanja, koji moraju biti takvi da omoguće tačan i potpun iskaz, s jedne strane, kao i da onemoguće štetno dejstvo vođenja krivičnog postupka na psihu svedoka, s druge strane.*

***Ključne reči**: svedok, stara lica, opažanje, pamćenje, čulna osetljivost, iskustvo, inteligencija, emocije, motivi, sugestibilnost*

[1] Ovaj rad je posvećen projektu „Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo“, koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije

1. Uvodna razmatranja

Savremena procesna zakonodavstva ne poznaju ustanovu apsolutno nesposobnih svedoka. Svojstvo svedoka se može imati bez obzira na uzrast, stanje psihičkog i fizičkog zdravlja, telesne nedostatke, raniju osuđivanost, itd. Dakle, uzrast, sam po sebi, ne isključuje neko lice kao potencijalnog svedoka, ali predstavlja faktor koji može uticati kako na taktiku ispitivanja svedoka, tako i na ocenu verodostojnosti njegovog iskaza. Zbog toga je razumljivo što je uzrast svedoka jedno od nezaobilaznih mesta u udžbenicima sudske psihologije. Međutim, u ostaloj sudskopsihološkoj literaturi nisu podjednako teorijski i istraživački zastupljene sve faze u razvoju čoveka. Teorija se intenzivno bavila decom i maloletnicima kao svedocima, dok je problematika starih lica kao svedoka ostala zapostavljena. Ta činjenica je u suprotnosti sa oživljavanjem interesa za stare ljude u oblasti drugih naučnih disciplina. Takav pojačani interes u drugim naučnim oblastima je posledica sociodemografskih promena u industrijski razvijenim zemljama. Te promene odnose se na ubrzani porast broja starih lica, kao i na porast prosečne dužine života stanovništva. Sve do XVIII veka procenat lica starijih od 60 godina veoma malo se menjao i kretao se oko 8,8%. Do sedamdesetih godina XX veka, taj postotak se u nekim zemljama udvostručio. U SAD je 1850. godine bilo svega 2,5% lica starijih od 65 godina; 1900. godine 4,1% a sedamdesetih godina 9%.[2] Prema nekim demografskim procenama, u Francuskoj će 2025. godine biti 18,5% a 2050. godine 20,4% lica starijih od 65 godina.[3] Prema drugim procenama, u razvijenom svetu će 2020. godine biti približno oko 40% ljudi starijih od 65 godina, a 2030. godine biće ih više od 50%.[4] Pre svega zahvaljujući opadanju smrtnosti dece i opadanju nataliteta, prosečan životni vek u Francuskoj popeo se na 68 godina za muškarce i 75 godina za žene, a u SAD na 71 godinu za muškarce i 77 godina za žene.[5] Slična situacija je i u drugim razvijenim zemljama. Ove cifre nam govore da je od marginalnog, star čovek na putu da postane najuobičajenija kategorija građanina.[6] Samim tim, povećava se verovatnoća da se ukaže potreba za saslušanjem starih lica kao svedoka.

Najvažnija svedočka obaveza je davanje svedočkog iskaza. Iskaz u psihološkom smislu predstavlja saopštavanje određenih psihičkih sadrža-

[2] Navedeno prema Simon de Bovoar, Starost I, BIGZ, Beograd, 1987, str. 263-264.

[3] Žorž Minoa, Istorija starosti od antike do renesanse, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Sremski Karlovci – Novi Sad, 1994, str. 13.

[4] Vid Pečjak, Psihologija treće životne dobi, Prosvjeta, Zagreb, 2001, str. 12.

[5] Simon de Bovoar, navedeno delo, str. 264. Prema navodima istog pisca, smrtnost dece je za jedan vek opala sa 40% na 2,2%.

[6] Žorž Minoa, navedeno delo, str. 13.

ja, što omogućavaju četiri međusobno povezana psihička procesa: opažanje, pamćenje, mišljenje i saopštavanje (iskazivanje).[7] Da bi se faza ocene svedočkog iskaza valjano obavila, neophodno je da sudija raspolaže i određenim znanjima iz oblasti psihologije, kriminalistike, logike i drugih vanpravnih disciplina. Sudija, između ostalog, treba dobro da poznaje suštinu osnovnih psihičkih funkcija, koje su od značaja za uspešno obavljanje pravosudne delatnosti i pravilnu primenu prava. Ovaj rad predstavlja skroman pokušaj unapređenja znanja u toj oblasti, sa stanovišta opšte i razvojne psihologije. Pri tome, treba imati u vidu da psihički život čoveka nije statička, već dinamička kategorija. koja se menja tokom života. Naša razmatranja ćemo ograničiti na specifičnosti procesa opažanja i pamćenja starih lica.

Starost treba razlikovati od starenja: starenje je proces a starost je produkt tog procesa.[8] Starenje se može definisati kao proces promena u smislu opadanja, koji je u korelaciji sa proticanjem vremena, a postaje vidljiv posle zrelosti i neizbežno se završava smrću individue.[9] Pri tome se najčešće misli na period od dvadesete godine do kraja života. Zbog individualnih razlika u tempu starenja otežana je psihološka periodizacija starosti. Zbog toga ne treba da čudi što se početak starosti vezuje za različite godine života: 65 godina,[10] 70 godina[11] ili 75 godina.[12] Polazeći od toga da prosečno trajanje života u razvijenim zemljama iznosi 75 godina, konstatuje se da poslednja trećina života počinje nakon 50. godine, zbog čega se naziva treća životna dob. To razdoblje neki dele na četiri vremenska perioda: 1) od 50. do 60. godine (kasna srednja dob); 2) od 60. do 70. godine (mlađa starost); 3) od 70. do 80. godine (srednja starost) i 4) posle 80. godine (visoka starost).[13] Generalno, moglo bi se reći da staračko doba nastupa u onom periodu života kada se jave i objektivni i subjektivni znaci zastoja i nazadovanja na biološkom, psihološkom i socijalnom planu.[14]

---

[7] Mihjlo Aćimović, Psihologija zločina i suđenja, Savremena administracija, Beograd, 1987, str. 205; Nataša Delić, Psihologija iskaza pojedinih učesnika u krivičnom postupku, Dosije, Beograd, 2003, str. 27.

[8] Vera Smiljanić, Psihologija starenja, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd, 1987, str. 17.

[9] Navedeno prema Veri Smiljanić, navedeno delo, str. 14.

[10] Tako Ananjev, naveden prema Veri Smiljanić, navedeno delo, str. 17; Simon de Bovoar, navedeno delo, str. 18; Mihajlo Aćimović, navedeno delo, str. 366.

[11] Bromli, naveden prema Veri Smiljanić, navedeno delo, str. 17.

[12] Biren, naveden prema Veri Smiljanić, navedeno delo, str. 17.

[13] Vid Pečjak, Psihologija treće životne dobi, Prosvjeta, Zagreb, 2001, str. 21.

[14] Sulejman Hrnjica, Opšta psihologija sa psihologijom ličnosti, Naučna knjiga Nova, Beograd, 2005, str. 155.

U psihologiji je formulisan princip heterohronosti, po kome razne strukture organizma nastaju, razvijaju se i stare u razna vremena. U pravilu, čovek opada fizički pre nego mentalno; pojedine mentalne funkcije stare pre nego druge; oseti nekih čula počinju da opadaju rano a verbalne sposobnosti kasnije, itd. Međutim, heterohronost starenja delova ne isključuje sinhronost starenja organizma kao celine.[15] Sovjetski gerontolozi ukazuju na postojanje dve vrste starenja: fiziološkog i patološkog. Fiziološko starenje je postepeno harmonično slabljenje životnih funkcija pri očuvanju adaptacionih i kompenzatorskih mogućnosti organizma, koji obezbeđuju njegovu ravnotežu na novom nivou. Patološko starenje je rezultat patoloških dejstava pri vidljivim oštećenjima adaptacionih i kompenzacionih mehanizama a karakteriše ih disharmonija životnih procesa.[16] Dakle, moguće je prirodno, fiziološko doživljavanje duboke starosti, zbog čega se ne može prihvatiti shvatanje da je starost bolest. Mi ćemo se u ovom radu baviti prevashodno specifičnostima procesa opažanja i pamćenja u uslovima fiziološkog starenja.

2. Procesi opažanja starih lica

2.1. Pojam opažaja i oseta

Opažanje je psihički proces kojim na osnovu čulnih podataka i drugih saznajnih procesa dobijamo neposredno saznanje o predmetima i pojavama. Proces opažanja započinje delovanjem draži na ljudska čula. Draži su različiti oblici energije (fizičke, hemijske, mehaničke, toplotne i druge), koja deluje kao stimulans na naše čulne organe, izaziva nervno uzbuđenje i provodi se nervnim putevima do kore velikog mozga. Čovek je stalno izložen delovanju velikog broja draži, ali ne reaguje na svaku od njih, već pri tome pravi selekciju među njima. Ali i one draži na koje reaguje, čovek ne prima svaku za sebe pojedinačno ili kao sumu draži, već ih prima i zapaža kao određene celine. Tim celinama on pridaje određeni smisao na osnovu svog iskustva i znanja i doživljava ih kao sasvim određene objekte u svojoj okolini. Opažanje je zbog toga složen psihički proces, koji se sastoji od selekcije između draži koje deluju na naša čula, njihovog organizovanja u celine i tumačenja tih celina.[17] Neposredno reagovanje na draži posredstvom naših čulnih organa čini osnovu i početak opažanja, a određeni saznajni procesi čine njego-

[15] Vera Smiljanić, navedeno delo, str. 16.

[16] Spasovski, naveden prema Veri Smiljanić, navedeno delo, str. 18.

[17] Nikola Rot, Opšta psihologija, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd, 1976, str. 67.

vu nadgradnju. Zbog toga se u opštoj psihologiji pravi razlika između oseta i opažaja. Oset je prvi i najjednostavniji psihički fenomen u procesu opažanja, koji predstavlja odraz samo neposrednih karakteristika draži na naša čula. Oset je, dakle, najelementarniji vid saznanja, koji se odnosi na psihofizički odnos draži i neposrednog doživljaja, prvenstveno posredovanog fiziološkim mehanizmima. Opažaj je složen psihički proces koji obuhvata skup oseta praćenih našim iskustvom i znanjem o predmetu opažanja.[18]

Iako je, apstraktno uzev, mehanizam nastanka oseta i opažaja isti kod svih ljudi, postoje neke kategorije lica kod kojih se javljaju izvesne specifičnosti pri opažanju. Na procese opažanja deluje mnoštvo faktora, koji mogu da se klasifikuju na razne načine.[19] Mi ćemo za osnov naše klasifikacije uzeti Zvonarevićevu podelu na objektivne i subjektivne faktore. U objektivne faktore spadaju karakteristike objekta opažanja i uslovi pod kojima se vrši opažanje. Subjektivni faktori su vezani za osobenosti lica koje opaža. Kako se mi u ovom radu bavimo samo jednom posebnom kategorijom lica (starim licima), ograničićemo se na prikazivanje subjektivnih faktora i to onih, kod kojih postoje neke specifičnosti vezane za stara lica.

2.2. Subjektivni faktori opažanja starih lica

2.2.1. Anatomski faktor i perceptivne sposobnosti svedoka

Anatomski faktor čini organsku osnovu opažanja a sastoji se od čulnog organa, nervnih puteva i nervnog centra.[20] Razvijenost i ispravnost ovih organa je uslov ispravnosti i potpunosti opažaja. U toku starenja dolazi do određenih bioloških promena u čulnom aparatu, usled kojih on gubi svoja prvobitna svojstva, dolazi do raznih deformacija i oštećenja, koja utiču na smanjenje perceptivne sposobnosti. Perceptivna sposobnost je sposobnost razlikovanja raznih kvaliteta, intenziteta i odnosa među draži-ma u okviru jednog čulnog modaliteta.[21] U tom smislu govori se i o čulnoj osetljivosti, kao o sposobnosti reagovanja na nadražaje.[22] Ljudi se razlikuju u pogledu opšte osetljivosti tj. sposobnosti da registruju i odrede vrstu draži raznog stepena intenziteta. Kod starih lica dolazi do opadanja

[18] Ivan Kostić, Kriminalistička psihologija, Viša škola unutrašnjih poslova, Beograd, 1998, str. 61.

[19] Videti npr.Mladen Zvonarević, Socijalna psihologija, Zagreb, 1989, str. 94; Ivan Kostić, navedeno delo, str. 64; Nataša Delić, navedeno delo, str. 32-36.

[20] Ivan Kostić, navedeno delo, str. 64; Nataša Delić, navedeno delo, str. 35.

[21] Sulejman Hrnjica, navedeno delo, str. 223.

[22] Vid Pečjak, navedeno delo, str. 47.

perceptivnih sposobnosti u oblasti svih čula. Međutim, treba napomenuti da su mogući i izuzetni slučajevi ponovnog uspostavljanja pune čulne osetljivosti (naročito za vid i sluh) u doba starosti.[23]

2.2.1.1. Čulo vida

Oko je čulni organ koji omogućuje prijem elektromagnetnih talasa dužine od 360 do 780 mm. Preko ovog čula čovek dobija najveći broj informacija o okolini.[24] Oko nam omogućuje da razlikujemo razne kvalitete boja, svetlinu, oblik, veličinu, udaljenost i kretanje predmeta. Najvažniji deo oka je mrežnjača. Nju čine dve vrste nervnih ćelija: kratke ćelije u obliku čepića, koje omogućavaju opažanje hromatskih boja i izdužene ćelije u obliku štapića, koje omogućavaju razlikovanje svetlina raznog intenziteta. Čepići su najgušće raspoređeni u sredini oka, u čijem centru se nalazi tzv. žuta mrlja, koja predstavlja mesto najjasnijeg viđenja pri dnevnom svetlu. Prema periferiji oka ima sve manje čepića a sve više štapića. U nervnim ćelijama nalazi se fotoosetljiva hemijska supstanca. Kada na nju deluju svetlosni talasi, u nervnim ćelijama dolazi do uzbuđenja, koje se nervnim putevima prenosi do potiljačnog dela kore velikog mozga.[25]

Smanjenje osetljivosti čula vida u toku starenja posledica je bioloških promena u čulnom aparatu a ogleda se u: smanjivanju oštrine vida, smanjivanju adaptacije na mrak, smanjenoj sposobnosti razlikovanja boja i sužavanju vidnog polja.

2.2.1.1.1. Smanjenje oštrine vida

Pod oštrinom vida podrazumeva se viđenje najmanjeg objekta na datom rastojanju i pod određenim osvetljenjem. Kod male dece oštrina vida je relativno slaba i poboljšava se do mlađeg školskog uzrasta, a prema nekima do 25. godine. Nakon toga, oštrina vida neznatno opada u toku nekoliko decenija. Posle 50. godine, opadanje oštrine vida je primetno.[26]

Oštrina vida raste sa intenzitetom svetlosti. Najslabija je u mraku, kada funkcionišu samo štapići. Jedan od uzroka smanjenja oštrine vida u

[23] Janko Drča, Starost i starenje, Gerontološki centar Novi Sad, Novi Sad, 1993, str. 42.

[24] Oko 90% svih oseta koje imamo, čine vidni oseti (nikola Rot, navedeno delo, str. 72; Dragan Krstić, Psihološki leksikon, Savremena administracija, Beograd, 1996, str. 97.

[25] Sulejman Hrnjica, navedeno delo, str. 240.

[26] Vera Smiljanić, navedeno delo, str. 51.

toku starenja jeste smanjenje pupile ili zenice, čime se smanjuje i količina svetlosti koja pada na mrežnjaču.[27] Koliki značaj ima smanjivanje zenice za oštrinu vida, pokazuju podaci do kojih je došao Trendelenburg. Širina zenice kod dvadesetogodišnjaka iznosi 4,7 mm na dnevnom svetlu i 8 mm u mraku, dok kod osamdesetogodišnjaka ona iznosi 2,3 mm na dnevnom svetlu i 2,5 mm u mraku.[28] Zato je vizuelna percepcija starih osoba pri slabom osvetljenju, u sumraku i noću, dosta slaba a najbolja je pri dobrom dnevnom svetlu.

Drugi uzrok smanjenja oštrine vida u toku starenja jesu promene u očnom sočivu. Sočivo je načinjeno od epitelnog tkiva, slično koži, kosi i noktima. Ono raste tokom života, ali za razliku od kože, sočivo se ne može osloboditi dodatnih ćelija. Umesto toga, ono postaje kompaktnije i tvrđe i zbog toga manje fleksibilno.[29] Posledica toga je smanjenje akomodacije očnog sočiva za viđenje predmeta na blizinu. Prema nekim istraživanjima, promene u spoljnim delovima oka (rožnjači, sočivu, mišićima i sl), koji utiču na prenos svetlosnih talasa i vidnu sposobnost, postaju važne u dobi između 55 i 65 godina života. Zato, više od polovine stanovništva u srednjim četrdesetim godinama ima potrebu za korekcijom vida, a u kasnim pedesetim godinama tu potrebu praktično ima svako.[30] U dobi od 75 godina loš vid je uobičajen. Dakle, u poodmaklim godinama života dalekovidost je česta pojava. Međutim, treba imati u vidu da se ovde ne radi o pravoj dalekovidosti, već o tzv. staračkoj vidljivosti,[31] koja podrazumeva potrebu za nošenjem dve vrste naočara. i za blizinu i za daljinu. Zato uvek treba utvrditi ne samo da li je stara osoba prilikom opažanja imala naočare, nego i o kojim naočarima se radi. Ako je stara osoba u momentu izvršenja krivičnog dela čitala knjigu sa naočarima za blizinu, pa je podigla pogled sa knjige, njeno opažanje objekata na daljem rastojanju po pravilu će biti loše, zbog neodgovarajuće dioptrije, ali i zbog slabe akomodacije očnog sočiva.

Kod starijih ljudi oštrina vida može oslabiti i zbog toga što sočiva postaju manje prozirna. Zamućeno sočivo može dovesti do ozbiljnog oštećenja vida, jer onemogućava ili rasipa ulazno svetlo. Zamućeno sočivo ima za posledicu i bleštanje odnosno rasipanje svetlosnih talasa prili-

---

[27] Vera Smiljanić, navedeno delo, str. 51.

[28] Navedeno prema Nevenka Gruzinov-Milovanović, Psihološko-kriminalistički aspekti svedočenja starih osoba, Priručnik, 5/1989, str. 447.

[29] K. Warner, Sherry L. Willis, Psihologija odrasle dobi i starenja, Naklada Slap, Jastrebarsko, 2000, str. 405-406.

[30] K. Warner, Sherry L. Willis, navedeno delo, str. 405.

[31] Roland Grasberger, Psihologija krivičnog postupka, Veselin Masleša, Sarajevo, 1958, str. 30.

kom ulaska u oko. Bleštanje ograničava stara lica jer im treba jače osvetljenje da bi videli bolje, ali više svetla povlači još veće teškoće sa bleštanjem. Problem bleštanja naročito postoji u uslovima noćne vožnje. Blještavo svetlo, naročito ako je difuzno ili dolazi iz više izvora, može dovesti do zaslepljenosti, koja onemogućava percepciju.[32]

Kod starih ljudi često se javlja i staračka katarakta (izuzetno zamućeno očno sočivo), koje još više pogoršava ionako oslabljenu oštrinu vida. Uzroci katarakte nisu pouzdano utvrđeni, ali ima shvatanja da bi to mogla biti posledica povišenog nivoa šećera u krvi, kao i preteranog ultraljubičastog zračenja. Prema podacima američkog Nacionalnog centra za zdravstvenu statistiku, katarakta se javlja kod 20 – 25% osoba iznad 75 godina.[33] Biren navodi da je katarakta nađena kod 61% starih lica.[34] Oboleli od katarakte percipiraju objekte tek kao nejasne siluete, ne uspevajući često da prepoznaju ni članove najuže porodice, dok im ne priđu sasvim blizu. Pošto se ove teškoće ne mogu korigovati naočarima, od ovakvih lica kao svedoka sasvim sigurno nema velike koristi, ako su u pitanju činjenice opažene čulom vida.

Pored promena u oku kao celini, javlja se i druga vrsta promena u vezi sa receptorom za svetlo na mrežnjači. Smanjeni dotok krvi „izgladnjuje" ćelije mrežnjače, što ima za posledicu njihovo uništenje ili loše funkcionisanje. Ovakve promene mogu biti izazvane bolešću, uz normalno starenje. Oštećenje ćelija mrežnjače dešava se u dobi od 55 do 65 godina. Jedna lakša bolest mrežnjače je staračko propadanje žute mrlje. Oboljenje počinje postepeno i napreduje dok oštrina vida ne dođe na 20/50 i 20/100 normalne oštrine vida. Čitanje tada postaje izrazito teško a televizijski ekran se vidi samo kao mrlja. Periferijski vid nije oštećen, tako da oboleli može da funkcioniše u poznatoj okolini. Razorniji oblik te bolesti, koju prati izliv krvi, može da uništi nervno tkivo žute mrlje. Oko 60% lica obolelih od ove bolesti potpuno je slepo u roku od pet godina nakon prvog gubitka vida.[35]

Oštećenje mrežnjače u starijoj dobi može biti uzrokovano i glaukomom. Rastući pritisak u oku praćen je atrofijom očnog živca i abnormalnostima u vidnom polju. Longitudinalna i transferzalna istraživanja pokazuju značajan porast glaukoma u dobi od 60 do 85 godina.[36] Bilo kakvo oštećenje mrežnjače direktno utiče na vid: smanjuje se oštrina vida, osetljivost na niske intenzitete osvetljenja, kao i sposobnost prepoznavanja boja.

---

[32] Nevenka Gruzinov-Milovanović, navedeno delo, str. 449.
[33] Navedeno prema K. Warner, Sherry L. Willis, navedeno delo, str. 407.
[34] Navedeno prema Nevenki Gruzinov-Milovanović , a navedeno delo, str. 448.
[35] K. Warner, Sherry L. Willis, navedeno delo, str. 409.
[36] K. Warner, Sherry L. Willis, navedeno delo, str. 409.

U toku starenja dolazi do slabljenja i nekih očnih mišića. Zbog toga lica starija od 40 godina znatno teže podižu pogled bez podizanja glave. To može biti problem pri čitanju saobraćajnih znakova iznad glave ili pri uočavanju viših saobraćajnih svetala. Zbog slabljenja vida, kod starih osoba se mogu javiti i teškoće u pouzdanom opažanju kontura i perspektive.[37]

2.2.1.1.2. Smanjenje adaptacije na mrak

Čulna adaptacija predstavlja prilagođavanje senzornih elemenata pri relativno trajnom draženju.[38] Adaptacija čula vida podrazumeva i smanjenje i povećanje osetljivosti. Kod čula vida razlikujemo adaptaciju na svetlo i adaptaciju na mrak. U slučaju adaptacije na svetlo, dolazi do smanjenja osetljivosti usled prelaska iz mračne u osvetljenu prostoriju. Prilikom adaptacije na mrak dolazi do znatnog povećanja osetljivosti čula vida. Do adaptacije na mrak dolazi kada iz osvetljene uđemo u mračnu prostoriju. U početku ne vidimo ništa, ali se naša osetljivost postepeno povećava i mi vidimo sve više, da bi se maksimalna osetljivost postigla posle 30 – 40 minuta.[39] Sposobnost adaptacije na mrak izrazito opada sa uzrastom.[40] Zbog smanjenja zenice, sa starenjem se povećava najmanje potrebno osvetljenje da bi se predmeti videli ili nazirali. Stara lica kod kojih je visok prag osvetljenja, teško voze kola po mraku. Vozaču sa lošim noćnim viđenjem produžen je period oporavljanja od farova kola koja mu idu u susret.[41] Rezultati jednog istraživanja su pokazali da lica od 16 do 17 godina pet puta bolje vide posle dva minuta adaptacije na mrak u odnosu na lica stara od 80 do 89 godina. Posle 40 minuta provedenih u mraku, mlađi ispitanici su pokazali 240 puta bolju sposobnost da se adaptiraju na mrak i vide prikazane objekte.[42]

2.2.1.1.3. Smanjena sposobnost razlikovanja boja

Razlike u šarenilu boja nazivamo kvalitetom ili tonom boja, koji zavisi od dužine elektromagnetnih talasa. Čovek razlikuje oko 7.500.000 boja i njihovih nijansi, koje, naravno nije u stanju sve da imenuje.[43] Spo-

[37] Nevenka Gruzinov-Milovanović, navedeno delo, str. 449.

[38] Predrag Ognjenović, Osećaj i mera, Mostart, Zemun, 2006, str. 169.

[39] Nikola Rot, navedeno delo, str. 71. Prema drugima, proces prilagođavanja je potpuno završen posle jednog sata (Roland Grasberger, navedeno delo, str. 32).

[40] Videti krivulju adaptacije na tamu u funkciji uzrasta kod Staniše Miloševića, Percepcija, pažnja i motorna aktivnost, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd, 2002, str. 37.

[41] Vera Smiljanić, navedeno delo, str. 52.

[42] Navedeno prema Nevenki Gruzinov-Milovanović, navedeno delo, str. 447.

[43] Vid Pečjak, Psihologija saznavanja, Svjetlost, Sarajevo, 1981, str. 60.

sobnost razlikovanja boja raste do dvadesete godine, posle čega počinje neznatno da opada. Nakon navršene osamdesete godine, to postaje veći problem, naročito prilikom razlikovanja zelene i plave boje, a manje prilikom razlikovanja žute i crvene boje.[44] Pored toga, stara lica često ne mogu da razlikuju tamnosmeđe, crno i teget, naročito ako se opažanje ne vrši pri dnevnom svetlu.[45] Osobe blizu devedesete godine, kojima je oštećena mrežnjača, ne uspevaju da prepoznaju boju više od 50% objekata koji im se predoče.[46] Starosne razlike u viđenju boja jesu posledica selektivne apsorpcije kraćih talasnih dužina u očnom sočivu, kao i promena u centralnom nervnom sistemu.[47]

2.2.1.1.4. Smanjena sposobnost dubinskog opažanja

Naša percepcija prostora obuhvata percepciju rastojanja i percepciju dubine, odnosno trodimenzionalnosti objekata. Dubinsko opažanje omogućavaju dubinski znaci, koji mogu biti fiziološki (akomodacija očnog sočiva, konvergencija očiju, retikalna disparativnost, dvostruke slike) i psihološki (veličina slike, interpozicija, linearna perspektiva, jasnost predmeta, itd).[48] Kod starijih ljudi fiziološki znaci mogu zatajiti zbog već navedenih bioloških promena u oku, što dovodi do pada tačnosti percepcije dubine nakon pedesete godine života.[49]

2.2.1.1.5. Sužavanje vidnog polja

Vidno polje je ukupno područje koje osoba može prikladno videti kada gleda ravno ispred sebe u jednu nepomičnu tačku. Tehnikom kinetičke perimetrije, kojom se meri vidno polje, utvrđeno je da se vidno polje sužava s godinama. Jedno istraživanje perifernog vida iz 1968. godine na 17.000 osoba u dobi od 16 do 92 godine, pokazalo je da totalno vodoravno (levo i desno) vidno polje ostaje konstantno do dobi od 35 godina, malo se smanjuje između četrdesete i pedesete godine, a smanjuje se znatno brže nakon toga. Jedna druga studija je pokazala da vidno polje ostaje stabilno do dobi od 55 godina, a zatim se smanjuje.Totalna veličina vidnog polja najviše se sužava kod lica preko 70 godina.[50] Sužavanje vid-

[44] Vera Smiljanić, navedeno delo, str. 52.
[45] Nevenka Gruzinov-Milovanović, navedeno delo, str. 449.
[46] K. Warner, Sherry L. Willis, navedeno delo, str. 410.
[47] K. Warner, Sherry L. Willis, navedeno delo, str. 407.
[48] Vid Pečjak, Psihologija saznavanja ,Svjetlost, Srajevo, 1981, str.118.
[49] Navedeno prema K. Warner, Sherry L. Willis, navedeno delo, str. 408.
[50] Navedeno prema K. Warner, Sherry L. Willis, navedeno delo, str. 409. Videti i rezultate istraživanja uzrasta i granica vidnog polja šofera od 18 do 72 godine u Lenjingradskoj laboratoriji 1974. godine (Vera Smiljanić, navedeno delo, str. 52).

nog polja u starosti može biti potencirano malim i neprilagođenim staklima naočara, koje su nekad neophodne zbog malog razmaka zenica. Sužavanju vidnog polja i pojavi jedne vrste iluzija mogu doprineti i bifokalna stakla. Ukoliko jedan objekat ulazi u vidno polje kroz donju polovinu stakala, koja imaju veću dioptriju, izgledaće nam znatno bliži i veći od objekta, koji u vidno polje ulazi kroz gornju polovinu stakala. Ova iluzija može naročito biti izražena kod lica koja kratko vreme nose ovu vrstu naočara i još se nisu navikla na njih.[51]

2.2.1.2. Čulo sluha

Čulom sluha opažamo visinu, boju i jačinu tonova i šumova, kao i pravac iz koga dolaze akustički nadražaji.[52] Neki autori govore o razuđenijoj skali zvučnih treperenja, u kojoj pored tonova i šumova, treba razlikovati i glasove i praskove.[53] Tonovi nastaju kada na uho deluje jednoliko talasanje neke materije, a šumovi kada na uho deluju talasi različite frekvencije.[54] Visina tona zavisi od broja talasa vazduha u sekundi, jačina tona zavisi od visine ili amplitude talasa, a boja tona zavisi od pratećih tonova. Osete sluha izazivaju samo frekvencije između 16 i 20.000 treptaja u sekundi.[55] Sve niže i više frekvencije ljudsko uho ne može da čuje. Utvrđeno je da smo najosetljiviji za slušne draži od 1.000 do 5.000 treptaja u sekundi.[56] Za frekvencije manje ili veće od ovih, potrebna je znatno veća jačina draži da bismo ih čuli.

Kada je smanjena osetljivost za slušne draži, radi se o nagluvosti, a kada je osetljivost potpuno izgubljena, radi se o gluvoći. Nagluvost može biti opšta i parcijalna.[57] Opšta nagluvost se prostire na celo čulno područje, od najdubljih do najviših tonova i najčešće je uzrokovana nekim manama u srednjem uhu. To znači da sve frekvencije talasa treba da budu većeg intenziteta da bi ih nagluva osoba mogla čuti. Do parcijalne nagluvosti dolazi zbog nekog poremećaja u nervnim ćelijama ili u nervnom centru za sluh. Kod nje se smanjuje osetljivost za različite grupe tonova, a pre svega za visoke frekvencije.[58] Ova vrsta nagluvosti po pravilu se javlja sa starenjem. Stoga će stariji ljudi imati više teškoća da čuju sopran od basa, ženski glas od muškog glasa, cvrkut od laja-

[51] Nevenka Gruzinov-Milovanović, navedeno delo, str. 449.
[52] Roland Grasberger, navedeno delo, str. 37.
[53] Vid Pečjak, Psihologija saznavanja, Svjetlost, Sarajevo, 1981, str. 68.
[54] Nikola Rot, navedeno delo, str. 75.
[55] Vid Pečjak, Psihologija saznavanja, Svjetlost, Sarajevo, 1981, str. 66.
[56] Nikola Rot, navedeno delo, str. 76.
[57] Roland Grasberger, navedeno delo, str. 39.
[58] Nikola Rot, navedeno delo, str. 76.

nja. Slabljenje sluha u pogledu visokih tonova može imati za posledicu da staro lice ne čuje zvono na vratima, zvonjavu telefona, automobilsku sirenu, škripanje kočnica, itd. Čulo sluha počinje da stari pre svih drugih čula. Prema nekim istraživanjima, sluh je najoštriji na uzrastu od 14 i 15 godina, nakon čega dolazi do njegovog postepenog slabljenja.[59] Stariji ljudi često slabije čuju ili uopšte ne čuju visoke tonove. Oni teže razumeju govor svojih sagovornika upravo zbog toga što razumljivost govora zavisi, pre svega, od viših tonova glasova koji se izgovaraju. Za razgovetnost govora važniji su konsonanti, koji po pravilu imaju višu frekvenciju nego vokali.[60] Naročito visoku frekvenciju imaju konsonanti f, g, s, t, z i š. Treba imati u vidu da intelektualni faktor i slušne navike mogu poboljšati percepciju govora. Inteligentnija lica bolje integrišu više nervne centre, koji pomažu u interpretiranju kompleksnih zvukova.[61] S druge strane, može biti od koristi i navika da se sagovornik gleda u lice i prate pokreti njegovih usana, mada će takva situacija biti prilično retka kada se radi o percepciji krivičnih dela.

Većina lica već sa navršenih 40 godina ima izvesna oštećenja sluha, zbog kojih ne mogu da registruju sve visoke tonove.[62] Prema nekima, stara lica posle 65. godine imaju teškoća sa opažanjem zvuka preko 10.000 oscilacija u sekundi.[63] Prema drugima, šezdesetogodišnjaci ne čuju zvukove sa frekvencijom preko 8.000 Hz.[64] Prema trećima, gornja granica čujnosti kreće se do 23.000 Hz u detinjstvu; u pubertetu opada na 22.000 Hz; posle 30. godine spušta se na oko 15.000 Hz, da bi oko 60. godine došlo do gubljenja sposobnosti da se čuju zvuci frekvencija preko 5.000 Hz.[65]

Prema jednom američkom istraživanju, smanjenje sluha je češće kod muškaraca, nego kod žena. Muškarci koji tokom svih uzrasta slabije čuju visoke tonove, pokazuju veći gubitak parcijalne čujnosti sa starenjem, tako da u poznim godinama života razlika između sposobnosti muškaraca i žena da čuju visoke frekvencije, može biti značajna. Nakon sedamdesete godine života postoji brži gubitak kod muškaraca u rasponu govora, jer su oni već izgubili dosta kapaciteta slušanja viših frekvencija.[66] Nagluve

[59] Vera Smiljanić, navedeno delo, str. 53.

[60] Nikola Rot, navedeno delo, str. 77.

[61] Zvonimir Roso, Informativni razgovor i intervju, Republički sekretarijat za unutrašnje poslove Republike Hrvatske, Zagreb, 1988, str. 210.

[62] Biren, naveden prema Veri Smiljanić, navedeno delo, str. 53.

[63] Vera Smiljanić, navedeno delo, str. 53.

[64] Vid Pečjak, Psihologija saznavanja, str. 67.

[65] Navedeno prema Nevenka Gruzinov-Milovanović, navedeno delo, str. 449.

[66] K. Warner, Sherry L. Willis, navedeno delo, str. 411.

osobe često bolje razumeju govor preko telefona, nego lica sa normalnim sluhom. Ovo se može objasniti time što je glas preko telefona lišen viših tonova, kao i sporednih tonova, koji smetaju u neposrednom razgovoru.[67]

Treba imati u vidu da su moguće velike individualne razlike u pogledu starenja čula sluha. Prema jednom istraživanju, kod nekih ljudi slabi osetljivost za gornju granicu skale, kod drugih za obe granice, a kod trećih za celu skalu.[68] Prema nekim podacima, u starosnoj skupini od 45 do 54 godina oko 19% lica ima neke teškoće sa sluhom, a u skupini između 75 i 79 godina, otprilike 75% lica. Približno 15% lica starijih od 65 godina praktično je gluvo.[69] Na gubljenje sluha mogu uticati i uslovi života, odnosno zvučna sredina. Poznato je da dugogodišnji rad u bučnoj fabričkoj hali može izazvati ranu nagluvost. S druge strane, muzički obdareni ljudi često imaju visoku sposobnost muzičke percepcije do duboke starosti.

Sluh starih osoba može se ispitati pomoću šapata na određenom rastojanju. Jedan ruski istraživač je krajem XIX veka ovom metodom utvrdio da šapat na rastojanju od 8 m čuju neke osobe između 70 i 80 godina. Posle 80. godine nijedno ispitivano lice nije čulo šapat sa ovog rastojanja, već maksimalno sa rastojanja od 2 m.[70] Sumnja suda da neko lice simulira gluvoću, može se lako proveriti. Preporučuje se da se u takvim slučajevima izrežira da iza njegovih leđa padne neka teška knjiga ili se zalupe vrata, da bismo pratili njegovu reakciju na taj događaj. Lice koje je zaista gluvo, naviknuto je da kompenzira nedostatak sluha uvežbanošću drugih čulnih organa. Ono će registrovati podrhtavanje poda i potražiće uzrok tome. Simulant se verovatno neće obazreti na taj događaj.[71]

Prilikom zaključivanja da li je staro lice moglo opaziti određenu zvučnu draž, treba imati u vidu i činjenicu da li je u momentu opažanja to lice bilo izloženo dejstvu više zvučnih draži istovremeno. Naime, u takvim slučajevima javlja se efekat maskiranja, pri čemu jedan ton onemogućava čuvenje drugog. Po pravilu, jači tonovi prekrivaju slabije tonove slične frekvencije. Takođe, tonovi niže frekvencije više ometaju slušanje tonova više frekvencije, nego obrnuto.[72]

---

[67] Roland Grasberger, navedeno delo, str. 40; Zvonimir Roso, navedeno delo, str. 26.

[68] Navedeno prema Veri Smiljanić, navedeno delo, str. 54.

[69] Navedeno prema K. Warner, Sherry L. Willis, navedeno delo, str. 410.

[70] Navedeno prema Veri Smiljanić, navedeno delo, str. 54.

[71] Roland Grasberger, navedeno delo, str. 39.

[72] Videti neke primere kod Nikole Rota, navedeno delo, str. 77.

2.2.1.3. Ostala čula

Sa starenjem, po pravilu, dolazi do smanjenja čulne osetljivosti i u pogledu ostalih čulnih modaliteta. Ostala čula su znatno manje važna u sudskoj praksi. Oseti primljeni čulom mirisa mogu biti značajni u slučaju požara ili trovanja gasovima, a oseti čula ukusa su važni u slučaju trovanja. Posle 50. godine opada osetljivost za ukuse, što je naročito izraženo posle 70. godine, zbog velikog smanjenja broja gustativnih kvržica.[73] Po drugima, ova osetljivost slabi već posle 45. godine.[74]

Nema pouzdanih podataka o tome da li i kako se menjaju oseti mirisa sa starenjem. Po nekima, oni neznatno opadaju, po drugima nema promena.[75] Osetljivost za dodir opada oko 50. do 55. godine života, različitim tempom na različitim delovima tela. U pogledu osetljivosti za bol, koja može biti značajna kada su stara lica žrtve krivičnog dela, postoje velike individualne razlike i kontradiktorni rezultati ispitivanja. Vestibularno čulo daje nam podatke o položaju tela. Po pravilu, ako se te informacije sukobe sa informacijama čula vida, više verujemo podacima vestibularnog čula. Vestibularni aparat je najosetljiviji na uzrastu od 40 do 50 godina, nakon čega osetljivost opada.[76] Ovaj aparat u posebnim situacijama, kao što su vožnja brodom, autom ili avionom, refleksno deluje na stomak, što izaziva povraćanje, bledilo, mučninu, hladan znoj, drhtanje i slično. Ovo treba imati u vidu kada se traže izjave svedoka o situacijama koje je doživeo za vreme vožnje u prevoznom sredstvu. Takvo stanje može izazvati tromost, apatiju, depresiju, smanjenu mogućnost pamćenja, itd.[77]

2.2.2. Iskustvo

Već je rečeno da opažanje predstavlja složen psihički proces koji obuhvata skup osećaja, kojima se priključuje i iskustvo. Opažanje rezultira iz naizmeničnosti osećaja kao novounesenog čulnog utiska i ranijih čulnih utisaka sačuvanih u našoj svesti.[78] Iskustvo omogućava licu koje opaža da na osnovu malog broja znakova prepozna objekat opažanja. Iskustvo uključuje u opažanje prethodno znanje, čime se osmišljava opaženo. Prethodno iskustvo i znanje utiču na izbor draži koje ćemo opaziti, način njihovog grupisanja u celine i smisao koji ćemo dati grupisanim

[73] Vera Smiljanić, navedeno delo, str. 55.
[74] Vid Pečjak, navedeno delo, str. 79.
[75] Navedeno prema K. Warner, Sherry L. Willis, navedeno delo, str. 414.
[76] Vera Smiljanić, navedeno delo, str. 55.
[77] Radojko Milovanović, Policijska psihologija, Beograd, 1998, str. 75.
[78] Roland Grasberger, navedeno delo, str. 26.

dražima.[79] Neko ko nikada nije video neki predmet, neće moći da ga imenuje, već će ga doživeti kao neodređenu grupu draži. Značaj iskustva za opažanje potvrđuju mnogi eksperimenti.[80]

Iskustva oblikuju i menjaju opažanje još od rođenja. Pretpostavlja se da je najvažnije učenje u detinjstvu i ranoj mladosti, mada do promena u opažajnim organizacijama dolazi i kasnije. S obzirom na značaj iskustva za opažanje, mogli bismo reći da, u načelu, stari ljudi sa svojim poslovično bogatim životnim iskustvom, imaju dobre predispozicije za opažanje. Pozitivno dejstvo ovog faktora na neki način kompenzira negativno dejstvo oslabljene čulne osetljivosti. Međutim, treba imati u vidu da iskustvo ne zavisi samo od starosti čoveka, već i od načina njegovog života, sredine u kojoj živi, vaspitanja, obrazovanja, mogućnosti usvajanja novih saznanja, itd. U literaturi je opisan slučaj jednog osamdesetogodišnjaka koji je dao obilje preciznih informacija o izgledu osumnjičenog. Između ostalog, tvrdio je da je osumnjičeni na levoj strani lica, iznad leve gornje usne, imao svež ožiljak, koji je bio hirurški obrađen, odnosno šiven. Naveo je da je u pitanju rana razderotina, pa čak i njen latinski naziv. Procenio je da ožiljak nije bio stariji od tri meseca. Kosu osumnjičenog opisao je kao izrazito gustu, tamnokestenjastu i kratko ošišanu, sa tragom kakav ostavlja šapka.[81] Na osnovu ovog preciznog opisa pronađen je i uhapšen osumnjičeni a njegovo učinilaštvo je potvrđeno i drugim dokazima. Zanimljivo je da niko od osoblja restorana, u kome je osumnjičeni bio pre izvršenja krivičnog dela, nije prepoznao osumnjičenog na fotografiji. Ispostavilo se da je odlučujuću ulogu prilikom davanja ovako preciznog iskaza imalo ogromno iskustvo tog starca. On je bio profesor latinskog i grčkog jezika u penziji, a njegov sin hirurg. Objasnio je da je sinu za vreme studija često pomagao, posebno kada je učio anatomiju, u kojoj ima mnogo latinskih naziva. I kasnije, u toku njegovog stažiranja i rada kao hirurga, često je bio u njegovoj ordinaciji i viđao razne ozlede. Tako je dosta toga naučio. Što se tiče opisa kose, objasnio je da je u mladosti imao dosta školskih drugova, koji su bili oficiri i nosili šapke i leti i zimi. Još tada je primetio da šapka ostavlja poseban trag na kosi, koji nikada nije bio isti kao trag koji je na kosi ostavljao šešir ili kapa.

---

[79] Nikola Rot, navedeno delo, str. 83.

[80] U jednom od njih, dve šimpanze držane su u potpunoj tami od rođenja do 16. meseca, kada su dostigle biološku zrelost. Kada su izvedene na svetlost, ponašale su se kao slepe. Drugi eksperiment izveden je na 66 lica koja su bila slepa od rođenja, a koja su posle operacije progledala. Svi su imali probleme u prepoznavanjuoblika, boje, veličine i udaljenosti (videti, Vid Pečjak, navedeno delo, str. 111-112).

[81] Duško Modlu, Svjedok star osam decenija, Priručnik 4/1982, str. 359.

Iskustvo je tesno vezano sa interesovanjima. Nedostatak interesovanja za određene oblasti uticaće na ograničavanje iskustva u toj oblasti. Tako, na primer, treba imati u vidu da stari ljudi često ostaju učaureni i zatvoreni za upoznavanje sa novim komunikacionim tehnologijama Zato nije retkost da odbijaju rad na računaru ili korišćenje mobilnog telefona. Kada se predmet svedočenja nalazi van sfere interesovanja starih lica, od njih ne treba očekivati puno koristi.

2.2.3. Inteligencija

Inteligencija se definiše na različite načine: kao sposobnost učenja novog i nepoznatog; sposobnost apstraktnog mišljenja; sposobnost snalaženja u novim situacijama, itd.[82] Inteligencija je psihičko svojstvo koje je od izuzetnog značaja za procese mišljenja. Međutim, ona može biti važna i za procese opažanja. Naime, inteligencija se aktivira pri opažanju složenih sadržaja, koji nisu bili sadržani u ranijem iskustvu. Inteligentnije osobe uspešnije koriste analogiju, uopštavanje i druge misaone procese pri osmišljavanju nepoznatog sklopa draži. Osim toga, bez obzira što svedok daje iskaz o svom čulnom opažanju, dakle o činjenicama, njegov iskaz se ne može u potpunosti očistiti od sudova i zaključaka. Štaviše, ima mišljenja da od svedoka treba tražiti sudove, zaključke i mišljenje, jer je to taktički način pribavljanja novog činjeničnog materijala.[83] Naime, nepravilni zaključci svedoka usmeravaju sećanje u pogrešnom pravcu a dovođenje svedoka u kontekst pravilnog zaključivanja podesno je da svedoku vrati tačno sećanje. Zaključci svedoka nemaju dokaznu vrednost, bez obzira na njihovu pravilnost, ali ih sudija mora tražiti i predočavati svedoku, kako bi mu stvorio psihološku i logičku prigodu da ispravi svoj iskaz, odnosno one njegove delove koji se nalaze u kontradikciji sa drugim dokazima.[84]

Razvoj inteligencije dostiže maksimum u periodu između 16 i 25 godina, nakon čega počinje da opada, najpre sporije a zatim sve brže. Smatra se da je inteligencija u 50. godini za jednu godinu manja nego što je bila u 20. godini, a u 60. godini je manja za dve godine.[85] Opadanje inteligencije sa starošću je jedno od najviše istraživanih pitanja u oblasti psihologije starenja. Promene u inteligenciji koje dolaze sa starenjem, Katel je pokušao da

[82] Nikola Rot, navedeno delo, str. 158; Dragan Krstić, navedeno delo, str. 250.

[83] Vladimir Vodinelić, Procesualni i kriminalistički problemi sa sudovima i zaključcima u iskazu svedoka, Arhiv za pravne i društvene nauke 1/1991, str. 84.

[84] Vladimir Vodinelić, navedeno delo, str. 84.

[85] Nikola Rot, navedeno delo, str. 166; uporedi Vera Smiljanić, navedeno delo, str. 73-74.

objasni razlikujući fluidnu i kristaliziranu inteligenciju.[86] Fluidna inteligencija se definiše raznim zadacima kao što su grupisanje slova, klasifikacija oblika, analogija reči, pamćenje asocijacija. Fluidna inteligencija je pod uticajem faktora kao što su nasleđe i razne povrede mozga, koji direktno deluju na fiziološku strukturu na kojoj počivaju intelektualni procesi. Kristalizirana inteligencija je rezultanta indirektnog delovanja na psihičku strukturu preko učenja i akulturacije. Ova inteligencija se definiše zadacima kao što su rečnik, simboličko i aritmetičko rezonovanje, fluentnost ideja. Fluidna inteligencija opada sa starošću a kristalizirana raste u toku čitavog života, pa i u starosti. Istraživanja pokazuju paralelizam između fluidne inteligencije i bioloških sposobnosti, naročito metabolizma kiseonika.

Takođe, treba imati u vidu da u pogledu razvoja inteligencije postoje individualne razlike. Naime, kod nekih starih lica, koji su se inače bavili intelektualnim radom, može doći i do povećanja intelektualnih sposobnosti.[87]

2.2.4. Emocije

Intelektualni psihički procesi nam omogućavaju da saznamo svet u nama i oko nas. Ali, mi se obično ne zadržavamo na pukom saznanju tog sveta, već ga redovno i doživljavamo na određeni način, odnosno vrednujemo putem osećanja ili emocija. Emocionalnim procesima mi uspostavljamo subjektivan odnos prema stvarima, ljudima, događajima i prema sopstvenim postupcima i zbog toga oni nemaju racionalni karakter, koji je svojstven kognitivnim procesima. Emocije se obično definišu kao promene u stanju aktivnosti organizma, koje se manifestuju na tri načina: karakterističnim fiziološkim promenama u funkcionisanju pojedinih unutrašnjih organa, karakterističnim promenama u pokretima lica i karakterističnom doživljaju prijatnosti ili neprijatnosti.[88] Već je rečeno da je opažanje tesno vezano za ostale psihičke procese u organizmu, između ostalog, i za emocije. Stoga neki autori definišu opažaj kao složen doživljaj u kome se istovremeno javljaju saznajni, emocionalni i motivacioni faktori.[89] Smatra se da ne postoji indiferentno stanje ličnosti, čak i onda kada je reč o najbanalnijim opažajima. Zbog toga svako opažanje prati odgovarajući afektivni ton, čiji kvalitet prijatnosti ili neprijatnosti zavisi od toga koliko je opaženo povoljno ili nepovoljno za posmatrača. Osim toga, tre-

[86] Navedeno prema Vera Smiljanić, navedeno delo, str. 90-96; K. K. Warner, Sherry L. Willis, navedeno delo, str. 364.

[87] K. Warner, Sherry L. Willis, navedeno delo, str. 391.

[88] Nikola Rot, navedeno delo, str. 171.

[89] Sulejman Hrnjica, navedeno delo, str. 243.

ba imati u vidu da doživljeni osećaj može izazvati asocijacije u vezi sa nekim ranijim životnim situacijama i samim tim biti emocionalno obojen, u zavisnosti od prošlog iskustva.[90]

U najopštijem smislu, afekt je podsticaj koji pobuđuje osećanja i utiče na njih. Vezan je za duboke, nagonske slojeve ličnosti i odatle utiče na celokupnu osećajnu sferu, a po psihoanalitičkim shvatanjima, osnovni je konstituent emocija.[91] Prodire u sve oblasti ličnosti i vremenski je trajniji od drugih vrsta osećajnosti. Psihološki sadržaj mu je neodređen ili je široko generalizovan. Ovde je reč afekt upotrebljena u širem smislu, tako da se zapravo poklapa sa emocijama,[92] i istovremeno razlikuje od patološkog afekta. Afekti utiču na sve psihičke funkcije menjajući ih ili usmeravajući u određenom pravcu. Afektivna obojenost opažaja utiče na ispravnost i celovitost opažaja. Prateći emocionalni doživljaj opaženog istovremeno ima i motivacionu vrednost. Po pravilu, opažanje težimo da produžimo ako je praćeno prijatnim emocijama, a da prekinemo ako je prateći emocionalni ton neprijatan.[93] Afektivni ton opažaja može i pozitivno i negativno da utiče na ispravnost opažanja, bez obzira da li je ispunjen prijatnim ili neprijatnim sadržajem. Prijatne emocije umerenog intenziteta, po pravilu, pozitivno utiču na opažanje, jer usmeravaju našu pažnju u tom pravcu. S druge strane, intenzivna emocionalna stanja, bilo prijatna, bilo neprijatna, mogu da blokiraju našu pažnju i dovedu do pogrešnog opažanja.[94]

Jedna od osnovnih potreba čoveka je postizanje emocionalne stabilnosti. Međutim, u doba starosti to je znatno teže postići, pre svega zbog nepovoljnog materijalnog i socijalnog položaja. Zato nije retkost da su stara lica emocionalno nestabilna. Emocionalna nestabilnost definiše se kao težnja ka brzoj i nedovoljno obrazloženoj promeni emocionalnih stanja, odnosno davanju promenljivih i nedoslednih emocionalnih odgovora.[95] Emocionalno neuravnotežene osobe u starosti teško se mire sa svojom starošću, što je posledica neprilagođenosti nastalim promenama. Stara lica često karakteriše vidljiva rigidnost emocija, koje često idu ka apatiji. Reagovanje staraca je slično reagovanju dece: javljaju se znaci regresije, negativizam, infantilna razdražljivost, bes.[96] Stara lica se brže iscrpljuju, duže oporavljaju i manje su sposobna da pređu iz jednog u drugo

[90] Radojko Milovanović, navedeno delo, str. 76.
[91] Dragan Krstić, navedeno delo, str. 69.
[92] Ovde se ne misli na tzv. patološki afekt.
[93] Sulejman Hrnjica, navedeno delo, str. 243.
[94] Tako i Ivan Kostić, navedeno delo, str. 64.
[95] Dragan Krstić, navedeno delo, str. 177.
[96] Banham, naveden prema Janku Drči, navedeno delo, str. 52.

emocionalno stanje. Njihove emocionalne reakcije su često preterano burne a dominiraju pesimistička raspoloženja. Često su prisutne razne vrste strahova (od bolesti, od samoće, od smrti, od odbacivanja, itd), ljubomora, egoizam, agresivnost. Njihova emocionalna preosetljivost može negativno da utiče na opažanje. Tako se, na primer, dešava da su stari ljudi često nepoverljivi prema okolini, lako se osete prevarenim i pokradenim i često naginju neopravdanim optužbama i lakomislenim sumnjičenjima.[97] Zbog toga njihov iskaz treba oprezno ceniti. Naravno, nisu sva stara lica takva. Emocionalno stabilni starci odlikuju se psihološkim vitalitetom, koga čine: nalaženje zadovoljstva i osećanje ispunjenosti u svakodnevnim delatnostima; viđenje sopstvenog života kao svrsihodnog i prihvatanje njegovih dobrih i loših strana; osećanje da su se u životu ostvarili svi važniji ciljevi; posedovanje pozitivne slike o sebi i očuvanost optimističkih stavova i raspoloženja.[98]

2.2.5. Motivi

Motiv se obično određuje kao svesni ili nesvesni povod i podstrek na određenu delatnost.[99] Preciznije rečeno, motiv je unutrašnji faktor koji podstiče, usmerava, kontroliše i integriše ka cilju ili od cilja usmereno ponašanje.[100] Podsticaji ponašanja mogu biti vezani za organizam, spoljašnju sredinu i ideju ili nameru. Usmeravanje aktivnosti obuhvata orijentaciju u realnosti, izbor cilja i izbor puta ka cilju ili od cilja. Kontrolni aspekt odnosi se na stalno praćenje aktivnosti i procenu ispravnosti izabranog puta ka cilju, kao i ponovnu procenu privlačnosti cilja. Integrativni aspekt motivacionog procesa odnosi se na objedinjavanje onih dispozicija u ličnosti koje su od značaja za ostvarenje postavljenog cilja.

Motivacija značajno utiče na opažanje. Pre svega, motivacija deluje selektivno, tj. opažamo samo one situacije za koje smo zainteresovani. Osim toga, želje i očekivanja, koji su važni aspekti motivacionog procesa, utiču na način organizovanja draži u celine i na tumačenje opaženog. Motivacija i lična interesovanja prvenstveno deluju usmeravajuće na pažnju. Tako se može desiti da događaje koji nas ne interesuju i ne primetimo, dok događaje koji nas zanimaju pratimo sa povećanom pažnjom. Povećana motivacija često izoštrava naša čula, tako da opažamo i one objekte

[97] Videti neke primere neosnovanih optužbi starih lica kod Enriko Altavile, Sudska psihologija III, interni prevod, str. 59-60.

[98] Furlan, naveden prema Janku Drči, navedeno delo, str. 51.

[99] Dragan Krstić, navedeno delo., str. 384.

[100] Ovu definiciju, kao i njeno objašnjenje preuzeli smo od S. Hrnjice, navedeno delo, str. 303.

koje inače ne bismo opazili. Zato je moguće da različita lica na različit način opažaju isti objekat ili događaj.

U poznim godinama dešavaju se velike promene i u oblasti motivacije, koja se bitno redukuje. Potreba za materijalnom i emotivnom sigurnošću obično se zadovoljava u umanjenom obimu, što značajno utiče na psihičku stabilnost ličnosti. Motiv za postignućem, stvaranjem i samoaktualizacijom obično nestaje, gube se socijalni kontakti a potreba za socijalnom komunikacijom ostaje nezadovoljena.[101] U takvim uslovima često dolazi do frustracija, nezadovoljstva, stvaranja osećanja odbačenosti, porasta anksioznosti, gubitka samopouzdanja, introvertnosti... Takva psihička stanja mogu imati za posledicu okrenutost prema sebi a ne prema spoljnjem svetu, što ne pogoduje procesima opažanja. „Ljudi koji se povlače govore malo ili ne govore ništa, nikoga ne gledaju, ne slušaju ili nisu pažljivi kad ko njima govori.“[102] Ukoliko stare osobe nisu zainteresovane za dešavanja u okruženju, one verovatno neće biti dobri svedoci, jer je njihov opažajni potencijal ograničen. Naravno da u tom pogledu među njima mogu postojati i velike individualne razlike. S druge strane, ne treba izgubiti iz vida i suprotnu mogućnost. Bez obzira na određen stepen izolovanosti starih lica i redukovanje njihove socijalne grupe na porodicu, moguća je jedna sfera njihovog interesovanja koja ih može preporučiti kao vrlo zahvalne svedoke. Obilje slobodnog vremena, koje više nije ispunjeno radnim i drugim obavezama, često se koristi za pomno posmatranje drugih ljudi (kroz prozor, špijunku, na ulici, itd). Pri tome se često registruju sve, pa i najsitnije promene u svakodnevnom zbivanju. Ti „hroničari mikrosocijalnih sredina“[103] mogu tako saznati mnoge podatke koje zaposleni ljudi i ne primećuju, a koji mogu biti dragoceni za otkrivanje i dokazivanje krivičnih dela.

3. Procesi pamćenja starih lica

Pamćenje predstavlja proces čuvanja prošlog iskustva i njegovog povezivanja sa sadašnjošću.[104] To je složen psihički proces koji se sastoji iz zapamćivanja (usvajanja), zadržavanja (retencije) i reprodukcije (prepoznavanja) onoga što smo ranije opažali.[105] Pamćenje može biti

[101] Drča Janko, navedeno delo, str. 55-57.

[102] Alfred Adler, Poznavanje čoveka, Matica Srpska Novi Sad, Prosveta Beograd, 1984, str. 229.

[103] Nevenka Gruzinov-Milovanović, navedeno delo, str. 450.

[104] Dragan Krstić, navedeno delo, str. 448.

[105] Nataša Delić, navedeno delo, str. 40. Međutim, elementi pamćenja mogu se određivati i na drugačiji način (videti npr. kod Ivana Kostića, navedeno delo, str. 70.)

motorno i mentalno. Mentalno pamćenje se sastoji u zadržavanju različitih intelektualnih sadržaja (opažaja, misli) i može biti slikovno i verbalno-logičko.[106]

U literaturi se često ističe da od 20. do 60. godine nema bitnijih promena u sposobnosti pamćenja, ali da već oko 65. godine dolazi do degenerativnih promena na mozgu, što dovodi i do slabljenja pamćenja.[107] Kod starih lica najpre se gube sećanja na novije događaje a tek na kraju sećanja iz davne prošlosti.[108] Neki to objašnjavaju time da moć pamćenja zavisi od intenziteta perceptivnog inputa. Sećanja na davne događaje bazirana su na iskustvu stečenom dok su opažajne sposobnosti bile na vrhu, dok pamćenje skorašnjih događaja zavisi od smanjenog perceptivnog nivoa u datom trenutku. Dakle, oslabljeni perceptivni input nužno povlači i manje delotvorno pamćenje.[109] Davni događaji mogu biti u fokusu i zbog toga što često imaju neko posebno značenje za staru osobu, što se o njima više puta razmišljalo, nakon što su se zbili, što je dovelo do izuzetno jakog pamćenja poznatog kao „bljeskovi pamćenja".[110]

Prema nekim istraživanjima, dobne razlike u pamćenju najviše su rezultat razlika u fazi kodiranja informacija. Starija lica ne organizuju informacije jednako uspešno ili jednako brzo, kao i mlađi ispitanici. Oni i manje duboko procesuiraju informacije.[111] Stariji ljudi imaju više problema pri pohrani informacija u dugoročno pamćenje, ali i pri dosećanju informacija iz njega. Pri tome, oni lakše vrše prepoznavanje nego dosećanje. Sposobnost prepoznavanja se smanjuje sporije od sposobnosti dosećanja.[112] Mi se u ovom radu nećemo baviti patološkim poremećajima pamćenja u staračkoj dobi, kao što su demencija i Alchajmerova bolest.

Novija istraživanja pokazuju da informacija u dugoročnom pamćenju može biti izgubljena, ako se umetne neka zavaravajuća informacija nakon usvajanja te informacije. To pokazuju eksperimenti sa ispitanicima koji su prisustvovali saobraćajnoj nesreći, nakon čega je jednoj njihovoj polovini davana pogrešna informacija o saobraćajnom znaku koji je tamo stajao. Kada je ta grupa ispitanika trebala da se doseti tog događaja, navodila je pogrešna sećanja. I u drugim sličnim eksperimentima nedostaci u pamćenju, nastali kao posledica takvih informacija, reducirali su postig-

[106] Nikola Rot, navedeno delo, str. 115.

[107] Nevenka Gruzinov-Milovanović, navedeno delo, str. 451.

[108] Tako se, na primer, jedna starica od 80 godina tačno sećala događaja od pre 35 godina (navedeno prema E. Altavila, navedeno delo, str. 63).

[109] Baret, naveden prema Nevenki Gruzinov-Milovanović, navedeno delo, str. 452.

[110] Navedeno prema K. Warner, Sherry L. Willis, navedeno delo, str. 327.

[111] K. Warner, Sherry L. Willis, navedeno delo, str. 320.

[112] K. Warner, Sherry L. Willis, navedeno delo, str. 324-326.

nuća za 30-40 posto. Postoji nekoliko faktora koji mogu uticati na promene pamćenja nakon izlaganja sugestijama. Promene pamćenja su verovatnije ako je interval između događaja i naknadne pogrešne informacije veći; sećanja na neke nasilne događaje verovatnije će se promeniti, nego sećanje na nenasilne događaje; verovatnije je da će dodatna informacija biti prihvaćena ako se prikaže na ugodan način.[113]

U jednom novijem istraživanju, koje se odnosilo na ispitanike od 5 do 75 godina, ispitano je dosećanje i sumnjičavost prema pogrešnoj informaciji. Mlađa deca i stariji ispitanici dosećali su se manje informacija i davali su više pogrešnih informacija. Možda je razlog tome što stariji ispitanici nikada nisu uspeli da pohrane originalne informacije, pa su koristili pogrešne informacije, kad su se morali prisetiti događaja. Dakle, starija lica su podložnija uticaju pogrešnih informacija: jednom kad im se pruži neka pogrešna informacija, oni se vrlo teško sećaju originalne informacije.[114]

4. Zaključna razmatranja

Zbog porasta udela starih lica u ukupnoj populaciji, danas postoji veća verovatnoća za njihovim pojavljivanjem u svojstvu svedoka, nego što je to nekada bio slučaj. Starost nije razlog zbog kojeg bi neko lice unapred bilo isključeno kao svedok, ali jeste okolnost od koje zavisi taktika saslušanja svedoka, kao i ocena verodostojnosti njegovog iskaza. Zbog toga treba poznavati neke specifičnosti onih psihičkih funkcija starih lica, koje su tesno povezane sa davanjem svedočkog iskaza. Najvažnije takve funkcije su opažanje i pamćenje. Na vršenje ovih funkcija utiče više subjektivnih faktora, koji imaju neke osobenosti kod starih lica.

Kod starih lica, po pravilu, dolazi do slabljenja čulne osetljivosti, slabljenja pamćenja, opadanja inteligencije, usporavanja psihomotornih funkcija, kao i negativnog upliva emocionalnih i motivacionih procesa na opažanje. Stare osobe bolje pamte davne događaje, nego skorašnje događaje. Osim toga, one mogu biti veoma sugestibilne i sklone konfabulacijama. Međutim, treba imati u vidu da u pogledu pojedinih psihičkih procesa i psihičkih svojstava, kod starih ljudi mogu postojati velike individualne razlike. Zbog toga se, generalno, ne treba odricati takvih lica kao svedoka. Osim toga, treba imati u vidu da stara lica sa oštećenjima određenih čulnih organa, nervnih puteva ili nervnog centra, mogu da kompenziraju taj nedostatak većim osloncem na druga čula koja su bolje očuva-

[113] K. Warner, Sherry L. Willis, navedeno delo, str. 333.
[114] K. Warner, Sherry L. Willis, navedeno delo, str. 334.

na. U krivičnom postupku se mogu saslušavati i potpuno slepa ili gluva lica, naravno samo u pogledu činjenica koje su mogli opaziti nekim drugim čulom.

Zbog opšte pojave oslabljene čulne osetljivosti u poznim godinama, korisno je proveriti stepen očuvanosti čula svedoka. Sa tim ciljem, svedoku se mogu postavljati pitanja: na primer, da li nosi naočare i sa kojom dioptrijom, da li koristi aparat za sluh i da li ih je u momentu opažanja koristio. Ukoliko ova pomagala nisu korišćena, mogu se sudskim eksperimentom orijentaciono ustanoviti njegove perceptivne sposobnosti na objektima opažanja u samoj sudnici. Sudskim eksperimentom može se proveriti čak i to da li svedok simulira gluvoću (na primer, iznenadnim bacanjem teške knjige na pod, iza njegovih leđa i praćenjem njegove reakcije). S obzirom na smanjenje oštrine vida, kao i adaptacije na mrak u poznim godinama, treba proveriti kakvo je osvetljenje bilo u momentu izvršenja i opažanja krivičnog dela. Stariji svedoci nekad mogu imati poteškoća i sa samim govorom i razumevanjem značenja reči. Nekonzistentni i neprikladni odgovori mogu ukazivati na to da to lice ima neku vrstu poremećaja govora. Sa takvim licima treba imati mnogo strpljenja prilikom saslušavanja. Dobar sudija može izvući maksimum i od lica sa oskudnim vokabularom i načinom izražavanja.

Ako se pojavi sumnja da je svedok, s obzirom na stanje svojih čula, mogao opaziti ono o čemu treba da svedoči, preporučljivo je da se to proveri psihološkom ekspertizom. Veštak psiholog tada pristupa ispitivanju ličnosti svedoka, a naročito njegove sposobnosti opažanja, pažnje, pamćenja, reprodukovanja, motivacije i opštih intelektualnih sposobnosti.[115] Pri tome treba imati u vidu da veštak daje svoje mišljenje samo o sposobnosti za verodostojno svedočenje a nikako se ne izjašnjava o tome da li je konkretno svedočenje bilo istinito ili ne. Ako veštak nađe da svedok nema sposobnost za verodostojno svedočenje, a sud taj nalaz prihvati, ilu-zorno je da se takav svedok dalje saslušava. Međutim, ako je po mišljenju veštaka svedok sposoban za svedočenje, treba proveriti da li je svedok u datom slučaju mogao opaziti ono što je predmet svedočenja. To je potrebno zbog toga što je veštak utvrdio samo da li je on sposoban za opažanje a ne i da li je u konkretnom slučaju nešto opazio.

Osobenosti starih lica kao svedoka treba uvažavati i prilikom samog ispitivanja, a ne samo prilikom ocene njihovog iskaza. Saslušanje starijih svedoka treba da traje što kraće, jer se oni brzo zamaraju. Zbog izražene sugestibilnosti, treba voditi računa o načinu postavljanja pitanja a korisno je proveriti i da li je na njih vršen uticaj nakon opažanja krivičnog dela.

[115] Milan Kostić, Psihološke ekspertize, Službeni glasnik, Beograd, 2011, str. 136.

Zbog mogućnosti da su u iskazu svedoka isprepletane činjenice i vrednosni sudovi i zaključci, svedoka uvek treba pitati na osnovu čega je došao do određenog zaključka. Na taj način može se uticati na eventualno korigovanje pogrešnog iskaza.

Prilikom ispitivanja starih nagluvih lica preporučuje se razgovaranje normalnim a ne povišenim tonom, ali tako da svedok može pratiti pokrete usana. Treba isključiti sve druge izvore buke i koristiti kratke, jasne i jednostavne rečenice. Da bi osoba sa glaukomom bolje videla, predmet posmatranja treba da bude u centru vidnog polja a kod osobe sa kataraktom na rubu vidnog polja. Licima slabijeg vida treba jasno govoriti a prilikom razgovora ne treba stajati suviše blizu, jer su uglavnom dalekovidi. Saslušanje treba odložiti ako svedok oseća jaku bol. Takođe, treba imati u vidu da svedok može biti pod dejstvom raznih lekova, što može uticati na to da se ponaša na način koji nije karakterističan za njega.

U savremenim procesnim zakonodavstvima postoje neke odredbe, koje mogu biti relevantne i prilikom ispitivanja starih lica kao svedoka. Tako, prema odredbi člana 101, stava 4 važećeg ZKP Srbije iz 2001. godine, svedoci koji se zbog starosti, bolesti ili teških telesnih mana ne mogu odazvati pozivu, mogu se ispitati i u svom stanu. Osim toga, stara lica se pod određenim uslovima mogu podvesti i pod kategoriju posebno osetljivih svedoka, kojima se pruža posebna zaštita sa ciljem sprečavanja sekundarne viktimizacije. Važeći ZKP iz 2001. godine ne poznaje ovu kategoriju, ali je poznaje novi ZKP iz 2011. godine.[116] Prema članu 104 novog zakonika, posebno osetljivom svedoku pitanja se mogu postavljati samo preko organa postupka, koji će se prema njemu odnositi sa posebnom pažnjom, nastojeći da se izbegnu moguće štetne posledice krivičnog postupka po ličnost, telesno i duševno stanje svedoka. Ispitivanje se može obaviti uz pomoć psihologa, socijalnog radnika ili drugog stručnog lica, o čemu odlučuje organ postupka. Posebno osetljivi svedok se može ispitati i pomoću tehničkih sredstava za prenos slike i zvuka, bez prisustva stranaka i drugih učesnika u prostoriji u kojoj se svedok nalazi. Posebno osetljivi svedok može se ispitati i u svom stanu ili drugoj prostoriji, odnosno u ovlašćenoj instituciji koja je stručno osposobljena za ispitivanje posebno osetljivih lica. Posebno osetljivi svedok ne može biti suočen sa okrivljenim, osim ako to sam okrivljeni zahteva, a organ postupka to dozvoli vodeći računa o stepenu osetljivosti svedoka i o pravima odbrane.

[116] Sl. gl. RS 72/2011, 101/2011. Ovaj zakonik se primenjuje od 15.01.2013. godine, izuzev u postupcima za krivična dela za koja je posebnim zakonom određeno da postupa javno tužilaštvo posebne nadležnosti, u kom slučaju se primenjuje od 15.01.2012. godine.

Snežana Brkić, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad

Psychological Aspects of Old Men Testimony

Abstract

Aging does not exclude some person s potential witness, but it is factor which can exert influence on tactics of examination of witness. it also influences the evaluation of testimony. Therefore, it is important to know the specific psychological functions of old men, which are in relation with testimony. The most importantpsychological functions are perception and memory. There are some negative subjective factors by aging as: wekening of sensul sensitivity, weakening of memory, reducing of intelligence, decelerating of psychomotor functions and negative influence of emotional and motivating process on perception. However, we must know that there are some individual differences between old people. Therefore, we should not deny the aged as a witness.The judge must always check the sensual sensitivity of witness, by puting the questions, by court's experiment or by psychological expert opinion. We must also take into consideration the specific features of the aged, when we interrogate them as a witness.In this sense, we can give some recommendations in regard to place, time and manner of their interrogation. That treatment has to enable the accurate and complete statement, from one side, and it also has to disable the harmful effect of criminal procedure to witness' psyche, from the other side.

Key words: witness, the aged, perception, memory, sensual sensitivity, experience, intelligence, emotion, motivation, suggestibility

Originalni naučni rad 343.1:502/504
doi:10.5937/zrpfns46-3102

Dr Tatjana Lukić, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

Milana Pisarić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

SPECIJALIZACIJA PRAVOSUDNIH I DRUGIH ORGANA U BORBI PROTIV EKOLOŠKOG KRIMINALITETA[1]

Sažetak: *Otkrivanje, dokazivanje i suđenje za krivična dela protiv životne sredine ima svojih nesuminjivih specifičnosti u odnosu na druge oblike kriminaliteta, zbog same prirode ovih krivičnih dela, načina izvršenja (modus operandi) i karakteristika njihovih izvršilaca. Iako ne postoji objektivna potreba za modifikacijom pravila krivične procedure kada su u pitanju ova krivična dela, postoji evidentna potreba za specijalizacijom organa postupka (tužilaca, sudija i ovlašćenih službenih lica organa unutrašnjih poslova). Ovo proizilazi iz činjenice da samo posebna dodatna, specijalizovana znanja iz životne sredine, koja su po pravilu multidisciplinarna, mogu da omoguće kvalitetno, stručno i kompetentno istraživanje i dokazivanje krivičnih dela protiv životne sredine. U ovom radu autori se bave upravo problematikom specijalizacije pravosudnih i drugih organa u vezi sa krivičnim postupkom za krivična dela protiv životne sredine, njenom opravdanošću i neophodnošću, imajući u vidu postojeće stanje u domaćoj praksi, kao i pojedina uporednopravna rešenja i iskustva.*

Ključne reči*: životna sredina, pravosudni organi, policija, krivični postupak, sud, tužilaštvo, krivično delo.*

---

[1] Rad je nastao kao rezultat rada na Projektu „Biosensing tehnologije i globalni sistem za kontinuirana istraživanja i integrisano upravljanje ekosistemima» čiji nosilac je Univerzitet u Novom Sadu, a Projekta je finansiran je od strane Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja RS.

1. Uvodna razmatranja

Otkrivanje, dokazivanje i suđenje u slučajevima krivičnih dela protiv životne sredine imaju svojih nesuminjivih specifičnosti u odnosu na druga krivična dela, koje se ogledaju u prirodi samih krivičnih dela, načinu izvršenja (*modus operandi*) i karakteristikama njihovih izvršilaca. Iako ne postoji objektivna potreba za modifikacijom pravila krivične procedure kada su u pitanju ova krivična dela, jer su postojeća pravila odgovarajuća, postoji evidentna potreba za specijalizacijom organa postupka i to prvenstveno javnog tužioca i sudija, ali i policijskih i drugih organa koji se bave problematikom otkrivanja i dokazivanja ekološkog kriminaliteta. Kompleksna problematika životne sredine je nametnula ovo kao uslov za uspešno realizovanje zadataka i poslova svakog ovog organa u okviru svojih prava i obaveza. Prema Ustavu Republike Srbije[2] (član 4. stav 2.) predviđena je tripartitna podela vlasti na izvršnu, zakonodavnu i sudsku vlast. Ovaj princip podele vlasti je bazičan princip modernih država. Iako je zakonodavna vlast osnovna vlast u državi, a ostale vlasti proizilaze iz nje, u obavljanju svojih poslova ovi derivativni organi vlasti (sudska i izvršna) su samostalni. Pravosuđe predstavlja stožer uspostavljanja i održavanja vladavine prava i pravne sigurnosti građana i da bi bilo efikasno treba da bude utemeljeno na načelu nezavisnosti, načelu transparentnosti, načelu odgovornosti i načelu efikasnosti čime se stvara okvir za uspostavljanje, razvoj i organizovanje pravosudnih institucija. Ova načela su predviđena i u samoj Nacionalnoj strategiji reforme pravosuđa koja je usvojena 2006. godine u Republici Srbiji.[3] Zvaničan odnos Evropske unije prema srpskom pravosuđu i njegovoj reformi se formalizuje sa jedne strane preko uslova koji su postavljeni u Evropskom partnerstvu kao unilateralnom aktu i izveštajima Evropske komisije o napretku Srbije u procesu stabilizacije i pridruživanja (PSP) [4], a koji se odnosi na garantije nezavisnosti sudstva i njegove stručnosti. Nezavisno sudstvo kao ustavni princip neposredno je vezano za vrednosti koje čine jezgro moderne konstitucije: ograničenu vlast i garancije ljudskih prava.[5] Nezavisnost podrazumeva odsustvo svakog oblika i vrste uticaja i ono se obezbeđuje na raz-

[2] Službeni glasnik RS broj 98/2006.

[3] Nacionalna strategija reforma pravosuđa, Službeni glasnik RS broj 44/2006.

[4] Čavoški A., Bojović Knežević A., Todorović B., Pravosuđe - Efekti integracije Srbije i Evropsku uniju na pravosudni sistem, http://www.fefa.edu.rs/files/pdf/StudijeIstrazivanja/10Pravosudje.pdf , str.5 -6.

[5] Pajvančić, M., O sudskoj vlasti u ustavnom sistemu Srbije u kontekstu međunarodnih standarda, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br.3/20122, str.9.; Prema Ustavu Republike Srbije (član 4.stav 4.) sudska vlast je nezavisna.

ličite načine, a kada govorimo o nezavisnosti sudova tu prvenstveno mislimo na tzv. garantije sudske nezavisnoti i to, sve njene vrste: stvarnu (supstancijalnu), ličnu, kolektivnu i internu.[6] Nezavisnost sudstva je i međunarodni standard, odnosno opšte prihvaćeno pravilo u ovoj oblasti koji se odnosi na isključivu nadležnost suda u stvarima sudske prirode, kao i odvajanju sudstva od tužilaštva i organa uprave. Razdvajanjem funkcije sudstva i tužilaštva, do kojeg je konačno došlo nakon Francuske revolucije, postavljaju se temelji nezavisnoti sudske vlasti, vladavine prava, odnosno pravne države uopšte, ali i osnovnih dilema i kontradiktornosti vezanih za pravni položaj tužilaštva koje traju i danas[7].

2. Sudovi

Krivično pravosuđe, posmatrano objektivno i u svojoj osnovnoj funkciji je državna aktivnost upravljena na primenu važećeg krivičnog prava na konkretni slučaj u propisanom krivičnom postupku, preko krivičnih sudova.[8] Sudovi su institucije koje predstavljaju osnov efikasnog sistema pravosudne zaštite prava. Kao samostalni i nezavisni državni organi oni vrše sudsku funkciju (vlast), u okviru koje isto tako prate i proučavaju društvene odnose i pojave od interesa za ostvarivanje svoje funkcije, ukazujući na nove pojavne oblike devijantnih ponašanja i dajući predloge za preduzimanje kako preventivnih tako i represivnih mera i radnji koje država treba da preduzme u vezi sa tim društveno opasnim i štetnim pojavama. U procesnom smislu, sud se javlja kao procesni subjekt koji ima pravo i dužnost da vrši krivično pravosuđe.[9] U Republici Srbiji organizacija sudova je postavljena na principu jedinstva pravosuđa (građanskog i krivičnog) što se ogleda u činjenici da se sudije imenuju za sud u kome sude, a ne za suđenje u krivičnoj, odnosno građanskoj stvari. Sudovi u Republici Srbije su prema članu 143. Ustava redovni sudovi, opšte i posebne nadležnosti, a osnivanje privremenih, vanrednih i prekih sudova je zabranjeno. Iz ovoga prizilazi da su organizacija sudova kao i sudski postupci koji se u njima primenjuju u skladu sa opšteprihvaćenim pravnim pravilima, tj. standardima, a osnivanje, organizacija, nadležnost i sastav sudova su uređeni zakonima.

[6] Videti: Grubač, M., Krivično procesno pravo (šesto izenjeno i dopunjeno izdanje), Beograd 2009, str.79-107.

[7] Dragašević, LJ., Ilić, G., Milosavljević, A., Plazinić, M., Matić, M., Lukić, D., Drašković, V., Jovanović, M., Tužilački i pravosudni saveti, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Beograd 2009, str. 25.

[8] Vasiljević, T., Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ, Beograd 1971, str.71.

[9] Vasiljević, T.,op.cit., str.72.

Sudsku vlast u Srbiji vrše sudovi opšte nadležnosti (osnovni sudovi, viši sudovi, apelacioni sudovi i Vrhovni kasacioni sud) i sudovi posebne nadležnosti (privredni sudovi, privredni apelacioni sud, prekršajni sudovi, Viši prekršajni sud i Upravni sud).

Princip podele vlasti obezbeđuje ostvarivanje pravne države, ali i specijalizaciju organa koja je generalnog karaktera a koja se dodatno obezbeđuje uspostavljanjem potrebnih posebnih mehanizama (procedura) i propisivanja posebnih uslova koji se odnose i na izbor sudija i tužilaca. Procedurom i uslovima za izbor sudija i tužilaca se obezbeđuje njihova apstraktna sposobnost za obavljanje poslova iz svoje nadležnosti i to je samo početni input u vršenju određene funkcije (vlasti). Ali to nije dovoljno, jer rad sudija i tužilaca zahteva permanentnu edukaciju tokom radnog veka koju po prirodi stvari nameće sama vrsta posla. Osim toga, praksa je pokazala da i pored svega navedenog, za krivično gonjenje i suđenje za određene vrste krivičnih dela potrebno je da i tužilac i sudija imaju i dodatna - specijalizovana znanja iz nekih oblasti koja su im neophodna za uspešno rešavanje svojih zadataka i poslova. Ovo je karakteristično za gonjenje i suđenje maloletnim učiniocima krivičnih dela i u našem pozitivnom zakonodavstvu predviđeno kao formalni uslov da sudije koje rade sa maloletnicima, kao i tužioci moraju da imaju potrebna znanja iz oblasti meloletničkog prestupništva i prava deteta, isto u postupcima za organizovani kriminal, ratne zločine i visokotehnološki kriminal sudije i tužioci moraju da poseduju određeno iskustvo kojim su stekli faktičku specijalizaciju iz relevantnih oblasti a koja je potrebna za postupanje u tim slučajevima. Ova specijalizacija prema prirodi krivičnih dela ili karakteristikama izvršilaca je sasvim opravdana i prihvaćena i u mnogobrojnim stranim zakonodavstvima, s tim da su u navedenim slučajevima i specifičnosti navedenih krivičnih dela i njihovih izvršilaca uslovile i modifikaciju ili sasvim drugu vrstu procesne forme. U Republici Srbiji, pri pojedinim sudovima formirana su posebna odeljenja koja su specijalizovana za suđenje određenim kategorijama učinilaca krivičnih dela (posebna odeljenja za suđenje maloletnicima pri višim sudovima) ili su specijalizovana za suđenje određenim vrstama krivičnih dela, odnosno pojavnim oblicima kriminaliteta (posebno odeljenje višeg suda u Beogradu za organizovani kriminalitet, posebno odeljenje Višeg suda u Beogradu za ratne zločine i posebno odeljenje Višeg suda u Beogradu za visokotehnološki kriminal).

S obzirom na specifičnost problematike životne sredine, opravdano se postavlja pitanje da li je zahtev za specijalizacijom pravosudnih organa potreban kada su u pitanju krivična dela protiv životne sredine. Una-

pređenje i zaštita životne sredine koja proizilazi iz osnovnog Ustavom proklamovanog prava na zdravu životnu sredinu (član 74. Ustava RS) je zadatak svakog pojedinca, ali i same države i svih njenih organa. U tom smislu je potrebno i unapređenje krivičnog pravosuđa i uopšte unapređenje pravosudnog sistema i nacionalnog i međunarodnog. Dosadašnja praksa je nedvosmisleno pokazala izvesne slabosti ovog sistema, nacionalni sudovi ne poklanjaju dovoljno pažnje problemima životne sredine, a evidentna je i nedovoljna kompetentnost u smislu posedovanja stručnog znanja (i sudija i tužilaca) koje je u postupcima za krivična dela protiv životne sredine potrebno primeniti na izuzetno složene činjenične osnovice tih krivičnih dela. Potreba za specijalizacijom sudija na nadnacionalnom nivou kada su u pitanju slučajevi životne sredine je takođe evidentna. Iako nema pojedinačnog međunarodnog suda koji se samo i isključivo bavi slučajevima u vezi sa životnom sredinom, ipak se posredno ovim bavi Međunarodni sud pravde, Međunarodni tribunal za pravo mora, Posebna tela za rešavanje sporova u okviru Svetske trgovinske organizacije, Evropski sud pravde i Evropski sud za ljudska prava, ali i druga pravosudna tela. Ova međunarodna pravosudna tela, koja nisu povezana sa nacionalnim pravosudnim sistemima, rešavaju pitanja u vezi sa životnom sredinom samo posredno u slučajevima kada postoji veza sa pravom mora, kršenjem trgovinskih sporazuma ili kršenjem ljudskih prava. Upravo zbog toga što ova međunarodna pravosudna tela nemaju u svojoj isključivoj nadležnosti suđenje u vezi sa pitanjima životne sredine, u njima nema ni sudija koji su specijalizovani za pitanja životne sredine, pa tako postojeće sudije, nedovoljno ili uopšte nespecijalizovane za pitanja životne sredine, često nisu sposobne da primene kompleksne norme međunarodnog prava životne sredine, kao ni da reše slučajeve pravnih praznina kojih u ovoj oblasti ima mnogo. Potvrda za ovo se može naći i u slučaju *Nagymaros Project case* gde je priznato da primena međunarodnog ekološkog prava nije lak zadatak.[10]

U okviru Međunarodnog suda pravde formirano je posebno veće specijalizovano za pitanja životne sredine 1993. godine. Ipak, ni jedna država nije se obratila ovom veću za rešavanje problema životne sredine.[11] U Me-

[10] Eisen, Joel B., 1999, From Stockholm to Kyoto and Back to the United States, International Environmental Laws' and Effects on Domestic Law, University of Richmond Law Review, January, 1999, citirano kod Avgerinopoulou, D., The role of the international judiciary in the settlement of the environmental disputes and alternative proposals for strengthening international environmental education, Yale Center for Environmental Law and Policy, New Haven, CT.23-25 October, str.13.

[11] Hockman, Stephen, Opinion - An International Law for the Environment, Environmental Law Review, 1-4/2009 str.3

đunarodnom tribunalu za pravo mora specijalizovane sudije predstavljaju glavni faktor uspešnog rešavanja slučajeva pred Tribunalom. U okviru Evropskog suda pravde, iako ne postoje specijalizovana veća za pitanja životne sredine, ipak postoji faktička specijalizacija sudija izvestilaca u vezi sa složenim slučajevima životne sredine.[12] Zbog svega navedenog postojali su predlozi za osnivanje jednog nadnacionalnog, međunarodnog suda za životnu sredinu, u čiju nadležnost će spadati isključivo pitanja iz ove oblasti (građanskopravna i krivičnopravna). Ovu ideju je promovisala Fondacija za međunarodni sud za životnu sredinu koja je osnovana 1989. godine koja je i podržana na Konferenciji Ujedinjenih nacija u Rio de Žaneiru 1992. godine od strane izvesnog broja države, nevladinih i međunarodnih organizacija. Ovaj sud je trebao da bude stalan organ u čiji sastav bi ulazilo 15 nezavisnih sudija po izboru Generalne skupštine Ujedinjenih nacija i koji bi rešavao slučajeve u vezi sa životnom sredinom, ne samo na međunarodnom, nego i na nacionalnom nivou. Na ovaj način bi se prevazišao problem nedovoljne stručnosti nacionalnih sudova za rešavanje slučajeva u vezi sa životnom sredinom, a posebno onih koji nastaju na međunarodnom nivou.

Organizacija sudova i njihov senzibilitet za pitanja životne sredine kao i nacionalni sistem pristupa pravosuđu postali su glavna pitanja u implementaciji i prava životne sredine i principa održivog razvoja.[13] Postoji opšti trend u specijalizaciji sudova koji se bave pitanjima životne sredine u uporednom pravu, iako se on najviše odnosi na sudove koji sude u građanskim stvarima. Prema jednom istraživanju iz septembra 2010. godine bilo je oko 360 sudova i tribunala koji se bave pitanjima životne sredine širom sveta od čega je većina njih formirana u poslednjih pet godina.[14] U uporednom pravu uočavaju se tri sistema pravosuđa u okviru kojih se rešavaju slučajevi u vezi sa životnom sredinom[15]: *prvi sistem* je onak koji je

[12] Kremlis Georgie, European Perspectives on Access to Justice in Environmental Matters, in: Biopolitics- the Bio Environment-Raising to save the Environment, edited by A. Vlavioanos-Arvanitis, Athens: Biopolitics International Organization, citirano kod Avgerinopoulou, D., The role of the international judiciary in the settlement of the environmental disputes and alternative proposals for strengthening international environmental education, Yale Center for Envriornmental Law and Policy, New Haven, CT.23-25 October, str.8.

[13] Amirante, Domenico, Environmental court in comparative perspective: preliminary reflections on the National Green Tribunal of India, Pace Environmental Law Review, 2/2012, str.441.

[14] Pring, George and Pring, Katherine, Specialized environmental courts and Tribunals: the explosion of new institutions to adjudicate environment, Climate change, and sustainable development at the Confluence of Human Rights and the Environment , 2010, - http://www.law.du.edu/documents/ect-study/Unitar-Yale-Article.pdf., citirano kod: Amirante, Domenico,op.cit.445.

[15] Videti: Amirante, Domenico, op.cit., str.446-448.

najraspotranjeniji u zemljama Zapadne Evrope i SAD-a i u kome se pitanja životne sredine rešavaju u okviru sistema redovnih sudova, *drugi sistem* je onaj koji je zasnovan na unutrašnjoj specijalizaciji sudskih organa u okviru sistema redovnih sudova (u pojedinim evropskim zemljama i u SAD-u) i *treći sistem* (Australija) u kome postoje sudovi ili tribunali za životnu sredinu. Švedska je prva evropska država u kojoj je donet Zakon o zaštiti životne sredine 1999. godine, a na osnovu kog su formirani sudovi koji sude u prvom (pet sudova) i drugom stepenu (jedan apelacioni sud), s tim što je teret dokazivanja na sudu gde mu u utvrđivanju složenih činjenica pomažu stručna lica specijalizovana za zaštitu živote sredine. U Austriji postoji nezavisni „Senat"za životnu sredinu kao svojevrsni pravosudni organ sastavljen od deset sudija i trideset dva pravnika sa specijalizovanim znanjima, međutim, nadležnost ovog tela ograničena je na rešavanje sporova u vezi sa primenom Zakona o proceni uticaja na životnu sredinu. Kao dobar primer specijalizacije sudova za pitanja životne sredine može se prikazati australijski model. Naime u australijskoj državi Novi Južni Vels formiran je poseban sud 1979. godine pred kojim se vode postupci i u građanskim i u krivičnim stvarima u vezi sa životnom sredinom. Sud je formiran da bi se racionalizovao sistem sudova u kome je nekoliko sudova i tribunala bilo nadležno da vodi postupke u vezi sa različitim ekološkim propisima, tako da ovaj sud ima isključivu nadležnost u sledećim oblastima: planiranje i izgradnja, zemljišna prava Aboridžana, građanske stvari, suđenje za krivična dela protiv životne sredine (sa mogućnošću izricanja kazne zatvora do 7 godina, odosno novčane kazne u iznosu do 5 miliona dolara) i rešavanje po žalbama na odluke lokalnih sudova o prekršajima koji se odnose na nepostupanje po ekolškim propisima. Sud čine pet sudija i devet pravnih savetnika koji poseduju znanja u oblasti zaštite životne sredine iz razloga boljeg razumevanja i potpunog utvrđivanja činjenične osnovice konketnog spora, a radi pravilne primene brojnih propisa kojima se uređuju oblasti u nadležnosti ovog suda.[16]

Iskustva su pokazala da je bolje i praktičnije formirati u potpunosti nova specijalizovana pravosudna tela nego inkorporisati stručnjake iz oblasti životne sredine u postojeće institucije.[17]

---

[16] Više videti kod: Pearlman, M.L., The Land and Environment Court of New South wales – a Model for Environmental Protection, Water, Air and Soil Pollution, 123/2000, 395-407; Preston, B., Judicial Specialization Through Environment Courts: a Case of the land and Environment Court of new South Wales, Pace Environmental Law Review, 2/2012, 601-625.

[17] Heiy, Ellen, Reflections on an International Environmental Court in: PCA, International Investments and the Protection and Environment (2000), str.271. citirano kod: Vespa, Mathew, An alternative to an international environmental court? The PCA's optional arbitration rules

Kao vrsta radne organizacije, sud se u procesnom smislu definiše kao inokosni ili kolektivni organ koji vrši sudsku vlast. U našem zakonodavstvu u krivičnim stvarima sud sudi u veću, a samo izuzetno sudi sudija pojedinac (Ustav RS član 142. stav 6.). Inokosno uređenje sudskih organa po prirodi stvari odgovara lakšim krivičnim delima, tj. onima za koje je zaprećena blaža kazna, odnosno onim slučajevima gde činjenična osnovica dela nije složena i komplikovana, pa samim tim nije potreban ni poseban tretman pripreme za samo suđenje. Sastav suda u procesnom smislu je određen brojčano i kvalitativno procesnim zakonikom i po tom pitanju ne postoji mogućnost odstupanja. Za suđenje učiniocima krivičnih dela protiv životne sredine koja su sistematizovana u glavi 24. Krivičnog zakonika Republike Srbije[18] i kojih ima 18, nadležan je osnovni sud u prvom stepenu s obzirom da je zaprećena kazna za ova krivična dela do deset godina.[19] Za najveći broj ovih krivičnih dela primenjuju se pravila skraćenog postupka u kome izostaje istraga, a za suđenje u prvom stepenu funkcionalno je nadležan sudija pojedinac (za krivična dela za koja je zaprećena novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina), osim kod pojedinih oblika krivičnih dela i to za sledeće oblike pojedinih krivičnih dela: Zagađenje životne sredine (čl.260.st.3), Protivpravna izgradnja i stavljanje u pogon objekata i postrojenja koja zagađuju životnu sredinu (čl.262.st.2), Oštećenje objekata i uređaja za zaštitu životne sredine (čl.263.st.5.) i unošenje opasnih materija u Srbiju i Nedozvoljeno prerađivanje i skladištenje opasnih materija (čl.266.st.2, 3. i 5.), za koja je nadležno malo veće (jedan sudija profesionalnac i dvoje sudija porotnika) za suđenje u prvom stepenu[20]. S obzirom na to da se trenutno u Srbiji primenjuju dva zakonika o krivičnom postupku i to: Zakonik o krivičnom postupku[21] i Zakonik o krivičnom postupku[22], koji se od 15.1.2012.godi-

---

for natural resources and /or the Environment, The Law and Practice of International courts and tribunals, 2/2003, str.303.

[18] Službeni glasnik RS broj 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009 i 111/2009.

[19] Zakon o uređenju sudova - član 22. stav 1.,Službeni glasnik RS broj 116/2008.

[20] U brojčanom smislu (pod kojim se podrazumeva broj sudija u veću i odnos broja sudija profesionalaca i sudija porotnika) u krivičnim stvarima prema našem pozitivnopravnom zakonodavstvu inače, sud sudi u prvom stepenu u malom veću (1 sudija profesionalac+2 sudija porotnika) za krivična dela za koja je propisana kazna zatvora preko 5 a do 15 godina, odnosno u velikom veću (2 sudija profesionalaca+3 sudija porotnika) za krivična dela za koja je zaprećena kazna zatvora preko 15 godina (prema članu 24.stav 1. Zakonika o krivičnom postupku ("Sl.list SRJ", br. 70/2001 i 68/2002 i "Sl.glasnik RS", br. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – dr.zakon, 49/2007, 20/2009 - dr.zakon, 72/2009 i 76/2010)).

[21] "Sl.list SRJ", br. 70/2001 i 68/2002 i "Sl.glasnik RS", br. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – dr.zakon, 49/2007, 20/2009 - dr.zakon, 72/2009 i 76/2010.

ne primenjuje u postupcima za krivična dela za koja je posebnim zakonom određeno da postupa javno tužilaštvo posebne nadležnosti, a koji će se od 15.1.2013. godine primenjivati na sve slučajeve, na ovom mestu je potrebno istaći da postoji razlika u zakonskim rešenjima u dva zakonika u pogledu kriterijuma težine dela koji opredeljuje sastav suda u prvom stepenu, pa tako, prema ZKP-u iz 2011. godine malo veće sudi za krivična dela za koja je propisana kazna zatvora preko osam godina, a do dvadeset godina, a veliko veće za krivična dela za koja je propisana kazna zatvora od trideset do četrdeset godina.[23] Sudija pojedinac sudi za krivična dela za koja je zaprećena novčana kazna ili kazna zatvora do 5 godina (član 21. stav 2. ZKP 2001), odnosno do 8 godina (član 22. stav 1. ZKP 2011.). Od 15. januara 2013. godine i početka primene Zakonika o krivičnom postupku iz 2011. godine na sve slučajeve, skraćeni postupak će se primenjivati za sva krivična dela za koja je zaprećena novčana kazna ili kazna zatvora do 8 godina, što znači da će za najveći broj ovih krivičnih dela biti nadležan sudija pojedinac.

Osim toga, u skladu sa Zakonom o organizaciji i nadležnosti državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala, korupcije i drugih posebno teških krivičnih dela[24], ukoliko je krivično delo izvršeno od strane organizovane kriminalne grupe, nadležno je Posebno odeljenje Višeg suda u Beogradu a gonjenje preduzima Tužilac za organizovani kriminal.

3. Javni tužilac

Tužioci imaju izuzetno značajnu ulogu u funkcionisanju pravosuđa u svakoj državi i ona se ogleda prvenstveno u vršenju tradicionalne funkcije tužioca, a to je krivično gonjenje učinilaca krivičnih dela. Naše javno tužilaštvo, prema Zakonu o javnom tužilaštvu (član 2.) kao samostalni državni organ, osim gonjenja učinilaca krivičnih dela, vrši gonjenje i učinilaca drugih kažnjivih dela i preduzima mere za zaštitu zakonitosti. Kao i sudovi, i tužilaštva daju poseban doprinos društvu time što uzimaju aktivnu ulogu i u javnim raspravama o izmenama, dopunama ili donošenju zakona, a čime afirmišu, unapređuju i štite ljudska prava i slobode.

Analogno sudskim organima, potrebno je nešto reći i o specijalizaciji tužilačkih organa kada je u pitanju krivično gonjenje učinilaca krivičnih

[22] "Sl.glasnik RS", br. 72/2011 i 101/2011.

[23] Član 21.stav 1. tačka 1. i 2. Zakonika o krivičnom postupku («Službeni glasnik» RS broj 72/2011 i 101/2011).

[24] Službeni glasnik RS broj 42/2002, 27/2003, 39/2003, 67/2003, 29/2004, 58/2004 - dr.zakon, 45/2005, 61/2005, 72/2009, 72/2011 – dr.zakon i 101/2011 – dr.zakon

dela protiv životne sredine[25]. Ovo pitanje je posebno značajno u onim krivičnoprocesnim zakonodavstvima u kojima se istraga poverava tužiocima, kao što je to slučaj kod nas prema Zakoniku o krivičnom postupku iz 2011. godine. Naime, specijalizovana znanja tužilaca posebno dolaze do izražaja u tužilačkom konceptu istrage kada se još u najranijoj fazi otkrivanja i dokazivanja ovih krivičnih dela traži posebno znanje tužilaca, kao i veština primenjivanja tih znanja na složene činjenične osnovice. Osim toga, kao zaštitnici zakonitosti, tužioci su nadležni i da štite zakonitost i kada je u pitanju i životna sredina. U tom smislu na primer specijalizovani tužioci za pitanja životne sredine u Rusiji "imaju pravo da podnesu zahtev za zaštitu zakonitosti akata kojima se regulišu odnosi u sferi zaštite životne sredine, kao i zahtev za zabranu vršenja aktivnosti (privremeno ili trajno) kojima se narušava životna sredina."[26] Osim što se specijalizacijom u pojedinim oblastima dostiže potreban kvalitet i povećava efikasnost, ona omogućava povećanje međunarodne saradnje, na primer, u okviru *Eurojust*-a, kao i vođenje dugotrajnih i složenih istraga.[27]

Koje će sve uloge javni tužilac imati u postupcima za pojedina kažnjiva dela i koji će to postupci biti, zavisi od određenog procesnog zakonodavstva.[28] Prema našem Zakonu o javnom tužilaštvu[29] Republike Srbije (član 26. stav 1. i 2.) javni tužilac ima određenu nadležnost za vršenje svojih zadataka i poslova u okviru svog delokruga rada u krivičnim postupcima prvenstveno, kod gonjenja za privredne prestupe i prekršaje preduzima radnje na koje je zakonom ovlašćen, a isto tako postupa i u parničnom, upravnom, izvršnom, vanparničnom i drugom postupku, vršeći pri tome radnje na koje je posebnim zakonima ovlašćen. Kao stranka u krivičnom postupku, istovremeno je i državni organ čije je pravo, koje ujedno predstavlja i njegovu dužnost, da kada se ispune zakonom predviđeni stvarni i pravni uslovi, vrši krivično gonjenje. Taj zadatak je kom-

[25] O specijalizaciji tužilaca u vezi sa gonjenjem izvršilaca krivičnih dela protiv - životne sredine videti: Lukić T., „Otkrivanje i istraživanje ekološkog kriminaliteta“, Revija za krivično pravo i kriminologiju broj 1-2/2012, str.219-234.

[26] The Network of Prosecutors on Environmental Crime (ENPRO), Manual on Prosecuting Environmental Crime in the Baltic Sea Region, Helsinki 2010, str 12.

[27] Consultative Council of European Prosecutors (CCPE), Questionnaire with a view of the preparation of Opinion No. 7 on the management of the means of the prosecution services, Replies from SWEDEN, Council of Europe, Strasbourg, 7 February 2012, str.6.,

http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccpe/opinions/travaux/OP_7_Sweden.pdf

[28] Videti: fus nota 136 - Grubač M., Krivično procesno pravo (šesto izmenjeno i dopunjeno izdanje), Beograd 2009., str.142.

[29] Zakon o javnom tuilaštvu, Službeni glasnik RS broj 116/2008, 104/2009, 101/2010, 78/2011 - dr.zakon, 101/2011 i 38/2012 - odluka US.

pleksan i sastoji se od preduzimanja čitavog niza procesnih radnji, ali i neprocesnih radnji koje ima u najranijoj fazi otkrivanja i dokazivanja krivičnih dela, kao rukovodilac pretkrivičnog postupka. Prema novom Zakoniku o krivičnom postupku, uloga tužioca postaje dominantna u istrazi, s obzirom da je njim uveden kocept tužilačke istrage. Samim tim za obavljanje poslova tužioca zahteva se određena stručna i lična sposobnost koja se, kao i kada su u pitanju sudije, obezbeđuje uslovima i postupkom izbora tužilaca, a korektiv eventualne konkretne nesposobnosti da funkciju vrši u konkretnom slučaju zbog postojanja određene veze sa predmetom postupka ili nekim od učesnika se obezbeđuje ustanovom izuzeća (isto kao i kod sudija). Sistem javnog tužilaštva u Srbiji je komplementaran sistemu sudova, pa tako u Srbiji postoje osnovna, viša i apelaciona tužilaštva, Republičko javno tužilaštvo i tužilaštva posebne nadležnosti (za organizovani kriminal, ratne zločine i visokotehnološki kriminal). Stvarna i mesna nadležnost javnih tužilaštava odgovara stvarnoj i mesnoj nadležnosti sudova.

Krivično gonjenje za krivična dela protiv životne sredine koja su propisana Krivičnim zakonikom RS vrši javni tužilac po službenoj dužnosti, koji može da odustane od krivičnog gonjenja, kada na njegovo mesto može da stane supsidijarni tužilac (oštećeni kao tužilac) i da preuzme gonjenje u konkretnom slučaju. Postoji u našem krivičnom procesnom zakonodavstvu i ustanova privatnog tužioca koji vrši krivično gonjenje po privatnoj tužbi. Iako ima široka ovlašćenja u vršenju svojih zadataka i poslova, odgovornost javnog tužioca je izuzetno velika jer od njega zavisi da li će uopšte pokrenuti krivični postupak. Odluku o tome donosi na osnovu prikupljenih dokaza što je direktno uslovljeno njegovim rukovođenjem u pretkrivičnom postupku i u istrazi, a da bi taj deo posla uspešno obavio, mora biti vrsan poznavalac problematike životne sredine kada su u pitanju krivična dela protiv životne sredie i zbog toga je potrebna faktička specijalizacija, ne svih, ali jednog broja tužilaca koji bi mogli da odgovore zadacima u ovim slučajevima.

Krivična dela protiv životne sredine propisana Krivičnim zakonikom RS se gone po službenoj dužnosti, a to znači da je za gonjenje nadležan javni tužilac. Specijalizacija tužilaca kada su u pitanju krivična dela protiv životne sredine postoji u pojedinim evropskim državama, kao što je na primer Finska, u kojoj ima tačno određen broj tužilaca koji su specijalizovani za ove slučajeve, osim toga u svakom tužilaštvu postoji jedna imenovana osoba koja je zadužena za ova krivična dela. Specijalizovani tužioci prate i promenu propisa iz ove oblasti, prikupljaju i analiziraju sudske odluke i izučavaju relevantnu naučnu i stručnu literaturu. Samim tim, oni su ovlašćeni i da realizuju posebne kurseve (obuke) za tužioce u

ovoj oblasti. U Nemačkoj su tužioci specijalizovani za problematiku životne sredine i raspoređeni u posebna odeljenja pri tužilaštvima vode istragu (uz pomoć policije). U Rusiji je na primer, na državnom nivou formirano specijalno javno tužilaštvo za krivična dela protiv životne sredine, a nadležnost javnih tužilaca na nivou okruga je supsidijarnog karaktera u ovim slučajevima i oni su obavezni da podnose periodične (mesečne) izveštaje federalnom tužiocu. U Švedskoj takođe postoji posebno tužilaštvo za krivična dela protiv životne sredine od 2009. godine koje rukovodi istragom, iako je još od 2000. godine bilo inicijativa za realizacoju ove ideje. Osim što vrše krivično gonjenje, ovi tužioci imaju i jedno posebno ovlašćenje kada su u pitanju slučajevi koji se odnose na životnu sredinu, naime "tužilac je taj koji donosi odluku o izboru između krivičnog postupka ili administrativne sankcije.[30]" Specijalizacija tužilaca posebno dolazi do izražaja u slučajevima timskog rada na otkrivanju i dokazivanju krivičnih dela protiv životne sredine, kao što je primer OKOKRIM-a[31] - državnog organa za otkrivanje i krivično gonjenje u slučajevima ekonomskog i ekološkog kriminala, koji predstavlja jedinstven tužilačko-policijski organ koji deluje na nivou cele države u Norveškoj. U Belgiji postoje posebni pisani sporazumi pravosudnih organa kojima se predviđa da će jedno tačno određeno tužilaštvo biti nadležno za slučajeve krivičnih dela protiv životne sredine.[32] U Holandiji postoji posebno odeljenje u okviru organizacije javnog tužilaštva koje se bavi ekološkim i ekonomskim kriminalitetom, sa sedištem u Hagu i ima još četiri kancelarije u zemlji.

4. Policija

Primena ekoloških propisa je važan faktor zaštite životne sredine i smanjenja ekološke štete, a što se postiže radom nadležnih organa. Radi uspešnosti kontrole nad primenom tih propisa neophodna je i saradnja državnih organa sa različitim nadležnostima i delokrugom rada na lokalnom, nacionalnom, regonalnom i međunarodnom nivou. Na lokalnom nivou u okviru jedne države važnu ulogu nad kontrolom primene propisa u oblasti zaštite životne sredine imaju inspekcija i policija.

[30] Envorpnmental Law Enforcement in other EU Member states (Austria, Belgium, the Netherlands and Sweeden), TWINNING Project HR 08 IB EN 01, Zagreb 2012, str.57.

[31] http://www.okokrim.no/in-english

[32] Envorpnmental Law Enforcement in other EU Member states (Austria, Belgium, the Netherlands and Sweeden), TWINNING Project HR 08 IB EN 01, Zagreb 2012, str.28.

Uloga policije u zaštiti životne sredine zavisi od specifičnih okolnosti, ali se u principu policija može smatrati potencijalno važnim faktorom kontrole poštovanja propisa iz oblasti zaštite životne sredine jer je obično mnogo veći broj ovlašćenih službenih lica zaposlenih u policiji nego inspektora zaštite životne sredine na određenom prostoru. Međutim, policija ima brojne zadatke u okviru svog delokruga rada u smislu preventivne i represivne delatnosti u vezi sa kriminalnim radnjama u jednom društvu, a poštovanje ekloških propisa ne predstavlja prioritet u radu policije u načelu, dok god se u tom kršenju ne steknu elementi radnje kažnjivog dela u skladu sa kaznenim propisima jedne zemlje. Stoga je dobro rešenje da se formira tzv.komunalna policija na koji način se oskudni resursi u službama inspekcije nadomeštaju a s druge strane se smanjuje opterećenje policije. Tako se davanjem ovlašćenja komunalnoj policiji za izricinjem mandatne kazne na licu mesta za prerkršaje iz oblasti zaštite životne sredine pruža podrška nspekcijskim organima, naročito u zaštićenim prirodnim oblastima. Osim toga, komunalna policija u obavljanju poslova sarađuje sa gradskim inspekcijskim službama kroz: međusobno obaveštavanje, razmenu informacija, pružanje neposredne pomoći i preduzimanje zajedničkih mera i aktivnosti od značaja za obavljanje poslova komunalne policije i gradskih inspekcijskih službi. Takođe, u obavljanju poslova i primeni ovlašćenja komunalni policajci sarađuju sa policijom. Kada je to potrebno radi izvršavanja poslova iz nadležnosti komunalne policije, na obrazloženi zahtev, policija može dostaviti lične podatke za građane, podatke za vozila i druge podatke iz evidencija koje vodi u skladu sa zakonom. Zapravo, uloga komunalne policije u identifikovanju učinjenih krivičnih dela pomaže rad policije i tužilaštva u otkrivanju i gonjenju učinilaca tih dela.

Osim komunalne policije, u pojedinim zemljama postoje specijalizovane službe u okviru policije u kojim kao inspektori zaposlena službena lica s posebnim znanjima za otkrivanje i obezbeđenje dokaza za krivična dela protiv životne sredine[33]. Tako je ***u Sjedinjenim američkim država*** u okviru Saveznog biroa za istragu u cilju borbe protiv ekološkog kriminaliteta formirana posebna Jedinica za odgovor na terorističke napade koji se vrše hemijskim, biološkim i nuklearnim oruž-

[33] Faure, M G & Heine G (2002) *Criminal Penalties in EU Member States' Environmental Law,* Maastricht European Institute for Transnational Legal Research, Faculty of Law, Maastricht University and the Institute for Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, University of Berne, Maastricht, The Netherlands.

jem i ekološki kriminalitet. Jedinica je formirana da bi se u okviru nje specijalizovali timovi za istragu krivičnih dela i akcidenata uopšte koji su povezani sa opasnim materijama a naročito hemijskim, biološkim i radioativnim otpadom. Osim ove specijalne jedinice, pri *Saveznoj agenciji za zaštitu životne sredine (US Environmental protection Agency[34])*, koja nadgleda primenu minimalnih standarda u nacionalnim sistemima državama članica a koji su postavljeni u relevantnim saveznim propisima u oblasti zaštite životne sredine[35], formirano je *Odeljenje kriminalističke policije (Criminal Investigation Division[36])* sa ciljem da se pruži pomoć tužilaštvima nadležnim za gonjenje dela ekološkog kriminaliteta čiji su učiniocu fizička lica i korporacije koje krše ekološke propise na lokalnom, državnom i saveznom nivou. Službena lica ovog Oeljenja ovlašćena su da sprovode istragu krivičnih dela protiv životne sredine, da nose oružje, primenjuje sredstva prinude, izvršavaju i dostavljaju naloge suda za hapšenje i pretres a u vezi sa kršenjem propisa iz oblasti zaštite životne sredine a koja predstavljaju krivično delo. U Odeljenju je zaposleno 350 lica među kojima je mreža od 200 specijalnih agenata iz različitih policijskih ispostava širom zemlje (postoji 10 regionalnih kancelarija)[37]. Specijalni agenti analiziraju prikupljene tragove i predmete, pregledaju dokumentaciju inspekcija za životnu sredinu i druge baze podataka i odlučuju koja dodatna stručna analiza je potrebna u konkretnom slučaju, a osim toga sarađuju sa naučnim ustanovama, advokatima i drugim institucijama i licima u cilju identifikovanja, otkrivanja i dokazivanja ekološkog kriminaliteta. U okviru Odeljenja postoje specijalizovane forenzičke laboratorije u kojima su zaposleni naučnici, inženjeri, analitičari i stručnjaci zaštite živote sredine koji pomažu agentima kriminalističke policije u sprovođenju istrage. Da bi istraga ekološkog kriminalitetea bila efikasna i rezultirala obezbeđenjem materijalnih dokaza, potrebno je da se u rad istražnog tima sastavljenog od agenata krminalističke policije uključe i stručna lica različitih profila kako bi se omogućilo da kroz multi- i inter-disciplinarni pristup prikupljeni i analizirani tragovi dobiju kvalitet naučnog dokaza kada budu prezentovani na sudu u postupku[38]. Stoga stručnjaci zaposleni u Odeljenju prikupljaju tragove i

[34] http://www.epa.gov/.

[35] http://www.epa.gov/lawsregs/regulations/.

[36] http://www.epa.gov/enforcement/criminal/index.html.

[37] America's Environmental Crime Fighters: Office of Criminal Enforcement, Forensics and Training, http://www.epa.gov/enforcement/criminal/documents/index.html#publications.

[38] Situ, Y & Emmons, D (2000) *Environmental Crime: The role of the criminal justice systemin protecting the environment,* Sage, Thousand Oaks California, 35.

predmete na licu mesta prilikom uviđaja, obrađuju ih i analiziraju u forenzičkim laboratorijama pri odeljenju i potom daju nalaz i mišljenje u svojstvu veštaka u pokrenutom krivičnom postupku[39]. Nacionalni istražni centar u Denveru (*National Enforcement Investigations Center (NEIC))* pruža forenzičku, naučnu i tehničku podršku, dok informatičku podršku (analiza elektronskih dokaza i napredne prikrivene peracije) pruža Kompjuterska forenzička labaratorija u Koloradu (*The National Computer Forensics Laboratory*). Advokati, stručnjaci za ekološko pravo, su spoljni savetnici Odeljenja po pitanjima tumačenja i primene propisa u oblasti zaštite životne sredine, poštovanja pravila o dokazima, te pripreme zaposlenih forenzičara koji se pred sudom javljaju u ulozi veštaka[40].

Kao primer specijalizovanog policijskog organa može se navesti i Nacionalni organ za istragu i gonjenje privrednog i ekološkog kriminaliteta (Økokrim) formiran u Norveškoj je 1989.godine. Økokrim deluje istovremeno i kao posebna jedinica policije pod Upravom policije i kao posebna jedinica tužilaštva pod Generalnim direktorom Javnog tužilaštva. Økokrim otkriva, istražuje, krivično goni i iznosi pred sud krivične predmete iz svoje nadležnosti; pomaže nadležnnim organima za istragu i gonjenje na nacionalnom i međunarodnom nivou; doprinosi podizanju nivoa stručnosti policije i organa gonjenja i unapređenju mehanizama razmene podataka; uključuje se u kriminalistički obaveštajni rad, posebno u vezi sa izveštajima o sumnjivim transakcijama; deluje kao savetodavno telo za centralne vlasti i učestvuje u međunarodnoj saradnji policijskih organa. Cilj Økokrim-a je da postane vodeći faktor u borbi protiv privrednog i ekološkog kriminaliteta vođenjem istrage i krivičnim gonjenjem konkretnih krivičnih predmeta i prikupljanjem i analizom finansijskih informacija, a na takav način da se postigne odvraćajuće dejstvo u dovoljnoj meri u cilju generalne prevencije ekološkog krimianliteta. Økokrim ima izvršne organe među kojima su pored direktora i zamenika direktora, sedam šefova odeljenja koji rukovode timovima koji istražuju ekonomski i ekološki kriminal. Timovi se sastoje od specijalnih istražitelja, koji su zaposleni u policiji, stručnjaka iz određenih finansijskih i ekoloških oblasti, a na čelu tima je javni tužilac. Većinu slučajeva koji spadaju u nadležnost Økokrim-a obrađuje okružna policija, dok Økokrim istražuje veće, složenije slučajeve, naročito one sa prekograničnim karakterom, a odluku o tome koji konkretni slučajevi će

[39] http://www.mass.gov/ago/bureaus/criminal/the-environmental-crimes-strike-force/

[40] Tomkins, K., Police, Law Enforcement and the Environment, Current Issues in Criminal Justice, 16/2005, 294-306.

biti istrživani odlučuju donosi Viši menadžment Økokrim –a. Tako je tokom 2011.godine u okviru Økokrim -a delovalo je dvanaest timova od kojih je svaki bio odgovoran za određenu oblast. Većina timova su bili zaduženi za istragu i gonjenje krivičnih dela ekološkog kriminaliteta, sa izuzetkom Tima za pomoć koji je pružao podršku okružnoj policijiji i Tima za finansijske informacije koji je prikupljao i obrađivao relevantne finansijske podatke[41].

Krivična dela koje se uslovno mogu podvesti pod pojam ekološkog kriminaliteta mogu proizvesti posledice na teritoriji više država, a mogu biti rezultat rada organizovane kriminalne grupe sastavljene od lica koja su državljani različitih država, pa tako možemo govoriti o ***prekograničnom ekološkom kriminalitetu*** za čije efikasno otkrivanje i dokazivanje je od velikog značaja saradnja policijskih organa dve ili više država na osnovu bilaterlanih i multilaterlanih sporazuma.

Interpol kao međunarodna organizacija koja pomaže rad policije država članica obavlja zadatke obezbeđujući globalnu perspektivu sagledavanja ekološkog kriminaliteta, razmenu pravovremenih, tačnih, relevantnih i potpunih informacija, te omogućavajući saradnju nadležnih policijskih organa i koordiniranjem zajedničkih opetarivnih aktivnosti policija država članica. Preko nacionalnih centralnih biroa čini policiji u državi članici dostupne informacije iz baza koje sadrže podatke o licima i aktivnostima koji su povezani za međunarodnim krivičnim delima, što je od značaja i za sprečavanje i otkrivanje krivičnh dela protiv životne sredine s obzirom da se zaštita prirodnih dobara ne može delotvorno obezbediti samo instrumentima građanskog i upravnog prava. Iako je 1976. usvojena prva rezolucija Interpol-a o borbi protiv ilegalne trgovine biljnim i životinjskim vrstama, Interpol je aktivan u oblasti ekološkog kriminaliteta od 1993.godina kada je na tu temu održana konferencija na zahtev nekoliko država članica, a danas je među osnovnim prioritetima Generalnog sekretarijata Interpol-a ilegalna trgovina opasnim otpadom i opasnim materijama kao sve veći problem po zdravlje ljudi i opštu bezbednost ljudi. Do sada je Interpol angažovan u oko 70 slučajeva ekološkog kriminalieta koje su Generalnom sekterrijiatu projavile države članice (oko 80% prijava potiče iu evropskih zemalja, 15% iz SAD a ostatak od zemalja iz Afrike i Srednjeg istoka), a većina se odnosi na ileglani prekogranični promet opasnih materija, odnosno otpada i/ili trgovinu radioaktivnim supstancama.Osim toga, Interpol nastoji da pruži stratešku podršku državama članicama u identifikovanju aktivnih kriminalnih organizacija, prikupljanju informacija i podataka na globalnom nivou radi praćenja trendova i pojav-

[41] http://www.okokrim.no/about-oekokrim

nih oblika ekološkog kriminaliteta i formiranju multidisciplinarnih timova sastavljenih od organa policije i carine.

U okviru Interpol-a 2009.godine usvojen Program za ekološki krimnalitet (*Environmental Crime Programme*) kojim se podržavaju zemlje članice u borbi protiv kriminalnih aktivnosti koje ugrožavaju i uništavaju zaštićena prirodna dobra., koji je obuhvatio sve oblike ekoloških ilegalnih aktivnosti[42]. Od svog nastanka države članice Interpol-a, koje su ovim Programom obuhvaćene, uspele su da koordiniraju svoje aktivnosti na suzbijanju ekološkog kriminala na globalnom i regionalnom planu, da realizuju obuke u pogledu načina komunikacije prema Interpol-ovim standardima, da obezbede protokole u postupanj u sa podacima na svetskom nivou, da razviju radnu metodologiju organa za primenu zakona u oblasti ekološkog kriminala, da uspešno usmere međunarodne policijske akcije u borbi protiv ovih vrsta kriminalnih aktivnostii da organizuju i održavaju međunarodne konferencije i saradnju po pitanju borbe protiv ekoloških delikata. U periodu od poslednje tri godine Interpol -ov odgovor na problem ekološkog kriminala može se sagledati kroz globalne i regionalne operacije organa za primenuzakona Interpol - ovih država članica. Operacija „RAMP“, vođena globalno, usmerena na ilegalnu trgovinu i nedozvoljeno posedovanje ugroženih vrsta gmizavaca i vodozemaca, obuhvatila je udružene napore 51 države članice Interpol-a. Vrednost zaplenjenih životinjskih vrsta i produkata koji potiču od njih nastalih na nedozvoljen način, procenjuje se na više od 25 miliona evra. U ovoj operaciji otkriveni su načini krijumčarenja ovih, ali i drugih životinjskih vrsta i njihovih produkata, kao što su: kože životinja iz porodice mačaka, sokolovi, neke zaštićene vrste medveda i vukova. Uspešnost ove operacije proistekla iz velikog truda, pokazala je da postoje način borbe protiv ekološkog kriminala, koji se pre svega baziraju na međunarodnoj policijskoj saradnj i i koordinaciji drugih organa za primenu zakona, a prema standardima Interpol-a oličenim u vidu Programa za ekološki kriminal. Operacija „TRAM“, koja se odvijala na globalnom planu, bila je fokusirana na ilegalnu trgovinu tradicionalnih medikamenata baziranih na produktima životinjskih vrsta. Ovu Interpolovu operaciju zajednički je vodilo 18 država članica, a vrednost zaplenjenih proizvoda iznosi preko 10 miliona evra. Ova operacija predstavlja odgovor na predloge država članica za izbor cilja akcije, što je podržano informatičko-analitičkim kapacitetima Interpol -a. Veliki napor uložen je u podizanje javne svesti o opasnosti po životinjski svet, koju

[42] *Environmnetal Crime Programme, Strategic plan 2011-2013*, pp. 6, https://www.interpol.int/Public/EnvironmentalCrime/Manual/strategicplan.pdf

predstavlja nekontrolisana proizvodnja tradicionalnih medikamenata. Naravno, taj napor bio bi uzaludan bez odlučne intervencije policije i drugih organa za primenu zakona. Regionalne operacije „HAZ“ i „HAZ 2“odnosile su se na ilegalan transport opasnog materijala u pograničnoj zoni Kanade, oblast Ontario, sa američkim državama Njujork i Mičigen. Ove operacije su bile brze. Za vreme njihove realizacije izvršeno je 663 inspekcije, pokrenuto 16 istraga i otkriven 201 slučaj kršenja propisa o prenosu opasnog materijala. Operacija „TIGRE“,regionalnog tipa, vođena je radi suzbijanja eksploatacije tigrova. U toku oveoperacije lišeno je slobode 25 lica osumnjičenih za učestvovanje u nedozvoljenoj trgovini tigrovima, kao jednom do najugroženijih životinjskih vrsta današnjice. Uspeh ove akcije bio je potpomognut opštom informisanošću o ugroženosti tigrova i svetskim ekološkim zahtevom za njihov spas. Operacija „COSTA“rezultat je aktivnosti organa za primenu zakona 6 afričkih država na regionalnom planu i predstavlja do sada naj obimniju operaciju za borbu protiv ilegalne trgovine slonovačom. Kao njen rezultat zaplenjeno je više od 2 tone slonovače, a slobode je lišeno više od 100 osoba[43]. Navedene operacije, a pre svega regionalnog profila, pokazale su da neposredni izvršioci policijske dužnosti i drugih službi za primenu zakona mogu ostvariti blisku saradnju, bez obzira na kulturološke razlike i drugačije radne metodologije. S tim u vezi je podrška Interpola državama članicama da formiraju nacionalne *operativne grupe za ekološku bezbednost*[44] (*National Environmental Security Task Forces (NESTs*)), koja funkcionisala na principu multiagencijske saradnje policije, carinskih organa, agencija za zaštitu životne sredine, tužilaštva i nevladinih organizacija, sa ciljem da se ovi organi i agencije udruženo deluju na ostvareu zajedničkog cilja a to je smanjenje zagađenja, očuvanje vrsta i zaštita drugih prirodnih dobara. Kako bi operativna grupa obavljala delotvorno osnovni zadatak, a to je, da prikuplja i analizira informacije i statističke podatke o ekološkom kriminalitetu, bitno je obezbediti komunikaciju nacionalne operativne grupe za ekološku bezbednost sa Interpolom i to preko nacionalnog centralnog biroa države čiji bi sastavni deo trebalo i da postane. U tu svrhu od izuzetnog značaja su komunikacioni kanali Interpola (I-24/7) i informacioni sistemi sa bazama podtaka na koji način se povezuju baze podataka nadležnih organa i formiranih operativnih grupa u državama članicama.

[43] http://www.interpol.int/Crime-areas/Environmental-crime/Information-management.

[44] Inicijativa uscojena na 21.azijskoj regionalnoj konferencija od 12. septembra 2012. godine od strane 150 zvaničnika iz 40 zemalja, a inicijativa je potekla sa skupštine održane davne 1996.godine. Pun tekst Rezolucije dostupan je na linku: http://www.interpol.int/Crime-areas/Environmental-crime/Task-forces.



Preporučena struktura *operativne grupe za ekološku bezbednost*[45]

U pogledu regionalnih inicijtaiva od značaja je pomenuti aktivnosti ***Europola***[46] i operativne grupe regiona Baltičkog mora. Naime, 12.novembra 2001.godine odobrena je inicijativa Evropskog parlamenta da se mandat Europola proširi i na ekološki kriminalitet, čime se nastojalo da se poveća efektivnost saradnje nadležnih policajskih organa, naročito u pogledu ilegalne trgovine radioaktivnog otpada, materija koje uništavaju ozonski omotač i zaštićenim vrstama divlje flore i faune.

Operativna grupa regiona Baltičkog mora za organizovani kriminalitet osnovana je na osnovu Helsinške konvencije potpisane između Danske, Estonije, Evropske komisije,Finske, Nemačke, Letonije, Poljske, Švedske i Rusije. Cilj ove grupe je olakšavanje razmene informacije i saradnje nadležnih organa uopšte država potpisnica a u vezi sa delovanjem organizovanih kriminalnih grupa koje se bave nezakonitim aktivnostima u vezi sa ekološkim kriminalitetom[47].

[45]Preuzeto iz Priručnika za formiranje operativnih grupa za ekološku bezbednost, - http://www.interpol.int/Crime-areas/Environmental-crime/Task-forces.

[46] https://www.europol.europa.eu/.

[47] http://www.balticseataskforce.lt/.

5. Zaključna razmatranja

Imajući u vidu specifičnosti pojavnih oblika ekološkog kriminaliteta, kao i karakteristike izvršilaca krivičnih dela protiv životne sredine, u praksi se nametnula potreba za specijalizacijom nadležnih i to prvenstveno pravosudnih, ali i policijskih i drugih organa koji se pojavljuju u krivičnom postupku i u vezi sa njim za krivična dela protiv životne sredine. Ta specijalizacija nadležnih pravosudnih i policijskih organa podrazumeva sticanje dodatnih, posebnih znanja ali i veština iz oblasti prava životne sredine koja se najbolje stiču kroz organizovane obuke (kurseve), razmenu iskustava sa tužiocima iz drugih država koji imaju iskustvo u tome, praćenje relevantnih propisa, kao i naučne i stručne literature iz ove oblasti. S obzirom da se krivična dela protiv životne sredine ne pojavljuju kao čest pojavni oblik kriminaliteta u praksi, ne postoji potreba da specijalizacijom svih tužilaca u Srbiji, već samo jednog odabranog broja koji bi, pored svog osnovnog posla, bili zaduženi za ovu problematiku. Na ovaj način bi se nesumnjivo dao doprinos kvalitetnijoj krivičnopravnoj zaštiti životne sredine ne samo na nacionalnom već i na međunarodnom nivou, posebno kada je u pitanju pružanje međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima u vezi sa ovim krivičnim delima. Iako ne postoje međunarodni standardi kada je ovo u pitanju, iz uporednog zakonodavstva može se uočiti trend specijalizacije tužilačkih, sudskih i policijskih organa (posebno tamo gde rade u timovima). I kada su u pitanju sudije porotnici, koji sude u većima u prvostepenom postupku kod nas, koji odlučuju i o pravnim i o činjeničnim pitanjima, trebalo bi ih birati uzimajući o obzir njihovu zainteresovanost za ovu problematiku, kao i eventualno iskustvo u vezi sa zaštitom i unapređenjem životne sredine, jer bi takve sudije porotnici uzimali aktivniju ulogu u samim postupcima, čime bi se i na ovaj specifičan način obezbedilo kompetentno učestvovanje građana u donošenju odluka u krivičnom postupku koje se odnose na krivičnopravnu zaštitu životne sredine.

Tatjana Lukić, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law Novi Sad

Milana Pisarić, Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Specialization of Judicial and Other Authorities in the Fight Against Environmental Crime

Abstract

The detection, investigation and prosecution of crimes against the environment has its specificity compared to other forms of crime, because of the nature of these crimes, the manner of execution (modus operandi) and the characteristics of their perpetrators. Although there is no objective need for modification of the rules of criminal procedure with regard to these offenses, there is an obvious need for a specialized body of the procedure (prosecutors, judges and authorized officers of the internal affairs). This is due the fact that only specific additional, specialized knowledge about the environmental issues, which is usually multidisciplinary, can provide high-quality, professional and competent research and detection of crimes against the environment. In this paper, the authors deal with the problems of specialization of judicial and other authorities in connection with criminal proceedings for offenses against the environment, of reasonableness and necessity, given the current situation in domestic practice, as well as some comparative solutions and experiences.

Key words: environment, judiciary, police, prosecution, courts, prosecution, criminal act.

Originalni naučni rad 340.132:343
doi:10.5937/zrpfns46-3237

Dr Branislav Ristivojević, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

O PORETKU NAČELA U CILJNOM (TELEOLOŠKOM) TUMAČENJU U KRIVIČNOM PRAVU

***Sažetak**: Prilikom određenja cilja odnosno svrhe pravnih normi u postupku tumačenja u svim pravnim granama upotrebljavaju se pravna načela. Njihova uloga u ovom postupku je izuzetno važna zato što ona predstavljaju najmanji zajednički imenitelj svih normi, nekog zakona odnosno neke grane prava, pa samim tim mogu da se upotrebe za tumačenje cilja bilo koje od njih.*

Budući da krivično pravo ima više pravnih načela nauka je među njima uspostavila poredak ili red prvenstva u kojem se načelo zakonitosti nalazi na prvom mestu, a sva ostala su drugorazrednog značaja ili su zanemarena.

Pisac u ovom radu narušava upravo taj poredak krivičnopravnih načela podvrgavajući kritici razloge koji su doveli do njega i ukazujući na njihovu preživljenost i zastarelost. Koliko je načelo zakonitosti bilo neophodno u vreme kada je nastalo kao prirodni pratilac i zaštitnik teško izvojevane i još nesigurne slobode ljudi, toliko je danas kada je sloboda neupitna i nesporna izgubilo na značaju. Mogućnosti za zloupotrebu krivičnog prava, danas, ne leže više u nepisanim krivičnopravnim normama stvorenim po sličnosti sa nekim drugim slučajevima koje imaju povratno važenje u vremenu, što bi bile neke od opasnosti po slobodu građana koje se otklanjaju korišćenjem načela zakonitosti. One leže u njegovoj vrednosno promenljivoj dimenziji koja dolazi do izražaja kada se ono tumači teleološki odnosno ciljno. A to znači kada se tumači u skladu sa njegovom osnovnom funkcijom - zaštitom određenih vrednosti odnosno kada se (zlo)upotrebljavaju odredbe KZ o cilju krivičnog prava i o cilju kažnjavanja, a to su odredbe koje je nauka uobličila u načelo legitimnosti.

Iz ovog razloga treba promeniti poredak krivičnopravnih načela prilikom ciljnog tumačenja u krivičnom pravu. Na prvo mesto treba postaviti načelo legitimnosti, a na drugo načelo zakonitosti. Tako će se otežati tumačima krivičnog prava da nametljivo ističu kako su zadovoljili sve uslove koje načelo zakonitosti postavlja pred njih, prećutkujući koliko su oni danas nepotrebni jer je sloboda nesporna vrednost, dok istovremeno prikrivaju raskošne mogućnosti delotvorne zloupotrebe načela legitimnosti.

***Ključne reči**: Načelo legitimnosti, načelo zakonitosti, tumačenje, krivično pravo*

UVOD

Problematika tumačenja u krivičnom pravu je godinama zapuštena u našoj pravnoj nauci. Svako istraživanje posvećeno problemu tumačenja u krivičnom pravu u srpskoj, i njenoj neizbežnoj pratilji, jugoslovenskoj nauci obavezno se susreće s oskudicom radova napisanih na ovu temu. Ne postoji sistemsko delo u ovoj oblasti naučne misli kod nas. Štaviše, teško će se pronaći bilo koji naučni rad u vezi sa ovom temom. Istraživač je nužno upućen na mali broj radova sistemske prirode posvećenih tumačenju u pravu iz oblasti teorije prava i na odabrane sistemske jedinice u udžbenicima krivičnog prava. Preostala literatura svodi se nekoliko radova koji dotiču pojedine usko omeđene probleme u vezi sa tumačenjem u krivičnom pravu. Kao prvi zaključak nameće se neosporan stav da je u našoj nauci krivičnog prava problem tumačenja zapostavljen.

Zahvaljujući tome u literaturi su nadmoćni stavovi koji su oblikovani u dalekoj prošlosti i koji su se uglavnom oslanjali na stara i dobro utemeljena rešenja, koja dugo nisu preispitivana. To naravno ne znači da nisu izdržala probu vremena, ali pre nego što se izvede takav zaključak potrebno ih je proveriti.

Jedna od takvih dogmi u našoj nauci krivičnog prava jeste i ona o poretku načela prilikom ciljnog (teleološkog) tumačenja u krivičnom pravu. Skoro bez izuzetka u našoj nauci se sreću stavovi koji naglašavaju isključivi[1] ili prevashodni[2] značaj načela zakonitosti u tumačenju, a značaj ostalih načela se umanjuje ili se ona samo sumarno spominju.

[1] Prema mišljenju Tahovića u tumačenju krivičnopravne norme mogu se koristiti „opšta pravila o tumačenju zakona samo ako se ne protive načelu zakonitosti.“: Janko Tahović, ***Komentar Krivičnog zakonika***, Savremena administracija, Beograd, 1962, str. 33; Prema mišljenju Čejovića „pri tumačenju krivičnih zakona uvek se mora voditi računa o

Čini se da je upravo ovaj naučni stav zreo da se podvrgne proveri. Razloga za to ima više. Jedan od njih je sazrevanje svesti o ulozi drugih načela u krivičnom pravu i njihovo potvrđivanje u značaju. Drugi je istorijska promena osnovne uloge krivičnog prava – zaštitne funkcije. Od zaštitnika golog fizičkog preživljavanja ljudi ona je polako postala jedna vrsta finog i istančanog mehanizma za uređivanje slobode.

Da bi se pomenuti naučni stav preispitao potrebno je prvo kratko se osvrnuti na ulogu načela prilikom tumačenju u pravu, a zatim objasniti istu prilikom ciljnog tumačenja u krivičnom pravu. Nakon toga rad će se baviti poretkom načela u tumačenju, kako je on postavljen nadmoćnim naučnim stavom i nelogičnostima u istom. Na kraju će se ponuditi rešenje za otklanjanje ove nelogičnosti uspostavljanjem novog poretka načela krivičnog prava prilikom tumčenja.

1. Uloga načela u tumačenju

Pravo ne postoji radi sebe samog, ono je sredstvo za ostvarivanje određenih društvenih ciljeva.[3] Ciljno tumačenje je, prema tome, određivanje smisla odnosno značenja pravne norme s obzirom na društveni cilj koji norma treba da ostvari.[4]

Ključno pitanje kod ove metode tumačenja jeste način na koji se utvrđuje cilj pravne norme jer se tako utvrđuje njen pravi smisao odnosno njeno pravo značenje.

U nekim slučajevima, kao što je ozakonjenje neke pravne grane ili u slučajevima većih, tzv. sistemskih, zakona, sam akt u uvodu ili prvom članu određuje svoj cilj. Jedan od češćih način za određivanje cilja neke grane prava jeste ustanovljavanje načela što će se po pravilu učiniti u uvodnom delu akta ili među odredbama najvećeg stepena opštosti.

Načela predstavljaju najmanji zajednički imenitelj smisla svih normi nekog zakona ili grane prava, pa samim tim mogu da se upotrebe za izna-

---

principu zakonitosti kao jednom od vodećih principa krivičnog prava“: Bora Čejović, ***Krivično pravo-Opšti deo***, Jugoslovenski zavod za produktivnost rada, Beograd, 1985, str. 174-175.

[2] Prema Bačiću „granice svakog tumačenja određuje princip zakonitosti u svojoj integralnosti“ ali se granice tumačenja određuju i posredstvom onih „načela Ustava koja su položena u temelje samog krivičnog prava“ i tu svrstava sva ostala načela krivičnog prava: Franjo Bačić, ***Krivično pravo-Opći dio***, Informator, Zagreb, 1980, str. 105.

[3] Dragoljub Aranđelović, ***Ehrenzweig-ova gledišta o tumačenju i popunjavanju zakona***, Branič, Beograd, 1935, broj 1, str 8.

[4] Mihajlo Vuković, ***Interpretacija pravnih propisa***, Školska knjiga, Zagreb, 1953, str. 97.

lažnjenje smisla bilo koje norme.[5] Ona predstavljaju neku vrstu sažimanja duha koji prožima celokupan pravni akt.[6] Svrha koja želi da se postigne iznalaženjem pravnih načela može da bude data na opšti ili poseban način. U prvom slučaju ona prevazilaze značenje samo tog pravnog akta u kojem su data i važe za deo pravnog poretka ili, u slučaju pravnog akta koji predstavlja ozakonjenja neke pravne grane, za celu pravnu granu. U drugom on se odnosi samo na pravnu normu u kojoj je dat ili na akt u kojem se nalazi.

Nekad će se desiti da je cilj određen na nezadovoljavajući način u nekoj normi pa će on morati da se ustanovi pomoću veze s ciljem drugih srodnih normi ili akata. Teža mogućnost je kada norma ili akt ne govore izričito ili implicitno o svom cilju i kada tumač mora da izvlači zaključak o cilju norme tumačeći sadržaj norme, akta, pravne grane koja je u pitanju ili celokupnog pravnog poretka. Na kraju će tumač morati da se osvrne na celokupno uređenje društva ili organizaciju nekih područja društvenog života da bi došao do zaključka o tome koji je cilj norme.[7]

Kada se utvrdi cilj norme prelazi se na poređenje ishoda tumačenja dobijenog ostalim metodama sa ciljem norme, gde će cilj norme biti merilo koje će prevagnuti nad svim ostalima.[8] Treba utvrditi koji od ishoda tumačenja, do kojih se došlo ostalim metodama, na najbolji način i u najvećoj meri ostvaruje cilj norme. Ovde se vrši vrednosno ocenjivanje ishoda tumačenja sa društvenog stanovišta.[9]

U svakom slučaju ovo je najsloženiji zadatak u tumačenju pravnih normi i zahteva od tumača veliko sociološko znanje, sposobnost političkog vrednovanja interesa, poznavanje istorije kako bi se ostvarivali samo savremeni, a ne i prevaziđeni društveni interesi. Na kraju potrebno je da tumač ima sposobnost da shvati celinu i da razmišlja u sistemu, da povezuje složene pravne i društvene činioce u neprotivrečno jedinstvo. [10]

---

[5] Budući da jeste najmanji zajednički imenitelj svih normi načelo sadrži smisao svake od njih, pa se samim tim može koristiti za ciljno tumačenje: Mihajlo Vuković, ***Interpretacija pravnih propisa***, Školska knjiga, Zagreb, 1953, str. 128

[6] „...opća načela državnopravnog poretka... ...predstavljaju sublimaciju duha koji ga prožima...“: Oleg Mandić, ***Sistem i interpretacija prava***, Narodne novine, Zagreb, 1971, str. 168.

[7] Mihajlo Vuković, ***Interpretacija pravnih propisa***, Školska knjiga, Zagreb, 1953, str. 108-109.

[8] Zoran Stojanović, ***Krivično pravo – Opšti deo***, Pravna knjiga, 2011, str. 42.

[9] Mihajlo Vuković, ***Interpretacija pravnih propisa***, Školska knjiga, Zagreb, 1953, str. 110.

[10] Radomir Lukić, ***Tumačenje prava***, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 133.

2. Ciljno tumačenje u krivičnom pravu - uloga načela

U upotrebi ovog sredstva odnosno metoda tumačenja normi različitih pravnih grana, po prirodi stvari, mora biti razlika. Različite grane prava imaju različite ciljeve, pa se različito i tumače. Ovi ciljevi se, po pravilu, ogledaju u načelima. Različite grane prava imaju različita načela kao posledicu činjenice da imaju različite ciljeve.[11] Prilikom korišćenja ciljnog metoda tumačenja krivičnopravne norme treba voditi računa o tome da one služe da zaštite određene vrednosti. Te vrednosti se zovu zaštitni objekti. Tumač uvek mora da pođe od zaštitnog objekta i obima njegove zaštite. Ovo stoga što je prvenstvena svrha krivičnog prava zaštita određenih vrednosti u društvu odnosno ostvarivanje tzv. zaštitne funkcije krivičnog prava. Kada je utvrđen zaštitni objekat utvrđen je smisao-cilj krivičnopravne norme.[12]

Međutim, ovaj pristup u tumačenju nije dovoljan za tumačenje svih krivičnopravnih normi. Norme opšteg dela krivičnog prava, strogo uzevši, nemaju zaštitni objekat i može se reći da služe zaštiti određenih vrednosti samo na posredan način. Usled toga se za pravilno tumačenje neke norme opšteg dela krivičnog prava, a to znači tumačenje s ciljem ostvarivanja zaštitne funkcije krivičnog prava (a to je osnovna funkcija krivičnog prava u celini, bez obzira na pripadnost pojedine krivičnopravne norme opštem ili posebnom delu krivičnog prava) mora da potraži njena posebna svrha u okviru ove opšte svrhe.

Krivično pravo nema samo jednu osnovnu svrhu-zaštitu određenih vrednosti u društvu. Država ne samo da štiti građane krivičnom pravom, već mora da ih zaštiti i od krivičnog prava. Upravo tu leži druga svrha krivičnog prava, a to je ostvarivanje tzv. garantivne funkcije krivičnog prava. Svrha krivičnog prava jeste i da zaštiti vrednosti ljudi od samovoljnog, nepredvidivog kažnjavanja ili kažnjavanja na osnovu

---

[11] Ima i suprotnih stavova. Tako Lazarević smatra da su načela, „kao osnovica tumačenja“, ista ona načela koja predstavljaju „temelj celokupnog pravnog poretka“. Pri tom ne pravi nikakvu razliku između načela svojstvenih različitim granama prava: Adam P. Lazarević, ***Teorija tumačenja zakona i sudska praksa***, Arhiv za pravne i društvene nauke, 1934, str. 301. Čini se da je Lazarević kada je uobličavao ovaj stav imao u vidu samo imovinske privatne grane prava.

[12] Bačić smatra da je ovo posebna osobina tumačenja u krivičnom pravu: Franjo Bačić, ***Krivično pravo-Opći dio***, Informator, Zagreb, 1980, str. 106. Čini se da pisac ovde nije u pravu. Možda norme drugih grana prava nemaju zaštitne objekte, ali svakako imaju svoj cilj da zaštite neke vrednosti. Ono što povezuje zaštitni objekat neke krivičnopravne norme sa ciljem ili svrhom pravnih normi drugih grana prava jeste činjeica da i jedne i druge štite neke vrednosti.. Svaka pravna norma, bez obzira na to kojoj grani prava pripada ima svrhu da zaštiti neku vrednost. Drugim rečima ni jedna norma se ne donosi bez namere da se zaštiti neka vrednost.

neodređenog zakona ili zakona sa povratnim vremenskim delovanjem.[13]

Ove dve najvažnije svrhe krivičnog prava, u skladu sa kojima treba ciljno tumačiti krivičnopravne norme, imaju i svoj normativni oblik u krivičnopravnom poretku RS. Zaštitna funkcija ima svoje mesto u odredbi člana 3. KZ o osnovu i granicama krivičnopravne prinude i odredbi stava 2. člana 4. KZ o opštoj svrsi krivičnih sankcija. Garantivna funkcija ima svoje mesto u odredbi člana 1. KZ koja kaže da nema krivičnog dela niti kazne bez zakona. Krivičnopravna nauka uobličavajući načelo koje se naziva načelom legitimnosti u njega unosi, između ostaloga, i sadržaj dve prvopomenute odredbe KZ-a. Uobličavajući načelo zakonitosti krivičnopravna nauka u njega, između ostalog, unosi sadržaj člana 1. KZ.[14]

Veoma je važno naglasiti da je obuhvat načela legitimnosti širi od same zaštitne funkcije krivičnog prava, kao što je obuhvat načela zakonitosti širi od garantivne funkcije krivičnog prava. Drugim rečima načelo zakonitosti, pored svoje osnovne uloge u ostvarivanju garantivne funkcije ima ulogu i u ostvarivanju zaštitne funkcije.[15] Načelo legitimnosti, pored svoje osnovne uloge u ostvarivanju zaštitne funkcije, ima ulogu i u ostvarivanju garantivne funkcije krivičnog prava.[16]

Usamljena su i, čini se pogrešna, mišljenja u nauci po kojima načelo zakonitosti ima prevashodni značaj, odnosno da je ono uslov za ostvarivanje zaštitne funkcije krivičnog prava kao što je Frankovo. On ga temelji na stavu da je uslov za ostvarivanje cilja krivičnog prava, a to je zaštita određenih vrednosti, izričito nabrajanje tih vrednosti u zakonu, što vodi načelu zakonitosti.[17] Protivno ovom stavu bi se mogle navesti common law pravni sistemi odnosno pravni sistemi onih država koje pripadaju anglosaksonskom svetu. Iako nema izričitog navođenja zaštićenih vrednosti (common law je nepisano telo prava) krivična prava tih država ostvaruju zaštitnu funkciju bez ikakvih problema svojstvenih isključivo prirodi iz-

---

[13] Zoran Stojanović, ***Komentar Krivičnog zakonika***, Službeni glasnik, Beograd, 2007, str. 26.

[14] Iz ovoga jasno sledi da su načela šireg sadržaja od pomenutih zakonskih odredbi.

[15] „Načelo zakonitosti je od značaja i za zaštitnu funkciju krivičnog prava, pre svega za ostvarivanje generalne prevencije.“: Zoran Stojanović, ***Krivično pravo-Opšti deo***, Pravna knjiga, Beograd, 2006, str. 40.

[16] „Činjenica da je postojeća krivičnopravna zaštita na normativnom, zakonskom planu u svim savremenim društvima manje ili više hipretrofirana, odnosno da su njene granice ekstenzivno postavljene, ima za posledicu ne samo neefikasnost krivičnog prava u celini, nego i nedostatak materijalne legitimacije pojedinih inkriminacija“: Zoran Stojanović, ***Krivično pravo-Opšti deo***, Pravna knjiga, Beograd, 2006, str. 40.

[17] Stanko Frank, ***Teorija kaznenog prava***, Školska knjiga, Zagreb, 1955, str. 75.

vora prava u common law-u. Ako izričito nabrajanje zaštićenih vrednosti nije uslov za ostvarivanje zaštitne funkcije u anglosaksonskoj porodici pravnih sistema zašto bi bilo u evropsko-kontinentalnoj porodici? Bliži su stvarnosti oni stavovi u nauci koji vide ograničenu, a ne isključivu ili apsolutnu, ulogu načela zakonitosti u ostvarivanje zaštitne funkcije krivičnog prava.

Prethodno navedeni stavovi, o ulozi pojedinih krivičnopravnih načela u ostvarivanju pojednih funkcija krivičnog prava, svakako su važni i zaslužuju posebno istraživanje. Ovo je naročito bitno zbog toga što u nauci nema saglasnosti, često, ni oko osnovne uloge nekih načela.[18] Uzevši u obzir da njeno potpuno rasvetljavanje prevazilazi zadatke postavljene u uvodu, ona će u daljem tekstu biti zanemarena. Pri svemu ovome ne zapostavlja se verovatnoća da do određene mere ona može da utiče na kvalitet zaključaka koji će biti izvedeni u radu.[19]

3. Poredak načela u postupku ciljnog tumačenja - nelogičnost u većinskom stavu u našoj nauci

Ako se pođe od nespornog stava da zaštitna funkcija krivičnog prava jeste njegova prvenstvena funkcija onda bi logika nalagala da prvenstveni značaj u tumačenju krivičnog prava ima ona odredba u kojoj se (u najvećoj meri, ali kako je zaključeno ne u potpunosti) sadrži ova funkcija, a to su dve odredbe KZ čiji presek nauka uobličava u načelo legitimnosti. Drugorazredni značaj trebalo bi da ima ona odredba u kojoj se (opet u najvećim meri, ali ne u potpunosti) sadrži garantivna funkcija, a to je odredba KZ koju nauka uobličava u načelo zakonitosti. Međutim, većinsko opredeljenje u našoj nauci zauzima upravo suprotan stav. Ističe se prvorazredni značaj načela zakonitosti u tumačenju, a značaj načela legitimnosti

[18] Tako nema ni saglasnosti oko toga kome su adresirana načela. Kambovski drži da je načelo zakonitosti u prvom redu upućeno zakonodavcu: „...ovo načelo e vo prv red adresirano na zakonodavecot": Vlado Kambovski, ***Kazneno pravo-Opšt del***, 2. Avgust S-Štip, Skopje, 2006, str. 202; Za Stojanovića zakonodavcu je u prvom redu adresirano načelo legitimnosti: „Što se tiče principa legitimnosti, treba primetiti da je on od značaja mnogo više za stvaranje, nego za tumačenje krivičnog prava.": Zoran Stojanović, ***Krivičnopravna doktrina i njen značaj u tumačenju pravne norme***, Zbornik radova: ***Tumačenje kaznenopravne norme i adekvatnost njene primene***, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu i Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Beograd, 2009, str. 19.

[19] „...pravo je nešto najkomplikovanije, nešto najmešovitije: to je najveći spektar boja sa nijansama mnogobrojnijim i finijim nego što je fizički spektar boja.": Živojin Perić, ***Prelivi (nianse) u pravu***, navedeno prema: Miodrag Tucaković, ***Problem zakonske i pravne analogije, svršetak***, Branič, 1936, broj 1, str. 80.

se ne pominje[20] ili je ono stavljeno u drugi plan zajedno sa ostalim načelima krivičnog prava.[21] Posebno su zanimljivi stavovi koji ne prave razliku u značaju koji pojedina načela krivičnog prava imaju u vezi sa tumačenjem krivičnopravnih normi.[22] Čini se da klasično objašnjenje za ove stavove, po kome ciljno tumačenje po svojoj prirodi teži sve većoj širini u iznalaženju smisla norme,[23] ne zadovoljava u potpunosti.

Koji su pravi razlozi za postojanje preovladavajućih stavova u našoj nauci?

3.1. Uzrok nelogičnosti u poretku

Jedan od razloga je jednostavnija i prostija upotreba mehanizama načela zakonitosti u poređenju sa upotrebom mehanizama načela legitimnosti.

Načelo zakonitosti koristi se veoma jednostavno. Ono ne zavisi od procena i vrednovanja već od odgovora na prosta pitanja. Da li je krivičnopravna norma pisana ili nepisana? Da li krivičnopravna norma ima povratno dejstvo ili nema? Da li su je stvorili zakonodavci ili ju je sazdao tumač popunjavajući prazninu analogijom? Odgovori na ova pitanja su jednostavni: da ili ne. Upotreba načela zakonitosti ne zahteva naročito složene misaone mehanizme.

S druge strane upotreba načela legitimnosti zahteva složene misaone operacije koje uključuju vrednovanja i ocene kod kojih tumač norme procenjuje da li „opšta svrha krivičnih sankcija ne zahteva izricanje krivične sankcije“, ili tumač „uzima u obzir... ...okolnosti koje pokazuju da je postignuta svrha kažnjavanja“. Tumač odmerava kaznu „imajući u vidu svr-

---

[20] Prema mišljenju Tahovića u tumačenju krivičnopravne norme mogu se koristiti „opšta pravila o tumačenju zakona samo ako se ne protive načelu zakonitosti.“: Janko Tahović, ***Komentar Krivičnog zakonika***, Savremena administracija, Beograd, 1962, str. 33; Prema mišljenju Čejovića „pri tumačenju krivičnih zakona uvek se mora voditi računa o principu zakonitosti kao jednom od vodećih principa krivičnog prava“: Bora Čejović, ***Krivično pravo-Opšti deo***, Jugoslovenski zavod za produktivnost rada, Beograd, 1985, str. 174-175.

[21] Prema Bačiću „granice svakog tumačenja određuje princip zakonitosti u svojoj integralnosti“ ali se granice tumačenja određuju i posredstvom onih „načela Ustava koja su položena u temelje samog krivičnog prava“ i tu svrstava sva ostala načela krivičnog prava: Franjo Bačić, ***Krivično pravo-Opći dio***, Informator, Zagreb, 1980, str. 105.

[22] Kambovski zauzima zanimljiv stava prema kojem tumačenje kaznenopravne odredbe kao sredstva za ostvarivanje cilja ima ogradu koja se sastoji u „osnovnim načelima kaznenog prava i ljudskim pravima i slobodama koje su nužan unutrašnji korektiv ciljnom tumačenju“: Vlado Kambovski, ***Kazneno pravo-Opšt del***, 2. Avgust S-Štip, Skopje, 2006, str. 192.

[23] Franjo Bačić, ***Krivično pravo-Opći dio***, Informator, Zagreb, 1980, str. 105.

hu kažnjavanja i uzimajući u obzir sve okolnosti" ili „ocenjuje da se sa ublaženom kaznom može postići svrha kažnjavanja".

Drugi razlog zbog kojeg u našoj nauci preovladava stav koji naglašava značaj načela zakonitosti u tumačenju krivičnopravnih normi, a zanemaruje ili umanjuje značaj drugih načela jeste u činjenici da od ostvarivanja zahteva koje načelo zakonitosti postavlja pred tumača zavisi da li će se uopšte primeniti krivično pravo. Ostvarivanje zahteva koje ostala načela stavljaju pred tumača, u dobrom broju slučajeva (ne uvek!), ostavljaju samo izbor između različitih vrsta sankcija, ali će krivično pravo svakako biti primenjeno.

Možda se kao najvažniji razlog može istaći razlika u pretnji koju neostvarivanje pojedinih funkcija krivičnog prava predstavlja za čoveka kao subjekta prava i sloboda.

Osnovna funkcija krivičnog prava jeste zaštitna funkcija odnosno zaštita određenih vrednosti od povrede ili ugrožavanja, bez obzira na to od koga dolaze. Te povrede i ugrožavanja, po pravilu, dolaze od drugih ljudi. S druge strane, garantivna funkcija krivičnog prava, predstavlja zaštitu od samog krivičnog prava. Ova funkcija trebalo bi da spreči povredu ili ugrožavanje prava i sloboda ljudi, ne od drugih ljudi, već od državnog mehanizma sile, jer jedino on može da (zlo)upotrebljava krivično pravo. Ne treba dokazivati koliko je ova pretnja pravima i slobodama ljudi bila ozbiljnija i teža nego pretnja koju predstavljaju drugi ljudi u vreme kada je stvoreno načelo zakonitosti. Upravo zato je, u istorijskom smislu, nauka prvo stvorela načelo zakonitosti, pa tek onda načelo legitimnosti.

Zaključak je da je za primenu krivičnog prava, s jedne strane, daleko jednostavnije i jasnije dejstvo načela zakonitosti nego dejstvo načela legitimnosti. S druge strane krivično pravo u svom istorijskom razvoju prvo je prešlo kroz period u kojem je pretnja koju je predstavljalo neostvarivanje garantivne funkcije krivičnog prava bila daleko teža po ljude nego pretnja neostvarivanja zaštitne funkcije. Nije neprirodno da je godinama u žiži interesovanja pravne nauke bilo ono načelo koje je služilo za ostvarivanje te funkcije - načelo zakonitosti. Krajnja posledica toga je preovlađujući stav u nauci koji ističe značenje načela zakonitosti za tumačenje u krivičnom pravu, a propušta da uoči pravo značenje načela legitimnosti.

Već iz prethodnog izlaganja je jasno da ovaj stav više nije opravdan. Kako može da se reši uočena nelogičnost?

4. Otklanjanje nelogičnosti - prvenstvo načela legitimnosti nad načelom zakonitosti

Čini se da se prostom zamenom mesta u poretku načela po njihovom značaju u postupku ciljnog tumačenja može otkloniti ova nelogičnost.

Prvenstveni cilj krivičnog prava jeste, kao što je rečeno, ostvarivanje zaštitne funkcije odnosno zaštita određenih vrednosti od ponašanja koja ih povređuju ili ugrožavaju. Ono što se često zaboravlja jeste da prilikom tumačenja krivičnopravne norme tumač mora da vodi računa da je veliki broj pojmova u krivičnom pravu, iako su jezički i logički stalni, vrednosno promenljivi. Ti pojmovi su podložni oceni sa stanovišta različitih moralnih, socijalnih, psiholoških ili pravnopolitičkih stavova ili opredeljenja.[24] Ova pojava naročito dolazi do izražaja prilikom sankcionisanja na način koji je delimično opisan:

„U savremenom krivičnom pravu zakonodavac stavlja sve više tereta pa, sledstveno tome, i više odgovornosti, na leđa sudije putem instituta individualizacije kazne. Ovaj institut stvara velike mogućnosti sudijama da putem tumačenja određuju smisao pravnih normi“.[25]

Veliki broj odredbaba KZ dozvoljava sudijama da prilikom odmeravanja kazne ili druge sankcije sami odrede cilj krivičnopravne norme u svakom pojedinom slučaju. U pitanju su odredbe koje daju slobodu sudijama da pri odlučivanju „uzmu u obzir“, „imaju u vidu“ ili „vode računa“ o svrsi kažnjavanja ili svrsi drugih sankcija. Tu bi bile i sve odredbe koje im daju mogućnost da „ocene“ postizanje svrhe kažnjavanja.

Ovaj zaključak nikako ne znači da su samo pojmovi koji se nalaze u odredbama posvećenim sankcionisanju vrednosno promenljivi. Već je naglašeno da norme opšteg dela krivičnog prava nemaju svoje zaštitne objekte. One služe ostvarenju zaštitne funkcije krivičnog prava posredno, preko svojih naročitih svrha u okviru ove opšte svrhe.

Nužna odbrana, na primer, ima svoju naročitu svrhu da pruži zaštitu pravu kada se ono nađe u sukobu sa nepravom. Jedan od uslova za njeno postojanje jeste da je odbrana neophodno potrebna. Zakonodavac ne kaže ništa u vezi s tim koja je odbrana „neophodno potrebna“ već to prepušta tumaču. Ovo je najsporniji uslov njenog postojanja i izaziva najviše te-

[24] Đorđe Tasić, ***O tumačenju krivičnopravnih i finansiskih zakona***, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 1935, broj 1-2, str. 4.

[25] Tasić koristi izraz „individualizacija“ kazne, ali pod njim treba shvatiti ono što danas nazivamo „odmeravanje“ kazne: Đorđe Tasić, ***O tumačenju krivičnopravnih i finansiskih zakona***, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 1935, broj 1-2, str. 4.

škoća u primeni. Odgovor na ovo pitanje u suštini određuje granice nužne odbrane. U našoj nauci preovladava stav da je neophodno potrebna ona odbrana kojom se mogao delotvorno odbiti napad uz najmanju povredu napadačevih dobara. Ili obrnuto: potrebno je da se u najvećoj meri štede napadačeva dobra, a da se pri tome ne ugrozi delotvornost odbrane. Osnov za ovakvo određivanje pojma „neophodno potrebne" odbrane ne nalazi se u samom tekstu zakona već proizlazi iz smisla nužne odbrane i njene socio-etičke funkcije (svrhe ili cilja).[26] To znači da će tumač da odredi krajnje granice nužne odbrane tumačeći smisao nužne odbrane i njenu socio-etičku funkciju (svrhu odnosno cilj) u svakom pojedinom slučaju. Čini nam se da on to tumačenje ne može da obavi a da ne stavi smisao nužne odrane i njenu socio-etičku funkciju u okruženje opšte svrhe krivičnog prava - zaštite određenih vrednosti. Na kraju krajeva i smisao nužne odbrane i njena funkcija postavljeni su sa osvrtom na osnovnu funkciju krivičnog prava - zaštitnu funkciju. Nužna odbrana je u službi te funkcije.[27]

Osim shvatanja o socio-etičkoj funkciji nužne odbrane nauka je svojevremeno poznavala i shvatanje o individualističkoj funkciji nužne odbrane. Ukoliko se prihvati shvatanje o socio-etičkoj funkciji nužne odbrane onda nije dopušteno tumačenje pojma neophodno potrebne odbrane tako da on dozvoljava veliku nesrazmeru između dobara koja su ugrožena napadom i onih koja se povređuju pri odbrani, naročito u slučaju kada se ova dobra ni po značaju ni po vrednosti ne mogu upoređivati.[28] Ukoliko se prihvati shvatanje o individualističkoj funkciji nužne odbrane onda je ovo tumačenje dopušteno. Pri svemu tome nema promene samog pojma „nepohodno potrebne" odbrane već, s obzirom na činjenicu da je on vrednosno promenljiv, dolazi samo do promene njegovog ciljnog tumačenja spram promene vrednosnog stanovišta uzetog kao merilo.

Ovako objašnjen pojam „neophodno potrebne" odbrane samo je jedan od takvih primera. Veliki broj instituta opšteg dela krivičnog prava sadrže pojmove koji su vrednosno promenljivi na način koji je ovde opisan. Ovi kao i prethodni zaključci govore da je u našoj nauci neopravdano zanemareno načelo legitimnosti koje predstavlja naučni izraz osnovne funkcije krivičnog prava, a to je njegova zaštitna funkcija. U znatno ve-

[26] Zoran Stojanović, ***Krivično pravo-Opšti deo***, Pravna knjiga, Beograd, 2006, str. 145.

[27] Franjo Bačić, ***Krivično pravo-Opći dio***, Informator, Zagreb, 1980, str. 204.

[28] Shvatanje o socio-etičkoj funkciji nužne odbrane ne dozvoljava ni veliku nesrazmeru između dobara koje je moguće količinski upoređivati: Nikola Srzentić, Aleksandar Stajić, Ljubiša Lazarević, ***Krivično pravo Jugoslavije***, Savremena administracija, Beograd, 1996, str. 183.

ćem broju slučajeva tumač će imati praktičnu potrebu da primeni načelo legitimnosti umesto načela zakonitosti, a u isto vreme primena prvopomenutog načela, kao što smo pokazali na primeru nužne odbrane, pred njega stavlja znatno veće i zahtevnije zadatke i napore. Obaveze koje načelo zakonitosti postavlja pred tumača relativno su jednostavne. Tumač ne sme da primenjuje nepisanu normu i onu sa povratnim dejstvom. Takođe ne sme da se postavi u ulogu zakonodavca i da popunjava praznine analogijom. Ovo su toliko dobro utemeljeni i nesporni zahtevi koje načelo zakonitosti postavlja pred tumača da ih ne treba ni pominjati. Koji će se tumač-sudija u državama evropske-kontinentalne pravne celine sresti sa nepisanim krivičnim pravom ili krivičnopravnim normama sa povratnim pravnim dejstvom? Odgovor je jasan - nijedan. Čak i kada bi neko pokušao to da uradi, primena načela zakonitosti na ovakve slučajeve bila bi jednostavna da jednostavnija ne može da bude.

Razlog za ovo jeste činjenica da je načelo zakonitosti odgovor jednog vremena, druge polovine XVIII veka, i jedne epohe u razvoju ljudske civilizacije, doba prosvetiteljstva,[29] na ugrožavanje tek razrađene ideje, možda i najveće koju je ljudski duh ikada stvorio - ideje slobode svih ljudi. U vreme kada je ideja nastala i sazrela, ali nije bila pravno utemeljena jer još nije došlo do revolucionarnih promena u Evropi, krivično pravo se primenjivalo protiv slobode na takve načine da je bilo normalno da se razvije druga ideja koja je prirodni pratilac prve ideje, ideje slobode. Ta druga ideja je načelo zakonitosti. Ono se razvilo u nerazdvojnog pratioca slobode. Njime se sasvim jasno i nedvosmisleno zabranjuje i ograničava ugrožavanje ljudske slobode posredstvom krivičnog prava. Tokom vremena ona se toliko dobro utemeljila i toliko je postala nesporna kao vrednost[30] da praktična potreba za njegovom primenom prilikom tumačenja u krivičnom pravu jedva da postoji.[31] U onoj meri u kojoj se u današnje do-

[29] Franc fon Liszt, ***Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe***, Zeitschrift fur die Gesamte Strafrechtwissenschaft, 1893, 356, navedeno prema: Franc fon Liszt, ***The Rationale for Nullum Crimen Principle***, Journal for International Criminal Justice, Vol. 5, 2007, p. 1010, skratio i preveo: Iain L. Fraser.

[30] Liszt piše da je za liberalni individualizam XIX veka ona delovala toliko prirodno i normalno da je niko iole ozbiljno nije proučio do detalja: Franc fon Liszt, ***Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe***, Zeitschrift fur die Gesamte Strafrechtwissenschaft, 1893, 356, navedeno prema: Franc fon Liszt, ***The Rationale for Nullum Crimen Principle***, Journal for International Criminal Justice, Vol. 5, 2007, p. 1010, skratio i preveo: Iain L. Fraser.

[31] „Veća opasnost po princip zakonitosti prijeti od nedovoljno preciznih zakonskih opisa nego od analogije, koja se dosta retko primenjuje.“: Franjo Bačić, ***Krivično pravo-Opći dio***, Informator, Zagreb, 1980, str. 101. Čak i u ovom slučaju gde bi načelo zakonitosti i dalje moglo da ima ulogu, ono se obraća zakonodavacu, a ne tumaču. Zakonodavac

ba sloboda ustanovila i utemeljila kao vrednost i malo ko je dovodi u pitanje ustanovilo se i utemeljilo i načelo zakonitosti. Upravo zato što nam je sloboda danas toliko prirođena i normalna da je uzimamo zdravo za gotovo i načelo zakonitosti kao zaštitnika te slobode shvatamo i doživljavamo na isti način. Ljudsko društvo je u svom razvoju prešlo onu tačku kada se borilo za golu slobodu čoveka. Sloboda je danas toliko dobro utemeljena da je malo ko ozbiljno dovodi u pitanje pa je, samim tim, čini se, opao značaj načela zakonitosti kao prirodnog pratioca slobode.

Ono što danas otvara prave i suštinske mogućnosti kao sredstvo za zloupotrebu krivičnog prava jeste njegova vrednosno promenljiva dimenzija koja dolazi do izražaja upravo kada se ono tumači teleološki odnosno ciljno. [32] A to znači kada se tumači u skladu sa njegovom osnovnom funkcijom - zaštitom određenih vrednosti odnosno kada se (zlo)upotrebljavaju odredbe KZ o cilju krivičnog prava i o cilju kažnjavanja, a to su odredbe koje je nauka uobličila u načelo legitimnosti.

Iz ovog razloga treba promeniti poredak krivičnopravnih načela prilikom ciljnog tumačenja u krivičnom pravu. Na prvo mesto treba postaviti načelo legitimnosti, a na drugo načelo zakonitosti.

ZAKLJUČAK

Kao zaključak može se istaći da su mogućnosti koje tumač ima da oblikuje krivičnopravnu prinudu (zlo)upotrebljavajući načelo legitimnosti danas znatno veće nego kada (zlo)upotrebljava načelo zakonitosti. Stoga se i u nauci krivičnog prava mora pokloniti dužna pažnja ovim promenama društvene stvarnosti, koje se slobodno mogu nazvati istorijskim, tako

---

je taj koji može, i mora, da do tančina odredi normu. Ako to ne uradi, tada samo povećava mogućnosti tumača da odredi obuhvat norme, odnosno sferu njene zaštite. A tumač to radi, opet, tražeći cilj odnosno svrhu norme korišćenjem načela legitimnosti.

[32] „Ne treba, na kraju, zaboraviti da isticanje principa zakonitosti u krivičnom kodeksu ne znači da su već samim tim i stvarno osigurane osobne slobode i prava čovjeka. Povijest nam nudi dosta primjera da je ovo načelo, i kada je bilo istaknuto i u ustavu i u krivičnom zakonu, bilo samo pravni ukras, mrtvo slovo. Tačno je da ima malo nedemokratskih zakona, ali da ima dosta nedemokratske prakse. Stvarni izvori zakonitosti su u čitavom karakteru društvenog i pravnog poretka, u intencijama političkih i državnih organa i njihovim koncepcijama o demokraciji, o mjestu i položaju građana u društvu; značenje tih momenata koji su izvan krivičnog prava, te opšće demokratske klime, za princip zakonitosti toliko je veće što se samo u ograničenoj meri može provesti načelo određenosti zakonskih bića i što se primjena zakona ostvaruje uz široka ovlašćenja suda, što uključuje široke ekstenzivne i teleološke metode tumačenja.“ Franjo Bačić, ***Krivično pravo-Opći dio***, Informator, Zagreb, 1980, str. 101-102.

da se istakne značaj načela legitimnosti kao ključnog i rukovodećeg prilikom tumačenja u krivičnom pravu.

Svrha ovog predloga nije da smanji mogućnosti za nadzor nad (zlo)upotrebom krivičnog prava, upravo suprotno. Isticanjem načela legitimnosti u prvi plan iznele bi se na svetlo dana upravo one sfere krivičnog prava koje su do sada zahvaljujući činjenici da su potisnute u polumrak bile zanemarene i nedovoljno uočljive. U toj „pomračini" se ne vidi daleko, pa se lakše, kako kaže jedna izreka, „lovi u mutnom". U primeni prava dešavalo se, i dešava se, da tumači nametljivo ističu kako su zadovoljili sve uslove koje načela zakonitosti postavlja pred njih, prećutkujući koliko su oni jednostavni ili nezahtevni, a da se raskošne mogućnosti delotvorne zloupotrebe načela legitimnosti prikrivaju. Upravo zato što su raskošne, a nedovoljno uočljive.

Prihvatanjem ove ideje moglo bi da se stvori okruženje koje ne samo tumaču, već što je daleko važnije, svim nadzornicima tumačenja skreće pažnju na mogućnosti zloupotrebe koje stvara ovo načelo. Njegovim iznošenjem na „svetlo dana" ukazalo bi se na sve moguće posledice neodgovarajuće primene načela legitimosti i tako povećao stepen odgovornosti nosilaca tumačenja.

Branislav Ristivojević, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law Novi Sad

On the Hierarchy of the Criminal Law Principles When Performing the Teleological Interpretation in the Criminal Law

Abstract

When determining the goal i.e. the purpose of the legal provisions in the process of interpretation, legal principles are used in all the fields of law. Their role in this procedure is extremely important because they constitute the least common denominator of all the provisions pertaining to the certain law i.e. to the certain field of law, and therefore they may be used for the interpretation of their goal.

Since criminal law consists of several legal principles, the science made a hierarchy or list of priority among them, in which the principle of legality is on the first place, while all the others are second ranked or are neglected.

In this paper the author disrupted this hierarchy of criminal law principles by criticizing the reasons that led to it and by pointing to their obsoleteness and being out of dated. As much as legality was needed at the time when it was created as a natural companion and guardian of hardly achieved but still unsecure freedom of people, today when the freedom is undisputable, it lost its importance. The possibilities to abuse the criminal law do not lay today in non-written criminal law provisions created to be similar to certain cases that have backward application in time, which create a danger to the citizens' freedom and which are prevented by the principle of legality. They lay in their value variable dimension which is emphasized when it is interpreted teleological, i.e. by interpreting its goal. And that means that it is interpreted in accordance with its main function – protection of certain values i.e. when the provisions of the Criminal Code related to the purpose of the criminal law and purpose of punishing are (ab) used, and those are the provisions that were shaped by the science in the principle of legitimacy.

For this reason it is necessary to change the hierarchy of the criminal law principles when performing the teleological interpretation in the criminal law. The principle of legitimacy shall come to the first place, while the principle of legality shall come to the second place. This will make it difficult to the interpreters of the criminal law to unjustifiably point out that they have satisfied all the condition precedents placed in front of them by the principle of legality, by not mentioning how they are unnecessary since the freedom is today undisputable value, while at the same time they are concealing the wide possibilities of efficient abuse of the principle of legality.

Key words: Principle of legitimacy, principle of legality, interpretation, criminal law

Originalni naučni rad 351.77/.79
doi:10.5937/zrpfns46-3266

Dr Zoran Lončar, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

INSPEKCIJSKI NADZOR U OBLASTI ZAŠTITE ŽIVOTNE SREDINE

***Sažetak**: Za uspešnu zaštitu životne sredine nije dovoljno samo detaljno pravno urediti mnogobrojne ljudske aktivnosti koje mogu dovesti do narušavanja životne sredine, već je neophodno uspostaviti i odgovarajući sistem nadzora nad primenom propisa. Osnovni smisao vršenja inspekcijskog nadzora u oblasti zaštite životne sredine ogleda se u sprečavanju nezakonitog postupanja svih subjekata koji mogu uticati na stanje životne sredine, a ostvaruje se kroz njihovo otkrivanje i otklanjanje izricanjem upravnih mera i preduzimanje drugih radnji propisanih zakonom. U radu se analizira postojeći sistem inspekcijskog nadzora u oblasti zaštite životne sredine i predlažu mere za njegovu unapređenje.*

***Ključne reči**: državna uprava, upravni nadzor, inspekcijski nadzor, zaštita životne sredine*

1. Uvodne napomene

Za očuvanje životne sredine neophodno je preduzimanje niza sistemskih mera od strane različitih državnih organa. Pored detaljnog pravnog regulisanja brojnih ljudskih aktivnosti koje utiču na stanje životne sredine i uspostavljanja valjanog institucionalnog okvira za njihovo sprovođenje,[1] za

[1] O ovome detaljnije videti: Z. Lončar, „*Organization of public administration in the domain of environmental protection*“, Facta Universitatis, series Law and Politics, Niš, Vol. 9, N 1, 2011, p. 53-68; Z. Lončar, "*Uloga pokrajinske i lokalne uprave u zaštiti životne sredine"*, Pravna riječ, Banja Luka, broj 27, 2011, str. 357-367.

zaštitu životne sredine je veoma važno i pitanje načina ostvarivanja kontrole nad njihovom primenom. Za dobru zaštitu životne sredine nije dovoljno samo detaljno pravno urediti mnogobrojne ljudske aktivnosti koje mogu dovesti do narušavanja životne sredine, već je neophodno uspostaviti i odgovarajući sistem nadzora nad primenom propisa. Što je broj propisa u nekoj oblasti društvenog života veći, veća je i potreba za kontrolom njihove primene. U odnosu na druge oblasti društvenog života, zaštita životne sredine predstavlja oblast koja je uređena sa daleko najvećim brojem zakonskih i podzakonskih akata.[2] Dok pravno uređivanje životne sredine i propisivanje nadležnosti organa za sprovođenje propisa u ovoj oblasti spadaju u normativnu funkciju države, dotle vršenje nadzora nad primenom propisa u ovoj oblasti, kao deo upravne funkcije, predstavlja jedan od najvažnijih poslova organa državne uprave.[3]

Inspekcijski nadzor predstavlja najvažniji oblik upravnog nadzora. Osnovni cilj vršenja inspekcijskog nadzora u oblasti zaštite životne sredine ogleda se u sprečavanju nezakonitog postupanja svih subjekata koji mogu uticati na stanje životne sredine, a ostvaruje se kroz njihovo otkrivanje i otklanjanje izricanjem upravnih mera i preduzimanjem drugih radnji propisanih zakonom. Za razliku od svih oblika pravne kontrole koja se ostvaruje nad primenom propisa u oblasti zaštite životne sredine, kod inspekcijskog nadzora akcenat je uvek na sprečavanju određenog nezakonitog ponašanja, a ne na njegovom sankcionisanju. Iz te činjenice proizlazi i poseban značaj koji inspekcijski nadzor u oblasti zaštite životne sredine ima u odnosu na sve ostale oblasti društvenog života. Naime, sankcija u ovoj oblasti nikada ne može da predstavlja realan ekvivalent šteti koju društvo može da pretrpi usled ugrožavanja životne sredine. Stoga je za svaku državu od velikog značaja da u oblasti zaštite životne sredine uspostavi efikasan sistem inspekcijskog nadzora nad primenom propisa koji regulišu ovu oblast društvenog života.

---

[2] Samo u poslednjih šest godina u oblasti zaštite životne sredine kod nas je doneto 18 zakona, ratifikovano je 17 međunarodnih ugovora, i na osnovu njih usvojeno nekoliko desetina podzakonskih akata. Videti: Z. Lončar, „*Organization of public administration in the domain of environmental protection*“, str. 53-55.

[3] Uprkos različitim teorijskim shvatanjima sadržine upravne funkcije državne vlasti, upravni nadzor kod svih naših najznačajnijih autora čini njen nesporni deo. Videti: L.M. Kostić, Administrativno pravo Kraljevine Jugoslavije, I, Geca Kon, Beograd, 1936, str. 42-45; P. Dimitrijević, Osnovi upravnog prava, Savremena administracija, Beograd, 1983, str. 281-291; R. Marković, Upravno pravo, Slovo, Beograd, 2002, str. 232-234; Z. Tomić, Upravo pravo, Centar za izdavaštvo i informisanje Pravnog fakulteta, Beograd, 2011, str. 50-53; D. Milkov, Upravo pravo, I, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta, Novi Sad, 2012, str. 17-19.

S obzirom na to da je prethodnih godina izvršena značajna reforma propisa u oblasti državne uprave, kojom je delimično bio obuhvaćen i upravni nadzor, nastojaćemo da ukažemo na specifičnosti vršenja inspekcijskog nadzora u oblasti zaštite životne sredine i na neke od mera čijom primenom bi se inspekcijski nadzor u ovoj oblasti mogao dodatno unaprediti.

2. Pojam, smisao i značaj inspekcijskog nadzora u oblasti zaštite životne sredine

Upravni nadzor predstavlja oblik autoritativnog istupanja organa državne uprave. Pod upravnim nadzorom se podrazumeva vrsta pravnog nadzora koji vrše organi uprave, primenom posebnih upravnih ovlašćenja nad neautoritativnim postupanjem različitih fizičkih i pravnih lica, kao predmetom nadzora. Zajedno sa donošenjem upravnih akata, upravni nadzor čini suštinu upravne funkcije državne vlasti i spada u jedan od najvažnijih poslova organa državne uprave.[4] Inspekcijski nadzor, pak, predstavlja najvažniju vrstu upravnog nadzora, koja se sastoji od neposrednog uvida u zakonitost poslovanja i postupanja preduzeća, ustanova, drugih organizacija i građana. Inspekcijskim nadzorom organi uprave ispituju sprovođenje zakona i drugih propisa neposrednim uvidom u poslovanje i postupanje fizičkih i pravnih lica, i zavisno od rezultata nadzora, izriču mere za koje su ovlašćeni.[5]

Osnovni smisao vršenja inspekcijskog nadzora u oblasti zaštite životne sredine ogleda se u sprečavanju svih oblika nezakonitog postupanja fizičkih i pravnih lica koji mogu biti od uticaja na stanje životne sredine. Inspekcijski nadzor u oblasti zaštite životne sredine se ostvaruje kroz otkrivanje i otklanjanje takvog ponašanja fizičkih ili pravnih lica, izricanjem upravnih mera i preduzimanjem drugih radnji propisanih zakonom. Za razliku od ostalih oblika pravne kontrole koja se ostvaruje nad primenom propisa u oblasti zaštite životne sredine, kod inspekcijskog nadzora akcenat je na sprečavanju nezakonitog ponašanja, a ne na njegovom sankcionisanju. Mada vršenje inspekcijskog nadzora ne isključuje i mogućnost izricanja sankcije za određeni oblik nezakonitog ponašanja (mandatna kazna),

[4] Videti: D. Milkov, Upravno pravo, II, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta, Novi Sad, 2012, str. 275-278; R. Marković, Upravno pravo, str. 232-235; M. Vlatković, Upravni nadzor u pravnom sistemu Republike Srbije, Službeni glasnik, Beograd, 1997, str. 5-11.

[5] Zakon o državnoj upravi, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 79 od 16. septembra 2005. godine, broj 101 od 6. novembra 2007. godine i broj 95 od 17. decembra 2010. godine, član 18, stav 1.

osnovna njegova svrha se ogleda u preventivnom delovanju, odnosno u otkrivanju i sprečavanju određenog oblika nezakonitog postupanja koje je dovelo ili može dovesti do narušavanja životne sredine.[6] Zbog toga, inspekcijski nadzor, po pravilu, prethodi ostalim oblicima pravne kontrole, koja se ostvaruje nad primenom propisa u oblasti zaštite životne sredine. Štaviše, može se reći da što se inspekcijski nadzor u ovoj oblasti efikasnije ostvaruje, to je potreba za primenom ostalih oblika pravne kontrole (sudske kontrole) manja.[7] Bez ostvarivanja inspekcijskog nadzora uloga države bi se, nakon pravnog uređivanja oblasti životne sredine, svodila samo na sankcinisanje protivpravnog ponašanja, odnosno, samo na mogućnost naknadnog (posteriornog) delovanja.

Kao posledica široke primene propisa o zaštiti životne sredine na različite oblasti društvenog života, javlja se specijalizacija inspekcijskog nadzora u oblasti zaštite životne sredine. Da bi se inspekcijski nadzor nad zaštitom životne sredine efikasno ostvarivao, neophdoni su različiti organi i službe koje se bave različitim oblastima zaštite životne sredine, počev od oblasti poljoprivrede, vodoprivrede, saobraćaja, preko građevinarstva i urbanizma, do industrije, rudarstva, tehnološkog razvoja itd.[8]

Bitnu novinu u našem pravnom sistemu predstavlja činjenica da je inspekcijski nadzor, prema novom Zakonu o državnoj upravi iz 2005. godine, postao jedina vrsta upravnog nadzora. Naime, u važećem Zakonu o državnoj upravi izostavljeni su nadzor nad aktima i nad radom preduzeća, ustanova i drugih organizacija koji su bili regulisani kao posebne vrste upravnog nadzora prema prethodnom Zakonu o državnoj upravi iz 1992. godine.[9] U važećem Zakonu o državnoj upravi, među osnovnim zadacima i poslovima državne uprave više se ni ne spominje „upravni nadzor", već se samo govori o inspekcijskom nadzoru (član 18). Međutim, u našem pravnom sistemu još uvek se mogu pronaći brojni vidovi nadzora nad ra-

[6] Teorijski posmatrano kod inspekcijskog nadzora se razlikuju tri vrste aktivnosti inspekcijskih organa: preventivne, korektivne i represivne. Videti: P. Dimitrijević, Osnovi upravnog prava, str. 279.

[7] "Administrativni nadzor je uglavnom preventivan. (...) On čini da do grešaka ne dođe. Naprotiv, nadzor sudova je posterioran i redovno represivan. On se javlja kad su greške već počinjene, kad je došlo do tzv. administrativnog neprava". L. M. Kostić, Administrativno pravo, III, str. 1.

[8] Videti: Đ. Blažić, „*Savremene tendencije razvoja inspekcijskog nadzora*", Pravni život, vol 52. broj 9, 2003, str. 1031-1048; D. Milkov, Upravno pravo i životna sredina, Osnove prava životne sredine, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta, Novi Sad, 2009, str. 101–128.

[9] Zakon o državnoj upravi, „Službeni glasnik Republike Srbije", broj 20/1992, 6/1993, 48/1993, 67/1993, 48/1994 i 49/1999, član 11-13.

dom i aktima pravnih lica, preduzeća, ustanova i drugih organizacija, koji ne predstavljaju inspekcijski nadzor. Takav je, na primer, slučaj sa nadzorom nad radom i aktima posebnih organizacija, organa lokalne samouprave, nadzorom nad finansijskim organizacijama itd.[10] Za razliku od ostalih poslova državne uprave koji su uređeni Zakonom o državnoj upravi (član 12-21), vršenje inspekcijskog nadzora je ostavljeno da bude regulisano posebnim zakonom (član 18. stav 2). Međutim, poseban zakon o inspekcijskom nadzoru još uvek nije donet, pa se na vršenje inspekcijskog nadzora primenjuju odredbe starog Zakona o državnoj upravi (član 22-37), na osnovu prelaznih odredbi novog Zakona (član 93.).[11]

3. Inspekcijske službe u oblasti zaštite životne sredine

Vršenje inspekcijskog nadzora je, teorijski posmatrano, moguće organizovati na dva osnovna načina: putem posebnog organa uprave specijalizovanog za vršenje inspekcijskog nadzora ili putem unutrašnje organizacione jedinice, koja se bavi isključivo poslovima inspekcijskog nadzora u oblasti delokruga organa u čijem se sastavu nalazi. U slučaju kada obim poslova nije dovoljan za obrazovanje unutrašnje organizacione jedinice, poslove inspekcijskog nadzora mogu da vrše i pojedini državni službenici, kojima se, u tom slučaju, daje poseban pravni status (inspektor). Umesto obrazovanja posebnog organa, poslovi inspekcijskog nadzora se nekada mogu poveriti i organima uprave nižeg nivoa teritorijalne organizacije vlasti. Lokalni organ uprave u tom slučaju poslove inspekcijskog nadzora vrši kao poverenu (delegiranu) nadležnost.[12]

Ako u nekoj državi postoje različiti nivoi teritorijalne organizacije vlasti, za način organizovanja inspekcijskih službi od značaja može biti i način raspodele nadležnosti, koji je u oblasti zaštite životne sredine izvršen između njih. S obzirom na to da Republika Srbiji danas spada u unitarno

[10] Videti: D. Milkov, Upravno pravo, II, str. 278.

[11] U prethodnih sedam godina išlo se potpuno pogrešnim putem. Umesto da je prvo donet opšti propis o inspekcijskom nadzoru, koji bi regulisao ovu vrstu upravne delatnosti nezavisno od oblasti društvenog života, pa da su se tek onda kroz posebne propise regulisale specifičnosti vršenja inspekcijskog nadzora u pojedinim oblastima društvenog života, doneti su najpre Zakon o upravnoj inspekciji („Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 87 od 21. novembra 2011. godine), a zatim i Zakon o tržišnom nadzoru („Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 92 od 7. decembra 2011. godine), dok se u nacrtnoj fazi trenutno nalaze još dva zakona, koja se odnose na prosvetnu inspekciju i inspekciju rada.

[12] O načinima vršenja inspekcijskog nadzora videti: P. Dimitrijević, Osnovi upravnog prava, str. 280; D. Milkov, Upravno pravo, II, 281-282; Đ. Blažić, Inspekcije, Udruženje pravnika Crne Gore, Podgorica, 2000, str. 25-29.

uređene države, u okviru koje postoje autonomne pokrajine, kao oblici teritorijalne autonomije, i opštine i gradovi kao jedinice lokalne samouprave, u pogledu zaštite životne sredine postoji podeljena nadležnost između Republike, autonomne pokrajine i lokalne samouprave. Prema Ustavu, sistem zaštite i unapređenja životne sredine, biljnog i životinjskog sveta, kao i održivi razvoj, nadležna je da određuje i obezbeđuje Republika (član 97. stav 1. tačka 9.), dok je sva pitanja od pokrajinskog značaja, u skladu sa zakonom, nadležna da uređuje Autonomna pokrajina Vojvodina (član 183. stav 2. tačka 2.), a jedinice lokalne samouprave su nadležne da se preko svojih organa, u skladu sa zakonom, staraju o zaštiti životne sredine (član 190. stav 1. tačka 6.). Prema modelu raspodele nadležnosti u oblasti zaštite životne sredine izvršena je i organizacija inspekcijskog nadzora. U Republici Srbiji danas ne postoji jedinstven sistem inspekcijskih službi, već se inspekcijski nadzor u oblasti zaštite životne sredine ostvaruje posebno, po određenim pitanjima, na republičkom, pokrajinskom i lokalnom nivou. S obzirom na to da inspekcijski nadzor spada u osnovni posao organa državne uprave, koji čini i suštinu upravne funkcije državne vlasti, poslove inspekcijskog nadzora u oblasti zaštite životne, kao svoju izvornu nadležnost, vrše samo organi državne uprave, dok ih organi pokrajinske i lokalne uprave mogu vršiti samo u slučaju kada su im izričito zakonom povereni.

3.1. Inspekcijskog nadzor u oblasti zaštite životne sredine od strane organa državne uprave

Bez obzira na to što oblast zaštite životne sredine, prema broju propisa kojima je regulisana, spada u jednu od najobimnih upravnih oblasti, u Srbiji još uvek ne postoji poseban organ državne uprave obrazovan za poslove inspekcijskog nadzora u oblasti zaštite životne sredine. Takva mogućnost je načelno otvorena novim Zakonom o državnoj upravi, kojim je predviđeno da se za vršenje inspekcijskih i sa njima povezanih stručnih poslova, može obrazovati inspektorat, kao poseban organ uprave u sastavu ministarstva.[13] Međutim, takva mogućnost je za sada iskorišćena samo za vršenje inspekcijskog nadzora u oblasti odbrane, radnih odnosa, deviznog poslovanja i primene propisa iz oblasti državne uprave.[14] Poslovi in-

[13] Član 29. stav 2. Zakona o državnoj upravi.

[14] Zakonom o ministarstvima („Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 72 od 24. jula 2012. godine) obrazovani su: *Inspektor odbrane,* kao organ uprave u sastavu Ministarstva odbrane, *Inspektrat za rad,* kao organ uprave u sastavu Ministarstva rada, zapošljavanja i socijalne politike, dok je Zakonom o deviznom poslovanju („Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 62 od 19. jula 2006. godine) obrazovan *Devizni inspektorat,* kao oran uprave u sastavu Ministarstva finansija i privrede, a Zakonom o upravnoj inspekciji

spekcijskog nadzora u oblasti zaštite životne sredine vrše se, kao što je to slučaj i sa inspekcijskim nadzorom u većini drugih oblasti društvenog života, u okviru ministarstva nadležnog za tu oblast društvenog života. Nakon nove organizacije državne uprave, uspostavljane Zakonom o ministarstvima iz 2012. godine, poslovi državne uprave u oblasti zaštite životne sredine spadaju u delokrug novoobrazovanog *Ministarstva energetike, razvoja i zaštite životne sredine.*

3.1.1 Ministarstvo energetike, razvoja i zaštite životne sredine

Poslovi inspekcijskog nadzora u oblasti zaštite životne sredine vrše se u Ministarstvu energetike, razvoja i zaštite životne sredine, u okviru posebno obrazovanog **Sektora za kontrolu i nadzor.**[15] U okviru ovog Sektora, koji predstavlja jednu od sedam osnovnih unutrašnjih organizacionih jedinica Ministarstva, u oblasti zaštite životne sredine se vrše poslovi inspekcijskog nadzora koji se odnose na: zaštitu životne sredine od zagađivanja; zaštitu i korišćenje prirodnih dobara i resursa; zaštitu od hemijskog udesa kod Seveso postrojenja; kontrolu hemikalija i biocidnih proizvoda, zaštitu voda od zagađivanja i ribarstvo; zaštitu od jonizujućeg i nejonizujućeg zračenja; postupanje sa otpadom; kao i prilagođavanje rada inspekcije za zaštitu životne sredine na svim nivoima u Republici Srbiji zahtevima Evropske Unije, u cilju sprovođenja Preporuke Saveta Evrope i Skupštine Evrope o minimalnim kriterijumima za inspekciju zaštite životne sredine. Radi povećanja kvaliteta inspekcijskog nazdora u oblasti zaštite životne sredine, u okviru navedenog Sektora je izvršena široka specijalizacija poslova inspekcijskog nadzora, formiranjem posebnih odeljenja i grupa, kao užih unutrašnjih jedinica, nadležnih za inspekcijske poslove o najvažnijim pitanjima za zaštitu životne sredine.[16] Pored toga, pri uspostavljanju organizacije inspekcijskog nadzora u Ministarstvu, vodilo se računa i o potrebi vršenja inspekcijskog nadzora u oblasti zaštiti životne sredine podjednako

---

(„Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 87 od 21. novembra 2011. godine) obrazovan je *Upravni inspektorat,* kao organ uprave u sastavu Ministarstva pravde i državne uprave.

[15] Pravilnik o unutrašnjem uređenju i sistematizaciji radnih mesta u Ministarstvu energetike, razvoja i zaštite životne sredine, broj 110-00-6/2102-01 od 10. oktobra 2012. godine, član 48-66.

[16] Smisao uže diferencijacije inspekcijskog nadzora se nalazi u podizanju kvaliteta rada inspektora. „S obzirom na to da se pojedini inspektori bave uskom problematikom, dolazi do potpune specijalizacije za određena pitanja. Inspektori koji obavljaju odgovarajuće zadatke i poslove su stručnjaci, posebno obrazovani za određene oblasti i probleme“. D. Milkov, Upravno pravo, II, str. 280.

kvalitetno i efikasno na celoj teritoriji Republike Srbije, pa je obrazovano niz područnih užih unutrašnjih jedinica, nadležnih za vršenje inspekcijskog nadzora u određenim oblastima zaštite životne sredine na pojedinim delovima teritorije. U Sektoru za kontrolu i nadzor iz tog razloga postoji ukupno četiri ***odeljenja*** i jedna ***grupa,*** kao unutrašnje organizacione jedinice koja se bave poslovima inspekcijskog nadzora u oblasti zaštite životne sredine, i to: odeljenje za zaštitu životne sredine od zagađivanja, odeljenje za zaštitu životne sredine u oblasti zaštite i korišćenja prirodnih dobara; odeljenje za zaštitu životne sredine u oblasti hemikalija, biocida i Seveso postrojenja, odeljenje za postupanje sa opasnim i ostalim otpadom; kao i grupa za zaštitu vode od zagađivanja. Pored toga, za vršenje inspekcijskog nadzora u oblasti zaštite životne sredine od značaja je i postojanje posebnog odeljenja za saradnju inspekcija sa međunarodnim mrežama, lokalnom samoupravom i integrisani pristup na granici. U svakom od odeljenja nadležnih za poslove inspekcijskog nadzora nad zaštitom životne sredine postoji više užih unutrašnjih jedinica (odseka i grupa).

U Ministarstvu energetike, razvoja i zaštite životne sredine, u okviru Sektora za kontrolu i nadzor na poslovima inspekcijskog nadzora u oblasti zaštite životne sredine je zaposleno ukupno 92 državna službenika, koji imaju status inspektora.

3.1.1.1 Odeljenje za zaštitu životne sredine od zagađivanja

U Odeljenju za zaštitu životne sredine od zagađivanja vrše se poslovi inspekcijskog nadzora koji se odnose na: nadzor u oblasti kontrole zagađenja vazduha, inspekcijski nadzor u oblasti jonizujućeg i nejonizujućeg zračenja; inspekcijski nadzor u oblasti zaštite od buke; inspekcijski nadzor u oblasti planiranja i izgradnje objekata koji mogu imati značajan uticaj na životnu sredinu; inspekcijski nadzor u cilju utvrđivanja ispunjenosti uslova zaštite životne sredine za obavljanje delatnosti; inspekcijski nadzor u oblasti integrisanog sprečavanja i kontrole zagađivanja životne sredine. Radi specijalizacije poslova inspekcijskog nadzora, u okviru ovog odeljenja obrazovan je poseban odsek za zaštitu od jonizujućeg i nejonizujućeg zračenja, kao i pet odseka, kao područnih unutrašnjih jedinica, nadležnih za određene poslove inspekcijskog nadzora u oblasti zaštite životne sredine za područje više upravnih okruga, sa sedištem u Beogradu (za područje Grada Beograda), Šapcu (za područje Mačvanskog, Kolubarskog i Zlatiborskog upravnog okruga), Kraljevu (za područje Raškog, Moravičkog i Kosovsko-Mitrovačkog upravnog okruga), Kragujevcu (za područje Šumadijskog, Pomoravskog, Po-

dunavskog, Rasinskog, Braničevskog, Borskog i Zaječarskog upravnog okruga) i Vranju (za područje Pčinjskog, Jablaničkog, Nišavskog, Pirotskog i Topličkog upravnog okruga).

U *Odseku za zaštitu od jonizujućih i nejonizujućih zračenja* obavljaju se poslovi koji se odnose na: inspekcijski nadzor u sprovođenju propisanih mera zašite od nejonizujućih zračenja, neposredni nadzor nad izvršenjem inspekcijskih poslova poverenih autonomnoj pokrajini i jedinicama lokalne samouprave, organizovanje i sprovođenje mera zaštite od štetnog dejstva zračenja; praćenje kontinuiranog merenja apsorbovane doze gama zračenja u vazduhu; određivanje uslova za proizvodnju, promet i korišćenje izvora zračenja i vođenje evidencije o izvorima zračenja; izradu stručnih osnova za pripremu propisa u oblasti zaštite od jonizujućih i nejonizujućih zračenja; učešće u pripremi ratifikacija i sprovođenja međunarodnih konvencija. U *odsecima koji predstavljaju područne unutrašnje jedinice* vrše se poslovi inspekcijskog nadzora koji se odnose na: kontrolu zagađenja vazduha; inspekcijski nadzor u oblasti zaštite od buke; inspekcijski nadzor u oblasti planiranja i izgradnje objekata koji mogu značajno uticati na životnu sredinu; inspekcijski nadzor u cilju utvrđivanja ispunjenosti uslova zaštite životne sredine za obavljanje delatnosti; inspekcijski nadzor u oblasti integrisanog sprečavanja i kontrole zagađivanja životne sredine.[17]

3.1.1.2 Odeljenje za zaštitu životne sredine u oblasti zaštite i korišćenja prirodih dobara

U Odeljenju za zaštitu životne sredine u oblasti zaštite i korišćenja prirodnih dobara se vrši inspekcijski nadzor u oblasti kontrole zaštićenih prirodnih dobara; inspekcijski nadzor u oblasti kontrole međunarodnog prometa vrstama koje se nalaze na CITES listama. Poslovi inspekcijskog nadzora iz delokruga ovog Odeljenja obavljaju se u okviru *Grupe za zaštitu voda od zagađivanja* i sedam *područnih jedinica*, čija su sedišta u Beogradu (za područje Grada Beograda), Šapcu (za područje Mačvanskog i Kolubarskog upravnog okruga), Kikindi (za područje AP Vojvodine), u Užicu (za područje Zlatiborskog upravnog okruga), u Kraljevu (za područje Raškog, Moravičnog, Rasinskog i Kosovsko-Mitrovačkog upravnog okruga), u Požarevcu (za područje Šumadijskog, Pomoravskog, Braničevskog, Podunavskog i Borskog upravnog okruga) i u Vranju (za područje Pčinskog i Jablaničkog upravnog okruga). Za

[17] Pravilnik o unutrašnjem uređenju i sistematizaciji radnih mesta u Ministarstvu energetike, razvoja i zaštite životne sredine, član 51-54.

poslove inspekcijskog nadzora iz delokruga ovog Odeljenja za područja Nišavskog, Pirotskog, Zaječarskog i Topličkog upravnog okruga ne obrazuje se posebna područna unutrašnja organizaciona jedinica, već ih obavlja državni službenik sa statusom inspektora, koji se nalazi u Nišu. U Grupi za zaštitu voda od zagađivanja, vrše se poslovi koji se odnose na inspekcijski nadzor u oblasti kontrole zagađenja voda; kontrole kvaliteta površinskih i podzemnih voda; vršenje neposrednog nadzora i preduzimanje mera za obezbeđivanje izvršavanja zakona, drugih propisa i opštih akata koji se odnose na izgradnju novih i rekonstrukciju postojećih objekata i izvođenje drugih radova koji mogu uticati na promene u vodnom režimu.[18]

3.1.1.3 Odeljenje za zaštitu životne sredine u oblasti hemikalija, biocida i Seveso postrojenja

U Odeljenju za zaštitu životne sredine u oblasti hemikalija, biocida i Seveso postrojenja vrši se inspekcijski nadzor koji se odnosi na: inspekcijski nadzor u oblasti zaštite od hemijskog udesa u Seveso postrojenjima; radovan inspekcijski pregled prema Zakonu o hemikalijama i Zakonu o biocidnim proizvodima, Zakonu o zabrani razvoja, proizvodnje, skladištenja i upotrebe hemijskog oružja i o njegovom uništavanju i drugim zakonima iz oblasti zaštite životne sredine; vanredan inspekcijski nadzor u slučaju velikog hemijskog udesa; neposredan nadzor nad izvršenjem inspekcijskih poslova poverenih autonomnoj pokrajini i jedinici lokalne samouprave. U okviru ovog Odeljenja postoje *tri grupe,* kao područne unutrašnje jedinice, koje vrše inspekcijske poslove koje se odnose na: inspekcijski nadzor u oblasti zaštite od hemijskog udesa u Sevesa postrojenjima; inspekcijski nadzor u oblasti sprovođenja mera prevencije, pripravnosti i odgovora na udes kod Seveso postrojenja; redovan inspekcijski pregled prema Zakonu o hemikalijama i Zakonu o biocidnim proizvodima, Zakonu o zabrani razvoja, proizvodnje, skladištenja i upotrebe hemijskog oružja i o njegovom uništavanju i drugim zakonima iz oblasti zaštite životne sredine, vanredan inspekcijski nadzor poslova poverenih autonomnoj pokrajini i jedinicama lokalne samouprave. Sedišta grupa za hemikalije, biocide i Seveso postrojenja se nalaze: u Beogradu (za područje Grada Beograda, Mačvanskog, Kolubarskog, Podunavskog i Braničevskog upravnog okruga); u Nišu (za područje Šumadijskog, Pomoravskog, Borskog, Zaječarskog, Zlatiborskog, Moravičkog, Raškog, Rasinskog, Nišavskog, Topličkog, Pirot-

[18] Pravilnik o unutrašnjem uređenju i sistematizaciji radnih mesta u Ministarstvu energetike, razvoja i zaštite životne sredine, član 55-56.

skog, Jablaničkog i Pčinjnskog upravnog okruga) i u Pančevu (za područje Severnobačkog, Zapadnobačkog, Južnobačkog, Severnobanatskog, Srednjebanatskog i Južnobanatskog upravnog okruga).[19]

3.1.1.4 Odeljenje za postupanje sa opasnim i ostalim otpadom

U Odeljenju za postupanje sa opasnim i ostalim otpadom vrše se poslovi inspekcijskog nadzora koji se odnose na: inspekcijski nadzor u oblasti kontrole postupanja sa industrijskim i opasnim otpadom; inspekcijski nadzor u cilju utvrđivanja ispunjenosti uslova zaštite životne sredine za obavljanje delatnosti postupanja sa industrijskim i opasnim otpadom; inspekcijski nadzor u cilju utvrđivanja ispunjenosti uslova zaštite životne sredine za prekogranično kretanje otpada; inspekcijski nadzor u oblasti kontrole zagađenja zemljišta; međunarodnu saradnju vezanu za inspekcijski nadzor prekograničnog kretanja otpada u okviru međunardnih mreže (IMPEL i ECENA); međunarodnu saradnju vezanu za inspekcijski nadzor nad primenom i sprovođenjem Bazelske i Stokholmske konvencije; iniciranje i rukovođenje jedinstvene baze podataka operatera koji postupaju sa industrijskim i opasnim otpadom, sa sistemom za praćenje stepena usaglašenosti sa važećom zakonskom regulativom iz oblasti zaštite životne sredine; iniciranje razvoja sistema za edukacije i pružanje informacija operaterima koji postupaju sa industrijskim i opasnim otpadom, u procesu usaglašavanja sa postojećom zakonskom regulativom iz oblasti zaštite životne sredine. U okviru ovog Odeljenja postoji Odsek za postupanje sa opasnim i ostalim otpadom, kao uža unutrašnja jedinica. U *Odseku za postupanje sa opasnim i ostalim otpadom* se vrše poslovi inspekcijskog nadzora koji se odnose na: inspekcijski nadzor u oblasti kontrole postupanja sa industrijskim i opasnim otpadom; inspekcijski nadzor u cilju utvrđivanja ispunjenosti uslova zaštite životne sredine za prekogranično kretanje otpada; iniciranje i rukovođenje formiranjem jedinstvene baze podataka operatera koji postupaju sa industrijskim i opasnim otpadom, sa sistemom praćenja stepena usaglašenosti sa važećom zakonskom regulativom iz oblasti zaštite životne sredine; iniciranje razvoja sistema za edukaciju i pružanje informacije operaterima koji postupaju sa industrijskim i opasnim otpadom, u procesu usaglašavanja sa postojećom zakonskom regulativom iz oblasti zaštite životne sredine. Poslovi iz delokruga ovog Odseka se vrše u *pet područnih unutrašnjih jedinica*, čija su sedišta u Beogradu (za područje Grada Beograda, Podunavski i Braničevski upravni okrug); u Šapcu (za

[19] Pravilnik o unutrašnjem uređenju i sistematizaciji radnih mesta u Ministarstvu energetike, razvoja i zaštite životne sredine, član 62-64.

područje Mačvanskog i Kolubarskog upravnog okruga), u Jagodini (za područje Šumadijskog, Pomoravskog i Borskog upravnog okruga), u Novom Pazaru (za područje Raškog, Moravičkog i Zlatiborskog upravnog okruga) i u Dimitrovgradu (za područje Nišavskog, Pčinjnskog, Jablaničkog, Pirotskog i Zaječarskog upravnog okruga).[20]

3.1.1.5 Grupa za zaštitu zemljišta i podzemnih voda

U Grupi za zaštitu zemljišta i podzemnih voda vrše se poslovi inspekcijskog nadzora koji se odnose na: kontrolu zagađenja voda; kontrolu kvaliteta površinskih i podzemnih voda; vršenje neposrednog nadzora nad preduzimanjem mera za obezbeđenje izvršavanja zakona, drugih propisa i opštih akata koji se odnose na izgradnju novih i rekonstrukciju postojećih objekata i izvođenje drugih radova koji mogu uticati na promene u vodnom režimu; inspekcijski nadzor u oblasti ribolovnih voda u zaštićenim prirodnim dobrima.[21]

3.1.2 Ostali organi državne uprave

Imajući u vidu da se pojedina pitanja zaštite životne sredine uređuju i propisima iz drugih oblasti društvenog života, za inspekcijski nadzor nad zaštitom životne sredine od značaja je i nadzor koji vrše drugi organi državne uprave. Najveći značaj ima inspekcijski nadzor koji vrše Ministarstvo poljoprivrede, šumarstva i vodoprivrede i Ministarstvo zdravlja.

U okviru različitih vrsta inspekcijskog nadzora koje vrši **Ministarstvo poljoprivrede, šumarstva i vodoprivrede,** za zaštitu životne sredine je od najvećeg značaja nadzor koji vrši *Vodna inspekcija*. Vodna inspekcija je organizovana kao posebno odeljenje u Republičkoj direkciji za vode, koja je organ uprave u sastavu ovog Ministarstva. Vodna inspekcija vrši inspekcijski nadzor iz oblasti zaštite voda, nad izgradnjom novih i rekonstrukcijom postojećih objekata i izvođenja drugih radova koji mogu uticati na promene u vodnom režimu, a posebno koji se odnose na režim, bilans i kvalitet voda u prirodnim i veštačkim vodotokovima, jezerima i podzemnim vodama, kao i ispitivanje kvaliteta ispuštenih voda u gradske kanalizacije.[22] Od značaja za zaštitu životne sredine je i inspekcijski nadzor koji se vrši u pojedinim odeljenjima *Poljoprivredne inspek-*

[20] Pravilnik o unutrašnjem uređenju i sistematizaciji radnih mesta u Ministarstvu energetike, razvoja i zaštite životne sredine, član 57-59.

[21] Pravilnik o unutrašnjem uređenju i sistematizaciji radnih mesta u Ministarstvu energetike, razvoja i zaštite životne sredine, član 60.

[22] Zakona o vodama, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 30 od 7. maja 2010. godine, član 93-99.

cije, koja je organizovana kao poseban sektor u Ministarstvu, a koji se odnosi na: zaštitu, uređenje i korišćenje poljoprivrednog zemljišta; bezbednost hrane biljnog i mešovitog porekla, kontrolu organske proizvodnje i kontrolu obrađivača duvana i proizvođača duvanskih proizvoda; proizvodnju i promet vina, rakije, alkoholnih i bezalkoholnih pića i organske proizvodnje.

U okviru **Ministarstva zdravlja,** od značaja za zaštitu životne sredine je inspekcijski nadzor koji vrši *Sanitarna inspekcija*, organizovana kao posebno odeljenje u Sektoru za inspekcijski nadzor. Od posebnog značaja su poslovi koji se odnose na : bezbednost hrane, zdravstvenu ispravnost predmeta opšte upotrebe u proizvodnji i prometu, javno snabdevanje stanovništva higijenski ispravnom vodom za piće; kontrola sanitarno-higijenskog stanja objekata pod sanitarnim nadzorom i sredstava javnog saobraćaja; sanitarni nadzor nad licima koja su zakonom stavljena pod zdravstveni nadzor, kao i nadzor nad postrojenjima, uređajima i opremom koja se koristi radi obavljanja delatnosti pod sanitarnim nadzorom. Od određenog značaja za zaštitu životne sredine mogu biti i poslovi inspekcijskog nadzora koje vrše *Inspekcija za lekove i medicinska sredstva* i *Inspekcija za opojne droge i prekursore*, koje takođe postoje kao posebna odeljenja u Sektoru za inspekcijski nadzor Ministarstva zdravlja.[23]

Za inspekcijski nadzor nad propisima kojima se ostvaruje zaštita životne sredine od značaja je inspekcijski nadzor koji vrše i neke druge inspekcije, poput: *Veterinarske inspekcije*, koja postoji u okviru Uprave za veterinu, *Tržišne inspekcije,* koja postoji kao poseban sektor u Ministarstvu spoljne i unutrašnje trgovine i telekomunikacija itd.

3.2. Inspekcijski nadzor u oblasti zaštite životne sredine od strane organa pokrajinske uprave u AP Vojvodini

Zaštita životne sredine predstavlja jednu od oblasti u kojima je Autonomna pokrajina Vojvodina, na osnovu Ustava (član 183. stav 2), nadležna da, u skladu sa zakonom, uređuje pitanja od pokrajinskog značaja. Zakonom o utvrđivanju nadležnosti Autonomne pokrajine Vojvodine, pored pitanja od pokrajinskog značaja koja spadaju u njenu izvornu nadležnost, pokrajini su povereni i određeni poslovi inspekcijskog nadzora u oblasti zaštite životne sredine.[24]

[23] Pravilnik o unutrašnjem uređenju i sistematizaciji radnih mesta u Ministarstvu zdravlja, broj: 110-00-307/2012-15 od 28. septembara 2012. godine, član 26, 29 i 32.

[24] Zakon o utvrđivanju nadležnosti AP Vojvodine, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 99 od 1. decembra 2009. godine i broj 67 od 13. jula 2012. godine.

Na osnovu Zakona o utvrđivanju nadležnosti Autonomne pokrajine Vojvodine (član 28. stav 1. tačka 1), AP Vojvodina, preko svojih organa, u oblasti zaštite i unapređenja životne sredine, u skladu sa zakonom, vrši sve poslove inspekcijskog nadzora i preduzima mere za otklanjanje nezakonitosti u toj oblasti, osim inspekcijskog nadzora koji je vezan za slučaj udesa; oblast jonizujućeg zračenja; prekogranično kretanje roba koje podležu nadležnosti republičke inspekcije za zaštitu životne sredine; kao i ispunjenost uslova operatera za dobijanje dozvole za prekogranično kretanje roba (radioaktivnost, otpad, otrovi, supstance koje oštećuju ozonski omotač, zaštićene biljne i životinjske vrste). AP Vojvodina je takođe nadležna da vrši inspekcijski nadzor i nad određenim objektima na teritoriji AP Vojvodine, koji će biti određeni posebnim aktom, a koji još uvek nije donet.

Za vršenje navedenih poslova inspekcijskog nadzora u oblasti zaštite životne sredine u AP Vojvodini nije formiran poseban organ pokrajinske uprave, već se poslovi inspekcijskog nadzora u ovoj oblasti vrše u okviru ***Pokrajinskog sekretarijata za urbanizam, graditeljstvo i zaštitu životne sredine***, u okviru koga postoji poseban *Sektor za inspekcijske poslove*, kao osnovna unutrašnja organizaciona jedinica.[25] Poslovi inspekcijskog nadzora u oblasti zaštite životne sredine se vrše u okviru *dva odeljenja,* koja postoje kao uže unutrašnje jednice, i to: *Odeljenja za kontrolu industrijskih objekata*, u okviru koga postoji pet područnih jednica (čija su sedišta u Novom Sadu, Zrenjaninu, Sremskoj Mitrovici, Subotici i Pančevu) i *Odeljenja za kontrolu zaštite prirode i ribljeg fonda*, u okviru koga postoje četiri područne jedinice (čija su sedišta u Novom Sadu, Subotici, Somboru i Vršcu).

Na poslovima inspekcijskog nadzora u oblasti zaštite životne sredine u AP Vojvodini danas ukupno radi 21 pokrajinski službenik, sa statusom stručnog saradnika - inspektora.

3.3. Inspekcijskog nadzor u oblasti zaštite životne sredine od strane organa lokalne uprave

Na osnovu Ustava, jedinice lokalnih samouprava su nadležne da se preko svojih organa, u skladu sa zakonom, staraju o zaštiti životne sredine (član 190. stav 1. tačka 6). Zakonom o lokalnoj samoupravi je precizirana izvorna nadležnost lokalnih samouprava u oblasti zaštite životne sredine (član 20. tačka 11),[26] ali je načelno previđeno i da lokalne samoupra-

[25] Pokrajinska skupštinska odluka o pokrajinskoj upravi, „Službeni list AP Vojvodine", broj 20 od 11. jula 2012. godine, član 55.

[26] Zakon o lokalnoj samoupravi, „Službeni glasnik Republike Srbije", broj 129 od 29. decembra 2007. godine.

ve mogu biti nadležne za pojedine poslove inspekcijskog nadzora u oblasti zaštite životne sredine, koji im budu povereni posebnim zakonom (član 22). Setom posebnih zakona iz oblasti zaštite životne sredine, lokalnim samoupravama su povereni brojni poslovi inspekcijskog nadzora. Takav je slučaj sa Zakonom o proceni uticaja na životnu sredinu („Službeni glasnik Republike Srbije", broj 135 od 21. decembra 2004 i broj 36 od 15. maja 2009. godine), Zakonom o zaštiti prirode („Službeni glasnik Republike Srbije", broj 36 od 15. maja 2009. godine i broj 88 od 23. novembra 2010. godine), Zakonom o zaštiti životne sredine („Službeni glasnik Republike Srbije", broj 135 od 21. decembra 2004. godine, broj 36 od 15. maja 2009. godine i broj 72 od 3. septembra 2009. godine), Zakonom o zaštiti vazduha („Službeni glasnik Republike Srbije", broj 36 od 15. maja 2009. godine); Zakonom o zaštiti od buke u životnoj sredini („Službeni glasnik Republike Srbije", broj 36 od 15. maja 2009. godine i broj 88 od 23. novembra 2010. godine) itd.[27]

U pogledu načina vršenja inspekcijskog nadzora u oblasti zaštite životne sredine postoji velika razlika između jedinica lokalnih samouprava. Potrebi vršenja poslova inspekcijskog nadzora u ovoj oblasti, svoju organizaciju lokalne uprave su uglavnom prilagodili samo veći gradovi (Beograd, Novi Sad, Niš, Kragujevac), u kojima postoje posebni organi uprave obrazovani po funkcionalnom principu ili bar posebne unutrašnje organizacione jedinice, obrazovane isključivo za vršenje poslova inspekcijskog nadzora u oblasti zaštite životne sredine. Međutim, najveći broj gradova i opština u okviru organizacije svoje uprave još uvek nema posebne organizacione jedinice koje bi bile nadležne isključivo za poslove inspekcijskog nadzora u oblasti zaštite životne sredine. Poslove inspekcijskog nadzora vezane za ovu oblast društvenog života, uglavnom vrše posebna službena lica (inspektori) koji se nalaze u okviru pojednih uprava (gradovi), odnosno odeljenja (opštine), čija je nadležnost najčešće vezana za urbanizam ili stambeno-komunalne delatnosti. U lokalnim samoupravama na poslovima inspekcijskog nadzora u oblasti zaštite životne sredine trenutno radi ukupno 197 inspektora.

U Gradu ***Beogradu***, u okviru jedinstvene gradske uprave, postoji posebno obrazovan *Sekretarijat za zaštitu životne sredine* (Odluka o gradskoj upravi Grada Beograda, „Službeni list Grada Beograda", broj 51 od 17. decembra 2008. godine, broj 61 od 29. decembra 2009. godine, broj 6 od 23. marta 2010. godine, broj 23 od 29. juna 2010. godine, broj 45 od 11. novembra 2011. godine i broj 42 od 12. jula 2012. godine), a poslovi

[27] Videti detaljno: Z. Lončar, "*Uloga pokrajinske i lokalne uprave u zaštiti životne sredine*," Pravna riječ, Banja Luka, broj 27, 2011, str. 363-364.

inspekcijskog nadzora se vrše u okviru posebnog *Sektora za inspekcijski nadzor*. U Sektoru za inspekcijski nadzor postoje: Odeljenje za kontrolu uslova i mera zaštite životne sredine; Odeljenje za nadzor u oblasti zaštite prirodnih dobara i upravljanja otpadom i Odeljenje za nadzor u oblasti zaštite od vazduha i zaštite od buke u životnoj sredini.

U Gradu ***Novom Sadu***, u okviru petnaest gradskih uprava postoji posebno obrazovana *Gradska uprava za inspekcijske poslove* (Odluka o gradskim upravama Grada Novog Sada, „Službeni list Grada Novog Sada“, broj 52 od 28. decembra 2008. godine, broj 55 od 31. decembra 2009. godine, broj 11 od 26. marta 2010. godine, broj 39 od 23. septembra 2010. godine i broj 60 od 30. decembra 2010. godine, član 20), koja u svom sastavu kao užu unutrašnju organizacionu jedinicu ima *Inspekciju za zaštitu životne sredine*. U okviru navedene Inspekcije postoji poseban *Odsek za zaštitu životne sredine*.

U Gradu ***Nišu***, u okviru devet gradskih uprava, za vršenje poslova inspekcijskog nadzora u nadležnosti lokalne samouprave postoji posebno obrazovana *Gradska uprava za imovinu i inspekcijske poslove*. Poslovi inspekcijskog nadzora u oblasti zaštite životne sredine se vrše u okviru posebnog *Odseka inspekcije za zaštitu životne sredine,* kao uže unutrašnje organizacine jedinice. (Odluka o organizaciji gradskih uprava Grada Niša, „Službeni list Grada Niša“, broj 4 od 15. januara 2010. godine, broj 67 od 19. jula 2012. godine, član 12).

U Gradu ***Kragujevcu***, u okviru ukupno deset gradskih uprava, postoji posebno obrazovana *Gradska uprava za inspekcijske poslove*. Poslovi inspekcijskog nadzora u oblasti zaštite životne sredine se vrše u okviru *Ekološkog inspektorata*, koji postoji kao posebna unutrašnja organizaciona jedinica ove Gradske uprave (Odluka o gradskim upravama Grada Kragujevca, „Službeni list Grada Kragujevca“, broj 7 od 1. marta 2012. godine, član 27).

4. Međusobni odnos inspekcijskih službi u oblasti zaštite životne sredine

S obzirom na to da se inspekcijski nadzor u oblasti zaštite životne sredine vrši na različitim nivoima teritorijalne organizacije vlasti i od strane različitih službi, način ostvarivanja njihovog međusobnog odnosa predstavlja jedno od najvažnijih pitanja za uspešno funkcionisanje inspekcijskog nazdora u ovoj oblasti. Pravna priroda odnosa između različitih vršilaca inspekcijskog nadzora u oblasti zaštite životne sredine, razlikuju se u zavisnosti od toga da li se radi o horizontalnim ili veritikalnim odnosima.

Horizontalne odnose inspekcijskih službi, koje čine odnosi između inspekcijskih službi koji vrše poslove zaštite životne sredine na istom nivou teritorijalne organizacije vlasti, karakteriše saradnja po pitanjima iz zajedničkog delokruga, vezano za zaštitu životne sredine. Ona se ostvaruje kroz različite vidove, počev od međusobnog obaveštavanja o podacima od značaja za vršenje nadzora u različitim oblastima zaštite životne sredine, do preduzimanja zajedničkih akcija različitih vrsta inspektora, u cilju otkrivanja i sprečavanja štetnih posledica po životnu sredinu. Takvi odnosi postoje između između inspekcijskih službi obrazovanih, pre svega, na republičkom nivou vlasti, s obzirom na brojnost i raznovrsnost inspekcijskog nadzora koji se ostvaruje na tom nivou vlasti, a nešto manje na pokrajinskom i lokalnom nivou, zbog manjeg broja inspekcijskih službi i znatno uže nadležnosti.

Za veritikalne odnose inspekcijskih službi, koje čine odnosi između inspekcijskih službi koji vrše poslove zaštite životne sredine na različitim nivoima teritorijalne organizacije vlasti, karakteristično je uspostavljanje hijarhijskih odnosa, zasnovanih na nadređenosti centralnih (državnih) organa nad lokalnim organima. Takvi odnosi postoje između inspekcijskih službi koje vrše nadzor u okviru iste oblasti zaštite životne sredine, na primer, na državnom i pokrajinskom ili lokalnom nivou. S obzirom na to da organi pokrajinske i lokalne uprave poslove inspekcijskog nadzora u oblasti zaštite životne sredine vrše isključivo kao poverene poslove državne uprave, u vršenju tih poslova oni su u potpunosti podređeni organima državne uprave, nadležnim za vršenje inspekcijskog nadzora u određenoj oblasti zaštite životne sredine. Ovlašćenja republičkih organa prema organima pokrajinske i lokalne uprave, kada vrše poverene poslove, generalno su uređena Zakonom o državnoj upravi (član 47). Međutim, kada su u pitanju poslovi inspekcijskog nadzora, na ove odnose se primenjuju odredbe starog Zakona o državnoj upravi iz 1992. godine (član 28). Prema tom Zakonu, kada je vršenje pojedinih inspekcijskih poslova u oblasti zaštite životne sredine povereno organima opštine, grada Beograda, gradova i autonomnih pokrajina, republički inspektor ima pravo i dužnost: da izdaje obavezne instrukcije za izvršavanje zakona i drugih propisa za vršenje poslova, da kontroliše njihovo izvršavanje; da ostvaruje neposredan nadzor nad njihovim radom; da vrši neposredan inspekcijski nadzor u svim poslovima i sa svim ovlašćenjima, ako ih lokalni organi ne vrše; da oduzme ovlašćenje pojedinom inspektoru koji ne obavlja poslove blagovremeno, stručno, zakonito i savesno i da predloži utvrđivanje odgovornosti u organu opštine, grada Beograda, gradova i autonomnih pokrajina; da organizuje zajedničke akcije sa inspektorima u organima opština, grada Beograda, gradova i autonomnih pokrajina, uvek kada to po-

trebe zahtevaju; i da traži izveštaje, podatke i obaveštenja o vršenju poverenih poslova inspekcijskog nadzora.

Imajući u vidu da zaštita životne sredina uveliko prevazilazi granice pravnog sistema države i da predstavlja jedno od najvažnijih međunarodnih pitanja, efikasno ostvarivanje inspekcijskog nadzora u ovoj oblasti zahteva uspostavljanje međunarodne saradnje. Za uspešan inspekcijski nadzor u oblasti zaštite životne sredine neophodna je, ne samo saradnja inspekcijskih službi susednih država ili država šireg regiona, već i saradnja u okviru međunarodnih organizacija. Republika Srbija je do sada bila članica samo ECENA (Environmental Compliance and Enforcement Network for Accession), mreže formirane za države u procesu pruduživanja Evropskoj uniji. Kako je Republika Srbija od nedavno i formalno postala kandidat za članstvo EU, trebalo bi očekivati da postane i članice IMPEL-a (European union Network for the Implementation and Enforcement of Environmental Law), mreže EU za implementaciju i sprovođenje ekološkog prava, koja je, kao međunarodna organizacija vlasti iz oblasti životne sredine, sastavljena od država EU i tri države kandidata za članstvo u EU, među kojima su Makedonija, Island i Norveška.

5. Zaključno razmatranje

Važnost inspekcijskog nadzora u oblasti zaštite životne sredine proizlazi iz njegovog preventivnog karaktera. Efikasnim vršenjem inspekcijskog nadzora mogu se sprečiti mnoge ljudske aktivnosti štetne po životnu sredinu. Iz tog razloga savremene države nastoje da u okviru svog pravnog sistema uspostave što efikasaniji i sveobuhvataniji sistem inspekcijskog nadzora po pitanju zaštite životne sredine. Za Republiku Srbiji se može reći da je uspostavila obiman i sveobuhvatan sistem inspekcijskog nadzora u ovoj oblasti. Specijalizacijom po pitanjima zaštite životne sredine u različitim oblastima društvenog života obezbeđena je svebuhvatnost inspekcijskog nadzora, a uspostavljanjem široke mreže ekoloških inspekcijskih službi, stvorena je osnovna pretpostavka za efikasno funkcionisanje inspekcijskog nadzora u oblasti zaštite životne sredine. Inspekcija zaštite životne sredine, sa ukupno 309 inspektora, koliko trenutno postoji na sva tri nivoa organizacije inspekcijskog nadzora (92+21+196), predstavlja danas najveću inspekcijsku službu, posle tržišne i finansijske inspekcije Pored toga, određene nadležnosti po pitanju zaštite životne sredine imaju i neke druge inspekcijske službe, poput: sanitarne inspekcije, poljoprivredne inspekcije, vodne inspekcije, tržišne inspekcije itd.

Kao najveći nedostatak u postojećem pravnom režimu inspekcijskog nadzora u oblasti zaštite životne sredine javlja se nedostatak pre svega

novih propisa o inspekcijskog nadzoru. Ne samo da inspekcijski nadzor uopšte nije uređen novim Zakonom o državnoj upravi, za razliku od svih ostalih osnovnih poslova državne uprave, već se na poslove inspekcijskog nadzora još uvek primenjuju odredbe starog Zakona, donetog pre više od dvadeset godina. Zbog toga smatramo neophodnim donošenje najpre opšteg zakona o inspekcijskom nadzoru, a na osnovu njega kasnije i posebnog zakona o inspekcijskom nadzoru u oblasti zaštite životne sredine. Novim zakonom o inspekcijskog nadzoru, čije donošenje je predviđeno Zakonom o državnoj upravi (član 18. stav 2), trebalo bi potpuno kodifikovati materiju inspekcijskog nadzora, kako bi se stvorile pravne pretpostavke za efikasno finkcionisanje inspekcijskih službi u svim oblastima društvenog života. Njime bi trebalo, po našem mišljenju, urediti pitanja poput: osnovnih načela inspekcijskog nadzora, organizacije i koordinacije inspekcijskih službi, prava i obaveza inspektora u vršenju inspekcijskog nadzora, kao i prava i dužnosti subjekata inspekcijskog nadzora, postupak za vršenje inspekcijskog nadzora itd. Nakon toga, trebalo bi doneti i poseban propis o inspekcijskom nadzoru u oblasti zaštite živote sredine, kojim bi se u naš pravni sistem uveli svi pravni standardi vezani za postupak vršenja inspekcijskog nadzora u oblasti zaštite životne sredine, predviđeni Preporukom Evropskog parlamenta i Saveta Evrope o minimalnim kriterijumima za ekološku inspekciju u zemljama članicama, od 27. aprila 2001. godine.[28] Bez uspostavljanja novog pravnog okvira za vršenje inspekcijskog nadzora u oblasti zaštite životne sredine, a samo stalnim donošenjem novih propisa u ovoj oblasti, Republika Srbija neće ispuniti sva očekivanja koja se od nje imaju po pitanju zaštite životne sredine.

[28] Recommendation of the European Parliament and the Council of 4. April 2001 providing for minimum criteria for environmental inspections in the Member States, 2001/331 – Official Journal of the European Communities L118.41.

Zoran Lončar, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad

Inspection Control in the Field of Environmental Protection

Abstract

The Republic of Serbia has built an extensive and comprehensive system of inspection control in the field of environmental protection. Through the specialization on various environmental issues in different areas of social life it is provided the comprahensiveness of inspection control, and through the establishing a wide network of environmental inspection services, it is created a fundamental prerequisite for the good functioning of the inspection in the field of environmental protection. The current organization of inspection services, however, represents only the initial legal basis, which should be further improved, for the possibility of effective exercise of the inspection in this area of ??social life. First of all, it should be made a detailed codification of legal rules on inspection control, by adoption a general law on inspection control, and then pass a special law on inspection control in the field of environmental protection, by which it would be introduced all standards set by Recommendation of the European Parliament and the Council of 4 April 2001 providing for minimum criteria for environmental inspections in the Member States.

Key words: government, administrative supervision, inspection, environmental protection

Originalni naučni rad 340.132:343
doi:10.5937/zrpfns46-3292

Dr Nataša Deretić, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

POJAVNI OBLICI KORUPCIJE U SREDNJEM VEKU[1]

"*Vlast je učinila narod podmitljivim i lakomim*"
Polibije, *Istorija*, VI, 9, VI, 56.

Sažetak: *Ovaj rad je nastavak priče o korupciji kao društveno-štetnoj pojavi koju poznaju sva društva: od Starog, Srednjeg do Novog veka.*[2] *Iako je pojam korupcije tokom istorije menjao značenje, suština je ostala ista: od zloupotrebe i kvarenja vlasti do podmićivanja, odnosno potkupljivanja radi određene koristi. Osvrnućemo se na pojavne oblike korupcije u Srednjem veku, koji se poklapa sa feudalnom društveno ekonomskom formacijom; ista je postojala kao zapadnoevropska varijanta i kao vizantijski tip feudalnog društva. Osnovu srednjovekovnog društvenog uređenja u varvarskim državama, čini zemljišni posed – feud, i pronija u Vizantiji, koje je feudalni gospodar davao vazalu na uživanje, upravljanje, ali ne i na samostalno raspolaganje. Feudalni gospodar (sizeren) davanjem zemljišnog poseda – pronije i feuda, pronijaru i vazalu, u neku ruku "kupuje" njihovu ličnu odanost (vernost), što povlači i ostale oblike podmićivanja, odnosno potkupljivanja radi neke koristi.*

Pojavi korupcije posebno pogoduje hijerarhijski uređen razgranat birokratsko-činovnički aparat u srednjovekovnim državama. Iako je u Vizantiji najviša birokratija bila plaćena za svoj posao, vremenom će njihova samovolja, podmitljivost, grubost i nestručnost, imati za posledicu jačanje korupcije. U varvarskim srednjovekovnim državama, veliki uticaj na kralja imaju njegove vojskovođe (vojvode) i pratioci, koji su često radi svoje koristoljubivosti zloupotrebljavali beneficije koje im je kralj podario.

---

[1] Rad je posvećen Projektu: "*Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)*" čiji je nosilac **Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu**.

[2] Prvi deo ovog rada objavljen je u Zborniku Pravnog fakulteta u Novom Sadu br. XLVI (1/2012), str. 399, pod naslovom: "*Različiti oblici korupcije u pravnoj istoriji"*, gde je obrađen problem korupcije u pojedinim državama Starog veka.

Ključne reči: *Sizeren, vazal, kmet, kupovina lične odanosti, koristoljubivost, ...*

Srednji vek traje od V do XV veka, a po nekim autorima i do XVIII veka (do velike Francuske buržoaske revolucije). Podela Rimskog carstva na Zapadno i Istočno, ima za posledicu i različitu sudbinu srednjovekovnih država. S jedne strane su varvarske države (germanske i slovenske države u Evropi), koje preskaču robovlasništvo i iz prvobitne zajednice, direktno uskaču u feudalizam (to je današnja Zapadna Evropa), a sa druge strane je Vizantija koja je "ušla u srednji vek uz održavanje "etničkog, kulturnog i državnopravnog kontinuiteta"[3], s time što do VII veka ima rimsko obeležje, a kasnije poprima grčke atribute. To će usloviti postojanje i dva tipa feudalizma: zapadnoevropska varijanta feudalnog društva i vizantijski tip feudalnog društva. Shodno tome ukratko ćemo se osvrnuti na pojavu korupcije, najpre u Vizantiji, a potom i u pojediim varvarskim državama koje su nastale na teritoriji nekadašnjeg Zapadnog rimskog carstva. Tragove podmićivanja, odnosno potkupljivanja radi neke koristi nalazimo i u jednoj i u drugoj varijanti feudalnog društva.

VIZANTIJA

Poglavlje o srednjem veku otpočinjemo sa Vizantijom, iz razloga što je čitav vek pre pada Zapadnog rimskog carstva, primat u imperiji držalo njeno istočno krilo. Obično se kaže da istorija Vizantije počinje pobedom hrišćanstva i da se ona javlja kao prva hrišćanska država. Car Konstantin Veliki (285-337) je priznajući hrišćanstvo 324. godine i prenoseći prestonicu u Carograd 330. godine kao "Novi Rim", označio početak novog perioda rimsko-vizantijskog prava, odnosno period rimsko-hrišćanskog prava, jer je istovremeno učinjen istorijski zaokret u verskoj politici.[4]

[3] O. Stanojević, Rimsko pravo, Beograd, 2007, str. 120.

[4] Ne ulazeći u rasprave oko tačnog trenutka nastanka Vizantijskog carstva, priklonićemo se većinskom mišljenju da je taj trenutak vezan za Konstantina Velikog koji je 330 godine osnavao Konstantinopolj, na mestu starog Vizanta i današnjeg Istambula. Posle podele rimske imperije 395. godine, menja ime u Carigrad, kada postaje glavni grad Istočnog rimskog carstva (Vizantijskog carstva), koje traje još hiljadu godina. Prva tri veka postojanja Vizantijskog carstva u znaku su postojanja državne strukture nasleđene iz vremena poslednjeg perioda Rimskog carstva – dominata; država je uređena na na načelima rimskog prava, a sama država se nazivala „Romejsko carstvo".

Za razliku od varvarskih država u zapadnoj Evropi, Vizantija je bila u prvoj polovini srednjeg veka jedina država u pravom smislu reči (imala je svoju stajaću vojsku i uređen činovnički aparat). Kao centralizovana država negovala je rimsku tradiciju iz vremena dominata, gde srećemo prve tragove feudalizacije Rimskog carstva, koji se ogledaju, između ostalog, i u pojavi kolonata: podeljene svojine između veleposednika, vlasnika zemlje – budućeg feudalca i zavisnog seljaka – budućeg kmeta, koji je tu zemlju stvarno obrađivao (i koji je bio vezan za nju).

Društvena struktura u Vizantiji bila je promenljiva kroz hiljadugodišnju istoriju njenog postojanja. Postoji *honestiores* – povlašćeni sloj ljudi (car, veleposednici, visoki činovnici i funkcioneri...) i niži društveni sloj, sloj podanika – *humiliores*; "slobodni ljudi čija prava zavise od položaja na društvenoj lestvici"[5], i odnosio se na niže službenike, zanatlije, kolone, slobodne seljake (sitne zemljoposednike), gradsku sirotinju, parike (kmetove). Ovi poslednji nisu bili direktno vezani za zemlju (kao koloni ili klasični kmetovi u zapadnoevropskom feudalizmu), ali su bili lično vezani za gospodara (vlastelina), koji je upravljao njihovim životima i njihovom imovinom; imali su prema svom gospodaru obavezu novčanih dažbina, ređe u naturalnoj i radnoj obavezi (renti).[6] U Vizantiji je pripadnost višim slojevima nosila niz privilegija: nije se plaćao redovni porez državi, niti posebne dažbine (glavarina, zemljarina).[7] S druge strane sav teret poreskih obaveza padao je na kolone, slobodne seljake (sitne zemljoposednike), parike (kmetove).

U prvim vekovima Vizantije nećemo sresti klasične vazalne odnose s obzirom na to da, bogatstvo i ugled najistaknutijih društvenih slojeva, nije posledica darivanja istih od strane cara; oni su kao "kolenovići", već bili bogati i ugledni, što su im omogućili sopstveni prihodi kao i nasleđena imanja iz vremena latifundrija. S obzirom da stari latifundisti nestaju od vremena Iraklija (610-641), tek početkom IX stvoriće se nova aristokratija, dok će počev od XII veka, daljoj feudalizaciji Vizantije doprineti

[5] S. Šarkić, A Malenica, *Pravne teorije i institucije Antike*, N. Sad, 1994, str. 113.

[6] S. Avramović – V. Stanimirović, *Uporedna pravna tradicija*, Beograd, 2007, str. 164.

[7] Za naplatu poreza i dažbina na lokalnom nivou bila su zadužena posebna veća uglednih građana sa odgovarajućim imovinskim cenzusom – *dekurioni*. Iako je pripadnost ovoj staleškoj grupi (lokalna aristokratija) davala određene privilegije, vremenom je dekurionsko zvanje bilo veoma nezahvalan poziv, jer su dekurioni svojom imovinom odgovarali državi za porez koji je njihova opština (municipija) morala prikupiti na svom području. Zbog toga su bili nasledno vezani za svoju funkciju i mesto rođenja, a carsko je zakonodavstvo svim sredstvima nastojalo da spreči napuštanje poziva i izbegavanje obavljanja te dužnosti. Navedeno prema: A. Romac, *Rečnik rimskog prava,* Zagreb, 1975, str. 149.

ustanova *pronije* i poseban društveni sloj – *pronijari.* To su bili istaknuti pojedinci kojima carevi, zbog njihovih zasluga, počinju da dodeljuju zemljišni posed (zajedno sa paricima – kmetovima) ili neki drugi izvor prihoda, uz vojnu obavezu pronijara prema vladaru.

Najvažnije institucije vizantijskog društva bile su država i crkva. Na čelu države je car, imperator, koji je smatra božjim namesnikom; on ima i svetovnu (zakonodavnu, izvršnu i sudsku vlast) i duhovnu vlast (upravlja crkvom, postavlja patrijarhe...). Da je državna struktura nasleđena iz perioda dominata, dokaz je i krilatica da je vladar "Bog i gospodar" (*Dominus et deus*).[8] Pored vladara (cara) i crkva je bila jedan od najkrupnijih zemljoposednika još od rimskih vremena: posedovala je jednu trećinu obradive zemlje, koja je bila neopterećena porezima, a u njenim manastirima je bilo stotine hiljada kaluđera i slugu koji su takođe bili oslobođeni teških dažbina i vojne obaveze.

Car je vladao preko strogo hijrarhijski uređenog razgranatog birokratsko-činovničkog aparata. Na vrhu te piramidne lestvice bila su tzv. ministarstva za pojedine resore (finansije, vojsku...), a niže od njih nalazili su se činovnici, razvrstani u činovničke razrede, koji su jedan drugom odgovarali po principu subordinacije (niži odgovaraju višim). Najviša birokratije (državni funkcioneri) koja je okruživala imperatora (predstavljala je zatvoreni društveni sloj u koji su isključivo po volji imperatora bili primani pripadnici bogatih slojeva senatora, odnosno imperijske zemljišne aristokratije) – u najvećem delu državne teritorije, bila je plaćena za svoj posao od strane cara (imperatora), i od njega su povremeno dobijali poklone.[9] Bez obzira na tu okolnost, vremenom će njihova samovolja, podmitljivost, grubost i nestručnost imati za posledicu jačanje korupcije. Posebno je njihov veliki uticaj na imperatora poslužio kao izvor velikih prihoda (jer su kao povlašćeni sloj bili oslobođeni svih poreza i dažbina).

Kao posledica sve veće birokratizacije države, posebno u onim delovima države gde su se državni funkcioneri sami izdržavali od prihoda ko-

[8] Uz cara, kao savetodavni organi postojali su senat i državni savet. "Senat (sinklit) je nasleđen iz rimskog državnog uređenja, ali je i po broju i po političkom značaju, manji od rimskog senata; senat okuplja ugledne i bogate ljude od carevog poverenja, dok državni savet (konzistorij) čine najviši državni funkcioneri, najugledniji i najbogatiji ljudi i vojskovođe, takođe od carevog poverenja. Navedeno prema: S. Avramović – V. Stanimirović, nav. delo, str. 156-160.

[9] U skladu sa značajem dostojanstva i službe, bilo je i pravo na određeni tretman ili novčano plaćanje (*roga*), pri čemu je najviše isplate dodeljivao car lično. Opširnije o godišnjoj dodeli *roga* u Velikoj palati na carigradskom dvoru videti: Ž.K. Šene – B. Flizen, *Vizantija – istorija i civilizacija,* Beograd, 2010, str. 21.

je su ostvarivali od lokalnog stanovništva, česte su bile zloupotrebe "službenog položaja" koje čini sve brojnije i uticajnije činovništvo (koje se regrutuje iz reda senatora i oslobođenika). U nastojanju da očuvaju ili steknu bolje pozicije u državnoj hijerarhiji, činovnici masovno čine zloupotrebe, prijem poklona i iznude. Prijem poklona predstavljao je kažnjivu radnju za činovnika, ako je tim prijemom uvećavana imovina primaoca. Čak i kupovina koja je prema visini naknade suštinski vodila ka poklonu, predstavljala je krivično delo. Zloupotreba položaja će od kažnjive radnje, postati krivično delo tek kada je zaživela ustanova odgovornosti i polaganja računa činovnika po isteku mandata – funkcije, na koju su izabrani za vršenje pojedinih poslova. Po prestanku vršenja službe, funkcioneri i ostali činovnici bili su dužni da polože račun i odgovarali su u roku od godine dana po završetku službe, za sve nepravilnosti učinjene u njoj. Za preispitivanje njihovog rada imalo je dovoljno vremena, jer do njihovog ponovnog kandidovanja za sledeće činovničko zvanje moralo je proteći najmanje dve godine.

Posebno je bilo alarmantno stanje u oblasti pravosuđa, kada je zaživeo ekstraordinarni građanski postupak. Tada su sudskim postupkom počeli da rukovode obični činovnici (koji zauzimaju najniža mesta u državnoj hijerarhiji); zbog njihove poslovične potkupljivosti, česti su bili slučajevi korupcije sudija. U Vizantiji je, u slučaju podmićivanja odgovarala samo strana koja je primila poklon, odnosno koja je dozvolila da bude potkupljena (za razliku od današnje prakse, gde odgovaraju obe strane). I pored povećane korupcije, u postklasičnom pravu, kazne za sudiju su bile nešto ublažene. Sudija je, po pravilu, odgovarao za naknadu štete koju je oštećeni mogao da ostvari podnošenjem privatne tužbe. Visina naknade je zavisila od slobodne ocene sudije, koji je rešavao po tužbi oštećenog. Kazna za ovo delo bila je konfiskacija dela ili čitave imovine korumpiranog sudije; pored toga osuđeni nije mogao obavljati dužnost funkcionera i činovnika, kao što nije mogao biti svedok na sudu. Praksa iz vremena Justinijana, kada su carevi primorani "da u svakom sporu zahtevaju zakletvu stranaka da sudiju nisu podmitile"[10], nastavljena je i kasnije.

I ako je Justinijanova kodifikacija (doneta 529. godine) važila u Vizantiji gotovo dva veka, bez većih promena, ona je ipak odražavala robovlasničko pravo. Razvoj države i njena postepena feudalizacija, doveli su do neminovnog prilagođavanja Justinijanovog prava novonastalim prilikama. Tome je, između ostalih novih zakona koji su doneti, doprineo i Zemljoradnički zakon (*Nomos georgikos*), donet početkom VIII veka Nji-

[10] Nov. 124, 1.

me je regulisano oprezivanje slobodnih seljaka na način da se utvrđivao kolektivni porez; njega plaća zajednički cela seoska opština, a poresku odgovornost za napušteno i neobrađeno zemište snose susedi. Niži društveni slojevi su trpeli dvostruki teror: kako centralne vlasti tako i lokalne aristokratije, koja nije birala sredstva da naplati dugovani porez državi. Zbog sve težeg ispunjavanja poreskih obaveza, slobodni seljaci se sve više pretvaraju u parike (kmetove).

Jedan od zbornika vizantijskog prava donet nakon Justinijanove kodifikacije – *Ekloge* iz 726. godine**,** u duhu su hrišćanske doktrine i čovekoljublja;[11] insistira se na pravičnom suđenju koje je jedino moguće ukoliko se iz sudova odstrane korumpirane i pristrasne sudije. Jednom rečju, sudije treba materijalno obezbediti da ih niko ne može potkupiti pa će oni objektivno suditi.

Pored podmićivanja, zloupotrebe položaja, nezakonite naplate, i u Vizantiji znaju za *ambitus* - krivično delo preduzimanja nedopuštenih postupaka u predizbornoj kampanji radi pridobijanja glasača (vrbovanjem, podmićivanjem, davanjem poklona, činjenjem ili obećanjem usluga, organizovanjem besplatnih gozbi, javnih igara i sl.). Zloupotrebe tokom predizborne kampanje postoje od najranijih dana rimske istorije, (od perioda rane republike) i traju do kraja rimske (vizantijske) istorije.[12] I dalje je najčešći oblik manipulacije bio je kupovina glasova (*largitio*), s time što u podmićivanju nisu neposredno učestvovali sami kandidati, već su za to angažovali više posrednika: prvi su "ugovarali" nepošteni posao (*interpretes*), drugi su čuvali novac za tu svrhu (*sequestres*), a treći su obavljali direktnu isplatu (*divisors*); time su kandidati želeli da zaštite od odgovornosti prvenstveno sebe, ali i one koji su prodavali svoje glasove. [13]

---

[11] Navedenu konstataciju donekle kvari velika zastupljenost telesnih kazni, koje ne srećemo u Justinijanovom pravu (šibanje, odsecanje jezika, nosa, ruku, oslepljivanje, šišanje i paljenje kose i brade).

[12] Rimljani su, od najranijih dana pokušavali da zakonskim putem stanu na put nedoličnom ponašanju prema biračima u toku predizborne kampanje. To je rađeno na razne načine: zabranom beljenja posebne toge (*toga candida*), radi bolje uočljivosti onih koji je nose, a koji su bili kandidati u predizbornoj kampanji; zabranom agitovanja u vreme pazarnih dana u gradu i na seoskim vašarima; oni koji bi bili osuđeni za nedopuštene postupke u predizbornoj kampanji radi pridobijanja glasača, odstranjivani su iz politike na deset godina, pri čemu su kažnjavani na visoke novčane kazne i izbacivani su iz senata, kao što su mogli biti osuđeni na doživotno lišavanje počasnih zvanja; u vreme Avgusta donet je poseban zakon (*Lex Iulia de ambitu*) koji je bio malo blaži jer je osuđenog za podmićivanje, kažnjavao sa pet godina isključenja sa javnih funkcija, da bi potom u njegovo vreme bio donet još jedan zakon kojim je uvedena obaveza polaganja novčanog depozita pre otpočinjanja kampanje, koji se nije vraćao ukoliko se dokaže korupcija. Opširnije: Ž. Bujuklić, *Forum Romanum*, Beograd, 2006,

[13] Ž. Bujuklić, nav. delo, str. 136.

Dugo u Vizantiji, glavnu društvenu snagu čine pored različitih državnih činovnika i vojni funkcioneri. Važnost ovih poslednjih u rimskoj državi datira još od vremena vojne anarhije (235-284), kada su imperatori postavljani od strane vojnih komandanata raznih delova rimske vojske. Poznato je da je u doba dominata, vojska zbog svoje uloge u postavljanju i smenjivanju careva, postala opasna čak i za same vladare koji su se na nju oslanjali. Kada je građansku vojsku smenila profesionalna vojska, otpočeo je proces provincijalizacije i varvarizacije vojske; legionari, koji sve više bivaju regrutovani iz redova varvara, postaju plaćenička vojska koju angažuju rimske vlasti. Vojna disciplina je opala; legije su često otkazivale poslušnost vladajućem imperatoru i proglašavali carem onog vojskovođu koji bi im obećavao veće privilegije (više novca). Vojnici sve više izrastaju u poseban sloj i nisu im strani nezakoniti postupci (pljačka i nasilje) prema lokalnom stanovništvu; postaju nedisciplinovani i nemilosrdni. Jedan od razloga za to, svakako je i oklonost što je veliki broj Rimljana izgubio volju da se bori, ali su i brojčano opali usled posledica kuge, privrednog rasula i gladovanja. Usled privrednog rasula dolazilo je do borbe za vlast, između centralnih državnih organa i velikih zemljoposednika. I jedni i drugi ne biraju sredstva da obezbede što više svojih sledbenika; novčana davanja su tu nezaobilazna. Veliki zemljoposednici su organizovali i posebne čete vojnika koje plaćaju; oni su neka vrsta privatne vojske kojom štite svoje autonomne posede. S druge strane, potlačene kategorije osiromašenih građana, zanatlija, kolona i robova su sarađivali sa varvarima i učestvovali u velikom broju pojedinačnih sabotaža i većih oružanih sukoba, kako bi se oslobodili velikih zemljoposednika, ubirača poreza i tiranije vojnika.

VARVARSKE RANOFEUDALNE DRŽAVE

Pozni stari vek evropske istorije obeležili su varvarski narodi i Sloveni. Pad Zapadnog Rimskog carstva (476) smatra se granicom starog i srednjeg veka.[14] Uobičajeno se kaže da Srednji vek na Zapadu otpočinje

[14] U srednjem veku se razvio feudalni društveni poredak, koji je u Zapadnoj Evropi dobio najtipičniji oblik i u čijem razvitku razlikujemo tre faze: rani feudalizam (od kraja V do kraja XI veka), razvijeni feudalizam (od kraja XI do kraja XV veka), pozni feudalizam (od kraja XV do kraja XVIII veka). U periodu "ranog feudalizma" feudalni odnosi u Evropi se tek izgrađuju; Zapadna Evropa i veliki deo Istočne Evrope zaostaju u privrednom i političkom razvoju u odnosu na Indiju, Kinu, Vizantiju i Arapski Kalifat. Od kraja XI veka do kraja XV veka Evropa postepeno zauzima vodeće mesto u razvitku sveta. Usledile su privredne, društvene i kulturne promene, na scenu stupa robna privreda koja

postepeno na ruševinama nekadašnjeg Zapadnog rimskog carstva, kada je vođa germanskih najamnika, Odoakar, 476. godine zbacio s prestola poslednjeg cara u Rimu, Romula Avgustula.[15] Bio je to nagoveštaj propasti socijalne strukture kasnog Rimskog carstva, mada je ona u procesu raspadanja živela još dva veka. Vođa Germana, Odokar, tim činom "nesvesno zakoračio sa Zapadnom Evropom u Srednji vek".[16]

Iako su ulogu robovlasnika preuzeli feudalci, a ulogu robova, kmetovi, društvena struktura Srednjeg veka nije bila prosta kao što na prvi pogled izgleda. Ni svi feudalci nisu bili jednaki, ali ni svi kmetovi nemaju isti položaj. Za razliku od Vizantije, gde bar u njenoj ranoj fazi nema klasičnih vazalnih odnosa, u varvarskim državama koje su se formirale na Zapadu, od početka postoje klasični vazalni odnosi: posedi su deljeni vojskovođama i vojnim družinama u vidu beneficija od strane kralja. Na čelu države se nalazio plemenski vođa – kralj, okružen svojim vojskovođama i pratiocima. Kralj u početku nije bio sasvim neograničen u svojoj vlasti jer je sputan običajima plemena iz koga je poticao i gde je imao ulogu vojnoplemenskog starešine ("prvog među jednakima"). Kako je vreme odmicalo, on postaje sve samostalniji, okružen birokratama, gde razgranati birokratsko-činovnički aparat njemu služi. Za Srednji vek se često kaže da je to "vek mračnjaštva" jer je između ostalog i "mnogo nevinih i pametnih ljudi osuđeno na smrt ili proterano zahvaljujući intrigama moćnih ministara i potkupljivih sudija".[17]

U Srednjem veku je stvorena piramida vazalsko-seniorskih odnosa, gde su na vrhu *sizereni*, ispod njih *vazali* a na samom dnu su *kmetovi*, ko-

---

se razvija u srednjovekovnim evropskim gradovima gde počinje da dominira zanatstvo i trgovina. Rani i razvijeni feudalizam u Zapadnoj Evropi se vremenski podudaraju sa srednjim vekom. Feudalno društvo u Evropi najranije i najpotpunije se razvilo u na teriritorijama nekadašnjeeg Zapadnog rimskog carstva, gde su nekada bili razvijeni robovlasnički odnosi. U ranom feudalizmu se postepeno formiraju feudalni odnosi, u razvijenom se potpuno formiraju, a u poznom feudalizmu se raspadaju i rađaju se začeci novih kapitalističkih društvenih odnosa. U feudalnom društvu proizvodnja je počivala na zavisnim seljacima – kmetovima; za razliku od robova koji su bili svojina gospodara, seljaci kmetovi su vezani za zemlju i kao samostalni proizvođači bili su zainteresovaniji od robova za proizvodnju. To je uslovilo privredni napredak naročito od XII veka.

[15] Feudalizam zapadne Evrope je nastao na ruševinama robovlasništva. Kraljevi varvarskih naroda V i VI veka (Vizigoti u Španiji, Ostrogoti u Italiji, Franci, Germani i dr.) preuzeli su rimske titule i metode upravljanja. Iako praktično nezavisni, nisu se odrekli sizerenstva cara koji je vladao u Carigradu. Tek nakon više od jednog veka od Justinijanove smrti, u VIII i IX veku, u društvenom poretku zapadne Evrope nastupiće velike promene. Te promene su pripremane još od trenutka stvaranja prvih varvarskih država na rimskom tlu, u ranom Srednjem veku.

[16] V. Stanimirović, *Brak i bračna davanja u istoriji*, Beograd, 1006, str. 107.

[17] N. Parkinson, *Parkinsonov zakon*, Beograd, 1974, str. 18.

ji su vezani za zemlju koju obrađuju i ne mogu je napustiti bez odobrenja gospodara. U mnogome, položaj kmeta je sličan položaju roba, s tom razlikom što je kmet "lično zaštićeniji i ekonomski manje zavisan od gospodara nego klasični rob".[18] U okviru vladajuće kategorije prisutna je zamršena hijerarhija viših i nižih feudalaca. Najjasnija je pozicija vladara (kralja) koji je imao rang najvišeg feudalca, dok je na dnu bio širok sloj sitnih feudalaca – ritera. Ekonomsku osnovu vladarske moći činili su prihodi koje je on ostvarivao po različitim osnovama: iz sopstvenih dobara, godišnji pokloni koje je dobijao od podanika prilikom sastanaka narodne skupštine, globe koje su plaćane za povredu kraljevih štićenika ili saplemenika, carine, ratni plen i dažbine koje su plaćala pokorena plemena.[19] U stvarnosti, u mnogim srednjovekovnim državama, pogotovo u pojedinim istorijskim trenucima kada je centralna vlast slabila, a jačala lokalna vlast, umesto kralja zemljom su vladali krupni feudalci, koji postepeno preuzimaju državne funkcije na svojim imanjima. Između krupnih feudalaca (bogatih zemljoposednika, sizerena) i kmetova nalazio se treći stalež – slobodni građani (slobodni seljaci zanatlije, trgovci) koji su imali ulogu vazala**.**

Pripadnici pojedinih staleža razlikovali su se po položaju i po pravima uopšte. Što je položaj na društvenoj lestvici viši, ovlašćenja su veća i šira. Feudalni gospodar, moćan, bogat i uticajan, imao je velika prava prema svojim vazalima i kolonima. Između sizerena kao povlašćenog feudalca i vazala kao inferiornog ali slobodnog podanika, postojao je poseban lični odnos koji je nastajao tako što je feudalni gospodar poveravao svom vazalu (podaniku) obavljanje neke javne službe ili zemljišni posed (*feud*, *leno*) u državinu. Ovo darivanje se razlikovalo od ranijeg poklanjanja u potpunu privatnu svojinu[20], jer je vazal upravljao feudalnim posedom, koristio ga i ubirao od njega prihode, ali nije mogao da ga otuđi. Feudalni gospodar (sizeren) davanjem tog zemljišnog poseda – feuda, vazalu, "kupuje" njegovu ličnu odanost (vernost) koja se ispoljavala na razne načine: tako što svog gospodara prati u ratnim pohodima, ili mu pruža feudalnu pomoć u naturi ili novcu (radi određen broj dana na gospodarevom posedu, izbavlja gospodara iz ropstva). Feudalna obaveza iz odnosa vazalstva, polako, ali sigurno je vodila sve većem bogaćenju sizerena, a time i sve većoj nejednakosti među ljudima.

Kada privredna kriza bude zahvatila srednjovekovne varvarske države, otpočeće i borba za vlast između centralnih državnih organa (vladara)

[18] S. Avramović- V. Stanimirović, nav. delo, str. 141.
[19] D. Nikolić, *Fragmenti pravne istorije*, Niš, 1997, str. 171.
[20] D. Nikolić, nav. delo, 169.

i lokalnih organa (velikih zemljoposednika). Ovi poslednji su organizujući i posebne čete vojnika, kao neku vrstu privatne vojske kojom su štitili svoje autonomne posede, postali "država u državi"; imali su sopstvene prihode (regalije) koje ubiru od: kovanja sopstvenog novca, carina, putarina i mostarina...

Još od trenutka stvaranja prvih varvarskih država na rimskom tlu[21], u ranom srednjem veku, za regulisanje njihovih međusobnih odnosa služila su običajna pravila ponašanja, koja po kazivanju Tacita "*više vrede nego drugde dobri zakoni*".[22] Tako će se dogoditi da se zaostala običajna prava brojnih germanskih državica i njihova tradicija "raširе Evropom" i dođu u sukob sa razvijenom rimskom kulturom. U germanskim ranofeudalnim državama obrazovanim na teritoriji Zapadnog rimskog carstva u razdoblju od V do IX veka za regulisanje odnosa između različitih germanskih plemena važili su posebni Varvarski zakoni (*Leges barbarorum*). Ovi "zakoni" se stvaraju zapisivanjem običajnog prava, najčešće na inicijativu vladara, ali uz aktivno učešće naroda; pored običajnog prava koje dominira, neki od Varvarskih zakona sadrže i pravne norme i upustva koje je izdao vladar.[23] Bilo je više Varvarskih zakonika: Vizigotski, Burgundski, Salijski, Ripuarski, Ostrogorski zakonik. Najvažnija osobina navedenih varvarskih zakonika bila je primena personalnog principa: svako pleme je postupalo po svojim običajima. Ovi zakoni se karakterišu velikim brojem krivičnih dela za koja se predviđa zakonska kompenzacija – različiti iznosi novčane kazne. "Kompoziciona tarifa" zavisi od društvenog položaja učinioca krivičnog dela; što se "delikvent" nalazi na većoj lestvici, platiće manji iznos i obrnuto. Zanimljivo je da su ovi zakoni za zloupotrebu i podmićivanje predviđali smrtnu kaznu, a ne novčanu kompenzaciju, verovatno iz razloga učestalosti tih pojavnih oblika korupcije; trebalo ih je iskoreniti energičnim merama.

Salijski zakon koji je donet krajem V veka u Franačkoj, u čl. 50 i čl. 51 govori o zloupotrebi grofova (o protivzakonitoj i prekomernoj zapleni od strane grofa). U delu dvadesetosam, pod nazivom "*O potplaćivanju*" predviđa kažnjavanje za nekoliko dela korupcije, iako ih zakon

[21] Franci i Burgundi, kao predstavnici germanskih plemena, nastanili su se u Galiji (nekadašnjoj rimskoj provinciji); Vizigoti u današnjoj južnoj Francuskoj i Španiji, Bavarci u centralnoj Evropi, u Britaniji Angli i Sasi, potiskujući dalje Kelte, a u samoj Italiji su Odoakarovu germansku "državu", 493. godine srušili najpre Ostrogoti, potom Justinijan (555.), a na kraju Langobardi (568.)

[22] Tacit, *Germanija*, 19.

[23] S. Šarkić – D. Popović, *Veliki pravni sistemi i kodifikacije*, Beograd, 1996, str. 61.

tako ne naziva: za davanje mita u vidu poklona, predmeta ili druge koristi; za pokušaj ubistva iz koristoljublja (za nagradu); za posredovanje u podmićivanju tj. kada je potplaćivanje nekog lica izvršeno preko trećeg slobodnog lica (posrednika).[24] Ripuarski, Burgundski i Ostrogorski zakonici svedoče o postojanju povreda zakona (prekomerne zaplene imovine) i podmićivanju od strane sudije (koji odbija da sudi dok ne dobije neki poklon).[25]

Pored navedenih varvarskih zakonika koji govore o zloupotrebi vlasti i položaja, o istom govore i zakonski propisi koje su donosili kraljevi na osnovu njihovog ovlašćenja i koji su takođe važan izvor srednjovekovnog prava. To su bili brojnii edikti (*edictum*) u vreme dinastije Merovinga i kapitulari (*capitularia*) u vreme dinastije Karolinga. Iako su navedeni izvori prava morali biti u skladu sa plemenskim običajima, kraljevi su putem njih menjali ustaljena običajna pravila ponašanja. Tako se iz jedne kapitulacije (*Capit. de exped exercit*) iz 811. godine, vidi da su se siromašni ljudi često žalili kralju na prekomerne zahteve za ličnu službu, kuluk i odbijanje suđenja od strane nekih grofova ako im se ne daju pokloni, a ukazivano je i na razna druga ugnjetavanja od strane činovnika.[26]

I kasnije, u periodu poznog feudalizma, zakonskim putem se pokušava stati na put iznudama, protivzakonitoj naplati i podmićivanju, kao pojavnim oblicima korupcije. Tako je 1532. godine donet jedinstven zakon za nemačko carstvo (*Constitutio Criminalis Carolina*). Taj najznačajniji zakonski akt srednjovekovne Nemačke je nastao kao rezultat nastojanja da se stane na put raširenim zloupotrebama od strane knezova, privilegovanog carskog staleža i drugih izvršilaca državne vlasti. Međutim, okolnost da od 105 članova koji regulišu krivično-pravne odredbe, samo su tri člana posvećena zloupotrebama službenog položaja, govori sama za sebe...

Ništa bolja situacija nije bila ni u Francuskoj, gde je 1716. godine osnovan poseban specijalni sud čija je nadležnost bila da sudi u poslednjoj instanci sve zloupotrebe – pronevere, iznude, prekomerne naplate i razne prevare iz oblasti koje su se ticale kraljevskih finansija. Zbog učestalosti navedenih ponašanja (koje je skoro postalo običaj) nije se daleko odmaklo, pa je već sledeće godine posebnim ediktom ukinut specijalni sud, pri čemu su amnestirani svi koji su osuđeni za navedena dela.

---

[24] D. Jovašević, *Krivična dela korupcije*, Beograd, 2009, str. 184.

[25] M. Radovanović, *Krivično delo zloupotrebe službenog položaja ili* ovlašćenja, Beograd, 1958, str. 24.

[26] M. Radovanović, nav. delo, str. 24

Feudalni običaji nastali posle propasti Zapadnog rimskog carstva odlikuju se ne samo sve većom vezanošću ljudi za mesto, zemlju, feudalca, nego i za veru. U Srednjem veku društvom je dominirala crkva i hrišćanska vera. Još je u Mojsijevih 10 zapovesti iz XIV veka pre n.e., (koja bi danas mogla da posluže kao neka vrsta upustva kako da se izbegnu nevolje u društvu), u jednoj od njih stajalo: "Ne kradi". Ovom zabranom i ostalim zabranama ("ne ubij", "ne čini preljubu", "ne svedoči lažno"...) propisane su granice svemu čemu je pojedinac sklon da bi stekao više hrane, bogastva i ostalih pogodnosti. Mojsije je smatrao da bogaćenje pojedinca ne sme da uzrokuje satiranje siromašnih.[27] Od navedenih starih zapovesti, malo je ostalo u praksi u srednjovekovne crkve. Crkva u srednjem veku ima veliki uticaj ne samo na čoveka kao pojedinca (koga upućuje na nevidljivi svet), već ona i u državnom životu igra posebnu i važnu ulogu; crkva nije predstvaljala samo versku zajednicu, nego i moćnog feudalca, kome je ogroman zemljišni posed omogućavao značajan politički uticaj.[28] Tada je nastala epoha zajedničkog crkveno-državnog zakonodavstva; crkva je bila značajna ekonomska, ideološka i politička snaga. Sveštenstvo je po svom položaju zauzimalo drugo mesto u društvenoj strukturi Srednjeg veka (iza plemstva, a ispred slobodnih građana), ali je po svom uticaju nesumnjivo zauzimalo prvo mesto.[29] Crkva je smatrala da, u skladu sa svojim novim društvenim statusom, treba svoje propise da prilagodi potrebama i slabostima građana. Kada je u IV veku hrišćanstvo postalo vladajuća državna religija, crkva zastupa drugačije stavove od onih iz vremena ranog hrišćanstva. Napušta se antiplutokratski karakter ranog hrišćanstva, tvrdnjama da se i bogataš može spasiti, odnosno „da bogatstvo nije samo po sebi zlo“.[30] Početni hrišćanski princip „jedinstva sluge i gospodara“, vremenom je ustupio mesto principu pokornosti i poniznosti: „Sluge da slušaju svoje gospodare, da budu ugodni u svačemu, da ne odgovaraju“.[31] Crkva je imala i svoje crkvene sudove, koji su se, za razliku od svetovnih sudova, rukovodili idejom pokajanja; ukoliko neko učini nečasno delo, najvažnije je pokajati se i Bog će oprostiti. Ako bi se sveštено lice ogrešilo o neki crkveni kodeks, kažnjavan je: raščinjenjem, zabranom bogosluženja, isključenjem iz crkve.[32]

---

[27] Treća knjiga Mojsijeva koja se zove *Levitska*, 25:28.

[28] D. Jeftić – D. Popović, *Narodna pravna istorija*, Beograd, 2003, str. 39.

[29] M. Mladenović, *Razvod braka*, Beograd, 1964, str. 56.

[30] N.A. Maškin: *Istorija starog Rima*, prevod: Marković, M., Beograd, 1968. str. 445.

[31] Pavlova *Poslanica Titu*, 2.9. Opširnije u: Stanojević O., *nav. delo*, str. 75.

[32] D. Nikolić, nav. delo, str. 186.

ZAKLJUČAK

Uobičajeno je, kada se piše o državama srednjeg veka i institucijama i pojavama u njemu, da se ne zaobilazi srednjovekovna Srbija. O društvenim prilikama u srednjovekovnoj Srbiji i pojavnim oblicima korupcije u njoj, biće reči u posebnom radu. To će biti potvrda teze da su i na ovim prostorima, od najraniih dana u odnosima među ljudima bile prisutne razne forme podmićivanja. Uvek je bilo ljudi koji su hteli da ostvare neku korist ili privilegiju, na šta nisu imali pravo prema postojećim moralnim i pravnim normama.

U daljoj obradi ove teme pokazaćemo da je rečenica koja se pripisuje Polibiju "da je vlast učinila narod podmitljivim i lakomim", nadživela vekove, i da je aktuelna do današnjih dana.

Nataša Deretić, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad

Forms of Corruption in the Middle Ages

Abstract

The paper continues the story of corruption as a socially harmful phenomenon that affected all societies, from ancient times, through mediaeval times, to modern age. Although the concept of corruption changed in the course of history, the essence has remained the same: it encompasses the abuse of power, corruption, bribery, and offering gratuities in exchange for favours. We shall here focus on the manifestations of corruption in the Middle Ages, the period which coincided with the feudal socio-economic formation, both in its western European variety and in the Byzantine type of feudal society. In the twelfth century, the Byzantine emperors introduced the practice of granting property in land or some other source of income - *pronoia* - to prominent individuals as a reward for their merits. In contrast, what could be observed from the very beginning in barbarian countries, which were established in the territory of the former Western Roman Empire, were the classic vassal relations, where a fief presented the foundation of the medieval social order; it was land property which the feudal lord (suzerain) granted to his vassals (military commanders and units) to enjoy, manage, but not control independently. By giving land property - a *pronoia* or fief to a *pronoiario* or vassal, the feudal lord (suzerain), in a way, "bought" their personal loyalty.

Particularly conductive to corruption was the hierarchically arranged and ramified bureaucratic apparatus of the mediaeval state. Although the Byzantine highest-ranking bureaucracy was paid for their work, their arbitrariness, bribery, coarseness, and incompetence resulted in strengthening corruption. On the other hand, the greatest influence on the kings in the barbaric mediaeval states was exerted by their commanders (dukes) and entourage, who often selfishly abused the benefits bestowed upon them by the kings. Polybius' statement that "the government has made people prone to bribery and greedy" proved to be very topical in the mediaeval society.

Key Words: suzerain, vassal, serf, buying personal loyalty, self-interest, forms of bribery.

Originalni naučni rad 347.27:340.137(4)
doi:10.5937/zrpfns46-3237

Dr Bojan Pajtić, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

HARMONIZACIJA DOMAĆIH PRAVNIH PROPISA IZ OBLASTI GRAĐANSKOG PRAVA SA PRAVOM EVROPSKE UNIJE – FIDUCIJARNO OBEZBEĐENJE POTRAŽIVANJA

***Sažetak*:** *U ovom tekstu analizirani su fiducijarni sporazumi, koji su, kao vrsta ugovora, odnosno sredstvo obezbeđenja obligacionopravnih potraživanja, regulisani odredbama pojedinih zakona i kodifikacija u nekim od zemalja Evropske unije. Čak je i crnogorski zakonodavac usvojio poseban zakon koji se odnosi na ove pravne poslove, ali u srpskom pravu fiducijarni sporazumi spadaju u domen neimenovanih ugovora. Fiducija svoje korene vuče još iz rimskog prava i predstavlja prvu poznatu formu založnog prava. Termin fiducia na latinskom znači – poverenje, jer su se ovi pravni poslovi zasnivali, pre svega, na poverenju između ugovornih strana. Institucija trasta obuhvaćena je ovim radom, jer predstavlja anglosaksonski pandan fiducijarnom sporazumu. Etimološki, trast (trust) ima isto značenje kao i fiducia – poverenje. Fiducijarni sporazumi, zbog svojih pogodnosti, nisu strani ni domaćoj pravnoj praksi, pri čemu postoje, kako smo već naveli, teorijska, ali i praktična osporavanja dopuštenosti ovog pravnog posla, pri čemu se osporavanja svode, pre svega, na tezu da se sklapanjem fiducijarnog sporazuma krši zabrana ugovaranja lex commissoria kod založnog prava. Međutim, obrazložio sam da razlike između ugovora o zalozi i fiducijarnih sporazuma nedvosmisleno upućuju na zaključak da se fiducijarni sporazumi ne mogu tretirati kao zaloga, te su, stoga, oni dozvoljeni, odnosno, zaključuju se na osnovu načela slobode ugovaranja kao imperativne norme Zakona o obligacionim odnosima. Fiducijarni sporazum (u odnosu na realna sredstva obezbeđenja) poveriocu pruža viši stepen sigurnosti, skraćuje proces naplate njegovog po-*

traživanja, a pruža i praktične pogodnosti samom dužniku. U tekstu su izneti razlozi koji govore u prilog tome da bi bilo oportuno da i srpski zakonodavac, u procesu harmonizacije pravnih propisa iz oblasti građanskog prava sa pravom Evropske Unije, reguliše institut fiducijarnih sporazuma posebnim zakonom, ugradi ga u Zakon o obligacionim odnosima, ili ga učini delom budućeg Građanskog zakonika Republike Srbije.

***Ključne reči**: fiducijarni sporazum, obezbeđenje potraživanja, zaloga, trast*

Ovaj rad obradiće fiducijarne sporazume, koji su, kao pravni posao, odnosno sredstvo obezbeđenja obligacionopravnih potraživanja, doživeli afirmaciju u nekim zakonodavstvima[1] zemalja Evropske unije, ali u srpskom pravu spadaju u domen neimenovanih ugovora, odnosno u onu vrstu kontrakata koji, ni svojim nazivom, niti sadržajem, nisu regulisani pozitivnopravnim propisima.[2] I u zemljama regiona, navedeni institut je počeo da biva zastupljen tek u zakonima donetim u periodu tranzicije (pri čemu napominjem da fiducijarne sporazume nije poznavao ni Srpski građanski zakonik iz 1844-te). Tako je u Crnoj Gori 1996-te godine donet[3] (i stupio je na snagu) Zakon o fiducijarnom prenosu prava svojine, čime se i ova, nama danas susedna država, pridružila većini evropskih država, koji su ove pravne poslove odavno implementirali u svoje pravne sisteme.

Određene naznake postojanja fiducijarnog prenosa svojine zatičemo i u našem Zakonu o obligacionim odnosima. Ova tvrdnja odnosi se, nažalost, samo na fiducijarnu cesiju potraživanja, odnosno ustupanje potraživanja radi obezbeđenja glavnim ugovorom definisane prestacije dužnika. Član 445. Zakona o obligacionim odnosima ističe da – „kad je ustupanje izvršeno radi obezbeđenja prijemnikovog potraživanja prema ustupiocu, prijemnik je dužan da se stara sa pažnjom dobrog privrednika, odnosno dobrog domaćina o naplati ustupljenog potraživanja i da po izvršenoj naplati,

[1] Primera radi, Nemački građanski zakonik u paragrafu 223. posredno dozvoljava mogućnost fiducijarnog prenosa svojine, dok Austrijski građanski zakonik i Francuski građanski zakonik nisu svojim odredbama obuhvatili ovaj institut.

[2] Čak i u pravnim propisima donetim između dva svetska rata, fiducijarni prenos kao sredstvo obezbeđenja potraživanja biva pomenuto samo posredno. Konkretno, takvo opredeljenje zatičemo u Stečajnom zakonu iz 1929-te godine, u paragrafu 10, stavu 3-em, kojim se ističe da: „Ukoliko ovaj zakon što drugo ne naređuje, vrede naređenja o razlučnim verovnicima i za one lične verovnike stečajnog dužnika, koji su radi obezbeđenja svojih zahteva stekli izvesne predmete njegove imovine, naročito njegove tražbine po knjigama“.

[3] Službeni list Republike Crne Gore, br. 23/96.

pošto zadrži koliko je potrebno za namirenje sopstvenog potraživanja prema ustupiocu, ovome preda višak.“ U navedenom slučaju predmet sporazuma predstavlja obligaciono, a ne stvarno pravo. Ovakvo opredeljenje predstavlja izuzetak od pravila, prema kome predmet fiducijarnog sporazuma predstavljaju pokretne i, ređe, nepokretne stvari (nepokretnosti kao predmet ovih pravnih poslova definisane su, primera radi, gore pomenutim crnogorskim Zakonom o fiducijarnom prenosu prava svojine, koji je uveo i kategoriju tzv. „robnog lagera gotovih proizvoda“, među potencijalno podobne predmete fiducijarnog sporazuma). U svakom slučaju, punovažnost pravnog posla uslovljena je postojanjem mogućeg, dopuštenog i određenog, odnosno odredivog predmeta. Takvu imperativnu normu zatičemo u članu 47. Zakona o obligacionim odnosima, ali i u uporednim kontinentalnim građanskim zakonodavstvima, odnosno kodifikacijama.

U tekstu ću izneti više argumenata koji govore u prilog tome da bi bilo oportuno (iako sugerisani postupak ne predstavlja formalnu obavezu Srbije na putu priključenja evropskoj porodici naroda) da i srpski zakonodavac, u procesu harmonizacije pravnih propisa iz oblasti građanskog prava sa pravom Evropske Unije, reguliše institut fiducijarnih sporazuma posebnim zakonom, ugradi ga u Zakon o obligacionim odnosima, ili ga učini delom budućeg Građanskog zakonika Republike Srbije.[4]

Pre nego što uđem u definisanje osnovnih karakteristika i prednosti predmetnog pravnog posla, neophodno je, radi boljeg razumevanja teme, izvršiti i kratku analizu geneze fiducijarnog sporazuma. Valja napomenuti da fiducija svoje korene vuče još iz rimskog prava, te čak predstavlja prvu poznatu formu založnog prava. Istini za volju, klasična fiducija ne bi mogla biti podvedena pod današnju definiciju založnog prava, jer „tu ne postoji osnovno potraživanje koje bi ovo ‘založno pravo’ obezbeđivalo“.[5] Termin *fiducia* na latinskom znači poverenje, jer su se ovi pravni poslovi zasnivali, pre svega, na poverenju između ugovornih strana. Iz rimskog prava datira i *actio fiduciae* – tužba radi povraćaja stvari dužnika koja se u slučaju zloupotrebe poverenja mogla podići protiv založnog poverioca. Naime, strane u ovom pravnom poslu zaključivale su uslovnu kupoprodaju u formi mancipacije ili in jure cesije. Vlasnik je, u formalnom smislu, mogao da raspolaže predmetnim stvarima, „ali usled zaključenog *pactum fiduciae* trebalo je da svoje pravo vrši radi založnih ciljeva“.[6]

---

[4] Vlada Republike Srbije pre sedam godina donela je odluku o formiranju Komisije za izradu Građanskog zakonika Republike Srbije (Službeni glasnik 104/06), i od tada, tako imenovana Komisija radi na realizaciji ovog, za naše pravo, istorijskog poduhvata.

[5] Opširnije: Brósz – Pólay, *Római jog*, Tankönyvkiadó, Budapest, 1976, str. 362.

[6] Vidi: Aranđelović, *O fiducijarnim pravnim poslovima*, Arhiv za pravne i društvene nauke, br. 5-6/1926, str. 340.

Danas, međutim, fiducijarne sporazume definišemo kao neimenovane, akcesorne pravne poslove „kod kojih postoji razilaženje ekonomskog i pravnog dejstva“[7], odnosno, u kojima „jedno lice – fiducijant prenosi jedno pravo na drugo lice – fiducijara, i istovremeno ugovore: prvo, da faktičko ekonomsko dejstvo prenosa bude uže nego što je sadržina prenetog prava, i drugo, da po postizanju toga ekonomskog dejstva fiducijar to pravo vrati na fiducijanta“.[8]

Teorija, kada govori o pravnoj prirodi ovih ugovora, najčešće ih vezuje za realna sredstva obezbeđenja potraživanja, koristeći, pri tom i terminologiju koja odgovara ovakvoj kvalifikaciji. Srećemo, tako, nazive (koji se ponekad upotrebljavaju kao sinonimi za fiducijarne sporazume) kao što su: bezdržavinska garancija, mobilijarna hipoteka, bezdržavinska zaloga, i slično. U tom smislu, mnogi teoretičari iznose stanovište „da je ugovor o fiducijarnom prenosu prava svojine realno sredstvo obezbeđenja potraživanja, pa time pripada porodici ugovora o zalozi. Bliže određivanje tog prava je bezdržavinska zaloga za pokretne stvari, a hipoteka za nepokretne stvari.“[9] Opredeljivanje pravne prirode kontrakta značajno je da bi se definisalo koje pravne norme se primenjuju u slučaju spora, odnosno parničnog postupka. Neka stanovišta, doduše malobrojna, ističu da je „osnovni posao kod fiducije sličan nalogu, pa fiducijarni posao treba podvesti pod ugovor o nalogu“[10]. Međutim, prva škola mišljenja je dominantna kako u domaćoj, tako i u stranoj teoriji. Sledstveno tome, i domaći primenioci prava, odnosno, sudovi, u više navrata donosili su presude u kojima su isticali stav da zaključivanje fiducijarnih sporazuma, prema našem Zakonu o obligacionim odnosima, navodno nije dozvoljeno, odnosno, praktično su izjednačavali zabranjenu klauzulu *lex commissoria* iz založnog prava sa ovim sporazumima. Jedna od teza koju želim da dokažem ovim radom je da fiducijarna svojina jeste institut sui generis, da je zaključivanje fiducijarnih sporazuma dozvoljeno na osnovu načela slobode ugovaranja, te da je *differentia specifica* predmetnih ugovora (u odnosu na ugovor o zalozi) – razilaženje ekonomskog i pravnog dejstva posla.

U kontinentalnoj pravnoj praksi fiducijarno obezbeđenje potraživanja predstavlja čest i rado prihvaćen mehanizam za kojim poverioci pose-

---

[7] Tako: Đurović Ljiljana, *Ugovor o fiducijarnom prenosu svojine*, Pravni život br. 10/1998, str. 812.

[8] Šire: Gams Andrija, *Nešto o fiducijarnim pravnim poslovima*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu 12/1960, str. 22.

[9] Opširnije: Velimirović Mihailo, *Ugovor o fiducijarnom obezbjeđenju tražbine*, Pravni život br. 11/1998, str. 532.

[10] Šire: Stojanović Dragoljub, *Uvod u građansko pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1981, str. 152.

žu da bi zaštitili svoje ovlašćenje iz nekog pravnog posla. Fiducijarni sporazumi, zbog svojih pogodnosti, nisu strani ni domaćoj pravnoj praksi, pri čemu postoje, kako smo već naveli, teorijska, ali i praktična osporavanja dopuštenosti ovog pravnog posla, pri čemu se osporavanja svode, pre svega, na (gore iznetu) tezu da se sklapanjem fiducijarnog sporazuma krši zabrana ugovaranja *lex commissoria* kod založnog prava. Primera radi, Viši privredni sud u Beogradu izrazio je stav[11] da je sklapanje fiducijarnih sporazuma zabranjeno, odnosno oglasio je ništavim pravni posao na osnovu koga je došlo do prenosa svojinskih ovlašćenja na nepokretnosti. Pri tome je izneo sledeće obrazloženje: „Prema stanovištu Višeg privrednog suda, Vrhovnog suda Srbije i zaključku Saveznog suda broj 2/93, odredbe ugovora o prenosu vlasništva kojim založena stvar prelazi u svojinu poverioca, ako njegovo potraživanje ne bude namireno do dospelosti, ne uživaju pravnu zaštitu. Ništave su odredbe ugovora prema kome su stranke saglasne da davalac kredita stiče pravo svojine na založenoj stvari ukoliko korisnik o roku utvrđenom ugovorom ne isplati dospele rate. To znači da je ništava svaka odredba ugovora kojom se u trenutku zaključenja ugovora o zalozi na nepokretnoj stvari (hipoteka), predviđa da će založena stvar preći u svojinu poverioca, ako njegovo potraživanje ne bude namireno u momentu dospelosti. Odredbom člana 973. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima predviđeno je da je ništava odredba ugovora o zalozi, po kojoj će založena stvar preći u svojinu poverioca ako njegovo potraživanje ne bude namireno o dospelosti, kao i odredba da će u tom slučaju poverilac moći po unapred određenoj ceni prodati založenu stvar ili je zadržati za sebe. Prema tome, pravilan je stav prvostepenog suda da je ugovor o prenosu prava vlasništva na nepokretnosti radi obezbeđenja potraživanja ništav."

Gotovo identičan je i stav Vrhovnog suda Srbije, utvrđen presudom Rev. 652/97. od 29. oktobra 1997. godine, kojim se primenilac prava, povodom zahteva za reviziju tužioca, poziva na isti, 973. član Zakona o obligacionim odnosima, i iznosi da je: „na osnovu navedenih činjenica

[11] Pogledaj presudu ovog suda pod oznakom: Pž 199/97 od 5. marta 1997. godine. Naime sud je, odlučujući po žalbi na presudu prvostepenog suda (koji je odbio tužbeni zahtev usmeren na utvrđivanje prava banke da, radi namirenja svog potraživanja izvrši prodaju nepokretnosti primaoca kredita) – odbio žalbu i potvrdio presudu donetu u prvom stepenu. Sličan je stav navedeni sud iskazao i u svojoj presudi pod oznakom Pž. 6539/95. od 9. novembra 1995. godine, podvodeći fiducijarni sporazum pod ugovor o zalozi, odnosno ističući da: „To što tužilac pravni posao kvalifikuje kao fiducijarni prenos svojine na pokretnim stvarima, koji je sve češći u svetu a u poslednje vreme se koristi i u našoj poslovnoj praksi, nije od uticaja. Ovo stoga, što se radi o prenosu svojine na založenoj stvari, zapravo o ugovoru o zalozi, koji institut je regulisan pozitivnim propisima."

pravilan zaključak nižih sudova da je ugovor zaključen između parničnih stranaka, kojim je tuženi preneo pravo vlasništva na spornim nepokretnostima, kao sredstvo obezbeđenja vraćanja kredita, ništav."

Međutim, pristalice teze da su fiducijarni sporazumi u našem pravu zabranjeni, odnosno apsolutno ništavi, prenebregavaju suštinsku razliku između zaloge i fiducijarnog sporazuma, kao sredstava obezbeđenja potraživanja. Ona se ogleda u tome, što se fiducijarnim sporazumom prenosi vlasništvo na stvarima dužnika, i to u trenutku zaključenja pravnog posla, a ne za slučaj izostanka izmirenja obaveze o dospelosti. Sa druge strane, zakonodavac je jasno istakao da se ugovorom o zalozi obavezuje „dužnik ili neko treći (zalogodavac) prema poveriocu (zalogoprimcu) da mu preda neku pokretnu stvar na kojoj postoji pravo svojine da bi se pre ostalih poverilac mogao naplatiti iz njene vrednosti, ako mu potraživanje ne bude isplaćeno o dospelosti."[12] Poređenje ova dva instituta dovodi do jasnog zaključka da poverilac u momentu zaključenja fiducijarnog sporazuma postaje vlasnik dužnikove pokretne stvari (radi sticanja svojine na nepokretnosti neophodan je upis u Katastar nepokretnosti), a u trenutku sklapanja ugovora o zalozi, poverilac samo stiče pravo da traži od dužnika da mu preda u državinu založenu stvar. Istovremeno, prenos prava svojine, do koga dolazi sklapanjem fiducijarnog sporazuma, ne podrazumeva i automatsku obavezu prenosa državine na stvari koja predstavlja predmet obezbeđenja.

Navedene razlike između zaloge i fiducijarnog obezbeđenja potraživanja jasno ukazuju da se radi o dva, u nekoliko elemenata različita instituta, pa zbog toga ni zabrana ugovaranja *lex commissoria* ne može biti analogno primenjena na onu vrstu pravnih poslova kojim se ovaj rad prevashodno bavi. Fiducijarni sporazumi predstavljaju posebnu vrstu kontrakata, koje u domaćoj pravnoj praksi zaključuju ugovorne strane, vođene načelima slobode ugovaranja, odnosno slobode uređivanja obligacionih odnosa. Ovaj pravni posao ne može se smatrati zabranjenim, jer se ne kosi ni sa jednim kogentnim propisom, dobrim običajem, ili javnim poretkom uopšte.[13]

U distinkciji između navedenih ugovora kriju se i neke od prednosti fiducijarnog obezbeđenja potraživanja u odnosu na druga stvarna sredstva obezbeđenja potraživanja. Očigledno je da je, ukoliko zaključi fiducijarni

[12] Vidi: Zakon o obligacionim odnosima, član 966. stav 1.

[13] Zakon o obligacionim odnosima u članu 103. opredeljuje da su ugovori koji su protivni prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima – ništavi, ako cilj povređenog pravila ne upućuje na neku drugu sankciju ili ako zakon u određenom slučaju ne propisuje nešto drugo.

sporazum, poverilac u poziciji da znatno brže naplati svoje potraživanje, nego kod drugih realnih sredstava obezbeđenja, jer je pravo svojine na stvari preneto sa dužnika na njega u trenutku zaključenja pravnog posla. Dakle, ovaj pravni posao pruža priliku poveriocu da „ubrza, odnosno skrati postupak naplate svog potraživanja iz predmeta obezbeđenja".[14] Nema dileme da fiducijarno obezbeđenje pruža i veću sigurnost poveriocu, nego založno pravo na pokretnim ili nepokretnim stvarima. Pri tom, ukoliko dođe do prenosa svojinskog ovlašćenja na pokretnoj stvari, ona po pravilu, ostaje u državini dužnika. Ova okolnost pogoduje dužniku, (pogotovo ako se radi o nekoj mašini ili drugoj stvari pogodnoj za privređivanje), pa tako dužnik istom stvari može da obezbedi svoj dug, ali da ga, njenom upotrebom, i otplaćuje.

Naš Zakon o obligacionim odnosima izvršio je konsesualizaciju svih klasičnih realnih ugovora, osim kod dve vrste pravnih poslova. Izuzetak je učinjen kod akcesornog ugovora o kapari, u odnosu na koga zakonodavac u članu 79. ZOO navodi da se ugovor smatra zaključenim kad je kapara data, ako je u trenutku zaključenja ugovora jedna strana dala drugoj izvestan iznos novca ili izvesnu količinu drugih zamenljivih stvari kao znak da je ugovor zaključen. Zakonodavac je odstupio od gore navedenog pravila i kod zakonske zaloge, koja se (ex lege) smatra ugovorenom (ukoliko dužnik nije izvršio svoju prestaciju u glavnim ugovorom definisanom roku) kod nekih pravnih poslova, kao što su: ugovor o delu[15], ugovor o prevozu[16], ugovor o nalogu[17], ugovor o kontroli robe i usluga[18], ugovor o komisionu[19] i drugi pravni poslovi, kod kojih se, zbog prirode kontrakta,

---

[14] Opširnije: Goravica, *Fiducijarni prenos prava svojine*, Pravni život br. 10/1997, str. 77.

[15] Vidi: ZOO, član 628: „Radi obezbeđenja naplate potraživanja naknade za rad i naknade za utrošeni materijal, kao i ostalih potraživanja po osnovu ugovora o delu, poslenik ima pravo zaloge na stvarima koje je napravio ili opravio, kao i na ostalim predmetima koje mu je predao naručilac u vezi sa njegovim radom, sve dok ih drži i ne prestane dragovoljno da ih drži".

[16] U članu 679. ZOO naglašeno je da: „radi obezbeđenja naplate naknade za prevoz i nužnih troškova koje je učinio u vezi sa prevozom, prevozilac ima pravo zaloge na stvarima koje su mu predate radi prevoza, i u vezi sa prevozom, dok ih drži ili dok ima u rukama ispravu pomoću koje može raspolagati njima". Princip sticanja založnog prava je, kako vidimo, sličan kao i kod, malopre pomenutog, ugovora o delu.

[17] Vidi: član 763. Zakona o obligacionim odnosima.

[18] Vidi: ZOO, član 853: „Radi obezbeđenja ugovorene ili uobičajene naknade i naknade nužnih i korisnih troškova vršilac kontrole ima pravo zaloge na robi koja mu je predata na kontrolu."

[19] Sličan je rezon primenjen i u članu 786. ZOO, po kome: „komisionar ima pravo zaloge na stvarima koje su predmet ugovora o komisionu dok se te stvari nalaze kod njega, ili kod nekog koji ih drži za njega ili dok on ima u rukama ispravu pomoću

neka dužnikova stvar nalazi u posedu poverioca, pri čemu državina nije uspostavljena da bi na stvari bilo zasnovano neko založno pravo). Međutim, klasičan ugovor o zalozi[20], prema našem Zakonu o obligacionim odnosima, smatra se zaključenim u trenutku kada je došlo do saglasnosti volja ugovornih strana, kojom se uspostavlja obaveza dužnika da preda poveriocu pokretnu stvar na kojoj ima pravo svojine, da bi založni poverilac bio u prilici da se pre ostalih poverilaca naplati iz njene vrednosti. Dakle, nikakve dileme nema da je, stupanjem na snagu Zakona o obligacionim odnosima, i ugovor o zalozi u našem pozitivnom zakonodavstvu stekao status konsensualnog kontrakta, te da predaja stvari predstavlja samo prestaciju, koja, po slovu pravnog posla, ima biti izvršena u slučaju da dužnik svoju obavezu iz glavnog ugovora ne isplati o dospelosti. Prema tome, u pitanju opredeljivanja trenutka sklapanja kontrakta, nema razlike između fiducijarnog sporazuma i zaloge.

Slična se konstatacija može izreći i u odnosu na karakter ovih, po mnogo čemu sličnih pravnih poslova. Fiducijarni sporazum, kao i ugovor o zalozi, ima akcesoran karakter, odnosno, sledi pravnu sudbinu glavnog ugovora. Međutim, postoji razlika između ova dva kontrakta, odnosno fiducijarnog sporazuma zaključenog radi obezbeđenja potraživanja, i drugih akcesornih pravnih poslova, koja se ogleda u tome, što „njegova punovažnost nije toliko uslovljena punovažnošću ili postojanjem obezbeđenog posla, kao kod tipičnih akcesornih poslova, koliko od faktičkih okolnosti vezanih za raspolaganje fiducijarnog poverioca sa predmetom fiducije, odnosno u zavisnosti je od poštovanja fiducijarnog poverenja.“[21] Ova specifičnost fiducijarnog sporazuma u odnosu na ostale akcesorne ugovore, u neposrednoj je vezi sa činjenicom da se kod ovih kontrakata razilazi ekonomsko i pravno dejstvo posla.[22] Naime, prilikom sklapanja fiducijarnih sporazuma, prema dominantnom stavu pravnih teoretičara, „jedna stranka ugovorom prenosi na drugu više pravne vlasti nego što traži ekonomska svrha posla. Ova razlika između

koje može raspolagati njima. U drugom stavu istog člana zatičemo stav da: „iz vrednosti tih stvari komisionar može naplatiti pre ostalih komitentovih poverilaca svoja potraživanja po osnovu svih komisionih poslova sa komitentom kao i po osnovu zajmova i predujmova datih komitentu, bez obzira na to da li su nastala u vezi sa tim stvarima ili nekim drugim“.

[20] Vidi: ZOO, član 966.

[21] Vidi: Salma, *Fiducijarni pravni posao i fiducijarni prenos svojine radi obezbeđenja potraživanja*, Pravni život, br. 10/1998, str. 387.

[22] U italijanskoj doktrini zatičemo definiciju koja (na sličan način kao i naša teorija) ovo razilaženje definiše kao: „neslaganje i nehomogenost između sredstava i cilja, ili između usvojenog pravnog instrumenta i praktične namere, kojoj teže ugovorne strane“. Vidi: Lipari, „Il negozio fiduciario“, Milano, Dott. A Giuffré editore, 1971, str. 67.

pravne moći i ekonomskog opravdanja, odnosno potrebe, jeste ono što je sticatelju povereno. Zavisi od njegovog poštenja i svesti o odgovornosti da li će on to poverenje opravdati, ili će ga izigrati. Zajednički razlog takvom disparitetu jeste očito taj da među postojećim institutima određenog pravnog sistema nema takvih koji bi zadovoljili stranke u konkretnom slučaju"[23], odnosno u kontinentalnom građanskom pravu ne postoji sredstvo koje pruža toliko pogodnosti poveriocu (koje se ogledaju u visokom stepenu uspostavljene sigurnosti i brzini naplate potraživanja, odnosno skraćivanju postupka naplate iz predmeta obezbeđenja), ali i dužniku (kome se ukazuje mogućnost da koristi stvar kojom, istovremeno, obezbeđuje svoj dug prema drugoj ugovornoj strani). Prema tome, nameće se zaključak da su stranke „svesno ostvarile svoju volju na postizanje pravnih efekata koji se razlikuju od ekonomskih".[24] Razilaženje ekonomskog i pravnog dejstva dovodi čak i do toga da se fiducijant naziva ekonomskim, a fiducijar pravnim vlasnikom stvari[25], jer, budući da stvar, po pravilu, ostaje u državini fiducijanta, fiducijar nema pravo da stvar (koja predstavlja sredstvo obezbeđenja) drži, koristi, ubira njene plodove, a fiducijantova ovlašćenja se svode na mogućnost upotrebe stvari, ali ne i na raspolaganje njome, jer je, na osnovu odredaba fiducijarnog sporazuma, fiducijar postao njen vlasnik. Praktično, fiducijar ima „samo pravnu moć koja se može pretvoriti u – „pravu svojinu" ako dužnik ne plati svoj dug o dospelosti."[26] Ukoliko dužnik u tom roku ne izmiri svoju prestaciju, fiducijar (koji u tom trenutku biva oslobođen fiducijarnog ograničenja na predmetu) ima pravo da, bez ikakvog sudskog ili upravnog postupka, proda stvar i namiri svoje potraživanje, ili, jednostavno, zadrži stvar u svojini.

U zemljama članicama Evropske unije postoje dva pravna sistema. Kontinentalno pravo (zastupljeno u većini država Unije), koje u osnovu počiva na institucijama nekadašnjeg rimskog prava, a njegove formalne izvore čine, pre svega, pisani zakoni, odnosno kodifikacije i anglosaksonsko (precedentno) pravo, čiji prevashodni formalni izvori jesu precedenti (presedani), odnosno sudska praksa. Zbog postojanja dva ovakva pravna sistema, pomenuću u kratkim crtama i institut koji u anglosaksonskom pravu u najvećoj meri asocira na fiducijarni spora-

[23] Opširnije: Šmalcelj, *Fiducijarni ugovori (ugovori povjerenja) u imovinskom pravu*, Naša zakonitost, br. 2/1969, str. 120.

[24] Vidi: Borković – Stojanović Dušanka, *Svojina radi obezbeđenja potraživanja*', Pravni život, br. 10/1998, str. 381.

[25] Šire: Đurović, *Ugovor o fiducijarnom prenosu svojine*, Pravni život, br. 10/1998, str. 823.

[26] Ibidem – str. 824.

zum kao ugovor karakterističan za kontinentalno pravo i praksu. Institucija trasta predstavlja anglosaksonski pandan fiducijarnom sporazumu. Čak i sam termin trast (engleski – *trust*) znači isto što i *fiducia* – poverenje. Ustanovljavanju trasta prethodila je institucija pod nazivom *use*, koja je omogućavala „prenos svojine na jedno lice s tim da ga ekonomski ne koristi za sebe, već, ili za samog prenosioca ili za neko drugo lice".[27] Ovakav, fiducijarni prenos, nije omogućavao i pravnu zaštitu u slučaju raspolaganja koje bi bilo suprotno cilju zbog koga je *use* uspostavljen. I kod ovog instituta, kao i kod fiducije u rimskom pravu, zaštita je, pre svega, moralnog karaktera, odnosno, spada u domen primene opšteg načela savesnosti i poštenja. Ovakva situacija prekinuta je 1536-te godine, kada je engleski kralj Henri VIII doneo „zakon kojim je sve *use* pretvorio u formalnu, od strane *common law*-a priznatu svojinu".[28] Vremenom je izraz trast potisnuo termin, odnosno institut *use*-a iz pravnog prometa.

Međutim, kao što između precedentnog i kontinentalnog sistema već u samom načinu konstituisanja pozitivnopravnih propisa prepoznajemo čitav niz razlika (što je potpuno logično, ukoliko se u obzir uzme empirijski i kazuistički karakter anglosaksonskog prava), tako se može napraviti i čitav niz distinkcija između instituta fiducijarnog sporazuma i trasta. Shodno tome, „sudovi su, tokom godina, razvili pravila o trastu, iz kojih se može izvesti definicija trasta, koja odražava ta pravila i koja nam omogućava da na uopšten način saznamo šta se podrazumeva pod trastom."[29] Iz navedenih pravila proizlazi da trast predstavlja „pravni odnos stvoren – *inter vivos* (za života) ili za slučaj smrti, od osobe, osnivača, kada se pod kontrolu trastija stavlja imovina, koja se koristi u korist beneficijara ili za određenu svrhu."[30] Dakle, sticalac svojine upravlja njome u korist trećeg lica, pri čemu je ograničen svrhom koja je definisana voljom osnivača trasta. Preneta svojina čini poseban fond i nije deo imovine trastija, a on ima ovlašćenja i dužnosti da imovinom upravlja, da je upotrebljava ili raspolaže njome u skladu sa uslovima trasta i obavezama propisanim zakonom. Kao i kod fiducijarnih sporazuma, i kod trastija zatičemo fiducijarni karakter obaveze, koja uključuje obavezu upravljanja imovinom trasta u interesu korisnika, ili za dobrotvorne,

---

[27] Opširnije: Gams Andrija, *Nešto o fiducijarnim pravnim poslovima*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 12/1960, str. 28.

[28] Pogledaj: Gams Andrija, *Trast u anglo – američkom pravu*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 3/1957, str. 302.

[29] Opširnije o ovome vidi u sistemskom delu: Hayton, „The Law of Trusts", London, Sweet & Maxwell, 1993, str. 6.

[30] Ibidem, str. 6.

ili druge dozvoljene svrhe.[31] Naime, i fiducijari su, kako sam već napomenuo, ograničeni u tom smislu što postoji obligacionopravna zabrana raspolaganja onom stvarju koja predstavlja predmet fiducijarnog sporazuma - do trenutka dospelosti obaveze dužnika iz glavnog ugovora. Ako dužnik ne izvrši svoju prestaciju u (pravnim poslom) definisanom roku, poverilac stiče pravo da stvar proda, pa da se iz dobijenog iznosa namiri, ili da stvar zadrži bez ikakvih ograničenja. Jasno je da kod obe ustanove, kako kod fiducijarnog sporazuma, tako i kod trasta, nailazimo na razilaženje ekonomskog dejstva s jedne, i pravnog dejstva, sa druge strane, s tim što se kontinentalni teoretičari često ovakvo razilaženje osporavaju, smatrajući da se, radi o pravno neprihvatljivom, „nenormalnom stanju, simulovanosti, fiktivnosti."[32]

Postoje, dakle, sličnosti, ali i značajne razlike između ova dva instituta, koje se jasno vide već u načinu njihovog zasnivanja. Naime, „fiducija rezultira iz jednog dvostranog akta, iz jednog ugovora između fiducijanta i fiducijara, dok je trast davanje na osnovu jednog akta, koji je obično jednostran, nekog dobra od strane osnivača (*settlor*) u korist nekog trećeg lica (korisnika, beneficijara)."[33] Švajcarski teoretičari ukazuju i na to da se značajna razlika između fiducijarnog sporazuma i trasta može sagledati i kroz činjenicu da se „trast bez teškoća može suprotstaviti trećim licima – što kod fiducije nije slučaj – jer kako trast važi između strana, tako važi i u odnosu na treća lica. Fiducija je res inter alioc acta za treće."[34] Pored već navedenih osobenosti ova dva instituta, napominjem da se oni mogu razlikovati i sa stanovišta njihove funkcije, odnosno razloga zbog kog ugovorne strane posežu za jednim, odnosno drugim pravnim poslom. Funkcija fiducijarnih sporazuma se, pre svega, ogleda u fiducijarnom prenosu svojine radi brzog i efikasnog obezbeđenja obligacionopravnih potraživanja. Trast, međutim, obuhvata značajno širi dijapazon funkcija, pa tako ova institucija može predstavljati zamenu za neka pravna lica, staratelje, legat, ortakluk, a može služiti i kao sredstvo obezbeđenja potraživanja.

Fiducijarni sporazumi u savremenoj ekonomiji dobijaju sve više na aktuelnosti, pre svega u oblastima kao što je bankarstvo, jer omogućavaju bržu realizaciju naplate potraživanja nego realna sredstva obezbeđenja,

---

[31] Ibidem, str. 4 - 6.

[32] Opširnije: Gams Andrija, *Trast u anglo – američkom pravu*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 3/1957, str. 303.

[33] Pogledaj: Guisan, „La fiducie en Droit Suisse", Association des juristes de langue Francaise, Paris, str. 111.

[34] Ibidem, str. 111.

(kao što su zaloga ili hipoteka), ali omogućavaju i bolju poziciju dužnika koji pokretne stvari (koje predstavljaju predmet ovog akcesornog pravnog posla) može da koristi radi izvršavanja obaveza koje su, tim istim predmetom, obezbeđene. Pri tome, valja napomenuti da su realna sredstva obezbeđenja pogodnija od personalnih sredstava, jer se „stvarna sredstva obezbeđenja imaju predati poveriocu (naprimer – predmet kapare), dok se lična sredstva obezbeđenja obećavaju, oba u trenutku zaključenja ugovora.“[35] Dakle, na realnim sredstvima obezbeđenja poverilac ima državinu na stvari dužnika, koja je uspostavljena pre dospelosti obaveze, čime se ustanovljava veća sigurnost poverilaca, jer naplata njihovog potraživanja ne može biti u potpunosti onemogućena u slučaju insolventnosti dužnika. Tu vrstu garancije nemaju poverioci koji su sa svojim dužnicima ugovorili neko personalno sredstvo obezbeđenja, jer, čak i u slučaju jemstva, nije nemoguće zamisliti situaciju u kojoj su i dužnik i jemac postali insolventni. Međutim, čak i u odnosu na pomenuta realna sredstva obezbeđenja, fiducijarni sporazum je superioran, utoliko što poveriocu pruža viši stepen sigurnosti, skraćuje proces naplate njegovog potraživanja, a pruža i praktične pogodnosti samom dužniku. Zbog toga bi implementacija ovog instituta u naše pozitivno pravo pravnim i fizičkim licima omogućila nesporno korišćenje benefita koje fiducijarni sporazum pruža obema ugovornim stranama.

[35] Vidi: Salma Jožef, *Obligaciono pravo*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Centar za izdavačku delatnost, 1999, str. 391.

Bojan Pajtić, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad

Harmonisation of Domestic Legislation in the Field of Civil Law with the European Union Law – Securing of Claims by Means of Fiduciary Agreements

Abstract

This paper analyses fiduciary agreements, which, as a form of contract, that is the means of securing obligation and legal claims, are regulated by provisions of specific laws and codifications in some of the European Union countries. Even the Montenegrin legislator enacted a special law governing these legal matters, however in the Serbian law fiduciary agreements fall into the category of innominate contracts. Fiducia originates in the Roman Law and constitutes the first common form of the pledge law. The Latin term *fiducia* means „trust", since these legal matters were, first of all, based on the trust between contractual parties. This paper addresses the institution of „trust" as it is the Anglo-Saxon counterpart of the fiduciary agreement. Etymologically, „trust" has the same meaning as the term fiducia - trust. Due to their advantages, fiduciary agreements are not even uncommon in the domestic legal practice, while there are certain, as we have already announced, theoretical, but also practical concerns arguing admissibility of this legal matter. These arguments mainly come down to the thesis (mentioned above) that entering into the fiduciary agreement results in violation of the ban on performance of contract lex commissoria in the pledge law. Nevertheless, I provided explanation that differences between contracts of pledge and fiduciary agreements clearly point to the conclusion that fiduciary agreements may not be treated as a pledge, hence they are admissible, that is, they are concluded on the principle of contractual freedom as an imperative norm of the Law on Obligations. Fiduciary agreements (in relation to the realistic means of security) offer to the creditor a higher level of security, reduce the period of payment of his claims, also providing practical benefits for the debtor himself. The paper presents the reasons supporting the view that it would be advantageous for the Serbian legislator, in the process of harmonisation of the legislation in the field of Civil Law with the European Union law, to regulate the institute of fiduciary agreements under the special law, integrate it into the Law on Obligations or make it a part of the future Civil Code of the Republic of Serbia.

Key words: fiduciary agreements, securing the claims, pledge, trust

Originalni naučni rad 636.045:34(497.11)
doi:10.5937/zrpfns46-3063

Dr Jelena Vidić Trninić, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PRAVNA ZAŠTITA KUĆNIH LJUBIMACA U DOMAĆEM ZAKONODAVSTVU[1]

Sažetak: *Predmet pažnje autora odnosi se na pitanje pravne zaštite kućnih ljubimaca. Analizom važećih rešenja sadržanih u Zakonu o dobrobiti životinja Srbije, s jedne strane, kao i temeljnih principa i odredaba datih u Evropskoj konvenciji o zaštiti kućnih ljubimaca, s druge strane, u radu se pokušava ukazati na stepen pravne zaštite koji kućni ljubimci imaju prema domaćim zakonskim propisima, kao i na usaglašenost domaćeg zakonodavstva u pogledu navedenog pitanja sa evropskim standardima postavljenim u spomenutoj konvenciji. Osim toga, kako se pravna zaštita kućnih ljubimaca u našem pravu tretira i odgovarajućim podzakonskim propisima, analizom pojedinih aspekata ove zaštite, koja je kućnim ljubimcima obezbeđena, konkretno Odlukom o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada, u radu se nastoji ukazati i na usklađenost rešenja prihvaćenih u navedenom pravnom aktu, sa osnovnim načelima zaštite, koja je kućnim ljubimcima obezbeđena zakonskim propisima, odnosno Zakonom o dobrobiti životinja Srbije. Naposletku, u cilju što sveobuhvatnijeg uvida u ostvarenost pravne zaštite kućnih ljubimaca u pravu Srbije, u radu se analiziraju i vidovi protivpravnog ponašanja vlasnika, odnosno držalaca ovih životinja, kao i način njihovog kažnjavanja predviđen odgovarajućim zakonskim, odnosno podzakonskim propisima.*

Ključne reči: *pravna zaštita kućnih ljubimaca, Zakon o dobrobiti životinja Srbije, Evropska konvencija o zaštiti kućnih ljubimaca, Odluka o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada.*

---

[1] Rad je nastao u okviru naučno-istraživačkog projekta br. 179079 pod nazivom *Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo* koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

Uvodna razmatranja

Životinje su oduvek imale, kao što i danas imaju, nemerljiv značaj kako za svakog čoveka pojedinačno, tako i za čitavo čovečanstvo. Briga o njima je važna za ekonomski razvoj i društveno blagostanje. Pored toga, one su neizostavni činilac životne sredine, čijim se različitim aspektima očuvanja i zaštite, poslednjih decenija u svetu posvećuje sve više pažnje. Iz ovih razloga, pitanje pravne zaštite životinja u današnje vreme sve više dobija na značaju.

Propisi koji se tiču zaštite životinja, u Evropi se već preko trideset godina kontinuirano unapređuju, donošenjem brojnih konvencija u kojima su sadržani osnovni standardi ove zaštite. Naime, u Savetu Evrope usvojeno je nekoliko konvencija posvećenih dobrobiti životinja, kao što su: Konvencija o očuvanju evropskog divljeg života i prirodnih staništa iz 1979. godine, Evropska konvencija o zaštiti životinja u međunarodnom prevozu iz 1968. godine, Evropska konvencija o zaštiti životinja koje se uzgajaju na poljoprivrednim gazdinstvima iz 1976. godine, Evropska konvencija za zaštitu životinja za klanje iz 1979. godine, Evropska konvencija o zaštiti kičmenjaka upotrebljenih za eksperimentalne i druge naučne svrhe iz 1986. godine, kao i Evropska konvencija o zaštiti kućnih ljubimaca iz 1987. godine.[2] Tome je svakako doprinelo angažovanje nevladinih organizacija i donošenje Univerzalne deklaracije o pravima životinja, koje je usvojena u Parizu 1978. godine od Međunarodnog saveza za prava životinja, a pod okriljem Organizacije Ujedinjenih nacija za prosvetu, nauku i kulturu.[3] Ova deklaracija priznaje svim životinjama, bez obzira na to kojoj vrsti pripadaju, jednaka prava, poštujući pri tom individualnost svake jedinke ponaosob. Ona sadrži široki spektar prirodnih prava u korist životinja, kojim ih, na nedvosmislen način stavlja u položaj pravnih subjekata, koji, kao i čovek, zaslužuju pažnju, poštovanje i pravnu zaštitu.[4] Pored nje, valja spomenuti i Univerzalnu deklaraciju o dobrobiti životinja, koju je 2000. godine usvojilo Svetsko društvo za zaštitu životinja, pod okriljem Ujedinjenih nacija, a koja bliže pojašnjava postupanje sa divljim životinjama, životinjama koje su zavisne od čoveka, životi-

[2] Više o navedenim konvencijama v. Milan Paunović: Međunarodno-pravna zaštita životinja, Prilozi projekta institucije pravne države u uslovima tranzicije, Beograd, 2003., str. 216-221.

[3] Prevod originalne verzije Univerzalne deklaracije o pravima životinja v. kod Milan Paunović: Prava životinja - Savremeni međunarodni standardi, Beograd, 2004., str. 194-196.

[4] V. Nataša Stojanović: Osnovni principi Univerzalne deklaracije o pravima životinja, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, XLV, 2004., str. 144.

njama koje se gaje u komercijalne svrhe, kućnim ljubimcima, životinjama za sport i zabavu i oglednim životinjama (životinjama za naučna istraživanja).[5] Iako navedene deklaracije pravno ne vezuju, odnosno imaju samo moralnu snagu, one su izvršile jak uticaj na svest ljudi, odnosno na promenu odnosa čoveka prema životinjama.

Usled navedenog, u savremenim evropskim pravima prisutna su progresivna kretanja u sferi zaštite i dobrobiti životinja, pri čemu je tokom protekle decenije, zaštita dobrobiti životinja postala standard kome teže i zemlje u tranziciji, te se u tom smislu, i u zakonodavstvima ovih zemalja pristupilo donošenju nacionalnih zakona, koji se tiču zaštite životinja.[6] Jedno od njih je i naše pravo, u kojem je Zakon o dobrobiti životinja donet 2009. godine.[7] Ovim zakonom su postavljeni pravni temelji za kvalitativno novi i generalno manje diskriminatorski odnos čoveka prema životinjama.[8]

Uzimajući u obzir činjenicu da je sfera zaštite životinja izuzetno kompleksna, te da Zakon o dobrobiti životinja Srbije reguliše odnos čoveka kako prema životinjama koje se koriste u proizvodne, naučnoistraživačke, biomedicinske i obrazovne svrhe, tako i prema životinjama koje se koriste za izložbe, takmičenja, priredbe i druge oblike javnog prikazivanja, a pored njih još i prema životinjama za rad i službenim životinjama, kućnim ljubimcima, napuštenim i izgubljenim životinjama, kao i divljim životinjama u zatočeništvu[9], to je predmet naše pažnje fokusiran samo na jedan segment ove problematike – pitanje pravne zaštite kućnih ljubimaca. Istražujući, s jedne strane, pravni tretman koji kućni ljubimci u domaćem pravu imaju prema zakonskim, ali i pojedinim podzakonskim propisima, a s druge strane, temeljna načela prihvaćena u Evropskoj konvenciji o zaštiti kućnih ljubimaca,[10] pokušaće-

[5] Tekst ove deklaracije v. na sajtu: http://www.wspa.org.uk. (01.10.2012).

[6] U pravu Nemačke, zaštita životinja normirana je Zakonom o zaštiti životinja Nemačke iz 1972. godine (koji je menjan više puta – 1986, 1998, 2001 i 2006. godine), u pravu Švajcarske, Zakonom o zaštiti životinja Švajcarske iz 2005. godine, u pravu Velike Britanije, Zakonom o dobrobiti životinja Velike Britanije iz 2006. godine, u pravu Slovenije, Zakonom o zaštiti životinja Slovenije iz 1999. godine, u pravu Hrvatske, Zakonom o zaštiti životinja Hrvatske iz 2006. godine, u pravu BiH, Zakonom o zaštiti i dobrobiti životinja BiH iz 2009. godine, a u pravu Crne Gore, Zakonom o zaštiti dobrobiti životinja Crne Gore iz 2008. godine.

[7] V. „Službeni glasnik RS“, br. 41/2009.

[8] U tom smislu v. Nataša Stojanović: Pravna zaštita napuštenih životinja u svetlu Zakona o dobrobiti životinja, Ekologija i pravo, Niš, 2011., str. 559.

[9] V. čl. 2. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.

[10] Tekst Evropske Konvencije o zaštiti kućnih ljubimaca videti na sajtu: http://www.conventions.coe.int/treaty/en/reports/html/125.htm. (01.10. 2012).

mo da nađemo odgovor na sledeća pitanja: da li je stepen pravne zaštite koji kućni ljubimci imaju prema domaćim zakonskim propisima zadovoljavajući, da li je i u kojoj meri domaće zakonodavstvo u pogledu regulisanja navedenog pitanja usaglašeno sa evropskim standardima postavljenim u spomenutoj konvenciji, u kojoj meri su rešenja prihvaćena u pojedinim podzakonskim propisima usklađena sa osnovnim principima zaštite, koja je kućnim ljubimcima zagarantovana zakonskim propisima, konkretno Zakonom o dobrobiti životinja Srbije, kao i da li je način kažnjavanja koji je u slučaju protivpravnog ponašanja vlasnika, odnosno držalaca ovih životinja, propisan odgovarajućim zakonskim, odnosno podzakonskim aktima, adekvatan učinjenom prekršaju, odnosno društvenoj opasnosti krivičnog dela. Istovremeno, u radu se nastoji ukazati na korake, koje je u budućnosti neophodno preduzeti u cilju ostvarivanja što kvalitetnije pravne zaštite kućnih ljubimaca.

1. Značaj Evropske konvencije o zaštiti kućnih ljubimaca i Zakona o dobrobiti životinja Srbije

Evropska konvencija o zaštiti kućnih ljubimaca, koja je usvojena od strane Saveta Evrope u Strazburu 1987. godine, a koju je naša zemlja ratifikovala,[11] ima veliki značaj za vlasnike onih životinja koji čoveku predstavljaju društvo i koje se, samim tim, nalaze u posebnom odnosu sa njim, u odnosu na druge vrste životinja.[12] U ovoj konvenciji su dati minimalni okviri zaštite kućnih ljubimaca, sa kojima zakonodavstva evropskih država potpisnica moraju biti usklađena, pri čemu se ostavlja sloboda ugovornim stranama da u svoje zakonodavstvo uvedu strožije mere od propisanih, za zaštitu kućnih ljubimaca, ili da odredbe ove Konvencije primene i na životinje koje u njoj nisu izričito navedene.[13]

[11] V. „Sl. glasnik RS“, međunarodni ugovori, br. 1/2010.

[12] U današnje vreme broj kućnih ljubimaca se enormno povećava, naročito u visoko razvijenim zemljama Evrope i Severne Amerike, gde u današnje vreme skoro svako drugo domaćinstvo, poseduje makar jednu kućnu životinju. U teoriji se navodi da su najčešći uzroci za ovakvu pojavu sociološke prirode, odnosno manjak društvenih veza između ljudi u urbanim sredinama, koje mnoge usamljene osobe navodi da nedostatak bilo kakvih kontakata sa drugim ljudima, zamene bliskim odnosima sa životinjom, koja im na taj način utoljava potrebu za ljubavlju. U tom smislu v. Milan Paunović: op. cit., str. 151-152. O ostalim razlozima koji utiču na porast kućnih ljubimaca u današnje vreme v. takođe kod: Milan Paunović: op. cit., str. 152-153; Nikola Visković: Pravna zaštita kućnih životinja (ljubimaca) – Evropska konvencija iz 1987. i Talijanski zakon iz 1991., Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, br. 29/1-2, 1992., str. 86-87.

[13] V. čl. 2. st. 3. Evropske konvencije o zaštiti kućnih ljubimaca.

U pravu Srbije, kako je to navedeno, zaštita životinja uređena je Zakonom o dobrobiti životinja iz 2009. godine, na koji način je u domaćem zakonodavstvu, na jedan sveobuhvatniji način, dobrobit životinja stavljena pod zaštitu. Njime se uređuje dobrobit životinja, prava, obaveze i odgovornosti pravnih i fizičkih lica, odnosno preduzetnika za dobrobit životinja, postupanje sa životinjama i zaštita životinja od zlostavljanja, zaštita dobrobiti životinja pri lišavanju života, držanju, uzgoju, prometu, prevozu, klanju i sprovođenju ogleda na životinjama, kao i druga pitanja od značaja za zaštitu dobrobiti životinja.[14] Dobrobit životinja, koja se uređuje ovim zakonom, odnosi se na one životinje koje mogu da osete bol, patnju, strah i stres.[15] Ona u sebi objedinjuje pet osnovnih prava životinja: pravo na hranu i vodu; pravo na život bez bola, povreda i bolesti; pravo na odgovarajući smeštaj; pravo na izražavanje prirodnog ponašanja, uključujući tu i socijalne kontakte sa životinjama svoje vrste i pravo na život bez straha i patnje.[16]

2. Pravna zaštita kućnih ljubimaca prema Zakonu o dobrobiti životinja Srbije i usaglašenost sa Evropskom konvencijom o zaštiti kućnih ljubimaca

A. Pojam, čuvanje i držanje kućnih ljubimaca

U osnovnim odredbama Zakona o dobrobiti životinja Srbije, propisano je da se kućnim ljubimcem smatra svaka životinja koja se drži radi druženja,[17] pri čemu njihov vlasnik, odnosno držalac može biti kako fizičko, tako i pravno lice.[18] Pritom, zakon se odnosi kako na kućne ljubimce,

[14] V. čl. 1. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.

[15] V. čl. 2. st. 1. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.

[16] O dobrobiti životinja opširnije v. Nataša Stojanović: op. cit., str. 562-563. U teoriji se takođe navodi i da su dva od mnogobrojnih određenja ovog termina: „Dobrobit je pravni standard koji obuhvata i fizičko i psihičko blagostanje života“, Brambell Report (1965); „Stanje potpunog mentalnog i fizičkog zdravlja, gde se životinja nalazi u harmoniji sa svojim okruženjem.“ Hughes B.O, Behaviour as an index of welfare, Proceedings of the fifth European Poultry Conference. Poulty Science Association, Poultry Conference, Malta, 1976, 1005-1018. Navedeno prema: Novak Krstić, Krivičnopravna zaštita životinja od ubijanja i zlostavljanja kao neophodan uslov očuvanja zdrave životne sredine, Ekologija i pravo, Niš, 2011., str. 289.

[17] V. čl. 5. tač. 26. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.

[18] V. čl. 6. st. 1. Zakona o dobrobiti životinja Srbije. Vlasnik životinje jeste pravno ili fizičko lice, odnosno preduzetnik, koje ima pravo čuvanja, držanja, uzgoja, reprodukcije, prevoza, korišćenja i prodaje životinje i koje je odgovorno za život, zaštitu zdravlja i dobrobiti životinja, dok je držalac životinje pravno ili fizičko lice, odnosno preduzetnik, koje ima ista prava i odgovornosti kao i vlasnik životinje, s tim što prodaju životinje može

tako i na zalutale kućne ljubimce (tzv. kućne ljubimce lutalice),[19] što znači da je naše zakonodavstvo u pogledu obima primene usklađeno sa Evropskom konvencijom o zaštiti životinja, prema kojoj se, pod pojmom kućnih ljubimaca smatra svaka životinja koju čovek drži ili namerava da drži, pre svega u svom domaćinstvu, radi zadovoljstva i druženja,[20] pri čemu se Konvencija odnosi na sve kućne ljubimce, nezavisno od toga koja lica ih čuvaju – fizička ili pravna, i tamo gde je to pogodno, na zalutale životinje (kućne ljubimce lutalice).[21]

U odgovarajućem poglavlju Zakona o dobrobiti životinja Srbije, koje se odnosi na opštu zaštitu njihove dobrobiti, odnosno u poglavlju koje reguliše zaštitu životinja, nezavisno od toga o kojim životinjama se radi, normirano je pravilo prema kojem vlasnik, odnosno držalac životinje mora da preduzima sve neophodne mere kako bi obezbedio da se životinji, ne nanosi nepotreban bol, patnja, strah i stres, odnosno povreda.[22] Pored toga, u ovom poglavlju, normirano je i da je zabranjeno držati životinju na način kojim joj se nanosi bol, patnja, strah i stres, kao što je zabranjeno i zlostavljanje životinje, kao i napuštanje i odbacivanje životinje, čiji opstanak zavisi direktno od čoveka.[23] Spomenute odredbe su u potpunoj saglasnosti sa osnovnim načelima, koja se odnose na čuvanje kućnih ljubimaca, a kojima je dato centralno mesto u Evropskoj konvenciji o zaštiti kućnih ljubimaca. To su načelo da niko ne sme kućnim ljubimcima nanositi nepotreban bol, patnju, strah i stres, kao i načelo da niko ne sme napustiti svog ljubimca.[24]

Način držanja kućnih ljubimaca regulisan je na više mesta u Zakonu o dobrobiti životinja Srbije. Tako je u poglavlju koje se odnosi na opštu zaštitu dobrobiti životinja, predviđeno da je vlasnik, odnosno držalac životinje odgovoran za njen život, zdravlje i dobrobit, te da je dužan da prema životinji postupa sa pažnjom dobrog domaćina i da obezbedi uslove za držanje i negu životinja, koji odgovaraju vrsti, rasi, polu, starosti, kao i fizičkim, biološkim i proizvodnim specifičnostima i osobinama u ponašanju i zdravstvenom stanju životinje, kao i da je dužan da blagovremeno

---

vršiti samo na osnovu pismenog odobrenja vlasnika. V. čl. 5. tač. 3. i tač. 10. Zakona o dobrobiti životinja.

[19] Napomenućemo da pravni tretman napuštenih životinja (kućnih ljubimaca lutalica) ne predstavlja predmet našeg istraživanja, imajući u vidu činjenicu da bi to prevazilazilo zadate okvire i potrebe ovog rada. O pravnom tretmanu napuštenih životinja opširno v. Nataša Stojanović: op. cit., str. 559-571.

[20] V. čl. 1. st. 1. Evropske konvencije o zaštiti kućnih ljubimaca.

[21] V. čl. 2. st. 1. Evropske konvencije o zaštiti kućnih ljubimaca.

[22] V. čl. 6. st. 5. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.

[23] V. čl. 7. st. 1. tač. 1-2. i tač. 4. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.

[24] V. čl. 3. Evropske konvencije o zaštiti kućnih ljubimaca.

obezbedi pomoć veterinara ako je životinja obolela, pri porođaju životinje, kao i zbrinjavanje bolesne, povređene i iznemogle životinje.[25] U navedenom poglavlju zakona, propisane su i odgovarajuće zabrane, te je tako zabranjeno: zanemarivati životinju lišavanjem osnovnih životnih potreba, kao što su hrana i voda, udoban prostor za smeštaj, odnosno skloništе, prostor za odmor i obavljanje fizioloških potreba, higijena, veterinarska nega, kao i ambijentalne prilike koje odgovaraju vrsti, rasi, polu i starosnoj kategoriji,[26] organizovati trke životinja na način kojim se prevazilaze fizičke mogućnosti životinja i životinjama nanosi povreda, bol, patnja, strah i stres,[27] izlagati životinju direktnom uticaju nepovoljnih vremenskih prilika ili nedostatku kiseonika,[28] te održavati borbe između životinja ili između životinja i ljudi, organizovati klađenje, kladiti se, kao i prisustvovati borbama životinja.[29] Naposletku, u delu zakona koji posebnu pažnju posvećuje kućnim ljubimcima, navedeno je da je vlasnik, odnosno držalac kućnog ljubimca dužan da obezbedi kućnom ljubimcu brigu, negu i smeštaj, u skladu sa vrstom, rasom, polom, starošću, kao i fizičkim i biološkim specifičnostima i potrebama u ponašanju i zdravstvenom stanju kućnog ljubimca.[30] U ovom delu zakona, predviđeno je i da se kućni ljubimci ne smeju držati i koristiti za rad, odnosno vuču i nošenje tereta (osim rasa pasa koje su prilagođene i obučene za ovu namenu), kao i za ishranu, odnosno proizvodnju hrane, kože, krzna, kao i u druge komercijalne svrhe,[31] a kada je reč o divljim i egzotičnim životinjama kao kućnim ljubimcima, da se one mogu držati samo na osnovu odgovarajućeg rešenja o odobrenju njihovog držanja, koje donosi ministar, na osnovu prethodno pribavljene saglasnosti ministra nadležnog za poslove životne sredine, pri čemu se ovakvim životinjama mora obezbediti adekvatan prostor koji zadovoljava sve njihove potrebe svojstvene vrsti, kontakt sa životinjama iste vrste, ako je to svojstveno vrsti, odgovarajući klimatski uslovi, u skladu sa potrebama vrste, kao i drugi uslovi koji odgovaraju vrsti, rasi, polu, starosti, fizičkim i biološkim osobinama, osobinama u ponašanju i zdravstvenom stanju životinja.[32] Ove odredbe našeg zakonodavstva su nesumnjivo u skladu sa odgovarajućim odredbama Konvencije, kojima je propisan način držanja kućnih ljubimaca, imajući u vidu da

[25] V. čl. 6. st. 4-5. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.
[26] V. čl. 7. st. 1. tač. 32. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.
[27] V. čl. 7. st. 1. tač. 12. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.
[28] V. čl. 7. st. 1. tač. 18. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.
[29] V. čl. 7. st. 1. tač. 22. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.
[30] V. čl. 53. st. 1. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.
[31] V. čl. 57. st. 1. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.
[32] V. čl. 58. st. 1-2. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.

je njome predviđeno da je svaka osoba koja drži kućne ljubimce odgovorna za njegovo zdravlje i dobrobit, a zatim i da je dužna da mu obezbedi odgovarajući smeštaj, negu i pažnju (naročito hranu i vodu u dovoljnim količinama, mogućnost kretanja, te preduzimanje raspoloživih mera za sprevanje njenog bega) u skladu sa etološkim potrebama životinje, prema njenoj vrsti i rasi.[33]

Imajući u vidu da dobrobit životinja nije samo ključni faktor postojanja životinja i opstanka pojedinih životinjskih vrsta, već i to, da se ostvarenost dobrobiti životinja u socijalnom realitetu direktno reflektuje i na, između ostalog, bezbednost građana i kvalitet životne sredine,[34] domaćim zakonodavstvom, a u vezi sa konkretnim načinom držanja kućnih ljubimaca, propisano je i da se psi koji se drže kao kućni ljubimci, a koji mogu predstavljati opasnost za okolinu, moraju držati na način, koji propisuje ministar, te da je vlasnik, odnosno držalac kućnih ljubimaca, dužan da pravilnim držanjem i drugim merama i sredstvima, spreči da oni ugroze ljudi i okolinu.[35]

B. Razmnožavanje, prodaja, obuka, promet, komercijalni odgoj, smeštaj i korišćenje kućnih ljubimaca za reklamiranje, zabavu, izložbe i takmičenja

Kada se radi o razmnožavanju kućnih ljubimaca, u delu Zakona o dobrobiti životinja Srbije, koji je posvećen kućnim ljubimcima, propisano je da je vlasnik, odnosno držalac kućnih ljubimaca, koji se bavi njihovom reprodukcijom u komercijalne svrhe, dužan da se brine o zaštiti zdravlja, života i dobrobiti legla, pri čemu je odgovorno za mane i dobrobit potomstva ili ženskog roditelja. U ovom delu zakona, predviđeno je i da se kućni ljubimci ne smeju reprodukovati za rad, odnosno vuču i nošenje tereta (osim rasa pasa koje su prilagođene i obučene za ovu namenu), kao i za ishranu, odnosno proizvodnju hrane, kože, krzna, kao i u druge komercijalne svrhe. Naposletku, kada je reč o divljim i egzotičnim životinjama kao kućnim ljubimcima, zakonom je propisano da se one mogu reprodukovati samo na osnovu odgovarajućeg rešenja o odobrenju njihove reprodukcije, koje donosi ministar, na osnovu prethodno pribavljene saglasnosti ministra nadležnog za poslove životne sredine.[36] Osim toga, u poglavlju ovog zakona koji je posvećen opštoj zaštiti dobrobiti životinja, propi-

[33] V. čl. 4. st. 1-2. Evropske konvencije o zaštiti kućnih ljubimaca.

[34] V. Nataša Stojanović: op. cit., str. 563.

[35] V. čl. 53. st. 2-3., kao i čl. 55. st. 2. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.

[36] V. čl. 56. st. 1. i st. 3., čl. 57. st. 1-2., kao i čl. 58. st. 1. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.

sano je da je zabranjeno reprodukovati životinju na način kojim joj se nanosi bol, patnja, strah i stres, kao i životinju koja nije dostigla telesnu zrelost, te životinju sa naslednim poremećajima, osim u slučaju mutacija kod oglednih životinja.[37] Navedene odredbe Zakona o dobrobiti životinja Srbije, osim što su u skladu, predstavljaju i detaljnu razradu standarda predviđenih Evropskom konvencijom o zaštiti životinja, koja prilikom propisivanja ovog pitanja, kao i naše zakonodavstvo, nalaže pojačani stepen opreza, nalažući da svako ko odabere kućnog ljubimca za reprodukciju, odgovara za anatomske i fiziološke karakteristike i osobine u ponašanju, koje mogu predstavljati rizik po zdravlje i dobrobit, bilo potomstva, bilo ženskog roditelja.[38]

Veoma je značajna i odgovarajuća odredba Zakona o dobrobiti životinja Srbije, kojom je u cilju što sveobuhvatnije zaštite kućnih ljubimaca, zabranjena njihova prodaja ili poklanjanje licima mlađim od 18 godina, bez dozvole roditelja ili staratelja.[39] Zakonodavstvo Srbije je i pogledu pravne regulative ovog pitanja sledilo Evropsku konvenciju o zaštiti kućnih ljubimaca, pri čemu je, u skladu sa pravilom Konvencije, prema kojoj se ostavlja sloboda ugovornim stranama da u svoje zakonodavstvo uvedu strožije mere od propisanih za zaštitu kućnih ljubimaca, postavilo višu starosnu granicu u odnosu na Konvenciju, prema kojoj je zabranjena prodaja kućnih ljubimaca licima mlađim od 16 godina, bez izričite saglasnosti roditelja ili staratelja.[40] Rešenje našeg prava smatramo prihvatljivijim, imajući u vidu činjenicu da punoletstvo jedne osobe ipak pruža više garancija da će ona ozbiljnije shvatiti svoju obavezu čuvanja kućnih ljubimaca, te da kućni ljubimac neće biti samo objekt prohteva jedne još uvek emotivno i socijalno nezrele osobe, kod koje vremenom ta zainteresovanost može brzo prerasti u ravnodušnost i komoditet.

Obuka životinja predstavlja još jedan segment pravne zaštite koju Zakon o dobrobiti životinja Srbije pruža kućnim ljubimcima. U poglavlju zakona koji je posvećen opštoj zaštiti dobrobiti životinja normirano je da se obukom životinja, između ostalog, smatra i obuka kućnih ljubimaca, a koja se mora obavljati na način primeren vrsti, rasi i nameni životinje.[41] U ovom poglavlju, propisana je i zabrana obučavanja životinje primenom sile ili drugim sredstvima koja su štetna za njen život i do-

[37] V. čl. 7. st. 1. tač. 4. i tač. 13. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.
[38] V. čl. 5. Evropske konvencije o zaštiti kućnih ljubimaca.
[39] V. čl. 7. st. 1. tač. 30. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.
[40] V. čl. 6. Evropske konvencije o zaštiti kućnih ljubimaca.
[41] V. čl. 10. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.

brobit, kao i primoravanje životinja na ponašanje koje nije karakteristično za njenu vrstu i prevazilazi njene fizičke mogućnosti. Pored toga, zakonom je propisano i da obuku životinja može obavljati samo ono pravno i fizičko lice koje je upisano u Registar lica za obuku životinja, koji vodi Ministarstvo.[42] Navedene odredbe domaćeg zakonodavstva odgovaraju standardima postavljenim u Evropskoj Konvenciji o zaštiti kućnih ljubimaca, u kojoj se navodi da nijedan kućni ljubimac neće biti obučavan na način štetan po njegovo zdravlje i dobrobit, a naročito prisiljavanjem životinje da prekorači svoje prirodne sposobnosti ili snagu ili korišćenjem veštačkih pomagala koja izazivaju povrede ili nepotreban bol, patnju ili stres.[43]

Odgovarajuća pažnja u domaćem zakonodavstvu, posvećena je i prometu, komercijalnom odgajanju i pansionima kućnih ljubimaca. Tako je Zakonom o dobrobiti životinja Srbije, predviđeno da se prodaja kućnih ljubimaca može obavljati u odgajivačnicama, a osim pasa i mačaka, i u prodavnicama životinja koje ispunjavaju uslove za dobrobit životinja u pogledu prostora za životinje, prostorija i opreme i koje su upisane u Registar objekata koje vodi Ministarstvo, u skladu sa zakonom kojim se uređuje veterinarstvo (iste ove uslove moraju ispunjavati i pansioni za kućne ljubimce i prihvatilišta za napuštene životinje). Prema zakonu, vlasnik, odnosno držalac odgajivačnica i prodavnica životinja mora voditi evidenciju, koja sadrži podatke o broju prodatih životinja, kretanju, ishrani i lečenju životinja, a lica koja rade u njima moraju biti obučena za dobrobit životinja (što je slučaj i sa licima koja rade sa životinjama u pansionima i prihvatilištima), kao što moraju za svaku prodatu životinju izdati i pismeno uputstvo o načinu njenog držanja.[44] I ove odredbe našeg zakonodavstva, usaglašene su sa odgovarajućom odredbom Konvencije, koja se odnosi na promet, komercijalno odgajanje i smeštaj kućnih ljubimaca, te na osnivanje prihvatilišta za kućne ljubimce, a kojom je predviđeno da lice koje ima nameru da se bavi ovakvim poslovima, mora imati potrebno znanje i sposobnosti za njih, kao i odgovarajuće prostorije sa opremom za ovu delatnost, te da svoju nameru angažovanja u navedenim aktivnostima mora prijaviti nadležnom organu, koji će u slučaju neispunjenja napred navedenih uslova, preporučiti odgovarajuće mere, a ukoliko je to neophodno za dobrobit životinja i zabraniti delatnost.[45]

---

[42] V. čl. 7. st. 1. tač. 28., kao i čl. 11. st. 1. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.

[43] V. čl. 7. Evropske konvencije o zaštiti kućnih ljubimaca.

[44] V. čl. 59. st. 1-4., kao i čl. 61. st. 1-2. Zakona o dobrobiti životinja Srbije. O pravnoj zaštiti napuštenih životinja v. čl. 61-70. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.

[45] V. čl. 8. Evropske konvencije o zaštiti kućnih ljubimaca.

Zakonom o dobrobiti životinja Srbije, u poglavlju posvećenom opštoj zaštiti dobrobiti životinja, predviđeno je da je organizovanje cirkusa, izložbi, takmičenja, priredbi i drugih oblika javnog prikazivanja životinja, moguće samo na osnovu dozvole Ministarstva, ukoliko se ne ugrožavaju život, zdravlje i dobrobit životinja, ako se njima životinje ne prisiljavaju na ponašanje nesvojstveno vrsti i ako se ne izvrgavaju ruglu fizičke i psihičke osobine životinja, pri čemu je organizator dužan da najmanje sedam dana pre održavanja, prijavi Ministarstvu vreme i mesto javnog prikazivanja životinja.[46] Pored toga, u ovom poglavlju zakona predviđeno je i da je zabranjeno koristiti doping, stimulanse i druge supstance koje se koriste radi bržeg razvoja životinje i poboljšanja proizvodnih i fizičkih osobina, te hraniti ili napajati životinju supstancama koje načinom upotrebe ili sadržajem mogu da izazovu nepotrebnu patnju ili bol životinje, kao i upotrebljavati otrove i druga hemijska sredstva koja izazivaju bol, patnju i smrt životinja, osim u slučajevima predviđenim ovim zakonom.[47] Osim toga, zakonom je zabranjeno i davanje lekova, medicinskih i drugih sličnih sredstava, koja nemaju za cilj dijagnostiku, preventivu, lečenje životinje i poboljšanje njenog zdravstvenog stanja, a koja mogu dovesti do promena u ponašanju, fizičkim i psihičkim sposobnostima životinje, posedovanje, upotrebljavanje i prodavanje lekova i supstanci u cilju dopingovanja životinja, kao i podsticanje, podržavanje, pomaganje i prikrivanje dopinga životinja.[48] Navedene odredbe našeg prava takođe su u skladu sa Evropskom konvencijom o zaštiti kućnih ljubimaca. Tako je i prema Konvenciji zabranjen svaki vid korišćenja kućnih ljubimaca za reklamiranje, zabavu, izložbe, takmičenja i slične aktivnosti, ako organizator nije obezbedio odgovarajuće uslove za kućne ljubimce, na način kako bi se sa njima postupalo u smislu obezbeđivanja odgovarajućeg smeštaja, nege i pažnje, uzimajući u obzir etološke potrebe životinja u skladu sa njenom vrstom ili rasom, kao i ako se zdravlje i dobrobit ljubimaca dovode u rizik. Pored toga, Konvencijom je predviđeno i da kućnom ljubimcu nije dozvoljeno davati nikakve supstance, niti primenjivati terapije i upotrebljavati sredstva u cilju poboljšanja ili smanjenja prirodnog nivoa performanse konkretnog ljubimca: tokom takmičenja ili u bilo koje drugo vreme kada bi to ugrozilo život i zdravlje dotične životinje.[49]

[46] V. čl. 8. st. 1-2. i st. 4. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.
[47] V. čl. 7. st. 1. tač. 16-17., kao i tač. 29. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.
[48] V. čl. 7. st. 1. tač. 25-27. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.
[49] V. čl. 9. Evropske konvencije o zaštiti kućnih ljubimaca.

V. Hirurške intervencije i lišavanje života kućnih ljubimaca

Odgovarajući prostor u Zakonu o dobrobiti životinja Srbije posvećen je i intervencijama na životinjama, koje su, kada se radi o kućnim ljubimcima, od posebnog značaja, imajući u vidu činjenicu da oni mnogim ljudima služe kao ukras. Prema zakonu, ove intervencije su zabranjene ukoliko bi se vršile radi promene identiteta, prikrivanja telesnih mana i starosti kućnog ljubimca, kao što je zabranjena i delimična ili potpuna amputacija pojedinih delova tela kućnog ljubimca, a posebno: sečenje i skraćivanje repa, odstranjivanje glasnih žica, uklanjanje kandži i otrovnog zuba, obavljanje intervencija na polnim organima mužjaka, osim kastracije, te sečenje ušnih školjki.[50] Navedene intervencije se mogu samo izuzetno obavljati, ako je to potrebno radi zaštite zdravlja, odnosno sprečavanja ugrožavanja života i dobrobiti životinja, u naučnoistraživačke i biomedicinske svrhe, radi kontrole populacije životinja sterilizacijom ili kastracijom, kao i radi obeležavanja napuštenih životinja, zasecanjem ušne školjke.[51] Zakonom je predviđeno i da intervencije na životinjama kojima se narušava fizička, psihička, odnosno genetička celovitost životinja može obavljati samo veterinar, a izuzetno i vlasnik, odnosno držalac životinje, pri čemu, u situaciji kada se one vrše u naučnoistraživačke i biomedicinske svrhe, iste može obavljati i ovlašćeni naučni radnik. Za obavljanje bolne intervencije na životinjama obavezna je anestezija, a u postoperativnom toku i analgezija[52] (što je u skladu sa zakonskom zabranom podvrgavanja ili omogućavanja podvrgavanja životinje intervenciji, koja se sprovodi bez stručne brige i humanosti i protivno pravilima dobre veterinarske prakse).[53] Spomenutim odredbama našeg zakonodavstva, takođe se prate odgovarajuće tendencije Evropske Konvencije o zaštiti kućnih ljubimaca, u pogledu načina regulisanja ovog pitanja. Tako je prema Konvenciji zabranjeno vršiti hirurške intervencije na kućnim ljubimcima u cilju promene njihovog izgleda ili u neke druge neterapeutske svrhe. U tom kontekstu, Konvencijom su u principu zabranjene iste one intervencije, koje su zabranjene i Zakonom o dobrobiti životinja Srbije - skraćivanje repova i ušiju, odstranjivanje glasnih žica, kao i uklanjanje zuba i kandži, pri čemu su izuzeci od navedenih zabrana mogući, s obzirom da je dozvoljeno da veterinar preduzme i takve hirurške zahvate, ukoliko smatra da je to potrebno iz veterinarsko-medicinskih razloga ili ukoliko je

[50] V. čl. 14. st. 1. tač. 1-3., tač. 7., kao i tač. 13. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.
[51] V. čl. 14. st. 2. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.
[52] V. čl. 13. st. 1-3. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.
[53] V. čl. 7. st. 1. tač. 19. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.

to potrebno zbog dobrobiti životinje, ili pak u cilju sprečavanja reprodukcije kućnog ljubimca. Konvencijom, a za razliku od domaćeg zakonodavstva, jedino nije predviđeno da se hirurški zahvati na kućnim ljubimcima mogu vršiti i radi obeležavanja napuštenih životinja, zasecanjem ušne školjke, s tim što se, koliko je nama poznato, ova mera u domaćoj praksi i ne primenjuje, već se napuštenim životinjama nakon vakcinacije i sterilizacije stavljaju odgovarajući čipovi ili ogrlice. Naposletku, domaće zakonodavstvo je pratilo i odgovarajuću tendenciju Konvencije, prema kojoj se bilo koja intervencija za koju se smatra da će životinji izazvati jak bol, mora izvršiti uz anesteziju od strane veterinara ili pod njegovom kontrolom.[54]

Posebna pažnja u Evropskoj konvenciji o zaštiti kućnih ljubimaca posvećena je lišavanju njihovog života, koje se može izvršiti od strane veterinara ili druge kompetentne osobe, a u hitnim slučajevima i od strane bilo kojeg drugog lica kada je neophodno okončati patnju životinja, kao i u svakom drugom hitnom slučaju koje dozvoljava nacionalno zakonodavstvo.[55] U teoriji je sasvim opravdano iznet stav da nepropisivanje razloga zbog kojih se može izvršiti eutanazija kućnih ljubimaca, predstavlja značajan propust ove Konvencije.[56] Za razliku od Konvencije, domaće zakonodavstvo, preciznije reguliše ovo pitanje, propisivanjem razloga zbog kojih je moguće lišavanje života životinja, koje je u načelu zabranjeno.[57] Tako, prema Zakonu o dobrobiti životinja Srbije, kućni ljubimac može biti lišen života na human način, ukoliko je povređen, neizlečivo bolestan, telesno deformisan ili na drugi način patološki onesposobljen, tako da oporavak nije moguć, a život za njega predstavlja bol, patnju, strah i stres, ako je dostigao starost, pa mu otkazuju osnovne životne funkcije, ako se koristi u naučnoistraživačke i biomedicinske svrhe, u skladu sa ovim zakonom, ako se lišavanjem života sprečava širenje, odnosno, ako se suzbijaju i iskorenjuju zarazne bolesti, u skladu sa zakonom kojim se uređuje veterinarstvo, ako kućni ljubimac ne može da se prilagodi uslovima smeštaja, a njegovo puštanje na slobodu predstavlja opasnost za ljude, druge životinje i životnu sredinu, te ako je lišavanje života kućnog ljubimca od veće koristi za njegovu dobrobit nego što su patnje od daljeg života, u skladu sa mišljenjem veterinara.[58] Kao što je to predviđeno i Kon-

[54] V. čl. 10. Evropske konvencije o zaštiti kućnih ljubimaca.

[55] V. čl. 11. st. 1. Evropske konvencije o zaštiti kućnih ljubimaca.

[56] V. u tom smislu: Nataša Stojanović: Zaštita kućnih ljubimaca u pravu Evropske unije i našem pravu, Zbornik radova posvećen naučnoj konferenciji „Pravni sistem Republike Srbije – usaglašavanje sa pravom Evropske unije“, Niš, 2005., str.130.

[57] V. čl. 7. st. 1. tač. 3. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.

[58] V. čl. 15. tač. 1-2., tač. 4-6., kao i tač. 9. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.

vencijom, kućnog ljubimca može lišiti života samo veterinar ili veterinarski tehničar pod nadzorom veterinara ili drugo obučeno lice pod nadzorom veterinara, osim u slučajevima kada je ugrožena bezbednost ljudi i životinja.[59] Lišavanje života se ne može izvršiti na javnim mestima, osim u slučaju kada je kućnog ljubimca neophodno lišiti nepotrebnog bola i patnje, ako njegov oporavak nije moguć, na osnovu mišljenja veterinara, u skladu sa procedurom eutanazije, te ukoliko je to potrebno radi sprečavanja širenja, suzbijanja i iskorenjivanja zaraznih bolesti.[60] Na kraju, i odredba Zakona o dobrobiti životinja Srbije, iz koje proizlazi da se lišavanje života kućnog ljubimca obavlja na human način, koji prouzrokuje trenutnu i sigurnu smrt, uz prethodno omamljivanje (osim kod prinudnog lišavanja života radi prekida patnje i bola nastalog usled patološkog stanja, povrede ili zarazne bolesti),[61] nesumnjivo je u saglasnosti sa odgovarajućom odredbom Konvencije, kojom je predviđeno da lišavanje života kućnih ljubimaca mora biti učinjeno uz minimum fizičke i mentalne patnje za njih, te da izabrani način lišavanja života mora biti takav da dovede do trenutnog gubitka svesti i smrti ili takav da se započne sa uvođenjem duboke opšte anestezije koju prati postupak koji dovodi do konačne i sigurne smrti, pri čemu su dozvoljeni samo humani metodi lišavanja života kućnih ljubimaca.[62]

3. Pravna zaštita kućnih ljubimaca prema Odluci Grada Novog Sada o držanju domaćih životinja i usaglašenost sa Zakonom o dobrobiti životinja Srbije

Pojedini aspekti zaštite kućnih ljubimaca u domaćem zakonodavstvu, tretiraju se i od strane lokalnih vlasti, odgovarajućim odlukama o držanju i čuvanju domaćih životinja, kao podzakonskim propisima, koje bi svaki grad, trebalo da ima. Novi Sad je jedan od prvih gradova u Srbiji koji je doneo Odluku o držanju domaćih životinja[63] u skladu sa Zakonom o dobrobiti životinja.

Imajući u vidu da Odluka, kao pravni akt nižeg ranga, razrađuje pitanje zaštite životinja, njom su sadržinski posmatrano, uređena raznovr-

[59] V. čl. 17. st. 3. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.

[60] V. čl. 16. tač. 2-3. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.

[61] V. čl. 17. st. 1-2. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.

[62] V. čl. 11. st. 1-2. Evropske konvencije o zaštiti kućnih ljubimaca. Prema Konvenciji je zabranjeno davljenje ili gušenje životinje, upotreba otrova ili bilo kog leka, kao i upotreba električne energije, ukoliko primena svih ovih metoda može produkovati patnju kućnog ljubimca.

[63] V. „Sl. list Grada Novog Sada“, br. 60/2010, 12/2011, 17/2011 – ispr. i 1/2012.

sna pitanja, počev od neophodnih uslova, načina držanja i zaštite domaćih životinja, preko pitanja obezbeđivanja prihvatilišta i karantina, kao i organizovanja zoohigijenske službe na teritoriji grada Novog Sada, pa sve do mera zabrana, nadzora nad njihovom primenom i kaznenih odredaba. U narednim izlaganjima, a u skladu sa predmetom našeg istraživanja, nastojaćemo da ukažemo na pretežno ona rešenja Odluke, kojima su uređena pitanja pravnog tretmana kućnih ljubimaca, u pogledu njihovog čuvanja i držanja.

U smislu ove Odluke, a na način kao što je to učinjeno i Zakonom o dobrobiti životinja Srbije, kućni ljubimci su definisani kao životinje koji se drže radi druženja, pri čemu se pod njima smatraju psi, mačke, ukrasne ptice, golubovi, mali glodari, terarijumske i akvarijumske životinje.[64] U opštim odredbama Odluke, a takođe u skladu sa Zakonom o dobrobiti životinja, u pogledu načina čuvanja i držanja domaćih životinja, a time i kućnih ljubimaca, predviđeno je da je vlasnik, odnosno držalac životinje odgovoran za njen život, zdravlje i dobrobit, te da mora preduzimati sve neophodne mere kako bi obezbedio da se životinji ne nanosi nepotreban bol, patnja, strah i stres, odnosno povreda, kao i da se njihovim držanjem ne ugrožavaju ljudi i okolina.[65]

Odlukom su data i uputstva vlasnicima, odnosno držaocima kućnih ljubimaca u pogledu njihovog držanja, kojima su takođe, u velikoj meri realizovana osnovna načela Zakona o dobrobiti životinja Srbije. Ta uputstva su konkretizovana odgovarajućim odredbama o broju i vrsti kućnih ljubimaca koji se mogu držati, mestu i prostoru u kojima se mogu držati, mestu i načinu njihovog izvođenja, a naposletku i odredbama kojima se utvrđuju prava i obaveze vlasnika, odnosno držalaca životinja prilikom njihovog izvođenja.

Tako je, kada je reč o broju kućnih ljubimaca koji se mogu držati, u Odluci prihvaćeno rešenje prema kojem se, nezavisno od toga da li se životinje drže u objektima višeporodičnog stanovanja (stanovima)[66] ili pak u objektima porodičnog stanovanja (kućama) na području naseljenih mesta,[67] psi i mačke, kao vrsta kućnih ljubimaca, mogu držati u onom broju i

[64] V. čl. 2. st. 2. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada.

[65] V. čl. 3. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada.

[66] V. čl. 4. st. 2. tač. 1. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada (objekti sa dva ili više stanova).

[67] V. čl. 4. st. 2. tač. 2-4. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada (objekti porodičnog stanovanja na području naseljenih mesta Novi Sad, Petrovaradin, Sremska Kamenica, Veternik, Rumenka, Ledinci, Futog, Begeč, Kisač, Stepanovićevo, Kać, Čenej, Budisava, Kovilj, Bukovac i Stari Ledinci).

na način, kojim se obezbeđuje njihova dobrobit, pod uslovom da se ne ugrožavaju i uznemiravaju ljudi i okolina,[68] uz obavezu vlasnika, odnosno držaoca ovih kućnih ljubimaca da obavesti predsednika organa upravljanja u zgradi o njihovom broju i vrsti.[69] Kada je reč o ukrasnim pticama, stanari u zgradama mogu da drže najviše pet ovakvih životinja, na način kojim se treća lica ne ometaju u mirnom korišćenju stana, dok se u objektima porodičnog stanovanja na području određenog broja naseljenih mesta,[70] može držati najviše 10 ukrasnih ptica, pod uslovom da se ne uznemiravaju treća lica.[71] Naposletku, u objektima porodičnog stanovanja na području određenog broja naseljenih mesta,[72] može se držati najviše 100 golubova, i to najviše 4 goluba po kubnom metru, pod uslovom da se ne uznemiravaju treća lica.[73]

Odredbe Odluke u pogledu dozvoljenog broja pasa i mački, koji se mogu držati u stanu, odnosno kući, u velikoj meri se razlikuju od ranije postojećih, veoma restriktivnih odredaba ove Odluke, prema kojima se u jednom stanu, bez saglasnosti stanara, mogao imati jedan pas i jedna mačka i njihov podmladak najduže do četiri meseca starosti, pri čemu je za držanje pasa koji se karakterišu kao opasni, bila neophodna saglasnost svih stanara u zgradi. Lica koja su pse i mačke držala u objektima porodičnog stanovanja bila su u nešto boljem položaju, jer su u dvorištu mogla da drže najviše dve mačke i isto toliko pasa. Nesumnjivo je da postojeći način regulisanja (koji je u najvećoj meri nastao kao rezultat nastojanja udruženja za zaštitu životinja u Novom Sadu i peticije kojom je zahtevana izmena navedene gradske odluke),

---

[68] V.čl. 13. st. 1. i čl. 15. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada.

[69] V. čl. 14 a st. 1. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada.

[70] Objekti porodičnog stanovanja na području naseljenih mesta Novi Sad, Petrovaradin, Sremska Kamenica, Veternik, Rumenka i Ledinci.

[71] V. čl. 29. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada. U pogledu objekata porodičnog stanovanja na području naseljenih mesta Futog, Begeč, Kisač, Stepanovićevo, Kać, Čenej, Budisava, Kovilj, Bukovac i Stari Ledinci, Odlukom nije predviđeno ograničenje u pogledu broja ukrasnih ptica koje se mogu držati.

[72] Objekti porodičnog stanovanja na području naseljenih mesta Novi Sad, Petrovaradin, Sremska Kamenica, Veternik, Rumenka i Ledinci.

[73] V. čl. 32. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada. Izuzetno, u smislu čl. 33. ove Odluke, u objektima porodičnog stanovanja na području naseljenih mesta Veternik, Rumenka i Ledinci, moguće je držati i više od 100 golubova, pod uslovom da se ne uznemiravaju treća lica. U pogledu objekata porodičnog stanovanja na području naseljenih mesta Futog, Begeč, Kisač, Stepanovićevo, Kać, Čenej, Budisava, Kovilj, Bukovac i Stari Ledinci, Odlukom nije predviđeno ograničenje u pogledu broja golubova koji se mogu držati.

a kojim se ne ograničava broj pasa i mački, koje se mogu držati u stanu, odnosno kući, pod uslovom obezbeđivanja njihove dobrobiti i neugrožavanja i neuznemiravanja ljudi i okoline, više odgovara osnovnim načelima Zakona o dobrobiti životinja Srbije. Stoga, smatramo da je rešenjem postojeće Odluke, prema kojem se ograničava broj ostalih pojedinih kućnih ljubimaca, u određenoj meri narušeno pravo pojedinca na njihovo čuvanje i držanje. U tom smislu, način regulisanja ovog pitanja, trebao bi da bude identičan načinu na koji je regulisano i pitanje broja pasa i mačaka koji se mogu držati kao kućni ljubimci, što znači da bi i limitiranje broja ostalih kućnih ljubimaca, trebalo uslovljavati isključivo zahtevima obezbeđenja njihove dobrobiti i neugrožavanja i neuznemiravanja ljudi i okoline.

U pogledu vrste kućnih ljubimaca, te mesta i prostora u kojima se oni mogu držati, Odlukom je predviđeno da se u objektima višeporodičnog stanovanja, osim u zajedničkim prostorijama,[74] mogu držati svi kućni ljubimci predviđeni njome, osim golubova,[75] pod uslovima i na način propisan ovom odlukom.[76] U tom smislu, u zajedničkom stanu vlasnika, odnosno korisnika objekta višeporodičnog stanovanja, psi i mačke se mogu držati samo ako postoji saglasnost sustanara,[77] pri čemu se psi koji se drže kao kućni ljubimci, a koji mogu predstavljati opasnost za okolinu, u smislu posebnog propisa, mogu držati u ovakvim objektima samo uz saglasnost organa upravljanja.[78]

Za razliku od pravila predviđenog u situaciji kada se radi o stanu kao prostoru držanja, u objektima porodičnog stanovanja na području naseljenih mesta, mogu se držati svi kućni ljubimci predviđeni ovom Odlukom, pod uslovima i na način propisan njome,[79] a kada se radi o objektima porodičnog stanovanja na području pojedinih naseljenih mesta određenih ovom Odlukom[80] i pod uslovom da ne ugrožavaju ljude i okolinu.[81] U zajedničkom dvorištu ovih objekata, psi mogu da se drže samo ako postoji saglasnost svih korisnika zajedničkog dvorišta.[82] Naposletku, ako ove objekte koristi više vlasnika, odnosno korisnika, golubovi mogu da se

[74] V. čl. 11. st. 1. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada.
[75] V. čl. 31. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada.
[76] V. čl. 5. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada.
[77] V. čl. 13. st. 2. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada.
[78] V. čl. 14. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada.
[79] V. čl. 9. st. 1. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada.
[80] Objekti porodičnog stanovanja na području naseljenih mesta Futog, Begeč, Kisač, Stepanovićevo, Kać, Čenej, Budisava, Kovilj, Bukovac i Stari Ledinci.
[81] V. čl. 9. st. 2. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada.
[82] V. čl. 17. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada.

drže pod uslovom da postoji saglasnost svih vlasnika, odnosno korisnika objekata.[83]

U poslovnim prostorijama i poslovnim objektima,[84] osim u zajedničkim prostorijama,[85] kao kućni ljubimci mogu se držati samo akvarijumske životinje i ukrasne ptice, a samo izuzetno, u poslovnim objektima u ograđenom dvorištu, mogu se držati i psi, pod uslovima i na način propisanim ovom odlukom.[86]

Odlukom su detaljno definisani i konkretni uslovi i način držanja pojedinih kućnih ljubimaca u objektima porodičnog stanovanja na području naseljenih mesta, kao i u poslovnim prostorijama i poslovnim objektima. Tako se psi u svim prethodno spomenutim objektima, moraju držati u ograđenom prostoru, u ograđenoj kućici ili u odgovarajućoj kućici vezani na lancu ili na produženoj vodilici, tako da ne mogu prići uličnoj ogradi, odnosno regulacionoj liniji na udaljenosti od najmanje 1 m, kao i najmanje 1 m od granica susednih parcela, pri čemu ograđeni prostor, odnosno prostor po kome psi mogu da se kreću, mora da bude udaljen najmanje 4 m od najbližeg stambenog ili poslovnog objekta na susednoj parceli. Izuzetno, u poslovnom objektu, u ograđenom dvorištu, van radnog vremena, psi mogu da se slobodno kreću pod kontrolom čoveka.[87] U objektima porodičnog stanovanja na području naseljenih mesta, vlasnik, odnosno držalac psa, koji može predstavljati opasnost za okolinu, dužan je da na ulazu u dvorište – kapiji, na vidnom mestu, istakne natpis kojim se upozorava na opasnost od psa.[88] Naposletku, u poslednje spomenutim objektima, psi i mačke se mogu držati samo u dvorištu,[89] ukrasne ptice samo u pomoćnim objektima ili u kavezima u dvorištu,[90] dok se golubovi moraju držati u posebnoj prostoriji na tavanu, ograđenom prostoru ili kavezu u dvorištu, koji se moraju redovno čistiti i dezinfikovati.[91]

---

[83] V. čl. 35. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada.

[84] V. čl. 4. st. 2. tač. 5. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada (poslovne prostorije u poslovno-stambenim i stambeno-poslovnim objektima i poslovni objekti).

[85] V. čl. 11. st. 1. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada.

[86] V. čl. 10. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada.

[87] V. čl. 16. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada.

[88] V. čl. 19. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada.

[89] V. čl. 15. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada.

[90] V. čl. 29. st. 2. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada.

[91] V. čl. 32. i čl. 34. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada. Izuzetno, u smislu čl. 33. Odluke, u objektima porodičnog stanovanja na području naseljenih mesta Veternik, Rumenka i Ledinci, a u kojima je moguće držati i više od 100 golubova, oni se moraju držati u posebno izgrađenom objektu.

U skladu sa odgovarajućom odredbom Zakona o dobrobiti životinja Srbije, kojom je predviđeno da organi jedinica lokalne samouprave propisuju mesto i način izvođenja kućnih ljubimaca, a naročito pasa i mačaka na javne površine,[92] Odlukom je predviđeno da vlasnik, odnosno držalac može izvoditi psa samo na povocu, koji ne može biti duži od 2 m, pri čemu se psi koji mogu predstavljati opasnost za okolinu, ako su stariji od 4 meseca, mogu izvoditi samo na povocu, koji ne može biti duži od 1 m i sa brnjicom. Izuzetak predstavljaju psi vodiči za slepa i slabovida lica, lovački psi za vreme lova, te službeni psi u toku policijske akcije, potrage za izgubljenim licima i slično, kao i ovčarski psi za vreme čuvanja stoke, koji mogu da se izvode i da se slobodno kreću, pod kontrolom vlasnika, odnosno držaoca psa, bez brnjice.[93] Bez povoca, ali samo pod kontrolom vlasnika, odnosno držaoca, psi mogu da se kreću samo na određenim zelenim javnim površinama na teritoriji grada.[94] Prema Odluci, dozvoljeno je uvođenje u liftove svih onih kućnih ljubimaca, koji se mogu držati u stanovima, ukoliko su prazni, pri čemu prednost u korišćenju lifta imaju stanari i građani, dok se psi i mačke mogu uvoditi i u sredstva javnog saobraćaja, uz korišćenje odgovarajuće opreme, u vidu posebnih transportera.[95]

Naposletku, kada je reč o pravima i obavezama vlasnika, odnosno držalaca pasa i mačaka prilikom njihovog izvođenja, Odlukom je propisano najpre da lica koja su mlađa od 18 godina ne mogu izvoditi psa koji može predstavljati opasnost za okolinu, pri čemu je vlasnik, odnosno držalac psa dužan da spreči maloletno lice da izvodi u šetnju ovakvog psa.[96] Ako pas ili mačka zaprljaju stepenište, zajedničko dvorište, lift ili druge zajedničke prostorije u objektima višeporodičnog stanovanja, površinu javne namene, kao i zajedničko dvorište u objektima porodičnog stanovanja, vlasnik, odnosno držalac dužan je da bez odlaganja zaprljanu površinu očisti, a po potrebi opere i dezinfikuje, u skladu sa zakonom.[97] Prilikom izvođenja psa ili mačke, vlasnik, odnosno držalac, dužan je da kod sebe ima potvrde o izvršenom obeležavanju psa i o vakcinaciji psa ili mačke, kao i PVC kese za izmet psa i mačke koji je nastao prilikom izvo-

[92] V. čl. 54. st. 2. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.

[93] V. čl. 18. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada.

[94] V. čl. 24. u vezi sa čl. 22. st. 1. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada.

[95] V. čl. 11. st. 2-3.Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada.

[96] V. čl. 20. u vezi sa čl. 55. tač. 12. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada.

[97] V. čl. 26. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada.

đenja.[98] U slučaju gubitka psa ili mačke, vlasnik, odnosno držalac je dužan da bez odlaganja, a najkasnije u roku od tri dana od gubitka, nestanak prijavi pravnom licu ili preduzetniku kome je povereno obavljanje poslova prikupljanja, prevoza i zbrinjavanja napuštenih i izgubljenih domaćih životinja i ovlašćenoj veterinarskoj službi.[99]

4. Protivpravno postupanje vlasnika, odnosno držalaca kućnih ljubimaca i način kažnjavanja

Postupci koji su protivni odgovarajućim zabranama Zakona o dobrobiti životinja Srbije, tretiraju se kao prekršaji, pri čemu je zakonom omogućeno prekršajnopravno sankcionisanje širokog spektra protivpravnih ponašanja prema kućnim ljubimcima.

Na ovakav način sankcionisana su najpre određena ponašanja, kojima se postupa u suprotnosti sa napred iznetim pravilima Zakona o dobrobiti životinja Srbije u pogledu neophodnog režima čuvanja i držanja kućnih ljubimaca, kao što su oglušenje o sledeće zabrane: zlostavljanja životinje, napuštanja i odbacivanja životinje čiji opstanak zavisi direktno od čoveka, držanja životinje na način kojim joj se nanosi bol, patnja, strah i stres, zanemarivanja životinje lišavanjem osnovnih životnih potreba, organizovanja trka životinja na način kojim se prevazilaze fizičke mogućnosti životinja i životinjama nanosi povreda, bol, patnja, strah i stres, izlaganja životinje direktnom uticaju nepovoljnih vremenskih prilika ili nedostatku kiseonika, kao i održavanja borbe između životinja ili između ži-

[98] V. čl. 27. u vezi sa čl. 21. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada.

[99] V. čl. 28. st. 1. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada. U odgovarajućem delu Odluke, koji se odnosi na mere zabrane, propisano je i da je zabranjeno prikupljanje, uklanjanje i smeštanje u Karantin domaćih životinja, osim od strane pravnog lica ili preduzetnika, kome Grad poveri obavljanje ovih poslova, u skladu sa posebnim propisima, ostavljanje leševa uginulih domaćih životinja i njihovih delova na površinama javne namene, sahranjivanje uginulih domaćih životinja i njihovih delova van mesta određenog za tu svrhu, držanje i zbrinjavanje domaćih životinja suprotno odredbama ove odluke, napajanje domaćih životinja na javnim česmama i bunarima namenjenim za vodosnabdevanje građana, hranjenje napuštenih i izgubljenih domaćih životinja na površini javne namene, u zajedničkim prostorijama i dvorištima objekata višeporodičnog stanovanja, šišanje i češljanje pasa na površini javne namene i odlaganje psećih dlaka na površini javne namene, uvođenje pasa i mačaka u sredstva javnog saobraćaja, bez korišćenja odgovarajuće opreme, u vidu posebnih transportera, uvođenje domaćih životinja u službene prostorije, sredstva javnog saobraćaja, na dečija igrališta ili druga javna mesta gde se okuplja veći broj građana, suprotno odredbama ove odluke, te vršenje drugih radnji, suprotno odredbama ove odluke. V. čl. 49. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada.

votinja i ljudi, organizovanja klađenja, te klađenja u borbama između životinja. U kontekstu nepoštovanja pravila o čuvanju i držanju kućnih ljubimaca, protivpravno je i nepostupanje vlasnika, odnosno držaoca životinje sa pažnjom dobrog domaćina i neobezbeđivanje blagovremene veterinarske pomoći životinji na način predviđen ovim zakonom, držanje kućnih ljubimaca u nedozovoljene svrhe, držanje egzotičnih životinja bez odgovarajućeg odobrenja, neobezbeđivanje kućnom ljubimcu odgovarajućih zakonom predviđenih uslova u smislu neophodne brige, nege i smeštaja, nepostupanje vlasnika, odnosno držalaca pasa koji mogu predstavljati opasnost za okolinu na način propisan ovim zakonom, kao i neobezbeđivanje zakonom predviđenih uslova neophodnih za držanje divljih i egzotičnih životinja.[100]

Prekršajnopravna odgovornost je predviđena i za sva ona ponašanja, koja su u suprotnosti sa odredbama Zakona o dobrobiti životinja Srbije u pogledu razmnožavanja, prodaje, obuke, prometa, komercijalnog odgoja, smeštaja i korišćenja kućnih ljubimaca za reklamiranje, zabavu, izložbe i takmičenja. U tom smislu, prekršajno je kažnjivo oglušenje o zabranu reprodukovanja životinje na način kojim joj se nanosi bol, patnja, strah i stres, kao i životinje koja nije dostigla telesnu zrelost, te životinje sa naslednim poremećajima, osim u slučaju mutacija kod oglednih životinja. Kažnjivo je i bavljenje reprodukcijom kućnih ljubimaca u komercijalne svrhe, ukoliko lice istovremeno ne vodi računa o zaštiti zdravlja, života i dobrobiti legla, reprodukovanje kućnih ljubimaca u nedozvoljene svrhe, kao i reprodukovanje divljih i egzotičnih životinja kao kućnih ljubimaca bez odgovarajućeg odobrenja.[101] Prekršajno su sankcionisana i oglušenja o zabranu prodaje ili poklanjanja kućnih ljubimaca licima mlađim od 18 godina, bez dozvole roditelja ili staratelja, kao i o zabranu obavljanja obuke kućnih ljubimaca primenom sile ili drugim sredstvima štetnim za njegov život i dobrobit. Kažnjiva je i obuka, koja se vrši na način neprimeren vrsti, rasi i nameni životinje, te od strane lica koje nije upisano u odgovarajući Registar lica za obuku životinja.[102] Kada je reč o prometu, komercijalnom odgoju i smeštaju, prekršajno su sankcionisani prodaja kućnih ljubimaca u objektima za njihovu prodaju ili odgajivačnicama, koje nisu upisane u Registar objekata, promet pasa i mačaka u prodavnicama životinja, nevođenje evidencije o broju prodatih životinja, kretanju,

[100] V. čl. 82. st. 1. tač. 1-5., tač. 13., tač. 19., tač. 21., tač. 31., tač. 69., kao i tač. 71-73. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.

[101] V. čl. 82. st. 1. tač. 5., tač. 14., kao i tač. 70-72. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.

[102] V. čl. 82. st. 1. tač. 29., tač. 27., kao i tač. 39. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.

ishrani i lečenju životinja, neizdavanje pismenog uputstva o načinu držanja za svaku prodatu životinju, kao i neispunjavanje uslova za zaštitu dobrobiti životinja u pansionu i prihvatilištu.[103] Kažnjivo je i svako organizovanje cirkusa, izložbi, takmičenja, priredbi i drugih oblika javnog prikazivanja životinja, koje je protivpravno, odnosno koje nije u skladu sa gore navedenim odredbama zakona koje se odnose na ovo pitanje, kao i oglušenje o bilo koju zakonsku zabranu vezanu za korišćenje dopinga, stimulansa, kao i raznih drugih nedozvoljenih supstanci, lekova, otrova i drugih hemijskih sredstava, koje na razne načine predviđene ovim zakonom mogu štetiti životinji.[104]

Naposletku, Zakonom o dobrobiti životinja Srbije, prekršajno je sankcionisano i bilo koje ponašanje, koje je u suprotnosti sa napred iznetim propisima ovog zakona, kojima su uređena pitanja koja se odnose na hirurške intervencije na životinjama i lišavanje života životinja.[105]

Za sva napred nabrojana protivpravna postupanja, pravno lice se kažnjava novčanom kaznom u rasponu od 100 000 do 1 000 000 dinara, odgovorno lice u pravnom licu, u rasponu od 10 000 do 50 000 dinara, a fizičko lice, u rasponu od 5000 do 50 000 dinara.[106] Pored odgovornosti za spomenute prekršaje, fizičko lice je prekršajnopravno odgovorno i ukoliko životinji koju je povredio, ne pruži prvu pomoć ili ne obezbedi pružanje pomoći od strane stručnog lica, kao i ukoliko prisustvuje borbama između životinja.[107]

Kao što je to slučaj i prema Zakonu o dobrobiti životinja Srbije, tako se i prema Odluci o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada, postupci koji nisu u sladu sa njenom sadržinom, tretiraju kao prekršaji. Kako je u kontekstu predmeta našeg istraživanja, naročito značajno pitanje odgovornosti fizičkih lica, kao vlasnika ili držalaca kućnog ljubimca, u daljim izlaganjima akcenat će biti stavljen upravo na protivpravna postupanja navedenih lica, za koja su ona prekršajno odgovorna.

U tom smislu, prekršajno su kažnjiva bilo koja postupanja fizičkih lica, koja su u suprotnosti sa napred ukazanim pravilima Odluke u pogledu dozvoljenog broja pojedinih vrsta kućnih ljubimaca i uslova pod koji-

[103] V. čl. 82. st. 1. tač. 74-77. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.

[104] V. čl. 82. st. 1. tač. 36., tač. 17-18., tač. 24-26., kao i tač. 28. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.

[105] V. čl. 82. tač. 41-45. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.

[106] V. čl. 82. st. 1-2., kao i čl. 85. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.

[107] V. čl. 85. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.

ma se oni mogu držati.[108] Odgovornost fizičkih lica predviđena je i za sva ponašanja koja su u suprotnosti sa odgovarajućim, gore iznetim odredbama Odluke, koje se tiču vrste kućnih ljubimaca, te mesta i prostora u kojima se oni mogu držati.[109] Pored navedenog, bilo koje postupanje fizičkog lica koje je protivno konkretnim uslovima i načinu držanja pojedinih kućnih ljubimaca u objektima porodičnog stanovanja na području naseljenih mesta, kao i u poslovnim prostorijama i poslovnim objektima, a koji su definisani u gornjim izlaganjima, takođe je prekršajno kažnjivo.[110] Fizičko lice prekršajno je odgovorno i u slučaju nepoštovanja odgovarajućih, napred iznetih odredaba Odluke u pogledu načina i mesta izvođenja pasa i mačaka kao kućnih ljubimaca, kao i određenih obaveza koje ima u vezi sa time.[111] Naposletku, fizičko lice snosi prekršajnu odgovornosti i u slučaju bilo kakvog postupanja koje je u suprotnosti sa svim napred definisanim merama zabrane u skladu sa ovom Odlukom.[112] Za navedena protivpravna postupanja, fizičko lice, kao vlasnik, odnosno držalac životinje, kažnjava se novčanom kaznom u rasponu od 2500 do 75 000 dinara.[113]

Za razliku od Zakona o dobrobiti životinja, kojim se kao osnovnim propisom u pravu Srbije uređuje zaštita životinja i predviđaju prekršajne sankcije za njegovo kršenje, Krivičnim zakonikom Srbije[114] regulišu se protivpravna ponašanja prema životinjama koja predstavljaju krivična dela, a koja su u ovom zakonu svrstana u grupu krivičnih dela kojima se štiti životna sredina. Važno mesto među njima zauzima krivično delo ubijanja i zlostavljanja životinja, što posmatrano sa aspekta zaštite životinja, predstavlja značajnu meru usmerenu ka zaštiti životinja, a time i kućnih ljubimaca od nečovečnog postupanja. Prema ovom zakonu, kažnjivo je

[108] V. čl. 55. tač. 6-8., kao i tač. 17-18. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada.

[109] V. čl. 55. tač. 1-3., tač. 6., tač. 9., kao i tač. 18. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada.

[110] V. čl. 55. tač. 8., tač. 11., tač. 17-18. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada.

[111] V. čl. 55. tač. 4., tač. 10., kao i tač. 12-16. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada.

[112] V. čl. 55. tač. 25. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada.

[113] V. čl. 55. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada. Prema Odluci, pravno lice se za određene prekršaje može novčano kazniti u rasponu od 50 000 do 1 000 000 dinara, a odgovorno lice u pravnom licu u rasponu od 2 500 do 75 000 dinara. V. čl. 54. st. 1-2. Odluke o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Novog Sada.

[114] V. "Sl. glasnik RS", br. 85/2005, 88/2005, ispr., 107/2005, ispr., 72/2009 i 111/2009.

svako ubijanje, povređivanje, mučenje ili zlostavljanje životinje na drugi način, koje se vrši kršenjem postojećih propisa, što znači da pravna zaštita životinja obuhvata bilo koji vid zlostavljanja, a u tom smislu i zanemarivanja i napuštanja životinja, kao vidova njihovog zlostavljanja. Za ovo krivično delo učinilac se može kazniti novčanom kaznom ili kaznom zatvora do jedne godine.[115] Ukoliko je usled prethodno navedenog dela došlo do ubijanja, mučenja ili povređivanja većeg broja životinja, ili je delo učinjeno u odnosu na životinju koja pripada posebno zaštićenim životinjskim vrstama, učinilac će se kazniti novčanom kaznom ili kaznom zatvora do tri godine. Naposletku, Zakonikom je predviđeno i da će svako lice, koje iz koristoljublja organizuje, finansira ili je domaćin borbe između životinja iste ili različite vrste, ili ko organizuje ili učestvuje u klađenju na ovakvim borbama, biti sankcionisano i novčanom kaznom i kaznom zatvora od tri meseca do tri godine.[116]

Kako je u Krivičnom zakoniku jasno naglašeno da navedeno krivično delo postoji samo onda kada je radnja izvršena kršenjem propisa, to znači da nije svako ubijanje, povređivanje, mučenje ili zlostavljanje životinje krivično delo, već samo ono koje je protivpravno. U tom smislu, veoma je važan čl. 7. Zakona o dobrobiti životinja Srbije, kojim su, kako smo to videli, predviđeni brojni načini zabranjenog ponašanja prema životinjama, tako da u praksi sudova, praktično u svim situacijama ubijanja i zlostavljanja životinja, postoji mogućnost pozivanja na neku od tačaka predviđenih spomenutim članom Zakona o dobrobiti životinja Srbije, a time i na protivpravnost radnje izvršenja.[117] U pogledu problema koji u praksi može nastati usled nedovoljno jasnog razgraničenja, kada se određeno protivpravno ponašanje prema životinjama može smatrati prekršajem, a kada krivičnim delom, u teoriji je zauzet stav da u slučaju kada je jedno kažnjivo ponašanje istovremeno predviđeno i kao krivično delo i kao prekršaj, u slučaju postojanja identiteta činjeničnog stanja, krivično delo apsorbuje prekršaj, kao teže delo.[118] Ovo dalje znači da je kažnjavanje za krivično delo ubijanja i zlostavljanja životinja osnov isključenja kažnjivosti za prekršaj, predviđen Zakonom o dobrobiti životinja Srbije, te da će u slučaju prethodnog kažnjavanja za prekršaj, visina prekršajne kazne, u slučaju identiteta dela, biti uračunata u visinu krivične sankcije.[119]

---

[115] V. čl. 269. st. 1. Krivičnog zakonika Srbije.
[116] V. čl. 269. st. 2-3. Krivičnog zakonika Srbije.
[117] V. Novak Krstić: op. cit., str. 304.
[118] V. Dragan Jovašević: Krivično pravo, Beograd, 2006., str. 80-81.
[119] V. Novak Krstić: op. cit., str. 303.

Zaključna razmatranja

Donošenjem Zakona o dobrobiti životinja, u pravu naše zemlje došlo je do radikalnih promena u pogledu pitanja pravne zaštite životinja, imajući u vidu da se ovim zakonom, kao najznačajnijim propisom u oblasti zaštite životinja, na do sada najpotpuniji način, štite interesi životinja. U tom smislu, i odgovarajuće odredbe ovog zakona, kojima je regulisan pravni tretman kućnih ljubimaca, svakako predstavljaju kvalitativni pomak u pravcu njihove adekvatne zaštite.[120]

Uzimajući u obzir sva napred izneta pravila koja se odnose na tretman kućnih ljubimaca u domaćem pravu, a koja su realizovana iscrpnim zakonskim odredbama o neophodnom načinu njihovog čuvanja i držanja, razmnožavanja, prodaje, obuke, prometa, komercijalnog odgoja, smeštaja, korišćenja za reklamiranje, zabavu, izložbe i takmičenja, kao i odgovarajućim normama o uslovima i načinu lišavanja života kućnih ljubimaca i izvođenja hirurških intervencija na njima, jasno je da je stepen pravne zaštite koje ove vrste životinja imaju prema domaćim zakonskim propisima, barem posmatrano sa aspekta proklamovanih principa i načela zaštite njihove dobrobiti, na nesumnjiv način, postavljen na jednom visokom nivou. Posebno je značajno istaći da je pravni tretman kućnih ljubimaca u našem pravu u skladu sa odgovarajućim evropskim standardima, prihvaćenim u Evropskoj konvenciji o zaštiti kućnih ljubimaca. Naime, Zakon o dobrobiti životinja Srbije, u pogledu ovog pitanja gotovo „u stopu" prati osnovne tendencije spomenute Konvencije, pri čemu, širokim spektrom odgovarajućih zakonskih rešenja, konkretizuje temeljne principe, prihvaćene u ovom međunarodnom pravnom aktu. Uz to, od značaja je i činjenica da je u skladu sa odgovarajućom odredbom Evropske Konvencije o zaštiti kućnih ljubimaca, prema kojoj se ostavlja sloboda ugovornim stranama da u svoje zakonodavstvo uvedu i strožije mere od propisanih, domaće pravo, a u cilju bolje pravne zaštite kućnih ljubimaca, u pogledu pojedinih aspekata ove zaštite, iskoristilo navedenu mogućnost.

Za razliku od Zakona o dobrobiti životinja Srbije, kojim se, kao fundamentalnim propisom, uređuju brojni aspekti zaštite životinja, odgovarajućim Odlukama o držanju i čuvanju domaćih životinja, kao podzakonskim propisima, tretiraju se samo pojedini aspekti zaštite životinja, pri čemu se, sadržinski posmatrano, njima, po pravilu, uređuju i određena pitanja koja

[120] I na osnovu naučnih istraživanja dokazano je da su životinje, a u tom smislu i kućni ljubimci, bića koja poseduju slične osećaje kao i ljudsko biće, te u tom smislu mogu da doživljavaju i trpe stres, bol i patnju. U tom smislu v. Milan Paunović: Međunarodnopravna zaštita životinja, Prilozi projekta institucije pravne države u uslovima tranzicije, Beograd, 2003., str. 209-210.

se odnose na pravni tretman kućnih ljubimaca. Osnovno obeležje Odluke o držanju domaćih životinja, koja je predstavljala predmet našeg istraživanja, ogleda se u tome da je ona usmerena kako ka zaštiti kućnih ljubimaca, tako i ka zaštiti čoveka. Njom je, s jedne strane, držanje kućnih ljubimaca liberalizovano, principijelnim ukidanjem ograničenja u pogledu broja kućnih ljubimaca, te mogućnošću uvođenja kućnih ljubimaca u određene objekte, dok je s druge strane, njom pooštrena odgovornost vlasnika, tj. držaoca kućnih ljubimaca, kako prema samim njima, tako i prema sugrađanima. Pritom, treba istaći da je pravni tretman kućnih ljubimaca prema Odluci, u najvećoj meri usaglašen sa osnovnim načelima definisanim u Zakonu o dobrobiti životinja, a posebno sa načelom univerzalnosti bola, načelom brige o životinjama, kao i načelom odgovornosti,[121] što je realizovano nizom odredaba ove Odluke, počev od onih kojima se na opšti način definišu obaveze i odgovornosti njihovog vlasnika, odnosno držaoca u pogledu neophodnog načina čuvanja i držanja kućnih ljubimaca, preko onih kojima je regulisan konkretan način njihovog držanja, poput odredaba o broju i vrsti kućnih ljubimaca koji se mogu držati, mesta i prostora u kojima se mogu držati, mesta i načina njihovog izvođenja, pa sve do onih odredaba kojima su propisana prava i obaveza vlasnika, odnosno držalaca kućnih ljubimaca prilikom njihovog izvođenja. Kako je Odluka o držanju domaćih životinja, koja je predstavljala predmet analize našeg rada, kao jedan od pravnih osnova za donošenje, imala upravo Zakon o dobrobiti životinja, to usklađenost ove odluke u pogledu pravnog tretmana kućnih ljubimaca, ne iznenađuje.

Iako je, kako to proizlazi iz gornjih razmatranja, u domaćem zakonodavstvu prekršajnopravno sankcionisan veliki broj protivpravnih ponašanja prema kućnim ljubimcima, čime su, po pretpostavci, postavljeni pravni osnovi za humano postupanje prema ovim životinjama, mišljenja smo da će način kažnjavanja, koji je predviđen njime, predstavljati ozbiljnu barijeru tome. Naime, propisane novčane kazne su u pretežnoj meri neadekvatne učinjenim prekršajima, odnosno, one su toliko niske, da se njima ne može postići ni preventivno, a ni represivno delovanje. Imajući u vidu činjenicu da su ove kazne propisane u istom rasponu, nezavisno od

[121] Načelo univerzalnosti bola, podrazumeva da životinje mogu da osete bol, patnju, stres, strah i paniku, kao i obavezu čoveka da pored očuvanja vrste, brine i o zaštiti života i dobrobiti svake jedinke. Načelo brige o životinjama, podrazumeva moralnu obavezu i dužnost čoveka da poštuje životinje i brine o životu i dobrobiti životinja čiji opstanak zavisi neposredno od njega. Načelo odgovornosti, podrazumeva da je vlasnik, odnosno držalac životinja odgovoran za njihov život i dobrobit i da je dužan da snosi troškove zbrinjavanja životinja čiji je vlasnik, odnosno držalac, ako više ne želi ili nije u mogućnosti da se stara o njima. V. čl. 4. tač. 1-2., kao i tač. 6. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.

toga o kojem prekršaju se radi, to su u tom smislu, naročito niske novčane kazne za ona protivpravna postupanja, koja u sebi imaju više izraženu notu opasnosti, poput ubijanja, zlostavljanja i napuštanja kućnih ljubimaca. Sa osnovom se može pretpostaviti, da ovakvo kažnjavanje teško može imati bilo kakve efekte na ponašanje ljudi prema ovim životinjama, odnosno, da se imajući u vidu visinu zaprećenih kazni, njime ili uopšte ne može uticati na svest pojedinaca da odgovorno postupaju sa svojim kućnim ljubimcem i da ih ne zlostavljaju ili lišavaju života, ili se eventualno može uticati, ali u maloj meri. Naročit problem može predstavljati napuštanje kućnih ljubimaca, u prvom redu pasa, koji se tiče ne samo životinja, već i ljudi i očuvanja životne sredine. Naime, napuštanje ovih životinja (do kojeg dolazi iz raznoraznih razloga, zbog nedostatka odgovarajućih sredstava za njihovo izdržavanje, učinjene štete ili pak iz loših navika njihovih vlasnika), neminovno prouzrokuje niz negativnih posledica, koje se pre svega ogledaju u patnji ovih životinja, zatim u povećanju broja životinja lutalica koje mogu biti rizične za život i zdravlje čoveka, u smislu potencijalnih napada na ljude, koji oni najčešće vrše zbog pretrpljene torture i strahova, a naposletku, i u ugrožavanju životne sredine, zbog povećanja njihovog broja. Pritom, valja istaći da, iako registracija i obeležavanje, predstavlja značajnu meru, kojom se olakšava pronalaženje napuštenih kućnih ljubimaca, zbog nepoštovanja ove obaveze od strane nesavesnih vlasnika, kazne se ne mogu primeniti, a i kada se mogu primeniti, problem neadekvatnog kažnjavanja i dalje ostaje. Uz sve to, ne treba zanemariti ni činjenicu da napuštanje kućnih ljubimaca, lančano izaziva dalja protivpravna postupanja prema ovakvim životinjama, imajući u vidu da one u praksi često bivaju maltretirane, povređivane i ubijane. Iz svih navedenih razloga, smatramo da domaća zakonodavna kaznena politika, nužno mora biti stroža. Dobar primer za to nam mogu dati zakonodavstva pojedinih evropskih zemalja, u kojima su predviđene kazne za ovakva protivpravna postupanja njihovih počinilaca izuzetno rigorozne, kao što je zakonodavstvo Švajcarske, u kojem je kada je reč o protivpravnom aktu napuštanja životinje sa umišljajem, propisana kazna zatvora ili novčana kazna, a ukoliko se radi o napuštanju životinja iz nehata, kazna zatvora ili novčana kazna u vrednosti od 20 000 franaka, zakonodavstvo Nemačke, u kojem je za napuštanje životinja zaprećena novčana kazna do 25 000 evra, te zakonodavstvo Velike Britanije, u kojem se napuštanje kućnih ljubimaca kažnjava kaznom zatvora do 51 nedelje, ili novčanom kaznom u iznosu od 20000 funti.[122]

[122] V. Nataša Stojanović: Pravna zaštita napuštenih životinja u svetlu Zakona o dobrobiti životinja, Ekologija i pravo, Niš, 2011., str. 565.

Mišljenja smo da u ovom pogledu, situacija nije bolja ni u sferi krivičnog zakonodavstva. Naime, iako sankcionisanje krivičnog dela ubijanja i zlostavljanja životinja, svakako predstavlja još jednu značajnu meru domaćeg zakonodavstva usmerenu ka zaštiti životinja, a time i kućnih ljubimaca od nečovečnog postupanja, smatramo da ni kazne predviđene u krivičnopravnoj sferi, nisu adekvatne značaju i težini ovog krivičnog dela, imajući u vidu da se njima ne postiže jedan od osnovnih ciljeva kazni – generalna prevencija. Naime, kako se ovo krivično delo najčešće čini iz obesti, pri čemu istovremeno ukazuje na sklonost njegovog počinitelja da čini i druga teža krivična dela, pa i nasilje prema čoveku,[123] to bi ovakvo lice trebalo sankcionisati kako bi se sprečavalo njegovo dalje vršenje istog ili drugih krivičnih dela, na koji način bi se ostvarila specijalna prevencija.[124] Naposletku, a u kontekstu napred iznetih problema sa kojima se društvo može suočiti usled postojanja napuštenih kućnih ljubimaca, smatramo sasvim ispravnim stav zauzet u teoriji, da je i pored činjenice što je krivičnim zakonodavstvom inkriminisano svako ubijanje, povređivanje, mučenje ili zlostavljanje životinje na drugi način, koje se vrši kršenjem postojećih propisa, čime je pravnom zaštitom u jednom širem smislu obuhvaćeno i zanemarivanje i napuštanje životinja, njime ipak trebalo posebno predvideti napuštanje životinja, kao specifičan vid zlostavljanja životinja. Ovakvo rešenje bi svakako doprinelo efikasnijoj pravnoj zaštiti kućnih ljubimaca, imajući u vidu da bi se tako na jasan način stavilo do znanja vlasnicima životinja, da su samim tim što su vlasnici životinje, istovremeno odgovorni za njen život i njenu dobrobit.[125]

Na osnovu prethodnih izlaganja, moglo bi se zaključiti da, iako je, generalno posmatrano, postojeće stanje na domaćem zakonodavnom planu u oblasti pravne zaštite kućnih ljubimaca, nesumnjivo kvalitativno izmenjeno, u cilju što sveobuhvatnije, kvalitetnije i pre svega efikasnije pravne zaštite ovih životinja, potrebno je preduzimati i druge mere. Pored već predloženog rešenja, koje se odnosi na neophodnost zakonskog pooštravanja kazni za protivpravna postupanja prema kućnim ljubimcima, neophodno je i da organi jedinica lokalne samouprave, u skladu sa svojom zakonskom dužnošću, izrade odgovarajući Program kontrole i sma-

[123] U nauci je potvrđena veza između zlostavljača životinja od strane dece i njihove agresivnosti prema ljudima u starijem uzrastu. V. M. Kostić: Deca ubice (doktorska disertacija), Niš, 2000. str. 184. Navedeno prema: Nataša Stojanović: Zaštita kućnih ljubimaca u pravu Evropske unije i našem pravu, Zbornik radova posvećen naučnoj konferenciji „Pravni sistem Republike Srbije – usaglašavanje sa pravom Evropske unije“, Niš, 2005., str. 139. U tom smislu v. i Novak Krstić: op. cit., str. 305.

[124] V. Novak Krstić: op. cit., str. 305.

[125] V. u tom smislu: Novak Krstić: op. cit., str. 299-300.

njivanja populacije napuštenih životinja,[126] kao i ne manje važno, da ga dosledno primenjuju. Osim toga, neophodno je preventivno delovati u cilju podizanja svesti ljudi o odgovarajućem načinu postupanja prema životinjama. U tom smislu, građanstvo bi trebalo biti upoznato sa elementima Programa kontrole i smanjivanja populacije napuštenih životinja, u cilju boljeg razumevanja prava i odgovornosti svih učesnika u rešavanju ovog problema, a naročito u cilju boljeg razumevanja obaveza vlasnika, odnosno držaoca životinje. Kroz odgovarajuće obrazovne programe i javne kampanje, potrebno je upoznati javnost sa načinima i uslovima držanja kućnih ljubimaca, njihovim biološkim osobinama, ponašanjem i potrebama, koristima koje čovek ima od njih, kao i sa obavezama i odgovornostima koje čovek ima prema njima, drugim ljudima i životnoj sredini. Naposletku, u podizanju svesti građana, u pravcu humanijeg odnosa prema kućnim ljubimcima, važnu ulogu treba da ima i objektivno informisanje od strane medija. Mišljenja smo da bi se tek doslednim sprovođenjem svih napred iznetih mera, čiji je akcenat na principima zaštite dobrobiti životinja, svest čoveka i njegov odnos prema životinjama, u budućnosti mogao promeniti.

[126] Pravni osnov za izradu odgovarajućih Programa kontrole i smanjivanja populacije napuštenih životinja od strane organa jedinica lokalne samouprave, a u skladu sa specifičnostima sredine, postavljen je u čl. 54. st. 1. Zakona o dobrobiti životinja Srbije.

Jelena Vidić Trninić, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad

Legal Protection of Pet Animals in Domestic Legislation

Abstract

The subject of the author's analysis is the issue of legal protection of pet animals. Through analysis of applicable provisions contained in the Act on Animal Welfare of Serbia, on one hand, and the fundamental principles and provisions set out in the European Convention for the Protection of Pet animals, on the other hand, this paper attempts to point out the degree of legal protection that pet animals are awarded under domestic legal regulations, as well as to answer the question of compatibility of the national legislation with the international standards set out in the mentioned European Convention regarding the above mentioned question. In addition, since the legal protection of pet animals is also regulated by relevant by-laws in our law, the analysis of certain aspects of protection provided to pet animals, specifically the Decision of the city of Novi Sad on keeping of domesticated animals, the paper attempts to draw attention to compliance of the solutions adopted in this legal act, with the fundamental principles of protection, provided to pets by laws or the Act on Animal Welfare of Serbia. Finally, in order to provide a more comprehensive insight in terms of achievement of the legal protection of pets in Serbian law, the paper analyzes the types of unlawful conduct of the owner or the holder of the animals, as well as their respective sanctioning prescribed in specific laws or bylaws.

Key words: legal protection of pet animals, Animal Welfare Act of Serbia, the European Convention for the Protection of Pet Animals, Decision on kee*ping domesticated animals in the area of the city of Novi Sad.*

Originalni naučni rad 35.071.3:342.4(4-664)
doi:10.5937/zrpfns46-3307

Dr Svetozar Čiplić, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

IMUNITET NEPOVREDIVOSTI U USTAVIMA NEKIH EVROPSKIH ZEMALJA U TRANZICIJI[1]

Sažetak: *Svrha imuniteta nepovredivosti. Klasičan i savremen pristup ustavnom i poslovničkom normiranju imuniteta nepovredivosti. Imunitet nepovredivosti u ustavima evropskih zemalja u tranziciji. Organi koji učestvuju u postupku skidanja poslaničkog imuniteta. Faze postupka ukidanja poslaničkog imuniteta i prava poslanika o čijem imunitetu se odlučuje. Ustavno-pravne posledice zadržavanja imuniteta nepovredivosti.*

Ključne reči: *imunitet neodgovornosti, evropske zemlje u tranziciji, parlamentarizam, parlamentarne privilegije, zaštita ličnosti poslanika, procesne smetnje*

1. Uvod

Imunitet nepovredivosti štiti poslanike za delatnost koju preduzimaju van parlamenta, van svoje poslaničke dužnosti. I domaća i strana teorija, nepodeljeno stoje iza ovakvog značenja imuniteta nepovredivosti. Poslanikovim hapšenjem i njegovom krivičnom odgovornošću vlada parlament. Istina, samo privremeno, dok ne odluči o skidanju imuniteta, odnosno dok poslaniku ne istekne mandat.

Osnovna zamisao bila je da se spreči onemogućavanje poslanika, a time i parlamenta, da prisustvuje sednicama usled neosnovanih krivičnih progona ili krivičnih „uznemiravanja“. Parlament bi na ovaj način ostajao

[1] Rad je rezultat istraživanja na projektu „*Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)*“ kojeg finansira Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

bez poslanika, a krivični postupci mogli bi biti produženi makar do isteka parlamentarne periode. Tako je suština ove ideje zaštita parlamenta kroz privilegiju poslanikove nepovredivosti.

Pored ovoga, jednodušno se iskristalisalo stanovište, da imunitet neodgovornosti po sebi ne pruža dovoljnu zaštitu poslaniku bez imuniteta nepovredivosti[2]. Pošlo se od brojnih činjenica tokom parlamentarne istorije, da kada je poslanika štitio imunitet neodgovornosti, izvršna vlast je u saradnji sa sudskom vlasti, pronalazila načine da „kazni" poslanika zbog reči izrečenih u parlamentu – isceniranjem krivičnih optužbi. Otuda se imunitet nepovedivosti smatra neophodna dopuna imunitetu neodgovornosti, kaji kao sistem procesnih smetnji i poslaničkih privilegija tek daju punu slobodu poslaniku i parlamentu[3].

Napokon, postoji i treći razlog koji opravdava svrhu i cilj postojanja imuniteta nepovredivosti. Naime, ni jedna poslanička privilegija, nije propisana zbog samog poslanika. Svoj položaj on duguje činjenici da je član parlamenta koje kao predstavničko telo izražava suverenost građana jedne političke zajednice. Ili kako navodi L. Digi, poslanik je član predstavničkog organa suverenog naroda[4]. Otuda parlament ima pravo da odluči da li će poslanik uživati imunitet nepovredivosti u konkretnom slučaju ili ne. Tako volja parlamenta može biti stavljena iznad intresa redovnog krivičnog poretka da se za krivično delo nađe efikasna i pravedna kazna. Nekada je za državu korisnije i važnije da poslanik ne bude krivično gonjen na način i u vreme kako se to čini sa drugim građanima. Tada u prvi plan stavlja interes predstavničkog tela da ne izgubi jednog svog člana. Dva državna interesa se sukobljavaju: neometani rad parlamenta i zaštita krivično-pravnog poretka. Volja parlamenta odlučuje u konkretnom slučaju koji će od dva sukobljena interesa biti zaštićen.

Treba imati u vidu da je zaštita koju poslanik uživa privilegijom nepovredivosti samo privremena. Za razliku od imuniteta neodgovornosti koji je apsolutan, imunitet nepovredivosti poslanika štiti samo *privremeno* i *uslovno*, samo dotle i ako parlament ne odobri pokretanje krivičnog postupka protiv poslanika, odnosno dok ne odobri njegovo lišenje slobode. Ako parlament odobri pokretanje krivičnog postupka protiv poslanika, on podleže istom režimu krivične odgovornosti kao i svaki građanin.

---

[2] Zanimljivo je da u kolevci parlamentarizma, u Engleskoj, gde je uostalom imunitet neodgovornosti nastao, imunitet nepovredivosti ni danas ne stoji poslanicima na raspolaganju.

[3] Juline Lafarrière, Manuel de droit constitutionnel, Paris 1947, drugo izdanje, str. 718.

[4] Leon Duguit, Traité de droit constituionnel, 2. ed. t. IV, Paris 1924, str. 213.

Protiv njega se tada može preduzeti svaka procesna radnja krivičnog postuka. Međutim, kada parlament odbije da odobri vođenje krivičnog postupka protiv poslanika, tada ga imunitet nepovredivosti štiti. Ali u ovom slučaju zaštiti je samo privremena, pošto imunitet nepovredivosti traje samo dotle dok poslanik ima mandat[5]. Kraj mandata označava poslanikov prelazak na redovan režim krivične odgovornosti. Nakon mandata lice koje je bilo poslanik se može pozvati na odgovornost, može mu se suditi, bez mogućnosti uticaja parlamenta.

Pri tome za zastarevanje krivičnog dela koje je poslanik eventualno počinio tokom vršenja poslaničkog mandata *ne teče za vreme dok je imunitet nepovredivosti na snazi,* pa zbog toga nije moguće da dođe do zastarevanja krivičnog progona.

Iako je zaštita koju pruža imunitet nepovredivosti apsolutna, a zaštita imuniteta nepovredivosti privremena, ipak privilegija nepovredivosti daje *širu* zaštitu u odnosu na privilegiju reči. Imunitet neodgovornosti pruža trajnu zaštitu poslaniku od krivičnih dela koja se mogu učiniti rečima, dok imunitet nepovredivosti pruža zaštitu (istina privremenu) za gotovu celu skalu krivičnih dela koju utvrđuje krivični zakon. Kako precizno navodi prof. Tahović: „Po svom obimu ovaj imunitet je širi (misli se na imunitet nepovredivosti – op. aut.) jer se odnosi na mnogo veći broj krivičnih dela, ali po svom dejstvu on je slabiji jer predstavlja samo vremensko odlaganje krivičnog gonjenja, dok se ne izjasni narodna skupština, a najviše dok traje mandat“[6].

Potrebno je uočiti ključne pravne elemente koji razlikuju ova dva parlamentarna instituta. Naime, veliki broj autora[7] smatra da se kod imuniteta neodgovornosti radi o nevaženju krivičnog postupka, ili, kako neki od njih misle, o otežavanju vođenja krivičnog postupka. Prema ovom mišljenju, dejstvom imuniteta neodgovornosti, krivični postupak ne važi za poslanike. Naime, poslanik svojim govorom, glasanjem, izražavanjem vlastitog poslaničkog mišljenja *ne može učiniti krivično delo*. Međutim, kada je reč o imunitetu nepovredivosti, krivično-pravni poredak u odnosu na poslanika važi u celini, ono što učini poslanik ima karakter i prirodu krivičnog dela, ali krivični postupak je protiv njega otežan jer je privremeno onemogućen.

---

[5] Neki stariji ustavni primeri sadrže rešenje prema kom je imunitet nepovredivosti još uži: naime, on poslanika štiti samo tokom trajanja zasedanja parlamenta. Između dva zasedanja poslanik podleže redovnom pravnom režimu krivične odgovornosti.

[6] Janko Tahović, Parlamentarni imuniteti, Anali Pravnog fakulteta, knjiga I., br. 2, Beograd 1953, str. 166.

[7] Nav. delo str. 174; slično i Barthélemy-Duez, Traité de droit constitutionnel, Nouvelle édition, Paris 1933, str. 570.

Ipak postoje autori koji smatraju da ovakvo razlikovanje dve vrste imuniteta nije ispravno, nego da je ugaoni kamen razlikovanja zapravo činjenica da imunitet neodgovornosti poslanika štiti i tokom trajanja mandata i nakon njegovog isteka, doživotno, odnosno da krivično gonjenje poslanika nije moguće. Kod imuniteta nepovredivosti, poslanik je samo *privremeno zaštićen* i krivični postupak se protiv njega može voditi makar sa izvenim odlaganjem, ali bez opasnosti da nikada neće odgovarati za krivično delo koje je eventualno počinio. Kako navodi D. Gjanković kod oba ova imuniteta reč je o krivičnom postupku i razlikovanju imuniteta neodgovornosti gde zakon o krivičnom postupku uopšte *ne može da bude primenjen* od imuniteta nepovredivosti gde se zakon o krivičnom postupku *primenjuje ali sa izvesnim kraćim ili dužim zakašnjenjem*[8].

Da bi se obezbedio ustavni i suverenski položaj parlamenta u odnosu na druge državne organe, ustavna praksa i teorija su konstituisale i mehanizme obezbeđenja koji štite poslanike, a kroz poseban status poslanika štite i parlament. Tako su oba imuniteta zapravo najznačajniji sekundarni ustavni i poslovnički mehanizmi koji čine neposrednu zapreku mešanju izvršne ali i sudske vlasti u rad parlamenta. Određeni broj autora navodi[9], da je sumnja u sudsku vlast sasvim opravdana, jer iako je sudska vlast snabdevena autoritetom nesporne stručnosti, među drugim državnim organima, ostaje i činjenica da je i sudska vlast politička vlast – s obirom na to da vrši državnu funkciju vlasti.

Postoje međutim situacije kada se smatra da poslanik ne može uživati nikakvu privilegiju imuniteta nepovredivosti. To su slučajevi flagrantnih delikata kada su poslanici zatečeni u vršenju krivičnog dela. Kada je poslanik zatečen u vršenju krivičnog dela, on može biti lišen slobode i protiv njega može biti pokrenut krivični postupak, da za to nije potrebno prethodno odobrenje parlamenta. Ako je poslanik zatečen na licu mesta kada vrši krivično delo, onda strahu od tendencioznog i neporavdanog lišenja slobode koje bi bilo osnov za sumnju, nema mesta. Posebno kada se ima u vidu mogućnost da je poslanik zatečen da vrši krivično delo sa nekolicinom drugih lica - njegovo izuzimanje od redovnog krivičnopravnog režima, značilo bi da njegovi saučesnici mogu biti lišeni slobode za razliku od njega. To, svakako, nije u skladu sa idejom o zaštiti rada parlamenta. Posebno, kada se ima u vidu da imuniteti neodgovornosti i nepovredivosti stvaraju određene deformitete u temeljnom ustavnom principu – principu jednakosti građana.

[8] Dan Gjanković, O imunitetnu narodnih zastupnika, Narodne novine, Zagreb 1962, str. 87.

[9] Georges Vedel, Mauel élémentaire de droit constitutionnel, Paris 1949, str. 403.

No, iako se poslanik u slučaju zaticanja na delu može odmah lištiti slobode, bez prethodnog odobrenja parlamenta, ostaje pravilo da parlamentu ostaje mogućnost da se naknadno izjasni o statusu poslanika. U najvećem broju država, ipak je propisano pravo parlamenta da zatraži da poslanik bude pušten na slobodu, odnosno da se obustavi pokrenuti krivični postupak. Ovo pravo, zapravo potpuno korespondira sa načelom narodne suverenosti i činjenicom da parlament upravo kroz princip reprezentacije izražava suverenost građana. Opravdano je do kraja sumnjati u „dobronamernost" egzekutivne vlasti. Ovakav pristup je gotovo bez izuzetaka prisutan u savremenim evropskim ustavima. Jer postoji prezumpcija „nepoverenja" u namere izvršne vlasti. Smatra se da je moguća sumnja da vlada, ili politički protivnici isceniraju flagrantni delikt poslanika i na taj način poslanika onemoguće da učestvuje u radu parlamenta.

Postoji i dalja logika koja nameće mehanizme koji bi mogli da „isprave" poslanikovu grešku. Naime, moguće je da je poslanik zatečen u vršenju krivičnog dela koje je male društvene opasnosti i da zbog toga parlamentu treba ipak pružiti i naknadnu priliku da proceni da li je ipak važnije da poslanik nastavi da prisustvuje sednicama parlamenta, odnosno da bude pušten iz pritvora, odnosno da bude obustavljen krivični postupak. Pri tome se uvek naglašava da je u svakom trenutku moguće, nakon isteka mandata, utvrđivati nesmetano krivičnu odgovornost lica koje je prestalo da bude poslanik.

Obuhvatnost imuniteta neodgovornosti u pogledu vrsta odgovornosti koje su isključene nije pravilo kod imuniteta nepovredivosti. Ovaj se imunitet, naime, odnosi samo na krivični postupak i poslanika ne štiti od građanske, upravne i disciplinske odgovornosti[10]. Pored ovoga, podrazumeva se da je poslanik i prekršajno odgovoran, ali da mu ne može biti propisana kazna koja podrazumeva lišenje slobode.

Jedno od problema koje se pojavilo u primeni imuniteta neodgovornosti jeste pitanje kakve mere poreski organi mogu preduzeti prema poslanicima kada ovi krše svoje poreske obaveze. Da li se i prema njemu mogu preduzeti one radnje koje se inače preduzimaju prema licima koja krše poreske norme? Može li se u takvim prilikama izvršiti pretres strana i radnih prostorija, zaplena poslovne dokumentacije, zaplena imovine? Pravilo je da ustavi ne regulišu ovu materiju. Zapravo ni jedan analizirani ustav evropskih zemalja u tranziciji ne sadrži odredbe o pravu poreskih organa u postupku prema poslaniku. Činjenica da su ustavi „nemi" po ovom pitanju, podrazumeva se da poslanici ne potpadaju pod drugačiji režim poreskih organa od ostalih građana. Teorija većinski smatra da oni

[10] Georges Vedel, nav. delo str. 405.

mogu biti kažnjavani novčano, mogu plaćati kamate koje poreski organi propišu, ali takođe im se može pleniti imovina ili poslovna dokumentacija. Jedino se ne mogu prema poslanicima preduzimati mere koje podrazumevaju lišavanje slobode. Mera lišenja slobode poslanika podrazumeva obavezno odobrenje parlamenta.

Posebno pitanje je trenutak od koga imunitet nepovredivosti počinje da štiti poslanika. Ustavima je različito uređeno ovo pitanje. U nekim ustavima to je regulisano danom konstituisanja skupštine, nekada polaganjem zakletve, danom izdavanja uverenja o izboru od strane organa nadležnog za vođenje izbora, ili pak od dana kada su završeni izbori, odnosno, od trenutka kada je nadležni organ saopštio konačne rezultate. No, gotovo da nema primera kada imunitet nepovredivosti štiti poslanika, koji još nije preuzeo mandat, jer imunitet proizlazi iz mandata, za njega je vezan i po osnovu njega pripada poslaniku. Čini se da bi cilj imuniteta nepovredivosti bio postignut kada bi poslanik bio pod njegovom zaštitom od samog dana izbora. Naime, pretpostavlja se da politička sukobljavanja mogu biti toliko velika pre samog konstituisanja parlamenta kao i kasnije tokom njegovog rada. Otuda je za očekivati da poslanike što pre treba sačuvati od neosnovanog optuživanja i zatvaranja. Ipak jedan od osnovnih problema ovakvom zahtevu teorije, svakako je činjenica da rezultati izbora koji se saopštavaju, podrazumevaju procentualni rezultat stranaka na izborima, i da bi zapravo cela kandidatska lista, prema ovakvoj logici morala uživati imunitet nepovredivosti. Ovako nešto svakako ne bi bilo opravdano niti privatljivo sa aspekta ustavnopravnog poretka.

Nakon problema početka važenja imuniteta nepovredivosti, ostaje pitanje vremena prestanka njegovog važenja odnosno perioda u kome važi imunitet nepovredivosti. U najvećem broju savremenih primera, imunitet nepovredivosti poslanika štiti sve vreme trajanja njegovog mandata. Tek nakon isteka mandata, odnosno njegovog gubitka, moguće je pokrenuti krivični postupak, odnosno preduzeti sve one procesne radnje iz domena krivično-procesnog zakonodavstva koje su bile onemogućene dok je poslanik uživao mandat. Ovakva rešenja podrazumevaju neprestanu, permanetnu zaštitu.

Postoje rešenja koja su daleko ređa i pronalaze se u starijim ustavima. Prema njima, imunitet nepovredivosti poslanika štiti samo dok traje zasedanje parlamenta. U vremenu između dva zasedanja poslanik odgovara krivično-pravno kao i ostali građani. Autori koji su opravdavali ovakav režim imuniteta nepovredivosti smatrali su da je on u skladu sa idejom da se štiti neometan rad parlamenta, a kako parlament radi samo to-

kom zasedanja to je i ispunjena svrha ovog imuniteta[11]. Nadalje, opravdanje se nalazi i u činjenici da ovako normiran imunitet nepovredivosti traje mnogo kraće, te da nejednakost građana, koja je posledica uživanja i korišćenja imuniteta neodgovornosti i nepovredivosti je zapravo mnogo manja i sa ustavno-pravnog aspekta mnogo prihvatljivija.

Ipak većina autora je saglasna da imunitet neodgovornosti koji poslanika štiti samo za vreme zasedanja parlamenta, pruža daleko manju zaštitu koja ne postiže željenu svrhu. Poslanici su manje zaštićeni i više izloženi krivično-pravnom „riziku". Opasnost od neopravdanog optuživanja i proganjanja daleko je veća, pa je i obezbeđenost parlamenta manja. Ovo posebno kada se ima u vidu, da poslanik koji je između dva zasedanja lišen slobode ili mu je izrečena kazna na čije je izdržavanje otišao, više ne može učestvovati u radu parlamenta, kada ovaj kasnije nastavi sa novim zasedanjem. Istina kod ovakvih rešenja, postojale su norme, koje su davale pravo parlamentu, da naknadno, kada zasedanje započne traže oslobađanje, ili puštanje na slobodu poslanika. Ali i nakon isteka zasedanja zbog koga je poslanik pušten, poslanik može ponovo, zbog iste stvari biti zatvoren.

U svakom slučaju, pokazalo se da je u najvećem broju savremenih demokratskih ustava, preovladala koncepcija neprestanog, kontinuiranog imuniteta nepovredivosti, jer se smatra da odgovara razlogu svoga uvođenja.

2. Obim zaštite koju pruža imunitet nepovredivosti

Svi analizirani ustavi bez izuzetka normiraju imunitet nepovredivosti na klasičan način. Ali gotovo po pravilu[12], klasičnom imunitetu nepovredivosti, dodaju i nova značenja, koja ga čine širim nego u njegovom klasičnom izdanju.

Poslanik uživa imunitet neodgovornosti koji ga štiti od krivične odgovornosti, kao što ga štiti i od lišenja slobode. Drugim rečima, prema poslanicima se ne mogu preduzimati mere lišenja slobode bez odobrenja parlamenta ili doma čiji je on član, kao što ni krivični postupci ne mogu biti započinjani bez dozvole predstavničkog tela.

U pojedinim slučajevima imunitet neodgovornosti pruža poslaniku zaštitu od većeg broja procesnih radnji koje se inače u predkrivičnom ili krivičnom postupku preduzimaju. Tako bez odobrenja parlamenta, odnosno doma kome poslanik pripada, on ne može biti ne samo zatvoren nego

[11] Juline Lafarrière, nav delo str. 719.

[12] Od ovog pravila jedini izuzetak među analiziranim primerima je Ustav Slovenije čl. 83 st. 2.

ni zadržavan ili tražen[13] (protiv njega je nemoguće raspisati poternicu). Nadalje, protiv poslanika nije moguće doneti ni presudu u krivičnom postupku[14], čak i ako je taj postupak započet pre nego što je jedno lice postalo poslanik.

Slično rešenje je kada ustavi pored pritvaranja, odnosno hapšenja, zabranjuju i sve druge vidove ograničenja lične slobode[15]. Pored ovoga, sreću se i rešenja kojima je izričito zabranjen i pretres imovine poslanika bez dozvole parlamenta[16]. Napokon, moguća su rešenja, koja imunitetom neodgovornosti sprečavaju da se bez prethodne dozvole parlamenta, protiv poslanika preduzimaju i istražne kriminalističke radnje[17].

Iako klasično značenje imuniteta nepovredivosti podrazumeva zaštitu poslanika za dela koja poslanik učini tokom vršenja mandata van svoje poslaničke dužnosti u domenu krivičnog zakona, savremena ustavna rešenja, često proširuju privremenu neodgovornost poslanika. Ponekad je imunitet neodgovornosti koncipiran tako da poslanika štiti od svake povrede koju poslanik nanese trećem licu[18]. Jasno je da ovakva norma podrazumeva da je poslanik zaštićen ne samo od krivične odgovornosti, nego od svih oblika pravne odgovornosti prema trećim licima: i parnične i administrativne. Nesumnjivo je da ovakva formulacija obezbeđuje parlamentu da sam odredi krajnje granice poslanikove neodgovornosti. Slično rešenje sadržano je i u Zakonu o pravnom položaju poslanika u Mađarskoj. Protiv poslanika bez dozvole parlamenta nije moguće povesti krivični postupak, ali ni pravne postupke za manja dela[19]. Ustav Rumunije sadrži nešto drugačiju normu: poslanika je, bez prethodne saglasnosti doma kome pripada, nemoguće osuditi za krivično ili *za drugo manje delo*[20]. Ovde je dakle moguće voditi neki pravni postupak koji nije krivični, radi utvrđivanja odgovornosti poslanika, ali nije moguće osuditi ga i izreći kaznu.

Pored ovih širokih imunitetskih zaštita, postoje primeri koji izričito navode oblike poslanikove odgovornosti za čije utvrđivanje je potrebna prethodna saglasnost parlamenta. Ustav Latvije[21] zabranjuje pored otpočinjanja krivičnog postupka i izricanje administrativnih mera protiv po-

[13] Član 69. st. 1 Ustava Rumunije.
[14] Član 69. st. 1 Ustava Rumunije.
[15] Član 62. Ustava Litvanije, član 29. Ustava Latvije.
[16] Član 29. Ustava Latvije.
[17] Član 5. st. 1. Zakona o pravnom položaju poslanika republike Mađarske.
[18] Član 105. Ustava Poljske.
[19] Član 5. stav 2. Zakona o pravnom položaju poslanika Republike Mađarske.
[20] Član 69. stav 1.Ustava Rumunije.
[21] Član 30. Ustava Latvije.

slanika. Ustav Slovačke na drugoj strani, pored vođenja krivičnog postuka zabranjuje i vođenje disciplinskog postupka bez saglasnosti parlamenta[22].

Imunitet neodgovornosti poslaniku pruža zaštitu poslaniku procesnim smetnjama koje stoje pred organima koji učestvuju u vođenju krivičnog postupka. Ponekad je, u određenim slučajevima, imunitetska zaštita pojačana, ne samo pravom parlamenta da odobri mere koje se prema poslaniku žele preduzeti, nego i složenijim postupkom u kome se poslaniku suspenduje imunitet. Da bi jedan poslanik bio pritvoren, ili osuđen neophodno je odobrenje doma kome on pripada ali i njegova izjava. Njegova izjava je obavezni formalni element postupka skidanja imuniteta. Ako izjavu uskrati, odlučivanje o suspenziji njegovog imuniteta nije pravno perfektuirano. Tako, uzdražavanjem od radnje, on samo može i pored volje parlamenta može sprečiti svoje hapšenje na primer. Pri tome, nije predviđena mogućnost da se ova formalna radnja preskoči, ili nadomesti na neki drugi način.

Napokon, postoje i rešenja, koja maksimalno pojačavaju imunitetsku zaštitu poslanika. Prema ustavu Latvije, poslanik može biti uhapšen samo *ako je shvatio* da je učinio krivično delo[23]. Tako je imunitetska zaštita subjektivizovana. Zanimljivo je svakako i rešenja sadržano u Ustavu Slovačke: ako parlament uskrati zahtev za pokretanje krivičnog postupka protiv poslanika, svaki sudski progon, pa i nakon isteka poslaničkog mandata je zauvek zabranjen[24]. Na ovaj način imunitet nepovredivosti, dobija apsoluno dejstvo kao i imunitet neodgovornosti.

Svi analizirani ustavi bez izuzetka, predviđaju, da se protiv poslanika koji je zatečen u toku vršenja krivičnog dela mogu preduzeti potrebne radnje bez prethodne saglasnosti parlamenta, ali istovremeno propisuju i obavezu da sam parlament o tome bude obavešten. Redovno, se u ovakvim slučajevima propisuje pravo parlamenta da naknadno odluči da poslanik i pored zaticanja na delu, ukoliko je uhapšen bude pušten iz zatvora. Na kraju, ustavi ponekad tretiraju i krivične postupke koji su ranije započeti, pre sticanja poslaničkog mandata, kada predviđaju pravo parlamenta da odluči o njihovom privremenom obustavljanju do kraja mandata[25].

Ustavna rešenja u novijim evropskim ustavima, u mnogome odstupaju od klasičnog imuniteta neodgovornosti. Inovacije su brojne i imunitetska zaštita je proširena, ne samo na veći broj krivičnih dela, nego na

[22] Član 78 stav 2. Ustava Slovačke.
[23] Član 29. Ustava Latvije.
[24] Član 78. stav 2. Ustava Slovačke.
[25] Član 105. stav 5. Ustava Poljske.

druge oblike odgovornosti. Status poslanika je umnogome poboljšan u odnosu na uznemiravanja koja mogu preduzeti organi drugih grana vlasti, a položaj parlamenta je u odnosu na druge državne organe ojačan. Praktično da nema radnje koju drugi državni organi, a ne samo oni koji učestvuju u krivičnom postupku, mogu preduzeti prema poslanicima bez dozvole parlamenta. Sloboda i moć parlamenta je tolika da nesmetano odlučuje o statusu svojih poslanika. Kada se uzme u obzir propisana većina kojom se odlučuje o suspenziji imuniteta jednom poslaniku[26], lako je zaključiti da je gotovo nemoguća situacija u kojoj bi imunitet nekom poslaniku bio suspendovan, a on tokom mandata bio prepušten pravosudnim organima. Dodatni mehanizmi koji pojačavaju imunitetsku zaštitu poslanicima su svakako rešenja koja npr, utvrđivanje bilo kog vida pravne odgovornosti poslanika stavljaju u nadležnost Vrhovnom sudu[27], ili kao u slučaju Ustava Slovačke, kada odbijanje suspenzije imuniteta nepovredivosti sa sobom povlači doživotnu neodgovornost poslanika u konkretnom slučaju.

Može se pretpostaviti da je pojačana imunitetska odbrana poslanika prouzrokovana činjenicom da je reč o novim i još uvek nestabilnim parlamentarnim sistemima u razvoju, gde je ugroženost poslanika od drugih grana državne vlasti prisutna i česta. Otuda je i potreba da poslanici budu zaštićeni veća, a ustavni mehanizmi koji takvu zaštitu pružaju su jači i izdašniji.

3. Postupak odlučivanja o suspenziji imuniteta nepovredivosti

Postupak odlučivanja o suspenziji imuniteta nepovredivosti, po pravilu ima tri faze: fazu pokretanja postupka, pripremnu fazu i fazu odlučivanja.

Faza pokretanja postupka, podrazumeva obraćanje nadležnog državnog organa parlamentu[28]. Obraćanje je uvek pismeno i upućeno je predsedniku parlamenta, odnosno predsedniku doma. To je inicijalna faza, u kome državni tužilac[29] ili ministar pravde[30] upoznaje parlament da je po-

[26] Po pravilu su to kvalifikovani oblici većine od ukupnog broja poslanika, odnosno apsolutne većine poslanika.

[27] Član 69. stav 1. Ustava Rumunije.

[28] Član 5. stav 2 Zakona o pravnom položaju poslanika Republike Mađarske, član 130 stav 2. Poslovnika nardne skupštine Mađarske, član 23. stav 1. Poslovnika Seime Litvanije, član 182 stav 3 i stav 4 Poslovnika parlamenta Rumunije, član 17. stav 1. Poslovnika parlamenta Latvije.

[29] Član 5. stav 2 Zakona o pavnom položaju poslanika Republike Mađarske, član 23. stav 1. Poslovnika Seime Republike Litvanije.

[30] Član 182 stav 3. Poslovnika parlamenta Republike Rumunije.

trebno protiv određenog poslanika pokrenuti krivični postupak, lišiti ga slobode ili preduzeti neku drugu meru.

Obraćanje parlamentu je ujedno informacija o svim činjenicama i okolnostima koje nalažu skidanje imuniteta. Parlament će naknadno odlučivati o ovom aktu. Zato je bez izuzetaka propisano da ova informacija bude u pismenoj formi i da u njoj bude istovremeno sadržan i zahtev, kao i koripus činjenica koje bi trebale da budu dovoljne za odlučivanje parlamenta.

Prva faza postupka se završava kada predsednik parlamenta ili doma parlamenta obavesti parlament, samog poslanika o čijem se imunitetu raspravlja i nadležni odbor o primanju zahteva.

Druga faza pripremna faza podrazumeva delatnost odbora nadležnog za imunitetska pitanja. Ovo je faza u kojoj se prikupljaju sve činjenice, istražuju okolnosti i po potrebi primaju izjave poslanika kao i subjekta koji je inicirao proceduru pred parlamentom.

Sve činjenice i okolnosti neophodne za donošenje odluke o suspenziji imuniteta, prikupljaju se u ovoj drugoj fazi pred parlamentarnim odborom. Zbog ovoga je odbor ovlašćen da dobije izjavu od poslanika i čijem se imunitetu raspravlja. Moguće je da se umesto njega pojavi opunomoćeni poslanik[31], a ako je obavezan da se odazove pozivu odbora, a on to odbije, odbor može narediti privođenje takvog poslanika[32].

Pored poslanika u radu parlamentarnog odbora može učestvovati putem davanja izjave i predstavnik državnog organa koji je podneo zahtev za suspenziju imuniteta. Prisustvo poslanika o čijem se imunitetu odlučuje ne mora, međutim, da bude obavezno. Moguće je čak isključiti njegovo prisustvo[33] osim u slučajevima ako ne bude pozvan da pred odborom da izjavu.

Nadležni odbor prilikom pripremanja predloga odluke za parlament, ne samo da ima pravo da saslušava tangiranog poslanika, njegovog opunomoćenika, ili predstavnika državnog organa koji je zahtevao suspenziju poslanikovog imuniteta, nego ima pravo i da od ovog potonjeg traži sva potrebna dokumenta koja bi omogućila odlučivanje. Ukoliko nadležni državni organ odbije ustupanje traženih dokumenata, nadležni parlamentarni odbor ima pravo da predloži odbijanje zahteva, odnosno odbijanje suspenzije poslaničkog imuniteta[34].

Svrha ove druge faze postupka odlučivanja o suspenziji imuniteta je da se pripremi obuhvatan izveštaj i da se putem njega predloži prihvata-

[31] Član 23 stav 2 Poslovnika parlamenta Litvanije
[32] Član 23 stav 2 Poslovnika parlamenta Litvanije
[33] Član 130. stav 3. Poslovnika parlamenta Mađarske.
[34] Član 182. stav 5 Poslovnika parlamenta Rumunije.

nje ili neprihvatanje zahteva koji je dostavio nadležan državni organ. Kada nadležni parlamentarni odbor pripremi izveštaj, druga faza se završava, a njegovim dostavljanjem parlamentu otpočinje treća, meritorna faza, faza odlučivanja o zahtevu, odnosno, odlučivanja o suspenziji poslaničkog imuniteta.

Parlamenarni odbor je ovlašćen da u svom izveštaju, navodeći sadržinu zahteva nadležnog državnog organa, predloži usvajanje zahteva ili njegovo odbijanje.

Parlament, u trećoj fazi odlučuje o predlogu odluke koji je parlamentarni odbor pripremio i nemoguće je menjati sadržinu izveštaja odnosno suštinu predloga. Može biti predviđeno da sednici parlamenta prisustvuje predstavnik parlamentarnog odbora kao izvestilac, i sam poslanik o čijem se imunitetu odlučuje. Takođe može biti predviđen ograničeni broj poslanika koji će govoriti u korist predloga odbora i protiv njega. Predlog se svakako mora strogo odnositi na zahtev koji je nadležni državni organ predao parlamentu, odnosno povodom kojeg se traži suspenzija poslaničkog imuniteta. Drugim rečima predlogom mogu biti obuhvaćene samo mere koje su tražene od strane državnog tužioca ili ministra pravde.

Ukoliko poslanik nije prisustvovao radu parlamentarnog odbora prilikom pripremanja odluke, ima pravo da se u ovoj trećoj fazi obrati parlamentarnom plenumu i da svoju izjavu.

Većina glasova koja je potrebna da bi parlament odlučio o predlogu je različito propisana. Tako može biti predviđeno da odluku donosi nadpolovična većina poslanika[35] ili pak dvotrećinska većina poslanika[36].

Posledica odluke kojom se suspeduje imunitet poslanika mogu biti dvojake. Osnovna posledica, odnosno, osnovno dejstvo odluke je da zahtevana mera prema poslaniku sada može biti preduzeta. On može biti uhapšen ili protiv njega može biti pokrenut krivični postupak, moguć je pretres stana ili druga radnja koja je zahtevana. Međutim, moguće je da odluka ima i i sekundarnu, dodatnu posledicu. Naime, ako je odobreno pokretanje krivičnog postupka, moguće je da poslanik, u tom slučaju gubi pravo da učestvuje na sednicama parlamenta, na sastancima odbora ili drugih organa parlamenta čiji je član i to u periodu do odbijanja optužnog zahteva, odnosno do donošenja sudske pesude[37].

[35] Npr. član 23. stav 6 Poslovnika parlamenta Litvanije, ili član 182 stav 8. Poslovnika parlamenta Rumunije.

[36] Npr. član 5. stav 6 Zakona o pravnom položaju poslanika Republike Mađarske.

[37] Član 17 stav 2. Poslovnika parlamenta Latvije.

Analizirane poslovničke i zakonske odredbe uređuju postupak kada se protiv poslanika traži suspenzija imuniteta da bi protiv njega bila preduzeta određena radnja. Međutim, u slučajevima kada je poslanik zateknut u vršenju krivičnog dela pa je zbog toga uhapšen postupak je nešto drugačiji. Tada se nameće potreba da se pored hitnog obaveštavanja parlamenta o toj činjenici i hitno odluči o njegovom imunitetu. Postupak je tada pojednostavljen i ima samo fazu odlučivanja, na osnovu činjenica i podataka koje je naveo nadležni državni organ informišući parlament da je poslanik uhapšen.

Svetozar Čiplić, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad

Immunity of Inviolability in the Constitutions of the European Countries in the Process of Transition

Abstract

Enjoy immunity protects MPs from the influence of other authorities. This protection was determined according to the criminal liability of members. This immunity is immunity from liability in addition, Classical parliamentary privilege in democratic countries. All European countries in transition in the nineties of the last century have applied these immunities, but they themselves are further expanded.

Pregledni članak 340.12:502/504
doi:10.5937/zrpfns46-3136

Dr Dragana Ćorić, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

DUBINSKA EKOLOGIJA – NASTANAK, PRINCIPI, PERSPEKTIVA[1]

Sažetak: *Od gospodara do žrtve, priroda i naša životna sredina su prošle dugačak put. Put koji je uništavao neko ko je potekao od nje samečovek. Jedna od filozofskih teorija koja se bavi potrebom vraćanja čoveka njegovim prirodnim i iskonskim korenima i samim tim ponovnim poštovanjem i uvažavanjem prirode kao ravnopravne žive jedinke, se naziva dubinskom ekologijom. Iako je termin „skovan" u drugoj polovini 20. veka, osnove ovog razmišljanja možemo naći čak i kod antičkih mislilaca, kao i kod velikih umova prosvetiteljstva i hrišćanske misli. Trudeći se da bude sveobuhvatna, da pomiri nepomirljivo a da složi do tada razdvojeno i „posvađano", dubinska ekologija je u nekim svojim momentima „koketirala" sa drugim filozofskim i ekološkim orijentacijama, a neke njene predstavnike su savremeni nazivali i ekofašistima. Istina je, naravno ,"tamo negde", a ovaj rad je upravo pokušaj dolaska do dela te istine.*

Ključne reči*: dubinska ekologija, filozofija, etika, jednaka vrednost svih bića,balans*

Uvodne napomene[2]

Uverenje mnogih teoretičara i filozofa koji se bave ekologijom, i zaštitom životne sredine uopšte, uvažavajući podjednako sve aspekte životne sredine ili samo neke, je **da je nužna-revolucija**. Revolucija, kako da-

[1] Rad je nastao u toku angažmana na projektu „Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo"
br. 179079 koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije

[2] Napominjemo da je literatura o ovoj temi dostupna uglavnom na engleskom kao i skandinavskim jezicima. Ključna dela, koja često spominjemo u radu, su retko mogla biti pronađena u izvornom obliku u celini već u delovima, ili kao citati kod drugih autora, što je uvek bilo uredno navedeno.

lje obrazlaže Daisaku Ikeda, koja mora prvo početi u našim srcima i mislima, a koja će dovesti do nove revolucije u oblasti ljudskog ponašanja prema prirodi, i na kraju dovesti i do revolucije „globalne civilizacije".[3] U svakom slučaju, možemo se složiti sa stavom , da cilj ekologije jeste spoznaja da je ljudsko osvajanje i upravljanje prirodom i njenim resursima postalo kontraproduktivno prvobitnoj nameri. Ako bismo promenili paradigmu, te postavili da upravljanje prirodom treba da bude humano ne samo u smislu da zadovoljava sve ljudske potrebe (čak i one najluksuznije), nego u smislu poštovanja prirode kao posebne jedinke i njenog očuvanja, priroda bi imala „prostora" za sopstveno samoobnavljanje, između ciklusa eksploatacije njenih resursa[4].

Aldo Leopold je u svojoj *Etici zemlje* izneo stav, da je čovek samo deo „biotičkog tima". Što su manje nasilne promene koje čini čovek prilikom upravljanja prirodom i njenim resursima, to je veća mogućnost prilagođavanja prirode izmenjenim okolnostima u okviru ekološke piramide, kojoj svi pripadamo[5]. Ako ljudi nastave uporno da ignorišu stanje u svojoj životnoj sredini, koje je bitno pogoršano, a uzimajući u obzir i sve domete industrijskog i konzumerskog društva u kome živimo, nestanak ljudi i sveta u tom biotičkom smislu je potpuno realan scenario.

Balansiranje sa komplikovanim odnosima između organizama unutar ekosistema jeste osnova sveta, pa samim tim i ovog koji vremenski pripada nama. Svest ljudi o poštovanju koje dužno trebaju da ukažu okolini u kojoj živimo može biti antropocentrično ili biocentrično inspirisana. U prvom slučaju, čovek i zadovoljavanje njegovih potreba su postavljeni u prvi plan, bez obzira na cenu koja se tada mora platiti. U drugom slučaju, očuvanje životne sredine kao posebne jednako žive i vredne zajednice i bića ima primat u odnosu na ljudske potrebe. Hipoteza Gaja je i krenula upravo od pretpostavke pronalaženja balansa između ove dve krajnosti, u cilju zajedničkog funkcionisanja živog i neživog sveta, sveta ljudi i ne-ljudi.

U jednom svom radu[6] smo već razmatrali nastanak ekološko etičke misli.

---

[3] Ketrin Rouš: Lečenje Majke Prirode, Filozofeme, Novi, Sad, 2008, str.27.

[4] „Nezasitost naših kvazi potreba treba ograničiti, u suprotnom će nam preostati samo puka borba opstanak „ ,videti: Ljubiša Despotović, Ekologija kao kritika modernosti, Noema, Futura publikacije, 1993, str. 17

[5] Tekst u celini dostupan na sajtu : *http://home.btconnect.com/tipiglen/landethic.html, pristup sajtu 1.12.2012.*

[6] Ćorić D.: Ekološka etika - pojam, istorijat i pravci razvoja, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2012, Vol. 46, No 1, pp. 459-473,

S tim u vezi podsećamo na tipologiju koju navodi i Stanfordova elektronska enciklopedija [7]:

1."duboka (ili dubinska)ekologija" (*deep ecology)*

2. feminizam i environmentalizam

3. razočaranost u postojeća rešenja koje stvara tzv. novi animizam

4. društvena ekologija i bioregionalizam.

Ovakvom podelom, koju je podržao i Džozef de Žarden[8], nije u potpunosti zatvoren krug za stvaranje novih rešenja, predloga i inicijativa u okviru ekološkoetičke misli. Shvatanja koja su ipak okupila značajan broj mislilaca- i to ne isključivo samo teoretičara i filozofa, već i fizičara, geografa i biologa, su nužno grupisana u četiri velike grupe istih ili srodnih shvatanja.

U ovom radu ćemo se baviti isključivo ekološkom orijentacijom pod nazivom **„dubinska ekologija".** Specifičnost dubinske ekologije je što je bila najšire prihvaćena upravo na području Severne Amerike, Australije i severnog dela Evrope, budući da je jedan od osnivača Arne Naes, iz Norveške. Dakle, najžešće kritike su dolazile upravo od onih koji su najviše zagovarali bespoštedni kapitalistički sistem , prekomernu proizvodnju dobara uz trošenje prirodnih resursa bez ograničenja. Njihovi apeli su ciklično imali uspeha. Tako se ističe da je dubinska ekologija imala svoja tri talasa razvoja i ekspanzije[9]- tačnije, onda kada su politički interesi države bili najmanje ugroženi ovakvim pristupom očuvanja prirodnih resursa i očuvanja životne sredine uopšte.

Početak prvog talasa razvoja se vezuje za delatnost Džona Mjuira 1903. godine kada je uticao na predsednika SAD Teodora Ruzvelta, prilikom njegove posete Josemitu[10] i prihvatio osnovne postavke ekološke misli. Već 1908. godine je Mjuir bio „osuđen" i izopšten iz zajednice te je sav njegov rad bio stavljen u stranu. Ruzvelt se okrenuo antropocentričnom viđenju Giforda Pinčota i naučno tehnološkom izvoru upravljanja i razvoju prirode kao ljudskog glavnog resursa[11]. Drugi period razvoja dubinske ekologije se beleži za vreme mandata Frenklina Delano Ruzvelta, kada su radili i stvarali Aldo Leopold, Robinson Džefers i D.H.Lorens.

---

[7] Brennan, Andrew and Lo, Yeuk-Sze, "Environmental Ethics", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2011 Edition)*, Edward N. Zalta (ed. Dostupno na: - http://plato.stanford.edu/ entries/ethics-environmental/, *pristup sajtu 1.12.2012.*

[8] Džozef de Žarden : Ekološka etika-uvod u ekološku filozofiju, četvrto izdanje, Sl. glasnik, Beograd, 2006. godine, str. 31.

[9] *David R.Keller, Deep ecologu, Encyclopedia od Environmental Ethics, ppg. 206 - 212*

[10] O ovome više videti na : http://www.sierraclub.org/john_muir_exhibit/life/in_yose _with_muir_clara_barrus/default.aspx , pristup sajtu 1.12.2012.

[11] *David R.Keller,* navedeno delo.

Treći period razvoja ovog pokreta je za vreme Džona Kenedija i sekretara za unutrašnje poslove Stjuarta Udala, koji je objavljivanjem publikacije pod naslovom *The Quiet Crisis*, pokušao da stvori uslove za ustanovljavanje nove epohe života Zemlje i da svojim autoritetom državnog sekretara apeluje na smanjenje zagađenja životne sredine[12].

Tokom 70-ih godina ekologija je kroz delatnosti Sijera kluba[13] (čiji je osnivač bio upravo Džon Mjuir) ponovo počela da doživljava popularizaciju kroz štampanje knjiga iz ove oblasti. Dubinsku ekologiju neki definišu i kao *»filozofiju okoline evolucijske prilagođenosti, jer nastoji reafirmirati neke elemente ljudske biogramatike i pomoći lakšem zadovoljenju onih bioloških potreba koje su najviše potisnute u modernoj civilizaciji. Dubinska ekologija jedan je mogući odgovor na poziv za povratkom čovjeka u svoj drevnizavičaj. Njezin bi cilj trebao biti afirmacija drevnog okoliša i nastojanje da se pridonese autentičnom izrazu naše pleistocenske prirode" jer smo mi „divlja pleistocenska vrsta i restauracija 'raja' mora značiti širenje*"[14]

Ali šta je to – dubinska ekologija?

Nastanak dubinske ekologije

Autori u okviru ove orijentacije su kombinovali mnogo različitih uticaja : opštu ekološku nauku, religijske tradicije širom sveta-posebno budizam[15],spiritualnost Nju Ejdža[16], direktne akcije/ekološke sabotaže, poeziju Robinsona Džefersa, etiku zemlje Aldo Leopolda, monizam Baruha Spinoze i fenomenologiju Martina Hajdegera[17], čak i ekoregionali-

---

[12] *Sessions, G. :The Deep Ecology Movement: A Review Author(s),Environmental Review: ER, Vol. 11, No. 2, (Summer, 1987), pp. 105-125.*Sešon stoji na stanovištu, da je navedena publikacija imala isključivo politički karakter i da je predstavljena kao epohalno delo i priznanje državnog vrha o potrebi kontrolisanja zagađenja i zaštite životne sredine. Međutim, Sešon tvrdi da je upravo bilo obrnuto, i da pažljivim čitaocima ove publikacije nije mogao da promakne izrazito "antropocentričan pristup rešavanju ekološke krize", što se ne uklapa u potpunosti sa težnjama dubinske ekologije kao takve.

[13] Sijera klub ima ravijene aktivnosti u svim oblastima zaštite životne sredine i mrežu podružnica u celoj SAD,: *http://www.sierraclub.org/* , pristup sajtu 1.12.2012.

[14] *Tomislav Markus . Dubinska ekologija i suvremena ekološka kriza . Jedan bioekološki pregled . Hrvatsko sociološko društvo - Institut za društvena istraživanja - Zavod za sociologiju Odsjeka za sociologiju Filozofskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu , Zagreb , 2006, str. 34.*

[15] Kao npr. Bron Tejlor, Džoana Mejsi i Geri Snajder, izvor : *T.Markus: Dubinska ekologija kao ekološka filozofija, Soc. Ekol.Zagreb, Vol 12(2003), br 3-4,(143-163) ,str. 158.*

[16] Ovde se može govoriti o svojevrsnom profesionalizmu bavljenja ekološkom etikom. T. Markus smatra kao i mnogi drugi teoretičari, da je ovaj period počeo sa delom Singera o pravima životinja*, Animal Liberation*, 1975. godine.

[17] David R. Keller,n avedeno delo,str. 206. Majkl Cimerman se najviše bavio odnosom dubinske ekologije prema Hajdegerovoj filozofiji ali i prema drugim ekološkim orijentacijama.

zam[18]. Sve ovo otežava nalaženje zajedničkog imenitelja. Najkraće, dubinska ekologija predstavlja psihologizaciju filozofije životne sredine. U ovom smislu, odnosi se na egalitarnu i holističku environmentalnu filozofiju, koja ima osnov u fenomenološkoj metodologiji. Onako kako nastaju iskustva u ne-ljudskoj prirodi, može se prepoznati jednaka intristička vrednost svih biotskih jedinica, kao i međusobna ekološka uslovljenost sa svetom živih bića u svoj svojoj potpunosti.

Razumevanje dubinske ekologije u njenom akademskom smislu zahteva obavezno čitanje 4 filozofa: Arne Naesa, Amerikanca Džordža Sešona[19], Dejvida Rotenberga i Australijanca Vorvika Foksa. Treba svakako spomenuti i Berda Kalikota, Pjera de Šardina, Majkla Cimermana i dr. Ipak je sama orijentacija vezana za Naesa, koji je „svojom snažnom voljom, skromnim ponašanjem, višestruko nadarenom ličnošću i značajnom akademskom reputacijom doveo do popularizacije ovog stanovišta“[20].

Pokret "duboke (ili dubinske) ekologije" *(deep ecology)* je nastao u Skandinaviji, kao rezultat diskusije između poznatih teoretičara Naesa , Kvaloga i Faarlunda, koji su godinama gajili istu strast za očuvanje velikih planina. Smatra se da je njihovo zajedničko osvajanje vrhova Himalaja te svojevrsna opčinjenost "šerpaskom kulturom" [21]uticala za njihovo skoro ekstremno opredeljenje za bavljenje ovom tematikom. Borba protiv zagađenja životne sredine, očuvanja izvora i očuvanje dostignutog razvoja zdravlja ljudi te njegovo stalno unapređenje ali nikako ne nauštrb razvoja prirode, jesu neke od osnovnih postavki ovog pravca ekološke etičke misli.

Isticanje jednakosti svih živih bića, tj postavljanje u isti rang ljudi, biljaka i životinja, te zastupanje jednakog prava svih bića da se jednako razvijaju shodno svojim životnim uslovima, zastupnike ovog mišljenja su dovele do brojnih konfrontacija i sa drugim ekolozima. Kao sporno je proglašeno viđenje tzv. **"vlasništvo sopstvenog interesa"-**pojma koji su predstavnici "dubinske ekologije" koristili da bi definisali interes svakog

---

[18] Snajder i Kirkpatrik Sejl su ekoregionalizam posmatrali u kontekstu jedinog dugoročno održivog načina života. Iako se ekoregionalizam izdvojio kasnije kao posebna ekološka orijentacija, bitno je spomenuti da je njen koren upravo u dubinskoj ekologiji.

[19] Sessions, G. (ed), 1995. *Deep Ecology for the 21st Century*, Boston: Shambhala 1995. Značajan je i rad ovog autora pod naslovom: *The Deep Ecology Movement: A Review Author(s),Environmental* Review: ER, Vol. 11, No. 2, (Summer, 1987), pp. 105-125, budući da u njemu vrši sintezu svih radova i autora koji su se bavili problematikom dubinske ekologije

[20]David R. Keller,navedeno delo, str. 207

[21]Brennan, Andrew and Lo, Yeuk-Sze, "Environmental Ethics", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2011 Edition)*, Edward N. Zalta (ed. - http://plato.stanford.edu/entries/ethics-environmental/, pristup sajtu 1.12.2012.

živog bića da se izjasni o svojoj dobrobiti i da se za istu bori[22]. Problematično je kako će tu borbu realizovati planine, reke, biljke i sl., budući da nemaju sopstvenu priznatu volju niti su u tom smislu tako i toliko živa bića da imaju razvijenu svest o sebi i svojoj okolini, niti imaju mehanizme ili načine kako da istu borbu realizuju i ostvare sopstvenu zaštitu. Naravno, jedini mehanizam koji su dubinski ekolozi pronašli je da se sami ljudi počnu ponašati kao ne - ljudski delovi životne sredine, tj da pretpostavljanjem njihovih istinskih potreba se bore za njihovu realizaciju, kao da su u pitanju sami ljudski interesi.

Takođe, dubinski ekolozi su definisali i **„ dominantni pogled na svet“** [23],pod kojim su podrazumevali glavni uzrok ekoloških razaranja. U skladu sa tim, osnovni principi dubinske ekologije su sadržali visok nivo osvešćenosti za očuvanje životne sredine i uspostavljanja jednakog tretmana ljudi i ostalih živih bića. Akcenat je bio stavljen i na nužnu promenu u politikama koje se bave zaštitom životne sredine, što je dalje moralo uticati na ekonomske, tehnološke i ideološke nomenklature.[24]

Tokom 80-ih godina, ovaj pokret se pretvorio u tzv. **"ekofilozofiju"**[25], koja nažalost nije dalje odmakla od odbijanja napada na sebe da je zapravo, prikriveni ljudski kolonijalizam. Neki su ih napadali da na ovaj način žele da zadrže sva prirodna bogatstva samo za ljude koji su bogati,iako ni u jednom svom razmišljanju nisu to naveli.No, ostalo je kao nerazrešeno pitanje, kako bi se principi "dubinske ekologije" mogli primenjivati u različitim društvenim , ekonomskim i životnim uslovima.[26]

Osnova dubinske ekologije je da se ceo živi sistem mora smatrati jedinstvenom celinom. Dobila je prefiks „dubinska“ jer zalazi u dublja i šira razmatranja odnosa ljudi sa životnom sredinom, izvlačeći iz toga filozofske zaključke. Arne Naes govori o „plitkoj““ i „dubinskoj“ ekologiji. Prvi tip ekologije se bori protiv zagađenja i iscrpljivanja prirodnih resursa

---

[22] Ćorić D.: Ekološka etika - pojam, istorijat i pravci razvoja, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2012, Vol. 46, No 1, pp. 459-473,

[23] Džozef R.de Žarden,, navedeno delo, str.333.

[24] Džozef R.de Žarden,, navedeno delo, str.333.

[25] Ili, kako je Naes to nazvao-ekozofijom, detaljnije o nazivu cele filozofske orijentacije i objašnjenjima kod : *T.Markus: Dubinska ekologija kao ekološka filozofija, Soc. Ekol.Zagreb, Vol 12(2003), br 3-4,(143-163)*

[26] Tako je Endrju Meklaflin analizirao kompatibilnost i inkompatibilnost kapitalističkih i socijalističkih država sa principima dubinske ekologije. Iako kapitalizam sam po svojoj svrsi, ciljevima i posledicama ne može biti kompatibilan sa dubinskom ekologijom, jer ga upravo ona najviše i kritikuje, socijalizam je u ovoj analizi označen kao „više inkompatibilan sistem od kapitalizma“. Više o ovome *:Andrew Mclaughlin: Regarding Nature-Industrialism and deep Ecology,State Universitz of New York, 1993. Ppg 17-78.*

a poseban akcenat se stavlja na sprovođenju ove borbe i očuvanju zdravlja ljudi u razvijenim državama. Sa druge strane „dubinska" ekologija sprovodi sledeće aktivnosti i principe :[27]

" **1. Odbacivanje slike čoveka u okruženju u korist relacione predstave celina-polje** *(Rejection of the man-in-environment image infavor of the relational, total-field image).*

2. **Biosferični egalitarizam – u principu** *(Biospherical egalitarianism– in principle).* Sve vrste imaju jednako pravo na život.

3. **Principi diverziteta i simbioze** *(Principles of diversity and of symbiosis).*

4. **Antiklasni stav** *(Anti-class posture).* Smisao ovoga ekološkog principa je da u prirodi ne postoje klase višega i nižega reda.

5. **Borba protiv zagađivanja i iscrpljivanja resursa** *(Fight against pollution and resource depletion*

6. **Kompleksnost, a ne komplikovanost** (Complexity, not complication).

7. **Lokalna autonomija i decentralizacija** *(Local autonomy and decentralization).* Ranjivost formi života strogo je proporcionalna težini uticaja spolja na lokalni region, unutar koga postoji ekološka ravnoteža. Zato je potreban princip decentralizacije, koji je podržan iz ekološkog polja, i koji olakšava rešavanje ekoloških problema ".[28]

Dubinska ekologija predstavlja imajući ranije navedeno u vidu, **„suštinsku preorijentaciju naše civilizacije"**[29]. No i pored toga, kritikuju je da predstavlja političku i filozofsku radikalnu granu environmentalizma, da je kao takva duboko mizantropska te da ljudsko bitisanje i humanost posmatraju kao patološku pojavu na zemlji.

Arne Naes je definisao prva dva bitna načela kojim dubinska ekologija treba da se rukovodi:

1. samorealizacija koja prevladava „usko egoistično jastvo" u korist identifikacije sa sve širim nivoima ljudskog i ne-ljudskog sveta

---

[27] Prevod ovih principa, shodno prevodu u delu: Milan Mišković: Održivi razvoj i dubinska ekologija, Filozofeme,Srpski filozofski forum, 2008, str.47-48, dostupno na : http://www.srpskifilozofskiforum.com/Zbornik_8.pdf. Naš prevod bi bio sličan, ali smo - se opredelili da navedemo prevod ovog autora, kao adekvatniji ,i prevod objašnjenja samih principa.

[28] Principi u svom originalnom obliku, kako ih je Arne Naes naveo se nalaze na u članku : *Arne Naes: THE SHALLOW AND THE DEEP, LONG RANGE ECOLOGY MOVEMENTS, Inquiry, 16*, 95-100, *e(1973) dostupan na : http://www.alamut.com/subj/ideologies/ pessimism/Naess_deepEcology.html*, kao i na linku: *http://www.ecology.ethz.ch/education/ Readings_stuff/Naess_1973.pdf, pristup sajtu :1.12.2012.*

[29] David R. Keller, navedeno delo,str. 208

da bi se postiglo „ekološko jastvo“[30] Ili još bolje objašnjeno: „Umesto da se identifikujemo sa sopstvenim egom ili porodicom, učili bismo kako da se identifikujemo sa drvećem, životinjama i biljkama, čitavom ekosferom. Ovo bi uključivalo prilično radikalnu promenu svesti, ali bi naše ponašanje učinilo konzistentnijim onim što nam nauka kaže o tome šta je potrebno za blagostanje na Zemlji. Jednostavno ne bismo činili određene stvari koje razaraju planetu, isto kao što ne bismo odsekli ni sopstveni prst.“ [31]

2. biocentrična jednakost - pravo svake vrste, kao vrednosti same po sebi, na nesmetan i slobodan razvoj u svom staništu.Biocentrični stav bliži je istini o prirodi života na Zemlji. Čovek nije toliko jedinstveno biće, i toliko klasa iznad ostalih bića, već je integralni deo života i nas i Zemlje. Dubinski ekolozi veruju da je potrebno da razvijemo jedan manje dominantan i manje agresivan stav prema Zemlji ako mislimo da je očuvamo te i da sami preživimo.To možemo postići i dostići samo ako svakog posmatramo kao potpuno jednake biološke jedinke.

Posmatrano sa ove tačke gledišta, šta je to zaista toliko sporno u osnovi dubinske ekologije?

Osnova dubinske ekologije

U teorijskom smislu, dubinska ekologija počiva na dva osnova, na **aksiologiji biocentričnog egalitarizma** i na **ontologiji metafizičkog holizma**, koji sugeriše da se biosfera ne sadrži samo od entiteta koji su dovoljni sami sebi, već od individua koje čine ontološku nedeljivu celinu[32].

Prvi princip, biocentrični(biosferski) egalitarizam[33]„ uzima da sve biote **imaju jednaku intrističku vrednost** i poriče različitost u vrednovanju živih bića. Bil Deval [34]je rekao da su svi organizmi i entiteti u ekosferi jednaki u toj intrističkoj vrednosti. Međutim je Naes dodao ovoj definiciji reči "u principu"(princip br. 2 na str. 8 ovog rada-*videti),* jer realna praksa ipak zahteva „ponešto ubijanja, zlostavljanja i uništavanja, kao i eksploatacije i suzbijanja otpora“.

---

[30] Termini pod navodnicima, kao najbolji mogući prevod sa engleskog jezika, preuzeti iz dela: *T.Markus: Dubinska ekologija kao ekološka filozofija, Soc. Ekol.Zagreb, Vol 12(2003), br 3-4,(143-163)*

[31] *http://www.zdravzivot.com/Ekologija/Ekovesti/Dubinska-ekologija-put-spasenja-Planete.html, pristup sajtu :1.12.2012.*

[32] *David R. Keller,navedeno delo, str. 208*

[33] *Ibid*

[34] *Devall, B., and G. Sessions, Deep Ecology: Living as if Nature Mattered*, Salt Lake City: Peregrine *Smith, 1985.*

Vrednovanje ljudskih bića u teleologiji velikog lanca živih bića jeste okosnica vrednovanja i intelektualne tradicije i javni oblik nekih varijanti ekološke etike.Poričući ljudski posebni moralni obzir, dubinska ekologija nije ne antropocentrična, već **anti -antropocentrična.**

Sešon je kategorički odbio bilo kakvu razlikujuću aksiologiju na osnovu čega bi hijerarhija vrednosti počivala na izjavi o moralnoj superiornosti[35]. Sešon upozorava da bilo koja komparativna aksiologija sadrži i određeni red i raspored utvrđivanja vrednosti u ovom svetu. [36]Na konferenciji održanoj 1979. godine ,Sešon je upozorio eko- etičare na očekivanja koja bi proistekla iz obraćanja pažnje na metafiziku baziranoj na intenzitetu osećanja. Nije stvar u tome da li ljudi imaju najviši nivo osećanja, emocija ili razuma u odnosu na ostala bića, već kako se ponašaju prema ostatku prirode.Upravo bi taj "višak" emocija i razuma trebao da im bude "vodilja" ka racionalnijem trošenju prirodnih resursa.

Drugi pristup je **metafizički holizam**.[37]Foks[38] kaže da je u pitanju ideja da više ne možemo da napravimo tako jaku ontološku razliku između ljudskog i ne-ljudskog realma. U kontekstu toga da prepoznajemo granice između ova dva sveta, ostajemo uskraćeni za iskustvo koje daje duboko ekološka misao. Kroz ovo osvešćenje, ontološka ograničenja se šire prema spolja, tj pomeraju se granice, uključujući sve više živog sveta u svoj sadržaj. To znači potpuno izjednačenje vrednosti članova ljudskog i ne-ljudskog sveta.

Prepoznajemo i prihvatamo intrističku vrednost i drugih živih bića, istovremeno prepoznajemo i solidarnost svih živih formi. Kada su granice između živih bića shvaćene kao iluzorne, veoma lako se i interesi biosfere shvataju kao sopstveni. Deval zato žestoko tvrdi da ako povređujemo prirodu, povređujemo i same sebe. Nema nikakvih granica i sve je povezano. Daju primer imaginarnog aktiviste Džona Sida[39], koji rečenicu : *Ja štitim kišne šume*, pretvara u rečenicu : *Ja sam deo kišnih šuma i sam sebe štitim, deo sam kišne šume koja je počela da*

---

[35] *David R. Keller*, navedeno delo, str 209; *Devall, B., and G. Sessions*, navedeno delo, str 12-17.

[36] U originalnom tekstu Sešon ovu situaciju metaforički naziva „ redosled kljucanja u ovom moralnom kokošinjcu“. *Devall, B., and G. Sessions*,navedeno delo, str.38.

[37] David R. Keller, navedeno dleo, str 208.; Devall, B., and G. Sessions,navedeno delo, str 47.

[38] *Fox, W., 1984. "Deep Ecology: A New Philosophy of Our Time?"* The Ecologist *14: 194-200.*

[39] U pitanju je igra reči, Džon je najčešće ime koje se daje imaginarnim licima u Americi, kao što mi nazivamo ljude u primerima Marko Marković ili Petar Petrović.Sid (*Seed)* označava seme, što ima svoj podtekst, u kontekstu same dubinske ekologije.

razmišlja[40]. Promena je ovde duhovnog tipa, da počnemo da razmišljamo kao planine, kao reke itd,.

Principi dubinske ekologije

Na osnovu sedam principa dubinske ekologije, Arne Nes i Džordž Sešon formulisali su **platformu dubinske ekologije u sledećih osam tačaka**[41]:

1. Blagostanje i procvat ljudskog i ne- ljudskog života na Zemlji imaju svoje unutrašnje vrednosti. Ove vrednosti su nezavisne od koristi ne- ljudskog sveta za ljudske ciljeve.

2. Bogatstvo i raznovrsnost životnih formi doprinose shvatanju ovih vrednosti, a takođe su vredne i same po sebi.

3. Ljudi nemaju pravo da umanjuju ovo bogatstvo i raznovrsnost izuzev za zadovoljavanje svojih vitalnih potreba.

4. Sadašnje ljudsko uplitanje u ne-ljudski svet je preterano, a ovo stanje se brzo pogoršava.

5. Procvat ljudskog života i kulture kompatibilan je sa umanjenjem ljudske populacije[42]. Procvat ne-ljudskog života takođe zahteva jedno ovakvo umanjenje, ali ne usled toga što će ljudi na to uticati.

6. Načela politike moraju se menjati[43]. Tačnije, ne smeju se menjati shodno izbornim ciklusima.

7. Ideološka promena se u najvećoj meri tiče sve većeg razumevanja kvaliteta života analitičkog raspravljanja o slučajevima unutrašnjih vrednosti, a ne praćenja sve višeg standarda života.

8. Oni koji se slažu sa prethodnim tačkama obavezuju se da direktno ili indirektno učestvuju u pokušaju ostvarivanja neophodnih promena.

---

[40] *David R. Keller, navedeno delo. Takođe i Fox, W, navedeno delo*.

[41] Dostupno na*: http://www.all-creatures.org/articles/env-theeight.html i http://churchofdeepecology.org/about-2/, pristup sajtu 1.12.2012.*

[42] Najčešće kritikovan princip, koji se odnosi na smanjenje populacije, tačnije kontrolu populacije. Mnogoljudne države, kao što je npr. Kina takvu kontrolu su već uvele, - ali je pitanje koliko će takva kontrola opstati pod pritiskom razvijenog sveta. Deluje na prvi pogled varvarski i neljudski, ali je sa stanovišta dubinske ekologije potpuno-ispravna.

[43] O menjanju politike i njenog odnosa prema ekologiji i životnoj sredini pisali su i M.Vuković, D.Ranđelović:Vrednosti životne sredine kao sastavni deo političkog procesa, http://www.mibor.rs/arhiva/pdf/ekoist04/ekoist04_e7_02.pdf *pristup sajtu 1.12.2012.* Ovi autori su na stanovištu da je sve zapravo veliki politički proces u koji bi trebala da bude integrisana i ideja o ekologiji sa svojim ciljevima i odnosima sa drugim sferama društvenog života.problem stavraju politički procesi koji se odvijaju u kratkim ciklusima od 4 ili eventualno 8 godina, te svaka promena političkog vrha automatski i nužno dovodi do promene u odnosu prema ekologiji.

Principi dubinske ekologije su izazivali brojne žestoke kritike, kao i sami njeni zastupnici. Čini se da je Naes jedan od retkih koji je sve vreme, možda i osećajući teret toga što je osnivač ove ekološke orijentacije, ostao dosledan osnovnim principima koje je sam postavio. Vorvik Foks je počeo sa izrazitom naklonošću ka stavovima dubinske ekologije,ali je završio kao jedan od kritičara iste. Slično su postupale i pripadnice ekofeminističke misli Val Plimvud i Karen Voren, kao i eko-anarhisti Džon Marki i Dejvid Votson. U poslednjem izdanju knjige o filozofiji zaštitne sredine, odeljak koji je pisao Sešon je u potpunosti izbačen, jer je smatran „zastarelim i neprikladnim za nove uslove živote".[44]

Kritika i podrška dubinskoj ekologiji

Iako su se predstavnici dubinske ekologiji trudili da pomire i nepomirljive stvari i ubeđenja u okviru svoje orijentacije, a uvek sa istim ciljem, promovisanjem (radikalno) biocentričnog pristupa životu na zemlji, ipak su im bile upućivane najrazličitije rktike. Počev od toga da su smatrani mizantropima, protivnicima demokratije,i neiskrenima u pogledu sopstvene orijentacije, te da su predstavnici ekofašizma i nerealni u pogledu zahteva koje postavljaju, mnogi predstavnici su vremenom sopstvene stavove i ublažavali. Vraćanje na stare, primitivne zajednice nije više moguće, imajući u vidu nivo tehničkih i tehnoloških dostignuća. Sva ta dostignuća ne trebaju i ne smeju biti zanemarena.Ona jesu proizvod čoveka i ljudske inteligencije, koja je morala da s vremena na vreme uzme i po neku žrtvu[45], no to je ne čini automatski i klasičnim „negativcem".[46]

Neki teoretičari su na stabilnom stanovištu da dubinska ekologija nije normativni sistem. Naes je, sa druge strane, uporno tvrdio da je ova nauka suštinski deskriptivna. Za njega, ekofenomenologija promoviše direktno sticanje iskustva o kvalitetu prirode, tj njen konkretni sadržaj.Tako je dubinska ekologija samo nabrajanje opštih principa koji komanduje pristankom osoba na određene radnje ili uzdržavanja. Ceo sistem je izgra-

---

[44] U pitanju je knjiga*: M. Zimmermann, J.Baird Callicot, Karen J.Warren, Irene Claver, john Clarck, editors.-Environemental Philosophy –from animal Rights to Radical Ecologz, Prentice hall, New Jerseu, 2005.*

[45] Sam Naes je govorio da je neka „mera ubijanja, maltretiranja i uništavanje životne sredine prosto nužna".

[46] Tomislav Markus . Dubinska ekologija i suvremena ekološka kriza .Jedan bioekološki pregled . Hrvatsko sociološko društvo - Institut za društvena istraživanja - Zavod za sociologiju Odsjeka za sociologiju Filozofskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu , Zagreb , 2006, str. 34.

đen, branio se Naes, da bi bio otvoren ka direktnom razumevanju prirode.[47] Međutim da li zaista sva bića jednako vrede ? Rečima američkog filozofa, Brajana Nortona[48], ali i Berda Kalikota[49], ekološka etika ne može i ne sme pridavati jednaku moralnu važnost i vrednost svim živim bićima jer je to nemoguće i nepravedno.

Foks je slično smatrao, ako su svi oganizmi jednake intrističke vrednosti, zagovornici dubinske ekologije će „jednako da jedu teletinu kao što jedu i povrće ili voće". Govorio je, da ako ovi ekolozi ne nađu neku prihvatljivu definiciju antropocentrizma, ostaće upamćeni u istoriji kao zastupnici *Prokrustove etike*,[50] budući da stalno pokušavaju da sve žive organizme uklope u isti sistem istih intrističnih vrednosti. Foks je posebno tražio napuštanje biocentričnog egalitarizma i umesto toga ustanovljavanje da sve biote imaju intrističku vrednost ali da nisu svi isti u toj svojoj vrednosti jer ih razlikuje bogatstvo iskustva[51]. Foks je tako svoju teoriju prekrstio u **transpersonalnu ekologiju** i to 1995. godine[52].Od tada je pomerio grancie od osnovnih stanovišta dubinske ekologije i *tražio više integrisan pristup* koji isključuje međuljudsku etiku, etiku prirodnog okruženja i etiku ljudski konstruisanog okruženja.

Dubinsku ekologiju su posebno kritikovali predstavnici socijalne ekologije i ekofeminizma. Socijalni ekolozi su već ranije označili biocentričnu teoriju kao mizantropsku. Marej Bukčin[53] ih je kritikovao zato što su ljudska bića sveli na običnu vrstu, "nešto" što je previše naselilo planetu i isisava njene resurse i da istorijska zoologizacija iste sprečava da vide prave kulturne uzroke prblema njihovog okruženja.

Sa stanovišta ekofeminizma, ideja samorealizacije je patrijarhalna. Postoje ozbiljni konflikti interesa između konstitutivnih članova velikih grupa, da čak ni proširena sopstvenost ne može adekvatno da prepozna

---

[47] David R.Keller, navedeno delo, str.212

[48] Norton, B.,. *Toward Unity Among Environmentalists*, New York: Oxford University Press. 1991

[49] Callicott, J.B 1985. "Intrinsic Value, Quantum Theory, and Environmental Ethics", reprinted in Callicott 1989, pp. 157-74

[50] Prokrust je živeo u Atici, u dolini reke Kefis i imao je gostionicu u koju je pozivao putnike namernike da ih ugosti i da se odmore u njegovoj postelji. Ako je postelja gostu bila mala Prokrust bi mu odsecao noge, a ako bi mu postelja bila velika on bi ga istezao. **Prokrustova postelja** je fraza koja se upotrebljava kada se nešto silom pokušava ukalupiti u neodgovarajuće okvire ili da označi pravu meru (ni više ni manje). David R.Keller, navedeno delo, str 211.

[51] Što podseća na komutativnu i distributivnu pravdu.

[52] *David R.Keller, Ibid.*

[53] *Bookchin, M 1987. :"Social Ecology Versus Deep Ecology",* Green Perspectives: Newsletter of the Green Program Project*, numbers 4, 5 r*

realnost ovih konflikata .U političkoj areni, smatra Val Plimvud[54] holisti su prinuđeni da zauzmu arogantnu poziciju iz koje se pretpostavlja da svako ko se ne slaže sa nečim zapravo ne razume i ne zna šta je najbolje za njega ili nju.Umesto da se takvoj situaciji priđe pomirljivo, ova grupa holista pristupa nekako pravednički i osvetnički. Dakle, ne kažu da vide da neko ima drugačije interese i shvatanje od njihovog, i da tu postoji konflikt koji bi se mogao rešiti kompromisom, već kažu da znaju šta je dobro za drugog a da konflikt postoji jer taj drugi ne zna šta je dobro za njega a oni to na sreću ovih što ne znaju, znaju šta je dobro za njih i oni će ih u sve to uputiti.

Ekofeministi[55] sumnjaju da je ovo stvaranje fronta za imperijalističku filozofiju sopstva, koja se proteže od istog motiva da se kontroliše društvo, a potiče iz istog korena kao i patrijarhalizam. Prema ekofeministima i njihovoj kritici dubinske ekologije, nema nikakve garancije da potrebe kišnih šuma treba da budu „zvezda vodilja" za potrebe aktiviste Džona Sida.Zašto da njegove potrebe ne diktiraju potrebe kišne šume? Ili da potrebe nezaposlenih drvoseča diktiraju način ponašanja i Džonu Sidu i kišnoj šumi?

Pripadnice ekološke feminističke teorije su uvek naglašavale da stvarni problem nije antropocentrizam već androcentrizam – usmerenost na muškarca[56]. „Punih 10.000 godina patrijarhalnosti ultimativno je odgovorno za razaranje biosfere i razvoj autoritarne prakse, kako socijalno tako i sredinski."[57] Dubinski ekolozi se slažu donekle sa ovom kritikom. Patrijarhat ima svog udela u nasilju nad ženama i prirodom, ali njegovo ukidanje ne rešava nužno sve postojeće probleme. Socijalni dijalog, baziran na pravednosti, jednakosti i pravima i slobodama-povratak na jedan normalan vrednosni sistem bi bio uvod u rešavanje problema.

---

[54] *Plumwood, V 1999. "Comments: Self-Realization and Man Apart? The Reed-Næss Debate", in Witoszek and Brennan (eds.) 1999, pp. 206-10.*

[55] U pogledu ekofeminizma, upućujemo na naš prethodni rad u sledećem delu : „Inestra King, koja se krajem 80-ih godina prošlog veka izdvojila kao prominentna predstavnica ove misli[55], isticala je da "dominacija muškaraca nad ženama predstavlja istorijsku organizacionu formu u ljudskom društvu sa kojima počinje svaka hijerarhija u društvu....tako se i eksploatacija prirode može posmatrati kao manifestacija i produbljivanje načina ugnjetavanja žena, jer se priroda na razne načine "udružuje" sa ženama i podržava ih, koje su već dovoljno inferiorne i ugnjetavane kulturom u kojoj dominiraju muškarci." Ćorić D.: Ekološka etika - pojam, istorijat i pravci razvoja, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2012, Vol. 46, No 1,

[56] Isti je definisala Val Plimvud, Ćorić D., navedeno delo.

[57] *http://www.zdravzivot.com/Ekologija/Ekovesti/Dubinska-ekologija-put-spasenja-Planete.html, pristup sajtu 1.12.2012.*

Ričard Silvan [58]ističe da premisa da pojedinci nisu potpuno diskretni ne utiče na zaključak da su svi odnosi interne prirode i da su svi pojedinci -ontološke himere. Sigurno je da uklanjanje ljudskog aparthejda i nadmoći jesu izuzetno bitni, prilikom utvrđivanja dublje vrednosti ove teorije. Silvan je i postavio pitanje, da li je moguće da bi osnovni postulati zapadnjačke filozofije : (svojevrstan) despotizam(čoveka prema prirodi), upravljanje prirodnim resursima i usavršavanje prirode po merilima čoveka, mogli biti izmenjeni i postavljeni tako da se pravedno donose prema postojećoj ekološkoj realnosti - a ona uopšte nije sjajna.[59]

Možda središte problema predstavlja nejasno uspostavljena hijerarhija i poštovanje autoriteta? M. Bukčin kaže da su ovo stvarni problemi, izraženi kako društveno tako i sredinski. [60]Socijalni ekolozi s tim u vezi kažu, da nam je potrebna promena u društvenoj strukturi, i da će eliminacija autoritarnosti i hijerarhije u ljudskom društvu značiti kraj ekološke krize. Dubinski ekolozi kažu da nema uverenosti da će se to i dogoditi., kao što ni ukidanje patrijarhalne crte ponašanja uopšte ,neće dovesti do mira u svetu.

Ruso i dubinska ekologija

Interesantna je misao na koju smo naišli tokom istraživanja o dubinskoj ekologiji. Naime, ima autora [61]koji smatraju da je upravo Žan Žak Ruso bio jedan od **preteča dubinske ekologije**, sa svojim prirodnopravnim filozofskim stanovištem. "Uvek mi je bila strana ta sklonost duha da sve svodina materijalnu korist, da svuda traži dobit i lek, zbog nje bi se na prirodu gledalo sa ravnodušnošću", pisao je Ruso u svojim *Sanjarijama usamljenog šetača*. " U tom se pogledu osećam potpuno drugačiji od drugih ljudi, jer sve što se odnosi na moje potrebe rastužuje i kvari moje misli, jer sam u duhovnim stvarima mogao da uživam u potpunosti samo kad bih potpuno zanemario potrebe svog tela...osećam ushićenje, neizrecivi zanos kada se utapam u sistem bića i poistovećujem sa celom prirodom " naveo je dalje Ruso, time ukratko objašnjavajući i svoju opsesiju botanikom i filozofsku ideju o prirodnim pravima.[62]

---

[58] *Sylvan, Richard, Bennett, David, 1994.* The Greening of Ethics*, Cambridge: White Horse Press.*

[59] *George Session:The Deep Ecology Movement: A Review Author(s),Environmental Review: ER, Vol. 11, No. 2, (Summer, 1987), p. 111.*

[60] *http://www.zdravzivot.com/Ekologija/Ekovesti/Dubinska-ekologija-put-spasenja-Planete.html, pristup sajtu 1.12.2012.*

[61] *Rade Kalanj: Jean-Jacques Rousseau i ekološko pitanje, Soc. ekol. Zagreb, Vol. 21 (2012.), No. 2 , str 179-201*

[62] Žan Žak Ruso: Autobiografski spisi,izd.knjižarnica Zorana Stojanovića,Novi Sad Sr.Karlovci- Ispovesti(prevod Radmilo Stojanović i Borivoje Glišić), , Sanjarije usamljenog šetača(prevod: Mira Vuković), 2000, str.638-639.

Osećao se samim, kao na stranoj planeti, okružen tim materijalizmom koji guši i ljude i sav život oko njega. Sloboda građanima, kliknuo je on više puta,ali posmatrano sa aspekta poslednjih svojih dela, koja su bila u donekle samooptužujućem tonu, njegov poklič se pretvarao u: sloboda prirodi, sloboda onom prirodnom a još uvek postojećem u svima nama. Sami dubinski ekolozi se nikada izričito ne pozivaju na ono što se može tumačiti izvornim ekološkim mislima Rusoa. Međutim, imamo u vidu njegovo razmišljanje o promeni paradigme samog čoveka, koji je potekao od prirode i živeo u saglasju sa prirodom i onda je , odjednom, postao uništititelj i pokoritelj iste te prirode iz koje potiče i samim tim uništava i sopstvenu budućnost. Čovek je time hteo da postiže sopstvenu **"usavršivost",** često nauštrb biljnog i životinjskog sveta. Promene koje je činio i štete koje je tom prilikom stvarao nisu se uvek mogle adekvtano ili čak i nikako nadoknaditi[63].

Rusoovo razmišljanje, smatraju ovi autori, može se "kao odjek" pronaći u stavovima Džordža Snajdera, kog smo već spominjali u radu, u delu u kom govori o svojevrsnom raskoraku ljudi sa prirodom. Taj raskorak je nastao zbog toga što je čovek popustio pred svojim strastima,pred konzumerizmom, pred beskompromisnim zadovoljavanjem svojim luksuznih potreba, koje nužno uništavaju ljudsku okolinu. Borba za "moje", koje je drugačije i mora biti veće, više, i bogatije od "tvojeg" nas dovodi danas do ruba egzistencije i to u environmentalističkom vidu.[64] S tim u vezi se utvrđuje "ekološka inspirativnost" ovog značajnog mislioca prosvetiteljstva.[65]

---

[63] „Postoji, kaže on, i drugo specifi čno svojstvo koje ih dijeli i koje se ne može osporavati: to je sposobnost usavršavanja koja uz pomoć okolnosti razvija sve ostale, a usađena je u nas kao vrstu isto toliko koliko i u pojedince, dok je neka životinja za nekoliko mjeseci već onakva kakva će biti čitav život, a njezina vrsta nakon tisuću godina ono što je bila u prvoj od tih tisuću godina.....,dok životinja koja ništa nije stekla pa nema što ni izgubiti, ostaje uvijek sa svojim instinktom,čovjek, gubeći u starosti ili nekim drugim nezgodama sve ono što je pomoću svoje *usavršivosti* stekao pada čak niže od životinje same? Teško nam je što moramo priznati da je ta značajna i gotovo neograničena sposobnost izvor svih čovjekovih nevolja: ona ga je u toku vremena izvukla iz onih prirodnih uvjeta u kojima bi on proživio mirne i nevine dane, ona ga je, razvivši u toku stoljeća njegove spoznaje i zablude, poroke i vrline, učinila konačno tiraninom sebe sama i prirode“. *Rasprave,* citat prema Rade Kalanj, str.189(budući da nam u momentu pisanja rada nije bio dostupan izvorni tekst)

[64] Rade Kalanj, navedeno delo, str 190.

[65] O sveobuhvatnoj analizi ekološke inspirisanosti Rusoa, više videti u ranije navedenom radu Radeta Kalanja.

Živeti kao da je priroda bitna-perspektiva postojanja i razvoja dubinske ekologije.

Dubinski ekolozi su smatrali da nije potrebno ništa novo da se stvori već da se probudi ono što je postojeće ali je zapostavljeno a to je razumevanje mudrosti Zemlje, do koje stižemo uz postavljanje **ekološke odgovornosti**.[66] Moramo iznova **stvoriti i kultivisati ekološku svest**, ali ne zarad marketinga, već zbog samog čovečanstva. Posebno ironično su se obraćali onima koji misle da žive u najboljem od svih svetova, jer svako dosezanje vrhunca dobija svoj sopstveni pad.

Uzmimo u obzir da je došlo do promene strana i odnosa snaga u okviru balansa snaga između čovečanstva i zemlje. Priroda, koja je nekada bila strog i zastrašujući gospodar, sada leži potčinjena i potrebna joj je zaštita od ljudske moći.Čak iako čovek poseduje mnoge intelektualne sposobnosti i tehnička dostignuća, on ostaje upućen na prirodu, ovaj balans se preokrenuo i protiv čoveka , tj njemu na štetu i pretnja koju on predstavlja po zemlju je u pretnja njemu samom.

Najveći problem na svetu jeste razlika između načina na koji priroda funkcioniše i načina na koji čovek razmišlja. Te dve disfunkcionalne polovine savremenog sveta moraju dostići ponovni balans.

Zašto je dubinska ekologija toliko potrebna ovom i ovakvom modernom svetu? Klasični environmentalizam je suviše posećen svakodnevnim užasima[67], smatraju dubinski ekolozi, i nedostaje mu perspektiva predviđanja.Za to je potrebno, smatraju oni, izvršiti profesionalizaciju ekoloških pokreta i njihovih aktivista, na način na koji to rade političari i stranke u svojim kampanjama.[68]

Jedan scenario moguće uloge ekološkog pokreta bi bio inkorporisanje u neki još veći pokret[69].na način kako je to učinjeno sa raspravama jezutiskog učenjaka de Šardina[70] ,nazvanima i **"ekološkom spiritualnošću"** .

Još jedan pristup ekološkim pokretima jeste *libertarijanski*[71].Džon Bajden i biolog Geret Hardin su radili na "racionalnoj osnovi" za očuvanje životne sredine. Hardin se bavio pitanjem velike ljudske populacije i

---

[66] Ljubiša Despotović, Ekologija kao kritika modernosti, Noema, Futura publikacije, 1993, str. 129

[67] *David R.Keller, navedeno delo, str. 212.*

[68] *David R.Keller*

[69] *David R.Keller, navedeno delo.str.210.*

[70] *http://www.gaiamind.com/Teilhard.html*, pristup sajtu 1.12.2012. , kao i kratka odrednica u *Encyclopedia of Environmental Science, eds. David E.Alexander and Rhodes W. Fairbridge, Kluwer Academic Pubvslihers, 199, pg 596.*

[71] *David R.Keller, navedebno delo.*

prenaseljenosti zemlje a samim tim i drastičnim smanjenjem resursa . Iako često osporavan zbog svojih stavova i akcija[72] koje su se graničili sa rasizmom i skoro fašizmom, Hardin je bio značajan predstavnik dubinske ekologije, i to onog dela koji se bavi Naesovim šestim principom (prenaseljenošću ljudi na zemlji)[73] Prevazilaženje *tragedije običnih ljudi* [74]i cele zajednice jeste ono što će samo najjačima dozvoliti opstanak. .Kapacitet i vrednost neke parcele je skup žita, ovaca, drva i sl.koji mogu da budu odgajani bez obzira da li se smanjuje faktički kapacitet parcele a da to dovodi do povećanja i nagažovanja višeprirodnih resursa.Kada ljudi poseduju parcelu kao zajednica, svako teži ka maksimiziranju kratkoročnih dobita a nauštrb troškova cele zajednice.

Svaki od predloženih način ekološkog aktivizma je manljiv u nekom smislu. Jedino dubinska ekologija može istovremeno da zadovolji sve naše zahteve, smatrali su njeni predstavnici, da povrati poverenje u institucije, inspiriše hrabrost da se preduzme direktna akcija a pruža nam i mogućnost da postanemo realniji u pogledu sopstvenih uslova života.[75].

Dubinska ekologija je proces stalnog produbljivanja i i skoro sokratovski, postavljanja pitanja nama samima, preispitivanje dominantnih shvatanja u našoj kulturi i istina naše realnosti.Shvatanje da je čovek sudbinski predodređen da gospodari prirodom je univerzalni proizvod ljudske kulture zanemarujući da je on potekao od iste te prirode kojojm bi tako oštro i žestoko da gospodari.

Da li nam je ipak potrebna ovakva filozofska i ekološka misao?

Foks je još 1995 godine smatrao da je dubinska ekologija dostigla svoj vrhunac iscrpivši sve svoje domete, čak je u knjizi o ekofilozofiji iz 2005[76] uklonjeno poglavlje koje se odnosi na dubinsku ekologiju.U poređenju sa drugim teorijama,nije se uspela izgraditi kao potpun sistem - smatraju njeni kritičari.Sa ovim se možemo umnogome složiti, jer za toli-

[72] Izvor: http://en.wikipedia.org/wiki/Garrett_Hardin, pristup sajtu 1.12.2012.

[73] Postavio je i jedno etičko pitanje koje se i danas razmatra na mnogim svetskim fakultetima a to je tzv ***dilema čamca za spasavanje***. Nakon brodoloma u čamcu se nalazi 50 ljudi a ima mesta za još 10. Čamac je okružen desetinama ljudi koji bi da uđu u taj čamac i spasu se. Po kojim kriterijumima će ovi iz čamca neke brodolomnike uzeti na čamac, ili ih ostaviti u vodi? *http://en.wikipedia.org/wiki/Lifeboat_ethics,* pristup sajtu 1.12.2012.

[74] *http://en.wikipedia.org/wiki/Tragedy_of_the_commons,* pristup sajtu 1.12.2012.

[75] *Encyclopedia of Religion and Nature, edited by Bron taylor, New Zork, London, Continuum, 2005, ppg 494-499. http://www.religionandnature.com/ern/sample/taylor--deepecology.pdf,* pristup sajtu 1.12.2012.

[76] *http://www.warwickfox.com/full_list_of_publs.html,* pristup sajtu 1.12.2012.

ko decenija svog postojanja i aktivnog rada na unapređenju sopstvenih principa, nisu iznedrili jedan konzistentan i prihvatljiv sistem rešenja. Ponudili su samo-principe, ali konkretna rešenja koja bi mogla proisteći iz tih principa su izostala.[77]

Ekološka kriza postoji decenijama i vekovima.Ona je, kako kaže T. Markus:"..kulminacija nekoliko tisuća godina deforestizacije, salinizacije tla, istrebljivanja vrsta, lokalnog zagađivanja i drugih oblika destruktivne djelatnosti agrociviliziranog čovjeka. Ekološka destrukcija zbiva se u modernim društvima tako ubrzanim i naglim tempom, s mnogim novim problemima, da ih današnji ljudi mogu postati svjesni čak i iz ograničene perspektive vlastitog života".[78]

Oni koji su jači i bolje organizovani pobeđuju. Ili rečima ekologije , opstaju. To nas automatski dovodi do toga, da ne mogu sva živa bića biti jednako vredna, jer ne poseduju isti nivo svesti, organizacije i razuma.dubinski ekolozi će postaviti opravdano pitanje: ako ljudi imaju višu svest od drugih živih bića, zašto onda uporno čine stvari koje idu dugoročno njima na štetu?Dubinski ekolozi ističu da se ovako ulazi u borbu koju čovek ni pored svoje više svesti i razuma ne može nikako dobiti.[79]A ko će je onda dobiti?

[77] David R.Keller, navedeno delo, str. 206'212

[78] Tomislav Markus . Dubinska ekologija i suvremena ekološka kriza .... str 15.

[79] Jan Keler : LIBERALIZAM I PRAVA PRIRODE ,TM G. XXX Br. 3 , Niš jul - septembar 2006, Str. 405 - 410.

Dragana Ćorić, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law

Deep Ecology-Creation of Theory, Principles and Prespectives

Abstract

From the landlord to victim, nature and our environment have gone the long way. It is destructed by the man, the only one that become from her. Deep ecology is a kind of philosophical theory , which would like to lead us to protect and respect our environment again, as we did it before. While trying to reconcile disfunctional parts of our lives and our indstialized present, deep ecology tried to resolve some rather important ecological issues. Although it is said that deep ecology is a kind of general and not so successfull ecological philosophy, that it is quiet misanthropic, almost terroristic, this theory has been populated thru decades, especially in USA and scandinavian countries. We think that it is important to know where are its „rights" and „wrongs", so that we can make our future better.

Key words: deep ecology, philosophy,ethics,equal value of all beings, balans

Originalni naučni rad 354:343.352(497.11)
doi:10.5937/zrpfns46-3174

Dr Aleksandar Martinović, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PRAVNA PRIRODA AGENCIJE ZA BORBU PROTIV KORUPCIJE – USTAVNO-PRAVNI, UPRAVNO-PRAVNI I UPOREDNO-PRAVNI ASPEKTI

Sažetak: *U Republici Srbiji postoji više desetina agencija čija je pravna priroda različita, u nekim situacijama čak i prilično nejasna i konfuzna. Pored tzv. javnih agencija, agencija kao nesamostalnih organa uprave, agencija kao posebnih organizacija i agencija kao javnih službi, u našem pravnom sistemu od 2008. godine postoji i Agencija za borbu protiv korupcije, u svojstvu „samostalnog i nezavisnog državnog organa". Budući da Ustav Republike Srbije ovu agenciju ne prepoznaje kao"samostalan i nezavisan državni organ", njena egzistencija je, u najmanju ruku, vanustavna, ako ne i protivustavna. Iskustva pojedinih evropskih država u borbi protiv korupcije pokazuju da u toj borbi mogu da učestvuju i specijalizovane državne institucije, osnovane od strane parlamenta ili vlade, sa većim ili manjim stepenom samostalnosti u svom radu. U red takvih država spada i Republika Srbija, u kojoj pored „klasičnih" državnih organa u borbi protiv korupcije učestvuje i Agencija za borbu protiv korupcije, državni organ koji ima mešovitu pravnu prirodu.*

Ključne reči: *agencije, korupcija, Agencija za borbu protiv korupcije, Ustav Republike Srbije, državna uprava.*

Opšte napomene o pravnoj prirodi agencija u pravnom sistemu Republike Srbije

U proteklih desetak godina u Republici Srbiji obrazovan je veliki broj državnih institucija koje nose zajednički naziv: „agencije". Ne postoji, međutim, konsenzus pravnih teoretičara o tome šta su, zapravo, agen-

cije: da li je reč o specifičnim organima uprave, posebnim (upravnim) organizacijama ili se naprosto radi o tzv. „nezavisnim regulatornim telima". Ove nedoumice rezultat su činjenice da je termin *agencija* „kod nas preuzet iz materijala pisanih engleskim jezikom. U toku ove decenije više puta su sprovođene „reforme državne uprave", a uglavnom u skladu sa preporukama različitih međunarodnih organizacija i tela. Pošto su materijali ovih organizacija pisani uglavnom na engleskom jeziku, a budući da u Americi i Velikoj Britaniji agencija predstavlja sinonim za organe uprave i jedinu oznaku za ove subjekte, po prvi put je u našu terminologiju ušao i izraz „agencija". Međutim, za razliku od naše zemlje, u kojoj se već dugo koristi tradicionalna evropska terminologija, u engleskom jeziku ovo predstavlja jedino ime za organe uprave, a termin „administrative organ" se u ovim zemljama ne koristi, šta više bio bi besmislen. Umesto da agencije iz ovakvih tekstova jednostavno prevedu sa terminom "organ uprave", neki naši zakonopisci su pomislili da su agencije neki novi subjekti, koji treba da postoje pored organa uprave. Tako je došlo do stvaranja trećih subjekata koji mogu da čine deo sistema državne uprave."[1] Prof. dr Predrag Dimitrijević, pak, napominje da u Republici Srbiji kao „vršioci upravne delatnosti mogu postojati i tzv. administrativne agencije („nezavisna upravna tela"), koja su nosioci prevashodno upravnih ovlašćenja ali raspolažu i određenim ovlašćenjima sudskog i zakonodavnog karaktera. Takve su npr. različite izborne komisije i dr."[2] Najzad, prof. dr Zoran R. Tomić ističe da se - „kao imaoci javnih ovlašćenja" - agencije u pravnom sistemu Republike Srbije mogu razlikovati od „državnih organa uprave i upravnih organizacija", pri čemu poseban položaj „imaju *nezavisne javne agencije regulatornog tipa*", osnovane „specijalnim zakonima: Komisija za hartije od vrednosti, Republička radiodifuzna agencija i druge."[3]

U nameri da konačno uvede red u osnivanju agencija i definisanju njihovog pravnog statusa, Vlada Republike Srbije je 2004. godine, u sklopu sprovođenja strategije reforme državne uprave (pod pokroviteljstvom OEBS-a), pripremila Predlog zakona o javnim agencijama, koji je u Narodnoj skupštini usvojen 2005. godine.[4] Prema Zakonu o javnim agencijama, javna agencija predstavlja organizaciju „koja se osniva za razvojne, stručne ili regulatorne poslove od opšteg interesa" (član 1. stav 1) ako

[1] D. Milkov: Upravno pravo I – uvodna i organizaciona pitanja, Novi Sad, 2012, str. 89, nap. 76.

[2] P. Dimitrijević: Upravno pravo – opšti deo, knjiga prva, Niš, 2008, str. 87.

[3] Z. R. Tomić: Upravno pravo – priručnik za polaganje pravosudnog ispita, Beograd, 2011, str. 24.

[4] „Službeni glasnik RS", br. 18/2005.

„razvojni, stručni i regulatorni poslovi ne zahtevaju stalan i neposredan politički nadzor i ako javna agencija može bolje i delotvornije da ih vrši nego organ državne uprave, naročito ako se u celini ili pretežno mogu finansirati od cene koju plaćaju korisnici usluga“ (član 2. stav 1), s tim što osnivač javne agencije „mora posebnim zakonom biti ovlašćen na osnivanje javne agencije“ (član 2. stav 2). Posebnim zakonom se kao javna ovlašćenja javnim agencijama mogu poveriti sledeći upravni poslovi: 1) donošenje propisa za izvršavanje zakona i drugih opštih akata Narodne skupštine i Vlade; 2) prvostepeno rešavanje u upravnim stvarima; i 3) izdavanje javnih isprava i vođenje evidencija (član 3). Javne agencije su u svom radu samostalne, tako da „Vlada ne može usmeravati rad javne agencije, niti ga usklađivati sa radom organa državne uprave“ (član 4. stav 2). One imaju pravni subjektivitet, koji stiču upisom u registar kod nadležnog organa (član 5. stav 1). Što se tiče finansiranja javnih agencija, primarni izvor finansiranja su cene koje plaćaju korisnici usluga javnih agencija, potom pokloni (donacije), prilozi pokrovitenja (sponzorstva), budžet Republike Srbije, kao i drugi prilozi i prihodi ostvareni u skladu sa zakonom (član 6). Nakon donošenja Zakona o javnim agencijama (pa čak i pre toga!), u Republici Srbiji su obrazovane brojne organizacije koje imaju status „javnih agencija“: Agencija za licenciranje stečajnih upravnika[5], Agencija za osiguranje depozita[6], Agencija za privredne registre[7], Agencija za lekove i medicinska sredstva[8], Republička agencija za elektronske komunikacije[9] i dr.

Ipak, iako su intencije Vlade i Narodne skupštine bile da Zakon o javnim agencijama bude krovni i sistemski propis za ovu oblast, izvan njegovog domašaja ostao je veliki broj agencija koje nemaju karakter „javnih agencija“, već im je pravna priroda raznolika, za neke od njih čak i potpuno nedefinisana i neodređena.[10] Tako, pored „javnih agencija“, u Republici Srbiji agencije mogu biti i: a) organi uprave u sastavu odgovarajućih ministarstava; b) posebne organizacije; v) javne službe. Pored toga, u našem sistemu javnog prava postoji jedna agencija koja je važećim propisima definisana kao „samostalna, odnosno nezavisna organizacija

[5] Zakon o Agenciji za licenciranje stečajnih upravnika, „Službeni glasnik RS“, br. 84/2004 i 104/2009.

[6] Zakon o Agenciji za osiguranje depozita, „Službeni glasnik RS“, br. 61/2005, 116/2008 i 91/2010.

[7] Zakon o Agenciji za privredne registre, „Službeni glasnik RS“, br. 55/2004 i 111/2009.

[8] Zakon o lekovima i medicinskim sredstvima, „Službeni glasnik RS“, br. 30/2010.

[9] Zakon o elektronskim komunikacijama, „Službeni glasnik RS“, br. 44/2010.

[10] v. D. Milkov: nav. delo, str. 89.

koja vrši javna ovlašćenja“ (Republička radiodifuzna organizacija).[11]. Konačno, Agencija za borbu protiv korupcije ne ulazi ni u jednu od navedenih klasifikacija agencija u pravnom sistemu Republike Srbije, budući da predstavlja „samostalan i nezavisan državni organ“ i „ima svojstvo pravnog lica.“[12]

Kada je reč o agencijama kao nesamostalnim organima uprave, odnosno organima uprave u sastavu odgovarajućih ministarstava, kao primeri ovakvih agencija mogu se navesti Vojnobezbednosna agencija (VBA) i Vojnoobaveštajna agencija (VOA), koje su formirane Zakonom o Vojnobezbednosnoj agenciji i Vojnoobaveštajnoj agenciji[13], a nalaze se kao „organi uprave u sastavu Ministarstva odbrane“, sa zadatkom da „obavljaju bezbednosno-obaveštajne poslove od značaja za odbranu i deo su jedinstvenog bezbednosno-obaveštajnog sistema Republike Srbije“ (član 2). Takođe, karakter nesamostalnog organa uprave ima i Agencija za zaštitu životne sredine, obrazovana važećim Zakonom o ministarstvima.[14] Prema članu 14. stav 3. Zakona o ministarstvima, Agencija za zaštitu životne sredine je „organ uprave u sastavu Ministarstva energetike, razvoja i zaštite životne sredine sa svojstvom pravnog lica“, koji obavlja odgovarajuće poslove državne uprave u oblasti zaštite životne sredine, kao i druge poslove određene zakonom.

Kao što smo već istakli, u sistemu javnog prava Republike Srbije agencije mogu imati i status posebnih (upravnih) organizacija. Primer za ovu vrstu agencija jeste Bezbednosno-informativna agencija (BIA), formirana Zakonom o Bezbednosno-informativnoj agenciji.[15] U skladu sa članovima 1. i 3. ovog Zakona, BIA predstavlja posebnu organizaciju i ima svojstvo pravnog lica. Status posebne organizacije ima i Republička agencija za mirno rešavanje radnih sporova, shodno Zakonu o mirnom rešavanju radnih sporova.[16]

Najzad, Agencija za privatizaciju predstavlja oblik javne službe u Republici Srbiji. Prema Zakonu o Agenciji za privatizaciju[17], ova agencija je osnovana „radi promovisanja, iniciranja, sprovođenja i kontrole postupka privatizacije“ (član 1), a njeno poslovanje podvrgnuto je „propisi-

[11] Zakon o radiodifuziji, „Službeni glasnik RS“, br. 42/2002, 97/2004, 76/2005, 79/2005 – dr. zakon, 62/2006, 85/2006 – ispr. i 41/2009, član 6. stav 1.

[12] Zakon o Agenciji za borbu protiv korupcije, „Službeni glasnik RS“, br. 97/2008, 53/2010 i 66/2011 – odluka Ustavnog suda, član 3.

[13] „Službeni glasnik RS“, br. 88/2009.

[14] „Službeni glasnik RS“, br. 72/2012.

[15] „Službeni glasnik RS“, br. 42/2002 i 111/2009.

[16] „Službeni glasnik RS“, br. 125/2004 i 104/2009.

[17] „Službeni glasnik RS“, br. 38/2001, 135/2004 i 30/2010.

ma o *javnim službama*" (član 2). S tim u vezi, treba istaći da podnaslov iznad člana 2. Zakona glasi: „Pravni status".

Ustavno-pravne manjkavosti u postupku formiranja Agencije za borbu protiv korupcije

Umesto Republičkog odbora za rešavanje sukoba interesa, koji je obrazovan Zakonom o sprečavanju sukoba interesa pri vršenju javnih funkcija[18], 2008. godine formirana je Agencija za borbu protiv korupcije, Zakonom o Agenciji za borbu protiv korupcije, s tim što je počela sa radom 2010. godine. Prema članu 3. stav 1. Zakona o Agenciji za borbu protiv korupcije, Agencija je „samostalan i nezavisan državni organ" sa svojstvom pravnog lica (član 3. stav 3), a za svoj rad odgovorna je Narodnoj skupštini (član 3. stav 2). Ključno pitanje, sa ustavno-pravnog stanovišta, vezano za pravni položaj Agencije za borbu protiv korupcije jeste dilema da li postoji izričit osnov u Ustavu Republike Srbije[19] za formiranje ove agencije kao „samostalnog i nezavisnog državnog organa". Naime, u ustavno-pravnoj teoriji opšteprihvaćen je stav da se ustavom, kao najvišim pravnim aktom jedne države, „ustanovljavaju organi državne vlasti kojima su poverene određene nadležnosti."[20] U petom delu Ustava od 2006. godine – „Uređenje vlasti" – kao državni organi u Republici Srbiji navode se: Narodna skupština (članovi 98-110), predsednik Republike (članovi 111-121), Vlada (članovi 122-135), organi državne uprave (članovi 136-137), Zaštitnik građana (član 138), Vojska Srbije (članovi 139-141), sudovi (članovi 142-152), Visoki savet sudstva (članovi 153-155), javno tužilaštvo (članovi 156-163) i Državno veće tužilaca (članovi 164-165), dok se u šestom delu Ustava definiše pravni položaj Ustavnog suda kao samostalnog i nezavisnog državnog organa koji štiti ustavnost i zakonitost, kao i ljudska i manjinska prava i slobode (članovi 166-175). O Agenciji za borbu protiv korupcije - kao „samostalnom i nezavisnom državnom organu" - u Ustavu Republike Srbije, međutim, nema nijedne jedine reči. U tom smislu, ustavnost pravne egzistencije Agencije za borbu protiv korupcije je u najmanju ruku vrlo upitna.

---

[18] „Službeni glasnik RS", br. 43/2004.

[19] „Službeni glasnik RS", br. 98/2006.

[20] M. Pajvančić: Ustavno pravo, Novi Sad, 2011, str. 175. Identičnog je mišljenja i prof. dr Ratko Marković: „Ustav se odnosi na dve vrste pitanja. Prva grupa pitanja vezuje se za državnu vlast, a druga za društvo i njegove pripadnike, građane. Obe grupe pitanja čine tzv. ustavnu materiju, sadržinu ustava. Grupa pitanja vezana za državnu vlast obuhvata različite načine formiranja vlasti (izbor, postavljenje), podelu vlasti na različite državne organe, odnose između državnih organa, akte koje oni donose." (Ustavno pravo i političke institucije, Beograd, 1999, str. 33).

Agencija za borbu protiv korupcije – posebna organizacija ili državni organ sui generis?

Shodno članu 5. Zakona o Agenciji za borbu protiv korupcije, Agencija za borbu protiv korupcije obavlja sledeće poslove i zadatke: 1) nadzire sprovođenje Nacionalne strategije za borbu protiv korupcije, Akcionog plana za primenu Nacionalčne strategije za borbu protiv korupcije i sektorskih akcionih planova; 2) pokreće postupak i izriče mere zbog povrede ovog zakona; 3) rešava o sukobu interesa; 4) obavlja poslove u skladu sa zakonom kojim je uređeno finansiranje političkih stranaka, odnosno političkih subjekata; 5) daje mišljenja i uputstva za sprovođenje ovog zakona; 6) daje inicijative za izmenu i donošenje propisa u oblasti borbe protiv korupcije; 7) daje mišljenje u vezi sa primenom Strategije, Akcionog plana i sektorskih akcionih planova; 8) prati i obavlja poslove koji se odnose na organizovanje koordinacije rada državnih organa u borbi protiv korupcije; 9) vodi registar funkcionera; 10) vodi registar imovine i prihoda funkcionera; 11) pruža stručnu pomoć u oblasti borbe protiv korupcije; 12) sarađuje sa drugim državnim organima u pripremi propisa u oblasti borbe protiv korupcije; 13) daje smernice za izradu planova integriteta u javnom i privatnom sektoru; 14) sarađuje sa naučnim organizacijama i organizacijama civilnog društva u sprovođenju aktivnosti prevencije korupcije; 15) uvodi i sprovodi programe obuke o korupciji, u skladu sa ovim zakonom; 16) vodi posebne evidencije u skladu sa ovim zakonom; 17) postupa po predstavkama pravnih i fizičkih lica; 18) postupa po prijavama ovlašćenih subjekata; 19) organizuje istraživanja, prati i analizira statističke i druge podatke o stanju korupcije; 20) u saradnji sa nadležnim državnim organima prati međunarodnu saradnju u oblasti borbe protiv korupcije; i 21) obavlja druge poslove određene zakonom.

Iz ovih odredbi jasno proizlazi da Agencija za borbu protiv korupcije, zapravo, vrši dve grupe poslova. S jedne strane, reč je o stručnim poslovima, prilikom čijeg vršenja Agencija ne istupa kao organ vlasti, već kao subjekt koji postupa lege artis. S druge strane, neki od poslova Agencije imaju čist upravno-pravni karakter. U vršenju tih poslova, Agencija deluje kao klasičan organ državne uprave, pri čemu u ovu kategoriju poslova spadaju i poslovi koje bismo mogli nazvati i kvazi-sudskim (pokretanje postupka i izricanje mera zbog *povrede* zakona, rešavanje o *sukobu* interesa). Da je reč o upravno-pravnim poslovima i zadacima, svedoči i odredba člana 3. stav 4. Zakona o Agenciji za borbu protiv korupcije, prema kojoj se u postupku pred Agencijom koji nije uređen ovim zakonom shodno primenjuju norme Zakona o opštem upravnom postupku (ZUP).

Kakva je, onda, pravna priroda Agencije za borbu protiv korupcije? Analiza nadležnosti ove organizacije pokazuje da ona ima brojne sličnosti sa posebnim organizacijama - organima državne uprave koji se obrazuju „za stručne i s njima povezane izvršne poslove čija priroda zahteva veću samostalnost od one koju ima organ u sastavu.“[21] U tom smislu, prof. dr Dragan Milkov ističe da Agencija za borbu protiv korupcije predstavlja jednu od republičkih posebnih organizacija.[22] Ono što, međutim, dovodi u pitanje ovakvo determinisanje pravne prirode Agencije za borbu protiv korupcije jeste činjenica da je Zakonom o Agenciji za borbu protiv korupcije ona definisana kao „samostalan i nezavisan državni organ“, a ne kao posebna organizacija, što ona po svojoj suštini u stvari i jeste. Stoga bismo mogli reći da Agencija za borbu protiv korupcije ima mešovitu pravnu prirodu: formalno posmatrano, ova Agencija predstavlja poseban i specifičan državni organ (državni organ sui generis), dok obeležja njenih osnovnih poslova i zadataka upućuju na to da je reč o posebnoj (upravnoj) organizaciji.

Korupcija – pravna pošast savremenih država

Korupcija je društvena pojava koja, u većoj ili manjoj meri, postoji na svim meridijanima sveta i koja se, da parafraziramo Tomasa Mana, svuda oseća kao kod svoje kuće. Gotovo da ne postoji oblast društvenog života koja je imuna na bolest zvanu korupcija. Ima je na mnogo mesta: u državnim strukturama, organima teritorijalne autonomije i lokalne samouprave, medijima, političkim strankama, prosveti, zdravstvu, kulturi, na nivou međunarodnih organizacija i institucija. Korupcija se definiše na različite načine. Etimološki posmatrano, termin „korupcija“ latinskog je porekla (latinski: corruptio) i označava „pokvarenost, kvarnost, izopačenost, razvrat; potkupljivanje, podmićivanje, potkupljenje, podmićenje; kvarenje, ukvarivanje, truljenje, raspadanje; krivotvorenje (spisa, mere, tega i sl.).“ Korumpirati, pak, znači „pokvariti, izopačiti, izopačivati; podmititi, podmićivati, potplatiti, potplaćivati, potkupiti, potkupljivati“, dok je korupcionist „pokvarenjak, pokvaren čovek; naročito: onaj koji prima mito.“ Najzad, koruptibilitet je „ukvarljivost, pokvarljivost, podložnost truljenju, podmitljivost, potkupljivost.“[23] U pozitivnom pravu Republike Srbije, korupcija „je odnos koji se zasniva zloupotrebom službenog, odnosno

[21] Zakon o državnoj upravi, „Službeni glasnik RS“, br. 79/2005, 101/2007 i 95/2010, član 33.

[22] D. Milkov: nav. delo, str. 140.

[23] v. M. Vujaklija: Leksikon stranih reči i izraza, Beograd, 1961, str. 479.

društvenog položaja ili uticaja, u javnom ili privatnom sektoru, u cilju sticanja lične koristi ili koristi za drugoga.“[24]

Iako je korupcija prisutna i u državama koje se obično označavaju kao „pravne, razvijene i demokratske“, ona predstavlja, kada je reč o evropskim zemljama, posebnu opasnost u tranzicionim državama, koje su nedavno postale članice Evropske unije (2004. i 2007. godine), odnosno koje su na putu da u bližoj ili daljoj budućnosti to postanu. Dakako, reč je i o Republici Srbiji. Prema podacima sa Plenarne sednice Grupe zemalja za borbu protiv korupcije (u okviru Saveta Evrope)[25], koja je održana u oktobru 2008. godine, Republika Srbija se nalazi na 85. mestu po stepenu korupcije (zajedno sa Albanijom, Crnom Gorom, Indijom, Madagaskarom, Panamom i Senegalom), dok je 2007. godine zauzimala 79. mesto. Na listi *Transparency international* od 2008. godine, Srbija se – sa indeksom percepcije korupcije od 3,4 – nalazi među državama koje imaju znatne probleme sa korupcijom.[26] Do ovog indeksa se došlo na osnovu 13 istraživanja sprovedenih u periodu od 2006. do 2008. godine, najviše među poslovnim ljudima i investitorima. Ovi podaci jasno govore o tome do koje mere je korupcija prisutna u srpskom društvu, te da bi iskorenjivanje ove pojave trebalo da bude jedan od prioriteta nadležnih državnih organa u borbi za ono što bi Republika Srbija, u skladu sa članom 1. Ustava, valjalo da bude: država „zasnovana na vladavini prava i socijalnoj pravdi, načelima građanske demokratije, ljudskim i manjinskim pravima i slobodama i pripadnosti evropskim principima i vrednostima.“

Agencija za borbu protiv korupcije – sličnosti i razlike sa pravnim i institucionalnim rešenjima pojedinih evropskih država

U borbi protiv korupcije savremene države angažuju gotovo sve organe i institucije: od zakonodavnih i izvršno-političkih (parlamenta i vlade) do organa koji u toj borbi imaju dominantnu ulogu – policije, sudova i javnih (državnih) tužilaštava. U pojedinim evropskim državama postoje i specijalizovani državni organi i institucije kojima je borba protiv korupcije osnovni zadatak i cilj. U nekim pravnim sistemima takvi organi uživaju organizacionu i funkcionalnu samostalnost, kao što je slučaj sa

[24] Zakon o Agenciji za borbu protiv korupcije, član 2, alineja 1.

[25] The Council of Europe´s Group of States against Corruption (GRECO), više informacija na: http: //www.coe.int/t/dg 1/Greco/Default_en.asp

[26] Na listi je rangirano 180 zemalja na skali od 1,0 do 10: od Danske, Švedske i Novog Zelanda (sa indeksom 9,3) do Somalije (sa indeksom 1,0). Više informacija na: www.transparentnost.org.rs

Agencijom za borbu protiv korupcije u Republici Srbiji, dok su u drugim sastavni deo odgovarajućeg ministarstva, odnosno drugog organa uprave ili su, pak, tela koja deluju u okviru vlade.

U Albaniji je odlukom Vlade od 2005. godine formirana Radna grupa za borbu protiv korupcije, koja ima kako inicijativno-normativnu tako i savetodavnu ulogu. Sednicama ovog tela predsedava predsednik Vlade, a njegovi osnovni zadaci su definisanje strateških prioriteta i konkretnih mera za borbu protiv korupcije. U nadležnosti je Radne grupe koordinacija različitih državnih organa u borbi protiv korupcije, određivanje konkretnih upravnih i finansijskih kontrolnih mehanizama, sprovođenje strateških ciljeva u ovoj oblasti, obezbeđivanje saradnje privrednih organizacija i institucija civilnog društva sa nadležnim državnim organima u borbi protiv korupcije, kao i obezbeđivanje transparentnosti antikorupcijske borbe. Ministarstva i drugi državni organi obavezni su da sprovode antikorupcijske mere - formulisane od strane Radne grupe - i da sa njom sarađuju u definisanju akcionih planova u ovoj oblasti. Takođe, državni organi su dužni da izveštavaju Radnu grupu za borbu protiv korupcije o izvršavanju ciljeva akcionog plana za borbu protiv korupcije, te da preduzimaju mere na planu blagovremene i tačne informisanosti građana, kao i njihovoj edukaciji u oblasti antikorupcijske državne politike. Pored pomenute odluke Vlade od 2005. godine, pravni osnov za borbu protiv korupcije u Albaniji predstavljaju i ratifikovani međunarodni ugovori u ovoj oblasti (Konvencija OUN o borbi protiv korupcije, Građansko-pravna konvencija o borbi protiv korupcije Saveta Evrope, Krivično-pravna konvencija o borbi protiv korupcije Saveta Evrope sa Dodatnim protokolom), kao i Zakon br. 9594 o ratifikaciji Ugovora između Republike Albanije i SAD o strateškom planu za borbu protiv korupcije od 2006. godine.[27]

U Austriji značajnu ulogu u borbi protiv korupcije, pored klasičnih državnih organa, ima i Kancelarija za unutrašnje poslove (Büro für Interne Angelegenheiten – BIA)[28], koja se nalazi u sastavu Saveznog ministarstva unutrašnjih poslova, s tim što uživa visok stepen samostalnosti u svom radu, budući da nije ograničena bilo kakvim instrukcijama u okviru postupaka koje vodi. U nadležnosti je Kancelarije sprovođenje istražnih postupaka u slučajevima korupcije i zloupotrebe ovlašćenja nosilaca državne vlasti. U takvim situacijama, Kancelarija neposredno sarađuje sa nadležnim sudovima i javnim tužilaštvima. Pored toga, Kancelarija definiše i odgovarajuće edukativne i informativne programe u

[27] „Nacionalne antikorupcijske institucije“, istraživanje Odseka za informativno-istraživačke poslove Narodne skupštine Republike Srbije br. 13/2008, str. 3-4.

[28] Internet adresa Kancelarije: www.bia-bmi.at

vezi sa prevencijom i borbom protiv korupcije. Normativni okvir delovanja Kancelarije su prevashodno odgovarajući krivično-pravni i krivično-procesni propisi, kao i propisi kojima je uređen položaj državnih službenika.

Antikorupcijska politika u Belgiji ima dugu tradiciju. U ovoj državi je još 1910. godine formiran Visoki nadzorni komitet, koji je bio nadležan da nadzire rad svih državnih organa u slučajevima sumnje da postoji korupcija. Vremenom, ovo telo je poprimilo karakter specijalizovane policijske službe za borbu protiv korupcije, naročito u pogledu ugovaranja javnih nabavki i trošenja državnog novca. Visoki nadzorni komitet prerastao je 1998. godine u Centralnu kancelariju za borbu protiv korupcije (Office Central pour la Répression de la Corruption – OCRC).[29] Kancelarija je nadležna za sprovođenje istražnih postupaka u slučajevima korupcije. Nakon reforme belgijske policije, koja je izvršena 2001. godine, Kancelarija je postala organizaciona jedinica Uprave za borbu protiv privrednog i finansijskog kriminala, organa koji deluje u okviru Glavne uprave sudske policije. Pored istražnih ovlašćenja, Kancelarija se bavi i sprečavanjem zloupotreba u postupcima javnih nabavki, izdavanju različitih dozvola i drugih javnih isprava od strane nadležnih državnih organa, kao i u oblasti trošenja budžetskih sredstava. Kancelarija u svom sastavu ima dva odseka: Odsek za ugovaranje javnih nabavki (koji ima 26 istražitelja) i Odsek za finansijske zloupotrebe (koji ima 32 istražitelja). Nakon što završi sa sprovođenjem istrage, Kancelarija sve podatke, informacije i dokaze do kojih je došla dostavlja nadležnom magistratu (sudu) u svrhu vođenja krivičnog sudskog postupka. Značajnu ulogu u borbi protiv korupcije u Belgiji ima i Kancelarija za službeničku etiku, koja se nalazi u sastavu Ministarstva finansija i koja se bavi prevencijom i suzbijanjem korupcije u radu državnih službenika. Pravni okvir za borbu protiv korupcije u ovoj državi predstavljaju ratifikovani međunarodni ugovori iz ove oblasti, Krivični zakonik, Zakonik o krivičnom postupku, kao i propisi koji regulišu rad policije, sudova, javnih tužilaštava i Centralne kancelarije za borbu protiv korupcije. U Belgiji su 1999. i 2007. godine doneta dva zakona koja sistemski regulišu borbu protiv korupcije, i to u svim njenim vidovima: prevenciju korupcije, stvarnu korupciju i korupciju na međunarodnom planu.

Borba protiv korupcije u Velikoj Britaniji je u pretežnoj nadležnosti Ministarstva unutrašnjih poslova (The Home Office), koje je zaduže-

[29] Internet adresa OCRC-a: www.polfed-fedpol.be/org/djf_ocrc_fr.php

no za sprovođenje antikorupcijskih zakona – od kojih je najstariji, Zakon o sprečavanju korupcije, donet još 1889. godine – uz savetodavnu pomoć Zakonodavne komisije (The Law Commission).[30] Osnovni zadatak Zakonodavne komisije je priprema nacrta zakona i drugih propisa u svrhu modernizacije nacionalnog zakonodavstva u oblasti borbe protiv korupcije. Pored Ministarstva unutrašnjih poslova, u čijem sastavu je posebna policijska jedinica zadužena za borbu protiv korupcije, odgovarajuću ulogu u sprovođenju antikorupcijske politike u oblasti privrednog i finansijskog poslovanja ima i Ministarstvo za privredu, preduzetništvo i regulatornu reformu (The Business, Enterprise and Regulatory Reform Department).

U Grčkoj je 2005. godine donet Zakon br. 3424, kojim je obrazovana Nacionalna institucija za borbu protiv legalizacije nelegalnih prihoda, koja je imala karakter samostalnog državnog organa u oblasti borbe protiv korupcije, naročito u pogledu sprečavanja korišćenja i sticanju dobiti od prihoda ostvarenih korupcijom i kriminalom. No, ova institucija nije bila dugog veka. Zbog usklađivanja nacionalnog zakonodavstva sa Direktivom Evropske unije 2005/60/ES, ova institucija je ukinuta, a umesto nje je u avgustu 2007. godine na osnovu Zakona br. 3691 formiran Komitet za borbu protiv legalizacije prihoda ostvarenih nezakonitim aktivnostima i protiv finansiranja terorizma, nad kojim nadzor vrši Ministarstvo ekonomije i finansija. Osnovni zadatak ovog tela jeste sprečavanje legalizacije prihoda ostvarenih nezakonitim aktivnostima i prevencija finansiranja terorizma.[31]

Na srpsku Agenciju za borbu protiv korupcije najviše podsećaju odgovarajuće institucije u Letoniji i Makedoniji. Letonija je 2002. godine donela Zakon o sprečavanju i borbi protiv korupcije[32], kojim je obrazovana Kancelarija za sprečavanje i borbu protiv korupcije (The Corruption Prevention and Combating Bureau – KNAB).[33] Kancelarija, između ostalog, vrši nadzor nad finansiranjem političkih partija, kao i Agencija za borbu protiv korupcije Republike Srbije. Kancelarije je, načelno, samostalan državni organ, a za svoj rad odgovorna je predsedniku Vlade i Vladi. Na čelu Kancelarije nalazi se direktor, koji se putem javnog konkursa bira na period od pet godina i koji zajedno sa zamenicima i načelnicima odeljenja u Kancelariji čini Upravni odbor. Direktor Kancelarije ima dva zamenika, od kojih je jedan nadležan za sprečavanje korupcije (rešavanje

[30] Internet adresa Zakonodavne komisije: www.lawcom.gov.uk/bribery.htm
[31] „Nacionalne antikorupcijske institucije“, str. 8-9.
[32] www.knab.lv/uploads/free/knab_likums_eng.pdf
[33] www.knab.lv/en/knab

o sukobu interesa funkcionera, kontrola finansiranja političkih partija, edukacija i informisanje javnosti), a drugi za direktnu borbu protiv korupcije (prikupljanje dokaza i sprovođenje istrage u skladu sa krivično-procesnim propisima). Prilikom vršenja poslova iz svoje nadležnosti, Kancelarija sarađuje sa drugim državnim organima, uključujući i šefa države, Vladu i parlament.

Kada je reč o Makedoniji, u ovoj bivšoj jugoslovenskoj republici je Zakonom o sprečavanju korupcije[34] formirana Državna komisija za sprečavanje korupcije, koja predstavlja samostalan i nezavisan državni organ i ima svojstvo pravnog lica, a za svoj rad odgovorna je nacionalnom parlamentu. Komisija je sastavljena od sedam članova, koje bira Narodno sobranje (parlament) na period od pet godina bez mogućnosti ponovnog izbora. Članovi Komisije biraju predsednika Komisije sa mandatom od jedne godine bez mogućnosti ponovnog izbora na tu funkciju. Članovi Komisije imaju status imenovanih lica i uporedo sa funkcijom na koju su imenovani mogu da obavljaju svoju redovnu profesionalnu delatnost. Prema članu 49. Zakona o sprečavanju korupcije, Komisija vrši sledeće zadatke i poslove: 1) usvaja Državni program za sprečavanje i suzbijanje korupcije; 2) usvaja godišnji plan ostvarivanja Državnog programa; 3) inicira pokretanje postupka pred nadležnim državnim organima u pogledu kontrole materijalno-finansijskog poslovanja političkih partija, sindikata, udruženja građana i fondacija; 4) inicira pokretanje postupka pred nadležnim državnim organima za razrešenje, smenu, krivično gonjenje ili primenu drugih mera prema odgovornim funkcionerima, državnim službenicima i licima koja su u javnim preduzećima i drugim organizacijama odgovorna za raspolaganje državnim kapitalom; 5) razmatra slučajeve sukoba javnog i privatnog interesa; 6) vodi evidencije o imovinskom stanju funkcionera, državnih službenika i odgovornih lica u javnim preduzećima i drugim organizacijama koje raspolažu državnim kapitalom na način utvrđen zakonom; 7) donosi Poslovnik o svom radu; 8) podnosi Godišnji izveštaj Narodnom sobranju, koje ga dostavlja predsedniku Republike, Vladi i sredstvima javnog informisanja; 9) sarađuje sa drugim državnim organima u sprečavanju korupcije; 10) sarađuje sa odgovarajućim institucijama drugih država, kao i sa relevantnim međunarodnim organizacijama; 11) preduzima aktivnosti na planu obrazovanja zaposlenih u državnim organima koji se bave otkrivanjem i sankcionisanjem korupcije i drugih oblika kriminala; i 12) donosi akt o unutrašnjoj organizaciji i sistemati-

[34] „Službeni vesnik na Republika Makedonija“, br. 28/2002, 46/2004, 126/2006 i 10/2008.

zaciji radnih mesta u Sekretarijatu, stručno-administrativnoj službi Komisije, čijim radom rukovodi Generalni sekretar Komisije.

Znatnih sličnosti sa Republikom Srbijom, u pogledu borbe protiv korupcije, ima još jedna bivša jugoslovenska republika - Republika Slovenija. U Sloveniji je Zakonom o sprečavanju korupcije od 2003. godine osnovana Komisija za sprečavanje korupcije, kao nezavisan državni organ. Na čelu Komisije nalazi se predsednik, koji zajedno sa zamenikom predsednika i tri člana predstavlja sastav ovog državnog organa. Pravni okvir za rad Komisije utvrđen je pomenutim Zakonom i Pravilnikom o radu Komisije, dok društveno-politički okvir njenog delovanja predstavlja Rezolucija (slovenačkog parlamenta) o sprečavanju korupcije i Akcioni plan za primenu Rezolucije.[35]

Na svom putu ka punopravnom članstvu u Evropskoj uniji (koje je ostvareno 2004. godine), Republika Slovačka je 2000. godine obrazovala Centar za koordinaciju borbe protiv korupcije, koji je u decembru 2002. godine, odlukom Vlade[36], prerastao u Odeljenje za borbu protiv korupcije pri Vladi Republike Slovačke. Rad Odeljenja pod nadzorom je zamenika predsednika Vlade i ministra pravde. Vlada Republike Slovačke je 2000. godine usvojila, u saradnji sa nevladinom organizacijom Transparency International Slovakia, Nacionalni program za borbu protiv korupcije, kojim su definisani sledeći ciljevi u borbi protiv korupcije: 1) eliminacija situacija u kojima se korupcija može potencijalno pojaviti; 2) suzbijanje pojavnih oblika korupcije; i 3) upoznavanje javnosti sa korupcijom. Na osnovu Nacionalnog programa za borbu protiv korupcije, usvojen je Akcioni plan za borbu protiv korupcije, dok su na osnovu njega pojedini organi državne uprave doneli sektorske planove za borbu protiv korupcije. Pored Odeljenja za borbu protiv korupcije, važnu ulogu u toj borbi imaju i dva organa državne uprave: Ministarstvo pravde i Ministarstvo unutrašnjih poslova, kao i Državno tužilaštvo.

Švajcarska, Finska i Turska predstavljaju evropske države koje nisu obrazovale specijalizovane državne institucije i tela za borbu protiv korupcije, već se time bave redovni državni organi. U Švajcarskoj je borba protiv svih vidova korupcije i kriminala u pretežnoj nadležnosti Saveznog ministarstva pravde i policije[37], dok su u Finskoj za sprovođenje antikorupcijske politike i pravnih propisa u ovoj oblasti nadležni prevashodno odgovarajući organi državne uprave: Ministarstvo pravde, Ministarstvo finansija, Ministarstvo privrede i rada i carinski organi, te Državno tužila-

[35] „Nacionalne antikorupcijske institucije“, str. 21.
[36] www.government.gov.sk
[37] www.ejpd.admin.ch/ejpd/en/home/themen/kriminalitaet/ref_korruption_greco.html

ništvo i sudovi. Slična je situacija i u Turskoj. U većini državnih organa i organa lokalne samouprave u Turskoj deluju inspektori, koji su ovlašćeni da primaju pritužbe u vezi sa korupcijom državnih i lokalnih funkcionera i službenika. Ukoliko nađu da postoje okolnosti koje jasno ukazuju na pojavu korupcije u radu državnih i lokalnih organa, inspektori podnose krivične prijave nadležnim javnim tužilaštvima, a ovi zatim pokreću krivične postupke zbog krivičnog dela korupcije. Doduše, u Turskoj od 2004. godine deluje i Etički odbor državnih službenika (Kamu Görevlileri Etik Kurulu), ali se on bavi etičkim (moralnim) a ne pravnim pitanjima u radu državnih službenika. U slučaju da Etički odbor utvrdi da je neki državni službenik prekršio norme službeničkog etičkog kodeksa, kao jedinu „sankciju" može da mu izrekne meru objavljivanja imena državnog službenika u službenim novinama. Osim toga, Etički odbor nije nadležan da kontroliše poštovanje etičkog kodeksa od strane predsednika Republike, predsednika Vlade, pripadnika turskih oružanih snaga i zaposlenih u pravosuđu i na univerzitetima.[38]

Zaključak

Gotovo sve savremene države suočene su sa problemom korupcije u različitim oblastima društvenog života. U borbi protiv korupcije, po pravilu, učestvuju svi državni organi, razume se u granicama svoje ustavne i zakonske nadležnosti. Prva karika u lancu borbe protiv korupcije je, svakako, parlament, koji zakonom propisuje krivična i druga kažnjiva dela u kojima je sadržana korupcija i sankcije protiv učinilaca tih dela. Takođe, parlament propisuje i druge odgovarajuće mere u oblasti antikorupcijske politike i osniva nadležne organe i tela za sprovođenje antikorupcijskih mera u pojedinačnim situacijama. Pored klasičnih državnih organa, koji u borbi protiv korupcije imaju ključnu operativnu ulogu – policije, sudova i organa krivičnog gonjenja – u pojedinim evropskim državama se osnivaju i specijalizovani državni organi i institucije za borbu protiv korupcije. Jedna od tih država je i Republika Srbija, u kojoj je od 2008. godine sastavni deo njenog državnog aparata i Agencija za borbu protiv korupcije, kao „samostalan i nezavisan državni organ". Ono što je, međutim, sporno u vezi sa ovim državnim organom jesu dve stvari. Prvo, Ustav Republike Srbije od 2006. godine ne sadrži nijednu pravnu normu koja bi se odnosila na Agenciju za borbu protiv korupcije, za razliku od drugih državnih organa čija je egzistencija u pravnom sistemu Republike Srbije izričito ustavno uređena. S druge strane, Zakonom o Agenciji za borbu protiv ko-

[38] „Nacionalne antikorupcijske institucije", str. 22.

rupcije nije precizno i nedvosmisleno definisana pravna priroda ove institucije, koja ima obeležja kako posebne organizacije tako i nekog specijalnog državnog organa, netipičnog za standardnu nomenklaturu organa vlasti na zakonodavne, organe uprave, izvršno-političke i sudske organe. Zapravo, Agencija za borbu protiv korupcije je samo jedna u nizu republičkih agencija čija je pravna priroda prilično nejasno i konfuzno normativno uređena. U tom smislu, pred Republikom Srbijom je veoma važan zadatak: kvalitetno, jasno i precizno normiranje pravne prirode i položaja agencija u našem pravnom sistemu. Naravno, potreba za sveobuhvatnom borbom protiv korupcije u Republici Srbiji za nas je sasvim neupitna, s tim što mi plediramo za to da se ona vodi u okvirima važećeg Ustava i pravnih propisa koji su logični i međusobno usklađeni.

Aleksandar Martinović, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad

The Legal Nature of The Agency for the Fight Against Corruption – Constitutional – legal, Administrative-legal and Comparative-legal Aspects

Abstract

In the Republic of Serbia there are many agencies whose legal nature are different, in some cases even quite vague and confusing. In addition to the so-called. public agencies, as dependent administrative bodies, agencies as special organizations and agencies as public services, in our legal system since 2008. there is also the agency for the fight against corruption as "an autonomous and independent state authority." Since the Constitution of the Republic of Serbia does not recognize the agency as "an autonomous and independent state authority," its existence is, at the very least, extra-constitutional, if not unconstitutional. The experience of some European countries in the fight against corruption shows that in this struggle may participate the specialized state institutions, founded by the parliament or the government, with a greater or lesser degree of autonomy in their work The Republic of Serbia is one of those countries, in which besides the "classical" state authorities in the fight against corruption, participates the Agency for the fight against corruption, a government body that has a mixed legal nature.

Originalni naučni rad 347.956:347.919.3
doi:10.5937/zrpfns46-3054

Marko Knežević, asistent
Pravngo fakulteta u Novom Sadu

O ŽALBI PROTIV PRESUDE U POSTUPKU U SPORU MALE VREDNOSTI

Sažetak: *U radu se kritički preispituje centralna ustanova postupka u sporovima male vrednosti – ograničenje žalbe protiv presude. Kritika se bazira na ustavnopravnom nivou isključivanja kontrole činjeničnih zaključaka prvostepenog suda, što je već ustaljeno rešenje u domaćem pravu. Međutim, tema istraživanja su i promene izvršene u reformi parničnog postupka koje na direktan ili indirektan način dodiruju ustanovu ograničene žalbe, čime se na više načina pokazuju anomalije koncepcije zakonodavca.*

Ključne reči*: postupak u sporovima male vrednosti; žalba protiv presude; ograničena žalba; pravo na pravni lek; nepotpuno činjenično stanje; raspravno načelo.*

I. Uvodne napomene

Srpsko građansko procesno pravo se trenutno nalazi u stanju reforme. Preciznije, stanje u Srbiji se može označiti kao stanje permanentne reforme. Novi zakoni se donose u razmaku od nekoliko godina, dok se u međuvremenu oni sami noveliraju. Uz to je izvršena je i tzv. reforma pravosudnog sistema, propraćena ozbiljnim kritikama, koje se ni do danas nisu stišale.

Potvrda teze o permantntnoj reformi svakako jeste sadašnje stanje u pogledu parničnog postupka. Zakon o parničnom postipku iz 2004. g.[1], nazvan reformskim zakonom koji je zamenio Zakon o parničnom

[1] Službeni glasnik RS 125/04, u daljem tekstu ZPP 04.

postupku iz 1976. g., dakle iz vremena socijalizma, prestao je da važi 01.02.2012. g. Od tada se primenjuje nov Zakon o parničnom postupku[2], donet u septembru 2011. g., stim da se na ranije započete postupke još uvek primenjuje ZPP 04.

Tema ovog rada jeste žalba protiv presude u postupcima u sporovima male vrednosti (bagatelni postupak, bagatelni spor), institut koji pored svojih već tradicionalnih spornih pitanja ima i zapaženo mesto u tekućoj reformi procesnog prava. Zbog toga se čini naročito značajnim njegovo kritičko preispitivanje.

II. O bagatelnom postupku uopšte

Bagatelni postupak se u srpskoj i bivšoj jugoslovenskoj nauci tradicionalno određuje kao poseban parnični postupak, nasuprot opštem parničnom postupku, u kojem su određena pravila opšteg parničnog postupka uprošćena i redukovana kako bi se u stvarima manje imovinske vrednosti postigla ušteda u radu i vremenu.[3] Treba međutim napomenuti da kategorija posebnog postupka kako u teoriji tako i u zakonodavstvu nema jedinstvno određenje, već se radi pre o skupu svih postupaka za koje je predviđeno (određeno) odstupanje od opšteg parničnog postupka.[4] Neki od njih su zaista samo modifikacije opšteg parničnog postupka, gde spada i bagatelni postupak, dok su drugi postupci zasnovani na potpuno drugim načelima od opšteg parničnog postupka (npr. postupci u porodičnopravnim sporovima).

Modifikacije u bagatelnom postupku trebalo bi da doprinesu efikasnijem i ekonomičnijem okončanju sporova manje vrednosti, koji su otuda i (pretpostavljeno) relativno manjeg značaja za stranke. Između ranijeg (ZPP 04) i sadašnjeg rešenja (ZPP) u tom smislu gotovo i da nema razlika. Radi se o bitnoj redukciji radnji u pripremnom postupku, strožim posledicama propuštanja ročišta, uprošćavanju vođenja zapisnika, obaveznom objavljivanju presude i ograničavanju pravnih lekova, pre svega isključenju posebne žalbe protiv rešenja i ograničenju žalbe protiv presude, tako da se u njoj mogu isticati samo pogrešna primena materijalnog prava i apsolutno bitne povrede parničnog postupka (ograničena žalba protiv presude).

---

[2] Službeni glasnik RS 72/11, u daljem tekstu ZPP.

[3] V. umesto svih *Poznić*, Komentar Zakona o parničnom postupku iz 1976. g. (2009) br. 1 ispred čl. 457.

[4] Up. *Triva/Belajec/Dika*, Građansko parnično procesno pravo[6] (1986) 625 i sled., 670; *Keča*, Građansko procesno pravo[5] (2009) 56; *Poznić/Rakić-Vodinelić*, Građansko procesno pravo[16] (2010) t. 67.

Ovakve opšte karakteristike bagatelnog postupka u suštini datiraju još iz 1972. g. kada je Novelom tadašnjeg ZPP on zapravo vraćen u pozitivno pravo.[5] Naime, u Kraljevini Jugoslaviji su kompletno preuzeti austrijski procesni zakoni iz 1895/1896, tako da je preuzet i koncept bagatelnog postupka. Takav postupak je trebao dodatnim uprošćenjima u odnosu na postupak pred sreskim sudom da dovede do jednostavnije i brže pravne zaštite za sporove manje vrednosti. Međutim, nakon Drugog svetskog rata i velikih promena u pravnom sistemu takvo ograničenje bilo je u suprotnosti sa novim društvenim uređenjem.[6] Polazilo se od toga da u novom socijalističkom sistemu nema mestu razlikovanju malih i velikih vrednosti, već da svaki spor zaslužuje jednak tretman, tj. rešavanje prema opštim pravilima.[7] Pa ipak, 1972. g. uveden je bagatelni postupak sa jasnim ciljem – ubrzanjem postupka. Od tada, pa sve do sada, bagatelni postupak je manje više održao fizionomiju, stim da su se pojedina rešenja menjala, i to u dva smera: prvo, po nekim karakteristikama su se pravila bagatelnog postupka prenosila i na opšti postupak, dok su pojedina pravila opšteg postupka još više modifikovana u bagatelnom. Međutim, tokom sadašnje reforme parničnog prava dolazi i do širenja zone bagatelnih postupaka, jer su se i pojam bagatelnog spora i granična imovinska vrednost menjali.

Određivanje bagatelnih sporova je do sadašnjeg ZPP predstavljalo specifičnost bivšeg jugoslovenskog i srpskog prava, jer za razliku od predratnog prava već u pozitivnom određenju vrednosni kriterijum nije bio jedini. Sporovi male vrednosti su prema tome bili samo oni gde se tužbeni zahtev odnosio na novčano potraživanje do određenog iznosa (čl. 467 st. 1 ZPP 04), odnosno na predaju pokretne stvari do istog iznosa (čl. 467 st. 3 ZPP 04); dodatno to su mogli da budu i sporovi u kojima se zahtev odnosio na nenovčanu činidbu, ali gde je tužilac izjavio procesnu *facultas alternativa* koja ne prelazi propisanu granicu (čl. 467 st. 2 ZPP 04). Ovakvo određenje vladajuća nauka i stalna sudska praksa je videla tako da su samo kondemnatorni zahtevi mogli biti sporovi male vrednosti, ne i konstitutivni i deklaratorni.[8] I pored kritike upućene zakonodavcu[9], nije bilo drugačijih mišljenja. Naše je mišljenje da su postojali osnovi i za

[5] Službeni list SFRJ 23/72.

[6] *Triva/Belajec/Dika*, (cit. u fn. 4) 670.

[7] *Saveska*, Postupak u sporovima male vrednosti, mag. teza (neobj.), Novi Sad (1983) 52.

[8] *Poznić*, (cit. u fn. 3) br. 1 uz čl. 458, 1071; *Triva/Belajec/Dika*, (cit. u fn. 4) 671; *Jakšić*, Građansko procesno pravo[2] (2007) t. 3234; *M. Salma*, Postupak u sporovima male vrednosti, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu XLIV 2 (2010) 121 (135); *VS u Novom Sadu* Gž 2624/10 od 14.10.2010. g. Bilten VS u Novom Sadu 1 (2010) 31 i sled.

[9] *Poznić*, (cit. u fn. 3) br. 1 uz čl. 458 navodi da su motivi za navedeno razlikovanje nejasni.

drugačije razmišljanje, jer i prema samom tekstu zakona, ali i korišćenjem analogije, bilo je moguće u najmanju ruku da i utvrđujući zahtevi budu sporovi male vrednosti.[10]

Donošenjem ZPP 2004. g. vrednosna granica sporova male vrednosti je povećana, tako da je umesto 30.000 dinara (tada oko 430 evra) postavljena na 100.000 dinara (tada oko 1.430 evra). Za privredne sporove granica nije menjana, tako da je ostala 300.000 dinara (tada oko 4.290 evra).[11] Takvo stanje je trajalo do Novele krajem 2009. g., kada je znatno povišen cenzus.[12] U opštem parničnom postupku granica je podignuta na dinarsku protivvrednost 3.000 evra, dok je u privrednim podignuta na 30.000 evra.

Nov ZPP je uklanjajući navedenu specifičnost u određivanju sporova male vrednosti proširio njihovu zonu. Iako je to konfuzno redigovano, sada su svi sporovi u kojima vrednosti predmeta spora ne prelazi određenu granicu sporovi male vrednosti (*arg.* čl. 468 st. 4 ZPP).[13] Stoga su gore navedene dileme postale bespredmetne – zahtev svake vrste može biti spor male vrednosti. Iako se pravno-dogmatski ovakva novina može pozdraviti, u sadejstvu sa visokim cenzusom ova promena će se pokazati kao loša. S druge strane, obrazloženje zakonodavca, nažalost kao i za većinu novina, u potpunosti je izostalo. Vrednosna granica za sporove male vrednosti na kraju nije menjana, tako da je sada svaki spor sa vrednosti predmeta spora na dan tužbe do 3.000 evra, odnosno u privrednim sporovima do 30.000 evra bagatelni spor (čl. 468, 487 ZPP).

I u starijim rešenjima, kao i u novom ZPP, sadržano je negativno određenje, tako da se određeni sporovi nikako ne mogu smatrati bagatelnim.

---

[10] Prema zakonu sporovi male vrednosti su bili „sporovi u kojima se tužbeni zahtev odnosi na potraživanje u novcu", odnosno „sporovi u kojima predmet tužbenog zahteva nije novčani iznos već predaja pokretne stvari". Dakle, već sam ZPP 04 nije govorio isključivo o kondemnatornom zahtevu – ne kaže se spor u kojem se zahteva isplata novčanog iznosa odnosno predaja pokretne stvari. Takvo tumačenje je bilo i u skladu sa ciljem spora male vrednosti, a to je da određeni sporovi pretpostavljene manje vrednosti budu brže okončani. Takođe, čak i kada bi se citirana odredba čitala tako da se odnosila samo na kondemnatorne zahteve, analogijom bi se moglo proširiti polje njenog delovanja i na deklaratorne zahteve. Ne vidimo razloge koji bi zabranjivali analogiju u ovom slučaju, već, kao što je rečeno, to bi bilo u skladu sa ciljem bagatelnog postupka. Eventualna opaska da bi ovakva konstrukcija bila u praksi zanemarljive vrednosti, jer je retko da postoji pravni interes samo za utvrđenjem novčanog potraživanja, takođe ne bi stajala. Naime, itekako bi to bilo prisutno u praksi, jer svako osporavanje potraživanja u stečajnom postupku vodi ka parnici gde se traži utvrđenje (ne)postojanja novčanog potraživanja.

[11] Izvori u pogledu približne tadašnje granice u evrima prema NBS (http://www.nbs.rs/internet/cirilica/scripts/ondate.html [10.08.2012. g.]).

[12] Sl. Glasnik RS 111/2009.

[13] Suprotno *Jakšić*, Građansko procesno pravo[6] (2012) t. 3612 i pored nove redakcije smatra da su bagatelni sporovi samo oni koji se pokreću kondemnatornim tužbama.

To su državinski i radni sporovi[14], sporovi o neporektnosti[15] (čl. 469 ZPP), zatim alimentacione parnice[16], tj. od novog ZPP svi porodičnopravni sporovi, te na kraju sporovi koji spadaju u kauzalnu nadležnost viših sudova, jer se bagatelni postupak vodi samo pred osnovnim, odnosno privrednim sudovima (*arg.* čl. 471 ZPP).[17]

III. Žalba protiv presude u bagatelnom postupku

Za razliku od inače neograničene žalbe protiv presude u opštem parničnom postupku, žalbom u bagatelnom postupku se ne može napadati činjenično stanje niti isticati relativno bitne povrede parničnog postupka. Drugim rečima, presuda se može napadati samo iz razloga pogrešne primene materijalnog prava i apsolutno bitne povrede parničnog postupka. Prvostepeni sudija je, prema tome, predviđen kao konačni sudija o činjenicama.[18] U ispitivanju presude žalbeni sud bi trebao isključivo da uzme za podlogu stanje stvari utvrđeno u prvostepenoj presudi.

Iako samo jedna od modifikacija opšteg parničnog postupka, ograničenje žalbe protiv presude predstavlja najznačajnije sredstvo ubrzanja postupka, otuda i najvažniju ustanovu bagatelnog spora. Ostale modifikacije su naspram nje zanemarljive, dok se neke uopšte ni ne primenjuju u praksi.[19] Preko ograničene žalbe se zapravo čitav postupak opravdava, jer is-

---

[14] Prema stavu *VKS* (Zaključak *Građanskog odeljenja VKS*, Bilten VKS 1/2010, 118) radni sporovi su samo sporovi o zasnivanju, postojanju i prestanku radnog odnosa, odnosno sporovi za ocenu zakonitosti odluke o povredi pojedinačnog prava zaposlenog, ne i sporovi povodom isplate potraživanja iz radnog odnosa (isplata zarade, naknade troškova prevoza, kao i isplata naknade štete zbog povrede na radu i u vezi sa radom); stoga, prema ovom stavu, npr. spor povodom isplate zarade ukoliko ne prelazi granični cenzus može biti bagatelni spor. Suprotno, u smislu da su radni sporovi svi sporovi iz radnog odnosa *Jakšić*, (cit. u fn. 13) t. 3806; *G. Stanković*, Građansko procesno pravo[7] (2007) 525; *Živković*, Sastav suda u parnicama iz radnih odnosa, Bilten AS u Beogradu 2 (2011) 27 i sled.; posledica ovog stava je da spomenuti spor o isplati zarade ne može nikada biti bagatelni spor.

[15] Prema delu literature to su svi sporovi o nepokretnosti, bilo stvarnopravni, bilo obligacionopravni (*M. Salma*, [cit. u fn. 8] 134; *Jakšić*, [cit. u fn. 13] t. 3611; *Poznić/Rakić-Vodinelić*, [cit. u fn. 4] t. 792); drugi zastupaju suprotno, uže stanovište, po kojem samo stvarnopravni sporovi spadaju u ovu grupu (*Poznić*, [cit. u fn. 3] uz čl. 459, 1073; *Zarić*, Posebna pravila postupka u sporovima male vrednosti, Bilten VSS 2/2005, 253 [259]) tako da bi npr. spor povodom poništaja ugovora o kupovini nepokretnosti bio bagatelni. Čini se da je šire stanovište sa teleološkog aspekta prihvatljivije.

[16] *M. Salma*, (cit. u fn. 8) 134; *Poznić/Rakić-Vodinelić*, (cit. u fn. 4) t. 792.

[17] Za neke granične slučajeve v. *Saveska*, (cit. u fn. 7) 76 i sled.

[18] *Triva/Belajec/Dika*, (cit. u fn. 4) 673.

[19] Tako je npr. obavezno donošenje i objavljivanje presude nakon zaključenja glavne rasprave bilo sasvim zanemarivano.

isključenje napadanja činjeničnog stanja onemogućuje ukidanje presude i vraćanje na prvostepeni postupak, čime se postupak ubrzava, dok se s druge strane onemogućava i održavanje drugostepene rasprave, čime se postiže ušteda u troškovima. Zbog toga nije ni retko da se ograničena žalba, tj. njeno obeležje, unosi i u pojmovno određenje samog bagatelnog postupka. Tako se on naziva postupkom redukovane kognicije[20], odnosno nepotpunim kognicionim postupkom.[21] Ukratko, ograničena žalba je kamen temeljac bagatelnog postupka. Tako je rezonovano i u predratnom pravu (doduše, priziv [današnja žalba] je bio još više ograničen), i u kasnijem socijalističkom pravu, pa i danas.[22] Kao potvrda toga neka se navede i istorijski osvrt.

Neprihvatanje bagatelnog postupka u socijalističkom pravu bilo je inspirisano upravo ograničenjem žalbe protiv presude, jer je onemogućavanje kontrole činjeničnih zaključaka prvostepenog suda bilo u suprotnosti sa novoformiranim (socijalističkim) načelom materijalne istine. Radilo se o načelu koje je bilo označavano kao vrhovno načelo socijalističkog postupka i podrazumevalo je supremaciju istraživanja materijalne istine.[23] Usled toga je niz instituta iz predratnog prava izmenjen zarad njenog utvrđivanja: npr. ukinuta je u potpunosti zabrana novota u žalbi, ukinuto je i odbacivanje navoda i dokaza zbog prekluzije u prvostepenom postupku, izvođenje dokaza po sl. dužnosti je postalo obaveza suda itd. U takvom ambijentu nije bilo mesta ograničenoj žalbi. Ipak, težnja za ubrzanjem postupka prevladala je 1972. g. nad načelom materijalne istine. Pošlo se od toga da se u sporovima manje vrednosti mogu umanjiti garantije za tačnost presuđenja, pod kojim treba upravo razumeti nemogućnost činjenične kontrole žalbenog suda.[24] Drugi su otvoreno govorili o prevladavanju procesne ekonomije nad načelom materijalne istine.[25]

---

[20] *Triva/Belajec/Dika*, (cit. u fn. 4) 670.

[21] *Jakšić*, (cit. u fn. 13) t. 3613.

[22] Up. za predratno pravo *Culja*, Građansko procesno pravo Kraljevine Jugoslavije (1936) 655; za pravo iz vremena socijalizma *Triva/Belajec/Dika*, (cit. u fn. 4) 670; za period nakon socijalizma *Poznić*, Građansko procesno pravo[13] (1991) t. 733, 738; za današanje pravo *Jakšić*, (cit. u fn. 13) t. 3613.

[23] *Kamhi*, Građanski sudski postupak (1951) 90 i sled., 143 i sled.; za prikaz i kritiku socijalističkog poimanja načela materijalne istine v. *Uzelac*, Istina u sudskom postupku (1997) passim; v. i *Uzelac*, Kroatien. Rezeption des Ideenguts von Franz Klein als Aufgabe für die Zukunft?, in *Rechberger* (Hrsg), Die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Mittel- und Südosteuropa seit 1918 (2011) 175 (187 ff).

[24] Up. *Triva*, Građansko procesno pravo I[2] (1972) 661.

[25] *Rakić*, Neka pitanja postupka u sporovima male vrednosti, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu XXIV (1976), 201 (201).

A. Ograničenje žalbe u pogledu ispitivanja činjeničnog stanja

Napadnje činjeničnog stanja je u opštem parničnom postupku podvedeno pod „pogrešno i nepotpuno utvrđenje činjeničnog stanja" kao žalbeni razlog na koji sud ne pazi po sl. dužnosti. Prema slovu zakona, pogrešno je utvrđeno činjenično stanje ako je sud neku bitnu činjenicu pogrešno utvrdio, dok je nepotpuno utvrdio činjenično stanje ako neku bitnu činjenicu nije utvrdio (čl. 375 st. 1 ZPP). Za oba vida greške u formiranju podloge presude u bagatelnom postupku predviđeno je isključenje (čl. 479 st. 1 ZPP).

Pogrešno utvrđenje činjeničnog stanja se generalno određuje kao pogrešno zaključivanje o (ne)postojanju jedne činjenice. Zapravo, uzima se da je to slučaj u dve situacije: prvo, kada je greška suštinski u oceni dokaza (pa bilo to kao ocena dokaza strikno, ili kao nedovoljni standard dokaza), i drugo, kada je sud pogrešno primenio procesna pravila o dokazivanju (npr. uzeo je da je jedna tvrdnja nesporna, iako je sporna; primenio je pravila o zakonski prezumpcijama tamo gde im nema mesta i sl.).[26] U svim ovim sitacijama prema tome nije moguće isticati navedene greške u žalbi protiv presude u bagatelnom postupku. Žalbeni sud je vezan za činjenično stanje prvostepene presude. On ne može da ispituje niti pravilnost ocene dokaza, niti pravilnu primenu odredaba o dokazivanju. U određenim slučajevima, kao što je kontrola zaključivanja putem indicija, to je sa teleološke tačke gledišta sporno, ali se izgleda uzima da princip nemogućnosti kontrole ocene dokaza ne trpi nikakve izuzetke.[27] Takođe, nasuprot nekim autorima[28], sama raspodela tereta dokazivanja je pravno pitanje, tako da ono uopšte ne ulazi u pojam pogrešno utvrđenog činjenič-

---

[26] *Poznić*, (cit. u fn. 3) br. 2 uz čl. 355; *G. Stanković*, Pogrešno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje kao razlog za žalbu u parničnom postupku, Branič 1-2/2005, 25 (28/29).

[27] U opštem parničnom postupku žalbeni sud može preinačiti prvostepenu presudu i bez otvaranja rasprave ako je došao do drugog zaključka o bitnim činjenicama na osnovu indicija utvrđenih od prvostepenog suda (čl. 394 t. 3 ZPP). Nauka uzima da se ni ova odredba ne odnosi na bagatelni spor, jer je isključena bilo kakva kontrola ocene dokaza (*Poznić*, [cit. u fn. 3] br. 3 uz čl. 467; *Dika*, Neki problemi postupka u sporovima male vrijednosti pred sudovima opće nadležnosti u stadijumu nakon zaključenja glavne rasprave, Naša zakonitost 1973, 526 [535]; *Saveska*, [cit. u fn. 7] 174/175). Međutim, ako se ova situacija gleda sa teleološke strane, onda stvar izgleda drugačije: ograničenje u pogledu kontrole činjenica je uvedeno da bi se izbegla drugostepena rasprava ili ukidanje presude i vraćanje na ponovni postupak; sve to izostaje kod kontrole zaključaka o bitnim činjenicama putem indicija, jer žalbeni sud to radi u sednici veća i preinačuje presudu. Zbog toga se i zalažemo ovde za teleološku redukciju čl. 479 st. 1 ZPP, tako da čl. 394 t. 3 ZPP ima svoju primenu i u bagatelnom postupku.

[28] *Triva/Belajec/Dika*, (cit. u fn. 4) 562; *G. Stanković*, (cit. u fn. 26) 29.

nog stanja.[29] Stoga se ovo pitanje može kontrolisati u žalbenom postupku u bagatelnom sporu (svakako ne i standard dokaza kao uslov za primenu pravila o teretu dokazivanja).

Drugo je pitanje slučaja „nepotpunog činjeničnog stanja". Prema zakonu takva greška postoji kada sud ne utvrdi bitnu činjenicu. Ova greška se manifestuje kada prvostepeni sud uopšte u činjeničnom stanju u presudi ne utvrdi jednu pravno relevantnu činjenicu, pa bilo da je ona spomenuta u prvostepenim postupku ili ne.[30] Radi se zapravo o grešci suda uzrokovanoj njegovim pogrešnim materijalnopravnim viđenjem spora[31], odnosno o logičkoj grešci suda[32], jer je zbog svoje greške u pravnoj kvalifikaciji pogrešio u činjeničnom supstratu. Konsekventno u toj situaciji žalbeni sud ukida presudu, čak i ako nije napadnuto činjenično stanje, jer on ne može ni da ispita pravilost primene materijalnog prava, jer je stanje stvari nepotpuno (čl. 392 st. 2 ZPP).[33] Zbog ovakve prirode ovog razloga i ranije se postavilo pitanje da li to može biti žalbeni razlog u bagatelnom postupku. Rezonovalo se ispravno da može, s pozivom upravo na uzrok greške; preciznije, pogrešna pravna ocena je osnovna greška suda, a nepotpunost činjeničnog stanja je samo njena posledica – radi se o pogrešnoj primeni materijalnog prava.[34] Međutim, krupan zaokret je doneo ZPP 04, a to je preuzeo i novi ZPP. Izričito se propisuje da se u bagatelnom postupku neće primenjivati odredba opšteg po kojoj će se ukinuti presuda ako je zbog pogrešne primene materijalnog prava činjenično stanje nepotpuno utvrđeno (čl. 479 st. 2 u vezi sa čl. 392 st. 2

---

[29] U teoriji je sporno da li se radi o materijalnopravnom ili procenopravnom pitanju, stim da je većinski stav da se radi o prvom (up. *Poznić*, [cit. u fn. 3] br. 1 uz čl. 219; *Jakšić*, [cit. u fn. 13] t. 2450 i sled.; *Schilken*, Zivilprozessrecht[6] [2010] Rn 510 mwN).

[30] Čini se da je to stadardna sudska praksa. Up. *AS u Novom Sadu* Gž 9839/2010 od 17.02.2011. g. (neobjavljeno, dostupno na interent stranici AS u Novom Sadu http://www.ns.ap.sud.rs/index.php/src/sudska-praksa/123-gz-983910 [10.08.2012. g.]).

[31] *Keča*, (cit. u fn. 4) 330/331.

[32] *Jakšić*, (cit. u fn. 13) t. 3299.

[33] Isto je bilo i u ZPP 04 (čl. 377 st. 2), tako da je stalna sudska praksa uvek ukidala presude u opštem parničnom postupku ako bi zbog pogrešne primene materijalnog prava činjenično stanje ostalo nepotpuno (*PAS* ISP 4/2012-67; *AS u Beogradu* Gž 12190/10 Bilten AS u Beogradu 2 [2011] 151 [153]; ISP 4/2012-61; ISP 9/2011-53; *AS u Novom Sadu* Gž 3507/10 Bilten AS u Novom Sadu 3 [2011] 73 [74/75]; *AS u Kragujevcu* ISP 3/2012-64; *AS u Nišu* Gž1 1840/10 Bilten AS u Nišu 1 [2010] 73 i sled.) Usamljen je suprotni stav, po kojem se kod nepotpunog činjeničnog stanja uzrokovanog pogrešnim pravnim shvatanjem prvostepenog suda primenjuju pravila o teretu dokazivanja (*AS u Beogradu* Gž 7774/10 Bilten AS u Beogradu 1 [2010] 154 i sled.), što se iz više razloga ne može prihvatiti.

[34] *Poznić*, (cit. u fn. 3) br. 4 uz čl. 467. V. i *Starović/Keča*, Građansko procesno pravo[3] (2004) 410. Tako i za austrijsko pravo *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts[2] (1990) Rz 1774.

ZPP). Prema tome, ako prvostepeni sud uopšte ne uzme u obzir neke tvrdnje stranaka, jer spram njegove pravne ocene one nisu bitne, a drugostepeni sud smatra da su ipak bitne, to neće biti razlog za ukidanje presude. Po toj logici, žalbeni sud treba da odbije žalbu primenjujući suštinski pravila o teretu tvrdnje: kako se u provostepenoj presudi ne spominje bitna činjenica, taj nedostatak pogađa stranku koja snosi teret tvrdnje o njoj. I to dodatno sa konstatacijom da prvostepeni sud jeste pogrešio u svojoj pravnoj oceni, ali da on tu ne može ništa, jer je u potpunosti vezan prvostepenim činjeničnim utvrđenjima. Isto je ako stranke nisu ni iznele tvrdnje, jer ih prvostepeni sudija zbog svoje pogrešne pravne ocene nije ni podsticao na to. Jednom rečju, po ovoj koncepciji drugostepeni sud treba da pazi isključivo na pravilnost primene materijalnog prava na bilo kako utvrđeno stanje stvari.

IV. Kritika uređenja/ograničenja žalbe

Kritiku uređenja bagatelne žalbe bazirali smo na tri tačke, stim da se one, kako će se pokazati, ponegde i prepliću. Zato je podela na navedene tačke samo uslovna, i to činimo iz razloga preglednosti.

A. Ustavnopravna dimenzija

Kao što je već rečeno, u domaćem pravu se pitanje postojanja bagatelnog postupka, i to pre svega ograničenje žalbe protiv presude, postavljalo u kontekstu prevage procesne ekonomije nad zahtevom za pravilnosti utvrđenja stanja stvari. Bez obzira na datu konotaciju (odnos načela materijalne istine i procesne ekonomije; odnos *de minimis non curat praetor* i punih procesnih garantija; odnos prava na tužbu i pravnog interesa), nije pretresana ustavnopravna dimenzija problema. Pravo na žalbu kao ustavno pravo koje postoji od 1963. g. nije dovođeno u vezu sa ograničenom žalbom protiv presude u bagatelnom postupku.[35] Ovo pravo, uz možda potpuniju redakciju u odnosu na ranije ustave, predviđeno je danas u čl. 36 st. 2 Ustava, po kojem svako ima pravo na žalbu ili drugo pravno sredstvo protiv odluke kojom se rešava o njegovom pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu.

Pravo na žalbu se tradicionalno određuje kao minimalna garantija dvostepenosti, tj. omogućavanje kontrole presude od strane još jedne instance.[36] U tom smislu bilo bi protivno Ustavu rešenje po kojem je u pot-

[35] Svi ustavi od 1963. g. su sadržavali pravo na pravni lek.

[36] *Poznić/Rakić-Vodinelić*, (cit. u fn. 4) t. 234; *Rakić-Vodinelić*, Pravosudno organizaciono pravo (1995) t. 46.

punosti isključena kontrola prvostepene presude. Prema tome, ključno je pitanje da li isključenje žalbenog navoda u pogledu utvrđivanja činjeničnog stanja znači ujedno i uskraćivanje prava na žalbu. Drugim rečima, da li i potpunost žalbenih razloga čini sadržinu prava na žalbu?

Ustavnopravna doktrina se nije bavila ovim pitanjem, već je svoja izlaganja o ovom pravu svodila na manje-više reprodukciju ustavnog teksta.[37] Štaviše, zbog svoje pozicije u Ustavu ono se danas pogrešno vezuje za garantije u okviru krivičnog postupka, iako već sama redakcija odredbe ne daje povoda za to.[38] Ima i mišljenja da je to neophodan element prava na pravično suđenje[39], koje je inače u srpskom Ustavu identično čl. 6 st. 1 EKLJP, što se teško može prihvatiti.[40] *Ustavni sud* (*US*), koji je došao u poziciju da putem ustavnih žalbi odlučuje i protiv presuda parničnih sudova, izrazio je određeno shvatanje prava na pravni lek, koje ipak nije relevatno za konkretan problem. Prema *US* pravo na pravni lek podrazumeva da se uvek kada za to postoje propisane procesne pretpostavke o pravnom leku mora meritorno odlučiti; drugim rečima, nepravilno odbacivanje žalbe ili revizije uvek ima značaj povrede prava na žalbu. Međutim, identična situacija istovremeno za *US* znači i povredu prava na pravično suđenje. On je, naime, razvio doktrinu o pristupu instancionom sudu, tako da pristup sudu iz korpusa prava na pravično suđenje iz čl. 6 EKLJP, tj. čl. 32 st. 1 Ustava (*Zugang zum Gericht*) znači i meritorno odlučivanje o pravnom leku, ali kada za to postoje potrebne pretpostavke.[41] Prema tome, o zakonskom ograničenju žalbenih navoda *US* se nije izjašnjavao.

U nauci građanskog procesnog prava, i to kako za vreme bivše Jugoslavije, tako i sada, pravo na žalbu dobilo je u ovom kontekstu jasnije konture. Povod za diskusiju i zauzimanje stavova bilo je razmatranje da li žalbeni sud može na drugostepenoj raspravi da izvodi dokaze koji nisu u prvostepenom postupku izvedeni, odnosno da utvrđuje činjenice koje nisu sadržane u prvostepenoj presudi. Naime, prvi posleratni zakon (ZPP iz

---

[37] Up. npr. iz vremena SFRJ *Fira*, Ustavno pravo[4] (1987) 273, 319; za sadašnje stanje *R. Marković*, Ustavno pravo i političke institucije[12] (2008) 464/465; *Pajvančić*, Komentar Ustava Republike Srbije (2009) 50 i sled.

[38] Tako *Bataveljić*, Ustavno pravo II (2007) 97/98 vezuje kako pravo na žalbu, tako i pravo na pravično suđenje za „postupke u kojima se izriče krivična sankcija". *Pajvančić*, (cit. u fn. 37) 50/51 svrstava pravo na pravno sredstvo u „ustavne garancije pravne sigurnosti u kaznenom pravu".

[39] *Bataveljić*, (cit. u fn. 38) 97.

[40] I u srpskoj nauci se izričito zastupa stav da čl. 6 st. 1 EKLJP ne garantuje višestepenost. V. *Jakšić*, (cit. u fn. 13) t. 228, 3140. Up. međutim *Poznić/Rakić-Vodinelić*, (cit. u fn. 4) t. 233.

[41] O doktrini *US* v. *M. Knežević*, Komentar odluke Vrhovnog kasacionog suda o umešaču sa položajem običnog suparničara, Glasnik Advokatske Komore Vojvodine (u štampi).

1956. g.) je prema uzoru na predratno pravo (dakle austrijsko) previdео da se na drugostepenoj raspravi može stanje stvari dopunjavati, kao i da se mogu izvoditi dokazi koje je prvostepeni sud odbio. Štaviše, zbog koncepta materijalne istine novote su bile dozvoljene, tako su one mogle biti korišćene kao osnova drugostepene presude.[42] U toj situaciji se mogla, ali ne uvek, izjaviti revizija kao redovan pravni lek, stim da se ipak činjenično utvrđenje drugostepenog suda nije moglo napadati revizijom. Nauka je u toj situaciji videla zapravo prvostepeno presuđivanje, jer je drugostepeni sud odlučivao na bazi materijala koji uopšte nije bio pred prvostepenim sudom. Zbog toga što nije bila predviđena kontrola takve ocene, suštinski je to značilo lišavanje stranaka ustavom zajemčenog prava na žalbu protiv svake prvostepene presude i to iz svih žalbenih razloga.[43] Zbog toga je i takvo uređenje izmenjeno, pa je ZPP iz 1976 zadržao drugostepenu raspravu, ali samo iz razloga ponavljanja već izvedenih dokaza; pojava novota u najširem smislu značila je obavezno ukidanje presude i vraćanje na prvostepeni postupak. Tako je uspostavljena doktrina o strogoj dvostepenoj činjeničnoj kontroli, i to na bazi ustavnog prava na žalbu.[44] Takva doktrina i do danas se održala u nauci[45], stim da je zakonodavac promenio kurs, jer u novom ZPP se odustaje od takvog koncepta i vraća se na sistem ZPP iz 1956 (čl. 383 st. 2 ZPP).[46]

Sagledavajući izloženo, nema sumnje da se pravo na žalbu u Srbiji odavno gleda ne samo kao mogućnost pobijanja prvostepenih presuda, već pobijanja iz svih razloga. Shodno tome nikakvo ograničenje ne bi moglo da se predvidi. Primenjujući na kraju ovu doktrinu na žalbu u bagatelnom postupku, proizilazi da je ona neustavna, jer uopšte ne omogućava činjeničnu kontrolu prvostepene presude. Kao što je već naglašeno, i pored jasnog opredeljenja nauke za takvo rezonovanje prava na žalbu uopšte, pitanje ustavnosti žalbe u bagatelnom postupku je u potpunosti izostalo.[47] Danas se štaviše ističe da zakonskih primera odstupanja od prava na žalbu u sferi građanskih sudskih postupaka nema.[48]

---

[42] *Bačić* u *Poznić/Vražalić/Bačić*, Komentar ZPP (1957) br. 5 uz čl. 351.

[43] *Triva*, (cit. u fn. 24) 587; *Dika* u *Triva* (red.), Novo parnično procesno pravo (1978) 111.

[44] Ovu doktrinu je i sam zakonodavac 1976. g. uneo u obrazloženje zakona. V. Obrazloženje Nacrta ZPP, jun 1976. g. (1976) 78.

[45] *Keča*, O drugostepenoj raspravi u parničnom postupku, Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu XL 2 (2006) 201 (209).

[46] Naravno, zadržava se snažno ograničenje novota (čl. 372 st. 1 ZPP)

[47] Čak je i u Obrazloženju Nacrta ZPP iz 1976, gde se izričito zauzeo stav da se novote ne mogu utvrđivati na drugostepenoj raspravi zbog doktrine o striktnoj dvostepenoj činjeničnoj oceni (v. f. 44), ono u potpunosti izostalo.

[48] *Poznić/Rakić-Vodinelić*, (cit. u fn. 4) t. 236.

Doktrinu o potpunosti prava na žalbu uopšte trebalo bi prihvatiti. Smisao prava na žalbu jeste obezbeđivanje kontrole provostepene presude, omogućavanje strankama da izraze svoje nezadovoljstvo protiv odluke suda sa zahtevom da se ona izmeni.[49] Ističe se takođe da je pravo na žalbu i uspostavljeno zbog toga što ono odgovara duboko ukorenjenom shvatanju naroda o potrebi da se odluka jednog suda podvrgne ispitivanju od strane višeg suda.[50] Takav cilj stoga može ostvariti samo potpuna žalba, tj. žalba u kojoj se mogu isticati sve greške u suđenju. Sve osim toga bi izneverilo očekivanja građana i ne bi bilo u stanju da ostvari svrhu samog prava. Podela na žalbene razloge koji se tiču pravnih ili faktičkih pitanja je na kraju irelevantna, jer i jedna i druga utvrđenja suštinski ravnopravno učestvuju u presuđenju. Sa aspekta cilja je svejedno da li se greška u suđenju *stricto sensu* manifestuje na činjeničnom ili pravnom polju, iako neretko jedna uslovljava drugu.[51] Strankama se garantuje pravo na žalbu kako bi mogle da izdejstvuju otklanjanje greške suda i time povoljniju presudu za sebe. Eventualna ograničenja bi mogla da proizilaze samo iz koncepcije drugostepenog postupka, koji je određen kao strogo kontrolni.[52] Kao jedino ograničenje koje bi bilo u skladu sa takvim shvatanjem prava na žalbu bilo bi ograničenje na greške suda, jer se greške stranaka ne mogu tretirati kao žalbeni razlog pokriven ustavnim pravom na žalbu. Ukoliko su međutim greške stranaka ujedno i greške suda, onda one spadaju u poslednje.[53] Prema tome, ograničenja žalbe protiv kontumacionih presuda i presuda na osnovu odricanja i priznanja su u skladu sa Ustavom, jer omogućavaju u potpunosti otklanjanje grešaka suda. Tako rezonujući, režim žalbe u bagatelnom sporu se pokazuje kao njemu protivan.

Ako se tako odredi pravo na žalbu uopšte, onda se kao poslednje pitanje postavlja ustavnopravna mogućnost ograničenja žalbe, tj. da li je ustavnokonforno ograničiti žalbu u slučaju bagatelnih postupaka? Kao razlog za ograničenje na samo pravna pitanja bi se sigurno naveo argument procesne ekonomije: nema mogućnosti da se ukine presuda,

---

[49] Zato je dobro ukazivanje da žalba pored toga što označava redovan pravni lek u parničnom postupku ima jedno opšte značenje: „žaliti se, znači – izražavati nezadovoljstvo zbog nečega. U tome smislu svaki je pravni lek ustvari – žalba. I svako pojedino tvrđenje kojim se ukazuje na kakvu grešku suda jeste – žalba“. *M. Marković*, Građansko procesno pravo I/2 (1966) t. 742.

[50] *M. Marković*, (cit. u fn. 49) t. 743.

[51] *Starović/Keča*, (cit. u fn. 34) 409.

[52] U tom smislu *Starović/Keča*, (cit. u fn. 34) 413.

[53] Tako za austrijsko pravo *Konecny*, Die Berufung im österreichischen Recht und ihre Bewährung, Zeitschrift für Zivilprozess 107 (1994) 481 (483).

osim kod postojanja apsolutno bitnih povreda, već će žalbeni sud na bazi prvostepenog utvrđenja ili da usvoji žalbu i preinači presudu, ili da odbije žalbu i potvrdi presudu. Time bi se u najvećem meri izbegli dalji troškovi ponovljenog prvostepenog postupka i time odlaganje pravnosnažnog okončanja spora u sporovima manjeg značaja. Obrazloženje bi dakle bilo u tezi koja je prisutna već u pojedinim sistemima da ne treba omogućiti pravne lekove onda kada njihovi troškovi stoje u nerazumnoj razmeri sa dobiti od njih,[54] odnosno kako se to u ranijoj jugoslovenskoj teoriji govorilo u balansu između radikalnog načela *de minimis non curat praetor* i obezbeđivanja potrebnih garantija, što bi trebalo kod sporova „male" vrednosti da bude slučaj. Iako to dosta razumno zvuči, za srpski sistem se ne može prihvatiti ovakva eventualna redukcija. Pravo na žalbu je izričito propisano ustavom i to tako da se ne ostavljaju mogućnosti za izuzetke, kao što bi to bio slučaj sa nekim drugim pravima.[55] Izričito se kaže da je zakonsko ograničenje ljudskih prava zagarantovanih Ustavom moguće „ako ograničenje dopušta Ustav" (čl. 20 st. 1 Ustava). Prema tome, srpski Ustav zapravo izričito zatvara krug mogućih užih tumačenja i teleoloških redukcija odredaba o ljudskim pravima. Stoga se ni ograničenje kod bagatelne žalbe ne može uzeti da je u skladu sa Ustavom. Treba svakako konstatovati i da je suprotno, važeće vrednosne granice bagatelnih sporova bi bile ustavnopravno veoma sporne.

B. Problem enormnog cenzusa

Povećavanje cenzusa za bagatelne sporove Novelom 2009. g. nije bilo praćeno obrazloženjem zakonodavca.[56] Do tada nisu ni objavljivani statistički podaci u pogledu prosečne vrednosti predmeta spora, tako da se može pretpostaviti da je tako drastična promena izvršena bez prethodnih istraživanja. Na kraju, Novela je usledila „iz vedra neba" – uopšte nije bila najavljivana, javnost uopšte nije bila obaveštena o njoj, već je samo po hitnom postupku usvojena u Skupštini. Svaka mogućnost stručne rasprave i kritike javnosti bila je isključena. Pa i pored toga, skoro dve godine kasnije, zakonodavac je donoseći nov ZPP učinio isto. Cenzus za bagatelne sporove nije ni spomenut u Obrazloženju zakona. S druge strane, ni li-

[54] Za Austriju *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts[8] (2010) Rz 1024; *Konecny*, (cit. u fn. 53) 486; za Nemačku *Jauernig*, Zivilprozessrecht[29] (2007) § 72 III mwN; *BVerfGE* 54, 291.

[55] Npr. pravo na javno raspravljanje jeste ustavno pravo, ali su dopušteni izuzeci. Isto važi i za pravo na kolektivno suđenje.

[56] U obrazloženju Novele se uopšte ne spominje.

teratira nije u značajnijom meri kritikovala povećanje cenzusa, jer su usamljeni radovi na tu temu.[57]

Vrednosnu granicu bagatelnog postupka smo se odvažili da nazovemo enormnom. Ona već u nominalnom iznosu deluje kao previsoko postavljena u odnosu na druge sisteme koji imaju slične ustanove, i čini se da bi ona teško mogla da bude i tamo prihvatljiva.[58] U realnom odnosu to je još vidljivije. U Srbiji je prosečna zarada za septembar 2011. g., kada je donet ZPP, bila skoro 380 evra, što znači da je spor „male vrednosti" spor koji ima vrednost 7,8 veću od prosečne zarade. Razmera za privredne sporove daje frapantan odnos: spor male vrednosti je spor koji je 78 puta veći od prosečne zarade. Prema opštoj formuli opravdanja bagatelnog postupka i u njemu ograničenje žalbe, zaključak je sledeći: u zemlji u kojoj je prosečna zarada oko 380 evra, spor o 3.000 evra, odnosno čak do 30.000 evra u privrednim stvarima je bagatelna stvar koja ne zaslužuje da bude u potpunosti izložena kontroli žalbenog suda; troškovi potpune kontrole prvostepene odluke prema tome ne stoje u proporciji sa značajem spora. Drugim rečima, takvim sporovi su manjeg društvenog značaja. Da ovaj je ovaj zaključak sadržinski neispravan, čini se da je očigledno, jer je očigledan raskorak između zakonskog određenja male vrednosti i ekonomskih uslova u zemlji.[59] Ne treba izostaviti ni ustavnopravni aspekt visoko određenog cenzusa.[60]

Povećanje cenzusa bagatelnih postupaka preduzeto je u jeku procesne reforme, u kojoj je jedan od prioriteta ubrzanje postupaka, ali i kako se to paušalno navodi „usklađivanje sa evropskim standardima". U centru pažnje je prema tome uloga povećanja cenzusa u postizanju gorećeg problema – dugog trajanja postupaka. Naime, kako ograničena žalba protiv presude predstavlja gotovo jedino sredstvo ubrzanja postupka u bagatelnom postupku, širenje domena bagatelnih postupaka treba da kroz ograničenje žalbe doprinese bržem okončanju postupaka. Smanjuje se mogućnost ukidanja presuda, jer nema činjenične kontrole, tako da se do prav-

[57] V. međutim izričito *M. Salma*, (cit. u fn. 8) 138.

[58] U Austriji je cenzus za tzv. bagatelnu žalbu, koja bi odgovarala žalbi protiv presude u srpskom bagatelnom postupku, 2.000 evra. U zemljama bivše Jugoslavije zadržan je u potpunosti koncept bagatelnog postupka, ali sa značajno nižim cenzusima. Tako je npr. cenzus u Crnog Gori 500 evra (5.000 evra u privrednim sporovima), u Republici Srpskoj 1.500 evra, a u Hrvatskoj oko 1.330 evra (oko 6.600 evra u privrednim sporovima).

[59] Tako i *M. Salma*, (cit. u fn. 8) 138.

[60] Ovde upućujemo na diskusiju u nemačkoj literaturi u pogledu ustavnosti redukcije procesnih garantija sa ciljem ubrzanja postupka; ograničenja u sporovima koji po bi po svojoj vrednosti prevazilazili prosečnu zaradu u zemlji bi bila neustavna, jer bi onemogućavala uživanje pravne zaštite i time bi bila protivna principu pravne države (*Stürner*, Prozeßzweck und Verfassung, in FS Baumgärtel [1990] 545 [551/552 mwN]).

nosnažnosti dolazi redovno brže. Pri tome se izgleda ne uzima u obzir da se time smanjuje kvalitet pravne zaštite, jer se širi već problematična ograničena kognicija; greške u utvrđivanju stanja stvari rezultuju netačnim presudama. Dakle, zakonodavac spas traži u daljoj redukciji procesnih garantija. Zato se može govoriti o zakonodavčevom begu u bagatelni postupak, preciznije u ograničenu žalbu. Bira se najjednostavniji zahvat za zakonodavca a najbolniji za korisnike pravne zaštite. U svemu tome stranke trpe i isključivo na njih se prevaljuje teret težnje za ubrzanjem postupka; one bez svoje krivice dolaze pod udar redukovane kognicije, jer su pravila o bagatelnom postupku odavno imperativne prirode. Beg u ograničenu žalbu zato treba da ima značajno mesto u reformi postupka. Koliko je to neadekvatno srpskim uslovima već je rečeno. Ipak, ne treba gubiti iz vida da ni „evropski standardi" ne podrazumevaju toliku redukciju procesnih garantija.

Rečeno je samo najsnažnija potvrda jedne od osobina procesne reforme. Radi se o smanjivanju procesnih garantija zarad brzine postupka. O menjanju koncepata kao i načina postupanja, same paradigme shvatanja parnice u praksi, naprotiv, gotovo da nema ni reči.[61] Tako se zajedno sa povećanjem bagatelnog cenzusa drastično povisio i cenzus za vrednosnu reviziju.[62] Dalje, ostajući u tom domenu, reviziju po dopuštenju ne dopušta apelacioni sud po sl. dužnosti u svojoj presudi, već stranka treba nakon presude da traži dopuštenje.[63] Na kraju, kao svojevrsni ekskurs, neka posluži i propisivanje ograničene žalbe u novom „posebnom" postupku, postupku u potrošačkom sporu. U ZPP je propisan i poseban postupak rešavanja sporova koji proizilaze iz ugovornog odnosa potrošača i trgovca (potrošački spor). Prema Obrazloženju zakonodavca uvođenje ovog postupka predstavlja „usklađivanje sa standardima Evropske unije i zakonima drugih evropskih zemalja, koji posebnu pažnju posvećuju zaštiti potrošača".[64] Međutim, u žalbi protiv presude u ovom sporu ne može se napadati činjenično stanje niti se mogu isticati relativno bitne povrede parničnog postupka (čl. 493 st. 1 ZPP). To zvuči dosta čudno sa aspekta zaštite potrošača, inače i ustavne kategorije[65], jer se izričito smanjuju garantije pravilnosti presuđenja.

---

[61] Teze *Uzelca* (in *Rechberger* [Hrsg], [cit. u fn. 23] 187 ff), o stanju u Hrvatskoj u pogledu procesnog stila primenjive su i na stanje u Srbiji.

[62] Umesto približno 5.000 evra, ona je sada 100.000 evra; u privrednim sporovima umesto 30.000 evra ona je sada 300.000 evra.

[63] Krajnja je konsekvenca takvog rešenja da su razlozi za dopuštenje revizije, koji odgovaraju nemačkom pravu, zapravo privatna stvar stranaka; apelacioni sud ne treba prema tome da sam prilikom donošenja presude vodi računa o potrebi da se izjasni revizijski sud o nekom pitanju, već treba samo da se o tome izjasni tek kada stranka to zahteva.

[64] Obrazloženje Predloga ZPP, 115.

[65] Izričito se propisuje u čl. 90 st. 1 Ustava da „Republika Srbija štiti potrošače".

V. Relativizovanje koncepta postupka iura novit curia

Poslednja, treća tačka kritike odnosi se na izričito onemogućavanja ukidanja presude i u slučaju da je činjenično stanje nepotpuno zbog pogrešne primene materijalnog prava. Ovaj krupan zaokret još od ZPP 04 u odnosu na ranije zakonodavstvo je takođe prošao neopažen u literaturi. On na prvom mestu predstavlja nedoslednost u konceptu samog žalbenog postupka u bagatelnom sporu. Nepodeljen je stav teorije da se u toj situaciji radi zapravo o pogrešnoj primeni prava, a tek kao rezultat toga radi se o nepotpunom utvrđivanju stanja stvari.[66] Prema tome, reč je o pravnom pitanju, pa bi se otuda i morala dopustiti kontrola žalbenog suda.[67] Međutim, to se izričito isključuje. Time se čini zapravo sistemska greška, jer je to suprotno sistemu žalbenog postupka u bagatelnom sporu, u kome je isključena provera činjeničnih pitanja, ali ne i pravnih.

Navedenim uređenjem se s druge strane temeljno menja koncept samog postupka, jer se negira bilo kakava saodgovornost suda na sakupljanju procesnog gradiva. U tom smislu je i u neskladu sa shvatanjem postupka. Srpski parnični postupak je zasnovan na raspravnom načelu, tako da sud može da uzme u obzir samo činjenice koje su stranke iznele; isto važi i za dokaze (čl. 7 st. 2, 228 ZPP). S druge strane, raspravno načelo nije sporovedeno dosledno, do krajnjih granica, jer sud nema uopšte pasivnu ulogu. On ima dužnost rasvetljavanja stanja stvari, odnosno dužnost materijalnog upravljanja parnicom (čl. 313 ZPP). Prema teoriji postupak je izraz i stanja stvari u društvu, pa se i apsolutna pasivnost suda danas ne može prihvatiti.[68] Sud je prema tome saodgovoran za prikupljanje procesnog gradiva. Uz to, saodgovornost proizilazi iz pozicije suda u pogledu pravnih pitanja: on nije vezan za stranačke pravne ocene, važi maksima *iura novit curia* (čl. 192 st. 4 ZPP); aktivnost suda i saodgovornost je stoga logička nužnosti takve kontrucije.[69] Imajući to u vidu, saodgovornost suda se manifestuje upravo i u žalbenom postupku, kada je zbog njegove greške u sferi prava i činjenično stanje nepotpuno. Maksima *iura novit curia* ovde zahteva da se ukine presuda, jer je po sredi greška suda. Zato i

---

[66] Vidi fn. 31, 32, 34.

[67] Tako je upravo u Austriji gde je bagatelna žalba ograničena, kao i kod nas, samo na pravna pitanja. V. *Fasching*, (cit. u fn. 34) Rz 1837; *Kodek* in *Rechberger* (Hrsg), Kommentar zur ZPO^2 (2006) § 501 Rz 2.

[68] *M. Marković*, Građansko procesno pravo I/1 (1957) t. 42; *Triva/Belajec/Dika*, (cit. u fn. 4) 88/89; *Leipold*, Zivilprozeß un Ideologie, Juristenzeitung 1982, 441 (448); *Fasching*, (cit. u fn. 34) Rz 45.

[69] *Triva* u *Triva* (cit. u fn. 43) 223/224: aktivni sudija je „logička projekcija načela na kojima počiva moderni procesni sistem", gde se ubraja i nevezanost suda za pravna shvatanja stranaka.

rešenje za bagatelni postupak ozbiljno drma koncepciju postupka. Proizilazi da sud u bagatelnom postupku uopšte nije saodgovoran, jer se ni njegova greška u pravnoj oceni, a koja se prenosi na utvrđivanje stanja stvari, ne može ispraviti. S druge strane u bagatelnom postupku još uvek važi maksima *iura novit curia*, tj. ona nije ukinuta. Ako se ima u vidu rečeno, onda se i može postaviti pitanje koliko je realno prisutna ova maksima u bagatelnom postupku, tj. koliko izostanak odgovornosti suda utiče na celokupan koncept. Čini se da se teško može govoriti o postojanju maksime, jer nedostaje veoma značajni element u vidu suštinske saodgovornosti suda za utvrđivanje stanja stvari.

I ova tačka naše kritike pokazuje, kao i prethodna, da se u reformi parničnog postupka poseže za rešenjima koja smanjuju procesne garantije stranaka. Na ovom primeru je to takođe očigledno. Stranke u potpunosti preuzimaju rizik i odgovornost. Iako sud nominalno ima i u bagatelnom postupku dužnosti rasvetljavanja stanja stvari, najvažnija komponenta saodgovornosti nedostaje. Takođe, ne treba gubiti iz vida nedovoljnu afirmisanost dužnosti suda da rasvetli stanje stvari. Štaviše, inklinira se pasivizaciji suda, i to s pozivom na pogrešnu sliku aktivnog sudije u ranijem (socijalističkom) sistemu[70]; uz to zanemaruje se stanje u uporednopravnim sistemima koji se inače ističu kao referenti.[71] Pozivi nauke na tom planu nažalost, i pored snažne i uverljive argumentacije, nisu dali rezultata.[72]

[70] Up. u tom smislu stav *US* Už 1327/2008 Službeni glasnik RS 14/2011.

[71] Za stanje u savremenim evropskim sistemima gde dominantan aktivni sudija v. *Stürner*, Parteiherrschaft versus Richtermacht, Zeitschrift für Zivilprozess 123 (2010) 147 ff; *ders*, Die Parteidisposition über Anfanf, Ende, Gegenstand und Umfang des Verfahrens in Europa, in Festkrift till Per Henrik Lindblom (2004) 659 ff.

[72] Ovde se pre svega misli na *Trivin* „Esej o «otvorenom pravosuđenju»“ (u *Triva* [cit. u fn. 43] 209 i sled.).

Marko Knežević, Assistant
Faculty of Law Novi Sad

On the Appeal against Judgment in Small Claims Procedure

Abstract

The article critically reexamines the cornerstone of the small claims procedure – the limited appeal against judgment. The critic is based on the constitutional level of limiting the control of the of the first instance court's fact conclusions, what is well established concept in Serbian law. However, the subjects of the analysis are the recent legislative changes made in the reform of the Civil Procedure, which directly or indirectly refer to the limited appeal. The results show by this manner how dysfunctional conception of legislature is.

Key words: small claims procedure; appeal against judgment; limited appeal; right to appeal; incomplete fact conclusions; principle of party disposition over facts and proofs.

Pregledni članak 342.725:342.8(497.11)
doi:10.5937/zrpfns46-3020

Nataša Rajić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

„PUNA I EFEKTIVNA JEDNAKOST“ PRIPADNIKA NACIONALNIH MANJINA U POLITIČKOM ŽIVOTU – PRILOG TUMAČENJU MEĐUNARODNIH STANDARDA[1]

***Sažetak**: Pluralizam predstavlja jedan od esencijalnih postulata savremene demokratije. Politički pluralizam, između ostalog, podrazumeva i učešće stranaka nacionalnih manjina u političkom životu države. Rad ima za cilj da sistemskom analizom celine pravnih normi koje regulišu izbornu materiju utvrdi stvarni domašaj ostvarivanja međunarodnog standarda „pune i efektivne jednakosti“ pripadnika nacionalnih manjina u političkom životu u Republici Srbiji, sa posebnim osvrtom na republički nivo vlasti. Pitanje celishodnosti izbornih pravila koja se odnose na stranke nacionalnih manjina u našem pravnom sistemu otvorile su oprečne odluke Ustavnog suda Srbije i nekadašnjeg Vrhovnog suda Srbije. Pitanje koje je različito tumačeno predstavljao je broj potpisa potrebnih za utvrđivanje i proglašenje izborne liste stranaka ili koalicija stranaka nacionalnih manjina.*

***Ključne reči**: političke stranke nacionalnih manjina, mere pozitivne diskriminacije, izborni sistem, međunarodni standard „pune i efektivne jednakosti“ pripadnika nacionalnih manjina u političkom životu*

[1] Rad je rezultat istraživanja na projektu „*Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)*“ kojeg finansira Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

Uvod

Pluralizam predstavlja jedan od esencijalnih postulata savremene demokratije. Konstruktivno sučeljavanje različitih mišljenja i stavova artikulisanih kroz delovanje različitih društvenih grupa smatra se poželjnim i korisnim u različitim oblastima društvenog života. Preneto na teren političke sfere, pluralizam podrazumeva zastupljenost različitih grupa i interesa u predstavničkim telima. Otud se slobodni i pošteni izbori smatraju najvažnijom karakteristikom savremene demokratije.[2]

Pitanje koje zaokuplja posebnu pažnju kada je reč o političkom pluralizmu odnosi se na zastupljenost pripadnika nacionalnih manjina u predstavničkim telima na različitim nivoima vlasti. Ovo pitanje nije zanemarljivo s obzirom na činjenicu da u svetu postoji veoma mali broj država koje se mogu smatrati jednonacionalnim.[3] Imajući u vidu da su pripadnici nacionalnih manjina državljani države na čijoj teritoriji žive[4] (čime su automatski legitimisani na uživanje svih političkih prava, među kojima su najznačajnija aktivno i pasivno biračako pravo i pravo na političko organizovanje), njihovu brojnost u odnosu na ukupno stanovništvo kao i opšta izborna pravila koja se odnose na uslove sticanja poslaničkog mandata, otvara se pitanje na koji način zadovoljiti standard „pune i efektivne jednakosti" pripadnika nacionalnih manjina u političkom životu države koji se u tom smislu zahteva međunarodnim pravom.

Odgovor na postavljeno pitanje je, naizgled, jasan i rešiv: uvođenje mera pozitivne diskriminacije kojima se postiže puna ravnopravnost lica koja su u nejednakom položaju sa ostalim građanima. Obim i sadržaj ovih mera je, međutim, upitan. Reč je, naime, o različitom tumačenju sadržaja

---

[2] Ciprian-Calin Alionescu, Parliamentary Representation of Minorities in Romania, *Southeast European Politics*, 2004, Vol. V, No. 1, pp. 60.

[3] „ Jer, u svetu je manje od 200 država, a pretpostavlja se da ima i nekoliko hiljada politički relevantnih etničkih i nacionalnih grupa, zajednica. Ima država koje imaju i više od 250 etničkih zajednica sa svojom tradicijom, jezicima, itd, kakva država je Nigerija. Indija u pogledu etničkih raznolikosti ne zaostaje u pogledu religija, jezika i porekla grupa (ima 14 osnovnih religionalnih zvaničnih jezika)." Stanovčić Vojislav, Pojam nacionalne manjine i tretiranje individualnih i kolektivnih prava, *Godišnjak 2008*, Fakultet političkih nauka, Beograd, 2008, str. 480.

[4] Na ovom mestu je interesanto pomenuti da su države članice Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina iz 1995. godine, prilikom ratifikacije različito predelile karakter veze između pripadnika nacionalne manjine i države. Pored država koje insistiraju na vezi državljanstva, postoje i države (Slovenija i Estonija) koje smatraju prebivalište dovoljnim uslovom za pružanje manjinske zaštite. Videti, Đajić Sanja, Zaštita nacionalnih manjina u okviru Saveta Evrope: Okvirna konvencija za zaštitu nacionalnih manjina, *Zbornih radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1-3/2002, str. 322.

međunarodnog standarda „pune i efektivne jednakosti" pripadnika nacionalnih manjina. Koje se mere, dakle, moraju smatrati dovoljnim kako bi se ovaj standard dostigao? Problem nije, niti može biti, uniformno rešen kako na međunarodnom nivou tako ni u pravnim sistemima različitih država. Ni sama Okvirna konvencija za zaštitu nacionionalnih manjina, kao međunarodna konvencija koja uvodi ovaj standard, ne predstavlja pouzdan vodič za njegovo pravilno razumevanje. Razlog leži u tome što ovaj dokument ima naglašeno programski karakter, u smislu postavljanja ciljeva koji se žele postići. Formulisanjem „obaveze cilja" državama se ostavlja širok prostor diskrecione ocene u pogledu načina njegovog ostvarivanja, što u svakom slučaju podrazumeva donošenje odgovarajućih pravnih akata, jer je neposredna primena međunarodnih normi kojima se definišu ovakve obaveze praktično nemoguća.[5] Elastičnija formulacija ovog zahteva je možda upravo posledica svesti o potrebi uvažavanja različitih istorijskih, ekonomskih i političkih okolnosti država u pogledu ostvarivanja zahteva pripadnika nacionalnih manjina za participacijom u političkom životu.

Pitanje celishodnosi izbornih pravila koja se odnose na stranke nacionalnih manjina u našem pravnom sistemu otvorile su oprečne odluke dve visoke sudske instance: odluke nekadašnjeg Vrhovnog suda Srbije, donete početkom 2007. godine, kao i odluke Ustavnog suda iz 2011. godine. Sporna tačka predstavljao je uslov u vezi sa brojem potpisa potrebnih za utvrđivanje i proglašenje izborne liste stranaka ili koalicija stranaka nacionalnih manjina.

Postoji niz faktora koji utiču na zastupljenost nacionalnih manjina u predstavničkom telu, počev od tipa izbornog sistema, preko pravila izborne matematike i izborne geometrije i drugih, čiji se uticaj može procenjivati u njihovom međusobnom sadejstvu (npr. koncentrisanost pripadnika nacionalnih manjima na užem području u relaciji sa tipom izbornog sistema i postavljanjem granica izbornih jedinica)[6]. U vezi sa tim, rad ima za cilj da sistemskom analizom celine pravnih normi koje regulišu izbornu materiju, utvrdi stvarni domašaj ostvarivanja međunarodnog standarda „pune i efektivne jednakosti" pripadnika nacionalnih manjina u političkom životu u Republici Srbiji. Prvi deo rada će biti posvećen međunarodnim standardima u oblasti ostvarivanja političkih prava pripadnika nacionalnih manjina i analizi odgovarajućih međunarodnih dokumenata. Drugi i treći delovi rada biće posvećeni normativnom

[5] Sanja Đajić, op. cit., str. 316.

[6] Više o tome, Pajvančić Marijana, Izborni sistem i pravo nacionalnih manjina na reprezentovanje, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, Novi Sad, 2007/3-4, str. 71-83.

okviru koji definiše prostor ostvarivanja pomenutih standarda kao i odgovarajućoj ustavnosudskoj praksi, dok će četvrti deo rada sadržati ocenu stvarnog domašaja ostvarivanja međunarodnog standarda „pune i efektivne jednakosti" pripadnika nacionalnih manjina u političkom životu u Republici Srbiji.

1. Međunarodni standardi u oblasti ostvarivanja političkih prava pripadnika nacionalnih manjina

Ne ulazeći dublje u pitanje začetaka i evolucije zaštite manjina, zadržaćemo se na činjenici da su se manjine nakon Prvog svetskog rata razvrstavale na rasne, verske i jezičke i da ni u jednom sporazumu koji je u tom periodu bio donet nisu pominjane nacionalne manjine.[7] I nakon Drugog svetskog rata u međunarodnim okvirima se taj termin smatrao nepotrebnim. U nekim dokumentima koji su kasnije doneti pominje se pojam „nacionalne manjine", ali ni do danas nije postignuta saglasnost u pogledu jasnog definisanja tog pojma.

U periodu nakon Drugog svetskog rata prihvaćen je individualistički koncept u zaštiti prava manjina što podrazumeva da se zaštita prava pripadnika manjina ostvaruje u okviru opšteg koncepta zaštite ljudskih prava.

Dakle, u oblasti ostvarivanja političkih prava pripadnika nacionalnih manjina značajni su svi dokumenti kojima se takva prava garantuju, uz zabranu diskriminacije u ostvarivanju tih prava po bilo kom osnovu, pa i nacionalnom. Na univerzalnom nivou među najznačajnijim dokumentima takve vrste izdvajaju se Opšta deklaracija o ljudskim pravima iz 1948. godine, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine kao i Deklaracija o pravima pripadnika nacionalnih ili etničkih, verskih i jezičkih manjina iz 1992. godine.

Na regionalnom, evropskom pravnom prostoru, napori u pravcu obezbeđivanja posebne zaštite nacionalnih manjina preduzeti su u okviru Konferencije za evropsku bezbednost i saradnju (kasnije Organizacije za evropsku bezbednost i saradnju) kao i u okviru Saveta Evrope.

---

[7] „Ipak je Skupština Društva naroda u rezoluciji koju je usvojila 21. septembra 1922. iznela da „priznaje osnovno pravo manjina protiv ugnjetavanja, od čega ih štiti Društvo", ali naglašava i „dužnost lica, pripadnika rasnih , verskih ili jezičkih manjina da sarađuju kao verni sugrađani sa nacijama kojima sada pripadaju". U ovoj, inače dobroj i neophodnoj formulaciji, skriva se i odgovor na pitanje zašto se toliko izbegavalo da se upotrebi izraz „nacionalna manjina". Vidi se iz navedenog teksta rezolucije da se manjine smatraju delom nacije čija su manjina. To je malo paradoksalno samo ako ne uzmemo u obzir pored etničkog pojma nacije, kakav preovlađuje u Istočnoj Evropi, imamo i politički pojam nacije koji preovlađuje u Zapadnoj evropi i SAD." Stanovčić Vojislav, op.cit., str.485-486.

Najznačajniji dokumenti Saveta Evrope u ovoj oblasti svakako predstavljaju Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950. godine (u daljem tekstu Evropska konvencija), kao opšta platforma zaštite ljudskih prava, i Okvirna konvencija za zaštitu nacionalnih manjina iz 1995. godine (u daljem tekstu Okvirna konvencija) koja je u celini posvećena pitanju zaštite nacionalnih manjina. U periodu koji je prethodio usvajanju Okvirne konvencije postojala je dilema o tome da li zaštita nacionalnih manjina treba da bude predmet posebnog protokola uz Evropsku konvenciju ili, pak, predmet posebne konvencije. Dilema je rešena u korist poslednje opcije što se čini kao nedostatak, imajući u vidu da je nadzorni mehanizam ove dve konvencije različit; preciznije rečeno, da mogućnost neposrednog obraćanja pojedinca Evropskom sudu za ljudska prava postoji samo u slučaju kršenja Evropske konvencije.[8]

Okvirna konvencija, u skladu sa opštim konceptom, sledi individualistički pristup u pogledu zaštite prava pripadnika nacionalnih manjina izričito navodeći da se prava i slobode koje proizlaze načela sadržanih u ovoj Konvenciji ostvaruju „pojedinačno ili u zajednici s drugima".[9] Zaštita navedenih prava i sloboda „sastavni je deo međunarodne zaštite ljudskih prava" [10] što se, tumačeno saglasno odredbi koja upućuje na Evropsku konvenciju[11], naglašeno oslanja na evropski koncept zaštite ljudskih prava.

Okvirna konvencija sadrži nekoliko odredbi koje su važne sa stanovišta predmeta ovog rada. Okvirna konvencija obavezuje države ugovornice da zajemče ravnopravnost pred zakonom i jednaku zakonsku zaštitu pripadnicima nacionalnih manjina kao i da zabrane svaku diskriminaciju po osnovu pripadnosti nacionalnoj manjini.[12] Pored toga, države ugovornice „se obavezuju da usvoje, gde je to potrebno, odgovarajuće mere za unapređenje, u svim oblastima ekonomskog, socijalnog, *političkog* (podv. N.R.) i kulturnog života, *pune i efektivne ravnopravnosti* (podv. N.R.) između pripadnika nacionalne manjine i onih koji pripadaju većini uz naznaku da se ovakve mere ne smatraju aktom diskriminacije."[13] Ovim se uvodi obaveza državama ugovornicama da merama pozitivne diskriminacije izjednače pripadnike nacionalnih manjina u uživanju prava ukoliko su oni, dosledno sprovodeći princip jednakosti, u suštinski nejednakom

[8] Više o tome, Đajić Sanja, op.cit., str. 314-315 i 323.
[9] Član 3 stav 2 Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina.
[10] Član 1 Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina.
[11] Član 23 Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina.
[12] Član 4 stav 1 Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina.
[13] Član 4 stav 2 i 3 Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina.

položaju sa pripadnicima većine. Formulacija „tamo gde je to potrebno" ipak ostavlja prostor državama ugovornicama da navedenu obavezu izvrše u skladu sa sopstvenom procenom.

Među značajnim je svakako i odredba kojom države obavezuju na poštovanje seta odgovarajućih političkih prava: slobode mirnog okupljanja, slobode udruživanja, slobode izražavanja i slobode misli, savesti i veroispovesti.[14] Čini se da nije sasvim jasno zbog čega je među nabrojanim slobodama izostala garancija aktivnog i pasivnog biračkog prava, budući da je ono najdirektije vezano za učešće pripadnika nacionalnih manjina u političkom životu. Takođe je važna odredba Konvencije kojom se države obavezuju da stvore neophodne uslove za *efikasno učešće* (podv. N.R.) pripadnika nacionalnih manjina u kulturnom, socijalnom i ekonomskom životu i *javnom poslovima* (podv. N.R.), naročito onim koji se tiču njih.

Iako su naznačeni nalozi državama ugovornicama formulisani u obliku obaveze, jasno je da standardi *„puna i efektivna ravnopravnost" kao i „efikasno učešće"* koji se u njima pominju nemaju jasno sadržinsko određenje. Bliži odgovor na ovo pitanje bi se mogao potražiti u praksi Evropskog suda za ljudska prava i stavovima koje je zauzeo u pogledu formulisanja standarda u određenju sadržine odgovarajućih ljudskih prava. Na takav put u iznalaženju odgovora ukazuje i sama Okvirna konvencija.[15] Praktičan značaj ovakve analize je važan, budući je da sistem nadzora nad sprovođenjem Evropske konvencije takav da omogućava pojedincima da neposredno pokrenu postupak pred Evropskim sudom u slučaju eventualne povrede prava garantovanih ovom Konvencijom.

U pogledu ostvarivanja političkih prava pripadnika nacionalnih manjina od značaja su odredbe Evropske konvencije kojima se garantuje sloboda misli, savesti i veroispovesti, sloboda izražavanja, sloboda okupljanja i udruživanja, zabrana diskriminacije kao i pravo na izbore[16]. Ukazivanje na povrede ovih prava, najčešće u kombinaciji, bilo je predmet razmatranja pred Evropskim sudom za ljudska prava u određenom broju slučajeva upravo kada je reč o pripadnicima nacionalnih manjina i njihovom političkom delovanju.

---

[14] Član 7 Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina.

[15] „U onoj meri u kojoj su predmet odgovarajuće odredbe u Konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda ili u protokolima uz nju, prava i slobode koje proizlaze iz načela sadržanih u ovoj okvirnoj konvenciji smatraće se saglasnim sa njima." član 23 Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina.

[16] Članovi 9, 10, 11, 14 (i Protokol 12 Konvenije kojim je prostor zabrane diskriminacije proširen na sva prava, a ne samo ona garantovana Konvencijom) kao i član 3 Protokola 1 Konvencije.

Evropski sud je, kroz praksu, u velikoj meri „sadržinski oblikovao" prava i slobode garantovane Evropskom konvencijom, polazeći od pretpostavke da je Konvencija „živi instrument" i da je njen cilj garantovanje prava i sloboda koja nisu teorijska ili iluzorna, već praktična i stvarna.

U pogledu zabrane diskriminacije (koja, između ostalog, zabranjuje razlikovanje po osnovu nacionalnog porekla) Evropski sud je definisao „neautonomnu prirodu" člana Konvencije kojom je ona formulisana, što praktično znači da se povreda ovog člana ne može isticati ukoliko se ne vezuje za neki drugi član Konvencije. Pored neautonomne, zabrana diskriminacije ima i „neapsolutnu prirodu". Naime, u praksi Suda zauzet je stav da se *ne smatra svako drugačije postupanje diskriminatornim* (podv. N.R.), već samo ono koje „nema objektivno i racionalno opravdanje" odnosno „ukoliko se njime ne teži legitimnom cilju" ili ako ne postoji „racionalan odnos srazmernosti između upotrebljenih sredstava i cilja koji se želeo postići."[17] Konačno, opseg ove zabrane obuhvata i „pozitivnu diskriminaciju" koja se izražava u stavu Suda da država ne krši ovu zabranu samo kada, bez opravdanog razloga, u sličnim situacijama postupa na različit način, nego *i kada, bez opravdanog razloga, ne postupa na različit način prema licima koja se nalaze u bitno različitoj situaciji* (podv. N.R.).[18] Ovaj poslednji aspekt je naročito značajan za predmet ovog rada.

U pogledu sadržine slobode udruživanja, sud je izričito naglasio da se ona proteže na političke partije, jer one predstavljaju formu udruženja koja je od suštinskog značaja za pravilno funkcionisanje demokratije.[19] Sloboda udruživanja u tom smislu podrazumeva ne samo pravo na osnivanje političke partije nego i pravo takve partije da slobodno nastavi svoje političko delovanje.[20] Ograničenja, koja zapravo znače zabranu političke partije, moraju se restriktivno tumačiti odnosno biti opravdana samo ukoliko su neophodna u demokratskom društvu radi ostvarivanja legitimnog cilja. Ova sloboda, kao uostalom i ostale slobode i prava garantovane Evropskom konvencijom, ostvaruje se u skladu sa načelom zabrane diskriminacije po bilo kom osnovu, što uključuje i nacionalno poreklo.

Kada je u pitanju ostvarivanje prava na izbore, Evropski sud daje širok prostor diskrecione ocene državama u oblikovanju svog izbornog sistema, uz zahtev da takav sistem predviđa uslove koji „obezbeđuju slo-

[17] Navedeno prema: Žil Ditertr, *Izvodi iz najznačajnijih odluka Evropskog suda za ljudska prava*, JP Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 333-334.

[18] Isto,str. 336.

[19] Isto, str. 313-314.

[20] Isto, str. 316.

bodno izražavanje mišljenja naroda pri izboru zakonodavnog tela" što u suštini podrazumeva načelo jednakosti u postupanju prema svim građanima u pogledu ostvarivanja prava na izbore i prava na kandidovanje.[21] Procenu izbornog sistema u pogledu njegove usaglašenosti sa ovim osnovnim zahtevom, Evropski sud vrši uzimajući u obzir stepen političkog razvoja države koja je u pitanju.[22]

Navedeni stavovi Evropskog suda predstavljaju smernice prilikom analize pravnih pravila koja uređuju izbornu materiju odnosno pravnog okvira koji definiše prostor za političko delovanje pripadnika nacionalnih manjina.

2. Normativni okvir ostvarivanja političkih prava pripadnika nacionalnih manjina

2.1. Komparativni pregled

Kratak osvrt na normativni okvir zemalja u okruženju pokazuje da pravni sistemi na različit način opredeljuju pravni okvir političkog delovanja pripadnika nacionalnih manjina.

Najrigidniji u tom smislu je izborni sistem Bugarske koji izričitom ustavnom normom zabranjuje osnivanje političkih partija po osnovu nacionalne (etničke) pripadnosti.[23] Ovo, naravno, ne znači da pripadnici nacionalnih manjina ne mogu ostvarivati pasivno biračko pravo uopšte, već samo da svoju političku delatnost ne mogu koncipirati i artikulisati u okviru slobode udruživanja po osnovu nacionalne pripadnosti. U političkom životu Bugarske, pak, figurira jedna politička stranka koja *de facto* predstavlja manjinsku stranku. Reč je o Pokretu za prava i slobode (Movement for Rights and Freedoms) koji praktičko mobiliše tursku nacionalnu zajednicu u ovoj zemlji, iako okuplja i izvestan broj pripadnika bugarske nacionalnosti.[24] Činjenica da je ova stranka otvorena za članstvo i pripadnicima bugarske nacionalnosti (čime gubi ekskluzivitet u pogledu zastupanja manjinskih interesa pripadnika turske nacionalnosti) očigledno je bila razlog Ustavnom sudu Bugarske da ne donese odluku o njenoj zabrani.[25]

---

[21] Isto, str. 377-378.

[22] Isto, str. 378.

[23] Član 11 stav 4 Ustava Bugarske od 1991.god.

[24] Više o tome: Oleh Protsyk, Konstantin Sachariew, Recruitment and Representation of Ethnic Minorities under Proportional Representation, Evidence from Bulgaria, *East European Politics and Societies*, Vol. 26, No. 2, 2012, pp. 313-339.

[25] Joseph Marko, Effective Participation of National Minorities in Public Affairs in Light of National Case Law, *International Journal on Minority and Group Rights* 16 (2009), pp. 626.

Jedan od najliberalnijih izbornih sistema u pogledu političkog delovanja pripadnika nacionalnih manjina predstavlja sistem Rumunije koji pruža najširi prostor za njihovu zastupljenost u parlamentu. Ustav Rumunije, koji uvodi sistem „rezervisanih mesta", propisuje da organizacijama građana koji pripadaju nacionalnim manjinama pripada po jedan mandat u donjem domu parlamenta, ukoliko ne osvoje dovoljan broj glasova u izbornom postupku. Ovo pravilo je formulisano i pre donošenja Ustava Rumunije 1991. godine, i to pravnim aktom koji je zbog svog značaja kolokvijalno nazvan „mali Ustav" (Decree-Law no. 92/1990), a kasnije je detaljnije razrađeno izbornim zakonom (electoral Law no. 68/1992). Sticanje mandata pod povoljnijim uslovima uslovljeno je osvajanjem najmanje 5% glasova od prosečnog broja glasova za osvajanje jednog poslaničkog mesta, pri čemu pripadnici jedne nacionalne manjine mogu biti predstavljeni u parlamentu samo putem jedne organizacije koja zastupa interese te nacionalne manjine, i to one koja osvoji najveći broj glasova.[26]

Nasuprot Rumuniji, čiji pravni sistem obezbeđuje „rezervisana mesta" svim nacionalnim manjinama koje ispune minimalne zahteve u pogledu broja osvojenih glasova, Slovenija takvu mogućnost pruža samo nacionalnim manjinama koje vekovno žive na njenoj teritoriji. Pripadnici mađarske i italijanske nacionalne zajednice imaju po jedno „rezervisano" poslaničko mesto u parlamentu, dok takva pogodnost nije predviđena i za druge pripadnike nacionalnih manjina (pripadnici srpske i hrvatske nacionalnosti) kojih ima u daleko većem broju. Ovaj kuriozitet se objašnjava ekonomskim razlozima emigracije pripadnika srpske i hrvatske manjine, dok se mađarska i italijanska manjina smatraju autohtonim.[27]

2.2. Normativni okvir u Republici Srbiji

Ustavni okvir

U načelima ustava, koji definišu opšti okvir ustavnog sistema, navodi se da se vladavina prava ostvaruje, između ostalog, ustavnim jemstvima ljudskih i manjinskih prava[28]; zatim, da se jemči i priznaje uloga političkih stranaka u demokratskom oblikovanju političke volje građana, da je osnivanje političkih stranaka slobodno i da je nedopušteno delovanje političkih stranaka koje je umereno na kršenje zajemčenih ljudskih i manjinskih prava ili izazivanja rasne, nacionalne ili verske mržnje;[29] da država štiti prava nacionalnih manjina i da jemči posebnu zaštitu nacional-

[26] Više o tome: Ciprian-Calin Alionescu, op. cit., str.63-56.
[27] Isto, str. 62.
[28] Član 3 stav 2 Ustava Republike Srbije.
[29] Član 5 Ustava Republike Srbije.

nim manjinama radi ostvarivanja pune ravnopravnosti i očuvanja njihovog identiteta.[30]

U Ustavu se dalje navodi da jemstva ljudskih i manjinskih prava služe očuvanju ljudskog dostojanstva i ostvarivanju pune slobode i jednakosti svakog pojedinca u društvu, da su pred Ustavom i zakonom svi jednaki, da je zabranjena svaka diskriminacija, neposredna ili posredna, po bilo kom osnovu, što uključuje i nacionalnu pripadnost kao mogući osnov, kao i da se posebne mere, koje mogu biti uvedene radi postizanja pune ravnopravnosti lica ili grupe lica koja su u suštinski nejednakom položaju sa ostali građanima, ne mogu smatrati diskriminatornim. Zabrana diskriminacije i mogućnost uvođenja mera pozitivne diskriminacije ponovljena je i konkretizovana isključivo u odnosu na pripadnost nacionalnoj manjini u delu teksta Ustava koji je posvećen posebnim pravima nacionalnih manjina. Zabrana diskriminacije pokriva, naravno, uživanje svih, pa i političkih prava pripadnika nacionalnih manjina. Eksplicitno je propisana i zabrana izazivanja i podsticanja neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti na nacionalnoj osnovi. Takođe je propisano da je izražavanje nacionalne pripadnosti slobodno i da niko nije dužan da to čini.[31]

U pogledu učestvovanja u javnim poslovima, Ustav propisuje da pripadnici nacionalnih manjina imaju, pod istim uslovima kao ostali građani, pravo da učestvuju u upravljanju javnim poslovima i da stupaju na javne funkcije, kao i da se pri njihovom zapošljavanju u organima vlasti na svim nivoima vodi računa o njihovoj odgovarajućoj zastupljenosti. U Narodnoj skupštini se obezbeđuje ravnopravnost i zastupljenost predstavnika nacionalnih manjina, u skladu sa zakonom, a u skupštinama autonomnih pokrajina i jedinica lokalne samouprave u kojima živi stanovništvo mešovitog nacionalnog sastava, obezbeđuje se njihova srazmerna zastupljenost, u skladu sa zakonom.[32]

Ustav Republike Srbije, dakle, iscrpnim regulisanjem posvećuje izuzetnu pažnju pitanju položaja nacionalnih manjina, kao i njihovom učešću u političkom životu zemlje.

Izborno zakonodavstvo

Osnovni zakon u oblasti izbornog prava predstavlja *Zakon o izboru narodnih poslanika* donet 2000. godine[33]. Ovaj zakon je, pretrpevši broj-

[30] Član 14 Ustava Republike Srbije.

[31] Član 3 stav 2 , članovi 5, 14 , 19 , 21 , 76, 49 47 Ustava Republike Srbije.

[32] Član 77 i član 100 stav 2 i član 180 stav 4 Ustava Republike Srbije.

[33] Zakon o izboru narodnih poslanika, („Službeni glasnik RS" br. 35/2000, 57/2003-odluka USRS, 72/2003-dr.zakon, 75/2003-ispr. dr. zakona, 18/2004, 101/2005-dr. zakon, 85/2005-dr. zakon, 28/2011-odluka US i 36/20011 i 104/2009-dr. zakon)

ne izmene, i danas na snazi. Izmena zakona koja se neposredno odnosi na položaj stranaka nacionalnih manjina u izbornom postupku, izvršena je 2004. godine i sastoji se u ukidanju primene zakonskog izbornog praga od 5% kao uslova za učešće u raspodeli mandata.

Izborni sistem za izbor narodnih poslanika u Republici Srbiji je proporcionalan, pri čemu je teritorija Republike Srbije jedna izborna jedinica.[34] Kandidovanje je po listama, pri čemu je za utvrđivanje i proglašenje izborne liste, pored ostalih propisanih uslova, potrebno prikupiti 10.000 potpisa birača.[35] Svakoj izbornoj listi pripada broj mandata srazmeran broju osvojenih glasova. U raspodeli mandata učestvuju izborne liste koje su osvojile najmanje 5% glasova od ukupnog broja glasova birača koji su glasali, izuzev izbornih lista čiji su predlagači političke stranke ili koalicije političkih stranaka nacionalnih manjina na koje se ovaj zakonski izborni prag ne primenjuje.[36] Raspodela mandata po izbornim listama vrši se primenom sistema najvećeg količnika, a dodeljivanje osvojenih mandata vrši se prema redosledu kandidata na izbornoj listi.

Izbori za poslanike u Skupštinu Autonomne pokrajine Vojvodine sprovode se prema mešovitom izbornom sistemu, pri čemu se polovina poslanika bira po većinskom, a polovina po proporcionalnom izbornom sistemu. Izbori su regulisani *Pokrajinskom skupštinskom odlukom o izboru poslanika u Skupštini Autonomne pokrajine Vojvodine*[37]. Specifičnost u pogledu stranaka nacionalnih manjina postoji u delu izbornog postupka koji se odvija prema proporcionalnom izbornom sistemu. Uslov u pogledu broja potpisa birača za utvrđivanje i proglašenje izborne liste stranaka ili koalicija stranaka nacionalnih manjina blaže je postavljen i iznosi 3.000 umesto 6.000 hiljada potpisa, koliko se inače zahteva. Zakonski iz-

[34] Na izborima za Narodnu skupštinu održanim 1990. godine primenjen je dvokružni većinski izborni sistem sa jednomandatnim izbornim jedinicama, dok je na izborima održanim 1992. i 1993. godine primenjen proporcionalni izborni sistem sa devet izbornih jedinica. Po proporcionalnom izbornom sistemu su održani izbori 1997. godine, ali sa ukupno dvadeset i devet izbornih jedinica. Od 2000. godine izbori se sprovode prema proporcionalnom sistemu, pri čemu je Republika Srbija jedna izborna jedinica, i do sada su održani u 2000, 2003, 2007, 2008 i 2012. godini. Više o tome, Lončar Jelena, Predstavljenost manjina i marginalizovanih grupa u parlamentu Srbije*, u: Partije i izbori u Srbiji* (ur. Prof. dr Čedomir Čupić), Fondacija Friedrich Ebert Stiftung, Fakultet političkih nauka – Centar za demokratiju, Beograd, 2011., str. 361.

[35] Član 43 Zakona o izboru narodnih poslanika.

[36] Član 81 Zakona o izboru narodnih poslanika.

[37] Pokrajinska skupštinska odluka o izboru poslanika u Skupštini Autonomne pokrajine Vojvodine, („Sl.list AP Vojvodine“ br. 12/2004, 20/2008, 5/2009, 23/2010 i 1/2012).

borni prag od 5% takođe se u ovom slučaju ne primenjuje, što predstavlja drugu meru kojom se olakšava strankama i koalicijama stranaka nacionalnih manjina da osvoje mandate. U pogledu, pak, dela izbornog postupka koji se odvija po većinskom sistemu, nema pogodnosti u pogledu stranaka nacionalnih manjina. Broj potpisa birača koji je neophodan za pojedinačno kandidovanje uniformno je određen za sve političke stranke i iznosi 200 potpisa.[38]

U izborima za odbornike na lokalnom nivou vlasti, koji se odvija po proporcionalnom sistemu, pogodnost za stranke ili koalicije stranaka nacionalnih manjina postoji u fazi izbornog postupka koji se odnosi na raspodelu mandata time što je u odnosu na izborne liste tih stranaka isključena primena zakonskog praga od 5%. Broj potpisa potreban za utvrđivanje i proglašenje izborne liste određen je uniformno i iznosi 30 potpisa birača po predlogu za svakog kandidata na izbornoj listi, dok u opštinama sa manje od 20.000 birača izbornu listu svojim potpisima mora da podrži najmanje 200 birača.[39]

3. Tumačenje standarda „pune i efektivne jednakosti" pripadnika nacionalnih manjina u ostvarivanju političkih prava

Kada je reč o položaju političkih stranaka nacionalnih manjina u izbornom postupku, povod za polemiku u vezi sa merama pozitivne diskriminacije izazvale su oprečne odluke dve visoke sudske instance. Nekadašnji Vrhovni sud Srbije je, postupajući po žalbama, zauzeo liberalniji stav u odnosu na Ustavni sud Srbije u tumačenju međunarodnih standarda u ovoj oblasti.

Sporni akt koji je stvorio probleme u praksi bilo je *Uputstvo za sprovođenje Zakona o izboru narodnih poslanika* koje je donela Republička izborna komisija u novembru 2006. godine, neposredno pred parlamentarne izbore održane u januaru 2007. godine. Ovo Uputstvo je sadržavalo odredbu kojom je broj potpisa birača potreban za utvrđivanje i proglašenje izborne liste čiji je podnosilac stranka ili koalicija stranaka nacionalnih manjina limitiran na najmanje 3.000 potpisa. Odluke Republičke izborne komisije o potvrđivanju i proglašenju izbornih lista stranaka nacionalnih manjina, koje su bile zasnovane na pomenutoj odredbi Uputstva, bile su predmet prigovora, a zatim i žalbi u kojima se isticala nesaglasnost odredbe Uputstva sa odredbom Zakona o izboru narodnih poslanika

[38] Član 53, 74 i 27 Pokrajinska skupštinska odluka o izboru poslanika u Skupštini Autonomne pokrajine Vojvodine.

[39] Član 40 i član 18 Zakona o lokalnim izborima,(„Službeni glasnik RS" br. 129/2207, 34/2010-odluka US i 54/2011).

koja na uniforman način određuje broj potpisa potrebnih za validnost izborne liste (10.000 potpisa birača).

Nekadašnji Vrhovni sud Srbije je, postupajući po žalbama, a usled činjenice da u to vreme Ustavni sud nije funkcionisao, praktično bio u situaciji da donese konačnu odluku o mogućnosti da tri izborne liste političkih stranaka nacionalnih manjina i jedne izborne liste koalicije stranaka nacionalih manjina učestvuju na parlamentarnim izborima u januaru 2007. god.[40] Vrhovni sud je bio svestan ustavnopravnog okvira koji definiše okvir ostvarivanja ljudskih prava odnosno činjenice da se podzakonskim aktima ne može propisivati način ostvarivanja ljudskih prava, ali i činjenice da ni sam zakon, kojim se to može činiti, ne može propisivanjem načina ostvarivanja ljudskih prava uticati na njihovu suštinu. Vrhovni sud je, takođe, bio svestan nenadležnosti u pogledu ocene ustavnosti normativnih akata. Međutim, ovaj sud je ipak izašao iz okvira svojih nadležnosti, koje su se sastojale u ispitivanju zakonitosti pojedinačnog akta (rešenja Republičke izborne komisije). Tumačeći „(...) odredbe o ljudskim pravima u korist unapređenja demokratije u našem društvu i saglasno važećim međunarodnim standardima, a u skladu sa načelom jednakog postupanja sa jednakim stvarima, odnosno nejednakog postupanja srazmerno njihovoj nejednakosti.“[41] Vrhovni sud je doneo odluke kojima je praktično omogućeno strankama nacionalnih manjina da učestvuju u izbornom postupku bez obzira što nisu ispunile zakonski uslov u pogledu broja potpisa potrebnih za validnost izborne liste. Ove odluke su, praktično, doprinele da po prvi put poslaničke mandate osvoje kandidati sa izbornih lista romske i albanske stranke.[42]

Ustavni sud Srbije je Rešenjem broj IUp 42/2008 pokrenuo postupak za ocenu ustavnosti sporne odredbe zakona kojom su uređeni uslovi za utvrđivanje i proglašenje izborne liste za učešće na izborima za narodne poslanike[43] i obustavio od izvršenja pojedinačne akte ili radnje koje su preduzete na osnovu sporne odredbe Uputstva za sprovođenje zakona o izboru narodnih poslanika. Ceneći spornu odredbu zakona sa stanovišta ustavnosti, Ustavni sud je zauzeo sledeći stav:

„Ustavni sud je ocenio da je propisivanjem uslova od 10.000 birača koji svojim potpisima treba da podrže određenu izbornu listu, pa ta-

[40] Više o tome, Manojlović-Andrić Katarina, Zaštita ustavnih prava pripadnika nacionalnih manjina u izbornom sporu, Bilten Vrhovnog suda Srbije, br.3, Beograd, 2007., str. 667-683.

[41] Isto, str. 681.

[42] Isto, str. 683.

[43] Član 43 stav 1 Zakona o izboru narodnih poslanika.

ko i izbornu listu političkih stranaka nacionalnih manjina, zakonodavac propisao opšti i jedinstveni numerički cenzus za učešće na izborima. Ovaj uslov podjednako važi kako za izborne liste pripadnika većinskog naroda, tako i za liste manjinskih zajednica, s obzirom na to da zahtevani broj birača koji treba da podrži određenu listu predstavlja neophodan uslov koji uvek mora biti ispunjen, da bi određena politička stranka proglašenjem izborne liste stekla mogućnost da učestvuje na parlamentarnim izborima. Ustavni sud ocenjuje da je zakonodavac članom 100. stav 2. Ustava dobio izričiti nalog, ali i ovlašćenje da izabere način na koji će obezbediti ravnopravnost i zastupljenost predstavnika nacionalnih manjina u Narodnoj skupštini. U tom pogledu njegovo pravno oblikovanje je slobodno utoliko što će u odnosu na izborne liste političkih stranaka većinskog naroda postupati diferencirano, bilo tako što će propisati manji broj birača koji treba da podrži izbornu listu političkih stranaka nacionalnih manjina, bilo tako što će rezervisati određeni broj mandata koji pripadaju manjinskim zajednicama u Republici Srbiji, srazmerno njihovoj numeričkoj snazi, ili tako što će "manjinske liste" privilegovati ustanovljavanjem „prirodnog praga“ za njihovo učešće u raspodeli mandata, odnosno tako što će, kao što je to i učinjeno odredbom člana 43. stav 1. Zakona, zadržati jedinstveni broj birača koji je potreban da bi se podržala svaka, pa i izborna lista stranaka nacionalnih manjina, uz isključenje izbornog praga za izborne liste manjinskih zajednica. Bilo koju alternativu da izabere, stav je Suda, zakonodavac će odgovoriti ustavnom nalogu da obezbedi ravnopravnost i zastupljenost nacionalnih manjina u centralnoj predstavničkoj instituciji. (.....) Propisivanje uslova za utvrđivanje i proglašenje izborne liste nacionalnih manjina jeste pitanje zakonodavne politike. Zakonodavac je izričito izrazio svoj stav o dovoljnosti mera kojima se obezbeđuje stvarna politička participacija nacionalnih manjina, odnosno njihova odgovarajuća predstavljenost u Narodnoj skupštini. Posmatrano sa stanovišta zakonodavca, isključenje eliminatorne klauzule u finalnoj etapi izbornog procesa je ne samo suštinska, nego i dovoljna mera "pozitivne diskriminacije" koja obezbeđuje adekvatnu, odnosno ravnopravnu zastupljenost manjina u centralnom predstavničkom organu vlasti Republike Srbije. Tumačenje kojim se nameće obaveza zakonodavcu da za izborne liste manjinskih zajednica primeni mere "pozitivne diskriminacije" u svim etapama izbornog procesa, po oceni Ustavnog suda, nema objektivnog pravnog uporišta niti u Ustavu niti u potvrđenim međunarodnim ugovorima, pa ni u Okvirnoj konvenciji o zaštiti manjina koja, pored toga, nema karakter neposredno primenjivog prava. Naime, isključenje eliminatorne klauzule i ustanovljavanje "prirodnog praga" za manjinske izbor-

ne liste dovoljna je garancija pune i efektivne ravnopravnosti pripadnika nacionalnih manjina, a izostajanje ublaženih uslova za potvrđivanje liste nacionalnih manjina ima karakter prividne zakonske praznine i ne može se smatrati "stvarnim" zakonodavnim propustom.“[44]

Ustavni sud Srbije, dakle, kao dovoljnu meru kojom se stranke nacionalnih manjina dovode u suštinski jednak položaj u izbornom postupku, smatra eliminaciju zakonskog praga, dok propisivanje broja potpisa potrebnih za utvrđivanje i proglašenje izborne liste smatra pitanjem zakonodavne politike. Ustavni sud je u ovoj odluci dosledno zadržao stav izražen u prethodno donetoj odluci po osporenoj odredbi Zakona o lokalnim izborima koja se takođe odnosi na isto pitanje – potreban broj potpisa za utvrđivanje i proglašenje izborne liste za izbor odbornika.[45]

„Mera do koje se može ići u relativizovanju kriterijuma za podnošenje izbornih lista, a da ono nema za posledicu nesrazmerno veliki broj podnosilaca izbornih lista i nepotrebno rasipanje glasova, bez stvarne mogućnosti za osvajanje odborničkih mesta, stvar je zakonodavne politike, odnosno svrsishodnosti zakonskih rešenja, o čemu nije nadležan da odlučuje Ustavni sud.“[46]

4. Dovoljnost mera pozitivne diksriminacije u oblasti izbornog prava Republike Srbije

Posmatrajući stavove izražene u odlukama Ustavnog i nekadašnjeg Vrhovnog suda, očigledno je da se pitanje dovoljnosti mera pozitivne diskriminacije u oblasti izbornog prava koncentriše oko dva pitanja. Prvo pitanje se odnosi na propisivanje broja potpisa potrebnih za utvrđivanje i proglašenje izborne liste, što predstavlja jedan od uslova za ostvarivanje pasivnog prava kandidovanja odnosno ulaska stranaka ili koalicija stranaka nacionalnih manjina u izbornu trku. Drugo pitanje se odnosi na primenjivost zakonskog izbornog praga odnosno zahteva u pogledu minimalnog broja osvojenih glasova za učestvovanje stranaka ili koalicija stranaka nacionalnih manjina u raspodeli mandata.

Problem se praktično svodi na sledeće pitanje: da li povlašćeni tretman stranaka ili koalicija stranaka nacionalih manjina treba da obuhvati i fazu kandidovanja i fazu raspodele mandata ili je dovoljan samo

[44] IUp – 42/2008 ("Službeni glasnik RS", broj 28/2011)
[45] IUz – 52/2008 ("Službeni glasnik RS", broj 34/2010)
[46] IUz – 52/2008 ("Službeni glasnik RS", broj 34/2010)

u jednoj fazi izbornog postupka? Nasuprot stavu izraženom u odlukama nekadašnjeg Vrhovnog suda, koji pravičnim smatra povlašćeni status stranaka ili koalicija stranaka nacionalnih manjina u obe navedene faze, Ustavni sud stoji na stanovištu da je isključenje primene zakonskog izbornog praga u poslednjoj etapi izbornog postupaka dovoljna mera pozitivne diskriminacije.

Odgovor na postavljeno pitanje može se dati samo ako se problem sagleda u širem kontekstu čiji okvir postavlja pravna priroda i nadležnosti parlamenta, čijem konstituisanju prethode izbori, sa jedne strane, kao i ostvarivanje političkih prava nacionalnih manjina sa stanovišta pune i efektivne ravnopravnosti sa pripadnicima većinskog naroda, sa druge strane.

Parlament je po svojoj prirodi predstavničko telo naroda, dok je jedna od njegovih osnovnih funkcija izbor vlade odnosno organa izvršne vlasti u Ustavom propisanom roku. U tom smislu, parlament mora biti sačinjen od pojedinaca odnosno onih društvenih grupa koje su u dovoljnoj meri reprezentativne tj. podržane od značajnog dela biračkog tela. Selektivnost u tom smislu ima za cilj eliminisanje političkih stranaka koje nemaju dovoljnu podršku birača i svođenje raznolikosti sastava parlamenta na prihvatljiv nivo, koji neće biti prepreka formiranju stabilne parlamentarne većine i izboru vlade. Formiranje stabilne većine koja će u propisanom roku obrazovati vladu zahtev je koji stoji, između ostalog, i u funkciji obezbeđenja pravilnog funkcionisanja pravnog poretka u državi.[47] Na značaj iznalaženja odgovarajućeg balansa između zahteva za stabilnošću vlasti i pravičnog predstavljanja ukazao je i Evropski sud za ljudska prava u svojoj odluci, što je argument više za zaključak da se pitanje prava na predstavljanje nacionalnih manjina u parlamentu ne može razmatrati kao potpuno odvojeno pitanje.[48]

Dakle, stabilnost vlasti i „puna i efektivna" jednakosti pripadnika nacionalnih manjina u političkom životu predstavljaju dva zahteva koji moraju biti ispunjeni u demokratskom društvu. S obzirom da u praksi to mogu biti dva međusobno isključiva zahteva, u njihovom ostvarivanju mora se iznaći pravična ravnoteža i balans. U tom smislu, ni jedan od pomenutih zahteva se ne može ostvariti u apsolutnom smislu, a da to ne bu-

[47] „Svakako je stabilnost političkog sistema i demokratski izabranih vlada u opštem interesu, pa i u interesu manjinja, jer u nestabilnim prilikama njihovi pripadnici često među prvima dožive kršenja nekih prava, kao i negativne strane opšte pravne i političke nesigurnosti." Stanovčić Vojislav, op. cit, str. 498.

[48] Odluka u slučaju *Yumak and Sadak v. Turkey* (Application No. 10226/03) u kojoj je zauzet stav da Turska nije povredila član 3 Protokola 1 Konvencije time što je propisala zakonski izborni prag od 10%.

de na uštrb ostvarivanja drugog. Stabilnost vlasti mora u izvesnom smislu trpeti nešto viši nivo fragmentacije sastava parlamenta u smislu prisutnosti određenog broja manjih stranaka (odnosno stranaka nacionalnih manjina koje pod povoljnijim uslovima stiču poslaničke mandate), ali se i sam standard „pune i efektivne" jednakosti pripadnika nacionalnih manjina u političkom životu mora tumačiti na način koji uključuje odgovarajuću podršku birača u jednoj od faza izbornog postupka. S obzirom na brojnost pripadnika macionalnih manjina, teško je očekivati da njihov izborni rezultat premaši zakonski izborni prag glasova. Odgovarajući broj potpisa podrške izbornoj listi u fazi kandidovanja, pak, ne bi mogao smatrati nepremostivom teškoćom.

Ovakav trag slede i međunarodni standardi koje je oblikovao Evropski sud za ljudska prava. Ovi standardi ostavljaju širi prostor državi u pogledu regulisanja načina ostvarivanja prava na izbore, uz uslov da se merama pozitivne diskriminacije olakša ostvarivanje izbornih prava pojedinaca koja se nalaze u bitno različitoj situaciji u odnosu na ostalu populaciju. Dakle, sadržaj prava na izbore i zabrane diskriminacije, kao i stav suda u pogledu značaja formiranja stabilne vlasti upućuju na zaključak da izborno zakonodavstvo mora biti odmereno tako da zadovolji sve ove zahteve.

Sledstveno tome, moglo bi se zaključiti da je dovoljnost mera pozitivne diskriminacije u oblasti izbora narodnih poslanika Republike Srbije pravilnije određena stavom Ustavnog suda u kojem se naglašava da je isključenje primene zakonskog izbornog praga u poslednjoj etapi izbornog postupaka dovoljna mera pozitivne diskriminacije *„koja obezbeđuje adekvatnu, odnosno ravnopravnu zastupljenost manjina u centralnom predstavničkom organu vlasti Republike Srbije"*.[49] Argumenti koji dodatno potkrepljuju ovaj zaključak tiču se participacije pripadnika nacionalnih manjina na nižim nioima vlasti u Republici Srbiji, koji svakako ne mogu biti zanemareni u sagledavanju ukupnog učešća pripadnika nacionalnih manjina u političkom životu države u kojoj žive. Postupak izbora poslanika na pokrajinskom niovu vlasti sadrži povoljniji tretman za stranke ili koalicije stranaka nacionalnih manjina i u fazi kandidovanja i u fazi raspodele mandata (kada je u pitanju broj poslanika koji se bira po proporcionalnom sistemu), dok je postupak izbora odbornika u pogledu mera

[49] Tome u prilog govori i činjenica da proporcionalni izborni sistem, kao i činjenica da je teritorija Republike Srbije jedna izborna jedinica, dodatno pogoduju ostvarivanju participacije stranaka ili koalicija stranaka nacionalnih manjina na republičkom nivou, jer pružaju šire mogućnosti za ulazak u parlament i ne dovode do cepanja biračkog tela do koga može doći postavljanjem izbornih granica.

pozitivne diskriminacije, kao i na republičkom nivou, povoljniji za stranke nacionalnih manjina samo u finalnoj fazi. Kako su, međutim, pripadnici nacionalnih manjina po pravilu koncentrisani na jednom području, tako da ponekad čine većinu stanovništva jedinice lokalne samouprave, uslov u pogledu prikipljanja odgovarajućeg broja potpisa za validnost izborne liste nije nesrazmerno zahtevan. Ako se tome doda činjenica da je veliki deo poslova koji neposredno dotiče pitanja nacionalnih manjina premešten na pokrajinski odnosno lokalni nivo, jasno se dolazi do zaključka da prostor za političko delovanje nacionalnih manjina u Republici Srbiji nije zanemarljiv.

Dakle, mere pozitivne diskriminacije u pogledu izbora poslanika u Narodnu skupštinu Republike Srbije mogu se smatrati dovoljnim za ostvarivanje „pune i efektivne jednakosti" pripadnika nacionalnih manjina u političkom životu. Širi opseg ovih mera, koji bi obuhvatio povoljniji tretman stranaka nacionalih manjina u postupku kandidovanja, otvorio bi prostor za postojanje većeg broja parlamentarnih stranaka (što uključuje i postojanje većeg broja parlamentarnih stranaka koje predstavljaju interese jedne nacionalne manjine[50]) što je, naravno, potpuno legitimno sa stanovišta pluralizma, ali što bi istovremeno predstavljalo otežavajuću okolnost za formiranje stabilne vlade i što bi u krajnjoj liniji vodilo blokadi ključnih organa vlasti.

Zaključak

Okvir za ostvarivanje političkih prava pripadnika nacionalnih manjina, u smislu njihovog udruživanja u političke stranke čiji je osnovni cilj predstavljanje i zastupanje sopstvenih manjinskih interesa, uspostavljen je pravnim poretkom Republike Srbije. Najvažniji propis u ovoj oblasti je, najpre, Ustav Republike Srbije koji garantuje niz političkih prava, propisuje zabranu diskriminacije po osnovu nacionalnog porekla u ostvarivanju ljudskih prava i, kao naročito značajno, otvara prostor za zakonodavnu intervenciju u vidu mera pozitivne diskriminacije u ovoj oblasti.

Pored Ustava, izbornu materiju uređuje Zakon o izboru narodnih poslanika i Zakon o lokalnim izborima, a na nivou Autonomne Pokrajine Vojvodine Pokrajinska skupštinska odluka o izboru poslanika u Skupštini Autonomne Pokrajine Vojvodine.

[50] Čak i Rumunija, koja slovi za državu sa izraženo liberalnim pristupom ovom problemu, dozvoljava da, po povlašćenim uslovima, jedna nacionalna manjina bude predstavljena u parlamentu putem samo jedne stranke.

Pitanje dovoljnosti mera pozitivne diskriminacije u oblasti izbornog prava koncentriše se oko dva pitanja. Prvo pitanje se odnosi na propisivanje broja potpisa potrebnih za utvrđivanje i proglašenje izborne liste, što predstavlja jedan od uslova za ostvarivanje pasivnog prava kandidovanja odnosno ulaska u izbornu trku stranaka ili koalicija stranaka nacionalnih manjina. Drugo pitanje se odnosi na primenjivost zakonskog izbornog praga na stranke ili koalicije stranaka nacionalnih manjina odnosno zahteva u pogledu minimalnog broja osvojenih glasova za učestvovanje u raspodeli mandata. Zakonska pravila koja regulišu izbornu materiju kao meru pozitivne diskriminacije poznaju jedino isključenje zakonskog izbornog praga u finalnoj etapi izbornog postupka, dok pokrajinski propis, pored toga, uključuje i meru pozitivne diskriminacije i u etapi kandidovanja.

Isključenje primene zakonskog izbornog praga u poslednjoj etapi izbornog postupka moglo bi se smatrati dovoljnom merom pozitivne diskriminacije kojom se pripadnici nacionalnih manjina dovode u jednak položaj sa pripadnicima većinskog naroda u pogledu ostvarivanja prava na reprezentovanje. Ovakav stav izražen je i u odluci Ustavnog suda Srbije. Takav stav, čini se, ne bi bio ni u suprotnosti sa odgovarajućim standardima formiranim u praksi Evropskog suda za ljudska prava, koji uključuju širi prostor slobodne procene državama je u propisivanju načina ostvarivanja prava na izbore. Činjenica da Evropski sud naglašava važnost uspostavljanja balansa između stabilnosti vlade i prava na reprezentovanje upućuje na zaključak da se izborni postupak ne može posmatrati kao odvojena kategorija već u relaciji sa procesom konstituisanja i formiranja organa vlasti u čijoj funkciji stoji. Dakle, relativna fragmentisanost parlamentarnog sastava, koji čini mogućim stabilno funkcionisanje vlasti, i „puna i efektivna“ jednakosti pripadnika nacionalnih manjina u političkom životu predstavljaju zahteve koji moraju biti ispunjeni u pravičnim razmerama u jednom demokratskom društvu kako bi ono nesmetano moglo da funkcioniše.

Nataša Rajić, Assistant
Faculty of Law Novi Sad

„Full and Effective Equality“ of the Members of National Minorities in Political Life – An Addendum to Interpretation of International Standards

Abstract

The paper analyzes the whole system of legal norms regulating the electoral matter in order to determine the actual scope of the implementation of international standards " full and effective equality "of members of national minorities in the political life in Serbia. Sufficiency of the measures of positive discrimination in electoral law of the Republic of Serbia is focused on two questions. The first question relates to the regulation of the number of signatures required for the determination and declaration of election lists. The second question relates to the applicability of legal electoral threshold or minimum requirements in terms of the number of votes which must be received for participating in the distribution of seats in case of parties of national minorities. There were very serious differences about these issues in practice and it also had the practical consequences.

Legal rules in the election matter only know the exclusion of legal electoral threshold in the final stage of the selection process as a measure of positive discrimination. This is the sufficient measure by which the members of national minorities could be put on an equal position with members of the national majority in the race to win seats.

Key words: political parties of national minorities, positive discrimination, the electoral system, the international standard “full and effective equality” for the members of national minorities in political life

Pregledni članak 343.55-055.2]:061.1EU
doi:10.5937/zrpfns46-3112

Sandra Samardžić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PRAVNI MEHANIZMI ZAŠTITE ŽENA OD NASILJA U PORODICI I PARTNERSKIM ODNOSIMA NA NIVOU EVROPSKE UNIJE I SRBIJE[1]

Sažetak: *Nasilje nad ženama predstavlja najčešći oblik nasilja u porodici. Dugo je ovaj problem bio zanemarivan, odnosno smatralo se da odnosi u porodici, odnosno između bračnih i vanbračnih partnera, predstavljaju privatnu stvar i da je obaveza države da se suzdrži od bilo kakvog uplitanja. Međutim, kako je problem nasilja u porodici i nad ženama, postao sve prisutniji, počeo je da se menja stav međunarodne zajednice i da se sve češće ističe potreba za stvaranjem adekvatnih pravnih mehanizama kojima će se pružiti zaštita žrtvi. U tom smislu, donet je određeni broj akata u okviru Ujedinjenih nacija, ali i Evropske unije. U Srbiji takođe postoji određena krivičnopravna, ali i građanskopravna regulativa koja nastoji da spreči nasilje u porodici, odnosno da kazni nasilnike i zaštiti žrtve. Pored odgovarajućih pravnih akata, koji se uvek mogu unapređivati, neophodno je i preduzimanje određenih inicijativa od strane država koje mogu dovesti do poboljšanja svesti kod ljudi o prisutnosti nasilja, kao i o načinima na koji oni mogu da pomognu.*

Ključne reči: *nasilje u porodici, nasilje nad ženama, pravni mehanizmi za zaštitu žena, regulativa Evropske unije*

[1] Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta Pravnog fakulteta u Novom Sadu „Teorijski i praktični problemi u stvaranju i primeni prava (EU i Srbija)“.

1. Nasilje u porodici

Nasilje u porodici predstavlja kršenje osnovnih ljudskih prava lica koja to nasilje trpe. Ono danas predstavlja široko rasprostranjenu pojavu, koja dovodi do poražavajućih fizičkih, emotivnih, finansijskih i socijalnih efekata na žene, decu, porodice i zajednice širom sveta. Prema međunarodnom pravu, države su dužne da preduzmu delotvorne korake kako bi zaštitile žene od nasilja i da im garantuju jednaku zaštitu kao i muškarcima.

Iako su međunarodni instrumenti kojima se štite ljudska prava tek nedavno direktno potvrdili da nasilje u porodici predstavlja kršenje ljudskih prava; pravo na život i telesni integritet odavno čine osnova prava koja su zaštićena po međunarodnom pravu. Jedna od najznačajnijih prepreka za priznavanje nasilja u porodici kao kršenja ljudskih prava, jeste ukorenjen stav da se međunarodno pravo o zaštiti ljudskih prava ne primenjuje na „porodične" odnosno „privatne" stvari[2]. Dom predstavlja privatnost, beg od društva, gde se odnosi među partnerima razvijaju, bez uplitanja javnosti.[3] U skladu sa tim, isticano je čak i da je od suštinske važnosti da se pravo ne meša u privatne odnose. Međutim, opravdano su pojedini autori isticali da ovakav pristup u stvari omogućava pravo muškarca da slobodno ugnjetava svoju ženu.[4]

Vremenom se i pojam *odgovornosti države*, prema međunarodnom pravu, proširio na više načina, te tako danas pravo na zaštitu ljudskih prava podrazumeva i zaštitu od ponašanja koje predstavlja nasilje u porodici.

Kada govorimo o nasilju u porodici, brojni instrumenti međunarodnog, ali i nacionalnog karaktera, definišu ovaj fenomen na manje ili više sličan način. Međutim, ono što je bitno prilikom definisanja (a što ne sadrže sve definicije) jesu dve stvari: najpre, definicija nasilja ne bi smela biti ograničena samo na nanošenje fizičkih povreda, već mora biti dovoljno široka da obuhvati i psihičko, ali i ekonomsko nasilje. Drugo, ono ne sme biti ograničeno samo na lica koja žive zajedno, već mora biti definisano tako, da se nasilje između svih članova jedne porodice, smatra nasiljem u porodici.

Uzroci nasilja u porodici, mogu se svrstati u tri grupe[5]:

---

[2] J. Herring, *Family Law*, Longman Law series, Fifth edition, 2011.

[3] K. O'Donovan, *Family Law Matters*, London, 1993, p. 107.

[4] C. Mackinnon, *Feminism Unmodified*, Cambridge, Harvard University Press, 1987, p. 32.

[5] J. Miles, „Domestic violence" u J. Herring. (ur.), *Family Law: Issues, Debates, Policy*, Cullompton, Willian, 2001.

1. Psihopatološka objašnjenja

Ovo shvatanje polazi pre svega od psihološkog profila nasilnika. Ističe se da nasilje u porodici vrše pre svega nerazvijene ličnosti, odnosno lica koja nisu u stanju da kontrolišu svoj bes ili da se nose sa konfliktima. Takođe, velika je povezanost između nasilja i alkoholizma. Kritičari ovog objašnjenja, međutim, ističu da patologija ne može biti jedino objašnjenje za nasilje u porodici, jer su nasilnici vrlo često u stanju da kontrolišu svoje ponašanje izvan kuće.

2. Teorija o položaju žene u društvu

Ove teorije se fokusiraju pre svega na patrijarhat i dominantan položaj muškarca u odnosu na ženu. Društvo na razne načine, odobravajući dominantan položaj muškarca, može da učini da se nasilje smatra prihvatljivim i za samog nasilnika. Ovo se može pravdati i činjenicom da se nasilje najčešće pojavljuje kad žena ne ispunjava njene tradicionalno postavljene obaveze. Dalje, nedostatak adekvatne pravne zaštite, onemogućava žene da pronađu način da od nasilja pobegnu. Iako ove teorije jesu ubedljive, postoji opasnost da se prihvatanjem ovakvog shvatanja umanji odgovornost pojedinca, odnosno nasilnika i da se deo odgovornosti prebaci na društvo u celini.

3. Odnosi u porodici

Ovaj pristup se smatra kontroverznim, jer ističe da neuspeh u porodičnim odnosima, dovodi do nasilja. Nesposobnost međusobne komunikacije ili nestalni odnosi među partnerima su glavni krivci za pojavu nasilja. Ove teorije tako, ističu da krivica leži i na strani nasilnika, ali i na strani žrtve. Protivnici ove teorije ističu da se ovim pristupom ne može objasniti činjenica da su muškarci ti koji su u najvećem broju slučajeva nasilnici.

Možemo zaključiti da svaka od navedenih teorija ima svoje pozitivne, ali i negativne strane, odnosno nemoguće je da jedna teorija da odgovor na uzroke svih pojavnih oblika nasilja. Međutim, svakako da je od velikog značaja imati u vidu različite teorije, odnosno objašnjenja u vezi sa pojavom nasilja, jer upravo od toga zavise i vrste mera koje će sud izreći nasilniku u sudskom postupku.

Kao verovatno najčešći oblik nasilja u porodici, obično se ističe upravo nasilje nad ženama. Prema podacima Saveta Evrope, jedna od četiri žene u Evropi doživi nasilje u nekom trenutku u svom životu.[6]

[6] Council of Europe (2002) Recommendation of the Committee of Ministers to Member States on the protection of women against violence. Adopted on 30 April 2002; and Explanatory Memorandum. (Strasbourg, France Council of Europe).

Autor Džonson, ističe da u tom slučaju možemo izdvojiti tri vida porodičnog nasilja[7]:

- *intimni terorizam* – kada se jedan od partnera koristi različitim taktikama kako bi nametnuo kontrolu nad drugim partnerom,
- *situaciono nasilje između partnera* – kada svađa među partnerima kulminira tako da se u potpunosti gubi kontrola ponašanja,
- *nasilni otpor* – kada žrtva, najčešće žena, upotrebljava nasilje kako bi se osvetila zbog nasilja koje trpi.

Ova kategorizacija svakako može biti od pomoći, jer ističe u kojem se sve kontekstu nasilje u porodici može pojaviti.

Potreba za efikasnom i svrsishodnom zaštitom žena od svakog oblika nasilja predstavlja dužnost svake države, ali pored toga, neophodno je i stalno informisanje javnosti u pogledu prisutnosti ovog problema, kao i načina na koji svako može da utiče na njegovo sprečavanje.

2. Međunarodna regulativa

Kada govorimo o međunarodnim aktima koji se odnose na pitanje nasilja u porodici, odnosno nasilja nad ženama, svakako da je neophodno najpre pomenuti međunarodne ugovore donete u okviru Ujedinjenih nacija.

Među dokumentima Ujedinjenih nacija, svakako su najznačajniji: Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima[8], usvojena od strane Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 1948. godine, zatim Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima[9] sa dva protokola i Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima[10], koji su doneti 1966. godine. Iako se ovi dokumenti eksplicitno ne bave nasiljem u porodici, oni ističu dužnost države da zaštiti osnovna ljudska prava, koja se najčešće krše u slučajevima nasilja u porodici. Ta prava uključuju pravo na život, pravo na fizički i mentalni integritet, pravo na jednaku zakonsku zaštitu, pravo na slobodu od diskriminacije i neka druga osnovna ljudska prava.

Pod okriljem UN doneta je takođe i Konvencija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena[11], koja je stupila na snagu 1981. godine. Ona

---

[7] M. Johnson et al., *Making Distinctions Between Different Kinds Of Intimate Partner Violence*, Washington: National Healthy Marriage Resource Centre, 2010.

[8] http://www.un.org/en/documents/udhr/, 1.11.2012. godine

[9] Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima donet je 16. decembra 1966., a stupio na snagu 23. marta 1976. godine.

[10] Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima donet je 16. decembra 1966., a stupio na snagu 3. januara 1976.

[11] http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm, 1.11.2012. godine. Srbija je ovu Konvenciju ratifikovala Zakonom o ratifikaciji konvencije o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena ("Sl. list SFRJ - Međunarodni ugovori", br 11/81)

eksplicitno ne govori o nasilju nad ženama ili nasilju u porodici, ali garantuje navedena ljudska prava. Države potpisnice se obavezuju:

(a) da unesu princip ravnopravnosti muškaraca i žena u svoje nacionalne ustave ili odgovarajuće zakone, ako to već nisu učinile, kao i da obezbede, zakonskim ili drugim odgovarajućim merama, praktičnu primenu tog principa;

(b) da usvoje odgovarajuće zakonske i druge mere, uključujući i sankcije kad je potrebno, kojima se zabranjuju svi vidovi diskriminacije žena;

(v) da uvedu pravne mehanizme kojima se štite prava žena na ravnopravan način sa muškarcima i da preko nadležnih nacionalnih sudova i drugih javnih institucija obezbede efikasnu zaštitu žena od svakog postupka kojim se vrši diskriminacija;

(g) da se uzdrže od svakog postupka ili prakse diskriminacije žena i da obezbede da javni organi i institucije postupaju u skladu s ovom obavezom;

(d) da preduzmu sve potrebne mere za otklanjanje diskriminacije žena od strane bilo kog lica, organizacije ili preduzeća;

(đ) da preduzmu sve podesne mere, uključujući i zakonodavne, radi izmene ili ukidanja postojećih zakona, propisa, običaja i prakse koji predstavljaju diskriminaciju žena;

(e) da stave van snage sve unutrašnje kaznene odredbe kojima se vrši diskriminacija žena.

Komitet za eliminaciju svih oblika diskriminacije žena (CEDAW), koji predstavlja telo Ujedinjenih nacija nadležno za praćenje primene Konvencije, usvojio je 1992. godine Opštu preporuku broj 19.[12] U ovoj Preporuci se ističe da nasilje bazirano na različitosti polova predstavlja „oblik diskriminacije koji ozbiljno onemogućava žene da uživaju ista prava i slobode kao muškarci". Takođe, u preporuci se nalaže preduzimanje svih neophodnih mera radi ukidanja diskriminacije žena i suzbijanja nasilja nad ženama, uključujući usvajanje posebnih propisa o svim oblicima nasilja nad ženama, krivične sankcije za počinioce nasilja, građanske pravne lekove, preventivne i zaštitne mere. Ova Preporuka je bila prvi akt koji se ticao zaštite ljudskih prava, a koji je tumačen tako da obuhvata i zaštitu od nasilja u porodici.

Pored toga, pod pokroviteljstvom UN, održane su brojne konferencije, na kojima je donet veliki broj dokumenata, koji, iako nisu pravno obavezujući, reflektuju stav međunarodne zajednice o određenim pitanjima u vezi sa nasiljem u porodici, odnosno nasiljem nad ženama.[13]

[12] Opšta preporuka broj 19, Komitet za eliminaciju diskriminacije žena, UN Doc A/47/38 (1992).

[13] Tako se na Konferenciji održanoj 1980. godine u Kopenhagenu, prvi put u jednom zvaničnom dokumentu UN pominje „nasilje u porodici". Takođe, na Konferenciji

Generalna Skupština Ujedinjenih nacija, 1993. godine usvojila je i Deklaraciju o eliminisanju nasilja nad ženama.[14] U Deklaraciji se konkretizuju akcije koje država treba da preduzme radi ukidanja nasilja u porodici, a koje podrazumevaju odgovarajuće krivično zakonodavstvo, donošenje nacionalnih akcionih planova, obezbeđivanje usluga i resursa za žene žrtve nasilja, obuku i senzibilizaciju javnih službenika u pogledu polova, kao i obezbeđivanje resursa iz budžeta s ciljem borbe protiv nasilja nad ženama. Iako deklaracije nemaju pravno obavezujuću snagu kao konvencije ili međunarodni ugovori, svakako da je značaj ove deklaracije veliki jer izražava stav međunarodne zajednice po odnosnim pitanjima.

3. Regulativa na nivou Evropske unije

Na nivou Evropske unije postoji relativno mali broj dokumenata koji se bave konkretno nasiljem u porodici, odnosno nasiljem nad ženama, ali obaveze koje su državama članicama nametnute od strane EU po ovim pitanjima predstavljaju smernice nacionalnim zakonodavcima kako da određena pitanja iz ove oblasti urede domaćim propisima.

Iako nije pravno obavezujuća, Rezolucija[15] izdata od strane Evropskog parlamenta ukazuje na to da krivičnopravna zaštita od nasilja u porodici, predstavlja odgovarajući način za države članice da ispune svoje zakonske obaveze prema EU. Naime, Rezolucija poziva države članice da "nasilje nad ženama, uključujući i silovanje u braku i seksualno uznemiravanje, definišu kao krivično delo i da formiraju tela koja bi pomogla ženama, žrtvama ove vrste nasilja".

Evropski parlament i Evropski savet predložili su novu direktivu (koja još uvek nema snagu zakona), kojom bi žrtvama porodičnog nasilja bilo omogućeno da zadrže mesto svog prebivališta u EU, čak i posle razvoda od supružnika koji je građanin EU.[16]

Što se tiče dokumenata donetih na nivou Saveta Evrope, postoji nekoliko preporuka, odnosno rezolucija, ali među poslednjim, najbitnijim

---

održanoj u Najrobiju 1985. godine, ovo pitanje je poprimilo značajnu pažnju. O ovom pitanju raspravljalo se i na Konferencijama u Beču 1993. godine, kao i na Konferenciji u Pekingu 1995., odnosno 2000. godine.

[14] A/RES/48/104, http://www.un.org/documents/ga/res/48/a48r104.htm, 1.11.2012. godine

[15] Rezolucija o izveštaju Komisije Savetu, Evropskom parlamentu, Ekonomskom i socijalnom komitetu i Komitetu regiona o stanju zdravlja žena u Evropskoj zajednici (COM (97) 0224 C4-0333/97) Official Journal C175, od 21.6.1999. godine,

[16] Član 13 (2) Predloga Evropskog parlamenta i Direktive Saveta o pravu građana Evropske Unije i članova njihovih porodica da se slobodno kreću i nastanjuju unutar teritorije država članica (COM/2001/0257), Official Journal C 270 E, od 25.9.2001. godine.

dokumentima je Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici[17] (Istambulska konvencija), koja je doneta 2011. godine, ali još nije stupila na snagu.[18] Konvencija, definiše "nasilje nad ženama" kao "kršenje ljudskih prava i oblik diskriminacije, koji za posledicu ima, ili je verovatno da će imati, povredu fizičkog, seksualnog ili psihološkog integriteta ili dovodi do patnje žene, uključujući tu ponašanja kao što su pretnje, prinude ili lišavanje slobode, bez obzira da li se dešavaju u javnosti ili u privatnom životu".[19]

Takođe, Konvencija nalaže državama da se uzdrže od angažovanja u bilo kom činu nasilja nad ženama i da obezbede da državni organi, službenici, agenti, institucije i druga tela koja deluju u ime države postupaju u skladu sa ovom obavezom. Strane će preduzeti neophodne zakonodavne i druge mere kako bi sprečile, istražile, kaznile i obezbedile reparaciju za dela koja predstavljaju nasilje u smislu ove Konvencije, a koja su izvršili nedržavni subjekti.[20]

4. Praksa Evropskog suda za ljudska prava u slučaju nasilja u porodici, odnosno nasilja nad ženama

Evropski sud za ljudska prava doneo je određeni broj odluka vezanih za nasilje koje je bilo rodno zasnovano. U najvećem broju, Sud je isticao obavezu države da obezbedi adekvatnu pravnu zaštitu žrtvama nasilja u porodici, pre svega krivičnopravnu zaštitu, odnosno da se uzdržavanje države od reakcije i tretiranje nasilja u porodici kao „porodične stvari", smatra kršenjem člana 8 Konvencije (Pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života).

Tako, u slučaju *X and Y v. The Netherlands*[21] Sud je nepostojanje adekvatnog mehanizma u okviru krivičnog prava tretirao kao kršenje člana 8 Konvencije. Takođe, Sud je zaključio da pravni mehanizmi u okviru građanskog prava ne pružaju dovoljnu zaštitu, jer su u pitanju "fundamentalne vrednosti i suštinski aspekti privatnog života". U slučaju *Kon-*

[17] http://www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/210.htm, sajt posećen 25.11.2012. godine.

[18] Zaključno sa 30.11.2012. godine, ukupan broj država potpisnica je 24, a Turska je 14.3.2012. postala prva (ali i jedina) država koja je Konvenciju i ratifikovala.

[19] Pogledati član 3 Konvencije.

[20] Pogledati član 5 Konvencije.

[21] *X and Y v. The Netherlands (Application no. 8978/80)* presuda od *26.3.1985.* godine. U ovom slučaju, mentalno zaostala devojčica, silovana je u domu predviđenom za smeštaj osoba sa posebim potrebama. Devojčica nije bila u stanju da sama pokrene postupak, a tadašnje holandsko krivično zakonodavstvo nije dozvoljavalo njenom ocu da to učini umesto nje; prema http://hudoc.echr.coe.int, sajt posećen 28.12.2012. godine.

trova v. Slovakia[22] sud je ponovio pozitivnu obavezu države da preduzme odgovarajuće korake kako bi „zaštitila živote lica u okviru svoje nadležnosti". Kako je istaknuto, pozitivna obaveza države zahteva od vlasti da preduzmu preventivne operativne mere kako bi zaštitile pojedince čiji je život u opasnosti od drugih pojedinca. Obim obaveza se mora tumačiti na način koji ne nameće nemoguć ili nesrazmeran teret na državu. Naime, kada vlast zna (ili bi trebala da zna) za postojanje realne i neposredne opasnosti po život pojedinačno određenog pojedinca, ona je dužna da preduzme mere u okviru svojih ovlašćenja, koje smatra razumnim, kako bi otklonila taj rizik. Ovaj stav suda ponovljen je i u slučaju *Branko Tomasic v. Croatia*[23].

Ono što je, međutim, veoma bitno, jeste da nijedna od presuda nije konstatovala da nasilje nad ženama predstavlja kršenje člana 14 Konvencije (zabrana diskriminacije). To se može ilustrovati presudom Suda u slučaju *MC v. Bulgaria*[24] gde je neadekvatnost bugarskog zakonodavstva, u pogledu silovanja tretirana kao kršenje materijalnog prava na slobodu od "nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja" (Član 3), ali ne i kao pitanje diskriminacije žena u oblasti zaštite njihovih fundamentalnih prava.

---

[22] *Kontrová v. Slovakia (Application no. 7510/04)* presuda od *24.9.2007.* U ovom slučaju, supruga je trpela nasilje od strane svog muža, jednom prilikom je podnela i krivičnu prijavu protiv svog muža optužujući ga za napad i batinanje sa električnim kablom. Fizičko i psihičko zlostavljanja od strane muža trajalo je izvesno vreme. Međutim, nakon podnošenja krivične prijave, ona je sa mužem otišla u policijsku stanicu i tražila da povuče tužbu. Vlasti su odlučile da ne preduzmu nikakve dalje korake. Nekoliko nedelja kasnije dogodio se novi incident, nakon kojeg je muž pucao i ubio svoje dvoje dece i sebe; prema http://hudoc.echr.coe.int, sajt posećen 2-8.12.2012. godine.

[23] *Branko Tomašić and others v. Croatia (application no. 46598/06)* presuda od 15.4.2009; U ovom slučaju, supruga i njena jednogodišnja ćerka bile su žrtve stalnih pretnji njenog muža, a jednom prilikom je bacio i bombu na nju. Nakon podnošenja tužbe, on je bio pritvoren, a kasnije je pokrenut i krivični postupak protiv njega. Nakon psihijatrijskog veštačenja, u kom je bilo istaknuto da muž pati od dubokog poremećaja ličnosti, on je odslužio kaznu, ali je ubrzo nakon puštanja ubio svoju suprugu i ćerku, a potom sebi oduzeo život; prema http://hudoc.echr.coe.int, sajt posećen 28.12.2012. godine.

[24] *M.C. v. Bulgaria (Application no. 39272/98)* presuda od 4.12.2003. U ovom slučaju, devojčica koja je imala 14 godina tvrdila je da je silovana od strane dva muškarca koje je poznavala i sa kojima je izašla svojom voljom. Posle njenih tvrdnji o izvršenom silovanju predmet je predat tužiocu, ali optužnica nikad nije podignuta. Okružni tužilac je predložio da se prekine dalja istraga na osnovu nedostatka dokaza da je tužilja pružala fizički otpor, ili na osnovu toga da nikakva sila niti prinuda nije postojala. Bugarska sudska praksa, tumačila je nedostatak fizičkog otpora kao dokaz koji išao u prilog tome da je pristanak žrtve postojao.

Odluka suda u slučaju *Opuz v. Turkey*[25], predstavlja značajan preokret u dotadašnjoj praksi. To je odluka sa dalekosežnim posledicama u pogledu toga kako države treba da postupaju u slučaju nasilja u porodici.

Podnosilac predstavke i njena majka su godinama zlostavljane od strane muža podnosioca predstavke - H.O., a nekoliko puta naneo im je povrede opasne po život. Tužilaštvo protiv njega, međutim, nije nikada pokrenulo postupak iz razloga što su žene svaki put povlačile prijave, iako su svaki put objasnile da je povlačenje uzrokovano pretnjama po život od strane H.O. Jednom prilikom, on je svoju ženu ubo sedam puta i za to bio kažnjen na novčanu kaznu od 385 evra, koju je plaćao u ratama. Podnosilac predstavke i njena majka podnele su brojne tužbe, tvrdeći da su njihovi životi u opasnosti. Konačno, kada su pokušale da se odsele, H.O. je ubio svoju taštu (majku podnosioca predstavke), tvrdeći da je ona navodila njegovu ženu da „vodi nemoralan život", kao i da je to učinio „zarad svoje časti i časti svoje dece". On je osuđen za ubistvo na kaznu doživotnog zatvora, ali je izvršenje kazne odloženo do donošenja odluke po njegovoj žalbi, nakon čega je nastavio da preti svojoj supruzi.

Evropski sud je istakao da postoji kršenje člana 2 (Pravo na život) u vezi sa ubistvom tašte i kršenje člana 3 (Zabrana nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja) u vezi sa propustom države da zaštiti suprugu nasilnika. Turska je propustila da uspostavi i implementira adekvatan sistem za kažnjavanje nasilja u porodici uz istovremenu zaštitu žrtava. Vlasti čak nisu ni pokrenule postupak za izricanje zaštitnih mera, a krivični postupak je prekinut, nakon što su prijave povučene, jer je slučaj okarakterisan kao "porodična stvar". Pri tome, u potpunosti su zanemareni razlozi zbog kojih su podnosilac predstavke i njena majka povukle prijave. Kako je Sud istakao, neophodno je da postoje pravni mehanizmi koji će omogućiti da se postupak sprovede i kada žrtve povuku svoju prijavu, odnosno tužbu ili predlog za krivično gonjenje. Sud je takođe našao - po prvi put u slučaju porodičnog nasilja – da postoji kršenje člana 14 (zabrana diskriminacije), u vezi sa članovima 2 i 3, iz razloga što je nasilje koje su ove dve žene trpele bilo rodno zasnovano, istovremeno ističući da se u slučajevima nasilja u porodici, u najvećem broju kao žrtve pojavljuju žene, a da tome naročito doprinosi diskriminatorska pasivnost pravosudnog sistema, odnosno nekažnjavanje nasilnika.

[25] *Opuz v. Turkey (Application no. 33401/02)* presuda od 9.6.2009. godine; prema http://hudoc.echr.coe.int, sajt posećen 28.12.2012. godine.

5. Regulativa u Srbiji

Kada govorimo o nasilju u porodici, odnosno nad ženama, statistički podaci govore da je svaka treća žena u Srbiji žrtva fizičkog, svaka druga žena žrtva psihičkog nasilja u porodici, a u 74.8% slučajeva nasilnik je njen sadašnji ili bivši muž. Ono što još više zabrinjava jeste da se policiji u Srbiji prijavljuje samo 16,5% slučajeva nasilja u porodici.[26]

Kada govorimo o pravnoj regulativi, odnosno pravnoj zaštiti od nasilja u porodici uopšte, mogli bismo reći da je u Srbiji interesovanje zakonodavaca za ovaj problem novijeg datuma. Pravna zaštita od nasilja u porodici u Srbiji je započeta tek 2002. Godine, kada je izmenama Krivičnog zakona nasilje u porodici predviđeno kao posebno krivično delo.[27] Takođe, nasilje u porodici je prvi put regulisano i porodičnopravnom regulativom donošenjem Porodičnog zakona 2005. godine. Nasilje u porodici je dakle, obuhvaćeno i krivičnim i građanskim pravom, a oba zakona štite članove porodice, pod kojima se podrazumevaju i supružnici, odnosno vanbračni partneri. Od velikog značaja za zaštitu žena je i Nacionalna strategija za sprečavanje i suzbijanje nasilja nad ženama u porodici i u partnerskim odnosima[28], koja je, kao što se po nazivu može i zaključiti, usmerena direktno na zaštitu žena.

5.1. Krivičnopravna zaštita

Krivičnopravna zaštita od nasilja u porodici predstavlja vrlo bitan mehanizam zaštite žena, ali i ostalih članova porodice, od nasilja koje mogu da trpe. Kao što je već istaknuto, obaveza države da ovim putem inkriminiše nasilje nad ženama, istaknuta je i presudama Evropskog suda za ljudska prava.

U pozitivnom pravu Republike Srbije, nasilje u porodici kao krivično delo postoji od 2002. godine. U trenutno važećem KZ ovo delo je predviđeno u okviru glave "Krivična dela protiv braka i porodice" i predviđeno je pet oblika ovog dela.[29]

Osnovni oblik krivičnog dela nasilje u porodici, definisan prvim stavom odnosnog člana, definisan je na sledeći način: Ko primenom nasilja,

---

[26] Statistički podaci, preuzeti su sa sajta: http://www.nasiljeuporodici.rs/index.php?url=onama/index.htm sajt posećen 30.11.2012. godine.

[27] Krivičnim zakonikom koji je stupio na snagu 1.1.2006. godine uveden je još jedan stav kao dopuna ranije postojeće odredbe, međutim smanjene su predviđene kazne za izvršenje ovog dela, da bi izmenama i dopunama KZ iz 2009. godine preciziran pojam člana porodice i ponovo pooštrene predviđene kazne.

[28] "Sl. glasnik RS", br. 27/2011

[29] Videti član 194. Krivičnog zakonika Republike Srbije ()

pretnjom da će napasti na život ili telo, drskim i bezobzirnim ponašanjem ugrožava spokojstvo, telesni integritet ili duševno stanje člana svoje porodice, kazniće se kaznom zatvora od tri meseca do tri godine.

Drugi, kvalifikovani oblik ovog krivičnog dela postoji ako je pri izvršenju dela iz člana 194. stav 1. KZ korišćeno oružje, opasno oruđe ili drugo sredstvo podobno da telo teško povredi ili zdravlje teško naruši. Za ovaj oblik predviđena je kazna zatvora od šest meseci do pet godina.

Sledeći kvalifikovani oblik, predviđen stavom tri predviđa nekoliko kvalifikatornih okolnosti. Tako, ukoliko usled dela iz st. 1. i 2. člana 194. KZ nastupi teška telesna povreda ili teško narušavanje zdravlja ili su učinjena prema maloletnom licu, učinilac će se kazniti kaznom zatvora od dve do deset godina. Za postojanje ovog oblika je neophodno da teška telesna povreda ili teško narušavanje zdravlja člana porodice zaista i nastupi, što ovaj stav i razlikuje od prethodnog u kome je dovoljna i samo potencijalna opasnost od nastupanja neke od ovih posledica korišćenjem sredstva podobnog da ih prouzrokuje.

Četvrti i najteži oblik, postoji u slučaju da nastupi smrt člana porodice, kada se učiniocu može izreći kazna zatvora od tri do petnaest godina. Kako je posledica ovog oblika nasilja u porodici smrt člana porodice, potrebno je osvrnuti se na razliku između ovog dela i krivičnog dela ubistva, odnosno nehatnog lišenja života. Imajući u vidu da je nasilje u porodici delo koje se po svojoj prirodi može izvršiti samo sa umišljajem, kod najtežeg oblika ovog dela predviđenog stavom četiri, smrt člana porodice kao teža posledica obuhvaćena je nehatom izvršioca, a ne umišljajem kao što je to slučaj kod ubistva. Neophodno je utvrditi i uzročnu vezu između radnje izvršenja nasilja u porodici i smrti člana porodice. Ovaj najteži oblik nasilja u porodici, razlikuje se od krivičnog dela nehatnog lišenja života po tome što je kod nehatnog lišenja života i sama radnja izvršenja obuhvaćena nehatom učinioca, dok se kod nasilja u porodici radnja izvršenja preduzima umišljajno, ali se smrt može pripisati nehatu učinioca. Zakonodavac ne pravi razliku u pogledu toga da li je pasivni subjekt maloletno ili punoletno lice.

Poseban stav odnsnog člana KZ predstavlja odredba kojom je kao poseban oblik izvršenja dela predviđena situacija kada učinilac kome je sud odredio neku od mera zaštite od nasilja u porodici, prekrši ovu zabranu. U tom slučaju, može se kazniti kaznom zatvora od tri meseca do tri godine.

Iako sud ima široka ovlašćenja da tumači pravne standarde poput drskog i bezobzirnog ponašanja, oni moraju da se ispitaju pre svega imajući u vidu konkretan slučaj, a zatim sud mora da pokaže nultu tole-

ranciju prema nasilju u porodici, tako što će nastojati da, uz poštovanje načela zakonitosti, sankcioniše svako ponašanje koje odstupa od društveno prihvatljivog ophođenja prema članovima porodice, a pogotovo prema deci.

Ostaje nejasno, međutim, da li je za postojanje ovog krivičnog dela neophopdan kontinuitet ili je dovoljno da je radnja izvršena jednom, odnosno da li je ovo krivično delo trajnog karaktera. Iako se u sudskoj praksi mogu sresti i slučajevi koji na ovo pitanje daju potvrdan odgovor[30], sa aspekta objekta zaštite i svrhe postojanja ovog krivičnog dela smatramo neprihvatljivim tumačenje prema kojem bi se zahtevao kontinuitet u ispoljavanju nasilja u porodici. Ukoliko je radnja izvršenja preduzeta samo jednom, relevantno je da li ta radnja može da izazove posledicu u vidu ugrožavanja spokojstva, telesnog integriteta ili duševnog stanja člana porodice, i ukoliko je odgovor potvrdan, nije potrebno da se radnja ponovi da bi delo bilo dovršeno. Iako se na prvi pogled može učiniti da jedan deo inkriminacije, koji kao radnju izvršenja predviđa drsko i bezobzirno ponašanje, zahteva ponavljanje, dilemu, čini se, rešava član 112 tačka 30 KZ, koji predviđa da, kada je radnja krivičnog dela određena trajnim glagolom, delo je učinjeno ako je radnja izvršena jednom ili više puta. Takođe, iz iste odredbe proizilazi zaključak da više radnji preduzetih prema istom članu porodice, neće biti više krivičnih dela niti produženo krivično delo, već jedno krivično delo.[31] Broj ponovljenih radnji ovde bi mogao biti od značaja samo za odmeravanje kazne, ali ne i kao uslov za samu kvalifikaciju, odnosno postojanje ovog krivičnog dela.[32]

5.2. Porodičnopravna zaštita

U Srbiji je 2005. godine donet Porodični zakon[33] koji je prvi put regulisao i nasilje u porodici. Pružanje zaštite i odredbama porodičnog zakonodavstva od naročite je važnosti, jer se na taj način omogućuje efikasnija i brža zaštita žrtve, s obzirom na to, da je postupak kraći, a mere su

[30] Presuda Okružnog suda u Zrenjaninu, K. 120/2005 od 2.6.2006. godine. Veoma su interesantne odluke Apelacionog suda u Beogradu, Kž1. 5139/2010 od 22.2.2011. godine i Kž1. 444/2011 od 18.2.2011. godine u kojima je izražen stav da „ugrožavanje spokojstva, telesnog integriteta ili duševnog stanja člana svoje porodice" ne predstavlja radnju nego posledicu ovog krivičnog dela, u kom slučaju se ne bi mogao primeniti član 112 stav 30 KZ, kako se navodi u ovim odlukama.

[31] Presuda Okružnog suda u Beogradu, Kž. 491/2007 od 5.3.2007. godine

[32] A. Klipa, „Nasilje u porodici: Normativni okvir za uspešnu primenu instituta u praksi", *Pravni instruktor* 2012/18.

[33] Porodični zakon, „Službeni glasnik RS", br. 18/2005.

takve da su usmerene na sprečavanje i onemogućavanje dalje vršenje nasilja.[34]

Porodični zakon nasilje u porodici definiše kao „ponašanje kojim jedan član porodice ugrožavanja telesni integritet, duševno zdravlje ili spokojstvo drugog člana porodice“, a zatim egzemplarno navodi koja se to sve ponašanja mogu smatrati nasiljem u porodici:

1. nanošenje ili pokušaj nanošenja telesne povrede;
2. izazivanje straha pretnjom ubistvom ili nanošenjem telesne povrede članu porodice ili njemu bliskom licu;
3. prisiljavanje na seksualni odnos;
4. navođenje na seksualni odnos ili seksualni odnos sa licem koje nije navršilo 14 godina života ili nemoćnim licem;
5. ograničavanje slobode kretanja ili komuniciranja sa trećim licima;
6. vređanje, kao i svako drugo drsko, bezobzirno i zlonamerno ponašanje. [35]

Radnje koje predviđa zakon, smatraju se nasiljem samo ukoliko dovedu do posledice, odnosno do ugrožavanja telesnog integriteta, duševnog zdravlja ili spokojstva drugog člana porodice.[36]

Dalje, predviđeno je i koja lica se u smislu PZ smatraju članom porodice, i isti je dosta proširen, pogotovo u odnosu na KZ pre izmena i dopuna iz 2009. godine, te se tako članovima porodice smatraju:

1. supružnici ili bivši supružnici;
2. deca, roditelji i ostali krvni srodnici, te lica u tazbinskom ili adoptivnom srodstvu, odnosno lica koja vezuje hraniteljstvo;
3. lica koja žive ili su živela u istom porodičnom domaćinstvu,
4. vanbračni ili bivši vanbračni partneri;
5. lica koja su međusobno bila ili su još uvek u emotivnoj ili seksualnoj vezi, odnosno koja imaju zajedničko dete ili je dete na putu da bude rođeno, iako nikada nisu živela u istom porodičnom domaćinstvu.[37]

Možemo primetiti da je krug lica koji uživa zaštitu od nasilja u porodici je dosta širok, naročito imajući u vidu poslednju tačku, odnosno lica koja su bila ili se nalaze u emotivnoj zajednici bez obzira da li žive zajedno. Svakako da je ovakva odredba bila poželjna i da je zakon na ovaj način pružio adekvatnu zaštitu svim licima koja bi se potencijalno mogla naći u situaciji da trpe nasilje.

---

[34] G. Kovaček-Stanić, Porodično pravo, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2011, str. 44.

[35] Videti član 197 stav 1 tačka 2 Porodičnog zakona RS.

[36] G. Kovaček-Stanić, *op. cit.*

[37] Videti član 197. stav 3. Porodičnog zakona.

Zakon nadalje, propisuje mere koje je sud nadležan da odredi u slučaju kada dođe do nasilja u porodici:

1. izdavanje naloga za iseljenje iz porodičnog stana ili kuće, bez obzira na pravo svojine odnosno zakupa nepokretnosti;
2. izdavanje naloga za useljenje u porodični stan ili kuću, bez obzira na pravo svojine odnosno zakupa nepokretnosti;
3. zabrana približavanja članu porodice na određenoj udaljenosti;
4. zabrana pristupa u prostor oko mesta stanovanja ili rada člana porodice;
5. zabrana daljeg uznemiravanja člana porodice.[38]

Ono što je od velikog značaja, jeste da sud nije vezan granicama tužbenog zahteva, te tako može da izrekne i meru koja nije tražena, ukoliko smatra da će se tako postići adekvatna zaštita. Takođe, sud može da izrekne i više mera, a njihovo trajanje je ograničeno na godinu dana, ali postoji mogućnost da budu produžene.

Za izdavanje naloga za iseljenje iz porodičnog stana ili kuće, Porodični zakon izričito predviđa da ova mera ne zavisi od prava svojine na predmetnoj nepokretnosti. Međutim to ne znači da se neko lice lišava prava svojine, već se to pravo privremeno ograničava, što je posebno opravdano u situacijama kada postoji realna opasnost da će se nasilje ponoviti.

U tekstu Nacrta PZ bile su predviđene još dve mere zaštite od nasilja u porodici: obavezno lečenje od alkoholizma i drugih bolesti zavisnosti i obavezno savetovanje ili psihijatrijsko lečenje. Ove mere su izostavljene iz Predloga PZ, iako bi bile od velikog značaja[39], s obzirom na to da je u 37.2% slučajeva prijavljnog nasilja, nasilnik bio pod dejstvom alkohola.[40]

Porodični zakon, takođe propisuje posebna pravila u vezi sa postupkom koji se vodi povodom nasilja u porodici. Pre svega, postupak se pokreće tužbom, a lica koja imaju ovlažćenje da podnesu tužbu za određivanje mere zaštite od nasilja u porodici su član porodice prema kome je nasilje izvršeno, njegov zakonski zastupnik, javni tužilac i organ starateljstva.

Što se tiče mesne nadležnosti, pored suda opšte nadležnosti, predviđena je i mesna nadležnost suda na čijem području ima prebivalište odnosno boravište član porodice prema kome je nasilje izvršeno.

---

[38] Videti član 198. Porodičnog zakona.

[39] G. Kovaček-Stanić, *op. cit.*

[40] Statistički podaci preuzeti su sa sajta: http://www.nasiljeuporodici.rs/index.php?url=onama/index.htm, sajt posećen 30.11.2012. godine.

Postupak u sporu za zaštitu od nasilja u porodici je naročito hitan, što podrazumeva da prvo ročište treba da bude održano u roku od osam dana od dana prijema tužbe u sudu, a drugostepena odluka treba da bude doneta u roku od 15 dana od dana dostavljanja žalbe tom sudu. Zatim, shodno članu 204. stav 2. PZ ako se tužba odnosi na dete ili roditelja koji vrši roditeljsko pravo, tužba se ne dostavlja na obavezan odgovor tuženom. Članom 206. PZ propisano je da je u ovim postupcima javnost zakonom isključena.

5.3. Nacionalna strategija za sprečavanje i suzbijanje nasilja nad ženama u porodici i u partnerskim odnosima

Od velikog značaj za suzbijanje nasilja nad ženama je *Nacionalna strategija za sprečavanje i suzbijanje nasilja nad ženama u porodici i u partnerskim odnosima,* usvojena na sednici Vlade Republike Srbije 1. aprila 2011. godine. Strategija podstiče primenu međunarodnih i domaćih pravnih normi i standarda kojima se štite ljudska prava, promoviše rodnu ravnopravnost i zabranjuje svaki vid nasilja nad ženama u porodici i partnerskim odnosima, kao oblik nasilja koji u najvećem obimu pogađa žene. U Strategiji se ističe da je nasilje u porodici javni, a ne privatni problem, kao i da država ima obavezu da zaštiti žrtve nasilja u porodici. U suprotnom, ističe se, nasilje se prećutno odobrava.

Ovim dokumentom se utvrđuje celovita i dosledna politika države u cilju eliminisanja diskriminacije žena, poboljšanja njihovog položaja i integrisanja principa ravnopravnosti polova u sve oblasti delovanja institucija sistema, kao jednog od elemenata modernizacije i demokratizacije društva. Strategijom su obuhvaćene oblasti koje se tiču učešća žena u kreiranju politika i u donošenju odluka: ekonomija, obrazovanje i zdravlje, suzbijanje nasilja nad ženama, kao i pitanje prisutnosti rodnih stereotipa u medijima.

U Strategiji se takođe navodi da su pojedini aspekti nasilja nad ženama i borbe protiv tih vidova nasilja, obrađeni posebnim strateškim i političkim aktima, te da je predmet Strategije *prevashodno, mada ne isključivo, nasilje nad ženama u porodici*. Takvo opredeljenje svoje opravdanje nalazi i u činjenici da je nasilje u porodici najzastupljeniji oblik nasilja nad ženama, dok je, s druge strane, tačno i to da su žene najčešće žrtve nasilja u porodici.

Takođe, u Strategiji su utvrđene i strateške oblasti i strateški ciljevi u skladu s međunarodnim preporukama i analizom stanja u Republici Srbiji, a razvijaju se u četiri balansirane oblasti, i to: 1) prevencija; 2) nor-

mativni okvir; 3) multisektorska saradnja i podizanje kapaciteta organa i specijalizovanih službi; 4) sistem mera zaštite i podrške.

Vrlo je bitno i to što se kao jedan od ciljeva ističe podizanje nivoa svesti građana o problemu nasilja u porodici i nasilja nad ženama.

Strtegija predstavlja jedan sveobuhvatan akt, koji bi, uz pravilnu primenu i aktivno učešće države i njenih organa u postizanju zadatih ciljeva, mogla u mnogome da suzbije ovaj problem i pruži adekvatnu zaštitu ženama koje su izložene nasilju u porodici.

6. Moguća rešenja za dalje unapređenje pravne zaštite od nasilja u porodici

Kada do nasilja u porodici dođe, jedna od osnovnih poteškoća jeste činjenica da su svedoci nasilja u najvećem broju slučajeva samo dva lica, odnosno žrtva i nasilnik. U postupku koji se vodi protiv nasilnika, veoma često jedini svedok jeste samo žrtva. Postavlja se onda pitanje, da li je moguće sprovesti postupak, ukoliko se žrtva tome protivi.

U ovim slučajevima može doći i do sukoba interesa između države i žrtve. Država, odnosno njeni organi, mogli bi, u nastojanju da suzbiju problem nasilja u porodici, da učine sve napore i procesuiraju nasilnike, dok se žrtva tome može protiviti. Ovaj sukob je još više dobio na značaju, od kada je građanskopravnim propisima, tačnije Porodičnim zakonom, predviđeno da postupak mogu da pokrenu i organ starateljstva i javni tužilac.

Potenciranje da se sprovede postupak prema nasilniku, pa samim tim i insistiranje da žrtva učestvuje u samom postupku kako bi svedočila o pretrpljenom nasilju, može se na određeni način smatrati ugrožavanjem njene autonomije. Međutim, prepuštanje žrtvi da sama odluči o pokretanju postupka, može biti problematično, ako se ima u vidu da odluku treba da donese žena koja je možda godinama trpela nasilje.

Jedno od postojećih rešenja u teoriji,[41] predlaže da se postupak vodi bez učešća same žrtve. Iako sa današnje tačke gledišta, to može izgledati kao nemoguće rešenje, odnosno da bi do njegove realizacije moglo doći u ne tako skoroj budućnosti, ono svakako da ime svoje prednosti i neki autori ističu da uz adekvatno noveliranje pravila postupka, ovo može biti izvodljivo. U tom smislu, predlaže se da postupak koji policija sprovodi u slučaju prijave nasilja, bude regulisan tako, da uvek važi pretpostavka da će se dalji sudski postupak voditi bez učešća žrtve. Policija bi u tom slučaju bila u obavezi da na sve moguće načine sačuva dokaze o povredama,

[41] J. Herring, *Family Law*, Longman Law series, Fifth edition, 2011, p. 316.

bilo fotografisanjem, snimanjem ili na druge prikladne načine. Prednosti ovakvog postupka su brojne: na ovaj način je uplitanje u privatnost, odnosno autonomiju žrtve manja (naročito kada se ona protivi vođenju postupka), zatim žrtva može da izbegne pritisak koji bi trpela tokom postupka, odnosno pretnje kojim bi se pokušala odvratiti od vođenja postupka i sačuva se od sekundarne viktimizacije.

Takođe, od velikog značaja je i upoznavanje javnosti sa ovim problemom. Čak 98% građana EU su izjavili da su čuli za porodično nasilje nad ženama, a od toga njih 92% je o problemu čulo na televiziji.[42]

Postoje velike varijacije širom EU, u pogledu toga šta građani misle o postojanju pravnih mehanizama kojima je cilj da spreče nasilje nad ženama. U najvećem broju država, većina smatra da takvi zakoni postoje, ali u sedam država članica većina ili ne zna, ili misli da ne postoje takvi zakoni. U Francuskoj, Sloveniji i Švedskoj, 68% ispitanika kaže da njihova zemlja ima zakonodavstvo u cilju sprečavanja nasilja u porodici. Međutim, u Estoniji samo 28% ispitanika je upoznata sa postojanjem ovakvih mehanizama, kao i 34% ljudi u Bugarskoj i 40% u Letoniji. Rezultati koji se odnose na novije države članice – koji izgleda da ukazuju na nedostatak znanja o različitim vrstama zakona vezanih za nasilje u porodici – mogu da ukažu na relativni nedostatak zakonske regulative u tim zemljama ili nedostatka svesti, a time i na potrebu za sprovođenje određenih kampanja za podizanje ove svesti.

U Portugalu su zabeležene značajne promene u svesti ljudi u pogledu zakona vezanih za nasilje u porodici tokom protekle decenije, a ovo je bez sumnje odraz vladinih inicijativa za podizanje svesti javnosti i poboljšanje zakonodavstva. Nedavne mere uključuju novi zakon iz 2007. godine, koji obezbeđuje besplatnu zdravstvenu zaštitu za žrtve nasilja u porodici, kao i promene u portugalskom Krivičnom zakoniku, kojim je za osnovni oblik krivičnog dela nasilje u porodici predviđena kazna zatvora od jedne do pet godina, ukoliko ne postoji drugi zakonski osnov da se izrekne teža kazna.[43]

Druga zemlja koja takođe beleži određeni napredak je Italija, a to je opet posledica različitih inicijativa od strane vlade u poslednjih nekoliko godina. Naime, u 2009. godini pooštreni su zakoni koji se odnose na sek-

[42] „Domestic Violence against Women" – Report, Special Eurobarometer 344, September 2010.

[43] Iako su neke od kazni za teže oblike nasilja u porodici čak lakše nego u našem Krivičnom zakoniku, smatramo da je to posledica načina odmeravanja kazne za dela kvalifikovana težom posledicom, jer je stav zakonodavca jasno iskazan kroz kaznu za osnovni oblik, koja je značajno viša nego kod nas; član 152. portugalskog KZ na: http://www.verbojuridico.com/download/codigopenal2009-v1.pdf, sajt posećen 25.11.2012. godine.

sualno nasilje i pokrenuto je niz regionalnih projekata usmerenih protiv nasilja nad ženama u 2007. godini. Pozitivna promena u svesti o pravnoj situaciji u ove dve zemlje pokazuje da vladini projekti mogu dovesti do poboljšanja svesti među običnim ljudima.[44]

Dalje, u suzbijanju ovog problema, neophodno je i raditi na saradnji svih onih državnih, ali i nedržavnih organa nadležnih za žrtve nasilja.

Jedan od bitnih zadataka, jeste unapređivanje saradnje između sudova koji vode krivični postupak i onih koji vode parnični. Ukoliko ova dva postupka, odnosno postupajuće sudije, ne bi bili na određeni način koordinisani, moglo bi da dođe do različitog tumačenja, pa samim tim i suprotnih rezultata u pogledu izrečenih mera, odnosno sankcija. Čini se kao adekvatno rešenje, nekih autora, osnivanje posebnih sudova, odnosno odeljenja u okviru redovnih sudova koji bi se bavili samo postupcima koji se tiču nasilja u porodici. U našem sistemu do skora bila je poznata specijalizacija sudija koji su postupali u porodičnim postupcima,[45] te bi možda i ovakav pristup i nadalje bio adekvatan. Na taj način bi sudije koje se bave ovim pitanjem postali eksperti u oblasti prava koje se odnosi na nasilje u porodici, kao veoma osetljivoj i specifičnoj oblasti.

Pored ovoga, vrlo je bitna i adekvatna obuka advokata koji se bave ovim problemom. Mnogi od njih nisu svesni prisutnosti ovog problema, te izuzetno retko samoinicijativno postave pitanje o eventualnom postojanju nasilja u porodici, kada zastupaju klijenta u postupku u vezi sa porodičnim odnosima. Možda bi se advokatima, uz poštovanje čuvanja profesionalne tajne, mogla nametnuti obaveza, da ukoliko postoji osnovana sumnja da postoji nasilje u porodici, slučaj prijave nadležnom tužiocu. Pretpostavljajući da advokatska javnost ima pregršt prigovora ovakvom predlogu, koji zasigurno, u određenom delu, mogu biti zasnovani na argumentima, advokat bi, barem sa etičke tačke gledišta, trebao da ohrabri klijenta koji je žrtva nasilja u porodici da se nasilju suprotstavi odgovarajućim pravnim mehanizmom. Ovakav predlog mogao bi,

[44] „Domestic Violence against Women" – Report, Special Eurobarometer 344, September 2010.

[45] Ova odredba ukinuta je poslednjim izmenama, odnosno novim važećim Zakonom o parničnom postupku („*Sl. glasnik RS", broj 72/2011*, član 507. stav 2.), kojim je član 203. Porodičnog zakona („*Sl. glasnik RS", broj 18/05*) koji je regulisao sastav veća u postupcima u vezi sa porodičnim odnosima prestao da važi, te tako trenutno ne postoji obaveza da u postupcima u vezi sa porodičnim odnosima postupa specijalizovano veće. Međutim, u radnoj verziji Nacrta zakona o parničnom postupku, ponovo se predviđa uvođenje specijalizovanog veća, što svakako predstavlja pozitivan korak, s obzirom na specifičnosti porodičnih postupaka i opravdane potrebe da postupajuće sudije prođu predviđenu specijalizaciju, odnosno da se sudije porotnici biraju iz redova stručnih lica koja imaju iskustva u radu sa decom i mladima.

u najmanju ruku, postati sastavni deo etičkih kodeksa advokatskih komora u Republici Srbiji.

Specijalizacija sudija, ali i advokata, učinila bi postupak u vezi sa nasiljem u porodici, odnosno nad ženama efikasnijim i mere koje bi se izricale u mnogome bi doprinele adekvatnijoj zaštiti žrtve, ali i samog nasilnika, jer kako je izraženo u jednoj presudi Vrhovnog kasacionog suda „*Mere zaštite propisane članom 198. stav 2. Porodičnog zakona, ne štite samo žrtve nasilja, već i počinioce, jer ih svojim postojanjem i delovanjem osujećuju u ponavljanju takvog nedozvoljenog ponašanja i zaštićuju od ponovnog trpljenja zakonskih posledica. Za žrtve porodičnog nasilja ove mere zaštite treba da budu takve da obezbede mir, spokoj i bezbednost za određeni vremenski period, život bez straha od daljeg nasilja, oslobađanje od trauma i oporavak od zadobijenih povreda.*“[46]

[46] Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev. 2844/2010 od 26.5.2010. godine.

Sandra Samardžić, Assistant
Faculty of Law Novi Sad

Legal Mechanisms in European Union and Serbia Which Aimed to Protect Women From Domestic Violence

Abstract

Violence against women is the most common form of domestic violence. This problem has long been ignored, because it is considered that family relations, e.g. relations between married and unmarried partners are a private matter and the state's obligation was to refrain from any interference. However, since the problem of domestic violence against women has become increasingly common, the attitude of the international community began to change, and it was increasingly emphasizes the need to create adequate legal mechanisms to provide protection to the victim. In this sense, in the United Nations, and the European Union a number of laws were enacted. In Serbia, there is also both, criminal and civil law regulation that seeks to prevent domestic violence and to punish perpetrators and protect victims. In addition to adequate legal mechanisms, which can always be improved, it is necessary to take certain initiatives by states that can lead to improved awareness among the people about the presence of violence, and the ways in which they can help.

Key words: domestic violence, violence against women, legal mechanisms to protect women, the EU regulations.

Pregledni članak 338.246.025.88(497.11)
doi:10.5937/zrpfns46-3340

Stefan Samardžić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

NATURALNA RESTITUCIJA U SRBIJI – period gestacije

***Sažetak**: Šestdeset i šest godina od prvih oduzimanja imovine nakon Drugog svetskog rata, šestog desetog jedanaeste godine dvadesetprvog veka srpski zakon o opštoj restituciji ugledao je svetlost dana. Ova igra brojeva i reči, kao i sam rad ima za cilj da naučnu i stručnu javnost zainteresuje za probleme restitucije u Srbiji unutar zadatih zakonskih okvira. Nastojali smo da na naučno argumentovanom sistemskom tumačenju propisa na koje se zakon o restituciji oslanja učinimo osvrt na nedorečenosti i površnost ovog zakonskog akta i damo predloge kako bi se određeni problemi mogli prevazići tumačenjem postojećih normi, odnosno u krajnjem de lege ferenda.*

***Ključne reči**: imovina, oduzimanje, nacionalizacija, restitucija, Srbija*

Deceniju posle tzv. demokratskih promena u Srbiji, na dan koji je razočaravajuće brzo postao simboličan kao nedostajući u kalendaru, Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju[1] stupio je na pravnu snagu 6. oktobra 2011. godine, koji je konačno *svanuo* bivšim vlasnicima oduzete imovine i njihovim naslednicima. Pravni život Zakona o restituciji u Srbiji ušao je u deveti mesec i učinićemo osvrt na period gestacije denacionalizacije u Srbiji tokom kog se u drugom stanju nalazila uglavnom Agencija za restituciju. Kao i tokom svakog graviditeta, Zakon je u prvih devet meseci primene pokazao mnoge nepoznanice i probleme. Uprkos tome, očekujemo da povraćaj imovine, a pre svega naturalna restitucija u

[1] „*Sl. glasnik RS*“, br. 72/2011; u daljem tekstu ZVIO ili Zakon o restituciji.

Srbiji prodiše punim plućima, pa makar morala na samom početku i glasno da zaplače.

Kao i mnoge stvari u našem zakonodavstvu i vraćanje oduzete imovine otpočelo je na u najmanju ruku specifičan, u pogledu zakonodavne tehnike nezadovoljavajući način. Već simptomatično ova materija zakonski je regulisana isuviše kasno, kako u vremenu, tako naročito u pogledu logički utemeljenog, hronološkog reda zakonskog regulisanja relevantnih društvenih odnosa. Zamerajući zakonodavcu odlaganje suočavanja sa neophodnošću restitucije u dobrom delu usled hronične podložnosti uticajima interesnih grupa bliskih vlasti, savesno bi bilo konstatovati da se zakonodavac nalazio pred izuzetno teškim poslom. Naime, sama posleratna oduzimanja vršena su na bezbroj načina, od gotovo vanpravniih oduzimanja do vremenom sve uređenijih pravom. Neretko je imovina oduzimana i bez ikakvog formalnopravnog osnova, pa i više puta po različitim osnovima, ali dešavalo se da deo imovine koja je faktički prešla u opštenarodnu imovinu, zemljišno-knjižno nikada nije prevedena sa bivšeg vlasnika na državu. Vremenom stečena formalnopravna zasnovanost oduzimanja imovine ni u kom slučaju ne predstavlja kvalitet tadašnjeg pravnog sistema. Određeni naučni, a bilo bi očekivano samim tim i praktični značaj ima ovo upozorenje novije pravne istorije o sudbini propisa koji nisu zasnovani poštovanju osnovnih ljudskih prava[2] i principa pravne države.

Restitucija bi trebala da bude odraz postupka oduzimanja u ogledalu. Naime, redosled koraka u vraćanju imovine trebao bi da teče u suprotnom smeru i odražava povraćaj na vrednosti koje je pravni sistem proklamovao pre oduzimanja. Uslovljen protekom vremena i nastalim promenama pravnog režima i svojinskopravnog statusa podržavljene imoviine, postupak vraćanja oduzete imovine ima više osobina samih postupaka kojima je imovina oduzimana. Propisi na osnovu kojih se imovina se u Srbiji vraćala i vraća donošeni su stihijski, kako kad kome padne na pamet da time može postići određenu političku korist. U određenoj meri i oduzimanje je često pratila samovolja. Iako se podržavljenjem nisu kupovali krat-

[2] Dalo bi se raspravljati o karakteru prava na imovinu kao osnovnog ljudskog prava uopšte. Uprkos gotovo aksiomskoj utemeljenosti prava na imovinu u dokumente kojima se garantuju osnovna ljudska prava, ostaje priličan prostor filozofiji prava i razmišljanju slobodnog uma da li je i u kojoj meri čoveku kao biću koncept imovine imanentan i utkan u suštinu ljudskog. Poznato je da su slične rasprave pratile postupak usvajanja Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, u pogledu koncepta imovine koji vlada ore svega u skandinavskim zemljama, naročito u Švedskoj. Tako, neke ugledne sudije Evropskog suda upravo u ovome vide razlog zbog kog se pravo na imovinu našlo van integralnog teksta Konvencije i potom uređeno prvim protokolom uz Konvenciju.

koročni politički krediti kod biračkog tela, ipak prelazak imovine iz privatne u opštenarodnu imovinu bio je jedna od najznačajnijih karakteristika političkog sistema tog vremena. U odnosu prema korisnicima restitucije, kao fizičkim licima, ali i verskim organizacijama – svi su pred zakonom „jednaki" samo što su neki „više jednaki". Pravo korišćenja u smislu kako ga je poznavao naš pravni sistem u vreme postojanja društvene svojine kao svojinskopravnog režima *sui generis*, i u postupku vraćanja ima izuzetno veliki značaj koji se u pogledu izuzetaka od vraćanja u naturalnom obliku gotovo izjednačava sa pravom svojine trećeg lica kao savesnog sticaoca.

Prihvatajući eventualnu kritiku naučne i stručne javnosti u pogledu određenosti predmeta ovog rada, napominjemo da izneti problemi predstavljaju najkritičnije tačke u devetomesečnoj primeni načela prioriteta naturalne restitucije Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju. U odnosu na analizirana pitanja nastojali smo da zauzemo svoj sud o primenjenom rešenju, odnosno eventualno predlog kako bi se tumačenjem postojećih noramtivnih okvira odnosno u krajnjoj liniji *de lege ferenda* moglo postupati.

Ukazujući na neke od protivrečnosti i nedorečenosti u postavci restitucije Zakonom o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju, neophodno je da se vratimo sedam godina unazad na prvi odlučan korak i pokušaj začeća opšte restitucije u Srbiji.

ZAKON O PRIJAVLJIVANJU I EVIDENTIRANJU ODUZETE IMOVINE

Osvrnućemo se u najkraćem na kratak i prilično besmislen život *Zakona o prijavljivanju i evidentiranju oduzete imovine*[3], odnosno na najznačajniji aspekt njegovog postojanja u smislu njegovog odnosa sa zakonom o opštoj restituciji.

Između ostalih ranijih *de iure* i *de facto* postupaka države u domenu restitucije[4], donošenjem Zakona i prijavljivanju Republika Srbija zapravo

[3] Zakon o prijavljivanju i evidentiranju oduzete imovine („*Sl. glasnik RS*", br. 45/2005) – u daljem tekstu: ZOP ili Zakon o prijavljivanju.

[4] Između ostalih to su bili: Zakon o načinu i uslovima priznavanja prava i vraćanju zemljišta koje je prešlo u društvenu svojinu po osnovu poljoprivrednog zemljišnog fonda i konfiskacijom zbog neizvršenih obaveza iz obaveznog otkupa poljoprivrednih proizvoda *("Sl. glasnik RS", br. 18/91, 20/92 i 42/98)*; Zakon o privatizaciji *("Sl. glasnik RS", br. 38/2001, 18/2003, 45/2005, 123/2007, 123/2007 - dr. zakon, 30/2010 - dr. zakon, 93/2012 i 119/2012)*, čl. 15, 60 i 61 i dr.

se definitivno obavezala da donese zakon kojim će regulisati pitanje vraćanja oduzete imovine subjektima na koje se i sam ZOP odnosi.[5] Iako sam Zakon nigde eksplicitno ne sadrži obavezu Republike Srbije da donese zakon kojim će regulisati vraćanje oduzete imovine, Republika Srbija je na ovaj način kod građana stvorila „razumna očekivanja" da će do restitucije i doći.[6] Iako mnogo osporavan, ovaj Zakon od velikog je značaja upravo iz razloga što je konstituisao obavezu Srbije da oduzetu imovinu vrati. Sam Zakon o prijavljivanju ne sadrži predmet, niti cilj njegovog donošenja, kao ni načela u skladu sa kojima se odredbe Zakona imaju tumačiti. Iako to nije formalno nužno navesti izričito u tekstu propisa, praksa unošenja ovakvih odredaba koje u najmanju ruku pomažu u tumačenju odredaba zakona je uobičajena i veoma korisna. Naročito u ovako složenim i multidisciplinarnim oblastima društvenog života. Nedostajuće uvodne odredbe i načela Zakona, ipak se daju naslutiti iako ih zakonski tekst formalno ne sadrži. Osim solidnog broja nelogišnosti Zakon o prijavljivanju sadrži suštinski problem sa „prekluzivnim" karakterom roka za podnošenje prijave, i samom činjenicom da se podnošenje kasnijeg zahteva za vraćanje imovine uslovljava podnošenjem prijave po ovom Zakonu.[7]

---

[5] U postupku borbe restitucionih interesenata za samo donošenje Zakona, kroz fazu usvajanja pa sve do danas lamentira faktor „pritiska Evropske Unije", odnosno „pritiska Zapada" na donošenje Zakona o restituciji, što smatramo zaključkom bez mnogo formalnopravnog osnova, iako je određeni politički interes svakako prisutan. Naime, sama Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda nigde ne sadrži odredbu koja bi, čak ni implicitno državama potpisnicama nametala obavezu restitucije (vid. slučaj *Jasiūnienė v. Lithuania*, ECHR, 6.3.2003, stav 38). Osim toga, povrede prava na imovinu pre više od pola veka se *ratione temporis* ne mogu podvesti pod važenje Konvencije u odnosu na Republiku Srbiju. Takođe, često pominjano pitanje neprikosnovenosti prava na imovinu kao uslova da bi inostrani investitori ulagali u Srbiju, ne dokazuje se otpočinjanjem postupka restitucije. Određeni interes da do restitucije dođe zaista jesu mogle imati neke inostrane, ali ništa manje ni domaće interesne grupe koje bi eventualno vraćenu imovinu, naročito veoma vredno poljoprivredno zemljište videle kao potencijalno dobro ulaganje u smislu kupovine od naslednika bivših vlasnika. Pa ipak, čini se da zaista ovo nije bio dovoljan uslov da se srpski zakonodavac odvaži i krene putem restitucije.

[6] Iako bez eksplicitnog uporišta u samom tekstu Evropske konvencije i protokola uz nju, Evropski sud u slučaju *The Former King of Greece and Others v. Greece,* ECHR, 23.11.2000, stav 98; zauzet je stav da obaveza države da restituciju i izvrši može nastati ukoliko je svojim postupanjem država kod građana stvorila opravdana (osnovana) očekivanja da će do restitucije i doći; tako i Vodinelić, V. 2009, „Denacionalizacija: veliko isčekivanje izvesnog", *Rehabilitacija i restitucija u Srbiji,* Zbornik radova sa okruglog stola, prir. J. Trkulja i O. Danilović, 174.

[7] vid. Vodinelić, V. 2009, 174, koji ispravno zaključuje da nije moguće prethodnim zakonom uslovljavati ostvarivanje još nepostojećeg prava, čiji obim, uslovi, postupak i neka druga fundamentalna pitanja još uvek nisu poznati.

Članom 6 ZOP propisano je da se prijava može podneti najkasnije do 30. juna 2006. godine. Sama vremenska ograničenost prava na podnošenje prijave nije sporna dok se ne dovede u vezu sa odredbama člana 8 i 9 ovog Zakona. Naime, pravo na podnošenje zahteva za vraćanje oduzete imovine po posebnom zakonu, uslovljeno je podnošenjem prijave oduzete imovine u roku iz člana 6 ovog zakona[8], odnosno podnošenje prijave oduzete imovine predstavlja uslov da se takav zahtev podnese u skladu sa posebnim zakonom.[9] Uslovljavanje podnošenja zahteva za vraćanje oduzete imovine prethodnom prijavom po ZOP koji ne reguliše način niti obim vraćanja imovine vrlo je sporno. Naročito problematično je vremensko ograničenje podnošenja prijave po ZOP koje se proteže kao uslov za kasnije podnošenje zateva za vraćanje, što je izgleda uvideo i sam zakonodavac u postupku donošenja Zakona o vraćanju imovine i obeštećenju.[10] Tako, ZVIO u članu 66 predviđa da član 8 ZOP prestaje da važi danom stupanja na snagu Zakona. Zakonodavac je oduzimanjem pravnog života ovom članu ranijeg zakona očigledno želeo da ukine uslovljavanje podnošenja zahteva za vraćanje imovine i obeštećenje ranijom prijavom prema ZOP. Ukoliko je to bio motiv zakonodavca, a ne vidimo šta bi drugo to moglo biti, cilj nije postignut brisanjem pomenutog člana, jer i stav dva sledećeg, devetog člana zakona o prijavljivanju predviđa da podnošenje prijave oduzete imovine predstavlja uslov da se takav zahtev podnese u skladu sa posebnim zakonom. U skladu sa ZVIO pravo na podnošenje zahteva imaju svi bivši vlasnici oduzete imovine, njihovi zakonski naslednici ili pravni sledbenici, ***bez obzira da li su podneli prijavu*** u skladu sa Zakonom o prijavljivanju i evidentiranju oduzete imovine.[11]

Iako bi se moglo reći da je pitanje uslovljenosti podnošenja zahteva ranijom prijavom imovine po ZOP tehničkog karaktera, smatramo da ovakav pristup nije dobar, a ponajmanje da je tehničke prirode. Neujednačen pristup zakonodavca i donošenje ovakvih lakmus propisa, slabi poverenje u zakone i odaje utisak da država na restituciju gleda kao na do-

[8] čl. 8 ZOP

[9] čl. 9 ZOP

[10] Stanovište da je ovakvo ograničenje u saglasnosti sa Ustavom zauzeo je i Ustavni sud Republike Srbije u svojoj odluci IU broj 256/2005 od 23.2.2006. godine, objavljena u "Sl. glasniku RS", br. 27/2006 od 31.3.2006. godine, u kojoj se navodi da *...Utvrđivanje prekluzivnog roka, čijim se protekom gubi pravo na podnošenje zahteva, primereno je cilju zbog kojeg je donet osporeni Zakon - da se u određenom roku konačno identifikuje i utvrdi vrednost oduzete imovine...* Upravo iz potrebe Ustavnog suda da se u ovom mišljenju pozove na „cilj“ donošenja Zakona o prijavljivanju, koji nije određen zakonskim tekstom i koji je USS iznašao tumačenjem odredaba Zakona, vidi se koliki je propust zkonodavca da u ZOP jasnije reguliše predmet zakona, ciljeve i načela.

[11] čl. 41 stav 3 ZVIO

spelu ratu velikog kredita, koja je kao i svaka obaveza prilično neprijatna i neželjena, naročito za nesavesnog i nemarnog korisnika aktive.

Zakon o restituciji sadrži još jednu neusklađenost u određenoj vezi sa zakonom o prijavljivanju, no ovog puta nedoslednost nije međuzakonska već se nalazi unutar samog Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju. Naime, članom 62 ZVIO predviđeno je da *od stupanja na snagu Zakona imovina koja je oduzeta bivšim vlasnicima, a za koju je* ***podneta prijava u skladu sa Zakonom o prijavljivanju i evidentiranju oduzete imovine****, a po odredbama ovog zakona može biti vraćena, ne može biti predmet otuđivanja, hipoteke ili zaloge, do pravnosnažnog okončanja postupka po zahtevu za vraćanje*. Zakonodavac u ovom članu previđa činjenicu da je svima priznao pravo na restituciju, nezavisno od (ne)podnošenja prijave u skladu sa zakonom o prijavljivanju i evidentiranju oduzete imovine. Nije opravdano pružiti zaštitu od otuđenja ili opterećenja samo onima koji su imovinu prijavili, a ne bilo kojoj imovini koja može biti predmet restitucije. Istina, kada bi činjenica prijavljivanja oduzete imovine po službenoj dužnosti od strane Direkcije za imovinu bila zabeležena u javne knjige, tada bi se ovo ograničenje zakonodavca moglo razumeti sa stanovišta načela poverenja u javne knjige. No, čak i u tom smislu smatramo da to ne bi trebalo vezivati za postupak prijave po zakonu o prijavljivanju. Od presudnog značaja za ništavost određenog pravnog ili stvarnog akta kojim se otuđuje ili opterećuje imovina nakon stupanja Zakona na snagu, a koji bi bio protivan interesima korisnika restitucije bilo bi pitanje da li je činjenica postojanja restitucionog interesa bila zabeležena u javne knjige. Više od toga, smatramo da bi čak i sama vidljivost činjenice u javnim knjigama da je konkretna nepokretnost uopšte bila predmet podržavljenja, bila dovoljna da akt otuđenja i opterećenja bude ništav. Naravno, bilo bi neophodno da je to bilo ili izjavnih knjiga moglo biti poznato licu koje bi njome raspolagalo ili je opterećivalo, što se nikako ne bi moglo pretpostavljati već bi se moralo dokazivati u svakom konretnom slučaju. U pogledu predloga koji bi *de lege ferenda* razrešio ovo pitanje, bilo bi značajno uključiti pojedince pre svega sa iskustvom u praksi. U teorijskom smislu nismo uspeli formulisati dovoljno kvalitetan predlog u tom pogledu, pa stoga ostajemo na nivou identifikacije problema.

Osim ove primedbe u istoj odredbi se kao uslov za zabranu otuđenja i opterećenja pojavljuje i zahtev da ta imovina *po odredbama ovog zakona* ***može biti vraćena***, što je uslov koji možemo saznati tek u postupku pred Agencijom, i nikako ne može biti uslov za zabranu otuđenja, odnosno opterećenja. Zabrana otuđenja i opterećenja i treba da deluje do rešavanja upravne stvari pred Agencijom za restituciju.

Ubrzo nakon pomenutog pilot projekta sagledavanja okvira restitucije kroz zakon o prijavljivanju, na svet je neočekivano, preko reda, došao mlađi brat zakona o opštoj restituciji:

ZAKON O VRAĆANJU (RESTITUCIJI) IMOVINE CRKVAMA I VERSKIM ORGANIZACIJAMA[12]

Imajući u vidu složenost problema koji se propisima o vraćanju barem deklaratorno žele rešiti, i još više složenost problema sa kojima susreću restitucioni interesenti ali i Agencija za restituciju, učinićemo samo osvrt na načela ovog zakona odnosno uporedićemo ih sa načelima zakona o opštoj restituciji, ne ulazeći dublje u sve odredbe Zakona o restituciji crkvene imovine, što bi prevazilazilo granice ovog rada.

Zakon o restituciji crkvene imovine samo je jedan od niza zakona koji je u naš pravni sistem ušao preko reda. Nije sasvim jasno obrazloženje donošenje *lex specialis* bez da postoji osnovni zakon kojim se rešavaju pitanja opšte restitucije. Koja je to vrsta „protekcije" bila razlog ovakvom, u najmanju ruku nelogičnom postupku zakonodavca, u ovom trenutku je već manje bitno. Od mnogo većeg značaja jeste činjenica da se načela konfesionalne restitucije u bitnom razlikuju od principa koje postavlja opšti zakon o vraćanju imovine fizičkim licima i zadužbinama. Tako crkve i verske zajednice kao restitucioni interesenti imaju značajnu prednost u vidu mogućnosti naturalne supstitucije. Zakon o restituciji crkvene imovine predviđa vraćanje druge nepokretnosti u javnoj svojini u slučaju da potpuna naturalna restitucija nije moguća u konkretnom slučaju. Naime, oduzeta imovina vraća se crkvama i verskim organizacijama, po pravilu, u naturalnom obliku ili se naknađuje u vidu druge odgovarajuće imovine, a tržišna novčana naknada isplaćuje se samo ako vraćanje u naturalnom obliku ili u vidu druge odgovarajuće imovine nije moguće.[13] Osim ove značajne polazne prednosti konfesionalnih restitucionih interesenata zakonodavac je donošenjem zakona o opštoj restituciji u nepovoljniji položaj stavio fizička lica i zadužbine i u pogledu izuzetaka od vraćanja u naturalnom obliku[14], te određenog broja drugih pitanja.

Značaj pitanja koja nastaju u vezi sa odvojenom regulativom konfesionalne i opššte restitucije svakko je potrebno dovesti u vezu sa obimom oduzimanja crkvene imovine, odnosno potencijalnim obimom obaveza

[12] „*Sl. glasnik RS*", br. 46/2006; u daljem tekstu *Zakon o restituciji crkvene imovine*
[13] čl. 4 *Zakona o restituciji crkvene imovine*
[14] *Ibid.* čl. 11

vraćanja. Tako, imovina koja oduzeta od crkava, manastira, verskih zajednica i njihovih zadužbina i društava predstavlja 10,4% ukupnog zemljišnog fonda formiranog nakon Drugog svetskog rata. Oduzeto je 2.827 poseda ukupne površine 172.022 ha, od čega je u užoj Srbiji oduzeto 819 crkvenih poseda površine 53.491 ha, a na teritoriji današnje AP Vojvodine 679 poseda odnosno 34.522 ha.[15]

Imajući u vidu samo pomenuta opšta pitanja, po sebi se nameće zaključak da je zakon o opštoj restituciji izostavljajući naturalnu supstituciju suprotan važećem Ustavu Srbije,[16] kao i članu 14 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, zatim Dodatnom protokolu broj 12 uz Konvenciju, te članu 26 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima. Pomenuti dokumenti uspostavljaju zabranu nedopuštene diskriminacije, kada se ona zasniva na određenim ličnim svojstvima subjekata prava i vrši nesrazmerno i bez opravdanog i razumnog razloga.[17] Kako se oba zakona o restituciji uveliko primenjuju i kako je na osnovu njih prilčno širok krug subjekata već stekao određena prava, ovakav pristup zakonodavca neizbežno vodi uvođenju naturalne supstitucije i još nekih „poboljšanja" kojima bi se *de iure* uspostavila ravnopravnost između crkava i verskih zajednica sa jedne strane te fizičkih lica i zadužbina sa druge.[18]

Dok smo u vreme donošenja zakona o restituciji crkvene imovine na osnovu izloženih i drugih principa zakona imali osnova za optimistički stav u pogledu volje zakonodavca za potpunom i sveobuhvatnom restitucijom u punom interesu interesenata, ali i države, ograničenja koja je doneo zakon o opštoj restituciji ne dopuštaju takav zaključak.[19]

---

[15] podaci preuzeti iz Gaćeša, N. 1984, *Agrarna reforma i kolonizacija u Jugoslaviji 1945-1948,* 362; prema: Todorović, V. 2009, „Restitucija imovine crkvama i verskim zajednicama u Republici Srbiji", *Rehabilitacija i restitucija u Srbiji,* Zbornik radova sa okruglog stola, prir. J. Trkulja i O. Danilović, 226.

[16] „*Sl. glasnik RS*", br. 98/2006; vid. čl. 21 st. 3

[17] vid. Vodinelić, V. 2009, 169, 170.

[18] Izuzetan stav u pogledu još jednog specifičnog aspekta diskriminatornosti zakona o opštoj restituciji u odnosu na interesente čija se imovina nalazi na teritoriji AP Kosova i Metohije vid. Radović, M. 2012, „Nepravna i nemoralna selektivnost Zakona o vraćanju imovine i obeštećenju", *Pravni život,* 10/2012, 586-590. U odnosu na ovu diskriminatornost člana 65 Zakona, navedeni autor je Ustavnom sudu Republike Srbije podneo odgovarajuću inicijativu, o čemu se naročito jedan pravnik, i uopšte čovek može odnositi samo sa izrazitim poštovanjem.

[19] Nastojanje da se nepotrebno ograniči primena Zakona, sa jedne strane „početnim" datumom oduzimanja, a sa druge strane taksativnim spiskom propisa po kojima je oduzimana imovina koja može biti predmet vraćanja, takođe ukazuje na prilično restriktivan stav zakonodavca u odnosu na opštu restituciju, na prilično vešt način laicima nemuštim jezikom nomotehnike.

OGRANIČENJA NAČELA PRIORITETA VRAĆANJA U NATURALNOM OBLIKU

Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju proklamuje načelo prioriteta vraćanja u naturalnom obliku. Domet ovog načela izuzetno je sužen brojnim izuzecima od naturalnog povraćaja. Značajan broj izuzetaka, zaista ima svoje opravdanje u zaštiti stečenih prava kao i javnog interesa u širem smislu. Pa ipak, nužno je osvrnuti se na činjenicu da nije mali broj izuzetaka bez razložnog opravdanja. Štetnija od toga jeste činjenica da je značajan broj izuzetaka uspostavljen neodređenim i nedovoljno preciznim odredbama. Ovakva regulativa ostavlja isuviše širok prostor za različita tumačenja u praksi, pa samim tim i potencijalni prostor za zloupotrebe. Iz najbolje vere, ali i na temelju dosadašnje prakse u postupanju i načina rešavanja složenih pravnih i drugih pitanja uvereni smo da će integritet koji nedostaje zakonskoj normi, snagom svog autoriteta izgraditi Agencija za restituciju Republike Srbije. Zakon sadrži čitav niz izuzetaka od vraćanja imovine u naturalnom obliku, od kojih ćemo se osvrnuti samo na značajnije čiju problematičnost smo uočili.

Privatizovana imovina - društveni ili državni kapital

U odnosu na član 18 ZVIO koji predviđa opšte izuzetke od vraćanja u naturalnom obliku nezavisno od vrste oduzete nepokretnosti, smatramo da je od naročitog značaja obratiti pažnju na tačku 9 stava 1, kojom se predviđa da se ***ne vraća pravo svojine na nepokretnoj imovini koja je prodata, odnosno stečena u postupku privatizacije kao imovina ili kapital subjekata privatizacije, u skladu sa zakonom kojim se uređuje privatizacija***. Iako se na prvi pogled nazire šta je zakonodavac imao u vidu unošenjem ovog izuzetka od naturalne restitucije, problem je daleko veći. Prisutna je značajna neusklađenost zakona kojima je regulisana privatizacija te javna svojina u vreme privatizacije sa zakonom o opštoj restituciji. Kao što je to kod nas često slučaj, osim normativnih nelogičnosti veći problem je pogrešna primena, odnosno neprimenjivanje propisa. U tom smislu, izložićemo na koji način ovaj predviđeni izuzetak od naturalne restitucije u najvećem broju slučajeva ostaje bez opravdanja.

Na osnovu člana 1 Zakona o sredstvima u svojini Republike Srbije[20], koji je važio od 1996. do, simboličnog petog oktobra 2011. godine, i tako bio na snazi u vreme najvećeg broja sprovedenih privatizavija u Srbiji, nacionalizovane nepokretnosti su u svojini Republike Srbije, dakle u

[20] *„Sl. glasnik RS“, br. 53/95, 3/96 - ispr., 54/96, 32/97 i 101/2005 - dr. zakon*

državnoj svojini i njima, u smislu člana 18 istog zakona, može raspolagati jedino Vlada Republike Srbije.[21] Privredna društva, odnosno subjekti privatizacije koji imaju ***pravo korišćenja*** na nepokretnostima ***u državnoj svojini*** su bili dužni da dostave Direkciji za imovinu Republike Srbije podatke o nepokretnostima u državnoj svojini koje koriste (katastarski podaci, vrsta nepokretnosti, lokacija, površina i struktura), kao i akte o sticanju, odnosno dobijanju na korišćenje tih nepokretnosti (odluka, rešenje, zaključak i dr.), do 31. marta 1997. godine. Nakon čega Direkcija podnosi zahtev za uknjižbu državne svojine na nepokretnostima.[22] Društvena preduzeća u najvećem broju slučajeva nisu ispunila ovu svoju obavezu iz člana 51 Zakona o sredstvima u svojini Republike Srbije, tako da u njihovom kapitalu nije utvrđen udeo državne svojine u smislu člana 48 istog Zakona. Takođe, Direkcija nije obavila svoj posao u ime države pa nije zahtevala uknjižbu državne svojine na nepokretnostima.

Iako član 3 Zakona o privatizaciji[23] kao predmet privatizacije u načelu određuje i *društveni* i *državni* kapital u preduzećima i drugim pravnim licima, u daleko najvećem broju slučajeva kapital subjekata privatizacije bio je isključivo ***društveni***. Tako se u praksi, u ugovorima o prodaji društvenog kapitala najčešće prodavalo 69,99%, odnosno 70% društvenog kapitala subjekta privatizacije. Nacionalizovane nepokretnosti nalaze se u ***državnoj***, a ne u društvenoj svojini, i na njima je subjekt privatizacije imao samo pravo korišćenja ove imovine. Iako ima autora koji smatraju da je kupovinom od strane savesnog kupca prevaziđeno pitanje razgraničenja državne i društvene imovine u subjektu privatizacije, te da se ono nakon privatizacije ne može više postavljati naš stav je suprotan. Naime, u ovom slučaju primenu ima jedno značajnije opšte pravno načelo koje nas poučava da niko ne može na drugoga preneti više prava nego što sam ima. Imajući u vidu da je predmet privatizacije u većini ugovora bio *društveni* kapital subjekta preduzeća, neizbežan je zaključak da u opisanim situacijama nacionalizovana nepokretnost na kojoj je subjekt privatizacije imao pravo korišćenja, zapravo ***nije bila predmet prodaje***, odnosno da se i dalje nalazi u svojini Republike Srbije i kao takva podobna je za potpunu naturalnu restituciju.

Iako se na prvi pogled iz analizirane odredbe čini da se *ratio* ovog izuzetka nalazi u zaštiti javnog interesa, u pitanju je zapravo prikrivanje

---

[21] Ovakav stav podržan je i u čitavom nizu oduka Vrhovnog suda Srbije, tako vid. presudu VSS Rev. 2507/06, od 6.12.2007. godine.

[22] čl. 51 Zakona o sredstvima u svojini Republike Srbije

[23] *"Sl. glasnik RS", br. 38/2001, 18/2003, 45/2005, 123/2007, 123/2007 - dr. zakon, 30/2010 - dr. zakon, 93/2012 i 119/2012*

jednog možda (ne)namernog propusta u postavci i sprovođenju procesa privatizacije, čini se ipak u interesu krupnog, i kako u poslednje vreme preispitujući privatizacije vidimo, u najmanju ruku, sumnjivog kapitala.

Osim pomenutog izuzetka iz tačke 9, kroz tačku 11 istog člana otvoren je prostor za dalja ograničenja od naturalnog vraćanja imovine koje zakonodavac određuje kod svake naročito izdvojene vrste nepokretne imovine.

(Ne)izgrađenost građevinskog zemljišta i rešenje o lokacijskoj dozvoli

Uz izuzetke koje predviđa član 22 ZVIO u kojima se pod određenim uslovima ne vraća ni zemljište koje nije izgrađeno, Zakon postavlja sledeće pravilo – izgrađeno građevinsko zemljište se ne vraća, dok neizgrađeno načelno može biti predmet naturalne restitucije.

U pogledu činjenice (ne)izgrađenosti zakonopisac se nije izjasnio u pogledu vremenskog trenutka u odnosu na koji se ova činjenica utvrđuje. Smatramo ipak da norme sadržane u Zakonu upućuju na nedvosmislen zaključak. Naime, imovina, pa tako i građevinsko zemljište *vraća se* donošenjem rešenja o vraćanju.[24] Shodno iznetom smatramo da je uslov neizgrađenosti građevinskog zemljišta ispunjen ukoliko bi ono bilo neizgrađeno u bilo kom momentu od trenutka stupanja Zakona na snagu do pravnosnažnosti rešenja kojim se konretna imovina vraća korisniku restitucije. U tom smislu ova činjenica bi se mogla isticati čak i u žalbi na doneto rešenje, koje još uvek nije postalo pravnosnažno, ukoliko bi nastupila nakon donošenja, a pre pravnosnažnosti rešenja o vraćanju. Međutim, ovde je ipak otvoren prostor za potencijalni problem u praksi. U slučaju ukoliko bi građevinsko zemljište tokom opisanog intervala vremena u jednom trenutku bilo neizgrađeno, u zakonu o restituciji ne postoji nikakav pravni mehanizam koji bi sprečio izgradnju objekta na tom zemljištu. Naime, zakon zabranjuje otuđenje i opterećenje imovine koja je predmet zahteva, no ne izjašnjava se o (ne)mogućnosti promene faktičkog stanja na zemljištu. Smatramo da bi već prve dopune zakona trebale da sadrže ovakvu vrstu zaštite. S obzirom na odredbe Zakona, izgradnja objekta na neizgrađenom gradskom zemljištu koje je predmet restitucije, pa čak i bez dozvole, ukoliko ispunjava minimalne uslove za kasniju legalizaciju, u potpunosti bi osujetila vraćanje zemljišta u naturalnom obliku.

Upotrebljavajući interesantnu formulaciju naslova člana zakonodavac rešava pitanje *koje se zemljište ne vraća* isprva regulišući izuzetke od vraćanja u naturalnom obliku u odnosu na podržavljeno građevinsko ze-

[24] čl. 47 ZVIO

mljište. Regulišući ova pitanja Zakon gotovo u svim slučajevima predviđa izuzetke od vraćanja zemljišta na kome se nalaze ili koje za redovnu upotrebu koristi neki objekata koji su inače prema opštoj odredbi izuzeti od vraćanja u naturalnom obliku.[25]

U postupku donošenja Zakona mnoga rešenja su se volšebno i preko noći pojavljivala u tekstu nacrta, odnosno predloga Zakona ili nestajala iz njih. Baš tako u ovom članu Zakona u stavu dva, za razliku od rešenja u nacrtu koji je prošao prilično široko organizovanu javnu raspravu sa ograničenim uticajem opšte i stručne javnosti na sam tekst propisa, u predlogu koji je Vlada uputila Narodnoj Skupštini pojavio se izuzetak od naturalnog vraćanja: *neizgrađenog građevinskog zemljišta za koje u skladu sa zakonom kojim se uređuje prostorno planiranje, izgradnja i građevinsko zemljište* ***postoji pravnosnažno rešenje o lokacijskoj dozvoli*** *u vreme stupanja na snagu ovog zakona*.[26] Upravo iz neprecizne i nedovršene formulacije jasno je vidljivo umetanje ovog dela citirane norme, te izostavljanje preciziranja koje prati druge izuzetke definisane istim stavom: da bi se i lokacijska dozvola *morala odnositi na izgradnju objekata javne namene, odnosno objekata koji nisu predmet vraćanja u naturalnom obliku u skladu sa članom 18 ovog zakona*. No, to je naša zakonodavna stvarnost.

Ukazujući na konkretnu formulaciju smatramo da odredba ovog člana predstavlja brisan prostor na kome bi korisnici restitucije morali da budu naročito obazrivi u pogledu nekoliko opasnosti koje vrebaju iz prigovora suprotne strane u postupku u nameri da dodatno bez uporišta u Zakonu zatvore prostor potpunoj naturalnoj restituciji. O ovakvoj nedorečenosti zakonodavca još više bi morala voditi računa Agencija po službenoj dužnosti, jer praznina i nejasnoća koja postoji u ovoj odredbi ne bi smela ni u kom slučaju biti tumačena suprotno načelu prioriteta vraćanja u naturalnom obliku. Naime, potrebno bi bilo imati u vidu da je lokacijska dozvola zapravo prvi dokument kojim se određeni investitor upušta u izgradnju na određenoj katastarskoj parceli.[27] Pošto zakonodavac nije precizirao ovu odredbu, naročito treba znati koji su to sve formalni elementi koje jedna lokacijska dozvola treba da sadrži u pogledu njene pravovaljanosti, kao i činjenicu da ona važi dve godine u kom roku investitor mora podneti zahtev za izdavanje građevinske dozvole.

---

[25] čl. 22 u vezi sa članom 18 ZVIO

[26] čl. 22 st. 2 ZVIO

[27] *Zakon o planiranju i izgradnji ("Sl. glasnik RS", br. 72/2009, 81/2009 - ispr., 64/2010 - odluka US, 24/2011 i 121/2012),* čl. 54-57

Poljoprivredno zemljište, šume i šumsko zemljište

Načelo prioritetnog vraćanja u naturalnom obliku ima mogućnost da svoju najveću primenu doživi upravo u pogledu vraćanja poljoprivrednog zemljišta, imajući u vidu da se najveći deo poljoprivrednog zemljišta nalazi u državnom vlasništvu. Određeni izuzeci od vraćanja poljoprivrednog i šumskog zemljišta u samom tekstu Zakona svedeni su na razumnu meru. Ipak njihov stvarni domašaj još uvek nije poznat zbog nepreciznosti i nejasnoće normi, te nepostojanja razrađujuće uredbe Vlade.

Odredbom koja određuje koje se zemljište vraća Zakon konstituiše jedan značajan princip, koji se sam po sebi nametnuo kao nužan i opravdan u pogledu vraćanja poljoprivrednog odnosno šumskog zemljišta i šuma. ***Ukoliko je oduzeto poljoprivredno, odnosno šumsko zemljište bilo predmet komasacije, odnosno arondacije nakon oduzimanja, bivši vlasnik ima pravo na vraćanje zemljišta koje je dobijeno iz komasacione mase za to zemljište.***[28] Na ovaj način zakonodavac je suprotno svim očekivanjima i postavkom celokupnog Zakona osnažio i dao život načelu prioriteta vraćanja u naturalnom obliku. Imajući u vidu različite vrste promena na poljoprivrednom zemljištu, pre svega u Vojvodini kao pretežno poljoprivrednom regionu, izuzetno je mali broj katastarskih opština u kojima do danas nije sproveden postupak komasacije. Ova norma je od presudnog značaja u pogledu zaštite prava restitucionih interesenata, ali i ostvarenja proklamovanog načela prioriteta naturalnog povraćaja iz razloga što bez ovakvog uporišta u Zakonu u najvećem broju slučajeva ne bi bilo moguće vratiti poljoprivredno i šumsko zemljište u fizičkom obliku. Posledice ovakvog nedostatka bile bi još pogubnije, pa tako osim nezadovoljnih korisnika restitucije došlo bi do nepotrebnog povećanja javnog duga države u situaciji gde je potpuno realno da dođe do povraćaja zemljišta u fizičkom obliku.

Na ovaj način, Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju zapravo uvodi princip *naturalne supstitucije*, gde se umesto oduzetog zemljišta u naturalnom obliku vraća zemljište koje je dobijeno iz komasacione mase za to zemljište. Uvodeći ovaj princip, zakonodavac se obavezao da u svim slučajevima u kojima nije moguć naturalni povraćaj poljoprivrednog ili šumskog zemljišta iz nekog drugog razloga osim komasacije odnosno arondacije, omogući vraćanje drugog odgovarajućeg zemljišta. Potreba za izmenama zakona u smislu uvođenja mogućnosti naturalne supstitucije barem u pogledu poljoprivrednog i šumskog zemljišta, nameće se iz samog Zakona. Na ovaj način eliminisaće se mogućnost da Zakon

[28] čl. 24 st. 2 ZVIO

unutar sebe sadrži diskriminatornu odredbu kojom bi na neopravdanim osnovima bila diskriminisana lica čije zemljište nije bilo predmet komasacije odnosno arondacije.

Imajući u vidu nepreciznost pomenute odredbe Zakona, ostaje nejasna metodologija prema kojoj bi se, u ovoj situaciji *naturalne supstitucije* predviđene samim zakonom, procenjivali kvalitet i površina oduzete zemlje. Između ostalih ostaju otvorena pitanja sistema merenja i mernih jedinica, zatim metodologije utvrđivanja kvaliteta zemljišta – prema katastarskim ili bonitetskim klasama zemljišta, te kako jedne pretvoriti u druge i dr. Dalje, pitanje klasa zemljišta po sebi je procena za koju se ne može sa sigurnošću tvrditi da je u vremenu vršena primenom istih kriterijuma, a poznato je da je komasacione elaborate, i druge delove komasacione dokumentacije gotovo nemoguće pronaći u arhivima u kojima bi trebalo da se nalaze. Kako problem ne bi bio ovako „jednostavan i neizazovan", potrebno je imati u vidu da se na određenom zemljištu veoma često vršio čitav niz promena: po nekoliko komasacija, arondacija, zamena, zatim otpisa u viškove komasacione mase i sl. Zalažemo se za potrebu dopune Zakona ili barem donošenja kakvog podzakonskog akta Vlade u pogledu restitucije na komasiranim područjima. Ipak svesni indolentnosti zakonodavca u ovoj sferi i upoznati sa ozbiljnim i odgovornim pristupom Agencije za restituciju u dosadašnjoj praksi, smatramo da zakonski okviri dozvoljavaju da pravni i geodetski stručnjaci koje Agencija upošljava i bez normativne razrade ovog člana imaju dovoljno uporišta u odredbama zakona i povezanih propisa da iznađu valjano rešenje u slučaju komasiranih područja. Značajan je doprinos ljudi iz prakse, i veliki kvalitet u direktnoj saradnji i otvorenosti Agencije za rešavanje ovog prilično složenog problema.[29]

Među izuzecima od vraćanja poljoprivrednog i šumskog zemljišta, čini nam se da smo na ovom nivou analize dužni osvrnuti se na još neko-

[29] *Zakon o opštem upravnom postupku ("Službeni list SRJ ", br. 33/97 i 31/2001, i "Sl. glasnik RS", br. 30/2010)* u članu 205 dopušta mogućnost donošenja delimičnog rešenja u delu u kome je upravna stvar sazrela za odlučivanje. Upravo na ovoj mogućnosti, a u pogledu rešavanja restitucije na komasiranim područjima, zasniva se predlog Udruženja za povraćaj nacionalizovane nepokretne imovine na teritoriji Vojvodine, u okviru Mreže za restituciju, predvođenog najistaknutijim borcem za restituciju gospodinom Nikolom V. Tanurdžićem iz Novog Sada. Predlog postupanja Agencije u postojećim zakonskim okvirima oslanja se na postupno rešavanje zahteva u okvirima istovremene procene količine raspoloživog zemljišta u određenoj katastarskoj opštini. Na ovaj način, povećala bi se efikasnost u radu i omogućilo ostvarivanje prava licima čija je oduzeta imovina bila predmet komasacije, a isključila mogućnost da bilo ko od interesenata bude oštećen. Ovakav predlog smatramo celishodnim, zakonski utemeljenim i upotpunjenim predlogom za postupanje, pa i *de lege ferenda* eventualne dopune Zakona u tom pogledu.

liko pitanja koja izviru iz sledećeg člana Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju.

U pitanju je norma koja predviđa da se **ne vraća pravo svojine, ako je *na dan stupanja na snagu ovog zakona*[30] *na katastarskoj parceli izgrađen objekat koji je u funkciji na dan stupanja na snagu ovog zakona, ona površina katastarske parcele koja služi za redovnu upotrebu tog objekta*.**[31] Istim članom propisano je da će se *bliži kriterijumi za utvrđivanje površine zemljišta koje se ne vraća utvrditi uredbom Vlade*. Iako možemo očekivati da sprona pitanja ovog člana budu rešena uredbom Vlade, pažljivim čitanjem jasno je da to nije i ne sme biti slučaj. Ovim podzakonsim aktom, koji za devet meseci primene Zakona još uvek nije donet imaju utvrditi samo *bliži kriterijumi za utvrđivanje **površine** zemljišta koje se ne vraća*, a ne i neka od pitanja koja bi bila od suštinskog značaja na primenu zakona i ostvarivanje njegovih načela, kao što je to npr. definicija *objekta*. Očekujući da se izvršna vlast upusti da i ova principijelna pitanja urede aktom Vlade, postavlja se pitanje ostavlja li zakonodavac uopšte prostor za to. Smatramo da na ovo pitanje treba odgovoriti negativno, i da se u tom smislu strogo mora poštovati načelo zakonitosti. Ustav Republike Srbije[32] u članu 123 određuje nadležnost Vlade, koja ***izvršava*** zakone i druge opšte akte Narodne skupštine i donosi uredbe i druge opšte akte ***radi izvršavanja*** zakona. Zakon je veoma precizno definisao prostor u kome je dat mandat najvišem organu izvršne vlasti da podzakonskim aktom uredi samo jedno, tačno određeno pitanje. Zakon proklamuje načelo ***prioriteta*** vraćanja imovine u naturalnom obliku. Imajući u vidu da se izuzeci se tumače usko, a da se upravo pribojavamo širine koju bi suprotno preciznom slovu Zakona sebi mogla dati Vlada, smatramo da bi se osnovni pojmovi u ovom članu nedvosmisleno morali rešiti ili autentičnim tumačenjem najvišeg predstavničkog tela[33] ili u istom domu kroz postupak izmena i dopuna Zakona o vraćanju osuzete imovine i obeštećenju.

U smislu iznetog, u ovom momentu ostaje nam jedino da odgovore na pomenuta, prethodna pitanja potražimo u postojećim propisima koji regulišu pre svega oblast poljoprivrednog zemljišta i izgradnje.

---

[30] Na ovom mestu zakonodavac se jasno odredio o trenutnku u odnosu na koji se utvrđuje postojanje određenih činjenica od značaja za ostvarivanje prava, za razliku od analiziranih odredaba u pogledu građevinskog zemljišta, što samo svedoči o neozbiljnom i parcijalnom pristupu našeg zakonodavca.

[31] čl. 25 st. 1 tač. 1 ZVIO

[32] *"Sl. glasnik RS", br. 98/2006*

[33] čl. 8 *Zakona o Narodnoj skupštini "Sl. glasnik RS", br. 9/2010*

Prema slovu Zakona **neće se vratiti** *površina katastarske parcele koja služi za redovnu upotrebu tog objekta*, uz napomenu da se mora raditi o objektu koji je u funkciji na dan stupanja Zakona na snagu. Kako se za razliku od drugog dela iste odredbe ovaj izuzetak ne dovodi u vezu kriterijumom ekonomske opravdanosti korišćenja, već se govori samo o njegovoj *redovnoj upotrebi* smatramo da pojmom *objekat* treba obuhvatiti građevine koje su spojene sa tlom u smislu propisa iz ove oblasti. Zakon o planiranju i izgradnji u svojoj interpretativnoj odredbi člana 2, u 22. tački stava 1 *objektu* daje sledeće značenje: ***građevina spojena sa tlom**, koja predstavlja fizičku, funkcionalnu, tehničko-tehnološku ili biotehničku celinu (zgrade svih vrsta, saobraćajni, vodoprivredni i energetski objekti, objekti infrastrukture elektronskih komunikacija – kablovska kanalizacija, objekti komunalne infrastrukture, industrijski, poljopripvredni i drugi privredni objekti, objekti sporta i rekreacije, groblja, skloništa i sl.)* Iako se iz ove norme nazire postojanje *poljoprivrednih objekata*, ovaj pojam ostaje maglovit i nedefinisan. Potpuno je jasna logika ove norme koja zahteva da kada je na zemljištu koje je predmet restitucije podignut objekat, vraćanjem zemljišta ne dođe do onemogućavanja korišćenja tog objekta. Smatramo da je značajno obratiti pažnju na formulaciju norme, u kojoj je zakon jasan – neće se vratiti *deo parcele koji služi za redovnu upotrebu* objekta. Dalje tumečeći zaključujemo da deo parcele služi objektu, a ne da objekat služi parceli. Smatramo da se ovde može raditi samo o objektima koji se eksploatišu sami po sebi, a ne o objektima koji služe za upotrebu parcele. Na ovakav zaključak upućuje sama norma. Zakonodavac u drugom delu rečenice, nakon veznika *odnosno* preciznije razrađuje drugi slučaj.

Zakon o planiranju i izgradnji ne poznaje definiciju *poljoprivrednog objekta*. Zakon o poljoprivrednom zemljištu[34] takođe ne definiše objekat, odnosno poljoprivredni objekat. Pa ipak, odredbe ovog propisa daju određene okvire, koje smatramo dovoljnim za određenje značenja spornih pojmova u zakonu o restituciji. U tom pogledu od presudnog značaja su odredbe Zakona o poljoprivrednom zemljištu koje regulišu pitanja *navodnjavanja*[35] i *odvodnjavanja*[36]. Tako, određujući značenje ovih pojmova

[34] *"Sl. glasnik RS", br. 62/2006, 65/2008 - dr. zakon i 41/2009*

[35] prema čl. 2 st. 1 tač. 7 **navodnjavanje** jeste izgradnja, korišćenje i održavanje objekata i uređaja kojima se blagovremeno i kontinuirano dovodi voda u poljoprivredno zemljište u cilju dobijanja visokih i stabilnih prinosa poljoprivrednih kultura.

[36] prema čl. 2 st. 1 tač. 8 **odvodnjavanje** je 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.

zakonodavac uvek uz *objekte* navodi i *uređaje* pomoću kojih se preduzimaju ove mere. U članu 52 kojim se određuje tehnička dokumentacija za izgradnju sistema za odvodnjavanje i navodnjavanje, predviđeno je da se to vrši u skladu sa propisima o izgradnji objekata. U vezi prethodno pomenutih *objekata* i *uređaja* koji se koriste u primeni ovih mera, odredba člana 52 ne dopušta zaključak da celi sistemi za navodnjavanje i odvodnjavanje kao takvi predstavljaju objekte.

Potvrdu da je ovakav zaključak ispravan daje i član 64a istog zakona kojim se reguliše pravo prečeg zakupa.[37] Odnosni član rešava prethodno postavljeno dilemu. Naime, on određujući krug imalaca prava prečeg zakupa nedvosmisleno odvaja pojmove ***funkcionalnog sistema za navodnjavanje i odvodnjavanje*** i ***poljoprivrednog objekta.*** Tako odnosni član pravo prečeg zakupa daje pravnim i fizičkim licima koja su vlasnici taksativno nabrojanih elemenata ***infrastrukture***. Unutar višeg, zajedničkog pojma ***infrastruktura*** Zakon posebno navodi ***funkcionalni sistem za navodnjavanje i odvodnjavanje*,** a posebno ***poljoprivredni objekat***, što jasno ukazuje da se radi o dva različita i odvojena pojma.

Shodno iznetom, u pogledu sistema za navodnjavanje i odvodnjavanje, objektima bi se mogli eventualno smatrati samo njihovi određeni delovi, npr. bunari, odnosno drugi delovi koji su fizički spojeni sa tlom. Uz to, da bi se mogli smatrati objektima, osim povezanosti sa tlom neophodno je da ovakvi *delovi infrastrukture* ispune druge zakonima propisane uslove.

Imajući u vidu da poljoprivredno i šumsko zemljište koje može biti predmet vraćanja mora biti *u javnoj svojini Republike Srbije, autonomne pokrajine odnosno jedinice lokalne samouprave*[38] neophodno je naročito voditi računa o sledećim pitanjima. Da li je objekat legalno podignut, da li ispunjava sve potrebne uslove u skladu sa važećim propisima, zatim ukoliko objekat nije u vlasništvu titulara prava svojine na zemljištu ima li mesta primeni odredaba o građenju na tuđem zemljištu i kako se one odnose prema tom određenom objektu.

Ovde treba voditi računa da se objekti izgrađeni bez građevinske dozvole i bez ispunjenosti drugih uslova predviđenih relevantnim propisima nikako ne mogu smatrati preprekom za vraćanje zemljišta u naturalnom obliku. Takođe, samo se nepokretnosti mogu smatrati objektima, a nikako pomični tehnički sistemi za zalivanje zemljišta koji uvek mogu biti pome-

[37] Pravo prečeg zakupa imaju pravna i fizička lica koja su ***vlasnici funkcionalnog sistema za navodnjavanje i odvodnjavanje***, ribnjaka, višegodišnjih zasada starijih od tri godine, a mlađih od 15 godina u rodu, vinograda starijih od tri godine, a mlađih od 30 godina u rodu, ***funkcionalnih poljoprivrednih objekata*** (u daljem tekstu: infrastruktura), a koji se nalaze na zemljištu u državnoj svojini.

[38] čl. 15 st. 1 ZVIO

reni sa ili na zemljište koje je predmet restitucije. Čak i uz ispunjenost ovih uslova, koji kao takvi važe na osnovu fundametalnih propisa iz oblasti svojinskopravnih odnosa, građenja, uređenja poljoprivrednog zemljišta pa i opštih pravnih načela, značajna obazrivost Agencije zahteva se i u pogledu vremenskog trenutka u kome su objekti podignuti, kao i eksplicitnog zakonskog uslova da su na dan stupanja Zakona na snagu morali bili *u funkciji*. Naposletku, u pogledu funkcionalnosti objekata, smatramo da bi osim izjašnjavanja resornog minstarstva ili drugog državnog organa, Agencija u dokaznom postupku trebala podržavati angažovanje veštaka određenih struka.

Drugi deo citirane norme predviđa ništa manje spornu situaciju. Nasuprot. Slovom zakona, *ne vraća pravo svojine ako je na kompleksu zemljišta izgrađen veći broj objekata koji su u funkciji na dan stupanja na snagu ovog zakona – površina zemljišta koja ekonomski opravdava korišćenje tih objekata*. Kao što smo videli i prilično jasni pojmovi u prvom delu analizirane norme ostavljaju velik prostor za dilemu. Svi pojmovi koje smo tumačili u pogledu prvog dela odnosne odredbe imaju se tumačiti na isti način i u ovom slučaju. Osim toga što sam zakon proklamuje načelo prioriteta vraćanja u naturalnom obliku, opšte je pravilo da se u tumačenju izuzetaka mora biti što restriktivniji. U tom smislu, čini nam se da je i zakonodavac zauzeo jasan i nedvosmislen stav. Zakonodavac koristi termin *ekonomski opravdava korišćenje tih objekata*. Ekonomska opravdanost se zasniva na analizi troškova i koristi, što znači da troškovi korišćenja izgrađenih objekata, uključujući amortizaciju moraju biti pokriveni koristima koje će proizaći iz uvećanih prinosa. Dakle, neće biti predmet vraćanja u naturalnom obliku samo minimalna površina koja je potrebna da izgradnja i korišćenje objekta ne bi proizvodili gubitke. Ekonomska opravdanost je standard koji zahteva samo da se daljim korišćenjem dela zemljišta u nekom očekivanom periodu, od npr. deset godina, imajući u vidu i stopu amortizacije, kao i obračune poljoprivrednih renti, vlasniku objekata pokriju svi troškovi izgradnje objekta. Zarad potrebe dovođenja u odnos vrednosti objekata i zemljišta, u postupku pred Agencijom smatramo neophodnim prisustvo veštaka geodetske, kao i poljoprivredne, odnosno meliorativne, agroekonomske ili druge slične struke.

Ukoliko u konkretnom slučaju iz nekog razloga ne bi bilo moguće u pogledu zahtevanog iznaći zakonitu i pravičnu odluku, ne treba isključiti mogućnost da se stvar reši konstituisanjem obligacije korisnika restitucije prema vlasniku objekta u pogledu prinudnog otkupa objekata od strane korisnika restitucije te naknade njihove vrednosti vlasniku objekata. Smatramo da bi bilo moguće čak i usloviti vraćanje konkretnog zemljišta izvr-

šenjem, odnosno eventualnim prebijanjem ovakve obaveze restitucionog interesenta prema vlasniku objekata. U vezi sa ekonomskom opravdanošću član 54 Zakona o poljoprivrednom zemljištu[39] otvara ideju za još jednu mogućnost. Ukoliko bi objekat ostao u svojini predrestitucionog vlasnika i određena površina zemljišta oko njega ostala u državnom vlasništvu, u svakom slučaju bi korisnik restitucije morao da trpi pravo službenosti u korist vlasnika objekta koji bi mogao odvoditi, odnosno dovoditi vodu preko restituisanog zemljišta.

Iako u širem smislu, ispravno i zakonski utemeljeno tumačenje odredaba služi zaštiti opšteg, pa time i javnog interesa, čini nam se da je u praksi javni interes prepušten na savest postupajućim službenim licima Agencije.

ZAŠTITA JAVNOG INTERESA

U postupku restitucije u Srbiji, a naročito u fazi pripreme i donošenja Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju što se odrazilo i na sam zakonski tekst pa i postupanje po njemu, gotovo svi subjekti na čija prava se Zakon odnosi učestvovali su na ovaj ili onaj način. Ipak nisu interesi svih na koje se Zakon odnosi uvažavani niti zaštićeni u istoj, ili barem prihvatljivoj meri.

Sa jedne strane, restitucioni interesenti smatraju da su njihovi interesi u velikoj meri oštećeni, odnosno da su zakonske mogućnosti za vraćanje oduzete imovine u naturalnom obliku isuviše sužene. Ovakav stav korisnika restitucije osnovan je, a predstavlja rezultat restriktivnog pristupa u razradi načela prioriteta vraćanja u naturalnom obliku kroz zakonske odredbe. Izuzecima od vraćanja u naturalnom obliku u značajnoj meri se obesmišljava proklamovano načelo prioriteta naturalne restitucije. U tom smislu naročito treba imati u vidu strukturu, odnosno vrste nepokretne imovine koja je oduzimana, kao i dalje promene njenog pravnog režima i namene.

Poslove pravne zaštite imovinskih prava i interesa Republike Srbije, autonomne pokrajine, grada i opštine obavlja javno pravobranilaštvo, ako zakonom ili odlukom autonomne pokrajine, grada ili opštine nije drugačije određeno. Javno pravobranilaštvo obavlja svoju funciju na osnovu zakona i drugih propisa u skladu sa Ustavom i zakonom. Javno pravobrani-

[39] Ako se izgradnja sistema za odvodnjavanje, odnosno navodnjavanje ne može rešiti na bolji ili racionalniji način, može se ustanoviti pravo službenosti odvođenja odnosno dovođenja vode preko drugog zemljišta.

laštvo je zakonski zastupnik Republike, autonomne pokrajine, grada i opštine.[40]

Korisnik restitucije, u čijem interesu je i donet Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju, zauzima centralno mesto u Zakonu i odredbe ovog Zakona bi se, gde god je to potrebno, morale tumačiti u cilju što potpunijeg ostvarenja njegovih prava. U postupku pred Agencijom osim restitucionog interesenta obavezno učestvuje u Republički javni pravobranilac. Nasuprot prisutnom uverenju nekih predstavnika pravobranilaštva i javnih preduzeća, smatramo da interesi podnosioca zahteva i interesi Republike Srbije, odnosno pokrajine ili jedinice lokalne samouprave kao obveznika vraćanja, nisu suprotstavljeni. Upravo visok javni interes države da se postupak restitucije sprovede na zakonit način predstavlja razlog zbog kog ZVIO kao stranku u postupku osim obveznika određuje uvek i Republičkog javnog pravobranioca.[41] Na osnovu člana 39 ZVIO Republički javni pravobranilac je stranka u postupku. Ova odredba pored ostalih jasno iskazuje stav zakonodavca da se u postupku restitucije posebno mora voditi računa o interesima Republike Srbije, što je potpuno razumljivo imajući u vidu da je država i garant restitucije, a veoma često i obveznik vraćanja. Međutim, pored nesporne opravdanosti ove zakonske odredbe ostaje pitanje stvarne zaštite državnih interesa od strane Republičkog javnog pravobranilaštva u postupcima vraćanja oduzete imovine. U dosadašnjoj praksi postupanja Agencije za restituciju smatramo da su stav koji je zauzelo i uloga koju je preuzelo Republičko javno pravobranilaštvo neadekvatni i samim tim nedovoljni interesima Republike Srbije koji su u pitanju. Svesni da je u ovakav indolentan stav pravobranilaštva u značajnoj meri uzrokovan preopterećenošću ovog organa i širinom poslova koje on obavlja kao zakonski zastupnik države, ovo ipak ne možemo prihvatiti kao adkevatno obrazloženje za svojevrsno delegiranje odgovornosti za interese Republike Srbije na Agenciju za restituciju. U bezmalo šablonskom izjašnjavanju zastupnika interesa Republike Srbije, zahteva se od Agencije da uz ispunjenost svih zakonom predviđenih uslova postupi po zakonu. Agencija je kao državni organ pre svega, ali i po samom slovu Zakona obavezna da vodi računa o ispunjenosti zakonskih uslova za naturalno vraćanje imovine, i bez proslvetljenja od strane pravobranilaštva u tom pogledu. Ipak, to ne znači da Repbulika Srbija treba da bude praktično bez aktivnog učešća svog zakonskog zastupnika u postupku pred Agencijom, naročito imajući u vidu složenost pravnih pitanja koja se u svakom pojedi-

[40] čl. 1 Zakona o javnom pravobranilaštvu, „*Sl. glasnik RS*“, br. 43/91.
[41] čl. 39 ZVIO

načnom predmetu pojavljuju u različitim modalitetima. Nezainteresovanost Republičkog javnog pravobranilaštva prisutna je kako u prvostepenom postupku pred Agencijom za restituciju, tako i u fazi nakon donošenja rešenja i eventualnog ulaganja žalbi na doneta rešenja.

Za razliku od zaštitnika interesa Republike Srbije, u postupcima pred Agencijom nešto je aktivnija uloga opštinskih i gradskih javnih pravobranilaštava u predmetima gde je zahtevom obuhvaćena imovina u javnoj svojini opštine, odnosno grada. Ipak, primetno je da zaštita interesa lokalnih samouprava zavisi od personalnih rešenja od jedinice do jedinice lokalne samouprave, što u interesu zakonitosti, pa ipak samim tim i najboljem interesu korisnika restitucije ne bi smeo biti slučaj. Zakon jasno nalaže da je i u postupcima gde se imovina koja je predmet zahteva nalazi u svojini lokalne samouprave Republički javni pravobranilac obavezna stranka u postupku[42], dok ukoliko učestvuje u postupku pravobranilac jedinice lokalne samouprave može samo da zastupa obveznika vraćanja, a ne i da bude stranka umesto RJP.

Aktivno učešće javnih pravobranilaštava, a naročito Republičkog javnog pravobranioca, makar i konkretnijim pisanim podneskom kojim bi se izjasnio o konkretnim pravnim pitanjima u konkretnom predmetu, umesto putem šablona koji pravobranilaštvo dostavlja u gotovo nepromenjenom obliku, u mnogome bi olakšalo rad postupajućih savetnika Agencije, utičući istovremeno i na efikasnost u radu.

Iznećemo još nekoliko pitanja u pogledu jednog od nedorečenih rešenja koje predviđa Zakon, a tiču se takođe zaštite javnog interesa.

Zakonsko pravo preče kupovine restituisane imovine

Zakon u stavu 3 člana 62 konstituiše zakonsko pravo preče kupovine Republike Srbije, autonomne pokrajine, odnosno jedinice lokalne samouprave, prilikom prvog otuđenja. Način na koji je ovo pravo konsituisano u Zakonu ostavlja čitav niz dilema koje bi morale biti rešene kako bi subjekti mogli da usklade svoje ponašanje sa ovom odredbom. Ovakvom odredbom javni interes zaštićen je samo u slučaju kada titular prava svojine na restituisanoj nepokretnosti prilikom prvog otuđenja nikome od pomenutih titulara prava preče kupovine ne ponudi predmetnu nepokretnost, svesno nepridržavajući se zakonske obaveze. Međutim, iz Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju ne možemo saznati ništa više o karakteristikama ovog zakonskog prava preče kupovine.

[42] čl. 39 ZVIO

Realna je situacija u kojoj je prvi prodavac restituisane nepokretnosti nastojao da ispoštuje ovu zakonsku odredbu, ali zbog škrtosti zakonopisca nehatno dovede do njene povrede. U nastojanju da utvrdimo stvarnu nameru zakonodavca, smatramo da se na pitanja koja nisu rešena ovim Zakonom primenjuju opšte odredbe o pravu preče kupovine iz Zakona o prometu nepokretnosti.[43] Odredbe članova od 7 do 10 ovog Zakona mogu se primeniti kao dopunjujuće u odnosu na pravo preče kupovine konstituisano zakonom o restituciji. Na ovaj način rešavaju se sledeća pitanja: sadržaj i način slanja i prijema ponude i izjave o prihvatanju ponude, rok za izjašnjavanje o prihvatu ponude, rok za prodaju po uslovima iz učinjene ponude i obaveza ponovne ponude nakon roka, kao i uslovi i rokovi za podnošenje tužbe u slučaju prodaje bez ponude imaocu prava preče kupovine. Pa ipak, Zakon o prometu nepokretnosti kao opšti zakon ne rešava pitanje odnosa između titulara prava preče kupovine koje predviđa ZVIO, niti odnosa sa imaocima prava prema Zakonu o prometu nepokretnosti.

Koristeći formulaciju *Republika Srbija, autonomna pokrajina,* ***odnosno*** *jedinica lokalne samouprave* samim jezičkim tumačenjem veznik *odnosno* ima primarno značenje ***ili***[44], što od nas zahteva da se u pogledu tri navedena titulara opredelimo za jednog imaoca prava preče kupovine.[45] Nezavisno od činjenice da je postojanje više imalaca prava preče kupovine poznato Zakonu o prometu nepokretnosti, smatramo da tri pomenuta imaoca prava preče kupovine ni u kom slučaju ne mogu istovremeno pretendovati na pravo preče kupovine iste nepokretnosti. Ne bi bilo prihvatljivo tumačenje da u pogledu imovine koja je u svojinu korisnika restitucije prešla iz vlasništva npr. Republike Srbije, ukoliko ona ne prihvati ponudu, pravo svojine po osnovu prava preče kupovine stekne recimo jedinica lokalne samouprave, koja do tada nije imala nikakve pravne veze sa tom nepokretnošću. Smatramo da među navedenim subjektima imalac prava preče kupovine može biti samo titular javne svojine koji je bio prethodni vlasnik predmetne nepokretnosti. Osim ovog predloga kojim smatramo da bi Zakon trebao biti upotpunjen, potrebno bi bilo rešiti i pitanje redosleda u ostvarivanju prava preče kupovine ovako određenog subjekta

[43] „*Sl. glasnik RS*“, br. 42/98 i 111/2009

[44] Rečnik srpskog jezika, Matica srpska, 2007

[45] Opšte odredbe o pravu preče kupovine, u slučaju kada ima više suvlasnika nepokretnosti ili više vlasnika susednog poljoprivrednog zemljišta, prodavca obavezuju da svim imaocima istovremeno dostavi ponudu. Naime, prodavac je ***obavezan da ponudi svima***, a Zakon o prometu nepokretnosti dalje rešava pitanje ***prvenstva***, odnosno ***redosleda u ostvarivanju prava*** među imaocima prava preče kupovine. Na ovaj način zakon nastoji da među više imalaca prava preče kupovine, kao prava konstituisanog upravo u njihovu u korist, odredi jednog koji u konkretnom slučaju i datim okolnostima može postati kupac.

sa pravom preče kupovine suvlasnika nepokretnosti odnosno vlasnika susednog poljoprivrednog zemljišta.

U postupku restitucije u svojinu korisnika restitucije vraćaju se samo nepokretnosti koje se nalaze u javnoj svojini upravo *Republike Srbije, autonomne pokrajine, odnosno jedinice lokalne samouprave*. Otuda, suvlasništvo na vraćenim nepokretnostima moguće je na dva načina.

Prvo, moguće je da više lica kao naslednici iza bivšeg vlasnika nakon restitucije postanu suvlasnici na nepokretnosti, te da jedan od njih odluči da ovo svoje pravo otuđi. U ovom slučaju smatramo da je pravo preče kupovine prethodnog vlasnika tj. titulara u čijoj se javnoj svojini predmetna nepokretnost nalazila u trenutku restitucije (*Republike Srbije ili autonomne pokrajine, ili jedinice lokalne samouprave*) u ostvarivanju po redosledu **iza suvlasnika** koji su u restituciji, odnosno eventualnim kasnijim nasleđivanjem, stekli pravo svojine na određenom suvlasničkom delu. Ovakav zaključak zasnivamo pre svega na samom izvoru ovog prava preče kupovine. Naime, ono je konstituisano Zakonom o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju, i ukoliko neko od lica koja su stekla pravo svojine u restituciji žele da raspolažu ovim svojim pravom, korisnici resitucije kao njegovi suvlasnici svakako treba da imaju pravo prvenstva u ostvarivanju prava preče kupovine. Odnos prvenstva u ostvarivanju prava preče kupovine između samih suvlasnika rešavao bi se prema opštim odredbama Zakona o prometu nepokretnosti.

Druga mogućnost jeste da se neki od zakonskih naslednika bivšeg vlasnika usled nepodnošenja zahteva ili iz kog drugog razloga ne steknu pravo svojine odnosno idealni udeo na vraćenim nepokretnostima. Na ovaj način nastao bi suvlasnički odnos između korisnika restitucije i prethodnog vlasnika tj. titulara u čijoj se javnoj svojini predmetna nepokretnost nalazila u trenutku restitucije (što mogu biti *Republika Srbija ili autonomna pokrajina, ili jedinica lokalne samouprave*). Dalje u moguće dve situacije. U prvoj, ukoliko bi iza bivšeg vlasnika stupilo više lica koji bi sa titularom javne svojine postali suvlasnici, u ostvarivanju prava preče kupovine između suvlasnika trebalo bi primeniti opšte odredbe o redosledu, bez obzira na činjenicu da je jedan od suvlasnika titular javne svojine. U drugoj situaciji kada je u suvlasnički odnos na restituisanoj nepokretnosti sa titularom prava javne svojine stupilo samo jedno lice tada bi u svakom slučaju titular prava preče kupovine bio nosilac prava javne svojine kao prethodni sopstvenik. Ukoliko lice koje je steklo pravo svojine tačnije njegov idealni deo u postupku restitucije želi da to svoje pravo unovči, tada **prednost treba dati javnom interesu,** dajući prvenstvo u realizaciji titularu javne svojine i nepokretnost praktično „vratiti“ u javnu svojinu. Razume se, neophodno uz ispunjenost svih uslova ponude i dru-

gih odredaba iz Zakona o prometu nepokretnosti. Ovakvo rešenje bi se shodno trebalo primeniti i u slučajevima uvećanog objekta.

U pogledu odnosa sa pravom preče kupovine vlasnika susednog poljoprivednog zemljišta smatramo da se ono u ostvarivanju nalazi iza prethodnog vlasnika tj. titulara u čijoj se javnoj svojini predmetna nepokretnost nalazila u trenutku restitucije (što mogu biti *Republika Srbija ili autonomna pokrajina, ili jedinica lokalne samouprave*).

UMESTO ZAKLJUČKA

Iz svega iznetog, nažalost je vidljivo da naš zakonodavac vraćanje oduzete imovine posmatra kao socijalni problem, previđajući da je poštovanje svojine pitanje ljudskih prava, a ne milosrđa. Pa ipak, socijalna dimenzija restitucije nije zanemarljiva. Smatramo da vraćanje oduzete imovine može biti značajna alatka u postizanju višeg nivoa socijalne pravde. Vraćanjem imovine zasnovanim na načelima socijalne pravde, a pre svega pravne logike i usklađenosti sa postulatima pravne države i postojećeg pravnog sistema, moglo bi doći do pravilnije i pravednije preraspodele oduzetih dobara čiji povraćaj je realno moguć. Ovakva restitucija imala bi značajan potencijal da unekoliko ublaži negativne efekte tranzicionog gomilanja vrednosti u rukama malog broja pojedinaca kroz postupke privatizacije. Osim slepila na zloupotrebe u privatizacionoj praksi država je pokazala priličan laicitet i indolentnost u domenu same zakonske i podzakonske regulative postupka prodaje društvene imovine. Na navedene načine država je pokazala da su joj navedena i često glasno proklamovana načela, među kojima u prvom redu naslovno načelo prioriteta vraćanja imovine u naturalnom obliku, simpatična samo na papiru.

Određenom broju analiziranih izuzetaka od načela prioriteta vraćanja imovine u naturalnom obliku ozbiljno nedostaje odgovarajući javni interes koji bi opravdavao njihovo postojanje, dok kod nekih takođe možemo konstatovati neutemeljenost u ustavu i zakonima, odnosno pravnu protivrečnost ovih odredaba sa drugim propisima. Ukazali smo da osim na pomenuti način postoji i problem sa, kako smatramo, nedovoljnom zaštitom javnog interesa u samom postupku pred Agencijom od strane nadležnih pravobranilaštava. Ističući ove probleme nastojali smo između ostalog da ukažemo koliko su besmisleni određeni izuzeci od potpune naturalne restitucije, kao i nedostatak naturalne supstitucije. Ovakva neopravdanost i neracionalnost naročito vređa jasnim opredeljenjem zakonodavca da i u restituciji iskoristi šansu i poveća zaduživanje Srbije i poko-

lenja koja tek dolaze za nama, sve zarad interesa kapitala čija je akumulacija otpočela sa smutnim vremenom u kome živimo i borimo se barem za pravo, ako nam je pravda već van horizonta.

Ovakav pristup našeg zakonodavca ovoj izuzetno složenoj materiji sa dalekosežnim društvenim posledicama u budućnost, na temeljima iz skorije prošlosti na čijem poretku se još uvek zasniva značajan deo današnjih društvenih odnosa razočaravajuće svedoči o neozbiljnosti i svojevrsnom šarlatanstvu u oblasti zakonodavstva u Srbiji dvadesetprvog veka.

Stefan Samardžić, Assistant
Faculty of Law Novi Sad

In Kind Restitution in Serbia – Gestation Period

Abstract

On the sixth day of the tenth month of the eleventh year of the twenty first century, sixty six years after the first confiscation of property after the Second World War, a new law on general restitution of property came to light in Serbia. This play with numbers and words, as the article itself, aims at drawing the attention of legal scholars to the problems surrounding restitution in Serbia within the limits set by the law. Our intention was to point out to the incompleteness and shallowness of the Law by offering a systematic analysis, supported by arguments, of legislation on which the Law on Restitution rests and to propose suggestions that would help overcome difficulties in interpreting certain provisions of the Law, ultimately stating what the law ought to be (de lege ferenda).

Key words: Property, confiscation, nationalization, restitution, Serbia