

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



ZBORNİK RADOVA

COLLECTED PAPERS

XLVII 3 (2013)

NOVI SAD, 2013.

ZRPFNS, Godina XLVII Novi Sad, br. 3 (2013)

UDK 3

PRAVNI FAKULTET U NOVOM SADU

Dosadašnji glavni urednici:

Prof. dr Vladimir Kapor (1966), prof. dr Nikola Vorgić (1967–1968),
prof. dr Miloš Stevanov (1969–1973), prof. dr Borivoje Pupiće (1974–1976),
prof. dr Milijan Popović (1977–1983), prof. dr Stanko Pihler (1984–1988),
prof. dr Momčilo Grubač (1989–1991), prof. dr Jovan Munćan (1992–1997),
prof. dr Milijan Popović (1998–2003), prof. dr Rodoljub Etinski (2004–2007),
Prof. dr Dragiša Drakić (2008–2013).

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 Slobodan Orlović

Članovi Uredništva:

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

Menadžer časopisa

Luka Baturan

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, Stefan Samardžić, Ratko Radošević

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 brojeva Zbornika radova Pravnog
fakulteta u Novom Sadu pod nazivom Zbornik radova uvršćen je u kolekciju:
International & Non-U.S. Law Journals američke pravne baze HeinOnline.

Zbornik izlazi četiri puta godišnje.

Kompjuterska obrada teksta

Goran Hajzler

Štampa:

„Futura“ Petrovaradin

Tiraž: 200 primeraka

SADRŽAJ

<i>Dr Đorđe Popov, redovni profesor</i>	
Strane investicije multinacionalnih kompanija i ekonomski razvoj	11
<i>Dr Jožef Salma, redovni profesor</i>	
Pravni instrumenti zaštite od voda (poplava i suša) i zaštite voda	27
<i>Dr Rodoljub Etinski, redovni profesor</i>	
Primena načela <i>uti possidetis</i> u sporu o granici između Burkina Faso i Malija	43
<i>Dr Dragan Milkov, redovni profesor</i>	
Uprava i zaštita životne sredine – organizzazione pretpostavke	61
<i>Dr Ranko Keča, redovni profesor</i>	
O teretu dokazivanja u parničnom postupku	75
<i>Dr Miloš Marjanović, redovni profesor</i>	
Ljudsko dostojanstvo kao društvena i pravna vrednost	95
<i>Dr Danica Popov, redovni profesor</i>	
Zabluda i prevara kao razlog rušljivosti pravnog posla u domaćem i uporednom pravu	107
<i>Dr Maja Stanivuković, redovni profesor</i>	
Ad hok arbitraža na teritoriji Srbije: pokretanje postupka i konstituisanje arbitražnog suda	123
<i>Dr Bernadet Bordaš, redovni profesor</i>	
Modernizacija pravila o izdržavanju sa inostranim elementom u Srbiji	145
<i>Dr Ištvan Feješ, redovni profesor</i>	
Tok krivičnog postupka prema zakoniku Constitutio Criminalis Theresiana	173
<i>Dr Marija Salma, redovni profesor</i>	
Pravna pomoć u parničnom postupku	195
<i>Dr Radenka Cvetić, redovni profesor</i>	
Poreska obaveza i upis u katastar nepokretnosti – povodom jedne odluke Ustavnog suda Srbije	209
<i>Dr Drago Divljak, redovni profesor</i>	
Pravni-institucionalni okviru izvoznog kreditiranja sa javnom podrškom	223

<i>Dr Senad Jašarević, redovni profesor</i>	
Radni odnos – tendencije u praksi i regulativi	237
<i>Dr Snežana S. Brkić, redovni profesor</i>	
Specifičnosti psihičkih procesa iz kojih se sastoji davanje iskaza dece svedoka	257
<i>Dr Sanja Đajić, redovni profesor</i>	
Značaj predugovornog postupanja za nadležnost i meritum u investicionoj arbitraži	275
<i>Dr Jelena Vidić Trninić, docent</i>	
Naslednopravni položaj srodnika u pravoj ushodnoj i pobočnoj liniji, supružnika i vanbračnog partnera – uporednopravni pregled	295
<i>Dr Dragana Ćorić, docent</i>	
Glosa o političkoj etici	331
<i>Dr Sanja Radovanović, docent</i>	
Upotreba računarskog programa u <i>cloud computing</i> -u	343
<i>Dr Petar Đundić, docent</i>	
Pristanak države na arbitražu sa stranim ulagačem – modaliteti pristanka, ograničenja i merodavno pravo	359
<i>Dr Atila Dudaš, asistent</i>	
Načela politike zaštite životne sredine u pravu Evropske unije	377
<i>Dr Bojan Tubić, asistent</i>	
Načelo održivog razvoja u međunarodnim pravnim aktima i praksi međunarodnog suda	391
<i>Cvjetana Cvjetković, asistent</i>	
Mere protiv štetne poreske konkurencije u Evropskoj uniji	413
<i>Sandra Samardžić, asistent</i>	
Prava istopolnih partnera u Evropskoj uniji i Srbiji u oblasti bračnog prava	429
<i>Ivan Milić, asistent</i>	
Pojedini problemi prilikom izricanja i izvršenja mere bezbednosti zabrane upravljanja motornim vozilom	447
<i>Ratko Radošević, asistent</i>	
Sistemi sudske kontrole uprave	459
<i>Nenad Radivojević, asistent</i>	
Parlamentarna kontrola Bezbednosno-informativne agencije sa aspekta bezbednosne kulture – stanje i problemi	475
<i>Stefan Samardžić, asistent</i>	
Krivičnopravni aspekti asistiranje reprodukcije u Srbiji	493
ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE	
<i>Dr Zoltan Nađ, vanredni profesor</i>	
Uloga ekološkog oporezivanja u politici životne sredine	515

Dr Dmitrij Galuško, vanredni profesor

Pojedini aspekti harmonizacije carinskog prava EU i carinskog prava Carinske unije Rusije, Belorusije i Kazahstana	529
---	-----

Mr Aleksandar G. Josimovski

Poreska saradnja između zemalja članica Evropske unije sa posebnim osvrtom na direktivu o administrativnoj saradnji u oblasti oporezivanja	537
--	-----

ODELJAK ZA STUDENTE

*Jovana Đuričić, student doktorskih studija; Marija Mrkšić, student
doktorskih studija*

O model zakonima UNCITRAL-a s posebnim osvrtom na model zakone u oblasti javnih nabavki i infrastrukturnog razvoja	559
---	-----

Marijana Mladenov, student doktorskih studija

Zaštita prava na privatnost u praksi Evropskog suda za ljudska prava	575
--	-----

TABLE OF CONTENTS

<i>Dorđe Popov, Ph.D., Full Professor</i>	
Foreign Investment Multinational Companies and Economic Development	11
<i>József Szalma, DSC, Dr. Hc., Full Professor</i>	
Legal Instruments of the Protection from Waters (Floods and Droughts) and of the Protection of Waters	27
<i>Rodoljub Etinski, Ph.D., Full Professor</i>	
Application of Principle <i>Uti Possidetis Juris</i> in the Frontier Dispute between Burkina Faso and Mali	43
<i>Dragan Milkov, Ph.D., Full Professor</i>	
Administration and Environmental Protection	61
<i>Ranko Keča, Ph.D., Full Professor</i>	
On the Burden of Proof in Civil Procedure	75
<i>Miloš Marjanović, Ph.D., Full Professor</i>	
Human Dignity as a Social and Legal Value	95
<i>Danica Popov, Ph.D., Full Professor</i>	
The Misrepresentation as a Reason of Rescission of Contract	107
<i>Maja Stanivuković, Ph.D., Full Professor</i>	
Ad Hoc Arbitration in the Territory of Serbia: Initiation of the Proceedings and Constitution of the Arbitral Tribunal	123
<i>Bernadet Bordaš, Ph.D., Full Professor</i>	
Modernizing International Maintenance Obligations in Serbia	145
<i>Ištván Feješ, Ph.D., Full Professor</i>	
The Operation of Criminal Process under <i>Constitutio Criminalis Theresiana</i>	173
<i>Marija Salma, Ph.D., Full Professor</i>	
Mutual Legal Assistance in Civil Proceedings	195
<i>Radenka Cvetić, Ph.D., Full Professor</i>	
Tax Duties and Entry into the Cadastre of Real Estates – commentary following the decision of the Constitutional Court of Serbia	209
<i>Drago Divljak, Ph.D., Full Professor</i>	
Legal-Institutional Framework of Export Loan Based Financing with Public Support	223

<i>Senad Jašarević, Ph.D., Full Professor</i>	
Labour Relation – Tendencies in the Practice and in the Regulations	237
<i>Snežana S. Brkić, Ph.D., Full Professor</i>	
Speciality of Psychological Processes in Relation to Children Testimony	257
<i>Sanja Đajić, Ph.D., Full Professor</i>	
Relevance of Pre-Contractual Arrangements for Jurisdiction and Merits in International Investment Arbitration	275
<i>Jelena Vidić Trninić, Ph.D., Assistant Professor</i>	
Hereditary Position of Relatives in Direct Ascending and Collateral Line, Spouses and Cohabitation Partner – comparative legal analysis	295
<i>Dragana Ćorić, Ph.D., Assistant Professor</i>	
Glosa about Political Ethics	331
<i>Sanja Radovanović, Ph.D., Assistant Professor</i>	
Use of the Computer Program in a Cloud Computing	343
<i>Petar Đundić, Ph.D., Assistant Professor</i>	
Consent of the State to Arbitration with Foreign Investor – Modes of Consent, Restrictions and Applicable Law	359
<i>Attila Dudás, Ph.D., Assistant</i>	
Principles of Environmental Policy in the Law of the European Union	377
<i>Bojan Tubić, Ph.D., Assistant</i>	
The Principle of Sustainable Development in International Legal Acts and Judicial Practice of the International Court of Justice	391
<i>Cvjetana Cvjetković, Assistant</i>	
Measures against Harmful Tax Competition in the European Union	413
<i>Sandra Samardžić, Assistant</i>	
The Rights of Same-Sex Partners in the European Union and Serbia in the Field of Marriage Law	429
<i>Ivan Milić, Assistant</i>	
Some Problems with Ordering and Enforcing the Security Measure Prohibiting Offenders from Operating Motor Vehicles	447
<i>Ratko Radošević, Assistant</i>	
Systems of Judicial Review of Administration	459
<i>Nenad Radivojević, Assistant</i>	
Parliamentary Control of Security Information Agency in Terms of Security Culture – State and Problems	475
<i>Stefan Samardžić, Assistant</i>	
Criminal Law Aspects of Assisted Human Reproduction in Serbia	493
SECTION FOR FOREIGN AUTHORS	
<i>Zoltán Nagy, Ph.D., Associate Professor</i>	
The Role of Environmental Taxation in Environmental Policy	515
<i>Dmitriy Galushko, Ph.D., Associate Professor</i>	
Some Aspects of Harmonization of the EU Customs Law and the Customs Law of the Customs Union of Russia, Belarus and Kazakhstan	529

Aleksandar G. Josimovski, LL.M.

Tax Cooperation among Member States of European Union and Directive on Administrative Cooperation in the Field of Taxation	537
---	-----

SECTION FOR STUDENTS

Jovana Đuričić, Ph.D. Student; Marija Mrkšić, Ph.D. Student

On the Model Laws of UNCITRAL with Special Reference to Model Laws in the Area of Public Procurement and Infrastructure Development	559
--	-----

Marijana Mladenov, Ph.D. Student

Protection of the Right to Privacy in the Practice of the European Court of Human Rights	575
---	-----

*Dr Đorđe Popov, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

STRANE INVESTICIJE MULTINACIONALNIH KOMPANIJA I EKONOMSKI RAZVOJ¹

Sažetak: *Ne postoji univerzalan odgovor na pitanje da li strane investicije podstiču ekonomski razvoj. Pozitivan efekat inostranih direktnih investicija uslediće onda kada se strane investicije odvijaju pod normalnim konkurentskim uslovima koji, pre svega, podrazumevaju niske spoljnotrgovinske barijere kao i mali stepen restrikcija za poslovanje kompanija u inostranom vlasništvu. U takvim okolnostima strane kompanije, odnosno i multinacionalne korporacije, mogu pomoći privredi zemlje penetracije da svoje poslovanje učini efikasnijim. Ili što je još vrednije, strane investicije mogu doneti sa sobom potpuno nove tipove ekonomskih aktivnosti pomerajući na taj način granice poslovnih mogućnosti u zemljama penetracije. Ako se strane investicije realizuju na tržištima zaštićenim protekcionističkim barijerama različite vrste, onda one mogu imati i negativne efekte. Negativni efekti se očituju naročito u neefikasnom iskorišćavanju domaćih resursa. Strane investicije zavise od makro i mikro institucionalnih reformi, niske stope inflacije, realnog deviznog kursa, i u razumnim granicama efikasnog pravnog sistema koji štiti svojinu i podstiče štednju i investicije. Nizak nivo korupcije zajedno sa napred navedenim predstavlja preduslove za kreiranje podsticajnog okruženja za strane investicije.*

Ključne reči: *inostrane direktne investicije, spillover efekat, multinacionalne kompanije, filijale multinacionalnih kompanija, transfer tehnologije, substitucija uvoza, ekonomija obima, joint- ventures, koruptivni kapitalizam, restriktivni propisi, pravni sistem.*

¹ Rad je nastao kao rezultat rada na projektu "Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo", br. 17097, koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

I

U ekonomskoj teoriji se smatra da zemlje u razvoju i zemlje u tranziciji treba da podstiču inostrane direktne investicije kao jedno od sredstava za ubrzanje privrednog rasta. Ključni argument za potrebu podrške inostranim direktnim investicijama je pretpostavka da će ukupna društvena korist biti veća od one koju će za sebe realizovati inostrani investitor i njegovi domaći privredni partneri. Istraživanja pokazuju da se tehnologija koja se transferiše od inostranog partnera domaćim snabdevačima aplicira u zemlji investiranja i generiše dobrobit kako za kompanije tako i za potrošače². Takođe pokazalo se da su inostrane investicije manje ranjive od domaćih kada je reč o likvidnosti u periodima finansijskih kriza³. Tako da inostrane direktne investicije u značajnoj meri smanjuju uticaj dešavanja koja umanjuju dostupnost kredita u periodima krize.

Kada je reč o *spillover* efektu on se javlja kroz kreiranje dodatne vrednosti kroz dodatnu vrednost stvorenu u drugim firmama koje posluju sa firmom koja je direktan rezultat strane direktne investicije. *Spillover* efekat se javlja i kroz uticaj koji inostrane direktne investicije imaju na tehnologiju. Istraživanja pokazuju da se difuzija tehnologije više realizuje u slučaju lokalnih snabdevača nego kod lokalnih konkurenata, jer na taj način multinacionalne kompanije nastoje da obezbede efikasno i kvalitetno snabdevanje za svoje operacije u inostranstvu. Pri transferu tehnologije u inostranstvo multinacionalne kompanije često su u stanju da obezbede niže cene nego u zemlji porekla i za neke inpute koji nisu vezani za troškove rada.

Takođe se ne sme ispustiti iz vida uticaj koji strana investicija ima na alokaciju i realokaciju ekonomskih aktivnosti, naročito ako analiziramo mesto neke zemlje u međunarodnoj podeli rada, i zauzimanju pozicija u stalnoj dinamici promena komparativnih prednosti.

II

Multinacionalne kompanije će investirati u inostranstvu da bi iskoristile jeftinu radnu snagu ili pak da zaobiđu barijere koje im otežavaju pristup stranim tržištima, ako na inostranom tržištu mogu da se snabdevaju

² Blalock, G./ Gertler, P., Foreign Direct investment and Externalities: The Case for Public Intervention, u: Does Foreign Direct Investment Promote Development, Center for Global Development, Washington, D.C., 2005, str. 73.

³ Prema: Blalock, G./ Gertler, op. cit. str. 73.

komponentama koje su adekvatne ili bolje od onih u njihovoj zemlji porekla. Kako bi smanjile cene i poboljšale kvalitet inputa kojima se snabdevaju u inostranstvu multinacionalne kompanije nastoje da olakšaju transfer tehnologije svojim lokalnim snabdevačima.

Takođe, multinacionalne kompanije investiraju u inostranstvu nastojeći da zaštite svoje globalne konkurentske prednosti, kao i zato što slika moderne velike multinacionalne kompanije pokazuje da se njen portfolio sastoji od niza organizacionih aranžmana od kojih svaki u sebi sadrži integralnu mrežu poslovnih aktivnosti. U takvom sistemu svaki aranžman nije zamenljiv, nego je naprotiv komplementaran sa drugim⁴.

Rezultat ove strategije multinacionalnih kompanije je da se difuzija tehnologije vrši pre duž snabdevačkih lanaca multinacionalnih kompanija, nego što ima *spillover* efekat na konkurente. Težnja za redukcijom troškova vodi ka tome da multinacionalne kompanije transferišu tehnologiju duž linija snabdevanja komponentama njihovih pogona između ostalog i zato što im takav vid transfera donosi veću korist. Ipak, treba reći da zahvaljujući dejstvu tržišta transfer tehnologije od strane multinacionalnih kompanija za rezultat ima jačanje konkurencije od čega korist treba da ima čitava ekonomija zemalja penetracije.⁵

Za države penetracije postavlja se pitanje kako povećati stepen opšte društvene koristi od transfera tehnologije koji vrše multinacionalne kompanije. Pritom vredi ponoviti da je primarni motiv multinacionalnih kompanija za transfer tehnologije u zemlje penetracije težnja da se obezbede što kvalitetniji lokalni inputi po što je moguće nižim cenama. Jedan od problema pri ovakvom načinu transfera tehnologije je i taj što je on usmeren prevashodno ka snabdevačima komponentama. Da bi smanjila stepen rizika multinacionalna kompanija može izvršiti difuziju tehnologije bilo ka drugim firmama potencijalnim snabdevačima bilo podsticanjem *spillover*-a kod primarnog primaoca. Difuzija tehnologije za rezultat će imati ulazak na tržište komponenti novih igrača što bi trebalo da intenzivira konkurenciju i smanji cene. Međutim, multinacionalna kompanija teško može sprečiti snabdevače komponentama da svoje robe prodaju i kompanijama koje su konkurenti multinacionalne kompanije.

⁴ O ovome vidi u: Dunning, J., *The Globalization of Business*, London/New York, Routledge, 1993.

⁵ Pod zemljom penetracije podrazumeva se zemlja u kojoj multinacionalna kompanija otvara svoju filijalu. Dok je zemlja porekla država u iz koje multinacionalna kompanija potiče i u kojoj su koncentrisani upravljanje i strateško planiranje multinacionalne kompanije.

Dolazak multinacionalnih kompanija može imati pozitivne efekte na tehnološki razvoj domaćih konkurenata preko niza različitih mehanizama. Pre svega, domaće firme su u poziciji da usvajaju tehnološka znanja čak i jednostavnim posmatranjem i imitiranjem multinacionalnih kompanija. Drugo, može se desiti da neko od zaposlenih u multinacionalnoj kompaniji odluči da napusti svoje radno mesto i da pređe u domaću firmu ili da osnuje sopstvenu, prenoseći pri tom i osvojena znanja o primeni tehnologije. Treće, investicija multinacionalne kompanije verovatno će za rezultat imati i dolazak u tu zemlju: brokera, računovodstvenih firmi, konsultantskih kuća i drugih pružalaca profesionalnih usluga, čime će njihove usluge postati dostupne i domaćim firmama.

Na drugoj strani dolazak multinacionalne kompanije može i pogoršati položaj domaćih firmi. Na prvom mestu, strane firme, tj. naročito multinacionalne kompanije verovatno će biti u stanju da preuzmu od domaćih firmi najtalentovanije i najobrazovanije zaposlene kreirajući na taj način svojevrsan *“brain drain”* unutar granica zemlje. Drugo, multinacionalne kompanije po pravilu nude veće plate⁶ nego domaće, što za rezultat može imati pritisak na povećanje plata i kod domaćih konkurirajućih firmi⁷ na tom tržištu rada, a time i na smanjivanje konkurentnosti domaćih kompanija, jer plate su ne treba zaboraviti trošak.

Obično se pretpostavlja da, kao što je već istaknuto, multinacionalne kompanije transferišu tehnologiju ka svojim snabdevačima sa ciljem smanjivanja troškova inputa i povećanja njihovog kvaliteta. Međutim, ako multinacionalna kompanija ima samo jednog snabdevača on može da počne da koristi svoj monopolski položaj i da on bude taj koji koristi sve prednosti od porasta produktivnosti. U takvim slučajevima multinacionalna kompanija neće imati koristi od transfera tehnologije. Da bi predupredila ovakvu situaciju, tj. moguću ranjivost, multinacionalna kompanija može da distribuirati tehnologiju većem broju snabdevača i potencijalnih partnera. Na taj način se, po pravilu, povećava kvalitet komponenti za snabdevanje pogona multinacionalne kompanije i podstiče konkurencija, što u krajnjem vodi smanjivanju cena komponenti. Zahvaljujući tome dolazi i do rasta profita multinacionalne kompanije, jer na jednoj strani raste produktivnost, a na drugoj strani otpada opasnost koja se kreira u uslovi-
ma imperfektne konkurencije.

⁶ Da je ovo tačno pokazuju i dešavanja u Srbiji. Tamo gde su se kao strani investitori pojavile zaista ozbiljne multinacionalne kompanije i plate su značajno veće od srpskog proseka. Treba samo videti proseke plata u npr. Filip Morisu, Japan Tobaku, cementarama i pivarama.

⁷ Vidi npr. Aitken, B., Gordon, H., Harrison, A., Spillovers, Foreign Investment and Export Behavior, *Journal of International Economics*, 43, no. 1-2, 1997.

Ali i snabdevači komponentama, partneri multinacionalne kompanije, isto tako mogu povećati svoj profit zato što po pravilu dolazi do porasta produktivnosti u njihovoj proizvodnji, kao i do verovatnog povećanja prodaje. Pošto snabdevači multinacionalne kompanije, po pravilu, ne prodaju svoj proizvod samo multinacionalnoj kompaniji pad troškova za rezultat može imati rast profita ne samo od prodaje multinacionalnoj kompaniji nego i kod svih firmi kojima taj snabdevač isporučuje robu. Tako da transfer tehnologije od strane multinacionalnih kompanija može koristiti čitavoj ekonomiji zemlje penetracije.

III

Kada je reč o zemljama u tranziciji i zemljama u razvoju da se konstatovati, da po pravilu, izvezno orijentisane firme u stranom vlasništvu, koje su većinom filijale multinacionalnih kompanija, rade sa većim stepenom produktivnosti nego što je to slučaj sa domaćim firmama.

No, kao što je već istaknuto, multinacionalne kompanije mogu biti zabrinute zbog toga što će njihove investicije u lokalne snabdevače za rezultat možda imati i benefite za neke druge strane investitore. To je jedan od razloga zašto multinacionalne kompanije ponekad nevoljno transferišu tehnologiju svojim lokalnim snabdevačima.

Strane direktne investicije mogu da doprinesu ekonomskom razvoju zemlje penetracije na mnogo načina, čak i kada strane kompanije ne kreiraju eksternalije.

Primarni doprinosi ekonomskom rastu zemlje penetracije se generišu kada:

1. Strani investitor donosi nove proizvode, poboljšava kvalitet, i/ili smanjuje cene za potrošače iz zemlje penetracije.

2. Strani investitor donosi dodatne resurse (kapital, tehnologiju i menadžment) i time utiče na povećanje domaćeg outputa.

3. Strani investitor donosi tehnologiju, tehnike menadžmenta i kontrole kvaliteta što otvara potencijalne mogućnosti ekonomiji zemlje penetracije da realizuje već postojeće aktivnosti sa većim stepenom efikasnosti i da ponudi bolje/jeftinije proizvode potrošačima, kao i inpute proizvodnim firmama.

4. Strani investitor donosi tehnologiju, tehnike menadžmenta i kontrole kvaliteta čime omogućava ekonomiji zemlje penetracije da uđe u savim nove delatnosti.

5. Strani investitor donosi tehnologiju, tehnike menadžmenta i kontrole kvaliteta kao u slučaju 2. i 3. i time omogućava privredi zemlje

penetracije da nastupi na svetskom tržištu i na taj način poveća svoj devizni priliv. Takođe na ovaj način se može obezbediti uspešna substitucija uvoza⁸.

Sekundarne koristi za ekonomski razvoj zemlje penetracije preko sporednih kanala takođe se mogu realizovati kada:

6. Strani investitor kreira novu tražnju za potrebe svog lokalnog pogona sa namerom da je zadovolji kod lokalnih snabdevača koji su već ovladali odgovarajućom proizvodnjom.

7. Strani investitor kreira novu tražnju za svoj lokalni pogon na tržištu zemlje penetracije sa namerom da je zadovolji kod lokalnih snabdevača, ali istovremeno obezbeđujući za njih obuku iz svojih inostranih pogona sa ciljem da proizvode jeftinije i kvalitetnije.

Eksternalije:

8. Prisustvo stranih firmi generiše prenošenje tehnika menadžmenta i tehnologije, kao i kretanje zaposlenih iz stranih u domaće kompanije. Naprimera, program obuke zaposlenih u bankama u stranom vlasništvu se često prenosi na čitav finansijski sektor zemlje penetracije s jedne strane, a s druge strane zaposleni u stranim bankama ponekad se javljaju kao osnivači novih finansijskih institucija u svojim zemljama.

9. Strani investitor donosi nove tehnologije, tehnike menadžmenta i kontrole kvaliteta u postojeće kompanije u zemlji penetracije bilo tako što dozvoljava domaćim kompanijama da unaprede svoje poslovanje imitirajući stranog investitora, ili pak tako što domaće kompanije da bi ostale konkurentne moraju da se modernizuju.

10. Strani investitor može svojim snabdevačima iz zemlje penetracije da dozvoli da proizvode i usluge prodaju i domaćim kupcima, tj. postojećim kompanijama u domaćem vlasništvu.

11. Strani investitor može da dozvoli svojim domaćim snabdevačima da proizvode i usluge plasiraju drugim kupcima i na svetskom tržištu⁹.

IV

Istraživanja pokazuju da postoji fundamentalna razlika u performansama između filijala multinacionalnih kompanija koje su integrisane u globalne ili regionalne snabdevačke mreže matičnih multinacionalnih kompanija i onih filijala koje operišu na zaštićenim nacionalnim tržišti-

⁸ Da se zaključiti da kategorije 1, 2, 3 i 4 svakako imaju implikacije na uvoz i izvoz pre svega zato što generišu mnogo efikasnije korišćenje resursa zemlje penetracije.

⁹ Vidi: Moran/Graham/Blomstrom, Does Foreign Direct Investment Promote Development?, Institute for International Economics, Washington DC, 2005, str. 300.

ma. Ova dva tipa filijala razlikuju se po veličini pogona, pristupu tehnologiji, procedurama kontrole kvaliteta, brzini kojom se počinju primenjivati inovacije na polju tehnologije i kontrole kvaliteta, efikasnosti poslovanja i na kraju po troškovima proizvodnje.

Kada multinacionalne kompanije investiraju u pogone u inostranstvu sa ciljem da budu konkurentne na svetskim tržištima, matična kompanija ih kreira tako da su u stanju da primene sve prednosti ekonomije obima, kao i najnovijih tehnoloških rešenja i tehnika kontrole kvaliteta. Tada multinacionalna kompanija, po pravilu insistira na 100% ili većinskom vlasništvu kao i sigurnosti od promena regulative u zemlji penetracije¹⁰. Dinamički posmatrano matična kompanija unapređuje tehnologiju i kontrolu kvaliteta u realnom vremenu vodeći na taj način računa o interesima kompanije.

To znači da matična kompanija u tim slučajevima može da se snabdeva komponentama u onim filijalama gde se one proizvode jeftinije, s tim da kvalitet neće biti doveden u pitanje¹¹. Na taj način multinacionalna kompanija koristi prednosti globalizacije.

Strani investitori u takvim slučajevima po pravilu isplaćuju veće plate nego drugi poslodavci u zemlji i generišu izvoz vredan stotine, pa ponekad i milijarde dolara. Prema nekim istraživanjima, kada je reč o automobilskoj industriji i elektronici multinacionalne kompanije uporno izbegavaju horizontalan transfer tehnologije¹², insistirajući na potpunom ili većinskom vlasništvu svojih pogona zadržavajući tako prenos tehnologije ka drugima na minimumu. Ako se radi o vertikalnom tipu tehnološko-proizvodnih veza¹³ multinacionalne kompanije nastoje da se snabdevači u takvom tipu lanca takođe nađu u njihovom vlasništvu.

Kada se radi o domicilnim kompanijama pokazalo se da je stranim investitorima potrebno vreme da uoče koji su to kvalitetni potencijalni snabdevači, kao i da oni moraju proći stroge testove da bi se za to kvalifikovali. Na taj način izgrađuju se povratne veze između stranih investitora i domaćih kompanija¹⁴.

¹⁰ Nije slučajno da su u najvećem broju zakonodavstava zemalja u razvoju i zemalja u tranziciji strani investitori zaštićeni od eventualnih promena koje bi mogle pogoršati njihov položaj.

¹¹ Npr. motori proizvedeni u Fordovoj fabrici u Brazilu mogu da u potpunosti zamene motore proizvedene u Ohaju zadržavajući pritom najviši nivo kvaliteta.

¹² Misli se na transfer tehnologije u kompanije koje posluju u istoj zemlji u istoj branši, a nalaze se u vlasništvu nekog drugog kapitala.

¹³ Od proizvođača sirovina, ka proizvođaču poluproizvoda i na kraju ka proizvođaču gotovog proizvoda.

¹⁴ Interesan je primer Malezije kada je reč o saradnji domaćih firmi sa stranim investitorima na području poluprovodnika. U 7 od 9 glavnih domaćih firmi koje snabde-

Da bi pomogle lokalnim snabdevačima komponentama da ostvare efekte ``ekonomije obima`` multinacionalne kompanije im ponekad pomažu u realizaciji izvoznih poslova. To je proces koji obično počinje tako što im se olakšava izvoz u druge filijale iste multinacionalne kompanije, ali krajnji rezultat bi trebao da bude i mogućnost samostalnog nastupa na svetskom tržištu.

Na drugoj strani strane investicije koje su orijentisane na zadovoljavanje potreba zaštićenog domaćeg tržišta pokazuju sasvim drugačiju sliku. Tako podaci pokazuju da su, naprimer, fabrike automobila u Meksiku, Brazilu i Tajlandu¹⁵ namenjene substituciji uvoza i do deset puta manje od onih koje su građene da svojom proizvodnjom nastupe na svetskom tržištu gde se prema tome radi ekonomske efikasnosti moralo voditi računa o ekonomiji obima.

Ove fabrike ne koriste iste proizvodne procese kao one čija je proizvodnja namenjena svetskom tržištu. Naprotiv, one često koriste zastarele komponente proizvoda, i ne koriste iste tehnologije i procedure kontrole kvaliteta kao one čija je proizvodnja namenjena svetskom tržištu¹⁶. Njihovi proizvodni troškovi su 30 do 80% viši od onih u pogonima čija je proizvodnja namenjena svetskom tržištu. Najamnine koje se isplaćuju u pogonima ovog tipa su više od proseka zemalja penetracije, ali se zapaža da je izuzetno visoka cena kreiranja jednog radnog mesta¹⁷.

Međutim, neefikasna proizvodnja, kao i mala veličina pogona i neefikasne tehnike proizvodnje ne moraju značiti da matična kompanija takve investicije smatra neprivačnim i neprofitabilnim. Tako naprimer Samjueli ističe da je Krajslerova filijala u Meksiku u vreme dok je Meksiko sprovodio politiku industrijalizacije putem substitucije uvoza bila njegova najprofitabilnija filijala u svetu. Stoga ne čudi da se Krajsler borio protiv liberalizacije meksičkog automobilskeg sektora nastojeći tako da zaštiti svoj izvor profita¹⁸. Slična situacija je bila i u sektoru elektronike.

U oba sektora mala veličina pogona multinacionalnih kompanija zaštićenih od inostrane konkurencije politikom substitucije uvoza kreirala je

vaju filijale multinacionalnih kompanija u sektoru poluprovodnika njihovi osnivači su startovali kao lokalni menadžeri u stranim kompanijama, a 10% zaposlenih je imalo prethodno zaposlenje i filijalama multinacionalnih kompanija. Vidi: Rasiah, R., *Foreign Capital and Industrialization of Malaysia*, New York, 1995.

¹⁵ Vidi: Moran, op. cit. str. 284.

¹⁶ Koriste npr. ručno umesto preciznog kompjuterskog zavarivanja, itd.

¹⁷ Ona može ići i do 300.000\$ po radnom mestu. Romer, P., *Idea Gaps and Object Gaps in Economic Development*, u: *Journal of Monetary Economics*, no. 32, 1993, str. 543-573.

¹⁸ O ovome vidi: Samuels, B., *Managing Risk in Developing Countries- National Demands and Multinational Response*, Princeton, Princeton Univ. Press, 1990, str. 148.

domaće firme snabdevače komponentama čiji su pogoni takođe bili mali po veličini i nesposobni da se izlože konkurenciji svetskog tržišta. To je sve rezultiralo tehnološkim zaostajanjem i skupom proizvodnjom¹⁹ pogona za proizvodnju jednostavnih delova.²⁰

Pokazalo se da je i iz ekonomskih, ali i iz razloga praćenja tehnološkog razvoja podsticanje stranih investicija koje treba da opslužuju zaštićeno domaće tržište- promašena strategija. Fabrike koje treba da supstituišu uvoz, po pravilu nisu u stanju da razviju proizvodnje²¹ koje bi bile konkurentne na svetskom tržištu²².

Na drugoj strani kada multinacionalna kompanija investira u pogon čija je proizvodnja namenjena svetskom tržištu, ona kao što je već istaknuto, insistira na 100% ili na većinskom učešću u vlasništvu i organizuje proizvodnju koja je konkurentna na svetskom tržištu i zadovoljava standarde najrazvijenijih zemalja.

Tako je, naprimer, posle ulaska Mađarske u Evropsku uniju Opel zatvorio svoj dotadašnji pogon za montažu automobila namenjenih mađarskom tržištu i izgradio potpuno novu fabriku za proizvodnju 800.000 motora godišnje namenjenih Opelovim fabrikama u Nemačkoj, Španiji i Britaniji. Fabrika je u startu koncipirana tako da može u realnom vremenu da primenjuje sve inovacije bez potrebe da se proizvodna linija remontuje. Dženeral Motors tj. Opel je u Mađarsku devedesetih godina ušao kao većinski partner (67%) preko zajedničkog ulaganja (*joint- ventures*)²³ sa mađarskim

¹⁹ O politici i posledicama ``importno- substitutivne`` industrijalizacije postoji brojna literatura. Naročito su se u analizi posledica takvog modela istakli neki latinoamerički autori, tvorci tkzv. teorije ``depedencije``. O tome sam svojevremeno priredio zbornik radova. Vidi: Đ. Popov, *Zemlje u razvoju i neokapitalizam*, Treći program radio Beograda, Zima 1978, str. 413- 638.

²⁰ Detaljnije u: Perez/Wilson, *Foreign Direct Investment and Industrial Development in Mexico*, Paris, OECD, 1990.

²¹ Dženeral Motors je 1992. izgradio fabriku u Mađarskoj čija je projektovana godišnja proizvodnja bila 15.000 vozila, nasuprot u to vreme uobičajenoj veličini proizvodnje od 200.000 jedinica godišnje. Ova fabrika da ne bi išla u gubitke morala je pored ostalih pogodnosti i da uživa carinsku zaštitu od 22,5%.

²² Naprotiv, na primeru Meksika se pokazalo da kada je meksička vlada dozvolila da u Meksiku posluju i kompanije koje su u 100% stranom vlasništvu rezultat je bio povećan izvoz, mnogo bolja saradnja sa domaćim kompanijama. Tako se ustvari stepen integrisanosti domaće industrije sa multinacionalnim kompanijama, a samim tim i sa svetskim tržištem povećao. Na drugoj strani je uvoz kada se posmatra procentualno u odnosu na DBP opao. O ovome: Perez/Wilson, op. cit.

²³ To je bio najčešći način na koji su multinacionalne kompanije ulazile u investicije u postkomunističkim zemljama na počecima tranzicionog perioda. O tome više npr. u: Đ. Popov, *Procesi u svetskoj privredi i Srbija*, Pravni fakultet u Novom Sadu, 2011, kao i u knjizi: Đorđe Popov, *Zajednička ulaganja sa inostranim partnerima*, Informator, Zagreb, 1987.

partnerima (Raba, i Mađarski Institut za razvoj)²⁴. Kada je Dženeral Motors ugasio svoju fabriku čija je proizvodnja bila namenjena domaćem tržištu i prešao na proizvodnju komponenti za svoje fabrike u inostranstvu kupio je udele domaćih partnera i realizovao 100% vlasništvo²⁵.

Istraživanja o transferu tehnologije između matične kompanije i filijala su pokazala da je tehnologija koju su multinacionalne kompanije transferisale svojim partnerima posredstvom *joint-ventures-a* bila po pravilu 3 do 4 godine starija od one transferisane u filijale koje su se nalazile u 100% vlasništvu multinacionalne kompanije²⁶. Prema nekim istraživanjima multinacionalne kompanije naročito preferiraju 100% ili većinsko vlasništvo u slučajevima kada matična kompanija treba da koordiniše i integriše operacije sa više inostranih lokacija, kao i kada treba koordinisati poresko planiranje na većem broju destinacija širom sveta²⁷.

V

Multinacionalne kompanije kao investitori sa sobom donose kombinaciju tehnoloških, menadžerskih i kontrolnih procedura koje daju ekonomijama zemalja penetracije novi podsticaj za razvoj proizvodnih aktivnosti kojima one postaju po prvi put konkurentne na svetskom tržištu. Strani investitori se razlikuju od postojećih domaćih firmi ne samo zato što operišu sa boljom organizacijom proizvodnje, nego i zato što oni otvaraju nove poslovne mogućnosti za kompanije iz zemalja penetracije. Tačno je da se kod mnogih projekata stranih investicija ne realizuju sve ove poslovne mogućnosti. Ali čak i takve strane investicije omogućavaju zemljama penetracije da efikasnije koriste resurse koji su već prisutni u njihovim ekonomijama.

Da bi investicije multinacionalnih kompanija za rezultat imale uticaj na razvoj domaćih firmi kroz razvoj proizvodnih veza i *spillover* efekat po-

²⁴ Prema: Kalotay, K., Central and Eastern Europe-Export Platform for Investors? The Journal of World Investment, No. 6, 2002, str. 1042- 1049.

²⁵ Potpuno istu vlasničku strategiju Dženeral Motors je primenio i u jugoistočnoj Aziji kada je Tajland dozvolio da strani investitori mogu imati 100% vlasništvo. U oba slučaja je znači Dženeral Motors i preko vlasništva nastojao da u potpunosti eliminiše lokalne uticaje kada je reč o pogonima čija je proizvodnja namenjena svetskom tržištu.

²⁶ O tome. Lee, J./ Mansfield, E., Intellectual Property Protection and US Foreign Direct Investment, Review of Economics and Statistics, 78, No. 2, 1996, str. 181- 186.

²⁷ O poreskom planiranju multinacionalnih korporacija detaljnije u: Đorđe Popov, Neke karakteristike of- šor poslovanja, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 1/2011, str. str. 46.

trebno je da se u poslovnoj klimi zemalja penetracije realizuju određene pretpostavke. Pre svega, potrebno je domaćim firmama obezbediti isti stepen liberalizacije poslovnog okruženja koji za sebe zahtevaju strani investitori. Ne može se očekivati od domaćih firmi koje posluju u uslovima lošeg pravnog sistema, opterećenih visokim troškovima inputa, kojima se određuje od koga će da kupuju i kome će da prodaju, koje usto posluju u uslovima nepouzdanе infrastrukture, a prinuđene su da pribegavaju podmićivanju da bi obezbedile pravovremene odluke nadležnih organa da postanu prvoklasni snabdevači, a kamoli, konkurenti multinacionalnih kompanija.

Postoji čitav niz programa koji su deo nastojanja da se podstaknu procesi razvoja kompanija zemalja penetracije, a kao posledica investicija multinacionalnih kompanija²⁸. Ali i kod najrazrađenijih programa ove vrste postavlja se pitanje: kako pronaći i odvojiti potencijalno uspešne kompanije od onih koje će verovatno proizvoditi gubitke, odnosno kako izbeći dodelu sredstava i određivanje prioriteta po političkoj i rođačkoj liniji, tj. efekte tipične za tkzv. koruptivni (*crony*) kapitalizam,²⁹ i na kraju kako eliminisati pojavu *rent-seeking*³⁰ ekonomije koja je najčešće povezana sa postojanjem politike subvencija?

Pitanje je npr. da li će mala i srednja preduzeća biti favorizovana u odnosu na velika ili će pak biti obrnuto? Da li će sredstva za stručno osposobljavanje zaposlenih biti usmerena ka potencijalnim snabdevačima stranih investitora ili će ih moći koristiti svi zainteresovani? Ovo su

²⁸ O tome recimo UNCTAD-a: UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development), World Investment Report 2001- Promoting Linkages, Geneva, UNCTAD, 2001.-

²⁹ Koruptivni kapitalizam se razvija u zemljama u kojima je preterano velika uloga države. Njegove osnovne karakteristike su:

- Visok stepen uticaja politike na tržišne procese.
- Privatizacija u kojoj privilegovano učešće imaju rodaci i oni koji podmićuju nosioce političke moći.
- Stvaranje veštačkih monopola (izvoz, uvoznih, prava na kredite, kao i na proizvodnju u određenim granama) zahvaljujući vezama u vladi.
- Uticaj vlade na dodelu kredita političkim istomišljenicima i vladi bliskim preduzećima.

- Nedovoljna transparentnost u vođenju preduzeća i državnih finansija.

O ovome detaljnije u: Đ. Popov/F. Stanković, Osnovi ekonomije, Pravni fakultet u Novom Sadu, 2012, str. 252-253.

³⁰ Čim se očekuju subvencije, krediti po povoljnijim kamatnim stopama, bespovratna sredstva, oslobođanje od carina za određene proizvode kompanije pokušavaju da svoju konkurentsku poziciju grade ne na smanjenju troškova proizvodnje i osvajanju novih proizvoda i tržišta nego međusobno konkurišući u treći za posebnim pogodnostima. To za posledicu ima razarajuće efekte na proizvodnju, zaposlenost i poslovni moral u šta smo se, nažalost, i mi u Srbiji mogli uveriti u prvoj deceniji dvadeset i prvog veka.

samo neke od dilema koje pokazuju kako je teško sprovesti uspešnu politiku podsticanja uključivanja kompanija zemalja penetracije u poslove sa multinacionalnim kompanijama tj. velikim stranim investitorima.

VI

Kakav bi na kraju krajeva mogao biti odgovor na pitanje, da li inostrane direktne investicije podstiču razvoj? Pre svega, a to proističe i iz ovoga rada, ne postoji univerzalan odgovor. Strane direktne investicije mogu imati vrlo različite posledice na ekonomski razvoj zemalja penetracije: kako pozitivne tako i negativne.

Kada se želeo dati odgovor na pitanje da li su strane direktne investicije dobre ili loše za ekonomiju zemlje penetracije, uobičajeni odgovor davan na principima ``Vašingtonskog konsensusa``³¹ je da su one dobrodošle, i da je više uvek bolje nego manje. No, taj stav nije potvrđen u praksi, a i iz ovoga rada se jasno vidi da npr. nisu u interesu zemalja penetracije strane direktne investicije koje su u stanju da profitabilno posluju jedino u uslovima postojanja trgovinskih barijera kao i drugih oblika zaštite od konkurencije³².

Pozitivan efekat inostranih direktnih investicija uslediće onda kada se strane investicije odvijaju pod normalnim konkurentskim uslovima koji, pre svega, podrazumevaju niske spoljnotrgovinske barijere kao i mali stepen restrikcija za poslovanje kompanija u inostranom vlasništvu. U ta-

³¹Termin ``Vašingtonski konsenzus`` je razvijen da bi se njime označilo stanovište finansijskih institucija sa sedištem u Vašingtonu- Međunarodnog monetarnog fonda (MMF), Svetske banke i Federalnih rezervi SAD- o tome pod kojim uslovima i kojim merama treba da se ubrza privredni razvoj zemalja u razvoju i zemalja u tranziciji. Vašingtonske institucije preporučuju kao mere za podsticanje privrednog razvoja, pre svega: privatizaciju, ukidanje nacionalnih monopola, garantovanje svojinskih prava, akciju za smanjivanje korupcije, podsticanje konkurencije, ukidanje finansijskih restrikcija za slobodno kretanje kapitala kao i slobodno kretanje roba preko granice, tj. ukidanje carinskih barijera.``Cit. prema: Đ. Popov, *Procesi u svetskoj privredi i Srbija*, Pravni fakultet u Novom Sadu, 2011, str. 20.

³² Nažalost, istraživanja pokazuju da u 19 od 21 posmatrane analizirane razvijene zemlje nacionalne agencije koje imaju za zadatak da umanje rizike kod investiranja u inostranstvu nisu posebno analizirale da li određena strana investicija može da bude profitabilna jedino ako uživa posebnu zaštitu. Ovo se odnosi kako na američki OPIC (Overseas Private Investment Corporation), tako i na odgovarajuće agencije Velike Britanije, Kanade, Francuske i Nemačke, ali i na MIGA (Multilateral Investment Guarantee Agency) i IFC (International Finance Corporation). Isto važi za programe zaštite investicija Inter-American Development Bank, Asian Development Bank, European Bank for Reconstruction and Development kao i African Development Bank. Prema: *Foreign Policy*, May/June 2004.

kvim okolnostima strane kompanije, odnosno i multinacionalne korporacije, mogu pomoći privredi zemlje penetracije da svoje poslovanje učini efikasnijim. Ili što je još vrednije, strane investicije mogu doneti sa sobom potpuno nove tipove ekonomskih aktivnosti pomerajući na taj način granice poslovnih mogućnosti u zemljama penetracije.

Strane investicije su isto tako kanal za smanjivanje jaza za svetom u oblasti istraživanja i razvoja, tehnologije, kao i menadžerskih znanja. Tako strane investicije mogu imati izuzetno podsticajne implikacije na privredu zemlje penetracije. Isto tako, kao što je već više puta pomenuto, strane investicije mogu generisati *spillover-s* i eksternalije kako u horizontalnom, ali tako i još češće u vertikalnom pravcu. Strane investicije podstiču sektorsku konkurenciju i demonstriraju domaćim kompanijama kako da se suoče sa konkurencijom. Strane investicije predstavljaju takođe svojevrsan pozitivan šok za domaće firme, jer ih konkurencijom podstiču da poboljšaju kvalitet svojih proizvoda i podignu opšti nivo svojih poslovnih performansi.

Strani investitori mogu ponuditi konkretnu pomoć i obuku domaćim kompanijama koje žele da se uključe u poslovni sistem stranog investitora kao snabdevači. Kao deo ovakve pomoći strani investitori mogu ponuditi kompanijama zemlje penetracije da ih uključe u sistem stranog investitora, odnosno multinacionalne kompanije, tako što će im omogućiti da svoje proizvode nude i filijalama kompanije u drugim zemljama, ali i na svetskom tržištu generalno uzev.

Nadalje, strani investitori mogu doprineti smanjivanju cena inputa, povećanju tražnje, i na taj način uticati na povećani stepen profitabilnosti poslovanja domaćih kompanija. Oni isto tako mogu sa sobom doneti, a to je i čest slučaj, nove, bolje i jeftinije proizvode i usluge potrošačima.

Na drugoj strani treba istaći da strane direktne investicije niukom slučaju nisu obavezna garancija da će se svi ovi pozitivni efekti i realizovati u svakoj zemlji u kojoj su strane investicije prisutne. Da li će to tako i biti zavisi od kvaliteta radne snage, finansijskog sistema i institucionalnog okruženja.

Ako se strane investicije realizuju na tržištima zaštićenim protekcionističkim barijerama različite vrste, onda one mogu imati i negativne efekte. Negativni efekti se očituju naročito u neefikasnom iskorišćavanju domaćih resursa i smanjivanju stepena ekonomskog blagostanja u zemlji penetracije. Pravilo je, kao što je u radu već istaknuto, da strani investitori u zemljama u kojima postoje restrikcije razne vrste, kao npr. obavezan *joint-ventures*, insistiranje na učešću u tehnologiji i sl., montiraju tehnologiju koja je daleko iza onoga što je trenutni standard u svetskim okvirima.

Filijale multinacionalnih kompanija sa zastarelom tehnologijom su ekonomski manje efikasne i ne pružaju šansu industrijama zemalja penetracije da se uključe u žestoku konkurenciju na svetskom tržištu.

Restriktivni propisi o stranim investicijama kao i restrikcije u spoljnoj trgovini pogađaju strane investitore, ali i smanjuju njihov pozitivan uticaj na stanje ekonomija zemalja penetracije. Tako da na kraju krajeva ispada da restrikcije za strane investicije kao i restrikcije u spoljnoj trgovini pogađaju ekonomiju zemlje penetracije.

Strane investicije zavise od makro i mikro institucionalnih reformi, niske stope inflacije, realnog deviznog kursa, i u razumnim granicama efikasnog pravnog sistema koji štiti svojinu i podstiče štednju i investicije. Nizak nivo korupcije zajedno sa napred navedenim predstavlja preduslove za kreiranje podsticajnog okruženja za strane investicije.

Postoje tri kategorije podsticajnih mera kojima zemlje penetracije nastoje da podstaknu strane direktne investicije³³.

Prva kategorija se fokusira na obezbeđivanje tačnih i pravovremenih informacija potencijalnim stranim investitorima. To između ostalog obično pretpostavlja i osnivanje odgovarajuće agencije čiji je osnovni zadatak uspostavljanje kontakata sa centralama multinacionalnih kompanija kao i prezentacija, i na veb- sajtu, pravovremenih informacija o ekonomskom i pravnom okruženju u zemlji, kao i povezivanje sa investitorima koji su već aktivni u zemlji³⁴.

Sljedeća kategorija mera su one koje zemlju penetracije treba da učine ozbiljnim takmacom u privlačenju stranih investitora, što pretpostavlja izgradnju moderno opremljenih industrijskih parkova, dobru i funkcionalnu infrastrukturu, kao i efikasne i stručne kadrove.

U treću kategoriju spadaju poreske olakšice³⁵ kao i subvencije³⁶ koje moraju u najmanju ruku biti konkurentne onima u drugim zemlja-

³³ Tako je npr. i Vlada Republike Srbije donela Uredbu kojom se predviđaju posebni podsticaji za strane investitore. Vidi: Sl. glasnik br. 20/2012. Danom stupanja na snagu ove Uredbe prestaje da važi Uredba o uslovima i načinu privlačenja stranih direktnih investicija, Sl. glasnik br. 42/11, 46/11, i 84/11.

³⁴ Taj posao u Srbiji obavlja pre svega SIEPA, Agencija za promociju stranih ulaganja i izvoza.

³⁵ Srbija je i svojim poreskim propisima predvidela čitav niz podsticaja za investitore. Tako se prema važećem Zakonu o porezu na dobit pravnih lica dobit kako rezidenata tako i nerezidenata obračunava po stopi od 10%, što je jedna od najnižih poreskih stopa u regionu. Takođe kompanije su oslobođene i od ovako određenog poreza na dobit na period do 10 godina, ako u ulože u svoja osnovna sredstva više od 800 miliona dinara i ako u periodu ulaganja zaposle na neodređeno vreme najmanje 100 dodatnih radnika.

ma regiona. Kada je reč o subvencijama treba istaći da njih kao jedno od sredstava za privlačenje stranih i domaćih investitora koriste i najrazvijenije zemlje³⁷.

Kompanije koje ne ispunjavaju uslove za izuzeće iz čl. 50a Zakona o porezu na dobit pravnih lica moгу koristiti investicioni poreski kredit, (Podv. Đ.P.).

³⁶ Uredbom Vlade Republike Srbije, Sl. Glasnik 20/2012 predviđa da prilikom investiranja podsticajna sredstva po novootvorenom radnom mestu iznose:

- 4.000 evra za broj bodova od 101 do 120
- 5.000 evra za broj bodova od 121 do 140
- 6.000 evra za broj bodova od 141 do 160
- 7.000 evra za broj bodova od 161 do 170
- 8.000 evra za broj bodova od 171 do 180
- 9.000 evra za broj bodova od 181 do 190
- 10.000 evra za broj bodova od 191 do 200.

U članu 11. Uredbe su navedeni kriterijumi za dodelu bodova.

³⁷ Subvencije za otvaranje radnog mesta od strane federalnih i lokalnih vlasti porasle su u SAD sa 27.000\$ sredinom osamdesetih, do čak 200.000\$ po radnom mestu u devedesetim godinama dvadesetog veka. Podaci prema: Moran/Graham/Blomström, op. cit. str. 382.

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

Foreign Investment Multinational Companies and Economic Development

Abstract: *There is no universal answer on the question whether foreign investments stimulate economic development. The positive effect of foreign direct investments will follow when the investments is carried out under normal conditions of competition. That means, above all, low barriers for foreign trade and the low level of restrictions for foreign owned companies. In such circumstances, multinational corporations can assist the economies of penetration to make its businesses more efficient. Foreign investors bring with them brand new types of economic activities and in that way shifting the limits of business opportunities in the countries of penetration. But if the investments are implemented in markets protected with protectionist barriers of various kinds, then they could have negative effects. The negative effects are in particularly reflected in the inefficient use of domestic resources. Foreign investments depend on the macro and micro institutional reforms, low inflation, real exchange rate, and reasonably efficient legal system that protects the property rights and encourages savings and investment. The low level of corruption, together with the foregoing conditions is a prerequisite for the creation of a stimulating environment for foreign investments.*

Key words: *FDI, spillover effect, multinational companies, subsidiaries of multinational companies, technology transfer, import substitution, economies of scale, joint-ventures, ``crony`` capitalism, restrictive legislation, the legal system.*

*Dr Jožef Salma, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

PRAVNI INSTRUMENTI ZAŠTITE OD VODA (POPLAVA I SUŠA) I ZAŠTITE VODA*

Sažetak: *U radu su analizirana domaća, inostrana pravna rešenja (nemačko, francusko, austrijsko, mađarsko i hrvatsko) kao i evropska pravila vezana za zaštitu od štetnog dejstva voda, tj. poplave, erozije, bujice i leda na vodama, kao i pravila o odvođenju i dovođenju voda sa područja viška do područja manjka voda (melioracije). Takođe su razmotreni instrumenti upravljanja vodama u funkciji zaštite od visokih voda, kao što su dugoročno i kratkoročno planiranje odbrane od poplave, kao i potrebne mere za sprečavanje poplava, odnosno otklanjanje posledice poplava. U instrumente zaštite od visokih voda spada i održavanje potrebnog režima voda, a posebno, izgradnja i održavanje objekata koje služe zaštiti od poplava (nasipi, ustave, proseci). Objekti korišćenja vodnih snaga, kao i putevi, mostovi, treba da budu izgrađeni saglasno ekološkoj dozvoli, iznad nivoa višegodišnjeg visokog vodostaja.*

Ključne reči: *Pravni instrumenti odbrane od polave, održavanje zaštitnih vodnih objekata, melioracije, planski instrumenti upravljanja potrebnim kvalitativnim i kvantitativnim stanjem voda za različite konzumante, vodna dozvola kao instrument prevencije u upravljanju kvalitativnim i kvantitativnim stanjem voda, evidencija stanja voda i uloga javnosti, evropske smernice u oblasti zaštite voda i drugih elemenata životne sredine*

* Članak je nastao kao rezultat istraživanja na naučnoistraživačkom projektu br. 179079 pod nazivom *Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo* koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

I DOMAĆE PRAVO

1. Klimatske promene, vodni resursi i pravo

U poslednjih 50-60 godina smo suočeni sa vidnom promenom klime, koja je bitno uticala i na kvalitativno i kvantitativno stanje voda u srednjoj Evropi i u Vojvodini, odnosno u Srbiji. Umesto mediteranske, nastala je tropska odn. subtropska klima, koja preko sušnih i plavnih klimatskih perioda dovodi do naglih oscilacija kvalitativnog i kvantitativnog stanja voda. Menjaju se dekade suše (oskudice u vodi) i poplava (viška vode) u istoj godini.

Ta promena je veliki izazov za pravo koje nije u svemu, sa svojim klasičnim instrumentima zaštite (kvaliteta i kvantiteta voda) blagovremeno reagovalo potrebnim reformama. Reforme su u odnosu na prirodne pojave, započete za zakašnjenjem.

Za Vojvodinu se tvrdi, da je bogata vodama. Što je tačno. Ali se suočavamo s tim, da u periodima suše, dolazi gotovo do oskudice u vodi, a u periodima poplava imamo „višak vode“, uz opasnost poplava širih dimenzija, sa ugrožavanjem naselja, kulturnih dobara, i poljoprivrednih imanja, ne u poslednjem redu, tako važne poljoprivredne proizvodnje.

Nije „dobar“ ni višak, ni manjak vode, već ravnomeran i koordinirani raspored po kvalitetu i kvantitetu na sve egzistencijalne i privredne korisnike voda. Otuda, stihijske pojave poplava i suša, trebaju da se kanališu potrebnim pravnim i pratećim ekonomskim merama. Toj „kanalizaciji“ služe pravni instrumenti (integralnog) *upravljanja vodama*¹. To će reći,

¹ V. čl. 24-112. Zakona o vodama RS (u daljem tekstu: ZV), (Sl.gl. RS, br. 30/2010). V. Naročito, st. 1. tač. 46) i 47) (definicije), st. 1 tač. 2) i 3) čl.14 (vodni objekti za zaštitu od poplava, erozije i bujica), čl. 16 (vodni objekti za zaštitu od poplava, erozije i bujica). Po čl.23. ZV za upravljanje vodnim objektima nadležno je javno vodoprivredno preduzeće osnovano za obavljanje vodne delatnosti na određenoj teritoriji koje upravlja vodnim objektima za uređenje vodotoka i za zaštitu od poplava na vodama I reda i vodnim objektima za odvodnjavanje, koji su u javnoj svojini i brine se o njihovom namenskom korišćenju, održavanju i čuvanju. *Plan upravljanja vodama*, između ostalog treba da sadrži, generalni opis karakteristika vodnog područja (saglasno sa *Strategijom*), prikaz uticaja ljudskih aktivnosti, izradu karata ugroženih područja, vodni bilans. V. tač.1),3), 6) st. 1, čl. 33. ZV, čl. 34-36 (nadležnost Ministarstva i lokalnih organa). Zakon sadrži i odredbe o *programu mera*, posebno povodom uređenja vodotoka i *zaštite od poplava* (v. tač 1, st. 4. čl. 40 ZV). Po čl. 46 ZV uređuje se *ugroženo područje*, i to od poplava i usled erozije, u cilju obezbeđenja zaštite od štetnog dejstva voda. U čl. 47. ZV se predviđa obaveza preliminarne procene rizika od polave za celu teritoriju RS, sa kartama vodnih područja, opisom poplava iz prošlosti, procenom potencijalnih štetnih posledica budućih poplava na zdravlje ljudi, životnu sredinu, kulturno nasleđe i privredne aktivnosti, uzimajući u obzir topografske, hidrološke i geomorfološke karakteristike i položaj vodotoka, uključujući po-

adekvatno planiranje i realizacija odbrane od poplave, održavanje vodnih objekata, kao što su kanali i nasipi, ne u poslednjem redu odvodnjavanje (melioracije)² viška voda na (poljoprivrednim) područjima, na kojima je došlo do povećanja količine površinskih voda koje sprečavaju poljoprivrednu proizvodnju. Potrebno je navodnjavanje na područjima i periodima suša. Visoki vodostaji na vodotocima često dovode i do erozivnih dejstava, te je potrebno da se vodni objekti, posebno nasipi, održavaju na potrebnom nivou. Visoki vodostaji često utiču i na izvorišta vode za piće i napajanje. Sušni periodi dovode do oskudice u vodi na sušnim područjima. To utiče i na mogućnost navodnjavanja poljoprivrednog zemljišta, pa je potrebno preusmeravanje voda npr iz kanala prema sušnim poljoprivrednim parcelama. U Vojvodini je nažalost, navodnjavanje omogućeno samo na delu poljoprivrednih gazdinstava. Povećane investicije u tom pogledu su neophodne.

2. Klasična pravila

Klasično vodno pravo smatra da su osnovni pravni instrument zaštite voda *zaštita od voda* (zaštita od visokih vodostaja odn. poplava, erozivnih dejstava bujica), i zaštita *kvaliteta voda* (uključivi vode za piće, navodnjavanje i napajanje stoke). Ta klasična pravila i danas vrede. Pitanje je samo ostvarivanja.³

Klasična pravila vodnog prava u slučaju *viška voda* preporučuju melioracione mere odvodnjavanja. Jednostavno, da u slučaju preplavljenih poljoprivrednih zemljišta, odnosno viška nadzemnih voda dođe do odvodnjavanja, i do potrebnog preusmeravanja voda sa vlažnog ka sušnom zemljištu ili u osnovnu kanalsku mrežu. Za to u Vojvodini postoje uslovi, pošto postoje odavno (tokom XIX veka) izgrađeni kanali. Postoji potreba za usmeravanjem sredstava, imajući u vidu, da danas Srbija zavisi od poljoprivrede, kao jedine privredne grane koja je (doduše) prilično zapostavljena, ali koja postoji.

Merodavna su i klasična pravila u pogledu *manjka vode*. Ona preporučuju da voda za piće i napajanje poslednje trpe u uslovima restrikcije, ograničenja.

plavna područja, efekat postojećih objekata za odbranu od poplava, položaj naseljenih mesta i industrijskih zona, planove dugoročnog razvoja i klimatske promene od uticaja na pojavu poplava. *Preliminarnu procenu rizika od poplava* izrađuje Ministarstvo. (St. 2. čl. 47. ZV).

² V. st. 1, tač. 1) i 2) čl. 17. ZV.

³ Važeći ZV sadrži odredbe o finansiranju upravljanja vodama (čl. 150) uključiv i izvore finansiranja, predviđena budetom, naknada za vode, koncesione naknade, naknade za korišćenje vodnog dobra, naknada za ispuštenu vodu, naknada za zagđivanje voda, i ostalih izvora (čl. 152-190 ZV).

3. Susedsko vodno pravo

Klasična pravila susedskog vodnog prava nalažu da *nosilac prava višeležećeg pribrežnog zemljišta* nema pravo na *izmenu prirodnog toka* vodotoka kao i na *potpuno iscrpljenje* voda.⁴

4. Prioriteti u sticanju prava na vodama u uslovima vodnih restrikcija

Klasično je pravilo, da u slučaju oskudice, restrikciju poslednja trpi egzistencijalna (opšta) upotreba.⁵ Prema pozitivnom pravu, kod vodnih restrikcija prioritet ima pravo na *vodu za piće*⁶, voda za sanitarno-higijenske potrebe, napajanje stoke i za odbranu zemlje imaju prioritet nad korišćenjem voda za ostale namene.⁷ Gotovo je u istoj ravni sa obezbeđenjem vode za napajanje ljudi, pravo na napajanje stoke. U trećem redu je navodnjavanje poljoprivrednog zemljišta, tj. navodnjavanje poljoprivrednih gazdinstava.⁸ Sledeći red prioriteta jeste privredna upotreba (konecesionirana upotreba).⁹ To znači, da u slučaju oskudice u vodi restrikcije u vodi poslednje trpi stanovništvo, u pogledu vode za piće. ZV za sve vrste upotrebe voda opravdano nalaže *racionalno i ekonomično* korišćenje. Takođe, Zakon propisuje da je svaki korisnik vode dužan da vodu koristi na *način kojim se ne uskraćuje pravo korišćenja drugim licima* i ne ugrožavaju *ciljevi zaštite životne sredine*.¹⁰

⁴ V. npr. čl. 640. francuskog *Code civil*-a, in: *Code civil 1996-1997, réalisé par André Lucas*, Avant-propos: Pierre Catala, Litec, Paris, 1996, str. 381.

⁵ V. čl. 67. (opšte korišćenje voda) ZV.

⁶ V. st. 2. čl. 72. Zakona o vodama. Vode koje su planom upravljanja vodama određene za *piće ne mogu se koristiti za druge svrhe*, izuzev za gašenje požara, niti na način koji bi nepovoljno uticao na količinu i svojstva vode. A po st. 1. istog člana, *podzemne vode sa kvalitetom pogodnim za piće i vode sa javnih izvora* koriste se samo za: snabdevanje vodom *stanovništva*, sanitarno-higijenske potrebe, napajanje stoke, za potrebe industrije koja zahteva visokokvalitetnu vodu (prehrambena, farmaceutska i dr.) i potrebe malih potrošača (ispod 1 l/s).

⁷ V. st.5. čl. 71. ZV.

⁸ St. 1 tač-1)-6) čl. 71. ZV određuje *namene korišćenja voda i njihov prioritet*, a to su: 1) korišćenje površinskih i podzemnih voda za snabdevanje vodom za *piće*, sanitarno-higijenske potrebe, za potrebe industrije i druge namene; 2) korišćenje vode za *navodnjavanje*; 3) korišćenje *vodnih snaga* za proizvodnju električne energije i pogon uređaja; 4) korišćenje vode za *ribnjake*; 5) korišćenje vode za *plovidbu*; 6) korišćenje vode za *sport, rekreaciju i turizam*.

⁹ V. čl. 68. ZV (posebno korišćenje voda, uslovljeno koncesijom ili dozvolom).

¹⁰ V. st. 3. i 4. čl. 71. ZV.

5. Planovi i mere odbrane od poplave

Prema pravilima pozitivnog prava, **planska dokumenta** za upravljanje vodama su dugoročna i kratkoročna sa odgovarajućim pratećim merama. **Dugoročna** je *strategija upravljanja* vodama i *plan upravljanja* vodama, a **kratkoročna** je *godišnji program* upravljanja vodama. Značajni su **specijalni** planovi kojima se uređuje *zaštita od štetnog dejstva voda*, posebno *plan upravljanja rizicima od poplava*, *opšti operativni plan za odbranu od poplava*, kao i planovi kojima se uređuje zaštita voda (plan zaštite voda od zagađivanja i program monitoringa).¹¹ Zakon o vodama RS predviđa *mere i radove vezane za zaštitu od poplava*.¹² One sadrže planiranje, izgradnju, odnosno održavanje vodnih objekata za zaštitu od poplava, uređenje vodotoka i izvođenje drugih radova i mera, sprovođenje odbrane od poplava i sanaciju posledica poplava.¹³

Sama **odbrana od poplave** se sastoji od odbrane od velikih poplava (spoljnih i unutrašnjih) i zagušenja ledom. Ona može biti redovna i vanredna.

Odbrana od polave se *proglašava*: 1) na rečnoj deonici, kada vodo-staj dostigne *kritični nivo*, tj. kvote propisane operativnim planom odbrane od poplava, a očekuje se dalji porast vodostaja, ili kada su zaštitni objekti ugroženi usled dugotrajnih visokih voda; 2) na melioracionom području, kada se utvrđenim režimom rada sistema za odvodnjavanje *ne može sprečiti plavljenje melioracionog područja*, odnosno njegovog dela, a ispunjeni su kriterijumi i uslovi utvrđeni operativnim planom; 3) ako su, usled stvaranja, pokretanja i nagomilavanja *leda* na vodotoku ugroženi objekti na vodotoku i priobalje.¹⁴

Opšti i operativni plan. U pogledu *nadležnosti* za organizaciju i sprovođenje mera zaštite od poplave zakon predviđa da odbranu od poplave na vodama I reda i na sistemima za odvodnjavanje u javnoj svojini sprovodi javno vodoprivredno preduzeće, a na vodama II reda jedinica lokalne samouprave, u skladu sa opštim planom za odbranu od poplava i operativnim planom za odbranu od poplava.¹⁵ *Opšti plan* za odbranu od poplava priprema i donosi Vlada za period od šest godina. Sadržuje *mere koje se moraju preduzeti preventivno u periodu nailaska velikih voda, način organizovanja odbrane od poplava*; dužnosti, odgovor-

¹¹ V. čl. 29 ZV.

¹² V odredbe čl. 30-32. ZV o najopštijem, dugoročnom planskom aktu - strategiji upravljanja vodama.

¹³ V. st. 1. čl. 52 ZV.

¹⁴ V. st. 1-3. čl. 53. ZV.

¹⁵ V. st. 4. čl. 53. ZV.

nosti i ovlašćenja rukovodilaca odbrane, institucija i drugih lica nadležnih za odbranu od poplava, leda i poplavnih unutrašnjih voda; način osmatranja, evidentiranje hidroloških podataka i prognozu pojava i obaveštavanje.¹⁶ *Operativni plan* sadrži podatke potrebne za sprovođenje odbrane od poplava (za vode I reda), kao i imena odgovornih lica, obejkte sistema za odvodnjavanje, kriterijume i uslove za proglašenje redovne i vanredne odbrane od voda (za unutrašnje vode, melioraciono područje).¹⁷ Zakon predviđa obavezu pravnog lica koje koristi *brane* sa akumulacionim i retencionim bazenima da ih *održava* i koristi na način kojim se obezbeđuje *prihvatanje poplavnih talasa*.¹⁸ U slučaju opasnosti od poplave ministar nadležan za saobraćaj, na predlog ministarstva, može na ugroženom području privremeno zabraniti drumski, železnički ili vodni saobraćaj.¹⁹ Na ugroženim područjima *infrastruktura* se mora graditi tako *da služi kao odbrambena linija*, da prostorno ograničava proboj kod glavnih zaštitnih vodnih objekata i da ne remeti protok voda, nanose leda, kao i plovidbu.²⁰

6. Melioracije (službenost odvođenja i dovođenja vode – *servitus aquaeductus*)

Melioracije su mere koje služe za *odvodnjavanje suvišnih voda* sa zemljišta i *navodnjavanje sušnog zemljišta*. Po zakonskoj definiciji, *melioraciono područje* je deo vodnog područja na kome se melioracionim sistemima za odvodnjavanje i navodnjavanje *uređuje vodni režim* zemljišta u cilju poboljšavanja uslova za njegovo korišćenje.²¹

Melioraciono područje obuhvata: 1) poljoprivredno, šumsko i građevinsko zemljište, zemljište pod putevima i drugo zemljište sa kojeg se, sistemima za odvodnjavanje, omogućava brže i pogodnije *oticanje suvišnih voda*; 2) poljoprivredno, šumsko i građevinsko zemljište, zemljište pod putevima i drugo zemljište sa kojeg *dotiče voda na zemljište koje se, sistemima za odvodnjavanje, štiti od suvišne vode*; 3) poljoprivredno, šumsko i građevinsko zemljište za koje se, sistemima za navodnjavanje, *dovodi voda za navodnjavanje*. Ministarstvo, a na teritoriji autonomne pokrajine i grada Beograd nadležni organ autonomne pokrajine, odnosno grada Beograda, određuje *melioraciono područje* i njegove granice.²²

¹⁶ V. st. 3. čl. 54. ZV.

¹⁷ V. tač. 1) i 9.; st. 2. čl. 55. ZV.

¹⁸ V. st. 1. čl. 56. ZV.

¹⁹ V. čl. 57. ZV.

²⁰ V. tač. 1)-3) st. 1. čl. 58. ZV.

²¹ V. st. 1. čl. 28. ZV.

²² V. st. 1-3. čl. 28. ZV.

Po ZV objekti za zaštitu od štetnog dejstva unutrašnjih voda – odvodnjavanje - su *objekti osnovne i detaljne kanalske mreže* za odvodnjavanje. Prvi su glavni sabirni odvodni kanali u koje se slivaju vode iz osnovnog melioracionog sistema sa objektima i uređajima na njima (mostovi i propusti na kanalima, sifoni, stepenice, brzotoci, ustave, crpne stanice i sl.) i glavne crpne stanice i ustave za odvođenje voda iz sistema u recipijent (pirodni ili veštački vodotok). Detaljne kanalske mreže za odvodnjavanje su detaljni kanali za neposredno prikupljanje vode sa poljoprivrednih i drugih površina i njihovo odvođenje u sabirne kanale, kao i objekti na detaljnim odvodnim kanalima (propusti, sifoni, stepenice, brzotoci, ustave, crpne stanice i sl.).²³

ZV propisuje da je zabranjeno u poplavnom području graditi objekte na način kojim se ometa proticanje vode i leda ili suprotno propisima za gradnju u poplavnom području.²⁴

Po odredbama važećeg ZV, vlasnik, odnosno korisnik zemljišta je dužan da dozvoli da preko njegovog zemljišta drugi vlasnik, odnosno korisnik izvodi radove odvođenja, odnosno dovođenja vode do svog zemljišta, ako za to ne postoji celishodnije tehničko ili ekonomsko rešenje.²⁵

7. Monitoring i informacioni sistem

Kvantitativno stanje voda, nezavisno od relativne klasifikacije na „domaće“ i „međunarodne“²⁶, je u *međuzavisnosti* od stanja voda preko granice. Poplave u jednom regionu na istom međunarodnom vodotoku utiču i na poplave u drugom. Otuda je neophodan *monitoring voda* koji je povezan sa *domaćim i inostranim institucijama*, nezavisno od granica, na područjima sliva. ZV utvrđuje *domaće vodne objekte potrebne za monitoring voda*, kao što su limnigrafi, vodomerne letve, vodomeri i drugi uređaji kojima se prikupljaju podaci o stanju nivoa, količini i kvalitetu površinskih i podzemnih voda.²⁷ *Javno preduzeće* koje obavlja poslove snabdevanja vodom, je dužno da *postavi uređaje i obezbedi stalno i sistematsko registrovanje količine voda i ispitivanje kvaliteta vode na vodozahvatu*.²⁸ Radi obezbeđivanja usaglašenog i sveobuhvatnog statusa površin-

²³ V. tač. 1) i 2) st.1. čl. 17. ZV.

²⁴ V. st. 1 tač. 3. čl. 133. ZV.

²⁵ V. st. 1. čl. 137. ZV

²⁶ Prema st. 3.čl.6. ZV međudržavne vode obavezno se svrstavaju u vode I reda.

²⁷ V. čl. 20. ZV.

²⁸ V. st. 1. tač. 1) čl. 74. kao i čl. 78. ZV (ispitivanje kvaliteta voda na izvoristima). Korišćenje vode za navodnjavanje poljoprivrednog zemljišta vrši se u skladu sa uslovima utvrđenim vodnom dozvolom, odnosno ugovorom kojim se uređuje koncesija. (V. čl. 82.ZV). Predviđa se i *obaveza prečišćavanja otpadnih voda* i *obaveza merenja količine i ispravnosti kvaliteta otpadnih voda*. (V. čl. 98. i 99. ZV).

skih i podzemnih voda, RS uspostavlja monitoring statusa voda na vodnom području i obezbeđuje njegovo izvršenje. U tom cilju se donosi *godišnji program monitoringa kao i mere za njegovo sprovođenje*.²⁹

Ministarstvo i javno vodoprivredno preduzeće obezbeđuju *javnost rada*. Radi klasifikovanja voda, praćenja i unapređenja režima voda, planiranja razvoja vodnih sistema i upravljanja vodama, uspostavlja se *vodni informacioni sistem*. Vodni informacioni sistem obezbeđuje formiranje, održavanje, prezentaciju i distribuciju podataka o stanju kvaliteta voda, klasama vodnih tela površinskih i podzemnih voda, vodnu dokumentaciju, podatke o zakonodavnim, organizacionim, strateškim i planskim merama u oblasti upravljanja vodama, naučno-tehničke informacije od značaja za upravljanje vodama i razmenu informacija sa drugim informacionim sistemima na nacionalnom i međunarodnom nivou.³⁰

II

UPOREDNO PRAVO, EVROPSKO PRAVO I VISOKE VODE

Sagledavanje uporednopravnih rešenja zaštite od visokih voda, i drugih štetnih dejstava voda je neophodno, s jedne strane iz razloga što se ne samo kod nas već i u ostalim delovima (zemljama) Evrope sve učestalije, odosno gotovo godišnje pojavljuju visoki vodostaji. Zbog usavršavanja pravne regulative je s jedne strane, pored domaćeg, neophodno inostrano regulativno iskustvo, a sa druge strane, zbog postupka evropskog udruživanja zemlje, potrebna je harmonizacija sa evropskim pravilima u ovoj oblasti. U zemljama punopravnim članicama EU, harmonizovana pravila nacionalnog prava (pravila nacionalnog prava usaglašena sa ciljevima evropskih smernica), smatraju se sastavnim delovima tzv. sekundarnog evropskog prava.

A. UPOREDNO PRAVO

1. Nemačko pravo

Ustavne reforme Nemačke, okončane 2006. godine,³¹ su omogućile jačanje federalnih kompetencija u oblasti zakonodavnog uređenja voda. Po prvi put se desilo, da je u oblasti privređivanja vodama (Wasserhaushalt) *federacija dobila potpunu kompetenciju* za zakonsko regulisanje. Dotle je

²⁹ V. čl. 107. i 109. ZV.

³⁰ V. st. 1. i 2. čl. 148. ZV.

³¹ Grundgesetz BRD (Ustav SRN stuio na snagu 01.092006.)

bilo vladajuće republičko vodno zakonodavstvo, a federalno zakonodavstvo je imalo samo okvirnu zakonodavnu kompetenciju (Ramengesetzbuch). Prema obrazloženju, ta promena u pogledu zakonodavne kompetencije u korist povećanja nadležnosti federacije je bila potrebna zbog *harmonizacije prava u oblasti zaštite voda kao i zaštite i unapređenja stanja voda*, zapravo zbog ekoloških razloga. Na tim osnovama, odnosno prethodnih reformi vodnog zakonodavstva iz 2006. godine, pripremljen je novi federalni **Zakon o privređivanju vodama** (Wasserhaushalts-gesetz - WHG), koji je stupio na snagu 2010. godine.³² Novi zakon je pojednostavio sistematizaciju materije, mada je u suštini sistem ostao isti kao o u zakonu iz 2006. g. Implementirao je evropska pravila u oblasti osnovnih voda.³³

2. Francusko pravo

Gotovo u istom periodu kao i u Nemačkoj, tekle su i reforme **francuskog vodnog zakonodavstva** (Loi No. 2013-312 du avril 2013).³⁴ Naglasak je bio na finansijskom aspektu, koji je od uticaja i na zaštitu voda i na zaštitu od voda. Radi se o uvođenju diferencirane naplate vodoprivredne naknade za egzistencijalnu (voda za piće) i privrednu upotrebu voda. Kod prvog je prevagnuo socijalni pristup, tj. smanjenje naknade za upotrebu voda za piće. Takođe su uvedene novine u oblasti iskorišćavanja vodnih snaga, naročito za proizvodnju električne energije, uz favorizaciju zaštite kvaliteta i kvantiteta voda.

3. Austrijsko pravo

Od donošenja do danas više puta izmenjeni **Zakon o vodama Austrije** (Wasserrechtsgesetz, 1959),³⁵ u cilju zaštite voda i zaštite od voda sadrži osnovne odredbe prema kojima vodni objekti kao što su mostovi, objekti na obali i druge građevine treba da budu *izgrađeni iznad granice nivoa visokog vodostaja, odn. plavnosti*. Otuda i u tom pogledu za izgrad-

³² Wasserhaushaltsgesetz BRD, stupio na snagu 01. marta 2010. godine.

³³ Posebno: EU Grundwasser-Tochterrichtlinie 2006/115/EG od 00.11.010), Bundesgesetzblatt, I S.1513.

³⁴ Loi No. 2013-312 du avril 2013 – visant à préparer la transition vers un système énergétique, portant divers disposition de l'eau et sur les éoliennes NOR DEVX 1234078L.- Reduction du prix de l'eau pour tous les menages, disposition sociale.

³⁵ *Wasserrechtsgesetz*, Bundesgesetzblatt (Ö) 1959/215 (WV), u daljem tekstu: WRG, sa trideset izmena, poslednja: Bundesgesetzblatt I 2006/123., v. in: Kodex des österreichischen Rechts, Wasserecht 2010, (-u daljem tekstu: Wasserrecht), Stand 1.5.2010., 15. Auflage, Herausgeber Werner Doralt, bearbeitet von Friedrich Hefler, Lexis-Nexis, Wien, 2010, str.1-109.

nju ovih objektata je potrebna vodna dozvola, odnosno saglasnost.³⁶ Zakon određuje da se plavnim područjem, tj. nivoom plavosti smatraju područja koja su poslednjih trideset godina redovno poplavljena. Granice plavnih područja moraju se uvesti u vodne knjige.³⁷

U **okvirnim vodoprivrednim planovima** (wasserwirtschaftliche Rahmenpläne), koje predlaže savezni ministar za poljoprivredu, životnu sredinu i vodoprivredu predviđa se način obezbeđenja vode za piće, za navodnjavanje i odvodnjavanje, *zaštita od visokih voda*, način korišćenja vodnih snaga, kao i vode za ribolov.³⁸ Vodoprivredno **planiranje se ostvaruje i na pokrajnskom nivou**, koje obuhvata određivanje zaštićenih oblasti (Schutzgebiete), obezbeđenje vodoprivrednih interesa naspram ostalih subjekata planiranja, obezbeđenje interesa korisnika voda za piće i privrednu upotrebu u pokrajini. Savezni ministar za poljoprivredu, životnu sredinu i vodoprivredu obezbeđuje koordinaciju pokrajinskih vodoprivrednih planova.³⁹ **Nacionalni plan privređivanja vodama** je vid generalnih planova koji služi razvoju životnih i privrednih odnosa u rečnim područjima-jedinicama Dunava, Rajne i Elbe. Predviđa vodoprivredni sistem uz moguće *usaglašavanje različitih interesa* i njihovog ostvarivanja, u skladu sa opštim interesima. Savezno ministarstvo za poljoprivredu i vodoprivredu je nadležno da ovaj plan sastavi za svaku jedinicu, sa posebnim akcentom na zakonom ustanovljene ciljeve zaštite životne sredine.⁴⁰ Sadrži i glavne pravce stalnog *praćenja* (Überwachung) kvantitativnog i kvalitativnog *stanja* na ovim vodama.⁴¹ Programi sadrže i osnovne mere radi realizacije zakonom ustanovljenih ciljeva, između ostalih radi otklanjanja posledica poplava.⁴² Savezni ministar, radi konkretizovanja mera, donosi posebnu uredbu.⁴³ Prilikom sastavljanja, modifikovanja i aktualizovanja nacionalnog plana privređivanja vodama uključuju se svi zainteresovani subjekti, uključiv i javnost.⁴⁴ U skladu sa *evropskim smernicama*, vezanim za obavezu *javnog informisanja*,⁴⁵ Savezni ministar za poljoprivredu, zaštitu životne sredine i vodoprivredu ustanovljava *vodoprivredni informacioni sistem Austrije*, koji kao registar u elektronskoj formi sadrži sve bitne podatke ve-

³⁶ V. st. (1) par. 38. WRG in: Wasserrecht, str.30.

³⁷ V. st.(3) par 38. WRG in: Wasserrecht, str.31.

³⁸ V. st.(1) par 53. WRG in: Wasserrecht, str.34.

³⁹ V. st.(1) i (2) par 55. WRG in: Wasserrecht, str.35.

⁴⁰ V. st.(1) par 55. c) WRG in: Wasserrecht, str.37.

⁴¹ V. tač.2. st. (2) par 55. c) WRG in: Wasserrecht, str. 37.

⁴² V. .podtačku b) tač. 9. st. (1) par 55. c) WRG in: Wasserrecht, str. 38.

⁴³ V. st. (1) par 55. f) WRG in: Wasserrecht, str. 39.

⁴⁴ V. st. (1) par 55. i) WRG in: Wasserrecht, str. 41.

⁴⁵ V. Smernice EU: 2000/60/EG, 91/271/EWG, 91/676/EWG i Smernicu 91/61/EG.

zanih za površinske i osnovne vode, kao i o preduzetim merama za njihovo održavanje.⁴⁶

4. Mađarsko pravo

Parlament Mađarske je doneo **LVII Zakon od 1995. g. o privređivanju vodama** (1995. évi LVIII. törvény a vízgazdálkodásról) u cilju očuvanja boljeg korišćenja voda kao i u cilju otklanjanja štetnog dejstva voda. Radi ostvarivanja tih ciljeva uređena su prava i dužnosti konzumentata i nadležnosti organa i organizacija za zaštitu voda i za zaštitu od voda. Posebno su propisana prava i dužnosti privrednika u pogledu načina i obima korišćenja voda. Doneti su i propisi o izgradnji i očuvanju vodnih objekata, nasipa i prirodnih i veštačkih vodnih objekata. Predviđena su pravila o prevenciji, odnosno odbrani od štetnih dejstava voda, kao i pravila o otklanjanju nastalih šteta.⁴⁷ Propisana su i pravila o privređivanju rezervom voda,⁴⁸ pravila o vodnom doprinosu⁴⁹ kao i nadležnosti vodoprivrednih organa,⁵⁰ i najзад, pravni propisi povodom izdavanja vodnih dozvola.⁵¹

5. Hrvatsko pravo

Više puta izmenjen i dopunjen **Zakon o vodama Hrvatske** (poslednje izmene u 2013. g.),⁵² pored planskih dokumenata o upravljanju vodama, posebnu pažnju posvećuje zaštiti voda, načinu i uslovima korišćenja voda, zaštiti od štetnog dejstva vode, a ne u poslednjem redu, regulisanju odbrane od poplave.

Planski dokumenti upravljanja vodama su Strategija upravljanja vodama⁵³ i Plan upravljanja vodnim područjima.⁵⁴

Ciljevi zaštite voda su sprečavanje daljeg pogoršanja stanja voda, zaštita i poboljšanje stanja voda.⁵⁵ **Standarde kvaliteta** vode za različite vrste **korišćenja**, na osnovu zakona, propisuje Vlada, svojom Ured-

⁴⁶ V. st. (1) par 59. a) WRG in: Wasserrecht, str. 46.

⁴⁷ St. (1) par. 1. mađarskog Zakona o privređivanju vodama.

⁴⁸ V. poglavlje V o privređivanju vodnim resursima, par. 14. mađarskog Zakona o privređivanju vodama.

⁴⁹ V. par. 15/A mađarskog Zakona o privređivanju vodama.

⁵⁰ V. poglavlje VIII mađarskog Zakona o privređivanju vodama, o nadležnostima vodoprivrednih organa.

⁵¹ V. par. 28. mađarskog Zakona o privređivanju vodama.

⁵² Zakon o vodama RH, Narodne novine, br. 153/09, 63/11, 130/11. 56/13.

⁵³ V. čl. 36. Zakon o vodama RH.

⁵⁴ V. čl. 37. Zakon o vodama RH.

⁵⁵ V. čl. 40. Zakon o vodama RH.

bom.⁵⁶ Zakon reguliše *područja posebne zaštite voda*, kao i ispuštanje i *pročišćavanje* otpadnih voda.⁵⁷ Dalje odredbe o korišćenju voda sadrži poglavlje VI Zakona. Pored odredbe o **opštoj upotrebi**⁵⁸ posebne vode za piće i za sanitarne potrebe,⁵⁹ zakon reguliše pojedine vrste **posebne**, odn. privredne upotrebe, kao što je upotreba vodnih snaga,⁶⁰ navodnjavanje,⁶¹ iskorišćavanje šljunka i peska,⁶² i dr.

Zaštita od štetnog dejstva voda (poglavlje VII Zakona) obuhvata aktivnosti i mere odbrane od poplava, odbranu od leda na vodama i zaštiti od erozije i bujica.⁶³ Pravilima o zaštiti od štetnog dejstva doprinose i regulative o **uređenju voda**, u koje spadaju gradnja regulacionih i *zaštitnih vodnih građevina*, gradnja građevina na osnovu *melioracionih odvodnjavanja*, radovi na *održavanju voda*, u cilju neškodljivog protoka voda.⁶⁴ Tu spadaju i odredbe o *inundacionim područjima*, tj. o zemljištu koje se nalazi između korita vodotoka i spoljnog ruba regulacionih i zaštitnih vodnih objekata, uključiv i pojas zemljišta za njihovo održavanje.⁶⁵ Uređenju voda služe i *karte opasnosti od poplave* odn. karte rizika od polava koje se izrađuju po vodnim područjima.⁶⁶

Planovi upravljanja rizicima od poplave sadrže ciljeve, mere zaštite, pripravnost, prognozu, sistem obaveštavanja.⁶⁷ Sama **odbrana od poplave** može biti preventivna, redovna i vanredna.⁶⁸ U preventivu spadaju i radovi na održavanju voda iz čl. 107. ZV RH. Poslovi odbrane od poplava na branjenom području se mogu ustupiti primenom propisa o javnim nabavkama.⁶⁹

B. SMERNICE EVROPSKOG PRAVA

Najznačajnije smernice komunitarnog evropskog prava koje se odnose na kvantitet i kvalitet voda su one kojima se regulišu *osnovne vode* i

⁵⁶ V. čl. 41. Zakon o vodama RH.

⁵⁷ V. čl. 56. Zakon o vodama RH.

⁵⁸ V. čl. 8 Zakona o vodama RS.

⁵⁹ V. čl. 71. i 90. Zakona o vodama RH.

⁶⁰ V. čl. 91 Zakona o vodama RH.

⁶¹ V. čl. 96. Zakona o vodama RH.

⁶² V. čl. 97. Zakona o vodama RH.

⁶³ V. st. 1. čl. 105. Zakona o vodama RH.

⁶⁴ V. čl. 106. Zakona o vodama RH.

⁶⁵ V. čl. 108. i 109. Zakona o vodama RH.

⁶⁶ V. čl. 111. Zakona o vodama RH.

⁶⁷ V. čl. 112. Zakona o vodama RH.

⁶⁸ V. čl. 115. Zakona o vodama RH.

⁶⁹ V. čl. 117. Zakona o vodama RH.

njihove pritoke⁷⁰, smernice o evropskoj elektronskoj mreži podataka o kvalitativnom i kvantitativnom stanju voda i smernica o učešću javnosti u stvaranju vodnih planova za poboljšanje stanja na vodama.⁷¹ Pri ostvarivanju zakonom zagarantovanih subjektivnih ekoloških prava, uključiv i vodnih prava smernice očekuju omogućavanje sudske zaštite, tj. pristup ne samo administrativnom, već i pravnom putu. Postoje brojne evropske smernice koje se odnose na sve elemente životne sredine, pa shodno i na vode. Tako, posebna evropska smernica traži mogućnost preispitivanja određenih javnih i privatnih projekata sa stanovišta podnošljivosti za životnu sredinu, pa i za vode i vodotoke.⁷² Od velikog je pravnog značaja i Smernica o ekološkoj odgovornosti za prevenciju i saniranje ekoloških šteta⁷³. Značajna je i Uredba o slobodnom pristupu organizacija zajedničkom sistemu za ekološki menadžment i ispitivanju funkcionisanja ekologije (EMAS, I-III).⁷⁴

Smernice evropskog prava u oblasti ekologije su orijentiri za implementaciju zajedničkih ekoloških ciljeva u nacionalno pravo.⁷⁵ One su

⁷⁰ EU Grundwasser-Tochterrichtlinie 2006/115/EG od 00.11.2010), Bundesgesetzblatt, 1 S.1513.

⁷¹ Smernice EU 2000/60/EG, 91/271/EWG, 91/676/EWG i Smernica 91/61/EG, vezanim za obavezu javnog informisanja kvalitativnog i kvantitativnog stanja voda. V. i: Richtlinie 2003/4/EG über den Zugang der Öffentlichkeit zu Umweltinformationen und zur Aufhebung der Richtlinie 90/313/EWG, Abl. L. vom 14. 2. 2003, in: EU-Umweltrecht, Kodex des österreichischen Recht, 2011, 8. Auflage, Lexis-Nexis, Wien, 2011, str. 10; Richtlinie 2003/35/EG über die Beteiligung der Öffentlichkeit bei Ausarbeitung bestimmten Umweltbezogene Pläne und Programme und zur Änderung der Richtlinien 85/337/EWG und 96/61/EG in Bezug auf die Öffentlichkeitsbeteiligung und den Zugang zu Gerichten.

⁷² V. Richtlinie 85/337/EWG über Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten. V. in: EU - Umweltrecht, Lexis-Nexis Wien, 2011, str.41.- 49.

⁷³ V. Richtlinie 2004/35/EG über Umwelthaftung zur Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden, V. in: EU - Umweltrecht, Lexis-Nexis Wien, 2011, str. 21.- 39.

⁷⁴ Verordnung (EG) Nr. 761/2001 über die freiwillige Beteiligung der Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung (EMAS); Verordnung (EG) Nr. 1221/2009 über die freiwillige Teilnahme von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für Umweltmanagement und Umweltsbetriebsprüfung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 761/2001, sowie der Beschlüsse der Kommission 2001/681 EG und 2006/193/EG, v. in: EU - Umweltrecht, Lexis-Nexis Wien, 2011, str.81-186.

⁷⁵ V. sve smernice i uredbe u oblasti evropskog ekološkog prava sa primerom implementacije u austrijsko pravo, v. in: EU-Umweltrecht, Kodex des österreichischen Recht, 2011, 8. Auflage, Lexis-Nexis, Wien, 2011, str.1-1042. U pogledu međunarodne reke Dunav, postoje i bilateralni sporazumi između dunavskih zemalja i EU, v. npr. Vertrag mit der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Gemeinschaft über wasserwirtschaftliche Zusammenarbeit im Einzugsgebiet der Donau (Regensburger Vertrag), BGBl 1961/289. V., Wasserecht, 2010, Lexis-Nexis, Wien, 2010, str. 1059. O evropskim

od značaja za sve elemente životne sredine, zemljište, vode, vazduh. Posebno su značajne za vode, kako u domenu opšte upotrebe, tako i u domenu privredne upotrebe, budući da su vode preko tzv. međunarodnih voda prekogranične, te ekološki uticaj u jednoj zemlji izaziva uticaj i u drugoj. Postoje brojne evropske smernice koje se odnose na pojedine elemente životne sredine, samo za vode, samo za zemište, itd. Takođe, postoje brojne smernice koje se odnose na limite ispuštanja štetnih i opasnih materija u elemente životne sredine. Sami elementi životne sredine su u međusobnoj povezanosti, te stanje u jednom, utiče na stanje u drugom elementu. Otuda evropska pravila, gde god je to moguće, pored specifičnog regulativnog pristupa, preporučuju integralni pristup. Same poplave, erozije i ostala štetna dejstva voda pored opasnosti za život građana imaju uticaj i na zagađenje voda, a posredno i na druge elemente životne sredine.

III ZAKLJUČNE NAPOMENE

U radu su analizirana domaće i inostrano pravo (nemačko, francusko, austrijsko, mađarsko i hrvatsko), te evropska pravila vezana za zaštitu od štetnog dejstva voda, tj. poplave, erozije, bujica i leda na vodama, kao i pravila o odvođenju i dovođenju voda sa područja viška do područja manjka voda (melioracije). Analizirana nacionalna prava su naročito posvećena prevenciji putem predviđanja, održavanja vodnih objekata za zaštitu od visokih vodostaja. Važan je aspekt evidencije onih vodnih područja na kojima se redovno uzastupno pojavljuju poplave. To je od pravnog značaja zbog planiranja upravljanja vodama (preko strateških planova kao i konkretnih mera) vezanih za odbrane od poplava i drugih štetnih dejstava voda i vodotoka. Važne su odredbe koje su posvećene obezbeđenju potrebnog kvalitativnog i kvantitativnog stanja za različite korisnike, kako u oblasti tzv. opšte upotrebe (konzumencija vode za piće) kao i za privrednu upotrebu (iskrišćavanje vodnih snaga za proizvodnju električne energije, plovidba, korišćenje peska i šljunka iz korita vodotoka i dr.) Prili-

komunitarnim propisima o *kvalitetu i kvantitetu voda* (spisak) , v. ibid, str. 1062-1063. Među njima, sa stanovišta teme ovog rada – *visoke vode* - značajna je Smernica RL 2007/60/EG über die Bewertung und das Management von Hochwasserrisiken, Abl L 288 od 06.11. 2007, str. 27, ibid.1454. Ova smernica se poziva na Uredbu (EZ) br. 2012/2002. saveta o osnivanju *fonda solidarnosti* u cilju da se u slučajevima katastrofa omogućí brza finansijska pomoć (v. tač. 8). Obavezuje članice EU stvaranje *karata o rizima od polava*, stvaranje planova o *menadžmentu visokih voda*, davanje *informacije* javnosti i *konsultacija javnosti*, v. čl.7-8, čl. 9-10. (Wasserecht, Lexis-Nexis, Wien, 2010., str. 1457-1459).

kom izgradnje vodnih objekata kao što su mostovi, brane, ustave, propisuju se pravila o njihovoj izgradnji iznad nivoa višegodišnjeg najvišeg vodostaja. Vodne dozvole radi izgradnje novih vodnih postrojenja su od značaja i sa stanovišta zaštite od visokih voda. Takođe, ukazuje se i na propise domaćeg i uporednog prava kojima se uređuje režim voda. Analizirane evropske smernice ukazuju na potrebu za učešćem javnosti kod vodnih planova, na mrežu evidencije kvalitativnog i kvantitativnog stanja na osnovnim vodama. Obzirom da pored učestalih poplava postoje i sušni periodi, od značaja su odredbe kojima se regulišu melioracije, putem odvođenja suvišnih voda ili putem dovodenja voda, pre svega iz kanalske mreže.

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

Legal Instruments of the Protection from Waters (Floods and Droughts) and of the Protection of Waters

Abstract: *In this paper the author analyzes the Serbian law, the laws of several European countries (Germany, France, Austria, Hungary and Croatia) and European Union rules in respect of the protection from harmful effects of waters, such as floods, erosion, torrents, icing on the surface of waters, just as well as the rules on diverting of water from a territory where it is in surplus, on the one hand, or directing it from the territory where it is in surplus to the one with water shortage (amelioration), on the other. The subject of analysis is the instruments of water management in the function of protection from high-water, too, such as the long and short term planning of protection from floods, measures necessary to prevent them and elimination of their effects. The maintenance of required water regime is also considered as an instrument of protection from high-water, especially the construction and upkeep of facilities for protection from floods. Facilities for utilization of water resources, such as roads and bridges, should be constructed in accordance with environmental permits, at the level well above the high water level measured in a longer period of time.*

Key words: *legal instruments of protection from floods, maintenance of facilities for the protection from waters, amelioration, instruments of planning of required quantitative and qualitative condition of waters for the purpose of use by various consumers, water permit as an instrument of management of the condition of waters, registry of condition of waters and the role of publicity, European directives in the field of protection of waters and other elements of environment.*

*Dr Rodoljub Etinski, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

PRIMENA NAČELA *UTI POSSIDETIS* U SPORU O GRANICI IZMEĐU BURKINA FASO I MALIJA*

Sažetak: *Primena načela uti possidetis nije ograničena na Latinsku Ameriku, dakle na region gde su dekolonizovane države počele da koriste to načelo u tridesetim godinama XIX veka. Međunarodni sud nalazi da ukoliko dođe do sukoba načela uti possidetis i načela samoopredeljenja naroda, dakle dva načela važna za proces dekolonizacije, stabilnost i mir – prvi interes novih nezavisnih država zahteva da se da prednost načelu uti possidetis. U tom smislu makoliko da granice nasleđene iz kolonijalizma odstupaju od etničkih, geografskih ili administrativnih zahteva, načelo pravičnosti ne može biti osnov za njihovu promenu. Ipak, načelo pravičnosti ima izvesnu ulogu kao dopuna načela uti possidetis.*

Ključne reči: *granica, uti possidetis.*

1. Uvod

Burkina Faso i Mali sporili su se oko međusobne granice, nasleđene iz kolonijalizma, od sticanja nezavisnosti 1960. godine. 1974. godine one su zaratile zbog granice.¹ U okviru Organizacije afričkog jedinstva ustanovljena je Komisija za posredovanje radi traženja rešenja. Međutim, kako ta Komisija nije uspeła da nađe rešenje, spor je poveren na rešavanje Međunarodnom sudu pravde, odnosno Sudskom veću koje je Međunarodni sud ustanovio svojom naredbom. Dok je tekao sudski postupak, dogodio se no-

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

¹ G. J. Naldi, The Case concerning the Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali): *Uti Possidetis* in African Perspective, *International and Comparative Law Quarterly*, 36, 1987, 894.

vi oružani sukob između dve strane 1985. godine. Posle nekoliko dana oružanih borbi uspostavljeno je primirje i obe strane su povukle svoje vojne jedinice. Međunarodni sud pravde doneo je naredbu, na zahtev Burkina Faso, kojom je naredio stranama u sporu da se uzdrže od daljih oružanih sukoba.²

Bivše španske kolonije, posle sticanja nezavisnosti tridesetih godina XIX veka, želeći da izbegnu sporove i sukobe zbog određivanja granica, prihvatile su načelo rimskog prava *uti possidetis juris*, dakle „kako pravno poseduješ,“ kao pravilo za utvrđivanje međusobnih granica. Opšte je prihvaćeno da se to načelo primenjuje na granice među državama Latinske Amerike. Međunarodni sud je našao u sporu između Burkina Faso i Malija, dakle dve afričke države, da je reč o univerzalnom načelu koje se primenjuje i izvan Latinske Amerike u svim slučajevima sticanja nezavisnosti. I pre ovog slučaja Međunarodni sud je rešavao teritorijalne sporove, ali to je bio prvi slučaj u kome je Međunarodni sud mogao da primeni načelo *uti possidetis*. Kasnija praksa primene ovog načela od strane istog Suda nije odstupila od standarda ustanovljenih presudom Suda u ovom slučaju.³

2. Opšta primena načela *uti possidetis*

Veće je ukazalo na opštu primenjivost načela *uti possidetis*. Načelo je primenjivano prvo u Latinskoj Americi, jer je na tom kontinentu započeo proces dekolonizacije, koji je uključivao formiranje novih, nezavisnih država na teritoriji koja je bila pod vlašću jedne države metropole.⁴ Veće primećuje, međutim, da „načelo nije specijalno pravilo koje pripada samo jednom specifičnom sistemu međunarodnog prava. To je opšte načelo, koje je logički povezano sa pojavom sticanja nezavisnosti, bilo kada da se dogodi.“⁵ Kaže da je očigledni cilj načela da se spreče bratoubilački ratovi zbog granica.⁶ Prema tome, Veće je videlo činjenicu da nove afričke države poštuju administrativne granice koje su povukle kolonijalne sile ne kao praksu koja doprinosi postepenom nastanku načela običajnog prava, ograničenog na afrički kontinent, nego kao primenu opšteg pravila u

² Frontier Dispute, Provisional Measures, Order of 10 January 1986, *I.C.J. Reports*, 1986.

³ R. Etinski, Primena načela *uti possidetis juris* u sporu između El Salvadora i Hondurasa, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3(1)/2011, str. 85-113. R. Etinski, Primena načela *uti possidetis juris* u sporu između Benina i Nigera, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3/2012, str. 69-89.

⁴ *Frontier Dispute* (Burkina Faso/Republic of Mali), Judgment of 22 December 1986, str.565, para 20.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

Africi.⁷ Ipak, Veće nije sasvim konzistentno u svojim iskazima u pogledu opšte primene načela. Dva stava kasnije u istoj presudi, Veće kaže da je načelo *uti possidetis*, kao načelo koje pretvara bivše administrativne delimitacije, ustanovljene u kolonijalnom periodu, u međunarodne granice, načelo opšte vrste koje je logično povezano sa ovim oblikom dekolonizacije, bilo kada da se desi.⁸ Dakle, stav Veća iz paragrafa 21 Presude koji vezuje primenu načela za svako sticanje nezavisnosti razlikuje se od stava Veća iz paragrafa 23 koji vezuje primenu načela za dekolonizaciju.⁹

Inače, afričke države se nisu često pozivale eksplicitno na ovo načelo. U svojim deklaracijama one su potvrđivale rešenost da održe *status quo* iz vremena sticanja nezavisnosti, što znači granice koje su bile ustanovljene međunarodnim sporazumima koji su bili tada na snazi ili koje su proisticale iz unutrašnjih administrativnih podela.¹⁰ U Rezoluciji (AGH/Res. 16 (1)), usvojenoj u Kairu u julu 1964. godine na samitu šefova afričkih država načelo se pominje eksplicitno.¹¹

Strane se nisu pozvale eksplicitno u arbitražnom sporazumu na načelo *uti possidetis*. One, međutim, u preambuli sporazuma kažu da rešenje spora treba da se zasniva na poštovanju načela nedodirljivosti granica nasleđenih iz kolonijalizma.¹² Dakle, implicate one pozivaju na primenu načela *uti possidetis*, jer suštinu tog načela čini upravo transformacija ranijih kolonijalnih, administrativnih granica u međudržavne granice dekolonizovanih zemalja.

3. Definisane načela *uti possidetis*

Sušтина načela je u njegovom primarnom cilju da obezbedi poštovanje teritorijalnih granica kakve su one u momentu sticanja nezavisnosti.¹³ To može da bude teritorijalna delimitacija između administrativnih jedinica ili kolonija pod istim suverenom.¹⁴ Tako se administrativna razgraničenja transformišu u međunarodnu granicu.¹⁵ Samo načelo je složene i sadrži više elemenata. Jedan od elemenata vezan je za latinski genitiv *juris*. Veće nalazi da je tim latinskim genitivom naglašeno da u pogledu sti-

⁷ *Ibid.* str.565, para. 21.

⁸ *Ibid.* str.566, para. 23.

⁹ U prilog univerzalne primene tog načela vidi G. J. Naldi, 898

¹⁰ *Frontier Dispute*, str.565, para. 22.

¹¹ *Ibid.* str.566, para. 22.

¹² *Ibid.* str.565, para. 20.

¹³ *Ibid.* str.566, para. 23.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

canja suvereniteta nad nekom teritorijom nadmoćnost ima pravni osnov (legal title, titre juridique) nad efektivnim posedovanjem (effectivités).¹⁶ Cilj ove odrednice načela bio je, po mišljenju Veća, da se u vreme sticanja nezavisnosti bivših španskih kolonija spreče planovi koje su mogle imati neameričke kolonijalne sile u pogledu regiona koje je bivša država metropola dodelila jednoj ili drugoj administrativnoj jedinici, ali koje su još bile nenaseljene i neistražene.¹⁷ U kontekstu razlikovanja pravnog osnova i efektivnog posedovanja, pravnim osnovom označavaju se dokumentarni dokazi (documentary evidence, preuve documentaire).¹⁸ Reč je o dokumentima kojima je ustanovljeno pravo na nekoj teritoriji. Naravno, pravni osnov može da označava i stvarni izvor tog prava.¹⁹

4. Odnos načela *uti possidetis* i drugih pravnih načela

4.1. Odnos načela *uti possidetis* i načela samoopredeljenja

Veće se osvrnulo na pitanje odnosa načela *uti possidetis* i drugih načela međunarodnog prava. Ono je razmatralo da li postoji sukob između načela *uti possidetis* i načela samoopredeljenja, jednog od osnovnih načela na kome se temelji dekolonizacija i sticanje nezavisnosti bivših kolonija.²⁰ Prema mišljenju Veća ta protivurečnost razrešena je načelom oportuniteta u korist načela *uti possidetis*. Jer, tim načelom se obezbeđuje mir i stabilnost koji su neophodno potrebni za razvoj novih nezavisnih država. Uostalom, nove, dekolonizovane afričke države su prihvatile načelo nepromenljivosti granica nasleđenih iz kolonijalnog perioda.²¹

4.2. Odnos načela *uti possidetis* i načela pravičnosti

Strane u sporu razlikovale su se u pogledu pitanja da li smeju da se pozivaju na pravičnost u tom sporu.²² Nije bilo sporno da Veće ne može da presudi *ex aequo et bono*, kako je predviđeno članom 38(2) Statuta Suda, jer stranke nisu na to pristale. Mali je, međutim, smatrao da treba uzeti u obzir pravičnost koja je neodvojiva od primene međunarodnog prava, koja je ekvivalentna pravičnosti kao elementu prava, odnosno *equity infra legem*. Burkina Faso se nije protivila, ali je isticala da nije jasno kakve bi praktične

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.* str.564, para. 18

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.* str.567, para. 25

²¹ *Ibid.* str.567, para. 26.

²² *Ibid.* str.567, para. 27.

implikacije u tom sporu proizvelo pozivanje na pravičnost.²³ Jer, prema mišljenju te države, u teritorijalnoj delimitaciji ne postoji ekvivalent koncepta „načela pravičnosti“ koji se koristi i delimitaciji morskih oblasti.²⁴ Mali nije to sporio, već je upućivao na pravičnost koja je normalni deo primene prava.²⁵ Veće je prihvatilo stav Malija. Konstatovalo je da ne može da sudi *ex aequo et bono*, da nije ovlašćeno da primenjuje pravičnost *contra legem* ili *praeter legem*, ali da će se držati pravičnosti *infra legem*, koju čini pravičnost kao metod tumačenja prava, dakle kao jedan od atributa tumačenja.²⁶ Veće se pozvalo na definiciju te pravičnosti u predmetu *Nadležnost u pogledu ribarenja*,²⁷ a prema kojoj se ta pravičnost ne svodi prosto na traženje pravičnog rešenja, već se pravično rešenje derivira iz primenjivog prava. Polazeći od toga Veće je naglasilo da bi bilo sasvim nepravično pozivanje na koncept pravičnosti radi modifikacije ustanovljene granice.²⁸ Ono je ovu tezu dalje elaboriralo navodeći da naročito u afričkom kontekstu, očigledni nedostaci mnogih granica nasleđenih iz kolonijalizma, sa etničkog, geografskog ili administrativnog stanovišta, ne mogu da podupru tvrdnju da bi modifikacija granica bila nužna ili opravdana na osnovu pravičnosti.²⁹ Bez obzira koliko da su nezadovoljavajuće, ove granice su zaštićene autoritetom načela *uti possidetis* i tako su potpuno saglasne sa savremenim međunarodnim pravom.

Veće je primenilo pravičnost *infra legem* pri određivanju protezanja granice na jezeru Soum. Komandanti lokalnih graničnih okruga postigli su sporazum 1965. godine da se granica pruža preko ovog jezera.³⁰ U to vreme Stalna zajednička komisija dve susedne države je bila nadležna da utvrđuje granicu. Ta Komisija nije potvrdila ovaj sporazum komandanata graničnih okruga, te on nije dosegao nivo međunarodnopravne delotvornosti. Ipak, Veće je smatralo, pozivom na načelo pravičnosti *infra legem*, da okolnosti tog sporazuma upućuju Veće da zaključi da se granica nalazila na pomenutom jezeru. Pošto nije bilo nikakve dostupne informacije o tome gde se tačno na jezeru nalazi granica, Veće je, opet pozivom na pomenuto načelo, zaključilo da se granica proteže jezerom tako da ga deli na dva jednaka dela. Tom prilikom se Veće pozvalo na raniji stav Međunarodnog suda, prema kome pravičnost ne mora nužno da znači jednakost, ali ako nema nekih posebnih okolnosti koje su protiv toga, jednakost je najbolji izraz pravičnosti.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.* str. 567, para. 28

²⁷ Fisheries Jurisdiction, I.C.J. Reports 1974, str. 33, para. 78 ; str. 202, para. 69.

²⁸ *Frontier Dispute*, str. 633, para. 149.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.* str. 631, para. 146.

4.3. Odnos načela efektiviteta i načela uti possidetis juris

Obe strane su se pozivale na kolonijalni efektivitet (colonial effectivité) da bi dokazale svoje tvrdnje, ali su mu pridavale različit značaj i težinu.³¹ Pod efektivitetom one su razumele ponašanje administrativnih vlasti, dakle vršenje akata vlasti čime se ispoljavalo vršenja teritorijalne jurisdikcije nad nekom oblašću. Burkina Faso je smatrala da je moguće efektivitetom podupreti pravni osnov, ali da on ne može da bude zamena za pravni osnov.³² Mali je smatrao, međutim, da efektivitet nema značaj, ako je suprotan pravnom osnovu, ali kada se granica ne može ustanoviti na osnovu nekog pravnog osnova, dakle neke konvencije ili legislativnog akta, istraživanje efektiviteta dobija suštinski značaj.³³

Veće je konstatovalo da je uloga koju igra efektivitet u ovom predmetu veoma složena i da će ono morati pažljivo da meri pravnu snagu efektiviteta u svakom posebnom slučaju.³⁴ Ipak, ono je iznelo neke načelne stavove o odnosu efektiviteta i načela *uti possidetis juris*. Ono je ukazalo na moguće postojanje više situacija. Kada je akt vršenja vlasti saglasan sa pravom, kada je efektivno administriranje ide uz *uti possidetis juris*, effectivité potvrđuje vršenje vlasti na osnovu pravnog osnova.³⁵ Kada to nije tako, kada akt ne korespondira sa pravom, kada je spornom teritorijom administrirala država koja nema pravni osnov nad tom teritorijom, prednost treba da ima nosilac pravnog osnova.³⁶ Treća situacija postoji kada nema bilo kakvog pravnog osnova. Tada se mora razmatrati efektivitet.³⁷ U četvrtoj situaciji, kada pravni osnov nije dovoljan da se ustanovi tačno protezanje granice, efektivitet igra suštinsku ulogu u predstavljanju kako je osnov tumačen u praksi.³⁸

5. Uloga i značaj kolonijalnog prava

Načelo *uti possidetis* je načelo međunarodnog prava kojim se „zamrzava“ teritorijalni naslov i pretvara administrativnu granicu u međudržavnu granicu. Utvrđivanje granica među suverenim državama vrši se na osnovu međunarodnog prava. Međutim, administrativna granica je bila utvrđena saglasno kolonijalnom pravu, koje je važilo do sticanja nezavisnosti. Obe države – Burkina Faso i Mali – bile su francuske kolonije, de-

³¹ *Ibid.* str. 586, para. 63.

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.* str. 587, para. 63.

lovi Francuske Zapadne Afrike, u kojima je važilo francusko kolonijalno pravo "*droit d'outre-mer*". Prema tome, to pravo je značajno za utvrđivanje kako je administrativna granica uspostavljena i kako se protezala u momentu sticanja nezavisnosti dve države. Međutim, Međunarodni sud primenjuje međunarodno pravo, a ne unutrašnje pravo. Zato se Veće bavi francuskim kolonijalnim pravom kao sa činjenicama koje su relevantne za utvrđivanje kako je uspostavljena i kako se protezala administrativna granica između kolonija Gornje Volte (preteče Burkine Faso) i Malija u momentu kada su dve države stekle nezavisnost.³⁹

Ovo znači dalje da kada Veće treba da utvrdi značenje, dejstvo ili valjanost nekog pravnog akta francuskih kolonijalnih vlasti, ono će to učiniti u skladu sa francuskim kolonijalnim pravom.⁴⁰ Mali je osporavao pravnu valjanost Naredbe Generalnog guvernera iz 1927. godine, kojom je određena granica između Nigera i Gornje Volte zbog zablude u pogledu činjenica, jedne geografske lokacije, visova N'Gouma - što je po francuskom pravu lišavalo pravne valjanosti taj pravni akt. Međutim, lokacija visova N'Gouma bila je sporna među stranama te je Veće odgovorilo da validnost Naredbe zavisi od lokacije tih visova, ali ne i obrnuto, dakle lokacija visova ne zavisi od valjanosti Naredbe.⁴¹ Veće je našlo, takođe, da razmena pisama između generalnog guvernera Francuske Zapadne Afrike i zamenika guvernera koji su upravljali Francuskim Sudanom i Nigerom nije mogla da rezultira u uspostavljanju granice među kolonijama prema tada važećem kolonijalnom administrativnom pravu.⁴²

6. Teritorijalna organizacija Francuske Zapadne Afrike i datum sticanja nezavisnosti

Kako se osnovno dejstvo načela *uti possidetis* ispoljava u transformaciji kolonijalnih administrativnih granica u međudržavnu granicu novih nezavisnih država, jasno je da pitanje teritorijalne organizovanosti bivših kolonija ima najveći značaj. Zbog toga je Veće razmotrilo to pitanje, pre nego što je počelo da utvrđuje liniju protezanja administrativne kolonijalne granice. Ono se bavilo prvo istorijskim aspektom pitanja. Konstatovalo je, prvo, da je teritorijalna administracija Francuske Zapadne Afrike bila centralizovana od početka XX veka do stupanja na snagu Francuskog ustava od 27. oktobra 1946. godine.⁴³ Celom Francuskom Za-

³⁹ *Ibid.* str.568, para. 29, 30.

⁴⁰ *Ibid.* str.590, para. 69.

⁴¹ *Ibid.* str.592, para. 72.

⁴² *Ibid.* str.597, para. 80.

⁴³ *Ibid.* str.568, para. 31.

padnom Afrikom, koja je bila podeljena u kolonije, upravljao je generalni guverner (gouverneur-général). Predsednik Francuske je imao vlast da formira i ukida kolonije.⁴⁴ Svakom kolonijom je upravljao zamenik guvernera. Pored kolonija, manje administrativne teritorijalne jedinice bile su okruzi, podjedinice i kantoni. Generalni guverner je osnivao i ukidao okruge, kojima su upravljali komandanti. Podjedinice i kantone osnivao je i ukidao zamenik guvernera. Okruzi su se delili na podjedinice kojima su upravljali šefovi. Više sela činilo je kanton.⁴⁵ Početkom 1919. godine, teritorije dve države u sporu – Burkine Faso i Malija – bile su delovi dve kolonije – Gornjeg Senegala i Nigera. Predsednik Francuske Republike je naredbom od 1. marta 1919. godine izdvojio pojedine okruge iz pomenute dve kolonije – Gornjeg Senegala i Nigera – i od njih formirao novu koloniju Gornju Voltu.⁴⁶ Predsednička naredba o osnivanju Gornje Volte ukinuta je naredbom od 5. septembra 1932. godine, ali je Gornja Volta uspostavljena ponovo zakonom 47-1707 od 4. septembra 1947. godine, te je stekla nezavisnost 5. avgusta 1960. i promenila je ime u Burkina Faso 1984. godine.⁴⁷ Takođe, 1920. godine uspostavljen je ponovo Francuski Sudan, koji je uspostavljen prvo 1890. godine i postojao je do 1899. godine. Pošto je ponovo uspostavljen 1920. godine, on je stekao nezavisnost 1960. godine i promenio je ime u Mali.

Dve strane se nisu slagale u pogledu datuma koji je relevantan za transformaciju administrativne grance u državnu granicu. Prema mišljenju Burkina Faso to treba da budu datumi sticanja nezavisnosti obe države, dakle 20. jun 1960. za Mali i 5. avgust 1960. za Burkina Faso.⁴⁸ Prema mišljenju Malija, to treba da bude datum na koji su francuske vlasti još učestvovalе u vršenju jurisdikcije u pogledu teritorijalnog organizovanja, te bi to trebalo da bude 30. januar 1959. za Mali i 28. februar 1959. za Burkina Faso.⁴⁹ Međutim, obe strane su se slagale da se nije dogodila promena granice u periodu 1959-1960, tako da pitanje na koji datum se tačno administrativna granica transformisala u međudržavnu nije imalo praktični značaj. Isto tako, iako je ponovljeno više puta da tokom kolonijalnog perioda granica nije određena u potpunosti direktnom ili delegiranim legislacijom, obe strane su se slagale da je u momentu sticanja nezavisnosti među njima postojala konačna granica.⁵⁰

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.* str.569, para. 32.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.* str.570, para. 33.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.* str.570, para. 33.

7. Pravni značaj akata koje su strane učinili posle sticanja nezavisnosti u vezi sa rešavanjem spora o granici

Strane u sporu bile su saglasne da jednostrani akti koje su činile posle sticanja nezavisnosti ne mogu da menjaju granicu kako je ona postojala u vreme sticanja nezavisnosti. Međutim, Burkina Faso je tvrdila da je Mali pristao na određenu granicu tokom rešavanja spora u vezi sa granicom posredovanjem Organizacije Afričkog Jedinstva i da ga taj pristanak obavezuje, dok je Mali to poricao. Odmah po sticanju nezavisnosti dve države su počele pregovore, prvo na lokalnom, pa na vladinom nivou, radi rešavanja spora o granici. Kako pregovori nisu urodili sporazumom, dve strane su zaratile. Kako bi zaustavile oružani sukob, nekoliko prijateljskih afričkih država je ustanovilo Komisiju za posredovanje 27. decembra 1974. godine koja je trebalo da reši spor.⁵¹ Predsednik Malija je 11. aprila 1975. godine dao intervju agenciji Franspres u kome je, između ostalog, rekao: „Mali se prostire na preko 1,240.000 kvadratnih kilometara i mi ne možemo da opravdamo borbu za komadić teritorije, koji je dug 150 kilometara. Čak ako Komisija Organizacije Afričke Unije odluči objektivno da granica prolazi kroz Bamako, moja Vlada će se povinovati toj odluci.“⁵² Pravna podkomisija, koja je delovala u okviru Komisije za posredovanje, podnela je svoj izveštaj 14. juna 1975. u kome je istakla načelo nepovredivosti kolonijalnih granica i u kome je predstavila konkretne predloge u pogledu načina za definisanje granične linije.⁵³ Komisija za posredovanje je uz učešće predsednika Gornje Volte (Burkina Faso) i Malija u Lomeu usvojila završni communiqué 18. juna 1975. kojim su se obavezale da okončaju svoj spor na osnovu preporuka Komisije za posredovanje. Dve strane su se složile da predsednik Komisije za posredovanje ustanovi neutralni tehnički komitet, koji će imati zadatak da utvrdi lokaciju pojedinih sela, da izvidi granicu i podnese predloge Komisiji.⁵⁴ Šefovi dve države u sporu sreli su se ponovo 10. jula 1975. u Konakriju na poziv predsednika Republike Gvineje. U zajedničkoj izjavi koju su tada objavili oni pozdrvaljaju napore i rezultate Komisije za posredovanje Organizacije Afričkog Jedinstva i potvrđuju zajedničku nameru da urade najviše što mogu da odu još dalje od tih rezultata, naročito olakšavanjem delimitacije granice u cilju da postognu potpuno pomirenje.⁵⁵ Međutim, neutralni tehnički komitet nije uspeo da obavi povereni mu zadatak i tada su dve drža-

⁵¹ *Ibid.* str. 570-571, para. 34-36.

⁵² *Ibid.* str. 571, para. 36.

⁵³ *Ibid.* str. 571, para. 37.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.* str. 572, para. 38.

ve iznele spor pred Međunarodni sud. Strane u sporu bile su saglasne da Komisija za posredovanje Organizacije Afričkog Jedinstva nije sudsko telo i da nije imala ovlašćenje da donosi pravno obavezujuće odluke.⁵⁶ Pored toga, Komisija nije nikada završila svoj rad. Burkina Faso je, međutim, tvrdila da je Mali pristao na rešenja čije konture su date u kontekstu rada Komisije.⁵⁷ Kao dokaz za svoju tvrdnju Burkina Faso je navela više činjenica – sporazum o osnivanju Komisije za posredovanje od 27. decembra 1974. godine, izjavu Predsednika Malija od 11. aprila 1975. godine i završni communiqué iz Lomea od 18. juna 1975. godine.⁵⁸ Burkina Faso je dokazivala da je izveštaj koji je Pravna podkomisija podnela Komisiji za posredovanje i koji je razmatran u Lomeu 18. juna 1975. godine pravno obavezujući za Mali na osnovu izjave koju je Predsednik Malija dao Franspresu 11. aprila 1975. godine.⁵⁹ Tim izveštajem nije naznačena granica, ali su određena pravila u pogledu dokazivanja efektivnog vršenja vlasti, kao osnove za utvrđivanje granice. Pored toga, završni communiqué iz Lomea od 18. juna 1975. godine je međunarodni sporazum i on je, prema tvrdnji Burkina Faso, usvojen da potvrdi obavezu koju je Mali već prihvatio.⁶⁰ Mali je, međutim, tvrdio da iz izjave Predsednika date Franspresu 11. aprila 1975. ne proističe obaveza za Mali jer je reč o dosetci kakve se redovno koriste na pres konferencijama.⁶¹ Smisao te izjave bio je, prema tumačenju Malija, jedino da izrazi stav da je Mali spreman da savesno i dobronamerno razmotri preporuke Komisije za posredovanje.⁶² Mali je osporavao, takođe, značenje koje je Burkina Faso pridavala završnom communiqué-u iz Lomea od 18. juna 1975. godine. Prema mišljenju Malija, Komisija za posredovanje nije učinila nikakvu preporuku kojom je predodredila graničnu liniju, jer je osnovala neutralnu tehničku komisiju da izvidi tu graničnu liniju.⁶³ Prema tome, predlozi koje je Pravna podkomisija podnela Komisiji za posredovanje nisu određivali konačno rešenje u pogledu protezanja granice.

Sudsko veće je moralo da reši ovaj preliminarni spor⁶⁴ pre no što je prešlo na rešavanje spora u meritumu. Jer, ako bi prihvatilo stav Burkina

⁵⁶ *Ibid.* str. 572, para. 38.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.* str. 575, para. 43.

Faso da je Mali pristao na pravila u pogledu dokazivanja efektivnog vršenja vlasti koja su izneta u izveštaju Pravne podkomisije, tada bi ono bilo vezano tim pravilima i posao Veća bi se sveo na primenu tih pravila. Sudsko veće nije, međutim, prihvatilo stav Burkina Faso.

Sudsko veće je zaključilo da država može da preuzme pravnu obavezu jednostranom izjavom svojih zvaničnika, ali da se to nije desilo u slučaju izjave Predsednika Malija date Franspresu 11. aprila 1975. godine. Sudsko veće je istaklo da da bi jednostrana izjava državnog zvaničnika proizvela pravnu obavezu za tu državu mora da postoji namera države da se to desi i da Međunarodni sud utvrđuje postojanje te namere na osnovu okolnosti slučaja.⁶⁵ Veće je konstatovalo da ta izjava nije data u pregovorima sa drugom stranom. Čineći razliku između ovog predmeta i predmeta *Nuklearni testovi*⁶⁶, u kome je Sud našao da je Francuska jednostranim izjavama zvaničnika preuzela pravnu obavezu, Veće je konstatovalo da u poslednjem predmetu Francuska nije ni imala drugu mogućnost preuzimanja pravne obaveze već da to učini jednostranim izjavama, dok je Mali mogao da pružme obavezu bilateralnim aranžmanom sa Burkina Faso.⁶⁷ Dakle, na osnovu okolnosti slučaja Veće je zaključilo da Mali nije izjavom svog Predsednika preuzeo pravnu obavezu u pogledu izveštaja Pravne podkomisije.

Veće je istraživalo dalje da li je Mali dao pristanak na načela delimitacije koje je utvrdila Pravna podkomisija. U svom izveštaju Pravna potkomisija je pored proklamovanja nepovredivosti kolonijalne granice odredila metod za njeno utvrđivanje, odnosno metod ocene važnosti pojedinih dokaza za utvrđivanje te granice, dakle tekstova i geografskih karata. Burkina Faso se zalagala za primenu tih načela i tvrdila je da Mali koji je pristao na njihovu primenu radi demarkacije najvećeg dela njihove zajedničke granice od oko 1000 km ne može sada da ne prihvati ta načela za demarkaciju preostalog malog dela od oko 300 km.⁶⁸ Mali je tvrdio da nije prihvatio načela Pravne podkomisije u pogledu načina dokazivanja vršenja efektivne vlasti i nije se slagao sa značajem koji je Podkomisija pridavala mapama kao dokazu granice.⁶⁹

Veće nije prihvatilo stav Burkina Faso da je Mali prihvatio principe delimitacije koje je utvrdila Pravna podkomisija. Veće je ponovilo da je obavezno da reši spor saglasno međunarodnom pravu.⁷⁰ Dakle, Veće će na osnovu međunarodnog prava meriti pravnu snagu dokaza koje su pod-

⁶⁵ *Ibid.* str. 573 - 574, para. 39-40.

⁶⁶ I.C.J. Reports 1974, p. 269, para. 51 ;p. 474, para. 53

⁶⁷ *Frontier Dispute*, str. 574, para. 40.

⁶⁸ *Ibid.* str. 574-575, para. 41.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.* str. 575, para. 42.

nele strane u sporu. Od malog je značaja zato, kaže Veće, da li je Mali prihvatio poseban pristup tim pitanjima, bilo tokom pregovora o graničnim pitanjima ili u pogledu zaključaka Pravne podkomisije i da li taj pristup reflektuje posebnu poziciju ili čak izražava pristanak u pogledu načela i pravila, uključuju one o posebnoj pravnoj važnosti različitih vrsta dokaza.⁷¹ Ako su ta načela i pravila primenjiva kao elementi međunarodnog prava, ona su primenjiva, kaže Veće, bez obzira na stav Malija.⁷² U suprotnom, ako ta pravila nisu elementi međunarodnog prava, Veće bi moglo da ih primeni ako su to tražile strane u sporu ili ako su unele ta pravila u sporazum kojim su spor poverile Međunarodnom sudu na rešavanje.⁷³

8. Dokazna snaga geografskih karti

Strane u sporu bile su saglasne da je kolonijalno pravo davalo prednost legislativnim i regulatornim aktima u dokazivanju protezanja kolonijalne granice u odnosu na geografske karte.⁷⁴ Međutim, razlika se pojavila među njima u pogledu pitanja da li geografske karte mogu uopšte da čine pravni osnov uspostavljanja granice. Zbog toga je Veće iznelo svoj načelni stav o tom pitanju. Sudsko veće kaže da geografske karte same po sebi i samo na osnovu svog postojanja ne čine teritorijalni osnov, to jest dokument kome međunarodno pravo daje unutrašnju pravnu snagu radi ustanovljavanja teritorijalnih prava.⁷⁵ Naravno, kaže Veće, u nekim slučajevima mape mogu da imaju takvu pravnu snagu, ali ona ne proističe iz njihove unutrašnje suštine već iz volje države ili država koja je izražena putem tih mapa.⁷⁶ To je, na primer slučaj, navodi Veće, kada su mape pridodate službenom tekstu i čine njegov integralni deo.⁷⁷ Izuzev u ovom jasno definisanom slučaju, mape su spoljašnji dokazni materijal različite pouzdanosti koji može da se koristi zajedno sa drugim posrednim dokazima (of a circumstantial kind) radi ustanovljavanja ili rekonstitucije stvarnih činjenica.⁷⁸ Stvarna težina koja se pridaje mapama kao dokaznom materijalu zavisi od niza okolnosti.⁷⁹ Neke se odnose na tehničku pouzdanost, koja se značajno povećala po-

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.* str. 582, para. 53.

⁷⁵ *Ibid.* str. 582, para. 54.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.* str. 582, para. 55.

sle pedesetih godina, zahvaljujući vazdušnom i satelitskom fotografisanju.⁸⁰ Međutim, ono što se tu povećalo jeste pouzdanost kartografskog prikaza prirodnih karakteristika terena. Prikazi ljudskih intervencija, dakle davanje imena lokacijama i prirodnim pojavama kao i prikazi granice nisu time postali pouzdaniji.⁸¹ Druga okolnost od značaja za težinu mapa kao dokaznog materijala odnosi se na neutralnost njihovih izvora u odnosu na spor i strane u sporu.⁸² Sudsko veće je zaključilo da mape mogu da budu korišćene kao posredni dokazi kojim se potvrđuje zaključak do koga se došlo drugim sredstvima nevezanim za mape.⁸³ Dakle, izuzev kada su fizički izraz volje država, mape ne mogu da čine dokaz granice, one nemaju karakter neoborive ili *juris tantum* pretpostavke koja bi prebacila teret dokazivanja na drugu stranu.⁸⁴

Veće je konstatovalo da nijedna mapa koje su strane dostavile u ovom predmetu ne reflektuje namere kolonijalne administracije, kako je ona izražena u relevantnim službenim tekstovima, koji se odnose na spornu granicu.⁸⁵ Neki od tih tekstova upućuju na mape koje prikazuju granicu, ali strane u sporu nisu mogle da nađu i dostave te mape. Mali je dostavio mapu koja je bila povezana sa Naredbom 2336 iz 1927. godine i sa ispravkom te Naredbe. Mapa je nosila naslov „Nova granica Gornje Volte i Nigera (prema ispravci od 5. oktobra 1927. Naredbe datirane 31. avgusta 1927.)“.⁸⁶ Međutim, dokument nije sadržao informaciju o tome koje službeno telo je sačinilo mapu ili koja je administrativna vlast potvrdila graničnu liniju označenu na njoj.⁸⁷ Veće nije prihvatilo argument Burkina Faso da su mape, koje je sačinio Geografska služba Generalnog guvernera Francuske Zapadne Afrike, u izvesnoj meri administrativni akti i da čine pravni osnov u francuskom administrativnom i kolonijalnom pravu.⁸⁸

Ipak, Veće je pridalo naročiti značaj mapi koju je sačinio Nacionalni geografski institutu u periodu 1958-1960 godine. Obe strane su se oslanjale na tu mapu, na kojoj je bila ucrtana granica, mada je Mali osporavao deo ucrtane granice, a Burkina Faso ime jedne planine na mapi.⁸⁹ Prema

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.* str. 583, para. 56.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Ibid.* str. 583, para. 57.

⁸⁶ *Ibid.* str. 583, para. 57.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Ibid.* str. 604, para. 93.

⁸⁹ *Ibid.* str. 585, para. 61.

obaveštenju koje je dao Nacionalni geografski institut 27. januara 1975. godine i koje je bila na raspolaganju Veću, dotična mapa je urađena pre no što su dve države u sporu stekle nezavisnost. To obaveštenje sadržalo je informaciju o tome kako je granica ucrтана u mapu. Polaznu osnovu činili su relevantni pravni tekstovi koji čine pravni osnov sticanja teritorije, dakle akti francuske kolonijalne uprave.⁹⁰ Međutim, netačnosti u tekstovima učinili su nemogućim da se sa dovoljnom pouzdanošću ucрта granica u nekim oblastima.⁹¹ Nije bilo moguće naći na karti neka imena navođena u tekstovima, ili su neka sela pominjana u tekstovima nestala ili su bila premeštena ili su geografske odlike terena, kao što su tokovi reka ili pozicije planina izgledale drugačije od onih na karti.⁹² Zato je granica ucrтана prema informacijama koje su dali rukovodioci graničnih distrikata i prema informacijama prikupljenim na licu mesta od seoskih starešina i lokalnog stanovništva.⁹³ Veće je zaključilo da je ova mapa sačinjena od Nacionalnog geografskog instituta, dakle tela koje je bilo neutrelano u odnosu na stranke, i da ona iako ne poseduje status pravnog osnova, čini vizualno predstavljanje kako raspoloživih pravnih tekstova, tako i informacija dobijenih na terenu.⁹⁴ To nije dovoljno, kaže Veće, za zaključak da se granična linija predstavljena na mapi poklapa u potpunosti sa granicom nasleđenom iz kolonijalizma. Zato Veće ne može da prihvati informaciju sa mape kada je ona suprotna pouzdanoj informaciji u vezi sa namerama kolonijalne sile. Međutim, imajući u vidu neutralnost izvora i vreme kada je mapa pravljen, Veće je smatralo da kada bilo kakav drugi dokazni materijal nije na raspolaganju, ili nije dovoljan da se na osnovu njega ustanovi tačna linija granice, dokazna vrednost te mape postaje odlučujuća.⁹⁵

9. Problem nedovoljnih informacija

Gornja Volta (Burkina Faso) osnovana je naredbom Predsednika Francuske Republike 1919. godine, ukinuta je 1932. i ponovo uspostavljena 1947., da bi 1960. stekla nezavisnost. 1947. godine je uspostavljena ponovo u granicama koje su postojale 1932. godine, kada je ukinuta. Među stranama je postojala saglasnost da se granice između Gornje Volte i Malija nisu menjale u periodu posle 1947. godine. U stvari, to je bila gra-

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.* str. 586, para. 62.

⁹⁵ *Ibid.* str. 586, para. 62.

nica iz 1932. godine. Sudsko veće je trebalo da utvrdi, dakle, kako se granica protezala 1932. godine, jer je postojala saglasnost da se posle toga nije menjala. Međutim, 1932. godine oblast Afrike u kojoj je se tada protezala granica bila je slabo istražena, naseljena uglavnom nomadima, sa vrlo oskudnim komunikacijama i transportom.⁹⁶ Veće je imalo na raspolaganju zakonske i normativne akte, od kojih neki nisu bili objavljeni; geografske karte i skice koje su sakupljene tokom vermena, a od kojih su neke bile sumnjive egzaktnosti i pouzdanosti, te od kojih su neke bile međusobno protivurečne; administrativne dokumente koji su služili državnoj upravi koja je prestala da postoji pre 30 godina, a koji su sakupljeni iz različitih arhiva.⁹⁷ Neke dokumente, za čije postojanje se znalo, strane nisu mogle da nađu. Zbog tih razloga, Veće nije bilo sigurno da može da reši spor na osnovu potpunog znanja o činjenicama.⁹⁸

10. Zaključna razmatranja

Sudsko veće je formulisalo prvo opšte stavove o relevantnim pitanjima, kao što je odnos načela *uti possidetis* sa načelom pravičnosti i načelom efektiviteta, ili kao što je značaj geografskih karti u utvrđivanju granica, a onda je te opšte stavove primenilo na konkretne situacije.

Veće je utvrdilo granicu koja je postojala 1932. godine između Gornje Volte i Francuskog Sudana, današnjeg Malija, a koja je ponovo uspostavljena 1947. godine na osnovu naredbi Generalnog guvernera iz 1927. i 1935., kao i razmene pisama između Generalnog guvernera Francuske Zapadne Afrike i zamenika guvernera u Francuskom Sudanu i Nigeru 1935. godine. Strane su se razlikovale u pogledu Naredbe iz 1935., kao i pisama koja su razmenjena između Generalnog guvernera i njegovih zamenika. Burkina Faso je smatrao da ova Naredba ne može da čini teritorijalni osnov, jer je njim promenjena granica iz 1932. Mali je smatrao da ta Naredba ima deklarativnu prirodu, kao i razmenjena pisma, dakle da se tim dokumentima izražavala granica koja je već postojala, dakle da se njima nije ustanovljavala nova granica. Razmatrajući tekst naredbe i pisama, kao i raspoložive geografske karte, Veće je konstatovalo da su ti dokumenti imali deklarativnu prirodu i koristio ih je za utvrđivanje granice iz 1932.

Treba istaći da je Veće donelo odluku o protezanju granice jednoglasno. Oba *ad hoc* sudije glasale su za odluku.

⁹⁶ *Ibid.* str. 587, para. 64.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Ibid.*

Ad hoc sudija Luchaire izrazio je žaljenje što strane u sporu nisu uložile veći napor da nađu materijale sa izjašnjavanja stanovništva putem glasanja, smatrajući da je relevantno u kojoj državi su glasali stanovnici spornih sela.⁹⁹

Ad hoc sudija Abi-Saab je smatrao da stav Veća o deklarativnoj prirodi Naredbe i pisama iz 1935 godine nije zasnovano na ubedljivim razlozima.¹⁰⁰ Razmena pisama odražava granicu kako je ona bila ucrtana u jednoj geografskoj karti, te otuda *ad hoc* sudija Abi-Saab smatra da je toj geografskoj karti dat preveliki značaj, suprotno načelnom stavu Veća o značaju geografskih karata u postupku utvrđivanja granice.

⁹⁹ Separate Opinion of Judge Luchaire, 656.

¹⁰⁰ Separate Opinion of Judge Abi-Saab, 660.

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

Application of Principle *Uti Possidetis Juris* in the Frontier Dispute between Burkina Faso and Mali

Abstract: *Decolonized States of Latin America accepted principle uti possidetis juris to escape disputes and armed conflicts. They agreed that frontiers, inherited from colonial time, are transformed by the principle uti possidetis juris in frontiers among new independent States. The Frontier dispute between Burkina Faso and Mali was the first case before the International Court of Justice resolved by application of that principle. The International Court of Justice found that the principle is of universal value and applicable to all cases of decolonization and acquiring independence. The Court explored relationship between the principle uti possidetis juris and other principles of international law – self-determination, equity and effectivité. It considered value of geographic maps in determination of colonial frontiers.*

Key words: *uti possidetis, frontiers.*

*Dr Dragan Milkov, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

UPRAVA I ZAŠTITA ŽIVOTNE SREDINE¹ – organizacione pretpostavke –

Sažetak: zaštita životne sredine predstavlja veoma značajan zadatak države. Država se u ovoj oblasti bavi preventivnim aktivnostima, ali i kontrolom primene zakona i drugih propisa. Cilj ovog rada je da se izvrši identifikacija organa uprave koji se bave zaštitom životne sredine na republičkom, pokrajinskom i na lokalnom nivou. Pri tome, postoje organi uprave koji se neposredno bave poslovima zaštite životne sredine. S druge strane, u okviru delokruga nekih organa uprave obrazovanih za neke druge oblasti kao svoje matične oblasti, mogu se pronaći zadaci i poslovi koji imaju direktne ili indirektne veze sa zaštitom životne sredine.

Ključne reči: uprava, organi uprave, organizacija državne uprave, ministarstva, pokrajinski sekretarijati, lokalna samouprava, zaštita životne sredine.

1. UVODNE NAPOMENE

Zaštita životne sredine predstavlja jedan od veoma važnih zadataka države. Za razliku od nekadašnjeg perioda, kada se zaštitu životne sredine nije posvećivala posebna pažnja, svest o potrebi očuvanja životne sredine sve je veća, pa i briga države za ekologiju. Međutim, pored svih aktivnosti usmerenih na podizanje svesti građana o potrebi čuvanja životne sredi-

¹ Ovaj rad je rezultat autorovih istraživanja u okviru naučno-istraživačkog projekta Ministarstva prosvete i nauke Republike Srbije na temu „Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo“.

ne, još uvek je neophodno da i država u ovoj oblasti deluje kako preventivno, tako i represivno.²

Prema Ustavu Republike Srbije, „svako ima pravo na zdravu životnu sredinu i na blagovremeno i potpuno obaveštavanje o njenom stanju. Svako, a posebno Republika Srbija i autonomna pokrajina, odgovoran je za zaštitu životne sredine. Svako je dužan da čuva i poboljšava životnu sredinu“.³

Zadacima i poslovima državne uprave u oblasti zaštite životne sredine bave se mnogi organi uprave. U mnogim oblastima društvenog života ima elemenata koji se odnose na zaštitu životne sredine, a vezano za specifičnosti pojedinih resora. To znači da se organi uprave koji se obrazuju za obavljanje zadataka i poslova u određenoj oblasti istovremeno bave svim aspektima vezanim za tu oblast, pa ako ima za to osnova, istovremeno i zaštitom životne sredine. Međutim, postoje i organi koji su obrazovani kao specijalizovani, sa ciljem da se posebno bave zadacima i poslovima u ovoj oblasti. Takve subjekte možemo pronaći na svim nivoima političko teritorijalnih zajednica. To znači da specijalizovani organi uprave, sa ciljem da se bave zaštitom životne sredine postoje, najpre, na republičkom nivou. Sistem zaštite i unapređenja životne sredine je u nadležnosti Republike, što znači da Republika ima primarna ovlašćenja i odgovornost u ovoj oblasti. S druge strane, određena ovlašćenja u pogledu zaštite životne sredine ima i Autonomna pokrajina. Naime, Pokrajina je Ustavom Republike Srbije ovlašćena da uređuje pitanja od pokrajinskog značaja u oblasti zaštite životne sredine.⁴ U tom smislu, pored uređivanja pojedinih pitanja od pokrajinskog značaja u ovoj oblasti, organi uprave koji se bave životnom sredinom postoje i na nivou Autonomne pokrajine Vojvodine. Konačno, organi koji se bave životnom sredinom postoje i na nivou lokalnih samouprava.

Cilj ovog rada je da se izvrši identifikacija organa koji se bave zaštitom životne sredine, kako onih koji nisu sa tim osnovnim ciljem obrazovani, tako i onih koji su formirani zato da se bave poslovima zaštite životne sredine kao svojim osnovnim poslovima. S druge strane, pored identifikacije organa, utvrdićemo i ovlašćenja koja pojedini organi mogu da imaju u vezi sa zaštitom životne sredine. Pri tome, sva navedena ovlašćenja neće uvek biti direktno povezana sa životnom sredinom, ali mogu biti makar od posrednog značaja.

² Videti o tome: Ljubomir Stajić, „Osnovi teorije upravljanja ekološkim krizama“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, broj 1/2013., 117-131.

³ Ustav Republike Srbije, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 98/2006., član 74.

⁴ Ustav, član 183, stav 2, tačka 2.

2. REPUBLIČKI ORGANI UPRAVE

Na republičkom nivou trenutno postoji 18 ministarstava, od kojih je svako formirano za jednu ili više međusobno povezanih upravnih oblasti. Ministarstva imaju kao svoju osnovnu delatnost upravne zadatke i poslove iz neke oblasti društvenog života, ali se među njima često mogu pronaći i neki koji se mogu direktno ili indirektno povezati sa zaštitom životne sredine. Najčešće sa zaštitom životne sredine imaju dodirnih tačaka oni zadaci i poslovi koji se odnose na inspeksijski nadzor.⁵ Pri tome, inspeksijski nadzor pojedinih ministarstava nije uvek direktno vezan za zaštitu životne sredine, već prvenstveno za proveru zakonitosti rada i postupanja u nekim posebnim oblastima, ali to može biti od značaja i za zaštitu životne sredine.⁶

Ministarstvo zdravlja kao svoju osnovnu delatnost ima zadatke i poslove koji se tiču zdravstvene zaštite u celini. U tim okvirima, može se reći da ovaj organ državne uprave obavlja i neke zadatke i poslove koji imaju dodirnih tačaka sa zaštitom životne sredine. Naime, prema Zakonu o ministarstvima Ministarstvo zdravlja ima u svom delokrugu i zadatke i poslove koji se odnose na „sanitarnu inspekciju; zdravstveni i sanitarni nadzor u oblasti zaštite stanovništva od zaraznih i nezaraznih bolesti, zdravstvene ispravnosti životnih namirnica i predmeta opšte upotrebe u proizvodnji i prometu, javnog snabdevanja stanovništva higijenski ispravnom vodom za piće i drugim oblastima određenim zakonom; kontrolu 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; utvrđivanje sanitarno-higijenskih i zdravstvenih uslova objekata pod sanitarnim nadzorom u postupcima izgradnje ili rekonstrukcije i redovnu kontrolu nad tim objektima; sanitarni nadzor na državnoj granici“.⁷

Ministarstvo poljoprivrede, šumarstva i vodoprivrede bavi se u celini svim zadacima i poslovima koji spadaju u oblast poljoprivrede.

⁵ Uopšte o inspeksijskom nadzoru: Dragan Milkov, *Upravno pravo II – Upravna delatnost*, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad 2013, str. 280-292.

⁶ O inspeksijskom nadzoru u oblasti životne sredine videti više kod: Zoran Lončar „Inspeksijski nadzor u oblasti zaštite životne sredine“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, broj 4/2012., 257-274.

⁷ Zakon o ministarstvima, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 72/2012. i 76/2013., član 13.

U tim okvirima, u Zakonu o ministarstvima je predviđeno i da obavlja zadatke i poslove koji se odnose na „predlaganje sistemskih rešenja i mera zaštite pri uvozu poljoprivrednih i prehrambenih proizvoda; zaštiti i korišćenje poljoprivrednog zemljišta; proizvodnju agrarnih inputa za poljoprivrednu i prehrambenu industriju, proizvodnju i promet alkoholnih i bezalkoholnih pića, etanola, duvana i proizvoda od duvana i prehrambenih proizvoda; kontrolu kvaliteta poljoprivrednih proizvoda i prehrambenih proizvoda, vina, alkoholnih i bezalkoholnih pića, voćnih sokova, koncentrisanih voćnih sokova, voćnih nektara, voćnih sokova u prahu, mineralnih voda, etanola, duvana i proizvoda od duvana u unutrašnjem i spoljnom prometu; ruralni razvoj; stručne poljoprivredne službe; sistem tržišnih informacija u poljoprivredi; proizvodnju, certifikaciju i kontrolu kvaliteta i prometa semena i sadnog materijala; priznavanje i zaštitu sorti bilja i rasa domaćih životinja; utvrđivanje ispunjenosti uslova, procenu rizika i sprovođenje mera kontrole vezanih za biološku sigurnost kod ograničene upotrebe, uvođenja u proizvodnju, stavljanje u promet i uvoz genetički modifikovanih organizama; očuvanje i održivo korišćenje biljnih i životinjskih genetičkih resursa za hranu i poljoprivredu“.⁸

Ministarstvo privrede u svom delokrugu ima i zadatke i poslove koji se odnose na turizam, a među tim zadacima i poslovima mogu da se pronađu i neki koji imaju dodirnih tačaka sa zaštitom životne sredine. Tako je Zakonom o ministarstvima predviđeno da Ministarstvo privrede, između ostalog, obavlja i poslove koji se odnose na „razvoj, proglašenje i održivo korišćenje turističkog prostora i turističkih destinacija od značaja za turizam“, kao i „ugostiteljsku delatnost; nautičku delatnost; lovno-turističku delatnost, kao i pružanje usluga u turizmu; uređenje, održavanje i opremanje javnog skijališta i pružanje usluga na skijalištu; uređenje, održavanje, opremanje i pružanje usluga u banjama, tematskim parkovima i javnim kupalištima; inspekcijski nadzor u oblasti turizma“.⁹

Ministarstvo saobraćaja kao matični organ za sve poslove državne uprave u oblasti saobraćaja, obavlja i neke zadatke i poslove u kojima se mogu videti i elementi koji se odnose na zaštitu životne sredine, kao što su poslovi koji se odnose na „inspekcijski nadzor; strategiju razvoja saobraćaja, planove razvoja i planove vezane za organizaciju saobraćajnog sistema i organizaciju prevoza; izdavanje upotrebne dozvole za saobraćajni objekat i infrastrukturu; homologaciju vozila, opreme i delova vozila“.¹⁰

⁸ Isto, član 11, stav 1.

⁹ Isto, član 7a, stav 2.

¹⁰ Isto, član 8.

Ministarstvo građevinarstva i urbanizma, iako mu to nije osnovni zadatak, u obavljanju svojih osnovnih aktivnosti svakako u više segmenata svog delokruga ima i aktivnosti vezane za zaštitu životne sredine. Ovo ministarstvo se bavi i zadacima i poslovima koji se odnose na „građevinarstvo; građevinsko zemljište; urbanizam; utvrđivanje uslova za izgradnju objekata; uređivanje stambenih odnosa i stambenog poslovanja; komunalnu infrastrukturu i komunalne delatnosti; poslove inženjerske geodezije; inspekcijski nadzor u oblasti urbanizma, građevina i inspekcijski nadzor nad objektima komunalne infrastrukture i obavljanjem komunalnih delatnosti“.¹¹

U Zakonu o planiranju i izgradnji, postoji čitav niz odredbi u kojima su predviđene različite obaveze u vezi sa zaštitom životne sredine.

Tako je predviđeno da se prilikom izgradnje objekata u okviru prethodne studije opravdanosti sačinjava, između ostalog, i analiza ekološke opravdanosti objekta, o čemu nadležni organ za poslove građevinarstva i urbanizma mora da vodi računa.¹² Taj element predstavlja bitnu sadržinu i studije o opravdanosti izgradnje objekta. Istim propisom je određeno i da adaptacija podrazumeva građevinske radove kojima se menja spoljni izgled i, između ostalog, ne utiče na bezbednost životne sredine.¹³ Isto je predviđeno i za sanaciju objekta. To znači da organ uprave koji se bavi poslovima građevinarstva istovremeno mora da vodi računa i o zaštiti životne sredine.

Ako se izvode prethodni radovi, oni obuhvataju i analizu uslova za zaštitu životne sredine.¹⁴ Generalni projekat sadrži naročito podatke o: makrolokaciji objekta; opštoj dispoziciji objekta; tehničko-tehnološkoj koncepciji objekta; načinu obezbeđenja infrastrukture; mogućim varijantama prostornih i tehničkih rešenja sa stanovišta uklapanja u prostor; prirodnim uslovima; proceni uticaja na životnu sredinu.¹⁵

Glavni projekat podleže tehničkoj kontroli, gde se proverava i uticaj na životnu sredinu,¹⁶ a to je predviđeno i kod revizije projekta.¹⁷

Ministarstvo građevinarstva i urbanizma je nadležno u nekim slučajevima da izdaje građevinsku dozvolu kao prvostepeni organ. To je, iz-

¹¹ Isto, član 9. stav 1.

¹² Zakon o planiranju i izgradnji, „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 72/2009, 81/2009 - ispr., 64/2010 - odluka US, 24/2011, 121/2012, 42/2013 - odluka US, 50/2013 - odluka US i 98/2013 - odluka US), član 113.

¹³ Isto, član 2, stav 1, tačka 34.

¹⁴ Isto, član 112.

¹⁵ Isto, član 117.

¹⁶ Isto, član 129, stav 4.

¹⁷ Isto, član 132.

među ostalog, slučaj i kada se daje dozvola za izgradnju „objekata bazne i prerađivačke hemijske industrije, crne i obojene metalurgije, objekata za preradu kože i krzna, objekata za preradu kaučuka, objekata za proizvodnju celuloze i papira i objekata za preradu nemetaličnih mineralnih sirovina, osim objekata za primarnu preradu ukrasnog i drugog kamena, u skladu sa kapacitetima definisanim u Uredbi o utvrđivanju liste projekata za koje je obavezna procena uticaja i liste projekata za koje se može zahtevati procena uticaja na životnu sredinu“.¹⁸

Građevinski inspektor u vršenju inspeksijskog nadzora ima pravo i dužnost da proverava da li je izvođač radova preduzeo mere za bezbednost objekta, susednih objekata, saobraćaja, okoline i zaštitu životne sredine.¹⁹

Ministarstvo prirodnih resursa, rudarstva i prostornog planiranja u svom delokrugu ima i neke zadatke i poslove koji se tiču zaštite životne sredine. Tako je predviđeno da se ovo ministarstvo bavi i delatnošću koja se odnosi na „održivi razvoj prirodnih bogatstava, odnosno resursa (vazduha, voda, zemljišta, mineralnih sirovina, šuma, riba, divljih biljnih i životinjskih vrsta); sistem zaštite prirodnih bogatstava; strategiju i politiku razvoja prirodnih resursa; istraživanja koja se odnose na eksploataciju prirodnih resursa; izradu programa istražnih radova u oblasti prirodnih resursa, izradu godišnjih i srednjoročnih programa detaljnih istražnih radova u oblasti prirodnih resursa i obezbeđivanje materijalnih i drugih uslova za realizaciju tih programa; inspeksijski nadzor u oblasti održivog korišćenja prirodnih bogatstava.“²⁰

Ministarstvo prirodnih resursa, rudarstva i prostornog planiranja obavlja poslove državne uprave koji se odnose i na prostorno planiranje, odnosno organizaciju, uređenje i korišćenje prostora Republike Srbije, kao i druge poslove određene zakonom.

U okviru različitih elemenata prostornih planova, uvek se nalazi i element koji se odnosi na zaštitu životne sredine. Tako je predviđeno da Prostorni plan Republike Srbije sadrži naročito i mere zaštite životne sredine²¹, a isti taj element mora da sadrži i regionalni prostorni plan,²² kao i prostorni plan jedinice lokalne samouprave²³ i prostorni plan područja po-

¹⁸ Isto, član 133, stav 2, tačka 4.

¹⁹ Isto, član 175, stav 1, tačka 7.

²⁰ Zakon o ministarstvima, član 16, stav 1.

²¹ Isto, član 15, stav 1, tačka 10.

²² Isto, član 18.

²³ Isto, član 20.

sebne namene, pri čemu je strateška procena uticaja na životnu sredinu sastavni deo ovog plana.²⁴

Pravila uređenja sadržana u prostornom planu područja posebne namene, prostornom planu jedinice lokalne samouprave i planovima generalne i detaljne regulacije sadrže naročito i opšte i posebne uslove i mere zaštite prirodnog i kulturnog nasleđa, životne sredine i života i zdravlja ljudi.²⁵

U postupku donošenja planskih dokumenata odluku o izradi planskog dokumenta donosi organ nadležan za njegovo donošenje, po prethodno pribavljenom mišljenju organa nadležnog za stručnu kontrolu, odnosno komisije za planove. Ova Odluka sadrži naročito i obavezu izrade ili nepristupanje izradi strateške procene uticaja na životnu sredinu.²⁶

Ministarstvo rada, zapošljavanja i socijalne politike u okviru svog delokruga ima i neke zadatke koji se mogu odnositi i na zaštitu životne sredine. Tako se ovo ministarstvo bavi zadacima i poslovima koji se odnose na „bezbednost i zdravlje na radu; inspeksijski nadzor u oblasti radnih odnosa i bezbednosti i zdravlja na radu“, kao i „međunarodne konvencije u oblasti rada, bezbednosti i zdravlja na radu“.²⁷

3. ORGANI UPRAVE U OBLASTI ZAŠTITE ŽIVOTNE SREDINE

Osnovni i najvažniji državni organ u oblasti zaštite životne sredine jeste **Ministarstvo energetike, razvoja i zaštite životne sredine** Republike Srbije. Delatnost Ministarstva se prostire na čitavoj teritoriji Republike. U njegov delokrug spadaju zadaci i poslovi koji se odnose na: osnove zaštite životne sredine; sistem zaštite i unapređenja životne sredine; inspeksijski nadzor u oblasti zaštite životne sredine; primenu rezultata naučnih i tehnoloških istraživanja i istraživanja razvoja u oblasti energetike i životne sredine; sprovođenje Konvencije o učešću javnosti, dostupnosti informacija i pravu na pravnu zaštitu u oblasti životne sredine; zaštiti prirode; zaštitu vazduha; zaštitu ozonskog omotača; klimatske promene; prekogranično zagađenje vazduha i vode; zaštitu voda od zagađivanja radi sprečavanja pogoršanja kvaliteta površinskih i podzemnih voda; utvrđivanje i sprovođenje zaštite prirodnih celina od značaja za Republi-

²⁴ Isto, član 22.

²⁵ Isto, član 30, stav 1, tačka 4.

²⁶ Isto, član 46, stav 1, tačka 7.

²⁷ Zakon o ministarstvima, član 17, stav 1.

ku Srbiju; utvrđivanje uslova zaštite životne sredine u planiranju prostora i izgradnji objekata; zaštitu od velikog hemijskog udesa i učešće u reagovanju u slučaju hemijskih udesa; zaštitu od buke i vibracija; zaštitu od jonizujućeg i nejonizujućeg zračenja; upravljanje hemikalijama i biocidnim proizvodima; sprovođenje Konvencije o hemijskom oružju u skladu sa zakonom; upravljanje otpadom, izuzev radioaktivnim otpadom; odobravanje prekograničnog prometa otpada i zaštićenih biljnih i životinjskih vrsta, kao i druge poslove određene zakonom.

Na republičkom nivou postoji i jedna agencija koja se kao organ u sastavu Ministarstva nadležnog za zaštitu životne sredine bavi posebno ovim zadacima i poslovima. To je **Agencija za zaštitu životne sredine**. Ova agencija ima svojstvo pravnog lica i obavlja stručne poslove koji se odnose na: razvoj, usklađivanje i vođenje nacionalnog informacionog sistema zaštite životne sredine (praćenje stanja činilaca životne sredine kroz indikatore životne sredine; registar zagađujućih materija i dr.); sprovođenje državnog monitoringa kvaliteta vazduha i voda, uključujući sprovođenje propisanih i usaglašenih programa za kontrolu kvaliteta vazduha, površinskih voda i podzemnih voda prve izdani i padavina; upravljanje Nacionalnom laboratorijom; prikupljanje i objedinjavanje podataka o životnoj sredini, njihovu obradu i izradu izveštaja o stanju životne sredine i sprovođenju politike zaštite životne sredine; razvoj postupaka za obradu podataka o životnoj sredini i njihovu procenu; vođenje podataka o najboljim dostupnim tehnikama i praksama i njihovoj primeni u oblasti zaštite životne sredine; saradnju sa Evropskom agencijom za zaštitu životne sredine (EEA) i Evropskom mrežom za informacije i posmatranje (EIONET), kao i druge poslove određene zakonom.

Na nivou Autonomne pokrajine Vojvodine organi uprave se obrazuju pod nazivom sekretarijata.²⁸ Sekretarijati se u Pokrajini bave upravnim delatnošću kao svojom osnovnom delatnošću. Sekretarijat koji se posebno bavi poslovima zaštite životne sredine je **Pokrajinski sekretarijat za urbanizam, graditeljstvo i zaštitu životne sredine**.

Zakonom o utvrđivanju određenih nadležnosti autonomne pokrajine²⁹ autonomnoj pokrajini su poverena brojna ovlašćenja i dužnosti u određenim oblastima društvenog života. Nakon donošenja Ustava Republike Srbije iz 2006. godine usvojen je novi Zakon o utvrđivanju nadležnosti

²⁸ Više o pokrajinskoj upravi Vojvodine: Dragan Milkov, *Upravno pravo 1 – uvodna i organizaciona pitanja*, Pravni fakultet u Novom Sadu, 2013., str. 127 i dalje.

²⁹ „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 6 od 7. februara 2002. godine

Autonomne pokrajine Vojvodine³⁰, a nakon toga je Narodna skupština Republike Srbije na svojoj sednici od 30. novembra 2009. godine dala prethodnu saglasnost na novi Statut Autonomne pokrajine Vojvodine, čime su se stekli uslovi za proglašenje ovog najvišeg pravnog akta Pokrajine. Svečano proglašenje Statuta APV je bilo na sednici Skupštine Autonomne pokrajine Vojvodine koja je održana 14. decembra 2009. godine.³¹

Zakonom o utvrđivanju nadležnost Autonomne pokrajine Vojvodine Pokrajini su, između ostalog, poverena i ovlašćenja u pogledu zaštite životne sredine. Ovim zakonom je predviđeno da Autonomna pokrajina Vojvodina, preko svojih organa, u skladu sa zakonom kojim se uređuje zaštita i unapređenje životne sredine obavlja sledeće zadatke i poslove:

1) uređuje, unapređuje i obezbeđuje zaštitu životne sredine za teritoriju AP Vojvodine;

2) donosi akt o stavljanju prirodnog dobra pod zaštitu, u skladu sa zakonom kojim se uređuje zaštita prirode;

3) donosi program zaštite životne sredine na svojoj teritoriji u skladu sa Nacionalnim programom, akcionim i sanacionim planom i svojim interesima i specifičnostima;

4) donosi planove i programe upravljanja prirodnim resursima i dobrima u skladu sa strateškim dokumentima;

5) vrši kontrolu korišćenja i zaštitu prirodnih resursa i dobara na teritoriji AP Vojvodine;

6) obezbeđuje kontinualnu kontrolu i praćenje stanja životne sredine (monitoring) i donosi program monitoringa na svojoj teritoriji koji mora biti u skladu sa programom monitoringa koji donosi Vlada za period od dve godine;

7) daje uslove za obezbeđenje mera i uslova zaštite životne sredine, na zahtev organa nadležnog za pripremu i donošenje prostornih i urbanističkih planova, a na osnovu uslova i mišljenja nadležnih stručnih organizacija;

8) učestvuje u postupku pripreme i donošenja prostornih i urbanističkih planova i drugih planova;

³⁰ „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 99 od 1. decembra 2009. godine.

³¹ U trenutku pisanja ovog rada poznato je da je Ustavni sud Republike Srbije, ocenjujući ustavnost Statuta AP Vojvodine, utvrdio da određene osnovne odredbe Statuta nisu u skladu sa Ustavom, ali nije objavljena sadržina odluke Ustavnog suda, osim da je AP Vojvodini ostavljen rok od šest meseci da Statut uskladi sa Ustavom Republike Srbije. No, to u svakom slučaju neće imati direktnog uticaja na konkretnu organizaciju pokrajinske uprave, a pretpostavljamo ni na ovlašćenja pokrajinskih organa u materiji zaštite životne sredine.

9) donosi eksterni plan zaštite od udesa, koji je sastavni deo plana za reagovanje u vanrednim situacijama na osnovu nadležnosti iz propisa kojim se uređuje materija zaštite i spasavanja;

10) u slučaju udesa, proglašava stanje ugroženosti životne sredine na teritoriji AP Vojvodine, u skladu sa zakonom kojim se uređuje zaštita životne sredine;

11) osniva budžetski fond u skladu sa propisom kojim se uređuje budžetski sistem, koji će se finansirati iz prihoda ostvarenih na teritoriji AP Vojvodine.³²

U skladu sa ovlašćenjima iz ovog zakona, Autonomna pokrajina Vojvodina je normativno uredila ovlašćenja svog organa nadležnog za zaštitu životne sredine. Prema Pokrajinskoj skupštinskoj odluci o pokrajinskoj upravi, Pokrajinski sekretarijat za urbanizam, graditeljstvo i zaštitu životne sredine se bavi zadacima i poslovima koji se odnose na: pripremanje akata za Skupštinu ili Pokrajinsku vladu kojima se: uređuje, unapređuje i obezbeđuje zaštita životne sredine za teritoriju AP Vojvodine; prirodno dobro stavlja pod zaštitu; donosi program zaštite životne sredine; donosi program monitoringa, eksterni plan zaštite od udesa i planovi i programi upravljanja prirodnim resursima i dobrima; osniva budžetski fond; osnivaju i vrše osnivačka prava Pokrajinskog zavoda za zaštitu prirode i Javnog preduzeća "Nacionalni park Fruška gora"; proglašava stanje ugroženosti životne sredine na teritoriji AP Vojvodine. Ovaj pokrajinski organ vrši i kontrolu korišćenja i zaštitu prirodnih resursa i dobara na teritoriji AP Vojvodine; obezbeđuje kontinualnu kontrolu i praćenje stanja životne sredine (monitoring); daje uslove za obezbeđenje mera i uslova zaštite životne sredine, na zahtev organa nadležnog za pripremu i donošenje prostornih i urbanističkih planova, a na osnovu uslova i mišljenja nadležnih stručnih organizacija; učestvuje u postupku pripreme i donošenja prostornih, urbanističkih i drugih planova. Pored toga, u Pokrajinskoj skupštinskoj odluci o pokrajinskoj upravi je izričito predviđeno da Pokrajinski sekretarijat za urbanizam, graditeljstvo i zaštitu životne sredine u oblasti unapređenja životne sredine, ribarstva i upravljanja ribljim fondom u ribolovnim vodama, u skladu sa zakonom, obavlja poverene poslove državne uprave koji su zakonom povereni organima AP Vojvodine.

Što se tiče lokalne samouprave, ona u skladu sa Ustavom ima određena izvorna ovlašćenja u oblasti zaštite životne sredine. Naime, osnovna uloga opština i gradova, kao jedinica lokalne samouprave, jeste da se staraju o

³² Član 25.

zaštiti životne sredine.³³ Ta formulacija znači da oni nisu ovlašćeni da donose propise u ovoj oblasti, već da se bave neposredno zadacima i poslovima koji se tiču zaštite životne sredine. Prema Zakonu o lokalnoj samoupravi, opština se stara „o zaštiti životne sredine, donosi programe korišćenja i zaštite prirodnih vrednosti i programe zaštite životne sredine, odnosno lokalne akcije i sanacione planove, u skladu sa strateškim dokumentima i svojim interesima i specifičnostima i utvrđuje posebnu naknadu za zaštitu i unapređenje životne sredine“.³⁴

Lokalna samouprava se u ovoj oblasti bavi zadacima i poslovima koji se odnose na pripremu programa i planova zaštite životne sredine, utvrđivanje posebne naknade za zaštitu i unapređenje životne sredine; sistematsko praćenje stanja kvaliteta vazduha i nivoa komunalne buke, putem ovlašćenih stručnih organizacija; praćenje drugih pokazatelja kvaliteta životne sredine putem stručnih ustanova (jonizujuće zračenje, nejonizujuće zračenje, aeropolen i dr.); praćenje stanja i koordinaciju delovanja u oblasti zaštite površinskih i podzemnih voda i zemljišta, aktivnosti vezane za rešavanje problema čvrstih i tečnih otpadnih materija; zaštitu prirode i zaštitu zaštićenih prirodnih dobara, planiranje i koordinaciju edukativnih aktivnosti u oblasti zaštite životne sredine; procenu uticaja projekata na životnu sredinu za koje odobrenje za izvođenje izdaje organ lokalne samouprave; predlaganje, organizovanje i sprovođenje preventivnih i sanacionih mera zaštite životne sredine, informisanje i objavljivanje podataka o stanju i kvalitetu životne sredine.

Na nivou jedinica lokalne samouprave mogu da se obrazuju inspeksijske službe koje se bave inspeksijskim nadzorom u vezi sa zaštitom životne sredine. Naime, prema Zakonu o lokalnoj samoupravi, opština obavlja kao poverene poslove pojedine poslove inspeksijskog nadzora i iz oblasti zaštite životne sredine.³⁵ U manjim opštinama se obično ne stvaraju posebni organi koji bi se bavili poslovima zaštite životne sredine, odnosno inspeksijskog nadzora u ovoj oblasti. Međutim, u većim opštinama, posebno u gradovima, mogu se formirati posebni organi. Tako je u Gradu Novom Sadu obrazovana Gradska uprava za inspeksijske poslove, u čijem sastavu je kao unutrašnja jedinica obrazovana Inspekcija za zaštitu životne sredine.³⁶

³³ Ustav, član 190, stav 1, tačka 6.

³⁴ Zakon o lokalnoj samoupravi, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 128/2007., član 20, stav 1, tačka 11.

³⁵ Isto, član 22.

³⁶ Odluka o gradskim upravama Grada Novog Sada ("Službeni list Grada Novog Sada", br. 52/2008, 55/2009, 11/2010 i 39/2010).

4. UMETO ZAKLJUČKA

Zaštita životne sredine predstavlja veoma važan državni zadatak, koji je Ustavom Republike Srbije formulisan kao ustavna obaveza. Primarna ovlašćenja i odgovornosti za zaštitu životne sredine stavljena su u nadležnost Republike, ali je i za Autonomnu pokrajinu predviđeno pravo da svojim propisima uredi određena pitanja u ovoj oblasti koja su od pokrajinskog značaja. Lokalna samouprava nema normativna ovlašćenja da uređuje oblast zaštite životne sredine, već je u njenoj nadležnosti da se stara o zaštiti životne sredine. To znači da se lokalna samouprava bavi prvenstveno primenom propisa u ovoj oblasti, uključujući poslove inspekcijaskog nadzora.

Na republičkom nivou postoji posebno ministarstvo koje se bavi i poslovima zaštite životne sredine, a to je Ministarstvo energetike, razvoja i zaštite životne sredine. U sastavu ovog ministarstva je i organ koji je specijalizovan za zaštitu životne sredine, a to je Agencija za zaštitu životne sredine. Pored toga, određena ovlašćenja koja imaju direktne ili indirektne veze sa zaštitom životne sredine mogu se pronaći i u delokrugu nekih drugih republičkih ministarstava, koja su inače obrazova kao matična za oblasti zdravlja, građevinarstva, poljoprivrede, saobraćaja, privrede, prostornog planiranja i rada.

U sastavu pokrajinske uprave Autonomne pokrajine Vojvodine je obrazovan Sekretarijat za urbanizam, graditeljstvo i zaštitu životne sredine, koji se bavi zadacima i poslovima iz ovih oblasti. Na nivou lokalne samouprave, poslovima zaštite životne sredine se po pravilu ne bave posebni organi, već se eventualno, najčešće samo u većim jedinicama lokalne samouprave, stvaraju posebne unutrašnje jedinice u čijoj nadležnosti je inspekcijaski nadzor u vezi sa zaštitom životne sredine.

U celini posmatrano, zaštita životne sredine je u Republici Srbiji u organizacionom smislu tako uređena da to odgovara nadležnostima i specifičnostima pojedinih političko-teritorijalnih jedinica.

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

Administration and Environmental Protection

Abstract: *Environmental protection is a very important task of the state. The state in this area deals in a preventative manner, and at the same time controls the application of laws and regulations. The aim of this paper is to carry out the identification of administrative bodies dealing with environmental protection at the national, provincial and local levels.*

There are administrative bodies dealing directly with matters of environmental protection. On the other hand, within the scope of some administrative authorities competent in other areas as their home field, tasks and activities that have direct or indirect links to the protection of environment can be found.

Key words: *administration, administrative bodies, state administration organization, ministries, provincial secretariats, local self-government, protection of the environment*

*Dr Ranko Keča, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

O TERETU DOKAZIVANJA U PARNIČNOM POSTUPKU*

Sažetak: U radu se razmatraju pitanja koja se odnose na opšte okvire primene pravila o teretu dokazivanja u srpskom parničnom postupku. Pravilo o teretu dokazivanja ima korene u normativnim rešenjima koja su formulisana početkom devedesetih godina prošlog veka da bi važećem parničnom zakonodavstvu dobila potpuniji izraz obuhvatajući raspodelu tereta dokazivanja između parničnih stranaka. Sve do donošenja Zakona o parničnom postupku od 2004. godine pravila o teretu dokazivanja nije imala veći procesni značaj jer su sudovi izbegavali njihovu primenu kojom se posredno priznavala njihova nesposobnost da u postupku utvrde "materijalnu" istinu. Po donošenju Zakona o parničnom postupku od 2004. godine sve prisutnije participira ideja da teret utvrđivanja činjenične osnove sudske odluke treba u potpunosti preneti na parnične stranke uključujući i snošenje rizika za slučaj ako ta aktivnost stranaka ostane bez rezultata jer sud nije u stanju da formira stav (uverenje) o postojanju činjenica koje su predmet dokazivanja u postupku. Ovom pristupu je pogodovala okolnost da je, uporedo sa jednim potpunijim formulisanjem tereta dokazivanja, u srpskom parničnom zakonodavstvu došlo je do promene koncepcije raspravnog načela. Izostavljene su i odredbe o dužnosti suda da u postupku utvrde "materijalnu" istinu. Ovim se pitanje tereta dokazivanja preneto na jedan širi, opštiji plan koji se tiče uloge suda u utvrđivanju činjenične građe. Pored navedenog razmatraju se i pitanja koja se odnose na određivanje granica u kojima postoji mogućnost primene pravila o teretu dokazivanja.

Ključne reči: parnični postupak, teret dokazivanja, raspravno načelo, načelo materijalne istine, dokazivanje, ocena dokaza, donošenje odluke.

* Rad je posvećen projektu Teoretski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija) čiji je nosilac Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

I

Zakon o parničnom postupku od 1956. godine¹ i izvorna redakcija ZPP od 1977. godine² nisu imali odredbe kojima kojim bi se propisivala primena pravila o teretu dokazivanja za slučaj u kojem sud na osnovu izvedenih dokaza (i njihove ocene) ne može sa sigurnošću da utvrdi neku činjenicu. Mogućnost da se činjenična podloga sudske odluke (presude) odredi primenom pravila o teretu dokazivanja uvedena je 1990. godine Novelom Zakona o parničnom postupku od 1976. godine.³ Od donošenja ZPP 57 pa do spomenute Novele od 1990. godine parnično zakonodavstvo nije računalo na mogućnost da sprovedeno dokazivanje može ostati bez rezultata i da uprkos njemu sud nije u stanju da formira nedvosmislen, pozitivan ili negativan, stav o postojanju činjenica koje su bile predmet dokazivanja. Smatralo se da, istražna ovlašćenja suda u pogledu izvođenja dokaza koji nisu predloženi od strane parničnih stranaka, sistem materijalnog upravljanja parničnim postupkom, omogućavaju sudu zauzimanje jasnog stava (uverenja) o postojanju činjenica koje su bile predmet dokazivanja. Na datoj premisi formulisana je, u vidu osnovnog načela obaveza suda, „da potpuno i istinito utvrdi sporne činjenice od kojih zavisi osnovanost tužbenog zahteva“.⁴ Shodno načelu materijalne istine, kako se ono razumevalo u vreme važenja citiranih odredaba, činjenično stanje nije moglo ostati nerazjašnjeno, a ako se to desilo odgovornost je bila na sudu. Primeniti pravilo o teretu dokazivanja u datim procesnim uslovima je značilo priznati sopstvenu grešku – nesposobnost da se potpuno i istinito utvrde sporne činjenice. Iz navedenog razloga sudovi su se veoma retko odlučivali da se u svojim presudama pozivaju na primenu ovih pravila. I kada bi to činili nisu uživali podršku najviših sudskih instanci saveznog ili republičkog nivoa koje su imale negativan stav u pogledu mogućnosti da činjenična osnova presude bude utvrđena primenom pravila o teretu dokazivanja.^{5, 6} U nedostatku odgovarajuće zakonske regulative i sudske

¹ U daljem tekstu ZPP 57, Sl. list FNRJ, br. 4/57, 52/61, Službeni list SFRJ, br.12/65, 1/71, 23/72 i 6/74.

² U daljem tekstu ZPP 77, Sl. list SFRJ, br. 4/1977, 36/1980, 69/1982, 58/1984, 74/1987, 57/1989, 20/1990, Sl. list SRJ, br. 27/1990, 35/1991, 27/1992, 31/1993, 24/1994, 12/1998, 15/1998, 3/2002.

³ Član 221a ZPP 76, Sl. list SFRJ, br. 27/1990.

⁴ Član 6 stav 1 ZPP 57, član 7 stav 1 ZPP 77.

⁵ B. Požnić, Komentar Zakona o parničnom postupku, Beograd 2009, 583.

⁶ *Savezni sud* Gzs 41/77 od 23. VI 1977, ZSO III/1-1978-72; *Vrhovni sud Vojvodine* Gž 864/69, Glasnik Advokatske komore Vojvodine 2/1970, str. 25; Rev 84/90 od 7. II 1990, Glasnik Advokatske komore Vojvodine 7-8/1990, 51.

prakse koja nije podržavala ovu mogućnost ni u pravnoj teoriji nije postojao poseban interes za bavljenjem ovom problematikom.⁷

Od spomenute Novele pa sve do donošenja Zakona o parničnom postupku od 2004. godine,⁸ pravilo o teretu dokazivanja bilo je određeno u svom najosnovnijem značenju kao ovlašćenje suda da o postojanju određenih činjenica zaključuje primenom ovog pravila.⁹ Ni uvođenje pravila o teretu dokazivanja od devedesetih godina prošlog veka principijelno nije menjalo zatečeno stanje jer je i dalje zadržano rešenje kojim se od suda zahteva da potpuno i istinito utvrdi sporne činjenice.¹⁰ Ovim se i dalje problematizovala šira primena pravila o teretu dokazivanja jer se smatralo da načelo materijalne istine osujećuje punu primenu odredaba o teretu dokazivanja. Gubilo se iz vida da, u procesnim sistemima u kojima načelo materijalne istine ima poseban značaj u postupku, postojanje ovog načela nije predstavljalo smetnju za primenu pravila o teretu dokazivanja kao što je to u državama germanskog pravnog kruga. U izboru između toga da sudija simulira kako je „ubeđen“ u postojanje određenih činjenica ili da prizna i obrazloži, da na osnovu izvedenih dokaza, nije u stanju da formira to ubeđenje sa razlogom se prihvata ta druga mogućnost. I u periodu kada je utvrđivanje materijalne istine u jugoslovenskom parničnom zakonodavstvu imalo značaj osnovnog načela gotovo da nije bilo teoretskog rada kojim se nije lamentiralo zbog toga što u postupku ipak nije moguće jedno potpuno utvrđivanje stvarnosti – počevši od nesavršenosti ljudskog saznanja uopšte pa do konkretnih procesnih ustanova za koje se smatralo da negativno utiču na mogućnost utvrđivanja istine u postupku.

Donošenjem ZPP 04 pravilo o teretu dokazivanja dobija potpuniji izraz koji je u doslovnom sadržaju zadržan i u važećem Zakonu o parničnom postupku.¹¹ Iz ranije važećeg zakonodavstva je preuzeta opšta odredba kojom se sud ovlašćuje da o postojanju određene činjenice zaključuje promenom pravila o teretu dokazivanja.¹² Od donošenja ZPP 04 pravilo o teretu dokazivanja dobija potpuniji izraz koji je u potpunosti preduzet u važećem parničnom zakonodavstvu. Unete su odredbe o raspodeli tereta

⁷ Više: *A. Uzelac*, Teret dokazivanja, doktorska disertacija, Zagreb 1998, 5, 274-280.

⁸ U daljem tekstu ZPP 04, Sl. glasnik RS, br. 125/2004, 111/2008.

⁹ „Ako sud na osnovu izvedenih dokaza (član 8) ne može sa sigurnošću da utvrdi neku činjenicu o postojanju činjenice zaključuje primenom pravila o teretu dokazivanja“, član 221a ZPP 77.

¹⁰ Član 7 stav 1 ZPP 77.

¹¹ U daljem tekstu ZPP, član 321 ZPP, Sl. glasnik RS, br. 72/2011, Odl. US I Uz 51/2012, Sl. glasnik RS, br. 49/2013, Odl. US I Uz 147/2012, Sl. glasnik RS, br. 74/2013.

¹² Član 221a ZPP 77, član 223 stav 1 ZPP 04, član 231 stav 1 ZPP.

dokazivanja. Prema navedenim odredbama: „stranka koja tvrdi da ima neko pravo, snosi teret dokazivanja činjenice koja je bitna za nastanak ili ostvarivanje prava“,¹³ a „stranka koja osporava postojanje nekog prava, snosi teret dokazivanja činjenice koja je sprečila nastanak ili ostvarivanje prava ili usled koje je pravo prestalo da postoji“. ¹⁴ U oba slučaja propisuje se da se zakonom može odrediti drugačija raspodela tereta dokazivanja. Od donošenja ZPP 04 parnična regulativa više ne spominje načelo materijalne istine što je na određeni način, posebno u sudskoj praksi, rezultiralo drugačijim odnosom prema pravilima o teretu dokazivanja često uz zanemarivanje nekih drugih kvaliteta pravne zaštite.

II

Postavlja se pitanje domena primene pravila o teretu dokazivanja. Po načelu slobodne ocene dokaza sud o postojanju, „dokazanosti“ određenih činjenica odlučuje po svom uverenju „na osnovu savesne i brižljive ocene svakog dokaza zasebno, svih dokaza kao celine i na osnovu rezultata celokupnog postupka“. ¹⁵ Primena pravila o teretu dokazivanja dolaze do izražaja jedino pod uslovom ako ocenom dokaza sud nije u stanju da formira to uverenje - ako nije u stanju da sa sigurnošću utvrdi (postojanje) činjenice koja je bila predmet dokazivanja i ocene dokaza. Ovim su istovremeno određeni opšti okviri moguće primene pravila o teretu dokazivanja. Tamo gde se od suda ne očekuje da sa "sigurnošću" utvrdi postojanje određene činjenice, gde se o njenom postojanju zaključuje do nivoa verovatnosti jer pretežu razlozi koji potvrđuju njeno postojanje primena, pravila o teretu dokazivanja gubi smisao. Od suda se ne očekuje da sa sigurnošću utvrdi postojanje ovih činjenica. U pitanju su činjenice od kojih zavisi primena procesnih odredaba. Ako se primena ovih odredaba uslovljava zahtevom da sud bude uveren, siguran u postojanje odgovarajućih činjenica ne može se isključiti primena pravila o teretu dokazivanja. ¹⁶

Drugo, primena pravila o teretu dokazivanja se ograničava samo na one činjenice koje su predstavljale predmet dokazivanja i ocene dokaza - „ako sud na osnovu izvedenih dokaza ne može sa sigurnošću da utvrdi neku činjenicu“. U pitanju su činjenice od meritornog značaja od kojih

¹³ Član 223 stav 2 ZPP 04, 231 stav 2 ZPP.

¹⁴ Član 223 stav 3 ZPP 04, 231 stav 3 ZPP.

¹⁵ Član 8 ZPP.

¹⁶ *H. Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts, 2. Auflage, Wien 1990, 463.

zavisi donošenje odluke o sporu a koje su bile predmet dokazivanja. U navedenom smislu sud ne bi mogao odbiti sve dokazne predloge parničnih stranaka, a zatim, bez izvođenja dokaza, odlučiti o sporu. Tek ako parnični sud na osnovu sprovedenog dokazivanja, ni u pozitivnom ni u negativnom smislu, nije u stanju da sa sigurnošću utvrdi činjenicu koja koja je bila predmet dokazivanja odluku može zasnovati pozivanjem na odredbe o teretu dokazivanja. Ne može odbiti da odlučuje o sporu zbog toga što je činjenično stanje ostalo nerazjašnjeno *non liquet*. I u ovom slučaju mora odlučiti o sporu. Procesni osnov za ovaj vid odlučivanja sadržan je u citiranoj odredbi ZPP.¹⁷ Načelo zakonitosti bitno određuje sadržaj pravne zaštite u parničnom postupku. Sud je dužan rukovođen svojom pravnom kvalifikacijom spora utvrditi da li postoje činjenice koje su na jedan najopštiji način određene normom materijalnog prava za koju smatra da je merodavna za odlučivanje o sporu. Dokazivanjem utvrđuje da li u konkretnom slučaju te činjenice postoje. Ako postoje, usvaja zahtev zasnovan na tim činjeničnim tvrdnjama. U suprotnom ga odbija. Shema je data u najjednostavnijem sadržaju koji u konkretnoj parnici može imati znatno složenije izraze. U momentu donošenja odluke (presude) sud mora raspolagati potrebnom činjeničnom građom. Do te podloge može doći na različite načine. Može je formirati na osnovu činjeničnog stanja koje nije bilo predmet dokazivanja jer su u pitanju opštepoznate činjenice, činjenice koje je stranka priznala u postupku, nespornih činjenica ili činjenica koje su sudu poznate u vršenju njegove funkcije. U spomenutim slučajevima sud ne vrši ocenu dokaza. Isključuje se i primena pravila o teretu dokazivanja. Činjeničnu građu može formirati na osnovu sprovedenog dokazivanja kojim je stekao uverenje u pogledu postojanja, odnosno nepostojanja dokazivanih činjenica. Ni u ovom slučaju sud ne može činjeničnu podlogu svoje svoje odluke zasnovati primenjujući pravila o teretu dokazivanja. Tek u slučaju ako ocenom dokaza, „na osnovu izvedenih dokaza“, nije u stanju da formira odgovarajući stav o postojanju dokazivanih činjenica sud odlučuje primenjujući odredbe o teretu dokazivanja. Izuzimaju se i presude u kojima je sadržaj pravne zaštite određen voljom stranaka. Činjenična podloga konkretne presude može biti formirana na način koji obuhvata sve spomenute vidove utvrđivanja činjenica. U jednom delu na osnovu onih činjenica koje se nisu dokazivale u postupku, u drugom na osnovu onih činjenica čije je postojanje, odnosno nepostojanje sud sa sigurnošću uveren. U trećem delu činjenična podloga može biti određena primenom pravila o teretu dokazivanja. Da bi mogao odlučiti o sporu i doneti presudu sud mora raspolagati onom činjeničnom građom

¹⁷ Član 231 stav 1 ZPP.

koja je određena hipotezom norme materijalnog prava koju sud smatra relevantnom za odlučivanje o sporu. Jedino pod tim uslovom može izreći onu pravnu posledicu koja je određena dispozicijom te iste norme. Navedena obaveza postoji u svim postupcima u kojima važi načelo zakonitosti bez obzira da li je u pitanju postupak zasnovan na raspravnoj ili istražnoj maksimi. Na sudu je odgovornost da se, bez obzira na konkretan način utvrđivanja, u postupku utvrde sve činjenice koje potrebne primenu odgovarajuće odredbe materijalnog prava.¹⁸ Samo te činjenice mogu biti predmet dokazivanja. Pri tome se najčešće mora kreteti u okvirima onih činjeničnih tvrdnji koje su istaknute od strane parničnih stranaka. S druge strane, odgovoran je da se u postupku, bez obzira da li se radi o utvrđivanju činjenica na osnovu ocene dokaza ili primenom pravila o teretu dokazivanja, utvrdi postojanje činjenica bitnih za odlučivanje o sporu. Eventualni propust ovog tipa čini sud odgovornim za nezakonitost presude jer za posledicu ima nepotpuno utvrđeno činjenično stanje koje predstavlja razlog za pobijanje presude u žalbenom postupku.¹⁹

III

Šira primena pravila o teretu dokazivanja se dovodi u vezu sa drugačijom koncepcijom raspravnog načela u parničnoj regulativi koja je usledila posle 2004. godine u kojoj je nestalo ovlašćenje suda da po službenoj dužnosti izvede dokaze koji nisu predloženi od strane parničnih stranaka. Ipak, ako se uporede odredbe kojima se reguliše raspravno načelo sa odredbama kojima se reguliše raspodela tereta dokazivanja vidljivo je da postoje značajne razlike u njihovom sadržaju. Po raspravnom načelu su dužne da iznesu sve činjenice na kojima zasnivaju svoje zahteve i predlože dokaze kojima se utvrđuju te činjenice.²⁰ Sudu se, sa druge strane, zabranjuje da utvrđuje činjenice i izvede dokaze koji nisu predloženi od strane stranaka.²¹ Načelo je izraženo i u užim značenjima kao obaveza tužioca da u tužbi navede činjenice na kojima zasniva svoj zahtev i dokaze kojima se utvrđuju ove činjenice.²² U odgovoru na tužbu tuženi treba, ako osporava tužbeni zahtev, navesti činjenice i dokaze kojima osporava taj zahtev.²³ Odredbe o teretu dokazivanja imaju bitno drugačiji

¹⁸ H. Fasching, cit. u fn. 16, 461.

¹⁹ Član 375 ZPP.

²⁰ Član 7 stav 1 ZPP.

²¹ Član 7 stav 2 ZPP.

²² Član 192 stav 1 ZPP.

²³ Član 298 stav 2 ZPP.

sadržaj. Od stranke se očekuje da u postupku dokaže postojanje činjenica koje su bitne za nastanak određenog prava ili njegovo ostvarivanje i suprotno, ako osporava njegovo postojanje, da dokaže postojanje činjenica koje su sprečile nastanak tog prava ili njegovo ostvarivanje ili je zbog navedenih činjenica pravo prestalo da postoji. Razlika u formulacijama nije slučajna. Hipotetički bi se i sadržaj raspravnog načela mogao odrediti na način kojim se od stranaka zahteva da svoje činjenične tvrdnje postave na način kako to određuju pravila o teretu dokazivanja. To se, međutim, sa razlogom ne čini jer bi pretpostavljalo da stranka pravno kvalifikuje svoje zahteve pozivom na normu materijalnog prava za koju smatra da treba primeniti u postupku i da je sud vezan tom kvalifikacijom što u parničnom postupku nije slučaj. I ako stranka pravno kvalifikuje svoj zahtev to učini kvalifikacija ne vezuje sud. Na sudu je obaveza da rukovođen činjenicama koje su sadržane u tužbi odredi materijalnopravnu normu za koju smatra da je treba primeniti u konkretnom slučaju. Sud bi to trebao učiniti pre nego što se pristupi utvođenju dokaza. Smatra se da bi ovom prilikom trebao odrediti i koja stranka treba da navede činjenice i dokaze potrebne za njen uspeh u sporu.²⁴ Pri tome se rukovodi apstraktno određenim činjenicama sadržanim u hipotezi materijalnopravne norme za koju smatra da odgovara činjenicama navedenim u tužbi. U momentu postavljanja tih tvrdnji, bez obzira da li su iste istaknute u cilju dokazivanja ili osporavanja postavljenih zahteva, stranke nemaju saznanje o tome kako će se od strane suda pravno kvalifikovati te njihove tvrdnje. Od njih se zato ne može očekivati da ih formulišu na način propisan previlima o teretu dokazivanja a da se pri tome fundamentalno ne izmeni koncepcija ovog vida pravne zaštite. Raspravno načelo vezuje sud za one činjenice i dokaze koji su istaknute od strane parničnih stranaka ali on određuje njihovu relevantnost. Predmet dokazivanja mogu biti samo one činjenice koje sud smatra važnim za donošenje odluke.²⁵ Iz navedenog razloga sud ne može biti prosti posmatrač procesnih aktivnosti stranaka nego je potrebno da aktivnim učešćem u postupku obezbedi da se pribavi činjenična i dokazna građa potrebna za primenu odgovarajuće odredbe materijalnog prava na osnovu koje će odlučiti o sporu. Ako to ne učini nije odgovorio svojoj obavezi da prilikom donošenja odluke raspolaže svom potrebnom činjeničnom građom. Iz navedenog razloga dužan je da stranke navede na iznošenje onog činjeničnog materijala koji je po njegovom mišljenju bitan za donošenje odluke. Tek ako je nave-

²⁴ W. Rechberger/D. A. Simotta, Grundriß des österreichischen Zivilprozeßrechts, 5. Auflage, Wien 2000, 349.

²⁵ Član 229 stav 1 ZPP.

deni uslov ispunjen i ako su navedene činjenice bile predmet dokazivanja postoji mogućnost da se činjenična osnova presude utvrdi primenom pravila o teretu dokazivanja. U momentu pokretanja postupka od stranaka se ne može očekivati da znaju kako će sud pravno kvalifikovati njihove zahteve istaknute u postupku. U daljem razvoju postupka one dolaze u priliku da se, neposredno ili posredno, upoznaju sa stanovištem suda o relevantnosti njihovih činjeničnih tvrdnji što opravdava primenu pravila o teretu dokazivanja na način formulisan odredbama ovog člana. Sve do zaključenja pripremnog ročišta stranke imaju pravo da navedu činjenice i predlože dokaze koji nisu bili sadržani u tužbi i odgovoru na tužbu.²⁶ Ako to čine rukovođene su stavom suda o relevantnosti njihovih činjeničnih tvrdnji i dokaznih predloga. Jedino se pod tim uslovom može opravdati pomeranje granice od koje važi zabrana isticanja novih činjenica i dokaza sa trenutka u kojem tužilac podnosi tužbu a tuženi daje odgovor do momenta zaključenja pripremnog ročišta ili prvog ročišta glavne rasprave ako se premno ročište ne održava. U daljem toku postupka rizik nedokazanosti činjeničnih tvrdnji postaje sve prisutniji da bi u momentu donošenja odluke bilo opravdano raspodeliti taj teret između stranaka na način propisan odredbama ovog člana. Ni primena pravila o donošenju odluke na osnovu nespornog činjeničnog stanja ili presude kojom se odbija tužbeni zahtev zbog nekonkludentnosti tužbe ne dovodi u pitanje navedeni pristup.²⁷ Sadržaj spomenutih presuda nije određen na osnovu onog činjeničnog stanja koje je bilo predmet dokazivanja. Razlika u sadržaju navedenih odredaba može se razumeti i kao posledica različitog predmeta regulisanja. Prilikom određivanja okvira primene raspravnog načela ZPP reguliše pitanje koje se odnosi na regulisanje jednog procesnog načela i shodno tome okvire njegove primene određuje prema odgovarajućim procesnim ustanovama. Pre svega prema zahtevima istaknutim u postupku. Kada se formulišu pravila o teretu dokazivanja tada se polazi od materijalnopravnog značaja tih činjenica za odlučivanje o sporu jer se presuda donosi kao akt primene odgovarajuće norme materijalnog prava na činjenično stanje koje je apstraktno određeno odredbama te pravne norme. Objektivni teret dokazivanja, i u sistemu u kojem se raspravnoj maksimi daje znatno širi značaj u odnosu na ranije važeće zakonodavstvo, ne isključuje odgovornost suda u pogledu određivanja činjenične osnove potrebne za odlučivanje o sporu. Da bi uopšte došlo do primene pravila o (subjektivnom) teretu dokazivanja potreb-

²⁶ Član 308 stav 1 ZPP.

²⁷ Član 291 stav 2 ZPP, član 350 stav 3 ZPP.

na je da sud prethodno, na osnovu ocene izvedenih dokaza, zaključi da nije u stanju da sa sigurnošću utvrdi postojanje činjenice koja je bila predmet dokazivanja. Širi domašaj raspravne maksime u odnosu na ranije važeća rešenja ne predstavlja, niti se može razumeti kao poziv sudu da jednim konformističkim odnosom izbegne svoju odgovornost za pravilnost utvrđenog činjeničnog stanja pri čemu pravila o teretu dokazivanja predstavljaju poslednje a ne prvo sredstvo kojim sud određuje činjeničnu osnovu svoje presude.

Prikazano rešenje opisuje tipičan tok stvari pri kojem primena pravila o teretu dokazivanja pretpostavlja prethodnu ocenu izvedenih dokaza: „[a]ko sud na osnovu izvedenih dokaza (član 8) ne može sa sigurnošću da utvrdi neku činjenicu, o postojanju činjenice primeniće pravila o teretu dokazivanja“.²⁸ Kao što je istaknuto rešenje je formulisano Nove-lom ZPP 77 ali u jednom bitno drugačijem procesnom kontekstu. U vreme važenja ZPP 77 postojala je mogućnost da sud po službenoj dužnosti, primenom istražne maksime izvede dokaze i koji nisu predloženi od strane parničnih stranaka. Pri opisanim rešenjima sud je, kao poslednje rešenje, stajala na raspolaganju mogućnost da osporenu činjenicu dokazuje saslušanjem stranaka. Bitno obeležje procesnopravnog odnosa koji se uspostavlja u parničnom postupku predstavlja okolnost da moraju postojati dve stranke suprotstavljenih interesa tako da je uvek postojala mogućnost da u nedostatku drugih dokaza sud, po službenoj dužnosti, izvede dokazivanje saslušanjem stranaka. Sa time se računalo kada je formulisana koncepcija ovog ovog dokaznog sredstva kojem je davan supsidijaran značaj u odnosu na ostala dokazna sredstva. Dokaz se izvodio samo ako nije bilo drugih dokaza ili ako je sud smatrao da je to, i pored izvedenih dokaza, potrebno za utvrđivanje važnih činjenica.²⁹ Pored saslušanja stranaka sud je mogao odrediti izvođenje i ostalih dokaza za koje je saznao u postupku a koji nisu bili predloženi od strane stranaka. Od 2004. godine stanje je bitno promenjeno tako da postoji mogućnost osporavanja činjeničnih tvrdnji koje nisu praćene odgovarajućom ponudom dokaza a sud ne raspolaže istražnim ovlašćenjima da sam odredi izvođenje dokaza koji nisu predloženi od strane stranaka. Sa ovom mogućnošću se nije računalo prilikom preuzimanja odredbe ranije važećeg parničnog zakonodavstva. Pitanje je izuzetno složeno jer konfrontira mogućnost različitih pristupa. Problem se ne može rešiti eventualnim donošenjem presude na osnovu nespornog činjeničnog stanja jer je kod njenog donošenja bitan uslov da tuženi ne osporava činjenične tvrdnje

²⁸ Član 231 stav 1 ZPP.

²⁹ Član 253 stav 2 ZPP 57, član 254 stav 2 ZPP 77.

protivne stranke.³⁰ Ne postoji ni mogućnost donošenja presude zbog propuštanja jer se pravilo o teretu dokazivanja ograničava na slučaj u kojem tuženi osporava činjenične tvrdnje protivne stranke a to pretpostavlja da je prethodno to učinio davanjem odgovora na tužbu.³¹ U momentu podnošenja tužbe i davanja odgovora na tužbu nije moguće odbaciti navedene podneske iz razloga što nedostaje ponuda dokaza jer su stranke ovlašćene da do momenta zaključenja pripremnog ročišta iznesu činjenice i predlože dokaze na kojima zasnivaju svoje zahteve ili osporavaju zahteve protivne stranke.³² Ako se određivanje činjenične osnove spora i akt osporavanja posmatraju kao radnje čiji je sadržaj formalizovan njihova punovažnost bi bila uslovljena na način kojim se od stranaka zahteva da uporedo sa isticanjem određene činjenične tvrdnje navede i dokaze koji potvrđuju taj njen navod. To bi moglo poslužiti kao osnov da se smatra da navedena tvrdnja nije ni izneta a ako je u pitanju akt osporavanja tvrdnje protivne stranke da ne postoji osporavanje. Ako samo jedna od stranaka predloži izvođenje dokaza koji nisu u stanju da kod suda stvore ubeđenje o postojanju određene činjenice to bi vodilo do neprihvatljivog rezultata usvajanje zahteva stranke koja nije uložila nikakav napor da dokaže svoje činjenične tvrdnje. U celini posmatrano postoje razlozi da se pravila o teretu dokazivanja prilagode novoj, široj koncepciji raspravnog načela uključujući i davanje odgovora na pitanje kako doneti odluku o sporu ako nisu postojali uslovi za dokazivanje određenih činjeničnih tvrdnji jer nije bilo odgovarajućih dokaznih predloga od strane parničnih stranaka. Posebno ako se u obzir uzme okolnost da u sudskoj praksi pravilo o teretu dokazivanja, suprotno citiranoj odredbi člana 231 stav 1 ZPP, primenjuje u slučaju kada dokazivanje nije bilo moguće sprovesti zbog nedostatka dokaza.

Ideja o široj primeni pravila o teretu dokazivanja uz potiskivanje odgovornosti suda u pogledu određivanja činjenične osnove spora se zasniva i na okolnosti da se u parničnom zakonodavstvu koje je usledilo posle 2004. godine prestalo da se spominje načelo materijalne istine. Kao i u ZPP iz 2004. godine, ZPP ne spominje obavezu suda da istinito utvrdi sporne činjenice od kojih zavisi osnovanost zahteva. Ranije važeći propisi su to izričito propisivali. Značaj načela, posebno u naučnoj i stručnoj javnosti, često je bio prenatravan. Činilo se da je utvrđivanje istine primarni cilj postupka kojem su podređene sve druge procesne ustanove. Delimično se gubilo iz vida da zadatak suda nije saznavanje

³⁰ Član 291 stav 2 ZPP.

³¹ Član 350 ZPP.

³² Član 308 stav 1 ZPP.

stvarnosti nego pružanje zakonite i pravične pravne zaštite pri čemu utvrđivanje istine nije cilj, već samo sredstvo ostvarivanja navedenog kvaliteta. Navedeni pristup je problematizovan prostom činjenicom da istina u postupku gubi značaj određenim vidovima dopuštenog disponiranja predmetom spora, ali i u onim situacijama kada se ne pristupa dokazivanju relevantnih činjenica. Kao reakcija na navedene pristupe, ali i zbog šireg domašaja raspravnog načela načelo utvrđivanja istine se ne spominje, ali je ipak i dalje prisutno u nešto drugačijem značenju. I dalje, međutim, zakonitost presude zavisi od toga u kojoj je meri parnični sud pravilno i potpuno utvrdio činjenično stanje na kojem zasniva svoju odluku. To stanje redovno utvrđuje na taj način što u dokaznom postupku utvrđuje u kojoj su meri istinite tvrdnje stranaka o postojanju pravno relevantnih činjenica od kojih zavisi osnovanost tužbenog zahteva. Zadatak suda je da utvrdi u kojoj su meri istinite stranačke tvrdnje o postojanju činjenica na kojima stranke zasnivaju svoje zahteve. Celina dokaznog postupka usmerena je navedenom cilju. Sud ceni istinitost tvrdnji parničnih stranaka i u slučaju pozitivnog odgovora zauzima stav o postojanju ili nepostojanju određenih činjenica. U svemu tome sud nije potpuno pasivan. ZPP ga obavezuje na postupanje koje omogućava svestrano raspravljanje spora uključujući postavljanje odgovarajućih pitanja koja treba da doprinese pravilnom utvrđivanju činjenica od kojih zavisi odluka o tužbenom zahtevu. Suprotstavljenost interesa parničnih stranaka takođe doprinosi tome da sud može formirati stav o istinitosti stranačkih tvrdnji. To što se u određenim slučajevima mora osloniti, u važećem zakonu na naglašenije istaknuto pravilo o teretu dokazivanja, principijelno ne menja položaj suda jer ono što se u postupku ne može dokazati najčešće i ne postoji. I u ovoj procesnoj situaciji sud odlučuje rukovođen činjenicom da je određena tvrdnja neistinita jer nije dokazana. Drugo je pitanje što do tog stava dolazi neposrednom primenom odgovarajuće zakonske odredbe, a ne na osnovu svog uverenja. Samo pod ovim uslovom može se opravdati mogućnost pobijanja prvostepene presude zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja. Tamo gde te odgovornosti nema, jer je sadržaj pravne zaštite određen voljom stranaka ili raspolaganjem činjeničnom osnovom spora, presuda se zbog navedenog razloga ne može ni pobijati. Potreba da sud, primenom odgovarajućih saznavnih metoda, utvrdi u kojoj su meri istinite tvrdnje stranaka o postojanju relevantnih činjenica i dalje postoji jer od toga zavisi zakonitost presude. U navedenim okvirima utvrđivanje istine ima značaj sredstva koje se koristi da bi se ostvario određeni cilj – zakonita i pravična presuda.

Potrebno je imati u vidu da naglašeniji značaj raspravne maksime i okolnost da se u novom parničnom zakonodavstvu izričito ne spominje načelo materijalne istine ne može razumeti, kako se to ponekad čini, kao stvaranje procesnog okvira koji oslobađa sud dužnosti da doprinese potpunom rasvetljavanju činjeničnog stanja potrebnog za donošenje presude. Tek ako ovi naponi ostanu bez rezultata opravdano je primeniti pravilo o teretu dokazivanja. Sud nije niti može biti pasivni posmatrač procesne borbe koja se odvija između stranaka niti se primenom pravila o teretu dokazivanja može osloboditi ove odgovornosti. Ideja aktivnog odnosa suda u pogledu određivanja činjenične osnove presude je izričito artikulisana u njegovoj dužnosti da, postavljanjem pitanja, pribavi potrebna obaveštenja u cilju utvrđivanja činjenica od kojih zavisi odluka o osnovanosti zahteva.³³ Pravilo o teretu dokazivanja se ograničava na određivanje ishoda dokaznog postupka i izvan navedenog okvira ne može određivati procesni položaj stranaka i suda.

IV

Kao kod načela slobodne ocene dokaza, primena pravila o teretu dokazivanja pretpostavlja obavezu suda da objektivizira svoj stav o tome da na osnovu izvedenih dokaza ne može sa sigurnošću utvrditi da li postoje ili nepostoje činjenice koje su bile predmet dokazivanja. Od suda se mora dobiti jasno obrazloženje zbog čega se odlučio za njihovu primenu. Uslovno rečeno primenu pravila o teretu dokazivanja prejdiciira prethodno izvršena ocena dokaza. Drugim rečima i kada odlučuje primenjujući pravila o teretu dokazivanja sud prethodno vrši ocenu dokaza i, tek pod uslovom ako ta ocena ne da rezultat, odluku donosi primenjujući pravila o teretu dokazivanja. U krajnjoj liniji i ove okvire određuje sudija jer je ocena dokaza njegov unutrašnji psihološki i logički akt koji se mora objektivizirati u obrazloženju presude. U istoj procesnoj situaciji jedan sudija može smatrati da je sa sigurnošću ubeđen u postojanje određene činjenice dok drugi može smatrati da na osnovu izvedenih dokaza nije u stanju da formira stav o postojanju činjenice koja je bila predmet dokazivanja. Iz navedenog razloga potreba za obrazloženjem dobija još više na značaju. Ako se taj prag podesi suviše visoko šteti interesima stranke koju pogađa primena ovih pravila a ako se odredi preterano nisko šteti interesima stranke u čiju korist deluje određeno pravilo o teretu dokazivanja. Potrebno je takođe uzeti u obzir da rezultat

³³ Član 313 ZPP.

ocene dokaza može biti uverenje suda da određena činjenica ne postoji. Ovaj stav isključuje primenu pravila o teretu dokazivanja. U praksi srpskih sudova je sve prisutnija (pogrešna) praksa po kojoj se sudovi, mada su nedvosmisleno utvrdili da određena činjenica ne postoji, svoju presudu obrazlažu primenjujući pravila pravila o teretu dokazivanja.

V

Bez obzira što je dokazni postupak organizovan na način koji podrazumeva aktivno učešće stranaka i suda, u krajnjem ishodu nedokazanost činjenice koja je bila predmet dokazivanja ide na štetu jedne od stranaka što je neminovno u dvostranački organizovanom postupku. Koja je to stranka zakonom se unapred ne određuje. U tome je i osnovna razlika u odnosu na neke druge vidove sudske zaštite. U krivičnom postupku nedokazanost činjenica od kojih zavisi odlučivanje o predmetu se rešava primenom načela *in dubio pro reo*. U pitanju je postupak u kojem su stranačke uloge statične i nepromenjive. Po definiciji optuženi se nalazi u lošijem položaju koja bi bio još nepovoljniji ako bi u postupku morao dokazivati svoju nevinost. Bitno obeležje ovog vida pravne zaštite predstavlja pretpostavka nevinosti optuženog lica koja ima značaj ustavne garancije.³⁴ Predstavlja i elemenat prava na pravično suđenje u smislu odredaba člana 6 stav 2 Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama.³⁵ U parničnom postupku procesna pozicija stranaka nije statična. U istom parničnom postupku stranke mogu biti u obe procesne poziciji - i na strani tužilačke i na strani tužene stranke tako da se raspodela (subjektivnog) tereta dokazivanja ne može vezivati za primenu ovog kriterijuma na način kojim bi se tužilac unapred obavezao na dokazivanje određenih činjenica niti bi se to moglo zahtevati od tužene stranke. Raspodela subjektivnog tereta dokazivanja se vezuje za primenu bitno drugačijih kriterijuma koji se u podjednakoj meri mogu odnositi na obe parnične stranke. Ako se neka od stranaka svoj zahtev zasniva pozivom na postojanje određenog prava snosi teret dokazivanja činjenica koje su bitne za nastanak tog prava ili njegovo ostvarivanje. U istoj parnici navedena formulacija se može odnositi na obe stranke. Tužilac, na primer, može dokazivati postojanje činjenica koji su rezultirale zaključenjem ugovora određenog sadržaja koji ga ovlašćuje da traži ispunjenje određene činidbe a tužena strana na postojanje činjenica koje

³⁴ Član 34 stav 3 Ustava RS.

³⁵ Više: A. Jakšić, Evropska konvencija o ljudskim pravima, Beograd 2006, 216-222.

govore o njegovom pravu da od druge, tužilačke strane zahteva prethodno ili istovremeno ispunjenje neke druge činidbe. Stranka koja osporava postojanje nekog prava snosi teret dokazivanja činjenica koja je sprečila njegov nastanak ili ostvarivanje ili činjenica usled kojih je to pravo prestalo da postoji. U obe procesne situacije ZPP unapred ne određuje stranku koju pogađaju štetne posledice okolnosti da su određene činjenice ostale nerazjašnjene u postupku. Pravila se mogu odnositi na svaku od stranaka postupku. Rešenja ZPP u osnovi odgovaraju teoretskom konceptu koji potiče iz nemačke pravne teorije. Formuliseo ih je teoretičar *Leo Rozenberg (Leo Rosenberg)*.³⁶ Prema tom konceptu svaka od stranaka treba u postupku navesti i dokazati da su ispunjene pretpostavke za primenu za nju povoljne pravne norme (nem. *Normentheorie*).³⁷ Pri tome se teret dokazivanja formuliše na način koji odgovara različitim tipovima pravnih normi koje regulišu materijalnopravne odnose i, u zavisnosti od vrste norme iz koje stranka izvodi svoje zahteve u postupku, određuje se snošenje rizika nedokazanosti činjenica od kojih zavisi primena te norme. U navedenom smislu pravi se razlika između konstitutivnih normi na osnovu kojih nastaje pravo iz kojeg stranka izvodi svoj zahtev za pružanje pravne zaštite, impreditivnih normi koje sprečavaju nastanak tog prava i ekstintivnih normi koje dovode do njegovog ukidanja. Odredba člana 231 stav 2 ZPP se odnosi se na nedokazanost činjenica od kojih zavisi primena normi od konstitutivnog značaja jer određuje da teret dokazivanja činjenice koja je bitna za nastanak određenog prava ili njegovo ostvarivanje snosi ona stranka koja se poziva na to pravo. Stavom tri istog člana određuju se posledice nedokazanosti činjenica koje sprečavaju nastanak određenog prava ili njegovo ostvarivanje, odnosno činjenica usled kojih je određeno pravo prestalo da postoji. Teret dokazivanja ovih činjenica leži na stranci koja osporava postojanje određenog prava. Tako, na primer, teret dokazivanja činjenice da je utuženi iznos isplaćen pada na tuženog. Teret nedokazanosti navedenih činjenica pogađa stranke ali i u ovoj komponenti postoji značajna odgovornost suda. Prilikom pravne kvalifikacije zahteva istaknutih u postupku sud je dužan da izvrši odgovarajuću analizu odredaba koje smatra relevantnim za odlučivanje određujući njihovu prirodu u smislu primene pravila o teretu dokazivanja. Dužan je da postupkom upravlja na način koji omogućava utvrđivanje tih bitnih činjenica a ako ta aktivnost ostane bez rezultata određuje stranku koju će pogoditi nemogućnost njihovog utvrđivanja.

³⁶ *L. Rosenberg, Beweislast*, 4. Auflage, München - Berlin 1956.

³⁷ *L. Rosenberg*, cit. u fn. 36, 98/99.

VI

Ako se određene činjenice ne mogu sa sigurnošću utvrditi tada to u krajnjem ishodu rezultira stavom o njihovom nepostojanju.³⁸ To će najčešće odgovarati stvarnom stanju stvari jer ono što nije dokazano najčešće i ne postoji. Izuzetak je primena pravila o zakonskim pretpostavkama kod kojih nesposobnost stranke da, dokazom o protivnom, ubedi sud o nepostojanju pretpostavljene činjenice ima sasvim suprotan rezultat. Smatraće se da pretpostavljena činjenica postoji. Navedene posledice posebno potenciraju odgovornost sudije. Moguće je da izvedeni dokazi znatno više govore u prilog postojanja određene činjenice u odnosu na dokaze kojima se osporava njeno postojanje. Ako sud smatra da navedeni razlozi nisu dovoljni za formiranje čvrstog uverenja primenjuje pravila o teretu dokazivanja. U tom slučaju utvrđuje da spomenuta činjenica ne postoji mada pretežu razlozi koji govore drugačije. U oba slučaja kojima se reguliše subjektivni teret dokazivanja nemogućnost formiranja uverenja o postojanju činjenica od kojih zavisi odlučivanje o sporu rezultira utvrđenjem da te činjenice ne postoje. Primenjujući pravila o teretu dokazivanja činjenica od kojih zavisi nastanak ili ostvarivanje određenog prava sud utvrđuje da ne postoje te činjenice što rezultira odbijanjem zahteva. I suprotno, ako stranka ne dokaže postojanje činjenica koje su sprečile nastanak ili ostvarivanje prava na koje se protivnik poziva ili na postojanje činjenica usled kojih je to pravo prestalo da postoji smatra se da te činjenice ne postoje što u krajnjoj liniji rezultira usvajanjem zahteva protivne stranke koja se poziva na postojanje osporenog prava. Ima mišljenja pravila o teretu dokazivanja predstavljaju vid odstupanja od principa slobodne ocene dokaza i da to znači primenu legalnog (zakonskog) dokaznog sistema po kojem sudija mora da zaključi da ne postoje činjenice u čije postojanje nije uveren.³⁹ Navedeno mišljenje ipak treba primiti sa rezervom jer je bitan uslov za primenu pravila o teretu dokazivanja prethodno izvršena (slobodna) ocena izvedenih dokaza pa tek posle toga sud dolazi u priliku da o sporu odlučuje smatrajući da ne postoje činjenice određene hipotezom odgovarajuće norme materijalnog prava. S druge strane, u teoriji preteže stav da primena pravila o teretu dokazivanja ima materijalnopравни značaj. Kada sud odlučuje primenjujući ova pravila tada primenjuje odgovarajuću normu materijalnog prava i, za razliku od situacije u kojoj se nalazi kada o postojanju određene činjenice zaključuje na osnovu ocene dokaza koja se vrednuje kao odlučivanje o određenom činjeničnom pitanju koje može biti podložno kontroli samo u drugostepenom

³⁸ W. Rechberger/D. A. Simotta, cit u fn. 24, 349.

³⁹ G. Stanković, Građansko procesno pravo, 8. izdanje, Niš 2010, 420.

postupku, primena pravila o teretu dokazivanja se ispoljava kao akt primene materijalnog prava i shodno tome podleže mogućnosti kontrole i u revizijskoj instanci.

Navedena pravila o (subjektivnom) teretu dokazivanja imaju opšte značenje. Primenjuju se međutim samo pod uslovom da u konkretnom slučaju odredbama materijalnog prava nije određeno koju od stranaka u određenom odnosu pogađa teret dokazivanja činjenica bitnih za primenu dispozicije te pravne norme. U oba slučaja ZPP propisuje da se teret dokazivanja može i drugačije odrediti. Ponekad će izričita zakonska odredba o teretu dokazivanja odgovarati pravilima koja su formulisana odredbama ovog člana tako da njena primena principijelno neće menjati stanje stvari. Primera radi u parnici u kojoj se zahteva povraćaj stvari po osnovu prava svojine tužilac mora da dokaže da na stvari ima pravo svojine i da se ta stvar nalazi u faktičkoj tužene stranke. U parnici u kojoj se osporava pravo svojine na nepokretnosti upisanoj u katastar nepokretnosti teret dokazivanja suprotnog je na stranci koja to pravo osporava.

VII

Od opštih pravila propisanih odredbama ovog člana se odstupa kada se postojanje određenih činjenica pretpostavlja u smislu pravila o zakonskim pretpostavkama. Primena opštih pravila o teretu dokazivanja bi upućivala na to da određenu činjenicu mora dokazivati jedna od stranaka u postupku - na primer tužilac. Ako se (oborivom) zakonskom pretpostavkom pretpostavlja postojanje činjenica od koje zavisi nastanak prava na koje se tužilac poziva dolazi do pomeranja tereta dokazivanja na tuženu stranku. Tuženi se dovodi u poziciju u kojoj mora dokazati da pretpostavljena činjenica ne postoji ako je tužilac dokazao postojanje činjenica određenih osnovom odgovarajuće zakonske pretpostavke. Ako dokazom o protivnom tuženi ne uspe da ubedi sud u nepostojanje pretpostavljene činjenice smatraće se da ona postoji.

VIII

Moguće je da izvedeni dokazi znatno više govore u prilog postojanja određene činjenice u odnosu na dokaze kojima se osporava njeno postojanje ali nisu dovoljni da kod sudije formiraju čvrsto ubeđenje o postojanju iste. Navedena posledica predstavlja povod da se u određenim slučajevima odustaje od dokazivanja pa samim tim i od primene pravila o teretu dokazivanja. Insistiranje na (sigurnom) utvrđivanju određenih činjenica bi dovelo do neprihvatljivih i nepravičnih rezultata. Iz navede-

nog razloga ZPP ovlašćuje sud da „po slobodnoj oceni“, bez dokazivanja, odluči o visini novčanog iznosa ili količini zamenjivih stvari ako utvrdi da stranci pripada pravo na naknadu štete ako se njen iznos ne može utvrditi ili ako bi se mogao utvrditi samo sa nesrazmernim teškoćama.⁴⁰ U nemačkom pravnom sistemu, pre svega putem prakse najviših sudskih instanci, uveden je pojam *prima facie* dokaza (nem. *Anscheinsbeweis*) kojim se u osnovi omekšava zahtev da sud mora biti u potpunosti ubeđen u postojanje činjenice koja je predmet dokazivanja. Primena ovog rešenja se najčešće vezuje za parnice za naknadu štete u kojima se smatra da je za formiranje sudskog uverenje dovoljno da se utvrdi postojanje određene činjenice (koju je je jednostavnije dokazati) izvede zaključak (uverenje) o postojanju neke druge činjenice jer na to upućuju pravila životnog iskustva ili uobičajeni tok stvari. Na navedeni način se u osnovi smanjuje stepen uverenja koji se od sudije očekuje prilikom ocene dokaza i samim tim otklanja potreba za primenom pravila o teretu dokazivanja jer se *prima facie* dokaz oslanja na činjenične zaključke koji su dovedeni samo do stepena verovatnosti. U nemačkoj teoriji postoje značajne kontraverze o pravnoj prirodi *prima facie* dokaza – da li je u pitanju pravilo koje se odnosi na ocenu dokaza ili se upotrebom ovog metoda zaključivanja o postojanju bitnih činjenica pomera teret dokazivanja.⁴¹ U svakom slučaju navedena praksa izražava svest o tome da primena pravila o teretu dokazivanja može dovesti do neprihvatljivih rezultata ako bi se u parnicama za naknadu štete insistiralo na tome da je mora biti u potpunosti siguran u pogledu postojanja činjenica od kojih zavisi odlučivanje o sporu.

Evidentno je da je ključni momenat za primenu pravila o teretu dokazivanja stav suda da na osnovu izvedenih dokaza ne može da sa sigurnošću utvrdi postojanje činjenice koja je bila predmet dokazivanja. Ocena dokaza je unutrašnji psihološko logički proces u kojem sudija vrednuje izvedene dokaze. U krajnjoj liniji od sudije (suda) zavisi kako će izraziti (objektivizirati) svoj stav o tome da li smatra dokazanom činjenicu koja je bila predmet dokazivanja u postupku. Iz navedenog razloga u obrazloženju presude mora posebno navesti razloge zbog kojih nije u stanju da formira ubeđenje o postojanju određene činjenice te se iz tog zbog toga odlučuje na primenu pravila o teretu dokazivanja. Navedeni zahtev posebno dolazi do izražaja u procesnom sistemu u kojem je u prvostepenom postupku pretežnim delom važi princip monokratskog postupanja i odlučivanja.

⁴⁰ Član 232 ZPP.

⁴¹ Bliže: A. Uzelac, cit. u fn. 7, 60.

IX

Primena pravila o teretu dokazivanja koncipirana je na način koji pretpostavlja da je prethodno sprovedeno dokazivanje i da sud ocenom izvedenih dokaza nije u stanju da formira uverenje – sa sigurnošću utvrdi postojanje činjenice koja je bila predmet dokazivanja što primenu pravila ograničava na one postupke u kojima se sudska odluka donosi po osnovu kontradiktornog raspravljanja. ZPP nema odgovarajuća rešenja na probleme koji proizilaze iz nove koncepcije raspravnog načela u srpskom parničnom zakonodavstvu u kojoj su nestala ovlašćenja suda da po službenoj dužnosti odredi izvođenje dokaza. Ne daje odgovor na pitanje kako postupiti u slušaju kada se dokazivanje ne sprovodi usled nedostatka dokaznih predloga. Sudska praksa u ovom slučaju polazi od jednog šireg koncepta pravila o teretu dokazivanja koji nema izričitu zakonsku podlogu. Primenjuje ih i na slučaj kada dokazivanje nije sprovedeno. U svakom slučaju bilo bi korisno preformulisati osnovno pravilo o teretu dokazivanja na način koji odgovara drugačijoj koncepciji raspravne maksime u srpskom parničnom postupku. Pravilo se primenjuje ako se od suda zahteva da sa sigurnošću utvrdi postojanje činjenica od kojih zavisi sadržaj određene odluke. Ako je za donošenje odluke (rešenja) dovoljno te činjenice utvrditi do stepena verovatnoće primena pravila o teretu dokazivanja gubi smisao. Širi domašaj raspravne maksime u parničnom postupku ne oslobađa sud odgovornosti u pogledu dužnosti rasvesvetljavanja činjeničnog stanja na osnovu kojeg odlučuje o sporu. Ne oslobađa ga ni okolnost što se u važećem parničnom zakonodavstvu više ne spominje načelo materijalne istine. I dalje se od njega očekuje da ima taj aktivan odnos. Tek ako zajednički napor suda i stranaka ostane bez rezultata tako da sud nije sa sigurnošću ubeđen u postojanje činjenice koja je predstavljala predmet dokazivanja postoji osnov za primenu odredaba o teretu dokazivanja. I u ovom slučaju sud mora objektivizirati zbog čega o toj činjenici ne može formirati određeni stav. Mora dati jasno obrazloženje zbog čega se odlučio za primenu pravila o teretu dokazivanja. Ovim se dakle ne olakšava pozicija suda niti se primenom odredaba o teretu dokazivanja oslobađa dužnosti da izvrši ocenu dokaza i obrazloži zbog čega ne može formirati stav o postojanju ili nepostojanju činjenice koja je bila predmet dokazivanja. Ako dokazivanje nije sprovedeno primena pravila o teretu dokazivanja se može opravdati jedino idejom da bi, u suprotnom, došlo do neprihvatljivih rezultata - uskraćivanja pravne zaštite i favorizovanja stranke koja nije učinila nikakav napor u cilju dokazivanja svojih činjeničnih navoda.

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

On the Burden of Proof in Civil Procedure

Abstract: *The appliance of burden of proof rules is conceived of assumption that evidences are taken and that court didn't reach the required degree of conviction of a particular fact, what implies limitation of application of these rules on proceedings in which the judgment is rendered after the plenary proceedings. The Code of Civil Procedure (CCP) has no suitable answers for the problems arising from new conception of the principle of party control of facts and means of proof in Serbian litigation legislature, by which the court has no more power to take the evidence ex offio. There is no answer to the question how should court conduct when evidence is not taken because of a lack of parties' indication of the means of proof. In this case courts practice somehow wider conception of burden of proof rules, which however has no explicit legal ground. They are applying them even though evidences are not taken. In any case it would be useful to reformulate basic rule of burden of proof in manner which would correspondent to the new conception of the principle of party presentation. The rule of burden of proof applies when the high degree of conviction of facts is demanded from the court, in order to render the judgment. Consequently this rule loses its' sense when mere probability of factual findings is demanded. The broader conception of parties' representation principle however does not liberate court from his responsibility to clarify facts that should be base for adjudication. Circumstance that CCP does mention the principle of material truth anymore should not be seen as argument for liberation of mentioned responsibility. It is still expected from the court to be active. Only when joint effort of the court and parties is left without of goal, in sense that court doesn't reach the high degree conviction, there would be ground for burden of proof rule's application. In this situation court also must justify why he couldn't reach required degree of conviction, i.e. he must give clear reasons for the cause of application of burden of proof rules. Thus the role of the court is not relieved, nor does the application of burden of proof provisions mean the liberation from the duty to evaluate the evidences and reasoning the impossibility of reaching the required degree of conviction. In the case when evidences are not taken at all the application of burden*

of proof rule could be only justified with the idea that else unacceptable results would arise – substantive legal protection and favoritism of the party who didn't make any effort to proof its factual allegations.

Key words: *litigation, burden of proof, principle of party presentation, principle of material truth, taking evidence, evaluating of evidence, adjudication.*

*Dr Miloš Marjanović, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

LJUDSKO DOSTOJANSTVO KAO DRUŠTVENA I PRAVNA VREDNOST¹

Sažetak: Razmotrena je njegova gotovo inflatorna i neodređena upotreba. Izgleda da je pre reč o regulativnom principu nego o opštem pojmu sa standardizovanim značenjem. Ističu se njegova filozofska, teološka, pravna i bioetička dimenzija. Princip ljudskog dostojanstva je konstituišući ne samo za moral nego i za savremeno društvo, u temelju je kako prirodnog tako i pozitivnog prava kao i u središtu bioetičkih rasprava. Naspram njegove ranije aristokratske (staleške) upotrebe, analizirana su mu filozofska značenja kao čoveštva, osobeno ljudskog, umnog, slobodnog samoodređenja čoveka (Ciceron, Akvinski, Mirandola, Kant) i demokratska, utemeljujuća značenja u mnogim međunarodnim dokumentima i ustavima pojedinih zemalja, u kojima se ponegde nalazi na samom njihovom početku. Osim unutrašnje ispitivana je i njegova spoljašnja dimenzija (prirodni i društveni uslovi). Pravne garancije za ljudska prava su od ključnog značaja za ostvarenje ljudskog dostojanstva ali prinuda koja je svojstvena pravu može da ga ugrozi kao pravnu vrednost. Pravo na kaznu se može posmatrati i kao ponovno uspostavljanje ljudskog dostojanstva. Postoji prirodno dostojanstvo, jednako za sve ljude, i društveno dostojanstvo, u kome su još vidljive razlike i nejednakosti. U ekološkim i bioetičkim raspravama pojavile su se kritike pojma ljudskog dostojanstva kao antropocentrične vrednosti. Počelo se govoriti o dostojanstvu svega Stvorenog, dostojanstvu prirode i pravu prirode. Dostojanstvo je nova paradigma koja kvalitativno drukčije strukturise našu sliku države i prava, celog društva ali i čoveka i prirode.

¹ Rad je rezultat istraživanja na projektu *Teorijski i praktični problemi u stvaranju i primeni prava (EU i Srbija)* Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu.

Ključne reči: čovečnost, umno samoodređenje, Kant, temeljni princip morala i prava, dostojanstvo u pravnim dokumentima, prirodno i društveno dostojanstvo, antropocentrizam, dostojanstvo prirode, nova paradigma.

Mnogi autori ističu učestalu, gotovo inflatornu upotrebu pojma ljudsko dostojanstvo. Ovako široka upotreba ovog opšteg pojma rezultirala je njegovom neodređenošću i ambivalentnošću, tako da izgleda da mu svako može pripisati značenje kakvo god hoće. Na dostojanstvo se pozivaju i protivnici i pristalice eutanazije. Za američku bioetičarku Rut Meklin dostojanstvo je postalo suvišan i neupotrebljiv pojam koga treba zameniti etičkim načelom autonomije ličnosti. I dok jedni misle da ga treba reinterpretirati konkretnijim pojmovima na koje se odnosi, drugi ističu da je to više regulatorna ideja nego opšti pojam za čijom sveobuhvatnošću ili opšteprihvaćenom definicijom treba tragati. U mnoštvu njegovih dimenzija posebno se ističu filozofska, teološka i pravna, a u novije vreme i bioetička dimenzija.²

Pitanje ljudskog dostojanstva je u srži praktičke filozofije jer se njegovim raspravljanjem utemljuju moral i etika.³ Kako je primetio Ronald Dworkin, danas je postalo jasno da „onaj ko pretenduje da ljudska prava uzme ozbiljno, mora da prihvati neodređenu ali moćnu ideju ljudskog dostojanstva“.⁴ Zapravo, ljudsko dostojanstvo je rodni ili „genuini princip svakog umnog prava“.⁵ Po Ernstu Blohu, u temelju prirodnog prava je postulat ljudskog dostojanstva i stalna težnja ka uspravnom hodu.⁶ Ima i mišljenja da se dostojanstvo nalazi u središtu bioetike.⁷

Pojam ljudskog dostojanstva nije izvorno pravnog porekla nego seže duboko u istoriju filozofije ali, istovremeno, i u filozofske osnove savremenog prava. Naime, u mnogim ustavima i međunarodnim dokumentima ljudsko dostojanstvo zauzima vrlo istaknuto mesto jer ne samo da se u njima pojavljuje na samom početku nego ima i svojstvo fundamenta. Na

² R. Macklin, „Dignity is a useless concept“, *British Medical Journal*, vol. 327, 2003, p. 1419 – 1420; R. Andorno, „La notion de dignité humaine“ est-elle superflue en bioéthique“, *Contrepoint philosophique*, mars 2005, p. 1 – 4; Kurt Walter Ziedler, „Bioetika, dostojanstvo čovjeka i refleksivni sud“, *Synthesis philosophica*, vol. 23, 2/2009, s. 215 – 223.

³ T. de Korninck – G. Larochelle (coord.), *La dignité humaine*, Paris, 2005.

⁴ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, 1977, p. 198.

⁵ Lj. Tadić, *Filozofija prava*, Beograd, 1996, s. 22.

⁶ E. Bloch, *Prirodno pravo i ljudsko dostojanstvo*, Beograd, 1977, s. 8; Lj. Tadić, nav. delo, s. 181.

⁷ <http://richarddawkins.net/article.2567> (pristupljeno 06.09.2013).

osnovu njega se zaključuje o velikom broju prava i sloboda koja pripadaju čoveku kao što su pravo na život, slobodu kao samoodređenje ali i mnoga druga. Poslednjih nekoliko decenija se aktualizuju bioetičke rasprave u kojima se ljudsko dostojanstvo pojavljuje kao predmet sporova.⁸

Pre nego što je preuzet u pravu, pojam ljudskog dostojanstva je vekovima raspravljan u filozofiji, kao etički problem u okviru praktičke filozofije. U starom Rimu dostojanstvo (*dignitas*) je bilo staleška kategorija časti, a pripisivano je samo licima sa političkim subjektivitetom. Otuda su neke društvene grupe (prema polu, starosti, imovnom stanju) bile isključene iz „horizonta dostojanstva“ javnog života republike. Kroz čitav Srednji vek *dignitas* je imao aristokratski, neegalitarni smisao i vezivao se za poreklo, titule i feudalna prava.⁹

Međutim, već je Ciceron (106 - 43 g.p.n.e.) najavio preokret jer je smatrao da je dostojanstvo univerzalna kategorija kao suština čovečnosti i da pripada svakom čoveku, kao dužnost i vrlina, povezujući ga tako sa moralnošću umesto sa staleškom pripadnošću. U rimskom stoicizmu dostojanstvo dobija univerzalni i egalitarni karakter jer se smatralo da ono pripada svima, svakom ljudskom biću. Ideju da je ljudsko dostojanstvo (*dignitas humana*) jezgro prirodnog prava prvi je izrekao rimski imperator Marko Aurelije (121 – 180), jedan od glavnih zastupnika rimske stoičke filozofije. Pri tome, ipak, treba imati u vidu da u rimskom pravu prirodno pravo nije ideal niti granica pozitivnog prava, nego samo jedan njegov oblik.¹⁰

U hrišćanskoj tradiciji dostojanstvo je određeno učenjem o *imago dei*, o sličnosti čoveka Bogu jer su ljudska bića stvorena po uzoru na Boga i zato poseduju vrednost. Po Tomi Akvinskom (1225 – 1274), Bog je poslednja svrha svega, a čovekovoj bogolikoj prirodi je svojstvena slobodna volja kojom traži put bogospoznavanja i u tome jeste smisao slobode kao vrline.¹¹

Renesansni mislilac Mirandola (1463 – 1494) načinio je zaokret u shvatanju ljudskog dostojanstva idejom o samostvaranju čovekove individualnosti. Čovek je biće bez unapred određene suštine, njega karakterišu nedovršenost i praznina, a samoodređenje, samostvaranje je ono što je specifično ljudsko. Zbog toga je ljudsko dostojanstvo više zadato nego dato – čovek kao individua bira sopstveno ustrojstvo i budućnost; njegovo

⁸ D. Franeta, *Ljudsko dostojanstvo kao pravna vrednost*, doktorska disertacija, Pravni fakultet, Beograd, 2008, s. 1 - 3.

⁹ Isto, s. 52 – 53.

¹⁰ Lj. Tadić, nav. delo, s. 33 – 39; D. Franeta, nav. delo, s. 54 – 61.

¹¹ T. Akvinski, *Izabrano djelo*, Zagreb, 1981; D. Franeta, nav. delo, s. 61 – 65 i 71; Lj. Tadić, nav. delo, s. 48 – 50.

va prava priroda je u slobodi da samog sebe odredi i projektuje, u čvorištu mogućnosti koje u sebi nosi.¹²

Imanuel Kant (1724 – 1804) je na pojmu ljudskog dostojanstva zasnovao metafiziku morala i to je jedan od centralnih pojmova njegove praktičke filozofije. Kod njega je ovaj pojam najzrađeniji u celokupnoj istoriji filozofije, a izvršio je najveći uticaj na dominantna tumačenja ljudskog dostojanstva kao pravnog pojma. Po nekim mišljenjima, njegove rasprave bile su inspiracija da se ovaj pojam uvede u Osnovni zakon (ustav) sadašnje Nemačke.¹³

U svojoj teorijskoj filozofiji Kant postavlja pitanje šta mogu da znam, ispitujući kako je uopšte moguće saznanje, a u praktičkoj filozofiji šta treba da činim ili kako je moguće da transcendentna volja određuje delanje u empirijskom svetu. Jaz između bivstvovanja (*Sein*) i trebanja (*Sollen*), empirijske i transcendentne ličnosti, određen je čuvenim „subjekt – objekt rascepom“ koji je svojstven njegovoj kako teorijskoj, tako i praktičkoj filozofiji. Shvatanje subjekta, a posebno moralnog subjekta, je u njegovoj filozofiji polazište za koncipiranje pojma dostojanstva. Moralni subjekt je osoba čije su radnje podobne za uračunavanje. Zapravo, čovek živi u dva sveta: u svetu bivstvovanja, koji uključuje i spoljašnju i čovekovu biološku prirodu, gde vladaju prirodne zakonitosti i gde se čovek pojavljuje kao *homo phenomenon*, dok je u svetu trebanja čovek samoodređenje i samosvrha, moralni subjekt koji je određen čovečnošću, *homo noumenon*. I upravo je ta čovečnost ljudsko dostojanstvo jer se kao moralnost utemeljuje na umu i slobodi. Dok stvari imaju svoj ekvivalent, pa se zato mogu razmeniti i zato imaju svoju cenu, čovek sebe i drugoga može upotrebiti samo kao svrhu i u tome se ogleda dostojanstvo čoveka kao ličnosti koje nema cenu. Ideja čovečnosti ili ljudskosti (čovek kao čovek, čovečanstvo) je svojstvo umnog čoveka, njegove slobode kao samosvrhe i samoodređenja, kao autonomije volje i u tome je suština ljudskog dostojanstva. Zapravo, autonomija je osnov svake umne prirode i ljudskog dostojanstva. Princip poštovanja ljudskog dostojanstva je univerza-

¹² Đ. P. dela Mirandola, *Govor o dostojanstvu čovekovu*, Beograd,, 1994; D. Franeta, nav. delo, s. 67, 70 – 71.

¹³ I. Kant: *Zasnivanje metafizike morala*, Beograd, 2004; *Kritika praktičkog uma*, - Beograd, 2004; *Metafizika morala*, Sremski Karlovci – Novi Sad,, 1993; *Um i sloboda*, Beograd, 1974; D. Franeta, nav. delo, s. 72, 83 - 97; Lj. Tadić, nav. delo, s. 99 – 104, 216 – 217; M. Perović, *Istorija filozofije*, Novi Sad, 1994, s. 239 – 242; V. Đurđić – M. Trajković, „Ljudsko dostojanstvo kao osnova čovekove prirode“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, XLIV, 1/2010, s. 34 – 36; R. Stepanov – V. Sokolovska, „Pravno filozofski diskurs o prirodnom pravu i ljudskom dostojanstvu“, *Pravni život*, 12/2013, s. 442-443; J. Rachels, *The Elements of Moral Philosophy*, odeljak: Kantien theory: the idea of human dignity, New York, 1986, p. 114 – 117, 122 – 123.

lan jer samo tako nećemo drugog upotrebiti kao sredstvo nego kao svrhu i u toj univerzalizaciji (poopštavanju) je smisao čuvene Kantove maksime o moralnosti. Ideja čovečanstva je svrha po sebi, a moralni postupak se sastoji u tome da se ne dirne u ideju čovečanstva u sebi ali i drugome. Ponašati se u skladu sa umom znači poštovati svoje i tuđe dostojanstvo, priznavati sebe i drugoga kao ličnosti čime se afirmiše sopstvena i tuđa sloboda odlučivanja i delanja. Zbog toga samo umna bića imaju samosvrhu i apsolutnu, a ne relativnu (razmensku) vrednost.

Moralni i pravni zakoni mogu se čovečno sačiniti jedino na osnovu poštovanja ljudskog dostojanstva.¹⁴ Mada Kant pojam ljudskog dostojanstva nije upotrebljavao za zanivanje svoje filozofije prava nego samo filozofije morala ono je, zbog jedinstva Kantove praktičke filozofije, temelj i samog prava. Čovečnost se u pravu čuva zaštitom slobode kao njegove supstance tako da je čitavo polje legitimiteta omogućavanje moralnosti ili zaštita ljudskog dostojanstva.¹⁵

Čoveku je svojstvena unutrašnja sloboda da na osnovu uma stiče uvid u ispravnost i ostvarivost svojih odluka, a zadiranje u tu njegovu unutrašnju slobodu je povreda dostojanstva. Zbog toga sloboda odlučivanja pripada najdubljem jezgru ljudskog bića. Isto tako, deo čovekovog dostojanstva čini i sve ono što ga prožima u sopstvenom okruženju – porodica, jezik, veroispovest, nacionalnost, što čini njegove korene i identitet. Kao okvir orijentacije to određuje načine njegovog prosuđivanja i delanja, a njihovim nepriznavanjem ugrožavaju se koreni njegove egzistencije i dostojanstva.¹⁶

Čovekovom dostojanstvu pripada kako priznavanje njegove neponovljivosti, jedinstvenosti i individualnosti, tako i njegove društvenosti. Sprečavanje čoveka da kao individua razvije sopstvenu ličnost je ugrožavanje samog jezgra njegovog bivstvovanja. Međutim, čovekovu ličnost ne čini samo individualnost nego i društvenost. „Uprkos svoj individualnosti, čovek nije izolovani atom u društvu, već živi sa drugim ljudima, tako da je njegova sloboda suštinski određena okolinom u kojoj živi i koja ga prožima. Bilo bi stoga potpuno pogrešno dostojanstvo čoveka posmatrati odvojeno od društvene stvarnosti“¹⁷

Pri tome treba imati u vidu da čovekovo dostojanstvo u odnosu na privredni i celokupni društveni razvoj, religijsko i celokupno kulturno

¹⁴ V. Đurđić – M. Trajković, nav. delo, s. 34.

¹⁵ D. Franeta, nav. delo, s. 92.

¹⁶ Uporediti: T. Flajner, *Ljudska prava i ljudsko dostojanstvo*, Beograd – Valjevo, 1996, s. 12.

¹⁷ Isto, s. 13.

okruženje ima i svoj unutrašnji, identitetni aspekt koji je deo njegovog dostojanstva. Uz sve to, dostojanstvo čoveka je razoreno i povređeno na nepopravljiv način ako je ugrožen njegov telesni integritet „kao poslednje mesto na kome čovek još može biti svoj“.¹⁸

Mnogo je primera ugrožavanja ljudskog dostojanstva u istoriji, od Kreontovog gaženja dostojanstva mrtog čoveka u Sofoklovoj Antigoni, preko masovnih nacističkih zločina u Drugom svetskom ratu, koji se mogu okarakterisati kao slom etike ljudskog dostojanstva, pa sve do danas.¹⁹ Uostalom, da li je slučajno da je prvi međunarodni dokument u kome se izričito pominje ljudsko dostojanstvo bila *Opšta deklaracija o ljudskim pravima* koju su UN donele 1948. godine? U preambuli ove deklaracije govori se o tome da svaki pripadnik ljudskog roda poseduje „unutrašnje dostojanstvo“ (dignité inhérente), a u članu 1 se ističe: „Sva ljudska bića rađaju se slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima.“

Međutim, manje je poznato da je prvi ustav u kome se pojavljuje pojam dostojanstva bio *Vajmarski ustav*, koji je donet 1919. godine. U njegovom 151 članu piše „Poredak privrednog života mora odgovarati načelima pravde u cilju obezbeđenja dostojanstvene egzistencije za sve“.²⁰

Prvi ustav u kome je ljudskom dostojanstvu pripalo privilegovano, fundamentalno mesto je *Osnovni zakon Nemačke* (tzv. *Bonski ustav*) iz 1949. godine jer prvi stav prvog člana ovog dokumenta glasi: „Ljudsko dostojanstvo je neprikosnovo. Obaveza svih državnih vlasti je da ga poštuju i štite“. U članu 19 se dostojanstvo smatra osnovnim pravom ili suštinom sadržaja prava koje se ni u kom slučaju ne sme povrediti, a u članu 79 se načelu dostojanstva garantuje večnost jer se ono u pravnom sistemu ni u budućnosti ne sme izostaviti ili zaobići. Međutim, već po donošenju ovog ustava pojavila su se dva suprotstavljena tumačenja o značenju pojma ljudskog dostojanstva. Dok su jedni dostojanstvo shvatali kao slobodu da se sopstveni život samostalno osmišljava bez uplitanja države, drugi su naglašavali da dostojanstvo podrazumeva obaveze i dužnosti države. Iz ovoga je vidljivo da u pojmu ljudskog dostojanstva postoji odnos između individue i kolektiva ili, kako bismo još mogli reći, njegova unutrašnja i spoljašnja strana.²¹ Uostalom, posle prvog člana, u ovom ustavu su nabrojana sva ona osnovna prava koja proizlaze iz ljudskog dostojanstva i koja su ustavno zaštićena. I u *Ustavu EU* iz 2004 godine (koji još nije prihvaćen u EU) ljudsko dostojanstvo se izričito navodi kao osnovni ustavni princip: „Dostojanstvo čoveka je nepovredivo. Ono se

¹⁸ Isto, s. 14.

¹⁹ V. Đurđić – M. Trajković, nav. delo, s. 29 – 31, 37 – 41.

²⁰ D. Franeta, nav. delo, s. 6.

²¹ Isto, s. 28 – 31.

poštuje i štiti“. Ustav Republike Srbije iz 2006. godine u članu 19 naglašava da jemstvo neotuđivih ljudskih i manjinskih prava služi očuvanju ljudskog dostojanstva, a u članu 23 piše: „Ljudsko dostojanstvo je neprikosnoveno i svi su dužni da ga poštuju i štite“.²²

Princip ljudskog dostojanstva je izričito formulisan u svim međunarodnim dokumentima koji se odnose na ljudska prava „(naročito u onima koja se tiču zabrane mučenja, ropstva, neljudskog i degradirajućeg tretmana, diskriminacija svake vrste itd.)“. To se, isto tako, odnosi i na značajan broj ustava, posebno onih koji su doneti posle Drugog svetskog rata.²³

I u filozofskopravnim studijama i teorijskopravnim udžbenicima raspravlja se o ljudskom dostojanstvu kao pravnoj ali i društvenoj, moralnoj i antropološkoj vrednosti.²⁴ Antropološki i moralno gledano, ljudsko dostojanstvo je skup svojstava koja čine istinsku, uzvišenu i osobenu čovekovu prirodu koja je ista za sve ljude, bez obzira na imovinske, obrazovne, rasne, verske, ideološke i druge razlike. Ova svojstva, koja su jednaka za sve ljude, čine čoveka umnim, slobodnim i stvaralačkim bićem i prirodno ga izdvajaju od drugih bića pa se mogu nazvati njegovim *prirodnim* dostojanstvom. Njegovo *društveno* dostojanstvo nije jednako za sve ljude, a iako postoje i danas, ove razlike se sve više ublažavaju i više izvode iz lične ispravnosti nego iz društvenog položaja kao takvog. Dostojanstvo je veće ako su te njegove sposobnosti razvijenije, a potpuno dostojanstvo se ostvaruje kada su sve te osobenosti razvijene do najvećeg mogućnog stepena. U međusobnim odnosima, zbog sopstvenih i tuđih slabosti i uslova u kojima žive, ljudi se ponašaju ispod svog dostojanstva i tada izgledaju kao da su bića neke niže vrste. U robovlasničko doba robovi nisu smatrani ljudima, nego oruđima koja govore, pored oruđa kojima se radi i oruđa koja muču. Pored materijalne oskudice, na poštovanje ili grubo vređanje ljudskog dostojanstva utiču i mnogi drugi društveni činioci – obrazovanje, religija, kultura uopšte, politika, pravo.

Savremeni ustavni sistemi, svojim korpusom prava i sloboda čoveka, važan su činilac zaštite ljudskog dostojanstva. (Savremena pravna država se može smatrati paradigmom ljudskog dostojanstva).²⁵ Pa ipak, pra-

²² R. Stepanov – V. Sokolovska, nav. delo, s. 443-446.

²³ R. Andorno, nav. delo, s. 2.

²⁴ R. Lukić, *Sistem filozofije prava*, Beograd., 1992, s. 228 i 477 – 478; D. Bajaldžijev, *Voved vo pravoto: pravo*, kniga vtora, Kumanovo, 1999, s. 488 – 489; G. Vukadinović, *Teorija države i prava*, knjiga II, Novi Sad, 2007, s. 213; D. Mitrović, *Uvod u pravo*, Beograd, 2012, s. 328 – 329.

²⁵ V. Đurđić – M. Trajković, nav. delo, s. 37. Može se uzeti i obrnuto, čak i pre. Dostojanstvo je, zapravo, ta izuzetno plodna ideja koja na nov način strukturise ili organizuje našu sliku države i prava, celog društva ali i čoveka i prirode, kao što ćemo videti.

vo nije najpodesnije sredstvo za ostvarivanje dostojanstva, osobito zbog prinude koja mu je svojstvena. Osim toga, pravo sankcioniše samo najgrublje postupke protiv ljudskog dostojanstva ali ne i povrede koje se vrše na istančan način, suptilnim sredstvima. Otuda se veli da je dostojanstvo više etička nego pravna vrednost i da se ono može bolje zaštititi moralnim nego pravnim normama. I u prethodnom izlaganju smo videli da se više naglašava unutrašnja nego spoljašnja strana ljudskog dostojanstva. Međutim, ovu osnovnu i univerzalnu ljudsku i društvenu vrednost zaštićuje i pravo i zato ono jeste i pravna vrednost. Štaviše, kao što smo videli, to je jedna od temeljnih ako ne i centralna vrednost u nekim ustavnim i međunarodnim dokumentima.

Uprkos tome, pravo nije samo bitan činilac zaštite ljudskog dostojanstva kao univerzalne vrednosti, nego i njegovog ugrožavanja i povrede. Primena prinude, neposredno primenom sankcije ili samo posredno njenom pretnjom, jedna je od bitnih povreeda ljudskog dostojanstva. Ona svodi čoveka na stvar, nateruje ga postupa suprotno svojoj volji, oduzima mu slobodu, onemogućava stvaralaštvo. „Svaka prinuda oduzima dostojanstvo, a najviše krivične sankcije, kazne, posebno smrtna kazna.“²⁶ Posebno teško vređa ljudsko dostojanstvo pravno neopravdana primena prinude zbog pogrešne primene prava, a to nije redak slučaj. S druge strane, po načelu pravde, pravo nužno vređa ljudsko dostojanstvo ukoliko primenjuje sankciju za prethodno učinjenu povredu ljudskog dostojanstva. Zbog toga je pravo na kaznu jedan od načina da se povrati dostojanstvo kažnjenom licu.²⁷

Posebno svetlo na (ljudsko) dostojanstvo bacaju ekološke i bioetičke rasprave koje su novijeg datuma.

Sa ekološkog stanovišta, čitava istorija čovečanstva može se podeliti na tri perioda – period potčinjavanja prirodi, period ovladavanja prirodom i period partnerstva sa njom. U vrlo dugom periodu, čovek je preživljavao pod vladavinom prirode, prilagođavajući i pokoravajući joj se. Već sa pronalaskom vatre (a mi bismo dodali, i pronalaskom i usavršavanjem kamenog klina i drugih oružja i oruđa, a naročito pripitomljavanjem životinja i kultivisanjem biljaka) čovek je počeo da shvata sebe gospodarem prirode.²⁸ Da je čovek sebe dugo smatrao gospodarem i posednikom prirode možemo naći neizbrojivo mnogo svedočanstava, od Biblije, preko Dekarta i Bekona u Novom veku, pa sve do današnjih neekoloških (neodrživih) oblika „eksploatacije“ prirode.

²⁶ R. Lukić, nav. delo, s. 477.

²⁷ Isto, s. 407 – 408.

²⁸ T. Flajner, nav. delo, s. 148.

Tek u novije vreme (po našem mišljenju, jedva da tome ima pola veka) gospodar prirode počinje da se transformiše u njenog partnera. „Gospodar prirode je prevideo to da je i on sam deo prirode i da ne sme da vlada njome i protiv nje, već da to sme samo s njom i za nju. Zbog toga se vladalac prirodom mora svekoliko promeniti u njenog partnera“.²⁹ Ovaj će proces, svakako, potrajati decenijama, a stiće se utisak da se u nekim domenima već poprilično okasnilo.

Neophodnost da se formira i razvije partnerski odnos čoveka i prirode objašnjava se sa dva stanovišta – antropocentričnog i ekocentričnog (biocentričnog). Po antropocentričnom gledištu, ljudsko dostojanstvo je zaštićeno samo onda ako čovek može da se razvije kao umno biće u društvu i odgovarajućoj prirodnoj okolini. Otuda je očuvana okolina i pravo na njenu zaštitu proizvod ljudskog dostojanstva. Ugrožavanjem životne okoline (onog što je stvoreno) ugrožava se dostojanstvo kako sadašnjih tako i budućih generacija, a time i opstanak čovečanstva. Po biocentričkom (ekocentričnom) gledištu, ne zaštićuje se priroda samo zbog zaštite ljudskog dostojanstva nego i zbog dostojanstva Stvorenog. Prava nemaju samo ljudi nego i životinje i biljke, pa i sve stvoreno, i ta prava treba zaštititi kao i ljudska prava.³⁰ Drugim rečima, nije reč samo o prirodnom pravu čoveka, već i o pravu prirode i moralnoj i pravnoj zajednici prirode.

Kao i kod socijalnih prava, postavlja se teško pitanje kolika može biti nadležnost sudova u zaštiti prava na životnu sredinu, zbog čega su ona i nazvana trećom generacijom ljudskih prava.³¹ Ovo pogotovo ako se ima u vidu da to iziskuje proširenje pojma odgovornosti sa subjektivne i objektivne retrospektivne na prospektivnu i kolektivnu odgovornost za šta još nema jasne i čvrste filozofsko-pravne i socijalno-etičke osnove.³²

Ima mišljenja da se problem dostojanstva nalazi u središtu bioetike.³³ To implicira već etimologija ovog termina koji vodi poreklo od starogrčke reči *bios* koja znači život što upućuje na to da je bioetika etika života na svim njegovim nivoima i u celokupnosti. Kao jednom od etičkih principa u kontekstu ekološke etike, u bioetici se smatra da je svaki život moralni objekt pa sa čovekova moralna obaveza proširuje na sve nivoe života, dok ekološka etika uključuje i uslove života. Na taj način bioetika

²⁹ Isto.

³⁰ Isto, s. 149 – 151.

³¹ Isto, s. 149 – 150.

³² V. Kambovski, „Filozofsko-pravni aspekt retrospektivne, prospektivne i kolektivne odgovornosti“, *Pravni život*, 12/2011, s. 503 – 525.

³³ <http://richarddawkins.net/article.2567> - pristupljeno 06. 09.2013.

podrazumeva čovekovu odgovornost ali i dostojanstvo svih stvorenja jer, bioetički gledano, nema nevrednog života.³⁴ Štaviše, rasprave o dostojanstvu nisu ključne samo za bioetiku, nego su konstitutivne i za moderna društva.³⁵

I na području bioetike pojam ljudskog dostojanstva je vrlo kontra-verzan, čim se suočimo sa pokušajem definisanja opsega njegovog sadržaja i značenja. I pored toga, u njoj je ovaj pojam široko prihvaćen i pre ga treba shvatiti kao regulativnu ideju nego kao pojam koji treba konačno i nedvosmisleno definisati.³⁶

Poštovanje ljudskog dostojanstva je jedno od osnovnih načela u najnovijim međunarodnim dokumentima u oblasti bioetike, koje su usvojene pod okriljem UNESCO-a i koje su prihvaćene od većine država u svetu. Takvi dokumenti su: *Univerzalna deklaracija o ljudskom genomu i ljudskim pravima* (1997), *Međunarodna deklaracija o ljudskim genetskim podacima* (2003) i *Univerzalna deklaracija o bioetici i ljudskim pravima* (2005).³⁷

³⁴ O bioetici, www.duhovnirazvoj.com/Tekstovi/Bioetika.htm - pristupljeno 06. 09. 2013.

³⁵ <http://doktorski.unizg.hr> - pristupljeno 06. 09. 2013.

³⁶ K. W. Ziedler, „Bioteka, dostojanstvo čovjeka i refleksivni sud“, *Synthesis philosophica*, 2/2009, s. 215 – 223.

³⁷ UNESCO I BIOETIKA – zbirka osnovnih dokumenata, <http://web.ceu.hu/celab/sr> - pristupljeno 07.09.2013.

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

Human Dignity as a Social and Legal Value

Abstract: *The author review almost inflationary and vague use of the concept human dignity. It is more regulatory principle, than general notion with standardized meaning. Its philosophical, theological, legal and bioethical dimensions are emphasized. The principle of human dignity is constitutive not only for the moral but also for modern society, the foundation of both natural and positive law, as well as the center of the bioethical debate. Versus its earlier aristocratic use, in this article are analyzed his philosophical meanings as humanity, especially the human, reasonable, free self-determination of man (Cicero, Aquinas, Mirandola, Kant) and democratic foundational meanings in many international documents and constitutions of some countries in which are occasionally in their very beginning. There are investigated its internal and outer dimensions (natural and social conditions). Legal guarantees for the human rights are essential for the realization of human dignity, but the constraint inherent to the law may jeopardize it as a legal value. The right to a sentence can be seen as a restoration of human dignity. There are a natural dignity, equal for all people, and social dignity, in which are still visible differences and inequalities. In the ecological and bioethical debates, appear critiques of the concept of human dignity as an anthropocentric value. Some authors began to speak about the dignity of all Created, the dignity of nature and law of nature. As a new paradigm, the dignity structures to qualitative different way our view of the world – state and law, all society, but also of man and nature.*

Key words: *humanity, reasonable self-determination, Kant, the fundamental principle of moral and law, dignity in the legal documents, the natural and social dignity, anthropocentrism, the dignity of nature, new paradigm.*

*Dr Danica Popov, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

ZABLUDA I PREVARA KAO RAZLOG RUŠLJIVOSTI PRAVNOG POSLA U DOMAĆEM I UPOREDNOM PRAVU¹

Sažetak: *Zabluda je pogrešna predstava (nesvesni nesklad između unutrašnje volje i njene izjave) o nekom elementu pravnog posla ili drugoj pravnoj činjenici koja utiče na njegovu punovažnost. Nije svaka zabluda razlog za poništenje pravnog posla, nego samo ona koja je bitno uticala na njegovo zaključenje. Zabluda je bitna ako se odnosi na bitna svojstva predmeta, na lice sa kojim se zaključuje ugovor ako se zaključuje s obzirom na to lice, kao i na okolnosti koje se po običajima u prometu ili po nameri stranaka smatraju odlučnim, a strana koja je u zabludi ne bi inače zaključila ugovor takve sadržine. Prevara je slučaj nedostatka pravno relevantne volje za nastanak pravnog posla kada jedna strana izazove zabludu kod druge ili je održava u zabludi u nameri da je time navede na zaključenje ugovora. Prevara predstavlja namerno izazivanje zablude kod jedne strane u pravnom poslu radnjom druge strane pa se zato naziva «izazvana zabluda», a s obzirom da izaziva teže pravne posledice u odnosu na zabludu, predstavlja «kvalifikovanu zabludu». Za razliku od zablude koja predstavlja razlog za rušljivost pravnog posla samo ako je bitna, prevara je uvek razlog za poništenje pravnog posla zbog namernog, nepoštenog, nesavesnog, ponašanja druge strane u pravnom poslu. Prevara uvek pretpostavlja, mala fidei, na strani onoga ko je izazvao ili se njome koristi. Prevara može biti realizovana aktivnim i pasivnim ponašanjem saugovarača.*

U radu se koristi uporedni prikaz rešenja prihvaćenih u Švajcarskom zakoniku o obligacijama, Nemačkom građanskom zakoniku, Itali-

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

janskom građanskom zakoniku, Austrijskom građanskom zakoniku, a za angloameričko pravo Restatement of the Law of Contracts.

Ključne reči: rušljiv pravni posao, zabluda, bitna zabluda, prevara.

Pojam i vrste zablude

Zabluda je pogrešna predstava (nesvesni nesklad između unutrašnje volje i njene izjave) o nekom elementu pravnog posla ili o drugoj pravnoj činjenici koja utiče ne njegovu punovažnost. Pogrešna predstava, sama po sebi ne izaziva nikakve pravne posledice, ali ona postaje pravno relevantna tek kada strana na osnovu takve pogrešne predstave izjavi volju. Tako izjavljena volja nije prava volja, jer bi prava volja bila drugačija da zabluda nije bilo. Zabluda predstavlja nesvesnu nesaglasnost između prave volje i njene izjave.

U zavisnosti od toga na koju se činjenicu odnosi postoje različite vrste zabluda. Počev još od rimskog prava, preko pandektne pa do savremene doktrine u pravnoj teoriji su se izdiferencirale različite vrste zabluda. Povećanju broja postojećih vrsta iz tog vremena doprinela su zakonodavna rešenja iz kodifikacija građanskog prava kao i ona koja je kreirala sudska praksa. Podela zabluda tradicionalno obuhvata sledeće vrste.

1. Zabluda o prirodi ugovora (*error in negotio*) postoji kada jedna strana veruje da je zaključila jedan ugovor, a zapravo je zaključen neki drugi ugovor.

2. Zabluda o ličnosti (*error in personae*) postoji kada jedna strana ima pogrešnu predstavu o identitetu druge (veruje da zaključuje ugovor sa tačno određenim licem, a ono to nije), ili je u zabludi u pogledu njegovih svojstava.

3. Zabluda o predmetu ugovora (*error in corpore*) odnosi se na stvar koja je objekt povodom kojeg se ugovor zaključuje.

4. Zabluda koja se odnosi na svojstva ili supstanciju predmeta (*error in supstantia*).

5. Zabluda o motivu (*error in motivo*) postoji kada jedna strana pogrešno veruje da postoji činjenica koja ga je podstakla da zaključi ugovor, iako ona ne postoji.

6. Zabluda o kauzi ili cilju ugovora (*causa finalis*) postoji kada se pogrešna predstava odnosi na cilj, svrhu koji strana u ugovoru želi da postigne njegovim zaključenjem.

7. Prema tome da li se pogrešna predstava odnosi na nepoznavanje pravnih propisa ili na neko faktičko stanje, razlikuju se pravna zabluda (*error iuris*) i stvarna zabluda (*error facti*).

8. Zabluda zbog pogrešnog prenošenja volje (*falsa demonstratio*) postoji kada je jedna strana u ugovoru izjavila volju, ali je treće lice, tu volju prenelo drugoj strani pogrešno; zabluda o računskom podatku postoji kada se prilikom pismene redakcije ugovora u pisanju ili prepisivanju pogrešno unese neka cifra. Takve greške moguće su ne samo u prepisivanju brojeva nego i reči, što može uticati na promenu promenu smisla odredbe ugovora.²

Bitna zabluda u domaćem i uporednom pravu

Imajući u vidu sve vrste zabluda koje smo pomenuli, evidentno je da njihov uticaj na punovažnost ugovora nije od istog značaja. Dok jedne imaju za posledicu nevažnost ugovora, druge su bez značaja na punovažnost ugovora. Zato svaka zabluda nije razlog rušljivosti ugovora nego samo ona koja bitno utiče na punovažnost ugovora. Koja se zabluda smatra bitnom, različito se rešava u zakonodavstvu i teoriji.

U načinu regulisanja ovog pitanja razlikuju se tri sistema. Prema jednom (kazuističkom), nabrajaju se slučajevi u kojima postoji bitna zabluda.³ Drugi sistem koristi opštu formulaciju bitne zablude, bez ikakvih nabiranja, s tim da se prepušta sudu da u svakom konkretnom slučaju donese odluku o tome, da li bi izjava volje bila takva da je ugovarač znao za pravo stanje stvari.⁴ Treći sistem predstavlja kombinaciju dva prethodna sistema, tako što se nabrajaju neki slučajevi bitne zablude i daje opšta formulacija koja za osnov ima društvena pravila ponašanja, pravila pravnog prometa i volju stranaka. Ovaj sistem prihvaćen je u našem pravu.⁵

Zabluda je bitna ako se odnosi na bitna svojstva predmeta, na lice sa kojim se zaključuje ugovor ako se zaključuje s obzirom na to lice, kao i na okolnosti koje se po običajima u prometu ili po nameri stranaka smatraju odlučnim, a strana koja je u zabludi ne bi inače zaključila ugovor takve sadržine.⁶

² Prema Švajcarskom zakoniku o obligacijama: "Obične računске greške ne utiču na punovažnost ugovora; one treba da se isprave." (član 24).

³ Francuski građanski zakonik (član 1110), Švajcarski zakonik o obligacijama, član 24. Italijanski građanski zakonik, član 1429.

⁴ Nemački građanski zakonik, u § 119. sadrži opštu formulaciju, prema kojoj, lice koje je prilikom izjave volje bilo u zabludi o njenoj sadržini, ili uopšte nije htelo da izjavu ove sadržine, može takvu izjavu osporavati, ako se pretpostavi da je ono pri stvarnom poznavanju stvari i razumnoj oceni slučaja ne bi dalo.

⁵ Pored našeg prava, ovaj sistem prihvaćen je u Švajcarskom zakoniku o obligacijama, član 24.

⁶ Zakon o obligacionim odnosima, član 61. stav 1.

Sličnu formulaciju bitne zablude sadrži i Švajcarski zakonik o obligacijama, prema kome se bitnom smatra naročito zabluda: 1. kada je strana koja se poziva na zabludu nameravala da zaključi drugi ugovor, a ne onaj za koji je dala svoju saglasnost; 2. kada je imala u vidu drugu stvar, a ne onu koja je predmet ugovora, ili drugo lice, a ako se obavezala baš s obzirom na to lice; 3. kada je činidba koju je obećala strana koja se poziva na zabludu znatno većeg obima nego što je to ta strana stvarno htela; 4. kada se zabluda odnosi na činjenice koje je prema poslovnom moralu strana koja se poziva na zabludu mogla smatrati za bitne elemente ugovora.⁷

Italijanski građanski zakonik, navodi koja se zabluda smatra bitnom, a to je slučaj: 1. ona koja se odnosi na prirodu ili predmet ugovora; 2. koja se odnosi na identitet predmeta činidbe ili na neko njegovo svojstvo, i shodno opštoj oceni ili u vezi sa okolnostima ima se smatrati odlučujućom na saglasnost; 3. kada se odnosi na identitet ili svojstvo ličnosti drugog ugovarača, pod uslovom da su jedno ili drugo bili odlučujući za saglasnost i 4. kada je ako se radi o zabludi u pravu, bila jedini ili glavni razlog ugovora.⁸

Prema Francuskom građanskom zakoniku, bitnom zabludom smatra se, zabluda o supstanci stvari i zabluda o licu, ako je ugovor zaključen s obzirom na ličnost koje se smatraju uzrokom za poništenje ugovora.⁹ Francuska pravna teorija je sve vrste zabluda grupisala u tri grupe: a) zablude koje sprečavaju nastanak pravnog posla i povlače apsolutnu ništavost (na primer: zabluda o prirodi, predmetu i kauzi pravnog posla); b) zablude koje dovode do rušljivosti pravnog posla (na primer: zablude o supstanci stvari, zabluda o licu ukoliko je zaključen ugovor *intuitu personae*); v) zablude koje nemaju uticaja na punovažnost ugovora, tzv. nebitne zablude (na primer: zabluda o nebitnim svojstvima stvari, zabluda o ličnosti ukoliko ugovor nije *intuitu personae*, zabluda o motivu, zabluda o solventnosti dužnika itd.)

Pri razlikovanju bitne zablude od one koja nije bitna u pravnoj teoriji se postavlja pitanje koji je to kriterijum za razgraničenje odlučujući.

Prema *Savinju* i *Zitelmanu* kriterijum razlikovanja je čisto subjektivan. Bitna zabluda je ona bez koje posao uopšte ne bi bio zaključen. Da je strana znala za zabludu, ugovor na bi uopšte zaključila. Nebitna zabluda bila bi ona koja uopšte nije uticala na voljnu odluku onoga ko je bio u zabludi, ili je na volju imala neznatan uticaj.¹⁰

⁷ Švajcarski Zakonik o obligacijama, član 24.

⁸ Italijanski građanski zakonik, član 1429.

⁹ Francuski građanski zakonik, član 1110.

¹⁰ F. Savigny, *System des heutigen Römischen Recht*, sv. III, Berlin, 1840, str. 111, isto E. Zitelmann, *Irrtum und Rechtsgeschäft, eine psychologisch-juristische Untersuchung*, Leipzig, 1879.

Objektivan kriterijum razlikovanja prihvaćen je u Nemačkom građanskom zakoniku prema kome se “izjava volje može pobijati ako se može smatrati da je izjavilac ne bi dao pri poznavanju stvarnog stanja i razumnog rasuđivanja”.¹¹

U švajcarskom pravu, se Zakonikom o obligacijama, utvrđuje šta se smatra bitnom zabludom, ali kriterijum za procenu u svakom konkretnom slučaju, šta se smatra bitnom, a šta nebitnom zabludom, sudija utvrđuje nakon ispitivanja svih okolnosti slučaja. Smatra se da bitna zabluda postoji onda kada bi se na osnovu objektivne procene situacije i uvažavanja pravila i principa koja postoje u prometu moglo zaključiti da je okolnost o kojoj je stranka u zabludi takva da ugovor sa takvom okolnošću ne može da opstane. Ovo nije dovoljno jer je potrebno da i sama stranka upravo tu okolnost smatra bitnom.¹²

1. *Zabluda o bitnim svojstvima predmeta* dovodi do rušljivosti ugovora, kada je jedna od strana imala pogrešnu predstavu o osobinama (supstanci) stvari povodom koje je ugovor zaključen.

Ova odredba Zakona o obligacionim odnosima nije dovoljno jasna, jer se na prvi pogled ne vidi da li se ovde radi o “predmetu”u značenju činidbe ili se radi o “objektu činidbe”. Član 61. stav 1. treba tako tumačiti tako da se ne radi o činidbi nego o *stvari*, koja je predmet činidbe davanja. Formulacija u Švajcarskom zakoniku o obligacijama je jasnija jer se izričito navodi da je u pitanju stvar kao objekt ugovora.

U pogledu kvalifikacije, šta se smatra bitnim svojstvima predmeta u pravnoj teoriji su se razvile dve grupe shvatanja.

Prema objektivnom shvatanju pod zabludom o bitnim svojstvima predmeta podrazumeva se pogrešna predstava o materiji (fizičke i hemijske osobine) od koje je stvar napravljena. Bitne su samo komponente i unutrašnji sastav od kojih je stvar urađena, usled čega ona nema svojstva koja poseduju stvarai te vrste. Subjektivno shvatanje polazi od namere strana u ugovoru. Zabluda o svojstvima predmeta postoji kada stvar nema one osobine koje je strana imala u vidu kada je zaključivala ugovor, a da je to inače znala ne bi ga zaključila. To su ona svojstva stvari kojima se strana rukovala prilikom zaključenja ugovora.

Subjektivni kriterijum više odgovara prirodi ugovornih odnosa, jer on obuhvata i pogrešnu predstavu o samoj materiji od koje je stvar načinjena kao i svojstvo stvari koje se u konkretnom slučaju javlja kao bitno za opredeljenje da se ugovor zaključi. Prilikom procene kvalifikacije zablude o supstanciji stvari treba voditi računa o nameri strane koja je izja-

¹¹ Nemački građanski zakonik, paragraf 119 (1).

¹² T. Guhl, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, Zurich, 6 izdanje, 1972. str. 135

vila volju u svakom slučaju pojedinačno, a ne a priori uzeti da je neki element bitan za kvalifikaciju zablude o supstanciji.¹³

2. *Zabluda o ličnosti* je bitna i utiče na punovažnost ugovora kada je ugovor zaključen s obzirom na tačno određeno lice ili njegova lična svojstva (*intuitu perssonae*). Ovaj vid zablude je razlog rušljivosti ako su lična svojstva bila odlučujuća činjenica za zaključenje ugovora. Lična svojstva mogu se ispoljiti na različite načine: stručnost, naročita sposobnost (talenat), naklonost, veština, poverenje, itd. Za pravne poslove *intuitu personae* je bitno da su lična svojstva motivisala stranu da ga zaključi sa tačno određenim licem. Lična svojstva su od posebne važnosti za dobročine ugovore (poklon, posluga itd.), a od teretnih ugovora za: ugovor o delu, nalogu, ortakluku itd, pod uslovom da obavezu iz ugovora mora izvršiti upravo to lice. Prilikom odlučivanja o zahtevu za poništenje ugovora usled zablude o ličnosti, sud će u svakom konkretnom slučaju ceniti, je li u pitanju ugovor *intuitu personae* ili nije.

Ukoliko je ugovor zaključen bez obzira na lična svojstva zabluda u pogledu ličnosti nije bitna i bez uticaja je na njegovu punovažnost.

3. *Zabluda o ostalim elementima ugovora* je Zakonom o obligacionim odnosima, ustanovljena generalnom formulacijom, prema kojoj se poništenje ugovora usled rušljivosti može zahtevati i u slučajevima kada se zabluda odnosi na ostale “okolnosti koje se po običajima u prometu ili po nameri stranaka smatraju odlučnim, a strana koja je u zabludi ga inače ne bi zaključila da je za zabludu znala” (član 61. stav 1). Na ovaj način se proširuje pojam zablude izvan dva gore navedena slučaja pod 1 i 2.

Prednost ovakvog načina formulisanja ima i jedan nedostatak u tumačenju pojma “običaj u prometu”. Ovde bi se možda umesto običaja kao pravila ponašanja pre moglo govoriti o shvatanjima koja su se razvila u prometnoj praksi.¹⁴ Švajcarski Zakonik o obligacijama je i ovom slučaju možda nešto određeniji, jer umesto “običaj u prometu” koristi izraz “poslovni moral” čija se sadržina može lakše utvrditi.

Dok se prema Zakonu o obligacionim odnosima, zabluda o bitnim svojstvima predmeta i zabluda o ličnosti, kod *intuitu personae* ugovora uvek smatraju bitnim, za ostale oblike zablude koji utiču na punovažnost ugovora potrebno je da se kumulativno ispune dva uslova: objektivni i subjektivni.

Prema objektivnom kriterijumu potrebno je da se zabluda odnosi na neke okolnosti koje se po običajima u prometu smatraju presudnim na zaključenje ugovora. Nebitna je zabluda o nekom elementu ugovora koji nije

¹³ S Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1990, str.295.

¹⁴ M. Vedriš, op. cit, str.239.

bitan, osim ako ga strane svojim dogovorom nisu učinile bitnim. Subjektivni kriterijum se odnosi na neznanje strane za zabludu, jer da je za nju znala ne bi zaključila ugovor takve sadržine.

4. Bitnom se smatra i *zabluda o pobudi (motivu) kod ugovora bez naknade* (dobročinih ugovora). "Kod ugovora bez naknade bitnom zabludom se smatra i zabluda o pobudi koja je bila odlučna za preuzimanje obaveze".¹⁵ Ova vrsta zablude nije bitna kod teretnih ugovora, odn ugovora sa naknadom, jer kod njih zabluda o pobudi ne čini sadržaj ugovora, i pobuda nije poznata drugoj ugovornoj strani. U ovom slučaju je očigledno da je jedna strana izjavila volju, a zašto je izjavila, koja je njena pobuda je za punovažnost ugovora irelevantna. Stoga je zabluda o pobudi kod teretnih ugovora, pravno irelevantna, tj. nema odlučujući uticaj na njegovu pravnu valjanost. Zabluda o pobudi kod ovakvih ugovora pada na teret one strane kod koje je zabluda nastala.

Naprotiv kod ugovora bez naknade (dobročinih ugovora), pobuda čini sadržaj ugovora koja je drugoj strani poznata, zbog čega je zabluda o pobudi bitna i opravdana, a takav ugovor relativno ništav.

5. *Zabluda zbog netačnog prenošenja (falsa demonstratio)*, može takođe u izvesnim slučajevima biti bitna. Ova vrste zablude postoji kada je jedna ugovorna strana izjavila svoju volju radi zaključenja ugovora, ali je treće lice koje, je tu volju prenosilo, drugom, ovu pogrešno prenelo (na primer, volja je izjavljena predajom telegrama pošti, ali je poštanski službenik pogrešno preneo tekst telegrama). "Zabluda lica preko koga je strana izjavila svoju volju smatra se isto kao i zabluda u vlastitom izja-
vljivanju volje".¹⁶

I Švajcarski zakonik o obligacijama predviđa da se, «pravila koja se odnose na zabludu primenjuju analogijom i na slučajeve u kojima je volja jedne strane netačno preneti preko glasnika ili nekog drugog posrednika».¹⁷

U ovakvim slučajevima potrebno je utvrditi da li je zbog toga nastala zabluda bitna ili nije. Zabluda bi se smatrala nebitnom, ako bi se utvrdilo da bi ugovorna strana, koja je izjavu svoje volje uputila preko trećeg lica, takav ugovor zaključila uprkos nastale greške pri prenošenju njene izjave volje. Zabluda bi u ovom slučaju bila bitna ako bi se utvrdilo da ugovorna strana da je znala za grešku ne bi zaključila ugovor takve sadržine. Ako bi bitna zabluda nastala zbog nepažnje prenosioca iz-

¹⁵ Zakon o obligacionim odnosima, član, 62.

¹⁶ Zakon o obligacionim odnosima, član 64.

¹⁷ Švajcarski zakonik o obligacijama, član 27.

jave, tako nastali ugovor bio bi rušljiv, a ako bi do netačnog prenosa došlo namerno, onda bi takav ugovor bio apsolutno ništav.¹⁸

Pojam prevare

Prevara predstavlja nedostatak volje jedne strane usled zablude koju je namerno izazvala druga strana ili je održava u zabludi, da bi je navela na zaključenje pravnog posla. Prevara, kao i zabluda pretpostavlja pogrešnu predstavu o nekom elementu pravnog posla potrebnog za njegovu punovažnost. Za razliku od zablude prevara je namerno izazivanje pogrešne predstave izazvane radnjom druge strane, pa se stoga naziva i “izazvana zabluda.” Budući da prevara izaziva teže pravne posledice od zablude za nju se kaže da predstavlja “kvalifikovanu zabludu”. Zbog toga prevara, ili «izazvana zabluda», u strogom smislu reči i ne predstavlja neki poseban, potpuno nezavistan nedostatak volje. Ona je, jedna vrsta zablude i to «kvalifikovana zabluda», koja izaziva teže pravne posledice u odnosu na običnu zabludu.¹⁹

Pojam prevare podrazumeva sticaj dva elementa: jedan, psihološkog karaktera, koji se svodi na nameru jednog ugovarača da drugog navede ili održava u zabludi radi zaključenja pravnog posla, tako što preduzima različite radnje i postupake koji dovode do formiranja pogrešne predstave druge strane o relevantnim činjenicama. Drugi, da između prevare i zaključenog pravnog posla treba da postoji uzročna veza, koja se sastoji u tome da prevarena strana bez lažnih tvrdnji i netačnih predstava koju je izazvala druga strana, pravni posao ne bi zaključila, ili ga ne bi zaključila pod istim uslovima. Prevara mora biti uzrok, ili za zaključenje ugovora, ili za sadržinu ugovora.²⁰ Oba elementa kumulativno treba da budu ispunjena da bi prevarena strana mogla da zahteva poništenje takvog pravnog posla.

Za razliku od zablude koja je razlog rušljivosti pravnog posla samo ako je bitna, prevara je uvek razlog za rušljivost zbog nesavesnog, namernog, nepoštenog ponašanja druge strane. Od rimskog prava važi pravilo *fraus omnia corrumpit* -prevara sve kvari. Ona uvek pretpostavlja *mala fidei* na strani onoga ko je izazvao ili se njome koristi. Najvažnija razlika između zablude i prevare je u tome da za zabludu nije kriva druga ugovorna strana, nego je ona posledica pogrešne predstave same strane koja je u zabludi, a za prevaru se traži suprotno, da prevarena strana za stanje

¹⁸ B. Vizner, Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, op cit, knjiga I str. 287.

¹⁹ S. Perović, Obligaciono pravo, Beograd, 1990.str. 301.

²⁰ D. Stojanović, Uvod u građansko pravo, Beograd, 1988, str.349.

zablude nije kriva nego je to stanje izazvano ili održavano svesnom radnjom druge strane.

Prema Zakonu o obligacionim odnosima, prevara postoji, "ako jedna strana izazove zabludu kod druge strane ili je održava u zabludi u nameri da je time navede ne zaključenje ugovora. Druga strana može zahtevati poništenje ugovora i onda kada zabluda nije bitna."²¹

Pojam prevare u uporednom pravu

U klasičnom i postklasičnom rimskom pravu *dolus malus*, je shvaćen kao delikt koji obuhvata sve radnje učinjene sa namerom da navedu drugu stranku da učini neki materijalni ili pravni akt koji će mu naneti štetu, a koji ne bi učinio da nije bilo te dolozne radnje. Najčešće se radilo o dovođenju u zabludu ili održavanju u zabludi o činjenicama koje su odlučujuće uticale na zaključenje pravnog posla.²² *Dolus malus* će postojati i u slučaju ako je stranka sama za sebe (iz neznanja, neosnovane samouverenosti ili iz drugih razloga) dovela u zabludu, a druga stranka je u tome podržala. Prema *Servijevoj* definiciji, *dolus malus*, je izigravanje, preduzeto sa ciljem da se neko prevari, kada se jedno simulira, a drugo stvarno radi. *Labeon*, međutim smatra da se i bez simulacije može učiniti nešto da neko bude prevaren, ali se može i bez dolusa jedno simulirati, a drugo stvarno činiti. Na osnovu toga on definiše *dolus malus*, kao svaku lukavost, obmanu ili izigravanje, preduzeto da se neko zavede, obmane ili pravari. *Labeonova* je definicija tačna. Pretor, neće štiti ono što je ugovoreno doložno.²³

Prema Francuskom građanskom zakoniku iz 1804. «Prevara (*dol*) je razlog za poništenje ugovora, ako su prevarne radnje, jedne ugovorne strane takve, da je očigledno da druga strana, da njih nije bilo, ne bi zaključila ugovor.»²⁴ Tumačenjem člana 1116, u pravnoj teoriji je izveden zaključak da se prevarna radnja sastoji od: a) afirmativnog lažnog predstavljanja stvari, uz prevarne radnje ili bez njih, ili b) prevarnih radnji koje se sastoje od prikrivanja stvarnosti, kojoj se na taj način, daje lažni izgled, v) sprečavanja ugovorne strane da stekne tačan uvid u ono što čini, time što se prouzrokuje nestanak ili uklanjanje dokaza (dokumenata) ili

²¹ Zakon o obligacionim odnosima, član 65. stav 1.

²² Tako Ciceron iznosi kao primer prevare, slučaj Rimljanina Kaniusa, koga je neki bankar iz Sirakuze doveo u zabludu da će od kupovine jedne kuće za uživanje imati velike koristi i zato se odlučio da je kupi (prema D. Stojčević, Rimsko pravo, Beograd, 1985, str.297.)

²³ Digesta, 4,3,1,2. Ulpianus libro undecimo ad edictum.

²⁴ Francuski građanski zakonik, član 1116.

lica koja mogu dati savet ili obaveštenje, g) čak i ćutanje u takvom slučaju može biti prevara, i ono se tada naziva *reticence* (zatajivanje, prećutkivanje).²⁵

U Nemačkom građanskom zakoniku se ne definiše prevara, već stoji, da je pravni posao do koga je došlo lažnim predstavljanjem u cilju obmane, rušljiv, ako postupak za njegovo poništenje pokrene strana koja je obmanuta.²⁶

Švajcarski Zakonik o obligacijama prevaru definiše ne sledeći način: «Strana koja prevarom druge ugovorne strane bude navedena da zaključi ugovor, nije njime vezana čak ni ako njena zabluda nije bitna.

Strana koja je žrtva prevare trećeg lica ostaje u obavezi, osim ako je druga ugovorna strana znala ili trebalo da zna za prevaru u trenutku zaključenja ugovora».²⁷

Prema Italijanskom građanskom zakoniku «Prevara je osnov za poništenje ugovora, kada su obmane kojima se poslužio jedan od ugovarača bile takve, da bez njih, druga strana ne bi zaključila ugovor.

Ukoliko se obmanama poslužio neko treći, ugovor je rušljiv, ukoliko su ove bile poznate ugovaraču, koji se njima koristio».²⁸

Italijanski građanski zakonik, reguliše tzv. »slučajnu prevaru» na sledeći način:» Ako obmane nisu bile takve da odlučujuće utiču na zaključenje ugovora, ugovor je punovažan, iako bi bez njih bio zaključen pod različitim uslovima, ali je nesavestan ugovarač odgovoran za štetu».²⁹

Prema Austrijskom građanskom zakoniku «Ako je jedna strana od druge strane, lažnim navodima zavedena, i zabluda se tiče glavne stvari, ili kakve njene bitne osobine, na šta je namera poglavito bila upravljena i izjavljena, onda za zavedenog ne postoji nikakva obaveza».³⁰ Građanski zakonik za Kneževinu Srbiju iz 1844.godine, za razliku od Austrijskog građanskog zakonika nije tako jasan, jer u istom paragrafu 537, definiše i pretnju i prevaru: «Pri ugovoru, strašenje, laž, prevara i obmana upotrebljena nikome ne pomaže, no šta više odmaže. Takav ugovor ne samo da ne stoji, nego i naknada oštećenom na taj način pripada.»³¹ Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru iz 1888.godine, u članu, 519, definiše prevaru »Ako je jedna strana takom nepoštenom

²⁵ *Planiol M, et Ripert G, Traite elementaire de droit civil, Paris, 1926, tom 1, str.200.*

²⁶ Nemački građanski zakonik, § 123 (1).

²⁷ Švajcarski Zakonik o obligacijama, član 28.

²⁸ Italijanski građanski zakonik, član 1439.

²⁹ Italijanski građanski zakonik, član 1440.

³⁰ Austrijski građanski zakonik, § 871.

³¹ Građanski zakonik za Kneževinu Srbiju, § 537.

prevarom navela drugu na ugovor, da bez toga ova ne bi ni ugovorila, taki ugovor ne vezuje prevarenu stranu, osim ako bi ga sama naročito priznala. Ne uzima se da ostoji prevara, kada onaj koji stvar nudi, i uopšte je hvali, pa bilo i preko mere, ako se u saobraćaju na takve preuveličane hvale mnogo ne pazi.»

U američkoj pravnoj teoriji, u Prečišćenom tekstu Američkog instituta za pravo, *Restatement of the Law of Contracts*, prevara se definiše na sledeći način: «Prevara predstavlja netačno iznošenje činjenica ili njihovo skrivanje, odnosno nesaopštavanje, (osim ako se na to ima posebno pravo) koje neko čini sa namerom, ili očekujući da time izazove zabluđu kod drugoga, ili da ga drži u njoj kako bi ga naveo na zaključenje ili na održavanje od zaključenja kakvog pravnog posla». ³² Sudija *Story*, prihvata ovu definiciju i smatra da postoji pet elemenata koji predstavljaju osnov za pokretanje tužbe za poništaj pravnog posla usled prevare, a to su: «a) lažno (pogrešno) predstavljanje ili prikazivanje činjenica, b) svest o tome lica koje na taj način deluje, v) neobaveštenost lica izloženog lažnom predstavljanju, činjenica o tome da je reč o lažnom predstavljanju, g) namera da se na osnovu takvog predstavljanja drugo lice navede da nešto učini ili ne učini, i d) nastanak štete usled postupanja drugog, prema lažnom predstavljanju činjenica. ³³

Da bi prevara bila razlog rušljivosti pravnog posla potrebno je da se steknu, subjektivni i objektivni elementi.

Subjektivni element se svodi na nameru jedne strane da drugu dovede ili održava u zabluđu, a objektivni na preduzimanje određenih radnji kojima se realizuje namera o izazivanju ili održavanju druge strane u zabluđu. Oba elementa imaju za posledicu, da je prevarena strana navedena na zaključenje pravnog posla koji ne bi zaključila da je za prevaru znala. Između prevare i izjave volje za zaključenje pravnog posla mora da postoji uzročna veza, koja se sastoji u tome da prevarena strana bez lažnih tvrdnji i netačne predstave o činjenicama, pravni posao uopšte ne bi zaključila ili ga ne bi zaključila pod takvim uslovima. Prevara je uvek posledica *mala fidei*, onog lica koje se njome služi da bi navelo drugu stranu na zaključenje pravnog posla.

Namera strane koja čini prevaru predstavlja njenu svesnu radnju sa ciljem da se izazove ili održi pogrešna predstava o nekoj pravno relevantnoj činjenici za nastanak pravnog posla. Namera jedne strane da drugu dovede u zabluđu ili je njoj održava treba da bude skrivljena, tj. da joj se može pripisati u krivicu. Ona je odgovorna što je svesno iznela neistinite

³² R. Paund, *Jurisprudencija*, Beograd, Podgorica, 2000, knjiga druga, str. 638.

³³ *Story, Equity Jurisprudence*, par. 185, prema R. Paund, op.cit, str. 638.

činjenice ili prećutala neke od njih da bi navela drugu stranu na zaključenje manljivog pravnog posla. Prevara ne može nastati iz nehata (nepažnje). Nepažnja koja je imala za posledicu izazivanje zablude kod druge strane ne smatra se prevarom. Smatra se da postoji namera jedne strane u pravnom poslu da drugu stranu dovede u zabludu ili je održava u zabludi, ako je ona sama svesna neistinitosti činjenica koje predstavlja drugoj strani kao istinu. Ako je i sama u zabludi u pogledu činjenica za koje tvrdi da su istinite, onda joj se to ne može pripisati u krivicu.

Sama namera da se druga strana dovede ili održava u zabludi nije dovoljna za postojanje prevare, nego je potrebno da se ona realizuje preduzimanjem, faktičkih radnji (objektivni element). Radnje kojima se prevara čini mogu biti učinjene aktivnim ili pasivnim ponašanjem. Aktivno ponašanje se obično sastoji u lažnom prezentiranju činjenica od uticaja na zaključenje pravnog posla. Nije neophodno da prevara bude učinjena rečima, nego može i drugim radnjama. Svaka obmana u vezi zaključenje pravnog posla se uzima kao prevara (*fraus omnia corrumpit*).

Prema, *Restatement of the Law of Contracts*, za netačno (lažno) predstavljanje činjenica kaže se da je «svako izražavanje rečima ili svako ponašanje jednog lica u odnosu na drugo, koje u datim okolnostima dovodi do izjave koja nije u skladu sa činjenicama» (paragraf 407). Samo po sebi ono ne podrazumeva posledice, osim ako se time, drugi ne navede na kakvo činjenje ili nečinjenje.

Prevara može biti učinjena i pasivnim ponašanjem u slučaju kada jedna strana održava u zabludi drugu stranu namernim prećutkivanjem činjenica od značaja za pravni posao. Pasivno ponašanje podrazumeva da se ne učini ništa da bi se druga strana oslobodila zablude nego se ćutanjem ona održava u zabludi ili se time zabluda čak i pojačava. Prećutkivanje činjenica o pravnom poslu jedne strane po sebi ne predstavlja prevaru. Pitanje je da li je strana u pravnom poslu dužna da upozori drugu na zabludu. Ako je prema okolnostima ili načelu savesnosti i poštenja postojala obaveza na informisanje koje nije ispoštovano, pa je zbog toga druga strana dovedena u zabludu, može se govoriti o prevari. Obaveza informisanja može poticati iz pravila određene profesije ili iz razloga trajnih poslovnih odnosa između stranaka, kao i iz prirode pravnog posla (*uberimae fidei*). Smatra se da postoji obaveza na informisanje, ako je u pravnom prometu to uobičajeno, a neudovoljavanje ovoj obavezi je izazvalo pogrešnu predstavu kod druge strane koja takav pravni posao ne bi zaključila da nije bila u zabludi. Prećutkivanje istine u ovakvim slučajevima se može kvalifikovati kao prevara.

Ima mišljenja da obaveza obaveštavanja zavisi od vrste pravnog posla. Ima najmanje tri grupe okolnosti kada se ćutanje ili ne otkrivanje isti-

ne tretira kao prevara. Prvo, u slučaju kada ćutanje iskrivljuje istinitu predstavu o nekoj pravnoj činjenici; drugo, kod ugovora kod kojih se zahteva posebno poverenje (*uberrimae fidei*), i treće kod fiducijarnih pravnih poslova.³⁴ U nemačkom pravu se ne izdvajaju posebni pravni poslovi, kao u engleskom, već se u skladu sa okolnostima svakog pojedinog slučaja određuje da li je nesaopštavanje prevarno ili nije.

U angloameričkom pravu prećutkivanje, osim ako se ne vrši po ovlašćenju (ili posebnom pravu na to) dejstvuje kao materijalno pogrešno predstavljanje. Onaj ko pregovara sa drugom stranom nije u obavezi da joj saopšti sve što zna, čak i ako je svestan da druga strana ne poznaje relevantne činjenice. Međutim, ako je odnos među stranama takav da opravdava očekivanje jedne strane da se o njenim interesima vodi računa ili ako postoje posebna pravila kojima se zahteva saopštavanje činjenica od značaja za pravni posao, kao što su osiguranje ili jemstvo, odnosno ako je činjenica koju jedna strana zna, a druga ne zna, od tako velikog značaja, da bi uzajamna zabluda pravni posao učinila rušljivim, prećutkivanje onoga što je u tom slučaju poznato jednoj strani, a nepoznato drugoj, smatra se prevarnim činom.³⁵ Obaveza informisanja može proisticati iz pravila određene profesije ili iz razloga trajnih poslovnih odnosa između ugovornih partnera kao i iz prirode pravnog posla.³⁶

Faktičko je pitanje koje se radnje uzimaju kao prevara, što zavisi od okolnosti slučaja, shvatanja sredine ili ponašanja u pravnom prometu.

Neće se smatrati prevarom pohvale i reklame nekog proizvoda koje ni prosečno pažljiv potrošač ne uzima ozbiljno. Ima mišljenja «da se zbog reklamiranja ne može zahtevati poništaj ugovora, ukoliko onaj kome je ona namenjena nije imao sve razloge da se u nju pouzda, uz primenu uobičajene obazrivosti i brižljivosti»³⁷ U rimskom pravu ovakvi postupci su se kvalifikovali kao dozvoljena prevara (*dolus bonus*). Znameniti rimski pravnik *Paulus* u *Digestama* navodi: »Kod kupovine o prodaje prirodno je očekivati da se kupi više stvari za manje novca i da se proda ono što manje vredi po višoj ceni, pa prema tome i da stranke u pravnom poslu pokušavaju jedna od druge da izvuku veću korist».³⁸ Često se dešava da prodavac nudeći robu na prodaju, ovu toliko hvali navodeći da ona ima svojstva koja nema, da bi neopravdano naveo drugu stranu na zaključenje pravnog posla. Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru, predviđao je da se

³⁴ *Cheshire and Fifoot's, Law of contract, Butterworths, London, 1976, str. 252.*

³⁵ *Restatement, of the Law of Contracts, sec. 472, R.Paund, op. cit, str. 641*

³⁶ Radmila Kovačević, Kuštrimović, Građansko pravo, op cit, str. 223.

³⁷ *Emery v. Third National Bank* (1934), R. Paund, op.cit, str.638.

³⁸ *Paulus, Digesta, 19,2,22,3.*

ne uzima kao prevara slučaj kada neko stvar hvali preko svake mere, ako se u pravnom prometu na takve preuveličane hvale "mnogo ne pazi".³⁹

Prosta neistina ili obmana o pojedinim činjenicama u pravnom poslu, predstavlja prevaru, ako prema shvatanju u pravnom prometu može biti tretirana kao povreda savesnosti i poštenja. Prilikom utvrđivanja te pravne činjenice moraju se uzeti u obzir: vrsta pravnog posla, okolnosti pod kojima se zaključuje pravni posao, lična svojstva strana, uloga i značaj reklame itd.⁴⁰

Ako je zaključen dobročini pravni posao (ugovor bez naknade) može se poništiti i kad je prevaru učinilo treće lice, bez obzira na to da li je ugovorna strana u vreme zaključenja ugovora znala ili morala znati za prevaru.⁴¹

Ovo pravilo je inspirisano posebnom zaštitom dužnika kod dobročinih pravnih poslova koji se obavezuju na činidbu bez protivčinidbe.⁴²

³⁹ Prema članu 519. "Ne uzimlje se da je prijevara, kad onaj koji stvar nudi, i opšte je hvali, pa bilo preko svake mjere, ako se u saobrašaju na takve preuveličane hvale mnogo ne pazi".

⁴⁰ *Marty G, Raynaud P, Droit civil, Paris 1961*, str.126.

⁴¹ Zakon o obligacionim odnosima, član 65. stav 4.

⁴² *Marty G, Raynaud P*, op. cit. str.129.

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

The Misrepresentation as a Reason of Rescission of Contract

Abstract: *Sometimes a person may enter into a contract as a result of a statement made to him which is false. If the statement is a term of the contract he will have a remedy for breach of contract. If the statement is not a term of the contract it is called a mere misrepresentation, and the consequence is rescission of contract. A misrepresentation is an untrue statement of fact which is one of the causes which induces the contract. A misrepresentation is statement, or conduct, which conveys a false or wrong impression. A contract may be rescinded on the ground of misrepresentation even if innocent. An innocent misrepresentation is one made with reasonable ground for believing it to be true, as where an honest mistake is made. The types of misrepresentation are various. According to the Obligation Act it is not any misrepresentation cause the rescind of contract, but only the importance one. The importance misrepresentations are: the error in substantia and error in personae if the contract is made bearing in mind intuitu personae contract. This paper explains different kinds of misrepresentation giving some proposal for legal interpretation of the provisions of the Obligation Act.*

The misrepresentation means an untrue statement of facts, made by one party to the other in the course of negotiating a contract, that induces the other party to enter into the contract. The person making the misrepresentation is called the representor, and the person whom it is made is the representee. A false or fraudulent misrepresentation is one made with knowledge of its falsehood, and intended to deceive. In the case of fraudulent misrepresentation representor did not honestly believe in the truth of his statement, which is not the same as saying that he knew it to be false. A negligent misrepresentation is one made with no reasonable grounds for believing in to be true. An innocent misrepresentation is one made with reasonable grounds for believing in to the true, as where an honest mistake is made. A fraudulent misrepresentation is actionable as a tort.

When a person has been induced to enter into a contract by misrepresentation, he may in general either (1) affirm the contract and insist of the misrepresentation being made good, if that is possible, or (2) rescind the contract if it is still executory, and if all parties can be restored to their original positions, or (3) bring an action for damages, or (4) rely upon the misrepresentation as a defence to an action on the contract.

A contract may be rescinded of the ground of misrepresentation even if innocent. Specific performance will not be decreed if a definite untrue representation has been relied on.

It is clear that the claim for damages for fraudulent misrepresentation is a claim in tort. So the general governing rule is that the plaintiff should be restored to the position he would have been in if the representation had not been made.

In the article is also analyzed comparative law related on misrepresentation.

Key words: *misrepresentation, the types of misrepresentation, fundamental misrepresentation, fraudulent misrepresentation, rescind of contract.*

*Dr Maja Stanivuković, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

AD HOK ARBITRAŽA NA TERITORIJI SRBIJE: POKRETANJE POSTUPKA I KONSTITUISANJE ARBITRAŽNOG SUDA¹

Sažetak: U ovom radu prikazana su i analizirana pravila Zakona o arbitraži Srbije koja se odnose na pokretanje ad hok arbitražnog postupka i konstituisanje arbitražnog suda. Istaknuti su problemi koji se mogu pojaviti u primeni ad hok arbitražnog sporazuma i rešenja koja domaće zakonodavstvo predviđa. Takođe, ukratko su izložene i pojedine odredbe iz čana IV Evropske konvencije o međunarodno arbitraži, koje imaju prednost u primeni u slučaju da su ispunjeni uslovi za merodavnost ove konvencije. Posebnu pažnju poklonili smo Arbitražnim pravilima UNCITRAL-a, jer se ona najčešće ugovaraju u praksi, za postupak konstituisanja ad hok arbitražnog suda.

Pri oceni rešenja iz zakona, međunarodnog ugovora i arbitražnih pravila oslonili smo se na uporednopravnu analizu i na stranu sudsku i arbitražnu praksu. Nastojali smo da posmatrajući strane nacionalne zakone, uočimo potencijalne praznine u domaćem zakonu i da ukažemo na načine za njihovo popunjavanje i za bolje tumačenje postojećih pravnih normi, radi što boljeg pozicioniranja ad hok arbitraže kao jednog od načina rešavanja sporova koji je strankama na raspolaganju. Takođe, date su određene sugestije zakonodavcu, za eventualne izmene i dopune zakona o arbitraži i zakona o uređenju sudova do kojih bi došlo u budućnosti.

Ključne reči: ad hok arbitraža, organi imenovanja, Arbitražna pravila UNCITRAL-a, Zakon o arbitraži Srbije

¹ Ovaj rad je nastao u okviru istraživanja obavljenog na projektu „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)“ u toku 2013. godine.

1. Izbor između ad hok i institucionalne arbitraže

Prilikom ugovaranja arbitraže, ugovorne strane treba da se opredele za institucionalnu ili ad hok arbitražu. To je jedan od bitnih elemenata arbitražnog sporazuma. Saglasnu izjavu volja stranaka da spor reše arbitri bez pomoći neke institucije koja bi se brinula o organizaciji arbitražnog postupka nazivamom sporazumom o ad hok arbitraži. Arbitri se imenuju na način koji su stranke ugovorile i vode postupak samostalno u mestu koje su stranke odredile, u skladu sa pravilima koja su one predvidele. U nedostatku sporazuma o nekom od bitnih elemenata od značaja za organizaciju ad hok arbitraže primenjuju se neposredno odredbe zakona² ili merodavnog međunarodnog ugovora. Po samoj prirodi stvari, arbitri u ovoj vrsti postupka imaju aktivniju ulogu i više posla nego u institucionalnoj arbitraži.

Institucionalna arbitraža odvija se pod okriljem neke od postojećih stalnih arbitražnih institucija, na osnovu njenih pravila. Institucija se stara o izboru arbitara (ako ih stranke same ne imenuju), o dostavljanju tužbe, a ponekad i drugih podnesaka, i o naplati arbitražnih troškova. Dispozitivne odredbe zakona i međunarodnog ugovora primenjuju se mnogo ređe, jer je sve što se odnosi na pokretanje i vođenje postupka i konstituisanje arbitražnog suda uređeno pravilima institucije. Od donošenja Zakona o arbitraži, stvoreni su zakonski uslovi za ugovaranje i sprovođenje ad hok arbitraža na teritoriji Srbije.

Mada se o tome ne vodi statistika, iz informacija koje su dostupne stiče se utisak da se u Srbiji sve češća ugovara ad hok arbitraža. Kako je ovo još uvek relativna novost, pri organizaciji ovih arbitraža iskrsavaju i određeni problemi i nejasnoće koje bi trebalo rešavati fleksibilnim tumačenjem domaćeg zakonodavstva kako bi se omogućilo da ovaj vid arbitraže zaživi i zauzme ravnopravno mesto u ponudi pravnih mehanizama za rešavanje sporova koji stoje strankama na raspolaganju.

2. Pokretanje arbitražnog postupka ako je ugovorena ad hok arbitraža

Arbitražni postupak se pokreće tužbom ili zahtevom za arbitražu. Tužba ili zahtev se upućuje tuženom, jer kod ad hok arbitraže nema institucije kojoj bi se mogli uputiti.

Zahtev za arbitražu koji je upućen tuženom u ad hok arbitraži, mora po zakonu da sadrži još jedan element da bi se smatralo da se njime pokreće postupak: tužilac treba da imenuje arbitra i da pozove tuženog da

² Zakon o arbitraži, član 6, stav 3.

imenuje svog arbitra, ako je reč o tročlanom veću, ili ako je reč o arbitru pojedincu, da predloži arbitra pojedinca i pozove tuženog da se o njemu izjasni. Uslovi su kumulativno postavljeni, tako da zahtev za arbitražu upućen tuženom koji ne sadrži ime arbitra ne predstavlja inicijalni akt kojim se može pokrenuti arbitražni postupak. Isto važi i za pokretanje postupka tužbom koja se upućuje direktno tuženom.³

Od trenutka kad tužena strana primi zahtev za arbitražu ili arbitražnu tužbu koji sadrže navedeni element, smatra se da je arbitražni postupak otpočeo. Shodno tome, ad hok arbitražni postupak otpočinje pre nego što je konstituisan arbitražni sud.

U zahtevu za arbitražu tužilac ne mora da precizira tužbene zahteve. On to može učiniti kasnije, kada bude podnosio tužbu, u roku koji je određen arbitražnim sporazumom, ugovorenim arbitražnim pravilima, ili koji mu arbitri u ad hok arbitraži budu za to odredili.

Tužba mora da sadrži tužbeni zahtev, činjenice na kojima tužilac zasniva svoje zahteve i sporna pitanja.⁴ Tužbeni zahtev ne mora biti kvantifikovan, osim ako nije drukčije predviđeno ugovorenim arbitražnim pravilima. Međutim, treba imati u vidu da arbitražna odluka može biti poništena ako arbitri prekorače nadležnost i odluče o nekom zahtevu koji nije bio istaknut u tužbi ili u kasnije preinačenoj tužbi. Zbog toga, ako tužilac podnese suviše neodređen tužbeni zahtev, tuženi u arbitražnom postupku treba tome da prigovori.

Posebna situacija nastaje kad su arbitri imenovani već u arbitražnom sporazumu. Tada se postavlja pitanje šta je neophodno učiniti da bi se arbitražni postupak smatrao pokrenutim. Zakon ne uređuje posebno ovu situaciju, već se primenjuje opšte pravilo o pokretanju arbitražnog postupka. Po švajcarskom pravu, arbitražni postupak pred arbitrima koji su imenovani već u arbitražnom sporazumu pokreće se kad se jedna od stranaka obrati arbitrima.⁵ Većina autora smatra da se arbitrima ne mora podneti formalna tužba, već je dovoljno da stranka naznači predmet spora i listu pitanja o kojima arbitri treba da odluče.⁶ Kod nas opšte pravilo bi trebalo tumačiti tako da se zahtev za arbitražu u ovom slučaju šalje ne samo tuženoj, već i imenovanim arbitrima.

³ Zakon o arbitraži, član 38.

⁴ Zakon o arbitraži, član 36, stav 1.

⁵ Švajcarski ZMPP, član 181: „*L'instance arbitrale est pendante dès le moment où l'une des parties saisit le ou les arbitres désignés dans la convention d'arbitrage.*“

⁶ Poudret, J.-F., S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet & Maxwell, London, 2007, str. 487.

3. Problemi u primeni ad hok arbitražnog sporazuma

Dva se problema mogu pojaviti u primeni arbitražnog sporazuma kojim je ugovorena ad hok arbitraža: pravne praznine u samom sporazumu i nepostupanje po njemu.

3.1. Pravne praznine u sporazumu

Arbitražni sporazum je pravni akt koji je retko kada bez nedostataka. On često može da bude nepotpun. Na primer, postoji mogućnost da stranke, odnosno njihovi zastupnici ili punomoćnici ne odrede u sporazumu vrstu arbitraže koju ugovaraju.

Ugovorna odredba koja ne naznačuje vrstu arbitraže predstavlja manjkavu, „blanko“ arbitražnu klauzulu. Takva klauzula otežava da se utvrdi sporazum ugovornih strana kada je reč o sastavu arbitražnog suda, načinu imenovanja arbitara, odlučivanju o njihovom izuzeću, troškovima i drugim bitnim preduslovima arbitražnog procesa. Posebnu podvrstu ovih klauzula predstavljaju one u kojima su se stranke nominalno opredelile za institucionalnu arbitražu, ali su imenovale nepostojeću arbitražnu instituciju.

Problem blanko klauzula se u praksi može rešiti na više načina: na primer, tako što se klauzula tretira kao sporazum kojim je ugovorena ad hok arbitraža, pa se stranka obraća drugoj stranci i započinje ad hok arbitražu, ili tako što se stranaka obraća nekoj od stalnih arbitražnih institucija u nadi da će ona, uprkos manjkavosti klauzule, prihvatiti da organizuje arbitražu.⁷ Drugi način nosi u sebi izvestan rizik, jer, prvo, arbitražna institucija može odbiti da to učini (pošto nije izričito pomenuta), a drugo, čak i ako prihvati, pitanje je da li će odluka arbitražnog suda imenovanog u okviru institucije, kasnije uspeti da prođe kontrolu nadležnosti pred državnim sudom u postupku za poništaj. Ima gledišta da, ako nijedna arbitražna institucija nije posebno pomenuta, važi pretpostavka da je ugovorena ad hok arbitraža.⁸ U svakom slučaju, rešenje se može potražiti od organa imenovanja koji je određen u arbitražnom sporazumu ili u relevantnom izvoru prava. O tome će biti više reči kasnije.

⁷ Videti na primer arbitražnu odluku koja se pominje u predmetu *Germany No. 114, Creditor under the award (Taiwan) v. Debtor under the award (Germany)*, Oberlandesgericht [Court of Appeal], Karlsruhe, 9 Sch 02/07, 14 September 2007, *Yearbook Commercial Arbitration* 2008, tom XXXIII, str. 541 – 548.

⁸ Lew, J. D. M., L. A. Mistelis, S. M. Kroll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003., str. 32.

Dalje praznine u arbitražnom sporazumu od značaja su samo kod ad hok arbitraže, jer se opredeljivanjem za institucionalnu arbitražu i određivanjem institucije svaka takva praznina nadomešta odredbama arbitražnih pravila institucije i odlukama arbitara imenovanih na osnovu tih pravila. One mogu da se odnose na sledeća pitanja: mesto (sedište) arbitraže, sastav arbitražnog suda, način imenovanja arbitara i arbitražni postupak.

3.2. Nepostupanje po sporazumu

Kada izbije spor, a ugovorena je ad hok arbitraža, stranke obično postupaju u skladu sa arbitražnim sporazumom, tj. jedna od njih pokreće arbitražni postupak, druga se odaziva pozivu da učestvuje u postupku, imenuju se arbitri na način predviđen arbitražnim sporazumom i posle sprovedenog postupka, donose obavezujuću odluku o predmetu spora. Ipak, stvari ne idu uvek tako glatko. Nije retko da se tužilac suoči sa problemima u konstituisanju ad hok arbitražnog suda, jer u trenutku kada je poznat spor tuženoj više ne odgovara da se sprovede arbitraža. Tužena tada odbija da učestvuje u formiranju arbitražnog suda, odnosno, odbija da imenuje svoga arbitra. Sprečavanjem da se formira arbitražni sud, tužena nastoji da spreči ili bar odloži sprovođenje arbitražnog postupka i donošenje arbitražne odluke. Svakako, najveći potencijal za opstrukciju postoji onda kada je arbitražni sporazum nepotpun, jer stranke nisu unapred odredile vrstu arbitraže, broj arbitara ni način njihovog imenovanja, ali se problemi mogu pojaviti i kada je sve ugovoreno.

Konstituisanje arbitražnog suda odlaže se takođe kada stranke ne mogu da se slože oko predloženog arbitra pojedinca i kada arbitri koje su stranke imenovala nisu u stanju da se slože oko imenovanja trećeg arbitra; zatim kada u postupku imenovanja stranka zatraži izuzeće arbitra koga je imenovala druga stranka i kada se organ koji su stranke odredile kao organ imenovanja ne odazove pozivu da izvrši imenovanje.

Problem konstituisanja arbitražnog suda javlja se na početku arbitražnog spora. Potrebno ga je rešiti u kratkom roku, jer je imenovanje arbitara pretpostavka za efikasno sprovođenje arbitražnog postupka i rešavanje spora na ugovoreni način. Ad hok arbitraža je u ovoj fazi posebno osetljiva, jer nema kao oslonac instituciju koja bi pomogla da se problem brzo reši. Iz navedenih razloga za njen opstanak su posebno važna dispozitivna pravila o sastavu arbitražnog suda i imenovanju arbitara koja omogućavaju konstituisanje arbitražnog suda u sporovima za koji je ugovorena ad hok arbitraža, ako stranke o tome ne mogu da se dogovore ili ako zakažu dogovoreni mehanizmi imenovanja.

4. Izvori prava za popunjavanje pravnih praznina u sporazumu i konstituisanje ad hok arbitražnog suda u Srbiji

Pravila o konstituisanju ad hok arbitražnog suda mogu biti sadržana u arbitražnom sporazumu. Stranke mogu direktno da predvide kako će se prevazići eventualni problemi do kojih bi moglo doći u konstituisanju arbitražnog suda. Na primer, one mogu da odrede u sporazumu broj arbitara i neko fizičko ili pravno lice koje će postupati kao organ imenovanja arbitara u slučaju da dođe do opstrukcije ili do nemogućnosti postizanja sporazuma.

Jedan sporazum od ad hok arbitraži tako predviđa da će svaka stranka imenovati po jednog arbitra, a trećeg će imenovati dva tako imenovana arbitra. Sporazumom je dalje predviđeno da će, ako jedna od stranaka ne imenuje svog arbitra, ili ako dva imenovana arbitra ne mogu da se saglase o imenovanju trećeg, imenovanje izvršiti Međunarodni arbitražni sud Međunarodne trgovinske komore. Međunarodna trgovinska komora kao i mnoge druge stalne arbitražne institucije nudi uslugu imenovanja arbitara po ovlašćenju stranaka, čak i kada arbitraža nije organizovana pod njenim okriljem, uz određenu nadoknadu koja se plaća za uslugu imenovanja. Imenovanje neke arbitražne institucije kao organa imenovanja ne pretvara ad hok arbitražu u institucionalnu, jer se mandat institucije iscrpljuje u imenovanju i ona posle konstituisanja arbitražnog suda nema dalje ingerencije. U konkretnom slučaju, postoje i posebna pravila o postupanju Međunarodne trgovinske komore u funkciji organa imenovanja.⁹ Tu funkciju u ime Komore obavlja Međunarodni arbitražni sud („Sud“), odnosno specijalni odbor Suda koji se sastoji od tri člana. Zahtev za imenovanje arbitra podnosi se Sekretarijatu Suda koji obaveštava drugu stranku ili stranke o prijemu zahteva. Međunarodni arbitražni sud MTK kao organ imenovanja odlučuje i o eventualnom zahtevu za izuzeće arbitra, ali samo ako su se stranke izričito sporazumele o tome. U protivnom, ova institucija nije nadležna da odlučuje o izuzeću. Ako su je stranke ovlastile, o izuzeću odlučuje na posebnoj plenarnoj sednici Suda. Pre toga Sud posredstvom Sekretarijata pruža priliku arbitru čije se izuzeće traži, ostalim arbitrima i strankama da se izjave o zahtevu.¹⁰

Druga mogućnost je da se za ad hok arbitražu ugovori primena arbitražnih pravila UNCITRAL-a, koja sadrže dispozitivne odredbe o imeno-

⁹ Pravila o postupanju MTK u svojstvu organa imenovanja (Rules of ICC as Appointing Authority <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/appointing-authority/rules-of-icc-as-appointing-authority/>)

¹⁰ Ibidem, pravilo 4, stav 2 i 3.

vanju arbitara. Prema tim odredbama, stranke mogu da odrede organ imenovanja, ali ako to ne učine, pravila regulišu način na koji će se taj organ odrediti. Ipak postoje određene rezerve kada je reč o pogodnosti mehanizma koji predviđaju arbitražna pravila UNCITRAL-a, o kojima će biti reči kasnije.

Ukoliko se stranke nisu ni direktno ni indirektno sporazumele o broju arbitara i načinu njihovog imenovanja, rešenje se nalazi u međunarodnim ugovorima i zakonodavstvu koji važe u državi na čijoj teritoriji arbitražna treba da se održi. Kada je u pitanju Srbija to su Evropska konvencija o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži i Zakon o arbitraži. Evropska konvencija sadrži detaljna pravila o imenovanju arbitara u članu IV. U Zakonu o arbitraži Srbije takva pravila nalazimo u trećoj glavi koja nosi naslov „Arbitražni sud“, i to u članu 16 (Sastav) i članu 17 (Imenovanje arbitara). Ona su dispozitivnog karaktera i primenjuju se u slučaju kad je arbitražna klauzula štura, kad ne sadrži druge izjave, osim jasno iskazane volje stranaka da spor podvrgnu ad hok arbitraži, a jedna od stranaka ne sarađuje u sprovođenju arbitražnog sporazuma ili je iz drugog razloga nemoguće postupiti po sporazumu. Supsidijerna primena zakona na organizaciju ad hok arbitraže je izričito predviđena u članu 6, stavu 3: „Stranke mogu da se sporazumeju od ad hok arbitraži koja se organizuje u skladu sa sporazumom stranaka i ovim zakonom.“

Pravila iz Zakona o arbitraži se primenjuju samo kad su stranke ugovorile arbitražu sa sedištem u Srbiji jer je tako određena teritorijalna oblast primene zakona.¹¹ Ako je ugovoreno mesto arbitraže u inostranstvu, pomoćna rešenja za konstituisanje ad hok arbitražnog suda treba tražiti u zakonu strane države.

Pojedini strani zakoni pored mesta arbitraže predviđaju i druge kriterijume za nadležnost sopstvenih sudova. Na primer, stranke se za imenovanje arbitara mogu obratiti holandskom sudu ako je redovno boravište jedne od stranaka u Holandiji, kao što je predviđeno u zakonu o arbitraži Holandije.¹²

Evropska konvencija predviđa rešenje za situaciju kad stranke nisu odredile mesto ad hok arbitraže. Prema članu IV, stav 4, mesto arbitraže određuje Specijalni odbor imenovan na osnovu Konvencije. Alternativno, stranka može da od nadležnih organa imenovanja predviđenih u stavovima 2 i 3 traži imenovanje arbitara, koji onda mogu da odrede mesto arbi-

¹¹ Odredbe ovog zakona primenjuju se na arbitražu i arbitražni postupak kada je mesto arbitraže na teritoriji Republike Srbije, Zakon o arbitraži, član 2. Ova odredba preuzeta je iz člana 1, stava 2 Model zakona UNCITRAL-a.

¹² Zakon o arbitraži Holandije, član 1073.

traže. Pošto Konvencija važi u Srbiji, ove odredbe su posebno korisne jer se zakonske odredbe o popunjavanju praznina u sporazumu (čl. 16 i 17) ne mogu primeniti, pošto mesto arbitraže nije u Srbiji.¹³

Tako dolazimo do pitanja kakav je odnos zakonskih odredaba, odredaba Evropske konvencije i Pravila UNCITRAL-a, ako su ona izabrana. Zakon ne utiče na primenu odredaba međunarodnih ugovora, te se odredbe Evropske konvencije primenjuju na konstituisanje ad hok arbitražnog suda sa sedištem u Srbiji uvek kad postoje uslovi za njenu primenu¹⁴. Po mišljenju švajcarskih autora, zakonska rešenja mogu se primeniti i kada postoji osnov za primenu člana IV Evropske konvencije, ako je to povoljnije za arbitražu.¹⁵ To znači da stranke u Švajcarskoj same biraju da li će se u slučaju problema u konstituisanju arbitražnog suda obratiti domaćem sudu ili će, kad postoji osnov za njenu primenu, slediti postupak konstituisanja predviđen Evropskom konvencijom. Kada su u pitanju države ugovornice Konvencije, kao što je Srbija, međutim, pitanje obaveznosti postupka konstituisanja arbitražnog suda predviđenog u članu IV može se postaviti u tužbi za poništaj arbitražne odluke, ako jedna od stranaka tvrdi da je trebalo slediti taj postupak, umesto postupka predviđenog zakonom. Austrijski autori smatraju da je za države ugovornice postupak predviđen Konvencijom obavezan kad su ispunjeni uslovi za njenu primenu.¹⁶ Ovaj stav potvrđuje i jedna

¹³ Moglo bi se usvojiti i šire tumačenje, prema kome bi sud postupio po članu 16 i 17 ako postoji arbitražni sporazum, a arbitri bi onda na osnovu člana 34, stav 2 Zakon o arbitraži, mogli da odrede mesto arbitraže. Takvo tumačenje je prihvatio australijski sud kada je prizano arbitražnu odluku donetu u Ugandi. Ovlašćeni organ imenovanja u Ugandi imenovao je arbitre primenom odredaba Zakona o arbitraži Ugande iako u arbitražnom sporazumu nije bilo određeno mesto arbitraže. Australijski sud nije prihvatio prigovor protivnika predlagača da je arbitražna klauzula nepotpuna i da se zakonske odredbe o imenovanju arbitara nisu mogle primeniti. Sud je smatrao da je dovoljna odredba zakona Ugande prema kojoj su imenovani arbitri ovlašćeni da odrede mesto arbitraže. Međutim, Zakon o arbitraži Ugande sadrži širu odredbu o olblati primene od one sadrže u članu 2 našeg Zakona. (član 2. Except as otherwise provided in any particular case, the provisions of this Act shall apply to domestic arbitration and international arbitration.) Videti: Uganda Telecom Limited v. Hi-Tech Telecom Pty Ltd, Federal Court of Australia, New South Wales District Registry, General Division, 22 February 2011 Yearbook Commercial Arbitration 2011 tom XXXVI, str. 252 – 255.

¹⁴ Uslovi za primenu Evropske konvencije određeni su u članu I te konvencije. Potrebno je da je reč o trgovinskom sporu i da strane u arbitražnom sporazumu imaju uobičajeno boravište ili sedište u državama ugovornicama Konvencije.

¹⁵ Poudret, Besson, *op. cit.* str. 344.

¹⁶ „The non-compliance with the provisions in Art. IV (2)–(7) clearly constitutes a failure to observe the rules for the composition and constitution of the arbitral tribunal and hence is a reason for setting aside the award under the *lex arbitri* or denying its enforcement under Art. V (1) (d) NYC in connection with Art. IX (1) (d) European Convention.“ Alice Fremuth-Wolf, Issues Specific to Arbitration in Europe, The European Convention on International Arbitration as a Tool

odluka francuskog apelacionog suda kojom je odbijeno priznanje arbitražne odluke donete u Italiji, zbog toga što jedan od arbitara nije imenovan po postupku predviđenom u članu IV Konvencije, već po postupku predviđenom italijanskim zakonom.¹⁷

S druge strane, izbor Arbitražnih pravila UNCITRAL-a isključuje primenu mehanizma imenovanja, izuzeća i zamene arbitara predviđenog kako zakonom tako i Evropskom konvencijom. Ako su stranke predvidele primenu ovih pravila, one se ne mogu obratiti sudu Srbije kao organu imenovanja, osim u slučaju kada je upravo taj sud eksplicitno imenovan u arbitražnom sporazumu kao organ imenovanja na osnovu člana 6 Arbitražnih pravila. Ovakav zaključak proističe iz člana IV st. 1-3 Evropske konvencije i iz više članova Zakona o arbitraži.¹⁸

Ako su stranke ugovorile primenu određenih pravila, ili imenovale organ imenovanja, ili se rešenje za probleme u konstituisanju arbitražnog suda našlo u dispozitivnim odredbama konvencije ili nekog nacionalnog zakona, arbitražni sud će biti konstituisan i arbitražni postupak će moći da se nastavi i bez učešća tuženog koji se odlučio za opstrukciju. U protivnom, odnosno, ako se nijedno od pomoćnih rešenja predviđenih u zakonu i konvencijama ne može staviti u funkciju i ako ne postoji osnov za primenu nekog stranog arbitražnog prava, arbitražna klauzula će se pokazati nedelotvornom i volja stranaka da svoj spor reše ad hok arbitražom može biti osujećena.

5. Sastav ad hok arbitražnog suda sa sedištem u Srbiji

Pravo na određivanje broja arbitara pripada primarno strankama, ali nacionalni zakoni obično sadrže pretpostavljeno rešenje za slučaj da stranke nisu iskoristile to pravo. Tako se popunjava jedna od najčešćih pravnih praznina. Većina zemalja se opredeljuje između jednog ili tri arbitra. Pretpostavljeno rešenje u Model-zakonu UNCITRAL-a je da sude

to Remedy Pathological Arbitration Agreements – “There's still Life in the Old Dog yet!” Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), *Austrian Yearbook on International Arbitration* 2013, str. 71.“

¹⁷ SA France-Embryon v. Renato Argonauta, Cour d'appel [Court of Appeal], Lyon, 4 July 1991 Yearbook Commercial Arbitration 1994 - tom XIX, str.859 – 862.

¹⁸ Zakon o arbitraži, član 6, stav 3, član 16, stav 3, član 17, stav 1, član 24, stav 3 i član 26, dok u članu 25, stav 4 nije navedena ista formulacija koja prednost daje sporazumu stranaka. Međutim, reč je očigledno o omašci da se to u ovom slučaju pomene i trebalo bi zakon tumačiti na isti način i kad je u pitanju odlučivanje o prestanku dužnosti - arbitra. U slučaju ad hok arbitraže po Arbitražnim pravilima UNCITRAL-a takvu odluku bi trebalo da donese organ imenovanja imenovan u skladu sa članom 6, kao što to proističe iz člana 14 Arbitražnih pravila.

tri arbitra, pa je ono u uporednom pravu i najzastupljenije.¹⁹ Nasuprot tome, engleski Zakon arbitraži (1996) sadrži pretpostavku da sudi arbitar pojedinac.²⁰ U Francuskoj nije određen pretpostavljeni broj arbitara, nego je to, kada je u pitanju međunarodna arbitraža, ostavljeno sporazumu stranaka, ili odluci suda, ukoliko sporazuma o tome ne bude.²¹ Slično je i u Švajcarskoj, gde savezni Zakon o međunarodnom privatnom pravu prepušta ovo pitanje sporazumu stranaka, a u nedostatku sporazuma, stranke treba da se obrate sudiji u sedištu arbitražnog suda, koji po analogiji primenjuje odredbe kantonalnog prava o imenovanju, opozivu i zamenjivanju arbitara.²²

Zakon o arbitraži Srbije takođe ne daje pretpostavljeno rešenje. Broj arbitara određuju stranke,²³ a ako to ne učine njihov broj određuje organ imenovanja, odnosno, lice ili institucija koju su stranke sporazumno odredile. Ako organ imenovanja nije određen, broj arbitara određuje nadležni sud.²⁴ Na taj način se nadležnost za određivanje broja arbitara daje državnom sudu. Odredba je namenjena pre svega *ad hok arbitraži* i nužna je da bi se otklonila neizvesnost koja onemogućava konstituisanje arbitražnog suda. Sve dok se ne zna da li je za konstituisanje arbitražnog suda potrebno imenovati jednog ili tri arbitra, tužilac ne može pravovaljano izvršiti imenovanje arbitra i tako pokrenuti *ad hok arbitražni* postupak.²⁵

Praktična posledica toga je da se u *ad hok arbitraži* pre pokretanja arbitražnog postupka ponekad mora prvo pokrenuti postupak pred sudom – upravo ono što se želelo izbeći arbitražnim sporazumom – i to samo radi određivanja broja arbitara. Ovo se može izbeći ako su stranke kooperativne. One mogu odrediti broj arbitara ne samo u arbitražnom sporazumu već i naknadno, kada izbije spor, sklapanjem dodatnog sporazuma. Takođe, organ imenovanja može biti određen u arbitražnom sporazumu ili naknadno, kada izbije spor, pod uslovom da se stranke slože o tome bilo u neposrednoj komunikaciji, bilo prilikom razmene zahteva za arbitražu i odgovora na zahtev. Tako se može izbeći obraćanje državnom sudu.

¹⁹ Model-zakon UNCITRAL-a, član 10, stav 2. Isto rešenje usvajaju i zakoni Finske, Italije, Mađarske, Nigerije, Portugalije, Egipta, Rusije i Ukrajine.

²⁰ Isto rešenje usvojeno je i u zakonu Singapura, Indije, MEksika, Južne Afrike i SAD.

²¹ Zakonik o građanskom postupku Francuske, sa izmenama izvršenim Uredbom br. 2011-48 od 13. januara 2011, 1452.

²² Član 179, stav 2. Zakona o međunarodnom privatnom pravu Švajcarske.

²³ Autonomija stranaka ograničena je odredbom da taj broj mora biti neparan. Zakon o arbitraži, član 16, stav 2. Arbitražni sporazum ne mora biti ništav ako je određen paran broj, jer se taj nedostatak može popraviti imenovanjem trećeg arbitra.

²⁴ Zakon o arbitraži, član 16. stav 1. i stav 3.

²⁵ Zakon o arbitraži, član 38, tačka 2.

Arbitražna pravila UNCITRAL-a sadrže pretpostavku o broju arbitara, ako nema sporazuma o tom pitanju. Propisana sadržina obaveštenja o arbitraži i odgovora na obaveštenje o arbitraži²⁶ pokazuju da stranke mogu da postignu sporazum o broju arbitara i posle izbijanja spora, ali samo u roku od trideset dana od dana kada tuženi primi obaveštenje o arbitraži. Posle toga stupa na snagu pretpostavka o tročlanom veću.²⁷

6. Konstituisanje ad hok arbitražnog suda sa sedištem u Srbiji

Imenovanje arbitara u ad hok arbitraži uređuje član 17 Zakona o arbitraži: „Stranke se mogu sporazumeti o postupku imenovanja arbitara, a ako to sporazumom nije predviđeno arbitri se imenuju u skladu sa ovim zakonom.“ Dalje slede odredbe kojima se uređuju rokovi za imenovanje u dve tipične situacije: kad se imenuje arbitar pojedinac i kad se imenuje arbitražno veće od tri arbitra. Kao što je rečeno, nadležnost za imenovanje poverena je državnom sudu.

Primena ovih odredaba uključena je kada se imenovanje obavlja po arbitražnim pravilima UNCITRAL-a jer su se stranke tako sporazumele, ili eventualno po relevantnim odredbama Evropske konvencije ako su ispunjeni uslovi za njenu primenu. Razmotrićemo ova tri tipična slučaja.

6.1. Konstituisanje ad hok arbitražnog suda po pravilima UNCITRAL-a

Ako je ugovorena primena arbitražnih pravila UNCITRAL-a, postupak imenovanja se obavlja po članovima 8-10, s tim da od značaja mogu biti i članovi 6 i 7 o organima imenovanja i o sastavu arbitražnog suda.

Tročlano veće se imenuje tako što tužilac u obaveštenju o arbitraži imenuje arbitra i poziva drugu stranu da u roku od 30 dana od prijema obaveštenja takođe imenuje arbitra. Tako imenovani koarbitri treba da u se roku od 30 dana saglase o imenovanju predsedavajućeg arbitra.²⁸

Arbitar pojedinac imenuje se tako što tužilac šalje drugoj strani predlog za imenovanje arbitra, a druga strana može da prihvati taj predlog ili da predloži drugo lice za arbitra. Rok za postizanje sporazuma je 30

²⁶ Arbitražna pravila UNCITRAL-a, čl. 3 i 4. Oba člana određuju da obaveštenje o arbitraži i odgovor na obaveštenje treba da sadrže predlog o broju arbitara.

²⁷ Arbitražna pravila UNCITRAL-a, član 7, stav 1.

²⁸ Arbitražna pravila UNCITRAL-a, član 9, stav 1.

dana od prijema tužiočevog predloga za imenovanje arbitra pojedinca.²⁹ Navedeni rokovi su dispozitivne prirode i mogu se sporazumom stranaka produžiti.

Ako kod imenovanja tročlanog veća druga strana ne imenuje arbitra u roku od 30 dana iako je pozvana da to učini, tužilac se može obratiti organu imenovanja koji tada imenuje arbitra druge strane na osnovu člana 9, stava 2 Arbitražnih pravila. Posle toga, arbitar kojeg je imenovao organ imenovanja i arbitar koga je imenovao tužilac imaju rok od 30 dana da se saglase o imenovanju predsedavajućeg arbitra. Često se dešava da tuženi ne odgovori blagovremeno na poziv tužioca da imenuje svog arbitra, ali naknadno pošalje organu imenovanja svoj predlog. Takvi predlozi se obično uvažavaju i organ imenovanja tada, uprkos zakašnjenju, nastoji da imenuje lice koje je tuženi predložio. Upravo ovo se dogodilo u predmetu *Mitilineos protiv Srbije*. Mada je Srbija zakasnila sa predlogom za imenovanje svog arbitra, profesor Šrojer, koga je Generalni sekretar Stalnog arbitražnog suda u Hagu (u daljem tekstu: SAS) odredio da bude organ imenovanja, imenovao je profesora Dobrosava Mitrovića za arbitra Srbije u skladu sa tim zakasnelim predlogom.³⁰

Kada rok od 30 dana protekne, a stranke se nisu saglasile o imenovanju arbitra pojedinca, odnosno imenovani arbitri se nisu saglasili o imenovanju predsedavajućeg arbitra, pravo na imenovanje prelazi na organ koji su stranke odredile u svom sporazumu. Ako one to nisu učinile, imaju rok od 30 dana da se, na predlog jedne od njih, dogovore o izboru ličnosti ili institucije koja bi delovala kao organ imenovanja.³¹ U slučaju da se ne postigne dogovor oko izbora organa imenovanja ili da dogovoreni organ imenovanja odbije da imenuje arbitra, svaka stranka može zahtevati od Generalnog sekretara SAS-a da odredi organ imenovanja odnosno njegovu zamenu.³² Organ imenovanja treba da uzme u obzir one razloge koji obezbeđuju imenovanje nezavisnog i nepristrasnog arbitra i da vodi računa o tome da se preporučuje imenovanje arbitra koji nema isto državljanstvo kao stranke.³³

²⁹ Arbitražna pravila UNCITRAL-a, član 8, stav 1.

³⁰ *Mytilineos Holdings SA and State Union of Serbia and Montenegro and Republic of Serbia, Partial Award on Jurisdiction*, September 8, 2006, *Ad Hoc Proceeding*, 1976 UNCITRAL Rules, Greece-Yugoslavia BIT, pasusi 9 i 10.

³¹ Arbitražna pravila UNCITRAL-a, član 6, st. 1 i 2.

³² Arbitražna pravila UNCITRAL-a, član 6, stav 2 i stav 4. U literaturi se ističe da je Stalni arbitražni sud (SAS) pod značajnim uticajem holandske vlade. Holandski ministar spoljnih poslova je Predsednik Administrativnog saveta SAS, a Generalni sekretar SAS je obično holandski državljani.

³³ Arbitražna pravila UNCITRAL-a, član 6, stav 7.

Podaci o tome kako Generalni sekretar određuje organ imenovanja nisu dostupni javnosti. U investicionim sporovima u kojima se zbog objavljivanja odluke o tome ponešto i sazna, kao organ imenovanja u pojedinim slučajevima bili su određeni MTK, Privredna komora u Stokholmu kao i razni pojedinci.³⁴ U svakom slučaju, dvostepena procedura imenovanja koja je predviđena (Generalni sekretar prvo određuje nekoga, da bi tek potom taj imenovao arbitre) može da oduzme puno vremena i da bude skupa, pa se i samo zbog toga, strankama koje ugovaraju primenu Arbitražnih pravila UNCITAL-a preporučuje da već u arbitražnom sporazumu same odrede organ imenovanja. Ponekad, Generalni sekretar SAS-a traži od stranaka saglasnost da sam bude organ imenovanja, da bi se predviđena procedura skratila i pojednostavila. Stranke mogu i u arbitražnom sporazumu da odrede Generalnog sekretara za organ imenovanja.³⁵

Stalni arbitražni sud u Hagu (SAS) takođe pruža administrativne usluge u arbitražama koje se odvijaju po UNCITRAL-ovim pravilima. Osnov za angažovanje njegovih usluga je sporazum stranaka koji se može postići i po izbijanju spora u aktu kojim se određuju uslovi imenovanja arbitara (*Terms of Appointment*) ili njihov zadatak (*Terms of Reference*). Usluge koje se nude su na primer dostavljanje pismena, vođenje arhive podnesaka i prepiske, organizovanje plaćanja predjuma za arbitražne troškove i isplata honorara i troškova arbitara, obezbeđivanje prostorija za usmenu raspravu u Palati mira u Hagu itd. Za pružanje ovih usluga SAS naplaćuje administrativne troškove. Na taj način se ugovorena ad hok arbitraža na osnovu UNCITRAL-ovih pravila može voljom stranaka transformisati u institucionalnu arbitražu.

U toku konstituisanja tročlanog arbitražnog suda može da se dogodi da jedna stranka zatraži izuzeće arbitra kojeg je imenovala druga stranka. Tada rok od 30 dana iz člana 9, stava 3, u kome dva imenovana arbitra treba da se sporazumeju o ličnosti trećeg arbitra, protiče pre nego što bude doneta odluka o izuzeću od nadležnog organa imenovanja. Arbitar čije je izuzeće traženo i arbitar koga je imenovala druga stranka naći će se u

³⁴ „The role of appointing bodies under different arbitration rules“, str. 3. Izvorr: www.iiapp.org U ovom tekstu navodi se primer da je profesor koji je određen ako organ imenovanja za arbitra u investicionom sporu protiv jedne države imenovao svog kolegu sa fakulteta. U prethodno citiranom predmetu Mitilineos protiv Srbije kao organ imenovanja određen je profesor Šrojer, profesor Pravnog fakulteta u Beču u penziji koji je kao jednog od arbitara predložio i Avgusta Rajniša, takođe profesora Pravnog fakulteta u Beču, a u dva slučaja koji se pominju u Komentaru UNCITRAL-ovih pravila određen je Švajcarac Robert Briner, bivši arbitar Tribunala za iransko-američke zahteve u Hagu i predsednik Međunarodnog arbitražnog suda MTK.

³⁵ Arbitražna pravila UNCITRAL-a, član 6, stav 1.

dilemi oko toga da li treba dalje da razgovaraju o imenovanju trećeg, dok je funkcija jednog od njih još uvek neizvesna. Ako bi se u propisanom roku sporazumeli o imenovanju trećeg, a jedan od njih kasnije bude izuzet, imenovanje trećeg bi takođe moglo biti dovedeno u pitanje. Pravila UNCITRAL-a ne predviđaju rešenje za ovu situaciju, pa je to u dispoziciji arbitara. Oni mogu da se uzdrže od imenovanja trećeg dok čekaju na odluku o izuzeću, a mogu i da se sporazumeju o imenovanju trećeg smatrajući da bi, bez obzira na to što bi kasnije jedan od njih mogao biti izuzet, odluka o imenovanju trećeg bila punovažna.³⁶ Ako se uzdrže od imenovanja trećeg, trebalo bi da o tome obaveste stranke. U tom slučaju, svaka od stranaka može da se obrati nadležnom organu imenovanja da bi on, umesto stranaka to učinio.

Član 8 Arbitražnih pravila predviđa postupak koji organ imenovanja treba da sledi prilikom imenovanja arbitra pojedinca ili trećeg arbitra, pod uslovom da stranke sporazumno ne isključe njegovu primenu. Pored stranaka, primenu tog postupka može da otkloni i sam organ imenovanja, ako smatra da nije prikladan za dati slučaj.³⁷ Reč je o spisku imena (*list procedure*) koji se šalje obema strankama. Spisak treba da sadrži bar tri imena potencijalnih arbitara o kojima se stranke izjašnjavaju nezavisno jedna od druge. Stranke mogu da izbrišu svako ime sa liste, ako im je taj arbitar neprihvatljiv, a arbitre koji su im prihvatljivi treba da označe prema redosledu preferencije. Organ imenovanja kojem stranke vraćaju ove spiskove zatim upoređuje odgovore stranaka i ukoliko utvrdi da neka od predloženih ličnosti uživa poverenje obe stranke, imenuje to lice za arbitra. Ako pak ova procedura ne urodi plodom, organ imenovanja može da imenuje arbitra pojedinca ili predsedavajućeg arbitra prema svojoj diskrecionoj oceni.³⁸

6.2. Konstituisanje ad hoc arbitražnog suda po Zakonu o arbitraži

Konstituisanje arbitražnog veća po Zakonu o arbitraži odvija se tako što svaka stranka imenuje po jednog arbitra, a dva tako imenovana arbitra imenuju trećeg. U slučaju da stranka propusti da imenuje arbitra ili da dva arbitra ne mogu da se sporazumeju o imenovanju trećeg, imenovanje vrši državni sud. Pravo obraćanja državnom sudu ili dru-

³⁶ Po analogiji sa članom 23, stavom 3 Arbitražnih pravila UNCITRAL-a.

³⁷ U pravilima MTK o postupanju u slučaju da obavlja funkciju organa imenovanja po Arbitražnim pravilima UNCITRAL-a, predviđeno je da se sledi ova procedura – član 3, st. 1 i 2.

³⁸ Videti član 8 i 9 Arbitražnih pravila UNCITRAL-a.

gom organu imenovanja imaju stranke, kao i već imenovani arbitri. Ukoliko treba da sudi arbitar pojedinac, a stranke ne mogu da se sporazumeju o njegovom izboru, njega takođe na zahtev jedne od stranaka imenuje nadležni sud. Protiv odluke suda kojom se imenuje arbitar nije dozvoljena žalba.³⁹ *Argumentum a contrario*, protiv odluke suda kojom se odbija imenovanje arbitra dozvoljena je žalba. Ako bi sud dakle odbio da obavi ovu pomoćnu funkciju u arbitražnom postupku, na primer zbog toga što bi se oglasio nenadležnim ili zbog toga što smatra da nema punovažnog arbitražnog sporazuma, stranka bi mogla da se žali sudu više instance.

Domaći propisi nisu razradili odredbe o dužnosti suda da imenuje arbitre u ad hok arbitraži predviđene Zakonom o arbitraži, a neka pitanja su ostala neregulisana u samom zakonu. Tako na primer, Zakon o uređenju sudova iz 2008. godine ne određuje stvarnu nadležnost za pružanje pomoći suda u imenovanju arbitara, niti određuje u kom sastavu sud rešava o ovakvim pitanjima. Zakon o arbitraži pak ne određuje mesnu nadležnost suda za imenovanje arbitara niti vrstu postupka (parnični ili vanparnični). Zbog toga, prilikom operacionalizacije ovih odredaba mogu iskrsnuti problemi. Potencijalno, nadležan bi mogao biti privredni sud, osnovni sud i viši sud u mestu arbitraže. Čini se kao najcelishodnije da o ovome odlučuje privredni sud ako je reč o privrednom sporu, a osnovni sud ako nije privredni spor u pitanju. Članom 25, stavom 1 Zakona o uređenju sudova propisano je da privredni sud u prvom stepenu sudi u sporovima između domaćih i stranih privrednih društava, preduzeća, zadruga i preduzetnika i njihovih asocijacija. Međutim, ako se zauzme stav da se o imenovanju arbitara odlučuje u vanparničnom postupku, onda bi stvarna nadležnost za to pripadala u svim vrstama sporova osnovnom sudu. Ovo bi bilo krajnje necelishodno rešenje, jer je najveći broj arbitražnih sporova još uvek vezan za privredne odnose. Sledećom izmenom Zakona o uređenju sudova nadležnost za imenovanje arbitara na osnovu člana 17, kao i za odlučivanje o izuzeću i prestaku dužnosti arbitara na osnovu člana 24, stav 3 i člana 25, stav 4 trebalo bi poveriti Privrednom apelacionom sudu ili (nešto lošije rešenje) prvostepenim privrednim sudovima. Do tada, stranke će morati da nagađaju kojem sudu da se obrate u slučaju potrebe.

Takođe, može se postaviti pitanje kako postupati kada u toku zakonskog postupka imenovanja jedna od stranaka podnese zahtev za izuzeće arbitra koga je imenovala druga stranka. Zahtev za izuzeće stranka pod-

³⁹ Zakon o arbitraži, član 17, stav 4.

nosi u pismenoj formi u roku od 15 dana od dana kada je saznala za imenovanje arbitra ili za razloge za izuzeće.⁴⁰ Dok se ne reši o izuzeću, dva imenovana arbitra, slično kao i kod izuzeća po Arbitražnim pravilima UNCITRAL-a, moraju biti u dilemi da li da nastave sa postupkom imenovanja trećeg, jer ako to ne učine, nadležnost, po isteku roka od 30 dana od njihovog imenovanja, može preći na državni sud.⁴¹ Ovo je pravna praznina u Zakonu koju bi trebalo popuniti po analogiji sa članom 30, stavom 4,⁴² odnosno, arbitrima koji su imenovani treba dati mogućnost da imenuju trećeg, bez obzira na postupak izuzeća koji je pokrenut u odnosu na jednog od njih. Ako on kasnije bude izuzet, imenovanje trećeg ne može biti stavljeno u pitanje.

Kad je reč o izuzeću, kod *ad hok arbitraže* se može pojaviti još jedan problem u praksi koji obično ne dolazi u obzir u institucionalnoj. Naime, prvi akt koji imenovani arbitar u institucionalnoj arbitraži mora da potpiše je izjava o prihvatanju dužnosti i o nezavisnosti i nepristrasnosti (u nekim institucijama takođe i izjava o tome da arbitar raspolaže sa dovoljno vremena da bi se posvetio rešavanju konkretnog spora). Zakon o arbitraži takođe zahteva od arbitra da sastavi pisanu izjavu o prva dva pitanja.⁴³ Nije izričito rečeno kome se takva izjava podnosi, ali iz naslova člana 21 proističe da se podnosi strankama. Međutim, ako arbitar koga je stranka imenovala ne potpiše takvu izjavu, a obrati se drugom imenovanom arbitru radi sporazumevanja o imenovanju predsedavajućeg, kod ovog drugog se može pojaviti dilema da li je njegov kolega u arbitražnom sudu propisno imenovan, odnosno da li je postupak imenovanja završen, perfektuiran. U takvoj situaciji drugi arbitar bi trebalo da sugeriše svom kolegi da sastavi pomenutu izjavu i da je preda njemu i strankama, kako bi se pregovori o imenovanju trećeg mogli nesmetano nastaviti. Arbitar koji propusti da to učini, svesno rizikuje da stranka traži njegovo izuzeće, upravo zbog činjenice da nije dao potrebnu izjavu. Ipak treba imati u vidu da je u članu 24, stav 1 Zakona o arbitraži, kada je u pitanju izuzeće kao polazni trenutak od koga se računa rok za podnošenje zahteva uzet onaj kada je lice imenovano za arbitra, a ne onaj kada je prihvatilo tu dužnost. To ukazuje da bi i pregovaranje sa arbitrom koji nije dao potrebnu izjavu, moglo da se toleriše, ukoliko stranke ne stave prigovor.

⁴⁰ Zakon o arbitraži, član 24, stav 1.

⁴¹ Zakon o arbitraži, član 17, stav 3.

⁴² Na osnovu ovog člana arbitražni sud ima pravo da nastavi postupak i donese odluku iako je pred sudom osporena njegova nadležnost.

⁴³ Zakon o arbitraži, član 20 i član 21, stav 1.

Ukazujemo na još jednu prazninu u zakonu koja se može pojaviti ako stranke ugovore neki drugi način imenovanja arbitara, a ne standardni koji je predviđen članom 17 (da svaka stranka imenuje po jednog arbitra, a dva tako imenovana arbitra imenuju trećeg). To se dogodilo u jednom predmetu koji je rešavao arbitražni sud u Nigeriji.⁴⁴ Stranke su ugovorile arbitražu za rešavanje sporova koji bi mogli proisteći iz ugovora o osnivanju akcionarskog društva. Pošto je bilo više osnivača (preko 20), predvidele su da će u slučaju spora sva tri arbitra imenovati predsednica nigerijskog Visokog saveznog suda. Kad je jedan od akcionara pokrenuo arbitražni spor i zatražio od predsednice da imenuje arbitre, ona je odlučila da zastane sa imenovanjem, jer je tuženi u međuvremenu pokrenuo parnicu za utvrđenje da je spor nearbitrabilan i da je stoga arbitražni sporazum ništav. Tužilac je onda podneo zahtev Stalnom arbitražnom sudu u Hagu da zameni organ imenovanja jer je bila ugovorena primena UNCITRAL-ovih arbitražnih pravila. Stalni arbitražni sud je za organ imenovanja odredio MTK, a ona je zatim u skladu sa svojim pravilima imenovala sva tri arbitra. Ipak, arbitri su doneli odluku da nisu nadležni, jer arbitražni sud nije konstituisan u skladu sa sporazumom stranaka. Kao razlog za to arbitri su naveli činjenicu da tadašnja UNCITRAL-ova pravila (1976) predviđaju mogućnost zamene organa imenovanja samo u situaciji da on ne postupi po zahtevu za imenovanje arbitra umesto jedne od stranaka, ili po zahtevu za imenovanje arbitra pojedinca ili predsedavajućeg arbitra. Međutim, Pravila nisu predviđala mogućnost zamene organa imenovanja u ovakvoj situaciji, kada je organ imenovanja dužan da imenuje sva tri arbitra, a on odbije da to učini.⁴⁵ Pošto ni stranke nisu predvidele mogućnost zamene organa imenovanja u svom sporazumu, arbitražni sud je zaključio da ne postoji pravni osnov za zamenu, a samim tim ni za njegovo konstituisanje. Kada bi se slična situacija ponovila na teritoriji Srbije, to jest kada organ koji su stranke odredile da imenuje sva tri arbitra, iz nekog razloga ne bi postupio po zahtevu tužioca, odredbe člana 17 ne bi stranci dale mogućnost da se obrati sudu sa zahtevom da sud imenuje sve arbitre umesto tog organa imenovanja ili da imenuje novi organ imenovanja.

⁴⁴ Econet Wireless Ltd. (UK/South Africa) v First Bank of Nigeria, et al. (Nigeria), Award, 2 June 2005, Yearbook Commercial Arbitration 2006 -tom XXXI, str. 49 – 65.

⁴⁵ U međuvremenu je izvršena izmena Arbitražnih pravila UNCITRAL-a, tako da bi sada stranke mogle da se pozovu na član 6, stav 4 da bi od SAS-a tražile imenovanje novog organa imenovanja, mada je i dalje formulacija ograničavajuća, pošto govori samo o propustu da se imenuje jedan arbitar („or if it fails to appoint an arbitrator within 30 days after it receives a party's request to do so“).

6.3. *Konstituisanje ad hoc arbitražnog suda po Evropskoj konvenciji*

Evropska konvencija se primenjuje na „međunarodne“ arbitražne sporazume pod uslovom uzajamnosti. To znači da ugovorne strane u sporazumu moraju biti iz različitih država i te države moraju biti ugovornice Konvencije. Tačka vezivanja fizičkog lica za državu ugovornicu je uobičajeno boravište, a tačka vezivanja pravnog lica je sedište. Konvencija u članu IV sadrži odredbe namenjene za popunjavanje pravnih praznina u arbitražnom sporazumu i za pomoć strankama u konstituisanju arbitražnog suda u slučaju neslaganja.

U prvom stavu je proklamovano načelo prava izbora između ad hoc i institucionalne arbitraže i pravo stranaka da odrede način izbora arbitara i da izaberu mesto arbitraže i pravila postupka. Drugi i treći stav posvećeni su ad hoc arbitraži. Određen je rok imenovanja arbitara i, za slučaj da u tom roku jedna od stranaka ne imenuje svog arbitra, pravo one druge da se radi imenovanja obrati predsedniku privredne komore u zemlji gde stranka koja je propustila da imenuje arbitra ima uobičajeno boravište, odnosno sedište. Dalje korake preduzimaju već imenovani arbitri, ali ako se oni ne mogu složiti oko izbora trećeg, tužilac može da se obrati alternativno jednom od organa imenovanja određenih u trećem stavu ovog člana. Kao alternativni organi imenovanja određeni su primarno, predsednik privredne komore u zemlji mesta arbitraže i predsednik privredne komore u zemlji uobičajenog boravišta odnosno sedišta tuženog i supsidijarno, ako mesto arbitraže nije određeno, predsednik privredne komore u zemlji uobičajenog boravišta odnosno sedišta tuženog ili Specijalni odbor.

Specijalni odbor se u vreme Hladnog rata sastojao od jednog predstavnika Istoka i jednog predstavnika Zapada, a trećeg člana su birali naizmenično Istok i Zapad (odnosno istočnoevropske i zapadnoevropske privredne komore).⁴⁶ Danas ovaj odbor nije u funkciji, a dat je predlog da se Konvencija u ovom delu izmeni i da se umesto Specijalnog odbora kao organ imenovanja odredi Generalni sekretar SAS-a.⁴⁷ Neke zemlje su odmah po zaključenju Evropske konvencije zaključile poseban sporazum u kome su umesto organa imenovanja određenih u članu IV navele da će stranke moći da se obrate „nadležnom organu“.⁴⁸ U državama članicama

⁴⁶ Sastav Specijalnog odbora određen je u Prilogu Evropske konvencije.

⁴⁷ *Economic Commission For Europe, Revision of the 1961 European Convention on International Commercial Arbitration, Trade/2001/16, 30 March 2001 - www.unec.org/trade/ctied5/trade0116e.doc*

⁴⁸ *The Paris Agreement on the Application of the European Convention on International Arbitration of 17 December 1962. <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/042.htm>* Države ugovornice ovog ugovora su: Austrija, Belgija, Danska, Italija, Luksemburg,

ovog sporazuma to se tumači kao pravo stranke da se umesto tih organa imenovanja obrati nadležnom sudu.⁴⁹

6.4. *Konstituisanje ad hok arbitražnog suda u višestranачkoj arbitraži*

U sporovima u kojima se javlja više od dve stranke, imenovanje arbitara se rešava drukčije. Tu se misli na sporove u kojima se na strani tužioca ili tuženog javlja više lica kao suparničari, kao i sporove u kojima treće lice (umešač) učestvuje na strani tužioca ili tuženog. Pod višestranачkom arbitražom, a mogli bismo reći i pravom višestranачkom arbitražom, podrazumevaju se i sporovi u kojima se stranke dele na više od dve strane, odnosno sporovi u kojima svaka od tri ili više stranaka brani sopstvene interese koji se razlikuju od interesa svih ostalih strana. Takav bi na primer bio slučaj spora između članova konzorcijuma koji je osnovan trostranim ugovorom i sadrži arbitražnu klauzulu. Kod imenovanja arbitra pojedinca višestranачka arbitraža ne izaziva potrebu za dodatnim pravilima jer u nedostatku sporazuma tu funkciju obavlja organ imenovanja koji je posebno ugovoren ili predviđen merodavnim pravom. Takva potreba na prvi pogled ne postoji ni u sporovima gde se na strani tuženog ili tužioca javlja više lica kao suparničari, jer se u takvim sporovima imenovanje vrši na isti način kao i u dvostranачkim, s tim što suparničari zajednički imenuju jednog arbitra, odnosno tretiraju se kao jedna stranka. Međutim, klasični način za imenovanje arbitražnog veća od tri člana, koji predviđa da jedna stranka imenuje jednog, druga drugog arbitra, a da se treći arbitar imenuje sporazumno ili ga imenuje neko treći, ne može da se primeni bez narušavanja jednakosti stranaka, u slučaju kad u sporu učestvuje više od dve stranke različitih interesa.⁵⁰

Arbitraža može biti višestranачka od samog početka ili postati takva kasnije, kad je arbitražno veće već konstituisano (na primer kad treće lice želi da se umeša u spor). Ovde se razmatra samo slučaj kad do toga došlo pre konstituisanja arbitražnog veća. Takvo je bilo činjenično stanje u predmetu Dutko⁵¹ u kome je spor iz ugovora o konzor-

Moldavija, Nemačka i Francuska. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=042&CM=8&DF=&CL=ENG>

⁴⁹ Alice Fremuth-Wolf, Issues Specific to Arbitration in Europe, The European Convention on International Arbitration as a Tool to Remedy Pathological Arbitration Agreements – “There's still Life in the Old Dog yet!”, str. 69.

⁵⁰ Poudret, Besson, *op.cit.* str 197.

⁵¹ *Sociétés BKMI et Siemens c/ société Dutco Construction, Cour de Cassation* (Jan. 7, 1992).

cijumu trebalo da rešava tročlano arbitražno veće, osnovano po pravilima MTK. Tužilac je obuhvatio tužbom oba svoja saugovarača i imenovao jednog arbitra, a tuženi su bili prinuđeni da zajedno imenuju drugog arbitra, mada je tužilac protiv njih istakao različite tužbene zahteve. Tuženi su uložili prigovor Sudu MTK zbog toga što nije dozvolio da svaki od njih imenuje po jednog arbitra i kasnije su osporili arbitražnu međuodluku o nadležnosti, prvo pred Pariskim apelacionim sudom, s zatim, kad je taj sud odbio njihov zahtev, i pred Kasacionim sudom Francuske koji im je dao za pravo. Kasacioni sud je naime poništio odluku arbitara zbog povrede načela jednakosti stranaka koje je smatrao delom javnog poretka. Posle toga, mnoge arbitražne institucije, na čelu sa MTK, izmenile su svoja standardna pravila o načinu imenovanja tročlanih veća, da bi ih prilagodila potrebama višestranačke arbitraže.

Naš zakon ne sadrži odredbe o imenovanju arbitara u slučaju višestranačke arbitraže. To je pravna praznina koja može predstavljati problem upravo kad je ugovorena *ad hok* arbitraža. Ako je za *ad hok* arbitražu ugovorena primena arbitražnih pravila UNCITRAL-a, rešenje postoji, jer su pravila 2010. godine prilagođena upravo ovoj situaciji. U članu 10, predviđeno je da se u slučaju kada se imenuju tri arbitra, a postoji više stranaka na strani tužioca ili tuženog, tužioci zajedno ili tuženi zajedno imenuju po jednog arbitra. Stranke se mogu sporazumeti i o nekom drugom načinu imenovanja arbitara. Međutim, u slučaju da postupak imenovanja na taj način ne uspe, organ imenovanja na zahtev stranke imenuje sva tri arbitra, pri čemu može da opozive i arbitra koji je već imenovan, kao i da ga ponovo imenuje. Organ imenovanja određuje jednog od njih kao predsedavajućeg arbitra.⁵²

7. Pravo državnog suda da ispituje arbitražni sporazum

Sudija kome se stranke obrate radi određivanja sastava arbitražnog suda ili imenovanja arbitara, dužan je da postupi po tom zahtevu. Međutim, Zakon o arbitraži ostavlja otvoreno pitanje da li sud, kada mu se stranka obrati sa takvim zahtevom, ima pravo da proverava da li je arbitražni sporazum punovažan, da li proizvodi dejstvo i da li je podoban za primenu.

Švajcarski zakon, na primer, nalaže sudiji pozvanom da imenuje arbitra, da postupi po zahtevu za imenovanje koji mu je upućen, osim ako sumarno ispitivanje ne pokaže da između stranaka nije zaključen arbitra-

⁵² Arbitražna pravila UNCITRAL-a, član 9, stav 3.

žni sporazum.⁵³ Tome teorija dodaje slučaj kada arbitražni spor nije arbitralan.⁵⁴

Finski zakon izuzetak od obaveze imenovanja formuliše na sledeći način: „Kada je stranka podnela zahtev sudu da imenuje arbitra [...], sud treba da imenuje arbitra, osim ako nije očigledno da zakonski uslovi za arbitražu nisu ispunjeni.“⁵⁵ Nasuprot tome, holandski zakon od 1986. zabranjuje sudu da se u fazi imenovanja upušta u to da li postoji punovažan arbitražni sporazum.⁵⁶ Pošto zakon Srbije ne uređuje ovo pitanje, sud može da shodno primeni član 14, odnosno da odbije da imenuje arbitra samo ako je sporazum očigledno ništav.

Zaključak

U ovom radu prikazana su i analizirana pravila Zakona o arbitraži Srbije koja se odnose na pokretanje ad hok arbitražnog postupka i konstituisanje arbitražnog suda. Istaknuti su problemi koji se mogu pojaviti u primeni ad hok arbitražnog sporazuma i rešenja koja domaće zakonodavstvo nudi. Takođe, ukratko su izložene i pojedine odredbe iz čana IV Evropske konvencije o međunarodno arbitraži, koje imaju prednost u primeni u slučaju da su ispunjeni uslovi za merodavnost ove konvencije. Posebno su razmotrena i Arbitražna pravila UNCITRAL-a, jer se ona najčešće ugovaraju u praksi, za postupak konstituisanja ad hok arbitražnog suda. Pri oceni rešenja iz zakona, međunarodnog ugovora i arbitražnih pravila oslonili smo se na uporednopravnu analizu i na stranu sudsku i arbitražnu praksu. Nastojali smo da uočimo potencijalne praznine u domaćem zakonu i da ukažemo na načine za njihovo popunjavanje i za bolje tumačenje postojećih pravnih normi, radi što boljeg pozicioniranja ad hok arbitraže kao jednog od načina rešavanja sporova koji je strankama na raspolaganju. Takođe, date su određene sugestije zakonodavcu, za eventualne izmene do kojih bi došlo u budućnosti.

⁵³ Zakon o međunarodnom privatnom pravu Švajcarske, član 179. st. 2. i 3.

⁵⁴ A. Bucher, „La dimension sociale du droit international prive“, *Recueil des cours*, 2010, str. 336.

⁵⁵ Zakon o arbitraži Finske, član 17. stav 1.

⁵⁶ Zakon o arbitraži Holandije, član 1027. stav 4.

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

Ad Hoc Arbitration in the Territory of Serbia: Initiation of the Proceedings and Constitution of the Arbitral Tribunal

Abstract: *This Article reviews and discusses the rules of the Arbitration Act of Serbia on to initiation of ad hoc arbitral proceedings, composition and constitution of the arbitral tribunal. Problems that may occur in the implementation of an ad hoc arbitration agreement are put to the forewront of the analysis, and the solutions provided by domestic legislation are examined. In addition, the discussion centers around the provisions of Article IV of the European Convention on International Commercial Arbitration, and their priority in case the dispute falls within its scope. Furthermore, the UNCITRAL Arbitration Rules, as the set of rules that is most frequently agreed upon in practice, are considered from the point of view of composition and constitution of the Arbitral Tribunal.*

When critically evaluating the provisions of the national law, the treaty and the cited Arbitration Rules, we relied on comparative law analysis and on foreign judicial and arbitral practice. We endeavored, by examining arbitration laws of other countries, to spot potential lacunae in domestic legislation, and to draw attention to ways in which they may be mended. We pleaded for flexible and reasonable construction of the existing legal provisions, in order to improve the chances for positioning of ad hoc arbitration in Serbia as a viable mechanism of resolution of disputes at the disposal of the parties. Some guidelines were also provided to the legislator on the future direction in which legislative amendments would go.

Key words: *ad hoc arbitration, appointing authorities, UNITRAL Rules, Serbian Arbitration Act*

*Dr Bernadet Bordaš, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

MODERNIZACIJA PRAVILA O IZDRŽAVANJU SA INOSTRANIM ELEMENTOM U SRBIJI¹

Sažetak: Rad se bavi modernizacijom međunarodnog privatnog prava izdržavanja u Srbiji u svetlu novih međunarodnih instrumenata koji su rezultat rada Haške konferencije za međunarodno privatno pravo. Nakon ratifikacije Haškog protokola o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja početkom 2013. g., čime su uvedena moderna pravila u pravni poređak Srbije, postavlja se pitanje da li je neophodno ratifikovati i Hašku konvenciju o naplati dečijeg i drugih oblika porodičnog izdržavanja, da bi se i u tom aspektu (delu) problematike izdržavanja sa inostranim elementom pravo Srbije osavremenilo. Da bi se mogao formirati stav o ovom pitanju u radu se prikazuju i analiziraju suštinske odredbe Konvencije (oblast primene, upravna saradnja, priznanje i izvršenje i izvršenje *stricto sensu*). Na osnovu tih izlaganja u zaključku se iznose elementi na osnovu kojih bi nadležni državni organi mogli da oforme stav o ratifikaciji Konvencije.

Ključne reči: izdržavanje sa inostranim elementom, Haška konvencija o naplati dečijeg i drugih oblika porodičnog izdržavanja, upravna saradnja, priznanje i izvršenje stranih odluka, izdržavanje *stricto sensu*

1. Uvod: izvori međunarodnog privatnog prava izdržavanja u Srbiji

Međunarodno privatno pravo izdržavanja Republike Srbije su sve do nedavno činili Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja iz 1982. godine² (u daljem tekstu: ZRSZ) i međunarodni sporazumi.

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

ZRSZ, kao glavni izvor domaćeg međunarodnog privatnog prava koji se primenjuje u svim slučajevima u kojima pitanja izdržavanja sa inostranim elementom nisu regulisana drugim zakonom ili međunarodnim ugovorima³, sadrži odredbe o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja, o međunarodnoj nadležnosti sudova Republike Srbije i o priznanju i izvršenju stranih odluka. Karakteristika ovog zakona u regulisanju pitanja izdržavanja sa inostranim elementom jeste u tome da ne sadrži dovoljan broj posebnih odredaba koje bi bile prilagođene eventualnim posebnim odlikama porodičnog (prema ZRSZ: zakonskog) izdržavanja sa inostranim elementom, već ih podvrgava opštim odredbama ili podvodi pod šire kategorije. U oblasti merodavnog prava posebna odredba propisana je samo za obavezu izdržavanja između krvnih srodnika (osim roditelja i dece) i za obavezu izdržavanja srodnika po tazbini⁴, a za izdržavanje između roditelja i dece primenjuje se koliziona norma o odnosima između roditelja i dece uopšte,⁵ u pogledu izdržavanja između supružnika i bivših supružnika primenjuju se kolizione norme za lične i zakonske imovinske odnose u braku i nakon prestanka braka⁶, a za izdržavanje između lica koja žive u vanbračnoj zajednici pravo koje je merodavno za imovinske odnose tih lica.⁷ ZRSZ, međutim, propisuje norme o posebnoj međunarodnoj nadležnosti za sporove o zakonskom izdržavanju⁸ uz pravila o opštoj međunarodnoj nadležnosti, s tim da isključuje mogućnost sporazumevanja o nadležnosti kako stranog, tako i domaćeg suda.⁹ Za priznanje i izvršenje inostranih odluka o izdržavanju ZRSZ ne sadrži posebna pravila, nego se primenjuju opšte odredbe.¹⁰

Bilateralni ugovori koji obavezuju Republiku Srbiju na osnovu pravila o sukcesiji međunarodnih ugovora,¹¹ takođe regulišu određena pita-

² Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja, Sl. list SFRJ br. 43/1982, sa ispravkama objavljenim u Sl. list SFRJ br. 72/1982, Zakon o izmenama Zakona o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima, Sl. list SRJ br. 46/96, i Sl. glasnik RS br. 46/2000.

³ Vidi član 3 ZRSZ.

⁴ Vidi član 42 ZRSZ.

⁵ Vidi član 40 ZRSZ.

⁶ Vidi članove 36-38 ZRSZ.

⁷ Vidi član 39 ZRSZ.

⁸ Vidi članove 67-68 ZRSZ.

⁹ Vidi članove 46, 48, 49 i 50-52 ZRSZ.

¹⁰ Vidi članove 86-92, 96 i 101 ZRSZ.

¹¹ Vidi o ovome više kod B. Bordaš, *Bilateralni ugovori država članica EU sa trećim zemljama iz ugla regulisanja odnosa međunarodnog privatnog prava između Srbije i Mađarske*, tematski zbornik „*Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije*“, Pravni fakultet u Novom Sadu, Centar za izdavačku delatnost, Novi Sad 2013, str. 241-264.

nja međunarodnog privatnog prava izdržavanja i imaju prvenstvo u primeni nad odredbama ZRSZ. To su – većinom – ugovori o uzajamnoj pravnoj pomoći¹², a sa Austrijom¹³ i Belgijom¹⁴ su zaključeni posebni ugovori o priznanju i izvršenju sudskih odluka o izdržavanju.

Od multilateralnih ugovora Srbiju obavezuje samo Njujorška konvencija o ostvarivanju alimentacionih zahteva u inostranstvu iz 1956. godine.¹⁵ Ova je prema datumu usvajanja prva univerzalna – danas bi se reklo globalna – konvencija sa velikim brojem država ugovornica i koja i danas opstaje zbog značaja predmeta koji reguliše.¹⁶ Taj predmet je u članu 1 određen kao olakšavanje ostvarivanja „izdržavanja na koje neko lice, dalje u tekstu nazvano poverilac, koje se nalazi na teritoriji jedne od Strana ugovornica, polaže pravo na potraživanje od nekog drugog lica, dalje u tekstu nazvano dužnik, koje potpada pod jurisdikciju druge Strane ugovornice. Organi koji će biti upotrebljeni u tu svrhu nazivani su dalje u tekstu otpremni i posrednički organi.“¹⁷ Srbija – kao ni država prethodnica – nije strana ugovornica nijedne od četiri haških konvencija, usvojenih

¹² Vidi ugovore o uzajamnoj pravnoj pomoći sa sledećim državama: Bugarska (1956), Sl. list FNRJ – dodatak br.1/1957; Grčka (1959), Sl. List FNRJ – dodatak br.7/1960; Mađarska (1968, sa izmenama i dopunama 1986), Sl. list SFRJ – dodatak br. 3/1968, izmene i dopune: Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori br. 1/1987; Mongolija (1981), Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori br. 7/1982; Poljska (1960), Sl. list FNRJ – dodatak br. 5/1963; Rumunija (1960), Sl. list FNRJ – dodatak br. 8/1961; Rusija (1962), Sl. list FNRJ, dodatak br. 5/1963; Slovačka (1964), Sl. list SFRJ – dodatak br. 13/1964; Češka (1964), Sl. list SFRJ – dodatak br. 13/1964; Francuska (1971), Sl. list SFRJ, br. 55/72.

¹³ Vidi Sporazum o uzajamnom priznavanju i izvršenju odluka o oizdržavanju između FNR Jugoslavije i Republike Austrije (1961), Sl. list SFRJ, br. 2/1963.

¹⁴ Vidi Konvencija o priznanju i izvršenju sudskih odluka o izdržavanju između SFR Jugoslavije i Kraljevine Belgije (1973), Sl. list SFRJ – dodatak, br. 45/1976.

¹⁵ Vidi Uredbu o ratifikaciji Finalnog akta Konferencije Ujedinjenih nacija o obavezama za izdržavanje i Konvencije o ostvarivanju alimentacionih zahteva u inostranstvu zaključenu pod okriljem Ujedinjenih nacija u Njujorku 20. juna 1956. godine, Sl. list FNRJ –dodatak br. 2/1960. Konvencija je stupila na snagu 25. maja 1957. godine posle deponovanja trećeg instrumenta o ratifikaciji; broj država ugovornica je 65, prema stanju na dan 17. 10. 2013.g., izvor: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=TREATY&mtdsg_no=XX~1&chapter=20&Temp=mtdsg3&lang=en, strana poslednji put posećena 17.10.2013.g.

¹⁶ Prema podacima objavljenim na internet strani Ministarstva finansija Srbije, koji je otpremni organ u smislu Konvencije, u ministarstvu je u toku 756 alimentacionih predmeta, a u 2012. Godini je pokrenut postupak po 60 novih zahteva za naplatu alimentacije, izvor: http://www.mfin.gov.rs/pages/article.php?id=8846&change_lang=ls, strana posećena poslednji put 17.10.2013.g.

¹⁷ Vidi belešku br. 15.

između 1956. i 1973. godine koje imaju za predmet izdržavanje sa inostranim elementom.¹⁸

Zajednička karakteristika navedenih izvora međunarodnog privatnog prava izdržavanja Srbije proizlazi iz vremenske dimenzije: svi oni su nastali najmanje pre više od tri decenije (neki i pre više od pola veka), a od tada su u komparativnom međunarodnom privatnom pravu nastale značajne normativne promene. Veoma značajna činjenica koja utiče na normativne promene oličene u novim izvorima međunarodnog privatnog prava je konstantno povećanje mobilnosti ljudi koji u potrazi za boljim uslovima života prelaze državne granice i tako dovode do povećanja broja odnosa sa inostranim elementom sa posledicama u oblasti statusnih i porodičnih odnosa. Ova tvrdnja je u današnje vreme zasnovana na notornoj činjenici, koja ne zahteva nužno posebno objašnjenje. Navedena činjenica dovodi ne samo do modernizacije nacionalnih kodifikacija, već i do delovanja onih aktera koji na regionalnom ili globalnom planu brinu o harmonizaciji i unifikaciji pravila međunarodnog privatnog prava da bi se postigli – ako ne identični, ali bar konvergentni ciljevi.¹⁹ Tako, na primer, Evropska unija i Haška konferencija za međunarodno privatno pravo (u daljem tekstu: Haška konferencija) kao dva značajna aktera nemaju identične ciljeve na planu unifikacije (što proizlazi iz njihovih svojstava) ali ih u odnosima izdržavanja sa inostranim elementom vodi isti konkretan cilj. On se ogleda u uspostavljanju što efikasnijeg sistema međudržavne saradnje u naplati izdržavanja u slučajevima kada poverilac i dužnik izdržavanja ne žive u istoj državi. U oblasti izdržavanja sa inostranim elementom Evropska unija i Haška konferencija su radile u isto vreme i koor-

¹⁸ To su Konvencija o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja prema deci iz 1956.g., (stupila na snagu 1961, broj država ugovornica: 14), Konvencija o priznanju i izvršenju odluka koje se odnose na obaveze izdržavanja prema deci iz 1958.g., (stupila na snagu 1962.g., broj država govornica: 20), Konvencija o priznanju i izvršenju odluka koje se odnose na obaveze izdržavanja iz 1973.g. (stupila na snagu 1976.g., broj država ugovornica: 24) i Konvencija o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja iz 1973.g. (stupila na snagu 1977.g., broj država ugovornica: 15); stanje na dan 17.10.2013, izvor podataka: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status strana poslednji put posećena 17.10.2013.g.

¹⁹ Tako, na primer, Evropska unija radi razvijanja pravosudne saradnje u građanskim stvarima sa prekograničnim implikacijama na osnovu stavova 1 i 2 člana 81 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije sprovodi u oblasti međunarodnog privatnog prava – uključujući izdržavanje sa inostranim elementom –harmonizaciju i unifikaciju s ciljem da se obezbedi pravilno funkcionisanje unutrašnjeg tržišta; dok Haška konferencija na osnovu člana 1 svog Statuta ima za cilj progresivnu unifikaciju pravila međunarodnog privatnog prava radi ostvarivanja prekogranične saradnje u građanskim i trgovačkim stvarima.

dinisan²⁰ zahvaljujući članstvu EU u Haškoj konferenciji. Ova potonja je 2007. godine usvojila dva instrumenta koji modernizuju međunarodno privatno pravo porodičnog izdržavanja: Konvenciju o međunarodnoj naplati dečijeg i drugih oblika porodičnog izdržavanja (u daljem tekstu: Konvencija o naplati izdržavanja, odnosno Konvencija) i Protokol o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja (u daljem tekstu: Protokol o merodavnom pravu), a EU je 2008. godine donela Uredbu br. 4/2009 od 18. decembra 2008. godine o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i o saradnji u materiji obaveza izdržavanja.²¹

Kao što je napred rečeno izvori međunarodnog privatnog prava u Srbiji uopšte, tako i oni koji regulišu pitanja izdržavanja, su davnašnjeg datuma i ne odražavaju promene u komparativnom pravu, a posebno u međunarodnim instrumentima koji su nastali kao rezultat rada Haške konferencije. Modernizacija međunarodnog privatnog prava Srbije može da se izvrši na dva načina: donošenjem novog zakona o međunarodnom privatnom pravu i ratifikacijom međunarodnih sporazuma koji su izrađeni pod okriljem međunarodnih organizacija koje se bave unifikacijom i razvojem međunarodnog privatnog prava. U oblasti izdržavanja sa inostranim elementom delegacija Srbije je, kao država članica Haške konferencije prisustvovala 2007. godine njenom 21. zasedanju i potpisala završni akt koji se odnosi na usvajanje tekstova Konvencije o naplati izdržavanja i Protokola o merodavnom pravu. S druge strane, 2009. godine započeo je rad na donošenju novog zakona o međunarodnom privatnom pravu²², koji još nije okončan.

Modernizacija je, međutim, donela i prvi konkretan rezultat u oblasti izdržavanja sa inostranim elementom: Zakon o potvrđivanju Haškog protokola o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja iz 2007. godine usvojen je početkom 2013. godine, a instrument o ratifikaciji deponovan je u aprilu 2013. godine. Pošto je ovim činom izvršeno deponovanje dru-

²⁰ Vidi više kod P. Beaumont, *International Family Law in Europe – the Maintenance Project, the Hague Conference and the EC: A Triumph of Reverse Subsidiarity*, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, godište 73, 2009, str. 509.

²¹ Council Regulation (EC) 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, OJ L (2009) 7/1.

²² Vidi kod M. Živković, Rad na novom zakonu o međunarodnom privatnom pravu Republike Srbije – početne dileme i aktuelno stanje, u: B. Bordaš, M. Stanivuković (ur-ed.), *Zbornik radova sa Sedme konferencije za Međunarodno privatno pravo – Proširenje „Evropskog pravosudnog prostora“ a države članice CEFTA*, održane 25. septembra 2009. godine, Novi Sad, 2010, str. 175.

gog instrumenta o ratifikaciji, Protokol o merodavnom pravu je stupio na snagu 1. avgusta 2013. godine.²³ Imajući u vidu istorijat nastanka Konvencije o naplati izdržavanja i Protokola o merodavnom pravu iz 2007. g.²⁴ može se postaviti pitanje da li bi Srbija trebalo da ratifikuje i Konvenciju o naplati izdržavanja i na taj način obezbedi međunarodnu naplatu izdržavanja kroz pojednostavljen, brz, pristupačan prekogranični postupak, kao i veći stepen pravne sigurnosti poverilaca izdržavanja u krugu (budućih) država ugovornica nego kada bi međunarodna naplata izdržavanja bila podvrgnuta aktuelnim nacionalnim i međunarodnim izvorima. Haška konferencija navedena dva instrumenta nije međusobno uslovila, već ih tretira kao dva odvojena, te ratifikacija jednog ne povlači za sobom neophodnost ratifikacije drugog. U ovom radu ćemo ponuditi analizu suštinskih odredaba Konvencije o naplati izdržavanja koja bi mogla da doprinese formiranju stava o potrebi njene ratifikacije.

2. Konvencija o naplati izdržavanja iz 2007. godine

U uslovima postojanja značajnih važećih međunarodnih instrumenata²⁵ u oblasti izdržavanja sa inostranim elementom legitimno je bilo pitanje opravdanosti izrade novog instrumenta.²⁶ Specijalne komisije pri Haškoj konferenciji su počev od 1992. godine²⁷ pratile sprovođenje u život haških konvencija u oblasti izdržavanja i Njujorške konvecije iz 1956. g., i konstatovale postojanje teškoća u praksi primene ovih izvora naročito u oblasti saradnje sudskih organa i organa uprave²⁸ radi olakša-

²³ Vidi član 25 Protokola o merodavnom pravu. Protokol je na snazi u Srbiji i u državama članicama EU, osim Danske i Ujedinjenog Kraljevstva Velike Britanije i Severne Irske.

²⁴ Vidi kod B. Bordaš, P. Đundić, Haški protokol o pravu merodavnom za obaveze izdržavanja – najnoviji izvor međunarodnog privatnog prava Srbije, *Zbronik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, godište XLVII, br. 1/2013, str. 133.

²⁵ Vidi gore tekst i belešku br. 18.

²⁶ Vidi detaljno kod M. Kurucz, *The 2007 Hague Maintenance Convention: response to practical demands*, *International Family Law*, 2012, str. 103.

²⁷ Na internet strani Haške konferencije za međunarodno privatno pravo: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.publications&dtid=35&cid=131 (poslednji put posećen 3. novembra 2013.g.) dostupni su dokumenti sa sastanaka specijalne komisije koja se bavila pitanjima izdržavanja sa inostranim elementom.

²⁸ Vidi posebno *Preliminary Document No 2 of January 1999 for the attention of the Special Commission of April 1999*: Maintenance obligation, Note on the desirability of revising the Hague Conventions on Maintenance Obligations and including in a new instrument rules on judicial and administrative cooperation, drawn up by W. Duncan, Hague Conference on Private International Law, dokument dostupan na internet strani <http://www.hcch.net/upload/wop/maint1999pd2.pdf>, poslednji put posećen 3. novembra 2013.g.

vanja ostvarivanja izdržavanja u državama ugovornicama. Poboljšanje efikasnosti u primeni postojećih konvencija je bilo centralna tačka u radu specijalnih komisija tokom svih godina: od ideje revizije postojećih konvencija radi poboljšanja delotvornosti u njihovoj primeni, 1999.g. došlo se do preporuke da se izradi nova konvencija koja bi imala univerzalnu primenu.²⁹ Prema preporuci suštinski element novog instrumenta je trebalo da budu odredbe o upravnoj saradnji; novi instrument je trebalo da bude sveobuhvatne prirode uvažavajući najbolje karakteristike postojećih konvencija, a naročito one koje se odnose na priznanje i izvršenje odluka o obavezama izdržavanja; novi instrument je trebalo da uzme u obzir buduće potrebe i razvoj nacionalnih i međunarodnih sistema naplate izdržavanja i mogućnosti koje pruža napredak informatičke tehnologije; prema strukturi novi instrument je trebalo da bude kombinacija maksimalne delotvornosti i fleksibilnosti da bi se postigao veliki broj ratifikacija.³⁰ Na Devetnaestom zasjedanju Haške konferencije (22-24. april 2002.g.) prihvaćen je predlog za izradu novog instrumenta o izdržavanju sa inostranim elementom.³¹

Umesto jednog, na Dvadesetprvom zasjedanju Haške konferencije za međunarodno privatno pravo (5-23. novembar 2007.g.), usvojena su dva nova instrumenta – Konvencija o međunarodnoj naplati dečijeg i drugih oblika porodičnog izdržavanja i Protokol o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja.³² Ovakav postupak je bio jedini moguć da bi se prevazišle razlike između prava onih država koja propisuju merodavnost isključivo

²⁹ Vidi Report on and Conclusions of the Special Commission on Maintenance Obligations of April 1999, Permanent Bureau, Hague Conference on Private International Law, Maintenance Obligations, December 1999, dostupan na internet strani http://www.hcch.net/upload/wop/maint1999concl_e.pdf, posećenoj poslednji put 3. novembra 2013.g., str. 20-22; vidi takode kod J-M., Doogue, The drafting of the Hague Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance, *International Family Law*, 2012, str. 106; M. R. Smith, Child Support at Home and Abroad: Road to The Hague, *Family Law Quarterly*, godište - 43, 2009, str.37.

³⁰ *Ibid.*, str. 22.

³¹ Vidi: Commission I on General Affairs and Policy held on 22-24 April 2002 – Summary prepared by the Permanent Bureau, tačka 6, str.2, sažetak dostupan na internet adresi - http://www.hcch.net/upload/wop/summary_e.pdf, poslednji put posećenoj 3. novembra 2013.g.; Report on the First Meeting of the Special Commission on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance (5-16 May 2003), *Preliminary Document No 5* of October 2003 for the attention of the Special Commission of April 2004 on General Affairs and Policy of the Conference, tačka 3, str. 12, dokument dostupan na internet strani - http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd09e.pdf, poslednji put posećenoj 3. novembra 2013.g.

³² Vidi Final Act of the Twenty-First Session, dostupan na internet adresi <http://www.hcch.net/upload/finact21e.pdf>, poslednji put posećenoj 3. novembra 2013.g.

lex fori i onih koja prihvataju merodavnost inostranog prava. Tako su dva instrumenta prihvaćena na račun sveobuhvatnosti kao početnog cilja novog instrumenta o izdržavanju. Od sveobuhvatnosti se odustalo i time što nisu propisani osnovi direktne, već samo indirektne međunarodne nadležnosti. Oba ustupka idu u prilog fleksibilnosti koja bi trebalo da obezbedi što veći broj ratifikacija.

Opravljanje izrade Konvencije o naplati izdržavanja izraženo je u preambuli kao potreba za stvaranjem takve procedure koja će u postupcima međunarodne naplate izdržavanja da bude delotvorna, pojednostavljena, brza, pristupačna i koja će se sprovoditi uz što manje troškova.³³ Prema podacima Haške konferencije Konvenciju je do sada potpisalo šest država i jedna regionalna međunarodna organizacija o ekonomskoj integraciji, a ratifikovalo četiri države. Konvencija je stupila na snagu 1. januara 2013. godine.³⁴

U odnosu na postojeće međunarodne instrumente koji regulišu materiju izdržavanja Konvencija u odnosima između država ugovornica stupa na mesto Haške konvencije o priznanju i izvršenju odluka koje se odnose na obaveze izdržavanja iz 1973.g. i Haške konvencije o priznanju u izvršenju odluka koje se odnose na obaveze izdržavanja prema deci iz 1958.g. u meri u kojoj se oblast njihove primene među državama ugovornicama poklapa sa oblašću primene nove konvencije.³⁵ Za Srbiju je od važnosti koordinacija sa Njujorškom konvencijom o ostvarivanju alimentacionih zahteva u inostranstvu iz 1956.g. Isto kao u prethodnom slučaju, Konvencija u odnosima među državama ugovornicama zamenjuje Njujoršku konvenciju u meri u kojoj se oblasti primene ovih konvencija poklapaju u dotičnim državama.³⁶

³³ Vidi alineju 3 preambule Konvencije; vidi takođe kod W. Duncan, *The New Hague Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance*, *International Family Law*, 2008, str. 13; E. Long, *The New Hague Maintenance Convention*, *The International and Comparative Law Quarterly*, godište 57, 2008, str. 984; W. Duncan, *The New Hague Child Support Convention: Goals and Outcomes of the Negotiations*, *Family Law Quarterly*, godište 43, 2009, str. 1; M.H. Carlson, *United States Perspective on the New Hague Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance*, *Family Law Quarterly*, godište 43, 2009, str. 21.

³⁴ Konvenciju su potpisale Albanija, Bosna i Hercegovina, Burkina Faso, Evropska unija, Norveška, Ukrajina i SAD, a ratifikovale Albanija, Bosna i Hercegovina, Norveška i Ukrajina; izvor: internet strana Haške konferencije - http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=13; strana posećena poslednji put 3. novembra 2013.g.

³⁵ Vidi član 48 Konvencije; ova odredba nije relevantna za Srbiju, pošto ona nije ugovornica navedenih haških konvencija.

³⁶ Vidi član 49 Konvencije.

2.1. Cilj i oblast primene

Cilj Konvencije je obezbeđivanje delotvorne međunarodne naplate dečijeg i drugih oblika porodičnog izdržavanja (naročito) time: (a) da će se stvoriti sveobuhvatni sistem saradnje između odgovarajućih tela država ugovornica; (b) da će se staviti na raspolaganje zahtevi radi donošenja odluka o obavezama izdržavanja; (v) da će se propisati uslovi za priznanje i izvršenje odluka o obavezama izdržavanja; (g) da će se propisati delotvorne mere radi brzog izvršenja odluka o obavezama izdržavanja.³⁷

Oblast primene Konvencije definisana je u skladu sa načelom fleksibilnosti radi prevazilaženja razlika u nacionalnim pravima (budućih) država ugovornica i tako postigao veliki broj ratifikacija širom sveta. Fleksibilnost se postiže deklaracijama i rezervama³⁸ koje države mogu prilikom pristupanja (odnosno ratifikacije) izjaviti, tj. staviti u skladu sa odredbama Konvencije. U skladu s ovim, Konvencija se primenjuje: (1) na obaveze izdržavanja čiji je osnov u odnosu roditelj – dete prema licu koje je mlađe od 21 godine; primena Konvencije na ovakve obaveze izdržavanja je obavezna za sve države ugovornice, ali države mogu stavljanjem rezerve³⁹ da ograniče njenu primenu na lica koja još nisu napunila 18 godina; država koja stavi ovakvu rezervu ne može zahtevati primenu Konvencije u odnosu na lica koja je svojom rezervom isključila iz oblasti primene Konvencije; Konvencija se primenjuje u odnosu na decu bez obzira na bračni status roditelja⁴⁰; (2) na priznanje i izvršenje (egzekvaturu) ili sâmo izvršenje odluke o supružanskom izdržavanju u slučajevima u kojima je zahtev podnesen zajedno sa zahtevom za izdržavanje iz odnosa roditelj – dete; (3) na supružansko izdržavanje, s tim da se u ovakvim slučajevima ne primenjuju odredbe o saradnji centralnih organa (poglavlje II) i o zahtevima koji se upućuju peko centralnih organa (poglavlje III); (4) svaka država ugovornica može da izjavi da će primenu Konvencije ili nekog njenog dela proširiti na obavezu izdržavanja koja ima svoj osnov u

³⁷ Vidi član 1 Konvencije; prema strukturi, Konvencija ima 65 članova raspoređenih u devet poglavlja, kao i dva priloga koji sadrže formulare: (I) Predmet, oblast primene i definicije; (II) Administrativna saradnja; (III) Zahtevi preko centralnih organa (IV); Ograničenja koja se odnose na pokretanje postupaka; (V) Priznanje i izvršenje; (6) Izvršenje u državi priznanja odluke; (7) Državni organi kao podnosioci zahteva za izvršenje; (8) Opšte odredbe; (9) Završne odredbe.

³⁸ Vidi o ovome detaljno kod A. Borrás, *The Necessary Flexibility in the Application of the New Instrument on Maintenance*, u: K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger, S. Symeonides (urednici), *Convergence and Divergence in Private International law – Liber Amicorum Kurt Siehr*, Eleven International Publishing, The Hague, 2010, str. 357.

³⁹ Vidi stav 2 člana 2 i član 62 Konvencije.

⁴⁰ Vidi stav 4 člana 2 Konvencije.

nekom porodičnom odnosu, u roditeljstvu, braku ili tazbinskom srodstvu,⁴¹ uključujući naročito obaveze prema ugroženim licima,⁴² svaka takva deklaracija izvor je obaveza između dve države ugovornice samo u meri u kojoj njihove deklaracije pokrivaju istovrsne obaveze izdržavanja i iste delove Konvencije.⁴³

Oblast primene Konvencije ne određuje samo odredba člana 2, već je ta oblast određena i odredbama člana 10 koje se odnose na zahteve čija obrada u materiji međunarodnog izdržavanja potpada pod funkcije centralnih organa u sistemu upravne saradnje između država ugovornica.

Odredbe člana 10 određuju vrste zahteva koje centralni organi država ugovornica – organi države molilje i zamoljene države – otpremaju, primaju i obrađuju u sistemu upravne saradnje a koje – radi naplate izdržavanja na osnovu Konvencije – treba obezbediti u državi molilji. Poverilac izdržavanja⁴⁴ može da podnese: (a) zahtev za priznanje, odnosno priznanje i izvršenje odluke; (b) zahtev za izvršenje odluke donesene ili priznate u zamoljenoj državi; (v) ukoliko još nije donesena odluka – zahtev za donošenje odluke u zamoljenoj državi, uključujući i utvrđivanje porekla; (g) zahtev za donošenje odluke u zamoljenoj državi ukoliko priznanje i izvršenje neke odluke iz određenih razloga⁴⁵ nije moguće ili je odbijeno; (d) zahtev za izmenu odluke donesene u zamoljenoj državi; (e) zahtev za izmenu odluke donesene u nekoj drugoj državi a ne u zamoljenoj državi. Dužnik izdržavanja⁴⁶ prema kome je donesena odluka o izdržavanju može da podnese: (a) zahtev za priznanje odluke ili za nekim ekvivalentnim postupkom čiji je rezultat suspenzija ili ograničenje izvršenja ranije odluke donesene u zamoljenoj državi; (b) zahtev za izmenu odluke donesene u zamoljenoj državi; (v) zahtev za izmenu odluke donesene u drugoj državi a ne u zamoljenoj državi.^{47 48}

⁴¹ Tako, na primer, primena Konvencije bi mogla deklaracijom da se proširi na lica koja su starija od 21 godine – izdržavanje punoletnog deteta koje se redovno školuje najkasnije do navršene 26. godine života, kako je to propisano u članu 155. Porodičnog zakona Srbije iz 2005. g. – ali bi deklaracija imala dejstva samo među državama ugovornicama koje bi dale istu takvu izjavu.

⁴² Prema definiciji iz člana 3 Konvencije ugroženo lice je ono „koje zbog potpunog ili delimičnog oštećenja ličnih sposobnosti nije u stanju da se samo brine o sebi“.

⁴³ Vidi stav 3 člana 2 i član 63 Konvencije.

⁴⁴ Prema članu 3 Konvencije poverilac izdržavanja je pojedinac koji ima pravo na izdržavanje ili ko se na to pravo poziva.

⁴⁵ Iz razloga navedenih u članu 20, odnosno tačakama (b) ili (d) člana 22.

⁴⁶ Prema članu 3 Konvencije dužnik izdržavanja je pojedinac koji je dužan da plaća izdržavanje ili za koga se tvrdi da je dužan da plaća izdržavanje.

⁴⁷ Prema stavu 3 člana 10 Konvencije za postupanje po zahtevima poverioca i dužnika izdržavanja merodavno je pravo zamoljene države, a u pogledu zahteva poverioca iz

Na oblast primene Konvencije posredno utiču i opšte odredbe iz poglavlja VIII koje regulišu pitanja koordinacije međunarodnih instrumenata i dopunskih sporazuma država ugovornica (član 51), kao i načelo najefikasnijeg pravila (član 52). Posredan uticaj ogleda se u ograničenju ili isključenju primene Konvencije između država ugovornica u određenim slučajevima.⁴⁹ Ovi, prema članu 51 obuhvataju: (1) odnos Konvencije i ranije zaključenih međunarodnih instrumenata država ugovornica u istoj materiji – Konvencije nema uticaja na primenu ranijeg instrumenta, tj. primena Konvencije se isključuje (odnos ranijeg i kasnijeg izvora); (2) odnos Konvencije i naknadno zaključenih sporazuma između država ugovornica u materiji koju reguliše Konvencija, a koje imaju za cilj poboljšanje primene Konvencije u odnosima među državama koje su strane naknadnog, dopunskog sporazuma – primena Konvencije se ograničava pod uslovom da su kasniji sporazumi usklađeni sa ciljevima Konvencije i da ne utiču na odnose tih država sa drugim državama ugovornicama Konvencije u primeni odredaba Konvencije (odnos posebnog i opšteg izvora); (3) odnos Konvencije i kasnije usvojenih instrumenata regionalne međunarodne organizacije o ekonomskoj integraciji (u ovom slučaju je to Evropska unija) - u materiji koju reguliše Konvencija ne utiče na primenu instrumenata država članica EU, pod uslovom da instrumenti ne utiču na primenu odredaba Konvencije u odnosima država članica EU sa drugim državama ugovornicama Konvencije; međutim, u pitanjima priznanja i izvršenja odluka među državama članicama EU Konvencija ne utiče na pravila EU, bez obzira da li su ona usvojena pre ili nakon zaključenja Konvencije.⁵⁰

Konvencija takođe ne utiče na primenu međunarodnih instrumenata na snazi između države molilje i zamoljene države ili na sporazum o uzajamnosti na snazi u zamoljenoj državi koji propisuju povoljnije odredbe o

tačaka (v)-(e) i zahteva dužnika iz tačaka (b) i (v) primenjuju se pravila o nadležnosti zamoljene države.

⁴⁸ Za detaljnu analizu vidi Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance, *Explanatory Report* by A. Borrás and J. Degeling (u daljem tekstu: Objašnjenje uz Konvenciju), Hague Conference on Private International Law, The Hague 2013, tačke 231-277; Objašnjenje dostupno na internet strani - http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=4909&dtid=3, poslednji put posećenoj 3. novembra 2013.g.

⁴⁹ Vidi više kod A. Borrás, op.cit., str. 188 et seqq.

⁵⁰ Ovo zbog toga što je materija izdržavanja bila obuhvaćena Uredbom Saveta (EZ) br. 44/2001 o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u građanskim i trgovačkim stvarima, a Uredba Saveta (EZ) br. 4/2009 o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka te o saradnji u stvarima izdržavanja je usvojena u decembru 2008.g., dakle posle Konvencije o naplati izdržavanja iz 2007.g.

priznanju odluka o izdržavanju, pojednostavljenu, ili ekspeditivniju proceduru povodom zahteva za egzekvaturu, povoljniju pravnu pomoć ili postupke koji dozvoljavaju da predlagač iz države molilje podnese zahtev direktno centralnom organu zamoljene države.⁵¹ Konvencija takođe ne utiče na primenu propisa na snazi u zamoljenoj državi koji propisuju delotvornije pravilo u navedenim pitanjima, uz poštovanje određenih standarda iz Konvencije.⁵²

Iz svega rečenog proizlazi da je oblast primene Konvencije određena zaista fleksibilno da bi omogućila velikom broju država da razmotri pristupanje, a da se ne odrekne specifičnosti nacionalnog prava, ali ni odnosa sa drugim državama koje u oblasti izdržavanja ima, ili može da razvije. Drugo je pitanje praktične primene Konvencije koja će zbog načela fleksibilnosti zahtevati posebnu pažnju.

2.2. Sistem efikasne međunarodne naplate izdržavanja kroz saradnju uprava država ugovornica

Izdržavanje sa inostranim elementom podrazumeva da poverilac i dužnik izdržavanja borave u različitim državama, što stvara teškoće već u fazi donošenja i modifikacija odluka o obavezi izdržavanja, a naročito u fazi u kojoj izdržavanje treba naplatiti da bi ono ispunilo svoju namenu. Da bi se teškoće otklonile Konvencija o naplati izdržavanja iz 2007.g. ima za cilj da stvori sistem efikasne međunarodne naplate izdržavanja koji se zasniva na saradnji država ugovornica putem njihovih centralnih organa. Preko ovih organa se odvija obrada međunarodnih zahteva za izdržavanje što se smatra ključnim za postizanje cilja Konvencije iz člana 1.⁵³ Stoga suštinski element Konvencije čine odredbe o upravnoj saradnji država ugovornica koje su sadržane u poglavljima II – IV (članovi 4 -18).

2.2.1. Centralni organi (Poglavlje II Konvencije)

Svaka država ugovornica dužna je da na osnovu člana 4 i u skladu sa članom 61 imenuje jedan ili više centralnih organa. Funkcije centralnih organa svrstane su u tri grupe.

⁵¹ Vidi stav 1 člana 52 Konvencije.

⁵² Vidi stav 2 člana 52 Konvencije.

⁵³ Vidi kod A. Borrás, op.cit., str. 177, koja iznosi da je Konvencija „ograničena na pitanja administrativne saradnje i na pitanja priznanja i izvršenja odluka, mada se ne odnosi samo na tradicionalna pitanja međunarodnog privatnog prava, tj. na egzekvaturu, već i na izvršenje *stricto sensu*.“

Prvu grupu čine opšte funkcije koje postavljaju obavezu međusobne saradnje centralnih organa država ugovornica i unapređivanja te saradnje da bi se postigli ciljevi Konvencije, kao i obavezu pronalaženja – u meri u kojoj je to u datim okolnostima moguće – rešenja za teškoće koje se mogu pojaviti u praktičnoj primeni Konvencije.⁵⁴

Drugu grupu čine posebne funkcije koje predstavljaju elemente u ostvarivanju sistema efikasne međunarodne naplate izdržavanja. One su u stavu 1 člana 6 Konvencije određene kao pružanje pomoći u vezi sa zahtevima iz člana 10 koje poverilac ili dužnik izdržavanja podnose radi ostvarivanja izdržavanja. U Objašnjenju uz Konvenciju naglašava se da su nabrojane funkcije administrativnog karaktera, obaveze koje se nameću odnose se na upravnu saradnju⁵⁵, a stav 4 člana 6 izričito naglašava da se propisane obaveze centralnih organa ne mogu tumačiti u smislu da im se Konvencijom nameću ovlašćenja koja prema pravu zamoljene države mogu da imaju samo pravosudni organi. Pružanje pomoći obuhvata naročito: (a) otpremanje i prijem zahteva; i (b) pokretanje postupaka (ukoliko je centralni organ ovlašćen da pokrene postupak)⁵⁶ ili olakšavanje pokretanja postupaka po tim zahtevima.⁵⁷ Prema stavu 2 člana 6 centralni organi će u vezi sa zahtevima iz člana 10 preduzeti sve odgovarajuće mere u cilju pružanja pravne pomoći⁵⁸ ili olakšanja pružanja te pomoći, lociranja dužnika ili poverioca, prikupljanja informacija o prihodima i finansijskom položaju dužnika ili poverioca (uključujući i lociranje imovine), pronalaženja načina za dobrovoljnu isplatu iznosa izdržavanja (putem postupaka posredovanja, mirenja i sl.), olakšavanja kontinuiranog izvršenja odluka o izdržavanju (uključujući i zaostale isplate), olakšavanja naplate i brzog transfera iznosa izdržavanja, pribavljanja dokaza (isprava i drugih), pružanja pomoći u utvrđivanju roditeljstva kada je to neophodno za ostvarivanje izdržavanja, pokretanja ili pružanja pomoći u pokretanju postupaka za određivanje privremenih mera teritorijalnog karaktera da bi se obezbedio rezultat postupka koji je u toku, olakšanja dostavljanja isprava.⁵⁹

⁵⁴ Vidi član 5 Konvencije i Objašnjenje uz Konvenciju 2007, tačke 102-104.

⁵⁵ Vidi tačku 106 Objašnjenja uz Konvenciju.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Vidi stav 1 člana 6 Konvencije.

⁵⁸ Prema članu 3 Konvencije pravna pomoć podrazumeva pružanje pomoći koja je potrebna da bi se podnosioci zahteva upoznali sa svojim pravima i da bi ih ostvarili, kao i da se u zamoljenoj državi obezbedi potpuno i efikasno postupanje po zahtevima; ova pomoć može da obuhvati – prema potrebi – pravne savete, pomoć u podnošenju predmeta nadležnim organima, zastupanje, kao i oslobađanje od troškova postupka.

⁵⁹ Vidi detaljno tačke 120 – 185 Objašnjenja uz Konvenciju.

Najzad, treća grupa funkcija obuhvata postupanje po zahtevima za posebne mere koje podnose centralni organi drugih država kada još nije postavljen zahtev iz člana 10, a mere imaju za cilj da se pruži pomoć potencijalnom podnosiocu u pripremi zahteva ili u odluci o podnošenju zahteva.⁶⁰

Prema članu 8 svaki centralni organ snosi svoje troškove koje ima u primeni Konvencije, što znači da za svoje usluge ne mogu da traže naknadu od podnosioca zahteva.⁶¹ Time se afirmiše načelo besplatnih administrativnih usluga za podnosioca zahteva što je u skladu sa ciljem Konvencije da se uspostavi jednostavan i brz postupak uz niske troškove.⁶²

U skladu sa odredbama člana 2 Konvencije o oblasti njene primene *odredbe poglavlja II (članovi 4 – 8) obavezno se primenjuju u svakoj državi ugovornici* u slučaju izdržavanja između roditelja i dece prema licu koje je mlađe od 21 godine (tačka a stava 1 člana 2; u daljem tekstu: dečije izdržavanje) i u slučaju priznanja i izvršenja ili sâmog izvršenja (izvršenja *stricto sensu*) odluke o supružanskom izdržavanju u slučajevima u kojima je zahtev podnesen zajedno sa zahtevom za izdržavanje iz odnosa roditelj – dete (tačka b stava 1 člana 2; u daljem tekstu: supružansko izdržavanje).

2.2.2. Zahtevi poverioca i dužnika izdržavanja preko centralnih organa (Poglavlje III Konvencije)

Prema Konvenciji, poverilac, odnosno dužnik dečijeg ili supružanskog izdržavanja svoje zahteve za ostvarivanje (naplatu) izdržavanja iz člana 10 Konvencije⁶³ podnose centralnom organu države u kojoj borave (država molilja) koji će ih, u skladu sa odredbama Poglavlja III u okviru svojih funkcija i u sistemu koji Konvencija uspostavlja, otpremiti centralnom organu zamoljene države da bi se naplata izdržavanja stvarno realizovala. Međutim, treba naglasiti da prema odredbama Konvencije⁶⁴ podnosioci zahteva mogu u materiji koju Konvencija reguliše da se obrate *direktno* nadležnom organu neke države ugovornice u skladu sa unutrašnjim pravom te države, da bi se donela ili izmenila odluka o izdržavanju ili radi priznanja i izvršenja odluke. U slučaju direktnih zahteva ne primenjuju se odredbe Poglavlja III, ali će se primeniti (uz određene izuzetke) odredbe poglavlja o priznanju i izvršenju, o izvršenju u državi priznanja i opšte odredbe Konvencije (poglavlja V, VI, VII).⁶⁵

⁶⁰ Vidi član 7 Konvencije i detaljno u tačkama 191 – 209 Objašnjenja uz Konvenciju.

⁶¹ Vidi detaljno tačke 210 – 225 Objašnjenja uz Konvenciju.

⁶² Vidi tačku 210 Objašnjenja uz Konvenciju.

⁶³ Vidi gore pod naslovom: 2.1. Cilj i oblast primene.

⁶⁴ Vidi član 37 Konvencije.

⁶⁵ Vidi, takođe, tačku 229 Objašnjenja uz Konvenciju.

Centralni organi prihvataju zahteve svih lica koja *borave* na teritoriji države molilje (član 9). Konvencija određuje pojam boravka za ciljeve primene odredbe člana 9 koji propisuje da „boravak isključuje prosto prisustvo“ na teritoriji neke države ugovornice. Iz tog određenja proizlazi da se ne traži uobičajeno boravište podnosioca zahteva, ali ako on stanuje i živi u nekoj državi ugovornici u kojoj (još) nema uobičajeno boravište mora mu se omogućiti da preduzme korake radi međunarodne naplate izdržavanja.⁶⁶

Centralni organi zamoljene države prihvataju od centralnih organa država molilja na obradu *zahteve koji su određeni u članu 10 Konvencije, koji moraju da budu u skladu sa pravom zamoljene države*.⁶⁷ Ovo je važno naglasiti, jer su upravni ili sudski organi zamoljene države ti koji treba da donesu odluku o izdržavanju, o egzekvaturi ili o izvršenju radi naplate izdržavanja.⁶⁸ Konvencija propisuje minimalni obavezni sadržaj zahteva iz člana 10, a oni mogu da budu podneti i na formularu koji preporučuje i objavljuje Haška konferencija za međunarodno privatno pravo.⁶⁹ Cilj ovih odredaba jeste da se otklone nesigurnost, troškovi i odlaganja u postupku obrade zahteva koji se odnose na informacije i isprave neophodne centralnom organu zamoljene države.⁷⁰

Zahteve čiji je krajnji cilj međunarodna naplata izdržavanja centralni organ države molilje *otprema*, u ime i uz saglasnost podnosioca zahteva, centralnom organu zamoljene države u skladu sa odredbama člana 12. Odredbe ovog člana sadrže osnove uspešne i delotvorne obrade predmeta putem postavljanja vremenskih okvira. Centralni organ zamoljene države ima obavezu da zahteve obradi takvom brzinom koja odgovara pravilnom razmatranju dotičnog pitanja.⁷¹ Organ zamoljene države će u roku od šest nedelja od datuma prijema zahteva potvrditi prijem zahteva i obavestiti centralni organ države molilje o koracima koji su preduzeti ili koji će se preduzeti u obradi zahteva, kao i o imenu i podacima za kontakt lica ili jedinice zadužene za davanje informacija o napretku u obradi zahteva.⁷² U roku od tri meseca od potvrde prijema zahteva organ zamoljene države informisaće organ države molilje o statusu zahteva.⁷³

⁶⁶ Vidi, takođe, tačku 230 Objašnjenja uz Konvenciju.

⁶⁷ Vidi detaljno o tim zahtevima tačke 231 – 277 Objašnjenja uz Konvenciju.

⁶⁸ Vidi stav 3 člana 10 Konvencije.

⁶⁹ Vidi član 11 Konvencije i tačke 278 – 315 Objašnjenja uz Konvenciju.

⁷⁰ Vidi posebno tačke 278 – 288 Objašnjenja uz Konvenciju.

⁷¹ Vidi stav 6 člana 12 Konvencije i tačke 340 – 341 Objašnjenja uz Konvenciju.

⁷² Vidi stav 3 člana 12 Konvencije i tačke 327 – 330 Objašnjenja uz Konvenciju.

⁷³ Vidi stav 4 člana 12 Konvencije i tačke 331 – 333 Objašnjenja uz Konvenciju, - kao i tačke 334 – 355 o ostalim detaljima koji treba da osiguraju uspešnu i delotvornu obradu zahteva.

Da bi zahtevi radi međunarodne naplate izdržavanja koji se otpremaju, primaju i obrađuju preko centralnih organa doveli do željenog rezultata zamoljenu državu tereti posebna obaveza izražena u *načelu stvarnog pristupa postupcima*⁷⁴ pred upravnim i sudskim organima. Prema Objašnjenjima uz Konvenciju „stvarni pristup postupcima za lice koje traži pomoć na osnovu Konvencije podrazumeva sposobnost da – uz pomoć organa u zamoljenoj državi – iznese pred odgovarajuće organe zamoljene države svoj predmet na što potpuniji i koliko je to moguće efikasan način. On podrazumeva i to da nedostatak sredstava ne može da bude prepreka.“⁷⁵

Stvarni pristup postupcima kojima daju povod zahtevi iz člana 10 ima dva elementa: stvarni pristup podnosioca upravnim ili sudskim postupcima u zamoljenoj državi i besplatna pravna pomoć.

Prvi element nameće zamoljenoj državi obavezu da podnosiocima zahteva iz člana 10 (dakle, kako poveriocima i dužnicima, tako i javnim telima) obezbedi delotvoran pristup upravnim i sudskim postupcima kojima dotični zahtevi daju povoda. Postupci obuhvataju i postupke izvršenja, kao i postupak po žalbama.⁷⁶

Da bi se taj efektivan pristup obezbedio zamoljena država će obezbediti - kao drugi element – besplatnu pravnu pomoć pod uslovima koje Konvencija postavlja. Besplatna pravna pomoć obuhvata, po potrebi, pravne savete, pomoć u iznošenju predmeta pred nadležne organe, zastupanje i oslobođenje od troškova postupaka.⁷⁷ U Objašnjenju uz Konvenciju se naglašava da bez pravnih saveta i zastupanja u slučajevima kada su oni potrebni nema efektivnog pristupa postupcima,⁷⁸ a ovlašćenja na besplatnu pravnu pomoć ne mogu da budu uža nego ona koja su dostupna u ekvivalentnim domaćim predmetima.⁷⁹ Izuzetak od obaveze obezbeđivanja besplatne pravne pomoći od strane centralnog organa zamoljene države propisan je za slučajeve u kojima su postupci u toj državi takvi da podnosioci zahteva mogu bez potrebe korišćenja pravne pomoći da iznesu svoj predmet pred nadležne organe, a centralni organi neophodne usluge pružaju besplatno (stav 3 člana 14).

Načelo efikasnog pristupa postupcima kojima zahtevi prema Konvenciji daju povoda podrazumeva i obavezu zamoljene države da ne zah-

⁷⁴ Tekst Konvencije na engleskom jeziku koristi izraz „effective access to procedures“, vidi član 14 Konvencije.

⁷⁵ Vidi tačku 358 Objašnjenja uz Konvenciju.

⁷⁶ Vidi stav 1 člana 14 Konvencije i tačke 368 – 369 Objašnjenja uz Konvenciju.

⁷⁷ Vidi belešku br. 58.

⁷⁸ Vidi tačku 372 Objašnjenja uz Konvenciju.

⁷⁹ Vidi stav 4 člana 14 Konvencije, kao i tačke 372 i 377 Objašnjenja uz Konvenciju.

teva polaganje nikakve kaucije, obezbeđenja, depozita na ime ime obezbeđenja naplate troškova.⁸⁰

Posebna pravila važe za besplatnu pravnu pomoć u slučajevima zahteva za dečije izdržavanje. U okviru efektivnog pritupa postupcima zamoljena država obezbeđuje *besplatnu pravnu pomoć u pogledu svih zahteva poverioca koji se odnose na obaveze roditelja da izdržavaju decu koja su mlađa od 21 godine* (stav 1 člana 15).⁸¹ Države ugovornice za koje besplatna sudska pomoć nije prihvatljiva zbog uslova koje postavlja unutrašnje pravo⁸², mogu dati izjavu da će besplatnu pravnu pomoć u pogledu zahteva za dečije izdržavanje – osim u pogledu onih iz tačaka a – b stava 1 člana 10 i slučajeva iz stava 4 člana 20⁸³ – obezbediti samo na osnovu testa koji se zasniva na proceni materijalnog položaja deteta.⁸⁴ Cilj izjave jeste da se korišćenjem testa isključi obaveza besplatne pravne pomoći ako je dete imućno; deklaracija nema recipročno dejstvo.⁸⁵

U pogledu ostalih zahteva koji mogu da se podnesu prema Konvenciji pružanje besplatne pravne pomoći može da zavisi od imovnog stanja podnosioca zahteva, odnosno procene da li podnosilac zahteva može da uspe u postupku.⁸⁶

2.3. Priznanje i izvršenje odluka (Poglavlje V Konvencije)

Prema članu 1 Konvencije element efikasne međunarodne naplate izdržavanja jeste i regulisanje priznanja i izvršenja donetih odluka. Konvencija reguliše ova pitanja u članovima 19 – 31 s ciljem da se egzekvatura olakša i pojednostavi pre nego što se preduzmu mere *stricto sensu* izvršenje odluka prema unutrašnjem pravu zamoljene države.

Konvencija određuje oblast primene odredbi o priznanju i izvršenju široko.⁸⁷ Egzekvatura koju propisuje Konvencija odnosi se na odluke sud-

⁸⁰ Vidi stav 4 člana 14 Konvencije.

⁸¹ Zamoljena država može, kao izuzetak da odbije besplatnu pravnu pomoć, ukoliko dođe do zaključka da je zahtev ili bilo koja žalba u meritumu očigledno neosnovana; ovaj izuzetak se, međutim, ne odnosi na zahteve poverioca za priznanje i izvršenje, kao i na samo izvršenje odluka, na izvršenje odluka donetih ili priznatih u zamoljenoj državi (tačke a i b stava 1 člana 10), kao i kada je egzekvatura odbijena ili je nemoguća u slučajevima koji potpadaju pod odredbu stava 4 člana 20 zbog rezerve na odredbu o uobičajenom boravištu poverioca izdržavanja na osnovu koje se ceni indirektna nadležnost suda države porekla.

⁸² Tačka 395 Objašnjenja uz Konvenciju navodi Kinu, Japan i Rusiju.

⁸³ Vidi belešku br. 81.

⁸⁴ Vidi član 16 Konvencije i tačke 394 – 401 Objašnjenja uz Konvenciju.

⁸⁵ Vidi tačke 397 – 398 Objašnjenja uz Konvenciju.

⁸⁶ Tzv. „means and merits test“; vidi više u tačkama 402 – 414 Objašnjenja uz Konvenciju.

⁸⁷ Vidi član 19 Konvencije.

skih ili upravnih organa⁸⁸ država ugovornica koje se odnose na obaveze izdržavanja; odluka obuhvata i poravnanje ili sporazum⁸⁹ koji je zaključen pred ili odobren od strane navedenih organa; odluka takođe može da obuhvati i automatsku izmenu putem indeksacije, plaćanje zaostalih iznosa, retroaktivno plaćanje izdržavanja, plaćanje kamata, kao i određivanje troškova.⁹⁰ Odredbe Konvencije o priznanju i izvršenju odluka o izdržavanju primenjuju se i na zahteve koji se direktno podnose nadležnim organima država priznanja.⁹¹

2.3.1. Osnovi za priznanje i izvršenje odluka

Konvencija propisuje dva uslova za priznanje i izvršenje odluka o izdržavanju: pravnosnažnost, odnosno izvršnost odluke u državi porekla⁹² i međunarodnu nadležnost organa koji je odluku doneo.

Kao što je rečeno⁹³, prilikom izrade teksta Konvencije odustalo se od ideje sveobuhvatnosti u korist univerzalnosti, te su izostale norme o direktnoj međunarodnoj nadležnosti sudova država ugovornica.⁹⁴ Umesto tih pravila Konvencija sadrži posebne odredbe o indirektnoj nadležnosti na osnovu kojih će se u državi priznanja oceniti da li je prilikom donošenja odluke faktički postojao jedan od propisanih osnova nadležnosti u državi ugovornici u kojoj je odluka donesena. Nije, dakle, presudno da li je nadležni organ zasnovao nadležnost na jednom od propisanih osnova iz stava 1 člana 20, već da li je faktički element u konkretnom slučaju postojao u državi čiji je organ doneo odluku.⁹⁵ Prema tome, odluka donesena u nekoj državi ugovornici (u daljem tekstu: država porekla odluke) će se priznati i izvršiti u drugoj državi ugovornici: (a) ako je tuženi imao uo-

⁸⁸ O pojmu upravnih organa za potrebe Konvencije vidi stav 3 člana 19 Konvencije.

⁸⁹ Prema članu 3 Konvencije sporazum o izdržavanju označava pisani sporazum koji se odnosi na plaćanje izdržavanja, a koji je u skladu sa propisanim uslovima sastavio ili registrovao kao javnu ispravu nadležni organ, ili koji je overen i upisan u registar od strane nadležnog organa, ili zaključen sa nadležnim organom, odnosno koji je kod nadležnog organa evidentiran, i može da bude predmet provere ili modifikacije od strane nadležnog organa; o posebnim pravilima egzekviture sporazuma o izdržavanju vidi član 30 Konvencije.

⁹⁰ Vidi detaljno Objašnjenje uz Konvenciju, tačke 430 – 437.

⁹¹ Vidi stav 5 člana 19 i član 37 Konvencije.

⁹² Vidi stav 6 člana 20 Konvencije.

⁹³ Vidi gore pod naslovom: 2. Konvencija o naplati izdržavanja iz 2007.

⁹⁴ Vidi o ovome kod J.-M. Doogue, op.cit., str. 108.

⁹⁵ Vidi tačku 443 Objašnjenja uz Konvenciju; na primer, ako bi sud u Srbiji zasnovao svoju međunarodnu nadležnost na prebivalištu tuženog, relevantna činjenica nije prebivalište, već činjenica da li je tuženi u vreme pokretanja postupka imao uobičajeno boravište u državi svog prebivališta.

bičajeno boravište⁹⁶ u državi porekla u vreme pokretanja postupka; ili (b) ako je tuženi pristao na nadležnost bilo izričito bilo upuštanjem u spor a da nije prigovorio nadležnosti prvom prilikom koja mu je bila na raspolaganju; ili (v) ako je poverilac imao uobičajeno boravište u državi porekla u vreme pokretanja postupka; ili (g) ako je dete za koje je izdržavanje utvrđeno i amlo uobičajeno boravište u državi porekla odluke u vreme pokretanja postupka, pod uslovom da je tuženi živeo sa detetom u toj državi ili je boravio u toj državi i tamo davao izdržavanje za dete; ili (d) ako je postojao pisani sporazum stranaka o nadležnosti, sa izuzetkom sporova o izdržavanju dece; ili (đ) ako je odluka donesena od strane organa nadležnog u stvarima ličnog stanja ili roditeljske odgovornosti, osim ako je ta nadležnost zasnovana isključivo na državljanstvu jedne od stranaka.⁹⁷

Zbog neprihvatljivosti nekih osnova nadležnosti u unutrašnjem pravu određenih država⁹⁸ Konvencija dozvoljava stavljanje rezerve na odredbe tačaka (v), (d) i (đ) stava 1 (stav 2 člana 21).⁹⁹ Istovremeno, Konvencija propisuje posebne obaveze za države ugovornice koje stave rezervu na navedene osnove nadležnosti: (1) država koja stavi rezervu će priznati i izvršiti odluku ukoliko njeno sosptveno pravo u sličnoj faktičkoj situaciji određuje ili bi odredilo nadležnost njenih organa da donesu odluku o izdržavanju; ovde je reč o „pristupu zasnovanom na činjenicama“ prema kojem se inostrana odluka priznaje ukoliko je ona donesena u takvim činjeničnim okolnostima „koje bi mutatis mutandis poslužile kao osnov nadležnosti u državi priznanja. Sledstveno, osnov direktne nadležnosti na kojoj je sud porekla zasnovao nadležnost se zanemaruje, a uzima se u obzir samo činjenična poveza-

⁹⁶ Uobičajeno boravište nije definisano za potrebe primene člana 21, ali Objašnjenje uz Konvenciju navodi da se ono utvrđuje na osnovu činjenica od slučaja do slučaja, u zavisnosti od postojanja dovoljne povezanosti između lica i države porekla odluke; takođe se ističe da se pojam koristi u kontekstu priznanja i izvršenja odluka u Konvenciji čiji je cilj olakšanje naplate izdržavanja sa inostranim elementom; vidi tačku 444 Objašnjenja uz Konvenciju.

⁹⁷ Vidi stav 1 člana 21 Konvencije, kao i detaljno u tačkama 446 – 460 Objašnjenja uz Konvenciju.

⁹⁸ Ovde je reč u prvom redu o neprihvatljivosti nadležnosti po osnovu boravišta poverioca za SAD, po čijem pravu je za nadležnost neophodna veza sa tuženim; vidi posebno u: Towards a New Global Instrument on the International recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance, Report drawn up by W. Duncan, *Preliminary Document No 3* of April 2003, - Hague Conference on Private International Law, tačke 76 – 83; dokument dostupan na internet adresi http://www.hcch.net/upload/wop/maint_pd03e.pdf, poslednji put posećenoj 3. novembra 2013.g.

⁹⁹ Rezerva se stavlja u skladu sa odredbama člana 62 i nema dejstvo uzajamnosti; vidi tačku 462 Objašnjenja uz Konvenciju.

nost“;¹⁰⁰ (2) ako u državi priznanja zbog rezerve nije moguće priznanje odluke a dužnik ima uobičajeno boravište u toj državi, država ugovornica će preduzeti sve odgovarajuće mere da se donese odluka u korist poverioca;¹⁰¹ (3) ako odluka o izdržavanju u korist deteta mlađeg od 18 godina ne može da bude priznata jedino zbog rezerve, takva odluka će se u državi priznanja smatrati kao odluka koja utvrđuje da je dotično dete podobno za izdržavanje (stav 5 člana 20); pošto odbijanje priznanja nameće potrebu da se u državi priznanja donese odluka o obavezi izdržavanja, a prema supstancijalnom pravu foruma bi moglo eventualno da se desi da poverilac ne ispunjava uslove za izdržavanje, odredba Konvencije otklanja takvu mogućnost u odnosu na decu mlađu od 18 godina.¹⁰²

2.3.2. Razlozi za odbijanje priznanja i izvršenja

U Objašnjenju uz Konvenciju izričito je rečeno da član 22, koji sadrži razloge odbijanja egzekviture, ima za cilj priznanje i izvršenje što je moguće većeg broja odluka o izdržavanju. Taj cilj se postiže, s jedne strane, tako, da su razlozi iz kojih se egzekvatura može odbiti ograničeni, a s druge strane time, da tekst Konvencije ne propisuje obavezu odbijanja egzekviture, već daje *mogućnost* da nadležni organ države priznanja to uradi: „Priznanje i izvršenje odluke može da se odbije...“ a ne „Priznanje i izvršenje će se odbiti...“.¹⁰³ Ovo je svakako tumačenje koje zasluđuje pažnju, ali poslednja reč će, ipak, pripasti praksi država ugovornica.

Inače, razlozi odbijanja priznanja i izvršenja odluka ne odstupaju od savremenih modela oličenih, u prvom redu, u instrumentima Evropske unije.¹⁰⁴ Dakle, Konvencija propisuje da priznanje i izvršenje odluke o izdržavanju *može* da bude odbijeno iz jednog od sledećih razloga¹⁰⁵: (a) ako bi ono očigledno bilo nespojivo sa javnim poretком države priznanja; od-

¹⁰⁰ Vidi stav 3 člana 20 Konvencije i tačku 463 Objašnjenja uz Konvenciju, kao i belešku br. 67; vidi takođe kod J.-M. Doogue, op.cit., str. 108.

¹⁰¹ Vidi stav 4 člana 20 Konvencije i tačke 466 – 468 Objašnjenja uz Konvenciju.

¹⁰² Vidi tačke 469 – 471 Objašnjenja uz Konvenciju, kao i Proposal by the Working Group on the Law Applicable to Maintenance Obligations – *Preliminary Document No 14* of March 2005, Hague Conference on Private International Law, tačke 62 – 67; dokument dostupan na internet adresi http://www.hcch.net/upload/wop/maint_pd14e.pdf, poslednji put posećen 3. novembra 2013.g.

¹⁰³ Vidi tačku 477 Objašnjenja uz Konvenciju.

¹⁰⁴ Up. Uredbu 44/2001 o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u građanskim i trgovačkim stvarima, Sl. list EZ, L 12, 2001.

¹⁰⁵ Vidi za više detalja tačke 478 – 489 Objašnjenja uz Konvenciju.

stupanje u odnosu na unutrašnje pravo države priznanja ne predstavlja povredu javnog poretka, već nadležni organ mora da ispita da li u konkretnoj situaciji priznanje i izvršenje odluke dovodi do neprihvatljivog rezultata;¹⁰⁶ (b) ako je odluka rezultat prevarnih radnji stranaka u postupku; (v) ako je pred organom države priznanja u toku ranije pokrenuti postupak između istih stranaka, i koji ima isti cilj kao odluka čije se priznanje traži; (g) ako je odluka nespojiva sa odlukom koja je u državi priznanja ili u nekoj drugoj državi donesena između istih stranaka i ima isti cilj, pod uslovom da ova poslednja ispunjava uslove za priznanje i izvršenje u državi priznanja; (d) u slučaju kada tuženi nije učestvovao, niti je bio zastupljen u postupku u državi porekla i to ukoliko pravo države porekla propisuje obaveštavanje o postupku a tuženi nije propisno obavešten i nije imao priliku da bude saslušan, ili ukoliko pravo države porekla ne propisuje obaveštavanje o postupku a tuženi nije propisno obavešten o odluci i nije imao priliku da ospori odluku ili uloži žalbu po činjeničnom i pravnom osnovu; (đ) ako je odluka donesena povredom odredbe člana 18 Konvencije; član 18 ograničava mogućnost organa država ugovornica da donose odluke kojima se modifikuju postojeće odluke o izdržavanju ili da donose nove odluke: ako je odluku o izdržavanju doneo nadležni organ države ugovornice u kojoj je poverilac imao uobičajeno boravište, dužnik izdržavanja ne može da pokrene postupak radi izmene te odluke ili radi donošenja nove odluke u drugoj državi ugovornici, sve dok poverilec ima uobičajeno boravište u državi u kojoj je odluka donesena.¹⁰⁷

2.3.3. *Postupak po zahtevu za priznanje i izvršenje*

U skladu sa ciljem iz člana 1 Konvencija propisuje brz i pojednostavljeni postupak priznanja i izvršenja odluka o izdržavanju. Za postupanje po zahtevima za priznanje i izvršenje merodavno je unutrašnje pravo države priznanja, osim ako Konvencija određuje drugačije, a postupak za priznanje i izvršenje prema pravilima Konvencije sprovodi se u skladu sa načelom hitnosti.¹⁰⁸ Načelo fleksibilnosti takođe je došlo do izražaja propisivanjem dve vrste postupka, tj. u omogućavanju alternativnog režima uz onaj koji Konvencija propisuje kao redovni (članovi 23 i 24).

¹⁰⁶ Vidi tačku 478 Objašnjenja uz Konvenciju.

¹⁰⁷ Vidi za detalje tačke 415 – 427 Objašnjenja uz Konvenciju, kao i kod A. Borrás, *The limit on proceedings in maintenance claims: an example of the compatibility between the European instruments and the 2007 Hague Convention*, *International Family Law*, 2012, str. 110.

¹⁰⁸ Vidi stavove 1 i 11 člana 23 i stava 7 člana 24 Konvencije.

Redovni konvencijski režim modeliran je prema instrumentima o priznanju i izvršenju odluka u Evropskoj uniji¹⁰⁹ ka dvofazni. Primenjuje se i na zahteve koji se direktno podnose nadležnom organu u državi priznanja (stav 3 člana 23). U prvoj fazi nadležni organ države priznanja *bez odlaganja* oglašava odluku izvršivom, odnosno u zavisnosti od unutrašnjeg prava, bez odlaganja je unosi u registar izvršivih odluka. U ovoj fazi postupka nadležni organ će *ex officio* ispitati samo da li je odluka u suprotnosti sa javnim poretom države priznanja, dok podnosilac zahteva, ni protivnik podnosioca zahteva ne mogu podnositi nikakve predstave (stav 4 člana 23). Ova faza se završava time što nadležni organ države priznanja *bez odlaganja obaveštava* podnosioca zahteva i njegovog protivnika o oglašenju izvršivosti, odnosno registraciji ili o odbijanju zbog suprotnosti sa javnim poretom, čime započinje druga, dvostranačka faza. U roku od 30 dana od dana obaveštenja (rok iznosi 60 dana za lica koja nemaju uobičajeno boravište u državi ugovornici koja sprovodi postupak egzekviture) podnosilac zahteva za priznanje i izvršenje i njegov protivnik mogu da podnesu prigovor ili žalbu na odluku po činjeničnom i pravnom osnovu. Prigovor ili žalba mogu da budu zasnovani samo na: (a) razlozima odbijanja egzekviture iz člana 22 Konvencije; (b) osnovama priznanja i izvršenja iz člana 20 Konvencije; (v) zbog sumnje u verodostojnost ili potpunost isprava koje prate zahtev za egzekvaturu, koji su dostavljeni na osnovu člana 25 Konvencije; osim ovih osnova, protivnik podnosioca zahteva svoj prigovor ili žalbu može da zasnuje i na činjenici ispunjenja duga ukoliko se egzekvatura odnosi na isplate koje su dospele u prošlosti. Nadležni organ države priznanja bez odlaganja obaveštava stranke o odluci po prigovoru, odnosno žalbi; dalji pravni lekovi – ukoliko ih pravo države priznanja poznaje – odlažu izvršenje odluke o obavezi izdržavanja samo ako postoje izuzetne okolnosti.¹¹⁰

Cenu fleksibilnosti Konvencije u korist njene univerzalnosti tvorci Konvencije su platili propisivanjem alternativnog postupka egzekviture u članu 24. Naime, države ugovornice, čije unutrašnje pravo ne propisuje dvofazni postupak, već se on zasniva na zahtevu koji se podnosi sudu radi izvršenja inostrane odluke i koji se rešava bez oglašavanja izvršivosti, odnosno registracije, mogu da daju deklaraciju (u skladu sa članom 63 Konvencije) da će na egzekvaturu primenjivati postupak iz člana 24. Ovo je, u stvari klasičan dvostranački postupak u kojem učestvuju podnosilac zahteva i njegov protivnik a nadležni organ države priznanja donosi odluku nakon njihovog saslušanja. Modifikacije koje Konvencija uvodi na-

¹⁰⁹ Vidi belešku 104.

¹¹⁰ Vidi član 23 Konvencije i tačke 490 – 515 Objašnjenja uz Konvenciju.

spram pravila egzekviture iz člana 23 su sledeće: nadležni organ države priznanja nakon prijema zahteva za egzekvaturu po načelima hitnosti postupanja donosi odluku o priznanju i izvršenju nakon što podnosilac zahteva i njegov protivnik budu bez odlaganja obavešteni o postupku i nakon što obe stranke dobiju odgovarajuću priliku za saslušanje (stav 3 člana 24); nadležni organ *ex officio* ispituje da li je odluka o izdržavanju u suprotnosti sa javnim poretom, da li je pred organom države priznanja u toku ranije pokrenuti postupak između istih stranaka koji ima isti cilj, i da li je odluka nespojiva sa nekom domaćom ili za priznanje podobnom inostranom odlukom između istih stranaka i sa istim ciljem; druge razloge – na osnovu člana 20, 22 i tačke (v) stava 7 člana 23 ispitaće samo po zahtevu protivnika podnosioca zahteva, kao i ukoliko se posumnja u autentičnost ili potpunost podnetih isprava; odbijanje priznanja i izvršenja može da se zasnuje i na činjenici ispunjenja duga ukoliko se egzekvatura odnosi na isplate koje su dospele u prošlosti. Svaki pravni lek – koji je dopušten po pravu države priznanja – odlaže izvršenje odluke samo u slučaju postojanja izuzetnih okolnosti.¹¹¹

2.4. Izvršenje u zamoljenoj državi (Poglavlje VI Konvencije)

Konvencija o naplati izdržavanja iz 2007 je prva koja od haških konvencija sadrži odredbe o izvršenju inostrane odluke koja je u zamoljenoj državi (državi priznanja) prošla postupak egzekviture, tj. koja je priznata i oglašena izvršivom.¹¹² Te odredbe nisu detaljne odredbe jer je materija izvršenja *stricto sensu* i dalje u isključivoj nadležnosti unutrašnjeg prava države izvršenja, već su uperene na to da se – u okvirima tog prava – obezbedi brzina i delotvornost, a radi postizanja cilja Konvencije iz člana 1.

Konvencija, dakle, potvrđuje da je u pogledu izvršenja merodavno pravo države u kojoj se izvršenje sprovodi, tj. pravo zamoljene države ugovornice i propisuje da izvršenje mora da bude brzo – koliko je to moguće (stavovi 1 i 2 člana 32). Da bi se doprinelo toj brzini Konvencija propisuje da zahtevi koji su primljeni putem centralnih organa i povodom kojih je odluka donesena u nekoj državi ugovornici oglašena izvršivom, odnosno registrovana prema odredbama poglavlja V, i dalje ostaju odgovornost centralnog organa: te odluke se dostavljaju nadležnom organu za izvršenje bez ikakve dalje akcije od strane podnosioca zahteva.¹¹³

¹¹¹ Vidi član 24 Konvencije, kao i detaljnije u tačkama 516 – 525 Objašnjenja uz Konvenciju.

¹¹² Vidi tačku 570 Objašnjenja uz Konvenciju.

¹¹³ Vidi tačke 571 – 573 Objašnjenja uz Konvenciju.

U slučaju direktnih zahteva za egzekvaturu iniciranje postupka izvršenja je u rukama podnosioca zahteva.

Konvencija propisuje pravila za rešavanje određenih spornih pitanja koja mogu da se jave u toku izvršenja *stricto sensu*. Prvo takvo pitanje je trajanje obaveze izdržavanja u pogledu kojeg se propisuje merodavnost prava države porekla odluke, uključujući i pravila međunarodnog privatnog prava.¹¹⁴ Drugo pitanje koje može da bude sporno je rok zastarelosti izvršivosti naplate zaostalih obaveza: za ovo pitanje je merodavno bilo pravo države u kojoj je originalni postupak sproveden, bilo pravo zamoljene države u zavisnosti od toga koje pravo propisuje duži rok zastarelosti.¹¹⁵

U sprovođenju izvršenja zamoljena država (država izvršenja) obavezna je da primenjuje najmanje one načine izvršenja koje su joj na raspolaganju prilikom izvršenja obaveza izdržavanja koje ne sadrže inostrani element. Ovo pravilo je izraz načela nediskriminacije, koje, međutim, ne isključuje da se u pogledu izvršenja na osnovu Konvencije primenjuju i drugi načini koji mogu da budu neophodni upravo zbog prisustva inostranog elementa (član 33). Konvencija propisuje obavezu država ugovornica (član 34) da u unutrašnjem pravu učine dostupnim delotvorne mere radi izvršenja odluka o izdržavanju koje mogu da obuhvate: administrativnu zabranu na zaradu, administrativnu zabranu na isplate sa bankovnih računa ili drugih izvora, zabranu na isplate iznosa socijalne skrbi, opterećenje imovinskih predmeta zalogom ili prinudnu prodaju imovine, zadržavanje isplate penzije ili administrativnu zabranu na penzije, izveštavanje kreditnih ustanova, odbijanje izdavanja, suspenzija ili povlačenje raznih dozvola (na pr. vozačkih), sprovođenje posredovanja, mirenja ili drugih postupaka u cilju dobrovoljnog ispunjenja obaveza. Unutrašnje pravo zamoljene države je merodavno da odredi koje mere su dozvoljene i čija je odgovornost za aktiviranje mera.¹¹⁶

Konvencija takođe sadrži odredbu koja se odnosi na transfer sredstava u korist poverioca izdržavanja. Države ugovornice se podstiču da unaprede – putem međunarodnih sporazuma - korišćenje delotvornih, dostupnih načina transfera novca koji će biti realizovan uz što manje trškova.¹¹⁷

¹¹⁴ Engleski tekst Konvencije glasi „effect shall be given to any rules applicable in the State of origin of the decision...”.

¹¹⁵ Vidi stavove 4 i 5 člana 32 i tačke 574 – 579 Objašnjenja uz Konvenciju.

¹¹⁶ Vidi bliže u tačkama 582 – 583 Objašnjenja uz Konvenciju.

¹¹⁷ Vidi član 35 Konvencije i tačke 584 – 585 Objašnjenja uz Konvenciju.

3. Zaključak – ratifikacija Konvencije o naplati izdržavanja iz 2007 od strane Srbije?

Na osnovu prethodnih izlaganja izložićemo neke elemente čijim bi razmatranjem od strane nadležnih državnih organa mogao da se formira stav o ratifikaciji Konvencije o naplati dečijeg i drugih oblika porodičnog izdržavanja iz 2007.g. od strane Srbije.

Konvencija je rezultat petogodišnjeg rada Haške konferencije za međunarodno privatno pravo. Stupila na snagu 1. januara 2013. godine nakon što je deponovan drugi instrument o ratifikaciji. Među potpisnicama Konvencije nalazi se Evropska unija u čijoj je nadležnosti zaključivanje međunarodnih sporazuma, što je iz ugla Srbije od posebnog značaja jer bi ratifikacijom bila regulisana pitanja iz oblasti primene Konvencije sa državama članicama EU,¹¹⁸ od kojih sa mnogima Srbija nema bilateralne sporazume.

U centru pažnje Konvencije je naplata dečijeg izdržavanja od roditelja. U odnosima sa inostranim elementom takva naplata treba da bude regulisana na način da se prevaziđu teškoće koje u državi u kojoj se nalazi dužnik izdržavanja izaziva inostrani zahtev. Konvencija se sledstveno ovome usredsređuje na poseban mehanizam administrativne pomoći među državama ugovornicama, putem kojeg će se prevazilaziti problemi i na taj način omogućiti brzo ostvarivanje zahteva za izdržavanje od utvrđivanja obaveze izdržavanja do naplate i transfera sredstava do poverioca. Iz ovoga proizlazi da ratifikacija nameće obavezu imenovanja centralnog organa koji će biti i kadrovski i budžetski osposobljen i tehnički opremljen da ispunjava funkcije i konkretne zadatke koje primena Konvencije nameće. Ovo je, dakle, prethodni zadatak državnih organa koji traži obuku uprave i pravosuđa koji će učestvovati u postupku naplate dečijeg izdržavanja. Obuka treba da obuhvati i saradnju sa inostranim centralnim organima kako zbog konkretnih zadataka u primeni Konvencije, tako i zbog koordinacije i unapređivanja primene uopšte, u čemu će vodeća uloga pripasti Haškoj konferenciji za međunarodno privatno pravo.

Primena Konvencije će u pogledu naplate izdržavanja nametnuti budžetske troškove koje bi trebalo da proceni nadležni državni organ na osnovu elemenata kao što su priroda zadataka i procenjeni broj predmeta za obradu, jer – uz minimalan broj izuzetaka – svaki centralni organ snosi

¹¹⁸ Na osnovu Odluke Saveta od 31. marta 2011.g. o potpisivanju u ime Evropske unije Haške Konvencije od 23. novembra 2007. godine o međunarodnoj naplati dečijeg i drugih oblika porodičnog izdržavanja (220/2011/EU), Sl. list EU, L 93/2011, Mađarska je 6. aprila 2011.g. potpisala Konvenciju u ime EU.

sopstvene troškove. Ne treba, međutim, zaboraviti da je oblast obavezne primene Konvencije ograničena na sve dopuštene zahteve dečijeg izdržavanja i zahteve za priznanje i izvršenje odluka o supružanskom izdržavanju u slučajevima kada se ovi postavljaju zajedno sa zahtevima za dečije izdržavanje.

Imajući u vidu da je oblast obavezne primene Konvencije u prvom redu dečije izdržavanje koje duguje roditelj za dete mlađe od 21 godine, i da je dozvoljena rezerva u pogledu uzrasta deteta koja ima recipročno dejstvo, trebalo bi razjasniti – s obzirom na odredbe članova 154 i 155 Porodičnog zakona Srbije – šta znači mogućnost ograničavanja primene Konvencije na decu mlađu od 18, odnosno 21 godine. Treba imati u vidu da uzrast od 21 ili 18 godina ne znači u kontekstu Konvencije da se obaveza izdržavanja ograničava na decu mlađu od 18, odnosno 21 godine, jer je to pitanje merodavnog materijalnog prava (koje određuje nacionalno međunarodno privatno pravo ili Haški protokol iz 2007), već postavljanje granica u pogledu zahteva koji se odnose na naplatu dečijeg izdržavanja kroz mehanizam Konvencije. Ostvarivanje utvrđenog izdržavanja za dete koje ima više godina od prihvaćene starosne granice zavisiće od postupka koji se primenjuje u svakoj državi ugovornici. U tom smislu 21 godina znači da se konvencijski režim primenjuje na zahteve koji se odnose na decu koja nisu napunila 21 godinu, a u pogledu ostalih zahteva se primenjuju domaći izvori (koji obuhvataju i druge ratifikovane međunarodne konvencije).

U pogledu priznanja i izvršenja (egzekviture) odluka o izdržavanju ratifikacija Konvencije bi omogućila da se u Srbiji primenjuje pojednostavljeni, dvofazni režim koji je inspirisan modelom prihvaćenim u sekundarnim izvorima prava EU u oblasti međunarodnog privatnog prava u pogledu presuda, odnosno odluka donesenih u državama članicama. Taj model se smatra prihvatljivim i u izradi odredaba o priznanju i izvršenju novog zakona o međunarodnom privatnom pravu Srbije; jednostavniji je i efikasniji od onog koji je danas na snazi na osnovu ZRSZ. Konvencija nudi i alternativni režim (član 24) koji je u ovom trenutku bliži pozitivnom pravu Srbije, ali ne vidimo razloge koji bi govorili u prilog deklaracije o prihvatanju alternative. Sudovi Srbije primenjuju ratifikovane međunarodne ugovore kao delove domaćeg pravnog poretka, i ako oni nisu u suprotnosti sa Ustavom Srbije smatraju se posebnim izvorom u odnosu na opšti (u ovom slučaju ZRSZ) koji postavlja posebna pravila za posebnu materiju.

Gornja razmatranja, kako je rečeno, predstavljaju samo elemente na osnovu kojih bi se mogao zauzeti konačan stav o ratifikaciji Konvencije o

naplati dečijeg i drugih oblika porodičnog izdržavanja iz 2007. godine. Stavovi su formirani na osnovu prikaza i analize suštinskih, a ne svih odredaba Konvencije, što ostavljamo za drugu priliku. Konvencija je rezultat ozbiljnog, studioznog rada u okviru Haške konferencije za međunarodno privatno pravo i predstavlja moderan, ali i zahtevan instrument za države ugovornice u materiji koju reguliše. Konvencija će postati deo prava EU, što je već u ovom trenutku kada se očekuje određivanje datuma za početak pregovora o pristupanju Srbije Evropskoj uniji značajno, jer se time postavlja i obaveza harmonizacije prava Srbije sa pravom Evropske unije.

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

Modernizing International Maintenance Obligations in Serbia

Abstract: *The paper deals with the modernization of private international law of maintenance in Serbia in the light of the two newest international instruments drawn up by the Hague Conference on Private International Law. As Serbia has ratified the Hague Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations in January 2013 introducing modern rules to the legal system of Serbia, the issue of ratification of the Hague Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance has arisen, in order to modernize this aspect of the international maintenance as well. In order to establish a position on the issue, the paper presents and analyzes the essential provisions of the Convention (scope of application, administrative cooperation, recognition and enforcement of decisions, stricto sensu enforcement). Based on the analyses, the concluding remarks offers some elements on the bases of which the competent authorities could form an opinion on the necessity and desirability of the ratification of the Convention.*

Key words: *maintenance in private international law, Hague Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance, administrative cooperation, recognition and enforcement of decisions, stricto sensu enforcement*

*Dr Ištvan Feješ, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

TOK KRIVIČNOG POSTUPKA PREMA ZAKONIKU CONSTITUTIO CRIMINALIS THERESIANA¹

Sažetak: *U Terezijani procesna materija nije bila podeljena u odeljak koji je posvećen opštim procesnim pojmovima i institutima i odeljak koji se bavi samim tokom postupka. Nema dakle opšti i posebni deo, slično današnjim postupnicima. Procesna materija se izlaže nediferencirano. Odredbe koje se odnose na tok postupka su rasute nesistematizovano u celom procesno delu Zakoniku, mada ima poglavlja koja se tokom postupka bave više nego druga. Treba imati u vidu i to, da su kod svakog pojedinog propisanog krivičnog dela, bila propisana i posebna pravila postupanja. Ta posebna pravila i odredbe o postupku opšteg karaktera čine celinu i samo su se tako mogle i primenjivati. U izlaganjima koje slede, bavićemo se samo tokom postupka na osnovu propisa opšteg karaktera. Pojedina posebna pravila propisana uz pojedina krivična dela, zbog njihovog obima ne možemo razmatrati.*

Ključne reči: *Terezijana, krivični postupak, tok postupka*

I UVOD

Tradicionalni optužni postupak u XIII-XIV. veku sve više postaje smetnja društvenog razvoja. Velike društveno-ekonomske promene u to doba humanizma i renesanse i sve jača građanska klasa, zahtevali su efikasno i sistematsko suzbijanje rastućeg i sve opasnijeg kriminaliteta². To je bio neophodan uslov daljeg razvoja.

^{1 1} Rad je posvećen projektu "Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo" br. 179079 koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

² Rast društvene pokretljivosti, slabljenje tradicionalnih mehanizama društvene kontrole nad životom pojedinca i brojni drugi faktori dovode do toga, da kriminalitet od retkih, izolovanih ekcesa pojedinca, počinje postajati opasna masovna društvena pojava.

Dva osnovna načela starog postupka su bili posebno naglašen , gorući problem: optužni karakter postupka i iracionalni dokazni sistem.

Postupak se vodio po tužbi oštećenog³, koji je tužio ili nije, imajući u vidu svoje *sopstvene* interese, a ne zajednice . Oštećeni je slobodno raspolagao sa tužbom i skoro se uvek mogao nagoditi sa učinio-
cem .Krivični postupak je zapravo bio redak izuzetak.Do njega je do-
lazilo samo u slučaju da se ova dva subjekta nisu nagodila.Na taj na-
čin su i učinioci teških krivičnih dela ostajali nekažnjeni,što je stvara-
lo nezadovoljstvo ljudi i nesigurnost u pogledu života,imovine ,časti i
drugih vrednosti.

Tradicionalni postupak je imao iracionalni dokazni sistem(zakle-
tva,božji sudovi,sudski dvboj) ,a on je apsolutno nepogodan za utvrđiva-
nje ko je stvarni krivac.

Zbog toga je krivični postupak zasnovan na ovim načelima bio pot-
puno nepodoban za sistematsko i efikasno suzbijanje sve masovnijeg i
opasnijeg kriminaliteta.

Usled ovakve situacije, reforma krivičnog postupka bila je gorući
problem u Evropi. Zakonodavna reforma je kasnila pa su se sudovi mora-
li snalazili kako su znali.Sudska praksa u Italiji, a kasnije i u nemačkim
zemaljama , nagomilane probleme je počela sama rešavati, prihvatanjem
modela postupka, koji je izgrađen u teoriji i praksi severne Italije, sa
osloncem na rimsko –kanonski postupak.Ovaj postupak nazvan «*inkvizi-
torski(istražni)*», pokretao se po *službenoj dužnosti*, a dokazni sistem se
zasnivao na *racionalnim dokazima*(iskaz okrivljenog,svedoka,isprave
itd.).Najznačajnija srednjovekovna krivičnopravna kodifikacija ,Karoli-
na(1532.g.) je samo pretočila u zakonsku formu u suštini već postojeću
sudsku praksu.No,bez obzira na to,Karolina je imala veliki uticaj na raz-
voj krivičnog postupka u kontinentalnoj Evropi . Inkvizitorski tip postupka
je postao dominantan u kontinentalnoj Evropi sve do velike reforme kri-
vičnog postupka u XIX veku⁴.

³ No treba reći da država sve do renesanse nije ni imala mnogo izbora.Državni apa-
rat je bio slab, nerazvijen i neefikasan,pa htela ili ne, krivični progon je morala prepustiti
oštećenom i njegovom plemenu,rodu.U periodu zrelog feudalizma,naročito u apsolutistič-
kim sistemima, državni aparat je već u toj meri razvijen, kao bitni oslonac vladavine apso-
lutističkog vladara(pored stajaće vojske),da je postao sposoban, da organizovano i siste-
matski progoni učinioce krivičnih dela.Pored toga ,sa idejom apsolutne vlasti monarha bio
je totalno nespojiv krivični progon u privatnim rukama.Tako važna oblast društvenog ži-
vota nije mogla ostati van kontrole apsolutističkog vladara.

⁴ Napoleonov Code d insrtuction criminelle (1808.g.)stvorio je tzv.» mešoviti tip»
postupka koji je tokom XIX. veka zamenio inkvizitorski postupak .

II KARAKTERISTIKE I STRUKTURA POSTUPKA

1. Karakteristike postupka

Constitutio Criminalis Theresiana⁵ je «srednja generacija» postupnika koji su doneseni po ugledu na Karolinu. Postupak koji propisuje CCT odlikuje se svim karakteristikama inkvizitorskog postupka. On je tajan i pismen. Glavna faza postupka je istraga. Jedini subjekt postupka je sud. On se stara o realizaciji svih osnovnih procesnih funkcija: vrši funkciju optužbe, odbrane i presuđenja⁶. Okrivljeni, suprotno deklarisanim namerama zakonodavca, ima krajnje nepovoljan položaj. On je faktički objekat postupanja. U toku istrage je lišen bilo kakvih prava, a i u fazi presuđenja ima samo minimalno pravo da preda «pismo odbrane» i uloži «rakurs» (o tome videti dalje) ili traži pomilovanje. Naglašena je javnopravna priroda krivičnog postupka: CCT skoro u potpunosti eliminiše privatnu tužbu, svodeći je na svega dva slučaja, a u svim ostalim slučajevima postupak se pokretao po *službenoj dužnosti*, radi efikasnosti progona, propisana je obaveza prijavljivanja krivičnih dela, bez danas uobičajenih izuzetaka⁷, isključuje se nagodba između okrivljenog i oštećenog ili okrivljenog i državnih organa⁸.

Zakonik ima krivično-materijalni i krivično-procesni deo⁹. Tada još nije izvršena striktna podela krivičnopravne materije na krivično materijalno i krivično procesno pravo, pa su obe danas razdvojene discipline regulisane istim zakonikom. Isto tako, ni procesnopravna materija nije diferencirana na opšti deo, koji se bavi opštim pojmovima i institutima krivičnog procesnog prava i na posebni deo, koji se bavi samim tokom postupka. Zakonik dakle u procesnom delu *nema* opšti i posebni deo slično današnjim postupnicima. Odredbe materije opšteg dela i odredbe koje se odnose na tok postupka su rasute po celom procesnom delu zakonika. No činjenica je da se neka poglavlja bave više

⁵ Prikazan je na osnovu izdanja: CONSTITUTIO CRIMINALIS THERESIANA oder der Römisch-Kaiserl. zu Hungarn und Böheim u.u. Königl. Apost. Majestaet Mariae Theresiaae Erzherzogin zu Oesterreich, ets. ets. peinliche Gerichtsordnung. Izdavač: Johan Thomas Edlen von Trattern, Wien, 1769.

U daljem tekstu citirano kao: CCT

⁶ To je i osnovna mana ovog postupka. U jednom subjektu su spojene tri nespojive osnovne procesne funkcije.

⁷ CCT, Artikel, Articulus (udaljem tekstu skraćeno: Art.) III, paragraf (u daljem tekstu skraćeno: par.) 13, 14, Art. XIX. par. 23, Art. XXVIII. par. 3, 4, 5, 6.

⁸ CCT, Art. XV. par. 7.

⁹ Zato se Zakonik i zove «kazneni sudski red» (peinliche Gerichtsordnung).

opštim pitanjima, a neka druga samim tokom postupka¹⁰. Treba imati u vidu i to, da su kod svakog pojedinog propisanog krivičnog dela, propisana i posebna pravila postupanja. Ta posebna pravila i odredbe o postupku opšteg karaktera čine celinu i samo su se tako mogle i primenjivati.

2. Struktura postupka

Postupak se delio na *istragu i fazu donošenja presude*. Iako pravnih lekova u pravom smislu nije bilo, propisan je i postupak za odlučivanje o «rakursu», koji je specifičan oblik postupka po pravnim lekovima. SST ove odredbe ne izdvaja nego su uključene u odredbe o fazi presuđivanja.

“Krivični postupak se sastoji od dve glavne radnje, naime istrage (ili inkvizicije) a potom donošenja presude”¹¹.

«Istraga daje osnov za presudu i od toga zavisi konačna sudbina okrivljenog». Zato su i istraga i presuđenje «od najveće važnosti jer se tu radi o životu i telu čoveka»¹².

Istraga je centralni deo postupka i najveći deo odredaba CCT se odnosi na nju.

III. TOK POSTUPKA

Postupak je podeljen na:

- istragu
- donošenje i objavljivanje presude
- postupak na osnovu uloženog «rakursa»

1. Istraga

»Istraga ili krivično istraživanje je danas najuobičajeniji način da se zločinci otkriju i nije ništa drugo, do izviđanje od strane krivičnog suda, da bi o izvršenom zločinu ili opasnom nedelu kao i o njihovim učincima sud stekao ozbiljna saznanja» Na ovo istraživanje je sud obavezan

¹⁰ Sa malo preterivanja, moglo bi se reći, da Zakonik zapravo nema *opšti deo*, jer redosled i naslovi poglavlja procesnog dela, otprilike slede logiku toka postupka. Međutim, u poglavljima se obrađuju neizdiferencirano i opšta pitanja i materija koja se odnosi tok postupka.

¹¹ CCT, Art. XX. par. 1.

¹² CCT, isto.

po službenoj dužnosti, da bi kažnjavanjem „*očistio zemlju od štetnih ljudi*“.¹³

Pravi smisao gornje odredbe »*krivično istraživanje je danas najubičajeniji način da se zločinci otkriju*« možemo shvatiti ,ako imamo u vidu , da su u to vreme još bila živa sećanja na božje sudove i slične mistične praklike starog optužnog postupka. Zakonik i ovde i na nekim drugim mestima izričito naglašava prekid sa tom tradicijom.

Istraga je bila centralni deo postupka. Sudbina okrivljenog je tu rešavana.

CCT propisuje da istražne radnje mogu obavljati samo pravno obrazovana stručna lica. Pored sudije koji vodi istragu (inkvizent) radnjama moraju prisustvovati kod svih sudova , dva porotnika, dva komisara i zapisničar.

A. OPŠTA PITANJA ISTRAGE («OPŠTI DEO ISTRAGE»)

1.1. Način saznanja izvršenog krivičnog dela i početak istrage

Sud je bio obavezan da započne postupak po službenoj dužnosti čim je stekao »ozbiljna saznanja« o »*opasnom nedelu i njegovom učiniocu*«. Saznanja o krivičnom delu sud je mogao steći na više načina:

1. Ako je javno izvršeno delo opšte poznato
2. Nečijom denuncijacijom i sudskom prijavom o učinjenom delu
3. Samoprijavom učinica
4. Putem dovoljne sumnje, obeležja i pretpostavki na osnovu kojih je sudija dužan započeti akciju¹⁴.

Ispoljava se za inkvizitorski postupak karakteristična naglašena javnopravna priroda postupka: Oštećeni nema nikakvu ulogu, učinioce goni državni organ-sud-po službenoj dužnosti. To je inače i bio jedan od osnovnih ciljeva procesne reforme Karoline: da umesto nesigurnog, eventualnog progona učinilaca sa privatnom tužbom u rukama oštećenog , učinioce krivičnih dela gone državni organi po službenoj dužnosti.

1.2. Podela istrage

Istraga je po Karolini još bila jedinstvena ,ali se od XVIII. veka počela deliti na generalnu i specijalnu inkviziciju. U osnovi je ideja podele

¹³ CCT, Art XX. par.1 i 2.

¹⁴ CCT, Art. XXIII .par.1:(...)»*durch genugsamen Verdacht, Wahrzeichen und Vermuthungen, weshalb der Richter von Amtswegen die Hande einzuschlagen schuldig ist*«

elemenata bića krivičnog dela na objektivne i subjektivne. Objektivni bi se utvrđivali u fazi generalne inkvizicije a subjektivni u fazi specijalne inkvizicije.¹⁵ Podelu istrage vrše već prethodnice Terezijane. Tako je *Praxis Criminalis* generalnom inkvizicijom smatrao raspitivanje, istraživanje o izvršenom krivičnom delu¹⁶, dok je specijalnom inkvizicijom smatrana istraga uperena protiv određenog lica. *Josephina* je zadatkom generalne inkvizicije smatrao “*utvrđivanje da li je delo stvarno tako izvršeno, kako se tvrdi, i utvrđivanje staleške pripadnost okrivljenog*”¹⁷. CCT se oslanjajući se na ove na ove prethodnike i sama deli istragu na više faza.¹⁸

Podela istrage na razne faze ,osim procesno-tehničkog , potencijalno je imala i značajnu grancijalnu ulogu. Podelom istrage na više faza i propisivanjem obaveze suda da utvrdi *corpus delicti* , kao uslova za prelazak postupka iz jedne u drugu fazu, učinjen je proboj u pravcu poboljšanja položaja okrivljenog.

Institut *corpus delicti* je u suštini bio ustupak pritisku sve snažnije građanske klase u pravcu zaštite okrivljenog. Njime je trebalo ograničiti samovolju feudalnog suda u pogledu mogućnosti vođenja postupka protiv određenih lica i ograničenja njihovih prava. Institut *corpus delicti* je postavljao uslove za dalje vođenje postupka i drastičnog ograničenja prava osumnjičenog (hapšenje, pritvor). Međutim ,zbog brojnih izuzetaka od obaveze utvrđivanja *corpus delicti* ,ova zaštita je samo deklarativna.

Učenje o *corpus delicti* je bilo vrlo značajno za srednjevekovno feudalno pravo. Ono je bila prekretnica u organizovanju istrage. Učenje o *corpus delicti* je dovelo do podele dotad jedinstvene istrage na generalnu i specijalnu istragu (inkviziciju). Pored velikog značaja za sam tok postupka, ove odredbe su bile vrlo značajna garancija za okrivljenog, jer nisu dopuštale da se postupak nastavi bez ozbiljnijih dokaza. Naime, sud je mogao *započeti* postupak na osnovu *bilo kakvih glasina i drugih slabih indicija*. Ali , obaveza utvrđivanja *corpus delicti* nije dozvoljavala da se na osnovu takvog materijala postupak iz faze preliminarnih izviđanja (gene-

¹⁵ Podelu elemenata bića krivičnog dela na objektivne i subjektivne nije moguće konsekvetno sprovesti. Uprkos nastojanjima da se unese što više elemenata da bi se dva vida istrage razlikovala na principijelnoj osnovi, podela je u XIX veku napuštena.

¹⁶ Razlikovanje dva vida inkvizicije nije “izum” ni *Praxis Criminalis* -a, već vuče korene iz ranijeg doba. Njegovi dobro uočljivi začeci se javljaju se već u XII-XIII veku ,u kanonsko –pravnom periodu razvoja inkvizitorskog postupka.

¹⁷ *Josephina (Der Römischen Kayser: auch zu Hungarna und Bochaim cc. königl Majestaet Josephi des ersten Neue Peinliche Hals-Gerichtens-Ordnung, 1708. g.)*, Art .III par.8

¹⁸ Podelu istrage je formalno ukinuo zakonik Josipa II, ali osnovna ideja podele istrage na osnovu materijalnih i subjektivnih elemenata je ostala.

ralna inkvizicija) *nastavi* postupkom uperenim protiv *određenog* lica (specijalna inkvizicija). Tako je sprečavao da se postupak nastavi i osumnjičeni zatvori, na osnovu glasila ili nekih drugih slabih dokaza. No, kao što je već rečeno, zbog brojnih izuzetaka, ova garancijalna funkcija je bila samo simbolična.

Odredbe o *corpus delicti* su vrlo značajne i iz drugih razloga. Njima se regulišu brojni važni instituti krivičnog postupka, mada u nekoj nerazvijenoj, embrionalnoj formi: uviđaj, ekshumacija, unutrašnja pravna pomoć, rekonstrukcija, veštačenje, oduzimanje predmeta itd. Ukazuju na jačanje svesti zakonodavca o vrednosti materijalnih dokaza u krivičnom postupku i odražavaju značajne promene u stavovima zakonodavca u pogledu njihove uloge u dokazivanju. Materijalni dokazi su ranije bili zanemareni u krivičnom postupku. To je bilo i razumljivo. Naime, njihov informacioni potencijal, zbog nerazvijenosti nauke nije mogao biti iskorišćen, pa su faktički bili beskorisni za sudsko dokazivanje. Doba kada je doneta Terezijana je početak naučne, industrijske i kulturne revolucije. Iako je Austrija bila na periferiji tih događaja, izgleda da je zakonodavac naslućivao kakve će posledice imati naučni razvoj u odnosu na materijalne dokaze i uopšte na dokazivanje u krivičnom postupku i značajnu pažnju posvećuje materijalnim dokazima. Međutim, pošto je naučna baza i logistika još uvek bila izuzetno nerazvijena, ove odredbe u praksi nisu imale takav značaj kakav je zakonodavac deklarirao. U praksi su i dalje dominirali lični dokazi, naročito priznanje okrivljenog i zakonodavac daje skoro slobodne ruke sudu da ga pribavi.

Istraga je centralni deo postupka, jer na «*istraži se sve zasniva*»¹⁹ i deli se na

1. opštu istragu,
2. redovnu ili generalnu istragu i
3. specijalnu istragu²⁰.

1) Opšta istraga (allgemeine Inquisition-Inquisitio generalissima) ili policijska inkvizicija.

To je sudsku delatnost preventivnog karaktera. Postupak po sadržini sličnu *inquisitio generalissimu* su poznavali već i zakonici pre Terezijane, ali je nisu jasno razlikovali ni terminološki ni sadržinski, od drugih oblika istrage. Tako je *Praxis Criminalis* propisivao: "Svi organi su dužni

¹⁹ CCT Art. XX. par. 2.

²⁰ CCT Art. XXV. par. 3 i 4.

sprovesti inkviziciju(istragu) i bez postojanja optužbe ili prijave, da bi poštteni živeli u bezbednosti a loši u srahu od inkvizicije i kazne i da bi zemlja bila očišćena od zlih ljudi”²¹. Ovakav postupak je zadržan i u apsolutnoj monarhiji XVIII .veka. Sam termin “ *inquisitio generalissima* ” prvi koristi Terezijana, pošto se ispostavilo da ranije korišćen izraz za ovu sudsku aktivnost “ *inquisitio generalis* ”, ne odražava razliku između ove aktivnosti i sudske aktivnosti “ *inquisitio in delicto* ” koja prethodi specijalnoj inkviziciji.

Po svojoj sadržini, *inquisitio generalissima* je istražna aktivnost koja je u *labavoj vezi* sa stvarnim krivičnim postupkom. Nije se zapravo radilo o istrazi u strogom smislu reči, već o traganju, bez formalne optužbe ili prijave, za sumnjivim licima ili kriminalnim bandama na određenom području, radi njihovog hvatanja. Ali i pored ovih specifičnosti (parcijalni preventivni ciljevi) *inquisitio generalissima* se ipak ne može odvojiti od krivične istrage. Sprovodili su je isti organi. I *inquisitio generalissima* i *inquisitio generalis* su bili upreni protiv kriminalaca ili lica koja su kao takva označena.

Opšta istraga je preventivnog karaktera i specifična forma je inkvizitorskog postupka, koji ima brojne zajedničke crte sa postupcima po službenoj dužnosti u rano- feudalnim državama (npr. germansko-franački Rüge postupak, anglosaksonski Sheriff-tour i sl.).

Po CCT, *Inquisitio generalissima* ima dakle u prvom redu preventivni cilj i radi se o lovu, hajci na neka nepoželjna lica. Zakonik je obavestivao sve sudove, da započnu ovu «istragu» kad dopru do njih verodostojne vesti, da su se u okrugu suda pojavili “*drumski razbojnici, cigani i sličan opasan ološ(...) uopšte takvi štetni ljudi, čije se prisutvo na osnovu zakona ne može tolerisati i litalice koje pojedinačno ili grupno lutaju naokolo* »²². Tada sami ili uz pomoć vlasti iz susednih okruga, uz eventualnu pomoć vojske, treba da prečešljaju teren i skrovišta i » *iznenađene zločince* » uhvate i predaju najbližem sudu.

Kad je prikupljen dovoljan dokazni materijal, postupak je nastavljan na isti način kod oba oblika.

2) Redovna ili generalna istraga (*gemeine Nachforschung-Inquisitio generalis*)

To je postupak istraživanja *dela* i traganje za *dokazima* da je počinjeno *konkretno* krivično delo i za njegovim *učiniocem*. Ima pripremni, preliminarni karakter i primenjuje se

²¹ *Praxis Criminalis (Forma processus iudicii criminalis seu praxis criminalis, 1697.g.)*, Art.XXII. par.1

²² CCT, Art.XXV.par.3.

-ako nije izvesno ali se sumnja da je izvršeno krivično delo,
-izvesno je da je izvršeno krivično delo, ali nema dovoljno indicija ili nedostaje corpus delicti

-ako napred pomenuto postoji, ali nema konkretnih indicija za pokretanje postupka protiv verovatnog krivca.

U takvom slučaju CCT nalaže da treba propitati stanovništvo nekog naselja, o tome šta znaju o krivičnom delu, koga smatraju učinioцем, itd. Nakon završenog propitivanja, treba ih opomenuti da o ispitivanju ne govore, da učinilac *«ne bi pre vremena dobio informacije i ne bi bekstvom izbegao kaznu»*. Raširen glas ili prijavu o delu i učiniocu *«treba temeljno istražiti i utvrditi stvarnu istinu»*²³. Ako je nakon izvršenja krivičnog dela ostao materijalni trag, organizovan je uviđaj i unošen je u zapisnik opis pronađenih «telesnih predmeta». Ako delo ne ostavlja trag ili su oni uništeni ili izgubljeni, treba koristiti indicije *«na osnovu kojih razborit čovek može doneti mudar zaključak»* o postojanju dela.²⁴ U toku ove faze, po potrebi, mogli su biti angažovani i veštaci. Detaljno je regulisan postupak sa veštacima za brojna krivična dela. Postoje posebne odredbe u pogledu postupanja u slučaju ubistva, čedomorstva, trovanja, silovanja, itd.²⁵

Tokom generalne inkvizicije sudija je trebao sa izvesnošću utvrditi izvršenje krivičnog dela tj. utvrditi *corpus delicti*. Činjenice korišćene za utvrđivanje *corpus delicti* sadržinski su se morale odnositi na objektivne elemente krivičnog dela. Morale su biti takve da se na osnovu njih moglo zaključiti da je delo stvarno izvršeno.

Generalna istraga nije bila uvek obavezna. Ako o delu ima dovoljno informacija generalna istraga uopšte i nije potrebna *«nego se odmah prelazi na utvrđivanje corpora delicti, a to je :tačno isleđenjenje i neposredni uvid u delo sa svim okolnostima»*²⁶

Pošto su okolnosti utvrđene i formiran je *corpus delicti*, i sumnja je usmerena na određeno lice, može otpočeti sledeća faza: specijalna istraga.

3) Specijalna istraga (*Inquisitio specialis*).

Ovaj deo je istrage je vođen protiv određenog lica za određeno delo. Prelazak u ovu fazu istrage povlačilo značajna ograničenja prava osumnjičenog. Najčešće je značilo hapšenje i pritvor.

²³ CCT, Art.XXV.par. 5.

²⁴ CCT, Art.XXVI.par.6.-8.

²⁵ CCT, Art.XXVI.par.9-37.

²⁶ CCT, Art.XXV.par.10.

1.3. Hapšenje i pritvor

a) Uvođenje «capture»(hvatanje,hapšenje)

Proces koji je doveo do bipartitne podele istrage ,rezultirao je i uvođenje instituta «*capture*» kao novog instituta garancijalne prirode unutar specijalne inkvizicije.Značaj « *capture* » je u tome,da je po prethodnim postupnicima ,početak specijalne inkvizicije *automatski* povlačio i hapšenje i zatvaranje okrivljenog.Na osnovu «*capture*» sud *ceni* potrebu za zatvaranjem. Tako se otvara *moгуćnost* da okrivljeni ostane na slobodi²⁷,što ranije nije bilo moguće.To je za okrivljenog bilo vrlo značajno.

CCT detaljno reguliše uslove hapšenja i pritvaranja,ali se i tu uočava nejednakost postupanja u zavisnosti od staleške pripadnosti.

b) Osnovi za pritvor

Još pre početka specijalne istrage ,treba utvrditi kom *staležu* pripada osumnjičeni,na kakvom je položaju,kakav mu je ugled , ukratko, kakav mu je klasni položaj. Ako je osumnjičeni» *neradnik,sumnjiv,lutalica ili njima slična osoba na lošem glasu,koja je već bio kažnjavana za slično delo,ili je takva, da se od nje može očekivati takvo delo,treba je bez okolišanja uhapsiti,za to je dovoljno jedno dobro utemeljeno obaveštenje i nekoliko indicija*²⁸» Nasuprot tome ako je optuženi « *plemić, građanin na dobrom glasu ili je nosilac nekih funkcija,istraga se ne može pokrenuti bez prethodno pribavljene corpus delicti i dovoljnog broja pouzdanih indicija*²⁹» Sudija ceni po slobodnom uverenju da li se steklo dovoljno dobrih indicija. Zbog toga se postupak u odnosu na pripadnike privilegovane vladajuće klase mogao pokrenuti samo na temelju veoma bliskih, nesumnjivih indicija.Nasuprot tome ,u pogledu neprivilegovanih,sudija je imao neograničenu vlast i samovolju.Zakonik na više mesta i naglašeno upozorava sudiju:primena propisa o hapšenju osumnjičenog ne može ići na štetu postojećih feudalnih privilegija.Privilegovana lica se po pravilu i *ne smeju hapsiti*(osim u slučaju teških krivičnih dela),jer nema bojazni da će pobeći.Sudija u pogledu ovih lica treba u svakom konkretnom slučaju da ceni, šta je veća opasnost , odnosno šteta : da hapšenjem čoveku na dobrom glasu i njegovoj časti nanese nepotreb-

²⁷ Institut *capture* je nadživeo podelu istrage na generalnu i specijalnu i nalazio se još i u austrijskom Zakoniku o krivičnom postupku iz 1803.g.

²⁸ CCT , Art.XXIX.par.5.

²⁹ CCT , Art. XXIX.par. 6.

nu štetu pa čak i naruši zdravlje ili da ga ostavi na slobodi i tako pruži mogućnost za bekstvo³⁰.

Pripadnici nepriviligovanih slojeva nemaju ovakav blag tretman .Na osnovu izričite naredbe Zakonika i široko formulisanih osnova za hapšenje i pritvor,oni su se po *slobodnoj oceni* sudije, *faktički uvek* mogli uhapsiti i pritvoriti³¹.

Po CCT osumnjičeni se može uhapsiti u pritvoriti sledećim slučajevima³².

-ako je u pitanju lice na lošem glasu od koga se može *očekivati(!)* izvršenje krivičnog dela u pitanju

-ako je već izvršio (ili pokušao) sličan zločin,

-ako osumnjičeni *stanuje(!)* kod lica koje je već izvršilo takav zločin,

-ako ga jedan besprekoran svedok imenuje kao učinica,

-ako je njegov stas,odelo,oružje ,konj,itd.sličan učiniocu koji je viđen na licu mesta ili na putu prema ili od lica mesta zločina,

-ako je osumnjičeni bio neprijatelj oštećenom,ranije mu je i pretio ili ima materijalni interes za izvršenje dela,

-ako ga je ranjeno lice pre smrti imenovalo kao učinioca,

-ako se osumnjičeni sam prijavio,

-ako neko beži zbog izvršenog nedela,

-na osnovu *slobodne ocene* sudije.

U slučaju da navedeni osnovi eventualno nisu dovoljno široki , zadnjom tačkom,sudija je i formalno dobio odrešene ruke da prema svom nahođenju hapsi i pritvori svako lice,osim onih privilegovanih.

Protiv ove karakteristične feudalne samovolje u pogledu lišenja slobode, žestoko su se borile pristalice prosvetiteljskih ideja. Istini za volju, ta feudalna samovolja je bila uperena u prvom redu protiv raznih lica inferiornog položaja(skitnice,prosjaci,cigani itd.),koji su ugrožavali opštu bezbednost građana, ali je upravljana i protiv sve snažnije buržoaske klase,ako su interesi očuvanja feudalnog poretka to zahtevali.

B. TOK ISTRAGE («POSEBNI DEO ISTRAGE»)

1. Generalna inkvizicija

Postupak započinje po pravilu generalnom inkvizicijom.Ona se završava formiranjem corpus delicti (treba imati u vidu brojne izuzetke).

³⁰ CCT, Art.XXIX.par.15.

³¹ U tromesečnom izveštaju nižih sudova višim sudovima, trebalo je poimenice navesti okrivljene koji *nisu* stavljeni u pritvor i posebno obrazložiti zašto je pritvor izostao .

³² CCT, Art.XXIX.par.8.

2. Specijalna inkvizicija

Čim se u generalnoj inviziciji sabere toliko indicija da se može sa izvesnošću zaključiti da je delo stvarno izvršeno i da je određeno lice izvršilac dotičnog krivičnog dela ,prelazi se na specijalnu inkviziciju. Ako ima razloga za to (tj. ako sudija smatra za shodno), okrivljeni se hapsi i stavlja u pritvor. Kad je osumnjičeni zatvoren, preduzima se prvo njegovo pretresanje, pretresanje njegove kuće i njegov sumarni ispit³³ a u kasnijoj fazi specijalne inkvizicije , artikularni ispit i saslušanje svedoka .

1.1. Pretresanje i pregled uhapšenog

Neposredno nakon lišenja slobode, «zločinca» treba pretresti, radi pronalaska dokaza i temeljnog ga pregledati, da li ima na telu tragova torture. Sud nije trebao proveriti da li je i osuđen nakon torture, da li se nakon izdržane kazne eventualno popravio i sl. Dovoljno je bilo da su pronađeni ili nisu, tragovi torture , a iz njih je dalje zaključke sudija izvlačio po svom slobodnom uverenju.

1.2. Pretresanje stana

Trebalo je izvršiti i pretres stana okrivljenog radi pronalaska dokaza. Kod svakog pojedinog krivičnog dela, bilo je posebno određeno za kojim predmetima treba tragati i oduzeti ih.

1.3. Sumarno saslušanje

Odmah nakon hapšenja, osumnjičeni je sumarno saslušan. Ovo saslušanje se sastojalo od uzimanja ličnih podataka od osumnjičenog i uzimanja izjave na pitanja o najbitnijim okolnostima dela³⁴. U istrazi se okrivljenom nije saopštavao ni razlog sumnje ni ime denuncijanta. Ako je poricao krivicu, sud ga je morao pozvati *da dokaže svoju nevinost*. Za to mu je ostavljen rok , »jer poneki ljudi, iako nevini, zbog prepasti (od hapšenja-I.F.) ne mogu navesti u svoju odbranu«. Osumnjičeni je svoju nevinost *faktički* mogao dokazati samo ako je imao besprekoran alibi. U tom slučaju je puštan na slobodu.

³³ CCT, Art. XXX. par. 1.

³⁴ Treba mu postaviti sledeća pitanja: »Kako se zove? kojoj religiji pripada i koliko godina ima? da li ima saznanja o delu? otkud mu je to poznato? kako se delo zapravo odigralo? ko bi mogao biti učinilac i iz kojih razloga, po njegovom saznanju i mišljenju? «

U manje značajnim slučajevima, sudija je mogao *već nakon sumarnog saslušanja izreći presudu*. Ako prilikom tog saslušanja okrivljeni prizna delo ili je slučaj potkrepljen jasnim dokazima, a on nema šta navesti u svoju odbranu, donosi se osuđujuća presuda *na samovlasnu kaznu*. Nasuprot tome, ako se u potpunosti opravdao, donosi se oslobađajuća presuda³⁵.

1.4. Redovno ili artikularno saslušanje

Ako se na sumarnom ispitu ne postigne priznanje ili okrivljeni ranije dato priznanje opozove ili ako je neophodna dodatna provera odbrane okrivljenog, ne može se doneti presuda, već se preduzima redovni (artikularni) ispit po opštim i posebnim tačkama («artiklima»). Zbog toga je sledeća faza postupka redovno («artikularno») saslušanje. Razlikovalo se od sumarnog saslušanja po tome, da je sudija morao sastaviti *optužne tačke* koje su trebale biti povezane u logičku celinu. U posebnom delu CCT, kod svakog krivičnog dela bila su propisana pitanja na koje je trebalo tražiti odgovor na ovom saslušanju. Zbog toga, sudija se morao dobro pripremiti i temeljno upoznati raspoloživi materijal. O saslušanju je vođen detaljan zapisnik u kome su trebale biti fiksirane i najsitnije pojedinosti. Ne samo pitanje i odgovor već i potpitanja, intonacija odgovora, ponašanje okrivljenog itd. Ta sitničavost je bila opravdana, jer je detaljan zapisnik trebao biti surogat neposrednom kontaktu sudećeg veća sa okrivljenim i svedocima. Sudeće veće je naime, odlučivalo na osnovu spisa, bez ikakvog neposrednog kontakta sa njima.

Saslušanje se moglo izvršiti i tako, da je okrivljeni pozvan da ispriča u formi pripovedanja sve što ima da kaže o slučaju. Osnovni metod je ipak bilo ispitivanje po unapred pripremljenim pitanjima.

Zakonodavac je ispoljavao čudnu ambivalentnost u pogledu očuvanja autentičnosti iskaza okrivljenog. Sudiji je zabranjivao da koristi sugestivna pitanja. Ali je sa druge strane, radi «*izvlačenja istine*» iz okrivljenog, mogao je *pretiti torturom*.³⁶ Pretnja torturom je bila dozvoljena i u slučaju manje teških krivičnih dela. Nadalje, »tvrdokorni krivac« se mogao «*podsticati*» na davanje iskaza i *bičevanjem*. Međutim, sudiji je u toku izvršenja te mere bilo zabranjeno da *obmanjuje* okrivljenog obećanjem pomilovanja ili ublaženje kazne.

Nakon artikularnog saslušanja, sudija je morao oceniti da li su *sve okolnosti razjašnjene*. Ako je ocenio da su sve bitne okolnosti razjašnjene, ništa nije bilo na putu donošenju presude. Presuda se morala temeljiti

³⁵ CCT, Art. XXX. par. 1.

³⁶ Međutim, samo ako je viši sud već *stvarno i odobrio* međupresudu na torturu i nema formalnih smetnji da se i sprovede. Smatralo se da će se sud diskreditovati ako preti merama koje se ne mogu i izvršiti.

na priznanju okrivljenog ili na dokazanosti njegove krivice. Priznanje je bilo punovažno samo ako je bilo jasno, razumljivo, osnovano³⁷ i trajno i dato je pred nadležnim sudom.

Ako je neki od ovih uslova nedostajao, presuda se nije mogla izreći, već se morao sprovesti dokazni postupak.

1.5. Dokazni postupak

CCT detaljno i kazuistički reguliše dokazni postupak. Propisana je obaveza suda da u istrazi izvede sve dokaze i razjasni sve okolnosti koje su u korist okrivljenog³⁸. Ako pribavljeni dokazi nisu punovredni, ovlašćuje sudiju, da po svom slobodnom uverenju donese jedno od sledećih odluka:

- da pusti okrivljenog na slobodu,
- da okrivljenog pozove ne polaganje zakletve očišćenja,
- da odredi torturu,
- izrekne samovlasnu kaznu³⁹.

Prve dve mere su sudovi običavali izreći «poštenim građanima» a druge dve prema licima na lošem glasu.⁴⁰

Odredbe koje se odnose na uslove, oblike, načinu sprovođenja, trajanja itd. torture su bile najbrži i najživiji izraženi deo Zakonika. Propisan je naročiti oprez u primeni torture.⁴¹ Radi primene, neophodno je bilo prethodno odobrenje višeg suda.

No i ako **nema** formalnih dokaza (priznanje ili neki drugi) ne znači da će «zločinac» proći nekažnjeno. Sudija može i tada da mu odredi torturu ili izrekne samovlasnu kaznu. CCT naime odobrava »običaj nastao u našim pokrajinama, da se samo na osnovu prijave ili indicija, ma kako da su jake, ne može niko osuditi na smrt ili na kaznu jednake vrednosti. U takvom slučaju treba primeniti torturu, ali ako to nije dozvoljeno zbog manje težine dela, treba izreći vanrednu kaznu»⁴². Ako je izvršeno krivično delo koji okrivljeni nije mogao izvršiti sam, ili samo uz znatne teškoće, CCT obavezuje sudiju, da odredi torturu nad okrivljenim radi iznudiivanja imena saučesnika. Ako su dva okrivljena nezavisno jedan od drugog

³⁷ CCT, Art. XXXII. par. 1.

³⁸ CCT, Art. XXVI. par. 6, 7, 8.

³⁹ CCT, Art. XXXVI. par. 17.

⁴⁰ Tako Hajdu L., A Habsburg-bírodalomban 1752-1769 között végrehajtott büntetőjogi kodifikáció jogtörténeti értékelése, Acta Facultatis politico-iuridicae Universitas Scientiarum Budapestiensis de Rolando Eötvös nominate, Tomus V, fasciculus I Budapest. 1963. str. 93-102.

⁴¹ CCT, Art. XXVIII

⁴² CCT, Art. XXXIV. par. 2. i 3.

imenovala isto treće lice kao saizvršioca, ova dva iskaza se smatraju jednako vrednim kao iskazi dva besprekorna svedoka.

1.6. Rok za razmišljanje o odbrani

Nakon što su prikupljeni dokazi tj. po završenoj inkviziciji, okrivljenom se daje trodnevni rok da razmisli o svojoj odbrani.⁴³

Kad je istraga završena namera zakonodavca je da se okrivljenom obezbede dodatna prava »iako je već za vreme istrage optuženi imao dovoljno mogućnosti da istakne okolnosti koje idu njemu u prilog, a sudija je dužan po službenoj dužnosti uzeti u obzir takve okolnosti, ipak namera nam je da obezbedimo i dalje pogodnosti i garancije radi odbrane na koju ima pravo«⁴⁴. Iz tog razloga okrivljenom se obezbeđuje rok od 3 dana da nakon završetka istrage dobro promisli celu stvar i da javi činjenice koje mu idu u prilog.

1.7. Konačno ispitivanje okrivljenog

Po isteku gornjeg roka, prelazi se na konačno ispitivanje okrivljenog, na kome on treba da da svoju konačnu odbranu⁴⁵.

1.8. Završetak istrage

Nakon završnog saslušanja istraga je bila završena.

Nakon završetka istrage, inkvirent je sredio spise i predao ih sudećem veću radi donošenja presude.

1.9. Odbrana okrivljenog tokom istrage i nakon završetka istrage

CCT deklarise da je odbrana okrivljenog od izuzetnog značaja »jer se u krivičnom postupku radi o životu ljudi, i pravedno je, da svako koga sumnjiče za izvršenje zločina ili ga zbog toga uhapsu, dobije sva sredstva za pomoć i svoj spas«⁴⁶. Okrivljenom se na ispitu ne saopštavaju osnovi okrivljenja i ime prijavioca. Ako istraga još nije završena, okrivljeni nema pravo uvida u spise (na uvid u zapisnike o iskazima svedoka, isprave itd). O dokazima koji ga terete, okrivljeni može posredno saznati ponešto na osnovu pitanja koja mu postavlja inkvirent.

⁴³ CCT, Art. XXXVI, par. 7.

⁴⁴ Isto, par. 6.

⁴⁵ Isto, par. 8.

⁴⁶ Isto, par. 1.

Faktički, *jedini* način odbrane za okrivljenog je, da sve okolnosti koje mu idu u prilog saopšti inkvirentu, koji će posle o njima pitati svedoke ili ih proveriti na drugi način.

Dok traje istraga, okrivljeni *nema pravo* na branioca. CCT to obrazlaže time, da je u pogledu branioca « *često iskustvo, da se zločinac ovako samo podučava o bekstvu ili podržava o tvrdokornom laganju* » i tako se ometa cela istraga.⁴⁷ Međutim, ako zahteva, sudija je mogao odobriti pomagača (Rechtsfreund) okrivljenom » *radi izlaganja njegove odbrane i sastavljanja pisma odbrane (Schutzschrift⁴⁸)* ». To nije bilo *pravo* okrivljenog vezano za neke uslove. Zavisilo je od « *mudre procene sudije* » da li će odobriti zahtev okrivljenog: » *prepuštamo mudroj proceni postupajućeg sudije, da li će se saglasiti sa odobrenjem zahtevanog pomagača* ». Za donošenje odluke, sudiji su bile pripisane sledeće smernice: » *ako je zahtev postavljen u jasnom slučaju ili uopšte radi odugovlačenja postupka, sudija nikako ne može dati saglasnost, već samo tada, ako okrivljeni izjavi da okolnosti za svoju odbranu ne može sam izneti i takva izjava okrivljenog se zbog njegove ograničenosti, straha, lošeg zdravlja (...) i drugih važnih razloga može smatrati osnovanom* »⁴⁹.

Ne dozvoljavajući branioca, Zakonik širokogrudno garantuje da okrivljeni može sam sve učiniti radi svog spasa. No, to je samo prazna deklaracija. Okrivljeni, zatvoren, *faktički nije mogao baš ništa učiniti za sebe*. Iz takve pozicije, svaki pokušaj suprotstavljanja moćnom državnom aparatu, bio je unapred osuđen na potpuni neuspeh. Nasuprot savremenim krivičnim postupcima u kojima važi prezumpcija nevinosti, CCT je bio na poziciji *prezumpcije krivice*. Tj. okrivljeni je bio dužan da *dokaže* svoju nevinost. Međutim, položaj u kome se nalazio, to mu nije omogućavao.

Okrivljeni je mogao uzeti branioca tek nakon što mu je objavljena presuda, radi sastavljanja « *rakursa* ». O tome videti dalje.

Nesporno je da CCT ima *značajan broj novina u korist okrivljenog* u odnosu na *ranije zakonodavstvo*. U materijalnopravni deo Zakonika unete su brojne odredbe koje su bile važne za okrivljenog i njegov položaj: odredbe o krivici, saučesništvu, pokušaju, zastarelosti itd. Uprkos strogim kaznama, propisana je dužnost suda da bude blag⁵⁰ i da prilikom izricanja kazni ima u vi-

⁴⁷ Isto, par.5.

⁴⁸ Uprkos opširnosti Zakonika, nije objašnjeno, šta je « *pismo odbrane* ». Možda je to smatrano nepotrebnim, jer se radilo o tradicionalnom institutu inkvizitorskog postupka.

⁴⁹ Isto, par.10.

⁵⁰ CCT, Art. II. par.1.

du popravljane učinioca⁵¹, brojne kazne su umanjene neke isključene. U procesnom delu, propisana je obaveza suda da «*vredno ispita sve okolnosti*» koje su u korist okrivljenog⁵², propisana su pravila i ograničenja torture⁵³, zabrana obmane i kapiocionih pitanja prilikom saslušanja⁵⁴, obaveza suda da se u svim diskutabilnim slučajevima obrati višem sudu⁵⁵,⁵⁶ itd. Međutim, najveći broj ovih pogodnosti za okrivljenog su bile samo deklaratornog značaja, zbog brojnih izuzetaka i klasnih privilegija. Zakonik je veoma često sve prepuštao «*mudroj proceni*» tj. samovolji feudalnog suda. Čak i da su ove novine bile realne u praksi, ni to ne bi suštinski menjao položaj okrivljenog. Generalno posmatrano, uprkos nekim poboljšanjima, on je bio loš i odražavao feudalni duh prošlosti u eri prosvetiteljstva. Zbog toga je u krajnjoj liniji okrivljeni samo objekat a ne subjekt postupka.

2. Donošenje i objavljivanje presude

2.1. Brojni sastav veća

Presudu je donosilo veće od najmanje 7 članova na pretresu. U odnosu na ranije stanje CCT zahteva da predsednik sudskog veća dobro poznaje pravo, ali i ostali članovi veća treba da poznaju pravila postupka.

2.2. Donošenje presude

Nakon završetka istrage inkvirent je dostavio spise sudećem veću radi izricanja presude. Nakon završetka istrage trebalo je odmah doneti presudu. Pretres se odvijao tako da je inkvirent prezentovao predmet i spise a referent ih je čitao. Morao je čitati sve spise ne samo njihov siže⁵⁷. Sud je na osnovu toga odlučivao. Kontakt sa okrivljenim nije imao.

2.3. Vrste presuda

Presuda je mogla biti *međupresuda* ili *konačna presuda*.

a) Međupresuda

Pre konačne presude mogla je biti izrečena međupresuda na torturu, ako su bili ispunjeni uslovi (npr. ako okrivljeni nešto prećutkuje a posto-

⁵¹ CCT, Art. IV. par. 2., Art. VI. par. 5.

⁵² CCT, Art. XI. par. 1.

⁵³ CCT, Art. XXVIII

⁵⁴ CCT, Art. XXX. par. 5, Art. XXXI. par. 30-32

⁵⁵ CCT, Art. XXII. par. 3.

⁵⁶ Detaljnije videti: Kwiatkowski, E. V.: Die Constitutio Criminalis Theresiana: Ein Beitrag zur thesianischen Reich- und Rechtsgeschichte, Innsbruck, 1903. str. 138-140.

⁵⁷ CCT, Art. XXXIX. par. 4.

je jake indicije) Tu međupresudu je pre izvršenja morao odobriti viši sud⁵⁸.

b) Konačna presuda

Konačna presuda je mogla biti⁵⁹:

1)osuđujuća i to:1) na *redovnu* kaznu, ako postoji inkvizitovo priznanje ili potpun dokaz,

2) na *vanrednu* kaznu, kada je inkvizit sumnjiv , ali ipak nema dovoljno dokaza za redovnu kaznu(npr.postoji samo poludokaz ili je inkvizit opozvao priznanje dato na torturi),

2)oslobađajuća :1)u potpunosti zbog *dokazane* nevinosti

2)*absolutio ab instatia*- kad nema dokaza ni za torturu ni za redovnu ili vanrednu kaznu,ali je okrivljeni sumnjiv, čak i ako je ta sumnja podalja

3)na osnovu položene zakletve očišćenja.

Kod vođenja istrage i donošenja presude uzimani su u obzir i privatnopravni zahtevi⁶⁰.

2.4. Prethodno odobrenje presude

U brojnim slučajevima *pre* proglašenja presude prvostepeni sud je morao podneti presudu višem sudu na *prethodno odobrenje ili preinačenje*.Na to je bio *obavezan* u slučaju nekih krivičnih dela(bogohuljenje,falsifikovanje novca itd.) ,u sumnjivim slučajevima i u slučaju da su glasovi sudija podeljeni⁶¹.

2.5. Objavljivanje presude

Presuda je objavljivana samo okrivljenom .

3) Postupak po uloženom «rakursu»

3.1. Vrste pravnih lekova

Na presudu »*žalbe(Appellation) nema, ali ne želimo ograničiti mogućnost osuđenog da Nam se obrati molbom (Racurs)*»⁶².Rakurs dakle nije bio pravni lek u današnjem smislu, nego *molba* za preispitivanje pre-

⁵⁸ CCT, Art.XXI.par.5.

⁵⁹ CCT, Art.XXXIX.par.3,10,11,12.

⁶⁰ CCT, Art.XIX.par.38.

⁶¹ CCT, Art.XXI.par.5., te Art.XVIII .par.5.

⁶² CCT, Art.IV. par.11.

sude i pomilovanje⁶³. Imao je odložno dejstvo samo ako je izrečena smrt-na kazna, telesna kazna ili žigosanje.

Pored toga, postojala je i mogućnost ulaganja *prave* molbe za pomilovanje, koja se upućivala direktno vladaru⁶⁴. Razlika između pravno regulisanog pravnih lekova savremenih postupaka i «*rakursa*» je očigledna. Iako «*rakurs*» nije bio pravni lek u pravom smislu reči, bio je propisan poseban postupak za njegovo rešavanje.

3.2. *Postupak po «rakursu»*

3.2.1. *Rok*

«*Rakurs*» je trebalo predati u roku od 48 časova od objavljivanja presude, sudu koji je doneo presudu. Ako je presuda glasila na smrtu kaznu, bičevanje ili žigosanje, ona se nije mogla izvršiti do odluke višeg suda po molbi. Ako je molba zakasnela i takve presude su se mogle izvršiti.

3.2.2. *Ovlašćena lica*

«*Rakurs*» su mogli uložiti okrivljeni ili njegovi bliski srodnici (roditelji, deca, brat i sestra i bračni drug) pa čak i državni organi. Okrivljeni je mogao molbu sročiti sam ili je za to mogao uzeti advokata. Ako je uzeo advokata, on je imao rok od 14 dana da uloži molbu. Advokat je imao pravo na uvid u važnije spise i da razgovara u prisustvu sudskih službenika sa osuđenim. Ali, ako je advokat bez preke potrebe odugovlačio, sud je mogao pozvati osuđenog da «*rakurs*» napiše sam. O takvim slučajevima je trebalo sastaviti zapisnik i poslati ga višem sudu koji se pobrinuo da ne-hatan advokat bude strogo kažnjen.

3.2.3. *Odluke višeg suda*

«*Rakurs*» predat u roku prvostepeni sud je sa svim spisima i svojim mišljenjem dostavljao višem sudu. O njemu je odlučivao viši sud (Obergericht) sa sedištem u glavnom gradu pokrajine. Mora se međutim naglasiti, da je isti ovaj sud u najvećem broju slučajeva još pre objavljivanja, već dobio istu presudu radi prethodnog odobrenja. Ona je i mogla je biti objavljena samo nakon prethodnog odobrenja višeg suda. Taj isti viši sud je trebao da da mišljenje o «*rakursu*» na presudu koju je već ranije sam odobrio. Bilo je malo je verovatno da sud zauzme drugačiji stav, naročito

⁶³ Kwiatkowski, E. v., Smatra da je rakurs bio “*pravni lek* i molba za pomilovanje”, cit. delo, str. 138.

⁶⁴ Ogorelica, N.: Kazneno procesualno pravo, Zagreb, 1899. str. 60.

ako se ima u vidu da je odlučivao na osnovu istih ili neznatno izmenjenih spisa kao prvi put. CCT nema odredbu o tome da li je viši sud bio formalno vezan za svoju prvu odluku (tj. za onu sa kojom je dao prethodno odobrenje na presudu). Praksa je bila da je po pravilu zauzimao isti stav kao prvi put⁶⁵. Rakurs je zbog toga baš u slučajevima najtežih kazni, za koje bila potrebna prethodno saglasnost višeg suda, bila puka formalnost. Osuđeni se mogao nadati nekom boljitku od ove svoje molbe, samo ako viši sud nije morao prethodno potvrditi izrečenu presudu, tj. ako povodom molbe prvi put odlučuje o presudi.

Viši sud je u veću od 7 članova ispitivao presudu povodom «rakursa». Pazio je na to, da li je bilo povrede postupka i da li je molilac dostojan pomilovanja. Ako je viši sud našao da je osuđenik dostojan pomilovanja, spise je dostavljao vladaru i čekao njegovu odluku. Ako je u pitanju teško delo, trebalo je da postoji neki naročito važan razlog (u pogledu ličnosti osuđenog ili samog dela) za to, a u ostalim slučajevima, viši sud je po pravilu slobodno cenio da li je neko zaslužio milost. Ako je odluka negativna, viši sud je potvrdio presudu. Ako je za to bilo razloga, presudu je preinačio i vraćao prvostepenom sudu na izvršenje⁶⁶. Niži sudu je odluku saopštavao osuđenom i izvršavao presudu što je pre moguće.

IV ZAKLJUČAK

Terezijana pripada «srednjoj generaciji» postupnika koji su doneseni po ugledu na Karolinu. Postupak je tajan i pismen. Glavna faza postupka je istraga. Jedinu subjekt postupka je sud. On se stara o realizaciji svih osnovnih procesnih funkcija: vrši funkciju optužbe, odbrane i presuđenja. Naglašena je javnopravna priroda krivičnog postupka. Osim u dva slučaja, postupak se pokretao po *službenoj dužnosti*, radi efikasnosti progona, propisana je obaveza prijavljivanja krivičnih dela, bez danas uobičajenih izuzetaka, isključuje se nagodba između okrivljenog i oštećeno ili okrivljenog i državnih organa. SST je bio liberalniji u odnosu na okrivljenog od svog uzora Karoline. Poznavao je institute corpus delicti i capture koje su mogle biti značajano jačanje pozicije okrivljenog da brojni izuzeci i neograničena ovlašćenja suda nisu anulirala te mogućnosti. Pored toga, okrivljeni je mogao uložiti «rakurs». SST je imala i neke druge novine koje jačaju položaj okrivljenog: propisana je dužnost suda da bude *blag* i da prilikom izricanja kazni ima u vidu *po-*

⁶⁵ Videti Hajdu, L.: op. cit. str. 93–102.

⁶⁶ CCT Art. XXI. par. 12 i 14–17.

*pravljjanje učinioca*⁶⁷, brojne kazne su umanjene neke isključene. Propisana je obaveza suda da «*vredno ispita*» sve okolnosti koje su u korist okrivljenog, propisana su pravila i ograničenja torture, zabrana obmane i kaptioznih pitanja prilikom saslušanja, obaveza suda da se u svim diskutabilnim slučajevim obrati višem sudu, itd. Međutim, okrivljeni je imao, suprotno deklarisanim namerama zakonodavca, i uprkos ovim novinama, krajnje nepovoljan položaj. U toku istrage je lišen bilo kakvih prava, a i u fazi presuđenja imao samo minimalno pravo da preda «pismo odbrane» i uloži “rakurs” ili traži pomilovanje. Njegov položaj je odražavao duh feudalnog prava. On je faktički i dalje bio objekat postupanja.

CCT je važila do 17. juna 1788.g. kada je stupio na snagu krivični sudski red cara Josipa II.

⁶⁷ Kada se imaju u vidu propisane surove, neljudske kazne, ovo zvuči krajnje licemerno.

*Ištvan Feješ, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

The Operation of Criminal Process under Constitutio Criminalis Theresiana

Abstract: *The paper is divided into four larger parts.*

The first part is the introduction where the author briefly describes the history of born of inquisition procedure.

The second part is devoted to the characteristics and the structures of the procedure. The author here shows Theresiana has all the features of a classical inquisitorial process. The process is generally divided into investigation and trial. In addition, there was a procedure for solving a so called “racurs”, that was not a legal remedy in the strict sense of the word, but an appeal for judgement reversal and amnesty. As the investigation is the central part of the process the paper devotes the most attention to this phase of the process. It analyzes the division, commencement, operation and ending of the investigation. The paper talks separately about the process of bringing the judgement, and the process based on “racurs”.

The fourth part is the conclusion where the author summarizes the characteristics of the process and the position of the accused. The paper concludes that despite important changes in the process, the position of the accused entirely reflected the spirit of feudal law and the accused remained a disempowered object of the process.

Key words: *Constitutio Criminalis Theresiana, criminal process, the operation of process*

*Dr Marija Salma, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

PRAVNA POMOĆ U PARNIČNOM POSTUPKU*

Sažetak: *Institut pravne pomoći u parničnom postupku je klasičan institut. Regulisana je procesnim zakonima, bilateralnim ugovorima kao i konvencijama. Pravnu pomoć sudovi pružaju međusobno, kako u zemlji tako i u inostranstvu. Stoga se govori o unutrašnjoj i međunarodnoj pravnoj pomoći. Ona se pruža tako što jedan sud preduzima radnje u parnici koja teče pred drugim sudom. Najčešće se pravna pomoć traži radi izvođenja dokaza ukoliko se on ne može izvesti od strane suda pred kojim teče parnica, ali je predmet pravne pomoći mnogo širi. Ona može biti nužna i celishodna. Celishodnost pravne pomoći se više vezuje za angažovanje domaćeg suda, koji bi trebalo da preduzme određenu parničnu radnju, a nužnost njene primene se ogleda u situacijama kada se pravna pomoć traži od inostranog suda ili državnog organa. Primena pravila o pravnoj pomoći doprinose ekonomičnosti parničnog postupka, ali predstavljaju i odstupanje od načela neposrednosti.*

Ključne reči: *pravna pomoć, parnica, zamolnica.*

1. Uvodne napomene

Pravna pomoć o kojoj će biti reči u radu se tiče one koju jedan sud pruža u parnici koja teče pred drugim sudom. Sudovi pružaju jedni drugima pomoć u svom radu, naročito u postupku izvođenja i obezbeđenja dokaza, ukoliko se zbog naročitog razloga dokaz ne može izvesti od strane teritorijalno nadležnog suda pred kojim teče postupak. Nju treba razlučiti

* Rad je rezultat istraživanja na projektu „Uticaj evropskog i precedentnog prava na razvoj građanskog materijalnog i procesnog prava u Srbiji i Vojvodini“. Projekat je finansiran od strane Pokrajinskog sekretarijata za nauku i tehnološki razvoj.

od pravne pomoći koju pojedinci ili ovlašćena udruženja pružaju građanima radi pomoći u rešavanju njihovih pravnih stvari. Ta vrsta pravne pomoći bi trebalo za građane da bude besplatna. Ona bi trebalo i kod nas da bude regulisana posebnim zakonom. Međutim, do 2004-te godine smo imali situaciju, da su sudovi pružali pravnu pomoći građanima radi zaštite njihovih prava u stvarima iz sudske nadležnosti, što bi se moglo podvesti pod neku vrstu pravne pomoći. Tako se na primer tužba mogla dati i usmeno na zapisnik suda. Punomoć je takođe mogla biti data na zapisnik. Skoro deceniju unazad, radi ostvarivanja načela o rešavanju sporova u razumnom roku, gotovo ni jedna radnja stranaka u parnici se ne može preduzeti i usmeno na zapisnik. Tako da se više ne može govoriti o ovakvom vidu pravne pomoći.

Pravila o pravnoj pomoći implementiraju u sebi odredbe o nadležnosti sudova. Njihova primena doprinosi ostvarivanju načela ekonomičnosti i rešavanja sporova u razumnom roku ali predstavljaju i odstupanje od načela neposrednosti.

Pravna pomoć može biti nužna ali i celishodna. Ona se može nametnuti kao nužna prilikom preduzimanja procesnih radnji od strane sudova u zemlji ali se nužnost njene primene više vezuje za inostranstvo jer domaći sudovi ne mogu sami preduzimati sudske radnje u inostranstvu. Celishodnost je češći razlog pravne pomoći koju pružaju domaći sudovi. Ona doprinosi ekonomičnosti postupka, ali i udaljavanju od primene načela neposrednosti.

2. Osnovne postavke zakona koji regulišu pravnu pomoć

Pravila o pravnoj pomoći se primenjuju kako u parničnom tako i u vanparničnom i u izvršnom postupku. Stoga je ova materija regulisana kako ZPP-om¹ tako i drugim procesnim zakonima, nekada izričito a nekada na osnovu shodne primene pravila ZPP-a.² Pravnu pomoć reguliše i Zakon o uređenju sudova.³

¹ V. čl.174-179. Zakona o parničnom postupku(ZPP)RepublikeSrbije, Službeni glasnik RS br.72. od 28. 09 2011., čl.179-184a Zakona o parničnom postupku Republike Hrvatske, Narodne novine br. 53/91, 91/92, 58/93,112/99,88/01,117/03,88/05, 02/07, 84/08, 123/08,57/011,148/011, 25/013., čl.172-176.Zakona o parničnom postupku Republike Crne Gore, Službeni list Republike CG br. 22/04 od 02. 04 2004.,čl.146-150., Zakona o parničnom postupku Brčko Distrikt BiH, Službeni glasnik Brčko Distrikt BiH, br.5/00, 1/01, 6/02, čl. 351. Zakona o parničnom postupku pred sudom Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik BiH br.36/04,84/07,58/013., čl.414-418 Zakona o parničnom postupku Republike Srpske, Službeni glasnik RepublikeSrpske br. 58/03, 85/03, 74/05.

² V. čl.10. Zakona o izvršenju i obezbeđenju Republike Srbije, o shodnoj primeni odredaba ZPP-a Srbije, Službeni glasnik RS. br. 31. od 09.05 2011. , kao i čl.30. Zakona o

Skoro svi analizirani Zakoni o parničnom postupku sadrže odredbe koje se odnose kako na pružanje pravne pomoći domaćim sudovima tako i odredbe o ukazivanju pravne pomoći inostranim sudovima. Jedino ZPP pred sudom u BiH izričito predviđa da su sudovi u Bosni i Hercegovini dužni da u parničnom postupku pruže pravnu pomoć sudu Bosne i Hercegovine. Izostavljene su odredbe o međunarodnoj pravnoj pomoći. Isti ZPP predviđa da ako zamoljeni sud nije nadležan da obavi radnju za koju je zamoljen, ustupice molbu nadležnom sudu, odnosno drugom organu vlasti i o tome obavestiti sud od koga je primio molbu, a ako mu nadležni sud ili organ vlasti nije poznat, vratiće molbu sudu koji ju je podneo.⁴

Zakon o uređenju sudova Republike Srbije sadrži odredbe o pružanju pravne pomoći kako sudovima tako i drugim državnim organima. On predviđa dužnost sudova da jedni drugima ukazuju pravnu pomoć, ali i dužnost drugih državnih organa i organizacija da sudovima ukazuju pravnu pomoć i dostavljaju potrebne podatke. Kada je reč o obrnutoj situaciji Zakon predviđa da sudovi **moгу** drugim državnim organima da dostave spise i isprave, odnosno njihove kopije, potrebne za vođenje postupka samo kada se time ne ometa sudski postupak.⁵ Dužnost pružanja pravne pomoći se posebno podvlači kada je reč o odnosima između sudova, kao i drugih državnih organa prema sudovima. Obrnuto, u relaciji sud- državni organ sud ima pravo procene da li će pružiti pravnu pomoć ili neće. Svoju pasivnost sudovi mogu pravdati, ometanjem sudskog postupka.

Predlog Zakona o izmenama i dopunama Zakona o uređenju sudova povodom koga se vodi rasprava u Skupštini Srbije, predviđa **promenu naziva** ovog člana. Predlaže se da se umesto naslova „Pravna pomoć“ u buduće govori o „Saradnji sudova i drugih organa“. Prema predlogu, sudovi su dužni da jedni drugima pružaju **pravnu pomoć i saradnju**, a drugi državni organi i organizacije su dužni da sudovima dostavljaju potrebne podatke. Sudovi nisu dužni, oni sami procenjuju da li će drugim državnim organima da dostave spise i isprave, odnosno njihove kopije, potrebne za vođenje postupka, **u skladu sa posebnim propisima**, samo ako se time ne ometa sudski postupak.⁶ Pod saradnjom između sudova i drugih

vanparničnom postupku RSrbije, Službeni glasnik SRS, br.25/82, 48/88, Službeni glasnik RS br.46/95,18/05, 85/012,45/013.

³ V. čl.9. Zakona o uređenju sudova, Službeni glasnik RS, br.116/2008., 104/2009,101/2010., kao i. &37Jurisdictionsnorm-JN, Mayr/Broll, Zivilverfahrensrecht, Wien, 2007. str.36.

⁴ V. čl.351. ZPP-a Republike BiH

⁵ V.čl.9. Zakona o uređenju sudova RSrbije.

⁶ V. na internet adresi, <http://www.zakon.co.rs/predlog-zakona-o-izmenama-i-dopunama-zakona-o-uređenju-sudova>

organa, prema Predlogu, se podrazumeva kako pravna pomoć tako i saradnja (u užem smislu). Pravna pomoć i saradnja se vezuju samo za odnos između sudova. Kada su u pitanju odnosi između sudova i drugih državnih organa, na osnovu promene naziva člana koji reguliše ovu materiju, mogao bi se izvući zaključak da oni samo „sarađuju“. Budući da su sudovi **dužni** da jedni drugima pružaju pravnu pomoć, oni kroz ostvarivanje te dužnosti potvrđuju i međusobnu saradnju, te nam se čini suvišnim dodavanje novog pojma- saradnja među sudovima.

Prema Zakonu o vršenju pravosuđa i nadležnosti sudova Austrije(& 37)⁷ sudovi su dužni da međusobno pružaju unutrašnju pravnu pomoć. To se ostvaruje putem zamolnice za pružanje pravne pomoći. Ako je zamolnica predata nenadležnom sudu, a tu radnju može da preduzme nadležan sud, zamolnica će se proslediti nadležnom sudu. Ako je više sudova nadležno za preduzimanje službene radnje, nju će preduzeti onaj sud koga izabere sud koji je uputio zamolnicu. Pri izboru se imaju primeniti odredbe o delegaciji nadležnosti.

Pretpostavljamo, kada je reč o primeni odredaba o delegaciji nadležnosti, da se pre svega misli na ostvarivanje celishodnosti pri izboru suda koji bi trebalo da preduzme parnične radnje. Po ostalim osobinama institut pravne pomoći i delegacije mesne nadležnosti se razlikuju. Svrsishodnu delegaciju određuje najviši sud određene vrste, a izbor između više nadležnih sudova za preduzimanje procesnih radnji vrši sud koji je uputio zamolnicu. Kada sud donese rešenje o delegaciji nadležnosti, prestaje nadležnost suda pred kojim je postupak pokrenut a zasniva se nadležnost suda koji je određen od strane najvišeg suda određene vrste. Kod pravne pomoći, sud koji je uputio zamolnicu može samo da zastane sa postupkom dok zamoljeni sud ne preduzme u zamolnici označenu radnju.

3. Nadležnost suda za pružanje pravne pomoći

Sudovi su dužni da jedan drugom pruže pravnu pomoć u parničnom postupku.⁸ Budući da je pružanje pravne pomoći dužnost suda, on ne sme da odbije postupanje po zamolnici ako je nadležan. Zamoljeni sud nije ovlašćen da procenjuje opravdanost zahteva za pružanjem pravne pomoći.

Ako zamoljeni sud nije nadležan da preduzme radnju za koju je zamoljen ustupice zamolnicu nadležnom sudu, odnosno drugom državnom organu, ako mu je on poznat i o tome će obavestiti sud od koga je primio

⁷ V. &37Jurisdictionsnorm-JN, Mayr/Broll, Zivilverfahrensrecht, Wien, 2007. str.36.

⁸ V. čl.174. st.1. ZPP-a RSrbije, čl.351. stav 1. ZPP-a BiH, čl.414. stav 1. ZPP-a Republike Srpske, čl. 172. stav 1. ZPP-a R CG

zamolnicu. Ako mu nadležni sud, odnosno državni organ nije poznat vратиće zamolnicu.⁹ Budući da se u građanskim sudskim postupcima zamolnica upućuje sudu, na njemu je da proceni da li bi za postupanje po zamolnici bio nadležan sud ili neki državni organ. Za slučaj da sud, odnosno državni organ kome je ustupljena zamolnica smatra da je nalažen sud koji mu je ustupio zamolnicu, ili neki drugi sud, postavlja se pitanje da li ima mesta primeni pravila o sukobu nadležnosti? Ni jedan od analiziranih zakona u okviru materije o pravnoj pomoći ne predviđa takvu situaciju. Teorijski, ne možemo isključiti sukob nadležnosti. Ako bi do sukoba nadležnosti došlo između sudova predmet bi trebalo dostaviti sudu koji je nadležan za rešavanje sukoba nadležnosti, shodno odredbama ZPP-a.¹⁰ Sukob nadležnosti između sudova i drugih državnih organa i organizacija bi rešavao Ustavni sud.¹¹

Ako je više sudova stvarno nadležno za pružanje pravne pomoći, zamolnica se može podneti bilo kom od tih sudova.¹²

Nadležni sud za pružanje pravne pomoći je osnovni sud. On pruža građanima kako unutrašnju, tako i međunarodnu pravnu pomoć.¹³ Sud preduzima radnje u postupku na svom području. Ako postoji opasnost zbog odlaganja, sud će da preduzima pojedine radnje i na području susednog suda i o tome će da obavesti sud na čijem području je preduzeta radnja.¹⁴ Kada je pak reč o sastavu suda, sudija pojedinac sprovodi postupak i donosi odluke u predmetima pravne pomoći.¹⁵

4. Predmet pravne pomoći

Najčešće se radnje pravne pomoći sastoje u izvođenju dokaza. Sud može da zatraži od drugog suda spise neke druge parnice ili od nadležnog organa može zahtevati podatke o strankama kojima sud ne raspolaže. Tako na primer, ako su ispunjeni uslovi za donošenje presude zbog izostanka i zbog propuštanja a sud ne raspolaže podacima o identifikacionom broju tuženog, sud će pribaviti taj podatak po službenoj dužnosti od Ministarstva finansija i Poreske uprave. Na isti način će postupiti kada su ispunjeni uslovi za donošenje odluke za izricanje novčane kazne za fizička ili pravna lica.

⁹ V. čl. 174. st. 2. ZPP-a RSrbije.

¹⁰ V. čl. 21 i 22. ZPP-a RSrbije

¹¹ V. čl. 167. stav 2. tačka 1. Ustava Republike Srbije, Službeni glasnik RS br. 98/2006.

¹² V. čl. 174. stav 3. ZPP-a RSrbije.

¹³ V. čl. 22. stav 4. Zakona o uređenju sudova RSrbije.

¹⁴ V. čl. 24. ZPP-a RSrbije.

¹⁵ V. čl. 36. stav 3. ZPP-a RSrbije.

Ministar finansija i Poreska uprava su dužni da u roku od osam dana po zahtevu suda dostave podatke o ličnom identifikacionom broju.¹⁶ Primer pravne pomoći (koji za razliku od prethodnog nije sadržan u tekstu o pravnoj pomoći) koju pružaju drugi organi predstavlja situacija kada stranka kojoj je sud naložio da dopuni podnesak navođenjem tačne adrese protivne stranke kojoj pismeno treba da se dostavi nije u mogućnosti da sama sazna adresu i o tome podnese sudu dokaze, sud će od nadležnog organa da pribavi potrebne podatke.¹⁷ Nadležni organ policije je dužan da na zahtev suda pomogne prilikom obavljanja poslova dostavljanja.¹⁸

Najčešći primeri pravne pomoći između sudova se odnose na izvođenje dokaza. Sud može da odluči da se određeni dokazi izvedu pred zamoljenim sudom. Zapisnik o izvedenim dokazima pred zamoljenim sudom pročit će se na glavnoj raspravi. Zamolnica za izvođenje dokaza sadrži podatke iz predmeta. Sud će posebno da naznači o kojim okolnostima treba da se vodi računa prilikom izvođenja dokaza. O ročištu za izvođenje dokaza obavestiće se stranke. Zamoljeni sud prilikom izvođenja dokaza ima sva ovlašćenja koja ima sud kada se dokazi izvode na glavnoj raspravi. Protiv rešenja suda kojim se izvođenje dokaza poverava zamoljenom sudu nije dozvoljena posebna žalba.¹⁹

Od dokaznih sredstava čije izvođenje se poverava zamoljenom sudu, najčešći je uviđaj. Predmet uviđaja se u takvim slučajevima nalazi na teritoriji mesno nenadležnog suda. Istina, nova zakonska rešenja, radi ostvarivanja načela neposrednosti dozvoljavaju sudovima da uviđaj snime u celini ili delimično tonskim ili optičkim uređajima. Radnje snimanja će preduzeti zamoljeni sud ako se radi o predmetu uviđaja koji se ne nalazi na teritoriji suda koji odlučuje o tužbenom zahtevu.

Kada je reč o svedocima kao dokaznom sredstvu putem zamolnice bi se moglo tražiti izvođenje dokaza saslušanjem svedoka ako zbog bolesti ili teških telesnih mana ne mogu da se odazovu pozivu suda ako je njihovo prebivalište van teritorije postupajućeg suda. Saslušavanje svedoka putem zamolnice je ređe od kada je ZPP-om predviđeno da svedok svoju izjavu može da da u pisanom obliku overenu od suda ili lica koje vrši javna ovlašćenja. Takođe, on može da se sasluša putem konferencijske veze, korišćenjem uređaja za tonsko ili optičko snimanje.²⁰

Saslušanje stranaka bi takođe moglo da se obavi preko zamoljenog suda ako tužilac nema prebivalište ili boravište na teritoriji suda pred

¹⁶ V. čl.184a ZPP-a RHrvatske.

¹⁷ V. čl.143. stav 2. ZPP-a RSrbije.

¹⁸ V. čl.128. stav 4.ZPP-a RSrbije.

¹⁹ V. čl.233. stav 2-6. ZPP-a RSrbije.

²⁰ V.čl.253. stav 2., kao i čl.245. stav 2-6. ZPP-a RSrbije.

kojim se vodi postupak, a postoje opravdani razlozi koji sprečavaju stranku da se neposredno na ročištu sasluša. To ne važi i za tuženu stranku jer se opšta mesna nadležnost određuje prema prebivalištu tuženog. Ako bi se postupajući sud opredelio za saslušanje stranaka putem konferencijske veze, korišćenjem uređaja za tonsko ili optičko snimanje ne bi bilo potrebe za angažovanjem drugog suda putem zamolnice. No, ne može se sasvim isključiti mogućnost angažovanja drugog suda radi izvođenja dokaza saslušanjem stranaka. Zaključak izvodimo na osnovu odredaba o obezbeđenju dokaza, kada postoji opasnost da neki dokaz neće moći da se izvede ili će njegovo izvođenje biti otežano, sud može da izvede dokaz saslušanjem stranaka. To je moguće smo kada je već pokrenuta parnica.²¹

Predmet pravne pomoći se ne može ticati preuzimanja celog postupka. Rasprava se mora održati pred sudom pred kojim je i zasnovana.

Predmet pravne pomoći se može odnositi i na dostavljanje pismena. Sud može tražiti spise jednog predmeta od zamoljenog suda.

Dostavljanje pismena fizičkim i pravnim licima u zemlji se vrši na način predviđen ZPP-om. Tu nema potrebe za pravnom pomoći. To stoga što se dostavljanje ne vrši samo u sudu već i preko pošte kao i preko lica registrovanog za poslove dostavljanja.²²

5. Zamolnica radi pružanja pravne pomoći

Zamolnica za pružanje pravne pomoći je pisani oblik radnje kojom se parnični sud obraća drugom sudu ili organu radi preduzimanje radnje koja je navedena u njoj. Iz odredaba o dokazivanju pred zamoljenim sudom nalazimo podatke o tome šta je neophodno da sadrži zamolnica. Shodnom primenom pravila o podnescima, izvodimo zaključak da bi zamolnica trebalo da sadrži i: označenje suda koji upućuje zamolnicu, suda kome se zamolnica upućuje, podatke o strankama i njihovim punomoćnicima, oznaku spisa sa opisom slučaja povodom koga se traži pravna pomoć, opis radnje pravne pomoći, potpis sudije koji traži pravnu pomoć.

Obzirom da zamolnicu upućuje sud, ne bi trebalo da podnesak ima nedostataka.

6. Jezik na kome opšte sudovi u postupku pravne pomoći

Opštenje između sudova, izraz koji koristi zakonodavac, se ostvaruje na jeziku koji je u službenoj upotrebi u sudu. Ovo pravilo važi nezavi-

²¹ V. čl. 284. stav 2. ZPP-a RSrbije.

²² V. čl. 128 stav 1. ZPP-a RSrbije.

sno od toga da li se traži pravna pomoć ili ne. Kako se ove odredbe nalaze u okviru materije o pravnoj pomoći, ona se odnosi i na nju.²³

Ako je pismeno sastavljeno na jeziku nacionalne manjine, a upućuje se sudu u kome jezik te nacionalne manjine nije u službenoj upotrebi, uz sudsko pismeno na jeziku nacionalne manjine priložiće se prevod tog pismena na srpski jezik.²⁴

Ni jedan drugi analizirani ZPP ne sadrži u okviru materije o pravnoj pomoći odredbe o jeziku na kome sudovi opšte. O jeziku u parničnom postupku i kod nas postoje posebne odredbe. One se nalaze među opštim odredbama, kao i u okviru posebne glave koja nosi naslov: “Jezik u postupku”.²⁵

7. Međunarodna pravna pomoć

Međunarodna pravna pomoć spada u grupu nužnih pravnih pomoći. To stoga što države mogu vršiti pravosudnu funkciju samo na sopstvenoj teritoriji. Za preduzimanje procesnih radnji u inostranstvu sudovi moraju zatražiti međunarodnu pravnu pomoć.

Međunarodna pravna pomoć obuhvata postupanje po zamolnici stranih sudova, primanje i davanje obaveštenja o uzajamnosti, priznanje i izvršenje stranih sudskih i arbitražnih odluka u građanskim stvarima, postupanje u predmetima međunarodne otmice dece, obaveštenje o propisima u građanskim stvarima, davanje mišljenja pravosudnim organima u vezi sa važenjem i primenom međunarodnih ugovora.

Postupak pružanja pravne pomoći regulisan je bilateralnim sporazumima, Haškom konvencijom o građanskom sudskom postupku iz 1954. godine, Haškom konvencijom o pristupu sudovima iz 1980. godine. Ova materija je regulisana i odredbama ZPP-a.

ZPP sadrži pravila o ukazivanju pravne pomoći stranim sudovima od strane domaćih, kao i obrnuto, o upućivanju zamolnice domaćih sudova stranim, radi dobijanja pravne pomoći.

ZPP predviđa da će sudovi ukazivati pravnu pomoć stranim sudovima u slučajevima predviđenim zakonom, međunarodnim ugovorom, opšte prihvaćenim pravilima međunarodnog prava, kao i ako postoji uzajamnost u ukazivanju pravne pomoći. U slučaju sumnje o postojanju uzajamnosti, obaveštenje daje ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa.²⁶

²³ V. čl.175. stav1. ZPP-a RSrbije.

²⁴ V. čl.175. stav 2. ZPP-a RSrbije.

²⁵ V. čl.6 i čl.95-97. ZPP-a RSrbije.

²⁶ V. čl.176. stav1. ZPP-a RSrbije. U ostalim analiziranim zakonima u slučaju sumnje o postojanju uzajamnosti objašnjenje daje ministarstvo pravde.

Naš zakon ne sadrži odredbu o uskraćivanju pravne pomoći inostranom sudu ako se traži izvršenje radnje koja je protivna javnom poretku naše države. Ostali zakoni sadrže tu odredbu. Oni predviđaju da se u takvom slučaju sud nadležan za pružanje pravne pomoći obraća Vrhovnom sudu radi davanja konačne odluke.²⁷ Međutim, bilateralni ugovori o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima čiji je potpisnik Srbija, predviđaju mogućnost odbijanja pravne pomoći ako sud smatra da bi udovoljavanje zamolnici ugrozilo njen suverenitet ili bezbednost, ili bi bilo u suprotnosti sa osnovnim načelima njenog pravnog poretka.²⁸

I za pravnu pomoć po traženju stranog suda važi pravilo iz ZPP-a da ako zamoljeni sud sebe ne smatra nadležnim, ustupiće zamolnicu nadležnom sudu ili drugom državnom organu i o tome će obavestiti sud od koga je primio zamolnicu, a ako mu nadležni sud ili organ nije poznat, vratiće zamolnicu. Ako u jednom mestu postoji više sudova stvarno nadležnih za pružanje pravne pomoći, zamolnica može da se podnese bilo kom od tih sudova.²⁹ Ove odredbe se primenjuju jednako kako na unutrašnju tako i na međunarodnu pravnu pomoć.

Poslove međunarodne pravne pomoći vrše osnovni sudovi u skladu sa Zakonom o uređenju sudova, o čemu je bilo reči povodom unutrašnje pravne pomoći.

Sudovi pružaju pravnu pomoć stranim sudovima na način propisan u domaćem zakonu. Radnja koja je predmet zamolnice stranog suda može da se preduzme i na način koji zahteva strani sud, ako takav postupak nije protivan javnom poretku Republike Srbije.³⁰

Ugovori koje je zaključila naša zemlja o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima, detaljnije regulišu pružanje pravne pomoći. Oni pod „građanskim stvarima“ podrazumevaju i privredne kao i porodične stvari.

Zahtev za međunarodnu pravnu pomoć inostranim sudovima i organima podnosi se izlaznom zamolnicom za međunarodnu pravnu pomoć u građanskim stvarima. Zamolnica se upućuje stranim sudovima, organima i međunarodnim organizacijama.

Zamolnica za pružanje pravne pomoći obuhvata dostavljanje sudskih i vansudskih akata, razmenu obaveštenja o propisima, izvođenje pojedinih procesnih radnji, saslušanje stranaka, svedoka, veštaka, uzimanje

²⁷ V. čl. 181. stav 2 ZPP-a RHrvatske, čl. 415 stav 2. ZPP-a RSrpske, čl. 173. stav 2. ZPP-a RCG, čl. 147 stav 2. tačka 2. ZPP Brčko Distrikt BH

²⁸ V. na internet adresi http://www.tuzilastvorz.org.rs/html_trz/propisi/ugo.

²⁹ V. čl. 176. stav 2. ZPP-a RSrbije.

³⁰ V. čl. 177. ZPP-a RSrbije.

nasledničke izjave. Pribavljanje informacije o stranom pravu, o postojanju uzajamnosti.

Ako zakonom, međunarodnim ugovorom i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava nije drugačije predviđeno, sudovi će da uzimaju u postupak zamolnice stranih sudova za pružanje pravne pomoći, samo ako su dostavljene diplomatskim putem i ako su zamolnica i prilozi sastavljeni na srpskom jeziku ili ako je priložen overeni prevod.³¹

Ako međunarodnim ugovorom nije drugačije predviđeno, zamolnice domaćih sudova za pravnu pomoć dostavljaju se stranim sudovima diplomatskim putem. Zamolnice i prilozi moraju da budu sastavljeni na jeziku zamoljene države ili uz njih mora da bude priložen njihov overeni prevod.³²

Forma zamolnice nadležnog suda zavisi od toga da li se upućuje u zemlje bivše SFRJ ili ostale države.

Skoro sve zemlje bivše SFRJ su zaključile ugovor o pravnoj pomoći.³³ Tako je zaključen ugovor između *SRJ i Republike Hrvatske o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima* od 15. septembra 1997.³⁴ godine. Aprila 2011-te je donet predlog Zakona o potvrđivanju ugovora između Republike Srbije i Republike Slovenije o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima ali do danas nije potpisan ugovor.³⁵ Pružanje pravne pomoći sa ovim državama se vrši, odnosno, predviđa se da će se vršiti preko ministarstva nadležnog za poslove pravosuđa. Uz dopis ministarstvu pravosuđa, dostavlja se i zamolnica naslovljena „nadležnom organu zamoljene države“ u kojoj treba izvršiti dostavljanje.

Ugovor između Srbije i Crne Gore i Bosne i Hercegovine o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima je zaključen 24. Februara 2005.³⁶ 26-tog februara 2010 je zaključen ugovor o izmenama i dopunama ugovora između Republike Srbije i Bosne i Hercegovine. Pravna pomoć se pruža preko ministarstva nadležnog za poslove pravosuđa uz zamolnicu naslovljenu na nadležni organ BiH. Za uzimanje nasledničke izjave ili za dostavljanje poziva za ostavinsku raspravu nadležni sudovi mogu neposredno da komuniciraju.

³¹ V. čl.178. ZPP-a RSrbije.

³² V. čl. 179. ZPP-a RSrbije.

³³ V. na internet adresi <http://www.mpravde.gov.rs/tekst/812/uzajamnost-php>

³⁴ V. Zakon o potvrđivanju ugovora između Savezne republike Jugoslavije i Republike Hrvatske o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima, Sl. list SRJ, MU br. 1/1998.

³⁵ V. na internet adresi www.parlament.gov.rs/upload/archire/feiles/

³⁶ V. Zakon o ratifikaciji ugovora između Republike Srbije i Crne Gore i Bosne i Hercegovine, Sl. list SCG MU br. 6/2005., kao i Sl. glasnik Republike Srbije MU 13/2010.

Ugovor između Republike Srbije i Crne Gore o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima zaključen je 29-tog maja 2009.³⁷ godine Kao i ugovor između Republike Srbije i Makedonije o pravnoj pomoći³⁸. Oni se odnose na dostavljanje određenih akata, dokumenata i obaveštenja, kao i na izvođenje procesnih radnji (saslušanje stranaka, svedoka, uzimanje nasledničke izjave). Sudovi i nadležni organi komuniciraju neposredno. Zamolnicu upućuje sud-sudu, direktno.

Kada se pravna pomoć pruža *ostalim državama* pravi se razlika da li se zamolnica odnosi na *domaće* državljane koji se nalaze u inostranstvu ili na *strane*. U prvom slučaju pravna pomoć se vrši diplomatsko konzularnom putem. Zamolnicu treba nasloviti na diplomatsko konzularno predstavništvo Republike Srbije u državi u kojoj treba izvršiti dostavljanje. Pravna pomoć za *strana fizička i pravna lica u inostranstvu* se vrši preko ministarstva pravde ako postoji bilateralni ugovor. Uz dopis, dostavlja se i zamolnica naslovljena na nadležni organ države u kojoj treba izvršiti dostavljanje.

ZPP Srbije reguliše pitanje dostavljanja koje treba izvršiti fizičkim ili pravnim licima u inostranstvu ili stranim državljanima koji uživaju imunitet. Dostavljanje će se izvršiti diplomatskim putem, ako u međunarodnom ugovoru ili zakonu nije drugačije predviđeno.³⁹ Ako dostavljanje pismena treba da se izvrši državljanima Republike Srbije u inostranstvu, dostavljanje može da se izvrši preko nadležnog konzularnog predstavnika ili diplomatskog predstavnika Republike Srbije koji vrši konzularne poslove u stranoj državi ili preko pravnog lica međunarodno registrovanog za obavljanje poslova dostavljanja.⁴⁰

Ako Republika Srbija nije zaključila bilateralni ugovor dostavljanje se vrši na osnovu *Haških konvencija* ukoliko im je odnosna država pristupila ili ih je ratifikovala. Haška konvencija o *dostavljanju sudskih i van-sudskih akata u građanskim i trgovačkim stvarima* iz 1965., Haška konvencija o izvođenju dokaza u inostranstvu u građanskim i trgovačkim stvarima iz 1970. Haška konvencija o građanskom postupku iz 1954-te godine ima malu primenu jer je većina zemalja pristupila prethodno navedenim Haškim konvencijama.

³⁷ V. Zakon o potvrđivanju ugovora između Crne Gore i Republike Srbije o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima, Sl. list Crne Gore MU 4/2009., kao i Sl. glasnik Republike Srbije MU br. 1/2010.

³⁸ V. Sl. glasnik Republike Srbije, MU br. 5/2012.

³⁹ V. čl. 133. stav 1. ZPP-a RSrbije.

⁴⁰ V. čl. 133. stav 2. ZPP-a R Srbije.

Ugovorom o pružanju pravne pomoći predviđaju se **opšte odredbe** o pružanju pravne pomoći. Te odredbe proklamuju jednaku pravnu zaštitu u postupcima pred pravosudnim organima druge države ugovornice kako za domaće tako i za strane državljane. Ugovorom se precizira obim pravne pomoći, obaveštenje o propisima, sadržina zamolnice, jezik na kome se sastavlja zamolnica, propisi po kojima se pruža pravna pomoć, odbijanje pravne pomoći, troškovi pravne pomoći.

Pitanje troškova nastalih preduzimanjem radnji pravne pomoći u građanskim stvarima je regulisano ugovorom. Rešenja se razlikuju. Neki ugovori predviđaju da se od tužioca ili umešača stranog državljanina ne može tražiti polaganje predujma za obezbeđenje parničnih troškova samo zato što je strani državljanin. Predujam za takse i troškove postupka koje snosi stranka može se zahtevati od državljanina druge države ugovornice pod istim uslovima i u istom obimu kao i od sopstvenih državljana.

Nekim ugovorima se predviđa oslobađanje od plaćanja sudskih taksi i troškova kao i pravo na besplatnu pravnu pomoć pod istim uslovima i u istom obimu koji važe za domaće državljane. Uverenje o imovnom stanju na osnovu koje se priznaju olakšice izdaje nadležni organ one države ugovornice na čijoj teritoriji molilac ima prebivalište ili boravište.

Neki ugovori predviđaju da svaka država ugovornica snosi troškove pravne pomoći koji su nastali na njenoj teritoriji. Države ugovornice neće zahtevati naknadu troškova za izvršene radnje po zamolnici, osim nagrade za izvršeno veštačenje i druge troškove povodom veštačenja. Veštačenje se može usloviti prethodnim polaganjem predujma kod zamoljenog suda. Svedoku i veštaku koji se odazove pozivu suda države molilje priznaje se naknada putnih troškova i troškova boravka saglasno propisima države molilje.⁴¹

Javne isprave izdate od nadležnih organa jedne države ugovornice imaju pred organima druge države ugovornice istu dokaznu snagu kao i domaće javne isprave.

Nadležni organ država ugovornica dostavljaće jedan drugom isprave o ličnom statusu državljanina druge države.

Državljeni jedne države ugovornice mogu na teritoriji druge države ugovornice sticati imovinska prava na osnovu zakonskog ili testamentalnog nasleđivanja pod istim uslovima kao i državljani te države ugovornice. Takođe, mogu izjavom poslednje volje raspolagati imovinom koja se nalazi na teritoriji druge države.

⁴¹ V. čl.13. Ugovora o pravnoj pomoći između Republike Srbije i Crne Gore.

Zaključak

Institut pravne pomoći je nezaobilazan. Sudovi u svom radu nailaze na prepreke koje mogu kroz pravnu pomoć drugih sudova ili organa da prevaziđu. Ona je nužna kada neku procesnu radnju treba preduzeti u inostranstvu.

Najčešći primeri unutrašnje pravne pomoći se odnose na izvođenje dokaza od strane zamoljenog suda. Pravila našeg ZPP-a u celini, a samim tim i u delu o dokaznim sredstvima nastoje da se postupak ubrza i da se obezbedi ostvarivanje načela neposrednosti. Način na koji je uređena materija o dokaznim sredstvima, čini se, smanjuje potrebu za pravnom pomoći drugog suda. Međutim, sa druge strane ZPP upravo u okviru materije o dokazivanju (pošto je to bio najčešći vid pravne pomoći), detaljnije reguliše pitanje izvođenja dokaza od strane zamoljenog suda.

*Marija Salma, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Mutual Legal Assistance in Civil Proceedings

Abstract: *The principle of mutual legal assistance is a traditional one. It is governed by law, bilateral treaties as well as international conventions. Legal assistance is mutually offered by the courts, domestically and abroad. Therefore, we speak of domestic and international legal assistance. The legal assistance is provided in such a manner that a court undertakes actions in civil proceedings that are ongoing before another court. The most common form of legal assistance is to hear evidence in a situation when such evidence cannot be presented before the court conducting the civil proceedings. However the scope of the mutual legal assistance is much wider. It can be both necessary and expedient. The expediency of the legal assistance is more closely related to a situation when a domestic court is engaged to undertake a certain action in civil proceedings, while the expediency is the most evident when the legal assistance is requested by a foreign court or state organ. Application of the rules on the regulation of mutual legal assistance makes for more efficient civil proceedings, however it represents a deviation from the principle of direct, or immediate examination of evidence by the court conducting the proceedings.*

Key words: *mutual legal assistance, civil proceedings, letter of request*

*Dr Radenka Cvetić, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

PORESKA OBAVEZA I UPIS U KATASTAR NEPOKRETNOSTI

– povodom jedne odluke Ustavnog suda Srbije¹ –

Sažetak: U radu je prikazana sudbina pravila prema kojem nije moguće upis u odgovarajući registar o nepokretnostima i pravima na njima bez dokaza da je plaćen porez na prenos apsolutnih prava, odnosno na nasleđe i poklon. Neprimerenost ovog pravila i njegova suvišnost u našem pravnom sistemu sagledana je kroz suprotnost s ustavnom garancijom prava na mirno uživanje imovine, ali i važećim stvarnim pravom. U tom smislu, prikazana je i analizirana argumentacija na kojoj je Ustavni sud zasnovao svoju Odluku o nesaglasnosti ovog pravila s Ustavom i obrazložena protivnost derogiranog pravila određenim načelima na kojima je zasnovan katastar nepokretnosti, pre svega načelu upisa. Jer, koliko god ovakvo pravilo olakšavalo fiskalnu efikasnost u ovoj oblasti, ne treba iz razloga pragmatičnosti ponovo (treći put) jednog dana posegnuti za njim.

Ključne reči: upis u katastar nepokretnosti, sticanje prava svojine, poreska obaveza

I

Zakonom o porezima na imovinu Republike Srbije² regulisan je porez na imovinu (član 2-13), porez na nasleđe i poklon (član 14-22) i porez na prenos apsolutnih prava (član 23-31). Za sve tri vrste poreza

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 *Službeni glasnik RS*, br. 26/2001; izmene i dopune u br. 80/2002, 135/2004, 61/2007, 5/2009, 101/2010, 24/2011, 78/2011 i 47/2013. Za regulativu sadržanu u ovom Zakonu bitne su i dve odluke Ustavnog suda: Odluka Saveznog ustavnog suda iz 2002. godine (*Službeni list SRJ*, br. 42/2002 i *Službeni glasnik RS*, br. 45/2002) i Odluka Ustavnog suda iz 2012. godine (*Službeni glasnik RS*, br. 57/2012).

određen je predmet oporezivanja, ko je poreski obveznik, šta čini porešku osnovicu, u kom momentu nastaje poreska obaveza, poreske stope i poreska oslobođenja.³ Takođe je propisan način i postupak utvrđivanja i naplate poreza (član 32-42). Imajući u vidu temu ovog rada, predmet interesovanja biće samo porez na promet apsolutnih prava i to samo poreska obaveza koja nastaje za slučaj prenosa uz naknadu prava svojine na nepokretnosti.⁴

Zakon o porezima na imovinu iz 2001. godine menjan je i dopunjavao čak osam puta: 2002, 2004, 2007, 2009, 2010, dva puta 2011. godine i poslednji put (do sada) 2013. godine. Izmene i dopune su brojne i predstavljaju napor da se poreska politika u ovoj oblasti prilagodi nastalim promenama društvenih i ekonomskih odnosa. Upuštanje u njihovo sveobuhvatno razmatranje prevazilazi okvire i svrhu ovog rada, te će u skladu sa tim ovde biti reči o izmenama ovog Zakona koje su nastale kao posledica razmatranja ustavnosti i zakonitosti jedne njegove odredbe od strane nadležnog ustavnog suda. Interesantno je da je identična odredba bila predmet razmatranja nadležnog ustavnog suda čak dva puta: 2002. i 2012. godine. Radi se o odredbi člana 38 Zakona o porezima na imovinu iz 2001. godine i člana 38a kojim je odredba člana 38 (koja je stavljena van snage 2002. godine) neizmenjena vraćena u Zakon 2004. godine!⁵

Član 38 odnosno 38a Zakona o porezima na imovinu glasi: "Upis prava na nepokretnosti u zemljišnim, katastarskim i drugim javnim knjigama, ne može se vršiti bez dokaza o plaćenom porezu na prenos apsolutnih prava, odnosno o plaćenom porezu na nasleđe i poklon."

³ Predviđen je i poreski kredit, odnosno mogućnost umanjenja poreza na imovinu (član 13) i poreza na nasleđe i poklon (član 22).

⁴ Pored toga, porez na prenos apsolutnih prava se plaća i kod prenosa uz naknadu prava intelektualne svojine, prava svojine na motornom vozilu (osim na mopedu, motokultivatoru, traktoru i radnoj mašini), prava svojine na plovilu, odnosno prava svojine na vazduhoplovu sa sopstvenim pogonom (osim državnog), prava korišćenja građevinskog zemljišta. Takođe se plaća i kod davanja građevinskog zemljišta u javnoj svojini u zakup na period duži od jedne godine ili na neodređeno vreme, radi izgradnje objekta. (Videti član 23 Zakona o porezima na imovinu). Članom 24 Zakona određeno je šta se još smatra prenosom uz naknadu te kao takav podleže oporezivanju porezom na prenos apsolutnih prava. Takvim se smatra: sticanje prava svojine i drugih oporezivih prava iz člana 23 ovog zakona na osnovu pravosnažne sudske odluke ili drugog akta državnog odnosno drugog nadležnog organa sa javnim ovlašćenjem; sticanje prava svojine održajem, prenos uz naknadu celokupne imovine pravnog lica, prodaja stečajnog dužnika kao pravnog lica (ako kupac nije preuzeo obaveze pravnog lica koje je kupio ili je preuzeo samo deo tih obaveza). U članu 24a određeno je koji prenosi, odnosno sticanje apsolutnih prava se izuzimaju od oporezivanja

⁵ Videti odredbu člana 29 Zakona o izmenama i dopunama Zakona o porezima na imovinu, *Službeni glasnik RS*, br. 135/2004

Savezni ustavni sud pokrenuo je 2001. godine⁶ postupak za ocenjivanje saglasnosti ove odredbe sa tada važećim Ustavom SRJ iz 1992. godine i Zakonom o osnovama svojinskoopravnih odnosa. Epilog ovog postupka je Odluka kojom se utvrđuje da odredba čl. 35 Zakona o porezima na imovinu iz 1994. godine i odredba člana 38 Zakona o porezima na imovinu iz 2001. godine nisu saglasne sa Ustavom SRJ i Zakonom o osnovama svojinskoopravnih odnosa.⁷ Pri donošenju ovakve odluke Sud se rukovodio ustavnim garancijama prava svojine i preraspodelom zakonodavne nadležnosti između savezne države i republika članica. Konstatujući da je saveznim Zakonom o osnovama svojinskoopravnih odnosa propisano da se na osnovu pravnog posla pravo svojine na nepokretnosti stiče upisom u javnu knjigu ili na drugi odgovarajući način,⁸ Sud je izveo zaključak da su uslovi za sticanje prava svojine na nepokretnosti postojanje punovažnog pravnog posla⁹ i upis prava svojine u javnu knjigu (ili drugi odgovarajući način određen zakonom). Stoga, osporenom odredbom republičkog zakona ne može biti propisan posebni dodatni uslov za sticanje odnosno prenos prava svojine na nepokretnosti, što je učinjeno "tako što je upis tog prava u zemljišne, katastarske i druge javne knjige, odnosno sticanje prava svojine uslovljeno, odnosno ograničeno izvršavanjem zakonom propisane obaveze plaćanja poreza."¹⁰

Na osnovu ove Odluke Saveznog ustavnog suda prestao je da važi član 38 Zakona o porezima na imovinu. Međutim, dve godine kasnije, odredba ovog člana praktično je vraćena u Zakon o porezima na imovinu, tako što je Zakonom o izmenama i dopunama iz 2004. godine predviđena

⁶ Inicijativa je podneta još za vreme važenja Zakona o porezima na imovinu iz 1994. godine i ticala se odredbe člana 35 kojim je takođe bilo predviđeno da se upis prava na nepokretnosti u zemljišnim, katastarskim i javnim knjigama ne može vršiti bez dokaza o plaćenom porezu na prenos apsolutnih prava, odnosno o plaćenom porezu na nasleđe i poklon. Zakon o porezima na imovinu iz 2001. godine preuzeo je navedenu odredbu, tako da je inicijativa obuhvatila odredbu tog Zakona sadržanu u članu 38. Savezni ustavni sud je Rešenjem I U broj 176/98 od 12. juna 2001. godine pokrenuo postupak za ocenu ustavnosti i zakonitosti ove odredbe.

⁷ Odluka o ocenjivanju ustavnosti i zakonitosti odredbe člana 35. odnosno člana 38. Zakona o porezima na imovinu, objavljena je u *Službeni list SRJ*, br. 42/2002 i *Službeni glasnik RS*, br. 45/2002.

⁸ Član 33 Zakona o osnovama svojinskoopravnih odnosa, *Službeni list SFRJ*, br. 6/1980, 36/1990 i *Službeni list SRJ*, br. 29/1996.

⁹ Uslovi za punovažnost ugovora o prometu nepokretnosti propisani su Zakonom o prometu nepokretnosti Republike Srbije. Videti član 4 ovog zakona (*Službeni list RS*, br. 42/1998) i član 1 Zakona o dopunama Zakona o prometu nepokretnosti kojim je dodat član 4a (*Službeni list RS*, br. 111/2009).

¹⁰ Iz Osluke Saveznog ustavnog suda (*Službeni list SRJ*, br. 42/2002).

identična odredba.¹¹ Razlika je bila u tome što to više nije bila odredba člana 38 već člana 38a! Ovakvim potezom zakonodavne vlasti anulirano je dejstvo Odluke Saveznog ustavnog suda, mada su i ustavni i zakonski okvir 2004. godine nepromenjeni u odnosu na 2002. godinu kada je done-ta Odluka Saveznog ustavnog suda.

II

U periodu koji je usledio nakon ponovnog propisivanja derogiranog pravila, Ustavnom sudu Srbije podnet je predlog i više inicijativa za ocenu ustavnosti odredbe člana 38a Zakona o porezima na imovinu.¹² Predlogom Advokatske komore Vojvodine osporavani su ustavnost i saglasnost sa opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima. "Ustavnost ove zakonske odredbe dovodi se u pitanje sa stanovišta odredaba čl. 58, 59, 86. i 91. Ustava Republike Srbije iz kojih, po navodima predlagača, proističe da su jasno razgraničeni pravo na imovinu, pravo svojine i pravo na nasleđe od obaveze plaćanja poreza, te da se pravo sticanja svojine, odnosno pravo nasleđivanja ni na koji način ne može uslovljavati plaćanjem poreza... Prema navodima predlagača, zakonodavac nije Ustavom ovlašćen da posebnim zakonom kojim se uređuje oblast poreza, propisuje plaćanje poreza kao dodatan uslov za sticanje prava svojine, odnosno za upis prava svojine u zemljišnim i katastarskim knjigama, budući da to nije učinio opštim Zakonom o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, niti Zakonom o obligacionim odnosima, kao ni posebnim Zakonom o prometu nepokretnosti. Pored toga, predlagač ističe da takav uslov ne propisuje ni Zakon o nasleđivanju, kao ni Zakon o državnom premeru i katastru. U prilog svog mišljenja navodi da su Zakonom o poreskom postupku i poreskoj administraciji već predviđeni instrumenti prinudne naplate neplaćenog poreza (tj. zaplena i prodaja imovine poreskog obveznika), a predvi-

¹¹ Videti odredbu člana 29 Zakona o izmenama i dopunama Zakona o porezima na imovinu, *Službeni glasnik RS*, br. 135/2004. Na to se ukazuje i u jednoj od inicijativa podnetih Ustavnom sudu Srbije: "Inicijativom koja je podneta Ustavnom sudu 29. avgusta 2011. godine ističe se da je odredba identične sadržine kao i osporena odredba člana 38a Zakona bila inkorporisana u ranije važeću odredbu člana 38. istog zakona i da je bivši Savezni ustavni sud svojom Odlukom IU broj 176/98 od 26. juna 2002. godine utvrdio da ona nije u saglasnosti sa Ustavom Savezne Republike Jugoslavije i Zakonom o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, ali da je, i pored toga, odredba iste sadržine ponovo ugrađena u osporeni član 38a Zakona o porezima na imovinu." Videti *Službeni glasnik RS*, br. 57/2012 od 8. juna 2012. godine.

¹² Broj predmeta IUz-225/2005 ukazuje da je osporavanje počelo odmah nakon dopune Zakona o porezima na imovinu članom 38a. Zakon o izmenama i dopunama donet je 21. decembra 2004. godine i objavljen u *Službeni glasnik RS*, br. 135/2004.

dene su i krivičnopravne i prekršajne sankcije. Iz ovog razloga, predlagač smatra da nije potrebno, niti je u skladu sa Ustavom da se, pored predviđenih poreskih instrumenata naplate neplaćenog poreza, osporenim odredbom Zakona uvodi kao dodatni uslov za upis prava svojine u javnim knjigama - prethodno plaćanje poreza."¹³

Ustavni sud je pri razmatranju ustavnosti osporene odredbe pošao od Ustavom zajemčenog mirnog uživanja svojine i drugih imovinskih prava stečenih na osnovu zakona.¹⁴ Detaljno razmatrajući sva relevantna pitanja i sve relevantne odredbe Ustava Republike Srbije, člana 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Zakona o osnovama svojinskopравnih odnosa, Zakona o porezima na imovinu i Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, Ustavni sud je stao na stanovište da se osporenim pravilom protivustavno ograničava pravo svojine. Konstatujući da pravo svojine nije neograničeno, odnosno da se njegova apsolutnost prostire u granicama određenim zakonom, ustavni sud je ipak zaključio da osporenim pravilom zakonodavna vlast krši ustavom zajemčeno pravo na mirno uživanje svojine, jer se njegovom primenom neopravdano ograničava pravo svojine. "Po nalaženju Ustavnog suda ... mešanje države u pravo na mirno uživanje imovine dozvoljeno je samo ako su ispunjena kumulativno tri uslova, i to: 1) ako je propisano zakonom (tj. legalno); 2) ako je opravdano, odnosno u opštem interesu (tj. legitimno) i 3) ako je neophodno u demokratskom društvu, odnosno proporcionalno svrsi ograničenja i razumno. U pogledu zahteva proporcionalnosti ... od značaja je da pravo svojine ne sme da se ograniči nepotrebno, ukoliko postoji način da se i bez ograničenja ostvari legitimni cilj... (tzv. alternativni način). Oduzimanje, odnosno ograničenje prava svojine smatra se legitimnim ukoliko se postiže pravična ravnoteža (balans) između zahteva opšteg interesa za oduzimanje, odnosno ograničenja imovine i zahteva zaštite prava i interesa titulara imovine."¹⁵

¹³ Iz obrazloženja Odluke Ustavnog suda, *Službeni glasnik RS*, br. 57/2012. Podnetim inicijativama, takođe, se osporava ustavnost ove odredbe i ističe njena suprotnost sa Zakonom o osnovama svojinskopравnih odnosa.

¹⁴ Videti član 58, stav 1. Ustava Republike Srbije. Isti je smisao i odredbe člana 1. Protokola 1 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kojom se garantuje pravo na imovinu na način da svako fizičko ili pravno lice ima pravo na neometano uživanje svoje imovine i da niko ne može biti lišen svoje imovine, osim u javnom interesu i pod uslovima predviđenim zakonom i opštim načelima međunarodnog prava. Time se, međutim, ni na koji način ne utiče na pravo države da primenjuje zakone koje smatra potrebnim da bi regulisala korišćenje imovine u skladu sa opštim interesima ili da bi obezbedila naplatu poreza ili drugih dažbina ili kazni.

¹⁵ Iz obrazloženja Odluke Ustavnog suda.

Najkraće rečeno, ovakvim pravilom neopravdano se zadire u pravo svojine, jer opšti interes da se ispunjavaju poreske obaveze može biti zadovoljen na drugi način, a ne propisivanjem dodatnog uslova (u odnosu na one koji su već propisani Zakonom o osnovama svojinsko-pravnih odnosa) za sticanje prava svojine ili raspolaganje ovim pravom. A to se upravo čini pravilom kojim se upis u katastar nepokretnosti uslovljava ispunjenošću poreske obaveze. Ograničenje prava svojine može, zavisno od osnova prenosa prava svojine, postojati bilo na strani prenosioca prava, bilo na strani sticaoca prava. Ustavni sud je pošao od činjenice da se prenos prava svojine na nepokretnosti najčešće vrši na osnovu ugovora o prodaji, ali je istakao da osnov može biti i ugovor o razmeni, ugovor o poklonu, odluka suda ili drugi akt državnog organa, nasleđivanje. Od osnova prenosa, međutim, zavisi samo da li će osporenim pravilom biti ograničeno pravo svojine prenosioca ili sticaoca prava, dok će bez obzira na osnov prenosa ovakvo pravilo uvek ograničavati pravo svojine.

Kada se radi o kupcu kao sticaocu prava, njemu se ovakvim pravilom onemogućava da stekne pravo pre nego što se ispuni poreska obaveza, jer bez dokaza o ispunjenosti te obaveze nije moguć upis u katastar nepokretnosti, a bez upisa nije došlo do sticanja prava. "Kada je reč o tumačenju člana 1. Protokola broj 1 Evropske konvencije, iz prakse Evropskog suda proizilazi da koncept 'imovine' u autonomnom značenju podrazumeva postojeću imovinu u koju spada i 'legitimno očekivanje sticanja imovine' koje mora biti konkretne prirode, što znači da mora postojati u dovoljnoj meri utvrđeno potraživanje."¹⁶ Očekivanje kupca koji je zaključio punovažan ugovor i platio cenu da postane vlasnik, a za to mu je potreban i odgovarajući upis, svakako je legitimno.

Kada se radi o prodavcu kao prenosiocu prava ograničeno je njegovo raspolaganje već postojećim pravom, budući da on kao poreski obveznik (član 25 Zakona o porezima na imovinu) ne može izvršiti prenos svog prava dok ne izvrši nastalu poresku obavezu. Situacija je ista i kada se prenos prava svojine na nepokretnosti vrši na osnovu ugovora o poklonu, bez obzira što je poreski obveznik poklonoprimalac, jer poklonodavac neće moći bez izvršenog upisa izvršiti prenos svog prava.

Kada je u pitanju sticanje prava svojine na nepokretnosti putem nasleđivanja ograničava se takođe već stečeno pravo svojine naslednika, budući da naslednik postaje vlasnik u trenutku smrti ostavioca (bez obzira na osnov nasleđivanja) i da upis tako stečenog prava ima deklarativno dejstvo. Dakle, u ovom slučaju osporeno pravilo ne može da utiče na mogućnost sticanja prava svojine, ali se njime ograničava raspolaganje već

¹⁶ Videti III deo Obrazloženja Odluke Ustavnog suda.

stečenim pravom svojine. Bez obzira što je postao vlasnik u trenutku smrti ostavioca, naslednik neće moći pravno da raspolaze stečenom nepokretnom imovinom dok se ne sprovede upis u registru nepokretnosti.

III

Uz argumentaciju na kojoj je zasnovana odluka Ustavnog suda, smatramo da je neophodno neadekvatnost derogiranog pravila razmotriti i u svetulu načela upisa u katastar nepokretnosti.

Shodno načelu upisa¹⁷ prava na nepokretnostima stiču se, prenose i ograničavaju upisom u katastar nepokretnosti, dok prestaju brisanjem. U tom smislu upis u katastar nepokretnosti ima konstitutivni karakter, što je slučaj kada se pravna situacija nepokretnosti menja na osnovu pravnog posla. U određenim slučajevima prava na nepokretnosti mogu se steći i pre upisa u katastar nepokretnosti (originarno sticanje). Međutim, i tada se vrši upis da bi se stečeno pravo publikovalo (deklarativnost upisa) i na taj način omogućilo njegovo suprostavljanje prema svim trećim licima i pravno raspolaganje.¹⁸

Kada se stvarna prava na nepokretnosti stiču na osnovu pravnog posla pravni sledbenik izvodi svoje pravo iz prava prethodnika (derivativno sticanje) i taj pravni posao, pod uslovom da je punovažan, predstavlja pravni osnov sticanja (*iustus titulus*), ali da bi do toga zaista i došlo neophodno je da se izvrši upis u odgovarajući javni registar. Budući da je upis u javni registar onaj momenat kada dolazi do sticanja stvarnog prava na nepokretnosti, sam upis označava se kao način sticanja u užem smislu

¹⁷ Član 60 Zakona o državnom premeru i katastru (*Službeni glasnik RS*, br. 72/2009; izmene i dopune u br. 18/2010 i 65/2013) glasi: "Svojina i druga stvarna prava na nepokretnostima stiču se, prenose i ograničavaju upisom u katastar nepokretnosti (konstitutivnost upisa), a prestaju brisanjem upisa. U slučajevima određenim zakonom, svojina i druga stvarna prava na nepokretnostima mogu se steći i pre upisa u katastar nepokretnosti, a upisom proizvode pravno dejstvo prema trećim licima (deklarativnost upisa). U katastar nepokretnosti mogu se upisati i određena obligaciona prava koja se od tog trenutka upisa mogu suprostaviti trećim licima." Uporediti ovu odredbu sa odredbama § 4 Zakona o zemljišnim knjigama Kraljevine Jugoslavije, § 4 Zakona o zemljišnim knjigama Austrije (iz 1955. godine), § 873 Nemačkog građanskog zakonika, čl. 4 Zakona o zemljišnim knjigama Republike Hrvatske (iz 1996. godine), čl. 7 Zakona o zemljišnim knjigama Republike Slovenije (iz 2003. godine).

¹⁸ U navedenom smislu pojedini pravni pisci prave razliku između načela upisa u materijalnom smislu (načelo konstitutivnosti upisa, načelo upisa u apsolutnom smislu) i načela upisa u formalnom smislu (načelo deklaratornosti upisa, načelo upisa u relativnom smislu) Videti: Tatjana Josipović, *Zemljišne knjige*, u Gavela Nikola, Josipović Tatjana i dr., *Stvarno pravo*, Zagreb, 2007, str. 287-289.

(*modus acquirendi*), čime se upisu daje konstitutivno dejstvo jer pre njega stvarno pravo nije nastalo. To praktično znači da je, na primer, moguće da kupac isplati cenu, stupi u posed nepokretnosti na način da faktički ostvaruje sva vlasnička ovlašćenja, plati porez na prenos apsolutnih prava,¹⁹ ali i dalje, dok ne bude izvršen upis, pravni poredak ga ne smatra, a to znači i ne štiti kao vlasnika.

Moglo bi se, dakle, zaključiti da "do momenta upisa prava u katastar nepokretnosti faktički nastali pravni odnos povodom nepokretnosti proizvodi pravno dejstvo samo između stranaka (*inter partes*) po opštim pravilima građanskog prava. Zavisno od toga, da li se dotični pravni odnos zasniva na derivativnom (ugovornom) prenosu ili na originarnom načinu sticanja, upis u katastar nepokretnosti biće konstitutivnog ili deklarativnog karaktera, ali sa istim apsolutnim stvarnopravnim dejstvom (*erga omnes*). Smatramo da u postizanju takvog pravnog efekta zapravo leži krajnji cilj samog upisa."²⁰

Do prenosa prava svojine doći će tek nakon izvršenog upisa, jer ugovor nema translativno dejstvo, odnosno ne dovodi do prenosa prava svojine. Zbog toga je prirodan i logičan sledeći redosled: 1) punovažan pravni osnov (ugovor usmeren na prenos prava svojine), 2) upis u katastar nepokretnosti, 3) nastanak poreske obaveze.

Pravilo koje je upis u katastar nepokretnosti uslovljavalo ispunjenjem poreske obaveze nije u skladu sa načelom upisa. Ako je upis konstitutivnog karaktera, a poreska obaveza nastaje vezano za prenos apsolutnog prava, onda ona treba da nastane onda kada do tog prenosa i dođe, a to znači nakon izvršenog upisa u katastar nepokretnosti. Ipak, shodno odredbi člana 29/1 Zakona o porezu na imovinu: "Poreska obaveza nastaje danom zaključenja ugovora o prenosu apsolutnih prava."

Pri obrazloženju pravila da poreska obaveza nastaje u momentu zaključenja ugovora, Ustavni sud je konstatovao da se porez na prenos apsolutnih prava plaća na samu transakciju prenosa prava svojine na nepokretnosti, a ne na pravo svojine kao apsolutno pravo.²¹ To, po mišljenju

¹⁹ Poreski obveznik jeste prodavac, ali ova obaveza, po pravilu, se prevaljuje na kupca. Uporediti odredbu čl. 25 Zakona o porezima na imovinu sa odredbom čl. 6/1 Zakona o porezu na promet nekretnina Hrvatske (*Narodne novine*, br. 69/1997, 26/2000, 127/2000, 156/2002, 22/2011) i čl. 7/1 Zakona o porezu na promet nepokretnosti Crne Gore (*Službeni list Crne Gore*, br. 36/2013) kojima je propisano da je obveznik poreza sticalac nepokretnosti.

²⁰ Jovan Jerković, *Katastar nepokretnosti kao osnovna evidencija nepokretnosti i pravima na njima*, Glasnik AK Vojvodine, br. 12/1995, str. 477.

²¹ Videti u V odeljku Obrazloženja Odluke Ustavnog suda: "Ocenjujući ustavnost osporene odredbe Zakona, Ustavni sud je imao u vidu i okolnost da se prema članu 23.

Suda, proizilazi iz člana 23, stav 1, tačka 1: "Porez na prenos apsolutnih prava plaća se kod *prenosa* (podvukla R.C.) uz naknadu: 1) prava svojine na nepokretnosti;"

Po našem mišljenju, pravila da poreska obaveza nastaje danom zaključenja ugovora o prenosu apsolutnih prava (član 29/1) i da se upis uslovljava dokazom o plaćenom porezu na prenos (član 38a) su praktični instrumenti za efikasniju naplatu poreza,²² ali su ona očigledno u suprotnosti sa pravnim dejstvom koje upis u katastar nepokretnosti ima u našem pravnom sistemu. Stoga nije odgovarajuće obrazloženje koje je zakonodavac dao pri odbrani osporene odredbe²³ iz kojeg proističe da izmirenje poreske obaveze treba smatrati samo jednim od uslova za upis prava svojine na nepokretnosti u javnu knjigu. Međutim, čak i da je tako, bilo bi čudno što takav uslov nije predviđen zakonom koji reguliše upis stvarnih prava odnosno Zakonom o državnom premeru i katastru.

Ono što zabrinjava je neadekvatna argumentacija pri odbrani osporene odredbe. Naime, u odgovoru koji je Narodna skupština dostavila Ustavnom sudu, navodi se, između ostalog, da se može dovesti u pitanje "opravdanost stava da ne postoji pravo svojine na nepokretnosti u slučaju kada nije izvršen upis u javnu knjigu, ali postoji valjan pravni posao o sticanju svojine (overeni ugovor o kupovini i prodaji i sl.), kao i predaja stvari u državinu sticaoca".²⁴ Narodna skupština navodi da bi se, u vezi sa

stav 1. tačka 1) Zakona o porezima na imovinu, porez na prenos apsolutnih prava plaća na samu transakciju prenosa prava svojine na nepokretnosti (dakle radi se o porezu na "imovinu u dinamici"), a ne na pravo svojine kao takvo, te da se za nastanak poreske obaveze kod ovog poreza ne uzima kao relevantan kriterijum momenat upisa u zemljišne ili druge javne knjige, već dan kada su stranke u sudu zaključile ugovor o prenosu prava svojine na nepokretnosti, odnosno overile svoje potpise na kupoprodajnom ugovoru."

²² To je i izričito navedeno u odgovoru Narodne skupštine kao nadležne zakonodavne vlasti, koji je Ustavni sud od nje zahtevao povodom predloga i inicijativa za ocenu ustavnosti odredbe člana 38a. "Iako je Zakonom o poreskom postupku i poreskoj administraciji uređena mogućnost naplate poreza prinudnim putem, po mišljenju davaoca odgovora, ne može se dovoditi u pitanje ovlašćenje zakonodavca da, u okviru uređivanja fiskalnog sistema, za određene oblike poreza (u konkretnom slučaju poreza na prenos apsolutnih prava i poreza na nasleđe i poklon) uredi i dodatne instrumente za efikasniju naplatu poreza. Na koji način i u kom postupku će zakonodavac to predvideti, pitanje je celishodnosti i zavisi od opredeljenja zakonodavnog organa. Takođe, u odgovoru se ističe da je opšti interes za blagovremeno plaćanje poreza, kao uslov za ostvarivanje prava i obaveza Republike Srbije, saglasno članu 91. stav 1. Ustava, ispred interesa pojedinca da dostavi dokaz o porezu koji je platio, a naročito ispred interesa pojedinca koji plaćanje poreza nije izvršio." Videti obrazloženje Odluke Ustavnog suda (II).

²³ Videti argumente navedene u napomeni broj 22 i ceo odgovor Narodne skupštine naveden u obrazloženju Odluke Ustavnog suda (II).

²⁴ *Ibidem*.

tim, moglo otvoriti i pitanje "mogućnosti sticanja prava svojine na područjima na kojima ne postoje javne knjige u koje se pravo svojine upisuje, kao i u slučajevima u kojima nisu ispunjene propisane tehničke pretpostavke za upis (npr. zgrada nije snimljena, nije sačinjen plan posebnih delova zgrade i sl.). Drugim rečima, moglo bi se postaviti pitanje da "ako se vlasnicima nepokretnosti ne smatraju lica koja poseduju valjan pravni osnov za sticanje nepokretnosti i koja imaju državinu na njima, koja su lica vlasnici tih nepokretnosti?"²⁵ Iz ovakvog odgovora proističe nerazumevanje pravnog dejstva upisa prava u javnu knjigu u našem pravnom sistemu i potrebe da se njegovim doslednim sprovođenjem prevaziđe dugo-godišnji nesklad faktičkog i pravnog stanja.

Osim činjenice da je derogirano pravilo bilo u suprotnosti sa važećim stvarnim pravom i da je njegovo stavljanje van snage, pre svega, sistemskog karaktera, ono može dovesti i do praktičnih teškoća. Naime, u pravnom sistemu u kome upis u odgovarajući javni registar ima značaj konstituisanja prava za pravnog sledbenika, taj pravni registar ne može da se tretira kao puko publikovanje već izvršene promene u pravnom poretku. Postojanje punovažnog ugovora usmerenog na prenos prava svojine i plaćen porez na taj prenos još ne znači sticanje prava svojine. U situaciji kada je poreska obaveza ispunjena, ali upis stvarnog prava (uknjižba) ne može da se sprovede jer nedostaje *clausula intabulandi*, moguće je izvršiti predbeležbu. I pored činjenice da se može raspolagati i predbeleženim pravom pitanje je da li će eventualni kupac biti zainteresovan za sticanje predbeleženog prava svojine ili da li će poverilac pristati na hipoteku na predbeleženom pravu, budući da je sticanje prava uslovljeno opravdanjem predbeležbe. I još jedan, ne manje značajan razlog. Uprkos činjenici da je poreski obveznik prodavac,²⁶ ova obaveza, po pravilu, prevladuje se na kupca.²⁷ Kako kupcu, koji je prodavcu platio cenu i državi platio porez objasniti da on i dalje nije vlasnik dok se ne sprovede upis?

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ Odredbom člana 25 Zakona o porezima na imovinu je određeno da je obveznik poreza na prenos apsolutnih prava prodavac, odnosno prenosilac prava čiji prenos podleže oporezivanju (prava svojine na nepokretnosti, prava intelektualne svojine i prava svojine na motornom vozilu, plovilu i vazduhoplovu). Kod prenosa prava korišćenja građevinskog zemljišta ili njegovog izdavanja u zakup poreski obveznik je lice kome se daje na korišćenje odnosno u zakup građevinsko zemljište. U ostalim slučajevima koji se smatraju prenosom uz naknadu i podležu oporezivanju, obveznik poreza je lice koje stiče apsolutno pravo (videti član 24 Zakona o porezima na imovinu i napomenu broj 4 u ovom radu).

²⁷ Čak i da to nije slučaj, prema članu 42 Zakona o porezima na imovinu lice na koje je preneto apsolutno pravo jemči supsidijarno za plaćanje poreza. U situaciji kada je sticalac prava ugovorom preuzeo poresku obavezu, on jemči solidarno za plaćanje poreza.

IV

Neprimerenost pravila kojim se upis u katastar nepokretnosti uslovljavao i ispunjenošću poreske obaveze, može se razmotriti i s aspekta načela obaveznosti upisa u katastar nepokretnosti.

Shodno članu 61 (načelo obaveznosti) Zakona o državnom premeru i katastru, imalac prava na nepokretnosti obavezan je da podnese zahtev za upis nepokretnosti i prava svojine u katastar nepokretnosti. Obaveznost prijavljivanja i sprovođenja nastale promene praćena je prekršajnom odgovornošću za slučaj neispunjenja. Kada do promene dođe²⁸ imalac prava na nepokretnosti dužan je da u roku od 30 dana podnese zahtev za provođenje promene nadležnom organu i dostavi ispravu za upis koja je osnov za upis promene.²⁹ Za slučaj neispunjenja ove obaveze predviđena je prekršajna odgovornost i kažnjavanje novčanom kaznom.³⁰ Dakle, pravilo da se upis u katastar nepokretnosti ne može vršiti bez dokaza o plaćenom porezu na prenos prava svojine, ne samo da dovodi do ograničenja prava svojine, već može onemogućiti i ispunjenje obaveze provođenja nastale promene u zakonskom roku. Time se, praktično, ispunjavanje ove obaveze uslovljava ispunjavanjem poreske obaveze.

V

Stavljanje van snage pravila koje upis u katastar nepokretnosti i sticanje prava svojine uslovljava, a time i ograničava prethodnim ispunjenjem poreske obaveze neće ništa, samo po sebi, promeniti u pogledu ažurnosti katastra nepokretnosti. Naime, poreska obaveza koja nastaje usled prenosa prava svojine na nepokretnosti, može se eventualno izbeći prenosom samo faktičke vlasti: bez overe ugovora i upisa u katastar nepokretnosti. Međutim, i dalje će učesnici koji nameravaju da izigraju poreske propise biti primorani na prenos koji bi ostao nevidljiv za poreske vlasti, jer poreska obaveza nastaje i kada je došlo do prenosa koji nije praćen ispunjenošću propisanih zahteva u pogledu forme ugovora usmerenog na prenos prava svojine.³¹

²⁸ Šta se smatra promenom u postupku održavanja katastra nepokretnosti koju treba prijaviti i provesti, propisano je odredbom člana 114 Zakona o državnom premeru i katastru.

²⁹ Član 117 Zakona o državnom premeru i katastru.

³⁰ Videti član 184, st. 1, t. 3 i član 185, st. 1, t. 3 Zakona o državnom premeru i katastru.

³¹ Naime, kada nije sačinjen punovažan ugovor o prenosu prava na nepokretnosti, u smislu zakona kojim se uređuje promet nepokretnosti, smatraće se da je poreska obaveza

Eventualno ukidanje poreza za slučaj prenosa prava svojine ili njegovog bitnog smanjenje, moglo bi uticati, samo po sebi, na ažuriranje javnog registra o pravima na nepokretnostima. Država se sigurno ne može lišiti tog prihoda i zato bi trebalo razmotriti mogućnost smanjenja poreske stope ili veće diferenciranje zavisno od okolnosti konkretnog slučaja (osnov prenosa, cena nepokretnosti).³²

S druge strane, dosledno poštovanje načela upisa i načela pouzdanja u katastar nepokretnosti³³ dovelo bi, samo po sebi, do ažuriranja javnog registra o nepokretnostima i pravima na njima. U tom smislu, ubedljiva je argumentacija da vanknjižni promet ima smisla i biće favorizovan sve dok njegovim učesnicima pruža dovoljan stepen pravne sigurnosti.³⁴ U uslovima poštovanja načela upisa i restriktivnog pristupa izuzecima od njega, faktičke promene, tj. vanknjižni promet koji nije praćen upisom, nema pravni značaj. To vremenom dovodi do formiranja svesti privatno-pravnih subjekata da je upis neophodan za legalan promet nepokretnosti i da je taj upis prvenstveno značajan za njih, a ne hir i izmišljotina države radi sticanja prihoda odnosno naplate poreza.

Svrha ovog razmatranja, budući da je pravilo koje upis u katastar nepokretnosti i sticanje prava svojine uslovljava, a time i ograničava pretходnim ispunjenjem poreske obaveze, već (ponovo) stavljeno van snage,³⁵ je, upravo, argumentacija njegove neadekvatnosti i neprimerenosti postojećoj stvarnopravnoj regulativi. Koliko god ovakvo pravilo olakšavalo fiskalnu efikasnost u ovoj oblasti, ne treba iz razloga pragmatičnosti ponovo jednog dana posegnuti za njim.

nastala danom kada je sticalac prava na nepokretnosti stupio u posed nepokretnosti. (član 29/3 Zakona o porezima na imovinu.

³² Stopa poreza na prenos apsolutnih prava je 2,5% bez obzira na vrstu apsolutnog prava koje se prenosi, na vrednost objekta na koji se pravo odnosi, na osnov prenosa. Videti čl. 30 Zakona o porezima na imovinu.

³³ O načelu upisa i načelu pouzdanja u katastar nepokretnosti i efektima prevelikog broja odstupanja od njih ili doslednog poštovanja, videti više u: Radenka Cvetić, *Savremena evidencija nepokretnosti*, Novi Sad, 2009, str. 112-117 i 124-130.

³⁴ Pri tome, manji su troškovi transakcije, a ušteda vremena očigledna je da je nije ni potrebno posebno naglašavati. Videti: Dragor Hiber, *Konsolidacija prava svojine i zemljišnoknjižni sistem*, predgovor za reprint knjige Matić Dragoslav, Đoković Tihomir: *Zemljišnoknjižni postupak (prikazan u primerima za sastavljanje isprava, molbi, lustruma, rešenja, izvršenja upisa i potvrda na ispravama*, Beograd, 1936; reprint iz 1998., str. XII

³⁵ Na osnovu odredbe člana 168/3 Ustava Republike Srbije, odredba člana 38a Zakona o porezima na imovinu prestala je da važi danom objavljivanja Odluke Ustavnog suda u *Službenom glasniku RS*. Odluka Ustavnog suda IUz-225/2005 objavljena je u *Službeni glasnik RS*, br. 57/2012, 8. juna 2012. godine.

*Radenka Cvetić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Tax Duties and Entry into the Cadastre of Real Estates – commentary following the decision of the Constitutional Court of Serbia –

Abstract: *This article describes what happened to the rule according to which it was not possible to register property and related rights into the registry on real estates without a prior fulfillment of tax duties related to the transfer of property rights, as well as tax duties in relation to inheritance and donations. Inadequacy of this rule and its incompatibility with our legal system has been assessed through its inconsistency with the Constitutional guarantee on the peaceful enjoyment of property, but also with the property law. Along the same lines the article follows the reasons given by the Constitutional Court in its decision on the inconsistency of the given rule with the Constitution in which the Constitutional Court opined that the rule that was struck down was also contrary to certain principles of the cadastre on real estates, such as the principle of the entry into cadastre. Regardless of the fact that the old rule significantly facilitated tax collection, this still cannot justify its existence and should not serve as the ground for a possible (third) re-introduction of this rule into the system.*

Key words: *entry into the cadastre of real estates, acquisition of property rights, tax duties*

*Dr Drago Divljak, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

PRAVNI-INSTITUCIONALNI OKVIRI IZVOZNOG KREDITIRANJA SA JAVNOM PODRŠKOM¹

Sažetak: *U moderno doba, izvozno kreditiranje sa javnom podrškom je postala skoro nužna i pretpostavljena komponenta u finansiranju izvoza velikog broja zemalja. Predmet analize u radu su pravni aspekti ove forme izvoznog kreditiranja, sa ciljem da se ukaže na potencijalne probleme i ograničenja u ovoj oblasti. U fokusu pažnje su kako pravna pravila nacionalnog, tako i međunarodnog karaktera. Prirodno, posbna pažnja je posvećena stanju naše pravne regulative iz ove oblasti, u cilju utvrđivanja njene korelacija sa odnosnim međunarodnim i nacionalnim pravilima.*

Naša zemlja se suočava s velikim ekonomskim teškoćama, uključujući i značajni spoljnotrgovinski deficit. U tom kontekstu jačanje pravnih i drugih pretpostavki za izvozno kreditiranje sa državnim učešćem, i kod nas se nameće kao nužnost. Postojeći pravno-institucionalno okviri u tom pogledu nisu prepreka, jer značajnije ne odstupaju od pravnog okvira drugih zemalja i usaglašenih pravila na međunarodnom nivou. Međutim, za postizanje optimalnih ciljeva u ovoj neophodno je i stalno jačanje finansijskih kapaciteta, u čemu smo limitirani.

Ključne reči: *izvozno finansiranje, izvozni krediti, OECD, Sporazum o smernicama za izvozne kredite sa javnom podrškom, izvozno-kreditne institucije, naše pravo.*

¹ Rad je posvećen projektu "Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)" koji finansira Pravni fakultet u Novom Sadu.

Veći izvoz se skoro univerzalno posmatra kao vitalni nacionalni cilj.² Njegovo uvećanje, putem koga se obezbeđuju značajni ekonomski efekti, je potreba svake zemlje. Ona je uglavnom vezana za jačanje platno-bilansne pozicije države i rešavanje problema zapošljavanja, kao i ostvarivanje drugih specifičnih ciljeva ekonomskog razvoja.³ Da bi ostvarile zacrtane ciljeve, države sprovode aktivnu politiku podrške uključujući i izvozno kreditiranje. U moderno vreme,⁴ kreditiranje i drugi javni oblici podrške izvozu, je skoro konstanta u međunarodnom poslovanju i njena vrednost se stalno uvećava,⁵ pri čemu se i njihovi motivi modifikuju i prilagođavaju vremenu.⁶ Posebno u kriznim ekonomskim vremenima,⁷ izvozno kreditiranje postaje sve privlačniji instrument za odbranu i poboljšanje tržišnog učešće u stagnirajućem svetskom tržištu.

S obzirom na svoj značaj⁸ i različite pravne i ekonomske implikacije, izvozno kreditiranje je nužno podvrgnuto pravnim pravilima različitog karaktera, kako na nacionalnom, tako na međunarodnom planu. U radu koji sledi, ćemo se upravo posvetiti pravnim aspektima izvoznog kreditiranja, kao posebnog segmente izvoznog finansiranja, sa ciljem da ukažemo na potencijalne probleme i ograničenja u ovoj oblasti. Pravila međunarodnog karaktera će i biti u prvom planu analize koja sledi. Utvrdiće se ciljevi, karakter i sadržina datih pravila, kao i njihov značaj. Nužno je posebnu pažnju posvetiti i nacionalnim pravnim okvirima, posebno stanju naše pravne regulative iz ove oblasti i utvrditi njena korelacija sa odnosnim međunarodnim i nacionalnim pravilima.

² Moravcsik, A.M., *Disciplining trade finance: the OECD Export Credit Arrangement*, International Organization, Volume 43 / Issue 01 / (1989), str. 173.

³ Tako se navodi da povećanje izvoza ojačava američku konkurentnost na stranim tržištima, čime se dodatno uvećava broj zaposlenih. Zackula, S., *Export Finance: Major Programs and Current Issues* St. Louis U. L.J. 17, 1991-1992, str. 17.

⁴ Nagli rast ovih kredita je najpre bio vezan za naftnu krizu sedamdesetih godina prošlog veka, kao odgovor na zaoštrenu konkurenciju na svetskom tržištu.

⁵ Najbolja ilustracija za to je da su 2008. godine članice Bernske unije dale podršku izvozu od rekordnih hiljadu milijardi dolara, što je predstavljalo tada deseti deo vrednosti svetske trgovine.

⁶ Izazovi smanjenje siromaštva, klimatskih promena i adaptacija na ekološki održiv razvoj. Uporedi: Hickie, S. *The Export Credit Renaissance: Challenges for Ecologically Sustainable Development in the Global Economic Crisis*, University of New South Wales Law Journal, The Volume 32 Issue 2 (2009), str. 589.

⁷ Uporedi: Hickie, S., op.cit. str. 587.

⁸ Problem izvoznih kredita je važao, ali ipak nedovoljno cenjeno pitanje međunarodnog pravnog regulisanja u međunarodnoj trgovini. Levi.J.K., *The Dynamics of International Trade Finance Regulation: The Arrangement on Officially Supported Export Credits*, Harvard International Law Journal /2004 / Vol. 45, str. 66.

1. Opšta razmatranja

Finansiranje izvoza (export credit financing) se bitno razlikuje od finansiranja prodaje na domaćem tržištu.⁹ Radi se o širokom pojmu, koji obuhvata izvozni kredit kao sastavni, nezaobilazni segment izvoznog finansiranja (eng. export financing, nem. Ausfuhrfinanzierung), kao i osiguranje izvoznih kredita. Izvozni krediti su finansijski instrumenti koji su direktno vezani za prekograničnu trgovinu,¹⁰ i pod njima se podrazumevaju različiti oblici¹¹ pružanja finansijske podrške izvozu odobravanjem kredita izvoznicima od strane poslovnog bankarstva ili specijalizovanih institucija finansiranja.¹²

Izvori finansiranja izvoza tradicionalno ograničena na institucije koji mogu adekvatno da odgovore finansijskim rizicima u izvoznom poslovanju. To pretpostavlja u prvom redu veće komercijalne banke.¹³ Međutim, njihov angažman zbog rizika¹⁴ koji prati izvoz, često nije moguć ili je skup,¹⁵ što posebno važi za oblast dugoročnih kredita.¹⁶ Kako su kreditni uslovi uz cenu i kvalitet važan element konkurentske prednosti ponuđača, u tim situacijama raste potreba za uključivanjem države u ovu oblast, bez obzira na drugačije stavove.¹⁷ Takvoj potrebi država izlazi u susret putem posebnih programa izvoznih kredita koje realizuju ili u saradnji sa postojećim privatnim institucijama ili formiranjem posebnih, specijalizovanih javnih institucija.¹⁸ Zbog povoljni-

⁹ O diferenciji izvoznog finansiranja od finansiranja na unutrašnjem tržištu, uporedi: Goekjian, S.V., Wayne L. Rev. 499 1963-1964, str. 501.

¹⁰ Uporedi: Dean C. A., The Export-Import Bank of the United States' Battle Against Subsidized Export Credits J. Int'l L. 267 (1991), str. 271.

¹¹ Tu spadaju: kredit isporučio - odobravanje kredita od strane izvoznika direktno inostranom kupcu, gde se na taj način odlaže plaćanje po osnovu ugovora o prodaji; Kredit kupcu - kredit koji finansijska institucija iz zemlje izvoznika odobrava direktno inostranom kupcu ili njegovoj banci za finansiranje isporuka iz zemlje izvoznika - kreditora; Mešoviti krediti - gde se kombinuje kreditiranje sa nekim vrstama pomoći.

¹² U svakom slučaju se uvek podrazumeva odloženo plaćanje kupca. Moravcsik, A.M., op.cit. str. 176.

¹³ Kao izvor finansiranja izvoza, komercijalne banke uglavnom nude samo kratkoročno finansiranje do 180 dana ili manje.

¹⁴ To su prevashodno politički rizici i nedostatak pouzadnih informacija. Goekjian, S.V., op.cit. str. 504.

¹⁵ O faktorima nastanka takve situacije, više: Zackula, S., op.cit. str. 18.

¹⁶ Moravcsik, A.M., op.cit. str. 176.

¹⁷ Kritičari tvrde da za takvim programima ne postoji naročita potreba i da problem malih i srednjih izvoznika nije nedostatak finansiranja, već nedostatak sposobnosti da se dobije komercijalan kredit.

¹⁸ Graham, T., Sources of Export Financing; Ga. J. Int'l & Comp. L. 455 (1984), str. 455.

jih uslova od onih koji se nude na tržištu,¹⁹ takvi od države potpomognuti programi vremenom²⁰ postaju najpoželjnija opcija kreditiranja i skoro neizostavna forma izvozne podrške. Načini i instrumenti kako se to postiže su različiti,²¹ a raznovrsna je i sadržina programa koji se nude izvoznicima. Ona se najčešće se svodi na: refinansiranje nacionalnih izvoznika i proizvođača kroz sistem eskonta-diskonta, bankovnog avansa ili na osnovu ustupanja potraživanja prema inostranstvu ili reeskonta menica, direktno odobravanje kredita zajmoprimca u inostranstvu, izdavanje garancija za izvozne kredite, kreditiranje inostranih vlada u cilju izvoza iz zemlje kreditora i mešovite krediti- koji su kombinacija pomoći i kredita,²² mada postoje i posebni programi.²³ Njihova zajednička odlika je što su povoljniji od komercijalnih aranžmana, što ima određene posledice.²⁴ Država refinansira odobrene kredite po nižim, preferencijalnim kamatnim stopama, a ponekad pokriva i razliku između ove niže i više komercijalne kamatne stope. Isto tako naplaćuju se manje provizije, niži su troškovi i premije osiguranja, a moguće su i druge povoljnosti.

¹⁹ Uporedi: Frenkel, O.-Claude G. B. Fontheim., C.G.B., *Export Credits: An International and Domestic Legal Analysis*, Law & Pol'y Int'l Bus., 1981., str. 1069; Roland P. Wiederaenders, R.P., *Export Financing Options for NAFTA Country Businesses*, NAFTA: Law & Bus. Rev. Am. 51 (1998), str. 5.

²⁰ Davanje državnih izvoznih kredita imalo je svoje korene u posleratnoj eri. U to vreme, rekonstrukcija i obnova Evrope i Japana je stvorila veliku tražnju za kapitalnim dobrima. U početku izvozni krediti su prvenstveno koristile razvijene zemlje da podrže prodaju u zemljama u razvoju. Prvobitno, cilj je bio i da se obezbedi pomoć manje razvijenim zemljama. U poslednje vreme, izvozni kredit se prvenstveno koristi da podrži trgovinu visoko tehnoloških proizvoda i investicione teške između razvijenih zemalja. Vidi: Fernald, M.D., *Export Credits: The Legal Effect of International and Domestic Efforts to Control Their Use*, *Boston College International and Comparative Law Review*, 1984, str. 436.

²¹ Više: Fernald, M.D., op.cit str. 437 i dalje; Frenkel, O.-Claude G. B. Fontheim., C.G.B., op.cit.str. 1070-1071.

²² U praksi, teško je razlučiti koje su prirode ovi krediti. Ipak se smatra da su vezani krediti više potpomaganje izvoza, a manje stvarna pomoć manje razvijenim zemljama. Po mišljenju američkog trgovinskog zvaničnika, razvojna pomoć je samo "cinična forma" za veće subvencionisanje izvoza. Uporedi: Dean C. A., op.cit. str. 272, 275; Fernald, M.D., op.cit str. 452.

²³ Nude se i specijalni programi koji poboljšavaju paket finansiranja, što kao: podrška stranih sadržaja, podrška lokalnih sadržaja, osiguranje od rizika deviznog kursa, inflacije, kao i mešoviti krediti, koji kombinuju različite oblike pomoći sa kreditom. Frenkel, O.-Claude G. B. Fontheim., C.G.B., op.cit. str. 1070.

²⁴ Na taj način subvencija postaje implicitan sadržaj izvoznih kredita. Moravcsik, A.M., op.cit. str. 177.

2. Sporazum o smernicama za izvozne kredite sa javnom podrškom

Iako su izvozni krediti zbog svoje povoljnosti postale sastavni element međunarodne trgovine koji podstiče međunarodnu trgovinu i u jednom delu olakšavaju teret duga manje razvijenih zemalja primalaca kredita,²⁵ ipak su prisutne i negativne posledice izvoznog kreditiranja. Pored toga što se vide i kao skupi instrumenti rasipništva države i u konkurentskoj spirali postaju sve skuplji, oni mogu potencijalno biti oblik nelojalne konkurencije koja može izazvati poremećaje u međunarodnoj trgovini i time negativno uticati na ekonomsku efikasnost. Njihovo posmatranje kao oblik negativnog uplitanja države u privrednu konkurenciju i njenog dodatnog iskrivljavanja, dovelo je do zalaganja za njihovom eliminacijom kao elementa konkurencije u izvozu. Takav stav je tradicionalno bio prisutan u SAD, gde se državno podržani izvozni krediti smatraju iskrivljavanjem normalnih međunarodnih trgovinskih tokova,²⁶ za razliku od stavova evropskih zemalja, posebno Francuske.²⁷ S obzirom na njihovo korišćenje može imati odlučujući dugoročni efekat po raspodelu bogatstva i moći u međunarodnom ekonomskom sistemu,²⁸ bilo je neophodno da se i na međunarodnom planu utvrde pravila korišćenja izvoznih kredita uz pomoć države.

Kontinuirani efektivni naponi da se ograniči međusobna konkurenciju i pokušaju smanjiti sve veći izdaci država za svrhe izvoznog kreditiranja su se prevashodno koncentrisali u Organizaciji za ekonomsku saradnju i razvoj (OECD).²⁹ Kao rezultanta dugogodišnjih pregovora³⁰ unutar ove organizacije, u vreme zaoštrenih međunarodnih ekonomskih odnosa, 1979. godine je stupio na snagu tzv. konsenzus, tj. Sporazum o smernicama za izvozne kredite sa javnom podrškom (Arrangement on Guidelines for Officially Supported Export Credits).

Osnovna namena OECD Sporazuma nije da onemogući izvozne kredite, već da disciplinuje njihovo korišćenje, održi zdravu konkurenciju³¹ i podstakne međunarodnu trgovinu putem definisanja uslova kreditiranje sa

²⁵ Dean C. A., op.cit. str. 270- 271.

²⁶ Graham, T., op.cit. str. 463.

²⁷ Frenkel, O.-Claude G. B. Fontheim., C.G.B., op.cit. str. 1085.

²⁸ Uporedi: Moravcsik, A.M., op.cit. str. 173. —moravcik-173 ; Graham, T., op.cit. str. 470.

²⁹ Međunarodna saradnja za upravljanje politikom izvoznih kredita počela je već 1934. godine u okviru Bernske unije, tj. u Savezu osiguravača za kontrolu međunarodnih kredita.

³⁰ Grupa je osnovana 1963. godine kao forum za diskusiju. Fernald, M.D., op.cit. str. 422.

³¹ Levi, J.K., op.cit. str. 66.

rokovima otplate dužim od dve godine. Predmet regulisanja su visina kamatne stope (određivanje minimalnih kamatni stopa), dužina rokova otplate kredita, visina gotovinskog udela kupca, regulisanje lokalnih troškova, tretman državne pomoći. Osim ovih pravila „discipline“, insistira se i na transparentnosti, putem obavezne, mada ograničene, razmena informacija o kreditnoj praksi.³²

Sporazum je plod kompromisa i dijaloga, što je jedan od njegovih bitnih odlika, čemu je i prilagođena i forma i priroda dokumenta. Njegovo neformalno označenje kao konsenzus, slikovito i odslikava i njegovu suštinsku odliku. Pored tog sporazum ima i sektorski karakter. Naime, pored opštih pravila, postoje i posebna pravila, kojim se pokrivaju pojedini privrednim oblastima,³³ čime je prilagođavan specifičnim potrebama određenih komercijalnih delatnosti.³⁴ Na taj način je uspeo i da pokrije skoro sve relevantne industrijske civilne sektore.

Isto tako, sporazum je elastičan fleksibilan instrument, u to u dva pravca. Prvo on se dinamično prilagođavao potrebama vremena,³⁵ što mu je omogućila njegova meka priroda. Od 1978. godine kada je donesen, do je danas pretrpeo veliki broj izmena, a poslednja datira od 21. decembra 2007. godine,³⁶ sa ciljem prilagođavanja promenjenim okolnostima i onemogućavanju njegovog prikrićenog izigravanja.³⁷

Izmene su išle u pravcu smanjena izdvajanja kamata, regulisanja vezane pomoći, pojednostavljenja teksta, kao i uvođenjem određenih sektorskih pravila. Istovremeno, i njegova pravila su učinjena fleksibilnim i dinamičnim, jer je omogućeno automatsko prilagođavanje pravila, bez posebnih procedura, i to u pogledu kamatnih stopa i klasifikovanja zemalja po razvijenosti.

Pravna priroda sporazuma je veoma specifična i kao skoro kao da nema pandan u pravu međunarodne trgovine. I sam naziv u neku ruku može upućivati da se ne radi o aktu ugovornog karaktera. Imajući u vidu sadržinu datog dokumenta, pravilnije bi ga bilo nazvati OECD Konsenzus, nego OECD Sporazum, budući da ovde i nije reč o sporazumu u pravom smislu te reči. I u njegovom uvodnom delu je navedeno da se radi o „džentlmenkom sporazumu“ među učesnicima, što i odgovara funkciji i

³² Moravcsik, A.M., op.cit. str. 178.

³³ Oni se odnose na brodove, civilne vazduhoplove i nuklearne elektrane.

³⁴ Uporedi: Chan., M New OECD Sector Understanding on Export Credits for Civil Aircraft, Law & Fin. Mkt. Rev., 2007.

³⁵ Levi.J.K., op.cit. str. 67.

³⁶ Dean C. A., op.cit. str. 282; Graham, T., op.cit. str. 471.

³⁷ Više: Moravcsik, A.M., op.cit. str. 190; Levi.J.K., op.cit. str. 101.

karakteru OECD,³⁸ koji primarno i nema zadatak kreiranja pravnih pravila.³⁹ Suštinski gledano, radi se o neobavezujućem razumevanju među glavnim izvoznim zemljama te organizacije,⁴⁰ koji ne prati ni formalno obavezivanje zemalja učesnica. To je konsenzus, kod koga ne postoje formalne procedure glasanja ili izmena i dopuna.

Koncipiranje sporazuma kao neobavezujućeg međunarodnom aranžmana⁴¹ se opravdava potrebom olakšavanja postizanje sporazuma i izbegavanja dugog proces ratifikacije od strane zemalja učesnica.⁴² Rezultat je bio aranžman bez "zuba", koji nema system za rešavanje sporova, a niti postoje formalne sankcije za kršenje pravila.⁴³ Sa institucionalne tačke gledišta, njegovo izvršavanje ne prati formalizovan organizacioni aparat, iako uživa administrativnu podršku Sekretarijata OECD. U skladu sa navedenim karakteristikama, sporazum bi najpre mogao pripadati jednom difuznom sistemu mekog prava, što je i čest stav pravne literature.⁴⁴

Aranžman je jedinstven i po tome što omogućava učesnicima, za razliku od drugih međunarodnih dokumenata, jednostrano odstupanja od njegovih pravila. Naime, kao što naslov sugerise, minimalne i maksimalne kamatne stope otplate ili uslovi kreditiranja su samo smernice⁴⁵ i svaki učesnik može jednostrano da odluči da odstupa od njih, bez obrazloženja. To znači da zemlja koja želi da ponudi niže stope ili duže uslove za kreditiranje to može legitimno da uradi u skladu sa sporazumom, pri čemu je dužna jedino da u određenom roku obavesti ostale zemlje učesnice o svojoj nameri. One mogu tražiti konsultaciju o tome. Nakon isteka deset dana (ili dvadeset - ako su zahtevane konsultacije), svaki učesnik koji odstupa, može krenuti u realizaciju kredita. Navedeni rokovi za obaveštavanje daje drugim zemljama priliku da se ravnopravno uključe u konkurenciju i svoje uslove upodobe povoljnijim, kojim se odstupa od sporazuma,⁴⁶ pod uslovom da u tom pogledu mogu biti konkurentne.⁴⁷ Sve dok uče-

³⁸ OECD ima važnu, ali ali i uglavnom nepriznatu ulogu kao kreatora kao zakonodavnog tela. Više: Salzman, J., *The Organization for Economic Cooperation and Development's Role in International Law*, *The Geo. Wash. Int'l L. Rev.* .2011, str. 256.

³⁹ Wolfe., R., *The OECD Contribution to the Evolution of Twenty-First Century Trade Law*, *The Geo. Wash. Int'l L. Rev.*, 2011. str. 278.

⁴⁰ Graham, T., op.cit. str. 470-471,

⁴¹ Frenkel, O.-Claude G. B. Fontheim., C.G.B., op.cit. str. 1086.

⁴² Fernald. M.D., op.cit. str. 446.

⁴³ Wolfe., R., op.cit. str. 279-280.

⁴⁴ Levi. J.K., op.cit. str. 67.

⁴⁵ Aranžman izričito priznaje da su ove stope namenjene kao smernice i da utvrđene kamatne stope treba tumačiti kao gornji graničnik.

⁴⁶ Frenkel, O.-Claude G. B. Fontheim., C.G.B., op.cit. str. 1085.

⁴⁷ Frenkel, O.-Claude G. B. Fontheim., C.G.B., op.cit. str. 1074.

snik postupa u skladu sa navedenim procedurama, njegovo postupanje ostaje u granicama sporazuma.

Iako navedena pravila o odstupanju ugrožavaju potencijalnu efektivnost aranžmana, ipak ona u suštini, insistiranjem na transparentnosti, obaveštavanju i konsultacijama, jačaju poziciju njegovih učesnika, Time ta pravila dobijaju karakter zaštitnih mehanizma zemalja učesnica i obezbeđenja fer konkurencije u ovoj oblasti.

Ukoliko bi se pokušao sumirati domašaj i efektivnost navedenog sporazuma, može se reći da je navedeni sporazum OECD i pored svoje limitiranosti, generalno uspešan i efikasan system pravila, sa vrlo malo odstupanja i kršenja,⁴⁸ za razliku od drugih međunarodnih aranžmana. To potvrđuju i empirijski podaci.⁴⁹ Odredbe Sporazuma, osim zemalja članica OECD-a i zemalja članica EU, uticale su i na praksu svih drugih agencija, zemalja nečlanica OECD. Aranžman je uspeo da stabilizuje međunarodnu konkurenciju u ovoj oblasti, ali po stopama koje su ostale daleko ispod tržišne cene. Međutim, kao i kod drugih međunarodnih dokumenata, nije lako objasniti faktore njegove uspešnosti ili neuspešnosti.⁵⁰ Najčešće se oni vide u njegovom pragmatizmu, elastičnosti i neformalnosti, na osnovu čega je izrastao međunarodni regulatorni okvir koji zasluži poštovanje.⁵¹ Tim više što to uopšte nije bio lak zadatak, posebno u svetlu činjenice da OECD aranžman u suštini "kartel" dizajniran da ograniči političku ekonomsku utakmicu između kreditnih agencija zemalja učesnica, a koji je po svojoj prirodi sklon razvrgavanju. To suštinski pokazuje da takav, kakav je, suštinski odgovara svim učesnicima, jer na kraju kajeva štiti izvoznike od eksploatacije uvoznika, po osnovi izvoznih kredita sa javnom podrškom.⁵²

Naravno, sporazum ima i svoje negativne strane. On ne zabranjuje izvozne kredite sa javnom podrškom, već samo disciplinuje njegovo korišćenje, putem utvrđivanja pravila i uslova za njihovo korišćenje. Upravo ova njegova suštinska odrednica se i kritikuje, jer se smatra da kao takva, favorizuje zemalja bez većih budžetskih ograničenja za programe izvoznog kreditiranja.⁵³

Kada govorimo o nadnacionalnom pristupu ovoj materiji, osim, OECD, za nas je od posebnog značaja i odnos Evropske unije prema statusu

⁴⁸ Moravcsik, A.M., op.cit. str. 202.

⁴⁹ Levi.J.K., op.cit.str. 66-67.

⁵⁰ Wolfe., R., op.cit. str. 280.

⁵¹ Levi.J.K., op.cit.str. 68-60.

⁵² Moravcsik, A.M., op.cit. str. 203.

⁵³ Graham, T., op.cit. str. 472-473.

i regulaciji izvoznih kredita sa javnom podrškom. On je višeslojan. Generalno gledano, iako međunarodni sporazumi i pravo Evropske unije nameću značajna ograničenja u finansiranju izvoza, pri čemu su ona značajno svebuhvatnija za kreditiranja od onih za osigurnaje izvoza, oni ipak ostavljaju prostor za izvozne kredite i subvencioniranje izvoza.⁵⁴ Po pravilu, Evropska unija isključuje izvozne kredite za izvoz u druge zemlje članice. Izvozni kredit prema zemljama nečlanicama su mogući, ukoliko ne utiču na konkurenciju između članica EU i kada su u skladu sa međunarodnim obavezama, u ovom slučaju i sa sporazumom OECD, u čijem kreiranju su učestvovalе ekonomski najznačajnije zemlje te grupacije. Na taj način su posrednim putem, preko sporazuma OECD, a posle dugotrajnih sporenja,⁵⁵ u Evropskoj uniji standardizovani uslovi za izvozne kredite sa javnom podrškom. S druge strane, svaka država članica je zadržala svoj institucionalni sistem izvoznog kreditiranja, iako su postojala i drugačija zalaganja.⁵⁶

3. Pravno-institucionalni okvir izvoznog kreditiranja u našoj zemlji

U moderno vreme,⁵⁷ izvozni krediti sa zvaničnom državnom podrškom se najčešće realizuju putem posebnih agencija za izvozno kreditiranje. Sve razvijene zemlje imaju jednu ili više institucija koje se bave kreditiranjem izvoza, ali posebno kompleksan i specifičan sistem iz ove oblasti postoji u SAD,⁵⁸ za razliku od prakse u evropskim zemljama.⁵⁹ Vremenom su one postala skoro nužna i pretpostavljena komponenta u finansiranju izvoza velikog broja zemalja.

⁵⁴ Regulativa EU u oblasti finansiranja izvoza je uglavnom okrenuta osiguranju izvoznih poslova. O razvoju pristupa ove organizacije izvoznom kreditiranju, uporedi: Simon, D., EEC Law – Export Credits – Community has Exclusive Power to Negotiate Export Credit Agreements, *Int'l Trade L.J.*, 1977.

⁵⁵ Simon, D., op.cit. str. 267.

⁵⁶ Postoje i mišljenja da bi izvozno kreditiranje mogao pratiti sistem uspostavljanja tzv. Evropske agencije za za izvozne kredite, poput američke Eskimbanke, ali se ocenjuje da on nije realan, zbog različitih interesa zemalja članica Evropske unije i tehnokratske tromosti njenih organa.

⁵⁷ One nisu samo kreacije novijeg doba. Izvozno finansiranje se prvi put pojavilo još 1919, kada je britanska vlada osnovala Odeljenje za izvozne garancije. U roku od jedne decenije, izvozne kreditne agencije su osnovane u Francuskoj, Španiji i Italiji.

⁵⁸ Šire o ovom konceptu i njegovom razvoju: Bryant, D.B., *The Export-Import Bank: It's History, Function, and the Reauthorization Act's Impact on the United States and Latin America*, *Law and Business Review of the Americas*, 2003, str. 743 i dalje.

⁵⁹ Više o nemačkoj praksi u ovoj oblasti: Harries, H., *Co-Financing between Public and Private Institutions for Development Financing: The Practice of the German Development Finance Bank as a Public Institution*, *Am. U. L. Rev.* (1982-1983) str.11-112.

Potreba za izvoznim kreditima sa javnom podrškom prirodno je prisutna i na našim prostorima. Iako je prvi sistem finansiranja izvoza nastao već 1957. godine, o postojanju efektivnijeg sistema izvoznih kredita možemo govoriti tek od 1967. godine kada je osnovan Fond za kreditiranje i osiguranje izvoznih poslova. U suštinskom smislu, taj sistem je funkcionalno zaživeo od 1979. godine, kada poslove Fonda preuzima Jugoslovenska banke za međunarodnu ekonomsku saradnju – JUBMES.⁶⁰ U periodu trajanja državne zajednice Srbije i Crne Gore, problemima kreditiranja, finansiranja i osiguranja izvoznih poslova, bavio se Fond za finansiranje i osiguranje izvoznih poslova (Serbia and Montenegro Export Credit Agency-SMECA). Sa osamostaljivanjem Srbije, kreditiranje i finansiranje izvoza povereno je Agenciji za osiguranje i finansiranje izvoza – AO-FI. i Agenciji za strana ulaganja i promociju izvoza (Serbian Investment and Export Credit Agency-SIEPA).

Rad i poslovanje agencija za izvozno kreditiranje su pokriveni nacionalnom pravnom regulativnom kojom se reguliše organizaciju i način poslovanja takvih institucija, a sve sa ciljem da se uspostavi kontrola nad trošenjem javnog, odnosno državnog novca i obezbedi njihova optimalna funkcionalnost.⁶¹ U našem pravu to je učinjeno zakonom Zakonom o agenciji za osiguranje i finansiranje izvoza Republike Srbije a.d,⁶² koji zajedno sa Odlukom o uslovima kratkoročnog kreditiranja i visini kamatnih stopa i provizija iz 2009. godine čine pravni okvir za ovu oblast u našoj zemlji.

S obzirom na namere naše zemlje da pristupi Evropskoj uniji, postavlja se pitanje usklađenosti naše pravne regulative sa njenim relevantnim pravilima. Kako su u zemlje EU aktivni učesnici sporazuma OECD, a on je sam po stepenu prihvaćenosti vremenom postao međunarodni standard za ovu problematiku, samim tim je postao referentan i za naše prave. S obzirom da je on striktno usmeren samo ka uslovima izvoznog kreditiranja, čiji je osnovni cilj da se spreči nelojalna konkurencija između agencija iz zemalja članica EU, svi ostali aspekti ove materije nisu predmet usklađivanja, tako da naša zemlja može samostalno regulisati ostale aspekte ove materije, posebno one vezane za institucionalno-organizacioni aspekt i sistem fiksiranja izvoza uopšte.

U uporednom pravu, ne postoji uniformni pravni model institucionalnog sistema kreditiranja izvoza sa javnom podrškom. Iako izvozne

⁶⁰ Do početka devedestih godina bila je jedina izvozno-kreditna agencija u regionu Istočne i Centralne Evrope.

⁶¹ Uporedi: Zakon o zavarovanju in financiranju mednarodnih gospodarskih poslov (Uradni list RS, št. 2/2004, 56/2008- ZSIRB)

⁶² Službeni Glasnik Republike Srbije br.61/2005. od 15.07.2005. godine.

kreditne agencije u industrijskim zemljama dele slične funkcije, one nemaju iste političke mandate i institucionalni kapacitet,⁶³ a razlikuju se po svojoj organizacionoj i vlasničkoj strukturi. Države u skladu sa svojim interesima i tradicijom uspostavljaju svoje modele koji uključuje različite angažmane i upliv države,⁶⁴ ali najčešće odvojene u upravljanju od njih.⁶⁵ U organizacionom pogledu, one mogu biti deo državnog aparata (Japan i Velika Britanija), posebne državne agencije (Exim bank-SAD), institucije privatnog kapitala pod uticajem države (Nemačka) ili javnoprivatna udruženja (Francuska).

U navedenom pogledu, naša zemlja, je kao i većina drugih zemalja razvila svoj model, koji nije imao striktnog uzora u uporednom pravu, već je više naslonjen na sopstvenu tradiciju u ovoj oblasti. To je podrazumevalo da je funkcija izvoznog kreditiranja sa javnom podrškom poverena državnoj agenciji, koje je osnovala država radi podsticanja i unapređenja izvoza i razvoja ekonomskih odnosa sa inostranstvom, koja je i obezbedila osnivački kapital u iznosu od 25 miliona evra.⁶⁶ Zadatak Agencije je da, u cilju strateškog poboljšanja uslova poslovanja izvozne privrede i promene strukture izvoza Republike Srbije, zajednički deluje sa svim razvojnim, finansijskim i ostalim institucijama, ali i sa privatnim stranim kompanijama i institucijama kada za to postoji zajednički interes.

Ni u funkcionalnom smislu, tj. u pogledu funkcija, poslova i instrumenata izvoznog kreditiranja, nema značajnijih odstupanja od uporedno-pravne prakse, ni posebnih pravnih ograničenja. U funkcionalnom smislu, ove institucije mogu obavljati i poslove osiguravanja izvoza i niz pratećih delatnosti u vezi sa izvozom ili se baviti samo kreditiranjem izvoza. Što se tiče polja delovanja, AOFI se bavi, kako kreditiranjem i tako osiguranjem izvoza, što je model koji je prisutan u SAD kod Ex-Im banke, u Kanadi kod Export Development Canada – EDC, u Slovačkoj kod Slovene Export Corporation - SEC i u Holandiji kod ATRADIUS N. V.⁶⁷

⁶³ Moravcsik, A.M., op.cit. str. 194.

⁶⁴ Najnovije formirane agencije neretko za uzor imaju američku Eskim banku. Graham, T., op.cit. str. 461.

⁶⁵ O sistemu izvoznog finasiranja zemalja članica NAFTE: Wiederaenders, R. P., op.cit. str. 54 i dalje.

⁶⁶ Sredstva im osigurava država, velike banke, zainteresovana preduzeća ili se ona pribavljaju na finansijskom tržištu. Deo sredstava pribavlja se na finansijskom tržištu; pozajmnicama, prodajom obveznica i drugih zadužnica, diskontom menica, pozajmnicama od državnog trezora, od domaćih štednih i kreditnih ustanova i na evrotržištu. Neka uporednao-pravna iskusva o izvorima sredstava: Fernald. M.D., op.cit. str. 4370.; Frenkel, O.-Claude G. B. Fontheim., C.G.B., op.cit. str. 1070-1071.

⁶⁷ Postoje agencije koje vrše isključivo osiguranje izvoza, dok su aktivnosti kreditiranja prepuštene bankarskom sektoru. Takve agencije su: Office National du

Agencije za izvozne kredite su prevashodno usmerena ka srednjeročnom ili dugoročnom finansiranju, gde je i najmanje prisutno komercijalno bankarstvo. Suprotno tome, praksa naše agencije za finansiranje izvoza je usmerena ka kratkoročnim izvoznim kreditima. Ovo odstupanje je naših stvarnih materijalnih mogućnosti da se podstakne naš izvoz, a ona su u ovoj fazi relativno skromna, te nisu u mogućnosti da se kreditnim uslovima konkuriše sistemima razvijenih zemalja. Iz tih razloga naši izvoznici još uvek imaju na raspolaganju kratkoročne, umesto srednjoročnih i dugoročnih kredita, koji su i najčešće prisutni kod ovih agencija u razvijenim zemljama. To je i nazadak u odnosu na ranije prisutne koncepte, posebno kod JUBMES banke.⁶⁸ Agencija odobrava kratkoročne dinarske kredite sa rokom otplate do godinu dana. Kada je u pitanju finansiranje izvoza, Agencija ga vrši na nekoliko načina i to prevashodno kao direktno kreditiranje, gde Agencija obezbeđuje kratkoročne kredite izvozniciima pod uslovom ispunjenja strogih kriterijuma pri oceni kreditne sposobnosti, koji su grupisani u opšte i posebno obavezujuće uslove za kreditiranje.⁶⁹ Ona vrši i poslove refinansiranja izvoznih kredita banaka, kao i sufinansiranje izvoznih poslova sa bankama i drugim finansijskim institucijama, pod uslovima predviđenim u pomenutoj odluci.

Ducroire (Belgija), Servizi Assicurativi del Commercio Estero - SACE (Italija), ECGD (Velika Britanija), Guarantee Institute for Export Credit - GIEK (Norveška) S druge strane, postoje i sistemi gde postoje agencije koje osiguravaju izvozne poslove, a čije aktivnosti su podržane od strane specijalnih agencija koje finansiraju izvoz. Tako u Francuskoj COFACE vrši osiguranje dok Natexis finansira izvoz. U Nemačkoj HERMES osigurava izvozne poslove, a KfW finansira izvoz, dok u je Švedskoj Exportkreditnämnden - EKN zadržan za osiguranje, a AB Svensk Exportkredit – SEK za izvozno kreditiranje.

⁶⁸ JUBMES banka je osnovana kao specijalizovana finansijska institucija, koja je putem dopunskog kreditiranja (refinansiranja) i osiguranja izvoza od nekomercijalnih rizika, bila ovlašćena da podstiče srednjoročne i dugoročne izvozne poslove i unapređuje dugoročnu proizvodnu, investicionu i finansijsku saradnju domaćih preduzeća sa stranim partnerima.

⁶⁹ Opšti obavezujući uslovi su: posedovanje ugovora o zaključenom spoljnotrgovinskom poslu sa ino-kupcem; ostvaren izvoz u vrednosti od najmanje EUR 300.000,00 u prethodnoj godini ili drugi odgovarajući proporcionalni iznos ostvaren u tekućoj godini do trenutka podnošenja zahteva, uz posedovanje ugovora čiji je predmet izvozni posao u vrednosti od najmanje EUR 300.000,00 u tekućoj godini; ostvaren pozitivan neto rezultat poslovanja u prethodnoj godini; učešće robe domaćeg porekla od najmanje 51% u vrednosti robe koja je predmet izvoza i finansiranja. S druge strane, posebni obavezujući uslovi su: pozitivna ocena boniteta zajmotražioca; pozitivna procena rentabilnosti izvoznog projekta pozitivna ocena kvaliteta - sigurnosti sredstava obezbeđenja

Zaključak

Naša zemlja se suočava s velikim ekonomskim teškoćama, uključujući i značajni spoljnotrgovinski deficit. U tom kontekstu jačanje pravnih i drugih pretpostavki za izvozno kreditiranje sa državnim učešćem, i kod nas se nameće kao nužnost. Postojeći pravno-institucionalno okviri u tom pogledu nisu prepreka, jer značajnije ne odstupaju od pravnog okvira drugih zemalja i usaglašenih pravila na međunarodnom nivou. Međutim, za postizanje optimalnih ciljeva u ovoj neophodno je i stalno jačanje finansijskih kapaciteta, u čemu smo limitirani.

*Drago Divljak, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Legal-Institutional Framework of Export Loan Based Financing with Public Support

Abstract: *In contemporary times, export loan based financing with public support has become almost a necessary and assumed component in financing of export of a large number of countries. The subject of the analysis in this paper are legal aspects of this form of export financing and its aim is to indicate potential problems and limitations in this field. Legal rules of both national and international character are in the focus of attention. Naturally, a special attention is paid to the state of affairs in our legislation in this field since the aim is to establish it's correlation with the relevant international and national rules.*

Our country is faced with serious economic difficulties, including a significant foreign trade deficit. In this context, strengthening of legal and other assumptions for export financing with participation of the state is imposing itself as necessity in our country as well. The existing legal-institutional frameworks are not the obstacle in that respect since they do not deviate significantly from legal framework of other countries and harmonised rules at the international level. However, the accomplishing of the optimum objectives in this field requires constant strengthening of financial capacities, the aspect we are limited in.

Key words: *financing of export, export loans with public support, OECD, Arrangement on Guidelines for Officially Supported Export Credits, export-crediting institutions, our law*

*Dr Senad Jašarević, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

RADNI ODNOS – TENDENCIJE U PRAKSI I REGULATIVI¹

Sažetak: *Radni odnos je centralno pitanje radnog prava. Radni odnosi predstavljaju jedan od temelja savremene ekonomije. Značajne društvene i ekonomske promene u svetu uslovile su da se pojavi veliki broj novih – atipičnih vidova radnog angažovanja, koji su doveli u pitanje postojeći koncept radnog odnosa. U radu se prikazuju promene, problemi i tendencije koje se danas javljaju u oblasti uređenja radnog odnosa. Cilj je da pokažemo da koncept stabilnog radnog odnosa nema alternativu.*

Cljučne reči: *rad, radni odnosi, fleksibilizacija radnih odnosa*

1) UVOD

Radni odnos je centralno i verovatno najsloženije pitanje radnog prava. Radni odnosi predstavljaju jedan od temelja savremene ekonomije. Dominantan deo proizvodnog, uslužnog, stvaralačkog i svakog drugog rada koji ima za cilj da obezbedi potrebna dobra i usluge u modernom društvu, ostvaruje se u okvirima odnosa zaposleni – poslodavac, čiji je pravni izraz radni odnos. „Radno pravo je od svojih početaka bilo koncentrisano na uspostavljanje statusa zaposlenosti kao ključnog faktora oko kojeg su se razvijala prava (zaposlenih), sa ciljem da se na taj način izravna ekonomska i socijalna nejednakost u radnom odnosu, svojstvena toj grani prava.“²

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.“

² Preuzeto iz dokumenta EU: *Green paper, Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century*, Commission of the European Communities, Brussels,

Usled velikih promena u oblasti savremene ekonomije postojeća koncepcija radnih odnosa, na kojoj je poslednjih stotinak godina počivalo poslovanje u svetu, dovodi se u pitanje. Funkcionisanje i uređenje radnih odnosa doživljava ozbiljne promene i osporavanja, sve do pokušaja da se ideja stabilnog radnog odnosa potpuno odbaci, kao prevaziđena. To se navodno čini u najboljim namerama, kako bi se očuvala zaposlenost. Međutim, narušavanjem stabilnosti radnog odnosa, zaposleni gube zakonsku i drugu zaštitu, dolazi do urušavanja njihovog životnog standarda i dostojanstva, slabi zaštita zdravlja i bezbednosti na radu, podriva se socijalno osiguranje radnika i njihovih porodica i mnogo toga što indirektno proizilazi iz statusa zaposlenosti. U društvu se povećava nivo raslojenosti stanovništva, socijalne izolacije i socijalne patologije (alkoholizam, narkomanija, nasilje, kriminalitet, društveni sukobi).

Cilj ovog rada nije da u celini prikažemo institut radnog odnosa, budući da bi to u današnjim okolnostima bilo nemoguće, a u radu ovog obima i neizvodljivo. Promene u strukturi modernog društva su ovaj institut do te mere relativizovale, da je izuzetno teško dati potpunu i konačnu definiciju radnog odnosa. Radi se o dinamičnom pravnom institutu, koji se neprekidno prilagođava društveno-ekonomskim i nacionalnim okolnostima, pa i potrebama.³ Takođe, u pitanju je složena društvena pojava. Radni odnos je, kao takav, bio predmet brojnih monografija, studija, doktorskih disertacija, pa su čak i neki elementi radnog odnosa bili tema posebnih naučnih dela.⁴

Naš cilj je da ukažemo na značaj kvalitetnog i stabilnog uređenja radnog odnosa. Uz to, pokušaćemo da prikažemo promene, probleme i tendencije koje se javljaju u oblasti uređenja radnog odnosa, kao i na perspektive i moguća rešenja.

22.11.2006, COM(2006) 708 final, dostupno na: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2006/com2006_0708en01.pdf; deo 2.

³ Npr. u radnom pravu EU pojam zaposlenih, odnosno lica obuhvaćenih radnim odnosom, u pojedinim njegovim segmentima se drugačije shvata. Najširi je kada se radi o slobodi kretanja radne snage, a drugačijeg je obima kada su u pitanju sistem socijalne sigurnosti, princip jednakosti ili zaštita zdravlja i bezbednosti na radu. Videti više: N. Contouris, *The Changing Law of the Employment Relationship. Comparative Analyses in the European Context*, Ashgate Book, England, 2007, str. 3. 172, 177, 179, 185, 197.

⁴ Neke od stranih monografija pominjemo u kasnijem tekstu, a primeri u našoj literaturi su: P. Jovanović, *Zasnivanje radnog odnosa*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 1983; B. Šunderić, *Radni odnos (teorija, norma, praksa)*, Kultura, Beograd (godina izdavanja nije navedena, oko 1990); LJ. Kovačević, *Pravna subordinacija u radnom odnosu i njene granice*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013.

2) NASTANAK, POJAM I EVOLUCIJA RADNOG ODNOSA

Današnji koncept radnog odnosa nije lako, ni brzo zaživeo. Kada su tadašnji radni odnosi, u početku - odnosi između gazda i slugu,⁵ odnosno, lica angažovanih da za gazdu u dužem periodu za najamninu obavljaju određene poslove, postali masovniji (kraj 18. i početak 19. veka), javljaju se i prvi sudski sporovi (najpre u Britaniji). Sudovi su bili zbunjeni, ne znajući kako da tretiraju ovaj novi pravni odnos. Prvi slučaj u kojem se pominje ovakav problem bio je slučaj „Buš protiv Stejmana“, iz 1799. godine, u kojem se postavilo pitanje postojanja radnog odnosa, odnosno, odgovornosti poslodavca za štetu koju je trećem licu učinio zaposleni.⁶ Kasnije se, iz sličnih razloga ili povodom povreda na radu, javlja niz novih sudskih slučajeva, da bi negde sredinom 19. veka prve presude potvrdile odgovornost poslodavca prema zaposlenom ili odgovornost gazde za radnje radnika prema trećem licu. Smatra se da je granični slučaj presuđen 1855. godine u Britaniji, kada je sud utvrdio odgovornost gazde za štetu počinjenu krivicom zaposlenog lica prema trećem (slučaj: Sadler protiv Henloka).⁷ U SAD je prvi sudski spor kada je utvrđeno postojanje radnog odnosa bio: „Bosvel protiv Lerda (*Boswell v. Laird*)“, iz 1857 godine.⁸

Da bi se procenilo da li je neko lice u radnom odnosu, koristio se tzv. test kontrole (control test), koji se i danas primenjuje od strane sudova u svetu. Procenjivano je da li je lice koje je radilo za nekoga, posao obavljalo po nalogima i pod kontrolom tog lica. To je ukazivalo da je u pitanju poseban pravni odnos, koji je vremenom bio regulisan posebnim ugovorom - „ugovorom o radu“ i bio nazvan radni odnos.

Pored sudske prakse, na uobličavanje koncepcije radnog odnosa značajno će uticati i regulativa o obaveznom socijalnom osiguranju zaposlenih i propisi koji uvode obavezu poslodavca da zaposlenom isplati štetu u slučaju povrede na radu (koji se npr. u Nemačkoj donose 1881, 1883.

⁵ U to vreme na engleskom jeziku su za ova lica korišćeni pojmovi: gazda i sluga – „master“ i „servant“.

⁶ Slučaj: *Bush v. Steinman*, Bos. & Pul. 404 at 409, 126, Eng. Rep. 978 (1799). Videti više u: G. M. Stevens, *The Test of the Employment Relation*, Michigan Law Review, Vol. 38, No. 2, Dec., 1939, str. 95.

⁷ Gore navedeni slučaj vodi se kao: El. & Bl. 570, 119 Eng. Rep. 209 (1855). Bilo je i nekih ranijih slučajeva, iz 1838. i 1840. u kojima se sud takođe bavio utvrđivanjem radnog odnosa, ali ipak nije bilo potvrđeno njegovo postojanje (slučaj: *Randleson v. Murrau* – 1838; *Milligan v. Wedge* – 1840). Presude: 8 Adol. & El. 109, 112 Engl. Rep. 777 (1838); 12 Adol. & El. 737, 113 Engl. Rep. 993 (1840). Videti više u: G. M. Stevens, op. cit, str. 190, 191, 192.

⁸ 8 Xal. 469, 68 Am. Dec. 345 (1857). 3/194

i 1889, u Engleskoj 1880. i 1897. godine, Francuskoj 1889).⁹ Ipak, stanovište o postojanju radnog odnosa se jasno iskristalisalo tek početkom 20. veka, a smatra se da je radni odnos, onakav kako ga danas vidimo (kao „bipolarni“ - dvostrani odnos zaposlenog i poslodavca, koji se reguliše ugovorom o radu, na osnovu koga zaposleni i poslodavac imaju određena prava i obaveze), u svetu pravno uobličen tek tridesetih godina prošlog veka.¹⁰ Taj oblik radnog odnosa zadržaće se sve do danas,¹¹ ali već krajem sedamdesetih godina prošlog veka počće da se dovodi u pitanje. Javlja se društvene promene koje su zahtevale njegovo redefinisane, koje krajem veka postaju sve dinamičnije.

Šta je radni odnos? Definicije radnog odnosa su mnogobrojne, a sreću se u teoriji, zakonodavstvu, međunarodnim standardima, sudskoj praksi. Mi ih ovde nećemo navoditi u većem broju jer bi nam to oduzelo suviše prostora. Međunarodna organizacija rada (MOR), na primer, u svojoj studiji o radnom odnosu iz 2006. godine, *definiše* ovaj institut na sledeći način: „Radni odnos je pojam koji je široko rasprostranjen u svetu, a koji se odnosi na odnos između osobe koja se naziva ‘zaposleni’ (koja se često naziva i ‘radnik’) i ‘poslodavac’, za kojeg zaposleni izvršava rad pod određenim uslovima, a za uzvrat dobija zaradu.“¹² „Putem radnog odnosa, kako god da se definiše, uspostavljaju se recipročna prava i obaveze između zaposlenog i poslodavca. Radni odnos je bio, i nastavlja da bude, glavna poluga uz pomoć koje radnici stiču pristup pravima i beneficijama iz radnog odnosa u oblasti radnog prava i socijalne sigurnosti.“¹³

Radni odnos ima svoja značajna socijalna, pravna, prihološka, kulturna i druga obeležja. Na bazi toga u našoj teoriji radnog prava razlikuje se: društveno-radni odnos i radno-pravni odnos. Pravnici se po pravilu

⁹ U Engleskoj su u tom smislu bitni: Zakon o odgovornosti poslodavca (1880) i Zakon o kompenziranju radnika (1897), a Francuskoj – Zakon od 9. Aprila 1889 (Loi du 9 avril 1889). Videti više: G. M. Stevens, op. cit, str. 200. N. Contouris, op. cit, str. 23.

¹⁰ O razvoju pojma radnog odnosa u 19. i početkom 20. veka u svetu videti više i u: G. M. Stevens, op. cit, str. 191, 192; N. Contouris, op. cit, str. 15, 17, 20, 25.

¹¹ Tako npr. prema pomenutoj Zelenoj knjizi Evropske unije o modernizaciji radnog odnosa, polazište današnje koncepcije radnog odnosa predstavlja nekoliko premisa: 1) stalni radni odnos, na neodređeno vreme, 2) radni odnos regulisan zakonom, sa temeljnim osloncem na ugovor o radu; 3) postojanje samo jednog poslodavca na kojem počivaju sve obaveze poslodavca prema zaposlenima.

¹² *The employment relationship, International Labour Conference, 95th Session, International Labour Office, 2006*, <<http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-v-1.pdf>>; str. 3.

¹³ Ibidem. Veći broj definicija radnog odnosa videti npr. u: B. Šunderić, op. cit, str. 24.

bave radno-pravnim odnosima, ali su za njihovo dublje izučavanje nezaobilazna i socijalna i druga obeležja i refleksije radnog odnosa, koji su često motiv i pokretač normativnih rešenja.

Ljudi u oblasti rada nezaobilazno stupaju u određene socijalne odnose. Izraz toga je *društveno-radni odnos*. Prema Jovanoviću: „...društveno-radni odnos možemo definisati kao odnos koji nastaje između ljudi i drugih činilaca u procesu rada... Drugim rečima, to su odnosi koji nastaju između predstavnika rada, kapitala i političke organizacije društva.“¹⁴ Učesnici društvenoradnog odnosa nisu samo strane u radnom odnosu (zaposleni i poslodavac), već i svi drugi subjekti od značaja za funkcionisanje i stvaranje radnog prava, kao što su profesionalne organizacije zaposlenih i poslodavaca (sindikati i udruženja poslodavaca), država, a tu su danas i nevladine i međunarodne organizacije. Društveno radni odnos ima dva aspekta: individualni i kolektivni.¹⁵ Radni odnosi u praksi predstavljaju u stvari interakciju individualnih i kolektivnih činilaca, sa društveno-ekonomskim okolnostima.¹⁶

„Radnopravni odnos čini skup prava, obaveza i odgovornosti koje imaju subjekti društvenoradnog odnosa. Dakle, to je u suštini društveno-radni odnos regulisan pravom.“¹⁷

Pored izučavanja samog radnog odnosa, u teoriji, sudskoj praksi i sve više u uporednom zakonodavstvu, velika pažnja posvećuje se bitnim elementima radnog odnosa. Ti elementi služe da se radni odnos odvoji od sličnih odnosa, odnosno, da se u praksi utvrdi da li se na određene subjekte primenjuje pravni režim radnog zakonodavstva. U teoriji se smatra da su *bitni elementi radnog odnosa*: 1) subordinacija (podređenost), 1) lična radno pravna veza, 3) oneroznost i 4) dobrovoljnost.¹⁸ Pored toga, kao bitni elementi radnog odnosa u našoj teoriji pominju se npr. i: 5) profesionalnost i 6) uključivanje radnika u radnu zajednicu.¹⁹

¹⁴ Citat iz: P. Jovanović, Radno pravo, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, str. 158. U poslednjoj rečenici Jovanović citira B. Šunderića, već pomenuto delo: Radni odnos, str. 19.

¹⁵ Videti više: P. Jovanović, op. cit, str. 159.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Citat iz: P. Jovanović, op. cit, str. 159.

¹⁸ Videti više: P. Jovanović, op. cit, str. 174; N. Tintić, *Radno i socijalno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 1972, str. 335.

¹⁹ Npr. Tintić (Ibidem). O bitnim elementima radnog odnosa u domaćoj teoriji videti više: A. Baltić, M. Despotović, *Osnovi radnog prava Jugoslavije i osnovni problem sociologije rada*, Savremena administracija, Beograd, 1971, str. 30 (za ove autore su bitni elementi radnog odnosa: 1) lična radnopravna veza, 2) subordinacija, 3) uključivanje, 4) plata ili zarada; kao nebitne pominju: trajanje radnog odnosa i puno radno vreme); R. Pešić, V. Brajić, *Radno pravo*, Društvo ekonomista Senta, Senta, 1979, str. 96 (navode se

U uporednoj praksi, razlikuju se bitni elementi od indikatora radnog odnosa. *Indikatora* radnog odnosa ima znatno više u odnosu na bitne elemente. To su npr: integracija u organizaciju rada, snabdevanje alatom i materijalima, vršenje rada u predviđenim radnim satima i u dogovoreno vreme, ekonomska zavisnost, organizaciona podređenost, kontrolisanje rada, ličnog obavljanje rada, periodično plaćanje, isplaćivanje dodataka za praznike i odmore, isplata putnih troškova ili dnevnica, vrsta rada koja se vrši za drugog, uplaćivanje socijalnog osiguranja, snošenje finansijskog rizika, rad isključivo ili pretežno za drugo lice, međusobne obaveze, trajanje i kontinuitet odnosa između strana, činjenica da se lice nalazi u položaju koji je uporediv sa položajem zaposlenog lica, formalna registracija lica koje angažuje radnike u poslovnim registrima.²⁰

Među bitnim elementima radnog odnosa, najveći značaj se pridaje subordinaciji, koja se smatra ključnim kriterijumom za određivanje da li je neko lice u radnom odnosu. *Subordinacija* predstavlja podređenost zaposlenog u odnosu na poslodavca. Podrazumeva da poslodavac na različite načine, direktno ili indirektno kontroliše način, vreme, uslove i druge aspekte obavljanja rada, kao i da je zaposleni ekonomski zavistan od poslodavca - zbog čega je spreman da se povinuje njegovom režimu rada. Subordinacija može biti pravna i ekonomska.²¹

Veliku ulogu kao bitni element i pokazatelj postojanja radnog odnosa ima i „*oneroznost*“ (rad za naknadu – platu, zaradu).²² Zarada je osnovni motiv zasnivanja radnog odnosa (ali ne i jedini).²³

tri gore pomenuta osnovna elementa radnog odnosa kao bitni); B. Šunderić, pomenuto delo, na str. 46 kao bitne elemente radnog odnosa pominje: 1) dobrovoljnost, 2) uključivanje u organizaciju, 3) obavezu ličnog obavljanja rada, 4) subordinaciju, 5) oneroznost, 6) profesionalnost, a navodi da neki teoretičari tu uključuju i: 7) pravnu regulisanost - pravnost, 8) vršenje rada u propisanom vremenu 9) trajanje radnog odnosa.

²⁰ Videti više: *Characteristics of the Employment Relationship*, Thematic Report 2009, European Labour Law Network, 2009. <http://www.labourlawnetwork.eu/>, str. VI (uvodni deo) i str. 18-23; Taco van Peijpe, *Employment Protection Under Strain*; Kluwer, 1998, str. 79.

²¹ O subordinaciji videti više u pomenutoj monografiji LJ. Kovačević; *The employment relationship*, op. cit, str. 11, 35; *Characteristics of the Employment Relationship*, op. cit, str. 16.

²² To je npr. jedan od osnovnih kriterijuma u pravu SAD. Tamo je još u Taft-Hartlijevom zakonu (Taft-Hartley - H.R. rep. No. 245, 80th Cong., 1st Sess. 18, 1947), iz 1947. godine, zaposleni određen kao svako lice koje radi za zaradu ili platu, pod direktnom supervizijom. Videti više: C. Becker, *Labor Law outside the Employment Relation*, Texas Law Review 1995-1996, str. 1539.

²³ Npr. na motivaciju za rad utiče i radna atmosfera, jednakost i korektnost prema zaposlenima. Videti više: J. N. Baron, *The employment relation as a social relation*, Jour-

Lična radno pravna veza (faciendi necessitas) je bitni element radnog odnosa, zato što se poslodavac odlučuje da trajno angažuje određeno lice za pojedine poslove, imajući upravo u vidu njegove lične kvalitete i osobine.²⁴

Dobrovoljnost razlikuje rad u radnom odnosu od robovskog rada, obaveznog rada (npr. vršenje vojne službe, rad u zatvorima, rad u slučaju elementarnih nepogoda - tzv. obaveza rada) ili nelegalnih oblika rada (prinudni rad, teški vidovi eksploatacije sa elementima prinude, trgovina ljudima).

Ostala obeležja, odnosno indikatori radnog odnosa, koriste se u određenim situacijama – kada se radi o atipičnim oblicima rada, odnosno graničnim slučajevima, gde mogu da posluže za utvrđivanje postojanja radnog odnosa.²⁵

3) PROMENE U OKRUŽENJU I STRUKTURI RADNOG ODNOSA

Rad i kapital su u neprekidnom konfliktu povodom dva pitanja: 1) kontrole proizvodnog procesa i 2) uslova rada. Ovo prvo, vodi organizacionim promenama (ubrzanje procesa rada, promene u zadacima zaposlenih, organizaciji rada i dr.), a drugo, izmenama u minimalnim i maksimalnim standardima rada. U krajnjoj liniji, i jedno i drugo vode promenama u strukturi radnog odnosa.²⁶

Posle Drugog svetskog rata, zahvaljujući periodu ekonomskog prosperiteta, u odnosima rada i kapitala nastupilo je „primirje“. Postojala je određena ravnoteža, što je uslovalo i stabilnost u oblasti radnih odnosa. Međutim, promene u strukturi društva destabilizovale su ekonomiju, pa i

nal of the Japanese and International Economies, Volume 2, Issue 4, December 1988, str. 492–525 (napomena: tekst nam je bio dostupan samo u izvodu).

²⁴ Ipak, i ovde ponekad postoje odstupanja. Tako je npr. po našem Zakonu o radu (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 24/2005, 61/05, 54/09, 32/13), kod radnog odnosa van prostorija poslodavca dozvoljeno da zaposleni poslove obavlja sam ili uz pomoć članova uže porodice (čl. 43). Sličan izuzetak se javlja i u uporednom zakonodavstvu (npr. u Austriji, Estoniji, Nemačkoj, Islandu, Leštenštajnu, Holandiji). Videti više: *Characteristics of the Employment Relationship*, op. cit, str. 21.

²⁵ O bitnim elementima i indikatorima radnog odnosa videti više: *The employment relationship*, op. cit, str. 11, 35; *Characteristics of the Employment Relationship*, op. cit, str. 15; G. Davidov, Hebrew University of Jerusalem, prikaz knjige: N. Contouris, *The Changing Law of the Employment Relationship. Comparative Analyses in the European Context* (Ashgate, 2007), 278 pp., ISBN-13, str. 3.

²⁶ O ovome videti više: G. L. Clark, *The Employment Relation and Spatial Division of Labour: A Hypothesis*, Annals of the Association of American Geographers, Volume 71, Issue 3, 1981, str. 412, 415.

radne odnose. U kontekstu odvijanja radnih odnosa javlja se nekoliko bitnih novina: 1) menjaju se okolnosti odvijanja rada, 2) dolazi do promene u načinu odvijanja radnih odnosa (inovacije u formi i strukturi radnog odnosa), 3) menjaju se subjekti radnog odnosa, 4) transformiše se radno-pravna regulativa i pristup radnim odnosima.

1) *Okolnosti odvijanja rada* - Sedamdesetih godina prošlog veka tradicionalni pristup radnom odnosu postaje preuzak s obzirom na radikalne promene u političkom, ekonomskom i socijalnom okruženju.²⁷ Od „industrijskog“ društva, prelazi se na „postindustrijsko“, koje zahteva i „postindustrijske radne odnose“.²⁸ Okolnosti koje su u tom smislu bitno uticale na radne odnose mogu se svrstati u nekoliko grupa: 1) ekonomske promene (globalizacija poslovanja, kriza), 2) tehnološke promene (razvoj komunikacione i informatičke tehnologije), 3) fizičke i organizacione promene; 4) promene u socijalnim, kulturnim, psihološkim i drugim okvirima rada.

Kako su ove okolnosti uticale na radne odnose? Ukratko, ekonomske promene povećale su potrebu za konkurentnošću i dovele do nestabilnosti radnih odnosa. Tehnološke inovacije ubrzale su i olakšale rad, dovele do mogućnosti da se rad odvija izvan prostora poslodavca (npr. rad na daljinu), odnosno da se lakše sinhronizuju poslovne aktivnosti (npr. instrukcije zaposlenom i rezultati rada mogu se momentalno dostaviti čak i sa drugog kontinenta).

Menjaju se i vremenski okviri rada – informaciona tehnologija omogućava celodnevno kontrolisanje radnika, tako da neki radnici mogu da rade po ceo dan, odnosno da budu dostupni.²⁹

Fizičke i organizacione promene u oblasti rada dovele su do decentralizacije, prostorne diverzifikacije i segmentacije rada. Javljaju se novi oblici organizacije rada (timski rad; rad na projektima; uslužni rad – za klijente, a ne samog poslodavca).³⁰

Promene u socijalnim, kulturnim, psihološkim i drugim okvirima rada takođe dovode do destabilizacije koncepta radnog odnosa. Kao što Bišopova (Bishop) zapaža, radni odnos je dvostruki odnos: 1) „instru-

²⁷ O tome npr. videti više: N. Contouris, op. cit, str. 41.

²⁸ Videti više: L. Bishop, *Visible and Invisible Work: The Emerging Post-Industrial Employment Relation, Computer Supported Cooperative Work*: 115–126, 1999, Kluwer, Netherlands, str. 115.

²⁹ Videti više: L. Bishop, op. cit, str. 122.

³⁰ Između ostalog, dolazi do pomeranja sa tzv. fordističkog sistema koji je podrazumevao statičnost, na novi, dinamičniji „postindustrijski sistem“. Raste stepen angažovanja „nestalnih radnika“. Videti više: G. L. Clark, op. cit, str. 422; H. Collins, *Regulating the Employment, Relation for Competitiveness*, Industrial Law Journal, Vol. 30, No 1, March, 2001, str. 22.

mentalni odnos“ koji ima za cilj da se rad razmeni za odgovarajuću kompenzaciju, 2) „socijalni odnos“ sa ekonomskim interakcijama (uti-cajima). Kao socijalni odnos, on uključuje i interakcije između subjekta kao što su: lojalnost, kooperacija, poverenje, angažovanje, odanost, ali uvek i tenzije. Novi oblici rada menjaju socijalni, psihološki i kulturni sadržaj radnog odnosa jer se menja kontekst radnog odnosa. U stvari, radni odnosi postaju „nekvalitetniji“.³¹ Narušava se međusobno poverenje između zaposlenih i poslodavaca, odnosi na radu su sve zategnutiji i konfliktniji, sve su učestalije povrede jednakosti i dostojanstva zaposlenih (diskriminacija, uznemiravanje, seksualno uznemiravanje, zlostavljanje, „mobing“). Usled nestabilnosti radnog odnosa stres u vezi sa radom postaje masovna pojava, a sve su učestaliji i psihološki problemi izazvani radom.

2) *Inovacije u formi i strukturi radnog odnosa* - Pomenute promene u strukturi društva i ekonomije nametnule su potrebu da se rad ne organizuje samo na klasičan način, u formi stalnog radnog odnosa, već i uz upotrebu drugačijih oblika radnog angažovanja. Ovi oblici rada nazvani su „atipičnim“ ili „fleksibilnim oblicima rada“.³² U fleksibilne oblike radnog angažovanja spadaju: 1) rad sa nepunim radnim vremenom; 2) rad na određeno vreme; 3) privremeni i povremeni poslovi, 4) rad kod kuće i rad na daljinu (telework), 5) privremeno ustupanje radnika preko agencija, 6) samozapošljavanje (kada se radi za određenog poslodavca), 7) rad kod poslodavca po osnovu građansko-pravnih ugovora.³³ Varijacije ovakvih vidova radnog angažovanja se sve više povećavaju (npr. u Francuskoj je uočeno 17 različitih atipičnih radnih ugovora).³⁴

Većina pomenutih oblika fleksibilizacije rada vodi promenama strukturi i funkcionisanju radnih odnosa. Dolazi do „restrukturiranja rada“ i „rekonfiguracije radnog odnosa“.³⁵ Menjaju se režim i način rada,

³¹ Uporediti: L. Bishop, op. cit, str. 115, 116.

³² Inače, sam pojam „fleksibilizacije rada“, uz koji se vezuju i atipični oblici radnog odnosa, nešto je širi. O tome videti više: S. Jašarević, *Fleksibilizacija rada – rešenje ili zabluda*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2012, br. 4, str. 173-192.

³³ Videti više: S. Cazes, A. Nesporova, *Labor Markets in Transition: Balancing Flexibility and Security in Central and Eastern Europe*, Geneva, ILO, 2003, str. 26-39.

³⁴ Videti više: 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. 108.

³⁵ Umesto nekadašnje doktrine „predusretljivog zaposlenog“, odnosno „savesnog i poštenog zaposlenog“, Kolins predlaže koncept „fleksibilnog zaposlenog“. Kod fleksibilne radne snage je manje akcenat na lojalnosti i poslušnosti, a više na partnerstvu sa poslodavcem, odnosno, veštini i znanju zaposlenih, sa većim stepenom slobode u radu, što će

uslovi rada (obično nagore), pa i radnopravna regulativa, što u krajnjoj liniji vodi ka tome da je ova grupa radnika znatno manje zaštićena od stalne radne snage. Upravo to predstavlja glavnu manu fleksibilizacije rada. Dobra strana je što se povećava prilagodljivost i smanjuju troškovi rada.

Da bi se izbegle mane fleksibilizacije rada, suština je da se te mere pravilno i pravedno postave, tako da se ne sprovedu samo u korist poslodavaca, već i zaposlenih. Potrebno je da se uspostavi odgovarajući balans između fleksibilnosti i socijalne sigurnosti (što je u EU objedinjeno sintagmom „fleksigurnost“ - „flexicurity“).³⁶

Uz stvarne oblike fleksibilizacije, javljaju se i „*lažni oblici fleksibilnog rada*“, koji se koriste kako bi se prikrilo da postoji radni odnos, da bi poslodavci izbegli obaveze koje proizilaze iz radnog odnosa (poštovanje uslova rada, ograničavanje otkazivanja, izbegavanje uplaćivanja poreza i doprinosa). Kao primeri za to navode se: „skriveno zapošljavanje“, „lažno samozapošljavanje“, lažno prikazivanje radnog odnosa kao građanskog ili privrednog ugovora (franšizing, lizing, inžernjering, faktoring, transfer znanja), „skriveno zapošljavanje“, zloupotrebe uobičajenih fleksibilnih formi rada (npr. rada na određeno vreme - stalnim obnavljanjem).³⁷

Prema pomenutoj Zelenoj knjizi EU o modernizaciji radnih odnosa, „*skriveno zapošljavanje*“ postoji kada se osoba koja je zaposlena vodi na drugi način, a ne kao zaposleni, kako bi se sakrio njen/njegov istinski pravni status i da bi se izbegli troškovi koji mogu da uključuju poreze i doprinose za socijalno osiguranje.³⁸

Slično je i sa „*lažno samozaposlenim licima*“. Radi se o „prikriveno zaposlenim licima“ (zavisnim preduzetnicima – koji u stvari rade za jednog ili dva poslodavca) ili licima koja su nekada bila u radnom odnosu i koja i dalje rade za poslodavca, ali izvan njegovih prostorija, a formalno se vode kao samozaposleni.

im omogućiti veću inovativnost i prilagodljivost, a poslodavcu veću slobodu o organizovanju rada i definisanju radnih zadataka zaposlenih. To podrazumeva i novo uređenje radnih odnosa. Videti više: H. Collins, *Regulating the Employment Relation for Competitiveness*, Industrial Law Journal, Vol. 30, No 1, March, 2001, str. 24, 27, 33.

³⁶ U pitanju je kovanica na engleskom jeziku, koju čine dve reči: „flexibility“ (fleksibilnost) i „security“ (sigurnost). O fleksigurnosti, fleksibilnosti i sigurnosti u EU videti više: N. Contouris, op. cit, str. 211.

³⁷ Videti više: Ibidem; *Characteristics of the Employment Relationship*, op. cit, str. X uvoda, str. 2, 3, 82; *Green paper, Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century*, op. cit, str. 10. i 11.

³⁸ Videti: *Green paper, Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century*, op. cit, str. 10. i 11.

Sa druge strane, pominje se i „kvazi zapošljavanje“ (quasi employment), pri čemu se „kvazi radnicima“ (quasi workers), koji rade u nekom od fleksibilnih vidova rada, zakonski daje status ekvivalentan zaposlenima (npr. imaju pravo na socijalno osiguranje, uživaju zaštitu od diskriminacije), mada u suštini kod njih ne postoje svi elementi radnog odnosa. To se čini zato što se se smatra da se oni faktički nalaze u istom položaju kao zaposleni (npr. ekonomski su zavisni od lica za koje obavljaju posao).³⁹

3) *Subjekti radnog odnosa* - Razučivanje u domenu načina radnog angažovanja dovelo je do toga da se poveća i broj subjekata radnog odnosa, kako na strani zaposlenih, tako i kod poslodavaca.

Zahvaljujući širenju lepeze subjekata na strani zaposlenih, regulisanje radnog odnosa postaje sve komplikovanije. Pored stalno zaposlenih radnika, na tržištu rada se sreće sve više različitih kategorija koje rade u atipičnim oblicima rada. Specifičan radnopravni status imaju: lica koja rade na privremenim i povremenim poslovima, na određeno vreme, radnici kod kuće, zaposleni u radu na daljinu, „ustupljeni zaposleni“ (anažovani preko agencija), „slobodni strelci - frilanseri“ (freelansers), trgovački agenti, kućno pomoćno osoblje (osobe angažovane za čuvanje dece, čistačice, kućni radnici, zdravstveni pomagači, čuvari, privatne medicinske sestre i negovateljice), radnici u poljoprivrednim domaćinstvima (porodični radnici), mladi radnici, pripravnici, radnici u pojedinim specifičnim oblastima (u industriji zabave, medijima, sportu).⁴⁰

Jedan od razloga za to što mnogi smatraju da je postojeći koncept radnog odnosa prevaziđen je i činjenica da je došlo do evolucije u pojmu poslodavca. Dok je poslodavac nekada bio individualni „gazda“, danas su poslodavci mnogobrojni (to može da bude i više entiteta) i raznovrsni. Sve je češće podugovaranje i dislociranje proizvodnje i usluga (neretko na sasvim drugi kontinent), tako da jedan poslodavac preuzima obavezu da za drugog vrši proizvodnju ili usluge, na način i po dinamici koju utvrđuje prvi poslodavac. Tako se stvara „trostrani radni odnos“ (triangle employment), koji veoma komplikuje uređenje radnog odnosa. Naime, faktički sve uslove kontroliše prvi poslodavac (nalogodavac), dok konkretnu vlast na mestu rada vrši drugi poslodavac – podugovarač (ali po direktivama prvog). Zaposleni, u stvari ima dva poslodavca.

Slično je i kada zaposleni jednog poslodavca vrše usluge za drugog ili više poslodavaca. Ponekad se rad vrši i isključivo za poslodavca - korisnika

³⁹ Videti više: *Characteristics of the Employment Relationship*, op. cit, str. VII.

⁴⁰ Videti više: *Characteristics of the Employment Relationship*, op. cit, str. 37.

usluga, dok je radnik trajno zaposlen kod poslodavca koji organizuje vršenje usluga. Ovdje radnopravni režim faktički zavisi i od jednog i od drugog poslodavca (npr. kada jedna firma održava prostorije druge). U ovakvim slučajevima prvi poslodavac se naziva „primarni poslodavac“, a drugi - „poslodavac korisnik usluga“ ili „sekundarni poslodavac“.

Još pre pedesetak godina ovim pitanjima se počelo baviti američko pravo, iz čije sudske i upravne prakse (odluke Nacionalnog odbora za radne odnose), su izašle prve doktrine o većem broju poslodavaca. Tamo se npr. razlikuju: „zdrženi poslodavac“, „zakonski poslodavac“, „direktni poslodavac“, „primarni poslodavac“, „sekundarni poslodavac“, „klijent poslodavac“.⁴¹

Danas je sve više rasprostranjen i „trostrani radni odnos“ koji se zasniva preko agencija za upućivanje zaposlenih. Radi smanjenja troškova, a sa druge strane, lakšeg zapošljavanja, ova praksa je sve raširenija u svetu. Evropska unija je, npr. ovaj oblik rada uredila 2008. godine - Direktivom o privremenom agencijskom radu, br. 2008/104/EC.⁴² Radi se o takvoj vrsti rada, gde se lice zapošljava u agenciji za ustupanje zaposlenih, a rad obavlja po potrebi kod raznih poslodavaca, na određeno (može i duže) vreme. Ovakvi radnici neka prava iz radnog odnosa ostvaruju kod primarnog poslodavca (zasnivanje radnog odnosa, beneficije po osnovu radnog staža), a pojedina (kao npr. zaradu, pravo na zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu) ostvaruju kod poslodavca kojem su upućeni. U mnogim zemljama ovaj vid rada se zloupotrebljava, tako što su „upućeni radnici“ manje plaćeni i imaju lošije uslove rade nego zaposleni kod tog poslodavca (što je, inače, po pomenutoj Direktivi EU nedozvoljeno).

4) *Promene u radnopravnom okruženju i pristupu radnim odnosima* - Velike društvenoekonomske promene nametnule su nacionalnim ekonomijama takve probleme koji su doveli u pitanje institucionalni okvir radnog prava i radnog odnosa.⁴³ Narastajuća nezaposlenost, uz sve veću konkurenciju u svetu, ukazala je da se nešto mora promeniti u odnosima činilaca rada. Mnogi su smatrali da su postojeći pravni okviri za odvijanje rada preuski. Ovakva razmišljanja pokrenula su opšti trend deregulacije u oblasti radnog prava, kako bi se ustanovio elastičniji i prilagodljiviji režim radnih odnosa.

⁴¹ Videti npr. više: C. Becker, op. cit, str. 1544, 1548, 1556, 1560.

⁴² Objavljena u: OJ L 327/9, 5/12/2008. Videti više: J. Arrowsmith, *Temporary agency work in an enlarged European Union*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2006, < <http://www.eurociett.eu/fileadmin/templates/eurociett/docs/ef05139en.pdf>>

⁴³ Videti više: V. Gotovac, *Radno pravo za 21. stoljeće: mitovi o fleksibilizaciji*, Financijska teorija i praksa, Zagreb, 2003, br. 27, str. 418.

Deregulacija i liberalizacija radnog zakonodavstva su zaista donekle pokrenule mnoge trome ekonomije. Ipak, čini da je cena koja je plaćena suviše velika. Došlo je do pojačane i masovne eksploatacije radnika, sve veće nesigurnosti zaposlenja, narušavanja socijalne sigurnosti zaposlenih i njihovih porodica, pada kupovne moći stanovništva, dezorganizacije ekonomije.⁴⁴ Izraz opšte socijalne nesigurnosti stanovništva je i porast sukoba i nasilja na radu, a dolazi i do krize vrednosti i morala u društvu. Uvidevši to, mnoge, a naročito evropske zemlje, reagovalе su ublažavajući trend deregulacije. Teži se „kontrolisanoj deregulaciji“, tako što se pokušava da se pojačana nesigurnost radnika kompenzira većim garancijama ljudskih prava na radu (zabrana diskriminacije, uznemiravanja, seksualnog uznemiravanja, zlostavljanja) i jačanjem socijalne podrške otpuštenim i nezaposlenim radnicima.⁴⁵

Deregulaciju i šarolikost (neuređenost) do koje je dovela masovna primena fleksibilnih i drugih oblika rada izvan radnog odnosa, naročito su iskoristili poslodavci, ne dajući „atipičnim radnicima“ jednaka prava i status kao stalno zaposlenima. Jača individualna regulativa i direktno uređenje radnog odnosa između poslodavaca i zaposlenih, što ujedno slabi uticaj kolektivnog pregovaranja.⁴⁶

I država je u početku bila zbunjena u pogledu primene radnog zakonodavstva na fleksibilne oblike rada. Uvidevši negativne posledice „erozije radnog odnosa“ i sve veće nezaštićenosti radnika, mnoge zemlje uspostavljaju kriterijume koji se odnose na to ko sve treba da uživa zaštitu svojstvenu radnom odnosu. Definiše se status zaposlenog, status ekvivalentan zaposlenom, pojam poslodavca, pojam radnog odnosa, ugovora o radu, kao i ko nije u radnom odnosu.

Evo i nekih primera. Zakon o radu Portugala predviđa delimično proširenje njegovog delovanja izvan okvira radnog odnosa, na lica koja vrše usluge pod vlašću i kontrolom druge osobe bez pravne subordinacije. Za njih važe principi Zakona o radu, naročito u pogledu ličnih prava, zabrane diskriminacije, zdravlja i bezbednosti na radu. Ovakvi ugovor se smatraju „ekvivalentnim ugovorima“.⁴⁷

U Velikoj Britaniji razlikuju se pet kategorija lica koja rade: 1) zaposleni, 2) radnici (šira kategorija od zaposlenih), 3) „profesionalci“

⁴⁴ O tome videti više: C. Becker, op. cit, str. 1537.

⁴⁵ Ovakvi trendovi su zapaženi čak i u SAD, koje inače izbegavaju mešanje u odnose zaposlenih i poslodavaca. Videti više: T. Kohler, *Employment Relation and Its Ordering at Century's End: Reflections on Emerging Trends in the United States*, Boston College Law Review 41 B.C. L. Rev. (1999-2000), str. 103.

⁴⁶ O ovim promenama videti npr. više: C. Becker, op. cit, str. 1535.

⁴⁷ Godina donošenja Zakona nije navedena. Videti više u: *The employment relationship*, op. cit, str. 38.

(stručnjaci koji pružaju usluge), 4) nezavisni preduzetnici i 5) samozaposleni. Neki od njih uživaju skoro kompletnu zaštitu kao zaposleni (npr. radnici), a kod ostalih se primenjuju samo pojedini standardi (obaveza plaćanja poreza i doprinosa za socijalno osiguranje, zaštita jednakosti, zaštita zdravlja i bezbednosti na radu).⁴⁸

U nemačkom pravu se pominje pet uslova koji služe da se utvrdi da je lice u radnom odnosu: 1) da obavlja plaćeni rad, 2) da radi u kontinuitetu i u osnovi jedino za jednog poslodavca, 3) da vrši rad na način koji je tipičan za zaposlena lica, 4) da dobija instrukcije od poslodavca i integrisan je u radnu organizaciju poslodavca, 5) da ne obavlja posao koji ima karakteristike tipične preduzetničke aktivnosti.⁴⁹

Zakonom o radnim odnosima Novog Zelanda, u čl. 6, predviđa se da je zaposleni: a) svaka osoba bilo kojeg uzrasta zaposlena od strane poslodavca da obavlja bilo koji posao za zaradu ili naknadu koju porazumeva ugovor o službi; i b) uključuje: (i) kućne radnike; ili (ii) lice koje namerava da radi; ali (c) isključuje volontere koji: (i) ne očekuju da budu nagrađeni za svoj obavljeni rad; i (ii) ne primaju nagradu za rad koji obavljaju kao volonteri.⁵⁰

Prema Zakonu o bazičnim uslovima radnog odnosa (čl. 83), iz 1997. godine, Južne Afrike (prema izmenama iz 2002), pretpostavka statusa zaposlenosti postoji ako je prisutan jedan od sledećih indikatora: način na koji osoba obavlja rad podleže kontroli ili nalogima druge osobe; radno vreme te osobe podleže kontroli ili nalogima druge osobe; ukoliko je u pitanju osoba koja radi za neku organizaciju, da je ona deo te organizacije; da lice radi za drugo prosečno najmanje 40 sati mesečno u poslednja tri meseca; da je osoba ekonomski zavisna od lica za koje radi ili vrši usluge; da se ta osoba snabdeva alatom ili opremom za rad od strane drugog lica; da osoba radi ili vrši usluge isključivo za jedno lice.⁵¹

Utvrđivanjem postojanja radnog odnosa bave se primarno sudovi (radni, građanski, ponekad i krivični – ako je u pitanju krivično delo), inspekcija rada, a to mogu biti i specijalizovana tela. Nije retkost da je procena postojanja radnog odnosa u nadležnosti poreske administracije (radi izbegavanja plaćanja poreza) ili administracije socijalnog osiguranja (u cilju obezbeđivanja plaćanja doprinosa).

Prilikom utvrđivanja eventualnog postojanja radnog odnosa važi princip „dominacije činjenica“ (primacy of facts). Jednostavno rečeno, ocenjuju se činjenice, a ne šta strane tvrde (kako su imenovala taj odnos),

⁴⁸ Videti više: *Characteristics of the Employment Relationship*, op. cit, str. 25.

⁴⁹ Videti više: N. Countouris, op. cit, str. 65

⁵⁰ Videti više: *The employment relationship*, op. cit, str. 31.

⁵¹ Videti više: *The employment relationship*, op. cit, str. 36.

odnosno - sadržaj ugovora ima prevagu nad formom. Kao kriterijumi koriste se bitni elementi, odnosno indikatori radnog odnosa o kojima smo ranije govorili.

4) STAVOVI MOR I EU O RADNOM ODNOSU

Problemi u vezi sa radnim odnosom podstakli su i *Međunarodnu organizaciju rada* da se pozabavi tim pitanjem. Radni odnos bio je predmet nekoliko zasedanja i dokumenata MOR od 1997. godine naovamo. Godine 2003. MOR usvaja Rezoluciju o radnom odnosu,⁵² a 2006. godine - Preporuku o radnom odnosu, br. 198.

Kako se navodi, motiv za donošenje Preporuke predstavlja činjenica da je globalizovana ekonomija povećala mobilnost zaposlenih kojima je potrebna zaštita, a koja sve češće izostaje. Tome naročito doprinosi transnacionalno pružanje usluga (trostrani radni odnosi), kao i drugi pokušaji da se prikrije postojanje radnog odnosa (tzv. prikriveni radni odnos). Kao primeri u dokumentima MOR navode se: „lažni samozaposleni“, „lažno podugovaranje“, „lažno pružanje usluga“, ustanovljavanje „pseudokooperativa“, „lažno restrukturiranje kompanija“ i dr.⁵³

Prema tački 4 Preporuke o radnom odnosu, nacionalna politika bi trebalo da utvrdi merila koja bi stranama, a naročito poslodavcima i zaposlenima, trebalo da pomognu da efikasno ustanove postojanje radnog odnosa i da utvrde razlikovanje između radnog odnosa i samozaposlenih radnika; kao i da se bore protiv prikrivenog zaposlenja u tom kontekstu (npr. odnosa koji mogu da uključuju druge forme ugovornih aranžmana kojima se prikriva istinski pravni status zaposlenog, a čiji je efekat uskraćivanje zaštite koju bi ta lica trebalo da imaju). Takođe, očekuje se da se obezbedi da se radnopravni standardi primenjuju na sve ugovorne aranžmane putem kojih koje se danas odvija rad.

Prema tački 9 Preporuke, pri utvrđivanju postojanja radnog odnosa nacionalna politika bi trebalo primarno da se rukovodi činjenicama u vezi sa vršenjem rada i plaćanjem radnika (primacy of facts), bez obzira kako se formalno deklarise taj odnos (kao ugovorni odnos građanskog prava ili drugačije). Države bi trebalo da ustanove jasne metode i kriterijume koji

⁵² *Resolution concerning the employment relationship*, Tekst Rezolucije može se videti u pomenutoj studiji MOR: *The employment relationship*, op. cit, str. 72.

⁵³ Navedeni primeri su izloženi u izveštaju MOR, iz 2003: *Fifth item on the agenda: The scope of the employment relationship*, International Labour Conference, Provisional Record, Geneva, 2003, <www.ilo.org/public/english/standards/relh/ilc/ilc91/pdf/pr-21.pdf>;

bi trebalo da pomognu radnicima i poslodavcima da ustanove da se radi o radnom odnosu (tač. 10 Preporuke) i da u slučaju da su indikatori radnog odnosa prisutni, da se utvrdi pretpostavka postojanja radnog odnosa (tač. 11 b Preporuke).

Sugerise se da države definišu jasne uslove za postojanje radnog odnosa, kao što su npr. subordinacija i zavisnost (tač. 12 Preporuke). Kao indikatori radnog odnosa predlažu se: (a) činjenica da se rad: obavlja po instrukcijama i kontrolom druge strane; da uključuje integraciju radnika u organizaciju preduzeća; vrši se isključivo ili pretežno u korist druge osobe; mora da se obavlja lično; vrši se u određeno radno vreme i na mestu rada određenom ili dogovorenom od strane stranke koja je naručilac rada; taj rad ima određeno trajanje i postoji kontinuitet; zahteva se da radnik bude na raspolaganju; uključuje pružanje alata, materijala i mašina od strane naručioca posla; (b) periodično plaćanje zarade radniku; činjenicu da plata predstavlja radnikov jedini ili osnovni izvor prihoda; plaćanje se vrši u naturi, kao npr. hrani, smeštaju ili transportu; snošenje putnih troškova radnika u svrhu vršenja rada od strane naručioca rada; odsustvo finansijskog rizika od strane radnika (tačka 13 Preporuke).

Ni *Evropska unija* nije mogla da se ne opredeli po ovom značajnom pitanju. Kao što smo pomenuli, 2006. godine Komisija EU donosi Zelenu knjigu - *Modernizacija radnog prava u susret promenama u 21. veku*, a sledeće godine isto je učinio Evropski parlament, donoseći akt takoreći istog naziva - *Rezolucija Evropskog parlamenta od 11 jula 2007. godine o modernizaciji radnog prava u susret promenama u 21 veku*.⁵⁴ Iako imaju slične nazive, pristup u ovim dokumentima je dijametralno različit (što je veoma atipično za institucije EU). Dok dokument iz 2006. godine sledi neo-liberalnu koncepciju, smatrajući da je baziranje radnog prava samo na stalnom radnom odnosu prošlost, odnosno prevaziđeno novim okolnostima, drugi dokument se - sasvim suprotno, zalaže za stalnost radnog odnosa.

Tako npr. u delu 3. Zelene knjige (iz 2006) navodi se da pravni okviri koji podrazumevaju održanje standardnog radnog odnosa nisu dovoljno široki i ne pružaju dovoljno podsticaja da lica u stalnom radnom odnosu istraže mogućnosti za veću fleksibilnost u radu. Rezolucija Evropskog parlamenta iz 2007 (dalje: Rezolucija), smatra mnoge stavove u Zelenoj knjizi neodgovarajućima i izražava žaljenje što prilikom donošenja tog dokumenta Komisija nije konsultovala predstavnike socijalnih

⁵⁴ *European Parliament resolution of 11th July 2007 on modernising labour law to meet the challenges of the 21st century*, European Parliament, (2007/2023(INI)). Dostupno na: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT%20TA%20P6-TA-2007-0339%200%20DOC%20XML%20V0//EN>>

partnera (tač. 7). Ističe se i da se radno pravo u 21. veku mora fokusirati na sigurnost zaposlenja u toku celog radnog veka zaposlenih, više nego na zaštitu sigurnosti pojedinih zaposlenja, tako što će se omogućiti lakši ulaz i izlaz sa tržišta rada, menjanje zaposlenja uz pomoć aktivne politike zapošljavanja fokusirane na „zapošljivost“ i kreiranje poslovne klime koja će omogućiti unapređivanje kvaliteta poslova (tač. 8).

U Rezoluciji se prioritet daje stalnom zaposlenju, sada i za ubuduće jer jedino ono pruža adekvatnu socijalnu i zdravstvenu zaštitu i omogućava da fundamentalna prava zaposlenih budu osigurana (tač. 9). Izražava se i „snažno neslaganje sa analitičkim okvirom predstavljenim u Zelenoj knjizi“, u kojoj se standardni radni odnos na neodređeno vreme prikazuje kao prevaziđen i da dovodi do segmentacije radne snage i stvaranja jaza između zaposlenih i nezaposlenih, odnosno smatra se preprekom razvoju zaposlenosti i dinamičnoj ekonomiji (tač. 11 Rezolucije). Pominje se da su studije OEBS i druge studije pokazale da nema dokaza da smanjenje zaštite od otkaza i slabljenje standardnog zaposlenja olakšava ekonomski razvoj, ta da primer Skandinavskih zemalja pokazuje da su visok nivo zaštite od otkaza i visoki standardi zaposlenja u potpunosti kompatibilni sa visokom zaposlenošću (tač. 13).

Uz to, u Rezoluciji se navodi da svaka forma zapošljavanja, bilo standardna ili nestandardna, treba da tom licu obezbedi određena prava, kao što su: jednak tretman, zaštita bezbednosti i zdravlja na radu, sloboda udruživanja, ograničeno radno vreme, odmori, pravo na udruživanje i predstavljanje, kolektivno pregovaranje, na kolektivnu akciju, pristup obuci (tač. 17). Zalaže se i za pojačane aktivnosti u obezbeđivanju primene radnog prava i fundamentalnih ljudskih prava zaposlenih, imajući u vidu rast neformalne ekonomije i eksploatacije neprijavljenih radnika (tač. 21).

Evropski parlament se u Rezoluciji (tač. 46) strogo protivi bilo kojem vidu zlonamerne transformacije regularnog zaposlenja u nove forme rada bez nužne ekonomske potrebe, samo da bi se kratkoročno povećao profit (što se kod nas npr. masovno čini), jer takve aktivnosti podrivaju „evropski socijalni model“.

5) ZAKLJUČAK

Cilj prethodnih izlaganja bio je da ukažemo na značaj kvalitetnog i stabilnog uređenja radnog odnosa jer se na njemu bazira funkcionisanje modernog humanog društva. U krajnjoj liniji, podrivajući radni odnos potkopava se i ekonomija i stabilnost društva u celini. „Seče se grana na

kojoj se sedi“, tako što se radikalno smanjuje kupovna moć dominantnog dela stanovništva, te kompanije nemaju kome da prodaju svoje proizvode i usluge. Tako ostvarena dobit preduzetnika je kratkoročna. Kada se izgubi potrošačka baza, dolazi do naglog i masovnog propadanja preduzeća i gubitka mnogo većeg kapitala (što je pokazala ekonomska kriza 2008. godine).

Procesi na koje smo ukazali u radu uočljivi su i u Srbiji, gde sve više dolazi do erozije stalnog radnog odnosa i uslova rada. Analiza domaće prakse ukazuje da se za sada „atipični“ oblici rada kod nas malo upotrebljavaju, a sa druge strane - zloupotrebljavaju (naročito rad na određeno vreme i privremeni i povremeni poslovi, a od nedavno i rad preko agencija za upućivanje zaposlenih). U stvari, fleksibilizacija i deregulacija iskorišćeni su kao izgovor za veću eksploataciju radnika.

Reformske mere koje se upravo zagovaraju, morale bi sa jedne strane da idu u pravcu realne i funkcionalne fleksibilizacije rada, a sa druge strane, trebalo bi da spreče masovne zloupotrebe u domenu radnog odnosa i povećaju zapošljavanje. Nezaobilazna fleksibilizacija rada (pa i otkazivanja), ne bi trebalo da znači odustajanje od stabilnosti radnog odnosa. Dugoročni cilj u domenu politike radnih odnosa bi trebalo da bude stalno zapošljavanje, ali zasnovano na zdravim i realnim ekonomskim osnovama.

*Senad Jašarević, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Labour Relation – Tendencies in the Practice and in the Regulations

Abstract: *The employment relationship is central and probably the most complex issue of labor law. Labour relations are one of the cornerstones of modern economy. Great social and economic changes in the world have created a large number of new, atypical (flexible) forms of work engagement and, consequently, the re-evaluation of the current, "bi-polar" concept of employment based on stability. The paper presents actual changes, problems and trends in the area of employment relations regulations. The objective is to show that, in fact, the concept of stability of employment does not have an alternative. Undermined employment relationship generates instability of the economy and society as a whole by radically reducing the purchasing power of the dominant part of the population while the profit thus generated is the profit of the short run. If you lose your customer base, the companies are driven to a sudden and massive bankruptcy.*

Key words: *work, labour relations, flexibility of labour relations*

*Dr Snežana S. Brkić, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

SPECIFIČNOSTI PSIHIČKIH PROCESA IZ KOJIH SE SASTOJI DAVANJE ISKAZA DECE SVEDOKA¹

Sažetak: *Uprkos naučno-tehničkom progresu, svedoci su i dalje važno i veoma često dokazno sredstvo u krivičnom postupku. Kod subjektivnih dokaznih sredstava veoma je važna pravilna ocena verodostojnosti iskaza saslušanih lica. Zato sudija pored pravnih, mora da poseduje i vanpravna znanja. Autor ukazuje na značaj poznavanja psihičkih procesa od kojih se sastoji davanje svedočkog iskaza dece. Kako je o procesima opažanja već dosta pisano, u fokusu ovog rada su ostali psihički procesi od kojih se sastoji davanje svedočkog iskaza, shvaćenog u psihološkom smislu. Reč je o psihičkim procesima pamćenja, mišljenja i govora. Pri tome, ukazano je na specifičnosti navedenih psihičkih funkcija na dečjem uzrastu. Ukazano je i na neka psihička svojstva, koja su vezana za pomenute procese, a to su ejdeza i sugestibilnost.*

Ključne reči: *krivični postupak, psihologija, dete svedok, dečje pamćenje, ejdeza, dečje mišljenje, dečji govor, sugestibilnost, verodostojnost dečjeg iskaza*

1. Uvodna razmatranja

Svedoci su oduvek bili važno i veoma često korišćeno dokazno sredstvo u krivičnom postupku. Oni nisu izgubili na značaju ni danas, uprkos saznanju da mogu predstavljati prilično nepouzdan izvor informacija. Naime, svedoci se nalaze u grupi tzv. subjektivnih dokaznih sredsta-

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

va, koja počivaju na davanju iskaza nekog lica o čulno opaženim činjenicama. Kod takvih dokaznih sredstava teško je izbeći izvesnu dozu subjektivizma kojom su prožete i faza davanja iskaza saslušavanog lica i faza ocene njegove verodostojnosti. Očekivanja da će naučno-tehnički progres dovesti do otkrića objektivnijih dokaznih sredstava, koja će postepeno potisnuti svedoke, pokazala su se nerealnim. Ako su svedoci i dalje nezamenljivi izvori dokaza u krivičnom postupku, onda nam ne preostaje ništa drugo nego da razvoj nauke iskoristimo za unapređenje ovog dokaznog sredstva i neutralizaciju njegovih negativnih aspekata. U tom pogledu, možemo se osloniti na dosadašnja dostignuća sudske psihologije, drugih psiholoških disciplina, logike i kriminalistike.

Ovaj rad predstavlja skroman pokušaj unapređenja znanja u toj oblasti, sa stanovišta psihologije. Naime, treba imati u vidu da svaki iskaz (pa i svedočki iskaz) shvaćen u psihološkom smislu, podrazumeva zadržavanje putem pamćenja čulima opaženih činjenica i potom saopštavanje zapamćenog.² Iskaz u psihološkom smislu sastoji se iz četiri međusobno povezana i funkcionalno uslovljena psihička procesa. To su procesi opažanja, pamćenja, mišljenja i iskazivanja.³ Oni su međusobno isprepletani, tako da ih samo iz teorijskih razloga možemo diferencirati i zasebno prikazivati. Pri tome, treba imati u vidu da psihički život čoveka nije statička, već dinamička kategorija, koja se menja tokom njegovog života. Zbog toga ćemo naša razmatranja ograničiti na specifičnosti psihičkih procesa iz kojih se sastoji davanje iskaza dece svedoka. Naime, naše pravo ne poznaje ustanovu apsolutno nesposobnih svedoka. Zakonik o krivičnom postupku nije apstraktno i unapred izdvojio nijednu kategoriju lica i proglasio je nesposobnom da vrši svedočku dužnost u bilo kom postupku, zbog njihovih fizičkih, psihičkih ili moralnih nedostataka.⁴ To je posledica napuštanja zakonske ocene dokaza. Svedok je lice za koje je verovatno da će dati obaveštenja o krivičnom delu, učiniocu ili o drugim činjenicama koje se utvrđuju u postupku (član 91 ZKP iz 2011).⁵ Svako lice koje može da prenese svoja saznanja ili opažanja u vezi sa predmetom svedočenja ima sposobnost svedočenja (član 92, stav 1 ZKP iz 2011). Svojstvo svedoka se može imati bez obzira na uzrast, stanje psihičkog i fizičkog zdravlja, telesne nedostatke, raniju osuđivanost, itd. To znači da se u toj ulozi mogu pojaviti čak i deca.

² M. Aćimović, *Uvod u psihologiju krivičnog postupka*, Beograd, 1979, str. 32.

³ N. Delić, *Psihologija iskaza pojedinih učesnika krivičnog postupka*, Beograd, 2003, str. 28.

⁴ Tako, T. Vasiljević, M. Grubač, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Beograd, 2010, str. 220.

⁵ Sl. gl. RS 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13.

Svakako da je opažanje jedan od najvažnijih psihičkih procesa od kojih se sastoji davanje svedočkog iskaza. Zato ne treba da čudi što se o procesu opažanja najviše i pisalo u sudskoj psihologiji.⁶ U fokusu ovog rada biće ostale psihičke funkcije koje takođe utiču na davanje svedočkog iskaza, odnosno njihove specifičnosti kod dece svedoka. U ovom radu bavićemo se specifičnostima dečjeg pamćenja, mišljenja i govora. Pri tome treba imati u vidu da u psihologiji ne postoji statistički pojam «prosečno dete» i da se navedeni podaci odnose na veći deo dečje populacije, ali ne nužno i na svako pojedino dete.

2. Specifičnosti dečjeg pamćenja

Pod pamćenjem se u psihologiji podrazumeva opšta funkcija oživljavanja i ponovnog preživljavanja prošlog iskustva, sa manje-više određenim uviđanjem da je sadašnje iskustvo jedno oživljavanje.⁷ U teoriji je sporno iz koliko faza se sastoji pamćenje. Najčešće se razlikuju četiri izdvojene faze pamćenja: memorizovanje ili učenje, retencija ili zadržavanje, aktiviranje zadržanog ili sećanje i prepoznavanje ranije učenog ili re-kognicija.⁸ Drugi autori govore o tri faze pamćenja: zapamćivanje (usvajanje), zadržavanje (retencija) i reprodukcija (obnavljanje, sećanje, prepoznavanje).⁹ Neki autori predstavljaju pamćenje kao lanac koji se sastoji od nekoliko karika, od kojih je svaka naredna slabija. Mi registrujemo mnogo više podataka, nego što ih zadržavamo kao trajne tragove. Nadalje, mi zadržavamo u svesti mnogo više tragova nego što ih se možemo dosetiti (karika od uzice). I kao vrhunac, ne možemo ustanoviti je li ono čega se sećamo tačno ili ne. Ta poslednja karika kao da je od gume: rasteže stvari onako kako želimo.¹⁰ Pamćenje, jednako kao i zaboravljanje je sastavni deo procesa učenja. Dok se učenje određuje kao relativno trajno menjanje jedinke na osnovu iskustva, pamćenje se može odrediti kao relativno trajanje ove promene.¹¹ Pamćenje je kompleksan psihički proces, koji po nekim autorima obuhvata senzornu memoriju, kratkotrajnu memoriju i dugotrajnu memoriju.¹² Senzorno pamćenje sadrži predstavu događaja koji su delovali na čulne organe tokom veoma kratkog vremena.

⁶ Vid. npr. S. Brkić, Specifičnosti opažanja dece – svedoka, *Revija za kriminologiju i krivično pravo* 2-3/2011, str. 285-309.

⁷ S. Hrnjica, *Opšta psihologija sa psihologijom ličnosti*, Beograd, 2005, str. 255.

⁸ S. Hrnjica, op. cit., str. 255.

⁹ N. Delić, *Psihologija iskaza pojedinih učesnika u krivičnom postupku*, Beograd, 2003, str. 40-41.

¹⁰ D. A. Laird, E. C. Laird, *Tehnike uspešnog zapamćivanja*, Zagreb, 1966.

¹¹ N. Rot, *Opšta psihologija*, Beograd, 1974, str. 115.

¹² Navedeno prema S. Hrnjica, op. cit., str. 257.

Takva informacija se veoma brzo gubi i može biti uspešno prihvaćena samo ako tranzitivni period nije trajao duže od pola sekunde. Kratkotrajna memorija je centar aktivnosti u informacionom procesnom sistemu. Neka informacija može dospeti u tu zonu bilo iz zone senzorne memorije, bilo iz zone dugotrajne memorije. Dok je kratkotrajna memorija ograničenog kapaciteta, dugotrajna memorija je potencijalno beskonačna, iako nam se ne čini tako zbog čestih grešaka u reprodukciji zapamćenog.

Postoje i različite vrste pamćenja: namerno i nenamerno, motorno, emocionalno, slikovno i logičko.¹³ Takođe, treba ukazati da se pamćenje može shvatiti istovremeno i kao psihički proces, ali i kao dispozicija odnosno sposobnost. Kada je reč o ovom poslednjem, moramo se zapitati da li su te dispozicije jednake kod dece, kao i kod odraslih ljudi. Svakako da na to pitanje treba dati negativan odgovor. Treba podsetiti da je danas napušteno shvatanje deteta kao „čoveka u malom“ (homunculusa), i njegovih prirodnih sklonosti i osobenog načina mišljenja i ponašanja kao za bluda koje treba iskoreniti, radi što bržeg uvođenja deteta u red odraslih. Danas je očigledno da dete nije u svemu čovek u malom, ali ni neko posebno biće, specifično različito od sutrašnjeg mladića. Po evolucionom shvatanju, dete treba posmatrati kao biće koje postaje, ne sa statične tačke gledišta uzimajući u obzir jedan trenutak njegovog psihičkog razvoja, već s obzirom na njegovo lagano pristupanje mladićkom psihičkom sazrevanju. Počev od kolenke, dete raspolaže gotovo svim mogućnostima odraslog, ali u njemu svojstvenom obliku, promenljivom u pojedinim etapama njegovog razvoja i prema uticajima sredine.¹⁴

Ž. Pijaže i B. Inhelder ukazuju na potrebu razlikovanja rekognitivnog i evokativnog pamćenja.¹⁵ Rekognitivno pamćenje deluje samo u prisustvu već viđenog objekta i sastoji se u njegovom prepoznavanju. Evokativno pamćenje sastoji se u evokaciji objekta u njegovom odsustvu, putem uspomene – slike. Rekognitivno pamćenje javlja se veoma rano, a postoji i kod nižih bezkičmenjaka. Što se tiče same konzervacije uspomene, za neke autore (Frojd, Bergson), uspomene se nagomilavaju u nesvesnom gde su zaboravljene ili spremne za evokaciju, dok je za druge (Žane), evokacija rekonstrukcija koja se vrši na sličan način kao istorijska praksa (opisivanje, izvođenje zaključaka).¹⁶

Imajući u vidu napred rečeno, možemo reći da je najniži oblik pamćenja zadržavanje i prepoznavanje onih spoljnih nadražaja značajnih za

¹³ N. Delić, op. cit., str. 47.

¹⁴ Vid. I način na koji ovu razliku prostim i razumljivim rečima objašnjava H. Gros, *Kriminalna psihologija*, 2. svezak (interni prevod), str. 522.

¹⁵ Ž. Pijaže, B. Inhelder, *Psihologija deteta*, Novi Sad, 1990, str. 87.

¹⁶ Ibidem, str. 90.

dečju vitalnu aktivnost. Posle trećeg meseca javlja se složeniji oblik zadržavanja – prepoznavanje majke i predmeta. Krajem druge godine života, reči postaju predmet pamćenja: najpre se pamte rečenice sa dve reči, zatim kratke celovite rečenice bez konjugacije i deklinacije, a potom se postepeno stižu gramatičke strukture. U drugoj godini dete je u stanju da prepozna poznate osobe iako ih nije videlo nekoliko nedelja, u trećoj godini i posle nekoliko meseci, a u četvrtoj godini i posle godinu dana.¹⁷

Kod mlađe dece pamćenje je izrazito nenamerno. Zadržavanje i reprodukovanje odvijaju se bez posebnog napora deteta, ili u dečjoj igri ili u drugoj praktičnoj aktivnosti. Trogodišnje i četvorogodišnje dete posle 10-15 pokušaja ne može da reprodukuje više od četiri predmeta. Ako mu samo jednom kažemo više reči, zapamtiće prosečno dve. Mlađa predškolska deca lakše pamte povezan tekst, priče, pesme, naročito ako je tekst emocionalno obojen.

Kod petogodišnje dece pojavljuje se i namerno pamćenje. U vezi sa razvojem govora i mišljenja, razvija se i verbalno logičko pamćenje. Petogodišnja deca reprodukuju pet, a šestogodišnja i sedmogodišnja sedam od 10-15 predmeta koji su im samo jedanput pokazani. Dok se dvogodišnje dete seća događaja od pre više nedelja, kod četvorogodišnje dece se trajnost pamćenja proširuje na više meseci, a kod petogodišnje dece i na jednu godinu. U školskom periodu se povećavaju efikasnost i trajnost pamćenja.

Takođe, treba imati u vidu da su deca od 4-5 godina u stanju da svaki dan sama prevale put od deset minuta od kuće do škole i natrag. Međutim, ako im zatražimo da taj put predstave pomoću nekoliko malih trodimenzionalnih predmeta od kartona (kuće, crkva, ulice, reka, parkovi, itd) ili da pokažu plan škole ne uspevaju da rekonstruišu topografske odnose koje stalno upotrebljavaju u akciji: njihova sećanja su na neki način motorna, i ne uspevaju da istovremeno rekonstruišu celinu.¹⁸

Rasprostranjeno je mišljenje da deca mnogo bolje pamte nego odrasli, što se potkrepljuje okolnošću da deca lako uče strane jezike.¹⁹ Nasuprot ovome, većina istraživača dolazi do sasvim suprotnih rezultata, kojima se pre može dokazati postupno jačanje pamćenja s godinama. Lako je dokazati da prosečan broj brojk, slova i reči koji se mogu zapamtiti, postaje utoliko veći ukoliko je dete starije. Tako je Clapared, pošto je pročitao ispitanicima petnaest reči i ispitivao šta je od toga zapamćeno, ustanovio postepeni porast reči sa godinama, koji ide sve do osam reči u prose-

¹⁷ V. Smiljanić, I. Toličić, *Dečja psihologija*, Beograd, 1985, str. 108.

¹⁸ Ž. Pijaže, B. Inhelder, op. cit., str. 101.

¹⁹ G. Vermeylen, *Psihologija deteta i mladića*, prevod, Beograd, 1941, str. 122.

ku kod odrasle osobe.²⁰ Woodworth je ispitivao obim neposrednog pamćenja brojki i ustanovio da deca od dve ipo godine pamte dva člana, trogodišnja deca tri člana, deca od četiri ipo godine četiri člana, sedmogodišnja deca pet članova a desetogodišnja šest članova.²¹ Sa godinama se obim neposrednog pamćenja povećava, sve do tridesete godine, kada polako počinje da opada. Ova prividna protivrečnost potiče uglavnom od nerazlikovanja nesređenog, neposrednog i spontanog pamćenja od asocijativnog pamćenja, zasnovanog na pažnji, vežbanju i razmišljanju.²² Ako je nesporno da broj u svesti nagomilanih sećanja i mogućnost asocijativnog sećanja raste s godinama, onda je postojanost svega onoga što smo stekli pamćenjem sve nepouzdanije ukoliko se zalazi u godine. Naime, najranija sećanja su bolje fiksirana i duže se zadržavaju u detinjstvu, nego što je slučaj sa sećanjima zrelog doba.

3. Ejdeza

U vezi sa izazivanjem predstava kao reprodukovanog sadržaja svesti, koje se odlikuje nepostojanošću, neodređenošću, nepotpunošću i ukočenošću, treba pomenuti i ejdezu – sposobnost vernog i detaljnog reprodukovanja ranijeg doživljaja, tako da se predstava ne razlikuje od opažaja. Zbog toga se pogrešno naziva i fotografskim pamćenjem. Ejdeza može predstavljati dispoziciju ili se javiti kao posledica bolesnog stanja ili preležane bolesti. Autori su saglasni da su ejdetičari češći među decom, nego među odraslima. Međutim, sporno je koliko je ejdeza rasprostranjena među samom decom. Ima mišljenja da je to vrlo česta pojava u detinjstvu, možda čak univerzalna;²³ da se gubi oko petnaeste godine;²⁴ ali i suprotno, da je najčešća u pubertetu;²⁵ da je prisutna kod jedne trećine dece do petnaeste godine života;²⁶ po nekima kod jedne trećine dvanaestogodišnjaka i trinaestogodišnjaka.²⁷ Prema nekim kasnijim istraživanjima, samo mali broj dece može se smatrati pravim ejdetičarima.²⁸ Ejdetke slike mogu biti vizuelne, slušne, taktilne. Proseč-

²⁰ Navedeno prema Ž. Pijaže, B. Inhelder, op. cit., str. 87.

²¹ Navedeno prema V. Pečjak, Psihologija saznavanja, Sarajevo, 1981, str. 269.

²² Jeron, naveden prema G. Vermeylenu, op. cit., str. 123.

²³ H. B. Inglis, A. Č. Inglis, Obuhvatni rečnik psiholoških i psihoanalitičkih pojmova (prevod), Beograd, 1972, str. 103.

²⁴ V. Vodinelić, Kriminalistika, Beograd, 1982, str. 354.

²⁵ Urbančić naveden prema D. Putniku, Deca kao svedoci, 13. maj 3/1967, str. 38.

²⁶ V. Vodinelić, op. cit., str. 354.

²⁷ R. Grasberger, Psihologija krivičnog postupka (prevod), Sarajevo, 1958, str. 67.

²⁸ Z. Milovanović, Starosna dob svedoka kao element od značaja za ocenu dokazne vrednosti prepoznavanja, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu 1-3/1986, str. 129.

na dužina trajanja ejdetske slike je 30-40 sekundi, ali može i tri do pet minuta, pa i duže.

Mnogi faktori koji utiču na ejdezu nisu istraženi, ali je poznato da ne postoji veza između ove sposobnosti i inteligencije, tako da se ejdetičari javljaju i iz reda slaboumnih lica.²⁹

Ejdetičari su najsavršeniji svedoci, no problem je njihovog razlikovanja od davalaca naučenog iskaza. U tu svrhu postoje određene metode za testiranje ejdetske sposobnosti. Na stolu se poređa preko pedeset različitih predmeta. Ispitivanom se dozvoli da ih razgleda na taj način što će svoj pogled fiksirati prema sredini stola u trajanju od pola minuta. Nakon toga, ispitaniku se daje čist list hartije, na kojem treba da fiksira jednu određenu tačku radi izazivanja već viđenog. To se može zameniti i fiksiranjem određene tačke na zidu prostorije gde se vrši ispitivanje.³⁰

4. Specifičnosti dečjeg mišljenja

Mišljenje je složen psihički proces, čija je suština u uviđanju odnosa i veza među pojavama. U literaturi se najčešće sreću sledeća pojmovna određenja ovog procesa: (1) Mišljenje je usmereno operisanje znacima ili simbolima koje omogućuje uviđanje odnosa; (2) Mišljenje je determinisan tok ideja sa simboličkom sadržinom, podstaknut problemom ili zadatkom, a koji vodi ka rešenju; (3) Mišljenje je svaki proces ili aktivnost koja nije dominantno opažajna, a kojom čovek shvata neki objekat ili aspekt objekta ili situacije.³¹ Tri su karakteristična momenta u procesu mišljenja: operisanje simbolima, usmerenost procesa i uviđanje odnosa.³²

Mišljenje je psihička funkcija koja prožima sve faze u davanju iskaza shvaćenom u psihološkom smislu i zbog toga na ovom mestu treba ispitati specifičnosti ove funkcije kod dece. Odavno je poznato da postoje razlike u mišljenju između dece i odraslih. Sporno je da li su te razlike samo kvantitativne, zbog manjeg obima dečjih znanja i iskustava (S. Ajzeks) ili i kvalitativne, usled postojanja nekih specifičnosti dečjeg mišljenja (Ž. Pijaže).

Genetički najraniji oblik mišljenja je opažajno-praktično mišljenje koje se ogleda u rešavanju prvih praktičnih zadataka krajem prve godine

²⁹ Vid. primere koje navodi R. Grasberger op. cit. str. 66 i Z. Roso, Specifičnosti informativnog razgovora s decom i maloljetnicima, Priručnik za stručno obrazovanje radnika unutrašnjih poslova 2/1983, str. 184.

³⁰ D. Putnik, Sudska psihologija (skripta), Beograd, 1962, str. 39.

³¹ Navedeno prema S. Hrnjica, op. cit., str. 263. Upor.. N. Rot, op. cit., str. 131-135 i H. B. Ingliš, A. Č. Ingliš, op. cit., str. 292.

³² N. Delić, op. cit., str. 51.

života. U predškolskom periodu dete prelazi na opažajno-predstavni nivo, a zatim i na verbalno mišljenje. Po Pijažeu, mišljenje predškolskog deteta je alogično. Dete zaključuje od pojedinačnog ka pojedinačnom, ne poštujući generalizacije. Kod dece se vrlo rano mogu naći i neki oblici induktivnog zaključivanja.³³ Uopštavanje iskustava omogućuje detetu i deduktivno zaključivanje, koje se može opaziti kod relativno malog broja trogodišnje dece. Međutim, veći broj petogodišnje i šestogodišnje dece rešava zadatke koji uključuju deduktivno zaključivanje. Dete pravilno deduktivno zaključuje u zadacima koji su mu bliži, a podbacuje u zadacima koji premašuju njegovo iskustvo. Posebnim treningom, koji se sastoji u tome što dete putem praktične vežbe sa predmetima i dopunskim pitanjima oživljava svoje iskustvo, dolazi do uopštenih zaključaka. Posle treninga, kod trogodišnje dece nije bilo uspeha, kod četvorogodišnje i petogodišnje dece efektivnost je bila povećana na 40-50%, a kod šestogodišnje i sedmogodišnje dece na 88-100%.³⁴

Analiza grešaka pri deduktivnom zaključivanju otkrila je neke specifičnosti. U prvoj fazi dete ne operiše nekim opštim premisama i obično ne objašnjava svoje zaključke i tvrđenja. U drugoj fazi, ono se služi opštim premisama, koje još uvek nepravilno odražavaju stvarnost. U trećoj fazi primenjuje opšte premise, koje bar delimično odražavaju suštinu predmeta i pojava. Dakle, to odražavanje još uvek nije tačno, samo je približno. Tek u četvrtoj fazi dete primenjuje premise koje pravilno odražavaju stvarnost i donosi takođe pravilne zaključke.³⁵ Prelaz iz jedne u drugu fazu ne zavisi samo od uzrasta deteta, nego i od njegovih iskustava. Iako dete upotrebljava veliki broj pojmova, to još ne znači da će biti uspešniji u zaključivanju. Taj uspeh je moguć samo onda kada pojmovi, na osnovu kojih dete donosi svoje zaključke, pravilno i uopšteno odražavaju objektivnu stvarnost.

Specifičnosti dečjeg mišljenja su i protivrečnosti u njihovim odgovorima. Do toga dolazi kada dete donosi zaključke o pojavama koje su mu nedovoljno poznate. Dalje, dete često greši u zaključivanju jer polazi od svog opažanja, koje ne odražava bitna svojstva stvari i pojava. Jedan od razloga navedenih protivrečnosti je i taj što su dečji pojmovi prilično neodređeni. Ista reč detetu može da označava više stvari, iako među njima nema nikakve logične veze.³⁶

³³ Na primer kad dvogodišnje dete kaže: "On ide pa-pa, tata ide pa-pa, mama ide pa-pa, svi idemo pa-pa" (primer naveden kod V. Smiljanić, I. Toličić, op. cit., str. 126).

³⁴ Rezultati istraživanja Uljenikove, navedeni prema V. Smiljanić, I. Toličić, op. cit., str. 129.

³⁵ V. Smiljanić, I. Toličić, op. cit., str. 129.

³⁶ V. Smiljanić, I. Toličić, op. cit., str. 129.

Mišljenje mlađe dece se često odlikuje i sinkretizmom, po kome je sve povezano sa svim, čak i kada nema nikakve veze. Ako su dve pojave vremenski ili prostorno povezane, dete često zaključuje da među njima postoji uzročna veza.³⁷ Mogli bismo reći da razvoj dečjeg logičkog mišljenja ide u pravcu desubjektivizacije i od konkretnog ka apstraktnom. Mišljenje se, posebno na školskom uzrastu, sve više oslanja na objektivna svojstva stvari i pojava, a povećava se i sposobnost apstrahovanja. To još ne znači da dete može apstraktno da misli. Ono će to moći tek u pubertetu.

I dečje shvatanje sveta je specifično. Malo dete ne razlikuje subjektivno od objektivnog. Ono sve do treće godine ne shvata sebe kao nešto što se razlikuje od sveta. Dolazi do subjektivisanja objektivnog i do objektivisanja subjektivnog.³⁸

O realizmu se radi kada dete subjektivne pojave shvata kao objektivne. Tako ono smatra da njegove misli i snovi postoje negde napolju, izvan njegove glave, da se mogu gledati, pa je ubeđeno da ih vide i drugi a ne samo ono. I imena stvari ono shvata kao njihovu nerazdvojnu osobinu. Tek kasnije uviđa da se predmeti mogu i različito imenovati, da se ime ne nalazi u njemu.

O animizmu se radi onda kada dete nežive stvari shvata kao žive, unoseći sebe i svoje misli u njih. Ovako dete često tumači nepoznate pojave zbog svog neiskustva. Ovo ne treba mešati sa dečjom maštom u igri.

5. Specifičnosti dečjeg govora

U svom osnovnom i prirodnom obliku jezik se realizuje kroz govor koji predstavlja akustički signal proizveden govornim organima, a prima se čulom sluha, tj. auditivnim aparatom.³⁹ Govor je značajno sredstvo za uspostavljanje socijalnih kontakata, i veoma važno u procesu svedočenja. Dakle, komunikativna funkcija je najvažnija funkcija govora, koja je moguća jer su reči i rečenice govora nosioci značenja, koje jedan čovek prenosi drugome. Ipak, opštenje među ljudima putem govora nije uvek uspešno zato što davalac i primalac poruke ne pridaju uvek isto značenje istim rečima. Uzrok otežane komunikacije se često nalazi u tome što reči imaju više značenja. Pored denotativnog značenja, one često imaju i konotativna značenja.⁴⁰ Denotativno značenje reči je relativno nedvosmisleno, za razliku od konotativnog značenja koje može varirati, naročito u zavisnosti od pripadnosti grupi ili određenoj kulturi.

³⁷ Ibidem, str. 129.

³⁸ Ibidem, str. 121.

³⁹ A. Kostić, Kognitivna psihologija, Beograd, 2010, str. 245.

⁴⁰ N. Rot, op. cit., str. 139.

U razvoju govora, koji teče uporedo sa razvojem motornih i intelektualnih sposobnosti, mogu se razlikovati dve faze: prelingvistička i lingvistička. Lingvistička faza počinje sa prvom izgovorenom rečju koja ima neki smisao. Teško je odrediti kada se javlja ta prva reč: prema nekim psiholozima u jedanaestom, a prema drugima u četrnaestom mesecu. Prema nekim ispitivanjima američkih autora, u jedanaestom mesecu deca znaju da upotrebe jednu reč, u dvanaestom mesecu tri reči, u drugoj godini 272 reči, u trećoj godini 896 reči, u četvrtoj 1540 reči, i u petoj preko 2000 reči.⁴¹

Prvi period u razvoju dečjeg govora neki nazivaju periodom imenovanja. Na uzrastu od dve godine, više od polovine reči kojima dete raspolaze jesu imenice, ali one imaju značenje čitave rečenice. Prva zamenica se javlja krajem druge godine. Sa razvojem rečnika, broj glagola se povećava a broj imenica opada. Tek krajem druge godine, dete ume da kombinuje dve reči u rečenici (obično imenicu i glagol ili pridev i imenicu), koje je obično praća gestovima. U daljem razvoju, raste i broj reči i složenost njihovih kombinacija u rečenici. Ženska deca su superiornija u govoru u odnosu na mušku decu. Ona, po pravilu, pre i pravilnije progovaraju, imaju bogatiji rečnik i prosečno dužu rečenicu.

Prema C. Bühler, dete je najranije u stanju da pruži informacije o opštim opažanjima, dok kazivanja o akustičkim doživljajima ostaje za jednu kasniju fazu.⁴² Veoma su usamljeni slučajevi da već dete od osam godina zna da priča o onome što je u određenom trenutku mislilo ili osećalo.

O problemu odnosa svesti i govora kod dece, tj. pretakanju neverbalnog iskustva u verbalno, govori svojevremeno sprovedeno istraživanje kod nas.⁴³ Odabrana su deca sa srpskohrvatskim maternjim jezikom na području Novog Sada, po 25 u svakoj uzrasnoj grupi (3, 5, 7, 11, 14 i 18 godina). Testirana su pomoću šestoipominutnog filma koji ima radnju i zvuk, ali je bez verbalnog objašnjenja. Posmatrači su zamoljeni da neko me, za koga se pretpostavlja da nije gledao film, ispriča njegov sadržaj. Uočene su veće teškoće u izražavanju mlađe dece. Tako, na primer, identifikacija po broju i polnom sastavu učesnika na filmu, nije mogla biti jasno jezički izražena, a izgleda ni precizno percipirana; kod ponovnog uvođenja aktera u priču, utvrđene su velike kognitivne, jezičke, narativne i individualne razlike. Temporalna organizacija priče je pokazala malu upotrebu vremenskih priloga, a veću upotrebu glagolskih vremena. Mlađi uzrasti su bili nesposobni za interpretaciju uzroka u priči, itd.

⁴¹ Navedeno prema V. Smiljanić, I. Toličić, op. cit., str. 92.

⁴² Navedeno prema R. Grasbergeru, op. cit., str. 219.

⁴³ S. Savić, *Narativi kod dece*, Novi Sad, 1985.

U samom početku, reči imaju za dete sasvim lično značenje. Dete vrši jednu originalnu klasifikaciju bića i stvari, ne prema logici odraslih, već po sličnosti afektivnih utisaka i reakcija na njih. Otuda analogije, koje nas iznenađuju. Dete teži da uopšti pojam, sužavajući tako smisao reči. Ono zadugo polazi od delimične sličnosti, ne bi li tako označila bića ili stvari, koji su u svemu ostalom različiti. Upotrebljava reči naučene podražavanjem i daje im, samo njemu svojstveno, značenje. Kad dete postane svesno značaja i korisnosti govora, ono bira izraze i bogati svoj rečnik. Postoji jedan period u životu deteta, kada ono raspolaže očigledno većim brojem pojmova, nego što ih može rečima izraziti. Tako, na primer, trogodišnje dete može donekle uspešno da razlikuje četiri osnovne boje putem upoređivanja, ali sposobnost njihovog imenovanja stiže kasnije, oko pete godine.⁴⁴ Mlađa deca takođe ne vladaju dobro pojmovima za vreme. Dete najpre shvata sadašnjost (do druge godine), zatim budućnost (posle druge godine), pa tek onda prošlost (posle treće godine). Četvorodogodisnjak često meša sutra i juče, ali može da shvati šta su to čas i minut i koliko oni traju. On može da shvati i pojam godišnjih doba (zima – hladno; leto – toplo). Po navršenoj petoj godini, dete ima jasan pojam o godišnjim dobima, zna imena dana u nedelji, a ponekad i imena meseca u godini.⁴⁵ I obrnuto, kasnije oko treće i četvrte godine, dete upotrebljava veliki broj reči, čiji smisao mu je tek približno poznat ili čak nepoznat. Biće potreban jedan dug period prilagođavanja pre nego što dete uspe da u dovoljnoj meri proдре u sam duh jezika.⁴⁶

6. Sugestibilnost

U vezi sa davanjem svedočkog iskaza, naročito iskaza dece, treba spomenuti i sugestiju i sugestibilnost. Krstić pod sugestijom podrazumeva preuzimanje ideja koje nisu ponikle u samom subjektu, već im je poreklo izvan subjekta, ali ih on prihvata kao da su njegove, svesno ili nesvesno zanemarujući saznanje o njihovim izvorima.⁴⁷ Smatramo da je ova definicija sugestije neprihvatljiva iz dva razloga. Prvo, ona implicira da određena sugestija nužno rezultira prihvatanjem, što nije uvek slučaj. Drugo, pomenuta definicija ne pravi razliku između sugestije kao stimulansa i reakcije pojedinca na sugestiju. Treba praviti razliku između sugestije i sugestibilnosti. Dok se sugestija odnosi na svojstva koja ima stimulans, sugestibilnost se odnosi na osobine lica od kojeg se oče-

⁴⁴ V. Smiljanić, I. Toličić, op. cit., str. 100.

⁴⁵ V. Smiljanić, I. Toličić, op. cit., str. 102.

⁴⁶ G. Vermeylen, op.cit., str. 82.

⁴⁷ D. Krstić, Psihološki rečnik, Beograd, 1996, str. 645.

kuje odgovor. Dakle sugestija ima samo potencijal da izazove reakciju, a da li će se to dogoditi ili neće, zavisi od podložnosti određenog lica, prirode i svojstva sugestije, kao i konteksta u kojem se sugestija javlja.⁴⁸ Sugestibilnost u najopštijem smislu izražava stepen nečije podložnosti sugestiji. Sugestibilnost je osobita sklonost duha da s manjom ili većom lakoćom prima neki strani uticaj, ne podvrgavajući ga pri tom razmišljanju i ličnoj kritici.⁴⁹ Sugestibilnim licima nisu potrebna obrazložena objašnjenja za upućenu sugestiju. Ona prodire u duh, iskorišćujući njegove slabosti i preplavljuje sav njihov psihizam. Sugestibilno lice prihvata sugestiju bez ikakve veze sa obrazloženim ili svesno prihvaćenim uveravanjem. Neki ističu da sugestibilnost može biti posledica neobično bujne mašte, pod čijim uticajem se primaju kao istinita najmanje istinita tvrđenja (mitomanija); nedovoljno razvijene inteligencije, zbog čega pojedinac nije u stanju da razlikuje i odabire; suviše žive afektivnosti, koja ometa smišljenu kontrolu (hiperemotivnost).⁵⁰ Kod dece se stiču sva tri ova uticaja i pruzrokuju sugestibilnost, koja je utoliko jača, ukoliko je dete mlađe.

Bine razlikuje dve glavne vrste sugestibilnosti: ona koja se javlja pod uticajem ideja vodilja (predrasude, tradicija) i ona koja je svojstvena odraslima i koja se javlja pod uticajem moralnog dejstva a svojstvena je svakom uzrastu.

Većina psihologa je saglasna u tome da se sugestibilnost umanjuje s godinama. Po Sternu, ona bi u petnaestoj godini bila za polovinu slabija nego u sedmoj godini. U doba puberteta, međutim, kao da se sugestibilnost povećava. Po Jungu, dete je podložnije sugestiji nego žena, a ova joj je podložnija nego muškarac, dok joj se dečak lakše odupire ukoliko je stariji, nego devojčica.⁵¹ S obzirom na ovu odliku dečje psihe, deca se neretko smatraju „najopasnijim od svih svedoka“.⁵²

Sugestibilnost naročito dolazi do izražaja ako se detetu, zbog nepovezanosti njegove priče, moraju postavljati dodatna pitanja. Dete po pravilu ne shvata apstraktna pitanja, a sa svakom konkretizacijom raste opasnost od sugestije.⁵³ Zbog izražene sugestibilnosti kod dece, treba posvetiti naročitu pažnju načinu njihovog ispitivanja. Neki autori smatraju da je opasnost od sugestije manja ako se detetu svedoku postavljaju opšta, nego konkretna

⁴⁸ G. Gudjonsson, *The Psychology of Interrogations and Confessions – a Handbook*, London, 2008, str. 360.

⁴⁹ G. Vermeulen, *op.cit.*, str. 151.

⁵⁰ G. Vermeulen, *op.cit.*, str. 152.

⁵¹ G. Vermeulen, *op.cit.*, str. 152.

⁵² Vajpli, naveden prema Z. Milovanoviću, *op.cit.*, str. 127.

⁵³ M. Aćimović, *Psihologija zločina i suđenja*, Beograd, 1987, str. 257.

pitanja.⁵⁴ Takođe, mogućnost sugestije se povećava ako dete više puta ispitujemo o istom predmetu. Bruck i Ceci su svojevremeno sproveli jedno istraživanje nad grupom predškolske dece, koja su ispitivana o događajima, koji im se nikada nisu dogodili a što su njihovi roditelji potvrdili. Tokom ispitivanja, oni su podsticani da razmišljaju o tim nepostojećim događajima. Posle ponovljenog ispitivanja 58% predškolske dece detaljno se „sećalo“ događaja koji im se nikada nije desio.⁵⁵ Tehnike ispitivanja koje naročito pogoduju sugestibilnosti su davanje nagrada, obećanja, kazni, ponovljeno ispitivanje i selektivno podstrekavanje na određeni iskaz.

Međutim, treba dodati da neka istraživanja pokazuju da mlađa deca nisu nužno sugestibilnija od odraslije dece.⁵⁶ Tako je, na primer, Flin 1992. sproveo istraživanje nad šestogodišnjom, desetogodišnjom decom i nad odraslima za vreme prezentiranja higijene nogu. Samo nekoliko ispitnika je podleglo sugestiji.

7. Shvatanja o verodostojnosti dečjeg iskaza

Shvatanja o verodostojnosti dečjeg iskaza, pa time i o (ne)mogućnosti pojavljivanja dece u krivičnom postupku u svojstvu svedoka, vremenom su se menjala. Prvobitni apriorni optimistički stav zahvaljujući principu „Ex ore puerorum veritas“ („Iz dečjih usta samo istina“), prouzrokovao je niz sudskih zabluda pridavanjem neograničenog poverenja dečjem iskazu. Dvadesetih godina prošlog veka, taj stav ustupio je mesto suprotnom, pesimističkom stavu („Iz dečjih usta samo laž“).⁵⁷ Ovaj poslednji stav bio je uslovljen razvojem dečje i sudske psihologije, a sledila su ga i neka zakonodavstva, koja su zabranjivala uzimanje iskaza od dece ispod sedam godina.⁵⁸ Tek će eksperimentalna ispitivanja početkom prošlog veka pokazati neodrživost oba ekstremna stava i ukazati na potrebu rešavanja pitanja ve-

⁵⁴ O. Krstić, Otkrivanje laži kroz gestove i i ponašanje – simptomatska slika, Banja Luka, 2007, str. 276.

⁵⁵ Navedeno prema D. Staker, *The Seven Sins of Memory*, New York, 2001, str. 133-134.

⁵⁶ Navedeno prema A. Memon, A. Vrij, R. Bull, *Psychology and Law – Truthfulness, Accuracy and Credibility*, Chichester, 2006, str. 96. Upor. istraživanje Rudy i Goodman 1991, navedeno u istoj knjizi, str. 96.

⁵⁷ Tako su Stern, Marbe, Döring, Lipmann, Schneikert bili krajnji pesimisti (navedeno prema V. Vodinić, *Saslušavanje djece i mladeži*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu 1969-1970, str. 105).

⁵⁸ Ž. Aleksić, *Kriminalistika*, Beograd, 1982, str. 307. D. Putnik, *Sudska psihologija*, Beograd, 1962, str. 136. Prema švajcarskom pravu, deca ispod petnaest godina po pravilu se ne saslušavaju kao svedoci, već samo kao lica koja daju obaveštenja (Auskunfpersonen). Videti član 173, stav 2 *Vorentwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung*, Bern, 2001.

rodostojnosti dečje svedodžbe od slučaja do slučaja. Drugim rečima, ukazuje se na neophodnost individualnog pristupa problemu, uz nešto veću opreznost i kritičnost nego inače. Interesantno je da je otac kriminalistike i sudske psihologije, Hans Gross, od početka zauzimao suprotno gledište. On ne tvrdi u kom su dobu svedoci najpouzdaniji a u kom najnepouzdaniji. Po njemu, postoje pouzdani i nepouzdanici iskazi dece, kao što postoje pouzdani i nepouzdanici iskazi odraslih. Ako je tačno da su dečji iskazi ponekad ili često nepouzdanici, ne bi ih zbog toga trebalo zabranjivati, kao što nam ne pada na pamet da to učinimo ni kod odraslih, zbog učešća među njima jednog broja neverodostojnih. Štaviše, odsustvo kod dece određenih okolnosti, kao što su ljubav i mržnja, častoljublje, religioznost, zanimanje, socijalni status, posedovanje novca, ambicije, daje im prednost i može ih činiti boljim svedocima od odraslih. Deca su osim toga, iskrenija i poštenija od odraslih, dobri su posmatrači i manje su uplivisani interesima. U tom smislu, deca (posebno dečaci) od sedme do devete godine života mogu biti najbolji svedoci, pod pretpostavkom da su vešto i obazrivo saslušani od iskusnog lica sa dobrim poznavanjem psihologije. No, po njemu, devojčice iste dobi često predstavljaju nepouzdanog, katkad i opasnog svedoka. Odreći se dece kao svedoka, često bi značilo odreći se utvrđivanja postojanja krivičnog dela i sankcionisanja njegovog učinioca. Prema Grossu, najvažnije su okolnosti pod kojima je dete odraslo, a inteligencija je na drugom mestu. Za svedočenje nije toliko bitna razlika između „pametne i bedaste dece“, koliko razlika između „praktične i nepraktične dece“. Praktično dete će mnogo toga videti, što nepraktično i ne primeti. Naravno, utoliko bolje, ukoliko je dete i darovito, ali „i najnedarovitije praktično dete je kao svedok više vredno nego najdarovitije nepraktično“.⁵⁹

Seelig smatra da u svakom pojedinom slučaju treba ispitati da li postoji neki od tri izvora grešaka (sugestibilnost, mašta, svrshodna laž), pa ukoliko se oni mogu isključiti, a predmet spada u krug shvatanja i interesovanja deteta, iskaz je upotrebljiv u sudskom dokaznom postupku.⁶⁰ Hellwig je nešto kritičniji. On nije saglasan sa Grossovim uzdizanjem sedmogodišnjaka kao najboljih svedoka, i smatra da se samo na osnovu iskaza dece nikada ne bi trebala temeljiti presuda. Ipak, on ne isključuje mogućnost da deca budu korisni svedoci, samo njihove iskaze treba primati sa naročitom oprežnošću.⁶¹ Još je skeptičniji Vermeulen,⁶² pa i Bayer: „Ni djeca ni starci nisu, uopšte uzevši, svedoci dostojni poverenja.

⁵⁹ H. Gross, Höppler, Nandbuch für Untersuchungsrichter, München, 1922, str. 122.
H. Gross, Kriminalna psihologija, Beograd, str. 526, 530.

⁶⁰ E. Seelig, Udžbenik kriminologije II, Beograd, 1959, str. 398.

⁶¹ A. Hellwig, Moderne Kriminalistik, Leipzig, 1914, str. 57.

⁶² G. Vermeulen, op. cit., str. 156.

Od sedme do osamnaeste godine broj podataka o kojima su dobiveni ispravni iskazi podvostručuje se. Ipak, točnost svjedočanstava (odnos između ukupnog broja posvjedočenih i istinitih podataka i broja svjedočanstava danih sa sigurnošću) povećava se kroz to razdoblje samo za 20%.⁶³ Da pomenemo, najzad, i Södermana: „Deca su uopšte dobri svedoci kada se sa njima pažljivo postupa. Oni su zainteresovani posmatrači, naročito dečaci od desete do petnaeste godine po pitanjima u vezi sa prirodnim fenomenima, i devojčice od dvanaeste do petnaeste godine po ličnim i intimnim događajima u njihovoj sredini. Donedavno se verovalo da su deca uopšte vrlo sugestibilna. Moderna psihologija svedoka je, međutim, dokazala da deca reaguju vrlo individualno na sugestije“.⁶⁴

Rezultati devetnaestogodišnjeg sistematskog istraživanja jednog instituta za sudsku psihologiju u SR Nemačkoj pokazali su da je više od polovine normalno psihički razvijene dece sposobno za davanje iskaza pred sudom već u šestoj godini starosti.⁶⁵ To potvrđuju i pojedinačni slučajevi, od kojih su naročito interesantni oni kod kojih se radi o veoma maloj deci. U literaturi se često iznose primeri navedeni kod Plauta: na osnovu jednog iskaza troipogodišnje devojčice, utvrđeno je da se radi o samoubistvu njene majke, pa je oslobođen od optužbe za ubistvo žene njen suprug, odnosno otac deteta.⁶⁶ Još je ilustrativniji i poznatiji slučaj četvorogodišnjeg dečaka, na osnovu čijeg je iscrpnog i vernog opisa događaja i izgleda lica delinkventa, rasvetljeno jedno ubistvo i postignuto priznanje učinioca. Primer je zanimljiv, jer je dečak prepoznao ubicu svoje majke iako je u toku događaja bio pretučen i bačen u ugao jedne šupe, i uprkos činjenici što je krivac promenio odeću i obrijao brkove. Međutim, njegove starije sestre od devet i jedanaest godina nisu mogle da ga prepoznaju.⁶⁷

Sreću se i mišljenja o samo informativnom značaju iskaza dece od tri do šest godina, o češćoj upotrebi kao dokaza iskaza dece od šest do deset godina, i o potrebi detaljne kontrole iskaza dece starije od deset godina, uz neprekidno učešće dečjeg psihologa.⁶⁸

⁶³ V. Bayer, *Jugoslavensko krivično procesno pravo*, knjiga druga, Zagreb, 1978, str. 179.

⁶⁴ Söderman, O'Connell, *Modern criminal investigation*, New York, 1951, str. 34.

⁶⁵ Z. Roso, *Specifičnosti informativnog razgovora s djecom i maloljetnicima*, Priručnik za stručno obrazovanje radnika unutrašnjih poslova 2/1983, str. 181.

⁶⁶ Navedeno prema K. Peters, *Strafprozess*, Karlsruhe, 1952, str. 300. Isti primer navodi i D. Putnik, *Sudska psihologija*, Beograd, 1962, str. 136 (ali, pozivajući se na Sterna).

⁶⁷ Navedeno prema K. Petersu, op. cit., str. 300; D. Putniku, op. cit., str. 136 i Ž. Aleksiću, op. cit., str. 307.

⁶⁸ Tako, na primer, O'Hara, Jusevic, Horoszovski, Baley, Undeutsch i drugi, navedeni prema Ž. Aleksiću, op. cit., str. 307 i prema Z. Rosu, op. cit., str. 182.

Jedan od najstarijih slučajeva svedočenja dece zabeležen je u švedskom procesu protiv veštica 1669. godine. Primer je u isti mah zanimljiv, stravičan i čudan, jer u Švedskoj do tada nije bilo masovnih progona veštica zasnovanih na vladajućem evropskom pojmu čarobnjaštva. Te godine je u mestima Mora i Elfdale obolela masa dece od nepoznate bolesti. Prilikom istraživanja uzroka, ta deca su pričala o čudnom dvorcu Blakulli, u koji su ih noću veštice prenosile na sabat, gde ih je đavo tukao, od čega su i obolela. Istražna komisija uhapsila je mnogo lica i tristo dece, koja su navodila konkretne žene kao veštice, i za vreme istrage u njihovom prisustvu ponavljala svoje iskaze. Uzaludne su bile tvrdnje roditelja da su im deca kritičnih noći, kao i uvek, spavala kod kuće u svojim krevetima. Okrivljenici su podvrgnuti torturi i na osnovu priznanja osuđeni. Tako je 84 odrasla lica i petnaestoro dece spaljeno na lomači, 128 dece su svake sedmice jednom šibali pred crkvom tokom cele godine, a dvadesetoro najmanje dece samo tri dana uzastopce.⁶⁹ Svetovni pravnici su se u početku protivili da na osnovu iskaza dece započnu postupak, no na njih je izvršen odlučujući pritisak sveštenika, tvrdnjom da deca ne mogu lagati jer iz njih govori Duh sveti.⁷⁰

8. Zaključna razmatranja

Sagledavanje psihičkog života deteta u kontekstu njegove svedočke dužnosti potrebno je iz dva razloga. Prvo, deca se nalaze u posebno osetljivoj dobi i treba im obezbediti takav tretman u bilo kom pravnom postupku, koji neće proizvoditi štetne posledice po njihov psihosocijalni razvoj. Zbog toga ne treba da čudi što mnogi međunarodni, kao i ustavni dokumenti proklamuju pravo na posebnu zaštitu te kategorije lica. To obavezuje nacionalne države da prilikom donošenja i primene zakona u različitim oblastima društvenih odnosa obezbede fizički, mentalni, moralni i socijalni razvoj dece na zdrav i normalan način i u uslovima slobode i dostojanstva. Principom najboljeg interesa deteta treba da se rukovode stvaraoci i primenjivači prava i kada je reč o saslušanju dece kao oštećenih i svedoka u krivičnom postupku. Zato savremeni zakoni poznaju čitav skup mera za zaštitu dece kao oštećenih i svedoka u krivičnom postupku,

⁶⁹ Tek će sto godina kasnije Beccaria ustati protiv „gvođenog aksioma najokrutnije gluposti“, koji glasi: „Kod najstrašnijih zločina, tj. kod najneverovatnijih, dovoljne su i najmanje sumnje i dozvoljeno je sucu da ide i preko zakona“, suprotstavljajući mu tvrdnju da je „vjerodostojnost svjedoka to manja što je zločin strašniji ili što je nevjerovatniji, kao na primer kad bi svjedočio o posljedicama čarolija ili o bezrazložnoj okrutnosti“ (C. Beccaria, *O zločinima i kaznama*, Split, 1984, str. 84).

⁷⁰ Navedeno prema V. Bayer, *Ugovor s davlom*, Zagreb, 1982, str. 172.

koje su upravljene na suzbijanje njihove sekundarne viktimizacije.⁷¹ Pod direktnom sekundarnom viktimizacijom podrazumeva se nesenzitivni tretman od strane policije, ponovljeno i nesenzitivno ispitivanje, nedovoljna zaštita od neprimerenog publiciteta i nedovoljna zaštita od zastrašivanja i osvete.⁷² Dakle, organi krivičnog pravosuđa prilikom saslušavanja dece kao oštećenih i svedoka treba da izbegavaju one radnje koje bi mogle naškoditi psihi deteta i da pribegavaju onim tehnikama kojima se bez štetnih posledica po razvoj deteta može dobiti njegov svedočki iskaz. Sa druge strane, poseban režim saslušavanja takvih lica je istovremeno i u interesu krivičnog pravosuđa, jer treba da je u funkciji poboljšanja kvaliteta svedočkog iskaza, kako bi on bio što spontaniji, potpuniji, koherentniji, sigurniji... Poznavanje funkcionisanja psihičkog aparata deteta je važno i za pravilnu ocenu svedočkog iskaza deteta. Ako se dobro poznaju specifičnosti i osnovne zakonitosti razvoja psihičkih procesa i psihičkih svojstava dece, koji su od značaja za davanje iskaza, biće znatno olakšan posao suda prilikom otkrivanja eventualnih pogrešnih ili lažnih iskaza takvih svedoka.

Danas preovlađuje mišljenje da je zbog osobenosti psiho-fizičkog razvoja dece u proseku, rizik dobijanja neistinitih iskaza unekoliko veći nego kod odraslih, ali da zbog toga decu kao svedoke ne treba isključivati iz dokaznog sistema, jer ona mogu biti i dragocen izvor saznanja i jer bi suprotno rešenje onemogućilo razobličenje izvesnog broja učinilaca krivičnih dela. Danas se smatra da po pitanju verodostojnosti dečijeg iskaza ne treba zauzimati nikakve apriorne stavove: dečji iskaz valja ceniti za svaki slučaj posebno, pri čemu treba biti nešto oprezniji i kritičniji nego inače.

⁷¹ Sažet pregled tih mera videti u knjizi S. Brkić, *Zaštita svedoka u krivičnom postupku*, Novi Sad, 2005, str. 135-173.

⁷² Vid. Preporuku Komiteta ministara Saveta Evrope R (85) 11 o položaju žrtava u okviru krivičnog prava i postupka iz 1985. godine.

*Snežana S. Brkić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Speciality of Psychological Processes in Relation to Children Testimony

Abstract: *Witnesses are important and very frequent sources of evidence in criminal trial. The correct estimate the credibility of witnesses is of great significance. Therefore the judge must obtain some psychological knowledge. He must know some essential things about psychological processes and psychological features which are in relation to witness testimony. The author brings into focus such processes as. Memory, thinking, speech and emphasizes the speciality of those psychological processes by children. The author also point to some psychological features of children witnesses as suggestibility.*

Key words: *criminal procedure, psychology, child witness, children's memory, children's thinking, children's speech, eidetic, suggestibility, credibility of child witness*

*Dr Sanja Đajić, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

ZNAČAJ PREDUGOVORNOG POSTUPANJA ZA NADLEŽNOST I MERITUM U INVESTICIONOJ ARBITRAŽI¹

Sažetak: U radu se autor bavi uslovima pod kojima se predugovorno postupanje kvalifikuje kao investicija od čega će zavisiti nadležnost tribunala u međunarodnoj investicionoj arbitraži. U radu su hronološki prikazane arbitražne odluke (ICSID, SCC, UNCITRAL) koje pokazuju razvoj arbitražne prakse od prvobitnog stava da predugovaranje samo po sebi ne može predstavljati investiciju do novije prakse gde je predugovorno postupanje kvalifikovano kao investicija. Ovaj trend treba razumeti ne samo u svetlu razvoja prakse već i u svetlu različitih bilateralnih sporazuma o zaštiti investicija, koji nude i različite definicije investicija, kao i različitih okolnosti slučaja. Praksa pokazuje da će predugovorno postupanje predstavljati investiciju ukoliko postoji široka definicija investicije u merodavnom sporazumu ili ako postoji dodatni pravni osnov za obavezu države da nadoknadi ove troškove. Iako novija praksa ukazuje na trend prihvatanja predugovornog postupanja kao investicije, a time i uslova za zasnivanje nadležnosti, takav trend ne postoji u pogledu zahteva za naknadu izmakle dobiti zbog neuspelih pregovora.

Ključne reči: međunarodna investiciona arbitraža, nadležnost, pojam investicije

¹ Rad je nastao kao rezultat rada na projektu „Teorijski i praktični problemi u stvaranju i primeni prava (EU i Srbija)“ čiji je nosilac Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu. Naziv prijavljene teme istraživača: *Uloga međunarodnog pravosuđa u rešavanju sporova.*

Uvod

U procesu pripreme za investiranje strani ulagač može preduzeti niz pripremnih radnji i pretrpeti određene troškove pre nego što zaključi ugovor kojim će nastati njegova investicija. Radnje koje prethode investiranju u užem smislu mogu biti složene i ponekad iziskuju znatna materijalna sredstva. Pitanje koje se može postaviti jeste da li se takve pripreme radnje mogu smatrati investicijom koja bi obezbedila nadležnost arbitražnom tribunalu, te na koji način bi se procenila šteta po takvu investiciju u meritumu spora. Upravo ova dva pitanja će biti predmet ovog rada.

Postojanje investicije i nadležnost u investicionoj arbitraži

Pojam investicije

Međunarodna investiciona arbitraža je opšti pojam koji obuhvata arbitražne postupke koje pokreću strani ulagači protiv države domaćina zbog povrede međunarodnih standarda zaštite stranih ulaganja i stranih ulagača. Standardi zaštite su najčešće ugovoreni u bilateralnim sporazumima o uzajamnoj zaštiti stranih ulaganja koje zaključuju države a takvih sporazuma je danas preko 2 500. To znači da će stepen i obim zaštite zavisiti od konkretnog međunarodnog ugovora. Ipak, u praksi ne postoji tako značajna partikularnost kako bi to moglo izgledati na prvi pogled zbog velikog broja bilateralnih sporazuma. Partikularnost je značajno ublažena činjenicom da su ovi sporazumi po svom sadržaju prilično slični kao i činjenicom da arbitražna praksa teži unifikaciji standarda prilikom tumačenja te da se poziva na bogatu arbitražnu praksu i u onim slučajevima u kojima nije primenjen predmetni bilateralni sporazum. Pored ove razlike, značajna je i razlika po kojim arbitražnim pravilima se odvija arbitražni postupak (ICSID, UNCITRAL, SCC, ICC, *ad hoc* arbitraža).

Dakle, iako je potrebno znati da je međunarodno investiciono pravo postavljeno uglavnom kao partikularno, jer se njegov korpus pravila zasniva na bilateralnim sporazumima, takva partikularnost nije omela arbitražne tribunale da se oslanjaju na arbitražne stavove iz drugih odluka te je zato moguće izvoditi opšte zaključke o nizu pitanja u oblasti međunarodnog investicionog prava.

Uslovi za nadležnost u IKSID arbitraži su dvostruki i obuhvataju uslove iz IKSID konvencije i konkretnog bilateralnog sporazuma (BIT-a). Najznačajnije odredbe za ovo pitanje su članovi 25. i 46. IKSID konvencije Član 25. ograničava nadležnost na sve pravne sporove koji proisteknu neposredno u vezi sa investicijom, između države ugovornice i državljana druge države ugovornice, kada su se strane u sporu pismeno sagla-

sile da podnesu Centru spor na rešavanje. Po mišljenju Šrojera ove granice nadležnosti su objektivne² i važe za sve učesnike u arbitražnim postupcima organizovanim u okviru Centra za rešavanje investicionih sporova u Vašingtonu (SAD). Subjektivni uslovi su postavljeni konkretnim BIT-om koji predstavlja stalnu ponudu da se investicioni spor reši putem arbitraže tako da strani ulagač podnošenjem tužbe Centru prihvata ovu ponudu i na taj način nastaje pisani arbitražni sporazum. Ovaj arbitražni sporazum predstavlja saglasnost konkretnih strana da svoj spor reše na ovaj način i istovremeno predstavlja i ispunjenje uslova iz člana 25. IKSID konvencije koji zahteva postojanje takvog pisanog sporazuma.³ Arbitražnim sporazumom se određuju subjektivne granice nadležnosti arbitražnog tribunala.

Pošto se nadležnost u IKSID arbitraži može ustanoviti ispunjenjem dvostrukih uslova, polazna tačka je uvek član 25. IKSID konvencije. Da bi ovaj uslov bio ispunjen potrebno je da je tužilac državljanin druge države ugovornice, te da je reč o pravnom sporu koji je direktno u vezi sa investicijom. Osim prvog uslova (državljanin druge države ugovornice)⁴ IKSID konvencija ne definiše ostale pojmove od značaja za nadležnost, kao što su to „pravni spor“ i „investicija“. Postojanje investicije će se tako utvrđivati na na osnovu merodavnog BIT-a jer ovi sporazumi, po pravilu, definišu pojam investicije. Odredbe kojima se definišu investicije vrlo često sadrže iste pojmove tako da različita svojinska i druga prava podvode pod pojam investicije. Na primer, vrlo često će se u većini BIT-ova u pojmu investicije naći svojinska prava, prava iz ugovora, udeli u

² C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, str. 89-91.

³ Ponuda za rešavanje investicionih sporova putem arbitraže može da bude data i na druge načine a ne samo putem dvostranog investicionog sporazuma niti ovaj poslednji uslov postoji u članu 25. IKSID konvencije. Tako, na primer, ponuda može biti uneta i u domaći zakon. – Videti, *Tradex Hellas S.A. v. Albania*, ICSID Case No. ARB/94/2, Odluka o nadležnosti, 24. decembar 1996.; *Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/00/1, 24. januar 2003.

⁴ Član 25, stav 2 glasi:

Državljanin države ugovornice označava:

a) svako fizičko lice koje je imalo državljanstvo države ugovornice, pod uslovom da to nije državljanstvo države strane u sporu, na dan kada su se strane složile da se spor reši izmirenjem ili arbitražom, odnosno na dan kada je zahtev registrovan u skladu sa članom 28. stav 3. ili članom 36. stav 3, ali ne i ono lice koje je tada imalo i državljanstvo tužene države;

b) svako pravno lice koje je imalo državljanstvo države ugovornice, pod uslovom da to nije državljanstvo države strane u sporu, na dan kada su se strane složile da se spor reši izmirenjem ili arbitražom, i svako pravno lice koje je imalo državljanstvo države ugovornice koja je strana u sporu na taj dan i koje, zbog činjenice strane kontrole nad tim licem, ima se smatrati državljaninom druge države ugovornice za svrhe ove konvencije.

privrednim društvima, prava iz oblasti intelektualne svojine, i slično. Opet, treba imati na umu da upravo zbog činjenice da postoje različiti međunarodni ugovori u oblasti zaštite investicija pojam investicije može biti i širi od uobičajenog tako da se zaštita proširuje ne samo na investiciju već i na različite oblike ekonomskih aktivnosti u vezi sa investicijom, kao što je „distribucija komercijalnih podataka“ ili „organizacija filijala“ i slično.

Iako će pojam investicije zavisiti najviše od merodavnog bilateralnog sporazuma, potrebno je napomenuti da arbitražni tribunali, prilikom odlučivanja o nadležnosti, ovom pojmu daju prilično široko tumačenje. Sa druge strane, iako član 25. IKSID konvencije ne daje definiciju investicije, u praksi su arbitražni tribunali pokazali razumevanje i za jedan razuman pristup smatrajući da se pojam investicije iz merodavnog BIT-a mora tumačiti u skladu sa uobičajenim značenjem ovog termina, odnosno da investicija podrazumeva poslovanje koje podrazumeva određeno trajanje, rizik, stvarno finansijsko davanje i doprinos lokalnoj ekonomiji. Ovi dodatni uslovi su isključivo rezultat prakse, koja je, oslanjajući se na doktrinu, ponudila novo tumačenje člana 25. IKSID konvencije. Ovi uslovi su poznati i kao „Salini test“⁵, koji se koriste kao dodatni test prilikom ocene postojanja investicije, a samim tim i nadležnosti arbitražnog tribunala. Postoje primeri u praksi, iako retki,⁶ kada su arbitražni tribunali odbijali da priznaju postojanje investicije uprkos tome što bi se određeni pravni posao *stricto sensu* mogao podvesti pod jedan od ponuđenih pojmova, upravo zato što takvo poslovanje nije predstavljalo investiranje u pravom smislu te reči jer mu je nedostajao rizik, trajanje, određeno davanje i neophodni doprinos ekonomiji države domaćina.⁷ Tako, na primer, u

⁵ „Opšti je stav doktrine da investicija podrazumeva: doprinose, određeno trajanje izvršenja ugovora i učešće u riziku transakcije (komentar Emanuela Gajara, *gore naveden*, str. 292). U preambuli bi se mogao pronaći i doprinos ekonomskom razvoju države domaćina kao dodatni uslov. U praksi su ovi različiti uslovi međuzavisni. Tako rizici transakcije mogu zavisiti od doprinosa i trajanja izvršenja ugovora. Prema tome, ovi različiti kriterijumi se moraju ocenjivati zajedno čak iako ih, za potrebe obrazloženja, tribunal ovde razmatra individualno.“ – *Salini Construttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Odluka o nadležnosti od 16. jula 2001., stav 52 odluke.

⁶ Zanimljivo je da je arbitražni tribunal u predmetu Salini, koji je ponudio tumačenje člana 25. IKSID konvencije, konstatuje da se o ovom pojmu praktično uopšte nije raspravljalo do donošenja ove odluke 2001. godine. To svedoči u prilog liberalnog stava arbitražnih tribunala prema pojmu investicije a samim tim i prema uslovima za zasnivanje nadležnosti. Videti, *Salini*, *op.cit.*

⁷ Na primer, *Džoj Majning Mašineri protiv Egipta*, IKSID, odluka o nadležnosti od 6. avgusta 2004. godine. *Joy Mining Machinery Limited v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11

predmetu *Global trejding protiv Ukrajine*, tužbeni zahtev je odbačen kao očigledno neosnovan upravo zbog nepostojanja investicije, dakle i pre otvaranja posebnog postupka ocene nadležnosti suda i dopuštenosti zahteva.⁸ Tribunal zaključuje da „kupoprodajni ugovor koji su tužiocu zaključili predstavlja komercijalnu transakciju koja se, ni po jednom tumačenju, ne može smatrati 'investicijom' u smislu člana 25. IKSID konvencije“.⁹ Međutim, potrebno je napomenuti da ovi primeri ne utiču na trend širokog tumačenja investicije te da će i uslove iz Salini testa arbitražni sudovi tumačiti ekstenzivno.

Predugovorno postupanje kao investicija

Iako će pojam investicije najčešće biti vrlo široko postavljen u većini međunarodnih sporazuma o zaštiti investicija, ipak će se među ovim pojmovima vrlo retko pronaći definicija koja bi pod investiciju podvela i radnje koje prethode nastanku investicije u smislu merodavnog BIT-a.¹⁰ Pitanje koje se tako postavilo u nekoliko predmeta bilo je upravo da li priprema za zaključenje ugovora (koji bi se sigurno smatrao investicijom) može da se podvede pod pojam investicije i u onim slučajevima kada nije došlo do njegovog zaključenja.

1. *Mihali protiv Šri Lanke (IKSID) (2002)*¹¹

Mihaly International Corporation, kompanija koja se bavi investira-
njem i pružanjem usluga u oblasti energetike, pristupila je pregovorima sa

(United Kingdom/Egypt BIT), Decision on jurisdiction, 6 August 2004; *Mihali internešenl protiv Šri Lanke*, IKSID, odluka od 15. marta 2002. godine. *Mihaly International Corporation v. Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/00/2 (United States/Sri Lanka BIT), Award, 15 March 2002.

⁸Postupajući po članu 41. stav 5. Arbitražnog pravilnika IKSID-a.

⁹*Global trejding risors korporejšn i Globeks internešenl protiv Ukrajine*, IKSID, odluka od 1. decembra 2010., stav 57. *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/09/11 (US/Ukraine BIT), Award, 1 December 2010.

¹⁰Prema pojedinim autorima pripremni radovi IKSID konvencije pokazuju da je tokom pregovora o članu 25. prvobitna namera da se definiše pojam investicije bila napuštena jer se oko ovog pojma nije mogla postići saglasnost. Pripremni radovi takođe svedoče da, uprkos različitim stavovima, nijednom nije bila predložena ideja da se pod investiciju podvedu i pripreme za investiranje i predugovorno postupanje. – R. N. Hornick, *The Mihaly Arbitration – Pre-Investment Expenditure as a Basis for ICSID Jurisdiction*, *Journal of Investment Arbitration* 20:2, 189-197 (2003), str. 190.

¹¹*Mihali internešenl protiv Šri Lanke*, IKSID, odluka od 15. marta 2002. godine. *Mihaly International Corporation v. Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/00/2 (United States/Sri Lanka BIT), Award, 15 March 2002.

vladom Šri Lanke radi izgradnje i upravljanja elektranom. Šri Lanka je nakon javnog poziva, na koji su se javili zainteresovani predlagači, pristupila direktnim pregovorima sa tužiocem kojem je izdala i poseban dokument o nameri vođenja pregovora i zaključenja ugovora (*Letter of Intent*). U ovom dokumentu je tužiocu dato ekskluzivno pravo na izgradnju elektrane (BOT ugovor) pod uslovom naknadnog odobrenja vlade Šri Lanke. Tužilac je odmah pristupio izgradnji projekta i time je načinio znatne troškove. Usledio je i dokument o nameri zaključenja ugovora (*Letter of Agreement*), i kasnije, dokument o produženju roka (*Letter of Extension*). Oba dokumenta je izdala Šri Lanka. U sva tri dokumenta je bilo jasno naznačeno da ugovor nije zaključen. Konačan ugovor nikada nije potpisan a investitor je tužio Šri Lanku za troškove koje je imao u pripremi izgradnje elektrane i realizacije projekta. Prvo pitanje na koje je odgovorio IKSID arbitražni tribunal bilo je da li postoji investicija u smislu relevantnog bilateralnog sporazuma o zaštiti investicija (SAD-Šri Lanka) jer je to uslov za zasnivanje nadležnosti.

U merodavnom BIT-u investicija je obuhvatala, između ostalog, i tzv. investicione sporazume, kao i potraživanja i druge imovinskopравne zahteve koji postoje u vezi sa investicijom. Postavilo se pitanje da li bi aktivnosti preduzete radi zaključenja ugovora se mogli smatrati investicionim sporazumom, te da li nastali troškovi mogu da se smatraju potraživanjima u vezi sa takvom, postojećom investicijom ili u vezi sa budućom investicijom. Arbitražni tribunal se oglosio nenadležnim našavši da se troškovi u vezi sa izgradnjom projekta i pripremom za zaključenje ugovora ne mogu smatrati investicijom u smislu člana VI sporazuma između SAD i Šri Lanke. Tribunal je zaključio sledeće:

„59. Tribunal zaključuje, u pogledu tri dokumenta koja je izdala vlada Šri Lanke (o nameri zaključenja ugovora) tokom 1993. i 1994. godine, da nijedan od njih ne sadrži obavezu za Šri Lanku ili tužioca. Kao što je Tribunal već i naveo, u okolnostima ovog slučaja, ovi dokumenti se ni na koji način ne mogu smatrati kao da je država domaćin, Šri Lanka, prihvatila ove troškove kao investiciju u smislu Konvencije (IKSID – prim.). Ne postoje nikakvi drugi dokazi koji bi osporili uslovni i neobavezujući karakter ova tri dokumenta.

60. Tribunal je mišljenja da *de lege ferenda* izvori međunarodnog prava o proširenom značenju i definiciji investicije bi ipak morali da imaju uporište u ugovornom ili običajnom pravu. Tužioci nisu dostavili dokaze o tumačenju ugovora ili praksi država, a još su manje dokazali da kod država u razvoju, odnosno u samoj Šri Lanki, bi se takvi troškovi, u okolnostima ovog slučaja, mogli automatski priznati kao „investicija“ bez posebne saglasnosti države domaćina u pogledu spro-

vođenja konkretnog projekta. Trebalo bi imati na umu da BIT između SAD i Šri Lanke sadrži odredbe o definiciji investicije i uslovima za njihov prijem, ali da on istovremeno priznaje i prerogative Strana ugovornica u ovom pogledu.“

Arbitražni tribunal je našao da investicioni ugovor nikada nije zaključen i da prethodna korespondencija između strana nije konstituisala ugovor niti pokazala potrebnu saglasnost države. Pošto troškovi i potraživanja, da bi bili investicija, moraju nastati u vezi sa investicijom, bez postojanja investicije takvi troškovi ostaju bez zaštite iz BIT-a. Arbitražni tribunal je odmerio dokumentaciju koju je izdala Šri Lanka, i u kojoj se svakako mogu pronaći elementi saglasnosti, ali je smatrao da to nije dovoljno da bi otklonio jasno i decidno isključenje postojanja ugovora. Ukoliko nema jasne saglasnosti druge strane da se pristupi planiranom projektu koji bi mogao da predstavlja investiciju u budućnosti, onda nema ni investicije, a samim tim ni nadležnosti tribunala. Sa druge strane, ako postoji bilo koji drugi oblik saglasnosti na buduću investiciju, i nezavisno od činjenice da osnovni ugovor nije zaključen, odluka u predmetu Mihali dopušta mogućnost da takva saglasnost konstituiše „investicioni ugovor“ (ako je on kao oblik investicije predviđen merodavnim BIT-om, kao što je to bio slučaj ovde) te da troškovi koji su nastali u pripremi glavnog ugovora budu priznati kao investicija.

2. *Zinvali Development protiv Gruzije (ICSID) (2003)*¹²

Spor je nastao povodom preinvesticionih troškova (u iznosu od nekoliko miliona dolara) u pregovorima o obnovi hidroelektrane koji su trajali više od tri godine. Ugovor o investiranju i izgradnji nikada nije zaključen zbog pritiska Svetske banke na Gruziju da postupak dodele posla učini transparentnijim i kompetitivnim. Nakon što je isključen iz projekta, Zinvali se obratio ICSID-u tražeći naknadu troškova koje je imao u pripremi projekta. Iako je tokom pregovora bio sastavljen i budući ugovor o koncesiji i bilo razmenjeno nekoliko dokumenata (u pogledu kojih je tužilac smatrao da predstavljanju njegova prava iz oblasti intelektualne svojine) tribunal je konstatovao da u ovom slučaju ne postoji investicija i uskratio je nadležnost. Pojam investicije utvrdio je na osnovu zakona o stranim investicijama Gruzije u kojem se nalazila i ponuda za arbitražno re-

¹²*Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/00/1, 24. januar 2003 (Odluka nije objavljena. Siže ove odluke objavljen je u: T. Weiler (ur.), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, 2005, str. 67-70.

šenjavanje investicionih sporova pred IKSID-om. Tribunal zaključuje da troškovi u vezi sa pripremom investiranja (development costs in failed transactions)¹³ ne predstavlja priznatu investiciju. Tribunal nije ustanovio ni postojanje nekog drugog ugovornog odnosa niti osnov za primenu estopela, što je bio stav jednog od arbitara.¹⁴

3. Vilijam Nejdžl protiv Češke Republike (SCC) (2003)¹⁵

U ovom predmetu spor je nastao povodom ugovora o saradnji između stranog investitora i državnog preduzeća o osnivanju zajedničkog konzorcijuma radi osnivanja i upravljanja telekomunikacionim sistemom. Pitanje koje se postavilo bilo je da li je ugovor o saradnji, koji je bio potpisan, stupio na snagu te da li je proizvodio pravno dejstvo. Pitanje je postavljeno u vezi sa postojanjem investicije.

Da bi utvrdio punovažnost i pravno dejstvo potpisanog sporazuma prema merodavnom pravu, strane su angažovale veštake koji su o ovim pitanjima dali oprečna tumačenja. Tribunal je zaključio da je moguće da pojedini delovi ugovora zaista nisu stupili na snagu jer nije došlo do osnivanja konzorcijuma kako je bilo ugovorom predviđeno, ali da to ne isključuje svako pravno dejstvo potpisanog ugovora.¹⁶ Tribunal je posebno naglasio činjenicu da su se strane, nakon potpisivanja ugovora, ponašale kao da je reč o važećem ugovoru, te da je jedna od strana insistirala na raskidu ugovora što nužno znači da je ugovor bio na snazi.¹⁷ Tribunal je primenio merodavno pravo za ugovor (pravo Češke Republike) i zaključio da je moguća deljivost ugovornih odredaba tako da se pojedine odredbe zaista mogu smatrati nevažećim, dok je u ostalom delu ugovor raskinut.¹⁸ Tribunal ovde naglašava jedno opšte načelo: „Konačno, činjenica da pojedini elementi Ugovora o saradnji nisu bili dovoljno precizni da bi mogli da konstituišu prava i obaveze, to još uvek ne znači da glavno obeležje ugovora, tj. opšta obaveza saradnje i zabrane preduzimanja akta koji nisu u saglasnosti sa ciljem ugovora, ne postoji.“¹⁹

Ugovor je, između ostalog, predviđao konstituisanje konzorcijuma koji nikada nije bio osnovan. Ugovor je takođe predviđao preduzimanje svih me-

¹³*Ibidem*, str. 68.

¹⁴*Ibidem*, str. 69-70.

¹⁵*William Nagel v. Czech Republic*, SCC Case No. 049/2002, Odluka od 9. septembra 2003.

¹⁶*Ibidem*, stav 318.

¹⁷*Ibidem*, stav 318.

¹⁸*Ibidem*, stav 319.

¹⁹*Ibidem*, stav 319.

ra radi dobijanja potrebnih dozvola i frekvencija. Arbitražni tribunal je konstatovao da, iako je državno preduzeće zaključilo ugovor i iako je ugovor bio na snazi, ne postoji jasno obećanje države da će dozvole i frekvencije biti i dodeljene, te da ugovor nikada nije potvrdila ili odobrila vlada Češke Republike, uprkos čestim i bliskim kontaktima stranog investitora sa državicima. Nijedna strana nije imala nikakve finansijske troškove u vezi sa ovim ugovorom. Arbitražni tribunal je zaključio da ovaj ugovor ne predstavlja investiciju u smislu relevantnog BIT-a.

Značaj ove odluke je u tome što, iako je ugovor bio na snazi, ipak nije predstavljao investiciju. Zapravo, odredbe koje su mogle ugovor da pretvore u investiciju nisu stupile na snagu ili nisu bile takvog karaktera da bi se mogle smatrati obećanjem države. Iako arbitražni tribunal primenjuje češko pravo kao merodavno, konstatuje najmanje dve obaveze iz opšteg ugovornog prava koje smatra opšteprihvaćenim: obavezu postupanja u dobroj veri i zabranu lišenja ugovora predmeta i cilja pre njegovog stupanja na snagu, kao i stav da strane svojim postupanjem mogu pokazati da li smatraju da među njima postoji ugovorni odnos. Uprkos ovim opštim obavezama arbitražni tribunal nije našao da je postojala investicija najviše zato, čini se, zbog činjenice da tužilac nije pretrpeo nikakve troškove u vezi sa spornim ugovorom.

4. *FV protiv Trinidada i Tobaga(ICSID)(2006)*²⁰

Predmet ovog spora je, kao i u prethodnim, bilo pitanje da li su radnje preduzete pre zaključenja ugovora (ili pre njegovog stupanja na snagu) takve da se mogu smatrati investicijom u smislu merodavnog BIT-a. Tužilac je učestvovao na tenderu na kojem je izabran za najboljeg ponuđaoca, ali sa njim nikada nije bio zaključen konačan ugovor. Tužilac je tvrdio da je tokom pregovora nastalo više ugovornih odnosa, odnosno da je zbog tendera stekao ugovorna prava koja se mogu smatrati investicijom. Prvi među njima bio je tenderski ugovor (ili *Process Contract* kako ga je nazvao arbitražni tribunal), zatim ugovor o korišćenju i upravljanju (*Operating Contract*) koji nije nikada stupio na snagu jer pitanje finansiranja i garancije nije bilo rešeno.

Arbitražni tribunal je zaključio da ovde ne postoji ugovorni odnos, a samim tim ni pravo iz ugovora. Tribunal je ipak razmatrao i da li postoji obaveza da se vode pregovori, kao samostalna obaveza, ali nije našao, oslanjajući se na anglosaksonska pravila ugovornog prava koja važe u Trinidadu, da ona predstavlja ugovornu obavezu u odsustvu ugovora.

²⁰*F-W Oil Interests, Inc. v. The Republic of Trinidad and Tobago*, ICSID Case No. ARB/01/14, Odluka od 3. marta 2006.

Proverio je i postupanje u dobroj veri obe strane tokom pregovora i nije našao da je tu bilo povreda.

Kao i u prethodnim slučajevima, i ovde se postavilo pitanje da li je postojala investicija. Pojam investicije bio je dosta široko određen u merodavnom BIT-u, daleko šire nego što je to inače slučaj. Uprkos široko postavljenom pojmu investicije, arbitražni sud je konstatovao da investicije nije bilo. Razlozi kojima se rukovodio arbitražni tribunal su bili zasnovani upravo na pojmu investicije iz merodavnog BIT-a: „Tribunal smatra da se pojam 'investicije', koji čini okosnicu BIT-a, može shvatiti kao upućivanje na nešto što je po svojoj prirodi pravo odnosno ovlašćenje. Ovo jasno proizilazi iz široko definisane i pojedinačno određene definicije 'investicije' iz člana I(d), gde je svaki pojedinačni pojam investicije takav da pominje neki oblik svojine ili je izražen kao 'pravo'. Tačno je i da je definicija iz člana I(d) po svojoj formulaciji primerična; ona sama navodi da ovaj pojam 'uključuje i' vrste investicija koje su navedene na listi. Zajedničko obeležje svih ovih oblika je toliko ubedljivo da Tribunal ne može da zaključi da je namera bila da se pod ovaj pojam podvedu i oni koji nisu zasnovani na svojinskim ili ugovornim pravima, koji, po mišljenju Tribunala, u svakom slučaju odgovaraju opštem pojmu 'investicije'.”²¹

Tribunal ipak nije isključio mogućnost koje je već bila najavljena u arbitražnoj praksi po kojoj je moguće postojanje investicionog sporazuma, a samim tim i zaštićene investicije, i nezavisno od pisanog i utuživog ugovora, koji bi nastao na osnovu ponašanja i postupanja strana, što bi u nekim drugim okolnostima i moglo da obuhvati predugovorno postupanje i troškove koji su u vezi sa tim nastali.²²U ovom konkretnom slučaju tribunal to nije utvrdio.

5. Luiditerco Boska protiv Litvanije(UNCITRAL)(2013)²³

Iako arbitražna praksa više podržava stav da postupanje u periodu pre zaključenja konačnog ugovora vrlo teško može da se kvalifikuje kao investicija u nedostatku obećanja države, ili zbog nekog drugog razloga koji može kod investitora da stvori opravdano uverenje da poseduje neko pravo koje se može izjednačiti sa investicijom,²⁴ čini se da je u novijoj praksi došlo do promena ovog stava.

²¹*Ibidem*, stav 125.

²²*Ibidem*, stav 136.

²³*Luigiterzo Bosca v the Republic of Lithuania*, UNCITRAL, Odluka od 17. maja 2013.

²⁴„Po definiciji, investicije nastaju zaključivanjem ugovora ili drugih sporazuma sa državom domaćinom i lokalnim investicionim partnerom (ili, ako nisu isti, sa obe strane).

U predmetu Luiditerco protiv Litvanije tužilac je učestvovao na privatizacionom tenderu i odabran je za najboljeg ponudioca. Usledili su pregovori koji nisu okončani ugovorom o privatizaciji. Tokom pregovora agencija za privatizaciju nije htela da umanja iznos ugovorne kazne i ostavila je ponudiocu rok u kojem je morao da prihvati predloženi ugovor. Pošto se ponudilac nije izjasnio u tom roku, država je prekinula pregovore.

Investitor je potom pred domaćim sudovima tužio agenciju za štetu koju je pretrpeo zbog učešća na tenderu i tokom pregovora na osnovu povrede tenderskih pravila i načela postupanja u dobroj veri tokom pregovora. Tužba je usvojena, a potom je investitor tužio i u međunarodnoj investicionoj arbitraži smatrajući da je zbog povrede međunarodnih standarda država dužna da mu nadoknadi izmaklu dobit koju bi ostvario da je uspešno zaključen ugovor o privatizaciji.²⁵

Arbitražni tribunal je priznao postojanje investicije zbog učešća u tenderskom postupku i na osnovu toga se oglasio nadležnim. Čini se da su za ovakvo odstupanje od ranije arbitražne prakse bila odlučujuća dva razloga.

Prvi je da je investitor već poslovaio u Litvaniji i da je imao niz *know-how* ugovora na lokalnom tržištu. Ove ugovore je arbitražni sud kvalifikovao kao ugovore o pružanju usluga (*service agreements*) koji su se mogli smatrati investicijom. Pošto je tužilac učestvovao u tenderskom postupku da bi zaključio ugovor i stekao vlasništvo u istom sektoru (proizvodnja i prodaja alkoholnih pića), takvo učešće je arbitražni sud podveo pod "povezanu aktivnost" u obliku "zaključenja ugovora", što je prošireni pojam investicije iz dodatnog protokola uz BIT. Ipak, čini se da bez postojanja investicije u obliku postojećeg učešća na tržištu, ne bi postojala „povezana aktivnost“. Dakle, drugi razlog je bila dosta široko postavljena definicija investicije u merodavnom BIT-u.

Tribunal se oglasio nadležnim i ovo je jedan od retkih primera u praksi gde je predugovaranje prihvaćeno kao investicija. Tribunal oči-

Posebna veza koja postoji između investicija i ugovora već je priznata u praksi koja se bavi predugovornim zahtevima. ICSID tribunali su bili nevoljni da priznaju da je investicija nastala ukoliko ugovor nije bio zaključen ili bar odobren, odnosno ako se po ugovoru nije na neki način postupalo.“– *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Odluka o nadležnosti od 29. januara 2004. stav 132(d).

²⁵Odluka nije objavljena. Podaci o sadržaju ove odluke preuzeti su iz: V. Vaitkute Pavan, R. Kasparavičius, *Can an Investor Claim Lost Profits for Breach of Pre-contractual Relations?* www.kluwerarbitration.com. (posećeno 13.12.1013.).

gledno investicije shvata u širem smislu jer uzima u obzir sve oblike poslovanja jednog investitora u državi domaćinu. Ako je jedan oblik poslovanja zadovoljio uslove za postojanje investicije onda je vrlo verovatno da će sva ostale predugovorne aktivnosti, iako u užem smislu nisu u vezi sa osnovnom investicijom, biti prihvaćene kao investicija ako u merodavnom BIT-u postoji formulacija „povezane aktivnosti“ (associated activity) ili „u vezi sa investicijom“ (connected to the investment).

Treba napomenuti da ovu vrstu akcesornih investicija predviđa određen broj bilateralnih investicionih sporazuma. Tako, na primer, u Sporazumu o uzajamnom podsticanju i zaštiti ulaganja između Srbije i Italije,²⁶ investicijaj je u članu 1. definisana na sledeći način:

„1. Izraz „ulaganje“ označava svaku vrstu sredstava koja državljanin ili pravno lice jedne Strane Ugovornice ulaže na teritoriji druge Strane Ugovornice, u skladu sa zakonima i propisima ove druge, bez obzira na izabranu pravnu formu, kao i pravni okvir.

Ne ograničavajući opštu prirodu gore pomenutog, izraz „ulaganje“ će posebno, mada ne i isključivo, obuhvatiti:

....

(v) novčana potraživanja ili ma koje drugo potraživanje za bilo koju vrstu usluga, koja imaju ekonomsku vrednost, vezana za ulaganje, kao i za ponovo uložene prinose i kapitalne prinose;“

U Protokolu uz ovaj Sporazum (član 1), pojam investicije je dalje proširen:

„Odredbe ovog sporazuma će se primenjivati i na sve aktivnosti vezane za ulaganje.

Ove aktivnosti obuhvataju posebno, mada ne i isključivo: organizaciju, nadzor, rad, održavanje i razmeštaj kompanija, filijala, agencija, kancelarija, fabrika ili drugih organizacija za vođenje posla; nabavku, korišćenje, zaštitu i raspolaganje svim vrstama imovine uključujući intelektualnu svojinu; pozajmljivanje sredstava; kupovinu, emitovanje i prodaju akcija i drugih hartija od vrednosti; i kupovinu deviza za uvoz.“

Dakle, postoje bilateralni sporazumi kod kojih će biti moguće, u slučaju spora, uspostaviti nadležnost arbitražnog tribunala i proglasiti investicijom i predugovorno postupanje, zahvaljujući široj definiciji investicije. Postoje i suprotni primeri: sporazumi Republike Srbije, na primer, sa Portugalijom i Češkom Republikom ne poznaju odredbe o „povezanoj aktivnosti“.

²⁶ Zakon o potvrđivanju Sporazuma između Savezne Vlade Republike Jugoslavije i Vlade Italijanske Republike o uzajamnom podsticanju i zaštiti ulaganja, sa Protokolom ("Sl. list SRJ - Međunarodni ugovori", br. 1/2001).

Nadležnost arbitražnog tribunala u pogledu predugovornog postupanja i troškova će najviše zavisiti od pojma investicije iz merodavnog BIT-a, ali ne treba izgubiti iz vida činjenicu da se u praksi ovaj pojam prilično široko tumači. Sa druge strane, praksa pokazuje da tužiocu nije uvek lako da dokaže postojanje investicije samo na osnovu predugovornog postupanja. Za tako nešto potrebna je ili odgovarajuća odredba u BIT-u (poput ove iz Sporazuma između Srbije i Italije, ili one iz Sporazuma između Litvanije i Italije) ili nastanak ugovornog odnosa na neki drugi način u vezi sa predugovornim postupanjem, što je opcija o kojoj su govorili arbitražni tribunali u svojim odlukama iako takve okolnosti nisu pronalazili u konkretnim ugovorima.

Predugovorno postupanje kao predmet zaštite bilateralnog sporazuma o zaštiti investicija

Ukoliko predugovorno postupanje i troškovi koji su u vezi sa tim nastali ispunе uslove da se smatraju investicijom, to će značiti da, ako nema drugih smetnji, postoji nadležnost arbitražnog tribunala da odlučuje u meritumu spora, odnosno da odlučuje o tome da li postoji povreda nekog od standarda zaštite iz merodavnog BIT-a.

U pogledu predugovornog postupanja pitanje je da li troškovi koji su na ovaj način nastali mogu biti zaštićeni standardima zabrane eksproprijacije ili nekim drugim standardima, kao što je to načelo poštenog i pravičnog tretmana. Pošto ovakvih primera u praksi nema mnogo, možemo pokušati da izvedemo tek ograničene zaključke na osnovu pomenutog predmeta Luiditerco, i da postojeću praksu tumačimo u svetlu pretpostavke prihvatanja predugovornog postupanja kao priznate investicije.

Luiditerco Boska protiv Litvanije

U predmetu Luiditerco arbitražni tribunal je konstatovao da je tužena država povredila načelo poštenog i pravičnog tretmana jer je odbila da zaključi ugovor o privatizaciji sa tužiocem iako je na tenderu bio izabran za najboljeg ponudioca. Ipak, arbitražni tribunal nije dosudio zahtevanu odštetu. Tribunal je odbio oba odštetna zahteva, za stvarnu štetu i izmaklu dobit. Prvi zahtev je bio odbijen jer je tužilac već bio obeštećen u postupku pred domaćim sudom. Drugi je bio odbijen jer je planirana dobit bila suviše neizvesna.²⁷

Ako je uopšte moguće izvoditi pouzdane zaključke samo na osnovu jedne odluke, onda bi oni bili da predugovaranje, čak i kada predstavlja in-

²⁷ V. Vaitkute Pavan, R. Kasparavičius, *Can an Investor Claim Lost Profits for Breach of Pre-contractual Relations?*, op. cit.

vesticiju i prouzrokuje određenu štetu, može da bude osnov samo za prepljenu štetu ali ne i za planiranu dobit koja je osnovni razlog za investiranje i ono što bi se rečnikom međunarodnog investicionog prava nazvalo legitimno očekivanje. Iz ovog razloga ćemo se ukratko osvrnuti na doktrinu legitimnih očekivanja,²⁸ koja se smatra standardom zaštite iz načela pravičnog i poštenog tretmana,²⁹ i njenu moguću primenu u ovom kontekstu.

Legitimna očekivanja i izmakla dobit

Kao što je već rečeno, u predmetu *Luiditerco* tribunal je odbio da dosudi izmaklu dobit jer je projektovani profit iz upravljanja privatizovanim preduzećem bio ipak neizvestan. Dakle, dosadašnja praksa ne podržava mogućnost ostvarenja izmakle dobiti čak i kada predugovoranje predstavlja povredu načela poštenog i pravičnog tretmana. Eventualni razvoj prakse u tom pravcu možemo potražiti u onim predmetima u kojima su tribunali odlučivali o legitimnim očekivanjima u kontekstu povrede ugovora. Drugim rečima, ako je predugovaranje osujećeno te nije došlo do zaključenja ugovora, pitanje je da li bi se osujećeno predugovaranje tako moglo smatrati osujećenim ugovorom i na osnovu toga doneti odluka da je povređeno i legitimno očekivanje iz ugovora. Ovakvoj odluci bi morala da prethodi odluka o nadležnosti kojom bi predugovaranje bilo priznato kao investicija. Postojanje investicije je značajno iz još jednog razloga: legitimna očekivanja mogu nastati samo u momentu nastanka investicije.³⁰ Ako predugovaranje nije priznato kao investicija onda ni ne može biti legitimnih očekivanja.

²⁸Doktrina legitimnih očekivanja je utemeljena u međunarodnom investicionom pravu i predstavlja jedan od najznačajnijih standarda u okviru načela poštenog i pravičnog tretmana. O legitimnim očekivanjima se može govoriti u različitim kontekstima, ali, kako to navodi studija UNCTAD „legitimna očekivanja su uvek povezana sa fenomenom promene“ (UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, New York, 2012, str. 63). Pitanje promena se u kontekstu investicija zaista može javiti na više načina, od očekivanja da neće doći do promena zakona i propisa do očekivanja da konkretna obećanja države, data jednostrano ili u formi ugovora, neće biti izneverena.

²⁹„Zaštita legitimnih očekivanja: svrha načela poštenog i pravičnog tretmana je da stranim investicijama obezbedi tretman koji neće osujetiti osnovna očekivanja stranog investitora na koja se oslonio prilikom investiranja, pod uslovom da su takva očekivanja razumna i opravdana, te da su bila razlog na koji se investitor oslonio prilikom odlučivanja da investira.“ - *Biwater Gauff v Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Odluka od 24. jula 2008., stav. 602.

³⁰„Bez obzira na definiciju 'investicije' iz člana I(1)(a) BIT-a, postojeći činioци omogućavaju utvrđenje momenta kada je tužilac 'investirao' u Ekvadoru prema uobičajenom značenju te reči i kada su nastupila legitimna očekivanja na koja je računao.“ - *Ulysseas v. Ecuador*, ICSID, Konačna odluka od 12. juna 2012, stav 251.

Međutim, ako se predugovaranje izjednači sa ugovornim odnosom onda je moguće konstituisanje legitimnog očekivanja ne samo u pogledu zaključenja ugovora već i u pogledu njegovog izvršenja tako da legitimno očekivanje eventualno obuhvati i prihod koji bi se ostvario iz budućeg posla.³¹ Iako takvih odluka nema u praksi, gde bi predugovaranje moglo da konstituiše legitimno očekivanje da će doći do izvršenja ugovora, postoji nekoliko slučajeva u kojima su tribunali raspravljali o postojanju i važenju ugovora i u takvom kontekstu odlučivali o postojanju legitimnih očekivanja.

PSEG protiv Turske (IKSID)³²

Turska je u reformi sektora energetike usvojila mere kojima je omogućila stranim investitorima izgradnju i korišćenje elektrana uz mogućnost prodaje električne energije državi. Postavljeni pravni okvir je predstavljao zapravo privatizaciju energetskeg sektora dopuštajući pravnim licima u privatnoj svojini da, na osnovu prethodnog odobrenja, učestvuju u proizvodnji i prodaji električne energije (po modelu BOT ugovora) uz niz dodatnih beneficija kao što su državna garancija i dugoročni ugovori o prodaji električne energije. PSEG je tako dobio potrebna ovlašćenja i pristupio izradi studije izvodljivosti korišćenja rudnika uglja i izgradnje termoelektrane. Usledilo je potpisivanje ugovora o implementaciji i ugovora o koncesiji sa Turskom koji je predviđao naknadno utvrđivanje finansijskih uslova izvršenja. Nakon višegodišnjih pregovora strane u ugovoru

„Tačno je da je nekoliko tribunala zaključilo, kako je već i navedeno, da očekivanja mogu nastati samo u vreme nastanka investicije.“ – *AES v. Hungary*, ICSID, Odluka od 23. septembra 2010, stav 9.3.12.

³¹Praksa je ovde raznovrsna i nije moguće kategorično tvrditi da svako postojanje ugovora podrazumeva i postojanje legitimnog očekivanja da će se ugovor izvršiti. Kao što ni svaka povreda ugovora neće predstavljati povredu međunarodnog ugovora o zaštiti investicija.

U predmetu *Parkerings protiv Litvanije* arbitražni tribunal je odbio takav zahtev: „Ugovori podrazumevaju očekivanja obe strane koja se ne mogu izjednačiti sa očekivanjima priznatim u međunarodnom pravu.“ – *Parkerings-Compagniet AS v Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Odluka od 11. septembra 2007., stav 344.

U predmetu *Volter Bau protiv Tajlanda* dosuđena je naknada za povredu legitimnih očekivanja zbog neizvršenja ugovora o koncesiji za izgradnju puta i naplatu putarina. Razlozi za legitimna očekivanja, iako iz ugovora, su po mišljenju tribunala bila zbog prirode posla i višegodišnjeg izvršenja ugovora. – *Walter Bau AG v. The Kingdom of Thailand*, UNCITRAL, odluke od 1. jula 2009, stavovi 12.3. – 12.4.

³²*PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim veTicaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Odluka o nadležnosti od 4. juna 2004. i Odluka u meritumu od 19. januara 2007.

nisu uspele da postignu sporazum o tzv. komercijalnim aspektima sporazuma. Tako je došlo do spora između strana da li je ugovor zaključen i punovažan usled nedostatka sporazuma o komercijalnom aspektu sporazuma, odnosno da li postojeći elementi u zaključenom ugovoru sadrže dovoljno jasne odredbe o svim aspektima koncesije da bi se on mogao smatrati važećim. U međuvremenu je došlo i do promene propisa koji su zahtevali da se ovakvi sporazumi zaključuju u formi tzv. administrativnih a ne komercijalnih ugovora, a posledica ovih promena bila je nemogućnost dobijanja državne garancije.

Investitor je tužio Tursku pred IKSID-om za povredu dvostranog sporazuma o zaštiti investicija između SAD i Turske. Prvo pitanje, od kojeg je zavisila nadležnost, bilo je da li postoji investicija u ovom predmetu. Odgovor na ovo pitanje je zavisio i od toga da li među stranama postoji ugovorni odnos, tj. da li je ugovor o koncesiji zaključen i da li važi. Pitanje stupanje ugovora na snagu opet je zavisilo od procene postojećeg ugovora u svetlu činjenice da se strane nisu nikada sporazumele o suštinskim elementima ugovora kao što je finansijski sporazum.

Tribunal je prvo konstatovao da je ugovor zaključen³³ i da važi.³⁴ Iako ugovorne strane nisu u momentu zaključenja ugovora uredile sva pitanja, po mišljenju tribunala to nije bilo od uticaja na pravno dejstvo i punovažnost ugovora, i za to je ponudio više argumenata: ugovor je sadržao dovoljno elemenata da se po njemu moglo postupati, dozvoljavao je i čak zahtevao pregovore i moguće izmene ugovora u toku njegovog izvršenja, ekonomske poteškoće nisu predstavljale razlog za okončanje ugovora već za dalje pregovore, ako je ugovor bio podnet radi davanja saglasnosti to već znači da je ugovor proizvodio neko pravno dejstvo, itd. Tribunal tako zaključuje:

„Ugovor je ugovor. Ugovor o koncesiji postoji, punovažan je i obavezuje. Ovaj zaključak je dovoljan da bi se ustanovila nadležnost tribuna-

³³ „80. Osnovno pitanje koje tribunal mora da utvrdi je pravno. Da li ugovor o koncesiji postoji? Odgovor na ovo pitanje nije teško dati pošto strane ne osporavaju činjenicu da ugovor o koncesiji postoji, da je uredno potpisan, da je podnet na odobrenje Državnom savetu i da ga je ovo telo i odobrilo, te da su ga potom strane odobrile poštujući sve pravne zahteve i formalnosti. Nesporno je i da su obe strane smatrale da ugovor proizvodi pravno dejstvo od dana kada je ministarstvo potpisalo ugovor.

81. Brojni dokumenti dokazuju ovakav stav ugovornih strana. Pisma ministarstva od..., na primer, pozivaju se na ugovor koji proizvodi pravno dejstvo. Ovo je samo po sebi suštinska razlika u odnosu na činjenice iz predmeta Mihali gde, kako je gore navedeno, strane nisu nikada potpisale ugovor o koncesiji i gde su izričito isključile postojanje bilo kakvih pravnih obaveza na osnovu preduzetih pripremnih radova. Isto važi i za predmet Zinvali gde su strane izričito priznale da tužilac nije imao investiciju.“ *PSEG protiv Turske*, op. cit., stavovi 80-81.

³⁴ *Ibidem*, stavovi 82-104.

la na osnovu investicije koja je učinjena u obliku ugovora o koncesiji. Svim je drugo pitanje, a odnosi se na meritum spora, da li se neke ili sve aktivnosti koje su preduzete kao deo investicije moraju kvalifikovati kao pripreme. Isto važi i za imovinu projektnog preduzeća i da li se ona može smatrati investicijom.³⁵

Dakle, za nadležnost je tribunalu bilo dovoljno to što je ugovor zaključen dok je obim investicije ostavio za meritum. Razlika u odnosu na odluku u predmetu Vilijam Nejdžl je očigledna jer je u ovom drugom postupku tribunal takođe ustanovio da postoji ugovorni odnos, uprkos činjenici da pojedine odredbe ugovora možda i nisu stupile na snagu, ali je isključio postojanje investicije. Opravdanje za drugačiji stav možda postoji u činjenici da je bilo reči o drugom BIT-u i drugoj arbitražnoj instituciji (SCC), ali je najverovatnije razlog taj što u češkom predmetu zapravo nije bilo nikakvih troškova investitora u pripremi za zaključenje ugovora već je osnovni zahtev bio onaj za izmaklu dobit. To je verovatno olakšalo zadatak tribunalu da utvrdi da nije bilo investicije. Ipak, u predmetu PSEG tribunal se ne bavi obimom investicije iako je *prima facie* očigledno da su troškovi ovde bili značajni.

U meritumu tribunal je utvrdio povredu načela poštenog i pravičnog tretmana i zbog, između ostalog, povrede legitimnih očekivanja.³⁶ Međutim, legitimna očekivanja koja su, po mišljenju tribunala, ovde bila izneverena odnosila su se samo na postupak pregovaranja tokom izvršenja ugovora. Tribunal je tako odbio zahtev po kojem je deo legitimnog očekivanja bilo i ostvarenje dobiti iz budućeg posla. Razlog za odbijanje zahteva za izmaklu dobit, koja se načelno može istaći na osnovu legitimnih očekivanja, ovde je bio taj što zapravo nikada nije došlo do realizacije projekta. Projekat je bio tek u nastanku (što će gotovo uvek biti slučaj ako investiranje stane u fazi predugovaranja ili na početku važenja dugoročnih ugovora). Tribunal svoj zaključak započinje na sledeći način:

„Tribunalu je poznato da, kao što je i rečeno u odluci *Aucoven*, IK-SID tribunali nisu voljni da dosude izmaklu dobit za početak posla i za neizvršene radove. Ovakva odluka rezervisana je za obeštećenje onih investicija koje su izvršene i koje imaju pouzdane dokaze o profitu, dok je ovakva mera uskraćena kada se takav profit ne može utvrditi sa sigurnošću.“³⁷

Dok je u odluci o nadležnosti tribunal kategorično utvrdio da je postojao ugovor koji je predstavljao investiciju, u meritumu je izrazio rezer-

³⁵*Ibidem*, stav 104.

³⁶PSEG protiv Turske, stavovi 226, 279.

³⁷*Ibidem*, stav 310.

vu u tom pogledu koja je poslužila kao jedan od razloga da uskrati naknadu štete u vidu izmakle dobiti:

„Čak i da nisu postojale ovakve poteškoće, dalje ispitivanje postaje bespredmetno jer strane nisu nikada finalizovale suštinske elemente ugovora, što je za posledicu imalo nemogućnost dodatnih sporazuma o prodaji električne energije, plaćanje i izdavanje državne garancije.“³⁸

Tribunal je tako odbio da dosudi izmaklu dobit te je dosudio samo naknadu stvarnih troškova koje je investitor pretrpeo u toku investiranja, u iznosu od skoro 10 miliona dolara. Ova odluka pokazuje da je standard, na koji se oslonio tribunal u predmetu Luiditerco nekoliko godina kasnije, utemeljen u arbitražnoj praksi i da prema njemu legitimna očekivanja vrlo verovatno ne bi obuhvatila izmaklu dobit čak i u slučajevima kada su predugovorne aktivnosti kvalifikovane kao investicija. Razlog bi bio u tome što je investiranje bilo u suviše ranoj fazi te zato što nije došlo do stvarnog izvršenja ugovora i izgradnje.

Zaključak

Stavovi arbitražnih tribunala u prvim odlukama povodom predugovornog postupanja bili su da se troškovi koji nastanu u pripremi investiranja pre zaključenja ugovora neće smatrati investicijom pod uslovom da obavezu naknade tih troškova nije preuzela država domaćin na neki drugi način, putem nekog drugog ugovora, obećanjem ili na neki sličan način. Troškovi u pripremi investiranja sami po sebi se nisu smatrali investicijom ako se nisu mogli podvesti pod neki od pojmova investicije iz mero-davnog BIT-a.

Ako bilateralni sporazum predviđa nešto širi pojam investicije, onda je moguće da će predugovorno postupanje dobiti status investicije, što je i potvrđeno u predmetu Luiditerco. Ova odluka takođe potvrđuje trend arbitražnih tribunala da široko tumače pojam investicije uopšte, pa tako i u pogledu zasnivanja nadležnosti. Takav trend pokazuje i odluka u predmetu PSEG protiv Turske jer je tribunalu bila dovoljna činjenica da je ugovor zaključen da bi utvrdio postojanje investicije i nadležnosti. Ovom tribunalu nije bila važno to što se nisu u potpunosti okončali pregovori o svim pitanjima međusobnih prava i obaveza, od kojih su neki bili od suštinskog značaja za investiranje (finansijski sporazum), niti to što se nikada nije ni pristupilo izvršenju ugovora i sprovođenju projekta. Ove odluke su pokazatelj da, iako troškovi pripreme za investiranje neće imati status investicije, one takav status mogu steći vrlo lako, već na osnovu nekog

³⁸*Ibidem*, stav 313.

drugog akta (druga vrsta ugovora, predugovor, *implied contract*, itd.) ili prostim povezivanjem tih troškova sa nekom drugom postojećom investicijom u državi domaćinu (*Luiditerco*). Drugim rečima, država domaćin, da bi se zaštitila od nepoželjnih tužbenih zahteva po osnovu prethodnih investicionih troškova potrebno je da u pregovorima sa stranim ulagačem jasno naznači da pregovori, ili neki drugi oblik preliminarne saradnje sa investitorima (tenderi, javni pozivi i sl.) ne stvaraju nikakva prava i obaveze za strane. Tek takvo jasno isključenje obaveze za državu domaćina može stvoriti pretpostavku protiv postojanja investicije jer se čini da arbitražni tribunali, zahvaljujući praksi širokog tumačenja pojma investicije, upravo polaze od pretpostavke postojanja investicije.

Dok će troškovi investiranja morati da ispune ne tako zahtevne uslove da bi se smatrali investicijom, u meritumu stvari stoje drugačije. Dosadašnja praksa je pokazala da su tribunali voljni da dozvole naknadu stvarne štete nastale u pripremi za investiranje, zbog povrede načela poštenog i pravičnog tretmana, ali da nisu spremni da dosude naknadu za izmaklu dobit smatrajući da ona nije deo legitimnih očekivanja investitora u ranoj fazi nastanka investicije.

*Sanja Đajić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Relevance of Pre-Contractual Arrangements for Jurisdiction and Merits in International Investment Arbitration

Abstract: *In this article the author discusses the issue whether pre-contractual arrangements and pre-investment expenditures may qualify for an investment within the meaning of applicable legal framework. The answer to this question is relevant for jurisdiction of investment tribunals. Chronological overview of cases dealing with pre-contractual arrangements demonstrates the shift from the original position according to which pre-investment expenditures do not amount to an investment to the understanding that pre-contractual arrangement may amount to an investment under certain circumstances, such as extensive definitions of an investment coupled with the existing investment in the host country. While there has been a significant shift recently which favored jurisdiction of investment tribunals, the established position of majority of tribunals in denying claims for loss of profits on the basis of failed commercial transactions remained unchanged.*

Key words: *international investment arbitration, jurisdiction, international investments*

*Dr Jelena Vidić Trninić, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

NASLEDNOPRAVNI POLOŽAJ SRODNIKA U PRAVOJ USHODNOJ I POBOČNOJ LINIJI, SUPRUŽNIKA I VANBRAČNOG PARTNERA¹ – uporednopravni pregled –

Sažetak: *U radu se analizira naslednopravni položaj predaka i pobočnih srodnika, s jedne strane i supružnika, odnosno vanbračnog partnera, s druge strane, kao zakonskih naslednika u savremenim pravima Evrope, koji pripadaju evropskom kontinentalnom tipu prava, kojem pripada i pravni sistem Srbije. Predmet istraživanja posmatran je kroz prizmu uporednopravnog metoda, koji je neophodan radi sticanja što potpunijeg uvida u obim primene i način korišćenja srodstva u pravoj ushodnoj i pobočnoj liniji i braka, odnosno vanbračne zajednice, kao pravno relevantnih činjenica u formulisanju pravila zakonskog nasleđivanja, te radi uočavanja određenih razlika, a naročito sličnosti, odnosno zajedničkih rešenja i opštih pravnih principa, kojima se ova prava rukovode u zakonskom i pravnoteorijskom pristupu sagledavanja ove problematike.*

Na ovaj način, nastoji se odgovoriti na pitanje u kojoj meri je u pravu Srbije, odnos između činjenica srodstva u pravoj ushodnoj i pobočnoj liniji i braka, usklađen sa standardima koji su prihvaćeni u pravnim sistemima većine ostalih evropskih zemalja, te da li u domaćem pravu, posebno u smislu donošenja Građanskog zakonika Srbije, postoji potreba za odgovarajućim naslednopravnim reformama u pogledu načina regulisanja ovog pitanja.

Ključne reči: *preci, pobočni srodnici, supružnik, vanbračni partner, zakonski nasledni deo.*

¹ Rad je posvećen projektu *Uticaj evropskog i precedentnog prava na razvoj građanskog materijalnog i procesnog prava u Srbiji i Vojvodini*, koji finansira Pokrajinski sekretarijat za nauku i tehnološki razvoj.

Uvodna razmatranja

Stav koji je u savremenim zakonodavstvima Evrope, zauzet u pogledu regulisanja naslednopravnih ovlašćenja potomstva ostavioca i njegovog supružnika, odnosno vanbračnog partnera, samo u određenoj meri ukazuje na naslednopravni značaj činjenica srodstva i braka, odnosno, vanbračne zajednice. Tek analizom odgovarajuće pravne regulative naslednopravnog položaja srodnika u pravoj ushodnoj i pobočnoj liniji i supružnika, odnosno vanbračnog partnera, može se steći sveobuhvatan uvid u pogledu naslednopravnog značaja koji je u savremenim zakonodavstvima Evrope dat činjenicama srodstva i braka, odnosno vanbračne zajednice.

Stoga, kao u određenom smislu nastavak prethodnog rada, u kojem smo ukazali na naslednopravni položaj potomaka i supružnika, odnosno vanbračnog partnera, ovaj rad za predmet svog istraživanja ima pravnu regulativu pitanja naslednopravnih posledica odnosa srodstva u pravoj ushodnoj i pobočnoj liniji, s jedne strane i braka, odnosno vanbračne zajednice, s druge strane, u domaćem i uporednom pravu. Iz navedenog razloga, u radu je obuhvaćen veći broj pravnih poredaka Evrope koji pripadaju evropskom kontinentalnom tipu prava i to: pravni sistemi zemalja bivših republika članica jugoslovenske federacije (Srbija, Slovenija, Hrvatska, Makedonija, Crna Gora), bivših socijalističkih zemalja (Rusija, Mađarska, Bugarska), zemalja germanskog pravnog kruga (Austrija, Švajcarska, Nemačka), romanskog pravnog kruga (Francuska, Italija, Belgija, Španija), skandinavskog pravnog kruga (Švedska, Finska i Danska), kao i pravni sistem Holandije.

Jedan od ciljeva rada je da ukaže na razlike, a posebno na sličnosti i tendencije, koje se u mogu uočiti u modernim zakonodavstvima Evrope, u pogledu zakonskog i pravnoteorijskog pristupa sagledavanja ove problematike. U tom smislu, nastoji se dati i odgovor na pitanje, u kojoj meri je u domaćem pravu, odnos između činjenice srodstva u pravoj ushodnoj i pobočnoj liniji, s jedne strane i činjenice braka, s druge strane, usklađen sa standardima koji su u pogledu navedenog pitanja prihvaćeni u većini ostalih pravnih sistema Evrope, te da li u našem pravu, posebno imajući u vidu aktuelnost izrade Građanskog zakonika Srbije, postoji potreba za odgovarajućim naslednopravnim reformama u ovoj oblasti.²

² Tekst Prednacrtu Građanskog zakonika Srbije, četvrta knjiga – nasleđivanje v. na internet adresi: <http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik/>

1. Srodstvo u pravoj ushodnoj i pobočnoj liniji, brak i vanbračna zajednica kao pravno relevantne činjenice u zasnivanju pravila zakonskog nasleđivanja

Kada je reč o srodstvu, kao pravno relevantnoj činjenici u zasnivanju pravila zakonskog nasleđivanja, pitanje njegovog obima nije u svim pravima Evrope rešeno na isti način. Dok je pitanje obuhvatanja svog potomstva ostavioca krugom potencijalnih zakonskih naslednika u savremenim pravnim porecima Evrope nesporno, dotle u pogledu obuhvatanja predaka i pobočnih srodnika ovim krugom, u savremenim zakonodavstvima Evrope postoje značajne razlike, te se u tom smislu, razlikuju dva osnovna pristupa.

Razvojnu tendenciju najvećeg broja savremenih prava Evrope, predstavlja prihvatanje sistema ograničenog srodstva, odnosno shvatanje o ograničenosti obima krvnog srodstva u zakonskom nasleđivanju. Tako je krug srodnika prave ushodne i pobočne linije, kao potencijalnih zakonskih naslednika, barem, kada je reč o pravima koja predstavljaju predmet ovog uporednopravnog prikaza, na najuži način postavljen u pravima skandinavskih zemalja – Danske, Švedske i Finske,³ u kojima on obuhvata roditelje i svo njihovo potomstvo, kao i dede i babe i njihovo prvostepeno potomstvo.⁴ Nešto šira koncepcija kruga srodnika prave ushodne i pobočne linije, kao potencijalnih zakonskih naslednika prihvaćena je u pravima Slovenije, Makedonije i Švajcarske,⁵ u kojima on, pored srodnika, koji u ovaj krug ulaze u pravima skandinavskih zemalja, obuhvata i svo potomstvo deda i baba.⁶ Širi krug srodnika prave ushodne i pobočne linije, kao potencijalnih zakonskih naslednika, barem posmatrano sa

³ Zakon o nasleđivanju Danske donet je 2007. godine (515/2007), Zakon o nasleđivanju Švedske donet je 1958. godine (1958/637), dopunjen i izmenjen 1987/88. kao i 2005. godine, Zakon o nasleđivanju Finske donet je 1965. godine (40/1965), dopunjen i izmenjen 2001. godine. Tekstove spomenutih zakona o nasleđivanju videti na sledećim internet adresama: Danske – <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=2664>, Švedske – <http://www.notisum.se/mp/sls/lag/19580637.HTM>, Finske – <http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1965/en19650040.pdf>.

⁴ V. poglavlje 1. § 2-3. Zakona o nasleđivanju Danske, poglavlje 2. § 2-4. Zakona o nasleđivanju Švedske i poglavlje 2. odeljak 2-5. Zakona o nasleđivanju Finske.

⁵ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o nasleđivanju SR Slovenije iz 1976. godine („Uradni list SR Slovenije“, br. 15/76), donet je 2001. godine, („Uradni list RS“, br. 67/2001), tekst zakona videti na internet adresi: [http://www.uradni-list.si/1/content?id=32462#!1/Zakon-o-spremembah-in-dopolnitvah-zakona-o-dedovanju-\(ZD-B\)](http://www.uradni-list.si/1/content?id=32462#!1/Zakon-o-spremembah-in-dopolnitvah-zakona-o-dedovanju-(ZD-B)). Zakon o nasleđivanju bivše jugoslovenske Republike Makedonije donet je 1996. godine („Službeni vesnik na Republika Makedonija“, br. 47/96), tekst zakona videti na internet adresi: <http://www.pravo.org.mk>. Građanski zakonik Švajcarske donet je 1907. godine, tekst zakonika videti na internet adresi: - <http://www.admin.ch/ch/d/sr/210/index.html>.

⁶ V. čl. 10. st. 1. ZON-a Slovenije, čl. 12. st. 1. ZON-a Makedonije i čl. 458-460. Građanskog zakonika Švajcarske.

aspekta obuhvatanja predaka ovim krugom, prihvaćen je u pravu Rusije,⁷ u kojem ovaj krug obuhvata ostaviočeve pretke, zaključno sa trećim stepenom srodstva, braću i sestre, kao srodnike drugog stepena pobočnog srodstva i njihovo prvostepeno potomstvo, stričeve, ujake i tetke, kao srodnike trećeg stepena pobočnog srodstva i njihovo prvostepeno potomstvo, te ostale pojedine srodnike četvrtog i petog stepena pobočnog srodstva.⁸ U pravima Crne Gore, Austrije i Holandije,⁹ krug srodnika prave ushodne i pobočne linije, kao potencijalnih zakonskih naslednika, obuhvata roditelje ostavioca i njihovo potomstvo, dede i babe i njihovo potomstvo, kao i pradede i prababe, a u poslednje spomenutom pravu, još i potomstvo pradede i prababa, uz određena ograničenja, u pogledu stepena njihovog srodstva,¹⁰ dok u pravu Mađarske,¹¹ ovaj krug, kada se radi o dobrima starine, obuhvata roditelje i njihovo potomstvo, dede i babe, kao i sve dalje pretke.¹² U pravima Srbije i Hrvatske,¹³ kao i u pravu Mađarske, kada se radi o nasleđivanju dobara tekovine, krug srodnika prave ushodne i pobočne linije, kao potencijalnih zakonskih naslednika, obuhvata roditelje i njihovo potomstvo, dede i babe i njihovo potomstvo, kao i sve dalje pretke ostavioca.¹⁴ U pravu Bugarske, kao i u pravima svih zemalja

⁷ Treći deo Građanskog kodeksa Rusije (nasledno pravo), stupio je na snagu 2002. godine, tekst kodeksa videti na internet adresi: <http://base.garant.ru/10164072/>.

⁸ V. čl. 1142. st. 1., čl. 1143-1144. i čl. 1145. st. 2-3. Građanskog kodeksa Rusije.

⁹ Zakon o nasleđivanju Crne Gore donet je 2008. godine („Službeni list Crne Gore”, br. 74/2008), tekst zakona videti na internet adresi: <http://www.sluzbenilist.me/PravniAktDetalji.aspx?tag={4E8FCC1E-3A73-40C4-B53E-45BFE22B9AF6}>. Građanski zakonik Austrije donet je 1811. godine, tekst zakonika videti na internet adresi: http://www.jusline.at/Allgemeines_Buergerliches_Gesetzbuch_%28ABGB%29_Langversion.html. Novi nasledno-pravni propisi Holandije (Knjiga IV Građanskog zakonika Holandije), stupili su na snagu 1. januara 2003. godine, tekst zakona videti na internet adresi: <http://www.wetboek-online.nl/wet/BW4.html>.

¹⁰ V. čl. 9. st. 1. ZON-a Crne Gore, § 731. st. 2-4. Građanskog zakonika Austrije, kao i čl. 10. st. 1-2. i čl. 12. st. 3. Knjige IV Građanskog zakonika Holandije.

¹¹ Građanski zakonik Mađarske donet je 1959. godine, tekst zakonika videti na internet adresi: http://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=95900004.TV. U Mađarskoj je 2013. usvojen novi Građanski zakonik, koji, međutim, treba da stupi na snagu tek naredne godine, 15. 03. 2014. godine.

¹² V. § 612. st. 1-2. Građanskog zakonika Mađarske.

¹³ Zakon o nasleđivanju Srbije donet je 1995. godine („Službeni glasnik RS”, br. 46/95). Zakon o nasleđivanju Hrvatske donet je 2003. godine („Narodne novine”, br. 48/2003;), tekst zakona videti na internet adresi: http://www.poslovniforum.hr/zakoni/z_naslj01.asp.

¹⁴ V. čl. 8. st. 1. ZON-a Srbije, čl. 8. st. 1. ZON-a Hrvatske i § 608-610. Građanskog zakonika Mađarske.

romanske pravne tradicije - Francuske, Belgije, Italije i Španije,¹⁵ ovaj krug obuhvata sve pretke, braću i sestre i svo njihovo potomstvo (u pravu Španije samo njihovo prvostepeno potomstvo), kao i ostale pobočne srodnike ostavioca (u pravima Bugarske, Francuske i Italije, zaključno do šestog stepena, a u pravima Belgije i Španije, zaključno do četvrtog stepena).¹⁶ Dakle, prava, u kojima dolazi do izražaja shvatanje o ograničenosti obima srodstva u zakonskom nasleđivanju, prilikom konkretnog određivanja širine kruga srodnika, koji mogu biti zakonski naslednici, polazeći od principijelnog stanovišta da samo neki od njih mogu biti zakonski naslednici, na različit – uži ili širi način, određuju ovaj krug. Ove razlike predstavljaju posledice specifičnosti u njihovom razvitku, kao i izraz shvatanja prirode, širine i funkcije porodice, u pravu svake od ovih zemalja.

Samo u pravu Nemačke,¹⁷ prihvaćen je pristup o neograničenosti obima, odnosno daljine srodstva, te tako u njemu, krug srodnika prave ushodne i pobočne linije, kao potencijalnih zakonskih naslednika, obuhvata roditelje ostavioca i njihovo potomstvo, dede i babe i njihovo potomstvo, kao i sve dalje pretke i njihovo potomstvo.¹⁸

U pogledu pitanja rasporeda, odnosno grupisanja srodnika kao zakonskih naslednika, u savremenim pravima Evrope prihvaćena su dva osnovna sistema zakonskog nasleđivanja. Jedan od njih je parentelarno-linearni sistem, koji je prihvaćen u najvećem broju zemalja Evrope, u nekim od njih u potpunosti, a u pojedinim od njih, u osnovi, odnosno, uz izvesne, manje ili veće devijacije. Ovaj sistem zasniva se na podeli srodni-

¹⁵ Zakon o nasleđivanju Bugarske donet je 1949. godine, tekst zakona videti na internet adresi: <http://solicitorbulgaria.com/index.php/bulgarian-succession-act>. Građanski zakonik Francuske donet je 1804. godine, tekst zakonika videti na internet adresi: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>. U pravu Belgije prvobitno je važio tekst Građanskog zakonika Francuske iz 1804. godine, s tim što je vremenom, Građanski zakonik Belgije evoulirao i u određenoj meri se udaljio od Građanskog zakonika Francuske, tekst zakonika videti na internet adresi: <http://www.droitbelge.be/codes.asp>. Građanski zakonik Italije donet je 1942. godine, tekst zakonika videti na internet adresi: http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/cod-civ/codciv.htm. Građanski zakonik Španije donet je 1889. godine, tekst zakonika videti na internet adresi: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/cc/indexcc.htm>.

¹⁶ V. čl. 6-8. Zakona o nasleđivanju Bugarske, čl. 734., čl. 736-740. i čl. 745. Građanskog zakonika Francuske, čl. 731. i čl. 746 - 755. Građanskog zakonika Belgije, čl. 565. i čl. 568-572. Građanskog zakonika Italije, čl. 935-941., čl. 946-951., kao i čl. 954-955. Građanskog zakonika Španije. (stanje na dan 31. 10. 2013).

¹⁷ Građanski zakonik Nemačke donet je 1896. godine, tekst zakonika videti na internet adresi: <http://bundesrecht.juris.de/bgb/BJNR001950896.html>.

¹⁸ V. § 1925. st. 1-3., § 1926. i § 1928-1929. Građanskog zakonika Nemačke.

ka u određene parentele, kao grupe srodnika, s obzirom na njihovog zajedničkog pretka, odnosno, s obzirom na njihove najbliže neposredne zajedničke pretke. Između ovih grupa važi princip isključivosti, prema kojem srodnici iz dalje grupe ne mogu doći u obzir da budu zakonski naslednici, sve dok postoji makar jedan srodnik iz prethodne grupe. Kao takav, ovaj sistem prihvaćen je u svim zemljama bivše SFRJ, u zemljama germanske pravne tradicije, u pojedinim bivšim socijalističkim zemljama, kao što je Mađarska, u svim skandinavskim zemljama, kao i u Holandiji. Drugi sistem je sistem bliskosti srodstva, koji se sastoji u podeli srodnika u grupe, po pretpostavljenoj bliskosti odnosa između ostavioca i njegovih srodnika – na potomke, pretke i pobočne srodnike, uz uvažavanje određenih dodatnih kriterijuma, koji polaze od pretpostavljenog intenziteta veze unutar ovih grupa, što podrazumeva mogućnost formiranja i posebnih grupa srodnika. Odnos između pojedinih grupa srodnika, u sistemu bliskosti srodstva je različit, te je tako samo odnos između grupe potomaka i ostalih grupa srodnika isključiv, dok srodnici ostalih grupa, u najvećem broju prava u kojima je on prihvaćen, mogu i paralelno konkurisati na nasleđe. Ovaj sistem prihvaćen je u manjem broju zemalja Evrope, kao što su Bugarska i sve zemlje romanske pravne tradicije.¹⁹ Naposletku, u Rusiji je prihvaćen sistem stepena srodstva, prema kojem se na nasleđe prvenstveno pozivaju oni srodnici koji se nalaze u bližem stepenu srodstva sa ostaviocem, bez obzira na to da li se radi o potomcima, precima ili pobočnim srođnicima. Međutim, ovaj sistem u spomenutom pravu, prihvaćen je samo kao osnovni, s obzirom na to, da stepen srodstva, ipak ne predstavlja jedini element na osnovu kojeg se formuliše zakonski nasledni red u njemu.

Kada je reč o braku i vanbračnoj činjenici, kao pravno relevantnim činjenicama u zasnivanju pravila zakonskog nasleđivanja, za razliku od prve spomenute činjenice, čiji se uticaj na zakonsko nasleđivanje, nikada nije dovodio u pitanje, pravna regulativa vanbračne zajednice, kada je reč o heteroseksualnim vanbračnim zajednicama, prisutna je tek od poslednjih decenija prošlog veka, a kada se radi o istopolnim vanbračnim zajednicama, počev od kraja XX veka. U današnje vreme, ova činjenica, nesumnjivo predstavlja treću najvažniju činjenicu u konstruisanju pravila zakonskog nasleđivanja u velikom broju savremenih prava Evrope. Tako, vanbračna zajednica predstavlja pravno relevantnu činjenicu u zasnivanju pravila zakonskog nasleđivanja u više od polovine zemalja, koje su pred-

¹⁹ O sistemu bliskosti srodstva, kao sistemu raspodele srodnika v. Oliver B. Antić: „Sistemi grupe raspodele srodnika kao zakonskih naslednika“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3-4/1994., str. 300. i 302.

stavljale predmet naše analize. Ovo je slučaj u pravima Hrvatske, Slovenije, Crne Gore, Mađarske, Nemačke, Švajcarske, Austrije, Belgije, Danske, Švedske, Finske i Holandije. U najvećem broju spomenutih prava vanbračna zajednica proizvodi naslednopravna dejstva samo onda kada se radi o istopolnoj vanbračnoj zajednici, što je slučaj u pravima Mađarske, Nemačke, Švajcarske, Austrije, Danske, Švedske i Finske. U određenom, manjem broju prava, vanbračna zajednica predstavlja osnov pozivanja na nasleđivanje samo ukoliko se radi o heteroseksualnoj vanbračnoj zajednici, što je slučaj u pravima Hrvatske i Crne Gore. Vanbračna zajednica predstavlja pravno relevantnu činjenicu u zasnivanju pravila zakonskog nasleđivanja, nezavisno od toga da li se radi o heteroseksualnoj ili istopolnoj vanbračnoj zajednici, u pravima Slovenije, Belgije i Holandije.

Naposletku, u XXI veku svedoci smo i činjenice da se u sve većem broju prava Evrope, istopolnim partnerima priznaje i pravo na sklapanje braka, na koji način su efekti braka u njima, nezavisno od pola supružnika, isti i u oblasti zakonskih naslednih prava. Od zemalja koje predstavljaju predmet ovog uporednopravnog prikaza, zaključenje istopolnog braka dozvoljeno je u pravima Španije, Belgije, Francuske, Švedske, Danske i Holandije.

2. Opređeljivanje odnosa između činjenica srodstva u pravu ushodnoj i pobočnoj liniji i braka, odnosno vanbračne zajednice

Odnos između srodstva i braka, generalno posmatrano, može se opredeliti kao supsidirajući, isključujući ili koordinirajući. O supsidirajućem odnosu može se govoriti onda kada supružnik nasleđuje celu zaostavštinu ili jedan njen deo, ali samo onda kada iza ostavioca nije ostao niko od njegovih srodnika, koji bi mogli i hteli da naslede. Isključujući odnos postoji onda kada supružnik može naslediti celu zaostavštinu i na taj način isključiti iz nasleđivanja određene srodnike ostavioca, koji bi inače mogli biti zakonski naslednici i koji bi u konkretnom slučaju bili pozvani na nasleđivanje da nema nadživelog supružnika ostavioca, dok se o koordinirajućem odnosu može govoriti onda kada supružnik nasleđuje istovremeno sa pojedinim srodnicima ostavioca, dobijajući sa njima određeni deo zaostavštine.²⁰ U pravima u kojima i vanbračna zajednica predstavlja pravno relevantnu činjenicu u zasnivanju pravila zakonskog nasleđivanja, na isti ovaj način, barem, po pravilu, može se opredeliti i odnos između srodstva i vanbračne zajednice.

²⁰ U tom smislu v. Borislav T. Blagojević: Nasledno pravo SFRJ sa osvrtom na prava drugih država, Beograd, 1964., str. 72.

Kada je reč o konkretnom odnosu između činjenica srodstva u pravoj ushodnoj i pobočnoj liniji i braka, odnosno vanbračne zajednice, u najvećem broju prava Evrope, naslednopravni položaj supružnika, a u nekim od njih i vanbračnog partnera ostavioca, povoljniji je od naslednopravnog položaja predaka, odnosno pobočnih srodnika ostavioca. U prilog ovoga, govori argument da se odnos između spomenutih činjenica u najvećem broju posmatranih zakonodavstava može definisati ili kao isključujući u odnosu na sve pretke i pobočne srodnike kao potencijalne zakonske naslednike u njima, ili kao isključujući u odnosu na širok krug predaka i pobočnih srodnika kao potencijalnih zakonskih naslednika, a time i kao koordinirajući u odnosu na ostali, manji broj spomenutih srodnika. Čak i u onim pravima u kojima se odnos između navedenih činjenica može opredeliti kao koordinirajući u odnosu na veliki broj predaka i pobočnih srodnika, u prilog povoljnije naslednopravne pozicije supružnika, odnosno vanbračnog partnera ostavioca u konkurenciji sa navedenim srodnicima, govori obim i kvalitet naslednopravnih ovlašćenja supružnika, odnosno vanbračnog partnera.

Samo u manjoj grupi prava, uzimajući u obzir celinu naslednopravnih propisa u njima, naslednopravna pozicija supružnika, odnosno vanbračnog partnera nije povoljnija ili to barem, ne mora uvek biti u odnosu na ovakvu poziciju predaka, odnosno pobočnih srodnika ostavioca. U ovu grupu spadaju zakonodavstva onih zemalja, u kojima je supružniku, u slučaju konkurisanja predaka i/ili pobočnih srodnika (svih ili samo nekih), priznat isključivo položaj plodouživaoca na celini ili delu zaostavštine, odnosno zakonodavstva, u kojima se odnos između činjenice srodstva u pravoj ushodnoj i pobočnoj liniji i činjenice braka, odnosno vanbračne zajednice, može opredeliti ili kao supsidirajući ili kao koordinirajući u odnosu na sve pretke i pobočne srodnike kao potencijalne zakonske naslednike.

3. Pridavanje većeg naslednopravnog značaja činjenicama braka, odnosno vanbračne zajednice u odnosu na činjenicu srodstva u pravoj ushodnoj i pobočnoj liniji

3.1. Isključujući odnos srodstva u pravoj ushodnoj i pobočnoj liniji i braka, odnosno vanbračne zajednice

U određenom broju prava Evrope, odnos između činjenice srodstva u pravoj ushodnoj i pobočnoj liniji i činjenice braka, odnosno vanbračne zajednice, uvek se opredeljuje kao isključujući. Ovo je slučaj u pravu Holandije, u kojem supružnik ostavioca ili njegov vanbračni partner,²¹ isključuje iz nasle-

²¹ U pravu Holandije partneri i različitog i istog pola, koji su registrovali svoju zajednicu, počev od 1998. godine, kada je donet Zakon o registrovanom partnerstvu, imaju

divanja bilo koje srodnike ostavioca prave ushodne ili pobočne linije, kao njegove potencijalne zakonske naslednike.²² I u pravima svih skandinavskih zemalja – Danske, Švedske i Finske, nadživeli supružnik ostavioca ili njegov istopolni vanbračni partner,²³ u slučaju nepostojanja potomaka, nasleđuje ce-

moгуćnost da se uzajamno nasleđuju na isti način kao i supružnici. Do izmena navedenog zakona, došlo je Zakonom od 21.12.2000. godine (stupio na snagu 15.04.2001. godine), kojim se menja Knjiga I Građanskog zakonika, kojim je predviđena mogućnost da partneri istog pola zaključe brak, a takođe i da se izvrši konverzija registrovanog partnerstva u brak. Zakonska nasledna prava istopolnih partnera koji su zaključili brak, odnosno registrovanih partnera istog ili različitog pola su identična onim zakonskim naslednim pravima, koja ima supružnik različitog pola. V. čl. 8. st. 1. Knjige IV Građanskog zakonika Holandije. O pravnim dejstvima istopolnih registrovanih partnerskih zajednica u pravu - Holandije videti opširnije kod: Yuval Marin: *Equality for same-sex couples (The legal recognition of gay partnerships in Europe and the United States)*, Published by University of Chicago, 2002., str. 115-119.

²² V. čl. 10. st. 1. Knjige IV Zakona o nasleđivanju Holandije. Opširnije o zakonskom nasleđivanju u pravu Holandije v. J.M.J. Chorus, P.H.M. Gerver, E.H. Hondius: *Introduction to Dutch Law*, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 2006. str. 196-197.

²³ Kada je reč o vanbračnoj zajednici kao osnovu pozivanja na nasleđivanje, u pravima svih posmatranih skandinavskih zemalja, kao način regulisanja ovih zajednica, po pravilu je prihvaćen koncept registrovanog partnerstva, čija su pravna dejstva slična ili identična dejstvima braka. U nekim od ovih prava, odgovarajućim zakonima, određena prava dejstva priznata su i vanbračnim zajednicama bez neophodnosti registracije, ali su ona znatno uža i po pravilu, ne obuhvataju mogućnost zakonskog nasleđivanja između vanbračnih partnera. S obzirom na to da je mogućnost registrovanja partnerstva u svim posmatranim skandinavskim zemljama, rezervisana isključivo za partnere iz istopolnih zajednica, to se u ovim pravima, usled prethodno navedenog, može govoriti samo o postojanju zakonskih naslednih prava između istopolnih partnera iz registrovanih zajednica, ali ne i o postojanju ovakvih prava između partnera različitog pola. Tako, u pravu Danske, istopolni partneri koji žive u registrovanom partnerstvu, nasleđuju po svim onim pravilima koja u ovoj zemlji važe i za nadživelog supružnika, počev od 1989. godine, kada je donet Zakon o registrovanom partnerstvu (tekst zakona videti na internet adresi: - <http://www.qrd.org/qrd/world/europe/denmark/registered.partnership.act.with.amendment.s.>). Moгуćnost registracije isključivo istopolnih zajednica predviđena je i u pravu Finske, Zakonom o registrovanom partnerstvu iz 2001. godine (tekst zakona videti na internet adresi: <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/2001/en20010950.pdf>). Ovim zakonom, isto-polnim registrovanim partnerima omogućen je sličan krug prava i obaveza, koja postoje i između supružnika, a između ostalih i pravo uzajamnog nasleđivanja. Donošenjem Zakona o registrovanom partnerstvu iz 1994. godine (tekst zakona videti na internet adresi: <http://www.ciecl.org/Legislationpdf/Suede-TheRegisteredPartnershipAct.pdf>) i u pravu Šved-ske, istopolnim partnerima omogućeno je da registruju svoju zajednicu pred nadležnim državnim organom, pri čemu registrovano partnerstvo ima ista dejstva kao i brak, što znači da su zakonska nasledna prava istopolnih partnera iz registrovanih zajednica i u pravu ove zemlje identična onim zakonskim naslednim pravima, koja postoje između supružnika. Za razliku od prava istopolnih partnera, koji su registrovali svoje

lu zaostavštinu, na koji način on ima prednost u nasleđivanju u odnosu na bilo koje srodnike ostavioca, kao njegove potencijalne zakonske naslednike, koji se sa njim nalaze u pravoj ushodnoj ili pobočnoj liniji srodstva. Međutim, ovakav naslednopravni položaj supružnika, odnosno istopolnog vanbračnog partnera ostavioca, u odnosu na spomenute srodnike ostavioca, ne znači istovremeno i gubitak njihovih zakonskih naslednih prava. Naime, specifičnost prava skandinavskih zemalja, koja ih razlikuje u odnosu na ostala prava Evrope, ogleda se u činjenici da nadživelog supružnika, odnosno istopolnog vanbračnog partnera, koji se u jednom momentu, pojavio kao jedini naslednik zaostavštine, nakon njegove smrti imaju pravo da naslede, ne samo njegovi naslednici, već i naslednici ranije umrlog supružnika, odnosno istopolnog vanbračnog partnera. Tako će u pravima Švedske i Finske, polovina zaostavštine kasnije umrlog supružnika koji je usled nepostojanja potomaka nasleđio celu zaostavštinu, pripasti naslednicima ranije umrlog supružnika, odnosno njegovim roditeljima ili njihovom potomstvu, po pravu reprezentacije (ali ne i njegovim srodnicima koji ulaze u treći nasledni red), dok će druga polovina, pripasti naslednicima kasnije umrlog supružnika. Ukoliko kasnije umrli supružnik, odnosno istopolni vanbračni partner, nema zakonskih naslednika, njegovu zaostavštinu će nasleđiti srodnici iz druge parentele ranije umrlog supružnika, odnosno istopolnog partnera.²⁴ Na isti način, u pravu Danske, zaostavštinu kasnije umrlog supružnika, koju je on nasleđio usled nepostojanja potomstva ostavioca,²⁵ nasleđivaće u jednoj polovini njegovi naslednici, dok će druga polovina pripasti srodnicima, kao naslednicima ranije umrlog supružnika. Ukoliko nakon smrti kasnije umrlog supružnika, postoje samo naslednici jednog supružnika, oni će biti jedini zakonski naslednici.²⁶

3.2. Isključujući i koordinirajući odnos srodstva u pravoj ushodnoj i pobočnoj liniji i braka, odnosno vanbračne zajednice

U najvećem broju posmatranih prava Evrope, odnos između činjenice srodstva u pravoj ushodnoj i pobočnoj liniji i činjenice braka,

partnerstvo, zakonsko pravo nasleđivanja u ovoj zemlji, nije istovremeno priznato i partnerima različitog ili istog pola, koja se nalaze u vanbračnoj zajednici, čiji je položaj regulisan Zakonom o kohabitantima iz 2003. godine.

Osim toga, u pravu Švedske, počev od 01. maja 2009. godine, a u pravu Danske, počev od 15. juna 2012. godine, istopolnim partnerima priznato je i pravo na sklapanje braka. Zakonska nasledna prava istopolnih partnera koji su zaključili brak su identična onim zakonskim naslednim pravima, koja u ovim zemljama ima i supružnik različitog pola.

²⁴ V. poglavlje 3. § 2. Zakona o nasleđivanju Švedske i poglavlje 3. odeljak 1. Zakona o nasleđivanju Finske.

²⁵ V. poglavlje 2. § 9. st. 2. Zakona o nasleđivanju Danske.

²⁶ V. poglavlje 3. § 15. st. 1-2. Zakona o nasleđivanju Danske.

opredeljuje se kao isključujući, u odnosu na veliki broj ovih srodnika. Pritom, supružnik ostavioca i u situaciji, kada nasleđuje istovremeno sa nekim od predaka ili pobočnih srodnika ostavioca, dobijajući sa njima određeni deo zaostavštine u svojinu, dakle, u situaciji, kada je odnos između navedenih činjenica koordinirajući, posmatrano sa aspekta obima njegovih naslednopravnih ovlašćenja, po pravilu, ima povoljniji naslednopravni položaj od ovakvog položaja konkurišućih mu srodnika.

Krug srodnika prave ushodne i pobočne linije, koji supružniku ostavioca mogu konkurisati u nasleđivanju, najuži je u pravima Hrvatske, Rusije i Francuske, u kojima on obuhvata samo roditelje ostavioca. Evidentno je da u pravima ove grupe zemalja, supružnik ostavioca ima izrazito povoljniji naslednopravni položaj od položaja koji imaju srodnici ostavioca koji se sa njim nalaze u pravoj ushodnoj ili pobočnoj liniji srodstva, imajući u vidu da je u svima njima odnos između navedenih činjenica koordinirajući, samo onda kada se radi o srodstvu u prvom stepenu prave ushodne linije, što znači da supružnik ostavioca isključuje iz nasleđivanja sve ostale srodnike u pravoj ushodnoj liniji srodstva, kao i bilo koje srodnike u pobočnoj liniji srodstva, koji u pravu svake od navedenih zemalja ulaze u krug potencijalnih zakonskih naslednika.²⁷ Osim toga, u prilog posebno povoljnog naslednopravnog položaja supružnika, govori i visina njegovog zakonskog naslednog dela, koji u konkurenciji sa roditeljima, u pravima Hrvatske i Francuske, iznosi 1/2 zaostavštine,²⁸ pri čemu u nekim od njih, može iznositi čak i 3/4 zaostavštine, kao što je to slučaj sa naslednim delom supružnika (različitog ili istog pola) u Francuskoj,²⁹ usled postojanja pravila, prema kojem nasledni deo umrlog roditelja ne prirasta naslednom delu drugog nadživelog roditelja, već naslednom delu

²⁷ V. čl. 11. st. 3. Zakona o nasleđivanju Hrvatske, čl. 1141. st. 1. Građanskog kodeksa Rusije i čl. 757-2. Građanskog zakonika Francuske.

²⁸ Preostala 1/2 zaostavštine u pravima Hrvatske i Francuske deli se između roditelja ostavioca na jednake delove. V. čl. 11. st. 2. Zakona o nasleđivanju Hrvatske i čl. 757-1. st. 1. Građanskog zakonika Francuske. U pravu Hrvatske, u slučaju kada su otac ili majka, iza kojeg su ostali njegovi potomci, umrli pre ostavioca, deo koji bi tom roditelju pripao, prirašće drugom roditelju, čime se daje prednost principu priraštaja u odnosu na princip reprezentacije, a na taj način i privileguje naslednopravni položaj srodnika prave ushodne linije srodstva u odnosu na ovakav položaj pobočnih srodnika, ali samo u slučaju postojanja konkurencije nadživelog supružnika, ne i u slučaju nepostojanja ovakve konkurencije, kada će se primeniti princip reprezentacije. V. čl. 11. st. 5. i čl. 12. st. 1-2. Zakona o nasleđivanju Hrvatske.

²⁹ U pravu Francuske, brak između istopolnih partnera legalizovan je 18. 05. 2013. godine. Usled toga, istopolni supružnici u pravu Francuske imaju ista zakonska nasledna prava, koja su u pravu ove zemlje priznata i heteroseksualnim supružnicima.

supružnika.³⁰ Izuzetak, predstavlja jedino pravo Rusije, u kojem i roditelji i supružnik, posmatrano sa aspekta obima njihovih naslednopravnih ovlašćenja, imaju identičan naslednopravni položaj, što se javlja kao posledica zakonskog pravila o podeli zaostavštine na jednake delove između njih,³¹ pri čemu ovakav njihov položaj može biti pogoršan, usled moguć-

³⁰ V. čl. 757-1. st. 2. Građanskog zakonika Francuske. Protivtežu ovakvim naslednim pravima supružnika u pravu Francuske, predstavlja pravo privilegovanih pobočnih srodnika i privilegovanih predaka na povraćaj određenih dobara. Naime, u čl. 757-3. Građanskog zakonika Francuske predviđeno je da u slučaju kada u zaostavštinu ostavioca ulaze i dobra starine, odnosno dobra, koja je ostavilac stekao putem nasleđa i poklona od strane svojih srodnika u pravoj ushodnoj liniji srodstva, polovina ovakvih dobara koja se nalaze uaturi će pripasti ostaviočevoj braći ili sestrama, odnosno polubraći i polusestrama ili njihovim potomcima. U teoriji se navodi da je upravo, s obzirom na raniji dominirajući značaj porodice, odnosno srodstva u naslednom pravu, supružnik ostavioca, za koga se pretpostavljalo da bi ponovnim stupanjem u brak, preneo nasledeni imetak u novu porodicu, prema ranijim naslednopravnim propisima Francuske, mogao steći puno pravo svojine, samo uz prisustvo nepriviligovanih predaka iz samo jedne linije, odnosno samo uz prisustvo nepriviligovanih pobočnih srodnika. Promene u zaostavštini, kao i umanjnjen značaj krvnih veza u odnosu na pretpostavljenu ostaviočevu naklonost prema svom supružniku, umanjile su ovaj oprez, s tim što je pravo na povraćaj navedenih dobara ostalo kao njegovo poslednje ispoljavanje. V. u tom smislu: Marie-Cecile Forgeard, Richard Crone, Bertrand Gelot: *La réforme des successions*, Paris, 2002., str. 9-10. Reformom iz 2006. godine, pravo na povraćaj priznato je i roditeljima ostavioca, kao njegovim privilegovanim precima, kako bi istima, u najmanju ruku, pripala ona dobra koja su oni sami poklonili ostaviocu. Naime, u čl. 738-2. Građanskog zakonika Francuske, predviđeno je da u slučaju kada oba roditelja ili samo jedan od njih nadžive ostavioca iza kojeg nije ostalo potomstvo, isti mogu da izvrše pravo na povraćaj na dobrima koja su poklonili ostaviocu, a u granicama njihovog zakonskog naslednog dela, koji iznosi 1/4 zaostavštine. Pravo na povraćaj privilegovanih pobočnih srodnika može biti izgubljeno, usled dobroćinih davanja učinjenih u korist supružnika ili nekog trećeg lica (pobočni srodnici se ovome ne mogu suprotstaviti, jer isti ne ulaze u krug nužnih naslednika). S druge strane, iako ni roditelji ostavioca, počev od 2006. godine, više ne ulaze u krug nužnih naslednika, njihovo pravo na povraćaj je javnopravnog karaktera, te isto ne može biti onemogućeno eventualnim činjenjem poklona supružniku ili trećem licu. Na ovo upućuje činjenica, prema kojoj se pravo na povraćaj roditelja ima izvršiti u novčanoj protivvrednosti, ukoliko to nije moguće uaturi, što nije istovremeno slučaj i u pogledu prava na povraćaj privilegovanih pobočnih srodnika. V. u tom smislu: Jean Maury: *Successions et libéralités*, Paris, 2007., str. 60. i 47. Naposletku, napomenućemo da protivtežu naslednim pravima supružnika u pravu Francuske, shodno čl. 758. st. 1. Građanskog zakonika Francuske, predstavlja i pravo na izdržavanje nepriviligovanih predaka ostavioca, odnosno, onih predaka, koji ostaviocu nisu otac ni majka, kada se nalaze u stanju nužde. Zahtev za izdržavanje iz zaostavštine se može podneti kada supružnik, u odsustvu dece ili potomaka ostavioca, kao i njegovog oca i majke, nasleđuje celu zaostavštinu, odnosno, kada u odsustvu dece i potomaka, kao i u odsustvu oca ili majke, nasleđuje tri četvrtine zaostavštine.

³¹ Specifičnost prava Rusije ogleda se u činjenici da se roditelji ostavioca pojavljuju kao zakonski naslednici prvog naslednog reda, u kojem dele zaostavštinu na jedna-

nosti istovremenog konkurisanja na nasleđe od strane bilo kog drugog srodnika ostavioca koji ulazi u krug potencijalnih zakonskih naslednika daljih naslednih redova, a po osnovu činjenica nesposobnosti za rad i izdržavanja od strane ostavioca najmanje godinu dana pre njegove smrti, kao i od strane bilo kog drugog lica koje uopšte ne ulazi u redovan krug potencijalnih zakonskih naslednika, a po osnovu činjenica nesposobnosti za rad, izdržavanja od strane ostavioca i postojanja zajednice života sa ostaviocem najmanje godinu dana pre njegove smrti, čime se praktično neograničeno proširuje postojeći krug zakonskih naslednika.³² Položaj prethodno spomenutih naslednika će biti isti, kao i položaj bilo kojih ostaviočevih zakonskih naslednika koji se u konkretnom slučaju pozivaju na nasleđivanje, imajući u vidu pravilo, prema kojem ova lica nasleđuju na jednake delove sa njima. U slučaju nepostojanja nijednog naslednika iz kruga potencijalnih zakonskih naslednika, zaostavština će se deliti na jednake delove samo između radno nesposobnih i izdržavanih lica koji su živeli zajedno sa ostaviocem, što znači da u slučaju postojanja samo jednog ovakvog naslednika, cela zaostavština može pripasti upravo tom nasledniku.³³ Posmatrano sa aspekta predmeta našeg istraživanja, prethodno spomenuta odredba je od posebnog značaja, jer na osnovu nje, uzimajući pritom u obzir i stavove iznete u teoriji, u pogledu bližeg određivanja ispunjenosti uslova, koji se odnose na nesposobnost za rad, izdržavanje od strane ostavioca i postojanje zajednice života sa ostaviocem,³⁴ po našem mišljenju, u krug zakonskih naslednika u pravu Rusije, može ući i vanbračni partner ostavioca, s obzirom na to, da uslov koji se odnosi na zajednicu života između ostavioca i nekog lica, ne isključuje mogućnost postojanja ovakve zajednice upravo između lica koja su vanbračni partneri, pod uslovom da je ovakva zajednica života bila praćena činjenicom nesposobnosti za rad i izdržavanja vanbračnog partnera od strane ostavioca. Dakle, iako vanbračna zajednica ne predstavlja samostalni osnov pozivanja na nasleđivanje, do nasleđivanja između vanbračnih partnera, ipak,

ke delove sa prvostepenim potomstvom ostavioca i njegovim supružnikom. V. čl. 1142. st. 1. u vezi sa čl. 1141. st. 2. Građanskog kodeksa Rusije.

³² U tom smislu v. V. Bulaevskiĭ B.A., Vinogradova R.I., Efimov A.F., Levšina T.L., Pavlova E.A., Panteleeva I.V., Sučkova N.V., Šeliotto M.L., Šilohvost O. I.O., Ярошенко K.B.: Komentariĭ k Graždanskomu kodeksu Rossiĭskoj Federacii, Časti treteĭ, Moskva, 2007., str. 101-102. i 120-121.; Abova, T.E., Boguslavskiĭ, M.M., Svetlanov, A. G.: Komentariĭ k Graždanskomu kodeksu Rossiĭskoj Federacii, Časti treteĭ, Moskva, 2004., str. 43

³³ V. čl. 1148. u vezi sa čl. 1141. Građanskog kodeksa Rusije.

³⁴ U tom smislu v. Bulaevskiĭ B.A., Vinogradova R.I., Efimov A.F., Levšina T.L., Pavlova E.A., Panteleeva I.V., Sučkova N.V., Šeliotto M.L., Šilohvost O. I.O., Ярошенко - K.B.: op. cit., str. 124-128.

može doći na jedan indirektan način, ukoliko se na strani vanbračnih partnera ispune sve zakonom zahtevane činjenice (nesposobnost za rad, izdržavanje i zajednica života). Ove činjenice, zapravo predstavljaju samostalan osnov za sticanje svojstva zakonskog naslednika, a ne vanbračna zajednica sama po sebi. Pod pretpostavkom ispravnosti našeg mišljenja, vanbračni partner u pravu Rusije, može imati sličan naslednopravni položaj kao i ostaviočev supružnik, imajući u vidu da on, u slučaju ispunjenja spomenutih uslova, može, kao i supružnik, konkurisati ostaviočevim roditeljima, deleći sa njima zaostavštinu na jednake delove.

U onim od spomenutih prava, u kojima i vanbračna zajednica predstavlja pravno relevantnu činjenicu u formulisanju pravila zakonskog nasleđivanja, što je slučaj u pravu Hrvatske, kada je reč o heteroseksualnoj vanbračnoj zajednici, vanbračni partner ostavioca ima identičan naslednopravni položaj, koji u ovom pravu, ima i supružnik ostavioca.³⁵ Međutim, naslednopravni položaj vanbračnog partnera, koji je svojstvo zakonskog naslednika stekao po osnovu činjenica nesposobnosti za rad, izdržavanja od strane ostavioca, te zajednice života sa ostaviocem, što je slučaj u pravu Rusije, nije identičan onom naslednopravnom položaju koji u pravu ove zemlje ima supružnik ostavioca. Naime, iako vanbračni partner ostavioca u pravu ove zemlje, u konkurenciji sa ostaviočevim roditeljima ima isti naslednopravni položaj, koji u konkurenciji sa ovim srodnici

³⁵ Prema Zakonu o nasleđivanju Hrvatske, kao zakonski naslednik može se pojaviti vanbračni partner različitog pola, koji je u zakonskim naslednim pravima izjednačen sa supružnikom, pod pretpostavkom da je vanbračna zajednica trajala duže vreme, te pod uslovom da su bile ispunjene pretpostavke neophodne za valjanost braka, odnosno, da nisu postojale smetnje za zaključenje punovažnog braka. V. čl. 8. st. 2. ZON-a Hrvatske. O kriterijumima koji se imaju uzeti u obzir prilikom ocene vremena trajanja vanbračne zajednice, koje je neophodno za priznavanje naslednopravnih dejstava istoj v. Nikola Gavella, Vlado Belaj: *Nasledno pravo*, Zagreb, 2008., str. 196. U Hrvatskoj je 2003. godine donet i Zakon o istospolnim zajednicama, („Narodne novine“, br. 116/2003.), tekst zakona videti na internet adresi: http://www.poslovniforum.hr/zakoni/zakon_o_istospolnim_zajednicama.asp, kojim se priznaju određena prava i istopolnim partnerima. Međutim, dok su u ZON-u Hrvatske priznata uzajamna nasledna prava licima različitog pola iz vanbračne zajednice, takva prava za istopolne partnere nisu predviđena. V. čl. 4. Zakona o istospolnim zajednicama Hrvatske. I Francuska je 1999. godine donela Zakon br. 99-994, kojim je regulirana vanbračna kohabitacija heteroseksualnih i istopolnih partnera, kojim zakonom je dopunjen prvi tom Građanskog zakonika Francuske, poglavljem XII, čiji je naziv *Du pacte civil de solidarité et du concubinage – PACS* (Građanski sporazum o solidarnosti i konkubinatu). Konkubinatu je definisan kao zajednica života dva lica istog ili različitog pola, koji žive kao par i čiju zajednicu karakteriše stabilnost i trajnost. V. čl. 515-8 Građanskog zakonika Francuske. Iako su dejstva konkubinata u ovoj zemlji slična braku, vanbračnim heteroseksualnim i istopolnim partnerima ipak nije priznato pravo uzajamnog zakonskog nasleđivanja, osim prava na privremeno stanovanje, koje je uvedeno izmenama Građanskog zakonika Francuske iz 2006. godine. V. čl. 515-6. Građanskog zakonika Francuske.

ima i supružnik ostavioca, razlika između naslednopravnog položaja supružnika i vanbračnog partnera, ipak postoji. Ona se ogleda u tome, da za razliku od supružnika, koji može isključiti iz nasleđivanja sve pretke i pobočne srodnike ostavioca, osim njegovih roditelja, vanbračni partner ostavioca koji je svojstvo zakonskog naslednika stekao po osnovu činjenica nesposobnosti za rad, izdržavanja od strane ostavioca, te zajednice života sa ostaviocem, ne može isključiti iz nasleđivanja nijednog pretka, niti pobočnog srodnika, kao potencijalnog zakonskog naslednika, s tim što bilo kom od njih, može konkurisati u nasleđivanju, deleći sa njima zaostavštinu na jednake delove. S druge strane, vanbračni partner na ovaj način, može naslediti celu zaostavštinu, kao naslednik poslednjeg naslednog reda, pod pretpostavkom nepostojanja nijednog srodnika iz postojećeg kruga potencijalnih naslednika.

Donekle sličan odnos između činjenice srodstva u pravoj ushodnoj i pobočnoj liniji i činjenice braka, postoji i u pravu Švajcarske, kao i u najvećem broju prava zemalja bivše SFRJ – Srbije, Crne Gore, Slovenije i Makedonije, imajući u vidu da u ovoj grupi prava, krug srodnika prave ushodne i pobočne linije koji supružniku mogu konkurisati u nasleđivanju, pored roditelja ostavioca, obuhvata još i svo njihovo potomstvo, pri čemu je zakonski nasledni deo supružnika u konkurenciji sa navedenim srodnicima i u pravima ove grupe zemalja postavljen na visok način, te tako on u svima njima iznosi 1/2 zaostavštine,³⁶ osim u pravu Švajcarske, u kojem supružniku u konkurenciji sa navedenim srodnicima, na ime zakonskog naslednog dela pripada čak 3/4 zaostavštine.³⁷ Dakle, i u ovoj grupi prava, odnos između činjenice srodstva u pravoj ushodnoj i pobočnoj liniji i činjenice braka je koordinirajući, ali ne samo onda kada se supružnik pojavljuje kao naslednik u konkurenciji sa ostaviočevim roditeljima, kao što je to slučaj u pravima prethodno spomenute grupe zemalja, već i onda kada se pojavljuje

³⁶ Preostala 1/2 zaostavštine deli se između ostaviočevih roditelja na jednake delove, dok se svo njihovo potomstvo na nasleđivanje poziva primenom principa reprezentacije, neograničeno. U situaciji kada umrli roditelj ili roditelj, koji iz drugog razloga ne nasleđuje, nema svog potomstva, njegov deo prirašće drugom roditelju, a ukoliko ni on nije živ ili iz drugog razloga ne nasleđuje, naslediće njegovi potomci, primenom principa reprezentacije. V. čl. 12-14. ZON-a Srbije, čl. 13-15. ZON-a Crne Gore, čl. 14-16. ZON-a Slovenije i čl. 16-18. ZON-a Makedonije.

³⁷ V. čl. 462. st. 2. Građanskog zakonika Švajcarske. Preostala 1/4 zaostavštine deli se između ostaviočevih roditelja na jednake delove, dok se svo njihovo potomstvo na nasleđivanje poziva primenom principa reprezentacije, neograničeno. U situaciji kada umrli roditelj ili roditelj koji iz drugog razloga ne nasleđuje, nema svog potomstva, njegov deo prirašće drugom roditelju, a ukoliko ni on nije živ ili iz drugog razloga ne nasleđuje, naslediće njegovi potomci, primenom principa reprezentacije. V. čl. 458. Građanskog zakonika Švajcarske.

u konkurenciji sa određenim brojem pobočnih srodnika ostavioca, odnosno, sa potomcima ostaviočevih roditelja, dok je ovaj odnos isključujući, u situaciji kada bi se kao zakonski naslednici pojavljivali bilo koji ostali srodnici u pravnoj ushodnoj i pobočnoj liniji srodstva, čija srodnička veza u svakom od navedenih prava može biti pravno relevantna prilikom formulisanja pravila zakonskog nasleđivanja.³⁸

Međutim, ovakav naslednopravni položaj spomenutih naslednika, ni u jednom od prethodno navedenih prava zemalja bivše SFRJ, ne predstavlja pravilo od kojeg ne postoji mogućnost odstupanja. Naime, u cilju otklanjanja krutosti i eventualnih nepravdičnosti do kojih može dovesti prethodno izneti način podela zaostavštine, u svima njima postoji mogućnost primene specijalnih pravila zakonskog nasleđivanja u pogledu načina podela zaostavštine između supružnika i roditelja ostavioca, odnosno, njihovog potomstva. Naslednopravne konsekvence postojanja ovih pravila, ogledaju se u mogućnosti poboljšanja naslednopravnog položaja ostaviočevog supružnika u odnosu na naslednopravni položaj ostaviočevih roditelja, odnosno, njihovog potomstva,³⁹ kao i u mogućnosti poboljšanja naslednopravnog položaja ostaviočevih roditelja u odnosu na naslednopravni položaj ostaviočevog supružnika ili eventualno, i u odnosu na naslednopravni položaj drugog roditelja, odnosno njegovog potomstva.⁴⁰ Osim

³⁸ V. čl. 15. ZON-a Srbije, čl. 16. ZON-a Crne Gore, čl. 17. ZON-a Slovenije, čl. 19. ZON-a Makedonije i čl. 462. st. 3. Građanskog zakonika Švajcarske.

³⁹ Naime, u svim ovim zakonodavstvima, prihvaćena je mogućnost povećanja naslednog dela supružnika na teret naslednog dela roditelja i/ili njihovih potomaka, kao naslednika drugog naslednog reda. Osnovni uslov, u izvesnom smislu preduslov povećanja naslednog dela supružnika ostavioca, koji je predviđen u svim analiziranim pravima, osim u pravu Slovenije, ogleda se u nemanju nužnih sredstava za život na strani ovog lica. I ostale okolnosti koje sud ima uzeti u obzir prilikom odlučivanja o celishodnosti ovakvog zahteva, te na osnovu kojih će odrediti na teret delova kojih naslednika i u kom obimu će se sastojati povećanje naslednog dela supružnika, normirane su na isti način i odnose se na imovinsko stanje i sposobnost za privređivanje supružnika i ostalih naslednika, dakle, srodnika ostavioca na teret čijeg naslednog dela treba da dođe do spomenutog povećanja, vrednost zaostavštine, a u pravima Srbije i Crne Gore i na trajanje bračne zajednice. V. čl. 23. st. 1. i 3. ZON-a Srbije, čl. 23. ZON-a Slovenije, čl. 27. ZON-a Makedonije i čl. 24. st. 1. i 3. ZON-a Crne Gore. Opširnije o povećanju naslednog dela supružnika u drugom naslednom redu u pravima Makedonije i Slovenije v. Kiril Čavdar: Komentar na zakonot za nasleđivanje, Skoplje, 1996., str. 61-63.; Karel Zupančič: Dedovanje z uvodnimi pojasnili prof. dr Karla Zupančiča, Ljubljana, 2005., str. 53.

⁴⁰ U svim pravima koja predstavljaju predmet analize, mogućnost povećanja naslednog dela supružnika na račun naslednih delova srodnika drugog naslednog reda, praćena je i mogućnošću smanjenja njegovog naslednog dela, a u korist naslednih delova roditelja ostavioca. Preduslov za ovo povećanje, ogleda se u nemanju nužnih sredstava za život na strani roditelja, pa ukoliko je on ispunjen, te pored njega uzete u obzir i sve druge zakonom propisane okolnosti o kojima treba voditi računa prilikom odlučivanja o

toga, u pravu Srbije, kao rezultat nastojanja sprečavanja nepravične aleatornosti – da nadživeli supružnik ostavioca, koji je bio u kratkotrajnoj zajednici života, dobije onu imovinu koja se sticala u porodici ostavioca, kako naslednopravni položaj roditelja, tako i naslednopravni položaj potomaka roditelja, može biti poboljšan u odnosu na naslednopravni položaj ostaviočevog supružnika.⁴¹ Poboljšanje naslednopravnog položaja roditel-

ovakvom zahtevu, kao što su imovno stanje i sposobnost za privređivanje roditelja, supružnika, te potomaka umrlog roditelja (odnosno, potomaka roditelja koji ne može ili neće da nasledi, u pravu Srbije), vrednost zaostavštine, a u pravima Srbije i Crne Gore, još i dužina trajanja zajednice života između ostavioca i supružnika, sud će odrediti na teret delova kojih naslednika i u kom obimu će se sastojati povećanje naslednog dela roditelja. V. čl. 31. st. 1. i čl. 32. ZON-a Srbije, čl. 24. st. 1. i st.4. ZON-a Slovenije, čl. 28. st. 1. i st. 4. ZON-a Makedonije i čl. 26. st. 1. i st. 5. ZON-a Crne Gore.

Kada se oba roditelja pojavljuju kao naslednici, a zajednica života između njih postoji, roditelji se tretiraju kao jedna celina, tako da se ne može smatrati da je kod njih ispunjen uslov nemanja nužnih sredstava za život, ako ta sredstva postoje makar kod jednog od njih. V. u tom smislu: Borislav T. Blagojević: Nasledno pravo u Jugoslaviji – prava republika i pokrajina, Beograd, 1988., str. 162.; Milan Kreč, Đuro Pavić: Komentar Zakona o nasljeđivanju (sa sudskom praksom), Zagreb, 1964., str. 68-69.; Slobodan Svorcan: „Nasledno-pravni položaj ostaviočevih roditelja u našem pravu“, Pravni život, Beograd, 1998., br. 10., str. 437. Ukoliko je, međutim, zajednica života između roditelja trajno prestala, nezavisno od toga da li samo jedan ili oba roditelja traže povećanje naslednog dela (naime, može se desiti da nijedan od roditelja, između kojih je prestala zajednica života nema nužnih sredstava za život), procena ispunjenosti navedenog uslova, vrši se pojedinačno u odnosu na svakog konkretnog roditelja, koji traži povećanje, pri čemu u slučaju kada samo jedan roditelj traži povećanje naslednog dela, povećanje se može vršiti kako u odnosu na nasledni deo supružnika, tako i u odnosu na nasledni deo drugog ostaviočevog roditelja. Na kraju, u svim ovim pravima, može doći i do smanjenja naslednih delova pobočnih srodnika ostavioca, onda kada je jedan ostaviočev roditelj umro pre ostavioca (odnosno, ukoliko on ne može ili neće da nasledi, u pravu Srbije), a drugi roditelj nema nužnih sredstava za život. U ovom slučaju, povećanje naslednog dela drugog roditelja, može se vršiti kako u odnosu na nasledni deo supružnika, tako i u odnosu na nasledni deo potomaka umrlog ostaviočevog roditelja (odnosno, roditelja koji ne može ili neće da nasledi, u pravu Srbije). V. čl. 31. st. 2-3. ZON-a Srbije, čl. 24. st. 2-3. ZON-a Slovenije, čl. 28. st. 2-3. ZON-a Makedonije i čl. 26. st. 3-4. ZON-a Crne Gore.

⁴¹ V. u tom smislu: Oliver Antić, Slobodan Panov: Nasledno pravo – priručnik za polaganje pravosudnog ispita, Beograd, 2005., str. 127. Naime, prema ZON-u Srbije, svojinski nasledni deo supružnika u drugom naslednom redu može biti smanjen do jedne četvrtine zaostavštine, ukoliko su kumulativno ispunjena dva zakonska uslova: da ostaviočeva nasleđena dobra čine više od polovine njegove posebne imovine, kao i da zajednica života između ostavioca i njegovog supružnika nije trajala duže vremena. V. čl. 26. ZON-a Srbije. Valja napomenuti da, imajući u vidu cilj, koji se želeo postići normiranjem ove ustanove, zahtev za smanjenje naslednog dela supružnika može da postavi samo srodnik iz one loze, iz koje su dobra svojevremeno, putem nasleđa ili poklona, ušla u ostaviočevu zaostavštinu, prema pravilu *materna maternis, paterna paternis* (majčina imovina majčinim srođnicima, očeva imovina očevim srođnicima). V. u tom smislu: Oliver B. Antić, Zoran M. Balinovac: Komentar Zakona o nasljeđivanju, Beograd, 1996.,

lja i supružnika, u pravima Makedonije i Slovenije, realizuje se isključivo povećanjem njihovog svojinskog naslednog dela, a u pravu Crne Gore, bilo povećanjem njihovog svojinskog naslednog dela, bilo ustanovljavanjem lične službenosti plodouživanja u njihovu korist.⁴² U pravu Srbije, način realizacije poboljšanja naslednopravnog položaja naslednika drugog naslednog reda, zavisi od toga, da li do njega dolazi kao rezultat uvažavanja imovinskog stanja supružnika, odnosno roditelja, u kom slučaju se ono realizuje ustanovljavanjem lične službenosti plodouživanja u njihovu korist ili do njega dolazi kao rezultat uvažavanja činjenice vrednosti nasleđenih dobara ostavioca, u kom slučaju se ono realizuje povećanjem svojinskog naslednog dela roditelja, odnosno njihovih potomaka.⁴³ S obzirom na to da se u svim ovim pravima, poboljšanje naslednopravnog položaja roditelja ili supružnika, a u pravu Srbije i poboljšanje naslednopravnog položaja potomaka roditelja, može kretati i do sticanja celokupne zaostavštine u svojinu, to sa aspekta predmeta našeg istraživanja, znači da će u ovakvim situacijama, odnos između činjenice srodstva u pravoj ushodnoj, odnosno pobočnoj liniji i činjenice braka, izgubiti svojstvo koordinirajućeg odnosa, pri čemu će dobiti svojstvo isključujućeg odnosa, kada god se supružnik pojavljuje kao naslednik cele zaostavštine.⁴⁴

U onim od spomenutih prava, u kojima i vanbračna zajednica predstavlja pravno relevantnu činjenicu u formulisanju pravila zakonskog nasleđivanja, što je slučaj u pravu Švajcarske, kada je reč o istopolnoj vanbračnoj zajednici, u pravu Crne Gore, kada je reč o heteroseksualnoj vanbračnoj zajednici, a u pravu Slovenije i kada se radi o heteroseksualnoj i kada se radi o istopolnoj vanbračnoj zajednici, vanbračni partner ostavioca ima identičan naslednopravni položaj, koji u svakom od ovih prava, ima i supružnik ostavioca.⁴⁵

str. 172-173.; Dejan B. Đurđević: „Smanjenje naslednog dela supružnika u drugom naslednom redu do jedne četvrtine“, *Pravni život*, Beograd, 2001., br. 10., str. 158.

⁴² V. čl. 27. st. 1. i čl. 28. st. 1. ZON-a Makedonije, čl. 23. st. 1. i čl. 24. st. 1. ZON-a Slovenije, kao i čl. 24. st. 1-2. i čl. 26. st. 1-2. ZON-a Crne Gore.

⁴³ V. čl. 23. st. 1., čl. 31. st. 1. i čl. 26. st. 1. ZON-a Srbije.

⁴⁴ V. čl. 23. st. 2., čl. 31. st. 4. i čl. 28. st. 1. ZON-a Srbije, čl. 27. st. 1. i čl. 28. st. 1. ZON-a Makedonije, čl. 23. st. 1. i čl. 24. st. 1. ZON-a Slovenije, kao i čl. 24. st. 2. i čl. 26. st. 2. ZON-a Crne Gore.

⁴⁵ U pravu Švajcarske 2004. godine donet je Zakon o registrovanom partnerstvu parova istog pola. Ovaj zakon je stupio na snagu 01.01.2007. godine, a njime su partneri koji su registrovali svoju zajednicu, stekli većinu prava i obaveza koja postoje i između supružnika, a jedno od ovih prava predstavlja i pravo uzajamnog zakonskog nasleđivanja. Naslednopravna dejstva registrovanog partnerstva su inkorporirana u Građanski zakonik Švajcarske. Opširnije o naslednopravnim dejstvima istopolnog partnerstva u pravu Švajcarske videti: Stephan Wolf, Gian Sandro Genna: *Zürcher Kommentar zum Partnerschaftsgesetz*, Zürich-Basel-Genf, 2007., str. 597-628.

U zakonodavstvima pojedinih zemalja germanskog pravnog kruga, krug srodnika prave ushodne i pobočne linije koje supružnik može isključiti iz nasleđivanja još je uži, usled čega je i naslednopravni položaj supružnika u pravima ovih zemalja manje povoljan u odnosu na položaj koji on ima u pravima svih prethodno spomenutih zemalja, s tim što i u ovim zakonodavstvima, u prilog povoljnije naslednopravne pozicije supružnika u odnosu na ovakvu poziciju predaka i pobočnih srodnika koji

U pravu Crne Gore predviđeno je da se kao zakonski naslednik može pojaviti i heteroseksualni vanbračni partner, koji je u zakonskim naslednim pravima izjednačen sa supružnikom, pod pretpostavkom da je vanbračna zajednica trajala duže vreme, te pod uslovom da nisu postojale smetnje za zaključenje punovažnog braka. V. čl. 9. st. 2-3. ZON-a Crne Gore.

U pravu Slovenije predviđeno je da samostalni osnov zakonskog pozivanja na nasleđe predstavlja i trajna zajednica života muškarca i žene, odnosno takva životna zajednica koja je trajala duže vreme, pod uslovom da nema razloga zbog kojih bi njihov brak da su ga zaključili bio nevažeći (odnosno, da u odnosu na takva lica ne postoje bračne smetnje ili zabrane koje bi njihov brak činile nevažećim). V. čl. 10. st. 2. ZON-a Slovenije. Osim toga, u pravu Slovenije je donošenjem Zakona o registraciji istopolne partnerske zajednice iz 2005. godine („Uradni list RS“, br. 65/2005), tekst zakona videti na internet adresi: <http://www.uradni-list.si/1/content?id=56999#/> Zakon-o-registraciji-istopolne-partnerske-skupnosti-(ZRIPS), došlo do priznavanja zakonskih naslednih prava istopolnom vanbračnom partneru, koje međutim, nije značilo i njegovo izjednačenje u naslednim pravima sa supružnikom, kao ni sa heteroseksualnim vanbračnim partnerom, s obzirom na to da istopolni vanbračni partner nije mogao konkurisati srođnicima u nasleđivanju celokupne imovine umrlog partnera, već samo na delu zajedničke imovine umrlog partnera, pri čemu su posebnu imovinu umrlog partnera mogli nasleđivati samo njegovi srođnici. V. čl. 22. Zakona o registraciji istopolne partnerske zajednice. Ovaj zakon, kada je reč o istopolnom vanbračnom partneru, nije upućivao ni na primenu odredaba Zakona o nasleđivanju Slovenije, kojima su normirane mogućnosti povećanja, odnosno smanjenja naslednih delova naslednika prvog ili drugog naslednog reda. Međutim, Odlukom Ustavnog suda Slovenije U-I-425/06-10 iz 2009. godine (internet adresa: <http://www.uradni-list.si/1/content?id=93249#/> Odlomba-ogotovitvi-da-je-22-clen-Zakona-o-registraciji-istopolne-partnerske-skupnosti-v-neskladju-z-Ustavom), odgovarajuće odredbe Zakona o registraciji istopolne partnerske zajednice, kojima je bilo regulisano nasleđivanje između istopolnih partnera, proglašene su neustavnim, uz obrazloženje da se njima pravi diskriminacija u nasleđivanju istopolnih partnera u odnosu na supružnike, odnosno heteroseksualne vanbračne partnere. Usled toga, nakon navedene odluke, u pogledu nasleđivanja između istopolnih partnera iz registrovanih zajednica, važe ista ona pravila koja se primenjuju i u pogledu nasleđivanja između supružnika, odnosno heteroseksualnih vanbračnih partnera, prema Zakonu o nasleđivanju ove zemlje. Naposljetku, napomenućemo da je u pravu ove zemlje, Odlukom Ustavnog suda Slovenije U-I-212/10-15 iz 2013. godine (internet adresa: <http://odlocitve.us-rs.si/ursr/us-odl.nsf/o/FC62EF78571FE59EC1257B4800408D62>), spomenuta odredba Zakona o nasleđivanju, kojom je pravo nasleđivanja omogućeno isključivo heteroseksualnim vanbračnim partnerima iz faktičkih vanbračnih zajednica, proglašena neustavnom, uz obrazloženje, da se njome, na ovakav način, pravi diskriminacija u nasleđivanju istopolnih vanbračnih partnera iz faktičkih zajednica, i to, isključivo po osnovu seksualne orijentacije. Stoga, nakon navedene odluke, i u pogledu nasleđivanja između istopolnih partnera iz neregistrovanih zajednica, važe ista ona pravila koja se primenjuju i u pogledu nasleđivanja između heteroseksualnih vanbračnih partnera, prema Zakonu o nasleđivanju ove zemlje.

mu mogu konkurisati u nasleđivanju, govori visina njegovog zakonskog naslednog dela. Tako, u pravu Austrije, krug srodnika koji supružniku ili istopolnom vanbračnom partneru⁴⁶ mogu konkurisati u nasleđivanju, obuhvata roditelje i njihove prvostepene potomke, kao i dede i babe ostavioca, u konkurenciji sa kojima on ima pravo da nasledi 2/3 zaostavštine. Pritom, od reforme iz 2004. godine, u slučaju postojanja konkurencije nadživelog supružnika jednom roditelju i braći i sestrama, ili samo braći i sestrama, koji pobočni srodnici iz određenih razloga ne nasleđuju, deo koji bi primenom principa reprezentacije, prema ranije važećim naslednopravnim propisima, nasledili potomci brata ili sestre, pripašće supružniku, odnosno istopolnom vanbračnom partneru ostavioca.⁴⁷ Ovo u krajnjim konsekvencama, znači da se granica nasleđivanja za pobočne srodnike, kao naslednike drugog naslednog reda, u slučaju postojanja supružnika, odnosno istopolnog vanbračnog partnera, utvrđuje uz isključivanje potomaka braće i sestara.⁴⁸ U pravu Nemačke, ovaj krug obuhvata roditelje i sve njihove potomke, kao i dede i babe ostavioca, u konkurenciji sa kojima, supružnik, odnosno istopolni vanbračni partner,⁴⁹ ima pravo da nasledi 1/2 zaostavštine.⁵⁰ U prilog tvrdnje da je naslednopravna pozicija su-

⁴⁶ U pravu Austrije, počev od 1. januara 2010. godine, ostaviočevom istopolnom vanbračnom partneru iz registrovanog partnerstva, priznata su ista ona nasledna prava koja su u pravu ove zemlje priznata i ostaviočevom supružniku. V. § 537 a Građanskog zakonika Austrije.

⁴⁷ Tako, prema važećim naslednopravnim propisima Austrije, ukoliko su ostavioca nadživeli supružnik, majka i sestra od ranije umrle sestre, supružniku će pripasti pravo na 2/3 zaostavštine, majci pravo na 1/6 zaostavštine, dok preostala 1/6 zaostavštine neće pripasti sestriću, već takođe supružniku ostavioca. Primer preuzet iz: V. Helmut Koziol, Rudolf Welser: *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, Band II, Erbrecht, Wien, 2007., str. 471.

⁴⁸ Ostatak zaostavštine, koji po pravilu iznosi 1/3 zaostavštine, deliće se na jednake delove između roditelja, odnosno braće i sestara ostavioca, po pravu reprezentacije. V. § 757. st. 1. u vezi sa § 735. Građanskog zakonika Austrije.

⁴⁹ U pravu Nemačke, prema Zakonu o registrovanom životnom partnerstvu, koji je stupio na snagu 01.08.2001. godine (tekst zakona videti na internet adresi: <http://www.gesetze-im-internet.de/lpartg/index.html>), istopolni vanbračni partner uživa pravo zakonskog nasleđivanja koje sadržinski odgovara pravu nasleđivanja koje postoji između supružnika. V. § 10. st. 1-2. Zakona o registrovanom životnom partnerstvu Nemačke.

⁵⁰ V. § 1931. st. 1. Građanskog zakonika Nemačke. Preostala 1/2 zaostavštine, ukoliko supružniku, odnosno, istopolnom vanbračnom partneru konkurišu naslednici drugog naslednog reda, deli se između roditelja ostavioca na jednake delove, dok se svo njihovo potomstvo na nasleđivanje poziva primenom principa reprezentacije, neograničeno, pri čemu u situaciji kada umrla roditelj ili roditelj koji iz drugog razloga ne nasleđuje, nema svog potomstva, njegov deo prirasta drugom roditelju, a ukoliko ni on nije živ, nasleđuju

pružnika i u spomenitim pravima povoljnija od ovakve pozicije konkurišućih mu srodnika, govori i činjenica da supružniku, odnosno istopolnom vanbračnom partneru u konkurenciji sa dedama i babama ostavioca i potomcima prethodno umrlih deda i baba, pripada i deo koji bi, primenom principa reprezentacije, trebao da pripadne potomcima prethodno umrlih deda i baba.⁵¹ Dakle, granica nasleđivanja za srodnike, u slučaju postojanja supružnika, utvrđuje se uz isključivanje potomaka deda i baba, s obzirom na to da u pravima ovih zemalja, ne postoji mogućnost konkurisanja u nasleđivanju supružniku od strane pobočnih srodnika ostavioca, kao naslednika trećeg zakonskog naslednog reda. Usled ovakvog načina regulisanja, kako u pravu Austrije, tako i u pravu Nemačke, naslednopravni položaj nadživelog supružnika će biti povoljniji u situaciji kada su ostavioca pored nekih deda i baba nadživeli i potomci umrlih deda i baba, dok će u suprotnom, odnosno, onda kada ovakvih potomaka nema, nasledni deo umrlog dede ili babe prirasti naslednom delu drugog odgovarajućeg rodonačelnika iz iste loze (ili eventualno rodonačelnicima druge loze) ovog naslednog reda.⁵² Naposletku, u pravu Nemačke, nasledni deo supružnika, odnosno istopolnog vanbračnog partnera, u određenim situacijama, može biti čak i veći od spomenutog. Tako, u slučaju režima zajednice tekovine, kao zakonskog imovinskog režima u ovom pravu, zakonski nasledni deo supružnika, odnosno istopolnog vanbračnog partnera, u konkurenciji sa spomenutim srodnicima, iznosi čak 3/4 zaostavštine.⁵³ Iz svega

njegovi potomci, primenom principa reprezentacije. V. § 1925. st. 1-3. Građanskog zakonika Nemačke.

⁵¹ V. § 1931. st. 1. Građanskog zakonika Nemačke i § 757. st. 1. Građanskog zakonika Austrije. Ukoliko supružniku, odnosno istopolnom vanbračnom partneru na naslede konkurišu naslednici trećeg naslednog reda, ostatak zaostavštine, koji u pravu Nemačke, po pravilu, iznosi 1/2 zaostavštine, a u pravu Austrije, 1/3 zaostavštine (ukoliko, dakle, nije došlo do primene gore navedenog pravila, prema kojem supružniku u slučaju postojanja deda i baba ostavioca i potomaka prethodno umrlih deda i baba, pripada i deo koji bi primenom principa reprezentacije trebao da pripadne potomcima prethodno umrlih deda i baba) se deli na dva dela – jedna polovina od toga pripada dedama i babama u očevoj lozi, dok druga polovina od tog dela pripada dedama i babama u majčinoj lozi. V. § 1926. st. 1-2. Građanskog zakonika Nemačke i § 738. Građanskog zakonika Austrije.

⁵² V. Dieter Leipold: *Erbrecht*, Tübingen, 2002., str. 54-55. O obimu naslednih prava nadživelog supružnika u konkurenciji sa srodnicima ostavioca u pravu Nemačke, videti opširnije: Horst Bartholomeyczik, Wilfried Schlüter: *Erbrecht*, München, 1975., str. 67-69.

⁵³ Naime, pri postojanju zajednice tekovine, kao zakonskog imovinskog režima supružnika, koji se u pravu Nemačke primenjuje u slučaju kada supružnici nisu bračnim ugovorom predvideli drugačiji režim (v. § 1363. st. 1. Građanskog zakonika Nemačke), naslednopravne konsekvence su drugačije. Zakonska regulativa zajednice tekovine polazi od pretpostavke da povećanje imovine koje postigne jedan od supružnika, koji privređuje

napred navedenog, proizlazi da je u pravu Nemačke, odnos između činjenice braka, odnosno istopolne vanbračne zajednice, s jedne strane i činjenice srodstva u pravoj ushodnoj i pobočnoj liniji, s druge strane, koordinirajući, kada god se supružnik, odnosno istopolni vanbračni partner, nalazi u konkurenciji sa ostaviočevim roditeljima, odnosno njihovim potomcima ili u konkurenciji sa ostaviočevim dedama i babama, dok je ovaj odnos isključujući, u situaciji kada bi se kao zakonski naslednici pojavljivali bilo koji ostali srodnici prave ushodne, odnosno pobočne linije, dok je pravu Austrije, odnos između navedenih činjenica koordinirajući, onda kada se supružnik pojavljuje kao naslednik u konkurenciji sa ostaviočevim roditeljima, odnosno njihovim prvostepenim potomcima ili u konkurenciji sa ostaviočevim dedama i babama, dok je ovaj odnos isključujući, u situaciji kada bi se kao zakonski naslednici pojavljivali bilo koji drugi pobočni srodnici, koji ulaze u krug potencijalnih zakonskih naslednika u pravu ove zemlje, kao i u situaciji kada bi se kao zakonski naslednici pojavljivali pradede i prababe.⁵⁴

za vreme trajanja braka, direktno zavisi i od doprinosa drugog supružnika (npr. onog koji nije zaposlen, ali vodi zajedničko domaćinstvo). Dejstvo navedene pretpostavke dolazi do izražaja tek nakon prestanka braka, kada treba da dođe do izjednačenja vrednosti tekovine supružnika, u smislu utvrđivanja visine doprinosa svakog od supružnika istoj (v. § 1363. st. 2. Građanskog zakonika Nemačke). Međutim, u slučaju kada je brak prestao smrću jednog od supružnika, pravo Nemačke ne polazi od osnovnog principa bračne tekovine, s obzirom na to da se izjednačenje vrednosti tekovine u ovom slučaju ne vrši putem izračunavanja doprinosa svakog od supružnika i dodeljivanjem prava na postavljanje zahteva za izjednačenje vrednosti, već usleđuje na automatski način, koji podrazumeva da se nasledni deo nadživelog supružnika povećava za 1/4, koji deo, dakle, prirasta već postojećem naslednom delu supružnika (koji se razlikuje u zavisnosti od toga sa kojim srođnicima on konkuriše na nasleđe), a usled čega dolazi do istovremenog smanjenja naslednog dela srođnika, konkretno, onih koji su pozvani sa supružnikom na nasleđivanje. V. § 1371. st. 1. Građanskog zakonika Nemačke. Ovo znači da će se između izmedu roditelja ostavio-ca (ili njihovih potomaka) ili između deda i baba ostavio-ca (u zavisnosti od toga ko od njih konkuriše supružniku na nasleđivanje), deliti 1/4 zaostavštine, s obzirom na to da će supružniku, odnosno istopolnom vanbračnom partneru, u ovakvom slučaju, a primenom gore spomenutih pravila, pripasti 3/4 zaostavštine u svojinu. Opširnije o režimu zajednice tekovine, kao zakonskom imovinskom režimu u pravu Nemačke videti: Gordana Kovaček-Stanić: *Uporedno porodično pravo*, Novi Sad, 2002., str. 57-59. U teoriji se ističe da navedeno povećanje zakonskog naslednog dela supružnika ne predstavlja imovinskopravni, već samostalni naslednopravni način sticanja, koji je određen imovinskopravnim motivima. U tom smislu v: Horst Bartholomeyczik, Wilfried Schlüter: op. cit., str. 70.

⁵⁴ V. § 1931. st. 2. Građanskog zakonika Nemačke i § 757. st. 1. Građanskog zakonika Austrije.

Još širi krug srodnika, supružniku ostavioca mogu konkurisati u nasleđivanju u pravima Italije i Bugarske, s obzirom na to, da ovaj krug u navedenim pravima, od srodnika u pravoj ushodnoj liniji obuhvata bilo kog pretka, a od pobočnih srodnika braću i sestre, kao i svo njihovo potomstvo. Dakle, odnos između činjenica srodstva i braka, u ovim pravima je koordinirajući, kada god se radi o srodstvu u pravoj ushodnoj liniji, dok kada se radi o srodstvu u pobočnoj liniji, ovaj odnos može biti kako koordinirajući, tako i isključujući, u zavisnosti od toga o kojim pobočnim srodnicima se radi, te je tako on u oba prava koordinirajući, samo onda kada na nasleđe konkurišu braća i sestre i njihovi potomci, odnosno, isključujući, kada bi se kao zakonski naslednici pojavljivali bilo koji drugi pobočni srodnici koji ulaze u krug potencijalnih zakonskih naslednika u pravima ovih zemalja.⁵⁵ Iako je krug srodnika koje supružnik ostavioca može isključiti iz nasleđivanja u pravima ovih zemalja znatno uži u odnosu na krug srodnika koje on može isključiti iz nasleđivanja u pravima svih prethodno spomenutih zemalja, obim naslednopravnih ovlašćenja supružnika i u ovim pravima, govori u prilog njegove povoljnije naslednopravne pozicije od ovakve pozicije konkurišućih mu srodnika. Ovo naročito dolazi do izražaja u pravu Italije, u kojem nasledni deo supružnika uvek iznosi 2/3 zaostavštine, kako onda kada mu na nasleđe konkurišu samo preci (preciznije, oni od njih, koji se u konkretnom slučaju pozivaju na nasleđivanje), odnosno, samo spomenuti pobočni srodnici, tako i onda kada mu na nasleđe istovremeno konkurišu i preci i pobočni srodnici.⁵⁶ Sličan naslednopravni položaj, supružnik kao zakonski naslednik,

⁵⁵ V. čl. 583. Građanskog zakonika Italije i čl. 9. al. 3. Zakona o nasleđivanju Bugarske.

⁵⁶ Tako će u situaciji, kada iza ostavioca nisu ostali njegova braća i sestre, niti njihovi potomci, preostala 1/3 zaostavštine pripasti roditeljima na jednake delove (ili jedinom nadživlom roditelju), odnosno, u slučaju nepostojanja roditelja, ostaviočevim daljim precima, koja će se između ovih predaka deliti na način prema kojem će jedna polovina od ovog dela zaostavštine, pripasti precima po očevoj liniji, a druga polovina, precima po majčinoj liniji, s tim što će u situaciji kada preci nisu istog stepena, preostali deo zaostavštine pripasti najbližem od njih, bez obzira na liniju. V. čl. 582. u vezi sa čl. 568-569. Građanskog zakonika Italije. Ukoliko iza ostavioca nisu ostali niti njegovi roditelji, niti drugi preci, preostala 1/3 zaostavštine će se deliti između ostaviočevih braće i sestara i polubraće i polusestara (s tim što polubraći i polusestrama, na ime naslednog dela, pripada polovina od onog što na ime naslednog dela pripada rođenoj braći i sestrama), odnosno njihovih potomaka, primenom principa reprezentacije. V. čl. 582. u vezi sa čl. 570. i čl. 468. st. 1. Građanskog zakonika Italije. Na kraju, ukoliko su ostavioca nadživeli i roditelji (ili dalji preci) i braća i sestre, odnosno, polubraća i polusestre, preostala 1/3 zaostavštine će se deliti, bilo između roditelja i braće i sestara i polubraće i polusestara, bilo između

može imati i u pravu Bugarske, pri čemu deo zaostavštine, koji njemu na ime naslednog dela može pripasti u pravu ove zemlje, direktno zavisi, kako od kategorije srodnika sa kojima on u konkretnom slučaju nasleđuje, tako i od dužine trajanja braka sa ostaviocem, te se u zavisnosti od toga može kretati u rasponu od 1/3 do 2/3 zaostavštine. Tako, u situaciji kada supružnik nasleđuje sa roditeljima, kao naslednicima drugog naslednog reda, kao i kada nasleđuje sa bilo kojim daljim precima ili sa braćom i sestrama, odnosno sa potomcima braće i sestara, kao naslednicima trećeg naslednog reda (dakle, ne sa svima njima, već samo sa jednom od navedenih kategorija srodnika), nadživelom supružniku će na ime naslednog dela pripasti 1/2 zaostavštine, ako je do otvaranja nasleđa došlo pre navršenih deset godina od sklopljenog braka. Naslednopravni položaj supružnika će biti još povoljniji, onda kada je do otvaranja nasleđa došlo posle navršenih deset godina braka, s obzirom na to, da će supružniku u ovakvom slučaju, na ime naslednog dela pripasti 2/3 zaostavštine.⁵⁷ Međutim, spomenuta činjenica

daljih predaka i braće i sestara i polubraće i polusestara i to na način, na koji se u ovom pravu, cela zaostavština deli između spomenutih srodnika, u slučaju nepostojanja konkurencije supružnika (u smislu čl. 571. st. 1. i st. 3. Građanskog zakonika Italije, kojim je predviđeno da će se zaostavština između oba roditelja ili samo jednog od njih i braće i sestara ostavioca, deliti na jednake delove, uz jedno ograničenje, prema kojem deo koji nasleđuju oba roditelja ili jedan od njih, ne sme iznositi manje od polovine zaostavštine, dok će u situaciji kada nijedan od roditelja ne može ili neće da nasledi, daljim precima ostavioca u konkurenciji sa braćom i sestrama, pripasti udeo, koji bi pripao jednom od roditelja u nedostatku drugog roditelja, čija podela će se vršiti na način koji je zakonskim propisima ove države inače predviđen u pogledu raspodele zaostavštine između predaka), s tim što u svakom slučaju, udeo koji nasleđuju preci ne sme iznositi manje od četvrtine zaostavštine. V. čl. 582. u vezi sa čl. 571. Građanskog zakonika Italije. Opširnije o zakonskim naslednim pravima srodnika i supružnika u pravu Italije v. Franco Salerno Cardillo: *International succession* (ed. Louis Garb), Published by Kluwer Law International, 2004., str. 357-359.

⁵⁷ Preostala 1/2, odnosno 1/3 zaostavštine, deliće se između roditelja ostavioca, kao naslednika drugog naslednog reda na jednake delove ili će pripasti u celosti jedinom nadživelom roditelju. V. čl. 9. al. 2. u vezi sa čl. 6. Zakona o nasleđivanju Bugarske. Ukoliko iza ostavioca nisu ostali roditelji, već samo rođena braća i sestre i njihovi potomci, kao grupa naslednika trećeg naslednog reda, braća i sestre nasleđivaće na jednake delove spomenuti ostatak zaostavštine, a njihovi potomci, po pravu reprezentacije, a isti je slučaj i kada su ostavioca nadživeli samo polubraća i polusestre, odnosno, njihovi potomci, s obzirom na to, da će se ostatak zaostavštine i u ovom slučaju deliti na jednake delove, dok će potomci polubraće i polusestara nasleđivati, po pravu reprezentacije. Međutim, kada su ostavioca nadživeli i rođena braća i sestre i polubraća i polusestre, onda će polubraći i polusestrama na ime naslednog dela pripasti 1/2 od onog naslednog dela koji pripada rođenoj braći i sestrama. V. čl. 9. al. 2. u vezi sa čl. 8. al. 1. i 3. Zakona o nasleđivanju Bugarske. Kada su iza ostavioca ostali samo naslednici u pravoj ushodnoj liniji srodstva drugog stepena ili daljih stepena (babe i dede, pradede i prababe itd.), kao grupa

povoljnijeg naslednopravnog položaja supružnika od ovakvog položaja srodnika, ne mora predstavljati pravilo u situaciji kada nadživelim supružniku istovremeno konkurišu i srodnici u pravoj ushodnoj liniji srodstva (od drugog stepena pa nadalje) i braća i sestre (ili njihovi potomci), kao naslednici trećeg naslednog reda (dakle, svi oni zajedno), u kom slučaju će samo u situaciji kada je brak trajao duže od 10 godina, naslednopravni položaj supružnika biti bolji od položaja srodnika, s obzirom na to, da će u ovom slučaju supružniku pripasti 1/2 zaostavštine. Ukoliko je, međutim, brak ostavioca i nadživelog supružnika trajao kraće od 10 godina, naslednopravni položaj srodnika će biti bolji od ovakvog položaja supružnika, s obzirom na to, da će u ovom slučaju supružniku na ime naslednog dela pripasti 1/3 zaostavštine.⁵⁸

4. Pridavanje većeg naslednopravnog značaja činjenici srodstva u pravoj ushodnoj i pobočnoj liniji u odnosu na činjenicu braka, odnosno vanbračne zajednice

U manjem broju savremenih pravnih poredaka Evrope, uzimajući u obzir celinu naslednopravnih propisa u njima, naslednopravna pozicija supružnika ili nije povoljnija u odnosu na ovakvu poziciju predaka, odnosno pobočnih srodnika ostavioca, ili to, barem, ne mora uvek biti.

Ovo je najpre slučaj u pravu Španije, u kojem je značaj činjenice da supružnik (različitog ili istog pola)⁵⁹ ostavioca može isključiti iz nasleđivanja bilo kog pobočnog srodnika ostavioca, kao potencijalnog zakonskog naslednika u pravu ove zemlje,⁶⁰ u značajnoj meri umanjen činjenicom da on

naslednika trećeg naslednog reda, spomenuti ostatak zaostavštine na jednake delove nasleđivače najpre oni, koji se sa ostaviocem nalaze u bližem stepenu srodstva. V. čl. 9. al. 2. u vezi sa čl. 7. Zakona o nasleđivanju Bugarske. O praktičnim konsekvencama ovakvog načina regulisanja zakonskih naslednih prava srodnika i supružnika v. Hristo Tasev: Българско наследствено право, София, 1993., str. 51-52.

⁵⁸ Od preostale 1/2, odnosno od preostale 2/3 zaostavštine, 2/3 u jednakim delovima pripašće braći i sestrama, odnosno njihovim potomcima, po pravu reprezentacije, a 1/3 u jednakim delovima precima. V. čl. 9. al. 2. u vezi sa čl. 8. al. 2. Zakona o nasleđivanju Bugarske. Opširnije o zakonskim naslednim pravima supružnika v. Aleksandar G. Conov: Komentar po Zakona za nasledstvoto, София, 1993., str. 26-29.; Gospodin Gospodinov: Nasledstvoto i delbata mu, София, 1995., str. 26-28.

⁵⁹ U Španiji je Zakonom o izmenama građanskog zakonika iz 2005. godine, dozvoljeno zaključenje braka i licima istog pola, sa svim i jednakim pravima i obavezama, u skladu sa čim su efekti braka jedinstveni i u oblasti zakonskih naslednih prava, nezavisno od pola supružnika. V. Zakon 13/2005 od 1. jula 2005. godine, kojim se menja Građanski zakonik Španije iz 1889. godine u oblasti prava na sklapanje braka, Državni službeni list br. 157, 11364, sa obrazloženjem.

⁶⁰ V. čl. 944. Građanskog zakonika Španije.

ne može isključiti iz nasleđivanja nijednog pretka ostavioca, u konkurenciji sa kojima mu, uz to, na ime naslednopravnih ovlašćenja može pripasti isključivo pravo doživotnog plodouživanja na 1/2 zaostavštine.⁶¹

Još nepovoljniji naslednopravni položaj, supružnik kao zakonski naslednik, može imati u pravu Belgije, ukoliko se između supružnika (heteroseksualnih ili istopolnih)⁶² primenjivao režim odvojenosti imovina, imajući u vidu činjenicu da supružniku, u ovakvom slučaju, u konkurenciji sa bilo kojim srodnikom, dakle, ne samo u konkurenciji sa bilo kojim pretkom, kao što je to slučaj u pravu Španije, već i u konkurenciji sa bilo kojim pobočnim srodnikom koji ulazi u krug potencijalnih zakonskih naslednika, pripada isključivo pravo doživotnog plodouživanja na celoj zaostavštini. Naslednopravni položaj supružnika, u pravu ove zemlje, generalno posmatrano je povoljniji, ukoliko se kao zakonski imovinski režim primenjivao režim zajedničke imovine, u kom slučaju je odnos između činjenice srodstva u pravoj ushodnoj i pobočnoj liniji i činjenice braka koordinirajući, imajući u vidu da srodnici ostavioca u ovakvom slučaju nasleđuju posebnu imovinu ostavioca, dok supružnik ostavioca nasleđuje udeo ostavioca u zajedničkoj imovini (dakle, nadživeli supružnik stiče puno pravo svojine nad celom zajedničkom imovinom, od koje, jednu polovinu stiče primenom bračnog imovinskog prava, a drugu polovinu primenom pravila zakonskog nasleđivanja), pri čemu mu, uz to, pripada i pravo plodouživanja na posebnoj imovini ostavioca.⁶³

⁶¹ V. čl. 837. Građanskog zakonika Španije. Dakle, u pravu ove zemlje svi preci mogu konkurisati supružniku u nasleđivanju, i to najpre roditelji ostavioca, između kojih se zaostavština deli na jednake delove, pri čemu u slučaju, kada je ostavioca nadživio samo jedan roditelj, istom na ime nasleđa pripada cela zaostavština. Ako ostavioca nisu nadživeli roditelji, na nasleđe se pozivaju ostaviočevi dalji najbliži preci, pri čemu se zaostavština deli na dve polovine, ukoliko postoje preci istog stepena srodstva iz obe loze. U okviru jedne loze, zaostavština se između predaka istog stepena deli na jednake delove. V. čl. 936-941. Građanskog zakonika Španije.

⁶² U Belgiji je Zakonom, koji je stupio na snagu 30. januara 2003. godine, a koji je inkorporiran u Građanski zakonik Belgije, legalizovan brak između dva lica istog pola, na koji način su supružnici istog pola stekli uzajamno pravo na nasleđivanje, na isti onaj način na koji se nasleđivanje u ovoj zemlji, ostvaruje i između supružnika različitog pola.

⁶³ V. čl. 745. bis § 1. st. 2. Građanskog zakonika Belgije. Imajući u vidu činjenicu da u pravu Belgije, svi preci i pobočni srodnici, koji ulaze u krug potencijalnih zakonskih naslednika, mogu konkurisati supružniku u nasleđivanju, u daljim izlaganjima biće izložene osnovne karakteristike naslednopravnog položaja navedenih srodnika.

U slučaju kada iza ostavioca nisu ostali privilegovani pobočni srodnici, odnosno njegova braća i sestre ili njihovi potomci, dakle, ukoliko na nasleđe konkurišu samo ostaviočevi roditelji, kao privilegovani preci, zaostavština će se deliti između roditelja na jednake delove. V. čl. 746. Građanskog zakonika Belgije. Ukoliko je iza ostavioca ostao samo jedan roditelj, drugu polovinu zaostavštine će naslediti najbliži srodnici

Iz prethodno navedenog proizlazi da je u slučaju postojanja režima odvojenosti imovina, odnos između činjenice srodstva u pravoj us-

prave ushodne linije srodstva iz druge loze, s tim što će ukoliko ni njih nema, ovaj deo zaostavštine pripasti pobočnim srodnici iz druge loze. Naslednopravni položaj nadživelog roditelja, u ovom slučaju, poboljšan je korektivnim pravilom, prema kojem će njemu, pored 1/2 zaostavštine koju stiže u svojinu, pripasti i pravo plodouživanja na 1/3 zaostavštine, koju nasleđuju srodnici iz druge loze. V. čl. 753-754. Građanskog zakonika Belgije.

U slučaju kada iza ostavioca nisu ostali roditelji, kao privilegovani preci, cela zaostavština će se deliti između braće i sestara (odnosno, u skladu sa čl. 742. Građanskog zakonika Belgije, između njihovih potomaka po principu reprezentacije), kao privilegovanih pobočnih srodnika, što znači da privilegovani pobočni srodnici isključuju iz nasleđivanja ostale naslednike, koji se sa ostaviocem nalaze u pravoj ushodnoj ili pobočnoj liniji srodstva (neprivilegovane pretke i neprivilegovane pobočne srodnike). V. čl. 750. st. 1. Građanskog zakonika Belgije. Polubraća i polusestre po ocu ili majci nasleđuju samo očev, odnosno majčin deo. V. čl. 752. Građanskog zakonika Belgije.

U slučaju kada na nasleđe istovremeno konkurišu roditelji ostavioca, s jedne strane, i braća i sestre, s druge strane, roditeljima će na ime nasleđivanja pripasti ukupno 1/2 zaostavštine, koja će se deliti na jednake delove između njih, dok će braća i sestre, odnosno njihovi potomci, po pravu reprezentacije, deliti drugu polovinu zaostavštine. V. čl. 748. Građanskog zakonika Belgije. Ukoliko je ostavioca nadživio samo jedan roditelj, istom će pripasti jedna četvrtina zaostavštine, dok će deo koji je trebao da pripadne drugom umrlom roditelju, pripasti braći i sestrama, odnosno njihovim potomcima, po pravu reprezentacije, kojima će stoga, u ovom slučaju, pripasti tri četvrtine zaostavštine. V. čl. 751. Građanskog zakonika Belgije.

Kada ostavioca nisu nadživeli ni roditelji, niti braća i sestre, niti njihovi potomci, zaostavština će pripasti ostalim srodnici u pravoj ushodnoj liniji, a delići se na pola između srodnika iz očeve i srodnika iz majčine loze. V. čl. 746. st. 1. Građanskog zakonika Belgije. U svakoj lozi nasleđivaće srodnik u ushodnoj liniji koji se nalazi u najbližem stepenu srodstva, isključujući svakog drugog, a jedino ukoliko ima predaka koji su istog stepena srodstva, oni će nasleđivati na jednake delove. V. čl. 746. st. 2-3. Građanskog zakonika Belgije. Ukoliko nema predaka iz jedne loze, zaostavština neće pripasti precima iz druge loze, već najbližim običnim pobočnim srodnici iz konkretne loze u kojoj nije ostao nijedan predak ostavioca. V. čl. 753. st. 1. Građanskog zakonika Belgije.

Naposletku, kada iza ostavioca ni u jednoj lozi nije ostao nijedan predak, zaostavštinu će nasleđivati neprivilegovani pobočni srodnici ostavioca, dakle, oni koji nisu braća i sestre ili njihovi potomci, uz postojanje ograničenja u pogledu mogućnosti pozivanja na nasleđivanje ovih srodnika. Tako se pobočni srodnici ne mogu pozivati na nasleđe ukoliko su udaljeniji od četvrtog stepena pobočnog krvnog srodstva. V. čl. 753. i čl. 755. st. 1. Građanskog zakonika Belgije. Zaostavština će se deliti na takav način, prema kojem će pobočni srodnici iz očeve loze i pobočni srodnici iz majčine loze dobiti po polovinu zaostavštine. U svakoj lozi će naslediti onaj pobočni srodnik koji se nalazi u najbližem stepenu srodstva, isključujući svakog drugog, a ukoliko se pobočni srodnici nalaze u istom stepenu srodstva, nasleđivaće na jednake delove. Tek ukoliko u jednoj lozi nema pobočnih srodnika, pobočni srodnici iz druge loze nasleđuju celu zaostavštinu. V. čl. 733. st. 1., čl. 742., čl. 753. st. 2. i čl. 755. st. 2. Građanskog zakonika Belgije.

hodnoj i pobočnoj liniji i činjenice braka supsidirajući, s obzirom na to, da supružnik ostavioca u ovom slučaju, može naslediti celu zaostavštinu u svojinu samo onda kada iza ostavioca nije ostao nijedan njegov srodnik iz kruga potencijalnih zakonskih naslednika, dok u slučaju postojanja režima zajedničke imovine, supružnik može naslediti celu zaostavštinu onda kada iza ostavioca nije ostao nijedan njegov srodnik iz kruga potencijalnih zakonskih naslednika, ili eventualno, u slučaju kada je zaostavštinu činio samo udeo ostavioca u zajedničkoj imovini.⁶⁴ Međutim, treba istaći da spomenuta pravila zakonskog nasleđivanja koja se primenjuju u slučaju postojanja režima zajedničke imovine, ne moraju nužno značiti da će naslednopravni položaj supružnika, u krajnjim konsekvencama, uvek biti od povoljniji od ovakvog položaja predaka i pobočnih srodnika ostavioca, s obzirom na to, da će naslednopravni položaj bilo kog naslednika, kako srodnika, tako i supružnika, u svakom konkretnom slučaju biti u velikoj meri, uslovljen postojanjem i vrednošću udela ostavioca u zajedničkoj imovini, kao i postojanjem i vrednošću njegove posebne imovine.⁶⁵ Za razliku od supružnika, vanbračnom partneru ostavioca u pravu Belgije, u konkurenciji sa srodnicima prave ushodne ili pobočne linije, ne može pripasti nijedan deo zaostavštine u svojinu, već samo pravo doživotnog plodouživanja, koje pritom, ne može egzistirati na celoj zaostavštini, već isključivo nad nepokretnošću koja je tokom zajedničkog života predstavljala zajedničko prebivalište, kao i nad pokuštvom kojim je ova nepokretnost opremljena.⁶⁶

⁶⁴ V. čl. 745. *bis* § 1. st. 3. Građanskog zakonika Belgije.

⁶⁵ Tako će, ukoliko ostavilac nije imao posebnu imovinu, već samo udeo u zajedničkoj imovini, na koji, u slučaju postojanja nadživelog supružnika, nijedan od ostaviočevih srodnika u pravoj ushodnoj i pobočnoj liniji nema zakonsko nasledno pravo, naslednopravni položaj supružnika evidentno, biti izuzetno povoljan. Ukoliko je ostavilac, međutim, posedovao posebnu imovinu, naročito kada je ona znatno veće vrednosti u odnosu na vrednost zajedničke imovine, naslednopravni položaj supružnika će biti nepovoljniji, jer će steći pravo svojine na manjem delu zaostavštine, pri čemu će mu na većem delu zaostavštine pripasti isključivo pravo plodouživanja, s obzirom na to da će pravo svojine na njemu steći bilo koji srodnik prave ushodne linije, odnosno, bilo koji pobočni srodnik ostavioca, kao potencijalni zakonski naslednik, a koji je u konkretnom slučaju pozvan na nasleđivanje. O zakonskim naslednim pravima srodnika i supružnika u pravu Belgije v. Christian De Wulf: „Successions, donations inter vivos and wils“, Introduction to Belgian Law (Ed. Hubert Bocken, Walter de Bondt), Published by Kluwer Law International 2001., str. 187-190.

⁶⁶ V. čl. 745. *octies* § 1. Građanskog zakonika Belgije. U pravu Belgije, 01. januara 2000. godine, stupio je na snagu Zakon o zakonskoj kohabitaciji iz 1998. godine, kojim je parovima istog i različitog pola koji su sačinili pismenu izjavu o kohabitaciji kod odgovarajućih lokalnih vlasti, omogućena primena odredaba o porodičnom domu, kao što je

Naposletku, i u pravu Mađarske, kako naslednopravni položaj supružnika, odnosno istopolnog vanbračnog partnera,⁶⁷ tako i naslednopravni položaj predaka i pobočnih srodnika ostavioca, može biti dvojak, zbog uticaja činjenice porekla dobara zaostavštine na zakonski nasledni red. Tako, supružnik ili istopolni vanbračni partner ostavioca, ima prednost u nasleđivanju dobara tekovine, u odnosu na bilo kog srodnika prave ushodne i pobočne linije čija srodnička veza sa ostaviocem može biti pravno relevantna prilikom nasleđivanja ovih dobara, što znači da je odnos između činjenice srodstva u pravoj ushodnoj i pobočnoj liniji i činjenice braka, odnosno istopolnog registrovanog partnerstva, kada se radi o nasleđivanju dobara tekovine, isključujući.⁶⁸ Međutim, ukoliko se radi o nasleđivanju dobara starine,⁶⁹ situacija je obrnuta, što znači da bilo koji

predviđena i obaveza ovakvih partnera na podelu troškova i dugova u vezi sa domaćinstvom i zajedničkom decom, ali ne i mogućnost uzajamnog nasleđivanja, s tim što su izmenama, koje su u ovom pravu stupile na snagu 18. maja 2007. godine, a koje su inkorporirane u Građanski zakonik Belgije, nadživelom kohabitantu priznata gore navedena prava.

⁶⁷ Za razliku od vanbračne zajednice između partnera različitog pola, koja u pravu Mađarske ne predstavlja pravno relevantnu činjenicu u zasnivanju pravila zakonskog nasleđivanja, vanbračna zajednica između partnera istog pola, u ovoj zemlji ima isti naslednopravni značaj, kao i činjenica braka. Naime, 01. 01. 2009. godine, u Mađarskoj je trebao da stupi na snagu Zakon o registrovanom partnerstvu, čijim je odgovarajućim odredbama bila predviđena mogućnost sticanja uzajamnih zakonskih naslednih prava između partnera različitog i istog pola koji su registrovali svoje partnerstvo i to na isti način na koji u ovom zakonodavstvu, zakonsko nasledno pravo može ostvariti i ostaviočev supružnik. Zakon o registrovanom partnerstvu je odobren od strane Parlamenta Mađarske 17.12.2007. godine. Međutim, odlukom Ustavnog suda Mađarske (21/V/2008) od 15. 12. 2008. godine, odredbe ovog Zakona su proglašene neustavnim, s pozivom na ustavno načelo posebne zaštite braka i porodice, koje je zakonodavac povredio Zakonom o registrovanom partnerstvu, jer su njime uvedeni instituti kojim se u pogledu heteroseksualnih vanbračnih partnera postiže isto ili vrlo slično pravno dejstvo koje ima i brak, čime je znatno oslabljen, tj. degradiran institut braka. S druge strane, sud se izjasnio da prava koja su zakonom data istopolnim vanbračnim partnerima, ne bi bila protivustavna ukoliko bi se primenjivala samo na njih, a ne i na heteroseksualne vanbračne partnere. U skladu sa ovom odlukom, u Mađarskoj je 01.07.2009. godine stupio na snagu Zakon o registrovanom partnerstvu, a njime je predviđena isključivo mogućnost registracija istopolnih zajednica, pri čemu su istopolnim partnerima priznata gotovo sva prava koja su priznata i supružnicima, a između ostalog i pravo uzajamnog zakonskog nasleđivanja.

⁶⁸ V. § 607. st. 4. u vezi sa § 608-610. Građanskog zakonika Mađarske.

⁶⁹ Karakteristično za dobra starine, odnosno za gransku imovinu je to, da je ona na ostavioca prešla neposredno, od bilo kog njegovog pretka ili posredstvom sledećih potomaka zajedničkog pretka: brata ili sestre ostavioca ili potomka brata ili sestre ostavioca. Predmet imovine dobijen od pretka, može se kvalifikovati kao granska imovina, ako je sa pretka na ostavioca prešao putem nasleđivanja ili dobroćinih

srodnik ostavioca, čiju srodničku vezu zakon ove zemlje priznaje kao pravno relevantnu prilikom nasleđivanja ovih dobara, ima prednost u nasleđivanju istih u odnosu na supružnika, odnosno istopolnog vanbračnog partnera, s tim što je ovo pravo nasleđivanja srodnika, ograničeno postojanjem prava plodouživanja supružnika, odnosno, istopolnog vanbračnog partnera na navedenim dobrima, nezavisno od toga kom srodniku su u svakom konkretnom slučaju, ona pripala u svojinu na ime njegovog naslednog dela. Samo ukoliko se pravo plodouživanja otkupi, supružniku, odnosno istopolnom vanbračnom partneru, pripada pravo na trećinu granske imovine.⁷⁰ Kako u pogledu nasleđivanja dobara starine, važi pravilo, da se dobra starine vraćaju u lozu od koje su potekla, a ne u drugu lozu, to u slučaju kada nijedno lice iz one loze od koje navedena dobra potiču, ne postane naslednikom, navedena dobra potpadaju pod režim nasleđivanja tekovine, što u krajnjim konsekvencama ima za rezultat nasleđivanje ovih dobara od strane supružnika, odnosno istopolnog vanbračnog partnera.⁷¹ Napred navedeno, znači da je odnos između činjenice srodstva u pra-

davanja, pri čemu, nije od značaja na koji način je imovinu predak stekao, tj. da li ju je i on nasledio, dobio na poklon ili eventualno, stekao kupovinom. Međutim, ukoliko je predmet imovine, na ostavioca prešao sa brata ili sestre ili nekog od potomaka braće ili sestara, tada uslov kvalifikovanja granskom imovinom, nisu samo dobroćinost ili nasleđivanje, nego je dodatan uslov i da je sam brat ili sestra, odnosno, njihov potomak, predmet imovine, stekao isključivo putem nasleđivanja ili besplatnog pribavljanja od zajedničkog pretka. V. § 611. st. 1-2. Građanskog zakonika Mađarske. Opširnije o kvalifikovanju imovine granskom v. Eörsi Gyula, Gellért György: A Polgári Törvénykönyv magyarázata 3, Közgazdasági és Jogi Könyvtár, Budapest, 1981, str. 2801-2810.

⁷⁰ V. § 615. st. 1. i § 616. st. 3-4. Građanskog zakonika Mađarske.

⁷¹ U nasleđivanju dobara starine, važi pravilo da se prvi poziva onaj predak, odnosno njegovo potomstvo, po pravu reprezentacije, kao pripadnici naslednog reda koji je bliže ostaviocu, isključujući na taj način udaljenijeg pretka i pored činjenice da su dobra starine, ostaviocu pripala upravo od pretka daljeg naslednog reda. Na ovaj način, na nasleđe dobara starine, poziva se najpre otac, odnosno majka i to do one vrednosti koja je od njih ili sa njihove grane prešla na ostavioca, odnosno, potomci konkretnog roditelja, po pravu reprezentacije, koje se može primenjivati neograničeno. Ukoliko nema roditelja sa pravom na nasleđivanje granskih imovinskih predmeta, niti njihovih potomaka, ovakve predmete će nasleđivati deda, odnosno baba (ali ne i njihovi potomci), a ukoliko ni njih nema, ovakve imovinske predmete će nasleđivati dalji predak ostavioca, ali nikada preko spomenute granice u pogledu relevantne činjenice poticanja dobara starine. Dakle, u pogledu nasleđivanja dobara starine, kako je to gore navedeno, važi princip da se dobra starine vraćaju u lozu od koje su potekla, a ne u drugu lozu - *materna maternis*, *paterna paternis*. To znači, da preci ili pojedini pobočni srodnici, kojima zakon omogućuje nasleđivanje dobara starine, moraju pripadati onoj lozi od koje navedena dobra i potiču, te ukoliko nijedno lice iz spomenutog kruga ne postane

voj ushodnoj i pobočnoj liniji, s jedne strane i činjenice braka, odnosno istopolne vanbračne zajednice, s druge strane, kada se radi o zakonskom nasleđivanju dobara starine, barem, po pravilu, supsidirajući, usled čega će supružnik, odnosno istopolni vanbračni partner, moći da se pojavi kao naslednik ovih dobara, tek ukoliko nema nijednog srodnika, kao potencijalnog zakonskog naslednika na njima. Posmatrano u odnosu na celokupnu zaostavštinu, dakle, nezavisno od vrste dobara koja ulaze u njen sastav, odnos između činjenice srodstva u pravoj ushodnoj, odnosno pobočnoj liniji i činjenice braka, odnosno istopolne vanbračne zajednice je koordinirajući, imajući u vidu da precima, odnosno pojedinim pobočnim srodnicima, pripada pravo nasleđivanja na dobrima starine, dok supružniku, odnosno istopolnom vanbračnom partneru, pripada pravo nasleđivanja na dobrima tekovine. Ovo u krajnjim konsekvencama, znači da i u pravu Mađarske, donekle slično položaju, koji naslednici u slučaju postojanja režima zajedničke imovine, imaju i u pravu Belgije, kako naslednopravni položaj supružnika, odnosno istopolnog vanbračnog partnera, tako i naslednopravni položaj predaka i pobočnih srodnika ostavioca, u svakom konkretnom slučaju, zavisi od činjenice postojanja i vrednosti dobara koja ulaze u sastav zaostavštine.

Zaključna razmatranja

U najvećem broju savremenih pravnih poredaka Evrope, naslednopravni uticaj činjenice braka (a u velikom broju prava i uticaj činjenice vanbračne zajednice), kvalitativno je izjednačen sa činjenicom srodstva u pravoj ushodnoj i pobočnoj liniji, s obzirom na to da se u njima, kako naslednopravna ovlašćenja ostaviočevih srodnika, tako i naslednopravna ovlašćenja ostaviočevog supružnika, odnosno, vanbračnog partnera, ogledaju u nasleđivanju u svojinu. Pritom, pravo na nasleđivanje supružnika, po svom značaju, odnosno važnosti, u većini prava, ne egzistira paralelno sa pravom na nasleđivanje svih ili sa većim brojem predaka i pobočnih srodnika, kao potencijalnih zakonskih naslednika, već, po pravilu, samo sa užim krugom navedenih srodnika, pri čemu, u pojedinim od njih, ono čak ima i prednost u odnosu na pravo na nasleđivanje svih predaka i pobočnih srodnika, kao potencijalnih zakonskih naslednika. Stoga bi se moglo zaključiti da tendenciju savremenih zakonodavstava Evrope predsta-

naslednikom, dobra starine ne prirastaju precima i određenim pobočnim srodnicima druge loze, već u tom slučaju, dolazi do preobražaja navedenih dobara u dobra tekovine i potpadanja navedenih dobara pod režim nasleđivanja tekovine. V. § 612. Građanskog zakonika Mađarske.

vlja principijelno pridavanje većeg naslednopravnog značaja činjenici braka, odnosno vanbračne zajednice u odnosu na činjenicu srodstva u pravoj ushodnoj i pobočnoj liniji.

Doživotno plodouživanje, kao redovni vid naslednopravnog ovlašćenja supružnika ili vanbračnog partnera, u savremenim pravnim porecima Evrope, predstavlja retkost, odnosno, kao takav, prihvaćen je, kao što smo to videli, samo u malom broju prava Evrope, kao što su prava Španije, Belgije i Mađarske. Međutim, valja napomenuti da u pravima ovih zemalja, doživotno plodouživanje, kao vid naslednopravnog ovlašćenja supružnika, u slučaju postojanja predaka i pobočnih srodnika ostavioca ili barem neke od spomenutih kategorija srodnika, po pravilu, egzistira paralelno uz mogućnost nasleđivanja u svojinu. Čak i onda kada doživotno plodouživanje kao vid naslednopravnog ovlašćenja supružnika, postoji kao primarni oblik zakonskog nasleđivanja, uz mogućnost uzajamnog nasleđivanja u svojinu, samo ukoliko iza ostavioca nije ostao nijedan srodnik, što je slučaj, samo u nekim od spomenutih prava, važno je naglasiti da ova zakonska solucija dolazi u obzir ili samo u pogledu određenog dela zaostavštine, što znači da supružnik može naslediti u svojinu neki drugi deo zaostavštine ili samo u slučaju postojanja određenog imovinskog režima između supružnika, pri čemu u slučaju postojanja drugačijeg imovinskog režima, supružnik ima mogućnost nasleđivanja u svojinu. U oceni opravdanosti postojanja mogućnosti da supružniku na ime naslednopravnog ovlašćenja pripadne pravo plodouživanja, nužno se nameće činjenica da je zaostavština na kojoj je supružnik plodouživalac, ona imovina, koja je opisana sintagmom „dobra mrtve ruke“, te da režim ovih dobara stvara zategnute odnose između nadživelog supružnika ostavioca i njegovih srodnika, kao što i onemogućuje optimalno ekonomsko iskorišćavanje zaostavštine. Iako ovaj vid naslednopravnog ovlašćenja supružnika, ne mora nužno značiti i da njegov materijalni položaj nije dovoljno obezbeđen, imajući u vidu činjenicu da se njegova prva funkcija, ogleda upravo u materijalnom obezbeđenju supružnika, te da supružnik ima pravo da upotrebljava stvar i da pribira plodove od stvari, dakle, da prisvaja ekonomske koristi iz cele zaostavštine ili nekog njenog dela, s druge strane, ipak ne treba zanemariti činjenicu, da on nema, za pravni promet najznačajnije ovlašćenje – pravo raspolaganja, s obzirom na to, da se druga funkcija plodouživanja, ogleda u nastojanju da se svojina očuva u korist određenih srodnika ostavioca. Stoga smo, generalno posmatrano, mišljenja da je u zakonodavstvima zemalja, u kojima supružniku ili vanbračnom partneru, na ime naslednopravnog ovlašćenja, pripada ili može pripasti doživotno plodouživanje, činjenica srodstva, pa i srodstva u pravoj

ushodnoj i/ili pobočnoj liniji, u određenoj meri ipak favorizovana u odnosu na činjenicu braka, odnosno vanbračne zajednice, što u nekim od njih dolazi do izražaja u manjoj, a u nekim od njih, u većoj meri. Očigledno je da u zakonodavstvima, koja supružniku, odnosno vanbračnom partneru, makar i samo u određenim situacijama, odnosno, u konkurenciji samo sa nekim srođnicima, daju isključivo status plodouživaoca na zaostavštini, a ne i vlasnika zaostavštine, postoje ostaci ranijeg, istorijskog stava da brak i srodstvo, ne predstavljaju ravnopravne osnove pozivanja na nasleđe.

Zakonodavstvo Srbije se priklonilo onoj grupi prava evropskog kontinentalnog tipa, istovremeno i najvećoj, odnosno, najbrojnijoj grupi, u kojoj je činjenici bračne veze dat veći naslednopravni značaj u odnosu na činjenicu srodstva u pravoj ushodnoj i pobočnoj liniji. Pritom, domaće zakonodavstvo, naslednopravnom položaju supružnika ne pridaje takav značaj da bi on mogao isključiti iz nasleđivanja, čak i one naslednike ostavioca koji se sa njim nalaze u najbližem stepenu srodstva prave ushodne linije, kao i njihove potomke (što, kako smo to videli, ne predstavlja retkost u savremenim pravima Evrope), ali ga, zakonskim rešenjima o visini naslednog dela supružnika (koje je kao takvo zadržano i u Prednacrtu Građanskog zakonika Srbije), po našem mišljenju, sasvim opravdano, favorizuje u odnosu na naslednopravni položaj ovih lica, ističući na taj način društveni značaj kategorije braka u odnosu na kategoriju srodstva. Kao argument, u prilog teze da supružnik ostavioca treba da, po pravilu, ima bolji položaj od roditelja i njihovih potomaka, govori i okolnost da u najvećem broju slučajeva, nadživeli supružnik svojim radom, odnosno privređivanjem, doprinosi sticanju imovine koja je predmet nasleđivanja, a samo izuzetno, jedan ili oba supružnika, nasleđuju imovinu, od koje žive i koju, eventualno ostavljaju u nasleđe. Ukoliko je to, međutim, već slučaj, tada naše pravo, vodeći računa o imovini, koju je i sam ostavilac stekao „kao neko, ko stoji na plećima predaka“, specijalnim pravilima o podeli zaostavštine u drugom naslednom redu, dozvoljava mogućnost smanjenja naslednog dela supružnika, u konkurenciji sa roditeljima i njihovim potomcima. Smatramo da je postojanje ovakvog rešenja, nesumnjivo opravdano, jer se njime ublažava ili u potpunosti sprečava, mogućnost preliivanja imovine koja je generacijama unazad sticana u jednoj porodici, supružniku, a na taj način, kasnije i srođnicima supružnika ili njegovom novom supružniku, koji ni na kakav način nisu učestvovali u njenom sticanju. I ostala odstupanja u drugom zakonskom naslednom redu, koja podrazumevaju mogućnost povećanja zakonskog naslednog dela, zbog nemanja nužnih sredstava za život na strani pojedinih naslednika, a koje se po pravilu ostvaruje kroz ličnu službenost plodouživanja, zasno-

vana su na kategorijama pravičnosti i funkcionalnosti nasleđivanja. Iako, dakle, doživotno plodouživanje kao vid naslednopravnog ovlašćenja, postoji i u pravu Srbije, napomenućemo da se karakteristike naslednopravnog odnosa činjenice srodstva i braka, u našem pravu, u velikoj meri razlikuju od karakteristika odnosa navedenih činjenica, u pravima napred spomenutih zemalja, u kojima takođe egzistira ovaj vid naslednopravnog ovlašćenja. Ovo stoga što doživotno plodouživanje u domaćem pravu, postoji kao izuzetak od redovnih pravila zakonskih nasleđivanja, što znači da je ustanovljeno, prvenstveno u cilju ispravljanja nepravičnosti do kojih navedena pravila mogu dovesti, pri čemu, uz to, ne treba zanemariti činjenicu da ova zakonska mogućnost nije konstituisana isključivo u korist nadživelog supružnika ostavioca, već i u korist roditelja ostavioca, kao njegovih srodnika. Dakle, osnovna razlika, ogleda se u činjenici, da dok za razliku od zakonodavstava, u kojima doživotno plodouživanje supružniku ili eventualno vanbračnom partneru, pripada na ime redovnog naslednopravnog ovlašćenja, dotle ustanova doživotnog plodouživanja u pravu Srbije, predstavlja jedan, u izvesnom smislu, pomoćni instrument, koji supružniku i roditeljima ostavioca pripada pored garantovanog im svojinskog dela, a čiji se primarni cilj, odnosno funkcija, ogleda u nastojanju da se spomenutim naslednicima obezbede sredstva za egzistenciju, koja su im neophodna u momentu kada se odlučuje o njihovom zahtevu, te im se na taj način omogućuje da nastave život u približno istim uslovima, u kojima su se nalazili i za života ostavioca. U najkraćim crtama, doživotno plodouživanje u pravu Srbije, predstavlja ustanovu koja pomaže pravičnosti nasleđivanja u konkretnom slučaju, a ne ustanovu, koja će svakako biti primenjena, nezavisno od toga da li je u konkretnom slučaju njena primena opravdana ili ne, što je slučaj u pravima svih onih zemalja, u kojima doživotno plodouživanje predstavlja redovan vid naslednopravnog ovlašćenja. Ukazujemo, da važeće pravo Srbije, spada u retku grupu prava evropskog kontinentalnog tipa, u kojima postoji ovako široka mogućnost distribucije zaostavštine u drugom zakonskom naslednom redu, što ga, u odnosu na najveći broj ostalih prava Evrope, nesumnjivo čini fleksibilnijim i bližim načelu pravičnosti *de lege lata* i *de lege ferenda*. Iz svih napred navedenih razloga, mišljenja smo da je ovakav pristup mogućnosti izmena naslednih delova u drugom naslednom redu, sasvim opravdano zadržan i u Prednacrtu Građanskog zakonika Srbije.

Kada je reč o odnosu činjenice srodstva u pravnoj ushodnoj liniji u drugom i daljim stepenima srodstva, te pobočnog srodstva ostalih stepeni i činjenice braka, smatramo da je u važećem naslednom pravu Srbije, ovaj odnos postavljen na pravi način, jer ukoliko već znamo i prihvatamo,

da je brak favorizovan u odnosu na činjenicu srodstva prvog stepena prave ushodne linije, to je onda nesumnjivo da ga, kao što to i čini naše zakonodavstvo, na još jači način treba favorizovati u odnosu na činjenicu srodstva daljih stepena prave ushodne i pobočne linije. I pored toga, što je nesumnjivo da su krizne godine i problemi, kojima je naše društvo bilo izloženo u poslednjoj deceniji XX veka, doveli do toga da se porodična kohezija i međuzavisnost različitih generacija jedne porodice, produbi i ojača, smatramo da supružnik, ipak ne bi trebalo da deli zaostavštinu sa ostaviočevim dedama i babama. Iako će situacija, da se dede i babe pozivaju u svojstvu zakonskih naslednika, po našem mišljenju, biti izuzetno retka, nesumnjivo je, da supružnik i sa stanovišta generacijske bliskosti i sa stanovišta njegovog značaja u životu ostavioca, treba da ima prednost u odnosu na ostaviočeve pretke u drugom i daljim stepenima srodstva. U prilog ovoga, govori i razlika u godinama, fizičkoj snazi, mogućnosti sticanja, održavanja i uvećanja imovine, te činjenica da u Srbiji, unuci najčešće ne žive u zajednici sticanja i trošenja sa dedama i babama, već naprotiv, sa svojim supružnikom. Stoga, smo mišljenja da je Prednacrt Građanskog zakonika Srbije, opravdano ostao dosledan postojećem zakonskom rešenju, prema kojem, supružnik, kao zakonski naslednik, isključuje iz nasleđivanja dede i babe, te njihove potomke, kao i sve dalje pretke ostavioca.

*Jelena Vidić Trninić, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Hereditary Position of Relatives in Direct Ascending and Collateral Line, Spouses and Cohabitation Partner – comparative legal analysis –

Abstract: *This paper analyses hereditary position of ascendants and collateral relatives on one hand and a surviving spouse and cohabitation partner on the other hand, as intestate successors in the modern laws of Europe, particularly those belonging to the European civil law system, which also includes the Serbian legal system. The subject of the research is observed through the prism of comparative method which is necessary in order to obtain a comprehensive insight into the scope of application and the manner of usage of kinship in direct ascending and collateral line and marriage, that is, cohabitation, as material facts in formulating the rules of inheritance. This method further allows to recognise certain differences and, more importantly, similarities and common solutions and general legal principles that these laws are governed by in their legislative and theoretical approach regarding this issue.*

In this way we aim to answer the question to what extent the relationship between the kinship in the direct ascending and collateral line and marriage, in Serbian law, is synchronised with legal standards adopted in legal systems of the most other European countries; and whether there is a need in the local law, in particular in terms of adoption of the Civil Code of Serbia, for certain inheritance law reforms relating to regulation of this issue.

Key words: *ascendants, collateral relatives, spouse, cohabitation partner, intestacy share.*

*Dr Dragana Ćorić, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

GLOSA O POLITIČKOJ ETICI¹

Sažetak: *Rasprava o političkoj etici, kao vrsti primenjene etike nije novijeg datuma. Još su antički mislioci razmatrali odnose politike i etike i mogućnosti njihovog prožimanja. Makijavelijev „Vladalac“ nije utvrdio ništa novo - samo je priznao realno stanje u društvenim i političkim borbama i načinima dolaska na vlast, a to je da su najmanje od svega moralni, ali da su i pored toga, poželjni i legitimni. Savremeni autori su donekle neodlučni: neki se zalažu za striktno odvajanje etike od politike, jer bi politika i sve teške odluke bile opterećene bremenom koje im nikako nije potrebno. Drugi, pak, smatraju da moral nosilaca javnih funkcija mora da bude sastavni deo njihove funkcije i tog dela njihovog života. Naš rad je pokušaj osvetljavanja osnovnih stanovišta o ovom pitanju, problema sa kojima se susreće politička etika, te mogućim pravcima razvoja iste.*

Ključne reči: *etika, politika*

O pojmu političke etike

Politička etika predstavlja „takvu praksu stvaranja moralnih sudova o političkim aktivnostima, delanjima i akterima, koja se često fokusira ili na sudove o samim nosiocima javnih funkcija i njihovo neposredno delovanje ili na neposredne produkte tog njihovog delovanja-dakle na propise, strategije i druge akte „². Politička moralnost je termin koji se često poistoveću-

¹ Rad je rezultat istraživanja na projektu *Teorijski i praktični problemi u stvaranju i primeni prava (EU i Srbija)* Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu.

² *International Encyclopedia of Ethics*, dostupno na :http://scholar.harvard.edu/files/dft/files/political_ethics-revised_10-11.pdf. **Napomena:** pristup svim URL adresama je izvršen u-

je sa političkom etikom, budući da je za njeno postojanje potrebno da postoje ukorenjena svesti o obaveznosti, princip zajedništva i partikularne etičke koncepcije, koji su nužni ali ne i dovoljni uslovi za njenu stabilnost³. Oba shvatanja svakako potiču iz političke filozofije, sa osnovnom zapovesti, da se izbegne povređivanje nevinih i predstavljaju svojevrsnu „spremnost da se žrtvuje svoje dobro i na kraju krajeva svoje slobodno vreme i normalan život radi opšteg dobra“⁴. Ova jednačina se ovde ne završava, jer u nju ulazi još jedna nepoznata a to je broj politički nemoralnih ili moralnih odluka koje treba jedan nosilac javne funkcije da preduzme.

Neki je vide i kao „apsolutnu političku etiku“, teoriju koja objedinjuje sva potrebna ograničenja delovanja građana i konstituiše se kao etička garancija poštovanja prava⁵. Kao takva, pripada podjednako sistemima „obavezne saradnje“ i „dobrovoljne saradnje“⁶.

Ono što je političko-etički opravdano i poželjno u svrhu postizanja nekog cilja, ne mora biti i nije uvek istovremeno i legalno. Ili, rečima D. Tompsona: biće legitimno postaviti zmiju i goluba u istu ravan- prepređenost zmije i nevinost goluba, ali ne znači da će oni zaista i ostati u toj ravni⁷.

Stavovi i argumenti političke etike, tvrde neki autori, su između čiste razboritosti i čistih principa. Povremeno, talasi društvenih kretanja usmere političku etiku više na jednu ili drugu obalu, dok se mirna plovidba sredinom plovnog toka smatra skoro nemogućom.⁸

Sa kojim teorijskim i praktičnim problemima se susreće politička etika u savremeno doba?

Problemi političke etike

Veći deo političke etike jeste tzv. **posredovana etika** i ponašanje, kao neposredni produkt „posredovane“ demokratije i predstavničkog

periodu od 1.10.-1.12. 2013. godine. Slično i kod : Denis F. Tompson : *Politička etika i javna služba*, preveli : Sanja Đurković i Miša Đurković, prvo izdanje „Službeni glasnik“, 2007, str. 8.

³ Michal Sladčák: *Politička zajednica- koncepcija političke zajednice u liberalno komunitarnom sporu*, Institut za društvenu filozofiju i teoriju, IP Filip Višnjić, Beograd, 2008, str. 187.

⁴ Denis F. Tompson, navedeno delo, str. 28 i str 182.

⁵ Herbert Spencer: *Absolute Political Ethics, The Nineteenth Century Jan.* 1890, dostupno na : <http://aleph0.clarku.edu/huxley/comm/19th/Spencer.html>

⁶ Herbert Spencer: *The principles of Ethics, D.Appleton and Company, New York, 1896, str.213/226.*

⁷ Ili, kako je navedeno u samoj knjizi „u toj postelji se ni golub ni zmija neće naspavati“, Denis F. Tompson, navedeno delo, str.11

⁸ Denis F. Tompson, navedeno delo, str.21.

načina vođenja državnih poslova⁹. Građani, imajući u potpunosti svoju sudbinu u svojim (biračkim) rukama, kao način da odrede smer političkog delovanja samo jednom u četiri godine, često *zadiru do te mere u život nosioca javne funkcije*, da to može, na toj strani jednačine, poremetiti trajno odnos sa stvarnošću i normalnošću. Građani, kao i organizacije civilnog društva su uvek budni kontrolori javnog života; traže imovinsku kartu nosioca javne funkcije, jer žele da znaju koliko je njemu donelo bavljenje politikom i koliko je podložan koruptivnim procesima i ponudama; žele da poznaju njegov privatni život do granice ukusa i intimnih osobina, da bi ga ocenili podobnim za obavljanje neke funkcije. Dakle, strožiji su uslovi političke etike kada ih propisuje običan građanin, nego kada to čine oni kojih se ti uslovi i zahtevi najviše tiču¹⁰. To licemerje običnih građana u ovakvoj situaciji govori ne samo o njihovoj rešenosti da otkriju sve što treba ili ne treba o nosiocu javne funkcije, nego i potrebi da kritikovanjem njegovog života ili rada prikriti sopstvene mane. Mešanje ove dve sfere života i morala može biti „fatalno“¹¹.

Moramo *živeti dobro i moramo živeti zajedno*; u prvom slučaju, možemo zahtevati mnogo toga i izvan realnih mogućnosti jer nas na to navodi želja za dobrim i boljim životom. S tim u vezi, možemo zahtevati i strožija moralna pravila za nosioce javnih funkcija. Međutim, život u zajednici podrazumeva brojne kompromise, te je to istovremeno i korektiv strožijih zahteva građana prema njihovim izabranim predstavnicima.¹²

Klasičan problem sa kojim se susreće politička etika jeste *problem „prljavih ruku“*¹³. Sukob između morala koji važi za svakodnevni život i morala za javni život prvi je precizno definisao Makijaveli. Dobrobit države, navodi on, „zahteva nešto što podseća na porok, dok nešto što podseća na vrlinu često može doneti propast“¹⁴. Tako da će javnom posleniku biti sasvim normalno i legitimno da „glumi“, kao što je još Platon u Drža-

⁹ Denis F. Tompson, navedeno delo, str. 46-48.

¹⁰ Potreba za saznavanjem privatnog života nosilaca javnih funkcija je, kažu neki teoretičari politike, potpuno normalna. Oni simbolizuju ne samo naše političke stavove i -stremljenja, već delimo i lične vrednosti, te je zahtev za striktnim poštovanjem „lične moralnosti“ potpuno legitiman. D. Tompson, navedeno delo, str.184.

¹¹ Herbert Spencer: *The principles of Ethics*, str. 195.

¹² Angel Rodríguez Luño: *Personal Ethics and Political Ethics*, dostupno na: <http://eticapolitica.net/eticapolitica/PoliticalEthics.pdf>

¹³ Denis F. Tompson, navedeno delo, str.

¹⁴ Nikolo Makijaveli: Vladalac, Dereta, 2005, str. 48. To navodi i D.Tompson, navedeno delo, str.24

vi¹⁵ navodio, da se nalazi na strani pravde i dobra, a zapravo će vršiti takve nepravde i zlodela, gde će ga eventualno samo krajnji rezultat-moći opravdati. I Aristotel je prepoznavao blizinu i jedinstvo etike i politike. Čak, neki savremeni teoretičari smatraju da se novim čitanjem Aristotelovih dela može utvrditi da se on zalagao za jedinstvo i **prožimanje politike i etike**, jer obe se bave najvećim dobrom koje se postiže samo u okviru države.¹⁶

U tom smislu se slaže i Benžamen Konstan¹⁷, kada govoreći o **pravu na laganje**, kaže da **nemaju svi pravo na istinu**. Ili tačnije, da dužnost govorenja istine i činjenja ispravnih stvari mora postojati ali da ona nije bezuslovna i zamrznuta jednom u vremenu, nego da mora biti prilagodljiva situaciji. Možemo se zapitati, da li je uopšte bitan sistem moralnosti, ako istina može ima više oblika u različitim situacijama?¹⁸

Laž, postavljena u okvir obavljanja neke javne funkcije, može trajno da naruši poverenje između nosioca javne funkcije i samih građana svedenih samo na svoju biračku funkciju¹⁹. No politički moral, koji postaje prilično „rastegljiva“ kategorija, rešava ovaj problem sa formulom: *kada čin optužuje, rezultat opravdava*. Da bi u potpunosti ostvarili interes građana, nekad se javni poslenici moraju ponašati paternalistički, a u tome će im pomoći svojevrsna-**umetnost ubeđivanja**²⁰.

Sama umetnost ubeđivanja je u dubokoj vezi sa načinom na koji ljudi prihvataju ono u šta želimo da ih ubedimo i stanje stvari u koje želimo da ih ubedimo. Ubeđivanje je u osnovi svake uspešne, pa i političke propagande, jer je cilj-prodaja proizvoda koji se nudi na tržištu- u ovom slučaju, politički angažman građana na strani upravo onog političkog poslenika koji vrši tu propagandu.²¹

¹⁵ Platon : Država, str.361.

¹⁶ Robert Blažević: *Uvod u povijest filozofije*, Izdavački centar Rijeka, 2010, str.18-85. Slično i kod : Mihailo Đurić : *Etika i politika kod Aristotela*, Zbornik Matice srpske za klasične studije, br.2/2000, str.7-16.

¹⁷ Benžamen Konstan, Imanuel Kant: *Pravo na laganje*, Službeni glasnik, str. 23.

¹⁸ D.Ćorić: *Modernost odnosa istine i laži i njihova etička, filozofska idruštvena vrednost*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, vol. 46, br. 2, str. 327-337

¹⁹ Na stranu što je to postao jedan od rasprostranjenijih obrazaca političkog ponašanja, zahvaljujući prisustvu i uticaju medija, ali i novih informacionih tehnologija. Videti kod: V.Stanovčić, navedeno delo, str.25.

²⁰ Blez Paskal: *Umetnost ubeđivanja*, Službeni glasnik, 2009, str.6

²¹ Treba imati u vidu da nijedna propagandna poruka koja ne prođe logičku kontrolu, kontrolu smisla i koristi, ne može da se ukoreni u svesti građana, tj birača, posebno ne na neko duže vreme. Videti : Siniša Atlagić, *Politička propaganda: različita shvatanja pojma i funkcije*, Politička revija, god. XXIII, vol. 30, br. 4/2011, str 491-510.

Upotreba imuniteta u situacijama kada javni poslenik biva pozvan na odgovornost je takođe interesantna stvar etike. Ako želi da se sakrije iza nečega, za svo svoje delovanje, to će učiniti iza imuniteta. Međutim, to je upravo političko etički sporno. Treba imati u vidu da će se svaki javni poslenik ponašati onako kako se ponaša njegov najviše pozicionirani pretpostavljeni. *Taj politički menadžment mora biti jednako sposoban da pokrene i mobiliše potencijale sebi podređenih ali i potencijale samih građana.* Mobilizacija u prvom slučaju znači podsticanje podređenih službenika da postupaju na određeni način, da stvaraju „jasnu viziju središnjih vrednosti javne etike i da stalno teže ka ostvarenju te vizije“²².

Čemu etika u politici? Odnos etike i politike.

Još 20-ih godina prošlog veka je MakIver smatrao da zakoni ne mogu pokriti celo područje moralnosti i sve moralne obaveze da preobrate u moralne obaveze²³. Time bi pravo sebi preuzelo suviše obaveza, a moralnost kao poseban sistem društvenih normi bi u potpunosti nestao. Stoga je etika kao poseban sistem koji se oslanja na shvatanje šta je dobro a što loše, nužno potreban korektiv, posebno savremenoj političkoj praksi i teoriji. Ovakvog mišljenja su bili i antički mislioci, da je potrebno da etika prožima ljudsko ponašanje i život, bez obzira u kojoj sferi ljudskog delovanja se govori. Sa druge strane, brojnih predstavnika „amoralizma“ je bilo u svakoj od epoha, koji su se sebi svojstvenim argumentima zalagali za odvajanje etike od politike, čak i potpuno nepostojanje uticaja etike na politiku, te zagovarali amoralno, nasilno i svrsishodno rešavanje problema u državi.

Zašto je odnos između etike i politike toliko dramatičan i pun kontroverzi? D. Korni²⁴ smatra da je to zbog shvatanja morala i etike generalno uzev. Naime, moral pretenduje da bude apsolutan, nepromenljiv i univerzalan, za sve ljude, vremena i prostore. Život je naravno drugačije nijansiran u odnosu na pretendovano savršenstvo, pa su stoga moral i stvarni život na samom početku u velikom raskoraku. Etika, budući da svoju

²²*Etičke smernice za javne službenike*, Centar za bezbednosne studije, 2012. Autori ove publikacije posebno ističu iskustva drugih razvijenih zemalja u pogledu ove teme: „Radno okruženje gde rukovodioci ohrabruju poštovanje pravila etičkog kodeksa neposredno podstiče javne službenike da svakodnevno obavljanje profesionalnih zadataka zasnivaju na privrženosti javnom interesu.“

²³Vojislav Stanovčić, *Etika i politika: značaj i osnova „filozofije ljudskih stvari*, str.12

²⁴Danijel Korni, *Etika informisanja*, Clio, 1999, str 8.

osnovu i snagu crpi upravo iz morala, je automatski nepodoban korektiv bilo koje druge delatnosti koja se oslanja na –stvarnost i difuznost društvenih odnosa i izazova.

„Etika u politici je moguća i stvarno se isplati“²⁵. Daleko od naivnog verovanja u prvo ponuđeno rešenje, etika u politici predstavlja pragmat-ski i nadasve promišljen pristup rešavanju problema. Da bi bila uspostavljena, politička etika mora biti bazirana na sledećim principima: ograničenje vlasti, efikasnost rada organa, pravda i odgovornost (svih, ne samo građana ili samo nosilaca javnih funkcija). Moguće je zatim, smatra Žirardin, razviti pristup koji je jedinstven i obuhvata u jednakoj meri i zapadne evropske i istočno evropske vrednosti, istoriju i kulturu. Različita društva jesu oduvek imala svoje (različite) „kodekse istinoljubivosti, pravde i hrabrosti“²⁶ –zašto bi pokušaj njihovog unificiranja u ovom globalnom svetu bio smatran lošim?

Ima naravno, i mišljenja da moralnost nema i ne može imati veze sa politikom, jer su „loši saradnici“. Moral može samo da pogorša postojeće odnose, da ublaži krutitertijume rasuđivanja i sam postupak donošenja odluka i njihovu sadžinu raspline do neprepoznatljivosti i neupotrebljivosti. Makijavelijevo shvatanje, koje počiva na legitimiziranju nasilja i prevara u cilju osvajanja i zadržavanja na vlasti – stoga nije tako-nemoravno i loše, već je samo lišeno svakodnevne hipokrizije i svesno realnosti²⁷.

Sa druge strane, MakIntajer je primetio da je razdvajanje etike i politike upravo najveća greška jer su „etička pravila pre stvar izbora deliberativnog opredeljenja, dok je politička sfera imoralno područje vladavine, manipulacije i borbe za nadmoć“²⁸. Najčešći ishod politike je takav da niko nije na gubitku, dok etika sa svojom moralnom osnovom govori o manjim ili većim gubicima nekog od učesnika. Postavljanje adekvatnih etičkih pitanja u samoj politici je korektiv politike i njenog osnovnog ishoda – opšte koristi (do koje se neretko dolazi usled realizacije brojnih pojedinačnih koristi).

²⁵Benoit Girardin, *Ethics in Politics. Why it matters more than ever and how it can make a difference*, 2012, dostupno na : http://www.globethics.net/documents/4289936/13403256/TextsSeries_02_EthicsInPolitics_EN_text.pdf/5fbaf594-586a-4dd4-9ede-200d051d0e0e

²⁶ Alaster Makintajer: *Traganje za vrlinom*, Plato, Beograd, 2006., str.246.

²⁷ Roberto Toscano: *Machiavelli's ethics, Paper presented at the Colloquium "Reading Machiavelli in Tehran", held on November 26-27, 2005 at the Residence of the Italian Embassy in Tehran*, dostupno na : baldi.diplomacy.edu/toscano/toscano_mach.doc

²⁸Michal Sladeček, navedeno delo, str.198. Detaljnije o ovoj argumentaciji : Alaster Makintajer, navedeno delo.

Na osnovu prethodno navedenog, možemo izdvojiti četiri glavna stanovišta o političkoj etici²⁹:

1. skepticizam- oklevanje da se uopšte primenjuje etika u politici, iako duboko veruju da bi to bilo dobro rešenje

2. cinicizam- etika samo kvari politiku i nepotrebna joj je kao korektiv i kao njen sadržaj.

3. moralizam- projekcije osnovnih etičkih vrednosti su nužne čak i u oblasti politike, te se imaju smatrati ako ne normativnima a ono barem inspirativnima za buduće delovanje

4. pragmatizam- ustanovljavanje vrednosti putem etike i moralnosti je moguće i u politici. Predstavnici ovog shvatanja zalažu se za kazuistički prilaz ovakvom radu, tj. proveru moguće primene etike u politici od slučaja do slučaja.

Brojni primeri iz svakodnevne političke prakse govore u prilog tvrdnji da pragmatičan pristup dominira savremenim svetom politike i teorije.

Zašto etika i politika na istom mestu?

Svoja razmišljanja o potrebi povezanosti politike i etike, Benoa Žirardi³⁰ je izložio u 14 tačaka, koje ćemo u ovom radu ukratko izneti, smatrajući ih bitnima za dalju raspravu.

1. Postojanje etike u politici je sada bitnije nego ikada pre do sada. Etika daje politici odlučujuću vrednost i mesto, te obezbeđuje ravnopravni tretman svih nosilaca javnih funkcija.

2. Uspešno vođenje politike je moguće ograničavanjem vlasti putem Ustava, nezavisnog pravosuđa, sistemom „kočnica i ravnoteže“, devolucijom, delegiranjem poslova iz svoje nadležnosti drugim državnim organima, kao i uspostavljanjem brojnih mehanizama za (pre)ispitivanje odgovornosti nosilaca javnih funkcija.

3. Ključna etička vrednost u politici je pravda, shvaćena kao poštenje i reciprocitet. „Drvo vrednosti“ u kome se nalaze kao plodovi: pravda i reciprocitet, identitet i prihvatanje različitosti, mir i bezbednost, odgovornosti i sloboda, održivost, soli-darnost, jednakost i vladavina prava, niče iz ograničenja vlasti i postizanja pune efikasnosti rada državnih organa. Postojana politika će pronaći balans između ovih vrednosti, a da su sve jednako zastupljene.

²⁹Benoit Girardin, navedeno delo.

³⁰Benoit Girardin, navedeno delo

4. Etika u politici mora da se meri posledicama koje proizvodi, a ne samo dobrim namerama koje se retko ostvaruju. Amartja Sen³¹ u tom smislu upozorava da se treba fokusirati na svakodnevne „male i velike nepravde“, koje su podobne za rešavanje a ne na postizanje nedostižnih ideala. Slično je tvrdio i Veber, smatrajući da politička etika ne može da se bazira samo na motivaciji da se čini opšte dobro već i i da se uzmu u obzir posledice delovanja.

5. Etika u politici nas podseća da se strategije i politički programi suočavaju sa izazovima društva, humanošću i dr. Posebna vrsta izazova na koje posebno etika i politička etika treba da odgovore su-ekološki izazovi.

6. Etika je u središtu tenzija između vrednosti i interesa. Načini na koji se njihov sukob rešava su u vezi sa prethodno navedenim kardinalnim vrednostima iz drveta vrednosti.

7. U nestabilnom okruženju etika u politici ne može samo da veruje samoj sebi u pogledu primene principa na kojima sama inmsistira. Dakle, i etici u politici je potreban –korektiv a to je obična ljudska svest i moralnost.

8. Etika u politici ozbiljno shvata ekonomiju kao saveznika u borbi za približavanje idealu društva i države. Ispostavljanje pravih troškova rada države i državnih organa će smanjiti postojeće koruptivne procese, kao i šanse za nastanak novih.

9. Nije dobro i dovoljno „kopirati“ etiku iz privatnog života u javni život niti etiku prepustiti samo istinskim namerama vladara, jer osnovna njegova namera jeste upravo zadržavanje na vlasti što je duže moguće, neretko ne birajući sredstva i načine za to. „Put do pakla je popločan dobrim namerama a vladari zato mogu činiti stravične stvari čistog srca i savesti“³². Etičke sfere privatnog života, društvene (podobne za udruživanje) i politička se razlikuju po svojoj prirodi i posledicama ali imaju i svojih dodirnih tačaka. Te dodirne tačke treba da ostanu istog obima a ne da se njihov obim proširuje nauštrb bilo koje od spomenute tri etičke sfere.

10. Uzimaju se u obzir svačiji interesi, i građana i javnih službi .

11. Ljudska prava se grade na čvrstoj osnovi i uvode vrednosti tako da se ne mogu iste bezrazložno ograničiti. Etika u politici je i više od politike ljudskih prava, jer je u pitanju strategija o kojoj se može pregovarati a koja brine o budućim posledicama te je spremna da neke od njih promeni blagovremeno da do njih uopšte i ne dođe.

³¹Benoit Girardin, navedeno delo,

³² Benoit Girardin, navedeno delo.

12. Ako politika ima etičku dimenziju, može se skoro garantovati konzistentnost u postupanju, jer se rizici umanjuju a poverenje se gradi brže. Posebno izgradnji poverenja doprinosi i garancija primene mehanizama kontrole rada državnih organa i kažnjavanje nosilaca javnih funkcija, kada za to postoji potreba.

13. „Demokratija može bolje nego iko drugi da shvati i podrži etičke zahteve u politici, jer ona ništa drugo i ne radi sem što sluša ili bi trebalo da sluša svoje građane“. Slično smatra i D.Tompson³³, jer su demokratski procesi najčešći način razrešavanja sporova u politici, pa i u političkoj etici. Zahtev za javnošću odvijanja tih demokratskih procesa ne može da ometa političku etiku, već samo da joj pomogne u pridobijanju poverenja građana.

14. Etička dimenzija politike zahteva stalnu i objektivnu ocenu posledica, učenje iz iskustava (*lessons learned*) i preduzimanje korektivnih mera ako je to potrebno. Treba stoga „stalno biti na oprezu i konstantno **postavljati pitanja** jer to je ono što je suština i prednost same politike po sebi“.

Zaključak

F. Bekon je smatrao čudnim istovremeno osvajanje vlasti i gubitak slobode. „Ljudi na visokim državnim položajima su trostruke sluge: vladara, slave i svojih poslova, te nemaju ni slobodu ličnosti, slobodu postupka niti slobodu vremena“. Takav položaj i toliki gospodari zahtevaju od javnih poslenika da čine i dobro i zlo, naizmenično ili istovremeno. Zavojite stepenice vode do vrha a kada se tamo stigne treba biti i ostati neutralan, što je praktički nemoguće“.³⁴

Oblast političke etike koja izaziva najveće kontroverze je opravdanje rata. Još je Bekon govorio, ali i mnogi drugi autori pre njega, da država može, potpuno postupajući po svom pozitivnom pravu i legitimno, da pokrene bilo kakav rat³⁵. U ljudskoj je naravi, tvrdio je Bekon, da ne ulazi u rat, sem ako to nije preventivni rat³⁶ o kome je govorio Makijaveli. Shvatanje „preventivnog“ nije dovoljno evoluiralo, ali sredstva za vođe-

³³ D.Tompson, navedeno delo, str.14.

³⁴ Fransis Bekon : *Eseji ili saveti politički i moralni*, Kultura, Beograd, 1962, str. 36-39.

³⁵ Fransis Bekon, navedeno delo, str.104.

³⁶ Preventivni rat, onaj koji je moguće o potrebu preduzeti kao meru opreza i sprečavanja neke druge države da prva napadne tu državu. Predstavljena kao privilegija od strane Makijavelija, bila je dvostruko nemoralna, politički i društveno, kao što je i primer koji navodi V.Stanovčić u svom delu: opravdavanje spaljivanja na lomači zato što se prolivanje krvi smatra pogrešnim.

nje ratova i masovna uništenja jesu. Njihova primena, shodno širokoj diskrecionoj oceni najmoćnijih su postale sredstvo za „legitimnu“ borbu protiv onih koji ne žele da žive po diktatu jačih, već samo po sopstvenom diktatu. Kraj 20. veka, kao i početak 21.veka obiluju takvim primerima iz prakse. Politička etika doživljava svoju ekspanziju, težeći više onoj amoralnoj, „tamnoj strani“ očuvanja na vlasti, bilo kojim sredstvima. Lekcije koje su trebale da se nauče posle dva svetska rata nisu ipak naučene, iako se čvrsto pozivamo na saradnju etike i politike³⁷.

Politika nije potpuno odvojena od etike već je njome obuhvaćena, te predstavlja „operacionalizaciju čitavog spektra moralnih dilema(povezanih sa opredeljivanjem i selekcijom između teorije i prakse, cilja i sredstava, namera i posledica i sl)“.³⁸ Politička etika, radi bolje i prosperitetnije budućnosti mora zahtevati stalno kvalitetne propise i institucije, a sa druge strane, mora da se bavi i sopstvenom nadogradnjom.³⁹ Sve u cilju, da politika više ne bude za etičara „svakodnevna petljavina“, a etičar za političara „zakeralo koji bi usred važnih poslova da se bavi nekim principima“.⁴⁰

³⁷Vojislav Stanovčić, navedeno delo.

³⁸Đorđe Stojanović : *Odnos etike i politike od realističkog ka post-strukturalističkom pristupu problema*, Srpska politička misao, br.4/2010, str. 25.

³⁹Bernard Sutor : *Politická etika, Praha, 1996, s. 69-74.*

⁴⁰Slobodan Jauković: *O uzajamnosti politike i etike*, *Arhe*, V, 10/2008, dostupno i na : <http://www.arhe.rs/de/arhe-10/o-uzajamnosti-politike-i-etike>

*Dragana Ćorić, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Glosa about Political Ethics

Abstract: *Debates about political ethics aren't new. They have been present since ancient Greek philosophers. Machiavelli set some new principles, regarding amoral behavior of the prince, which could be quite legitimate and legal. He didn't invented anything new, he just admitted that, that was the reality. Some modern authors think that ethics and politics should be departed always, some other think that they should cooperate. In the end of the day, the voters are those who must face with amoral behavior of politicians, because it seems that politicians don't recognize ethics at all? Or is it just look like? In this paper, we will try in short to tell something about origins of political ethics, its burning issues, and about possible ways of implementation of political ethics and its development.*

Key words: *ethics, politics*

*Dr Sanja Radovanović, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

UPOTREBA RAČUNARSKOG PROGRAMA U CLOUD COMPUTING-U¹

Sažetak: Digitalizacija u savremenoj komunikaciji, do koje je dovela izuzetna dinamika kompjuterske tehnologije, bitno menja i način društvenog, kulturnog, poslovnog života savremenog čoveka. Njegovo središte se izmešta iz sfere realnog u sferu virtuelnog okruženja. Istovetan proces se odvija i u domenu razmene informacija, uz pomoć usluga cloud computing-a. Ovaj novi vid komunikacije otvorio je brojna pravna pitanja, naročito u oblasti autorskog prava. U ovom radu ćemo se baviti jednim od njih: pitanjem dopuštenosti upotrebe računarskog programa u cloud okruženju, s obzirom na to da se unutar njega odvijaju specifični procesi. Važeći propisi ne sadrže nikakve izričite odredbe o umnožavanju računarskih programa na ovaj način. Stoga ćemo nastojati da, s aspekta pozitivnog prava, damo odgovore na pitanja koja se tiču korisnika računarskih programa.

Ključne reči: cloud computing, umnožavanje računarskog programa, uobičajena namenska upotreba, smeštanje programa u memoriju računara, puštanje programa u rad

1. Uopšte o cloud computing-u

Izrazom *cloud computing* (računarski oblak)² se označavaju kompjuterski resursi (hardver i softver) koji se korisnicima stavljaju na raspolo-

¹ Rad je posvećen projektu „TEORIJSKI I PRAKTIČNI PROBLEMI U STVARANJU I PRIMENI PRAVA (EU I SRBIJA)“, koji finansira Pravni fakultet u Novom Sadu

² Iako smatramo poželjnim da se pronade korektan i običnim korisnicima dovoljno razumljiv prevod već ustaljene engleske terminologije u informatičkim krugovima, u ovom slučaju nam se čini prihvatljivijim engleski termin. Naime, srpski prevod (računarski oblak) ne možemo smatrati funkcionalnim jer obični korisnici ne mogu ni da pretpostave šta iza ovog jezičkog izraza zapravo stoji.

ganje sa udaljenih lokacija, najčešće putem Interneta,³ ali i usluge isporučivanja različitih aplikacija sa tih resursa.⁴ Dakle, korisniku *cloud*-a se stavlja na raspolaganje računarska infrastruktura (IaaS), platforma (PaaS) ili softver (SaaS). Time mu se omogućava da sa svog uređaja (računara – stonih, prenosnih, tablet; mobilnog telefona), pristupa raznovrsnim sadržajima koji se nalaze u udaljenom hardverskom uređaju (serveru), odnosno da pokreće računarske programe različitih vrsta i namena, ali i da razmenjuje informacije sa drugim korisnicima. Svojstvo korisnika stiče se zaključivanjem ugovora sa *cloud* provajderom (najčešće otvaranjem nalog, odnosno registracijom), a preuzimanje sadržaja se vrši na osnovu ugovora o licenci sa nosiocem prava.

Suštinski, *cloud computing* predstavlja zapravo virtuelno umrežavanje. Reč je o računarskom programu koji simulira rad jednog ili više računara-servera. Praktično, u mreži računara može da se nalazi samo jedan server, a da se za nekoliko dodatnih uređaja simulira ista funkcija. Zbog toga je *cloud* vrlo dinamična mreža.

Razmena informacija putem *cloud computing*-a ima veliki tržišni potencijal, što ga čini atraktivnim modelom poslovanja.⁵ Ujedno, ova svojevrсна virtuelizacija računarske tehnologije otvara niz pravnih pitanja. U kontekstu ovog rada, istaći ćemo ona koja se tiču dozvoljenog umnožavanja računarskog programa.

2. Pojam umnožavanja računarskog programa

Prema Zakonu o autorskom pravu i srodnim pravima, autor ima isključivo pravo da drugome zabrani ili dozvoli beleženje ili umnožavanje svog dela, na bilo koji telesni ili bestelesni, trajni ili privremeni, posredni ili neposredni način.⁶ Ako je autorsko delo računarski program, umnoža-

³ Vid. Peter Mell, Timothy Grance, *The NIST Definition of Cloud Computing*, Recommendations of the National Institute of Standards and Technology, NIST Special Publication 800-145, National Institute of Standards and Technology, U.S. Department of Commerce, <http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800/145/SP800-145.pdf>, 14. mart 2013.

⁴ Vid. Michael Armbrust, Armando Fox, Rean Griffith, Anthony D. Joseph, Randy Katz, Andy Konwinski, Gunho Lee, David Peterson, Ariel Rabkin, Ion Stoica, Matei Zaharia, *A View of Cloud Computing*, Communications of the ACM, Volume 53, Issue 4, April 2010, 50, http://delivery.acm.org/10.1145/1730000/1721672/p50-armbrust.pdf?ip=188.246.48.223&acc=OPEN&CFID=193934598&CFTOKEN=78756548&__acm__=1363711933_1493e1a8c5658af1ddb7f9580b39800, 17. mart 2013.

⁵ U tom smislu, postoji nekoliko vrsta *cloud*-a, od javnog do privatnog, prema krugu subjekata je njime obuhvaćen.

⁶ Zakon o autorskom i srodnim pravima – ZASP, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2009, 99/2011 i 119/2012, čl. 20, st. 1. i Directive 2001/29/EC of the European Parliament and

vanjem se smatra i smeštanje celog ili dela programa u memoriju računara, odnosno puštanje programa u rad na računaru.⁷

Zakonsko određenje pojma umnožavanja predstavlja recepciju nadnacionalnih propisa koji regulišu, makar fragmentarno, pitanje pravne zaštite računarskih programa. Potreba za proširivanjem pojma umnožavanja u kontekstu računarskog programa proizlazi iz njegove specifične prirode i načina na koji se on upotrebljava. Naime, umnožavanje računarskog programa predstavlja jedini način njegove upotrebe. S tim u vezi, zakonska rešenja većine savremenih država, iako prihvataju literarni obrazac njihove zaštite, računarske programe izričito izuzimaju iz ograničenja autorskog prava na umnožavanje za privatne potrebe.⁸ U suprotnom, svako korišćenje računarskog programa smatralo bi se umnožavanjem za privatne potrebe, odnosno, s aspekta korisnika, bilo bi dozvoljeno. Time bi se odstupilo od obima i cilja postojećih ograničenja autorskih prava, čija je prvenstvena svrha pomirenje interesa titulara prava i korisnika autorskih dela.⁹

of the Council on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in - the information society – D.2001/29, *Official Journal of the European Communities*, br. L 167, 22.06.2001, čl. 2

⁷ ZASP, čl. 20, st. 4

⁸ U našem pravu: ZASP, čl. 46, st. 3, tač. 5

⁹ Prema odredbama Bernske konvencije, zemljama članicama Unije za zaštitu prava autora, koja je ovom Konvencijom obrazovana, ostavljeno je pravo da dozvole umnožavanje dela u izvesnim posebnim slučajevima, pod uslovom da ovo umnožavanje ne ide na štetu redovnog korišćenja dela i da ne nanosi neopravdanu štetu zakonitim interesima autora. Ovom odredbom uspostavljen je tzv. *three-step test* (testiranje u tri koraka) koje se svodi na utvrđivanje 1) da li je iskorišćavanje u konkretnom slučaju obuhvaćeno zakonskim ograničenjima; 2) da li je u suprotnosti sa normalnim iskorišćavanjem dela i 3) da li nerazumno vredi legitimne interese autora. Vid. Bernsku Konvenciju za zaštitu književnih i umetničkih dela, čl. 9, st.2. u Vladimir Todorović, *Međunarodni ugovori – Intelektualna i druga dobra*, knjiga 7 tom I, Službeni glasnik, Beograd, 2000. Vidi još: Martin Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test – An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, Kluwer Law International, The Hague, London, New York 2004. Direktiva 91/250 o pravnoj zaštiti računarskih programa (vid. V. Todorović, *op.cit.*, str. 187-195) počiva na principima Bernske konvencije o uravnoteženju interesa. Vid: „Green Paper on Copyright and Challenge of Technology – Copyright Issues Requiring Immediate Action“, COM (88) 172 final, 10.11.1988, http://aei.pitt.edu/1209/01/copyright_and_tech_gp_COM_88_172.pdf, 4. jun 2009. U kontekstu prava na umnožavanje, Direktiva 91/250 priznaje ovo isključivo pravo autoru, ali predviđa i određena ograničenja, (čl. 5. i 6.). TRIPS, slično Bernskoj konvenciji, predviđa obavezu za države članice da ograničenja ili izuzetke od isključivih prava (svih, a ne samo umnožavanja) suze na određene posebne slučajeve, koji nisu protivni uobičajenom iskorišćavanju dela i kojima se ne nanosi neopravdana šteta zakonitim interesima titulara prava. Vid. Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine (Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights) – TRIPS, čl. 13, V. Todorović, *op.cit.*

Pored toga, sačinjavanje kopija računarskog programa je u današnjem digitalnom okruženju izuzetno lak, brz i jeftin posao. Stoga, autor računarskog programa nosi mnogo veći rizik od nedozvoljenog i nekontrolisanog umnožavanja i distribuisanja njegovog dela, nego što je to slučaj sa tradicionalnim literarnim delima.

Posmatrano s aspekta korisnika, funkcionisanje programa nije zamislivo bez određenih činjenja, koja ulaze u pojam umnožavanja, a time i u isključivo ovlašćenje autora. Rukovodeći se potrebom uspostavljanja ravnoteže između suprotstavljenih interesa, u propisima o pravnoj zaštiti računarskih programa, isključivo ovlašćenje autora na umnožavanje prati i suspenzija istog ovlašćenja. Prema našem Zakonu, lice koje je na zakonit način pribavilo primerak računarskog programa, **radi sopstvenog uobičajenog namenskog korišćenja** može da **smešta** program u memoriju računara i **pušta** u rad¹⁰, kao i da načini jedan **rezervni primerak** računarskog programa na trajnom telesnom nosaču¹¹. U daljem tekstu ćemo odrediti domet suspenzije kada je u pitanju upotreba računarskog programa u *cloud computing*-u.

3. Smeštanje programa u memoriju računara i puštanje u rad

U tehničkom smislu, *cloud computing* omogućava korisniku računarskog programa da program smešta u memoriju računara koji nije u njegovoj fizičkoj vlasti, te da ga pušta u rad i sačinjava rezervne kopije. S pravnog aspekta, ova umnožavanja su dozvoljena ukoliko je između korisnika i *cloud* provajdera zaključen ugovor o licenci (u daljem tekstu, *cloud* ugovor o licenci). Nama se, međutim, čini zanimljivim pitanje da li ugovor o licenci za upotrebu računarskog programa na uređaju korisnika (nadalje, klasični ugovor o licenci računarskog programa), može da aktivira suspenziju automatskog isključivog ovlašćenja i za umnožavanja koja se odvijaju u *cloud*-u, odnosno da li se odredbe o suspenziji mogu primeniti i kod *cloud* ugovora o licenci. Još preciznije, da li svaki legalni imalac kopije računarskog programa ima osnov (zakonski) za njegovu upotrebu i u *cloud computing*-u.

Naši važeći propisi o tome ne sadrže izričite odredbe. To je sasvim razumljivo, budući da se pravna zaštita računarskih programa zasniva na Direktivi 91/250 o pravnoj zaštiti računarskih programa, kojom se težilo

225-347. Isti smisao sadržan je i u odredbi WIPO Ugovora o autorskom pravu. Čl. 10. ovog Ugovora glasi: Ugovorne strane mogu u svojim nacionalnim zakonodavstvima da predvide ograničenja ili izuzetke od prava priznatih autorima književnih i umetničkih dela na osnovu ovog ugovora, u onim posebnim slučajevima koji nisu protivni uobičajenom iskorišćavanju dela i kojima se ne nanosi neopravdana šteta legitimnim interesima autora. Vid. u: V. Todorović, *op.cit* 85-93.

¹⁰ ZASP, čl. 47, st.1, tač. 1

¹¹ ZASP, čl. 47, st.1, tač. 3

pronalaženju rešenja za aktuelne probleme onog vremena i onog stepena razvoja računarske tehnologije.

Štaviše, situacija nije drugačija ni na globalnom nivou. Značajnijih novina u pogledu sadržine prava autora računarskog programa, odnosno legalnih korisnika, naročito onih koja se tiču sve zastupljenijeg *cloud computing*-a, nema ni u propisima novijeg datuma.¹² Stoga pitanje da li je moguća primena odredaba o ograničenju isključivog ovlašćenja na umnožavanje računarskog programa ima ne mali praktični značaj. S jedne strane, od toga zavisi punovažnost pojedinih odredbi brojnih *cloud* ugovora o licenci. S druge strane, korisniku se pomenutom suspenzijom autorskog prava opredeljuje obim dozvoljenog umnožavanja, odnosno upotrebe u *cloud* okruženju. U tom smislu, analiziraćemo aspekte zakonski dozvoljenog umnožavanja računarskog programa u kontekstu procesa koji se odvijaju u okviru *cloud computing*-a.

U prvom redu, polazimo od opšteprihvaćenog mišljenja u informatičkim stručnim krugovima da je sačinjavanje kopije računarskog programa u radnoj memoriji računara neophodno za redovnu upotrebu. U pravnom (a i tehničkom) smislu, pojmom umnožavanja obuhvaćeno je svako ponovno pokretanje računarskog programa, ali i njegovo presnimavanje na nepokretnu ploču računara, kao i svako drugo instalisanje, koje je potrebno za kasnije pokretanje programa.¹³

Tehnički posmatrano, korisnik može da upotrebljava program koji je zabeležen na fizičkom nosaču podataka (npr. CD-u) direktno sa medijuma. Međutim, takvo postupanje ograničava funkcionalnost programa, budući da u velikoj meri usporava računarski sistem.¹⁴

Naš Zakon ne ostavlja nikakvu dilemu u pogledu dopuštenosti smeštanja programa u memoriju i puštanja u rad.¹⁵ Kao što je već navedeno,

¹² Vid. *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Unleashing the Potential of Cloud Computing in Europe*, COM (2012)529 final, http://ec.europa.eu/information_society/activities/cloudcomputing/docs/com/com_cloud.pdf, 15. mart 2013; *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Regions – A Single Market for Intellectual Property Rights, Boosting creativity and innovation to provide economic growth, high quality jobs and first class products and services in Europe*, COM(2011) 287 final, http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/ipr_strategy/COM_2011_287_en.pdf, 15. mart 2013.

¹³ O postupcima koji se odvijaju prilikom pokretanja računarskih programa i uopšte njihove upotrebe vidi: Manfred Kindermann, „Vertrieb und Nutzung von Computersoftware aus urheberrechtlicher Sicht“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - GRUR*, 4/1983, 150.

¹⁴ Shristoph A. Baus, *Verwendungsbeschränkungen in Softwareüberlassungsverträgen*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2004, 267.

¹⁵ ZASP, čl. 47, st.1, tač. 1

lice koje je legalno pribavilo primerak računarskog programa ove radnje može da preduzima bez saglasnosti autora i bez plaćanja naknade. Zakonske odredbe softverski značajnijih evropskih država mogu uneti izvesnu sumnju. Tako, nemački Zakon o autorskom pravu propisuje da, *ukoliko ne postoje posebne ugovorne odredbe*, legalni sticalac računarskog programa ne treba da zahteva saglasnost nosioca prava za preduzimanje radnji koje su *neophodne za upotrebu* programa u skladu sa nameravanom svrhom, uključujući i ispravljanje grešaka.¹⁶ Jezičkim tumačenjem bi se moglo zaključiti da se ugovornim odredbama može ograničiti pravo korisnika da program smešta u memoriju računara i pušta u rad. Ipak, ovu odredbu ne bi trebalo posmatrati izolovano od cilja koji se želeo postići normativnim uređenjem ove vrste autorskih dela,¹⁷ niti od opštih pravila ugovornog prava. U tom smislu, čine se ništavim odredbe ugovora kojima se takvo pravo isključuje, jer su protivne cilju ugovora¹⁸ o prenosu prava iskorišćavanja računarskog programa. Iz istih razloga, pravo korisnika na umnožavanje u navedenom smislu garantuje se i onda kada to saugovarač, odnosno nosilac autorskog prava na programu nije uzeo u obzir.

Engleski Zakon dozvoljava legalnom pribaviocu da umnožava kompjuterski program kada je to *u skladu sa ovlašćenom upotrebom*.¹⁹

U američkom pravu se ne smatra povredom ukoliko vlasnik primerka, ili lice koje on ovlasti, umnožava računarski program u obimu koji predstavlja suštinski akt upotrebe na računarskom uređaju.²⁰ Tamošnja sudska praksa dozvoljenim umnožavanjem smatra pokretanje programa sa nosača podataka, ali ne i njegovo smeštanje u memoriju računara.²¹

¹⁶ Nemački Zakon o autorskom pravu (Urheberrechtsgesetz (UrhG), <http://www.gesetze-im-internet.de/urhgf/>, 1. decembar 2009, UrhG), čl. 69d, st.1. Ova odredba štaviše predviđa da legalni sticalac, pod navedenim uslovima, ne mora da zahteva saglasnost ni za jednu radnju iskorišćavanja programa, osim distribucije i zakupa, ali smo se u kontekstu ovog dela rada zadržali samo na ovlašćenju autora na umnožavanje.

¹⁷ Vid. Reasons RiLi 91/250 on legal protection of computer programs, www.europa.eu.int/eur-lex/de/lif/dat/1991/de39IL02S0.html, 22. maj 2006.

¹⁸ Nemački Građanski zakonik, Bürgerliches Gesetzbuch - BGB, http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html, 9. decembar 2007, čl. 133. i 157. Isto rešenje poznaje i francusko pravo. Code de la Propriété Intellectuelle, Intellectual Property Code (IPC), - http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=180336, 1. decembar 2009 - IPC, čl. L122-6, L122-6-1, st.1.

¹⁹ Engleski Zakon o autorskom pravu, dizajnu i patentima, Copyrights, Designs and Patents Act - CDPA, http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1988/UKpga_19880048_en_1.htm, 12. april 2006, čl. 50C, st.2.

²⁰ Američki Zakon o autorskom pravu, The US Code, Title 17 (*Copyright Act*), <http://www.law.cornell.edu/copyright/>, 6. april 2008, čl. 117, st.a, tač. 1

²¹ Vid. *Allen-Myland, Inc. v. IBM Corp.*, 746 F. Supp. 520, y: Stephen Fishman, *Copyright Your Software*, Nolo Press, Berkeley, 1998, 12/6.

Međutim, umnožavanje programa u radnoj memoriji računara može da bude obuhvaćeno *fair use* doktrinom.²² To zapravo znači da povreda prava načelno postoji, ali se subjekt može braniti pozivom na njenu primenu.

S aspekta korisnika je problematičnija okolnost da odredba američkog *Copyright Act*-a isključenje odgovornosti zbog preduzimanja navedenih činidbi predviđa samo za vlasnika (*owner*) primerka programa, a ne za bilo kog drugog legalnog korisnika.²³ Sudska praksa je ovoj odredbi dala šire značenje. U tom smislu interesantan je zaključak suda u *Vault Corp. v. Quaid Software*²⁴ da se odredbe *Louisiana Software License Enforcement Act*-a, kojima se dozvoljavaju određene restrikcije upotrebe u ugovoru o licenci (konkretno: umnožavanje, prerade, prevođenje), protive federalnom *Copyright Act*-u, budući da potonji isto pitanje reguliše na drugačiji način u pomenutoj odredbi o ograničenjima isključivih ovlašćenja autora kompjuterskih programa.²⁵

Dopuštenost umnožavanja u navedenom smislu nadalje proizlazi iz doktrine razvijene u autorskom pravu precedentnih pravnih sistema o tzv. implicitnim licencama (*implied licences* u engleskom pravu, *implied conduct* u američkom), prema kojoj se određene „dozvole“ podrazumevaju i kada nisu izričito obuhvaćene saglasnošću, ukoliko vršenje određenih isključivih ovlašćenja autora proizlazi iz prirode ugovora, a u skladu je sa izričitim ugovornim odredbama i celokupnim kontekstom ugovornog odnosa.²⁶ Tako, američki sud ističe mišljenje da „nijedna razumna osoba ne može očekivati da mu bude uskraćeno pravo na instalisanje programa, budući da se ono podrazumeva u upotrebi istog“.²⁷

Dakle, smeštanje programa u radnu memoriju računara, koje je neophodno za redovnu upotrebu, ni u precedentnom pravu ne predstavlja povredu autorskog prava.²⁸

²² Stephen M. McJohn, „Fair Use of Copyrighted Software“, *Rutgers Law Journal*, Vol. 28, 1996-1997, 601-604

²³ The U.S. Code, Title 17, čl. 117.

²⁴ Vid. *Vault Corporation v. Quaid Software Limited*, 847 F. 2d 255 (5th Cir. 1988), No. 87-3516, [http://209.85.129.132/search?q=cache:z1ONWi8kwpEJ:openjurist.org/847/f2d/255+847+F.+2d+255+\(5th+Cir.+1988\)&cd=2&hl=sr&ct=clnk](http://209.85.129.132/search?q=cache:z1ONWi8kwpEJ:openjurist.org/847/f2d/255+847+F.+2d+255+(5th+Cir.+1988)&cd=2&hl=sr&ct=clnk), 17. decembar 2007.

²⁵ U kontekstu ugovora o licenci značajna je činjenica da se Sud poziva na odredbe Zakona koje propisuju ograničenja autorskog prava u korist vlasnika primerka računarskog programa (a ne legalnog pribavioca).

²⁶ Lionel Bently, Brad Sherman, *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, New York 2009, 256 i tamo navedenu sudsku praksu.

²⁷ Vid. *Davidson & Associates, Inc. v. Internet Gateway*, 334 F. Supp. 2d 1164, 2004 U.S. Dist. Lexis 20369, Copy. L. Rep. (CCH) P28, 888, u pravnoj bazi LexisNexis, www.lexisnexis.com, 29. mart 2009.

²⁸ U Austriji i Finskoj predviđeni su čak i širi izuzeci od isključivih ovlašćenja autora računarskog programa budući da odredbe tamošnjih zakona ne sadrže čak ni uslov „u

Japanski zakonodavac pod umnožavanjem podrazumeva sačinjavanje kopija u telesnoj formi štampanjem, fotografisanjem, fotokopiranjem, zvučnim ili vizuelnim snimanjem ili sličnim metodom²⁹. Insistiranjem na „telesnoj formi“ u pojmu umnožavanja se, zapravo, opredeljuje pretpostavljena namera ovakvih činjenja: sačinjene kopije treba da omoguće ponovnu upotrebu u bilo kom momentu.³⁰ Shodno tome, instalisanje programa u memoriju računara predstavlja umnožavanje. Istim pojmom se ne obuhvata pokretanje programa, već ono predstavlja upotrebu dela koja ne spada u isključiva autorskopravna ovlašćenja. Stoga, ni saglasnost autora nije potrebna.³¹

Neznatne razlike u normativnoj uređenosti ovog problema nisu takvog kvaliteta da utiču na nepodeljeno mišljenje, koje vlada u pravnim i informatičkim krugovima, da se smeštanje računarskog programa u memoriju i njegovo puštanje u rad smatraju neophodnim činjenjima za svrshodnu upotrebu.³² Isti stav zauzima i sudska praksa, kako precedentnog tako i kontinentalnog prava. Saglasnost nosioca prava se podrazumeva, odnosno ona čini obavezni deo ugovora kojim se ustupa ovlašćenje upotrebe.³³ Zaključujući takav ugovor, nosilac prava se sa takvim umnožavanjem konkludentno saglasio.

U *cloud* okruženju, pitanje ovlašćenja licencnog korisnika da računarski program smešta u memoriju se postavlja samo za one programe

skladu sa nameravanom svrhom“. Vid. „Report from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee on the Implementation and effects of Directive 91/250/EEC on the legal protection of computer programs“, COM (2000) 199 final, 10.04.2000, 12.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0199:FIN:EN:PDF>, 30. januar 2009.

²⁹ Japanski Zakon o autorskom pravu, Japanese Copyright Act – JCA, http://www.cric.or.jp/cric_e/clj/clj.html, 12. april 2008, čl. 2, st.1, tač. xv

³⁰ Naoki Koizumi, The New or Evolving „Access Right“, www.alai-usa.org/2001_conference/press_koizumi.doc, 22. mart 2009.

³¹ Ovaj zaključak proizlazi iz odredbe o sekundarnoj povredi autorskog prava, kojom se predviđa odgovornost za upotrebu u navedenom smislu, samo ukoliko je u pitanju piratska kopija, a korisnik je znao za tu okolnost. Vid. JCA, čl. 113, st.2.

³² Vid. Manfred Kindermann, *op.cit.*, 150, 154 i dalja izlaganja.

³³ U Engleskoj je ova doktrina poznata kao „implied use rights“. Vid. Bridget Czarnosta, Robert J. Hart, *Legal Protection of Computer Programs – A Guide to the I Directive*, Butterworths, London 1991, 65; Raymond Nimmer, *The Law of Computer Technology: Rights, Licenses, Liabilities*, Thomson, West 2004, 115. U pogledu nemačke literature vidi: Jochen Marly, *Softwareüberlassungsverträge*, Verlag C.H. Beck, München, 2004, par. 891; M. Kindermann, 150; Michael Lehmann, „Das neue Software-Vertragsrecht – Verkauf und Lizenzierung von Computerprogrammen“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 29/1993, 1822; C. Baus, 267; kao i odluke nemačkih sudova: odluka Vrhovnog suda, br. VIII ZR 43/86, *Neue Juristische Wochenschrift*, 33/1987, 2004-2005; odluka Vrhovnog suda, br. I ZR 139/89, *Neue Juristische Wochenschrift*, 19/1991, 1231-1234.

koji nisu instalisani na raspoloživom *cloud* serveru (tzv. računarski program trećeg lica). U suprotnom, reč je o puštanju programa u rad, o čemu će kasnije biti više reči. Pri tom, mogućnost da se računarski program smešta u memoriju računara, odnosno da se instališe u *cloud*-u je prvenstveno tehničke prirode.³⁴ Za sada samo mali broj servera može da pruži takvu uslugu (primera radi, *Microsoft*-ov *Windows Azure*), ali se time ne umanjuje značaj pitanja dopuštenosti navedenih činjenja. Poto-nja konstatacija se nameće приметnom ekspanzijom ovakvog vida raz-mene podataka.

Nadalje ćemo da analiziramo napred izložene aspekte neophodnih umnožavanja, uz uvažavanje posebnosti *cloud computing*-a.

3.1. Memorija *cloud* servera kao drugi računar korisnika

Pristup podacima koje korisnik smešta u „pozajmljeni“ deo memorije je, po pravilu, moguć samo uz njegov pristanak. *Sloud* na taj način preuzima funkciju drugog računara, te se postavlja pitanje da li se smešta-nje programa u memoriju dva računara koja pripadaju istom korisniku može smatrati uobičajenim namenskim korišćenjem. Klasični ugovori o licenci često sadrže odredbe kojim se zabranjuje ovakva upotreba (klau-zule jednogprocesorne upotrebe, tzv. *CPU (Central Processor Unit)* klau-zule). Stoga ćemo najpre analizirati da li ugovorna zabrana upotrebe raču-narskog programa na više od jednog uređaja istog korisnika predstavlja dozvoljeno predmetno ograničenje autorovog isključivog ovlašćenja na umnožavanje ili se njome, zapravo, ograničava redovna upotreba. Dru-gim rečima, potrebno je odrediti da li višestruko umnožavanje od strane jed-nog subjekta predstavlja samostalan oblik iskorišćavanja. Pri tom, uzima-mo u obzir činjenicu da li ovakvom upotrebom nosilac prava ostvaruje posebnu ekonomsku vrednost ili ne.

Naime, ukoliko jedno lice raspolaže primerkom računarskog progra-ma, upotreba na više računara postaje pitanje komfora, ličnog ili poslov-nog, a ne svrsishodnosti. Pri tom, nosilac prava nije nužno lišen prihoda od svog autorskog dela, budući da je korisnik takav jedan primerak već pribavio i da verovatno neće želeći da plati dvostruku cenu za zadovolja-vanje istih potreba.

Imajući u vidu, s jedne strane, da je saglasnost za upotrebu računar-skog programa već data odnosnom subjektu i, s druge strane, realno malu

³⁴ Prema trenutnim tehničkim karakteristikama većine *cloud* okruženja, kao što je *Google disk* i sličnih, nije moguće instalisati programe „po želji“. Razlog tome je činjenica da je na Internetu još uvek dominantan *HyperText Markup Language (HTML)*, koji se prepoznaje u nekom od Internet pregledača (*browser*), kao što su *IE*, *Firefox*, *Chrome* itd.

verovatnoću da će davalac licence za takvu upotrebu da primi još jednu licencnu naknadu, upotreba programa od strane jednog subjekta na više računarskih uređaja, u privrednom smislu, predstavlja jednu radnju iskorišćavanja. Iz navedenog proizlazi da su *CPU* klauzule zapravo vid predmetnog ograničenja ustupljenog ovlašćenja na umnožavanje i njihova punovažnost se, s aspekta autorskog prava, ne dovodi u pitanje.

To bi značilo da licencni korisnik može da instalira računarski program u *cloud*-u samo ako se sa tim saglasi nosilac prava. Naravno, s obzirom na to da je reč o predmetnom ograničenju, saglasnost se podrazumeva ukoliko u klasičnom ugovoru ne postoji *CPU* klauzula.

Ovo je svakako tačno u onim slučajevima kada je računarski program već instalisan na uređaju korisnika. Ukoliko je, pak, virtuelna memorija jedina lokacija na kojoj se program instalira, postavlja se pitanje da li je moguće ovakvo umnožavanje obuhvatiti suspenzijom isključivog ovlašćenja nosioca prava. Drugim rečima, da li je moguće smeštanje u memoriju udaljenog računara smatrati neophodnim za svrsishodnu upotrebu i da li se time narušava legitimni interes autora. Naravno, ovde se pitanje svrsishodnosti ograničava samo na lokaciju na kojoj se instalisanje vrši, a ne i na sâm akt.

Zakonska odredba ne insistira na tome da uređaj u čiju se memoriju program instalira bude u neposrednoj državini korisnika (što se u vreme njenog donošenja nije ni činilo spornim). Ipak, okolnost da su hardverski i softverski resursi *cloud computing*-a prilično dinamični, kako u pogledu subjekata koji imaju kontrolu nad njima, tako i u pogledu njihovih lokacija, bitno zadire u interese nosioca prava. S druge strane, smatramo da je izbor korisnika da angažuje kapacitete *cloud computing*-a stvar njegovog komfora (da mu program bude dostupan sa bilo kog uređaja, bilo kada), a ne nužnosti. Samim tim, mišljenja smo da je za ovakvo umnožavanje potrebna posebna saglasnost autora, s razloga koji će biti objašnjeni u narednom delu.

3.2. Smeštanje računarskog programa u memoriju cloud servera kao oblik umrežavanja

Okolnost koja smeštanje programa u memoriju *cloud* servera izdvaja iz okvira napred navedenih neophodnih umnožavanja jeste ta da *cloud computing* predstavlja svojevršno umrežavanje. Sledstveno, nameće nam se pitanje da li je upotreba računarskog programa u mreži neophodna za njegovu redovnu upotrebu, što bi se analogno moglo odraziti i na *cloud* mreže. U autorskopравnom smislu izdvajaju se dva aspekta umrežavanja: činjenje dela dostupnim javnosti i umnožavanje.

3.2.1. Smeštanje programa u memoriju cloud servera kao činjenje dela dostupnim javnosti

Prema Zakonu o autorskom i srodnim pravima, autor ima isključivo pravo da drugome zabrani ili dozvoli javno saopštavanje dela, uključujući činjenje dela dostupnim javnosti žičnim ili bežičnim putem na način koji omogućuje pojedincu individualni pristup delu sa mesta i u vreme koje on odabere.³⁵

Polazeći od tehničkih aspekata umrežavanja u opšte, pa i *cloud computing*-a, moglo bi se smatrati da je ovom zakonskom odredbom obuhvaćen i ovaj oblik korišćenja računarskog programa. U tom smislu, upotreba u *cloud* mreži bez izričite saglasnosti titulara predstavlja zapravo povredu prava. Ipak, postoje razlozi koji relativizuju ovakav zaključak.

Naime, ključni momenat u određivanju da li navedena zakonska odredba može da obuhvati mrežnu upotrebu jeste pitanje javnosti, odnosno pitanje da li korisnici, kojima je obezbeđen pristup masovnom serveru, mogu da se smatraju javnošću u autorskopravnom smislu.

Za autorskopравни појам јавности није од одлучујућег значаја број лица којима се неко дело саопштава, односно који су у могућности да се са делом упознају, него чињеница да се тај број не може унапред знати, нити се могу индивидуализовати лица којима је дело доступно. Поједностављено, јавност у ауторскоправном смислу представља неодређени број неодређених лица.³⁶ Suprotno, ukoliko se дело саопштава tačno određenom broju лица, која су при том још и индивидуализована, реč је о дозвољеној радњи искоришćаванја дела у приватном кругу, за који није потребна посебна сагласност аутора.

Kada je reč o *cloud computing*-u, odgovor se ne može dati jednoobrazno, a razlog je tehničke prirode. Naime, krug subjekata koji su „virtuelno“ umreženi može biti različit, kao i cilj njihovog povezivanja na ovaj način.

Kada je reč o tzv. javnim *cloud computing* mrežama, smeštanje programa na *cloud* server u potpunosti odgovara pojmu javnosti u iznesenom smislu. Međutim, kada je reč o istovrsnim privatnim mrežama, postojanje javnosti se dovodi u pitanje. Umrežavanje najčešće predstavlja način na koji jedan subjekt organizuje obavljanje svoje delatnosti. Shodno tome, korisnici koji su priključeni na glavni kompjuterski terminal ne mogu se

³⁵ ZASP, čl. 30.; WIPO Ugovora o autorskom pravu, čl. 8.; WIPO Ugovora o interpretacijama i fonogramima, čl. 14.; Direktiva 2001/29, čl. 3(1) i (2)

³⁶ Za određivanje pojma javnosti postoje i alternativni kriterijumi koji u ovom slučaju nisu relevantni. Upućujemo na: Slobodan Marković, *Autorsko pravo i srodna prava*, Službeni glasnik, Beograd, 1999., str. 155.

smatrati javnošću. Oni predstavljaju, zapravo, deo tog subjekta i poslovi koje obavljaju u okviru radnog vremena i radnog mesta su u funkciji zadovoljavanja potreba subjekta o kojem je reč. Korisnici koji su umreženi u okviru jednog legalnog imaoaca računarskog programa, čine krug lica koja imaju zajednički, jasno definisan poslovni interes. Štaviše, reč je o jednom pravnom subjektu.

Ništa drugačije nije ni ako se *cloud computing* formira za potrebe koje se ne bi mogle smatrati poslovnim. Takav bi slučaj, primera radi, bio kod umrežavanja računara nekoliko korisnika koji su povezani ličnim, odnosno privatnim interesima. Tada se precizno zna koji računari čine *cloud* i, po pravilu, broj tih računara nije veliki, a momenat privatnosti je još više izražen.

Iz ove kratke analize zaključujemo da se upotreba računarskog programa u *cloud computing*-u, kao virtuelnoj mreži, ne može smatrati *a priori* nedozvoljenom. Međutim, ukoliko je smeštanje računarskog programa u memoriju *cloud* servera dopušteno s aspekta činjenja dela dostupnim javnosti, nadovezuje se pitanje da li je ono dopušteno i s aspekta umnožavanja.

3.2.2. Smeštanje računarskog programa u memoriju *cloud* servera kao umnožavanje

Kada se smeštanjem programa u memoriju *cloud* servera ne vrši povreda autorovog ovlašćenja na javno saopštavanje, u prethodno navedenom smislu, podrazumeva se postojanje nekog zajedničkog, najčešće poslovnog, interesa korisnika koji su povezani putem *cloud computing*-a. Time se i pitanje dopuštenosti umnožavanja u kontekstu mrežne upotrebe čini složenijim.

Naime, moguće je da legalni imalac primerka računarskog programa pribavlja taj program upravo radi zadovoljavanja određenih potreba, a umrežavanje je jedan od načina na koji on te potrebe zadovoljava (naročito kada je reč o obavljanju poslovne delatnosti). Da li ova okolnost izjednačava mrežnu upotrebu sa redovnom? Drugim rečima, šta se smatra svrshodnom upotrebom računarskog programa, u kontekstu umrežavanja?

Ako se uzme u obzir da računarski program predstavlja niz instrukcija pomoću kojih se upravlja računarom radi postizanja određenog rezultata, odnosno izvršavanja određenih zadataka, može se zaključiti da je svrha zaključivanja ugovora o licenci ispunjena ukoliko je korisnik omogućen da njegovom upotrebom ostvari navedene ciljeve.³⁷ Drugim reči-

³⁷ Vid. Sanja Radovanović, *Ugovor o licenci softvera*, Centar za izdavaštvo i informisanje, Pravni fakultet u Beogradu, 2012, str. 203.

ma, umnožavanje možemo smatrati dozvoljenim samo ako je neophodno za iskorišćavanje dela, odnosno ukoliko bez takvih radnji upotreba programa nije moguća ili je znatno otežana. S aspekta nosioca prava, više korisnika predstavlja veći prihod, jer će svaki od njih pribaviti primerak potrebnog računarskog programa. Stoga, svako umnožavanje radi mrežne upotrebe predstavlja samostalni akt, nezvan za svrsishodnu upotrebu, što je napred već detaljno izloženo.

U tom smislu, odmeravanjem interesa nosioca prava i korisnika nam se nameće zaključak da umnožavanje računarskog programa za potrebe umreženih korisnika prelazi granice neophodnog. Sledstveno, istovremeno višestruko korišćenje, o kojem je reč kod mrežne upotrebe, ne može biti obuhvaćeno odredbom o suspenziji prava autora računarskog programa u cilju obezbeđivanja njegove redovne, odnosno svrsishodne upotrebe.

S obzirom na to da je reč o radnji umnožavanja od koje ne zavisi postizanje programskog rezultata, a uz to predstavlja samostalni oblik privrednog iskorišćavanja, da bi se računarski program smestio u *cloud computing*, koji je dostupan većem broju korisnika, neophodna je saglasnost autora odnosno davaoca licence.

4. Puštanje programa u rad iz memorije *cloud* servera

Kada je reč o puštanju programa u rad u *cloud computing*-u, skoro da nema nikakvih dilema. Naime, korisnik ima ovlašćenje da pušta program u rad samo sa legalno pribavljenih primeraka računarskog programa. Kako je već rečeno, korisniku je potrebna posebna saglasnost da računarski program smesti u memoriju *cloud*-a, odakle ga kasnije pokreće. Ukoliko bi korisnik bez saglasnosti nosioca prava instalisao računarski program na *cloud* serveru, svako pokretanje bi bilo neovlašćeno umnožavanje³⁸, bez obzira na činjenicu što on poseduje i legalni primerak.

Kada se pokreće program koji se već nalazi na *cloud* serveru, pitanje legalnosti primerka se svodi na to da li korisnik ima ovlašćenje da mu pristupi. To se podrazumeva ukoliko je korisnik zaključio *cloud* ugovor o licenci. Ukoliko korisnik upotrebljava program po osnovu klasičnog ugovora o licenci, saglasnost nosioca prava za njegovo puštanje u rad iz memorije *cloud* servera se ne podrazumeva. On (ugovor) predstavlja pravni osnov za upotrebu primerka koji je već isporučen, odnosno nalazi se u posedu korisnika. Sledstveno, korisnik nema ni svojstvo legalnog imaooca primerka računarskog programa (na *cloud* serveru), zbog čega se ni odredbe o suspenziji ne mogu primeniti.

³⁸ ZASP, čl. 208, st.1, tač.1.

Naravno, potrebnu saglasnost je moguće naknadno pribaviti. U praksi je to često jednostavnije od zaključenja novog ugovora (najčešće je reč samo o proveru važnosti licence prilikom pristupa programu), ali može biti uslovljeno plaćanjem dodatne naknade ili preuzimanjem dodatnih obaveza.³⁹ To je i razumljivo, budući da korisnik na taj način još koristi i memorijski kapacitet servera.

5. Sačinjavanje rezervne kopije putem *cloud computing*-a

Konačno, ukoliko ugovor o licenci izričito ne predviđa, korisnik nema ovlašćenje da sačini rezervnu kopiju računarskog programa putem *cloud computing*-a. To jasno proizlazi već iz jezičkog tumačenja odnosno odredbe. Naime, *cloud* resursi nisu ni trajni, niti telesni. Dakle, ovo umnožavanje je izvan dometa suspenzije isključivog ovlašćenja nosioca prava.

Sudeći prema postojećem stanju računarske tehnologije, ova činjenica se u praksi može uzeti kao problematična, imajući u vidu cilj koji se želeo postići navedenom suspenzijom.

6. Zaključak

Cloud computing predstavlja specifično umrežavanje, pri kojem jedan računarski program simulira rad jednog ili više računara-servera. U autorskopravnom smislu, svi tehnološki procesi koji se odvijaju unutar *cloud computing*-a su obuhvaćeni pojmom umnožavanja računarskih programa, odnosno isključivim ovlašćenjem autora na umnožavanje. Međutim, ovo ovlašćenje autora trpi izvesna ograničenja u cilju omogućavanja uobičajene upotrebe od strane korisnika.

Polazeći od činjenice da je mreža *cloud computing*-a virtuelizovana, pitanje redovne upotrebe računarskog programa zahteva da se svi aspekti dozvoljenog umnožavanja stave u kontekst specifičnog računarskog okruženja i specifičnih procesa koji se unutar *cloud*-a odvijaju. U tom smislu, u radu je istaknuto da u okviru upotrebe računarskog programa u *cloud computing*-u ne postoji ni jedno činjenje za koje nije potrebno pribaviti saglasnost nosioca prava. Drugim rečima, autorsko pravo u *cloud*-u postoji u punom obimu, a time i sloboda ugovaranja (kada je reč o ovom posebnom ograničenju).

³⁹ Primera radi, aktuelne *Microsoft Volume Licenses* predviđaju mogućnost da korisnik upotrebljava računarski program sa *cloud* servera na osnovu licence koju ima za - stoni računarski uređaj, ukoliko dodatno zaključi ugovor o osiguranju softvera (*Software Assurance*). Vid. *Volume Licensing brief, Licensing Microsoft server products for use in virtual environments*, <http://www.microsoft.com/licensing/about-licensing/briefs/virtual-licensing.aspx>, 18. mart 2013.

*Sanja Radovanović, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Use of the Computer Program in a Cloud Computing

Abstract: *Cloud computing represents a specific networking, in which a computer program simulates the operation of one or more server computers. In terms of copyright, all technological processes that take place within the cloud computing are covered by the notion of copying computer programs, and exclusive right of reproduction. However, this right suffers some limitations in order to allow normal use of computer program by users. Based on the fact that the cloud computing is virtualized network, the issue of normal use of the computer program requires to put all aspects of the permitted copying into the context of a specific computing environment and specific processes within the cloud. In this sense, the paper pointed out that the user of a computer program in cloud computing, needs to obtain the consent of the right holder for any act which he undertakes using the program. In other words, the copyright in the cloud computing is a full scale, and thus the freedom of contract (in the case of this particular restriction) as well.*

Key words: *cloud computing, reproduction of computer program, normal use, putting the program into the memory, running the program.*

*Dr Petar Đundić, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

PRISTANAK DRŽAVE NA ARBITRAŽU SA STRANIM ULAGAČEM – MODALITETI PRISTANKA, OGRANIČENJA I MERODAVNO PRAVO

Sažetak: *Pristanak država na rešavanje sporova sa stranim ulagačima u investicionoj arbitraži nosi sa sobom niz specifičnosti koje u najvećoj meri proističu iz osobenog karaktera države kao nosioca suvereniteta. Te specifičnosti se odnose na instrumente koji sadrže pristanak, ali i na brojna ograničenja nadležnosti arbitražnog suda u situaciji kada se na prvi pogled čini da pristanak države postoji. Rad sadrži prikaz načina na koji država u postojećim uslovima može da izrazi svoj pristanak na arbitražu i osvrće se na najvažnije uslove kojima je taj pristanak u praksi podređen. Takođe, značajna pažnja je posvećena problemu određivanja relevantnih pravila tumačenja instrumenata koji potencijalno sadrže pristanak države na arbitražu.*

Ključne reči: *investiciona arbitraža, pristanak na arbitražu, strana ulaganja, merodavno pravo, nadležnost arbitražnog suda.*

Uvod

Dominantan način rešavanja sporova između investitora i države domaćina danas javlja se u vidu investicione arbitraže. Naglo povećanje broja arbitražnih postupaka koje, po pravilu, pokreću investitori protiv država domaćina u poslednjih dvadesetak godina prvenstveno je rezultat jednako intenzivnog povećanja broja zaključenih dvostranih i višestranih sporazuma o zaštiti ulaganja koji pružaju investitoru određena subjektivna prava ali i mogućnost da zaštiti svoja prava u procesnom okviru koji obezbeđuje investiciona arbitraža. Sporazumi ovog karaktera omogućuju pokretanje arbi-

traže bez intervencije države porekla investitora i bez obzira na to što on nije prethodno bio u ugovornom odnosu sa državom domaćinom.¹ Trend rasta arbitražnih sporova je naročito evidentan od kraja devedesetih godina XX veka.² Prvi spor pred arbitražnim sudom Međunarodnog centra za rešavanje investicionih sporova u Vašingtonu (u daljem tekstu: IKSID) na osnovu dvostranog sporazuma o zaštiti ulaganja (eng. *Bilateral Investment Treaty*, u daljem tekstu: BIT) je pokrenut 1987. godine, a od tog trenutka do novembra 2005. godine je registrovano postojanje najmanje 219 slučaja, od čega su 132 rešavana pod okriljem IKSID, a 87 od strane drugih arbitražnih foruma.³ Indikativan je i podatak da je 70 procenata od pomenutih 219 postupaka pokrenuto posle 2001. godine.⁴

Stranom investitoru i državi domaćinu stoji na raspolaganju više različitih arbitražnih režima i proceduralnih okvira za rešavanje spora. Strane u sporu se mogu opredeliti između institucionalne i *ad hoc* arbitraže. Kada je u pitanju ova vrsta sporova, daleko najveći značaj ima delovanje IKSID. Naime, Međunarodni centar za rešavanje investicionih sporova predstavlja jedini globalni institucionalni okvir kreiran sa prevashodnom namenom da pruži administrativnu i tehničku podršku rešavanju investicionih sporova. Mnogo ređi u praksi su slučajevi ugovaranja nadležnosti Arbitražnog suda Međunarodne trgovinske komore u Parizu, koja je poznatija kao forum za rešavanje trgovinskih sporova. Sa druge strane, *ad hoc* arbitraže su više oslonjene na arbitražni sporazum stranaka kojim moraju biti uređena pitanja od značaja za njihovo odvijanje. U pravnim izvorima koji predviđaju *ad hoc* arbitražu između države domaćina i investitora često je pozivanje na primenu Arbitražnih pravila UNCITRAL (1976) kojima su navedena pitanja regulisana.

Kao i u slučaju međunarodne trgovinske arbitraže, koja se po pravilu odvija između dva privatnopravna subjekta, investiciona arbitraža takođe podrazumeva da su obe strane u sporu dale svoj pristanak na ovaj način njegovog rešavanja. Konsensualna priroda arbitraže podrazumeva da „da bi postojala punovažna arbitraža, pre toga mora postojati punova-

¹ Vidi C. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, *International Investment Arbitration (Substantive Principles)*, Oxford, 2007, str. 6.

² UNCTAD, *Investor – State Dispute Arising from Investment Treaties: A Review*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, New York and Geneva, 2005, str. 4.

³ *Ibidem*.

⁴ Vidi M. Stanivuković, , IKSIDi dvostrani sporazumi o unapređenju i zaštiti investicija Republike Srbije, u knjizi: Rakić Vodinelić V., Knežević G., (ured.): *Liber Amicorum Dobrosav Mitrović*, Beograd, 2007, str. 584.

žan arbitražni sporazum.“⁵ Arbitražni sporazum sadrži pristanak stranaka na arbitražu, bez kojeg arbitraža nije moguća. Rečima arbitražnog veća u predmetu *Brandes protiv Venecuele* (*Brandes v. Venezuela*):

„Takođe je nesporna činjenica da je osnova arbitraže saglasnost. Ne može biti arbitraže, unutrašnje ili međunarodne, *ad hoc* ili institucionalne, pred IKSID ili drugim subjektom koji organizuje arbitražni postupak, ako se stranke nisu saglasile sa arbitražom.“⁶

Specifičnost investicione arbitraže nalazi se u činjenici da je jedna od strana u sporu uvek država domaćin ulaganja. Posledica te činjenice je to da država kao subjekt koji raspolaže suverenom vlašću svoj pristanak može dati na specifične načine. Ona to danas najčešće čini u međunarodnom ugovoru koji zaključuje sa državom porekla investitora, pri čemu se odredbe o arbitri iz takvog ugovora tumače kao pristanak država ugovornica na arbitražu sa ulagačem druge države ugovornice koji je dat unapred, u korist subjekata koji nisu učestvovali u zaključenju međunarodnog ugovora i čiji broj i identitet državama nije poznat u vreme nastanka BIT. Osobnosti ovakvog pristanka utiču na ograničenja u pogledu nadležnosti arbitražnog suda, na pitanje koje je pravo merodavno za punovažnost ovakvog pristanka i dovode do nastanka shvatanja da odredbe BIT o arbitraži između države ugovornice i investitora druge države ugovornice u stvari predstavljaju posebnu, treću vrstu arbitražnih sporazuma, uz dve vrste koje se istorijski posmatrano smatraju tradicionalnim.⁷

U nastavku ovog rada biće reči o načinima na koji država može sebe da obaveže na arbitražu sa privatnopravnim subjektom – stranim ulagačem. Takođe, pokušaćemo da ukažemo i na najvažnije probleme koji se u praksi javljaju u vezi sa tumačenjem i primenom odredaba izvora prava u kojima je dat pristanak države na investicionu arbitražu. Ti problemi se obično vezuju za različita ograničenja kojima pristanak države može biti kvalifikovan, te će njima biti posvećena posebna pažnja.

Pristanak države na arbitražu u ugovoru sa investitorom

Država domaćin može pristati na arbitražu sa stranim investitorom na više različitih načina. Tradicionalni način predstavlja **unošenje arbitražne klauzule u ugovor o stranom ulaganju** zaključen sa investito-

⁵ N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern, M. Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, 2009, str. 15.

⁶ *Brandes Investment Partners, LP v. The Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No.ARB/08/3), 2 August 2011, pasus br. 110.

⁷ *Ibidem*.

rom. On se ne razlikuje u odnosu na ugovaranje nadležnosti arbitražnog suda u trgovinskim sporovima. U prošlosti se mogu pronaći primeri za postupke u čijem središtu se nalazila optužba o navodnoj eksproprijaciji investicija od strane države domaćina, a koji su vođeni na osnovu arbitražnih klauzula iz ugovora o koncesiji. Dobru ilustraciju predstavljaju slučajevi proistekli iz eksproprijacije naftnih koncesija američkih i britanskih ulagača od strane Libije, tokom sedamdesetih godina XX veka,⁸ ali i neki stariji predmeti rešavani pred arbitražnim sudovima pod okriljem IKSID.⁹ Podrazumeva se da arbitražni sporazum između države domaćina i stranog ulagača može biti zaključen i u obliku kompromisa, nakon što je spor već nastao.

Ovakav način pristanka države na arbitražu uslovljen je postojanjem ugovora zaključenog sa stranim investitorom. Međutim, povredi prava ulagača ne mora da prethodi ugovorni odnos između države i investitora, već ona može da rezultira iz štetne aktivnosti države po poslovni poduhvat stranog investitora u kojem njegov partner nije nužno država domaćin. S tim u vezi, ako je pristanak države na arbitražu dat u ugovoru sa investitorom, nadležnost arbitražnog suda može biti sporna posmatrano sa dva aspekta. Prvo, nadležnost *ratione materiae* može biti dovedena u pitanje. Ovo zbog toga što je nadležnost arbitražnog suda omeđena arbitražnim sporazumom, a on se odnosi na sporove povodom ugovora. To znači da se u arbitražnom postupku može postaviti pitanje odgovornosti države samo ako se tužbeni zahtev odnosi na povredu subjektivnih prava iz konkretnog ugovora. Tako je arbitražni sud u predmetu Bilun protiv Gane (*Bilounev. Ghana*) zaključio da ne može da odlučuje o povredi ljudskih prava investitora usled njegovog arbiternog hapšenja i proterivanja iz Gane, jer se arbitražna klauzula iz ugovora odnosila samo na sporove „u odnosu na ulaganje.“¹⁰ Drugo, država se može pojaviti kao tužena strana u predmetu koji se tiče povrede prava investitora na osnovu arbitražne klauzule iz ugovora samo ako subjekt koji je zaključio ugovor sa stranim investitorom zaista predstavlja državu. Reč je o nadležnosti *ratione personae* koja je sporna u slučaju kada je ugovor zaključen sa državnom agencijom, preduzećem ili drugim subjektom koji

⁸Vidi slučajeve *Texaco Overseas Petroleum Co. & California Asiatic Oil Co. v. Libyan Arab Republic*, 17 I. L. M. 1 (1978) i *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. The Government of Libyan Arab Republic*, 20 ILM 1 (1981).

⁹Vidi, na primer, predmete *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. Republic of Liberia* (ICSID Case No. ARB/83/2), Award, March 31, 1986. i *Benvenuti et Bonfant v. People's Republic of the Congo* (ICSID Case No. ARB/77/2), Award, August 8, 1980.

¹⁰*Bilounev. Ghana Investment Centre* (UNCITRAL), Award on Jurisdiction and Liability of 27 October 1989, 95 I. L. R. 183, str. 228.

ima poseban pravni subjektivitet u odnosu na državu. Dominantno gledište u praksi je da država ne može biti tužena pred arbitražnim sudom ako nije zaključila ugovor koji sadrži arbitražnu klauzulu. Za razliku od samih arbitražnih sudova koji su u prošlosti pokazivali izvesnu dozu fleksibilnosti i bili spremni da državu domaćina prihvate kao ugovornu stranu onda kada je ugovor zaključila agencija ili privredno društvo pod kontrolom države, sudovi u različitim državama su poništavali ovakve arbitražne odluke, insistirajući na nedvosmislenom pristanku države na arbitražu.¹¹

Pristanak države na arbitražu u nacionalnom propisu

Drugi način na koji država domaćin izražava pristanak na arbitražu sa stranim investitorom je **odredba prisutna u nacionalnom propisu** ove države (najčešće u zakonu o stranim ulaganjima) koja daje investitoru pravo da neposredno pokrene arbitražni spor. Osnovna karakteristika ovakvog pristanka države je u tome što je on dat unapred, za neodređeni broj slučajeva, za razliku od pristanka na osnovu arbitražne klauzule iz ugovora koji se odnosi samo na sporove iz konkretnog ugovora. Štaviše, pristanak izražen na takav način ima šire dejstvo i u odnosu na pristanak koji država daje zaključenjem međunarodnog ugovora o zaštiti investicija. Arbitražu na osnovu odredbe iz nacionalnog propisa, naimе, može pokrenuti svaki strani investitor, bez obzira na to iz koje države potiče, dok se klauzule o rešavanju sporova iz BIT i drugih međunarodnih ugovora odnose samo na državljane i pravna lica druge države ugovornice.

Dejstvo ovakvih odredaba na nadležnost arbitražnog suda zavisi od formulacija upotrebljenih u samom propisu, te one zahtevaju tumačenje u svakom konkretnom slučaju. Na primer, u sporu SPP protiv Egipta koji je nastao zbog tvrdnje investitora iz Hong Konga da su vlasti Egipta izvršile eksproprijaciju njegovih prava iz ugovora o zajedničkom ulaganju sa ovom državom, tako što su jednostrano otkazale realizaciju projekta izgradnje turističkog kompleksa, nadležnost arbitražnog suda ICSID bila je zasnovana na članu 8. egipatskog Zakona br. 43. iz 1974. godine. Navedena odredba je predviđala da se sporovi u pogledu primene Zakona rešavaju na način sporazumno utvrđen sa investitorom, u okvirima utvrđenim sporazumom na snazi sa državom porekla investitora ili u okvirima utvrđenim Vašingtonskom konvencijom.¹² Arbitražni sud nije prihvatio tvrd-

¹¹N. Rubins, N. S. Kinsella, *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution (A Practitioner's Guide)*, Oxford, 2005, str. 267.

¹²Navedeno prema: L. Reed, J. Paulsson, N. Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration*, The Hague, London, New York, 2004, str. 37.

nju tužene države da navedena odredba ne predstavlja pristanak na arbitražu, već joj je cilj samo da informiše potencijalnog investitora o mogućnosti, između ostalog, da ugovori nadležnost arbitražnog suda IKSID u pregovorima sa egipatskim vlastima.¹³ Upravo suprotno, ova odredba je uspostavila hijerarhiju metoda rešavanja potencijalnih sporova, pa budući da investitor i tužena država nisu postigli poseban sporazum o načinu rešavanja spora, a ne postoji ni međunarodni ugovor na snazi između države porekla tužioca i Egipta, investitor je slobodan pokrenuti postupak pred arbitražnim sudom IKSID. Prema tumačenju arbitražnog veća, navedena zakonska odredba predstavljala je pismeni pristanak Egipta na nadležnost IKSID.¹⁴

Izražavanje pristanka države na arbitražu u nacionalnom propisu je jasnije u drugim slučajevima. U predmetu *Tradex protiv Albanije*, koji setakođe rešavao pod okriljem IKSID, formulacija koju je arbitražni sud protumačio kao pristanak Albanije na arbitražu bila je nedvosmislena. Prema stavu 2. člana 8. Zakona br. 7764 iz 1993. godine, u slučaju spora između stranog investitora i Albanije, investitor je imao mogućnost da iznese spor na rešavanje pred nadležni sud ili administrativni tribunal Albanije. Međutim, ako je bilo reči o sporu povodom eksproprijacije, naknade za eksproprijaciju ili diskriminacije, investitor je bio dodatno ovlašćen da spor iznese na rešavanje Međunarodnom centru za rešavanje investicionih sporova. U ovoj odredbi je i izričito bilo navedeno da „Republika Albanija ovim pristaje na iznošenje spora“ pred IKSID.¹⁵ Međutim, s obzirom na to da je nadležnost ovom odredbom bila ograničena na sporove o eksproprijaciji, arbitražni sud je prihvatio nadležnost, ali pod rezervom da u postupku po meritumu tužilac uspe u dokazivanju da su akti i propuštanja tužene države predstavljali eksproprijaciju njegovog ulaganja.¹⁶ Tužilac ipak nije u tome uspeo, u drugom delu postupka.¹⁷

Zakoni pojedinih država, sa druge strane, jasni su u tome da ne sadrže pristanak države domaćina na arbitražu. Reč je o formulacijama u kojima se pristanak države pominje samo kao načelna mogućnost, pod uslo-

¹³C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Second Edition, Cambridge, 2009, str. 198.

¹⁴*Ibidem*, str. 201.

¹⁵Vidi *Tradex Hellas S. A. (Greece) v. Republic of Albania* (ICSID Case No. ARB/94/2), Decision on Jurisdiction, December 24, 1996, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, 14/1999, str. 174.

¹⁶*Ibidem*, str. 195.

¹⁷Vidi *Tradex Hellas S. A. (Greece) v. Republic of Albania*, Award, April 29, 1999, pasusi br. 204, 205.

vom da o nadležnosti arbitražnog suda naknadno bude postignut poseban sporazum sa stranim investitorom.¹⁸

Budući da je za uspostavljanje nadležnosti arbitražnog suda neophodna saglasnost obe strane u sporu, pristanak države dat u nacionalnom propisu predstavlja samo ponudu za zaključenje arbitražnog sporazuma koji nastaje tek u trenutku kada je ova ponuda prihvaćena od strane investitora. Investitor može prihvatiti ponudu tako što će formalno o tome obavestiti državu domaćina, a ako to ne učini pre toga, smatra se da je prihvatanje ponude izražen kroz pokretanje arbitražnog postupka. U institucionalnom okviru ICSID, ovaj trenutak nastupa kada tužilac uputi zahtev Centru.¹⁹

Pristanak države na arbitražu u sporazumu o zaštiti investicija

Pristanak države na arbitražu sa stranim investitorom danas se najčešće javlja u dvostranim ili višestranim sporazumima o zaštiti investicija. Ovi sporazumi gotovo uvek sadrže odredbe o rešavanju sporova između ulagača jedne države ugovornice i druge države kao domaćina. Sadržina tih odredaba obuhvata veliki broj varijacija. BIT najčešće predviđaju mogućnost obraćanja ICSID, a ova konstatacija se odnosi kako na BIT uopšte,²⁰ tako i na one na snazi u Republici Srbiji.²¹ U pojedinim BIT korišćenje okvira ustanovljenog Vašingtonskom konvencijom je predviđeno i kao jedino rešenje.²² Većina sporazuma ipak uzima u obzir činjenicu da nadležnost ICSID može postojati samo ako su i država porekla investitora i država domaćin ratifikovale konvenciju o njegovom osnivanju. Zbog toga neki od njih predviđaju i pokretanje arbitražnog postupka na osnovu Dopunskih pravila ICSID (eng. *Additional Facility Rules*) koja dozvoljavaju ovakvu mogućnost i kada jedna od dve države nije ugovornica Vašingtonske konvencije.²³ Isto tako, u ovim odredbama se često nalazi upućivanje na *ad hoc* arbitražu prema Arbitražnim pravilima UNCITRAL, ali

¹⁸ Vidi o tome kod: C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, str. 200. Takođe, C. F. Dugan, D. Wallace, Jr., N. Rubins, B. Sabahi, *Consent to Arbitral Jurisdiction*, u knjizi: *Investor-State Arbitration*, Oxford, 2008, str. 234.

¹⁹ L. Reed, J. Paulsson, N. Blackaby, *op. cit.*, str. 38.

²⁰ R. Dolzer, M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Hague, 1995, str. 129.

²¹ Vidi M. Stanivuković, *Arbitraža između države i ulagača na osnovu dvostranih sporazuma o zaštiti i unapređenju ulaganja*, u knjizi: *Zbornik radova u spomen prof. dr Miodraga Trajkovića*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Udruženje pravika u priredi Srbije i Crne Gore, Beograd, 2006, str. 521.

²² Vidi, na primer, član 8. BIT između Velike Britanije i Belorusije (1994); takođe, član 8. Model BIT Francuske (2006).

²³ Vidi, na primer, član 24. Model BIT SAD (2004) i član 1120. NAFTA.

i na onu koja se odvija pod okriljem Međunarodne trgovinske komore ili Arbitražnog suda Trgovinske komore u Stokholmu.²⁴

Za moderne sporazume o zaštiti investicija karakteristično je to da se potencijalnom tužiocu daje pravo izbora između više foruma kojima se može obratiti u slučaju spora. Obično tužilac može da se opredeli između podnošenja tužbe nacionalnom sudu države domaćina i jednom ili više arbitražnih sudova. Takve odredbe se u literaturi ponekad nazivaju „kafeterija klauzulama“²⁵ što bi trebalo da sugeriše postojanje velike slobode izbora za investitora. Jedna takva klauzula prisutna je u članu 9. BIT između Srbije i Kipra.²⁶

„1. Sporovi između jedne od Strana ugovornica i ulagača druge Strane ugovornice u vezi sa ulaganjem u smislu ovog sporazuma, biće podneti pismeno, sa svim detaljnim informacijama, od strane ulagača potonje Strane ugovornice. Kad god je to moguće, strane će nastojati da reše ove sporove prijateljski.

2. Ako se ovi sporovi ne mogu rešiti pregovorima u roku od šest meseci od dana pismenog obaveštenja iz stava 1. ovog člana, mogu biti podneti, po izboru ulagača:

- nadležnom sudu Strane ugovornice na čijoj se teritoriji vrši ulaganje;

- *ad hoc* arbitražnom sudu u skladu sa Arbitražnim pravilima Komisije Ujedinjenih nacija za međunarodno trgovinsko pravo (UNCITRAL);

- Arbitražnom sudu Međunarodne privredne komore u Parizu; ili

- Međunarodnom centru za rešavanje investicionih sporova (IKSID) osnovanog [sic] u skladu sa Konvencijom o rešavanju investicionih sporova između država i državljana drugih država, od 18. marta 1965.“

Slično kao kada država domaćin daje ponudu za zaključenje arbitražnog sporazuma u unutrašnjem propisu, da li BIT ili višestrani sporazum sadrže pristanak države na arbitražu zavisi od formulacija upotrebljenih u ovim izvorima u svakom konkretnom slučaju. Kada su u pitanju klauzule iz BIT, u pravnoj literaturi se, u različitom kontekstu, pominju ukupno četiri kategorije ovih sporazuma, imajući u vidu njihov odnos prema pristanku države ugovornice na arbitražu.²⁷ Prvo kategoriju čine sporazumi

²⁴C. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, *op. cit.*, str. 52.

²⁵*Ibidem*, str. 47.

²⁶Sl. list SCG – Međunarodni ugovori, br. 14/2005.

²⁷Vidi R. Dolzer, M. Stevens, *op. cit.*, str. 131-136; C. Schreuer, Consent to Arbitration, u knjizi: P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer (ed.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, 2008, str. 834, 835; M. Stanivuković, IKSID i dvo-

koji jasno i nedvosmisleno daju saglasnost države za rešavanje spora pred arbitražnim sudom. Tako je u prethodno citiranom BIT između Kipra i Srbije, u stavu 3. člana 9. predviđeno:

„U slučaju da investitor odluči da pokrene spor pred međunarodnom arbitražom, svaka Strana ugovornica unapred se saglašava da se takav spor može pokrenuti pred međunarodnom arbitražom.“

U pojedinim BIT države ugovornice izražavaju načelnu spremnost da sporove sa investitorom druge države ugovornice rešavaju pred arbitražnim sudom, ali pod uslovom da strane u sporu naknadno postignu saglasnost o tome.²⁸

Korak dalje idu sporazumi koji predviđaju obavezu države domaćina da pristane na nadležnost arbitražnog suda ako arbitražu zahteva investitor druge države ugovornice.²⁹ Međutim, ako država odbije da pruži ovakvu saglasnost, njeno ponašanje predstavlja povredu BIT, ali nadležnost arbitražnog suda ne može biti zasnovana.³⁰ Ulagaču u takvim slučajevima preostaje pokušaj da ostvari zaštitu svojih prava na drugi dostupan način, uključujući tu i angažovanje države porekla.³¹

Konačno, ako je u BIT predviđena samo obaveza države domaćina da „blagonaklono razmotri“ zahtev državljanina druge države ugovornice za rešavanje spora pred arbitražnim sudom, ne može se smatrati da je pristanak dat bez naknadno izražene saglasnosti.³²

Ograničenja u pogledu pristanka države na arbitražu

Kako nadležnost arbitražnog suda za rešavanje spora između investitora i države domaćina zavisi od pristanka stranaka na arbitražu, činjenica da je pristanak države dat uz izvesne rezerve i ograničenja može uticati na postojanje nadležnosti.

Pristanak države na arbitražu često je podvrgnut ograničenjima u pogledu obima pristanka – država pristaje na arbitražu samo u sporovima u odre-

strani sporazumi o zaštiti i unapređenju investicija Republike Srbije, str. 587-591; P. Cvetković, *Međunarodno pravo stranih investicija*, Beograd, 2007, str. 70, 71; UNCTAD, *Investor – State Dispute Arising from Investment Treaties: A Review*, str. 42-44.

²⁸ Neki stariji BIT koje je zaključila bivša Jugoslavija sadrže pomenuto rešenje. Vidi M. Stanivuković, IKSID i dvostrani sporazumi o zaštiti i unapređenju investicija Republike Srbije, str. 588.

²⁹ Vidi R. Dolzer, M. Stevens, *op. cit.*, str. 133, 134.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Vidi P. Cvetković, *Međunarodno pravo stranih investicija*, str. 71.

³² Ovakvu odredbu je sadržao član VI BIT između Holandije i Jugoslavije (1976). Vidi C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, str. 209.

denoj materiji. Primer za ovakvo ograničenje u nacionalnom propisu je ranije pomenuti stav 2. Člana 8. Zakona o stranim ulaganjima Albanije (1993). Kada su u pitanju arbitražne na na osnovu BIT, obim pristanka države varira od sporazuma do sporazuma. U mnogim BIT država domaćin prihvata nadležnost arbitražnog suda za rešavanje svih sporova koji se tiču investicija ili bilo kog spora koji se odnosi na investicije. Takve odredbe otvaraju mogućnost za tvrdnju da se nadležnost arbitraže ne odnosi samo na povredu odredaba BIT, već i na ostale sporove povodom investicija, čak i iz ugovora o ulaganju između države domaćina i stranog investitora.³³ Država ugovornica nekada ograničava svoj pristanak na sporove povodom obaveza koje proističu iz BIT i tiču se investicija u skladu sa BIT.³⁴

Postoje i takvi sporazumi u kojima država domaćin prihvata nadležnost arbitražnog suda samo za pojedine, precizno navedene sporove. Na primer, takav je BIT bio u središtu spora u predmetu Telenor protiv Mađarske (*Telenor v. Hungary*), kada je norveški investitor podneo tužbu protiv Mađarske zbog navodne indirektno eksproprijacije ulaganja. Član IX BIT između ove dve države predviđao je nadležnost arbitražnog suda samo za sporove povodom eksproprijacije ulaganja, štete nanete investitoru u vanrednim situacijama i povrede odredbe o transferu dobiti. Kada je o eksproprijaciji reč, u takvim slučajevima tužilac mora dokazati osnovanost sumnje da je izvršena eksproprijacija. U suprotnom, arbitražni sud se mora oglasiti nenadležnim bez ispitivanja merituma spora, što je upravo i bila sudbina tužbenog zahteva u pomenutom predmetu.³⁵

Odredbe BIT vrlo često ustanovljavaju tzv. period hlađenja (eng. *cooling off period*). Reč je o vremenskom periodu koji mora da protekne između nastanka spora i formalnog pokretanja arbitražnog postupka, a koji bi strane u sporu trebalo da iskoriste za postizanje sporazumnog rešenja.³⁶ Vreme predviđeno za pregovore se razlikuje od sporazuma do sporazuma, ali uobičajeno rešenje podrazumeva period od tri ili šest, a u ređim slučajevima i dvanaest meseci.³⁷

Još jedno važno ograničenje pristanka kada je reč o državama domaćinima ulaganja javlja se kao posledica ranije pomenute karakteristike sa-

³³C. Schreuer, *Consent to Arbitration*, str. 837, 838.

³⁴Vidi stav 1. člana 9. Model BIT Srbije (2007).

³⁵*Telenor Mobile Communications A. S. v. The Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/04/15), Award, September 13, 2006, pasus br. 102.

³⁶Više o ovom pitanju vidi kod P. Đundić, *Odredbe o odložnom roku za pokretanje arbitraže u međunarodnim ugovorima o zaštiti ulaganja i njihov uticaj na nadležnost arbitražnih sudova*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2/2012, str. 355-374.

³⁷Vidi N. Rubins, N. S. Kinsella, *op. cit.*, str. 277.

vremenih sporazuma o zaštiti ulaganja koji ulagačima daju pravo da izaberu između podnošenja tužbe pred nacionalnim sudom države domaćina ili jednim od ponuđenih arbitražnih sudova. Ako bi se tužilac odlučio da se obrati nacionalnom sudu za zaštitu svojih prava, većina BIT predviđa prekluziju u pogledu obraćanja arbitražnom sudu. Smatra se, naime, da je izborom foruma za rešavanje spora ulagač aktivirao tzv. klauzulu račvanja puteva (eng. *Fork in the Road clause*).³⁸

Pravo merodavno za tumačenje pristanka države na arbitražu

Saglasnost koju su investitor i država domaćin postigli u pogledu rešavanja spora pred arbitražnim sudom predstavlja specifičan oblik arbitražnog sporazuma. Kao i kod bilo kog drugog sporazuma, i ovde je moguće postaviti pitanje o pravnim pravilima koja se primenjuju na njegovo tumačenje. Pošto se u arbitražnim sporovima danas kao tužena strana gotovo uvek javlja država, koja najčešće osporava činjenicu da se saglasila sa iznošenjem spora na arbitražu, problem utvrđivanja prava merodavnog za arbitražni sporazum se zapravo svodi na to po kom pravu se tumači izjava države kojom je ona navodna dala svoj pristanak. Pravilo da se merodavno pravo za arbitražni sporazum određuje na osnovu autonomije volje ugovornih strana, a u odsustvu iskazane volje, kao pravo države u kojoj je doneta ili treba da bude doneta arbitražna odluka, rasprostranjeno kod ugovaranja trgovinske arbitraže,³⁹ ovde najčešće ne može dati odgovarajuće rezultate.

Ni arbitražna praksa ni pravna doktrina nisu do sada došle do nedvosmislenog odgovora na pitanje po kojim pravilima je potrebno tumačiti pristanak države na arbitražu. Jedino je nesporno da načelo samostalnosti arbitražnog sporazuma važi i u ovoj materiji, bez obzira na to da li je sporazum prisutan u obliku jedne klauzule iz ugovora koji su zaključili investitor i država⁴⁰ ili je nastao na osnovu unapred datog pristanka države u BIT.⁴¹ Jedno od rešenja koje se pominje u pravnoj doktrini je da primena

³⁸Vidi o ovom pitanju kod P. Đundić, *Eksproprijacija u međunarodnom privatnom pravu investicija*, doktorska disertacija, Novi Sad, 2010, str. 299-302.

³⁹Vidi Dr Maja Stanivuković, mr Petar Đundić, *Međunarodno privatno pravo – posebni deo*, Novi Sad, 2008, str. 78, 79.

⁴⁰*Biloune v. Ghana Investment Centre*, pasus br. 21. Gana je osporavala nadležnost arbitražnog suda tvrdeći, između ostalog, da je ugovor koji je zaključila sa ulagačem i u kojem je prisutna arbitražna klauzula ništav. Arbitražni sud je zaključio da o tom prigovoru ne mora da odlučuje jer „...i ako bi Ugovor bio proglašen nevažećim, arbitražna klauzula bi svakako bila samostalna i obezbeđivala bi dovoljnu osnovu za nadležnost arbitražnog suda.“

⁴¹Arbitražni sudovi u okviru IKSID često naglašavaju da se merodavno pravo za pitanja njihove nadležnosti ne određuje preko člana 42. Konvencije (pravo merodavno za

pravila o tumačenju pristanka države zavise od prirode akta u kojem je taj pristanak izražen. Tako profesor Šrojer ističe da je na prvi pogled logično da se na tumačenje pristanka države koji je dat u međunarodnom ugovoru primenjuju pravila tumačenja namenjena tim ugovorima.⁴² Međutim, sam autor ističe rezervu prema ovom shvatanju, ističući da sporazum o rešavanju spora pred arbitražnim sudom, nastao nakon što ulagač prihvati ponudu države iz BIT, ne predstavlja međunarodni ugovor.⁴³ Pravilo o kojem je reč arbitražni sudovi često prihvataju na prećutan način, budući da se ne izjašnjavaju o problemu određivanja merodavnog prava već jednostavno tumače odredbe BIT u kojima je dat pristanak države na arbitražu u skladu sa pravilima o tumačenju međunarodnih ugovora iz člana 31. Bečke konvencije o pravu ugovora (1969). U pojedinim slučajevima arbitražni sudovi ovo pravilo pominju izričito. Na primer, u predmetu *Mobil protiv Venecuele (Mobil v. Venezuela)*, arbitražno veće je napravilo pregled odluka arbitražnih sudova ICSID u vezi sa pitanjem koja se pravila primenjuju na tumačenje pristanka države.⁴⁴ Njegov zaključak je bio da arbitražni sudovi oklevaju da zauzmu jasno stanovište o pravilima za tumačenje pristanka države koji je dat u nacionalnom zakonodavstvu zbog toga što u tim slučajevima „...pristanak države na arbitražu nije dat u međunarodnom ugovoru koji se tumači na osnovu Bečke konvencije o pravu ugovora od 23. maja 1969. godine...“.⁴⁵

Ako arbitražni sud crpi svoju nadležnost iz arbitražne klauzule u ugovoru koji je zaključen između ulagača i države domaćina ulaganja, logično je očekivati da se merodavno pravo za tumačenje klauzule određuje na način koji je uobičajen za druge privatnopravne ugovore. Ova pretpostavka nije, međutim, potvrđena u praksi. Pristanak na arbitražu u investicionom ugovoru bio je češći u prošlosti, pre ekspanzije dvostranih sporazuma o zaštiti ulaganja, nego što je to slučaj danas. U novije vreme, pored arbitražnih odluka u kojima se arbitražni sud ne izjašnjava o pravu

meritum spora), već se na njih primenjuju pravila međunarodnog prava. Vidi C. Schreuer, *Consent*, str. 865. Takođe, A. A. Mezgravis, *The Standard of Interpretation Applicable to Consent and its Revocation in Investment Arbitration*, *Transnational Dispute Management*, vol. 8, br. 2/2011, str. 7.

⁴² C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, str. 249.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Mobil Corporation et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/07/27), Decision on Jurisdiction, pasus br. 78-82.

⁴⁵ *Ibidem*, pasus br. 83. Takođe, vidi *Fedax N. V. v. The Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/96/3), Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, pasus br. 20. Arbitražni sud je u obrazloženju izneo načelno stanovište da se o jurisdikcionim pitanjima prilikom tumačenja Vašingtonske konvencije i BIT mora izjašnjavati na osnovu pravila Bečke konvencije o pravu ugovora.

merodavnom za tumačenje arbitražne klauzule iz ugovora sa investitorom,⁴⁶ javljaju se i one koje ukazuju na to da je i ovde potrebno primeniti pravila međunarodnog prava.⁴⁷

Posebno je interesantna kategorija slučajeva u kojima je pristanak države na arbitražu dat u obliku ponude upućene potencijalnim investitorima (tužiocima) u nacionalnom propisu, najčešće zakonu o stranim ulaganjima. Imajući u vidu činjenicu da je reč o nacionalnom izvoru prava logično bi bilo očekivati primenu prava države domaćina na pitanja u vezi sa tumačenjem odredbe u kojoj je sadržan pristanak. Međutim, i u ovakvim slučajevima je arbitražna praksa suprotna očekivanjima. One arbitražne odluke u kojima se izričito govori o pomenutom problemu jednim delom usvajaju pristup koji se može nazvati mešovitim, budući da se zasniva na kombinovaj primeni nacionalnog i međunarodnog prava. Tako je u predmetu *Zinvali protiv Gruzije (Zhinvali v. Georgia)* arbitražni sud našao da na tumačenje pristanka Gruzije na arbitražu pred arbitražnim sudom IKSID koji je dat u Zakonu o stranim ulaganjima iz 1996.godine mora da primeni pravila tumačenja koja su prisutna u pravu ove države, ali samo ukoliko ona nisu suprotna pravilima međunarodnog prava.⁴⁸ U arbitražnoj praksi izdvajaju se slučajevi u kojima se ponuda države investitoru za rešavanje eventualnog spora u arbitraži data u nacionalnom zakonu vidi kao jednostrani akt države, u smislu pravila međunarodnog javnog prava. Prirodno, takvo gledište ima svoje posledice i kada je u pitanju određivanje merodavnog prava za tumačenje pristanka. Tragovi ovakvog

⁴⁶Vidi predmet *Autopista Concesionada de Venezuela, C. A. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/00/5), Decision on Jurisdiction, September 21, 2001. Arbitražni sud je zaključio da je tužena država dala pristanak na nadležnost arbitražnog suda IKSID u ugovoru o koncesiji sa ulagačem. Zaključak je rezultat analize teksta člana 64. ugovora o koncesiji, pri čemu se arbitražni sud nije izjasnio u pogledu prava merodavnog za tumačenje pristanka. Vidi pasuse br. 83-88.

⁴⁷Vidi slučaj *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A. S. v. The Slovak Republic* (ICSID Case No. ARB/97/4), Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction, May 24, 1999. Arbitražni sud je zasnovao nadležnost na osnovu člana 7. ugovora između češkog tužioca i Ministarstva finansija Slovačke. Pomenuta klauzula je u slučaju spora upućivala na primenu prava Češke i odredaba BIT između dve zemlje koji nikada nije stupio na snagu, a arbitražni sud je pominjanje BIT protumačio kao inkorporaciju njegovog teksta, uključujući i odredbu o rešavanju spora pred IKSID, u sam ugovor. Vidi pasuse br. 49-59. Pre nego što se upustilo u analizu tumačenja pristanka, arbitražno veće je zaključilo da se pitanje da li su stranke dale pristanak na nadležnost IKSID mora tumačiti u skladu sa međunarodnim pravom, kako je ono sadržano u Vašingtonskoj konvenciji, a ne u skladu sa pravilima nacionalnog prava. Vidi pasus br. 35.

⁴⁸*Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia* (ICSID Case No. ARB/00/1), January 24, 2003, pasusi br. 339, 340. Navedeno prema C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, str. 250.

načina razmišljanja mogu se videti u obrazloženju odluke arbitražnog veća u prethodno citiranom slučaju SPP protiv Egipta. U tom predmetu veće je odbilo da prihvati tvrdnju Egipta da se na tumačenje klauzule iz člana 8. Zakona iz 1974. primenjuje pravo ove države, posebno pravila Zakonika o građanskom postupku,⁴⁹ ali i tvrdnju tužioca da je potrebno primeniti pravila o tumačenju međunarodnih ugovora.⁵⁰ Umesto toga, prema gledištu arbitražnog suda, pitanje da li je Egipat dao svoj pristanak na arbitražu donošenjem pomenutog zakona je u suštini pitanje da li je jednostrani akt države (zakon koji je usvojen u Egiptu) stvorio međunarodnu obavezu u smislu Vašingtonske konvencije kao višestranog međunarodnog ugovora.⁵¹ Arbitražni sud je, prilikom traženja odgovora na pomenuto pitanje, odlučio da primeni opšta načela zakonskog tumačenja, uzimajući u obzir relevantna pravila tumačenja međunarodnih ugovora i načela međunarodnog prava koja se odnose na unilateralne izjave država.⁵²

Do identičnog zaključka u pogledu prirode pristanka države na arbitražu datog u nacionalnom zakonodavstvu došao je arbitražni sud u sporu Mobil protiv Venecuele (*Mobil v. Venezuela*)⁵³ s tim što je to imalo drugačije reperkusije na pitanje pravila merodavnih za tumačenje pristanka. U ovom slučaju arbitražno veće se suočilo sa prigovorom tužene države da odredba člana 22. Zakona o zaštiti i podsticanju ulaganja od 1999. godine, ako se tumači u skladu sa pravom Venecuele i praksom Vrhovnog suda ove zemlje, ne predstavlja pristanak ove države na nadležnost arbitražnog suda IKSID.⁵⁴ Arbitražni sud je prvo konstatovao, pozivajući se na praksu Stalnog suda međunarodne pravde i Međunarodnog suda pravde, da suverena država ne može da tumači svoju jednostranu izjavu prema svom nahodjenju, te da je tumačenje relevantne odredbe Zakona od strane vlasti i sudova Venecuele irelevantno.⁵⁵ Nakon toga, osvrnuo se na pitanje da li pomenuta odredba treba da se tumači u skladu sa pravilima tumačenja prisutnim u pravu Venecuele ili u međunarodnom pravu. Veće je u tom smislu analiziralo praksu arbitražnih sudova IKSID koji su se izričito izjasnili o pitanju prava merodavnog za tumačenje pristanka države na arbitražu.⁵⁶ Na osnovu toga, zaključilo je da je praksa nekoherentna i

⁴⁹Pasus br. 57

⁵⁰Pasus br. 59.

⁵¹Pasus br. 61.

⁵²*Ibidem*.

⁵³*Mobil Corporation et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/07/27), Decision on Jurisdiction, June 10, 2010.

⁵⁴*Ibidem*, pasus br. 71.

⁵⁵*Ibidem*, pasus br. 75.

⁵⁶*Ibidem*, pasusi br. 78-82.

da je razlog za to činjenica što pristanak države, u tim slučajevima, nije bio dat u međunarodnom ugovoru već je u pitanju jednostrani akt suverene države. Arbitražni sud je zatim povukao analogiju između pristanka države na arbitražu sa stranim investitorom u nacionalnom zakonodavstvu sa jednostranom izjavom o prihvatanju obavezujuće nadležnosti Međunarodnog suda pravde, u skladu sa stavom 2. člana 36. Statuta ovog suda.⁵⁷ Na taj način je konačno došao da zaključka da je relevantnu odredbu Zakona potrebno tumačiti u skladu sa Vašingtonskom konvencijom i pravilima međunarodnog prava o jednostranim izjavama država.⁵⁸

Problem tumačenja člana 22. Zakona o zaštiti i podsticanju ulaganja Venecuele se javio i u predmetu Tajdvoter protiv Venecuele (*Tidewater v. Venezuela*).⁵⁹ Arbitražno veće je konstatovalo da je tumačenje odredbe već dao arbitražni sud u sporu Mobil protiv Venecuele, ali da je njegova namera da izvrši nezavisnu analizu u odnosu na zaključke suda u tom predmetu.⁶⁰ Polazna osnova ove analize bila je određivanje pravila tumačenja koja se primenjuju na zakonsku odredbu u pitanju. Umesto da se odluči isključivo za primenu pravila nacionalnog ili međunarodnog prava, veće je konstatovalo da Zakon predstavlja akt unutrašnjeg prava pogodan da proizvede dejstvo na međunarodnom planu, te da zbog toga obe pomenute vrste pravila imaju svoju ulogu u postupku tumačenja.⁶¹ U pogledu karaktera akta kojim je Venecuela izrazila svoj pristanak na arbitražu, arbitražni sud je došao do istog zaključka kao u slučaju Mobil protiv Venecuele. Pristanak države izražen u nacionalnom zakonu predstavlja vrstu jednostrane izjave države.⁶² Međutim, u pitanju je specifična vrsta jednostrane izjave koja je data u kontekstu međunarodne konvencije i odnosi se na uspostavljanje nadležnosti međunarodnog arbitražnog suda. Zbog toga se, prema zaključku arbitražnog veća, na tumačenje ovakve izjave ne mogu primeniti pravila ugovornog prava niti načela Komisije za međunarodno pravo koja se odnose na jednostrane izjave država, već pravila tumačenja koja su pogodna za tumačenje ovakvih *suigeneris*akata i koja primenjuje Međunarodni sud pravde u pogledu tumačenja jednostranih izjava država o prihvatanju obavezujuće nadležnosti suda.⁶³ Mada je ranije konstatovao da nacionalno pravo države ima svoju ulogu u tumačenju ak-

⁵⁷*Ibidem*, pasus br. 84.

⁵⁸*Ibidem*, pasus br. 85.

⁵⁹*Tidewater Inc. et al. v. The Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/10/5), Decision on Jurisdiction, 8 February 2013.

⁶⁰*Ibidem*, pasus br. 78.

⁶¹*Ibidem*, pasus br. 81.

⁶²*Ibidem*, pasus br. 88.

⁶³*Ibidem*, pasusi br. 89-100.

ta koji navodno sadrži pristanak države na arbitražu, arbitražni sud je tu ulogu sveo na sledeći iskaz: „Nacionalno pravo je relevantno za utvrđivanje postojanja i punovažnosti instrumenta u pitanju i može da pomogne da se utvrdi namera države. Međutim, pitanje da li izjava predstavlja pristanak u smislu člana 25(1) Vašingtonske konvencije jeste, u svrhu utvrđivanja nadležnosti ovog suda na osnovu člana 41. Konvencije, pitanje međunarodnog prava.“⁶⁴

Na osnovu dosadašnje arbitražne prakse lako je izvesti zaključak da je zajednička karakteristika svake analize koja se odnosi na pravila tumačenja pristanka države dominantna uloga pravila međunarodnog prava. Čak i kada je izjava volje kojom država prihvata nadležnost arbitražnog suda data u ugovoru sa investitorom ili u nacionalnom propisu, ovaj sud pronalazi način da na tumačenje te izjave primeni pravila nadnacionalnog karaktera. Najvažnija posledica takvog gledišta, sa kojom države mogu računati u budućnosti, jeste da ograničenja pristanka prisutna u nacionalnim zakonima ili investicionim ugovorima mogu da budu otklonjena na osnovu doktrine o supermatiji međunarodnog u odnosu na nacionalno pravo.

Zaključak

Pristanak država na rešavanje sporova sa stranim ulagačima u investicionoj arbitraži nosi sa sobom niz specifičnosti koje u najvećoj meri proističu iz osobenog karaktera države kao nosioca suvereniteta. Te specifičnosti se odnose na instrumente koji sadrže pristanak, ali i na brojna ograničenja nadležnosti arbitražnog suda u situaciji kada se na prvi pogled čini da pristanak države postoji. U pogledu određivanja merodavnih pravila za tumačenje izjave pristanka, dosadašnja arbitražna praksa je siromašna, ali pokazuje jasan trend da se izjava volje države tumači u skladu sa pravilima međunarodnog prava, bez obzira na izvor u kojem je sadržana.

⁶⁴*Ibidem*, pasus br. 102.

*Petar Đundić, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Consent of the State to Arbitration with Foreign Investor – Modes of Consent, Restrictions and Applicable Law

***Abstract:** Consent of states to resolve disputes with foreign investors through investment arbitration is connected with certain distinctive characteristics, most of which result out of the peculiar character of the state as a sovereign entity. Those characteristics concern instruments containing consent as well as various restrictions brought upon the jurisdiction of the arbitral tribunal in cases in which it might seem obvious that consent exists. The paper represents an overview of the methods for expressing consent by the states and conditions to which it is subjected. Furthermore, a significant attention is devoted to the problem of designating the rules applicable to the interpretation of instruments potentially containing consent of the state.*

***Key words:** investment arbitration, consent to arbitration, foreign investments, applicable law, jurisdiction of the arbitral tribunal.*

*Dr Atila Dudaš, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

NAČELA POLITIKE ZAŠTITE ŽIVOTNE SREDINE U PRAVU EVROPSKE UNIJE*

Sažetak: Široki dijapazon direktiva i uredba Evropske unije kojima je cilj zaštita životne sredine zasniva se na nekoliko osnovnih načela, koja se tradicionalno dele na načela politike zaštite životne sredine i načela sprovođenja zaštite životne sredine. U prethodnu grupu spadaju načelo održivog razvoja i načelo visokog stepena zaštite, dok u potonju načelo supsidijarnosti i proporcionalnosti, načelo integrisanosti, načelo predostrožnosti, načelo preventivnog delovanja, načelo otklanjanja ekološke štete na izvoru njenog nastanka i načelo „zagađivač plaća“.

U ovom radu su predmet analize samo načela politike zaštite životne sredine, tj. načelo održivog razvoja i načelo visokog stepena zaštite životne sredine.

Sadržina načela održivog razvoja nije utvrđena u primarnim i sekundarnim pravnim izvorima Evropske unije, već u političkim aktima međunarodne i komunitarne prirode. Definiše se kao razvoj kojim se zadovoljavaju potrebe sadašnje generacije, bez ugrožavanja sposobnosti budućih pokolenja da zadovolje sopstvene potrebe. Osnovni problem u tumačenju ovog načela nalazi se u utvrđivanju merila na osnovu kojeg se pojedine delatnosti kvalifikuju kao oblici razvoja kojima se ugrožava ili ne ugrožava sposobnost budućih generacija da zadovolje svoje potrebe, kao i u projekciji potreba budućih pokolenja.

Ni načelo visokog stepena zaštite životne sredine nije jednostavnije za tumačenje. Jedini elementi za utvrđivanje njegove sadržine, koji se čine ne-

* Rad je nastao u okviru naučnoistraživačkog projekta br. 179079 pod nazivom *Bio-medicina, zaštita životne sredine i pravo* koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

spornim i opšte usvojenim, su da se ovaj standard ne odnosi na najviši mogući nivo zaštite uopšte i da se, kao merilo utvrđivanja visokog stepena životne sredine, uzmu standardi zemalja koje imaju razvijenu zaštitu životne sredine, kako članica Evropske unije, tako i onih koje to nisu.

Najveća slabost oba načela, koja im oduzima gotovo svu pravnu sadržinu, te i mogućnost neposrednog pravnog sankcionisanja, je da osim ekoloških elemenata sadrže i ekonomske i socijalne. Autor smatra ispravnim stav usvojen u doktrini da bi se uklanjanjem ili relativizovanjem značaja njihovih ekonomskih i socijalnih komponenti, odnosno jačanjem ekološke komponente, načelo održivog razvoja i načelo visokog stepena zaštite životne sredine mogla da postanu pravila sa neposrednom pravnom sankcijom, tj. mogućnošću da Sud pravde Evropske unije poništi direktivu ili uredbu organa Unije koja nije u skladu sa njima.

Ključne reči: *zaštita životne sredine, pravo Evropske unije, održivi razvoj, visok stepen zaštite životne sredine, politika zaštite životne sredine*

Uvodne napomene

Evropska unija je usvojila brojne direktive i uredbe kojima se uređuju pojedini segmenti zaštite životne sredine, kao što su zaštita voda, vazduha, zemljišta, zaštita od buke, pravila o odlaganju običnog i opasnog otpada, pravila protiv klimatskih promena i smanjenja ozonskog omotača, itd.¹

Svi ovi instrumenti koji imaju različite predmete i metode uređivanja zasnivaju se na nekoliko osnovnih načela, koja su manjim delom uređena Ugovorom o Evropskoj uniji, a većim delom Ugovorom o funkcionisanju Evropske unije². U Ugovoru o Evropskoj uniji je među ciljevima osnivanja Zajednice zaštita životne sredine deklarirana u vezi sa uspostavljanjem unutrašnjeg tržišta. Propisano je da Unija radi na *održivom razvoju* Evrope, koji počiva na uravnoteženom ekonomskom rastu i stabilnosti cena, visoko konkurentnoj socijalnoj tržišnoj privredi, čiji je cilj puna zaposlenost i društveni napredak, kao i visok nivo zaštite i *poboljšanje kvaliteta životne sredine*.³ Prema tome, potreba poboljšanja životne sredine u Ugovoru o Evropskoj uniji ne smatra se

¹ V. detaljnije Jožef SALMA, *Smernice i uredbe Evropske unije o zaštiti životne sredine*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 2/2011, str. 29-44.

² Lisavonski ugovor od 2007. godine se zapravo sastoji iz dva ugovora, Ugovora o Evropskoj uniji (u daljem tekstu: UEU) i Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (u daljem tekstu: UFEU). Njihovim stupanjem na snagu 2009. godine više ne važe prethodni osnivački ugovori Unije.

³ V. čl. 3. st. 3. UEU.

samostalnim načelom, već samo jednom komponentom integralnog načela o održivom razvoju. O centralnom mestu načela održivog razvoja govori i činjenica da je ono posebno istaknuto i u Preambuli Ugovora.⁴

Prava nomenklatura ciljeva politike zaštite životne sredine daje se u Ugovoru o funkcionisanju Evropske unije. U njemu je propisano da politika zaštite životne sredine Evropske unije doprinosi očuvanju, zaštiti i poboljšanju kvaliteta životne sredine, zaštiti zdravlja ljudi, obazrivom i racionalnom korišćenju prirodnih resursa, kao i rešavanju regionalnih ili globalnih problema životne sredine, a naročito podsticanju mera u borbi protiv klimatskih promena.⁵ U nastavku se ističe da se ovi ciljevi ostvaruju imajući u vidu načelo predostrožnosti, načelo preventivnog delovanja, načelo prema kojem se ekološka šteta prvenstveno otklanja na izvoru njenog nastanka, kao i načelo „zagađivač plaća“.⁶

Sva ova načela se u doktrini tradicionalno dele na ona koja se tiču tzv. politike zaštite životne sredine⁷, tj. načela koja projektuju ciljeve kojima treba težiti pravnom zaštitom životne sredine (načelo održivog razvoja i načelo visokog stepena zaštite), i ona koja se odnose na implementaciju prethodnih, na tzv. načela sprovođenja zaštite životne sredine. U potonju grupu spadaju načelo predostrožnosti, načelo preventivnog delovanja, načelo otklanjanja ekološke štete na izvoru njenog nastanka i načelo „zagađivač plaća“⁸. U ovom kontekstu se ističu i načelo supsidijarnosti i proporcionalnosti, kao i načelo integritetnosti, koja se shodno primenjuju i na oblast zaštite životne sredine.⁹

Smatra se u doktrini da načela zaštite životne sredine u pravu Evropske unije ne predstavljaju hijerarhijski sistem, već da organi Unije treba da nastoje da u odgovarajućoj meri ostvare svako načelo. U slučaju sukoba između ostvarivanja različitih ciljeva, organi Unije treba da nađu kompromisno rešenje. Najčešći, a može se reći i stalni poligon sukoba predstavlja inherentna suprotnost između cilja uspostavljanja i unapređenja unutrašnjeg tržišta, što podrazumeva potrebu što lakšeg i bržeg puštanja u promet proizvoda, s jedne, i načela predostrožnosti, prema kojem

⁴ V. st. 9. Preamble UEU.

⁵ V. čl. 191. st. 1. UFEU.

⁶ V. čl. 191. st. 2. UFEU.

⁷ V. Ludvig KRÄMER, *EU Environmental Law*, 7th edition, Sweet & Maxwell, London, 2012, u prevodu na mađarski jezik: Az Európai Unió környezeti joga, Dialóg Campus Kiadó, 2012, str. 33-38.

⁸ V. KRÄMER, *EU Environmental Law*, nav. delo, str. 39-52.

⁹ V. KRÄMER, *EU Environmental Law*, nav. delo, str. 39-46.

proizvođač je dužan da ispita moguće štetne efekte proizvoda na životnu sredinu pre njegovog puštanja u promet.¹⁰

U ovom radu se razmatraju samo načela politike životne sredine u izvorima prava Evropske unije, tj. načelo održivog razvoja i načelo zaštite životne sredine na visokom nivou.

Načelo održivog razvoja

Koncept održivog razvoja (*sustainable development*) je u pravo Evropske unije uveden Ugovorom iz Amsterdama¹¹, koji je zadržan i u važećim ugovorima.¹² Preteču načela održivog razvoja predstavlja koncept održivog rasta (*sustainable growth*), koji je među ciljeve nastanka Evropske zajednice unet Ugovorom iz Maastrichta.¹³ Pri tome je važno istaći da sadržina standarda održivog razvoja, niti standarda održivog rasta, nije definisana u ovim aktima. Oba koncepta se u sadržinskom smislu nadovezuju na izveštaj ad hoc Svetske komisije UN o životnoj sredini i razvoju (*World Commission on Environment and Development*) od 1987. godine (tzv. Bruntland komisija) pod nazivom *Naša zajednička budućnost* (*Our Common Future*). U Izveštaju se naglašava nužnost pospešivanja ekonomskog razvoja, pri čemu se ističe da razvoj mora da bude „održiv“. Koncept održivog razvoja je u ovom dokumentu definisan kao razvoj koji zadovoljava potrebe sadašnjosti, ali ne ugrožava sposobnost budućih pokolenja da zadovolje sopstvene potrebe.¹⁴

U doktrini se ističe da ni posle tridesetak godina ovo određenje održivog razvoja nije dobilo jasno značenje.¹⁵ Štaviše, neki smatraju da ga je uopšte nemoguće odrediti u pozitivnom smislu, već samo u negativnom, u smislu da politika privrednog rasta, koja nema u vidu interese zaštite životne sredine, sigurno ne može da bude u skladu sa konceptom održivog razvoja.¹⁶ Na političkom nivou definisanja ovog pojma, Evropska unija učinila je upravo ovu grešku – zaštitu životne sredine nije istakla kao jedan od ciljeva Evropske unije.¹⁷ Naime u Lisabonskoj strategiji, usvojenoj na Evrop-

¹⁰ V. u istom smislu KRÄMER, *EU Environmental Law*, nav. delo, str. 33.

¹¹ V. KRÄMER, *EU Environmental Law*, nav. delo, str. 34.

¹² V. Preambulu i čl. 3. UEU i čl. 11. UFEU.

¹³ V. čl. 2. Ugovora o osnivanju Evropske ekonomske zajednice izmenjen Ugovorom iz Maastrichta od 1992. godine.

¹⁴ V. t. 3.27. Izveštaja *Naša zajednička budućnost*. Tekst Izveštaja je dostupan na <http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm> (pristup stranici 14. maja 2013. godine).

¹⁵ V. KRÄMER, *EU Environmental Law*, nav. delo, str. 34.

¹⁶ V. Patricia BIRNIE, Alan BOYLE, *International Law & the Environment*, 2nd edition, Oxford, 2002, str. 45; Maria LEE, *EU Environmental Law*, Oxford-Portland, 2005, str. 25.

¹⁷ V. KRÄMER, *EU Environmental Law*, nav. delo, str. 34.

skom savetu održanom u Lisabonu 2000. godine, kao cilj Evropske unije utvrđeno je da u periodu od narednih deset godina postane najkonkurentnija i najdinamičnija privreda sveta zasnovana na znanju, koja je sposobna da ostvari održivi ekonomski rast s najvećom stopom zaposlenosti, kao i snažnu ekonomsku i socijalnu koheziju. Evropski savet u Geteborgu je 2001. godine pokušao da otkloni ovaj nedostatak Lisabonske Strategije, dopunivši ciljeve Unije i potrebom zaštite životne sredine. U Geteborgu je konstatovano da je osnovni cilj osnivačkih ugovora Evropske zajednice postizanje održivog razvoja – razvoja koji zadovoljava potrebe sadašnje generacije, ali bez ugrožavanja zadovoljavanja potreba budućih, da se Evropski savet slaže sa strategijom održivog razvoja, kojom se dopunjava Lisabonska strategija.¹⁸ Nakon Geteborgske deklaracije održivi razvoj postaje gotovo nezaobilazni princip svakog akta organa Unije načelne prirode, pri čemu su učinjeni pokušaji detaljnijeg određivanja njegove sadržine. Tako je već 2002. godine u Preambuli Šestog akcionog programa o zaštiti životne sredine utvrđeno da je preduslov održivog razvoja obazrivo iskorišćavanje prirodnih resursa i zaštita ekosistema na globalnom nivou, u skladu sa ekonomskim blagostanjem i uravnoteženim društvenim razvojem. Kao cilj Akcionog programa ističe se visok nivo zaštite životne sredine i ljudskog zdravlja, kao i opšte poboljšanje životne sredine i kvaliteta života, što je izraz prioriteta ekološke komponente u okviru koncepta održivog razvoja.¹⁹

Posle dva saopštenja Komisije iz 2005. godine²⁰, koja su se ticala pitanja održivog razvoja, Evropski Savet je 2006. godine konačno usvojio Saopštenje o strategiji održivog razvoja. U njemu se kao ciljevi održivog razvoja ističu zaštita životne sredine, društvena jednakost i kohezija, ekonomsko blagostanje i međunarodni angažman Evropske unije.²¹ U Saopštenju se navode deset osnovnih načela²² i sedam izazova²³ na koje Unija

¹⁸ V. t. 19-20. Zaključaka Predsedništva Evropskog saveta u Geteborgu od 15-16. juna 2001. godine. Navedeno prema KRÄMER, *EU Environmental Law*, nav. delo, str. 34-35, fn. 35.

¹⁹ V. t. 6. i 7. Preambule Odluke Evropskog parlamenta i Saveta o utvrđivanju Šestog Akcionog programa Evropske unije u oblasti životne sredine.

²⁰ V. Saopštenje br. COM (2005) 37 i Saopštenje COM (2005) 218.

²¹ V. Saopštenje Evropskog saveta br. 10917/06 na <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/06/st10/10917.en06.pdf> (pristup stranici 14. maja 2013. godine).

²² To su unapređenje i zaštita osnovnih ljudskih prava, međugeneracijska solidarnost, otvoreno i demokratsko društvo, učešće građana u odlučivanju, učešće privrednih subjekata i društvenih partnera u pospešivanju socijalnog dijaloga, koherentnost politike i upravljanja, integrisanost politika, upotreba najviše dostupnog znanja, načelo predostrožnosti i načelo „zagađivač“ plaća. V. Saopštenje br. 10917/06, str. 4-5.

²³ To su klimatske promene i čisti izvori energije, održiv transport, održiva potrošnja i proizvodnja, očuvanje i upravljanje prirodnim resursima, javno zdravlje, društ-

treba da nađe odgovor, dok se njegovi zaključci mogu smatrati izjavama političke prirode, bez pravne operacionalizacije. Smatra se da se pod plaštom koncepta održivog razvoja zapravo još uvek primenjuje Lisabonska strategija, bez izmena usvojenih u Geteborgu godinu dana kasnije, jer institucije Evropske unije samo prividno rade na zaustavljanju tendencija koje ne služe održivom razvoju, s jedne strane.²⁴ S druge strane, koncept održivog razvoja nije preciznije i potpunije određen ni u sekundarnim izvorima komunitarnog prava.²⁵ Retki su primeri pokušaja definisanja ovog pojma. Tako je, na primer, u jednoj uredbi²⁶ propisano da održi razvoj podrazumeva poboljšanje životnog standarda i blagostanja ljudi u graničama kapaciteta ekosistema, pri čemu treba sačuvati prirodne resurse i biološku raznovrsnost za sadašnja i buduća pokolenja.²⁷ Ovakva pravna operacionalizacija koncepta održivog razvoja se smatra gotovo neprimenjivom u praksi.²⁸

Osnovni problem u vezi sa konceptom održivog razvoja je, kao što je dosadašnja analiza pokazala, utvrđivanje toga koji se razvoj smatra održivim. Najočigledniji primer na kojem se može pokazati poroznost pokušaja kvalifikovanja određene delatnosti održivom svakako je privredna upotreba nuklearne energije. Iskorišćavanje nuklearne energije u privredne svrhe podrazumeva potrebu odlaganja radioaktivnog otpada, što do današnjeg dana nije adekvatno rešeno. Radioaktivni otpad će još hiljadama godina predstavljati izvor potencijalne opasnosti za buduće generacije, te se privredna upotreba nuklearne energije, prema opšte usvojenom konceptu održivog razvoja, ne bi mogla smatrati održivom. Gotovo sličan paradoks se može pokazati na primeru postepenog i sve intenzivnijeg zagađivanja podzemnih voda, nestanka pojedinih životinjskih i biljnih vrsta, urbanizacije i razvoja putne mreže, itd.²⁹

U pokušaju utvrđivanja merila održivog razvoja, Savet je krajem 2003. godine objavio spisak određenih indikatora. Od 14 indikatora održivog razvoja samo se tri tiču životne sredine: ispuštanje gasova u atmos-

vena inkluzija, demografski izazovi i migracije, globalno siromaštvo i izazovi održivog razvoja. V. Saopštenje br. 10917/06, str. 4-5.

²⁴ V. KRÄMER, *EU Environmental Law*, nav. delo, str. 35.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Uredba br. 2493/2000 Evropskog parlamenta i Saveta o merama koje pospešuju inkorporaciju zahteva zaštite životne sredine u razvojne projekte zemalja u razvoju, dostupna na http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=en&type_doc=Regulation&an_doc=2000&nu_doc=2493 (pristup stranici 14. maja 2013. godine).

²⁷ V. čl. 2 Uredbe br. 2493/2000.

²⁸ V. KRÄMER, *EU Environmental Law*, nav. delo, str. 35.

²⁹ Ibidem.

feru koji stvaraju efekat staklene bašte, energetska efikasnost privrednih delatnosti i obim saobraćaja.³⁰

Primenivši donekle drugačije metode, Statistički zavod Komisije (*Eurostat*) je u jednoj svojoj publikaciji iz 2002. godine utvrdio ukupno 63 različita pokazatelja (društvenih, privrednih i institucionalnih, ali i pokazatelja u vezi sa životnom sredinom) na osnovu kojih se može izvršiti ocena u kojoj meri se ostvaruje koncept održivog razvoja. Pokazatelji u vezi sa stanjem životne sredine tiču se, prema rezultatima istraživanja, energetske efikasnosti, efikasnosti u korišćenju prirodnih resursa, korišćenja voda i zemljišta, transporta, organske proizvodnje i zaštite biološke raznovrsnosti.³¹

Protivurečna i nejasna upotreba sintagme „održivi razvoj“ dovodi do nedoslednosti u njenom tumačenju u praksi Komisije. Ona dobija određeno značenje samo u vezi sa nekom konkretnom delatnošću ili granom privrede (tako, govori se o održivom saobraćaju, održivom turizmu, održivoj upotrebi energije i voda, održivom regionalnom razvoju, održivoj proizvodnji i potrošnji, itd.) s ciljem da dobiju neku pozitivnu ekološku konotaciju. Na ovaj način nastoji se dati neka sadržina ideji „održivosti“, koja međutim kasnije gubi suštinska određenja, jer postaje sinonim za pozitivni, željeni rast, čime gubi svaku sadržinu koja se odnosi na zaštitu životne sredine.³²

Najzad, izazov u pokušaju normativnog određenja sadržine održivog razvoja predstavlja i projektovanje potreba budućih generacija, jer one treba da budu ograničavajući faktor razvoja u sadašnjosti. Stoga, odredbe Ugovora o Evropskoj uniji i Ugovora o funkcionisanju Evropske unije o održivom razvoju uglavnom služe za određivanje okvira političkog delanja i ne predstavljaju pravni koncept koji bi se efikasno mogao primeniti u praksi.³³

Načelo visokog stepena zaštite životne sredine

U Ugovoru o Evropskoj uniji među ciljevima Zajednice, između ostalog, ističe se visok stepen zaštite životne sredine.³⁴ Gotovo identična formulacija nalazi se i u Ugovoru o funkcionisanju Evropske unije, u ko-

³⁰ V. Zaključke Saveta br. 15875/03 o strukturnim indikatorima na: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/misc/79649.pdf (pristup stranici 14. maja 2013. godine).

³¹ V. publikaciju *Životna sredina i energija (Environment and Energy)* Statističkog zavoda Komisije br. 2/2002, 8. tema, Luxembourg, 2002.

³² V. KRÄMER, *EU Environmental Law*, nav. delo, str. 36.

³³ Ibidem.

³⁴ V. čl. 3. st. 3. UEU.

jem je propisano da je cilj politike zaštite životne sredine Unije visoki stepen njene zaštite, imajući u vidu različitosti stanja u kojima se pojedine regije Zajednice nalaze.³⁵ Načelo visokog stepena zaštite životne sredine ističe se i u odredbama o merama harmonizacije prava u Zajednici. Ugovorom o funkcionisanju Evropske unije propisano je da Komisija u predlozima legislativnih mera radi harmonizacije prava u oblasti zaštite životne sredine uzima za polaznu osnovu potrebu zaštite na visokom nivou, s naročitim obzirom na nova razvojna dostignuća zasnovanih na naučno verifikovanim činjenicama.³⁶

Ni u jednom ugovoru, međutim, nije bliže određeno šta bi trebalo podrazumevati pod zaštitom visokog stepena. Sasvim sigurno to ne može da bude apsolutno najviši nivo ostvariv u skladu sa stanjem tehnoloških dostignuća.³⁷ Stoga se predlaže da se kao najviši nivo zaštite životne sredine u Uniji smatraju standardi zemalja članica koje imaju najstroža pravila u ovoj oblasti (kao što su Danska, Holandija, Švedska, Finska, Austrija i Nemačka, na primer)³⁸, pri čemu bi u obzir trebalo uzeti i standarde drugih razvijenih zemalja, koje nisu članice Unije, ali imaju opštepoznato visoko razvijen sistem zaštite životne sredine (kao što su na primer Švajcarska i Norveška).³⁹

Upućivanje na potrebu ostvarivanja visokog stepena zaštite životne sredine u Uniji bi trebalo da spreči usvajanje mera od strane organa Unije kojima je jedini cilj da utvrde tzv. „najmanji zajednički imenitelj“ zaštite životne sredine, koji bi kao skromniji nivo zaštite životne sredine bio primenjivan na celoj teritoriji Unije, a članice koje imaju više standarde bi mogle da odstupe od jedinstvenih pravila i da na nacionalnom nivou usvoje stroža pravila.⁴⁰ Pravila Ugovora o funkcionisanju Evropske unije o zaštiti životne sredine nalažu da se uzmu u obzir i interesi regija koje su

³⁵ V. čl. 191. st. 2. UFEU.

³⁶ V. čl. 114. st. 3. UFEU.

³⁷ Ovakvo tumačenje načela visokog stepena zaštite životne sredine potvrdio je i Sud pravde Evropske unije. V. slučaj C-284/95 *Safety Hi-Tech Srl v. S & T. Srl*.

³⁸ V. Bojan TUBIĆ, *Pravna načela u oblasti zaštite životne sredine u Evropskoj uniji*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 1/2012, str. 491-506, na str. 496.

³⁹ V. KRÄMER, *EU Environmental Law*, nav. delo, str. 37.

⁴⁰ Ibidem.

Prema čl. 193. UFEU države članice Evropske unije mogu da primenjuju, odnosno da usvoje stroža nacionalna pravila o zaštiti životne sredine. Ona jedino moraju da budu u skladu sa merama zaštite životne sredine usvojenim na nivou zajednice i država članica koja primenjuje ili usvaja drugačija (stroža) pravila o zaštiti životne sredine mora o tome da obavesti Komisiju.

zaostale na planu zaštite životne sredine, jer bi preterano visok nivo zaštite na teritoriji cele Unije njih doveo u težak položaj.⁴¹

Po većinskom stavu doktrine, obaveza visokog stepena zaštite životne sredine ne može se prinudno ostvariti u postupcima pred Sudom pravde Evropske unije. Obrazloženje ovog stava se, s jedne strane, nalazi u sadržini čl. 3. Ugovora o evropskoj uniji (u kojem je među ciljevima Unije propisan i visoki stepen zaštite životne sredine) i čl. 191. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (u kojem se u vezi sa merama i politikom zaštite životne sredine nalaže njena zaštita na visokom nivou). Smatra se da ove odredbe uređuju politiku zaštite životne sredine kao celinu, te se ne odnose na pojedinačne mere usvojene u okviru nje. S druge strane, imajući u vidu da je kao cilj politike zaštite životne sredine određena njena zaštita na visokom nivou, svako bi mogao da tvrdi da pojedinačna mera pomaže ostvarenju tog cilja, pri čemu vidljivi i merljivi efekti mogu da izostanu.⁴² Čak i oni koji smatraju da ove odredbe ugovora imaju pravnu sadržinu koja se i prinudno može ostvariti, ukoliko je to potrebno, uglavnom dolaze do istog zaključka o praktičnoj nemogućnosti primene u praksi, jer institucije Unije imaju široka diskreciona ovlašćenja u tumačenju sintagme „visoki stepen zaštite životne sredine“.⁴³

Za razliku od čl. 3. Ugovora o evropskoj uniji i čl. 191 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, koji se odnose na politiku zaštite životne sredine u celini, u čl. 114. potonjeg ugovora nalaže se Komisiji da u svojim normativnim predlozima uzima u obzir i zahtev visokog stepena zaštite životne sredine. Ova odredba se odnosi na pojedinačne pravne instrumente, a ne na politiku zaštite životne sredine u celini. Stoga se smatra da ukoliko Komisija u svom predlogu nije uzela u obzir potrebu zaštite životne sredine na visokom nivou, Evropski parlament bi trebalo da ima pravo da Sudu pravde Evropske Unije podnese protiv nje tužbu za poništaj, tj. tužbu radi utvrđivanja zakonitosti njenih pravnih akata.⁴⁴ Neki, međutim, ističu da se predlog Komisije u skladu sa čl. 114. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije ne može smatrati „aktom“ koji može da bude predmet tužbe za poništaj, te ovaj član ne bi trebalo da uživa neposrednu pravnu zaštitu u postupcima pred Sudom pravde.⁴⁵

⁴¹ V. KRÄMER, *EU Environmental Law*, nav. delo, str. 37.

⁴² Ibidem.

⁴³ V. Astrid EPINEY, *Umweltrecht in der Europäischen Union*, 2. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-München, 2005, str. 98.

⁴⁴ Ovakav zaključak proizilazi iz čl. 293. i 294. UFEU. V. u istom smislu KRÄMER, *EU Environmental Law*, nav. delo, str. 37.

⁴⁵ V. Jan JANS, Hans VEDDER, *European Environmental Law*, 3rd edition, Europa Law Publishing, Groningen, 2008.

U svakom slučaju, poništaj akata Komisije kojima se ne teži zaštiti životne sredine na visokom nivou je za sada samo teorijska mogućnost, jer Evropski parlament još nijednom nije podneo protiv Komisije tužbu ove vrste. Razlog tome je sigurno između ostalog i nemogućnost preciznijeg utvrđivanja značenja „visokog stepena“ zaštite životne sredine.⁴⁶ Izgleda da je jedini mogući vid sankcionisanja predlaganja ili usvajanja mera na nivou Evropske unije koje ne ispunjavaju standard visokog stepena zaštite životne sredine da države članice, kojima ne odgovara nivo zaštite životne sredine ostvaren komunitarnim merama, na nacionalnom planu usvoje i primenjuju strože mere. Sasvim je realno očekivanje da što je niži nivo zaštite životne sredine kojem određeni komunitarni instrument teži, sve će biti jači interes država koje imaju visoke standarde zaštite životne sredine da ga ne primenjuju, već da usvoje strože standarde zaštite životne sredine na nacionalnom nivou.⁴⁷

Ostala načela politike životne sredine u pravu Evropske unije

Pored načela održivog razvoja i načela visokog stepena zaštite životne sredine, na uobličavanje politike zaštite životne sredine manjim delom utiču i neka druga načela navedena u odredbama Ugovora o funkcionisanju Evropske unije posvećenim zaštiti životne sredine.⁴⁸ To su očuvanje, zaštita i poboljšanje kvaliteta životne sredine; zaštita zdravlja ljudi; mudro i racionalno korišćenje prirodnih resursa i podsticanje međunarodnih mera za rešavanje regionalnih ili globalnih problema, naročito problema klimatskih promena. Njihov opis doktrina ocenjuje prilično opširnim, te suštinski mnogo ne doprinose preciznijem utvrđivanju sadržine politike životne sredine.⁴⁹ Tako, na primer, merama za zaštitu zdravlja ljudi mogu da se ostvaruju, ne samo interesi zaštite životne sredine, već i ciljevi u vezi sa funkcionisanjem unutrašnjeg tržišta, poljoprivrede, zaštite potrošača, zaštite javnog zdravlja itd, zbog čega je gotovo nemoguće utvrditi doprinos neke mere koja je zasnovana na ideji zaštite zdravlja ostvarenju ciljeva politike zaštite životne sredine. Zatim, izraz „prirodni resursi“ nije sasvim jasan, ali se pretpostavlja da se odnosi na upravljanje skupom svih resursa u prirodi: životinjskog i biljnog sveta, šuma, minerala, vazduha, tla, nafte, prirodnih gasova, hemijskih supstanci, itd. Na upotrebu ovih

⁴⁶ V. KRÄMER, *EU Environmental Law*, nav. delo, str. 37.

⁴⁷ V. KRÄMER, *EU Environmental Law*, nav. delo, str. 38.

⁴⁸ V. čl. 191. st. 1. UFEU.

⁴⁹ V. KRÄMER, *EU Environmental Law*, nav. delo, str. 38.

resursa mogu da budu usmerene raznovrsne mere Unije, koje ne moraju da imaju za cilj zaštitu životne sredine.⁵⁰

Zaključna razmatranja

U radu su analizirana načela politike zaštite životne sredine, od kojih se po svom značaju posebno izdvajaju dva: načelo održivog razvoja i načelo visokog stepena zaštite životne sredine. Analiza je pokazala da normativna sadržina ni jednog od njih još uvek nije dobila svoju konačnu konturu u doktrini.

Najznačajniji izazov u tumačenju načela održivog razvoja, osnovnog načela politike zaštite životne sredine, je u ustanovljavanju merila na osnovu kojih će se određena delatnost smatrati održivom. Prema većinskom stavu doktrine trebalo bi izgraditi jedinstveni koncept načela održivog razvoja, koji bi bio primenjiv na sve delatnosti. To se može postići samo ako se održiv razvoj definiše kao zahtev očuvanja prirodnih resursa, odnosno sprečavanja njihovog propadanja u meri koja će budućim generacijama onemogućiti njihovo iskorišćavanje. Ukoliko se ovaj koncept pokuša integralno tumačiti imajući u vidu njegove sve tri glavne komponente, ekološki, ekonomski i socijalni razvoj, on će mnogo izgubiti na pravnoj preciznosti, te i praktičnoj primenjivosti. Stoga bi koncept održivog razvoja trebalo svesti isključivo na svoju ekološku dimenziju.⁵¹ Ima i drugačijih stavova u doktrini: neki ističu da pravna sadržina koncepta održivog razvoja treba da obuhvata i ekonomsku i socijalnu dimenziju.⁵² Čak i ako bi ovim ograničenjem koncept održivog razvoja dobio jasniju pravnu sadržinu, ne bi bio više od neke smernice, odnosno rukovodnog načela.⁵³

Drugo osnovno načelo politike zaštite životne sredine, načelo visokog stepena zaštite životne sredine, ne sme da bude tumačeno u smislu „najviše“ zaštite životne sredine, što bi podrazumevalo uzimanje u obzir, osim ekoloških, i političkih i ekonomskih činilaca.⁵⁴ Međutim, i uz even-

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ V. na primer, Winfried LANG; Harald HOHMANN, Astrid EPINEY, *Konzept der Nachhaltigen Entwicklung*, Stämpfli, Bern, 1999, str. 52-53; Astrid EPINEY, Martin SCHEYLI, *Strukturprinzipien des Umweltvölkerrechts*, Nomos, Baden-Baden, 1998, str. 76; KAHL, *Der Nachhaltigkeitsgrundsatz im System der Prinzipien des Umweltrechts*, in: Bauer, H./Czybulka, D./Kahl, W./Voskuhle, A. (eds.), *Umwelt, Wirtschaft und Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, str. 111; CASPAR, *Klimaschutz und Verfassungsrecht*, in: Koch, H.-J./Caspar, J. (eds.), *Klimaschutz im Recht*, Nomos, Baden-Baden, 1997, str. 367, 381.

⁵² V. na primer Peter SIEBEN, *Was bedeutet Nachhaltigkeit als Rechtsbegriff?*, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, br. 10/2003, str. 1173.

⁵³ V. KRÄMER, *EU Environmental Law*, nav. delo, str. 37.

⁵⁴ V. Ludvig KRÄMER, *Das „hohe Schutzniveau“ für die Umwelt im EG-Vertrag - Industrielle Norm oder politische Vorgabe?*, *Zeitschrift für Umweltrecht*, br. 9/1997, str. 303.

tualni pokušaj sužavanja značenja ovog načela isključivo na ekološku perspektivu, ostaje otvoreno pitanje na osnovu kog kriterijuma bi se utvrđivalo da li određeni komunitarni pravni instrument na dovoljno visokom stepenu štiti životnu sredinu, a koji ne ispunjava ovaj standard. Zato se kao merilo visokog stepena zaštite životne sredine predlaže primer zemlje ili regiona sa razvijenim standardima zaštite životne sredine, iz Evropske unije ili van nje.⁵⁵ Pravna priroda ovog načela potvrđena je i u praksi Suda pravde Evropske unije, pri čemu Sud doduše ukazuje na vrlo široki raspon njegovih mogućih značenja i diskreciona ovlašćenja organa Unije u njegovom tumačenju.⁵⁶ Iz obrazloženja presude proizilazi da nije dovoljno da organi Unije tvrde da su svojim merama ostvarili visoki stepen zaštite životne sredine, već treba da dokažu da je taj nivo zaista i postignut.⁵⁷

⁵⁵ V. EPINEY, *Umweltrecht in der Europäischen Union*, nav. delo, str. 99.

⁵⁶ V. slučaj C-284/95 *Safety Hi-Tech Srl v. S & T. Srl*.

⁵⁷ V. slučaj C-284/95 *Safety Hi-Tech Srl v. S & T. Srl*. t. 38 i dalje.

*Attila Dudás, Ph.D., Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Principles of Environmental Policy in the Law of the European Union

Abstract: *The wide range of directives and regulations of the European Union on the protection of environment is based on several principles, traditionally divided into two groups: the principles of environmental policy and the principles of implementation of measures aiming to protect the environment. The former are the principles of sustainable development and high protection of the environment, while the latter the principle of subsidiarity and proportionality, principle of environmental integration, precautionary principle, principle of prevention, the principle of rectification of environmental damage at its source and the “polluter pays” principle.*

In this paper the subject of analysis are only the principles of environmental policy. The content of the notion of sustainable development is not outlined in the primary and secondary sources of EU law, but in political acts of international and community origin. It is defined as development that meets the needs of present generations without compromising the ability of future generations to meet their own needs. The basic problem in the interpretation of this concept is to indentify standards based on which given activities may be considered as development compromising the ability of future generations to meet their needs and to project such potential needs.

The principle of high level of protection of the environment is not easier to interpret either. The elements of its content that seems to be undisputed and generally recognized is that it should not to be interpreted as the highest possible level of protection, on the one hand, and that it should be determined according to standards adopted by countries that have more developed environmental protection, preferably, but not necessarily members of the European Union, on the other.

The greatest insufficiency of both principles, which virtually compromises their legal nature and hence hinders implementation of direct

legal sanctions, is that they, besides ecological, comprise economic and social considerations as well.

The author approves the standpoint adopted in literature that by elimination of economic and social considerations from notions of sustainable development and high level protection of the environment, or at least by a decrease in their importance, and a strengthening of ecological considerations, these principle might become legal rules with direct legal sanctions, i.e. the Court of Justice might annul directives and regulations not in compliance with them.

Key words: *protection of environment, European Union law, sustainable development, high protection of environment, environmental policy*

*Dr Bojan Tubić, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

NAČELO ODRŽIVOG RAZVOJA U MEĐUNARODNIM PRAVNIM AKTIMA I PRAKSI MEĐUNARODNOG SUDA¹

Sažetak: Cilj ovog rada je da prikaže kako je regulisano pitanje održivog razvoja na međunarodnom planu. Održivi razvoj je definisan sredinom osamdesetih godina prošlog veka i od tada izaziva rasprave među pravnicima o relevantnosti u međunarodnom pravu. Pojedini autori navode da nije u pitanju ustanovljeno načelo nego da je ono u procesu nastajanja. Izuzetak od ovog stava predstavlja pozicija sudije Veramantrija u Slučaju Gabčikovo-Nađmaroš, pred Međunarodnim sudom. Pošto je u pitanju načelo, ono ne sadrži jasno utvrđena prava i obaveze, već je formulisano uopšteno, pa čak i nejasno u pogledu pravnog dejstva. Ipak je u pitanju pravno načelo, koje za razliku od moralnih ili političkih načela ima obavezujuću pravnu snagu i ne može se zanemariti. Ono se nalazi u pojedinim međunarodnim ugovorima, a sastavni deo je i prava Evropske unije. Načelo održivog razvoja je povezano sa načelom predostrožnosti, procenom uticaja na životnu sredinu i drugim načelima.

Ključne reči: održivi razvoj, pravno načelo, životna sredina, Međunarodni sud.

Uvod

Ideja održivog razvoja je dospela u centar interesovanja 1987. godine sa objavljivanjem izveštaja Svetske komisije za životnu sredinu i razvoj „Naša zajednička budućnost“, koji je podnet Ujedinjenim

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

nacijama.² U ovom izveštaju je održivi razvoj definisan kao postupak promena u kojem su korišćenje resursa, usmeravanje investicija, orijentacija tehnološkog razvoja i institucionalne promene u jednom skladu i jačaju postojeće i buduće potencijale da ispune ljudske potrebe i težnje.³ Prema ovom aktu, problemi životne sredine u vezi sa ekonomskim i tehnološkim napretkom razvijenih zemalja ne smeju da negativno utiču na mogućnosti zemalja u razvoju da takođe teže ekonomskom i tehnološkom razvoju. Uvođenjem koncepta održivog razvoja, ekonomski razvoj, životna sredina i ljudska prava se posmatraju na jedan celovit i međuzavisan način.⁴ Od podnošenja pomenutog izveštaja, pitanje održivog razvoja našlo je svoje mesto u brojnim međunarodnim ugovorima, a razmatrano je i pred Međunarodnim sudom.

Pojam održivog razvoja

Postavlja se pitanje kakav status ima održivi razvoj, odnosno da li ima status pravnog načela? Pravna načela nisu isto što i pravna pravila. Ona su obično formulisana na jedan opštiji način i ne stvaraju jasno razgraničena prava i obaveze. Načela obezbeđuju smernice pri analiziranju činjenica i tumačenju pravnih pravila. Pravna načela se po strukturi i funkciji ne razlikuju od moralnih i političkih načela. Razlika je samo u njihovom položaju u pravnim sistemima, odnosno od načina na koji se koriste u pravnoj argumentaciji. Obavezujuća priroda pravnih načela znači da ih pravni subjekti ne mogu zanemariti ukoliko ih ne smatraju korisnim.⁵ Danas postoji čitav niz načela, koja su uključena u pojedine međunarodne konvencije ili imaju status običajnih pravnih pravila. Neka druga načela koja nemaju status prava takođe mogu da poseduju značajan autoritet, na koji se mogu pozvati oni koji tumače i primenjuju pravo. Nivo saglasnosti koji se postiže oko njih utiče na to da se ne mogu zanemariti.

Načelo održivog razvoja u sebi sadrži dva cilja: zaštitu životne sredine i ekonomski razvoj, odnosno sredstvo za eliminisanje siromaštva. Ovi ciljevi nisu hijerarhijski postavljeni ali su međuzavisni. Tokom eko-

² Izveštaj Svetske komisije za životnu sredinu i razvoj: Naša zajednička budućnost (Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future, (WCED) 1987), dostupno na <http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>.

³ J. Verschuuren, Sustainable Development and the Nature of Environmental Legal Principles, PER/PELJ 2006(9)1, str. 215.

⁴ *Ibid.*

⁵ J. Ellis, Sustainable Development as a Legal Principle: A Rethorical Analysis, objavljeno u Hélène Ruiz Fabri, Rüdiger Wolfrum and Jana Gogolin (ur.), Select Proceedings of the European Society of International Law, vol. 2 (Hart, 2008).

nomskog razvoja potrebno je voditi računa o potrebama stanovništva, a naročito onog njegovog dela koji živi u siromaštvu. Ovde se susrećemo i sa načelom međugeneracijske solidarnosti. Naime, ekonomski razvoj i smanjivanje siromaštva ne treba da izazivaju štetu po životnu sredinu od koje će zavisiti buduće generacije. Takođe, integrisanje socijalne, ekonomske i politike životne sredine zahtevaju i transparentnost i široko učešće javnosti u postupku donošenja odluka.⁶

Jedna od definicija održivog razvoja bi bila da je to onaj razvoj koji „obezbeđuje da se zadovolje potrebe sadašnjosti, bez ugrožavanja mogućnosti budućih generacija da one zadovolje svoje potrebe.“⁷ Pojedini autori smatraju, međutim, da je još uvek nejasno tačno značenje ovog pojma.⁸ Komisija navodi da održivi razvoj nije jedno utvrđeno stanje harmonije, već zapravo proces promena u kojem iskorišćavanje resursa, usmeravanje investicija i tehnološkog razvoja, kao i institucionalne promene, moraju da budu u skladu i sa budućim, a ne samo sa sadašnjim potrebama.⁹ Pojedini autori navode da održivi razvoj počiva na tri stuba: ekonomskom razvoju, socijalnom razvoju i zaštiti životne sredine i mora se voditi računa da među njima postoji ravnoteža, iako su oni često suprotstavljeni.¹⁰

Pojedini autori opisuju koncept održivog razvoja kao „kišobran“ načelo, povezujući niz pravnih i političkih načela. Najčešće se pominju načela: predostrožnosti, međugeneracijske i unutargeneracijske pravičnosti, zajedničke ali podeljene odgovornosti i načelo zagađivač plaća. Održivi razvoj ne uspostavlja hijerarhiju među ovim načelima, ali obezbeđuje neophodne smernice za njihovo tumačenje. Ako se posmatra kao „kišobran“ koncept, ili kao jedno osnovno pravilo iz kojeg su izvedena posebna pravila i načela, održivi razvoj predstavlja jedan politički cilj ili koncept. Tako posmatrano, održivi razvoj ne predstavlja pravno načelo već načelo koje može imati normativnu, ali ne i nezavisnu pravnu težinu.

Načelo održivog razvoja u međunarodnim pravnim aktima

Poslednjih decenija, u međunarodnom pravu zaštite životne sredine, sve se više pažnje poklanja pitanju održivog razvoja. Ono je regulisano i jednim brojem međunarodnih ugovora iz ove oblasti. Na primer,

⁶ A. Kiss, D. Shelton, *International Environmental Law*, New York, 2004, str. 217.

⁷ Izveštaj Svetske komisije za životnu sredinu i razvoj: Naša zajednička budućnost, *op.cit.*

⁸ L. Krämer, *EC Environmental Law*, London, 2007, str. 9.

⁹ *Ibid.*, pasus 30.

¹⁰ J. Ellis, *op. cit.*, str. 3,4.

u Štokholmskoj deklaraciji¹¹ se govori o ravnoteži između zaštite životne sredine i ekonomskog razvoja i države treba da integrišu ova dva činioca kako bi postigle najbolje rezultate za čovečanstvo. One imaju suvereno pravo da koriste svoje prirodne resurse, ali moraju da obezbede da takvo korišćenje negativno ne utiče na životnu sredinu susednih država. U jednom drugom aktu, Svetskoj povelji za prirodu, pominje se važnost zaštite životne sredine u privrednom razvoju država. Posebna načela zaštite životne sredine treba da zapravo rukovode ekonomskim razvojem.

Originalni koncept načela održivog razvoja razrađen je u seriji dokumenata i pravnih instrumenata usvojenih 1992. godine u Rio de Žaneiru tokom Konferencije Ujedinjenih nacija o životnoj sredini i razvoju (*UNCED*). Potpisani su između ostalih i sledeći dokumenti: Rio deklaracija o životnoj sredini i razvoju,¹² Agenda 21,¹³ Konvencija o biodiverzitetu¹⁴ i Okvirna konvencija UN o promeni klime.¹⁵ Iako nije pravno obavezujuća, Rio deklaracija navodi neka ključna načela održivosti i to načela: integrisanosti, predostrožnosti, međugeneracijske jednakosti i načelo zagađivač plaća. U Načelu 4 je rečeno: „U cilju da se postigne održivi razvoj, zaštita životne sredine će činiti integralni deo procesa razvoja i ne može biti razmatrana izolovano od njega“.¹⁶ Načelo integrisanosti zahteva da pitanja razvoja i životne sredine budu uzeta u obzir u postupku donošenja odluka. Potrebno je obezbediti da pitanja životne sredine budu integrisana u razvojne ciljeve, a da potrebe razvoja budu uzete u obzir tokom ostavljivanja ciljeva u vezi sa životnom sredinom. U Rio deklaraciji se navodi da u cilju zaštite životne sredine, države treba da, u skladu sa svojim mogućnostima, primene načelo predostrožnosti. Kada postoje pretnje nastanka ozbiljne i nepopravljive štete, nedo-

¹¹ Deklaracija Konferencije UN o ljudskoj sredini (Štokholmska deklaracija), 1972 (Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment – Stockholm Declaration), dostupno na <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?documentid=97&articleid=1503>

¹² Rio deklaracija o životnoj sredini i razvoju iz 1992. godine (Rio Declaration on Environment and Development, 1992), dostupno na <http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-1annex1.htm>

¹³ Agenda 21 (Agenda 21), dostupna na <http://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf>

¹⁴ Konvencija o biodiverzitetu iz 1992. godine (Convention on Biological Diversity, 1992), dostupna na <http://www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf>

¹⁵ Okvirna konvencija UN o promeni klime iz 1992. godine (United Nations Framework Convention on Climate Change, 1992) dostupna na http://unfccc.int/essential_background/convention/background/items/1349.php

¹⁶ Načelo 4 Rio deklaracije, op. cit.

statak potpune naučne izvesnosti ne može biti korišćen kao razlog za odlaganje mera za sprečavanje uništavanja životne sredine.¹⁷

Postoji još nekoliko međunarodnih ugovora koji sadrže norme koje se mogu dovesti u vezu sa načelom održivog razvoja. To su, na primer: Ramsar konvencija iz 1971. godine koja reguliše racionalnu upotrebu mokrih polja;¹⁸ Konvencija o svetskom nasleđu iz 1972. godine, koja se odnosi na prirodno i kulturno nasleđe, koje se čuva za dobrobit čovečanstva;¹⁹ Bečka konvencija o zaštiti ozonskog omotača iz 1985. godine²⁰ i Montrealski protokol o supstancama koje tanje ozonski omotač iz 1987. godine, koji propisuje usvajanje mera predostrožnosti kako bi se sprečilo da određene supstance oštete ozonski omotač.²¹ Načelo održivog razvoja se pominje u Okvirnoj konvenciji UN o promeni klime iz 1992. godine²² i Kjoto protokolu iz 1997. godine,²³ koji sadrže načelo predostrožnosti i međugeneracijske solidarnosti. Konvencija o biodiverzitetu iz 1992. godine se takođe rukovodi ovim načelima.²⁴ Konvencija o vanplovidbenom korišćenju međunarodnih vodotoka iz 1997. godine ima za cilj održivo korišćenje vodenih resursa i sadrži načelo predostrožnosti i načela međugeneracijske i unutargeneracijske solidarnosti.²⁵

Jedan od pokušaja definisanja održivog razvoja bio je u članu 3 Konvencije o saradnji u oblasti zaštite i održivog razvoja morske i obalne životne sredine u severoistočnom Pacifiku, iz 2002. godine. Tamo je navedeno da se pod održivim razvojem podrazumeva proces promene kvaliteta života ljud-

¹⁷ *Ibid.*, načelo 15.

¹⁸ Ramsar Konvencija o mokrim poljima od međunarodnog značaja iz 1971. godine (Convention on Wetlands of International Importance especially as Waterfowl Habitat, 1971), dostupna na http://www.ramsar.org/cda/en/ramsar-documents-texts-convention-on/main/ramsar/1-31-38%5E20671_4000_0__

¹⁹ Konvencija o zaštiti svetskog kulturnog i prirodnog nasleđa iz 1972. godine (Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage, 1972), dostupna na <http://whc.unesco.org/en/conventiontext/>

²⁰ Bečka konvencija o zaštiti ozonskog omotača iz 1985. godine (The Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer, 1985), dostupna na http://ozone.unep.org/new_site/en/Treaties/treaties_decisions-hb.php?sec_id=155

²¹ Montrealski protokol o supstancama koje tanje ozonski omotač iz 1987. godine (Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, 1987) dostupno na http://ozone.unep.org/Ratification_status/montreal_protocol.shtml

²² Okvirna konvencija UN o promeni klime iz 1992. godine, *op.cit.*

²³ Kjoto protokol iz 1997. godine (Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, 1997), dostupno na <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf>

²⁴ Konvencija o biodiverzitetu iz 1992. godine, *op.cit.*

²⁵ Konvencija o vanplovidbenom korišćenju međunarodnih vodotoka iz 1997. godine (Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses, 1997), dostupna na http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8_3_1997.pdf

skih bića, putem ekonomskog rasta sa socijalnom jednakošću i promenom načina proizvodnje i potrošnje i razvoj koji je održiv u smislu ekološke ravnoteže i vitalne podrške regiona. Ovaj proces podrazumeva poštovanje regionalnih, nacionalnih i lokalnih etničkih i kulturnih različitosti i puno učešće stanovništva u mirnoj koegzistenciji i harmoniji sa prirodom, obezbeđujući kvalitet života budućih generacija.²⁶

Pomenuti međunarodni ugovori odražavaju sporazume postignute između država da ispune minimum standarda pri zaštiti životne sredine. Većina ugovora ne stvara njihovim državama članicama obaveze koje treba sprovesti, sa izuzetkom Okvirne konvencije UN o promeni klime, Kjoto protokola i Protokola iz Montreala. Ipak, države treba da se ponašaju u skladu sa njihovim obavezama i da daju pravno dejstvo tim obavezama u njihovim domaćim pravnim sistemima. Da bi se međunarodna načela primenjivala u unutrašnjem pravnom poretku, potrebno je koristiti nacionalno pravo koje omogućava dejstvo ugovornih obaveza.

Održivi razvoj je pominjan i u međunarodnoj arbitražnoj praksi. Na primer, u sporu u vezi Rajske železnice između Belgije i Holandije, Arbitražni tribunal je konstatovao da pravo životne sredine i pravo na razvoj ne stoje međusobno kao alternative, već kao međusobno podupirući, integrisani kocepti koji zahtevaju da u slučajevima kada razvoj može da prozrokuje značajnu štetu životnoj sredini, postoji obaveza da se spreči ili ublaži takva šteta. Po mišljenju tribunala, ova obaveza je postala načelo opšteg međunarodnog prava.²⁷ Pored toga, osnovana je i Komisija za održivi razvoj koja deluje u okviru Ujedinjenih nacija i bavi se politikom obezbeđivanja globalnog i regionalnog održivog razvoja.²⁸

Odnos načela održivog razvoja i drugih pravnih načela u oblasti zaštite životne sredine

Postoji niz načela koja su povezana sa održivim razvojem. Jedno od njih je načelo predostrožnosti koje danas predstavlja opšte načelo međunarodnog prava životne sredine. Ono predviđa da moraju biti preduzete mere, za zaštitu životne sredine, pre primene razvojnih projekata, čak i

²⁶ Član 3 Konvencije o saradnji u oblasti zaštite i održivog razvoja morske i obalne životne sredine u severoistočnom Pacifiku iz 2002. godine (Convention for Cooperation in the Protection and Sustainable Development of the Marine and Coastal Environment of the Northeast Pacific, 2002) dostupna na <http://www.ecolex.org/server2.php/libcat/docs/TRE/Full/En/TRE001350.txt>

²⁷ The Iron Rhine („Ijzeren Rijn“) Railway, Award of the Arbitral Tribunal, The Hague, 24 May 2005, str. 29.

²⁸ R. Etinski, *Međunarodno pravo životne sredine*, u *Osnove prava životne sredine* (ur. D. Nikolić), Novi Sad, 2009, str. 253.

ukoliko nije u potpunosti naučno dokazano njihovo štetno dejstvo po životnu sredinu. Ono je sadržano u pojedinim međunarodnim konvencijama, prema kojima države imaju obavezu da razmotre posledice po životnu sredinu koje mogu da nastanu iz razvojnih projekata. Ponašajući se u skladu sa ovim načelom, države doprinose postojanju održivog razvoja, jer razmatrajući razvojne projekte u skladu sa njim utiće na stvaranje ravnoteže između ekonomskog razvoja i zaštite životne sredine.

Procena uticaja na životnu sredinu je takođe u vezi sa održivim razvojem.²⁹ Ona predstavlja studiju o posledicama koje planirani projekti mogu imati po životnu sredinu. Rezultati ove procene uticaja mogu da utiču na odluku da li će određeni razvojni projekti biti primenjeni, odnosno mogu da sugerišu da li projekti treba da budu izmenjeni, kako bi se posledice po životnu sredinu svele na najmanju meru. Veliki broj međunarodnih ugovora sadrži uslov postojanja procene uticaja, a on je prisutan i u zakonodavstvu EU.³⁰ Međutim, Sud u slučaju Gabčíkovo-Nadmaroš nije prihvatio njegovo postojanje kao pravnog načela. Sudija Veramantri je pak zauzeo stav da ono jeste načelo međunarodnog prava. Naglasio je važnost procene uticaja na životnu sredinu i po njemu države imaju obavezu da izvrše procenu uticaja pre primene projekata. Ovo obezbeđuje mehanizam putem kojeg će razmatranje pitanja zaštite životne sredine imati uticaj na ekonomski razvoj. Na taj način će doprineti postizanju održivog razvoja.

Načelo održivog razvoja je u vezi i sa načelom međugeneracijske pravičnosti. Ono znači da sadašnje generacije treba da obezbede da zdravlje, diverzitet i produktivnost životne sredine budu održani i poboljšani u korist budućih generacija. Tri osnovna načela čine osnovu međugeneracijske jednakosti i na taj način su sastavni deo održivog razvoja. Prvo se zahteva od svake generacije da čuva diverzitet prirodnih i kulturnih resursa, kako bi se obezbedilo da budu dostupni budućim generacijama za zadovoljavanje njihovih potreba. Drugo načelo je očuvanje kvaliteta i ono znači da svaka generacija mora održavati kvalitet planete tako da ona ne bude predata u gorem stanju od onoga u kojem je primljena od prošlih generacija. Treće načelo je očuvanje pristupa i propisuje da svaka generacija treba da pruži pojedincima jednaka prava da pristupe zaostavštini prethodnih generacija i treba da sačuva ovaj pristup za buduće generacije.

²⁹ Videti B. Pajtić, Održivi razvoj i procena uticaja na životnu sredinu, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, XLVI, 1/2012, str. 409-425.

³⁰ Videti: B. Tubić, The EU Directive on Strategic Environmental Assessment, *Proceedings of 12. International Eco-Conference*, Novi Sad: Ecological Movement of Novi Sad, 21-24 September, 2011, str. 205-213.

Agenda 21 se bavi očuvanjem biodiverziteta u poglavlju 15. Navedeni su ciljevi i aktivnosti koji treba da poboljšaju očuvanje biodiverziteta i održivo korišćenje bioloških resursa i oni služe kao podrška Konvenciji o biodiverzitetu. Ona naglašava ulogu očuvanja biodiverziteta u postizanju održivog razvoja. Ona poziva na razvoj nacionalnih strategija, planova i programa za održivo korišćenje biodiverziteta i utvrđivanje i menjanje sastavnih delova biodiverziteta važnih za očuvanje naročito ugroženih vrsta i zajednica.

Načelo zagađivač plaća je u suštini načelo usmereno na internacionalizaciju troškova životne sredine. Ovo podrazumeva njihovo uključivanje u proces donošenja ekonomskih i drugih razvojnih planova, programa i projekata koji mogu da utiču na životnu sredinu.

Načelo održivog razvoja u Evropskoj uniji

U članu 2 Ugovora iz Mاستrihta je navedeno da je održivi rast jedan od ciljeva Evropske zajednice, bez njegovog definisanja. Načelo održivog razvoja je postalo jedan od osnovnih ciljeva Evropske unije 1999. godine, kada je uključeno u Ugovor iz Amsterdama. Preambula tadašnjeg Ugovora o EU, član 2 ovog Ugovora, kao i članovi 2 i 6 tadašnjeg Ugovora o funkcionisanju EZ, pominjali su održivi razvoj, ali ga nisu definisali.

Na sastanku u Geteborgu, u junu 2001. godine, lideri EU su usvojili prvu strategiju EU o održivom razvoju, na osnovu predloga Evropske komisije.³¹ Ona se sastojala iz dva glavna dela. Prvi je predlagao ciljeve i mere za sprečavanje jednog broja aktivnosti suprotnih održivom razvoju, a drugi je pozivao na novi pristup u postupku usvajanja politika koji bi obezbedio da ekonomska, socijalna i politika životne sredine EU pozitivno utiču jedni na druge u međusobnoj interakciji. Glavni instrument koji je razvijen u ovom smeru je obaveza Komisije da svaki novi predlog politike podnese na procenu uticaja koji ona može imati. Strategija održivog razvoja EU je dodala treću dimenziju Lisabonskoj strategiji ekonomske i socijalne obnove, a to je deo o životnoj sredini. Ove dve strategije su komplementarne.

Deklaracija iz Geteborga čini suštinu politike EU o održivom razvoju. Ova politika obuhvata i druge programe i preuzete obaveze, kao na primer zaključke Svetskog samita o održivom razvoju, održanog u Johaneshburgu 2002. godine i Milenijumski razvojni ciljevi usvojeni 2000. godine.

³¹ Strategija održivog razvoja EU, 15. i 16. jun 2001. godine (Presidency Conclusions – Göteborg European Council, 15 and 16 June 2001), dostupno na http://ec.europa.eu/governance/impact/background/docs/goteborg_concl_en.pdf

I pored značajnog napretka u primeni Strategije, ipak su određeni suprotni trendovi ostali prisutni i to u pitanjima klimatskih promena, starenja društava u ravijenim državama i širenje jaza između bogatih i siromašnih u svetu. Došlo je do značajnih promena i u državama izvan EU, nakon 2001. godine, kao i u samoj EU nakon proširenja na 25 država članica. Došlo je do povećanja nestabilnosti usled terorističkih pretnji i nasilja, dalje globalizacije i promena u svetskoj ekonomiji. Sve ovo je zahtevalo strategiju održivog razvoja sa jačim fokusom, jasnijom podelom odgovornosti, jačom integracijom međunarodnih standarda i efikasnijom primenom i nadzorom.

U junu 2005. godine, Evropski savet je usvojio set rukovodećih načela za održivi razvoj, a u decembru iste godine Komisija je predstavila predlog revidirane strategije i platforme budućih aktivnosti. On je bio zasnovan na Strategiji iz 2001. godine i predviđao je promenu fokusa odnosno uzimanje u obzir napretka koji je postignut, uklanjanje nedostataka i vođenje računa o novim izazovima. Rezultat toga je bilo usvajanje nove strategije. Naime, Evropski savet je u junu 2006. godine usvojio sveobuhvatnu Strategiju održivog razvoja za proširenu EU.³² Ona je bila zasnovana na Strategiji iz 2001. godine i predstavlja rezultat jednog širokog postupka revizije koji je započeo 2004. godine. Ova obnovljena Strategija postavlja standarde koje EU mora da poštuje kako bi što efikasnije postigla ciljeve održivog razvoja. Opšti cilj Strategije je identifikovanje i razvijanje aktivnosti koje bi omogućile da EU postigne kontinuirana dugoročna poboljšanja kvaliteta života kroz stvaranje održivih zajednica koje bi mogle da efikasno koriste resurse i ekološke i socijalne inovacije u ekonomiji i koje bi mogle da obezbede napredak, zaštitu životne sredine i socijalnu koheziju. Strategija definiše i konkretne akcije za sedam prioriternih oblasti za period do 2010. godine: promena klime i čista energija, održivi transport, održiva potrošnja i proizvodnja, očuvanje i rukovođenje prirodnim resursima, javno zdravlje, socijalna inkluzija, demografija i migracije, globalno siromaštvo i izazovi održivog razvoja. Predlaže se integrisaniji pristup pri kreiranju politika, zasnovan na boljem regulisanju, odnosno na primeni procene uticaja na životnu sredinu i na rukovodećim načelima za održivi razvoj, koja je usvojio Evropski savet u junu 2005. godine. Strategija je stvorena sa ciljem da se odnosi na celu Evropsku uniju. Ona je stoga, predvidela mehanizme za unapređivanje koordinacije sa svim ni-

³² Obnovljena strategija održivog razvoja za EU, 9. jun 2006. godine (Renewed EU Sustainable Development Strategy, Brussels, 9 June 2006, dostupno na <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/06/st10/st10117.en06.pdf>).

voima vlasti i poziva privredne subjekte, nevladine organizacije i građane da se više uključe kao podrška održivom razvoju. Predviđeno je da će svake dve godine Komisija donositi izveštaj o primeni strategije, koji predstavlja osnovu za raspravu u Evropskom savetu koja daje smernice za naredne faze primene Strategije.

Evropska komisija je u oktobru 2007. godine usvojila prvi izveštaj o Strategiji održivog razvoja.³³ Prema tekstu ovog izveštaja, došlo je do značajnog razvoja u nekim od sedam ključnih prioriteta, utvrđenih u reviziranoj Strategiji iz 2006. godine, uključujući oblasti klime i energije. Međutim, utvrđeno je da napredak u pogledu politike nije tada još uvek bio pretvoren u konkretnu akciju. Evropski savet je u decembru 2007. godine prihvatio izveštaj Komisije i naglasio je potrebu davanja prioriteta merama implementacije. On je zauzeo stav da održivi razvoj predstavlja jedan od osnovnih ciljeva EU i da nova Strategija EU i nacionalne strategije održivog razvoja treba da budu u tesnoj vezi. Evropski savet je zauzeo stav da se ciljevi Strategije mogu postići između ostalog integrisanom klimatskom i energetsom politikom i integrisanim pristupom održivom rukovođenju prirodnim resursima, zaštitom biodiverziteta i ekosistema, kao i održivom proizvodnjom i potrošnjom. Naglašeno je i da EU mora da nastavi da radi u pravcu razvoja održivog transporta koji je u skladu sa standardima zaštite životne sredine.

U julu 2009. godine Komisija je usvojila Reviziju Strategije EU o održivom razvoju.³⁴ Navodi se da je EU u prethodnim godinama uključila ovo načelo u širok krug svojih politika. Na primer, EU je preuzela vođstvo u borbi protiv klimatskih promena i promovisanja ekonomije sa niskim procentom korišćenja uglja. U isto vreme, postoje i suprotni trendovi u mnogim oblastima i potrebno je pojačati napore da se i u njima primenjuje ovo načelo.

Evropski savet je u decembru 2009. godine potvrdio da održivi razvoj ostaje jedan od osnovnih ciljeva Evropske unije na osnovu Lisabonskog ugovora.

Načelo održivog razvoja je retko definisano u sekundarnom zakonodavstvu EU. Jedna od definicija pod održivim razvojem podrazumeva rukovođenje i korišćenje šuma i šumskog zemljišta na način da se održi nji-

³³ Izveštaj o Strategiji održivog razvoja, 22. oktobar 2007. godine (Progress Report on the Sustainable Development Strategy 2007, Brussels, 22 October 2007, dostupno na <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0642:FIN:EN:PDF>).

³⁴ Revizija Strategije EU o održivom razvoju, 24. jul 2009. godine (Mainstreaming sustainable development into EU policies: 2009 Review of the European Union Strategy for Sustainable Development, Brussels, 24 July 2009, dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0400:FIN:EN:PDF>).

hov biodiverzitet, produktivnost, mogućnost obnavljanja, vitalnost i njihov potencijal da ispune sada i u budućnosti relevantne ekološke, ekonomske i socijalne funkcije na lokalnom, nacionalnom i globalnom nivou, bez prouzrokovanja štete drugim ekosistemima.³⁵ Pojedini autori smatraju da ukoliko bi se svi ovi zahtevi bukvalno shvatili, nijedan subjekt ne bi mogao da im udovolji.³⁶

Načelo održivog razvoja u Slučaju Gabčíkovo-Nadmaroš³⁷

Slučaj Gabčíkovo-Nadmaroš odnosio se na bilateralni ugovor o izgradnji zajedničke hidroelektrane i vodoprivrednog sistema na Dunavu, koji su zaključile Mađarska i Čehoslovačka 1977. godine. Glavna svrha objekta je bila proizvodnja električne energije, ali i korišćenje svih ostalih resursa reke Dunav na deonici Bratislava-Budimpešta, regulisanje rečnog saobraćaja, izgradnja sistema zaštite od poplava i zaštita životne sredine. Svaka od strana ugovornica se obavezala da izgradi određene objekte i preduzme niz drugih radnji, tako da je 1978. godine ustanovljen i plan izgradnje. Novi planovi su doneti 1983. i 1989. godine i oni su usporili dinamiku radova. Mađarska vlada je zbog kritika u javnosti počela da vrši razna ispitivanja i ubrzo je suspendovala izvršenje ugovora. Ipak, Čehoslovačka je nastavila sa radovima na delu Gabčíkovo. Posle suspenzije iz 1989. godine i neuspeh pregovora, Mađarska je 1992. godine prosledila Čehoslovačkoj vladi notu o okončanju ugovora. Čehoslovačka je tražila eventualna alternativna rešenja i preduzela je neke radnje delimične promene toka Dunava na njenoj teritoriji radi izgradnje jedne brane. Mađarska je smatrala da je prestankom izvršenja ugovora sa njene strane taj ugovor okončan. Takođe, smatrala je, između ostalog, da zaštita životne okoline ne dopušta dalju izgradnju sistema, jer su se norme međunarodnog prava o zaštiti životne sredine promenile od zaključenja ugovora do 90-tih godina kada je ugovor okončala.

U ovom slučaju, Sud je naglasio da je tokom dugog perioda čovečanstvo uticalo na prirodu iz ekonomskih i drugih razloga. U prošlosti, to je često rađeno bez razmatranja posledica po životnu sredinu. Zahvaljujući novim naučnim saznanjima i rastućoj svesti o rizicima za čovečanstvo,

³⁵ Član 2 stav 4 Uredbe 2494/2000 od 7. novembra 2000. godine o merama za promovisanje očuvanja i održivog rukovođenja tropskim šumama i drugim šumama u zemljama u razvoju (Regulation (EC) No 2494/2000 of the European Parliament and of the Council of 7 November 2000 on measures to promote the conservation and sustainable management of tropical forests and other forests in developing countries).

³⁶ L. Krämer, *op. cit.*, str. 11.

³⁷ Slučaj Gabčíkovo-Nadmaroš, presuda od 25. septembra 1997. godine (Case Concerning Gabčíkovo Nagymaros Project, Judgment of 25 September 1997).

ukoliko se nastavi sa takvim aktivnostima na nerazuman način, razvijeni su novi standardi koji su navedeni u velikom broju instrumenata tokom poslednje dve decenije. Ove nove norme moraju biti uzete u razmatranje i standardima se mora dati odgovarajući značaj, ne samo kada države pred-uzimaju nove aktivnosti, nego i kada nastavljaju sa aktivnostima započetim u prošlosti. Ova potreba da se pomiri ekonomski razvoj sa zaštitom životne sredine je izražena u koceptu održivog razvoja.³⁸

Načelo održivog razvoja je u presudi Suda dobilo međunarodno priznanje, ali ga Sud nije jasno definisao. Nisu dati odgovori na mnoga pitanja. Na primer, nije detaljno ispitan pravni status ovog načela u međunarodnom pravu. Umesto toga, on je odredio održivi razvoj kao osnov obaveze budućeg ponašanja Mađarske i Slovačke u pogledu izgradnje brana. Cilj je bio da se ponovo preispita dejstvo koje je bilo štetno po životnu sredinu. Takođe, Sud je posmatrao održivi razvoj kao koncept koji treba da pomiri zaštitu životne sredine i ekonomski razvoj. Prema mišljenju nekih autora, kocept ne pridaje dovoljno važnosti zaštiti životne sredine. Pošto je Sud isključivo posmatrao održivi razvoj kao osnov obaveze i koncept, on je implicitno odbio da definiše održivi razvoj kao deo međunarodnog običajnog prava.³⁹

Sud nije jasno identifikovao normativni sadržaj obaveza koje države treba da preduzmu kako bi postigle održivi razvoj. Iz ovoga proizilazi da države same treba da razviju sopstvenu praksu, dok ne budu, sa određenim stepenom sigurnosti, mogle da formulišu normativni sadržaj tih obaveza. Bez toga bi došlo do nesigurnosti u budućim pristupima održivom razvoju. Sud, takođe, nije razmatrao odnos između održivog razvoja i drugih načela međunarodnog prava životne sredine, kao što su načelo predostrožnosti i procena uticaja na životnu sredinu. Pravna doktrina se bavila ovim pitanjima.

Odvojeno mišljenje sudije Veramantrija⁴⁰

Za razliku od presude, sudija Veramantri je posvetio značajnu pažnju održivom razvoju i ispitao je njegov pravni status. On je smatrao da je održivi razvoj pravno načelo sa normativnim statusom i pretpostavio je da je ono dobilo status običajnog međunarodnog prava. Sudija Veraman-

³⁸ *Ibid.*, pasus 140.

³⁹ A. Viriyo, *Principle of Sustainable Development in International Environmental Law*, str. 4.

⁴⁰ Odvojeno mišljenje sudije Veramantrija u Slučaju Gabčíkovo-Nađmaroš (Separate Opinion of Vice-President Weeramantry in the Case Concerning Gabčíkovo-Nagymaros Project, Judgment of 25 September 1997).

tri je postojanje prakse država izveo iz ugovora i međunarodnih konvencija, koje su se bavile održivim razvojem. On se osvrnuo i na međunarodne organizacije i finansijske institucije koje su usvojile održivi razvoj kao preduslov za dodeljivanje pomoći državama i naveo je da praksa država proizilazi i iz saradnje država sa tim organizacijama. Međutim, sudija Veramantri je propustio da razmotri drugi elemenat običajnog međunarodnog prava, odnosno svest o obaveznosti (*opinio juris*). Iako je uspeo da dokaže postojanje značajne prakse država, on je propustio da dokaže da je ona zasnovana na uverenju da je pravno obavezujuća. Iz ovoga možemo izvući zaključak da održivi razvoj ne može dobiti status običajnog međunarodnog prava. Sudija Veramantri je tvrdio da je održivi razvoj načelo međunarodnog prava sa određenom normativnom vrednošću. On je tvrdio da pravo na razvoj i pravo na zaštitu životne sredine nisu međusobno kompatibilni. Pošto su načela u sukobu, potrebno je postojanje načela održivog razvoja, koje bi posredovalo među njima, kako bi se ta dva načela pomirila.

Na osnovu odvojenog mišljenja sudije Veramantrija može se zaključiti da postoji legitimno međunarodno očekivanje da države treba da obavljaју svoje aktivnosti, u skladu sa ciljevima održivog razvoja, iako ovo očekivanje nije pravno obavezujuće.

Načelo održivog razvoja u slučaju između Argentine i Urugvaja povodom fabrika celuloze na reci Urugvaj⁴¹

U Slučaju između Argentine i Urugvaja, koji je vođen pred Međunarodnim sudom, povodom fabrika celuloze na reci Urugvaj, Argentina je tvrdila da su fabrike celuloze, koje je izgradio Urugvaj na zajedničkoj reci, štetne po životnu sredinu. Naime, bilateralni ugovor između Urugvaja i Argentine (takozvani Ugovor iz Montevidea), koji je zaključen 1961. godine, definisao je reku Urugvaj kao granicu između ove dve države. Član 7 ovog Ugovora predviđa da države uspostave režim korišćenja reke. Ovaj režim je uspostavljen Statutom reke Urugvaj 1975. godine. U sporu koji je iznet pred Međunarodni sud, Argentina tvrdi da je Urugvaj zapravo prekršio ovaj Statut. U članu 1 Statuta se navodi da je njegov cilj da se uspostavi zajednički mehanizam neophodan za najbolje i najracionalnije korišćenje reke Urugvaj, putem striktnog poštovanja prava i obaveza koji proističu iz međunarodnih ugovora za obe strane. U članovima 7 do 12 navodi se nekoliko procesnih obaveza koji-

⁴¹ Slučaj između Argentine i Urugvaja povodom fabrika celuloze na reci Urugvaj, presuda od 20. aprila 2010. godine (Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment of 20 April 2010).

ma bi trebalo da se ispune ciljevi navedeni u članu 1. Član 7 predviđa da ukoliko jedna od strana planira neki projekat koji može da utiče na plovidbu, režim reke ili kvalitet njenih voda, ona treba da o tome obavesti jednu posebnu Komisiju koja je osnovana zbog koordinacije među stranama, a pomenuta komisija bi potom o datim aktivnostima obavestila drugu stranu. Članovi 8, 9 i 10 obezbeđuju razmenu informacija između strana kako bi se utvrdilo da li planirani projekat predstavlja opasnost po režim reke. Član 11 obezbeđuje da ukoliko obavještena strana dođe do zaključka da planirani projekat može značajno ugroziti plovidbu, režim reke ili kvalitet njenih voda, ona treba da obavesti drugu stranu i da obezbedi informacije o delovima projekta koje smatra spornim i o promenama koje bi mogle da dovedu do poboljšanja projekta. Član 12 predviđa da, ukoliko, nakon konsultacija, strane ne postignu dogovor o tome kako da se nastavi, treba da se poštuje mehanizam rešavanja sporova, odnosno pitanje treba da se uputi Međunarodnom sudu. Takođe, na osnovu člana 41 Statuta, strane imaju određene posebne materijalne obaveze. One se obavezuju da će štiti i čuvati vodenu životnu sredinu i naročito da će sprečiti njeno zagađenje, propisivanjem odgovarajućih pravila i mera, u skladu sa primenljivim međunarodnim ugovorima. U članu 35, strane su se dogovorile da usvoje mere kojima bi obezbedile da rukovođenje zemljom i šumovitim predelima i korišćenje podzemnih voda i voda reke neće prouzrokovati promene koje bi mogle značajno da naruše režim reke i kvalitet njenih voda. Član 36 stvara obavezu za države ugovornice da koordiniraju mere kojima bi izbegle promene u ekološkoj ravnoteži reke. Takođe, član 27 predviđa da će pravo svake strane da koristi vode reke u okviru svoje nadležnosti biti korišćeno bez prejudiciranja primene postupaka predviđenih u članovima 7 do 12.

Suprotno ovim pravilima, Urugvaj je dozvolio izgradnju dve fabrike celuloze uz obale reke Urugvaj. Naime, on je izdao dozvolu za gradnju ove dve fabrike bez prethodnog postupka obavješćavanja, predviđenog u članovima 7 do 12 Statuta iz 1975. godine, iako je izgradnja jedne fabrike na kraju ipak prekinuta. U pogledu njega, Komisija je dobila informaciju o projektu, ali ne od Urugvaja, već od jednog drugog subjekta koji je osnovan da bi izgradio fabriku. Takođe, tek posle nekoliko zahteva za dobijanjem informacija koje je Komisija slala, Urugvaj je dostavio Komisiji jedan sažetak za javno objavljivanje studije o uticaju na životnu sredinu. Takođe, Urugvaj je odobrio početnu dozvolu za izgradnju projekta pre dostavljanja relevantnih informacija i, svakako, pre odobrenja ili pristanka Komisije ili Argentine. Pre nego što su konsultacije bile okončane Urugvaj je dozvolio izgradnju fabrike, koja je završena zajedno sa nekoliko povezanih objekata.

Sud je odlučio da je Urugvaj propustio da udovolji procesnim obavezama da obavesti Komisiju i Argentinu o planiranim aktivnostima duž reke. Međutim, Sud je našao da nije došlo do kršenja nijedne materijalne obaveze koja se odnosi na zaštitu životne sredine. Nikada nije postojala sumnja da je Urugvaj prekršio svoje procesne obaveze, ali je ključno pitanje u sporu bilo koje su posledice kršenja ovih procesnih obaveza na materijalne obaveze i da li je Sud trebalo da dosudi da se prestane sa projektom. Za Argentinu je kršenje procesnih obaveza prouzrokovalo, u isto vreme, i kršenje materijalnih obaveza. Ona je tvrdila, na osnovu članova 1 i 41, da pravila međunarodnih ugovora o životnoj sredini treba da budu primenjena pri određivanju da li je došlo do kršenja. Odgovarajući na ova pitanja, Sud se poziva na nekoliko koncepata povezanih sa održivim razvojem.

Sud pominje održivi razvoj u kontekstu procene odnosa između procesnih i materijalnih obaveza. On navodi da na osnovu Statuta iz 1975. godine optimalno i racionalno korišćenje reke treba da bude postignuto putem saradnje i kroz procedure navedene u članovima 7 do 12. Sud se osvrnuo i na svoju presudu u slučaju Gabčikovo-Nadmaroš, odnosno na deo u kojem je naveo da je potreba da se pomire ekonomski razvoj i zaštita životne sredine izražena u konceptu održivog razvoja. Sud je zauzeo stav da je na samim državama ugovornicama da pronađu zajednička rešenja, koja poštuju ciljeve Ugovora. Za Sud je saradnja odlučujući elemenat za pravilnu primenu Ugovora i države ugovornice saradnjom mogu da zajednički rukovode rizicima nastanka štete po životnu sredinu.

Sud je našao da su dve vrste obaveza komplementarne i da postoji funkcionalna veza između njih, ali su ipak procesne obaveze bile značajnije. Suprotstavljajući dve grupe obaveza Sud je zauzeo stav da su materijalne obaveze često šire formulisane, dok su procesne uže i specifičnije i služe da se doprinese primeni Statuta iz 1975. godine. Sud smatra da je saradnja, koja predstavlja suštinu procesne obaveze navedene u članovima 7 do 12, ključ za održivo upravljanje rekom Urugvaj. U skladu sa tim, Sud smatra da ova reka može da bude zaštićena samo kroz blisku i neprekidnu saradnju među obalnim državama.

Takođe, obaveza da se informiše, na osnovu člana 8, posmatra se kao sastavni deo saradnje o kojoj govori Sud. Jedno od najvažnijih pitanja jeste sadržina informacije i vreme kada ona treba da bude obezbeđena. Razmatrajući ova pitanja, Sud se pozvao na načelo prevencije, koje predstavlja deo međunarodnog prava, a koje obavezuje države da koriste sva sredstva koja su im na raspolaganju kako bi se izbegao nastanak značajne štete životnoj sredini druge države. Procesne obaveze navedene u

Statutu zapravo omogućavaju dejstvo načela prevencije. Samo nakon brzog obaveštavanja se može proceniti da li aktivnosti mogu da prouzrokuju štetu životnoj sredini u Argentini i time započeti postupak sprečavanja nastanka štete. Sud, na osnovu načela prevencije, zaključuje da obaveštenje treba da bude učinjeno ranije, čim strana koja namerava da započne sa određenim aktivnostima, bude posedovala ozbiljan plan i naročito pre nego što bude doneta odluka o uticaju projekta na životnu sredinu.

Takođe, Sud mora da razmatra i pitanje da li, na kraju perioda konsultovanja iz člana 12, postoji obaveza Urugvaja da prestane sa izgradnjom fabrika. Ukoliko bi se sprečila izgradnja, to bi zapravo značilo davanje prava veta jednoj obalnoj državi nad razvojnim projektima druge obalne države. Sa druge strane, ukoliko ne bi postojala takva obaveza to bi potencijalno moglo da postupak učini neefikasnim, jer bi država koja dozvoljava projekat mogla da primeni i neodržive projekte, po proteku određenog perioda. Sud je zaključio da procesne obaveze u Statutu nisu stvorile obavezu da se ne gradi kada protekne period konsultovanja. Sud ne razmatra da li načelo prevencije utiče na obaveze strana nakon perioda konsultovanja.

Argentina je tvrdila da je Urugvaj prekršio nekoliko materijalnih obaveza uključujući: obavezu da doprinese najracionalnijem korišćenju reke, obavezu da obezbedi da korišćenje zemljišta i šuma ne škodi kvalitetu reke i obavezu da spreči zagađivanje i sačuva životnu sredinu. Sud je doneo odluku da nije bilo kršenja ovih obaveza. Razmatrajući ove navode, Sud je imao priliku da komentariše nekoliko načela, koja su u vezi sa održivim razvojem.

Sud ne pominje održivi razvoj u svojoj presudi. Na nekoliko mesta, kada procenjuje da li su kršenja procesnih obaveza uticala na kršenje obaveze da se doprinese najracionalnijem korišćenju reke, Sud je naglasio da je potrebno uskladiti ekonomske interese sa onima vezanim za zaštitu životne sredine. Ovo svakako predstavlja suštinu načela održivog razvoja. Sud navodi da najracionalnije korišćenje zahteva ravnotežu između prava i potrebe ugovornih strana da koriste reku u ekonomske svrhe i obaveze da spreče nastanak štete po životnu sredinu, koja može nastati takvim korišćenjem.⁴² Sud navodi i da formulacija člana 27 Ugovora odražava potrebu da se pomire različiti interesi obalnih država i potrebu da se uspostavi ravnoteža između korišćenja reke i zaštite životne sredine u skladu sa ciljevima održivog razvoja.⁴³ Sud je smatrao da član 27 predstavlja vezu između razumnog korišćenja zajedničkih resursa i ravnoteže iz-

⁴² *Ibid.*, pasus 175.

⁴³ *Ibid.*, pasus 177.

među ekonomskog razvoja i zaštite životne sredine, što predstavlja suštinu održivog razvoja.⁴⁴ Ova zapažanja nisu uključena u procenu prava i činjenica od strane Suda i zbog toga nemamo uvid u stav Suda prema održivom razvoju.

U vezi sa održivim razvojem je i izjava Suda u vezi sa procenom uticaja na životnu sredinu. U vezi sa obavezom da se spreči zagađivanje i očuva vodena sredina, Sud utvrđuje da postoji jedan opšti zahtev da se sprovedu procene uticaja na životnu sredinu za planirane aktivnosti. Ovaj zahtev je po mišljenju Suda široko prihvaćen među državama i sada čini deo međunarodnog prava. Sud smatra da on treba da bude korišćen pri tumačenju člana 41 Statuta iz 1975. godine. Procena uticaja na životnu sredinu mora biti sprovedena pre primene samog projekta i kada otpočne njegova primena treba da postoji neprekidan nadzor efekata po životnu sredinu. Kada Sud pominje procene uticaja na životnu sredinu u kontekstu člana 41, on u suštini prihvata ovu ideju kao jedan opšti zahtev međunarodnog prava u pogledu zajedničkih vodotoka. Sud navodi da ni Statut iz 1975. godine, niti opšte međunarodno pravo ne definišu sadržaj i polje primene procene uticaja na životnu sredinu. Sud je zauzeo stav da svaka država treba da u svom domaćem zakonodavstvu utvrdi poseban sadržaj procene uticaja na životnu sredinu uzimajući u obzir prirodu i obim planiranih aktivnosti, kao i verovatne uticaje na životnu sredinu.

Stav Suda da je uslov procene uticaja na životnu sredinu deo međunarodnog običajnog prava predstavlja značajan doprinos pravu održivog razvoja. Međutim, Sud je mogao da postavi minimum uslova u pogledu sadržaja i obima procene uticaja na životnu sredinu i na taj način da obezbedi njen kvalitet.

Sud se prvo pozvao na načelo prevencije, koje ima dugu tradiciju u međunarodnom pravu. Sud potvrđuje ono što je već utvrđeno u Savetodavnom mišljenju o pretnji upotrebe nuklearnog naoružanja – da je načelo prevencije deo međunarodnog prava koje se odnosi na životnu sredinu. Sud nalazi da ovo načelo zahteva da informacije o svim aktivnostima koje mogu prouzrokovati štetu budu obezbeđene na vreme, ali ne istražuje kako ono može da utiče na tumačenje ugovora iz 1975. godine, u drugim oblastima.

Sud se poziva i na načelo predostrožnosti samo jednom i to kao na „pristup predostrožnosti“. Takođe on navodi da ovaj pristup može biti značajan a ne da jeste značajan pri tumačenju Statuta. Sud nije detaljnije istražio dejstvo ovog načela u konkretnom slučaju iako su ga obe strane u sporu prihvatile kao pravno načelo.

⁴⁴ *Ibid.*

U svom odvojenom mišljenju sudija Kansado Trindade je bio kritičan prema tome kako je Sud koristio načela prevencije i predostrožnosti. On podseća na poznato odvojeno mišljenje sudije Veramantrija u slučaju Gabčikovo Nađmaroš i u njegovom mišljenju se izražava žaljenje što Sud nije pokazao istu pažnju kada je razmatrao pravna načela kao kada je procenjivao činjenična i stručna pitanja. Sudija navodi na nekoliko mesta u svom odvojenom mišljenju da je nesumnjivo da su oba ova načela opšta načela međunarodnog prava životne sredine. On smatra da je Sud trebalo da koristi ova načela pri tumačenju i primeni Ugovora iz 1975. godine, uključujući i utvrđivanje činjenica. Iz ovog odvojenog mišljenja sledi da su oba načela trebala da budu uzeta u obzir pri utvrđivanju da li je udovoljeno i materijalnim, a ne samo procesnim obavezama. Ovo nesumnjivo dovodi do pitanja da li bi odluka Suda o tome da li bi fabrike ugrozile optimalno i racionalno korišćenje reke, narušili kvalitet vode u reci, ili dovele do zagađenja reke i naškodile vodenoj životnoj sredini, bila drugačija, da je Sud koristio ova načela. Na ovo pitanje je teško odgovoriti jer Sud ne navodi kako razume dejstva načela. Na primer ono što se može zaključiti o načelu predostrožnosti iz svih definicija jeste da ono uključuje ravnotežu između koristi, troškova, rizika, nesigurnosti, predvidljivosti i drugih faktora. Manje je jasno kada i kako se uspostavlja ova ravnoteža. Načelo predostrožnosti je moglo da pomogne Sudu pri ocenjivanju da li fabrike predstavljaju rizik za životnu sredinu reke Urugvaj. To bi svakako doprinelo i razjašnjenju sadržaja predostrožnosti kao pravnog koncepta.

U ovom slučaju Sud nije bio spreman da potvrdi održivi razvoj kao pravnu normu. On se poziva na održivi razvoj kao na cilj. Sud smatra da je ovo načelo sadržano samo u članu 27 Statuta iz 1975. godine, ali nije jasno da li je ono značajno za utvrđivanje same sadržine Statuta ili utvrđivanje obaveze ugovornih strana. Međutim, odvojeno mišljenje sudije Trindadea govori o održivom razvoju kao o jednom načelu međunarodnog prava životne sredine. Odbijanje Suda da potvrdi održivi razvoj kao deo prava odražava sumnje u pogledu njegove normativne prirode.

Činjenica da Sud smatra održivi razvoj za cilj dovodi do pitanja kako Sud razume značenje ovog cilja i kako njegovo razumevanje utiče na njegovo utvrđivanje činjenica i prava. Čini se da Sud shvata održivi razvoj kao sredstvo ravnoteže između ekonomskog razvoja i zaštite životne sredine. Ovakvo shvatanje ignoriše evoluciju održivog razvoja kao nešto više od ravnoteže između ekonomskog razvoja i životne sredine, već da ovo načelo teži da se integrišu ekonomska i socijalna pitanja i pitanja životne sredine. Socijalna pitanja mogu da se smatraju delom ekonomskog razvoja, ali iako su ova pitanja povezana, ujedno su i veoma različita.

Sudija Trindade shvata održivi razvoj kao regulisanje ekonomskog rasta, eliminisanje siromaštva i zadovoljavanje osnovnih ljudskih potreba (na primer onih koje se odnose na zdravlje, ishranu, smeštaj, obrazovanje i drugo). On uzima u obzir zahteve ljudskog zdravlja i dobrobiti čovečanstva. Tendencija da se socijalna pitanja ne uzimaju u razmatranje u oblasti održivog razvoja je preovlađujuća u praksi i stvaranju međunarodnog prava.

Sud je svestan postojanja održivog razvoja i povezanih načela. Međutim, očigledno je da ne postoji volja da u potpunosti integriše ta načela u odluke koje donosi. On se zadovoljava sa tim da samo uputi na ta načela, gotovo simbolično, bez njihovog uključivanja u presude. Stoga, nemamo informacije da li i u kojoj meri načelo održivog razvoja utiče na, na primer, obavezu prestanka izgradnje u konkretnom slučaju, zatim na uticaj fabrika na životnu sredinu, u kakvoj su vezi ekonomske koristi od fabrike sa životnom sredinom i socijalnim pitanjima itd.

Zaključak

Međunarodni sud nije jasno definisao načelo održivog razvoja, uprkos njegovom međunarodnom priznanju. Takođe, Sud nije u potpunosti rešio sva pitanja u vezi sa ovim načelom. U presudi u Slučaju Gabčíkovo-Nadmaroš održivi razvoj je opisan kao koncept, dok se u odvojenom mišljenju sudije Veramantrija navodi kao pravno načelo. Sud je razumeo održivi razvoj kao vrednost ili cilj koji su stranke morale da uzmu u razmatranje u svojim odlukama o razvojnim projektima. Ukoliko je to tačno, tada korišćenje ovog načela ima implikacije u prvom redu na proces donošenja odluka država, a ne na same odluke. U tom smislu, zahtevanje od država da ocenjuju i procenjuju uticaje na životnu sredinu i primenjuju nove norme i standarde u vezi sa životnom sredinom, zapravo predstavlja deo postupka za primenu ciljeva održivog razvoja u praksi. Održivi razvoj može tražiti učešće javnosti u donošenju odluka, procenu uticaja na životnu sredinu i promenu načela predostrožnosti, ali ne zahteva poseban ishod ili rezultat i ostavlja državama slobodu u načinu ostvarivanja ovih osnovnih vrednosti.

Slučaj povodom fabrika celuloze na reci Urugvaj pružio je priliku Sudu da razjasni i razvije obim primene i pravni status nekih važnih načela koja se odnose na održivi razvoj. Stav Suda da je obaveza sprovođenja procene uticaja na životnu sredinu deo međunarodnog običajnog prava, predstavlja značajan doprinos pravu održivog razvoja. Sud nije postavio kriterijume za postojanje kvalitetne procene uticaja na životnu sredinu, putem utvrđivanja minimalnih standarda u pogledu obima i sadržaja, ali

ipak samo prepoznavanje ovog zahteva kao međunarodnog običajnog prava predstavlja značajan korak u postupku definisanja održivog razvoja u međunarodnom pravu. Sud je doneo presudu u ovom slučaju bez razmatranja načela koja su povezana sa održivim razvojem. Nije jasno da li je to posledica nesigurnosti koje okružuju ova načela, u pogledu njihovog dejstva i pravnog statusa, ili je Sud smatrao da se presuda može doneti bez upuštanja u razmatranje ovih načela. Međutim, vreme će pokazati da li ovo predstavlja i odbacivanje njihove važnosti.

Načela održivog razvoja, predostrožnosti i procene uticaja na životnu sredinu još uvek nemaju status običajnog prava, ali su razvijeni kroz praksu država i široko su prihvaćena u međunarodnoj zajednici. Ona, stoga, imaju određenu normativnu vrednost. Ukoliko dođe do razvoja pravne svesti u pogledu njihove obaveznosti ova načela će dobiti status međunarodnih običajnih pravnih pravila. To će najpre zavisiti od budućih sudskih odluka, međunarodnih konvencija i međunarodne zajednice u celini.

*Bojan Tubić, Ph.D., Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

The Principle of Sustainable Development in International Legal Acts and Judicial Practice of the International Court of Justice

Abstract: *The aim of this paper is to present the regulation of sustainable development on international level. The sustainable development was defined in the middle of 1980s and from that moment it incites discussions among lawyers about its relevance in international law. Some authors state that it is not a fully formed principle but that it is in the process of creation. The exception from this opinion is the position of the Judge Weeramantry in the Case Gabčíkovo-Nagymaros before the International Court of Justice. Since it is a principle, it does not contain clearly defined rights and duties but it is formulated generally and even vague regarding its legal effects. However, it is a legal principle which, contrary to moral or political principles, has binding legal effects and cannot be neglected. It is contained in several international treaties and it is also a part of the European Union Law. The principle of sustainable development is connected with the precautionary principle, environmental impact assessment and other principles.*

Key words: *sustainable development, legal principle, environment, International Court of Justice.*

*Cyjetana Cyjetković, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

MERE PROTIV ŠTETNE PORESKE KONKURENCIJE U EVROPSKOJ UNIJI¹

Sažetak: *Predmet analize ovog rada su mere protiv štetne poreske konkurencije u Evropskoj uniji. Razmatranje ovog pitanja zahteva prethodno objašnjenje samog pojma štetne poreske konkurencije i njegovo razgraničenje od pravične ili fer poreske konkurencije. U radu je prikazan i stav organa Evropske unije u pogledu poreske harmonizacije, odnosno konkurencije, kao i uloga koju Evropski sud pravde ima u borbi protiv ovog fenomena.*

Ključne reči: *poreska harmonizacija; poreska konkurencija; štetna poreska konkurencija; Evropska unija;*

I UVODNA RAZMATRANJA

U finansijskoj literaturi ne postoji jedinstven stav u pogledu toga da li je poreska harmonizacija neophodan uslov za nesmetano funkcionisanje unutrašnjeg tržišta Unije. No, čini se da ipak preovlađuje stanovište da nesmetano funkcionisanje unutrašnjeg tržišta Unije ne zahteva potpunu harmonizaciju poreskih sistema država članica, odnosno preovlađuje stanovište da se određene razlike mogu tolerisati sve dotle dok ne predstavljaju prepreku za ostvarivanje četiri osnovne slobode. Dakle, većina finansijskih teoretičara se slaže da su prevelike razlike u pogledu poreskih sistema država članica nekompatibilne sa unutrašnjim tržištem Unije, pa se određeni stepen poreske harmonizacije javlja kao neminovnost.²

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

² O argumentima za i protiv poreske harmonizacije, odnosno konkurencije Vid. Gordana Ilić-Popov, „Poreska harmonizacija u okvirima evropske integracije“, *Industrija* 4/2008, 69-77.

Proces globalizacije je uticao na pojavu konkurencije u skoro svim oblastima društvenog života, pri čemu poreska oblast nije izuzetak. Naime, poreske vlasti širom sveta, posebno u manje razvijenim zemljama, nastoje da putem raznoraznih poreskih podsticaja postignu veći stepen konkurentnosti svojih privreda. Stoga, pod okriljem Organizacije za ekonomsku saradnju i razvoj (u daljem tekstu: OECD) i Evropske unije, postoje odgovarajuće inicijative za suprotstavljanje štetnoj poreskoj konkurenciji.

Nastanku štetne poreske konkurencije u okvirima Evropske unije doprinelo je, pre svega, uklanjanje poreskih, tehničkih, administrativnih i drugih barijera, kao i lakoća premeštanja kapitala iz jedne u drugu državu članicu. Naime, u takvom okruženju mnoge države su smanjile nivo poreškog opterećenja, posebno kada je reč o mobilnim faktorima proizvodnje, kako bi postale privlačne za investitore. U tome naročito prednjače „novije“ članice.

Pre detaljnijeg razmatranja mera protiv štetne poreske konkurencije, neophodno je naglasiti da je poželjno da države članice pokušavaju privući ekonomske aktivnosti na svoje teritorije tako što će biti poreski efikasnije od drugih, u smislu da nude optimalan nivo javnih usluga uz najmanji mogući nivo poreškog opterećenja. Takva poreska konkurencija je u načelu dobra jer „tera“ države na postizanje većeg stepena efikasnosti. U tom slučaju, reč je o „zdravoj“, „pravičnoj“ ili „fer“ poreskoj konkurenciji. Međutim, poreska konkurencija može poprimiti i drugačiji oblik, tj. može dobiti oblik tzv. nepravične, odnosno štetne poreske konkurencije (eng. *harmful tax competition, unfair tax competition*).

II ŠTETNA PORESKA KONKURENCIJA

Definisanje štetne poreske konkurencije zaslužiće posebnu pažnju, jer se samo preciznim definisanjem mogu usvojiti adekvatne mere za njeno suzbijanje. Uopšteno govoreći, ovaj fenomen obuhvata poreske mere koje usvaja jedna država, a koje imaju jasan i nedvosmislen uticaj na mesto obavljanja ekonomskih delatnosti,³ odnosno u najopštijem smislu ovaj fenomen se svodi na unapređivanje konkurentne pozicije jedne države, putem smanjivanja poreškog opterećenja, kako bi se privukle ili zadržale ekonomske aktivnosti. Međutim, preciznije određivanje pojma štetne poreske konkurencije zahteva da se u definiciju uključi i element "postoja-

³ Vid. Dejan Dabetić, *Republika Srbija i izbegavanje dvostrukog oporezivanja*, Beograd 2008, 33.

nja specijalnih poreskih režima koji odstupaju od opšte poreske strukture“. U izveštaju OECD-a koji je bio posvećen nepravičnoj poreskoj konkurenciji iz 1998. godine, identifikovani su kriterijumi na osnovu kojih se može prepoznati sistem štetne poreske konkurencije. Polazni kriterijum predstavlja postojanje nulte stope ili veoma niskih poreskih stopa. Kao ostali važni kriterijumi navode se: odsustvo transparentnosti prilikom oporezivanja, odsustvo spremnosti za razmenom informacija i postojanje specijalnih poreskih režima koji ne utiču na nacionalno tržište (eng. „*ring fencing*“ *regimes*). Pored navedenih, ključnih kriterijuma, postoje i drugi koji mogu poslužiti za identifikaciju nepravičnih poreskih režima, kao što su: veštačko određivanje poreske osnovice, nepoštovanje međunarodno prihvaćenih standarda o transfernim cenama, izuzimanje inostranog izvora prihoda u državi rezidentstva, pristup širokoj mreži ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja itd.⁴

Preduzimanje mera protiv štetne poreske konkurencija na nivou Evropske unije se, uglavnom, obrazlaže potrebom da se obezbedi nesmetano funkcionisanje unutrašnjeg tržišta Unije, ali i potrebom zaštite budžetskih prihoda država članica, i to onih iz kojih su se premestile privredne aktivnosti u poreski povoljnije režime. Smanjeni priliv budžetskih sredstava, usled "odliva" privrednih aktivnosti, može dovesti do povećanog opterećenja nemobilnih, odnosno manje mobilnih faktora, u poređenju sa kapitalom. Osim toga, štetna poreska konkurencija može voditi i tzv. *trci ka dnu*, odnosno ka sve većem sniženju poreskih stopa i, kao posledici toga, mogućem smanjenju nivoa i kvaliteta javnih usluga.

Zvaničan stav organa Evropske unije jeste da poreski dispariteti između država članica moraju biti uklonjeni, kako bi se postigla optimalna alokacija faktora proizvodnje unutar Unije. Tako, Saopštenje Komisije, pod nazivom *Ka unutrašnjem tržištu bez poreskih prepreka* (eng. *Towards Internal Market without Tax Obstacles*), u prvi plan stavlja pozitivne efekte poreske harmonizacije po nacionalne ekonomije država članica.⁵ Naime, u njemu je naglašeno da bi poreska harmonizacija dovela do smanjenja administrativnih troškova, povećanja efikasnosti i transparentnosti poreskih sistema. Međutim, u poslednjim aktima organa Evropske unije koji se odnose na ovu problematiku, ukazano je i na neke „umerene koristi od poreske konkurencije“, odnosno u njima su naglašeni i od-

⁴ Vid. *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, OECD, Paris 1998, 27-34.

⁵ Communication from the Commission to the Council, The European Parliament and the Economic and Social Committee - *Towards an Internal Market without Tax Obstacles*, Commission of the European Communities, COM (2001) 582 final, Brussels, 23. 10. 2001.

ređeni „pozitivni aspekti pravične poreske konkurencije“. ⁶ Dakle, zvaničan stav organa Evropske unije je da nesmetano funkcionisanje unutrašnjeg tržišta ne podrazumeva potpunu nivelaciju konkurentskih uslova, a najmanje poreskih uslova. ⁷ Na osnovu svega iznetog, jasno je da se mora pronaći prava mera između dve neprihvatljive krajnosti - potpune poreske harmonizacije i štetne poreske konkurencije.

Važno je naglasiti da čak i postizanje zadovoljavajućeg stepena poreske harmonizacije u okvirima Evropske unije neće rešiti problem štetne poreske konkurencije u odnosima sa nečlanicama koje će putem preferencijalnih poreskih režima i dalje pokušavati da privuku, odnosno zadrže kapital na svojim teritorijama jer, zbog svoje izražene mobilnosti, kapital najintenzivnije reaguje na razlike u pogledu nivoa poreskog opterećenja. Ako se posmatra faktor rada, visokokvalifikovana radna snaga je daleko mobilnija.

III MERE PROTIV ŠTETNE PORESKE KONKURENCIJE U EVROPSKOJ UNIJI

Tek tokom 80-tih godina 20. veka, kada je nekoliko država članica uvelo povoljne poreske režime, počelo se razmišljati o preduzimanju odgovarajućih mere protiv štetne poreske konkurencije. U tzv. *Rudingovom izveštaju* iz 1990. godine, kao i na neformalnom sastanku ministara finansija država članica, koji je održan u Veroni 1996. godine, ukazano je na potrebu koordinacije aktivnosti država članica u fiskalnoj oblasti, kako bi se umanjile distorzije na unutrašnjem tržištu. ⁸ Međutim, aktivnosti organa Evropske unije nisu se zaustavile na tome. Potreba da se pristupi štetnoj poreskoj konkurenciji na jedinstven način uticala je na to da 1997. godine Komisija uputi Savetu i Parlamentu Saopštenje pod nazivom *Ka poreskoj koordinaciji u Evropskoj uniji* (u daljem tekstu: Saopštenje). ⁹ U njemu su, u cilju suprotstavljanja štetnoj poreskoj konkurenciji, formulisani sledeći predlozi:

- donošenje odgovarajućeg kodeksa koji bi se primenjivao prilikom oporezivanja poslovnih aktivnosti;
- donošenje odgovarajućeg saopštenja o državnoj pomoći;

⁶ Wolfgang Schön, *Tax Competition in Europe*, General Report, IBDF, Amsterdam 2003, 6.

⁷ *Ibid.*, 7.

⁸ Vid. Snežana Stojanović, „Nepravična poreska konkurencija u Evropskoj uniji“, *Strani pravni život* 2/2009, 140-141.

⁹ Vid. *Towards Tax So-ordination in the European Union - A Package to Tackle Harmful Tax Competition*, Commission of European Communities, Brussels, 1997.

- eliminacija distorzija prilikom oporezivanja prihoda od kapitala i uklanjanje poreza po odbitku na kamate i autorske naknade isplaćene u odnosima između povezanih kompanija;

- eliminacija distorzija u oblasti indirektnog oporezivanja;

U samom Saopštenju je ukazano da u borbi protiv štetne poreske konkurencije kodeks posvećen oporezivanju poslovnih aktivnosti treba da ima centralnu ulogu, s obzirom na to da bi njegovo donošenje sprečilo stvaranje distorzija i eroziju poreske osnovice. Međutim, i u oblasti posrednih poreza, posebno prilikom oporezivanja energenata, postoji opasnost od štetne poreske konkurencije, pa je u Saopštenju naglašeno da je neophodno preduzeti odgovarajuće mere i u ovom domenu. Na osnovu svega iznetog, očigledno je da su rasli pritisci da se postigne veći stepen koordinacije poreskih politika, kako bi se obezbedilo nesmetano funkcionisanje unutrašnjeg tržišta Unije. Za ostvarivanje navedenog zadatka, nužno je i postojanje adekvatnih mera protiv štetne poreske konkurencije. Važno je naglasiti da su navedeni predlozi docnije pretočeni u odgovarajuće, obavezujuće i neobavezujuće, akte organa Evropske unije, a neki od njih čine tzv. „paket“ mera za sprečavanje štetne poreske konkurencije.¹⁰

1. Kodeks ponašanja prilikom oporezivanja poslovne aktivnosti

Sastavni deo „paketa“ mera protiv štetne poreske konkurencije je i Kodeks ponašanja prilikom oporezivanja poslovne aktivnosti (u daljem tekstu: *Code of conduct*).¹¹ *Code of conduct* je usvojen od strane Saveta ministara finansija država članica, u obliku zaključka, pa, automatski, nije reč o obavezujućem aktu, već o aktu koji ima političku snagu, što znači da nepoštovanjem principa pravične konkurencije, nastaju posledice, isključivo, na političkom planu. Njegovim usvajanjem države članice su se obavezale da neće uvoditi nove poreske mere koje dovode do štetne poreske konkurencije. Takođe, države članice su preuzele obavezu i da će preispitati postojeću regulativu i praksu i, po potrebi, izvršiti njihove izmene, ako dovode do štetne poreske konkurencije, i to u periodu od dve godine od dana njegovog usvajanja, s tim da je pružena mogućnost da se

¹⁰ I u Izveštaju OECD-a o štetnoj poreskoj konkurenciji date su preporuke za suprotstavljanje štetnoj poreskoj konkurenciji. One se svrstavaju u tri grupe. Prva grupa preporuka odnosi se na domaću legislativu i praksu (npr. primena zakonodavstva o kontrolisanoj inostranoj korporaciji), druga grupa na primenu poreskih ugovora (npr. unošenje pravila o sprečavanju zloupotrebe), dok treća grupa preporuka ima za cilj inteziviranje međunarodne saradnje kako bi se efikasno suprotstavilo štetnoj poreskoj konkurenciji. Vid. *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, 37-52.

¹¹ Council Conclusions of the ECOFIN council meeting on 1 December 1997 concerning taxation policy, *Official Journal of European Communities* C/21 of 1 December 1997.

ovaj period produži, ako tako nalažu opravdani interesi (npr. razumna očekivanja poslovnog sektora).¹² Imajući u vidu pozitivne efekte pravične konkurencije, *Code of conduct* teži otkrivanju samo onih mera koje dovode do štetne poreske konkurencije. Reč je „o merama koje utiču, ili mogu uticati u značajnoj meri na lokaciju obavljanja poslovnih aktivnosti unutar Unije i koje obezbeđuju značajno niže efektivno poresko opterećenje, uključujući i oporezivanje po nultoj stopi, od opšteg nivoa oporezivanja u posmatranoj državi članici.“ *Code of conduct* pokriva i „specijalne poreske režime koji se odnose na zaposlene i koji imaju, ili mogu imati, značajan uticaj na lokaciju obavljanja poslovnih aktivnosti.“¹³ Porezi mogu uticati na mesto obavljanja poslovne delatnosti propisivanjem sniženih poreskih stopa ili čak propisivanjem nulte poreske stope, zatim putem poreske osnovice, odnosno putem različitih izuzimanja, odbitaka itd. Drugi kriterijum za kvalifikovanje poreske mere kao štetne („efektivno opterećenje koje značajno niže od opšteg nivoa oporezivanja“) je od suštinske važnosti za njeno identifikovanje, jer ne postoji ništa loše ako je poreski sistem u celini konkurentan. *Code of conduct*, upravo zbog teškoća njihovog identifikovanja u praksi, kao i zbog potrebe za razlikovanjem od poreskih mera koje doprinose pravičnoj poreskoj konkurenciji, navodi sledeće karakteristike koje kvalifikuju pojedinu poresku meru kao štetnu:

- Poreski podsticaji su dostupni samo nerezidentima, i to samo u transakcijama sa nerezidentima;
- Poreski podsticaji za datu ekonomsku aktivnost ne utiču na „domaću“ poresku osnovicu;
- Poreski podsticaji se odobravaju čak i u odsustvu bilo kakve suštinske ekonomske aktivnosti na teritoriji posmatrane države;
- Pravila za određivanje dobiti ne slede međunarodno prihvaćene standarde, poput onih ustanovljenih u Vodiču OECD-a o transfernim cenama;
- Odsustvo transparentnosti;¹⁴

Očito je da se štetna poreska konkurencija definiše na poprilično uopšten način, iako su docnije dati kriterijumi na osnovu kojih se određena poreska mera može okarakterisati kao štetna. Navedeno postupanje je donekle razumljivo, s obzirom na to da ni u finansijskoj literaturi ne po-

¹² Poreske mere u smislu *Code of Conduct*-a obuhvataju zakonsku i podzakonsku regulativu i administrativnu praksu.

¹³ Vid. Council Conclusions of the ECOFIN council meeting on 1 December 1997 concerning taxation policy, *Official Journal of European Communities C/21* of 1 December 1997.

¹⁴ *Ibid.*

stoji saglasnost u pogledu definisanja ovog pojma. Otkrivanje konkurentnih poreskih mera nije problematično, ali je teško sprovesti razgraničenje između pravične i nepravične, odnosno štetne poreske konkurencije.¹⁵

Code of conduct predviđa i razmenu informacija kao mehanizam protiv nepravične poreske konkurencije. Naime, u njemu se ističe da će države članice, u skladu sa principima transparentnosti i otvorenosti, obaveštavati jedna drugu o postojećim i predloženim poreskim merama koje potpadaju pod polje njegove primene.¹⁶ Prethodno navedenim se potvrđuje da su koristi od razmene informacija višestruke. Naime, razmena informacija ima izuzetno značajnu ulogu, ne samo u kontekstu sprečavanja štetne poreske konkurencije, nego i u kontekstu borbe protiv zakonite i nezakonite poreske evazije, pa se postizanje visokog stepena saradnje u ovoj oblasti vidi kao neminovnost. Toga su bili svesni i organi Evropske unije, pa su putem obavezujućih akata (direktiva i uredbe) ustanovljeni odgovarajući modaliteti uzajamne pomoći u poreskim stvarima, uključivši i razmenu informacija.¹⁷

Kako tvrde pojedini autori, *Code of conduct* nema za cilj da u potpunosti ospori konkurentne poreske sisteme, već je prevashodno usmeren na one „poreske mere koje odstupaju od uobičajenog poreskog sistema, favorizujući određene mobilne aktivnosti“.¹⁸

Kako bi se stalo na put štetnim nacionalnim poreskim merama, predstavnici država članica, predvođeni gospodom Primarolo (tzv. *Primarolo grupa*), objavili su izveštaj 1999. godine u kojem su identifikovali ukupno 66 nacionalnih poreskih mera kao štetnih (40 u državama članicama, 3 na Gibraltaru i 23 u povezanim i zavisnim teritorijama). Zadatak *Primarolo grupe* je bio izuzetno izazovan, posebno ako se ima u vidu činjenica da su njeni članovi, radi identifikacije štetnih poreskih mera, prethodno morali odrediti praktično značenje kriterijuma ustanovljenih u *Code of conduct-u*, što nije bilo nimalo jednostavno. Istovremeno, državama članicama je pružena mogućnost da se o njima izjasne, što je i zabeleženo u fusnotama ovog izveštaja. Države članice i njihove povezane i zavisne

¹⁵ Vid. Claudio M. Radaelli, „The Code of Conduct against Harmful Tax Competition“, *Public Administration* 3 /2003, 513-531.

¹⁶ Council Conclusions of the ECOFIN council meeting on 1 December 1997 concerning taxation policy, *Official Journal of European Communities* C/21 of 1 December 1997.

¹⁷ Vid. Cvjetana Cvjetković, „Osnovni pravni instrumenti uzajamne pomoći u poreskim stvarima Evropskoj uniji“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2011, 469-485.

¹⁸ Vid. Ben Terra, Peter Wattel, *European Tax Law*, Alphen aan den Rijn 2008, 199.

teritorije su nakon objavljivanja izveštaja *Primarolo grupe* ukinule poreske mere koje su okvalifikovane kao štetne, s tim da je u pojedinim članicama proces njihovog ukidanja u toku.¹⁹ *Primarolo grupa* je sve štetne poreske mere kategorizovala u šest grupa, i to na sledeći način:

- 1) Štetne poreske mere koje se odnose na: finansijske usluge, finansijske aktivnosti u okviru grupe kompanije i autorske naknade;
- 2) Štetne poreske mere koje se odnose na osiguranje i reosiguranje;
- 3) Štetne poreske mere koje se odnose na transferne cene;
- 4) Štetne poreske mere koje se odnose na holding kompanije;
- 5) Štetne poreske mere koje se odnose na izuzete i ofšor kompanije;
- 6) Druge različite štetne poreske mere.²⁰

Većina otkrivenih štetnih poreskih mera se odnosila na poreske pogodnosti koje su se odobravale iako nije postojala suštinska ekonomska aktivnost na teritoriji posmatrane države članice, kao i na način određivanja dobiti u transakcijama između povezanih lica.²¹

Problemi sa implementacijom *Code of conduct*-a nastaju zbog njegovog neobavezujućeg karaktera. Naime, čini se da se prilikom njegovog usvajanja išlo linijom manjeg otpora, jer je za mnoge države bilo znatno lakše potpisati uopšteno formulisan, pravno neobavezujući akt, nego se obavezati na preduzimanje mera putem kojih bi se eliminisala štetna poreska konkurencija. Prethodna konstatacija važi posebno za zemlje, poput Holandije, Irske i Luksemburga, koje su, upravo, zahvaljujući povoljnim poreskim režimima doživele ekonomski procvat, pa se može zaključiti da je *Code of conduct* kompromis između država koje zbog „priliva“, odnosno „odliva“ ekonomskih aktivnosti imaju suprotstavljene interese povodom ovog pitanja.

Iako *Code of conduct* spada u tzv. „meko“ pravo (eng. *soft law*), države članice se mogu zaštititi od štetne poreske konkurencije s pozivom na odredbe o državnoj pomoći koje su sadržane u Ugovoru o funkcionisanju Evropske unije. Navedene odredbe imaju za cilj da spreče nelojalnu konkurenciju između država članica do koje može doći ne samo putem direktnih subvencija, nego i putem indirektnih, u koje se mogu svrstati i poreske olakšice. U načelu, države članice imaju obavezu da obaveste Komisiju o svakoj meri za koju je moguće da predstavlja meru državne pomoći, kako bi se utvrdilo da li je ona kompatibilna sa unutrašnjim tržištem Unije. Ako država članica uvede potencijalno štetnu poresku meru

¹⁹ Vid. http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/harmful_tax_practices/, 25.4.2013.

²⁰ Vid. B. Terra, P. Wattel, 113.

²¹ *Ibid.*

uprkos zabrani Komisije, odnosno bez njenog obaveštavanja, ovaj organ može pokrenuti postupak protiv države članice pred Evropskim sudom pravde. I sam *Code of conduct* pominje ovu mogućnost, tako da je Komisija, na osnovu njega, izdala odgovarajuće Obaveštenje koje propisuje opšte kriterijume za utvrđivanje da li određena poreska mera predstavlja državnu pomoć, u okviru značenja koje joj daje Ugovor o funkcionisanju Evropske unije.²² Da bi se određena mera mogla okvalifikovati kao mera državne pomoći moraju biti ispunjeni određeni uslovi. Prvo, njome se mora obezbeđivati povoljan poreski tretman, i to na selektivnoj osnovi. Drugo, pogodnost se mora obezbeđivati putem državnih sredstava, odnosno na teret državnih sredstava i, treće, ona mora uticati na konkurenciju i trgovinu između zemalja članica.²³ U ovom kontekstu zanimljivo bi bilo spomenuti slučaj Irske koja je propisivanjem snižene poreske stope od 10% za proizvođački sektor i sektor finansijskih usluga narušila ova pravila. Na prvi pogled ovakvo rešenje stvara samo diskriminaciju između različitih sektora. Međutim, Evropski sud pravde je utvrdio da se u ovom slučaju preferencijalni tretman nerezidentima obezbeđivao na posredan način, s obzirom na to da su inostrani ulagači imali ključnu ulogu u navedenim, niskooporezovanim sektorima. Dakle, pozivajući se na odredbe o državnoj pomoći preduzele su se mere protiv štetne poreske konkurencije. Irska je, inače, zahvaljujući privilegovanom režimu oporezivanja privukla značajan obim investicija koje su tokom 90-tih godina, u velikoj meri, doprinele ekonomskom razvoju ove zemlje. Tek, nakon intervencije Komisije, Irska je napustila sistem dvojnih stopa prilikom oporezivanja dobiti kompanije, jer je očito bilo reč o meri koja je predstavljala meru državne pomoći, odnosno o meri koja je predstavljala deo tzv. „štetne strategije“.²⁴

2. Direktiva o oporezivanju kamata i autorskih naknada

Direktiva o oporezivanju kamata i autorskih naknada isplaćenih u odnosima između povezanih preduzeća smeštenih u različitim zemljama članicama Evropske unije (u daljem tekstu: Direktiva 2003/49/ES) predstavlja, takođe, deo „paketa“ mera u borbi protiv štetne poreske konku-

²² Vid. William Bratton, Joseph McCahery, „Tax Coordination and Tax Competition in the European Union: Evaluating the Code of Conduct on Business Taxation“, *Common Market Law Review* 38/2001, 687-688.

²³ Vid. čl. 107 Consolidated version of the Treaty on functioning of the European Union, *Official Journal of the European Union* C 326/47, 26. 10. 2012.

²⁴ Vid. Alexander Haupt, Wolfgang Peters, „Restricting Preferential Tax Regimes to Avoid Harmful Tax Competition“, *Regional Science and Urban Economics* 5/2005, 494-495.

rencije.²⁵ Cilj Direktive 2003/49/ES je ukidanje poreza po odbitku na kamate i autorske naknade, koje su isplaćene u odnosima između povezanih preduzeća, rezidenata različitih država članica, kako bi se izbeglo ekonomsko dvostruko oporezivanje navedenih kategorija prihoda i smanjili administrativni troškovi kojima su izložene kompanije. Primena Direktive 2003/49/ES je ograničena samo na direktan holding, odnosno povezanost koja je relevantna sa stanovišta primene Direktive 2003/49/ES je direktna horizontalna i direktna vertikalna povezanost. Važno je napomenuti da nije najjasnije zašto je Direktiva 2003/49/ES uključena u „paket“ mera u borbi protiv štetne poreske konkurencije, jer ona ne samo da je ne sprečava, nego je čak i ohrabruje, odnosno ona obezbeđuje idealne uslove da se prednosti niskih poreskih stopa iskoriste u punom obimu. Za razliku od dividendi, kamate i autorske naknade imaju karakter odbitne stavke prilikom utvrđivanja poreske osnovice kompanije isplatioca navedenih kategorija prihoda, pa se za isplaćeni iznos umanjuje poreska osnovica u državi izvora. Uz to, ukidanje poreza po odbitku prilikom njihove isplate znači da država izvora ne ostvaruje prihode ni po tom osnovu, što opet stvara mogućnosti za poresko planiranje. Naime, kompanije primaoci kamata i autorskih naknada isplaćenih u odnosima između povezanih preduzeća smestiće se u onim državama članicama u kojima je dobit podvrgnuta najpovoljnijem poreskom tretmanu.²⁶

3. Direktiva o oporezivanju prihoda od štednje u obliku kamate

Poštovanja načela bankarske tajne može dovesti do štetne poreske konkurencije. Naime, pojedine jurisdikcije privlače novčana sredstva na svoje teritorije, upravo, zbog poštovanja ovog načela. Stoga je Direktiva o oporezivanju prihoda od štednje u obliku kamate, takođe, jedan od elemenata „paketa“ mera u borbi protiv štetne poreske konkurencije (u daljem tekstu: Direktiva 2003/48/EC).²⁷ Direktiva 2003/48/EC je bila i jedan od prvih pravnih instrumenata kojim se na nivou Evropske unije uspostavio sistem razmene informacija. Nakon više od jedne decenije, posle brojnih diskusija, postignut je politički dogovor, te je Savet 2003. godine usvojio Direktivu 2003/48/EC. Njen osnovni cilj je promovisanje oporezivanja prihoda od štednje u obliku kamata u zemlji rezidentstva pore-

²⁵ Vid. Council Directive 2003/49/EC of 3 June 2003 on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member states, *Official Journal L 157* of 26 June 2003.

²⁶ B. Terra, P. Wattel, 301.

²⁷ Council Directive 2003/48/EC of 3 June 2003 on taxation of savings income in the form of interest payments, *Official Journal L 157* of 26 June 2003.

skog obveznika, i to zahvaljujući efikasnom sistemu razmene informacija.²⁸ Na Samitu održanom 2000. godine države članice su se složile da se u postupku pregovora o pridruživanju neće predviđati izuzeci od obaveze razmene informacija za nove zemlje članice.²⁹

Razmena informacija počiva na principu da je lice koje vrši isplatu kamate (eng. *paying agent*), odnosno koje osigurava isplatu kamate za račun primaoca - stvarnog korisnika (eng. *beneficial owner*)³⁰ rezidenta druge zemlje članice, u obavezi da dostavi podatke o rezidentstvu i identitetu stvarnog korisnika, podatke o identitetu i adresi isplatioa kamate, podatke o bankovnom računu primaoca, kao i podatke o iznosu isplaćenih kamata nadležnom poreskom organu zemlje svog rezidentstva, a nadležni poreski organ u zemlji isplatiočevog rezidentstva automatski treba da dostavi informacije nadležnom poreskom organu zemlje primaočevog rezidentstva. Razmena informacija je automatska i vrši se jednom godišnje, i to u periodu od šest meseci po isteku poreske godine za sve izvršene isplate tokom te godine. Direktiva 2003/48/EC je uspostavila prelazni režim za tri zemlje: Austriju, Belgiju i Luksemburg. Naime, ove zemlje tokom prelaznog perioda nisu obavezne da sprovedu automatsku razmenu informacija. Međutim, to ne isključuje njihovo pravo da primaju informacije iz drugih zemalja članica. Prelazni režim je, prevashodno, posledica nastojanja spomenutih država da sačuvaju bankarsku tajnu. Naime, navedene zemlje zadržale su pravo da oporezuju po odbitku isplaćene kamate po stopi koja se postepeno povećavala (od 2011. godine iznosi čak 35%). Cilj je bio da neprijavljivanje prihoda u zemlji rezidentstva stvarnim vlasnicima postane neprivlačno, jer bi prijavljivanjem takvog prihoda u zemlji svog rezidentstva ostvarili pravo na poreski kredit (na ime poreza plaćenog u pomenutim državama) i pravo na povraćaj (kada iznos plaćenog poreza premašuje iznos poreza dospelog po nacionalnom pravu). Belgija, od 1. januara 2010. godine, primenjuje režim automatske razmene informacija, tako da, trenutno, jedino za Austriju i Luksemburg važi prelazni režim. Dakle, očito je da i zemlje članice koje su smatrane oazom čuvanja bankarske tajne polako odustupaju od ovog prin-

²⁸ Izuzetak od navedenog pravila predviđen je za tri zemlje: Belgiju, Austriju i Luksemburg, u kojima bi se zadržao porez po odbitku, s tim da bi one 25 % poreskih prihoda zadržale, a 75% transferisale u zemlje u kojima poreski obveznik ima rezidentstvo. Ovakva odredba ni na koji način ne utiče na pravo ovih država da primaju informacije o isplaćenim kamatama njihovim rezidentima iz drugih zemalja članica.

²⁹ Sabine Heidenbauer, „The Saving Directive“, *Introduction to European Tax Law on Direct Taxation*, 170.

³⁰ Stvarni korisnik je osoba koja uživa korist od neke imovine, suprotno pravnom vlasniku, koji može biti samo nominalni vlasnik. O konceptu stvarnog korisnika: Hrvoje Arbutina, Olivera Lončarić-Horvat, *Osnove međunarodnog poreznog prava*, Zagreb 2007, 193-194.

cipa. Prelazni režim prestaće da važi onda kada se postigne sporazum o primenjivanju mera koje su ekvivalentne onima sadržanim u Direktivi 2003/48/EC, sa sa pet zemalja nečlanica (Švajcarska, Andora, Lihtenštajn, Monako i San Marino), sa relevantnim povezanim i zavisnim teritorijama, kao i sa SAD koje moraju da se obavežu na razmenu informacija na zahtev. Sporazumi sa državama nečlanicama su potpisani, kao i sa većinom povezanih i zavisnih teritorija i za njih važi isti režim kao i za Austriju i Luksemburg.³¹

4. Jedinstvena poreska osnovica poreza na dobit korporacija

Jedinstvena poreska osnovica poreza na dobit korporacija unutar Unije omogućila bi ne samo nesmetano kretanje kapitala, nego i suprotstavljanje štetnoj poreskoj konkurenciji. To su, istovremeno, i dva glavna cilja Unije u oblasti oporezivanja dobiti kompanija, što je i nedvosmisleno naglašeno u Studiji o oporezivanju kompanija na unutrašnjem tržištu Unije.³² U njoj su predstavljena četiri predloga: oporezivanje u domaćoj zemlji, zajednička (konsolidovana) poreska osnovica, „federalni“ porez na dobit kompanija i jedinstvena, obavezna poreska osnovica. Usvajanje zajedničke (konsolidovane) poreske osnovice bi dalo dobre rezultate, posmatrano sa stanovišta borbe protiv štetne poreske konkurencije, ali samo ako bi se zemlje članice saglasile oko minimalne stope. Poslednja dva predloga, iako su sa teorijske tačke gledišta superiornija, teško da će zaživeti u praksi jer podrazumevaju veći stepen lišavanja poreskog suvereniteta država članica, za šta trenutno ne postoji politička volja.³³ Čini se da nije realno očekivati njihovu implementaciju ni u bližoj budućnosti, pa ako se na nivou Evropske unije želi efikasnije suprotstaviti štetnoj poreskoj konkurenciji morale bi se primeniti neke druge mere čija bi implementacija bila daleko izvesnija.

IV PRAKSA EVROPSKOG SUDA PRAVDE

Poreska harmonizacija u Evropskoj uniji ostvaruje se ne samo putem pozitivne integracije, koja podrazumeva harmonizaciju putem direktiva, nego i putem negativne integracija koja znači da Evropski sud prav-

³¹ Vid. http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/personal_tax/savings_tax/rules_applicable/index_en.htm, 29.4.2013.

³² Vid. *Company Taxation in the Internal Market*, Commission Staff Working Paper, COM/2001/582final, Commission of the European Communities, Brussels 2001.

³³ Vid. G. Ilić-Popov, *Poresko pravo Evropske unije*, Beograd 2004, 133-138.

de stavlja van snage odredbe nacionalnog zakonodavstva koje predstavljaju prepreku za ostvarivanje četiri osnovne slobode. Međutim, Evropski sud pravde razvio je tzv. *Rule of reason* doktrinu čija suština se svodi na to da određena restriktivna nacionalna mera može opstati ako su ispunjeni određeni uslovi. Prvo, ona se mora primenjivati na nediskriminatorsan način. Drugo, njeno postojanje mora nalagati javni interes. Treće, ona mora biti pogodna za ostvarivanje postavljenog cilja i, četvrto, ona može opstati jedino ukoliko je poštovano načelo proporcionalnosti.³⁴

Tako, Evropski sud pravde je u slučaju *Cadbury Schweppes* odlučio da zakonodavstvo koje se odnosi na kontrolisane inostrane korporacije (eng. *controlled foreign corporations legislation*, u daljem tekstu: CFC zakonodavstvo), kao mera protiv nelegitimne zakonite poreske evazije i štetne poreske konkurencije, nije kompatibilno sa pravom Unije, odnosno da je ono nesaglasno sa slobodom obavljanja poslovnih aktivnosti u okvirima Unije. Utvrđeno je da CFC zakonodavstvo može opstati jedino ako je usmereno ka „u celosti veštačkim aranžmanima koji imaju za cilj isključivo izbegavanje plaćanje poreza“. U tom smislu, države članice imaju pravo da postave zahteve kako bi se verifikovalo postojanje „suštinske ekonomske aktivnosti“, pod uslovom da ti zahtevi ne predstavljaju nepotrebno, tj. suvišno administrativno opterećenje za obveznike.³⁵ Iz argumentacije Evropskog suda pravde jasno se može uočiti da primena CFC zakonodavstva neće biti kompatibilna sa funkcionisanjem unutrašnjeg tržišta ako se određeni aranžman preduzima samo kako bi se iskoristilo niže poresko opterećenje u drugoj državi članici. Dakle, država članica ne može opravdati postojanje CFC zakonodavstva pozivajući se na gubitak poreskih prihoda jer je stav ESP da to ne predstavlja „razumno opravdanje“ za postojanje nacionalne restriktivne mere.³⁶

V ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Globalizacija je postavila velike izazove pred poreske administracije širom sveta koje se suočavaju sa poreskim režimima koji ciljano teže da privuku finansijske i druge mobilne aktivnosti na svoje teritorije, što ne samo da otvara vrata ka narušavanju alokacije kapitala, nego stvara i opa-

³⁴ Vid. B. Terra, P. Wattel, 31-34.

³⁵ Vid. *The Impact of Rulings of the European Court of Justice in the Area of the Direct Taxation 2010*, European Parliament, Directorate General for Internal Policies, Policy Department A: Economic and Scientific Policy, Brussels 2011, 84-85.

³⁶ Vid. Vanessa E. Englemair, „The Relevance of the Fundamental Freedoms for Direct taxation“, *Introduction to European Tax Law on Direct Taxation*, 73-74.

snost od erozije nacionalnih poreskih osnovica. Zvaničan stav organa Evropske unije jeste da štetna poreska konkurencija rezultira čitavim nizom negativnih posledica, naročito po finansiranje javnih potreba i funkcionisanje zajedničkog tržišta, pa da se, shodno tome, preduzimanje odgovarajućih mera u cilju njenog sprečavanja javlja kao neminovnost. No, čini se da i dalje postoje dileme u pogledu ispravnosti takvog stava, tim pre što je suština globalizacije upravo u konkurenciji. Pitanje da li se sme dopustiti državama da poreskim podsticajima, makar se oni okvalifikovali kao štetni, privuku investicije na svoje teritorije jer ne poseduju neke druge komparativne prednosti i dalje ostaje otvoreno. Naime, s jedne strane su negativne posledice štetne poreske konkurencije, a s druge strane, činjenica da pojedine države nemaju puno toga šta da ponude osim povoljnog poreskog režima, kao i činjenica da će pojedine države uprkos odsustvu preferencijalnog režima privući investicije na svoje teritorije, zahvaljujući nekim svojim drugim obeležjima.

Analiza mera protiv štetne poreske konkurencije na nivou Evropske unije ukazuje na to da one nisu dovoljno efikasne. Razlog za to leži u činjenici da nisu sve države podjednako pogođene posledicama koje ona izaziva i, samim tim, nisu dovoljno zainteresovane da se ovaj problem reši na efikasan način. Neke članice, koje su uspele, i koje i dalje uspevaju da privuku mobilne aktivnosti na svoje teritorije, su dobitnici, dok se druge, za koje je svojstven odliv tih aktivnosti, javljaju u ulozi gubitnika. Ovo pojačava i praksa Evropskog suda pravde koji nacionalne mere koje se odnose na primenu zakonodavstva o kontrolisanim inostranim korporacija, kao jednoj od mera u borbi protiv štetne poreske konkurencije, često tretira kao nekompatibilne sa funkcionisanjem zajedničkog tržišta i koji gubitak poreskih prihoda ne prihvata kao opravdanje za postojanje nacionalne restriktivne mere.

*Cyjetana Cyjetković, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Measures against Harmful Tax Competition in the European Union

Abstract: *This paper considers measures against harmful tax competition in the European Union. In this paper the author deals with the concept of harmful tax competition and points to the official attitude of the European union in the terms of tax harmonization and tax competition, including fair and harmful tax competition. Because of the consequences of harmful tax competition for the functioning of the Common market, at the level of the European union there are a lot of efforts in order to effectively counter harmful tax competition. This paper also considers the role of the European Court of Justice in the fight against harmful tax competition.*

Key words: *tax harmonization; tax competition; harmful tax competition; the European Union;*

*Sandra Samardžić, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

PRAVA ISTOPOLNIH PARTNERA U EVROPSKOJ UNIJI I SRBIJI U OBLASTI BRAČNOG PRAVA¹

Sažetak: Rad nastoji da prikaže istorijski put koji su, u oblasti prava istopolnih partnera, prešle pojedine evropske države, ali i put kojim se kretao stav Evropskog suda za ljudska prava po ovom pitanju, kao moguće modele koji bi u vidu zahteva u procesu pridruživanja mogli biti postavljeni i pred Srbiju. Dat je i prikaz zakonskih rešenja određenih država Evropske unije i analizirano je pitanje da li su predložena rešenja prihvatljiva i da li mogu naneti potencijalnu štetu o kojoj u ovom momentu zagovornici istopolnih brakova ne razmišljaju.

Cljučne reči: brak, registrovano partnerstvo, istopolne zajednice, istopolni brakovi.

1. Uvod

Brak je dugo predstavljao centralni deo porodičnog prava. Uslovi za zaključenje, dejstva, prestanak i pravne posledice prestanka braka, bile su teme koju su oduvek privlačile autore. Danas, čini se da je roditeljsko, odnosno dečje pravo, zauzelo vodeće mesto, dok je brak prestao biti toliko značajan institut u istraživanjima.

Ovakvo stanje uzrokovano je činjenicom da brak više ne predstavlja posebnost kojoj svi, ili makar većina, teži. Možemo reći da je brak kao institucija, danas veoma ugrožen, a izdvojili bismo dve činjenice koje, čini se, tome najviše doprinose. Najpre, to je pojava proširenja definicije samog braka, koja i zaključenje, ali i prestanak braka, tretira manje formalno, pa samim tim izuzetnost ovog instituta se dovodi u pitanje. Sa druge

¹Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta Pravnog fakulteta u Novom Sadu „Teorijski i praktični problemi u stvaranju i primeni prava (EU i Srbija)“.

strane, sve je više zakonodavstava koja i licima koja žive u vanbračnoj zajednici priznaju ista prava kao i bračnim partnerima. Parovi se danas vrlo često odlučuju za zajednički život bez formalnosti koje brak zahteva, uživajući pri tom ista prava kao i bračni partneri. Takođe, pored vanbračne zajednice, mnoga zakonodavstva dozvoljavaju heteroseksualnim partnerima registraciju partnerstva, koje je gotovo u svemu, izjednačeno sa brakom. Sve ovo otežava održavanje specifičnog statusa koji je brak nekada imao.

Kakva će budućnost braka biti, ostaje da se vidi, ali se ne mogu zanemariti tri ključne činjenice kada razmišljamo o tom pitanju. Pre svega, prosek godina starosti prilikom stupanja u brak se povećava, zatim, postaje uobičajeno da parovi određeno vreme pre stupanja u brak žive zajedno i na kraju, verovatnoća da će se brak završiti razvodom raste poslednjih godina.²

Reproduktivna funkcija braka takođe, ne predstavlja više nužno element kojim definišemo brak, s obzirom da postoji veliki broj heteroseksualnih brakova bez dece, i sa druge strane veliki broj homoseksualnih veza u kojoj postoje deca, bilo da su to deca iz prethodnog braka, usvojena deca ili deca začeta uz pomoć neke od metoda asistiranе reprodukcije.³ Danas je, više nego ikad ranije, potpuno prihvatljivo biti sam, bez partnera, kao što je prihvatljiv i život u vanbračnoj zajednici.

Ono što još možemo da zapazimo to je trend smanjivanja broja zaključenih brakova. U periodu od 2002. do 2012. godine, u Republici Srbiji broj sklopljenih brakova je u blagom opadanju. U 2011. godini je sklopljeno 4,9 brakova na 1000 stanovnika, što je manje u odnosu na broj brakova u popisnoj 2002. godini, kada je sklopljeno 5,6 brakova na 1000 stanovnika.⁴ Isti trend primetan je i u državama Evropske unije.⁵

Međutim, i pored navedenih činjenica i podataka, ne možemo zanemariti činjenicu da simbolična priroda braka, kao slike onoga što predstavlja idealnu porodicu, i dalje igra značajnu ulogu. Upravo je to možda razlog što predstavnici istopolnih zajednica sve glasnije za sebe zahtevaju priznavanje prava na zaključenje braka. Ne možemo a da ne primetimo da se ovom zahtevu sve više udovoljava i da se broj država koje ovo pravo priznaju povećava. Zahtevi predstavnika istopolnih zajednica sve su

²Jonathan Herring, *Family Law*, fifth edition, 2011. p. 40.

³Baroness Ruth Deech, *Same-Sex Unions and Marriage- Is There any Difference?*, *International Journal of the Jurisprudence of the Family*, vol. 1, 2011.

⁴Statistički godišnjak Republike Srbije, 2012, Republički zavod za statistiku, Beograd.

⁵Tako je u UK zabeležen pad od 40% u broju sklopljenih brakova između 1972 i 2008. godine. Jonathan Herring, *op.cit.*, p. 40.

prisutniji i kreću se najpre prema pravu na sklapanje braka, ali konačno ka pravu na usvajanje dece, odnosno mogućnosti pristupu različitim tehnikama asistiranje reprodukcije, uključujući i pravo korišćenja surogat majki.

Naposletku, ne možemo, a da se ne zapitamo, da li je zahtev za sklapanje istopolnih brakova, kao nešto čemu se teži u cilju izjednačavanja, opravdan, imajući u vidu dve činjenice. Najpre, čini se da je pravo na sklapanje braka, daleko manje bitno, ako se u obzir uzmu neka druga ljudska prava za koja se vredi boriti. I drugo, realni nedostatak često upotrebljavanog argumenta, da velika većina homoseksualno orijentisanih lica, zaista želi ovo pravo.⁶

2. Razvojni put prava istopolnih partnera

Pravo na sklapanje braka između istopolnih partnera postalo je aktuelno poslednjih godina, ali taj put je započet davno. Naime, još 1973. godine je u švedskom parlamentu diskutovano o predlogu da se ukine brak u korist registrovane kohabitacije koja bi bila dostupna svim parovima. Iako je predlog odbijen, iznet je stav da je kohabitacija dva lica istog pola, sa stanovišta društva, sasvim prihvatljiv oblik porodične zajednice.⁷ Prvi zakonski akt u vezi sa pravima homoseksualaca bio je holandski zakon o renti iz 1979. godine. Ovim zakonom bilo je predviđeno da u situaciji gde je samo jedan partner imao status zakupca, nakon dve godine života u zajedničkom domaćinstvu, oba lica dobijala su status zakupca. Čak i pre ovog zakona, imigraciona praksa, odnosno pravila pojedinih zemalja, uključujući tu Švedsku i Holandiju, još 1970. godine izdavale su boravišne dozvole partnerima svojih državljana bez obzira na pol.⁸

Uprkos krah u nekada svete slike braka, istopolni parovi žele taj status za sebe, iako se možemo zapitati da li u cilju njegovog reformisanja, na čemu su insistirale mnoge feministkinje ili da bi 'fantaziju braka', kako se do sada opisivala, priuštili i sebi.⁹

Postojali su, i sada postoje, argumenti za i protiv priznavanja prava na sklapanje braka istopolnim partnerima. Pristalice ove ideje tvrde da se zabranom priznavanja braka, ali i rešenjem prema kojem im se priznaje

⁶Rosemary Auchmuty, What's so special about marriage? The impact of *Wilkinson v Kitzinger*, Child and Family Law Quarterly, Vol 20, No 4, 2008.

⁷Anna Singer, Equal Treatment of Same-sex Couples in Sweden, *The International Survey of Family Law 2010 Edition*, p. 393-399.

⁸Kees Waaldijk, Others May Follow: The Introduction of Marriage, Quasi-Marriage, and Semi-Marriage for Same-Sex Couples in European Countries, *Judicial Studies Institute Journal*, Vol. 5, pp. 104-127, Dublin, 2005.

⁹Baroness Ruth Deech, *op.cit.*, p. 3.

samo pravo na registraciju, šalje homofobična poruka. Tako je sudija u jednom južnoafričkom slučaju *Home Affairs v Fourie*¹⁰ istakao da:

„Isključivanje istopolnih partnera iz prava i obaveza, predviđenih za bračne parove, koje je rezultat starih istraživanja javnog mnjenja, nije mala neprijatnost, koja će nestati kao jutarnja rosa. ... Na taj način pojačava se shvatanje prema kojem se ova lica poimaju kao biološka nepravilnost, kao promašaj ili posrnula ljudska bića koja se ne uklapaju u društvo i kao takva, nisu kvalifikovani da im bude pružena puna moralna podrška i poštovanje kome teži Ustav ove zemlje. Tako se ističe da je njihova sposobnost da vole, da budu predani i da prihvate odgovornosti, manje vredna nego u slučaju heteroseksualnih partnera.“

Ima naravno, i onih čija mišljenja su dijametralno suprotna. Većinom su ovakvi stavovi zasnovani na religijskim ubeđenjima. U ekstremnijim izjavama, navodilo se da zabrana govora mržnje kao i isti tretman homoseksualnih i heteroseksualnih parova, predstavlja „kulturni genocid“. Autor Lynn Wardle jedan je od onih koji svoj stav ne zasniva na religijskim shvatanjima, ali se takođe protivi ovoj ideji. On smatra da:

„Zajednica dva lica suprotnog pola predstavlja zajednicu koja ima jedinstvenu snagu i jedinstvenu vrednost za društvo. To je integracija svih razlika koje među polovima postoje – onih dubokih i suptilnih, bioloških i kulturoloških, psiholoških i genetskih – povezanih sa seksualnim identitetom, koje čine jezgro i suštinu samog braka. Kao što su muškarci i žene drugačiji, tako i zajednica dva muškarca ili dve žene ne može biti ista kao zajednica muškarca i žene.“¹¹

Priklanjajući se stavu pristalica ili protivnika istopolnih brakova, neminovno je da se stvari po pitanju njihovih prava kreću samo uzlaznom putanjom. Možemo reći da u oblasti prava istopolnih partnera postoji određen put, koji su neke države u potpunosti prešle, neke su na polovini, a neke su tek na početku ili ga čak nisu ni započele. Taj put sastoji se od nekoliko faza, a počinje najpre dekriminalizacijom homoseksualnosti. Sledeći korak je priznavanje određenog kruga prava ovim licima, zatim pružanje statusa sličnog, ali ipak različitog u odnosu na brak i na kraju priznavanje prava na sklapanje braka.¹² U skladu sa ovim putem, možemo izdvojiti tri osnovna koncepta koja države predviđaju za lica istog pola. Naime, kako je već napomenuto, najpre dolazi do priznavanje određenih

¹⁰ *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another* (CCT 60/04) [2005] ZACC 19; 2006 (3) BCLR 355 (CC); 2006 (1) SA 524 (CC) (1 December 2005). <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2005/19.html> (pristupljeno dana: 10.11. 2013. godine.)

¹¹ Lynn Wardle, *The „End“ of Marriage*, Family Court Review, Vol. 44 No. 1, January 2006 45–59.

¹² Jonathan Herring, *op.cit.*, p. 75

prava, te se u tom slučaju radi o konceptu *de facto* građanskog partnerstva, po kome se ne zahteva nikakva forma za nastanak ovog oblika partnerstva. Zatim, drugu grupu država čine one koje ovim licima omogućavaju sklapanje registrovanog partnerstva¹³ i na kraju neke države priznaju najviši mogući status – pravo na sklapanje braka.¹⁴ Takođe, neke države dozvoljavaju postojanje dva koncepta, na način što je istopolnim partnerima omogućeno da zaključe i registrovano partnerstvo, koje nije ukinuto onog momenta kada im je dozvoljeno zaključenje braka. Na osnovu dole navedene analize pojedinih zakonodavstava, ali i prakse Evropskog suda za ljudska prava, čini se da u budućnosti možemo očekivati samo veći broj država koji će im priznavati pravo na sklapanje braka, odnosno da će biti teško zadržati *status quo* u ovoj oblasti.

3. Uporednopravni prikaz

3.1. Nordijske države

Pre više od dve decenije, pojavila su se prva zakonodavstva koja su priznavala određena prava i licima koja se nalaze u istopolnoj zajednici. Tako je **Danska** bila prva država na svetu koja je 1989. godine donela Zakon o registrovanom partnerstvu. Pravne posledice registrovanog partnerstva bile su gotovo identične sa brakom. Izostala je mogućnost venčanja u crkvi, pravo na usvojenje deteta i pravo na zajedničko staranje nad detetom. Sličan pravac imale su i ostale Nordijske zemlje.¹⁵ Iako je Danska bila prva država koja je donela ovakav zakon, bila je među poslednjim koja je dozvolila sklapanje braka ovim licima.¹⁶

Iako je u **Švedskoj** istopolni brak omogućen tek 2009. godine, pitanje prava homoseksualnih partnera aktuelno je već više od 30 godina. Švedska je 2009. godine unela izmene u Zakon o braku kojim je dozvoli-

¹³U okviru ovog koncepta, neke države priznaju registrovanim partnerima sva prava kao i bračnim, osim samog naziva, dok u drugu grupu spadaju one države koje za parove koji su registrovali svoje partnerstvo, predviđaju prava i obaveze koja se dosta razlikuju od onih predviđenih za bračne partnere.

¹⁴Gordana Kovaček-Stanić, Komparacija različitih evropskih pravnih koncepata o zajednici lica istog pola, Evropsko zakonodavstvo, str. 106-119, 2007.

¹⁵Primer Danske, sledile su i Norveška koja je Zakon o registrovanom partnerstvu donela 1993., zatim Švedska 1994., Grenland i Island 1996. i Finska 2001. godine.

¹⁶Još jedino Grenland i Finska nisu omogućile sklapanje istopolnog braka, ali je Ministarstvo pravde u Finskoj preduzelo određene pripremne radnje u cilju reformisanja postojećeg Zakona o braku, ali i u cilju omogućavanja usvojenja dece od strane lica istog pola. (Ingrid Lund-Andersen, The Nordic Countries: Same Direction – Different Speeds, Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe, National, Cross-Border and European Perspectives, Katharina Boele-Woelki and Angelika Fuchs (eds), p. 11, 2012.)

la i licima istog pola da zaključe brak. Pre ovih izmena u zakonu se navodilo da: „Brak je zaključen između muškarca i žene. Dvoje koji su se venčali postaju supružnici.“ Izmenama je uvedena odredba u kojoj se navodi da Zakon sadrži odredbe o zajedničkom životu u braku: „Dve osobe koje su međusobno zaključile brak postaju supružnici.“¹⁷ Jasno je vidljivo da je iz definicije izostavljen pol lica koja zaključuju brak, te je tako omogućen brak i licima istog pola. Ova izmena je međutim, samo formalna, s obzirom da je Zakon o registrovanom partnerstvu iz 1994. godine (koji je bio namenjen samo licima istog pola) davao partnerima ista prava koja je Zakon o braku predviđao za supružnike. Konačnom izmenom Zakona o braku je došlo i do, za neke, glavne izmene, odnosno do finalnog koraka kojim su istopolne zajednice u Švedskoj dovedene u isti pravni položaj kao i heteroseksualni partneri.

Od 2009., odnosno 2010. godine sklapanje istopolnog braka dozvoljeno je i u **Norveškoj** te na **Islandu**. Zanimljivo je pomenuti primer Islanda gde pitanje istopolnih brakova nikada nije smatrano kontroverznim. Zakon je u Parlamentu usvojen jednoglasno, odmah je stupio na snagu, a istog dana je i premijerka Islanda zaključila brak sa svojom partnerkom.

Sve nordijske države su omogućile registrovanim partnerima da konvertuju svoj status veze u brak i istovremeno uskratile, do tada postojeću, mogućnost registrovanja istopolnih partnerstava.

Pored nordijskih zemalja, većina država Evropske unije, unele su u svoje zakonodavstvo određena prava za lica istog pola. Izuzetak su države istočne i jugoistočne Evrope, koje mahom, još nemaju takvo zakonodavstvo.

3.2. *Države zapadne Evrope*

Nordijske države odavno predstavljaju sinonim za poštovanje ljudskih prava, odnosno prava manjina, tako da ne čudi činjenica da su mahom gotovo sve ove države, dozvolile sklapanje istopolnih brakova. Ali sličan trend uveliko je prisutan i u ostalim delovima Evrope. Države koje geografski pripadaju zapadnoj Evropi, takođe su učinile velike pomake. Prva država na svetu koja je dozvolila sklapanje braka istopolnim partnerima bila je **Holandija**. Zakon je donet 2001. godine, a ubrzo posle nje to je učinila i **Belgija** 2003. godine.

U **Ujedinjenom Kraljevstvu** dugo je citirana čuvena definicija braka iz slučaja *Hyde v Hyde and Woodhouse*¹⁸ prema kojoj je: „Brak dobro-

¹⁷ Anna Singer, *op. cit.*, p. 393.

¹⁸ *Hyde v. Hyde and Woodman* see [L.R.] 1 P. & D. 130, <http://www.uniset.ca/other/th/LR1PD130.html> (pristupljeno dana: 5.11. 2013. godine.)

voljna, doživotna zajednica života jednog muškarca i jedne žene uz isključenje svih ostalih“. Ovo se možda ipak pre moglo shvatiti kao ideal nego kao prava definicija, s obzirom da su promene u oblasti porodičnog prava, odnosno porodičnog života, dovele do toga da već dugo nijedan deo ove definicije ne predstavlja realnost u oblasti bračnog prava Ujedinjenog Kraljevstva.¹⁹ Naime, brak je „doživotna“ institucija, ali samo do momenta dok neki od supružnika ne iskoristi pravo na razvod. Takođe, i „isključenje svih ostalih“ ne može se bezuslovno prihvatiti, s obzirom da ne dovodi svaka preljuba nužno i do razvoda. Čak se i dobrovoljnost, kao karakteristika braka može dovesti u pitanje, s obzirom da je sada i vanbračna zajednica dva lica suprotnog pola, koja je takođe zasnovana na dobrovoljnosti, pravno regulisana.²⁰ Danas i poslednji element ove definicije, koji se najduže održao - da se radi o zajednici jednog muškarca i jedne žene, ne predstavlja važeću zakonsku definiciju. Naime, ove 2013. godine u julu, donet je zakon kojim je istopolnim partnerima priznato pravo na sklapanje braka.²¹ Pre donošenja ovog zakona, na snazi je bio Zakon o civilnom partnerstvu koji je stupio na snagu 2005. godine. Ovim zakonom, istopolnim partnerima priznata su bila gotova sva prava koja su imali i supružnici. Kako su neki autori opisali, registrovano partnerstvo jeste pravo na sklapanje braka, ali bez formalnog naziva.²² Jedino je brak mogao biti poništen na osnovu nekonzumiranja ili u slučaju da supružnik pati od zarazne polne bolesti, a u Škotskoj, brak je ništav na osnovu neizlečive impotencije. Zakon koji je donet i koji sada pruža mogućnost sklapanja braka, ipak sadrži neke razlike u odnosu na heteroseksualni bračni par. Naime, preljuba podrazumeva samo odnos dva lica suprotnog pola, nekonzumiranje ne može biti razlog za razvod istopolnog braka i ne može se primenjivati pretpostavka *pater est*.

Pored Ujedinjenog Kraljevstva, i **Francuska** je ove godine, posle dugih rasprava i protesta stanovništva, dozvolila sklapanje istopolnih brakova, i istom prilikom ovim licima priznato je i pravo na usvojenje dece.

U **Luksemburgu** još uvek nije donet zakon, ali je izrađen projekat kojim se nastoji reformisati odredbe o braku i usvojenju.

Irska je 2010. godine donela Zakon o civilnom partnerstvu, koji se odnosi samo na lica istog pola.

¹⁹Baroness Ruth Deech, *op.cit.*, p. 2.

²⁰*Ibidem*.

²¹Zakon se odnosi na Englesku i Vels. U Škotskoj je zakon ušao u parlamentarnu proceduru, dok je u Severnoj Irskoj istaknuto da ne postoji namera da se takav zakon donese.

²²Welstead, *Reshaping Marriage and the Family – the Gender recognition Act 2004 and the Civil Partnership Act 2004*, in: *The International Survey of Family Law 2006 Edition*, p. 195-197.

3.3. Države centralne i istočne Evrope

Što se tiče država centralne Evrope, možemo primetiti da ovde postoji najveći otpor u pogledu priznanja određenih prava istopolnim partnerima. Izuzetak su, Nemačka i koje imaju liberalnija zakonodavstva, ali ipak nijedna od njih ne dozvoljava sklapanje braka. U većini država o pravima homoseksualaca tek počinje da se diskutuje. Tako recimo, jedino Mađarska, Češka, Hrvatska i Slovenija imaju odgovarajuće zakone, dok Estonija, Letonija, Litvanija, Poljska, Rumunija i Slovačka nemaju specijalne odredbe, ali se istopolni partneri u nekim slučajevima, mogu pozvati na odredbe koje garantuju određena prava „licima koja su bliska“, a koje nisu ograničene samo na lica u srodstvu²³.

U Sloveniji je 2006. godine donet *Zakon o registraciji istospolne partnerske skupnosti*. Zakon definiše registrovano partnerstvo kao zajednicu između dve žene ili dva muškarca koji su registrovani kod nadležnog organa i gde makar jedan od partnera mora biti državljanin Slovenije.²⁴ Ovaj zakon se prevashodno odnosi na regulisanje imovinskih odnosa između istopolnih partnera, dok je pitanje nasleđivanja izostalo. Međutim, Ustavni sud Slovenije 2009. godine, proglasio je neustavnom zabranu međusobnog nasleđivanja istopolnih registrovanih partnera.

Između ostalih prava, istopolni partneri, imaju pravo na izdržavanje, pravo na sticanje zajedničke imovine, pravo da ugovorom regulišu imovinske odnose u registrovanom partnerstvu, pravo da dobiju informacije o zdravlju svog partnera, kao i da ga posećuju u zdravstvenoj ustanovi i, od 2009. godine, imali su pravo na nasleđivanje dela zajedničke imovine. - Međutim i ta odredba je kasnije proglašena neustavnom, pa je istopolnim registrovanim partnerima dozvoljeno da se nasleđuju na isti način kao i lica koja se nalaze u braku. Poslednji korak, učinjen je početkom 2013. godine, kada je Ustavni sud proglasio neustavnim Zakon o nasleđivanju koji ne predviđa pravo na nasleđivanje umrlog partnera u *dugotrajnijim zajednicama* osoba istog pola, kakvo imaju heteroseksualni partneri u vanbračnoj zajednici. Na taj način, istopolni partneri su u pogledu nasleđivanja, u potpunosti izjednačeni sa licima različitog pola.

Početkom 2012. godine u Sloveniji je organizovan i referendum gde su se građani izjašnjavali o predlogu Porodičnog zakona kojim je, između

²³ Monika Jagielska, *Eastern European Countries: From Penalisation to Cohabitation or Further?*, *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe*, National, Cross-Border and European Perspectives, Katharina Boele-Woelki and Angelika Fuchs (eds), p. 64, 2012.

²⁴ Videti član 1 i 2 Zakona o registraciji istospolne partnerske skupnosti, Uradni list RS, št. 65/2005.

ostalog, bilo predviđeno da homoseksualni parovi dobiju pravo da usvajaju decu, odnosno usvojenje bi, kako je bilo predviđeno zakonom, bilo moguće samo u situaciji kada je jedan od partnera ranije bio u heteroseksualnoj vezi iz koje ima svoje biološko dete. Tada bi drugi partner mogao da usvoji to dete, dok istopolni partneri bez biološkog potomstva ne bi mogli da usvoje tuđe dete. Predložene promene, međutim, nisu podržane na ovom referendumu.

Što se tiče **Hrvatske**, još 2003. godine donet je *Zakon o istospolnim zajednicama*, kojim je predviđen koncept *de facto* istopolne vanbračne - zajednice.²⁵ Prema navedenom zakonu istopolna zajednica, je životna zajednica dve osobe istog pola koje nisu u braku, vanbračnoj ili drugoj istopolnoj zajednici, a koja traje najmanje tri godine.²⁶ Pravna dejstva istopolne zajednice su pravo na izdržavanje i pravo na sticanje i uređivanje međusobnih odnosa u vezi imovine i pravo na uzajamno pomaganje. U Hrvatskoj je početkom decembra 2013. godine, takođe organi-zovan referendum, na kojem su se građani izjašnjavali da li su za to da se u Ustav unese odredba po kojoj je brak životna zajednica muškarca i žene. Rezultati su pokazali da je oko 65% izašlih glasača bilo za, a oko 33% je bilo protiv. Na taj način, onemogućeno je uvođenje istopolnih brakova, ali je Vlada Hrvatske najavila da će uskoro u skupštinsku proceduru uputiti Zakon o životnom partnerstvu koji bi, kako je objašnjeno, manjinskim grupama trebalo da obezbedi prava koja nikog drugog ne ugrožavaju. Prema pomenutom zakonu, homoseksualni parovi moći će da sklapaju brakove kod matičara, samo što se ta zajednica neće zvati brak već životno partnerstvo. Oni će imati ista prava kao i da su u braku s tim što neće moći da usvajaju decu, ali će moći da im budu staratelji.²⁷

Austrija i Nemačka poseduju sistem koji istopolnim partnerima, u odnosu na heteroseksualne, pružaju takozvanu „odvojenu, ali istu“ zaštitu.²⁸ Jedan od razloga, koji objašnjava ovakav pristup, je strah od ustavnih promena do kojih bi neminovno moralo doći ukoliko bi licima istog

²⁵ Gordana Kovaček-Stanić, *Porodično pravo: partnersko, dečje i starateljsko pravo*, Novi Sad, 2009, str. 202.

²⁶ Videti Zakon o istospolnim zajednicama (Narodne Novine, br. 116/03).

²⁷ <http://www.tanjug.rs/novosti/108351/zakon-o-zivotnom-partnerstvu-ubrzo-u-saboru.htm> (pristupljeno dana 6.12. 2013.)

²⁸ Pored Austrije i Nemačke, ovakav sistem prisutan je i u Holandiji, gde nakon uvođenja prava na sklapanje braka, nije ukinuta i mogućnost registrovanja partnerstva koja je postojala ranije, te tako danas u ovoj državi postoji tzv. pluralistički sistem. Videti više o tome u: Frederik Swennen and Sven Eggermont, *Same-Sex Couples in Central Europe: Hop, Step and Jump, Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe*, National, Cross-Border and European Perspectives, Katharina Boele-Woelki and Angelika Fuchs (eds), p. 23, 2012.

pola bilo dozvoljeno sklapanje braka. Smatra se naime, da ustavi prećutno zabranjuju uvođenje istopolnih brakova, jer samo heteroseksualni brakovi zaslužuju zaštitu države.²⁹

Određene razlike, u odnosu na brak, ipak postoje. Ni u jednoj državi nije dozvoljena dispencijacija u pogledu minimalnog uzrasta za registraciju partnerstva. Takođe, u Nemačkoj, za lica koja se nalaze u registrovanom partnerstvu, ne postoji obaveza formiranja zajednice života, uključujući tu i seksualne odnose. U Austriji ne postoji obaveza vernosti, a preljuba ne predstavlja osnov za prestanak registrovanog partnerstva. U slučaju ništavog braka, u Austriji, postupak može da pokrene samo javni tužilac, dok kada se radi o ništavom partnerstvu, to mogu da učine i sami partneri. Takođe, sud mora da raskine registrovano partnerstvo u slučaju kada su lica bila razdvojena više od tri godine, dok je u slučaju braka, dužan da supružnike razvede tek kada se radi o razdvojenosti dužoj od 6 godina.

Kada govorimo o **Srbiji**, sve do izglasavanja zakonskih promena u okviru krivičnog zakona, homoseksualnost je predstavljala krivično delo. Zakonodavac je 1994. godine dekriminalizovao homoseksualnost u Srbiji, ali je zakonska granica za stupanje u seksualne odnose za istopolne parove bila 18 godina, dok je za heteroseksualne parove granica bila 14. Ova razlika je izbrisana 2006. godine kada je na snagu stupio danas važeći Krivični zakonik.³⁰ Trenutno, istopolnim partnerima nisu priznata nikakva prava u oblasti bračnog, odnosno partnerskog prava. U Srbiji preovladava generalno negativan stav o licima homoseksualne orijentacije, što može biti posledica uticaja religije, dominantnog shvatanja da je tradicionalna porodica najprihvatljiviji oblik porodice, ali i činjenice da se naša država suočava sa dosta problema zbog kojih javnost smatra da se treba baviti važnijim pitanjima. Međutim, posmatrajući razvoj ostalih država Evrope, čini se neizbežnim da se u bližoj ili daljoj budućnosti posvetimo ovom pitanju, odnosno njegovom zakonskom regulisanju.

Ove godine, u Srbiji je pripremljen i Model zakona o registrovanim istopolnim zajednicama.³¹ Odredbe ovog modela gotovo u potpunosti izjednačavaju homoseksualne i heteroseksualne partnere. Za partnere koji žive u višegodišnjoj zajednici, predviđeno je pravo da se međusobno izdrža-

²⁹*Ibidem*, p. 25

³⁰ Krivični zakonik ("Sl. glasnik RS", br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009 i 121/2012).

³¹ Model zakona o registrovanim istopolnim zajednicama priredile su partnerske organizacije - Centar za unapređenje pravnih studija i Labris – Organizacija za lezbijska ljudska prava u saradnji sa AIRE centrom iz Londona. Model zakona je nastao sa ciljem otvaranja dijaloga o budućim zakonskim rešenjima vezanim za obezbeđivanje pune jednakosti LGBT zajednice u sferi porodičnih odnosa.

vaju, da stiču zajedničku imovinu, nasleđuju, da u slučaju smrti uživaju penziju ili neku socijalnu pomoć dotadašnjeg partnera, da mogu jedni druge da posećuju u bolnici kao članovi najuže porodice i dr. Model zakona ne predviđa mogućnost usvajanja dece. Takođe, u modelu zakona se navodi da će se na sva pitanja koja se tiču izdržavanja, imovinskih odnosa, prestanka registrovanog partnerstva, a koja nisu uređena ovim modelom, primenjivati odredbe Porodičnog zakona, odnosno, odredbe Zakona o parničnom postupku. Kako sada stvari stoje, za ovakav korak je još uvek rano, a čini se da će biti potrebno dosta vremena da se svest i mišljenje ljudi promeni. Bilo bi najprihvatljivije krenuti postepeno i eventualno priznati partnerima istog pola život u vanbračnoj zajednici, ali se zadržati na imovinskom i ličnoimovinskom dejstvu, odnosno pravu na izdržavanje.³² Registracija partnerstva, nasleđivanje, a naročito pravo na sklapanje braka, koje kasnije neminovno vodi i ka pravu na usvajanje dece, sa ove tačke gledišta, deluju kao neprihvatljiv korak, za koji naše društvo još uvek nije spremno.

3.4. Države južne Evrope

Što se tiče država južne Evrope, izdvojicemo Portugal i Španiju, s obzirom da zakonodavstvo Italije i Grčke³³ ne priznaje nikakva prava istopolnim partnerima.

Španija je 2005. godine, posle Holandije i Belgije, treća zemlja koja je dozvolila sklapanje braka istopolnim partnerima.³⁴ Ono što je bilo iznenađujuće, jeste činjenica da se radi o državi sa dominantnim uticajem katoličke crkve. Protivljenje je bilo vrlo izraženo, kako unutar Parlamenta, tako i van njega, među stanovništvom. Sam zakon donet je samo na osnovu činjenice da je socijalistička partija imala većinu u Donjem domu (španski poslanički kongres). Naime, zakon je izglasan u Donjem domu, ali je u Gornjem domu (Senatu), stavljen veto na ovaj predlog, čime je on vraćen u Donji dom, gde je konačno izglasan sa 187 glasova za i 147 protiv.³⁵ Međutim, ubrzo nakon toga predstavnik konzervativne Narodne partije, podneo je zahtev za ispitivanje zakonitosti Ustavnom sudu, ističu-

³² Gordana Kovaček-Stanić, *op.cit.* str. 119.

³³ Grčka trenutno ne priznaje nikakva prava istopolnim partnerima, međutim, situacije bi se uskoro mogla promeniti imajući u vidu presudu Evropskog suda za ljudska prava *Vallianatos and Others v. Greece*. Više o slučaju u odeljku 4. Praksa evropskog suda za ljudska prava.

³⁴ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, (“Boletín Oficial del Estado”, “BOE”).

³⁵ Cristina González Beilfuss, All or Nothing: The Dilemma of Southern Jurisdictions, Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe, National, Cross-Border and European Perspectives, Katharina Boele-Woelki and Angelika Fuchs (eds), p.41, 2012.

ći da zakon nije u skladu sa ustavnim konceptom braka.³⁶ Ustavni sud je presudom od novembra 2012. godine podržao navedeni zakon kojim je omogućeno sklapanje istopolnih brakova.³⁷

Pet godina posle Španije, zakon sa istim rešenjem doneo je i Portugal. Kao i u Španiji i u Portugalu je pred Ustavni sud iznet isti zahtev, s tim što je sud odlučio po ovom pitanju, navodeći da Ustav ove države ne sprečava zakonsku reformu, o kojoj će se odlučivati u Parlamentu u okviru njegove uobičajene zakonodavne nadležnosti.

Obe ove države, pružaju određenu zaštitu i licima koja se nalaze u vanbračnoj zajednici, bez obzira da li se radi o licima istog ili različitog pola. Naime, pre nego što su dozvoljeni brakovi licima istog pola, obe države donele su zakone o vanbračnom partnerstvu. Rešenja predviđena ovim zakonima, razlikuju se od onih sadržanih u zakonima o registrovanom partnerstvu, koja se mogu sresti u ostalim evropskim državama. Naime, da bi lica potpala pod primenu ovog zakona, nije potreban nikakav formalni akt, već samo činjenica zajedničkog života. U skladu sa navedenim, primena ovog zakona odnosi se na sva lica koja ispunjavaju taj zahtev, a ne samo na ona lica koja su dobrovoljno pristala na to.

Najveća razlika između ove dve države je što Portugal ne dozvoljava istopolnim partnerima usvajanje dece, dok takva mogućnost u Španiji postoji.

³⁶Ustav Španije, međutim, prilikom definisanja braka navodi da „muškarci i žene imaju pravo da zaključe brak pod istim uslovima“, čime formalno nisu isključena i lica istog pola. (Cristina González Beilfuss, *All or Nothing: The Dilemma of Southern Jurisdictions*)

³⁷ Ustavni sud je izneo zanimljivo obrazloženje prilikom ocene ustavnosti Zakona 13/2005. On je naglasio potrebu da se garantuje potpuna jednakost u braku bez obzira na seksualnu orijentaciju imajući u vidu odredbe Ustava kojima se štite dostojanstvo i ličnost (član 10, stav 1). Dalje, Sud se prilikom tumačenja ustavnog teksta pozvao na primer doktrine "živo drvo" (*living tree*) kanadskog Vrhovnog suda. Prema Ustavnom sudu Španije, član 32, stav 1, Ustava imao je posebnu istorijsku svrhu 1978. godine u uspostavljanju pravne jednakosti između muškaraca i žena. Međutim, od tada je institucija braka razvijena u drugačiji, više liberalni okvir. Kao što je Sud istakao, evolucija društvenog koncepta braka i paralelno, zakonsko priznavanje istopolnih brakova u velikoj većini evropskih pravnih poredaka, dovodi do potrebe za izmenjenim tumačenjem Ustava Španije, koje ne sme biti "zamrznuto" u vremenu. Koristeći slično obrazloženje, Sud je podržao i usvajanje od strane istopolnih bračnih parova, ističući da se usvajanje mora obavljati vodeći se najboljim interesom deteta, a ne seksualnom orijentacijom roditelja.

Na drugom nivou, ova presuda je od istorijskog značaja zbog uvođenja kanadske doktrine „živo drvo“ u Evropsku sudsku praksu. Iako je doktrina koja ističe da su pravni akti živi instrumenti već usvojena i primenjivana od strane Evropskog suda u Strazburu, ovakav potez Ustavnog suda Španije, naglašava značaj ove doktrine i za potrebe nacionalnog pravnog poretka, doktrine koja je u uporednom i međunarodnom pravu već prihvaćena za zaštitu ustavnih prava i sloboda.

4. Praksa Evropskog suda za ljudska prava

Stav Evropskog suda za ljudska prava u pogledu prava istopolnih partnera sa jedne strane i obaveze država sa druge, menjao se postupno, bez nekih većih oscilacija, oslanjajući se uglavnom na činjenicu da među državama ne postoji konsenzus o ovom pitanju. Prva presuda kojom je ovaj Sud započeo praksu priznavanja pojedinih prava licima homoseksualne orijentacije, bila je *Smith and Grady v UK*.³⁸ U ovom slučaju, Sud je istakao da je istraga, a potom i otpuštanje četiri podnosioca predstavke iz Kraljevske ratne mornarice, samo na osnovu toga što su bili homoseksualne opredeljenosti, predstavljalo kršenje člana 8 Konvencije, odnosno prava na poštovanje privatnog i porodičnog života. Sud se međutim, nije upuštao u raspravu o članu 14 Konvencije, tačnije o zabrani diskriminacije po bilo kom osnovu.

Ovaj slučaj, kao izrazito kontroverzan u to vreme, doveo je do toga da Ujedinjeno Kraljevstvo izmeni Kodeks o oružanim snagama, tako što je iz teksta izostala homoseksualna orijentacija kao zabrana za vršenje dužnosti u Oružanim snagama Ujedinjenog Kraljevstva.

Čini se da se u dosadašnjoj praksi sud više fokusirao na pojedina prava istopolnih partnera (koja nisu podrazumevala pravo na sklapanje braka). Tako, u slučaju *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*³⁹ nacionalni sudovi, zabranili su podnosiocu predstavke da vrši roditeljsko pravo nakon razvoda, zbog njegove homoseksualne opredeljenosti i činjenice da živi sa svojim partnerom. Evropski sud istakao je da ovakva odluka predstavlja mešanje u pravo podnosioca predstavke na poštovanje porodičnog života. Takođe, sud je utvrdio da je bilo razlike u postupanju u pogledu podnosioca predstavke i njegove bivše supruge samo zbog njegove seksualne opredeljenosti, a takva razlika je diskriminatorna prema članu 14 Konvencije i nema nikakvo objektivno, razumno opravdanje. Sud je na osnovu ovoga istakao da je u ovom slučaju došlo do povrede člana 8 u vezi sa članom 14 Konvencije.

Zanimljiva su i dva slučaja koja su vođena protiv Francuske, gde se može primetiti promena u razmišljanju Suda, a ticala su se prava na usvojenje dece od strane lica homoseksualne orijentacije. Naime, 2002. godine u slučaju *Frette v France*⁴⁰ podnosilac predstavke bio je čovek homo-

³⁸Case of *Smith and Grady* v. *The United Kingdom* (Applications nos. 33985/96 and 33986/96) Judgment Strasbourg 27 September 1999 Final27/12/1999.

³⁹Case of *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, (Application no. 33290/96), Judgment, Strasbourg, 21 December 1999, Final, 21/03/2000.

⁴⁰Case of *Frette v. France* (Application no. 36515/97), Judgment, Strasbourg, 26 February 2002, Final, 26/05/2002.

seksualnog opredeljenja (bez partnera) koji je podneo zahtev za usvojenje u Francuskoj. Njegov zahtev je bio odbijen, što je potvrđeno i u sudskim postupcima u Francuskoj. Slučaj je iznet pred Evropski sud za ljudska prava, koji je takođe potvrdio stav domaćih sudova. Sud je istakao da svrha usvojenja nije da se porodicama obezbedi dete, već da se deci obezbedi porodica. U skladu sa tim država ima slobodu da, vodeći se isključivo najboljim interesom deteta, odluči ko je podoban da usvoji decu, a ko ne. Po mišljenju Suda, nije bilo nikakve sumnje da je odluka da se zahtev podnosioca odbije imala legitiman cilj, a to je zaštita zdravlja i prava dece koja mogu biti uključena u proceduru usvajanja. Takođe, istaknuto je da je različito postupanje u odnosu na lica heteroseksualne opredeljenosti opravdano i proporcionalno, imajući u vidu polje slobodne procene koje je državama ostavljeno u ovoj oblasti. Još jednom je istaknuto da ne postoji evropski konsenzus o tome da li su lica homoseksualne opredeljenosti podobni da budu roditelji.

Šest godina kasnije, sličan slučaj pojavio se pred istim sudom. Podnositeljka predstavke u slučaju *EB v France*⁴¹ bila je ovog puta žena, koja je radila u vrtiću, a kojoj je takođe odbijeno pravo da usvoji dete. Ona se za postupak usvojenja prijavila sama, bez svoje partnerke, iz razloga što istopolni partneri nisu imali pravo da usvajaju decu. Međutim, nakon što je odbijena pred svim domaćim instancama, obratila se Evropskom sudu koji je zauzeo neočekivan stav. Naime, istaknuto je da su domaći organi odbili zahtev za usvojenje samo zbog seksualne opredeljenosti podnositeljke i da to predstavlja kršenje Konvencije, tačnije kršenje člana 14 u vezi sa članom 8. Sud je istakao kvalitete podnositeljke predstavke, odnosno njeno iskustvo u radu sa decom, za razliku od slučaja *Frette v France*, gde se smatralo da je podnosilac predstavke imao poteškoće u sagledavanju praktičnih posledica dolaska deteta. Od naročitog značaja je slučaj *EB v France* jer je istaknuto da razlike u postupanju koje se zasnivaju samo na seksualnoj opredeljenosti lica, predstavljaju kršenje Konvencije.

Čini se da Sud nije previše odstupao od svojih stavova u pogledu prava istopolnih partnera. Naime, Sud nikada nije istakao da postoji obaveza države da dozvoli sklapanje braka. Ovo pitanje oduvek je posmatrano kao pitanje koje spada u polje slobodne procene nacionalnog zakonodavca, tačnije države su bile slobodne da je regulišu onako kako smatraju da je adekvatno prilikama koje u njoj vladaju. Tako je i u skorijem slučaju *Schalk and Kopf v Austria*⁴² iz 2010. godine sud istakao da

⁴¹ Case of E.B. v. France (Application no. 43546/02) Judgment Strasbourg, 22 January 2008.

⁴² Case of Schalk and Kopf v. Austria, (Application No. 30141/04), Judgment, Strasbourg, 24 June 2010, Final, 22/11/2010

nemogućnost lica istog pola da zaključe brak ne predstavlja povredu Konvencije. Naime, istaknuto je da ne postoji konsenzus među državama u pogledu ovog pitanja, te se ne može nametati ovakva obaveza bilo kojoj državi. Podnosioci predstavke su takođe tvrdili da se odnos između lica istog pola mora okarakterisati kao porodični život i time se podvesti pod zaštitu člana 8 Konvencije. Ono što predstavlja novinu u ovom slučaju je upravo prihvatanje ovakve tvrdnje od strane Suda, te ovo predstavlja prvi slučaj u kojem je odnos dva lica istog pola okarakterisan kao porodični, a ne samo privatni, kako je to do tada bila praksa. Podnosioci predstavke su se pozivali i na odnos Evropske konvencije sa ostalim međunarodnim dokumentima, pre svega na Povelju o osnovnim pravima Evropske unije, koja u članu 9 ne navodi da je brak odnos između muškarca i žene.⁴³ Međutim, za sud je od velike važnosti bio obavezujući komentar ove Povelje, gde se navodi da države članice mogu same da odluče da li će dozvoliti sklapanje istopolnih brakova ili ne. U međuvremenu, Austrija je donela Zakon o registrovanom partnerstvu, a Sud je i u pogledu toga, istakao da ne postoji odgovornost države zbog toga što zakon nije donet ranije.

Međutim, kada se radi o obavezi uvođenja prava na registraciju partnerstva, važno je pomenuti slučaj *Vallianatos and Others v. Greece*. Naime, u novembru 2013. godine Veliko veće je zauzelo stav, da nepriznavanje prava na registraciju partnerstva predstavlja kršenje člana 14 Konvencije (zabrana diskriminacije) u vezi sa članom 8 (pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života). U ovom slučaju prvu predstavku podnela su dva muškarca koja su živela zajedno duže vremena. Drugu predstavku podnela su još šestorica grčkih državljana i jedna neprofitna organizacija. U Grčkoj je, naime, 2008. godine donet Zakon o reformama koje se odnose na porodicu, decu i društvo. Tim zakonom bila je predviđena mogućnost registracije partnerstva, ali samo za lica različitog pola. Podnosioci predstavke nisu isticali generalnu obavezu Grčke da obezbedi neki oblik pravnog priznanja istopolnih veza. Oni su se žalili na pomenuti Zakon, koji je uveo mogućnost registrovanog partnerstva, ali koji je bio zabranjen za lica istog pola. Sud je zauzeo stav da isključivanje istopolnih partnera nema nikakav legitiman cilj i da je Konvencija živ instrument koji se mora tumačiti u skladu sa trenutnim okolnostima. Takođe, istaknuto je da od 19 država Saveta Evrope koje u svom zakonodavstvu poznaju institut registrovanog partnerstva, jedino ga Grčka i Litvanija ograničavaju na partnere različitog pola. Na taj način utvrđen je stav većine

⁴³ Pravo na zasnivanje braka i pravo na osnivanje porodice jemči se u skladu sa nacionalnim zakonima koji uređuju ostvarivanje ovih prava.

država članica, koji je za Sud takođe bio od velikog značaja. Imajući u vidu navedenu presudu, možemo očekivati da i Grčka promeni svoje zakonodavstvo u pogledu navedenih pitanja.

5. Završna razmatranja

Dug je put koji su lica homoseksualne orijentacije prešla, dok nisu stigli do trenutka kada je počelo da se raspravlja o njihovim pravima, a negde čak da im se pojedina prava i zakonski priznaju. Možemo slobodno reći da je njihov položaj značajno poboljšan i da u skorijoj budućnosti možemo očekivati samo korake unapred. Međutim, ovo pitanje i dalje izaziva dosta kontroverzi i prilikom regulisanja položaja istopolnih partnera moramo voditi računa o velikom broju faktora, odnosno o uslovima i stavovima koji vladaju u jednom društvu. Bilo bi neozbiljno, pa čak i opasno, donositi zakone stihijski, neplanirano o jednom ovako osetljivom pitanju. Kao što je već napomenuto, u Evropskoj uniji, ali i šire, ne postoji konsenzus po pitanju prava koja treba da budu dodeljena istopolnim partnerima. U državi kao što je Island, bilo je sasvim očekivano, dozvoliti sklapanje braka ovim licima, s obzirom na veliko odobravanje od strane javnosti. U državama u kojima dominira crkva, možemo zapaziti veliko protivljenje od strane javnog mnjenja, što rezultira time da npr. u Italiji istopolnim partnerima nisu priznata nikakva prava. Sa druge strane, Španija, gde je uticaj katoličanstva izrazito velik, bila je među prvima koja je dozvolila sklapanje istopolnih brakova, ali je to izazvalo veliki revolt naroda. Isti rezultat nastao je i u Francuskoj gde je zakon izglasan samo na osnovu političke zastupljenosti određene partije u Parlamentu. Smatramo da takvi pristupi nisu dobri i da se u ovakvim slučajevima mora ići korak po korak, uvažavajući i stavove većine. Pored toga, i sa statističkim podacima, sa druge strane, treba biti naročito oprezan. Interesantno je napomenuti rezultate različitih istraživanja o stavu većine po pitanju istopolnih brakova.

Naime, u istraživanju Eurobarometra iz 2006. navodi se da se 46 odsto ispitanika složilo da treba dozvoliti homoseksualne brakove u celoj Evropi, dok se 45 odsto slaže sa tim. Takođe 2009. godine, Populus je sproveo anketu prema kojoj se 61 odsto ispitanika složilo u izvešnoj meri sa izjavom: "Istopolni parovi treba da imaju jednako pravo da se venčaju, a ne samo da zaključe registrovano partnerstvo." Oko 33 odsto, se nije složilo sa ovom izjavom. U skorije vreme, YouGov, je sproveo sličnu anketu u oktobru 2011. godine koja je dala identične rezultate onima u istraživanju Eurobarometra: 46 odsto ispitanika smatra da

istopolnim parovima treba da bude dozvoljeno sklapanje braka, dok je 45 odsto bilo protiv.⁴⁴

Navedeni rezultati svedoče samo o tome, da podaci koji se javno objavljuju, predstavljaju rezultat interpretacije onog istraživanja koje konkretnoj grupi najviše odgovara. Imajući to u vidu, prilikom eventualnog regulisanja ovog pitanja u Srbiji, stav većine mora biti utvrđen na nedvosmislen način i kako je napomenuto, krenuti najpre od prava na izdržavanje i imovinskih prava.⁴⁵ Svaki drugi put, bio bi preuranjen i neadekvatan u trenutnim uslovima.

Na kraju, možemo se zapitati i da li ovakav put i ovakvi zahtevi imaju i svoju lošu stranu. Predstavljanje braka kao instituta koji je poželjan i važan sam po sebi, može ponovo oživeti konzervativne ideje o primatu braka i inferiornosti svih ostalih oblika porodice, vodeći ka prošlosti i danima kada su oni izvan ove privilegovane institucije – lica bez partnera, razvedeni, samohrani roditelji – bili kritikovani, pa čak posmatrani i kao patološke pojave. U trenutku kada je živeti van braka lakše nego ikad pre, čini se da ulaganje ovolike energije i troškova u ovom smeru, u najboljem slučaju predstavlja rasipanje, a u najgorem, deluje potpuno kontraproduktivno.⁴⁶

⁴⁴ http://fullfact.org/factchecks/gay_marriage_civil_partnerships_public_support-3335 (pri-stupljeno dana: 10.11. 2013. godine.)

⁴⁵ Gordana Kovaček-Stanić, *op.cit.* str. 119.

⁴⁶ Rosemary Auchmuty, *op.cit.*, p. 498.

*Sandra Samardžić, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

The Rights of Same-Sex Partners in the European Union and Serbia in the Field of Marriage Law

Abstract: *This paper tries to present the historical path that some European countries have crossed in the area of same-sex partners, but also to present the way in which the attitude of the European Court of Human Rights has moved on this issue, as a possible models which may be placed before the Serbia as requirements in the future. Also, it is given the review of the legislation of certain countries of the European Union and posed a question whether the proposed solutions are acceptable and whether it can lead to harmful consequences about which proponents of same-sex marriages are not thinking now.*

Keys words: *marriage, registered partnerships, same-sex unions, same-sex marriage.*

*Ivan Milić, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

POJEDINI PROBLEMI PRILIKOM IZRICANJA I IZVRŠENJA MERE BEZBEDNOSTI ZABRANE UPRAVLJANJA MOTORNIM VOZILOM¹

Sažetak: Predmet ovog rada jeste mera bezbednosti zabrana upravljanja motornim vozilom koja se izriče izvršiocima krivičnih dela kojima se ugrožava javni saobraćaj. U prvom delu rada obrazlažu se pojedini aspekti koji se tiču izricanja navedene mere bezbednosti. Posebno se obrazlaže izricanje ove mere izvršiocu krivičnog dela koji nema položen vozački ispit, kao i izvršiocu koji ima stranu vozačku dozvolu. U drugom delu rada ukazuje se na postupak izvršenja mere bezbednosti. Na kraju, izložili smo naše stanovište koje predstavlja i osnovni motiv pisanja ovog rada, a to je pitanje sankcija ukoliko se prekrši zabrana upravljanja motornim vozilom. Krivični zakonik Republike Srbije predviđa mogućnost opozivanja uslovne osude ukoliko izvršilac prekrši navedenu zabranu. Ukoliko se ova mera bezbednosti ne izrekne uz uslovnu osudu, već uz neku drugu krivičnu sankciju, postavlja se pitanje da li i tada postoji neka sankcija u slučaju da se prekrši navedena mera bezbednosti.

Ključne reči: mera bezbednosti, zabrana, motorno vozilo, vozačka dozvola.

Uvod

Na teritoriji Republike Srbije godišnje pogine oko devetsto ljudi u saobraćaju, dok se povredi oko devetnaest hiljada.² Krivični zakonik Republike Srbije propisuje odgovarajuću meru bezbednosti, odnosno Zakon

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

² Srpski Komitet za bezbednost saobraćaja, <http://www.kbs.rs/sr/cinjenice>, na dan 30.05.2013. godine.

o prekršajima zaštitnu meru, za pojedine učesnike u saobraćaju, koji su prethodno izvršili krivično delo ili teži prekršaj protiv bezbednosti javnog saobraćaja. Krivični zakonik Republike Srbije propisuje jedanaest mera bezbednosti, koje imaju za cilj da otklone stanja i uslove koji mogu biti od uticaja da učinilac ubuduće ne vrši krivična dela, a jedna od tih mera jeste i zabrana upravljanja motornim vozilom.³ Mera bezbednosti zabrana upravljanja motornim vozilom može se izreći izvršiocima onih krivičnih dela kojima se ugrožava javni saobraćaj.⁴ Iz same inkriminacije zaključujemo da izricanje navedene mere bezbednosti nije obavezno, već se ostavlja mogućnost sudiji da u svakom konkretnom slučaju, po svom slobodnom sudijskom uverenju, donese odluku o potrebi izricanja ove mere bezbednosti.⁵ Istim članom Krivičnog zakonika propisano je da se ova mera bezbednosti, kod pojedinih krivičnih dela, može propisati i kao obavezna.⁶ Zabrana upravljanja motornim vozilom odnosi se na zabranu upravljanja motornim vozilom određene vrste i kategorije i izriče na period od najmanje tri meseca do najviše pet godina.⁷ Pojedini problemi prilikom izricanja i izvršenja ove mere bezbednosti mogu da se pojave ukoliko se ona izriče licu koje nema položen vozački ispit ili licu koje ima stranu vozačku dozvolu, te ćemo u radu pokušati da ukažemo na te probleme i da damo naše kritičko mišljenje.

1. Izvršilac krivičnog dela protiv bezbednosti javnog saobraćaja koji nema položen vozački ispit

Nije redak slučaj da izvršilac krivičnog dela koji je ugrozio javni saobraćaj uopšte nema vozačku dozvolu ili nema položen vozački ispit za motorno vozilo one vrste i kategorije kojim je izvršio krivično delo. Pošto takav izvršilac nema vozačku dozvolu ili nema vozačku dozvolu one vrste ili kategorije motornog vozila kojim je upravljao prilikom izvršenja krivičnog dela, takvom izvršiocu ne možemo ni izreći ovu meru bezbednosti, jer to lice i nema zakonsko pravo da upravlja tom vrstom i katego-

³ Član 79. Krivičnog zakonika Republike Srbije, Službeni glasnik Republike Srbije, br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009 i 121/2012.

⁴ Član 86. Krivičnog zakonika Republike Srbije.

⁵ Ovu meru sud može izreći, ako nađe da težina učinjenog dela, okolnosti pod kojima je delo učinjeno ili ranije kršenje saobraćajnih propisa od strane učinioca pokazuju da je opasno da on upravlja motornim vozilom određenje vrste ili kategorije, član 86. stav 4. Krivičnog zakonika Republike Srbije.

⁶ Tako je članom 297. stavom 5. Krivičnog Zakonika Republike Srbije propisano kada se mera bezbednosti zabrana upravljanja motornim vozilom obavezno izriče.

⁷ Mišljenja smo da se ova mera bezbednosti može izricati samo na pune mesece i pune godine, a ne i na dane.

rijom motornog vozila. Sa druge strane, neopravdano bi bilo da takvog izvršioca stavimo u privilegovani položaj, u odnosu na ono lice koje poseduje vozačku dozvolu. Krivični zakonik ne sadrži normu kojom rešava ovakve slučajeve, te možemo doći do zaključka da se takvom izvršiocu može zabraniti da se obučava za vozača, da polaže vozački ispit ili da se istom zabrani izdavanje vozačke dozvole za motorno vozilo određene vrste i kategorije. U većini su oni autori koja zastupaju stav, da se u ovakvom slučaju mera bezbednosti sastoji u zabrani izdavanja vozačke dozvole,⁸ što podrazumeva da to lice može da izvrši obuku za polaganje vozačkog ispita, da može i da polaže vozački ispit, ali da se istom ne može izdati vozačka dozvola.⁹ Tek nakon prestanka mere bezbednosti tom licu se može izdati vozačka dozvola. Iako je ovo jedino logično i pravedno rešenje ipak, Zakon o bezbednosti saobraćaja na putevima Republike Srbije propisuje radikalno drugačije rešenje.¹⁰

Zakon o bezbednosti saobraćaja na putevima propisuje da „kandidat ne može započeti niti vršiti obuku i polagati vozački ispit u vreme trajanja zaštitne mere, odnosno mere bezbednosti zabrane upravljanja motornim vozilom kao ni za vreme dok mu je vozačka dozvola oduzeta zbog nesavesnosti“.¹¹ Drugim rečima, ukoliko lice kojem je izrečena ova mera bezbednosti nije započelo sa obukom za polaganje vozačkog ispita, onda se ova mera sastoji u zabrani započinjanja obuke. Ukoliko je započelo sa vršenjem obuke za polaganje vozačkog ispita, a nije položio vozački ispit, onda se mera ogleda u tome što se takvom licu zabranjuje da dalje vrši obuku. Moguć je i slučaj da je to lice u potpunosti izvršilo obuku, ali da još uvek nije položilo vozački ispit, u tom slučaju ova mera se sastoji u zabrani polaganja vozačkog ispita. Na kraju, ukoliko je to lice položilo vozački ispit mera bezbednosti se sastoji u zabrani izdavanja vozačke dozvole.

Ovakvo zakonsko rešenje koje se ogleda u zabrani vršenja obuke i svih radnji koje prethode izdavanju vozačke dozvole stavlja u nepovoljniji položaj izvršioca krivičnog dela koji ne poseduje vozačku dozvolu u odnosu na izvršioca koji poseduje vozačku dozvolu one vrste i kategorije za koju mu je izrečena mera bezbednosti. Taj nepovoljniji položaj ogleda

⁸ Stojanović, Z. Krivično pravo – Opšti deo, Beograd, 2006. str. 319. Drakić, D. Svrha mera bezbednosti kao krivičnih sankcija, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, broj 3 iz 2005. godine, str. 127.

⁹ Vidi: Presudu Vrhovnog suda Srbije, Kž-I-1443/2007 od 20.9.2007. godine. Izvor: Paragraf Lex, na dan 23.06.2013. godine.

¹⁰ Vidi i mišljenje: Vujanjić, M. Lipovac, K. Jovanović, S. Milojević D. Komentar Zakona o bezbednosti saobraćaja na putevima, Beograd, 2009. str. 251-252.

¹¹ Vidi: član 212. Zakona o bezbednosti saobraćaja na putevima, Službeni glasnik Republike Srbije, br. 41/2009, 53/2010, 101/2011 i 32/2013 – Odluka US.

se u dužem „prikrivenom“ vremenskom trajanju mere bezbednosti, jer lice koje ne poseduje vozačku dozvolu, tek nakon isteka mere bezbednosti stiče zakonsko pravo da započne obuku za vozača i da polaže vozački ispit. Smatramo da na ovaj način izrečena mera bezbednosti deluje više kao kazna, a ne kao mera bezbednosti.

Zakon o bezbednosti saobraćaja na putevima ne reguliše neka druga pitanja koja mogu biti sporna, a mi ćemo ukazati samo na osnovno. Ako se nekom izvršiocu krivičnog dela izrekne mera bezbednosti zabrana upravljanja motornim vozilom „C“ kategorije, a pri tom se radi o licu koje nema položen vozački ispit za motorno vozilo ni jedne vrste, i koje u toku trajanja navedene zabrane podnese zahtev za vršenje obuke, odnosno za polaganje vozačkog ispita za motorno vozilo „A“ kategorije, da li se tom licu može zabraniti da se obučava, odnosno da polaže vozački ispit za „A“ kategoriju? Svakako da se tom licu mora dozvoliti da vrši obuku za vozača i da polaže vozački ispit (iako zakon nije eksplicitan u tom pogledu), jer se zabrana odnosi na određenu vrstu i kategoriju.¹² Drugim rečima, licu nije izrečena kazna oduzimanja vozačke dozvole, već mera bezbednosti zabrana upravljanja motornim vozilom određene vrste i kategorije, u našem primeru „C“ kategorije.

Pojedine nejasnoće u tumačenju normi Zakona o bezbednosti saobraćaja na putevima mogu se pojaviti i oko izdavanja vozačke dozvole. Naime, zakonom je zabranjeno izdavanje vozačke dozvole licu kojem je zabranjeno da upravlja motornim vozilom.¹³ Iako Zakon o bezbednosti saobraćaja na putevima zabranjuje izdavanje vozačke dozvole licu kojem je zabranjeno da upravlja motornim vozilom, nikako se ne može zabraniti izdavanje vozačke dozvole ukoliko je lice kojem je izrečena navedena mera bezbednosti položilo vozački ispit za motorno vozilo određene vrste i kategorije, a pri tom se ne radi o vrsti i kategoriji na koju se odnosi mera bezbednosti. U našem primeru, nadležni organ bi morao da odobri izdavanje vozačke dozvole za „A“ kategoriju.

2. Mogućnost izricanja mere bezbednosti zabrane upravljanja motornim vozilom izvršiocu krivičnog dela koji ima stranu vozačku dozvolu

Izvršioci krivičnih dela protiv bezbednosti javnog saobraćaja u Republici Srbiji su i lica koja nemaju državljanstvo Republike Srbije, kao i lica koja imaju stranu vozačku dozvolu. To su najčešće lica koja privremeno borave

¹² Da ne bi dolazilo u praksu do različitog tumačenja ovakvog zakonskog rešenja, potrebno je da se sama norma jasno precizira da se zabrana odnosi samo na određenu vrstu i kategoriju motornog vozila.

¹³ Član 179. Zakona o bezbednosti saobraćaja na putevima.

na teritoriji Srbije ili su u tranzitu kroz našu zemlju. Kao jedan od osnovnih principa primene Krivičnog zakonika „teritorijalni princip“ predviđa primenu Krivičnog zakonika Republike Srbije na svakog učinioca koji izvrši krivično delo na teritoriji Republike Srbije.¹⁴

Kada je reč o izvršiocu krivičnog dela koji ima stranu vozačku dozvolu, njemu se mera bezbednosti zabrana upravljanja motornim vozilom može izreći. Krivični zakonik u tom slučaju predviđa da se navedena mera bezbednosti odnosi na zabranu upravljanja motornim vozilom određene vrste i kategorije na teritoriji Republike Srbije.¹⁵ Krivični zakonik govori o licu koje ima stranu vozačku dozvolu, a to će najčešće biti lica koja nisu državljani Republike Srbije. Međutim, lica koja nemaju državljanstvo Republike Srbije mogu imati vozačku dozvolu Republike Srbije, jer Zakon o bezbednosti saobraćaja na putevima ne zahteva državljanstvo Republike Srbije kao uslov za sticanje vozačke dozvole. Već pomenuti zakon kao jedan od uslova za sticanje vozačke dozvole od nadležnog organa Republike Srbije predviđa prebivalište ili odobren privremeni boravak od najmanje šest meseci u Republici Srbiji.¹⁶ Da zaključimo, ako se radi o stranom državljaninu koji poseduje važeću vozačku dozvolu koju je izdao nadležni organ Republike Srbije, onda mera bezbednosti ima istu sadržinu kao da se radi o državljaninu Republike Srbije koji poseduje vozačku dozvolu izdatu od nadležnog organa Republike Srbije. Kao što strani državljani mogu imati vozačku dozvolu izdatu od nadležnog organa Republike Srbije, tako i državljani Republike Srbije kojem je izrečena mera bezbednosti zabrana upravljanja motornim vozilom može imati stranu vozačku dozvolu. U tom slučaju mera bezbednosti bi se sastojala u zabrani upravljanja motornim vozilom na teritoriji Republike Srbije.

Nije ni malo nemoguće da se kao izvršilac krivičnog dela, kojem treba izreći meru bezbednosti zabrane upravljanja motornim vozilom pojavi strani državljani ili lice bez državljanstva koje nema vozačku dozvolu, odnosno nema vozačku dozvolu one vrste i kategorije na koju se odnosi izrečena mera bezbednosti. Mišljenja smo da je jedino rešenje da se u ovom slučaju primeni član 212. Zakona o bezbednosti saobraćaja na putevima koji propisuje da kandidat ne može započeti niti vršiti obuku a ni polagati vozački ispit za vreme trajanja ove zabrane. U ovom slučaju zabrana važi na teritoriji Republike Srbije.¹⁷

¹⁴ Član 6. Krivičnog zakonika Republike Srbije.

¹⁵ Član 86. stav 4. Krivičnog zakonika Republike Srbije.

¹⁶ Član 179. Zakona o bezbednosti saobraćaja na putevima.

¹⁷ Postoji i mišljenje da se u ovakvom slučaju može za to vreme privremeno oduzeti motorno vozilo. Vidi: Lazarević, L.J. Komentar Krivičnog zakonika, Beograd, 2006. str. 276.

3. Izvršenje mere bezbednosti zabrane upravljanja motornim vozilom

Kada sudska odluka (presuda ili rešenje) kojom je izrečena mera bezbednosti zabrana upravljanja motornim vozilom postane pravosnažna, sledi i njeno izvršenje. Kao deo kaznenog prava u širem smislu, kazneno izvršno pravo reguliše sam način i postupak izvršenja kaznenih sankcija. Osnovni zakon koji reguliše izvršenje kaznenih sankcija jeste Zakon o izvršenju krivičnih sankcija.¹⁸ član 209. ovog zakona, međutim nije u potpunosti regulisao sam način izvršenja. Zakon o izvršenju krivičnih sankcija bi trebao da na jedan eksplicitan i nedvosmislen način reguliše način izvršenja ove mere bezbednosti ili da uputi na druge propise koji regulišu u potpunosti njeno izvršenje. Drugi zakonski propis koji sadrži pojedine odredbe koje se odnose na postupak njenog izvršenja jeste Zakon o bezbednosti saobraćaja na putevima. Na kraju, po hijerarhiji najniži, podzakonski akt koji u jednom delu reguliše način izvršenja ove mere bezbednosti jeste Pravilnik o izvršenju mera zabrane upravljanja motornim vozilom.¹⁹

3.1. Izvršenje mere bezbednosti prema licu koje ima vozačku dozvolu izdatu od nadležnog organa Republike Srbije

Zakonom o izvršenju krivičnih sankcija propisano je da sud koji je u prvom stepenu izrekao²⁰ meru zabrane upravljanja motornim vozilom dostavlja pravosnažnu odluku na izvršenje policiji u mestu prebivališta, odnosno boravišta lica kojem je mera izrečena u vreme kada je odluka kojim je mera izrečena postala pravosnažna.²¹ Ovim Zakonom nije regulisano na koji način policija izvršava ovu meru, niti se upućuje na neki zakonski ili podzakonski propis kojim je regulisano izvršenje. Zakon o bezbednosti saobraćaja na putevima u članu 202. propisuje način izvršenja mera zabrane upravljanja motornim vozilom na način što se ista upisuje u registar vozača i što se licu kojem je izrečena mera to saopštava u pisanoj formi. Istim članom je propisano da mera bezbednosti počinje da teče od dana kada je licu kome je izrečena saopštena u

¹⁸ Službeni glasnik Republike Srbije, br. 85/2005, 72/2009 i 31/2011.

¹⁹ Službeni glasnik Republike Srbije, br. 46/2010.

²⁰ Mišljenja smo da umesto „sud koji je u prvom stepenu izrekao meru zabrane upravljanja motornim vozilom“ treba da stoji „sud koji je doneo prvostepenu presudu“. Jer se može u praksi pojaviti problem ako sud koji je sudio u prvom stepenu nije izrekao navedenu meru bezbednosti, već je meru bezbednosti izrekao sud u drugom stepenu.

²¹ Vidi: Član 209. stav 1. Zakona o izvršenju krivičnih sankcija.

pisanoj formi.²² Iz navedenog prizlazi da se mera bezbednosti zabrane upravljanja motornim vozilom ne upisuje na „obrazac“ vozačke dozvole. Zakonom o osnovama bezbednosti saobraćaja na putevima iz 1988.²³ godine bilo je propisano da se i u vozačkoj dozvoli upisuje mera bezbednosti zabrane upravljanja motornim vozilom. Taj podatak se evidentirao na poleđini vozačke dozvole u okviru „ograničenja“. Iako novi obrazac vozačke dozvole sadrži „rubriku“ za ograničenja,²⁴ zakon ipak nije propisao da se i na samom obrascu upisuje mera bezbednosti.²⁵ Mišljenja smo da je efikasnije da se ova mera upisuje i na obrazac vozačke dozvole. Efikasnije iz razloga kontrole u saobraćaju, jer se izrečena mera bezbednosti samo na osnovu uvida u vozačku dozvolu ne može utvrditi. Jedina mogućnost da se utvrdi navedena činjenica jeste da se izvrši provera u Registar vozača. Drugim rečima, jedino ako bi pripadnici Ministarstva unutrašnjih poslova svakog učesnika u saobraćaju proveravali u Registru vozača, mogli bi utvrditi da li neko od navedenih učesnika u saobraćaju upravlja motornim vozilom uprkos izrečenoj meri bezbednosti.

3.2. Izvršenje mere bezbednosti prema licu koje ima stranu vozačku dozvolu

Zakon o izvršenju krivičnih sankcija sadrži svega jedan stav koji se tiče izvršenja mere bezbednosti zabrane upravljanja motornim vozilom kada je reč o licu koje poseduje stranu vozačku dozvolu. Zakon predviđa samo da u tom slučaju meru bezbednosti izvršava policija u mestu izvršenja krivičnog dela.²⁶ Zakon ništa više ne sadrži u pogledu samog načina izvršenja. Postupak izvršenja detaljnije reguliše Zakon o bezbednosti sao-

²² Vidi: član 86. stav 4. Krivičnog zakonika Republike Srbije koji propisuje da „sud određuje trajanje ove mere bezbednosti, koje ne može biti kraće od tri meseca niti duže od pet godina, računajući od dana pravnosnažnosti odluke...“.

²³ Službeni list SFRJ, br. 50/88, 63/88, 80/89, 29/90, 11/91 i "Službeni list", br. 34/92 i 3/2002. Vidi: odluku SUS IU broj 78/1-89 - SL SRJ, 13/93-284. Vidi: čl. 33. Zakona - SL SRJ, 24/94-297. Vidi: čl. 1. Zakona - SL SRJ, 41/94-573. Vidi: čl. 28. Zakona - SL SRJ, 28/96-5.

²⁴ Uporedi: Pravilnik o vozačkim dozvolama, Službeni glasnik Republike Srbije, br. 73/2010. i član 5. stav 7. Pravilnika o vozačkoj dozvoli, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 21. kojim je propisano da se sam podatak o zabrani upravljanja motornim vozilom upisuje i u vozačkoj dozvoli.

²⁵ Ukoliko bi se ta činjenica upisivala i u vozačkoj dozvoli pojavio bi se tehnički problem oko upisivanja i brisanja takvog podatka, s obzirom na novi obrazac vozačke dozvole.

²⁶ Zakon o izvršenju krivičnih sankcija, član 209. stav 2. Mada, Zakon o bezbednosti saobraćaja na putevima propisuje da u ovom slučaju meru izvršava teritorijalno nadležna organizaciona jedinica Ministarstva unutrašnjih poslova na čijem je području sedište suda koji je izrekao meru. Vidi član 201. stav 2. pomenutog zakona.

braćaja na putevima, kojim je predviđeno da se mera bezbednosti izvršava na način što se ista upisuje u registar stranih vozača.²⁷ Zakon o bezbednosti saobraćaja na putevima obavezuje Ministarstvo unutrašnjih poslova da, bez odlaganja, obavesti državu čiji je organ izdao stranu vozačku dozvolu.²⁸ Ni kada je u pitanju lice koje poseduje stranu vozačku dozvolu mera bezbednosti se ne upisuje na obrascu vozačke dozvole. Po ranije važećim propisima ova mera bezbednosti, koja je izrečena licu koje poseduje stranu vozačku dozvolu, upisivala se i na obrascu te vozačke dozvole, odnosno na obrascu međunarodne vozačke dozvole.²⁹

3.3. Izvršenje mere bezbednosti prema licu koje nema vozačku dozvolu

Ukoliko se mera bezbednosti izvršava prema izvršiocu krivičnog dela, državljaninu Republike Srbije, koji nema vozačku dozvolu one vrste i kategorije na koju se odnosi mera bezbednosti, navedena mera se izvršava na način što se upisuje zabrana izdavanja vozačke dozvole u registar vozača.³⁰

Ukoliko stranac ne poseduje vozačku dozvolu one vrste i kategorije, na koju se odnosi mera bezbednosti, onda se u registru stranih vozača upisuje zabrana izdavanja vozačke dozvole.³¹ U ovom slučaju ne postoji dužnost obaveštavanja države čije lice ima državljanstvo ili stalni boravak. Mišljenja smo da bi u nekoj narednoj izmeni zakona trebalo i ovo pitanje regulisati na taj način da je Ministarstvo unutrašnjih poslova dužno da obavesti državu čije državljanstvo ima lice kojem je izrečena mera, a kada je reč o licu bez državljanstva smatramo da bi Ministarstvo unutrašnjih poslova trebalo da obavesti državu poslednjeg prebivališta tog lica.³²

4. Nepostupanje u skladu sa izrečenom merom bezbednosti zabrane upravljanja motornim vozilom

Mera bezbednosti zabrana upravljanja motornim vozilom može se izreći uz uslovnu osudu ili neku drugu krivičnu sankciju. Lice koje se

²⁷ Član 202. stav 3. Zakona o bezbednosti saobraćaja na putevima.

²⁸ Član 202. stav 7. Zakona o bezbednosti saobraćaja na putevima.

²⁹ Član 239. Zakona o osnovama bezbednosti saobraćaja na putevima iz 1988. godine.

³⁰ Član 5. stav 1. Pravilnika o izvršenju mera zabrane upravljanja motornim vozilom.

³¹ Član 5. stav 1. i 2. Pravilnika o izvršenju mera zabrane upravljanja motornim vozilom.

³² Ako je propisano da se obaveštava u slučaju kada izvršilac ima vozačku dozvolu, ne postoji razlog da se ne obavesti i kada nema vozačku dozvolu. Mada je posebno pitanje šta ta država može učiniti, u skladu sa svojim nacionalnim propisima, povodom tog obaveštenja.

nalazi na slobodi ima mogućnost da prekrši meru bezbednosti tj. da uprkos izrečenoj meri upravlja motornim vozilom one vrste i kategorije na koju se odnosi zabrana. Nepostupanje u skladu sa izrečenom merom pretpostavlja odgovarajuće sankcionisanje. Kada je izvršiocu krivičnog dela navedena mera izrečena uz uslovnu osudu, Krivičnim zakonikom Republike Srbije propisano je da tada sud može odrediti da će se uslovna osuda opozvati ukoliko lice prekrši navedenu zabranu.³³ Krivičnim zakonikom je predviđeno sankcionisanje samo u ovom slučaju, dok nije rešen slučaj, niti Zakonik upućuje na neki drugi zakonski propis, koje će konsekvence snositi lice koje prekrši ovu meru bezbednosti, a kojem nije izrečena uslovna osuda već neka druga krivična sankcija. Zakon o bezbednosti saobraćaja na putevima propisuje kao prekršaj ukoliko lice postupa suprotno ovoj meri bezbednosti. S obzirom da se sadržina izrečene mere bezbednosti različito reflektuje u zavisnosti od toga da li lice, kome je izrečena ova mera, ima vozačku dozvolu izdatu od nadležnog organa Republike Srbije, stranu vozačku dozvolu ili uopšte nema vozačku dozvolu, različita će biti i primena sankcija za kršenje ove mere bezbednosti.

Ako lice, bez obzira na državljanstvo, nema položen vozački ispit one vrste i kategorije na koje se odnosi mera Zakon o bezbednosti saobraćaja na putevima³⁴ zabranjuje da to lice započne sa vršenjem obuke, a ako je započelo sa obukom ne sme nastaviti sa vršenjem obuke i na kraju ako je završio obuku Zakon zabranjuje da to lice polaže vozački ispit. Ukoliko lice postupi suprotno, Zakon o bezbednosti saobraćaja na putevima predviđa da će se to lice kazniti novčanom kaznom od 15.000 do 30.000 dinara ili kaznom zatvora u trajanju od 30 dana.³⁵

Ukoliko lice ima vozačku dozvolu izdatu od nadležnog organa Republike Srbije, a isto bude zatečeno kako upravlja motornim vozilom one vrste i kategorije na koje se odnosi navedena mera bezbednosti, zakonom je predviđeno da se takav vozač isključuje iz saobraćaja.³⁶ Osim isključenja iz saobraćaja tom licu se izriče i kazna zatvora od najmanje 15 dana ili novčana kazna od 100.000 do 120.000 dinara.³⁷ Tom licu se izriču i 14 kaznenih poena³⁸ i zaštitna mera zabrana upravljanja motornim vozilom od najmanje osam meseci.³⁹

³³ Član 86. stav 6. Krivičnog zakonika Republike Srbije.

³⁴ Član 212. Zakona o bezbednosti saobraćaja na putevima.

³⁵ Član 331. stav 1. tačka 61. Zakona o bezbednosti saobraćaja na putevima.

³⁶ Član 279. stav 1. tačka 11. Zakona o bezbednosti saobraćaja na putevima.

³⁷ Član 330. stav 1. tačka 8. Zakona o bezbednosti saobraćaja na putevima.

³⁸ Član 330. stav 1. Zakona o bezbednosti saobraćaja na putevima.

³⁹ Član 330. stav 3. Zakona o bezbednosti saobraćaja na putevima.

Ukoliko lice prekrši navedenu meru bezbednosti, a poseduje stranu vozačku dozvolu, takav vozač se isključuje iz saobraćaja, istom se izriče kazna zatvora od najmanje 15 dana ili novčana kazna od 100.000 do 120.000 dinara. Takođe se izriče zaštitna mera zabrana upravljanja motornim vozilom u trajanju od najmanje osam meseci. Ali se tom vozaču ne mogu izreći kazneni poeni.⁴⁰

Lice se može zateći da upravlja motornim vozilom uprkos izrečenoj zabrani prilikom redovne kontrole saobraćaja ili zato što je kao učesnik u saobraćaju učinio neki prekršaj ili krivično delo. Zakon o bezbednosti saobraćaja na putevima propisuje posebne sankcije ako je lice kojem je izrečena ova mera bezbednosti prouzrokovalo saobraćajnu nezgodu,⁴¹ u kom slučaju se lice kažnjava kaznom zatvora od najmanje 45 dana ili novčanom kaznom od 120.000 do 150.000 dinara i sa 16 kaznenih poena. U ovom slučaju tom licu se izriče i zaštitna mera zabrana upravljanja motornim vozilom u trajanju od najmanje deset meseci. I u ovom slučaju kazneni poeni se mogu izreći samo ukoliko izvršilac poseduje vozačku dozvolu koju je izdao nadležni organ Republike Srbije.

Zaključak

Zabrana upravljanja motornim vozilom kao mera bezbednosti koja se izriče u krivičnom postupku ima za cilj da se izvršiocu krivičnog dela kojim se ugrožava javni saobraćaj, zabrani da upravlja motornim vozilom određene vrste i kategorije na određeno vreme. Ova mera bezbednosti ima veliki značaj u sprečavanju izvršioca da upravlja motornim vozilom određene vrste i kategorije i da tako ubuduće vrši krivična dela protiv bezbednosti javnog saobraćaja.

Sam postupak izvršenja ove mere regulišu dva zakona i jedan podzakonski akt, Zakon o izvršenju krivičnih sankcija koji propisuje samo nekoliko odredaba o načinu izvršenja ove mere bezbednosti, dok se detaljnije izvršenje reguliše Zakonom o bezbednosti saobraćaja na putevima i Pravilnikom o izvršenju mera zabrane upravljanja motornim vozilom. U radu je ukazano na neke kontradiktornosti između zakona koji regulišu ovu materiju, pa se u praktičnoj primeni mogu pojaviti nedoumice u smislu kojem zakonu treba dati prednost, te ih u nekoj narednoj izmeni treba uskladiti.

Mera bezbednosti zabrana upravljanja motornim vozilom može se izreći državljanima Republike Srbije i strancima koji imaju vozačku dozvolu,

⁴⁰ Član 232. Zakona o bezbednosti saobraćaja na putevima.

⁴¹ Član 330. stav 2. Zakona o bezbednosti saobraćaja na putevima.

ali se takođe može istim licima izreći i ukoliko nemaju vozačku dozvolu određene vrste i kategorije. U zavisnosti od toga da li se radi o državljaninu Republike Srbije ili strancu i u zavisnosti od toga da li je reč o izvršiocu koji ima ili nema vozačku dozvolu, različita je i sadržina ove mere. Ukoliko je ova mera izrečena državljaninu Republike Srbije koji poseduje vozačku dozvolu one vrste i kategorije na koju se odnosi mera bezbednosti, onda se ova mera odnosi na zabranu upravljanja motornim vozilom. Ukoliko je reč o državljaninu Republike Srbije koji nema vozačku dozvolu one vrste i kategorije za koju treba izreći meru bezbednosti, onda se mera odnosi na zabranu započinjanja, vršenja obuke za vozača, polaganja vozačkog ispiti i na kraju izdavanje vozačke dozvole. Kada je reč o licima koji imaju vozačku dozvolu koju nije izdao nadležni organ Republike Srbije, mera bezbednosti se ogleda u zabrani upravljanja motornim vozilom određenoj vrste i kategorije na teritoriji Republike Srbije. Na kraju, kada se ova mera bezbednosti treba izreći strancu koji nema vozačku dozvolu, onda se sadržina ove mere iscrpljuje kao i kada je reč o državljaninu Republike Srbije, ali u tom slučaju zabrana važi samo na teritoriji Srbije.

Mišljenja smo da Zakon o bezbednosti saobraćaja na putevima neopravdano zabranjuje i propisuje kao kažnjiv prekršaj ako lice kojem je izrečena navedena mera bezbednosti započne, vrši obuku za vozača ili polaže vozački ispit uprkos izrečenoj meri. Smatramo da bi ovo zakonsko rešenje trebalo izmeniti, tako da se u ovom slučaju zabrana odnosi samo na zabranu izdavanja vozačke dozvole, jer u suprotnom mera bezbednosti više deluje kao kazna.

Evidencija o izrečenoj meri bezbednosti vodi se u jedinstvenom informacionom sistemu Ministarstva unutrašnjih poslova, što je znatno poboljšalo kontrolu poštovanja izrečene mere. Kako se ova evidencija vodi u elektronskom obliku nije teško proveriti da li konkretni vozač upravlja vozilom uprkos izrečenoj zabrani. Ipak smo mišljenja da bi bilo efikasnije, ukoliko za to postoje tehničke mogućnosti, da se podatak o izrečenoj meri bezbednosti upisuje i na obrascu vozačke dozvole, jer bi se u tom slučaju takav podatak mogao utvrditi i neposrednim uvidom.

Što se tiče sankcija za kršenje ove mere bezbednosti Krivični zakonik je propisao jedino da ukoliko je ova mera bezbednosti izrečena uz uslovnu osudu sud može odrediti da će se uslovna osuda opozvati u slučaju da izvršilac prekrši ovu zabranu. Ako se ova mera bezbednosti ne izrekne uz uslovnu osudu, a izvršilac je prekrši, onda se kažnjava za prekršaj koji je propisan Zakonom o bezbednosti saobraćaja na putevima. Drugi rečima, u krivičnom postupku je izrečena krivična sankcija, a njeno kršenje je sankcionisano kao prekršaj. To smatramo opravdanim, jer je potrebno u svakom slučaju obezbediti primenu odgovarajuće sankcije prema takvom licu.

*Ivan Milić, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Some Problems with Ordering and Enforcing the Security Measure Prohibiting Offenders from Operating Motor Vehicles

Abstract: *The subject of this paper is the prohibition on operating motor vehicles as a security measure ordered against offenders who have committed crimes which endanger traffic. The first part of the paper explains certain aspects of ordering this security measure. Special consideration will be given to ordering this measure against defendants who have not passed the driving test, as well as against offenders with a foreign driver's license. In the second part of the paper we will describe the enforcement of this security measure. Finally, we will present our own view on the matter, which also represents the main motive for writing this paper, and that is the question of sanctions in case the prohibition on operating motor vehicles is not adhered to. The Criminal code of the Republic of Serbia prescribes the possibility of revoking a suspended sentence in case the prohibition is not adhered to. If this security measure is not ordered with a suspended sentence, but with a different criminal sanction, the question is whether there will still be a sanction if the prohibition is not adhered to.*

Key words: *security measure, prohibition, motor vehicle, driver's license*

*Ratko Radošević, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

SISTEMI SUDSKE KONTROLE UPRAVE¹

Sažetak: *Sistemi sudske kontrole uprave predstavljaju posledicu razlike koja postoji između anglosaksonskog i evropsko-kontinentalnog prava i specifičnih istorijskih okolnosti koje su dovele do drugačijeg shvatanja načela podele vlasti, a time i odnosa uprave i sudova. Cilj ovog rada je da se ukaže na tradicionalne razlike koje postoje između sistema sudske kontrole uprave, ali i na savremene tendencije u njihovom razvoju. U savremenom smislu, dolazi do preobražaja osnovnih karakteristika pojedinih sistema koje su ih ranije bitno određivale. One danas nisu više tako jasno i strogo odvojene i sve teže mogu da se koriste kao kriterijum za razgraničenje.*

Ključne reči: *sudska kontrola uprave, sistemi sudske kontrole uprave, anglosaksonski sistem, evropsko-kontinentalni sistem, francuski sistem, germanski sistem.*

Uvod

Sudska kontrola uprave je posledica pravne institucionalizacije uprave, odnosno podvođenja uprave pod pravni poredak. Pravna institucionalizacija uprave predstavlja jednu od osnovnih karakteristika pravne države. U svom delovanju uprava je podvedena pod objektivno pravo i ima samo ona ovlašćenja koja su propisana zakonom. Načelo zakonitosti je jedno od osnovnih načela delovanja organa uprave. U pravnoj državi uprava ne može da deluje isključivo po principu celishodnosti, koji je bio karakterističan za ranije periode u njenom razvoju. Njena ovlašćenja su određena opštim pravnim normama.

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

Osnovni smisao sudske kontrole uprave je u tome da se načelo zakonitosti uprave u potpunosti ostvari. Upravi se ne sme ostaviti poslednja reč o pravima i obavezama građana, odnosno uprava ne sme da bude sudija u sopstvenoj stvari. Između organa uprave, bez obzira na kojoj hijerarhijskoj lestvici se nalazili, postoji sličnost. Oni su deo iste organizacione celine i niži organi deluju u skladu sa uputstvima viših. Tako dobijamo jednoobraznost u odlučivanju i manju verovatnoću da će drugostepeni organ uprave doneti drugačiju odluku. Među njima postoji „solidarnost, postoji prilično ujednačenje gledišta, istim su duhom zadahnuti, iste imaju rukovodne misli i jednako shvatanje upravnih ciljeva.“² Sudovi, kao čuvari zakonitosti, svojim ustavnim položajem garantuju objektivnu i nepristrasnu zaštitu pojedinaca u odnosima sa upravom. „Time je institucionalno garantovano načelo zakonitosti uprave, njena potpuna podvedenost pod pravo (zakon), pa se zato sudska kontrola uprave i određuje kao krov i završna konstrukcija zgrade koja se zove pravna država.“³

Sudska kontrola uprave može da se odredi na dva osnovna načina. U širem smislu, podrazumeva svaki oblik kontrole koju u odnosu na upravu vrše sudovi. U užem smislu, podrazumeva samo kontrolu zakonitosti upravne delatnosti.⁴ Kada se govori o sistemima sudske kontrole uprave, misli se uvek na sudsku kontrolu uprave u užem smislu. Samo kada se govori o kontroli zakonitosti upravne delatnosti moguće je uočiti osnovne karakteristike koje ukazuju na celovit i zaokružen sistem. Sudska kontrola uprave u širem smislu obuhvata raznovrsne oblike kontrole, koje je teško povezati u jedan zaokružen sistem.

U vezi sa sistemima sudske kontrole uprave postavlja se nekoliko osnovnih pitanja. Prvo, potrebno je da se odredi kriterijum na osnovu koga možemo da ih razlikujemo. Zatim, treba ukazati na najvažnije karakteristike pojedinih sistema, kako bi se na kraju izveo zaključak o tome da li su razlike između njih i danas tako jasno izražene, kao što je to bio slučaj ranije.

1. Tradicionalno shvatanje o sistemima sudske kontrole uprave

Iako je za modernu pravnu državu karakteristična pravna institucionalizacija uprave, ona nije svuda izvršena na isti način.⁵ U tom smislu, moguće je uočiti razliku između dva velika pravna sistema, anglosaksonskog i

² L. M. Kostić, *Administrativno pravo* (Sabrana dela), Beograd 2000, str. 671.

³ R. Marković, *Upravno pravo*, Beograd 2002, str. 508.

⁴ D. Milkov, „O pojmu upravnog spora“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, vol. 41, 1-2/2007, str. 79.

⁵ Videti o tome D. Milkov, *Upravno pravo I – uvodna i organizaciona pitanja*, Novi Sad 2012, str. 23-24.

evropsko-kontinentalnog. U anglosaksonskom pravu pravna institucionalizacija uprave je izvršena ranije i podrazumevala je podvođenje uprave pod pravne norme opšteg (Common Law) prava. U evropsko-kontinentalnom pravu pravna institucionalizacija uprave je započela posle Francuske revolucije iz 1789. godine i podrazumevala je podvođenje uprave pod pravne norme koje pripadaju posebnoj grani prava, upravnom pravu.

Ova razlika koja postoji između dva pravna sistema odrazila se i na sudsku kontrolu uprave. Tamo gde je upravna delatnost regulisana normama opšteg prava, kojima se regulišu i odnosi između pojedinaca, kontrolu uprave vrše sudovi opšte nadležnosti. Sa druge strane, tamo gde je upravna delatnost regulisana normama upravnog prava, kao posebne grane prava, kontrolu uprave vrše posebni upravni sudovi. Dakle, osnovni kriterijum za razlikovanje sistema sudske kontrole uprave proizlazi iz karaktera prava čiju primenu sudovi kontrolišu. Karakter suda koji vrše kontrolu je samo posledica: ako je upravna delatnost regulisana normama opšteg prava, prirodno je da njenu zakonitost kontrolišu sudovi opšte nadležnosti i obrnuto, ako je upravna delatnost regulisana normama posebnog upravnog prava, prirodno je da njenu zakonitost kontrolišu posebni upravni sudovi. Tako dolazimo do dva osnovna sistema sudske kontrole uprave, anglosaksonskog i evropsko-kontinentalnog.⁶ Pored toga, s obzirom na značajne razlike koje postoje između pojedinih zemalja koje pripadaju evropsko-kontinentalnom sistemu, u okviru njega je potrebno ukazati na još jednu podelu, na francuski i germanski sistem.

Pored razlike koja postoji između anglosaksonskog i evropsko-kontinentalnog prava, na formiranje ovih sistema sudske kontrole uprave uticale su i specifične istorijske okolnosti. One su dovele do različitog tumačenja načela podele vlasti, a time i do drugačijeg shvatanja o odnosu uprave i sudova.

Kako bi se sistemi sudske kontrole uprave bolje shvatili, neophodno je da se objasne njihove osnovne karakteristike. Pri tome, nije potrebno da se ukazuje na sve razlike između njih. Svakako bi se u detaljima mogle naći brojne razlike, ali one nisu dovoljne da bi se govorilo o posebnom sistemu sudske kontrole uprave. Zato je neophodno da se zadržimo samo na onim karakteristikama svakog od ovih sistema, koje čine njegovu suštinu.

⁶ Često se kao osnovni kriterijum za razlikovanje anglosaksonskog i evropsko-kontinentalnog sistema sudske kontrole uprave uzima karakter suda koji vrši kontrolu. Za anglosaksonski sistem se kaže da je sistem u kome kontrolu uprave vrše sudovi opšte nadležnosti, a za evropsko-kontinentalni da je sistem u kome kontrolu uprave vrše posebni upravni sudovi. No to nije dovoljno, jer se na taj način neopravdano zanemaruje osnovna razlika koja postoji između ovih pravnih sistema, koja se samo prostire i na oblast sudske kontrole uprave.

1.1. Anglosaksonski sistem sudske kontrole uprave

Za anglosaksonski sistem sudske kontrole uprave karakteristično je to da kontrolu vrše sudovi opšte nadležnosti i to prema pravilima opšteg (Common Law) prava. Upravna delatnost je, kao što je već rečeno, regulisana pravilima opšteg prava, koja se jednako odnose i na pojedince. Samim tim, isti sudovi rešavaju sporove između uprave i pojedinaca, kao i sporove između dva pojedinca. Nema razlike u postupku koji se primenjuje niti u pravnim sredstvima koja se koriste. Građanima koji su nezadovoljni upravnim aktima stoje na raspolaganju ista pravna sredstva koja se koriste i u sporovima između pojedinaca. Drugim rečima, u anglosaksonskom sistemu se ne pravi jasna razlika između privatnog i javnog prava, te je država podvedena pod isto, opšte pravo, kao i pojedinci. Samim tim, upravno pravo kao posebna grana prava ne postoji, a opšte pravo (Common Law) se smatra za celovit i sveobuhvatan sistem koji istovremeno reguliše kako delatnost uprave tako i pojedinaca.

Ovakvo shvatanje, koje je u osnovi anglosaksonskog sistema sudske kontrole uprave, svoj vrhunac je doživelo u delima jednog od najpoznatijih engleskih pravnih teoretičara Dajsija. U podvođenju uprave pod iste pravne norme koje se odnose i na pojedince i u poveravanju kontrole uprave sudovima opšte nadležnosti Dajsi je video važan element vladavine prava. Samim tim, za njega je regulisanje upravne delatnosti i položaja državnih službenika posebnom granom prava, upravnim pravom, značilo negaciju principa vladavine prava. „Svaki državni službenik koji prekorači svoja ovlašćenja snosi odgovornost prema pravilima Common Law-a pred sudovima opšte nadležnosti, koji su nadležni da utvrde granice njegovih ovlašćenja.“⁷ Na pitanje da li je upravno pravo uvedeno i u engleski pravni sistem, Dajsi je dao negativan odgovor: u engleskom pravnom sistemu ne postoji ni termin upravno pravo ni posebna grana prava koja reguliše upravnu delatnost. To je stav koji je izvršio veliki uticaj na čitave generacije pravnika, ne samo u Engleskoj, već i u drugim zemljama koje su svoj pravni sistem izgradile po uzoru na Englesku.

Poveravanju kontrole uprave sudovima opšte nadležnosti u anglosaksonskim zemljama doprinele su i specifične istorijske okolnosti. Naime, u ovim zemljama su sudovi poslužili buržoaziji kao sredstvo u borbi protiv apsolutizma. Zahvaljujući tome uspeli su da izgrade veliki ugled i autoritet, te se dugo verovalo da su jedino oni sposobni da obezbede zaštitu prava građana od nezakonitog rada uprave.

⁷ A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London 1950, p. 389.

U takvim istorijskim okolnostima načelo podele vlasti nije predstavljalo prepreku uvođenju sudske kontrole uprave. Naprotiv, sudska kontrola uprave se potpuno uklapa u smisao ovog načela i omogućava njegovo ostvarivanje, što se posebno vidi na primeru Sjedinjenih Američkih Država. Ustavni sistem Sjedinjenih Američkih Država zasniva se na načelu podele vlasti, ali ono podrazumeva čitav niz kočnica i ravnoteža zahvaljujući kojima svaka vlast dobija mogućnost da utiče na ostale. Smisao međusobnog uticaja je u tome da jedna vlast drži ostale u granicama ustavne nadležnosti i da, istovremeno, zaštiti svoju nadležnost. U takav sistem kočnica i ravnoteža ulazi i sudska kontrola uprave, koja omogućava sudovima da drže upravu u granicama pravnog poretka i utvrđene nadležnosti. Time sudovi, kako je to rekao Tokvil, nisu dobili neku posebnu privilegiju, već samo ostvaruju svoje prirodno pravo.⁸ Držanje uprave u granicama zakona po prirodi stvari spada u funkciju sudova i zato se pretpostavlja da sudovi mogu da kontrolišu zakonitost vršenja uprave i bez izričitog zakonskog ovlašćenja. To je izričito potvrdio i Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država u slučaju *Stark v. Wickard* iz 1944. godine.⁹

U domaćoj pravnoj teoriji postoje mišljenja da je anglosaksonski sistem sudske kontrole uprave uveden i u naš pravni sistem nakon Drugog svetskog rata, kada su za rešavanje upravnih sporova postali nadležni sudovi opšte nadležnosti.¹⁰ Međutim, ta sličnost je više prividna nego stvarna. Tačno je da su sudovi opšte nadležnosti rešavali i upravne sporove, ali su to činili u posebnim većima i primenom posebnih normi upravnog prava. Dakle, u našem pravnom sistemu nije postojala ona osnovna pretpostavka za postojanje anglosaksonskog sistema sudske kontrole uprave, a to je regulisanje istim pravnim normama kako odnosa između uprave i pojedinaca tako i odnosa između samih pojedinaca. Kod nas je postojalo posebno upravno pravo, kao i poseban postupak kontrole, prilagođen specifičnoj prirodi upravnog spora. Jednom rečju, u našem sistemu je bila postignuta specijalizacija u vršenju kontrole upravne delatnosti, bez obzira na to što nisu postojali i posebni upravni sudovi.¹¹ Podvođenjem našeg sistema pod anglosaksonski sistem sudske kontrole uprave zanemaruje se velika razlika koja postoji između evropsko-kontinentalnog prava, kome i naša zemlja pripada, i anglosaksonskog prava.

⁸ A. D. Tokvil, *O demokratiji u Americi* (preveo Živojin Živojinović), Sremski Karlovci, Titograd 1990, str. 92.

⁹ B. Schwartz, *An Introduction to American Administrative Law*, London, New York 1958, p. 162-163.

¹⁰ S. Popović, *Upravni spor u teoriji i praksi*, Beograd 1968, str. 85.

¹¹ Up. I. Krbek, *Pravo jugoslovenske javne uprave, III knjiga, Funkcioniranje i upravni spor*, Zagreb 1962, str. 305-306.

1.2. Evropsko-kontinentalni sistem sudske kontrole uprave

U evropsko-kontinentalnom sistemu kontrolu uprave vrše posebni upravni sudovi, prema pravilima upravnog prava, kao posebne grane prava. Odnosi između uprave i pojedinaca su uređeni posebnim normama, različitim od pravnih normi koje uređuju odnose između pojedinaca. To je posledica shvatanja da uprava i pojedinci imaju različita prava, obaveze i odgovornosti, te da se i njihovi akti moraju podvesti pod drugačiji pravni režim. Bitan deo tog specifičnog pravnog režima čine i posebni upravni sudovi, čiji je osnovni zadatak da rešavaju sporove koji proizlaze iz vršenja upravne delatnosti. Dakle, u evropsko-kontinentalnom sistemu se pravi jasna razlika između privatnog i javnog prava, čiji je deo i upravno pravo. Izdvajanje upravnog prava u posebnu granu prava praćeno je, čini se sasvim prirodno, formiranjem posebnih upravnih sudova. Na taj način, kontrola zakonitosti upravne delatnosti poverava se specijalizovanim sudovima i vrši se u postupku koji je prilagođen tom specifičnom predmetu kontrole. Ukratko, sam nastanak i razvoj upravnog prava tesno je povezan sa postojanjem i delovanjem upravnih sudova. Oni su, a posebno francuski Državni savet, učestvovali u stvaranju osnovnih principa na kojima se zasniva upravno pravo. Ovakva stvaralačka uloga upravnih sudova mogla bi da se uporedi i sa stvaralačkom ulogom sudova u anglosaksonskim zemljama. Međutim, sudovi opšte nadležnosti u anglosaksonskim zemljama izvodili su osnovne principe koji se odnose na upravnu delatnost analogno principima privatnog prava.¹² Sa druge strane, upravni sudovi su stvarali principe upravnog prava vodeći računa o specifičnoj prirodi upravne delatnosti, koja ne može da se smesti u okvire privatnog prava.

I pored zajedničke i osnovne karakteristike, da kontrolu zakonitosti upravne delatnosti vrše posebni upravni sudovi, između zemalja evropsko-kontinentalnog sistema postoje i značajne razlike. One proizlaze iz drugačijeg shvatanja prirode i položaja upravnih sudova. S obzirom na prirodu i položaj upravnih sudova razlikujemo francuski i germanski sistem sudske kontrole uprave.

1.2.1. Francuski sistem sudske kontrole uprave

Za francuski sistem sudske kontrole uprave karakteristično je to da posebni upravni sudovi čine deo upravne vlasti. „Upravni sudovi nemaju nikakvu ulogu u sudskoj vlasti, oni su jedna od formi putem kojih se oba-

¹² B. Schwartz, „French and Anglo-American Conceptions of Administrative Law“, *Miami Law Quarterly*, Vol. 6, 3/1952, p. 437-438.

vlja uprava.“¹³ Nastali su u okviru upravne vlasti, isprva kao organi čija je osnovna uloga bila savetodavnog karaktera, da bi vremenom poprimili obelježja pravih upravnih sudova, koji su uspeali da se izbore za funkcionalnu nezavisnost u odnosu na aktivnu upravu, čije akte kontrolišu.

Ovakva priroda upravnih sudova u Francuskoj posledica je stroge primene načela podele vlasti. Pod snažnim uticajem Monteskejevih ideja i specifičnih okolnosti koje su postojale u vreme Revolucije, nastalo je shvaćanje po kome sudovi ne smeju da kontrolišu upravnu delatnost, s obzirom na to da su sudska i upravna vlast odvojene. 1790. godine sudovima je i formalno zabranjeno da se mešaju u vršenje upravne delatnosti, a svaki takav pokušaj smatrao bi se zloupotrebom vlasti. Iz ove zabrane proizašla je i potreba da se, u okviru uprave, obrazuju posebna tela koja bi trebalo da rešavaju upravne sporove. Odnosno, izvršena je dodatna podela i to u okviru same upravne vlasti na aktivnu upravu, koja donosi upravne akte, i na upravne sudove, koji kontrolišu zakonitost upravnih akata.

Na strogu primenu načela podele vlasti u Francuskoj uticale su specifične okolnosti, koje su postojale u vreme Revolucije. Na sudove se gledalo kao na ostatke starog feudalnog sistema, koji otežavaju vršenje upravne delatnosti i suprotstavljaju se neophodnim reformama uprave. Nepoverenje u sudska vlast izazvalo je i pomenutu zabranu kontrole uprave od strane sudova i pokrenulo razvoj posebnog upravnog sudstva, koje danas predstavlja jedan od najstarijih i najstabilnijih elemenata francuskog pravnog i političkog sistema.

Francuski sistem sudske kontrole uprave je izvršio veliki uticaj na nastanak i razvoj upravnog spora u Srbiji. Upravni spor je u našoj zemlji uveden Namesničkim ustavom iz 1869. godine po uzoru na Francusku. Ulogu posebnog upravnog suda vršio je Državni savet, pored savetodavne uloge. Posle Prvog svetskog rata, pored Državnog saveta uvedeni su i prvostepeni upravni sudovi. Ovi posebni upravni sudovi su smatrani delom upravne, a ne sudske vlasti. Ovakav sistem se zadržao sve do Drugog svetskog rata, kada je napušten, u okviru opštih društvenih i političkih promena.

1.2.2. Germanski sistem sudske kontrole uprave

Za razliku od Francuske, u germanskim zamljama posebni upravni sudovi čine deo sudske, a ne upravne vlasti. Oni su i funkcionalno i organizaciono odvojeni od uprave čiji rad kontrolišu. Položaj upravnih sudova je isti kao i položaj sudova opšte nadležnosti i iste garancije nezavisnosti

¹³ H. Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 11 ed., 1926, p. 946, navedeno prema S. Popoviću, nav. delo, str. 70.

sudija redovnih sudova važe i za sudije upravnih sudova. Razlika je jedino u nadležnosti: upravni sudovi su specijalizovani i rešavaju samo jednu vrstu sporova, upravne sporove.

Ovakva priroda i položaj upravnih sudova u Nemačkoj predstavljaju rezultat istorijskog kompromisa čiji je cilj bio rešavanje sukoba između dva sistema sudske kontrole uprave koji su postojali u pojedinim nemačkim zemljama.¹⁴ Naime, pre stvaranja Drugog nemačkog carstva 1871. godine, u južnim nemačkim zemljama je bio zastupljen francuski sistem, dok su u severnim zemljama kontrolu uprave vršili sudovi opšte nadležnosti.¹⁵ Različita shvatanja u pogledu sistema sudske kontrole uprave postojala su i u pravnoj teoriji. Predlog da se kontrola uprave poveri redovnim sudovima bio je posebno izražen u teorijskim shvatanjima Ota Bera. Međutim, mnogo veći uticaj na sudsku kontrolu uprave u nemačkim zemljama imalo je shvatanje Rudolfa fon Gnajsta, koji se zalagao za posebne upravne sudove.¹⁶ Tako su, počev od Badena 1863. godine, u nemačkim zemljama formirani posebni upravni sudovi.

Položaj ovih upravnih sudova nije bio jednoobrazno uređen. Dok su niži upravni sudovi, zapravo različite okružne komisije, bili povezani sa upravom, viši upravni sudovi su uživali nezavisnost u odnosu na upravu. Ovakvo stanje je trajalo sve do Drugog svetskog rata. Tek posle Drugog svetskog rata položaj upravnih sudova je jednoobrazno uređen u svim nemačkim zemljama, na osnovu Zakona o upravnom sudu iz 1960. godine, kojim je utvrđeno da su upravni sudovi potpuno odvojeni i nezavisni od upravne vlasti. Prethodno je, 1952. godine, obrazovan i Savezni upravni sud.

Germski sistem sudske kontrole uprave postoji i u Austriji, u kojoj kontrolu uprave vrši samo jedan, Savezni upravni sud. Na nivou pojedinih zemalja ne postoje upravni sudovi. Zato neki autori ističu da se sudska kontrola uprave u ovoj zemlji zasniva na principu monopola.¹⁷ No ovaj princip, koji je karakterističan za sudsku kontrolu uprave u Austriji od njenog uvođenja, neće važiti od 2014. godine, nakon što počne da se primenjuje nova organizacija upravnog sudstva.¹⁸ Time će se Au-

¹⁴ M. Künnecke, *Tradition and Change in Administrative Law – an Anglo-German Comparison*, Springer Berlin Heidelberg 2007, p. 21

¹⁵ D. Milkov, *Upravno pravo III – kontrola uprave*, Novi Sad 2011, str. 55.

¹⁶ H. J. Wolff, *Verwaltungsrecht III (Ordnungs- und Leistungsrecht, Verfahrens- und Prozessrecht)*, München und Berlin 1967, p. 355-356.

¹⁷ L. K. Adamovich, B. C. Funk, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, New York 1987, p. 445-446.

¹⁸ Novelom o upravnom sudstvu iz 2012. godine (Verwaltungsgerichtsbarkeits Novelle, Bundesgesetzblatt nr. 51/2012) predviđeno je obrazovanje devet upravnih sudova na nivou zemalja i dva upravna suda na nivou saveza, jedan opšte nadležnosti za rešavanje uprav-

strija još više približiti organizaciji sudske kontrole uprave kakva postoji u Nemačkoj.

Ako su posle Drugog svetskog rata postojala različita shvatanja o tome kom sistemu pripada sudska kontrola uprave u našoj zemlji, danas je situacija potpuno jasna. Naš sistem sudske kontrole uprave pripada germanskom. To je posledica obrazovanja posebnog Upravnog suda, koji je nadležan za rešavanje svih upravnih sporova. Na taj način je u potpunosti ostvarena ideja o specijalizaciji sudske kontrole uprave i formiranju posebnih upravnih sudova, koja je karakteristična za evropsko-kontinentalni sistem, i to njegov germanski deo, s obzirom na to da je naš Upravni sud deo sudske vlasti.

2. Savremene tendencije u razvoju sistema sudske kontrole uprave

Razvoj sistema sudske kontrole uprave pokazuje tendenciju smanjivanja razlike između njih koja ih je, u vreme nastanka, bitno odredila. Sa jedne strane, takva tendencija postoji u odnosu između anglosaksonskog i evropsko-kontinentalnog sistema i ona je posledica nastanka upravnog prava, kao posebne grane prava u anglosaksonskim zemljama. Sa druge strane, razlika se smanjuje i između francuskog i germanskog sistema, u okviru evropsko-kontinentalnog, kao posledica slabljenja dogme o podeli vlasti na koju je u vreme Francuske revolucije stavljan oreol svetosti.

Dajšijev stav da u anglosaksonskim zemljama ne postoji upravno pravo, kao posebna grana prava, dugo vremena je dominirao. Međutim, nesposobnost da se upravno pravo prepozna kao posebna grana prava nije sprečila da se ona razvije, samo je otežala njeno razvijanje.¹⁹ Danas je jasno da shvatanje o sveobuhvatnosti opšteg prava (Common Law) pripada istoriji i da ono ne odgovara ulozi moderne države. Sa takvim zaključkom se slaže i veliki broj anglosaksonskih pravnih teoretičara.²⁰

nih sporova (Verwaltungsgericht des Bundes) i drugi posebne nadležnosti u oblasti finansija (Verwaltungsgericht des Bundes für Finanzen). Pri tome, upravni sudovi koji se osnivaju na nivou saveza nisu drugostepeni u odnosu na upravne sudove na nivou zemalja. Oni rešavaju upravne sporove koji nastaju u primeni saveznih zakona. Samim tim, upravni sudovi na nivou zemalja rešavaju upravne sporove koji nastanu u primeni zemaljskih zakona. Dosadašnji Savezni upravni sud (Verwaltungsgerichtshof) nastavlja i dalje da postoji, ali kao revizionarna instanca. On će biti nadležan da odlučuje o reviziji protiv presuda upravnih sudova, predložima za utvrđivanje roka ako je upravni sud povredio obavezu donošenja odluke, kao i o sukobu nadležnosti između upravnih sudova. Time je, kako to ističe Harald Eberhard, uspešno završena desetogodišnja rasprava o reformi upravnog sudstva. H. Eberhard, „Verwaltungsgerichtsbarkeit und Rechtsschutz“, *Journal für Rechtspolitik*, 20/2012, p. 269.

¹⁹ B. Schwartz, „French and Anglo-American Conceptions of Administrative Law“, p. 433.

²⁰ Danas je uobičajeno da se Dajšijev stav izlaže oštroj kritici. Šta više, kada se taj stav pomene, gotovo da se podrazumeva da je potrebno na njega „osuti paljbu“ iz svog

Moderna država donela je sa sobom i širu ulogu uprave u svim oblastima društvenog života. Paralelno sa širenjem uloge uprave počele su da se umnožavaju i posebne pravne norme koje se odnose na upravu i koje na drugačiji način uređuju odnose između uprave i pojedinaca od normi opšteg prava. U takvim okolnostima, više ne može da se tvrdi da je upravno pravo suprotstavljeno vladavini prava, već naprotiv, ono je neophodno za njeno uspostavljanje.

Nastanak upravnog prava kao posebne grane prava doveo je i do promena u sistemu sudske kontrole uprave. Brzo su se uočili nedostaci postojećeg sistema, koji je bio izgrađen na sasvim drugačijoj osnovi. Ranije su sudovi primenjivali ista pravila, bez obzira na to ko su bile stranke u sporu. Sada to više nije slučaj, s obzirom na to da se na vršenje upravne delatnosti primenjuju posebna pravila i posebni principi. Samim tim, neophodna je i specijalizacija u rešavanju sporova između uprave i građana. To je i osnovni argument koji govori protiv kontrole uprave koju vrše sudovi opšte nadležnosti. Oni, u novim uslovima, nisu više osposobljeni za vršenje te kontrole. Specifičnost upravnog prava traži i specijalizaciju u rešavanju sporova koji iz njega proizlaze. „Engleski sudija, koji je školovan u duhu privatnog prava i vrši više formalnu kontrolu, manje je slobodan u pronalaženju novih i originalnih rešenja za nove probleme koji nastaju u vršenju uprave“.²¹ Ukratko, sa postojanjem upravnog prava prirodno i logično su povezani i posebni upravni sudovi. Pored ovog osnovnog, protiv sudova opšte nadležnosti ističu se i drugi argumenti, poput skupljeg i sporijeg postupka.²²

akadenskog oružja. No, zanemaruje se činjenica da se kasniji stavovi formiraju u drugačijem vremenu i okolnostima od onih koji su postojali u Dajsijevo vreme. Česta je greška kada se ideje i stavovi ne mere prema kriterijumima vremena iz kog potiču, već prema savremenim kriterijumima. Kada je Dajsi upoređivao francusko upravno pravo i engleski princip vladavine prava, imao je pred očima stanje kakvo je postojalo u Francuskoj 19. veka, u kome Državni savet nije formalno rešavao upravne sporove, već je to činio šef države, i u kome su državni službenici mogli da odgovaraju za akte u vršenju službene dužnosti samo uz odobrenje Državnog saveta. Zato je Dajsi naglasio da može lako da nas zavarava poredenje francuskog upravnog prava i engleske vladavine prava, ako ne uzmemo u obzir i određene periode u njihovom razvoju. Naime, tvrdio je Dajsi, ako uporedimo engleski i francuski pravni sistem na početku 20. veka, kada su u pitanju položaj i privilegije državnih službenika i države u odnosu prema pojedincima, primetićemo da ima malo suštinskih razlika. Samo kada u obzir uzmemo francusko upravno pravo iz ranijeg perioda, naročito iz perioda između 1800. i 1815. godine, ili između 1830. i 1870. godine, možemo da utvrdimo suštinsku suprotnost između engleske vladavine prava i najvažnijih ideja koje se nalaze u osnovi francuskog upravnog prava. A. V. Dicey, op. cit. p. 334. Dakle, Dajsi je vodio računa o vremenu u kome vrši poredenje, što nije uvek slučaj sa savremenim autorima. Lako bi bilo danas, na početku 21. veka, kritikovati Dajsijeva shvatanja, ali ta kritika ne bi imala značajniji efekat ako se ne vodi računa o vremenu u kome je Dajsi živio i radio.

²¹ W. Wade, C. Forsyth, *Administrative Law*, Oxford 1994, p. 28.

²² W. A. Robson, *Justice and Administrative Law – A Study of the British Constitution*, London 1928, p. 263-267.

Navedeni nedostaci u anglosaksonskom sistemu sudske kontrole uprave doveli su do osnivanja velikog broja administrativnih tribunala, koje uslovno možemo da nazovemo i posebnim upravnim sudovima. U pitanju je zbirni pojam koji obuhvata veliki broj raznovrsnih tela koja se osnivaju zakonom i predstavljaju, organizaciono posmatrano, deo izvršne vlasti.²³ S obzirom na to da rešavaju sporove samo u određenoj materiji, oni obezbeđuju specijalizaciju, brži i jeftiniji postupak i na taj način imaju zadatak da otklone nedostatke kontrole koju vrše sudovi opšte nadležnosti.

Uvođenjem administrativnih tribunala, anglosaksonske zemlje se približavaju sistemu kontrole uprave kakav postoji u zemljama kontinentalnog dela Evrope. To je samo dokaz činjenice da je veza između upravnog prava i posebnih sudova prirodna i uobičajena. Čim je upravno pravo nastalo i na tlu anglosaksonskih zemalja, ona je došla do izražaja i nametnula je potrebu da se u okviru tradicionalnog sistema sudske kontrole uprave unese element karakterističan za jedan drugi, suprotstavljen i ranije često kritikovan sistem. Na taj način je u anglosaksonski sistem prodrila ideja koja utiče na njegov sve izraženiji preobražaj. Taj preobražaj se uveliko odvija, a sve je više onih koji mu se ni ne suprotstavljaju tako strastveno, kako se to nekad činilo. Umesto toga, sve češće se nailazi na zalaganje za dalje promene i zaokruživanje novog sistema sudske kontrole uprave, koji podrazumeva posebne upravne sudove. Tako se Bernard Švarc pita da li je došlo vreme da se napuste predrasude i da se objektivno analizira i proceni francuski sistem sudske kontrole uprave. „Iako Common Law zemlje nemaju obavezu da imitiraju francuski pravni sistem, trebalo bi da se bar potruže da shvate taj sistem, pre nego što se zahvale Bogu što su se sačuvali od njega.“²⁴ Ajvor Dženings postavlja pitanje da li je bolji beskrajno heterogen sistem administrativnih tribunala, ili celovit sistem upravnih sudova.²⁵ Wolfgang Fridman naglašava da dualizam sudova koji vrše kontrolu uprave postoji već i u anglosaksonskim zemljama. „Jedina razlika između Civil Law zemalja i Common Law zemalja je u tome što prve otvoreno priznaju postojanje upravnog prava kao posebne grane prava sa posebnim problemima i rešenjima, dok druge nastavljaju da veruju u fikciju o postojanju jedinstvenog sistema Common Law-a.“²⁶ A sve je jasnije da je u pitanju samo fikcija, koja ne odgovara stvarnosti. Stari anglosaksonski sistem sudske kontrole uprave postoji još kao izraz duge tradicije. Kao i svaka ustanova koja

²³ W. Wade, C. Forsyth, op. cit. p. 904.

²⁴ B. Schwartz, „French and Anglo-American Conceptions of Administrative Law“, p. 445.

²⁵ W. I. Jennings, „Administrative Authorities and the Courts“, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Vol. 17, Parts 1 and 4/1935, p. 218.

²⁶ W. Friedmann, *Law in a Changing Society*, Berkeley and Los Angeles 1959, p. 413.

predstavlja izraz duge tradicije on ne može da se promeni u jednom kratkom periodu. No evolucija ovog sistema je krenula ka približavanju evropsko-kontinentalnom sistemu, bar na nivou osnovnih principa. Dalje od toga nije potrebno ni da ide. Ova evolucija nije izazvana željom da se preslika sistem kakav postoji u drugim zemljama. Ona je izazvana potrebama društvenog života, koji u sličnim okolnostima zahteva slična rešenja. Upravna delatnost je danas svuda složena državna delatnost, regulisana brojnim propisima, te je zajednička i potreba da tu delatnost kontrolišu specijalizovani sudovi.

Specijalizacija u rešavanju upravnih sporova karakteristična je za evropsko-kontinentalni sistem sudske kontrole uprave od njegovog nastanka. No priroda i položaj upravnih sudova se razlikuju, te se oni tradicionalno smatraju delom upravne, u francuskom sistemu, odnosno sudske vlasti, u germanskom sistemu. Potpuno odvajanje upravne i sudske vlasti koje je izvršeno u Francuskoj bilo je posledica strogog pridržavanja načela podele vlasti. U vreme Revolucije, u načelo podele vlasti se slepo verovalo i ono je postalo osnova novostvorenog sistema kontrole uprave. Danas, u drugačijim okolnostima, kada i samo načelo podele vlasti nema onaj isti značaj koji je imalo u vreme borbe protiv apsolutnog monarha, razlika između francuskog i germanskog sistema se smanjuje. Na takav zaključak nas upućuje i evolucija kroz koju je prošao francuski sistem sudske kontrole uprave i sam Državni savet, koji se nalazi na njegovom čelu.

U vreme osnivanja, o Državnom savetu kao o upravnom sudu može da se govori samo uslovno. Formalno, Državni savet je samo predlagao kako bi spor trebalo rešiti, a odluku je donosio šef države. Osnovna uloga Državnog saveta je u to vreme bila savetodavnog karaktera. Važna reforma je izvršena 1872. godine kada je Državni savet dobio ovlašćenje da sam rešava upravne sporove. Iako je zadržao svoju savetodavnu ulogu, nakon ove reforme njegova osnovna i dominantna uloga postaje rešavanje upravnih sporova.

I niži upravni sudovi su u svom razvoju pretrpeli značajne promene. Prvobitno, osnovani su kao saveti prefektura i bili su direktno povezani sa upravom. Nakon reforme iz 1953. godine postali su prvostepeni upravni sudovi sa opštom nadležnošću za rešavanje upravnih sporova. I novi naziv upravni sudovi, umesto saveti prefektura (odnosno međudepartmanski saveti od 1926. godine), trebalo je da ukaže na njihovu nezavisnost od uprave.²⁷

Zapravo, današnja organizacija upravnog sudstva u Francuskoj rezultat je duge evolucije koja je započela stvaranjem Državnog saveta, kao sa-

²⁷ G. Breban, *Administrativno pravo Francuske* (prevela Katarina Damjanović), Beograd, Podgorica 2002, str. 427.

vetodavnog tela u okviru uprave, a završila se stvaranjem posebnog sistema sudstva, koji postoji paralelno sa redovnim sudstvom. Iz tog razloga, svrstavanje upravnih sudova u upravnu vlast se više ne čini opravdanim. Njih još uvek sa upravnom, tačnije izvršnom vlašću povezuju određena savetodavna ovlašćenja. Međutim, njihova osnovna uloga ima sudski karakter, te je i francuski sistem upravnih sudova „po svojoj prirodi, poštovanju njegovih odluka i ugledu sudija pravi sudski sistem, iako formalna fasada ostaje upravna“²⁸. Zato se sve češće govori o postojanju dva odvojena sudska sistema u Francuskoj, redovnog i upravnog, pri čemu je sistem upravnog sudstva nezavisan i od same aktivne uprave. Veza koja postoji između upravnih sudova i uprave nije više rezultat strogog pridržavanja načela podela vlasti, već duge tradicije koja je u praksi pokazala dobre rezultate i koja je, kako se često navodi, razlog efikasnosti francuskog upravnog sudstva. Ono je blisko upravi kako bi je bolje poznavalo i kako bi kvalitetnije rešavalo upravne sporove, ali je i dovoljno daleko od nje da bi moglo da joj sudi.²⁹ Ako se pogleda ispod „fasade“, videće se da su priroda i položaj upravnih sudova u francuskom sistemu, ako ne formalno, a onda faktički slični prirodi i položaju upravnih sudova u germanskom sistemu. I jedni i drugi imaju istu osnovnu ulogu, a to je rešavanje upravnih sporova. Nezavisni su u odnosu na aktivnu upravu, a slične garancije uživaju i sudije ovih sudova, iako su one u germanskom sistemu i formalno izražene, dok u francuskom sistemu postoje u praksi. I jedni i drugi upravni sudovi odluku donose nakon sprovedenog formalnog sudskog postupka. Dakle, spram osnovne delatnosti koju vrše teško se mogu naći razlike između upravnih sudova u francuskom i germanskom sistemu, a danas su takve razlike sve manje i u njihovom položaju i predstavljaju više deo pravne tradicije ovih zemalja, nego stvarnog stanja. Reći da su upravni sudovi u Francuskoj deo uprave čini se neprimerenim, bez obzira na to što su sa njom povezani na jedan specifičan način.

Zaključak

Sisteme sudske kontrole uprave možemo da posmatramo na dva načina. U tradicionalnom smislu, oni predstavljaju izraz različitih istorijskih okolnosti u kojima su nastali i različitog shvatanja političkih ideja koje stoje u osnovi pravne države. U savremenom smislu, sa slabljenjem uticaja tih ideja i sistemi sudske kontrole uprave gube neke od svojih osnovnih

²⁸ G. Langrod, „The French Council of State: its Role in the Formulation and Implementation of Administrative Law“, *The American Political Science Review*, Vol. 49, 3/1955, p. 677.

²⁹ G. Breban, nav. delo, str. 424.

karakteristika. Ono što se nekada smatralo dogmom, poput sveobuhvatnosti anglosaksonskog opšteg prava (Common Law) i stroge primene načela podele vlasti, danas je predmet kritike i preispitivanja. Tako se i sudska kontrola uprave sve više posmatra sa jednog praktičnog aspekta, a ne sa aspekta apstraktnih teorijskih shvatanja. U prvi plan se stavlja potreba da se efikasno zaštite prava građana od nezakonitog vršenja upravne delatnosti. Pretpostavke za to su specijalizacija u vršenju kontrole, nezavisnost subjekta koji vrši kontrolu, prilagođen postupak kontrole i niz procesnih garancija položaja građana kao stranaka u postupku. U tom cilju se i tradicionalni sistemi sudske kontrole uprave menjaju i prilagođavaju. Nije više opravdano da se zbog teorijskih shvatanja koja pripadaju prošlom vremenu, odbija sve ono što podseća na drugi „suprotstavljeni“ sistem. Naprotiv, treba iskoristiti i elemente drugih sistema, ako su oni potrebni za ostvarivanje pomenutog cilja. Preobražajem osnovnih karakteristika pojedinih sistema sudske kontrole uprave smanjuje se i tradicionalna razlika između njih. Osnovni principi na kojima se zasnivaju pojedini sistemi sudske kontrole uprave nisu više tako jasno i strogo odvojeni i sve teže mogu da se koriste kao kriterijum za njihovo razgraničenje. To ne znači da u budućnosti neće postojati različiti sistemi sudske kontrole uprave, ali je moguće da će biti potrebno da se za njihovo razgraničenje pronađu neki novi kriterijumi.

*Ratko Radošević, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Systems of Judicial Review of Administration

Abstract: *Systems of judicial review of administration are the result of the differences between Common Law and Civil Law countries, as well as the specific historical circumstances that have led to a different understanding of the principles of separation of powers and thus the relation between administration and courts. The aim of this paper is to point out the traditional differences between the systems of judicial control of administration and the contemporary tendencies in their development. In the contemporary sense, there is a transformation of the basic features of these systems that were previously determined as important. Today, they are not so clearly and strictly separated and it is harder to use them as the criteria of the separation.*

Key words: *judicial review of administration, systems of judicial review of administration, Common Law countries, Civil Law countries, French system, German system.*

*Nenad Radivojević, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

PARLAMENTARNA KONTROLA BEZBEDNOSNO- -INFORMATIVNE AGENCIJE SA ASPEKTA BEZBEDNOSNE KULTURE – STANJE I PROBLEMI¹

Sažetak: *Danas službe bezbednosti iako imaju istu funkciju, imaju različite zadatke i mnogo više posla nego ranije. Savremeni bezbednosni problemi s kraja 20. i početka 21. veka iziskuju od država da reorganizuju svoje službe bezbednosti, prilagođavajući ih novonastalim promenama. Ta reorganizacija podrazumeva, između ostalog, i davanje širih ovlašćenja službama bezbednosti, kako bi se efektivno suprotstavile narastajućim i sofisticiranim pretnjama po bezbednost, koja ujedno mogu dovesti do povrede ljudskih prava i sloboda. Zbog toga je potrebno pravom definisati nadležnosti, organizaciju, ovlašćenja i kontrolu tih službi. U demokratiskim državama postoji više institucija koje sa raznih nivoa kontrolišu službe bezbednosti. Parlament je svakako jedna od najznačajnijih institucija u toj kontroli, kako u svetu tako i kod nas.*

Ovlašćenja, finansije, korišćenje posebnih mera kao i priroda i obim poslova Bezbednosno-informativne agencije svakako jesu predmet kontrole od strane Narodne skupštine. Ono što se čini kao problem jeste da se postigne balans između potrebe za kontrolom i potrebe službi bezbednosti da raspolazu efektivnim metodama za suprotstavljavanje savremenim bezbednosnim problemima.

U radu su prikazani pravni okvir vezan za kontrolu Bezbednosno-informativne agencije od strane Narodne skupštine kao i praktični problemi vezane za tu vrstu kontrole. Analizirana je i uloga bezbednosne kulture,

¹ Ovaj rad je nastao kao rezultat rada na projektu „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)“ čiji je nosilac Pravni fakultet u Novom Sadu.

kao jednog od faktora u toj kontroli. S tim u vezi, date su smernice za praktični rad narodnih poslanika koji kontrolišu Bezbednosno-informativnu agenciju, ističući posebno značaj i potrebu stalnog unapređenja bezbednosne kulture narodnih poslanika.

Ključne reči: *parlament, kontrola, Bezbednosno-informativna agencija, Odbor za kontrolu službi bezbednosti, bezbednosna kultura.*

Uvod

Savremeni bezbednosni problemi poput međunarodnog terorizma, organizovanog kriminala, korupcije, građanskih i verskih ratova, ekstremizma i drugih izuzetno teških krivičnih dela iziskuju od država da reorganizuju svoje sisteme nacionalne bezbednosti, prilagođavajući ih novonastalim promenama. Ta reorganizacija je, osim novih strukturnih elemenata, uglavnom išla u pravcu davanja širih ovlašćenja službama bezbednosti. Svedoci smo da je primenom nekih od tih ovlašćenja dolazilo do povrede nekih ljudskih prava i sloboda. Zbog toga je bilo neophodno pravom definisati nadležnosti, organizaciju, ovlašćenja i kontrolu tih službi.

U demokratski uređenim državama institucionalizovana je kontrola subjekata koji imaju legitimno i legalno pravo upotrebe sile ali i metoda kojima se zadire u prava građana. Postoji više institucija koje sa raznih nivoa kontrolišu službe bezbednosti, a jedna od tih institucija, ako ne i najvažnija, jeste i parlament. Parlament predstavlja fundamentalnu instituciju svakog demokratskog društva, pre svega, zbog toga što je ovlašćen da utvrđuje, kontroliše i sankcioniše politiku vlade.

Na parlament se često gleda kao na instituciju koja je manje pogodna za sprovođenje kontrole službi bezbednosti, naročito u zemljama u tranziciji. To je zbog toga što je u nekim zemljama u tranziciji došlo do atrofije kontrolne i zakonodavne funkcije parlamenta. Često se postavlja pitanje da li vlada upravlja parlamentom ili parlament upravlja vladom. Interes parlamentarne većine je da održi vladu na vlasti, a interes vlade je da službe bezbednosti sprovedu njenu obaveštajno-bezbednosnu politiku. Ukoliko bi se parlament „suprotstavio“ službama bezbednosti, on bi se faktički suprotstavio vladi. To u praksi ne bi bilo moguće zato što vlada „kontroliše“ parlamentarnu većinu koja je drži u mandatu. Zbog toga se kontrola službi bezbednosti od strane parlamenta više sprovodi radi zadovoljenja forme.

Što se tiče zakonodavne funkcije, vlada je ta koja preuzima inicijativu u pogledu iniciranja donošenja zakona tako da je parlamentu ostalo samo da prihvati ili da amandmanima pokuša da modifikuje vladine predloge zakona. Procedure donošenja i usvajanja zakona su relativno duge. Iz-

uzetno jaka partijska disciplina dovodi do stavljanja ličnih i političkih interesa ispred opštih državnih (nacionalnih) interesa. Obim poslova u parlamentu poslanicima onemogućava potpuni uvid u sve relevantne podatke, pa se često narodni poslanici oslanjaju samo na informacije koje im dolaze od vlade, a koje opet koriste informacije od službi bezbednosti, čiji rad oni treba da kontrolišu.

Kao najčešći problemi parlamentarne kontrole Bezbednosno-informativne agencije javljaju se i pitanja izbora oblika kontrole, ovlašćenja kontrolora, kao i faktora koji utiču na to da li će u parlamentu postojati konsenzus o potrebi kontrole i da li će ta kontrola biti na adekvatan način sprovedena. Često i kada postoji konsenzus oko toga da je kontrola potrebna, ne postoji odgovarajuća pravna regulativa koja će to i omogućiti. Sa druge strane, ako pravna regulativa i postoji, sam postupak kontrole se obesmešljava zato što se brojni zakonski i podzakonski akti ne sprovode u praksi. Takođe, kao problem javlja se i nedovoljna stručnost i profesionalnost narodnih poslanika koji tu kontrolu treba da iniciraju i sprovedu. Nedovoljno razvijena svest o potrebi i značaju kontrole, neophodnosti čuvanja tajnosti podataka u koje je ostvaren uvid, nedostatak znanja i veština vezanih za rad službi bezbednosti, često dovode do šablonski i rutinski sprovedenih postupaka kontrole.

1. Pojam i funkcije parlamenta

Termin parlament potiče od latinske reči *parlare*, što znači govoriti. Parlament (narodna skupština) zaista i jeste institucija i mesto gde se odvija razgovor prema izvesnom redu i na organizovan način.²

Polazeći od načela narodne suverenosti, vlast počiva na volji građana. Građani su izvor vlasti, a njihova slobodno izražena volja na izborima predstavlja osnov na kome vlast temelji svoj legitimitet. Birajući svoje predstavnike u parlamentu, građani im poveravaju posao upravljanja zajednicom, odnosno vršenje vlasti (donošenje zakona i zaštitu njihovih prava i sloboda).³ Zato se za parlament kaže da je „organ vlasti, izabran neposredno od strane građana kome je poverena zakonodavna vlast, kao najznačajnija funkcija vlasti, jer se njenim ostvarivanjem donose opšti pravni propisi – zakoni kojima se uređuju najvažniji odnosi u državnoj zajednici.“⁴

² Marković, R.: *Ustavno pravo i političke institucije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Službeni glasnik, Beograd, 2009, str. 272.

³ Pajvančić, M.: *Ustavno pravo – ustavne institucije*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2007, str. 215.

⁴ *Isto.*

U državama koje su prihvatile načelo podele vlasti i parlamentarni sistem kao oblik državne vlasti, parlament tradicionalno ima *zakonodavnu i ustavotvornu vlast*. Donošenje zakona kao najznačajnijih opštih pravnih akta spada u osnovnu nadležnost parlamenta. Nadležnosti parlamenta u pogledu donošenja ustava mogu biti isključiva (kada parlament sam donosi ustav) ili podeljena sa građanima (kada je za donošenje ustava potrebna i saglasnost volja građana koja se izražava na referendumu).

Druga osnovna funkcija parlamenta, predviđena isključivo u državama sa parlamentarnim ili skupštinskim sistemom vlasti, jeste i *kontrola rada izvršnih organa vlasti*. „Parlamentarni sistem počiva na mehanizmu kontrole vlade od strane parlamenta koji obuhvata dve grupe instrumenata za kontrolu: 1) tradicionalni ustavni instrumenti; 2) instrumenti kontrole uspostavljeni zakonima (u formi nezavisnih regulatornih tela).“⁵ U tradicionalne instrumente kontrole spadaju poslanička pitanja, interpelacija, budžetska kontrola i glasanje o nepoverenju vladi. Kontrola od strane nezavisnih regulatornih tela je posledica sve većeg porasta i značaja egzekutive u savremenoj državi. Obim poslova egzekutive prevazilazi mogućnosti efikasne i efektivne kontrole samo putem tradicionalnih instrumenata kontrole (koji su isključivo političke prirode). Zato se kaže da se putem ovih tela uspostavlja „mehanizam specijalizovane kontrole“.⁶ U pravnom sistemu Republike Srbija ta tela bi bili Zaštitnik građana, Poverenik za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti i Državna revizorska institucija.

Sledeća značajna funkcija parlamenta u parlamentarnim i skupštinskim sistemima vlasti jeste i *izborna funkcija*. U parlamentarnom sistemu to su šef države i vlada. Parlament takođe vrši izbor pravosudnih organa (sudije i javne tužioce), guvernera centralne banke kao i neke od navedenih nezavisnih regulatornih tela. Takođe, parlament bira i predsednika i potpredsednike parlamenta, sekretara parlamenta, kao i članove i predsednike radnih tela parlamenta.

Na kraju treba reći da je parlament u nekim državama i kvazi-sudski organ koji obavlja i *kvazi-sudska ovlašćenja*.⁷ Naime reč je o ovlašćenjima parlamenta da sudi nosiocima izvršne vlasti (predsedniku republike i članovima vlade). Ova funkcija vodi poreklo od ustanove *impeachment*-a koja je nastala u XIV veku u Engleskoj. Još jedan oblik kvazi-sudske funkcije jeste i amnestija za krivična dela. U pitanju je akt kojim se neod-

⁵ Pejić, I.: *Parlamentarna vlada – oscilacije u ravnoteži*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2011, str. 89.

⁶ *Isto*, str. 130.

⁷ Marković, R.: *nav. delo*, str. 282.

redenom broju lica daje oslobođenje od gonjenja, potpuno ili delimično oslobođenje od izvršenja kazne, zamenjuje izrečena kazna blažom, određuje brisanje osude ili se ukidaju pravne posledice osude, s tim što se amnestijom ne dira u pravnosnažnost presude niti u postojanje krivičnog dela.⁸

Ustavom Republike Srbije iz 2006. godine, Narodna skupština je određena kao „najviše predstavničko telo i nosilac ustavotvorne i zakonodavne vlasti u Republici Srbiji.“⁹ Nadležnosti Narodne skupštine su da: 1) donosi i menja Ustav, 2) odlučuje o promeni granica Republike Srbije, 3) raspisuje republički referendum, 4) potvrđuje međunarodne ugovore kad je zakonom predviđena obaveza njihovog potvrđivanja, 5) odlučuje o ratu i miru i proglašava ratno i vanredno stanje, 6) *nadzire rad službi bezbednosti*, 7) donosi zakone i druge opšte akte iz nadležnosti Republike Srbije, 8) daje prethodnu saglasnost na statut autonomne pokrajine, 9) usvaja strategiju odbrane, 10) usvaja plan razvoja i prostorni plan, 11) usvaja budžet i završni račun Republike Srbije, na predlog Vlade, 12) daje amnestiju za krivična dela.¹⁰

2. Pojam i ciljevi kontrole uprave

Kontrolu možemo definisati kao „*svesnu ljudsku aktivnost koja se sastoji u upoređivanju postignutih rezultata sa nameravanim odnosno očekivanim*. U tom smislu kontrola se sastoji od posmatranja i ocenjivanja tuđe delatnosti, i to prema ranije utvrđenim merilima, nakon čega, ukoliko se utvrdi da postoje odstupanja, može doći i do određene intervencije korektivnog karaktera, usmerene na otklanjanje nedostataka.“¹¹

Ponekad, ishod kontrole zavisno od prirode stvari ne može da bude korektivan, već samo represivan (ne mogu se ispraviti uočeni nedostaci već se jedino mogu primeniti određene sankcije prema organu uprave odnosno odgovornom licu konkretnog organa), kao što je moguće da rezultat kontrole bude kombinovana intervencija: kada se istovremeno uočeni nedostatak eliminiše i odgovorno lice sankcioniše.¹² Situacija da ishod kontrole ne može biti korektivan je najbolje vidljiva u obavljanju poslova i primene ovlašćenja od strane organa i službi bezbednosti. Primera radi, ukoliko ovlašćeni policijski službenik neovlašćenom primenom sile nane-

⁸ Isto.

⁹ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, broj 98/2006, član 98.

¹⁰ Isto, član 99, stav 1.

¹¹ Milkov, D.: *Upravno pravo III – Kontrola uprave*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2013, str. 8.

¹² Isto.

se građaninu teške telesne povrede, očigledno je da se tu uočeni „nedostatak“ ne može ispraviti već se samo može primeniti sankcija prema istom (policijskom službeniku).

Ukoliko kontrolu shvatimo kao proces upoređivanja ostvarenog sa nameravanim, odnosno očekivanim, onda taj proces možemo podeliti na četiri relativno odvojene faze: 1. utvrđivanje onoga što jeste; 2. utvrđivanje onoga što treba da bude; 3. utvrđivanje odstupanja onog što jeste od onoga što treba da bude; 4. vrednovanje odstupanja i eventualna intervencija.¹³

Iz navedenog sledi da je kontrola, u principu, akcija naknadnog karaktera, što znači da je neophodno da je prethodno izvršena određena delatnost (npr. primena posebnih mera i radnji od strane BIA) nakon čega sledi kontrola iste. Međutim, postoje i situacije kada se kontrola vrši i pre ili u toku samog vršenja određene delatnosti. Tada kontrola ima interni karakter i predstavlja tzv. prethodnu kontrolu.¹⁴ Tu pre svega mislimo na kontrolu pripremljenosti za rad, kontrolu opremljenosti kao i kontrolu usvojenosti znanja i veština pripadnika BIA.

Svrha kontrole je optimizacija ostvarivanja postavljenih ciljeva, a to podrazumeva mogućnost vršenja uticaja na kontrolisanog subjekta. Naime, kontrola omogućava da se otkriju počinjene greške i da se ukoliko je to moguće, otklone. Oдавde se vidi da kontrola nije sama sebi cilj, nego služi određenoj intervenciji, kako bi se uočene greške otklonile, u suprotnom, moguće je delovati samo represivno, odnosno primeniti određenu sankciju. Kontrolom uprave se obezbeđuje i zaštita prava i pravnih interesa građana, s jedne strane, i zaštita objektivne zakonitosti, s druge strane. Iz ovoga zaključujemo da se kontrola ne završava na prosto konstataciji nečega što se desilo u prošlosti već je okrenuta i ka budućnosti, a sve to radi obezbeđenja prava građana i zakonitosti, odnosno pravilnosti.¹⁵

3. Bezbednosno-informativna agencija kao posebna organizacija

Prema Zakonu o državnoj upravi, državnu upravu čine ministarstva, organi uprave u sastavu ministarstva i *posebne organizacije*. Posebne organizacije se obrazuju za stručne i s njima povezane izvršne poslove čija priroda zahteva veću samostalnost od one koju ima organ u sastavu.¹⁶

Donošenjem Zakona o Bezbednosno-informativnoj agenciji 2002. godine, Resor državne bezbednosti je po prvi put izdvojen iz sastava Mi-

¹³ Isto, str. 9.

¹⁴ Isto.

¹⁵ Isto, str. 9 i 10.

¹⁶ Službeni glasnik RS, broj 79/2005, 101/2007 i 95/2010, član 1, stav 2 i član 33.

nistarstva unutrašnjih poslova i formirana je Bezbednosno-informativna agencija (u daljem tekstu: BIA). BIA, kao jedna od tri službe bezbednosti Republike Srbije,¹⁷ predstavlja posebnu organizaciju¹⁸ koja obavlja poslove koji se odnose na: zaštitu bezbednosti Republike Srbije i otkrivanje i sprečavanje delatnosti usmerenih ka podrivanju ili rušenju Ustavom utvrđenog poretka Republike Srbije; istraživanje, prikupljanje, obradu i procenu bezbednosno-obaveštajnih podataka i saznanja od značaja za bezbednost Republike Srbije i informisanje nadležnih državnih organa o tim podacima, kao i druge poslove određene zakonom.¹⁹

Radom BIA rukovodi direktor koga postavlja i razrešava Vlada. U BIA se obrazuju posebne organizacione jedinice za obavljanje bezbednosnih poslova iz njenog delokruga.²⁰

BIA u obavljanju poslova iz svoje nadležnosti primenjuje odgovarajuće operativne *metode, mere i radnje*, kao i odgovarajuća operativno-tehnička *sredstva* kojima se obezbeđuje prikupljanje podataka i obaveštenja radi otklanjanja i sprečavanja delatnosti usmerenih ka podrivanju ili rušenju Ustavom utvrđenog poretka, ugrožavanju bezbednosti u zemlji i, u vezi s tim, preduzima druge potrebne mere i radnje na osnovu zakona i propisa donetih u skladu sa zakonom. Pripadnici BIA zaduženi za otkrivanje, praćenje, dokumentovanje, sprečavanje, suzbijanje i presecanje delatnosti organizacija i lica usmerenih na vršenje organizovanog kriminala i krivičnih dela sa elementom inostranosti, unutrašnjeg i međunarodnog terorizma i najtežih oblika krivičnih dela protiv čovečnosti i međunarodnog prava i protiv Ustavom utvrđenog poretka i bezbednosti Republike, primenjuju ovlašćenja utvrđena zakonom i drugim propisima koje primenjuju ovlašćena službena lica i radnici na određenim dužnostima Ministarstva unutrašnjih poslova, u skladu sa propisima o unutrašnjim poslovima.²¹ To znači da pripadnici BIA zaduženi za vršenje ovih poslova mogu primenjivati policijska ovlašćenja kao što su: upotreba sredstava prinude, zadržavanje lica i privremeno ograničenje slobode, privremeno oduzimanje predmeta, zaustavljanje i pregledanje

¹⁷ Prema Zakonu o osnovama uređenja službi bezbednosti, kao službe bezbednosti Republike Srbije određene su: Bezbednosno-informativna agencija, Vojnobezbednosna agencija i Vojnoobaveštajna agencija.

¹⁸ O posebnim organizacijama pogledati u: Milkov, D.: *Upravno pravo I – Uvodna i organizaciona pitanja*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2013, str. 82-85.

¹⁹ Pogledati članove 1 i 2 Zakona o Bezbednosno-informativnoj agenciji, *Službeni glasnik RS*, broj 42/2002 i 111/2009.

²⁰ Pogledati članove 5 i 6 Zakona o Bezbednosno-informativnoj agenciji, *Službeni glasnik RS*, broj 42/2002 i 111/2009.

²¹ Pogledati članove 9 i 12 Zakona o Bezbednosno-informativnoj agenciji, *Službeni glasnik RS*, broj 42/2002 i 111/2009.

lica, predmeta i saobraćajnih sredstava, prikupanje, obrada i korišćenje ličnih podataka i dr.

U obavljanju poslova iz svog delokruga, pripadnici BIA ovlašćeni su da od državnih i drugih organa, pravnih i fizičkih lica traže i dobiju obaveštenja, podatke i stručnu pomoć od značaja za razjašnjavanje činjenica vezanih za obavljanje poslova iz delokruga BIA. Na pružanje pomoći, davanje obaveštenja i podataka, niko ne može biti prinuđen, a uskraćivanje ili odbijanje pomoći, davanja obaveštenja ili podataka mora biti zasnovano na zakonom utvrđenim razlozima.²²

U preduzimanju poslova iz svoje nadležnosti, *BIA može da ograniči neka od Ustavom garantovanih ljudskih prava*. Pa tako, direktor BIA može, ako je to potrebno iz bezbednosnih razloga (suprotstavljanje organizovanom kriminalitetu, unutrašnjem ili međunarodnom terorizmu i sl.), svojim rešenjem, a na osnovu (prethodne) odluke predsednika Vrhovnog kasacionog suda Srbije, da odredi da se prema određenim fizičkim i pravnim licima preduzmu određene mere kojima se *odstupa od načela nepovredivosti tajne pisama i drugih sredstava opštenja*. Takođe, kada razlozi hitnosti to zahtevaju, a posebno u slučajevima unutrašnjeg i međunarodnog terorizma direktor BIA može naložiti svojim rešenjem odstupanje od tih načela, ali uz prethodno pribavljenu pismenu saglasnost za početak primene odgovarajućih mera predsednika Vrhovnog kasacionog suda Srbije. Ovaj pismeni predlog za primenu odgovarajućih mera dostavlja se u roku od 24 časa od dobijanja saglasnosti. Odluka o nastavku primene odgovarajućih mera, odnosno o njihovoj obustavi donosi se u roku od 72 časa od podnošenja predloga. Odluka o obustavi odgovarajućih mera mora biti pismeno obrazložena.²³

4. Kontrola Bezbednosno-informativne agencije od strane Narodne skupštine

Kao jedna od tri službe bezbednosti Republike Srbije, BIA je podvrgnuta kontroli od strane Narodne skupštine. U ostvarivanju svoje kontrolne funkcije, Narodna skupština je nadležna da vrši nadzor nad radom službi bezbednosti (BIA).²⁴

²² Pogledati član 10 Zakona o Bezbednosno-informativnoj agenciji, *Službeni glasnik RS*, broj 42/2002 i 111/2009.

²³ Pogledati članove 13, 14 i 15 Zakona o Bezbednosno-informativnoj agenciji, *Službeni glasnik RS*, broj 42/2002 i 111/2009.

²⁴ Pogledati član 99, stav 1, tačka 6 Ustava Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, broj 98/2006, i članove 7 i 15 Zakona o Narodnoj skupštini, *Službeni glasnik RS*, broj 9/2010.

Kontrolu BIA od strane parlamenta možemo posmatrati u širem i u užem smislu.²⁵ U širem smislu, parlamentarna kontrola BIA se vrši:

- donošenjem zakona koji regulišu nadležnost, rad i kontrolu BIA, osnov njene organizacije, međusobne odnose sa drugim organima i dr.;
- odobravanjem i kontrolom budžeta BIA;
- razmatranjem izveštaja nezavisnih kontrolnih tela koja bira i razrešava parlament, a koja u vršenju svojih ovlašćenja takođe, u izvesnoj meri mogu da vrše kontrolu BIA (to su Zaštitnik građana, Poverenik za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti, Državna revizorska institucija i dr.).

U užem smislu, pod parlamentarnom kontrolom BIA podrazumevamo kontrolu koju nad BIA vrši nadležni odbor Narodne skupštine (*Odbor za kontrolu službi bezbednosti*).

Treba reći da određena kontrolna ovlašćenja imaju i drugi odbori Narodne skupštine, a naročito *Odbor za ustavna pitanja i zakonodavstvo* (razmatra predlog zakona, drugog propisa i opšteg akta sa stanovišta usklađenosti sa Ustavom i pravnim sistemom i opravdanosti njihovog donošenja), *Odbor za pravosuđe, državnu upravu i lokalnu samoupravu* (razmatra predlog zakona i drugog opšteg akta i druga pitanja iz oblasti organizacije i rada organa državne uprave i vršenja javnih ovlašćenja), *Odbor za finansije, republički budžet i kontrolu trošenja javnih sredstava* (razmatra predlog zakona i drugog opšteg akta i druga pitanja iz oblasti javnih nabavki; razmatra izveštaj Državne revizorske institucije o čemu podnosi izveštaj sa stavovima i preporukama Narodnoj skupštini, kontroliše primenu republičkog budžeta i pratećih finansijskih planova u smislu zakonitosti, svrsishodnosti i efikasnosti trošenja javnih sredstava o čemu podnosi izveštaj sa merama Narodnoj skupštini).²⁶

4.1. Odbor za kontrolu službi bezbednosti

Zakonom o osnovama uređenja službi bezbednosti predviđeno je da Narodna skupština obavlja nadzor nad radom službi bezbednosti neposredno i preko nadležnog odbora Narodne skupštine (Odbor za kontrolu službi bezbednosti²⁷). Odbor za kontrolu službi bezbednosti: nadzire

²⁵ Pogledati: Milenković, D.; Koprivica, S.; Todorić, V.: *Kontrola službi bezbednosti*, Organizacija za evropsku bezbednost i saradnju-Misija OEBS u Srbiji i Centar za novu politiku, Beograd, 2011, str. 26 i 27.

²⁶ Pogledati članove 48, 51 i 55 Poslovnika Narodne skupštine, *Službeni glasnik RS*, broj 20/2012 – prečišćeni tekst.

²⁷ Do donošenja novog Poslovnika Narodne skupštine, nadležni odbor je bio Odbor za odbranu i bezbednosti. Nadležnosti ovog odbora su novim Poslovnikom podeljene tako

ustavnost i zakonitost rada službi bezbednosti; nadzire usklađenost rada službi bezbednosti sa strategijom nacionalne bezbednosti, strategijom odbrane i bezbednosno-obaveštajnom politikom Republike Srbije; nadzire poštovanje političke, ideološke i interesne neutralnosti u radu službi bezbednosti; nadzire zakonitost primene posebnih postupaka i mera za tajno prikupljanje podataka; nadzire zakonitost trošenja budžetskih i drugih sredstava za rad; razmatra i usvaja izveštaje o radu službi bezbednosti; razmatra predloge zakona, drugih propisa i opštih akata iz nadležnosti službi bezbednosti; pokreće inicijative i podnosi predloge zakona iz nadležnosti službi; razmatra predloge, peticije i predstavke građana koji su upućeni Narodnoj skupštini u vezi sa radom službi bezbednosti i predlaže mere za njihovo rešavanje i o tome obaveštava podnosioca; utvrđuje činjenice o uočenim nezakonitostima ili nepravilnostima u radu službi i njihovih pripadnika i o tome donosi zaključke; izveštava Narodnu skupštinu o svojim zaključcima i predlozima.²⁸

Pozivu za sednicu Odbora dužan je da se odazove direktor BIA. Ako je direktor sprečen da prisustvuje sednici Odbora, dužan je da na sednicu uputi svog zamenika, odnosno ovlašćenog predstavnika. Sednice Odbora mogu biti zatvorene za javnost i u tom slučaju, predsednik Odbora obaveštava javnost o radu Odbora, saglasno odlukama donetim na sednici Odbora. Takođe, utvrđena je i obaveza direktora BIA da, najmanje jednom u toku redovnog zasedanja Narodne skupštine, podnosi Odboru izveštaj o radu službe (redovni izveštaj), a to može uraditi i po potrebi ili na zahtev Odbora. Direktor BIA je dužan da na zahtev Odbora omogući članovima Odbora pristup u prostorije službe, dozvoli im uvid u dokumentaciju, pruži podatke i informacije o radu službe i odgovori na njihova pitanja u vezi sa radom službe.

Članovi Odbora *ne mogu od službi bezbednosti tražiti podatke o:* identitetu sadašnjih i bivših saradnika službe; pripadnicima službe sa prikrivenim identitetom; trećim licima kojima bi otkrivanje tih podataka moglo da šteti; metodima pribavljanja obaveštajnih i bezbednosnih podataka; akcijama koje su u toku; načinu primene posebnih postupaka i mera; podacima i informacijama koje su pribavljene razmenom sa stranim službama i međunarodnim organizacijama; tajnim podacima i informacijama drugih državnih organa u posedu službe. Članovi Odbora i lica koja uče-

da imamo dva odbora i to: Odbor za odbranu i unutrašnje poslove i Odbor za kontrolu službi bezbednosti. Uzimajući u obzir prirodu i obim poslova službi bezbednosti, postojeće rešenje je opravdano.

²⁸ Zakon o osnovama uređenja službi bezbednosti Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, broj 116/2007 i 72/2012, član 16 i Poslovnik Narodne skupštine, *Službeni glasnik RS*, broj 52/2010 i 13/2011, član 66.

stvju u njegovom radu dužni su da štite i čuvaju poverljive informacije do kojih dođu u radu Odbora i posle prestanka članstva, odnosno rada u Odboru. Članovi Odbora potpisuju izjavu o obavezi čuvanja tajne posle izbora u Odbor, a lica koja učestvuju u radu Odbora - pre početka angažovanja u Odboru.²⁹

Poslovníkom Narodne skupštine je predviđen *postupak kontrole* nad radom službi bezbednosti.³⁰ Naime, nadzor se vrši tako što se razmatra godišnji izveštaj Odbora o izvršenom nadzoru nad radom službi bezbednosti. Izveštaj o izvršenom nadzoru nad radom službi bezbednosti za prethodnu godinu, sa zaključcima i eventualnim predlogom mera, Odbor podnosi Narodnoj skupštini do kraja marta tekuće godine. Sednice Odbora mogu biti zatvorene za javnost, a odluku o obaveštavanju javnosti sa sednice donosi Odbor. Sednici Odbora koja je zatvorena za javnost, mogu prisustvovati članovi Odbora, odnosno njihovi zamenici, koji su potpisali izjavu o obavezi čuvanja tajne posle izbora za člana Odbora, odnosno zamenika člana Odbora. Sednici takođe mogu prisustvovati sekretar Odbora i zaposleni u Službi Narodne skupštine koje odredi generalni sekretar Narodne skupštine, a koji su prethodno potpisali izjavu o obavezi čuvanja tajne. Obrazac o obavezi čuvanja tajne propisuje generalni sekretar Narodne skupštine.

5. Problemi kontrole Bezbednosno-informativne agencije od strane Narodne skupštine i moguća rešenja

Pitanje kontrole Bezbednosno-informativne agencije od strane Narodne skupštine prate određeni problemi, dileme, kontroverze.³¹ Ti problemi u najvećem delu proizlaze iz *nedorečenosti zakona* koji uređuju oblast rada i kontrole BIA. Jedan od glavnih nedostataka tiče se pitanja izbora direktora BIA. Naime, Zakon o Bezbednosno-informativnoj agenciji ne navodi uslove koje kandidat za direktora BIA treba da ispuni, što otvara prostor da se u određenim slučajevima direktor BIA imenuje po tzv. „partijskoj liniji“. Iako je jasno da pripadnici BIA ne mogu biti članovi političkih partija, ovo svakako treba precizirati u budućnosti. Takođe, poželjno bi bilo uključiti i Odbor za kontrolu službi bezbednosti u ovaj proces. Uzimajući u obzir ulo-

²⁹ Zakon o osnovama uređenja službi bezbednosti Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, broj 116/2007 i 72/2012, članovi 17, 18, 19 i 20.

³⁰ Poslovník Narodne skupštine, *Službeni glasnik RS*, broj 20/2012, član 230-233.

³¹ Uporediti sa: Stajić, L.J.: *Kontrola policije i službi bezbednosti*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2012, str. 142-143. i Dragišić, Z.: *Obaveštajno-bezbednosni sistem Republike Srbije*, Godišnjak Fakulteta bezbednosti Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011, str. 122-126.

gu i značaj Narodne skupštine u demokratskoj kontroli BIA, moguće izmene i dopune Zakona bi mogle da idu u smeru da Odbor za kontrolu službi bezbednosti ima neku ulogu.

Bitno je primetiti da postojeći Zakon o Bezbednosno-informativnoj agenciji sadrži veoma *štire odredbe o kontroli BIA*. Zakon o osnovama uređenja službi bezbednosti kao osnovni zakon, sadrži detaljnije odredbe o kontroli. Postojeće rešenje o kontroli od strane Narodne skupštine, koje se svode na prihvatanje ili neprihvatanje izveštaja direktora BIA, ne povlače nikakve direktne posledice (po pripadnika BIA) u slučaju utvrđivanja određenih nepravilnosti u radu BIA, sem naravno političkih. Poslovnikom Narodne skupštine je određeno da Odbor podnosi Narodnoj skupštini izveštaj o izvršenom nadzoru nad radom službi bezbednosti, sa zaključcima i eventualnim predlogom mera, s tim što se ne navode koje su to mere u pitanju.

Pitanja (ne)postojanja *političke volje* jeste ključno u kontroli BIA od strane Narodne skupštine. Problem je u tome što parlament treba da „ostvaruje kontrolnu funkciju preko parlamentarne većine, čiji je primarni zadatak da održi svoju Vladu u mandatu.“³² Takva je situacija i u našoj zemlji. Stranačka (partijska) disciplina ne dozvoljava predstavnicima većine u Narodnoj skupštini da iznose kritike na rad BIA. Na taj način aktivnosti narodnih poslanika su sve manje individualne, a sve više kolektivne. Narodni poslanici tako prestaju da budu odgovorni biračima već su odgovorni stranci čiji su članovi. Naravno, ne treba ni zanemariti aktivnosti opozicionih stranaka koje, pre svega, iz političkih razloga, pokušavaju da opstruišu i diskredituju rad BIA bez namare da pohvale rad.

Bitna stvar u ovoj kontroli jeste i pitanje *vremena* koje je članovima Odbora stavljeno na raspolaganje. Od vremena potrebnog za pripremu i sprovođenje kontrole svakako zavisi i sam ishod kontrole. Kada je u pitanju kontrola BIA, možemo reći da je postizanje pravih ciljeva (efektivnih ciljeva) važnije nego žuriti sa postizanjem ciljeva (efikasni ciljevi).³³ Međutim, veoma često narodni poslanici nemaju na raspolaganju dovoljno vremena ni za pripremu ni za sprovođenje kontrole. „Malo vremena znači i površnu kontrolu, koja se pretvara u formalnost i vremenom može da izgubi svaki smisao.“³⁴

³² Pejić, I.: *nav. delo*, str. 55.

³³ Stevanović, O.: *Bezbednosni menadžment*, Kriminalističko – policijska akademija, Beograd, 2012, str. 42.

³⁴ Stajić, LJ.: *Kontrola policije i službi bezbednosti*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2012, str. 143.

Poseban problem predstavlja i pitanje *težišta kontrole*. Svakako da postoji potreba za kontrolom BIA, a ta potreba proizilazi iz prirode poslova kojima se ona bavi, samo je pitanje u kojoj meri i do kojih sve detalja. Zato je potrebno jasno definisati ko, šta i u koju svrhu kontroliše (odnosno koji su ciljevi kontrole). Hipotetički je moguće zamisliti situaciju da pri istoj kontroli dva parlamentarna odbora mogu utvrditi različite stvari, u zavisnosti od toga koji su im ciljevi i šta se želi postići.³⁵ Upravo zato je potrebno uspostaviti saradnju među odborima.

Sledeće značajno pitanje jeste i pitanje *kompetencija i stručnosti* narodnih poslanika, pre svega članova Odbora za kontrolu službi bezbednosti. Naime, sama priroda parlamenta, kao predstavništva naroda, dovodi do toga da u parlament ulaze ljudi različitih znanja, veština i obrazovanja. Kada govorimo o sastavu Odbora za kontrolu službi bezbednosti, veoma često su njegovi članovi ljudi koji nemaju nikakva (ili krajnje površna) znanja iz oblasti pravnih, političkih i bezbednosnih nauka, a koja su neophodna za adekvatno obavljanje kontrolne funkcije.³⁶ Veoma često neznanje i nemarnost narodnih poslanika mogu dovesti do iznošenja određenih (tajnih) podataka u javnost, što može kompromitovati rad BIA, a time i sam postupak kontrole. To dalje može dovesti do gubitka poverenja BIA u narodne poslanike, što je jedan od ključnih elemenata u sprovođenju kontrole. Sve navedeno može ukazivati na nizak nivo bezbednosne kulture narodnih poslanika. Indikatori nedovoljno razvijene bezbednosne kulture, koji se manifestuju propustom u radu narodnih poslanika su:

- nedovoljna obrazovanost i obučenost i nespremnost da se to prizna;
- neshvatanje suštine i značaja bezbednosne kulture kao novog i nezaobilaznog i sve značajnijeg faktora upravljanja sistemom nacionalne bezbednosti kao i njegove kontrole;
- mešanje privatnog i službenog u vršenju poslaničke funkcije;
- rutinsko i šablonsko obavljanje posla;
- stavljanje ličnih i stranačkih interesa iznad državnih (nacionalnih);
- nedovoljno poznavanje međunarodnih normi i standarda, principa i sredstava rada službi bezbednosti i bezbednosne komunikacije;

³⁵ Isto, str. 142.

³⁶ Aktuelni saziv Odbora za kontrolu službi bezbednosti ima 9 članova i 9 zamenika članova. Uvidom u njihov obrazovni profil dolazimo do podataka da samo 5 članova i 6 zamenika članova dolazi iz sfere pravnih, političkih i bezbednosnih nauka. Svakako da bi taj broj trebalo da bude veći, na šta bi političke stranke trebalo da obrate pažnju prilikom delegiranja svojih poslanika u ovaj Odbor. Pogledati sajt Narodne skupštine Republike Srbije (<http://www.parlament.gov.rs>, pristupljeno 19.11.2013.)

- nemarnost;
- nepoznavanje svojih prava i obaveza vezanih za kontrolu, nadležnosti i organizaciju službi bezbednosti i njihove uloge u funkcionisanju celokupnog sistema nacionalne bezbednosti.³⁷

Bezbednosnu kulturu narodnih poslanika u kontroli BIA možemo odrediti kao skup formalnih i neformalnih normi i vrednosti koje funkcionišu između narodnih poslanika i BIA, a koje su u funkciji ostvarivanja ciljeva kontrole. Potrebno je da se narodni poslanici, delujući samostalno ili u okviru nadležnih odbora, pridržavaju određenih principa (stručnosti, odgovornosti u radu, zakonitosti, etičnosti, postupnosti i srazmernosti, istine, objektivnosti i temeljitosti, sistematičnosti i ekonomičnosti, individualnosti, pravovremenosti, tajnosti i transparentnosti).³⁸

Poznavanje i dosledno sprovođenje normi pozitivnog prava svakako predstavlja ključni element kontrole BIA od strane narodnih poslanika. Međutim, pored toga, potrebno je i usvajanje i unapređenje određenih elemenata bezbednosne kulture, i to:

- zauzimanje čvrstog stava o potrebi demokratske kontrole agencije;
- svest o ulozi i značaju narodnog poslanika u toj kontroli;
- visokom nivou razvijenosti političke i bezbednosne kulture;
- postojanju političke volje da se kontrola inicira i dosledno sprovede do kraja;
- distanciranju od stranačke (političke) pripadnosti i interesa;
- nepodmitljivost i izbegavanje vršenja poslova koji mogu dovesti do „sukoba interesa“;
- izbegavanju kontakata i uspostavljanja formalnih i neformalnih veza sa osobama iz kriminalne sredine, kao i sa drugim neformalnim centrima moći;
- aktivnom učestvovanju u donošenju sistemskih zakona kojima se određuju nadležnosti i ovlašćenja agencije, postupak kontrole i organi nadležni za sprovođenje te kontrole;
- poštovanju normi i procedura rada prilikom donošenja zakona iz nadležnosti agencije i nadležnosti drugih organa koji takođe vrše kontrolu agencije;
- zalaganje za usaglašavanje zakona iz oblasti rada agencije, a pre svega njihove kontrole;

³⁷ Uporediti sa: Stajić, L.J.: *Uloga i značaj bezbednosne kulture u izgradnji bezbednosti države*, u: Gaćinović, R. (prir.): *Srbija – bezbednosni i institucionalni izazovi*, Institut za političke studije, Beograd, 2009, str. 35-49.

³⁸ Pogledati: Stajić, L.J.; Mijalković, S.; Stanarević, S.: *Bezbednosna kultura*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2013, 153-158.

- svesti o potrebi uključivanja predstavnika agencije u postupak donošenja zakona iz delokruga njihovog rada kako bi se otklonile eventualne teškoće u njihovoj primeni u praksi;
- stavu da se prilikom donošenja zakona kojima se agenciji daju posebna ovlašćenja u borbi, pre svega, protiv terorizma i organizovanog kriminala, postigne balans između potreba za zaštitom ljudskih prava i sloboda i efikasnog suprotstavljanja tim pojavama;
- zalaganje za donošenje zakona o profesionalnom obrazovanju i obukama ljudi zaposlenih u agenciji;
- nemešanju u konkretne bezbednosno-obaveštajne aktivnosti na terenu;
- temeljnoj pripremi pitanja koja će se na sednicama odbora postaviti direktoru agencije;
- kritičkom pristupu prilikom analiziranja informacija dostavljenih od strane agencije;
- sistematično i objektivno postupanje prilikom obilaska prostorija agencije, uvida u dokumentaciju kao i razgovora sa njihovim pripadnicima, a sve u cilju izbegavanja rutizma i šablonizma;
- aktivnom učestvovanju u svim fazama budžetskog ciklusa (pripremi, odobravanju, izvršenju i reviziji);
- svesti o potrebi održavanja rasprave pred nadležnim odborima iza zatvorenih vrata, i čuvanju tajnosti podataka koji su ima tada stavljeni na uvid a koji mogu naneti štetu državi, građanima ali i agenciji ili njenom pripadniku;
- davanju javne podrške i saradnji sa drugim institucijama spoljašnje i unutrašnje kontrole BIA (npr. Zaštitniku građana, Povereniku za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti, Državnoj revizorskoj instituciji, Unutrašnjoj budžetskoj kontroli i Internoj reviziji kao unutrašnjim organizacionim jedinicama BIA i dr.);
- iniciranju usklađivanja zakonske regulative radi omogućavanja određenim institucijama da efektivno vrše kontrolu (npr. omogućiti nezavisnim telima uvid u određene tajne podatke, omogućiti im finansijsku nezavisnost od izvršne vlasti i sl.);
- uvažavanju kriterijuma bezbednosti prilikom izbora čelnih ljudi određenih institucija koje takođe kontrolišu agenciju;
- održavanje redovnih kontakata sa građanima, čime se obezbeđuje podrška i legitimitet zakona;
- aktivno i hitno postupanje po pritužbama i predstavkama građana na račun agencije kojim su ljudska prava i slobode građana povređeni;
- stavu o neophodnosti međusobne saradnje svih nadležnih odbora koji kontrolišu BIA;

- posedovanju elementarnih znanja iz oblasti pravnih i bezbednosnih nauka;
- posedovanje znanja o organizaciji, merama i poslovima bezbednosno-obaveštajnih službi u inostranstvu;
- poznavanje savremenih izazova, rizika i pretnji po bezbednost države i njenih građana;
- permanentno praćenje strane i domaće literature vezane za parlamentarnu, ali i ostalih oblika kontrole agencije;
- izbegavanje privatnih kontakata sa pripadnicima službi bezbednosti koji su podvrgnuti kontroli;
- upoznavanje javnosti sa rezultatima kontrole;
- stalnom unapređenju svoje bezbednosne kulture.

Navedeni elementi bezbednosne kulture narodnih poslanika još jednom potvrđuju svu složenost i ozbiljnost kontrole BIA. Zato narodni poslanici moraju stalno unapređivati sopstvenu bezbednosnu kulturu jer je to jedini pravi put ka uspostavljanju i sprovođenju sveobuhvatne kontrole BIA a onda i celokupnog sistema nacionalne bezbednosti.

Zaključak

Parlament kao fundamentalna institucija svakog poretka ovlašćena je da utvrđuje, kontroliše i sankcioniše politiku vlade. Potreba za kontrolom BIA, kao specijalizovane agencije Vlade, proističe između ostalog i iz mogućnosti povrede nekih ljudskih prava i sloboda usled prekorčenja ili zloupotrebe ovlašćenja, kao i u slučaju neizvršavanja ciljeva zbog kojih je osnovana. To znači da se kontrola BIA javlja kao nezaobilazni element funkcije rukovođenja sistemom nacionalne bezbednosti.

Ustavom i zakonima uređene su nadležnosti, ovlašćenja, kao i načini i ciljevi kontrole BIA od strane Narodne skupštine. Međutim, postojanje pravne regulative jeste svakako neophodno, ali nije i dovoljno da bi se ostvarili ciljevi kontrole, a to su: pružanje pomoći pripadnicima BIA prilikom izvršavanja zadataka, zaštita ljudskih prava i slobode i zaštita objektivne zakonitosti. Na ostvarivanje ovih ciljeva kontrole utiču i brojni problemi, kao što su: nepostojanje političke volje od strane parlamentarne većine da se dubinska i široka kontrola inicira i sprovede, propuštanje da se određena pitanja organizacije, nadležnosti i kontrole pravno urede do kraja, nedostatak materijalnih i ljudskih potencijala za sprovođenje kontrole, nedostatak vremena, nedostatak komunikacije i saradnje sa drugim subjektima spoljašnje i unutrašnje kontrole BIA (Zaštitnikom građana, Poverenikom za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti, Državnom revizorskoj instituciji, Unutrašnjom budžetskom kontro-

lom i Internom revizijom kao unutrašnjim organizacionim jedinicama BIA), nedostatak bezbednosne kulture narodnih poslanika i dr.

Članovi svih parlamentarnih stranaka bi trebalo da shvate značaj i ciljeve kontrole BIA, da se prilikom sprovođenja kontrole distanciraju od uskostranačkih interesa zato što su pitanja nacionalne bezbednosti stručna pitanja i ne treba ih vezivati za bilo koju stranku. Zbog toga bi stranke u Odbor za kontrolu službi bezbednosti trebalo da delegiraju ljude koji su upućeni u problematiku nacionalne bezbednosti, koji su upoznati sa operativnim radom BIA i čiji je nivo političke i bezbednosne kulture na visokom nivou. Samo na taj način će narodni poslanici, kontrolišući BIA, uspešno učestvovati u ostvarivanju funkcije bezbednosti. Od angažovanosti narodnih poslanika, njihovog savesnog i odgovornog vršenja poslaničke funkcije i razvijenosti njihove bezbednosne kulture, zavisi da li će i na koji način navedeni problemi u narednom periodu biti (ne)uspešno rešeni.

*Nenad Radivojević, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Parliamentary Control of Security Information Agency in Terms of Security Culture – State and Problems

Abstract: *Even though security services have the same function as before, today they have different tasks and significantly more work than before. Modern security problems of the late 20th and early 21st century require states to reorganize their security services, adapting them to the new changes. The reorganization involves, among other things, giving wider powers of the security services, in order to effectively counter the growing and sophisticated security threats, which may also lead to violations of human rights and freedoms. It is therefore necessary to define the right competence, organization, authority and control of these services. In democratic countries, there are several institutions with different levels of control of security services. Parliament is certainly one of the most important institutions in that control, both in the world and in our country.*

Powers, finance, the use of special measures and the nature and scope of work of the Security Information Agency are certainly object of the control of the National Assembly. What seems to be the problem is achieving a balance between the need for control of security services and security services to have effective methods for combating modern security problems.

This paper presents the legal framework related to the National Assembly control of the Security Intelligence Agency, as well as the practical problems associated with this type of control. We analyzed the role of security culture as one of the factors of that control. In this regard, it provides guidance for the practical work of the members of parliament who control the Security Intelligence Agency, noting in particular the importance of and the need for continuous improvement of security culture representatives.

Key words: *parliament, control, Security Information Agency, security services Control Committee, security culture.*

*Stefan Samardžić, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

KRIVIČNOPRAVNI ASPEKTI ASISTIRANE REPRODUKCIJE U SRBIJI

Sažetak: Brojni nedostaci Zakona o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognute oplodnje krunisani su odredbama kojima se predviđaju krivična dela. Postavlja se pitanje mogućnosti i rezultata primene ovih normi s obzirom na njihovu nomotehniku, jezik, kvalifikovane oblike, kaznene raspone, te imajući u vidu preklapanja sa pojedinim prekršajima iz istog Zakona. Hrabrost zakonopisca da na sporedna vrata uvede ova krivična dela zaprečena izuzetno visokim kaznama zatvora dovodi u pitanje mogućnost ostvarivanja krivičnopravne zaštite u ovoj izuzetno osetljivoj sferi.

Cljučne reči: potpomognuta oplodnja, krivična dela, prekršaji

Dugi niz godina, Srbija se susreće sa negativnim prirodnim priraštajem, čije posledice su potpuno nestajanje manjih sela i gašenje sve većeg broja škola čije klupe ostaju prazne. Želeći da promeni ovakvu sliku Srbije je preduzela određene korake kako bi motivisala supružnike, odnosno vanbračne partnere da planiraju svoju porodicu u pozitivnom pravcu. U tom smislu postoji niz strateških dokumenata koji određuju opredeljenje Republike Srbije ka podsticanju rađanja¹, što se dalje obezbeđuje razradom u određenim zakonima koji sadrže stimulativne odredbe, kao što su Zakon o radu², Zakon o finansijskoj podršci porodici sa decom³ te Zakon

¹ Strategija podsticanja rađanja ("Sl. glasnik RS", br. 13/2008); Odluka o donošenju programa demografskog razvoja Autonomne Pokrajine Vojvodine sa merama za njegovo sprovođenje ("Sl. list AP Vojvodine", br. 3/2005)

² čl. 94 i 94a Zakona o radu ("Sl. glasnik RS", br. 24/2005, 61/2005, 54/2009 i 32/2013)

o penzijskom i invalidskom osiguranju⁴ i dr. Ostaje pitanje koliko ove mere u praksi zaista doprinose cilju zbog kog su uvedene.⁵

1. *Genesis*⁶

Radost začeca i koncept prokreacije veoma je zastupljen i u starom i u novom zavetu. I više od toga, biblijski tekstovi poznaju nepolodnost⁷, pobačaj⁸ kao i nasilni prekid trudnoće⁹, pa čak i surogat materinstvo¹⁰. Za temu kojom se ovde bavimo naročito je interesantno mesto u Knjizi proroka Isaije na kome se pominje da će „devica zatrudnети“¹¹. Iako je jezički moguće tumačenje da će žena kao devica ući u polni odnos u kome će ostati u drugom stanju, ovde ipak naziremo koncept oplodnje bez polnog odnosa. Potvrdu ove ideje, a za nas ovde značajnog koncepta začeca bez polnog odnosa, nesumnjivo nalazimo u Jevanđelju po Mateju¹² i začecu Isusa Hrista.

³ Zakon o finansijskoj podršci porodici sa decom (*"Sl. glasnik RS"*, br. 16/2002, 115/2005 i 107/2009)

⁴ čl. 60 Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju (*"Sl. glasnik RS"*, br. 34/2003, 64/2004 - odluka USRS, 84/2004 - dr. zakon, 85/2005, 101/2005 - dr. zakon, 63/2006 - odluka USRS, 5/2009, 107/2009, 101/2010, 93/2012, 62/2013 i 108/2013); više vid. Kovaček Stanić, G. 2010, *Porodično pravo: partnersko, dečje i starateljsko pravo*, str. 42-43.

⁵ više o tome: Samardžić, Sandra 2011, "Populaciona politika, planiranje porodice – postojeće tendencije i moguća rešenja", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3, str. 715-735.

⁶ naslov Prve knjige Mojsijeve ili Postanja

⁷ Prva nerotkinja koju pominje biblijski tekst jeste Sara, žena Avramova (1 Moj 11,30). Interesantno je da se nepolodnost povezuje sa voljom Gospoda, odakle se može zaključiti da su njeni uzroci oduvek bili nedovoljno poznati; vid. ovde fn. 10.

⁸ (2 Moj 23, 26); Posle nekog vremena ljudi iz grada rekli su Jelisiju: „Gospodaru, grad je na dobrom položaju, kao što i sam vidiš, ali je voda loša i uzrokuje pobačaje u zemlji.“ (2 car 2,19); (Ps 58, 8); (Os 9,14)

⁹ npr. (2 car 15, 16); (Os 13, 16); (Am 1, 13)

¹⁰ U vezi sa neplodnošću Sare, žene Avramove autori nalaze začetak ideje surogat materinstva: „2 Zato je Sara rekla Avramu: „Molim te, poslušaj me. Gospod me je učinio nerotkinjom. Molim te, lezi s mojom sluškinjom. Možda ću preko nje dobiti decu.“ I Avram je poslušao Sarin glas. 4 Tako je on legao sa Agarom i ona je zatrudnela... 15 Tako je Agara rodila Avramu sina... 16 Avram je imao osamdeset i šest godina kad mu je Agara rodila Ismaila.“ (1 Moj 16) tako: Kovaček Stanić, G. 2013, „Biomedicinski potpomognuto začecje i rođenje deteta - surogat materinstvo u uporednom Evropskom pravu i Srbiji“, *Stanovništvo*, br. 1, fn. 3, str. 2

¹¹ (Is 7, 14)

¹² 23, „Evo devica će začeti i roditi sina, i daće mu ime Emanuel“, što znači „Bog je s nama“. 24 Kad se Josif probudio iz sna, učini kako mu je Gospodnji anđeo zapovedio i uze Mariju da mu bude žena, 25 ali nije s njom spavao dok nije rodila svog prvorođenog sina. I dade mu ime Isus. (Mt 1, 23-25)

Za parove koji svoju želju za potomstvom ne mogu da ostvare prirodni putem, a usvojenje im ne predstavlja prihvatljivu opciju, jedina mogućnost jeste pristupanje tehnikama asistiranu reprodukcije. Dosta dugo, ova oblast je u Srbiji bila neregulisana pa je otuda moglo doći do velikih zloupotreba. Ipak, pojedine odredbe Porodičnog zakona¹³ odnose se na ovu oblast. Tačnije, ovaj zakon reguliše ko će se smatrati majkom, a ko ocem u slučaju postupka asistiranu reprodukcije. Takođe, zakon reguliše i kada je dozvoljeno osporavanje materinstva i očinstva, kao i ko ima pravo da pokrene ove postupke.¹⁴ Međutim, to je samo veoma mali segment pitanja iz oblasti asistiranu reprodukcije koje je regulisao PZ. Veliki prostor dugo vremena bio je van zakonske regulative, a situacija u kojoj ne postoji zakon koji će zabraniti, odnosno dozvoliti određene postupke, predstavlja veliki rizik, kako za pojedinca tako i za društvo u celini.

Biomedicinski potpomognuto oplodjenje (BMPO) nameće veoma različita pravna pitanja. Jedno od njih odnosi se na to koja lica imaju pravo na ove postupke, odnosno koja lica mogu biti subjekti ovih postupaka, zatim da li je dozvoljeno korišćenje genetskog materijala donora i ako jeste, pod kojim uslovima¹⁵, te da li donori imaju pravo na neki vid naknade. Od velikog značaja je regulisati i pitanje dozvoljenosti surogat materinstva, zatim načina na koji se postupak obavlja, odnosno da li se i u kakvoj formi daje pristanak lica koja nameravaju da se podvrgnu postupku BMPO. Na prvi pogled možda manje značajno, ali ipak od velike važnosti jesu i pitanja dozvoljenosti javnog oglašavanja, odnosno reklamiranja u oblasti asistiranu reprodukcije, trgovine genetskim materijalom i sl.

Imajući to u vidu značaj pomenutih i mnogih drugih povezanih pitanja, u Srbiji je 2009. godine donet Zakon o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognute oplodnje.¹⁶ Dugo očekivani zakon, međutim, nije doneo dugo očekivana dobra rešenja. Zakon sadrži dosta kontradiktornosti i nejasnoća, neke situacije su regulisane više puta na različite načine, dok neke odredbe mogu dovesti do apsurdnih situacija, u kojima se najviše štete nanosi detetu, odnosno plodu.¹⁷

¹³ Porodični zakon (*"Sl. glasnik RS", br. 18/2005 i 72/2011 - dr. zakon*), u daljem tekstu: PZ

¹⁴ članovi 57 i 58 PZ

¹⁵ Kovaček Stanić, G. 2010. „Porodičnopravni aspekt biomedicinski potpomognutog oplodjenja u pravu Srbije i evropskim pravima“, *Zbornik matice srpske za društvene nauke*, sveska 131, godina 2010. 415-430

¹⁶ Zakon o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognute oplodnje (*"Službeni glasnik RS", br. 72/2009*), u daljem tekstu: Zakon ili Zakon o BMPO

¹⁷ Tako, odredbe koje regulišu pitanja koja su prvobitno bila regulisana Porodičnim zakonom, a tiču se utvrđivanja i osporavanja materinstva i očinstva, sadrže rešenja koje

Zakon je podeljen u 14 poglavlja, i to: osnovne odredbe, načela postupka BMPO, organizacija zdravstvenih ustanova koje obavljaju postupke BMPO, postupak lečenja neplodnosti, postupak sa reproduktivnim ćelijama donora i ranim embrionima, zabranjene aktivnosti, čuvanje semenih ćelija, neoplođenih jajnih ćelija i ranih embriona, naučnoistraživački rad, medicinska dokumentacija i evidencija, očinstvo i materinstvo lica začetih putem BMPO, nadležnost uprave za biomedicinu u postupcima BMPO, nadzor, kaznene odredbe, prelazne i završne odredbe.

Naglasak ovog rada nastojali smo staviti na kaznene odredbe Zakona, ali pre toga smatramo da je neophodno prethodno pojasniti pojedina rešenja.

2. Osnovne konture normativnog okvira za propisivanje krivičnih dela u oblasti biomedicinski potpomognute oplodnje

Zakonom o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja uređuju se uslovi, način i postupak lečenja neplodnosti kod žena i muškaraca postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja kao i nadzor i nadležnosti državne uprave u ovoj oblasti, a sve radi začeća deteta.

Član 24 Zakona određuje da je cilj postupka biomedicinski potpomognute oplodnje rađanje deteta, i istovremeno zabranjuje započinjanje postupaka radi sprovođenja naučnih istraživanja na embrionu. Zakon dalje predviđa da je sa semenim i jajnim ćelijama, te ranim embrionima potrebno postupati na takav način da, u skladu sa dostignućima medicinske nauke i prakse, dođe do začeća i rađanja deteta.¹⁸

Zakon o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognute oplodnje pre svega reguliše koji su to postupci BMPO dozvoljeni, navodeći:

- 1) unutar telesno oplodjenje, i to:
 - a) unošenje semenih ćelija u polne organe žene,
 - b) unošenje jajnih ćelija zajedno sa semenim ćelijama u polne organe žene;
- 2) vantelesno oplodjenje, i to:
 - a) spajanje jajnih i semenih ćelija izvan tela žene,

moгу dovesti do toga da dete ostane bez pravnog oca ili majke. Ukoliko bismo želeli da ipak primenimo odredbe Porodičnog zakona, koji je ovu oblast regulisao potpuno ispravno, bili bismo sprečeni članom 2 Zakona o lečenju neplodnosti gde se navodi da ako je lečenje neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja na drukčiji način uređeno drugim zakonom primenjuju se odredbe ovog zakona i propisa donetih za sprovođenje ovog zakona.

¹⁸ član 25 Zakona

b) prenošenje ranog embriona u telo žene.¹⁹

Takođe, Zakon dozvoljava i upotrebu doniranog genetskog materijala, odnosno upotrebu doniranih jajnih ili semenih ćelija, dok u pogledu upotrebe doniranih embriona (što predstavlja istovremenu upotrebu doniranih jajnih i semenih ćelija) zakon sadrži nejasnoću.

Naime, Zakon izričito predviđa da je zabranjeno poklanjanje ljudskih embriona u postupku BMPO²⁰, da bi nešto zatim²¹ omogućio da ovlašćena zdravstvena ustanova, odnosno banka ćelija i tkiva, nakon isteka roka od pet, odnosno deset godina, od početka čuvanja oplodnih ćelija odnosno ranih embriona, dužna da od lica od koga potiču reproduktivne ćelije, odnosno neupotrebljeni rani embrioni pismeno zahteva izjašnjavanje o daljem postupanju sa reproduktivnim ćelijama, odnosno neupotrebljenim ranim embrionima, gde se kao moguće rešenje navodi i doniranje za postupak BMPO za druge parove. Ovde se radi o očiglednom propustu zakonodavca da u konačnoj redakciji teksta dosledno da primat jednom od rešenja, a koja su potpuno suprotna jedno drugom.²²

Svi postupci BMPO obavljaju se sa ciljem rađanja deteta i zabranjeno je započinjanje postupaka BMPO radi sprovođenja naučnih istraživanja na embrionima, odnosno stvaranje embriona *in vitro* isključivo radi naučnoistraživačkog rada.²³ Istraživanje se dozvoljava samo na onim ranim embrionima koji nisu odgovarajućeg kvaliteta za prenošenje u telo žene ili za čuvanje, kao i na onim embrionima koji bi se morali pustiti da umru. Takođe, neophodan je zajednički pismeni pristanak supružnika, odnosno vanbračnih partnera koji se podvrgavaju postupku BMPO.²⁴

Međutim ostaje nejasna odredba koja predviđa da nakon isteka roka od pet, odnosno deset godina, od početka čuvanja oplodnih ćelija odnosno ranih embriona, lica od koga potiču reproduktivne ćelije, odnosno neupotrebljeni rani embrioni mogu da se izjasne da zamrznuti genetski materijal žele da doniraju u *naučnoistraživačke svrhe*. Ukoliko je istraživanje moguće vršiti samo na embrionima koji „nisu odgovarajućeg kvaliteta za čuvanje“, kako onda Zakon predviđa mogućnost upotrebe u naučnoistraživačke svrhe zamrznutih embriona koji su evidentno bili odgovaraju-

¹⁹ član 23 Zakona

²⁰ član 56 stav 1 tačka 16 Zakona

²¹ član 58 stav 6 Zakona

²² Kovaček Stanić, G. 2010. „Porodičnopravni aspekt biomedicinski potpomognutog oplodjenja u pravu Srbije i evropskim pravima“, *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, br. 131, str. 427.

²³ član 24 Zakona

²⁴ vid. član 60 i 58 stav 6 Zakona o BMPO

ćeg kvaliteta za „čuvanje“? Između pomenutih normi veoma je teško utvrditi kojoj bi trebalo dati prednost. Ostaje samo jedno prilično neprihvatljivo tumačenje da su rani embrioni nakon isteka pomenutog vremena čuvanja izgubili odgovarajući kvalitet za prenošenje u telo žene, a nisu za dalje čuvanje ili bi se morali pustiti da *umru*²⁵[sic!].

Da bi se bilo koji postupak BMPO izveo, potreban je pismeni pristanak svih lica koja se podvrgavaju postupku, a pristanak se daje posebno za svako izvođenje postupka i može se opozvati u pismenoj formi sve dok se semene ćelije, neoplođene jajne ćelije ili rani embrioni ne unesu u telo žene.²⁶

Zabranjeno je nuđenje, odnosno doniranje reproduktivnih ćelija, odnosno embriona radi sticanja imovinske ili bilo koje druge koristi. Istim članom zabranjuje se *trgovina* reproduktivnim ćelijama, odnosno embrionima, kao i upotreba reproduktivnih ćelija, odnosno embriona do kojih se došlo *trgovinom* u postupku BMPO. Takođe Zakon izričito zabranjuje posredovanje u nuđenju, doniranju, odnosno trgovini reproduktivnim ćelijama, odnosno embrionima radi sticanja imovinske ili bilo koje druge koristi.²⁷

Zabranjeno je reklamirati, odnosno oglašavati potrebu za reproduktivnim ćelijama žene i muškarca, odnosno doniranje reproduktivnih ćelija, sa ili bez nuđenja, odnosno davanja novčane naknade ili druge materijalne ili nematerijalne koristi. Takođe Zakon zabranjuje i oglašavanje, odnosno reklamiranje zdravstvenih ustanova i zdravstvenih radnika koji obavljaju postupak BMPO, kao i banaka ćelija i tkiva u sredstvima javnog informisanja, kao i na drugim nosiocima oglasnih poruka, odnosno na bilo koji drugi način.²⁸

Osim upravo pomenutih, pojedine značajne odredbe Zakona biće analizirane uz same kaznene odredbe. Pre prelaska na sama krivična dela prema Zakonu o BMPO podsetićemo na neka osnovna pitanja zaštite života u krivičnom pravu, a naročito pitanje momenta početka života koje je od presudnog značaja za krivičnopravnu zaštitu embriona.

3. Neki aspekti krivičnopravne zaštite života (u nastajanju)

Zaštita života u krivičnom pravu odstupa od tri osnovne karakteristike krivičnog prava. Tako se za razliku od akcesornog, fragmentarnog i

²⁵ zanimljivo je da zakonodavac ovde eksplicitno ranim embrionima daje status „živih“

²⁶ član 37 Zakona

²⁷ član 28 Zakona

²⁸ Član 29 Zakona

supsidijarnog karaktera krivičnopravne reakcije na povredu dobara, životu pruža samostalna, celovita i primarna zaštita.²⁹

Neprikosnovenost ljudskog života proklamovana je Ustavom Republike Srbije³⁰, koji osim što isključuje postojanje smrtno kazne izričito zabranjuje i kloniranje ljudskih bića.³¹ Zasnovana neposredno na ustavnom načelu krivičnopravna zaštita obuhvata život od njegovog početka do samog kraja. Iako naizgled jasna, ova istinita tvrdnja ostavlja značajan prostor za tumačenje kako u pogledu momenta od kog možemo reći da život postoji, koje je ovde od primarnog značaja za nas, tako takođe i u vezi sa trenutkom prestanka života.

Čini se da je momenat smrti prilično precizno određen u oblasti medicine, te da pravo zaključke ove nauke može preuzeti bez preispitivanja. Iako je nastupanje moždane smrti čoveka nespojivo sa pojmom života, ipak to neće rešiti brojne dileme koje pred krivično pravo izranjaju u vezi sa momentom smrti. Socijalno-etička osnova krivičnog prava, pa i prava uopšte, medicinski pristup vidi kao isuviše uprošćen i nedovoljan za rešavanje krivičnopravnih nedoumica. Složenost života kao pojave potrebno je sagledati u punoj meri, iako ipak ne bismo smeli sebi dozvoliti veće udaljavanje od prirodnog shvatanja života odnosno smrti. Naročito, time ne bismo ni na koji način smeli širiti prostor za lišavanje života samo na osnovu kakvog kvalitativnog suda o (ne)vrednosti života nekog lica. Relativno jednostavna pitanja kao što su prestanak kojih to funkcija predstavlja trenutak smrti ostavljaju i previše prostora za ozbiljne naučne rasprave, da i ne pominjemo visoko složena pitanja života koji „nije vredan življenja“ koja nadilaze kapacitete pravne nauke i traže prostor u okrilju složenih filozofsko-etičkih rasprava.³²

Momenat započinjanja porođaja, obavljao se on prirodnim putem ili tzv. carskim rezom, naravno pod uslovom da je dete živo rođeno, bez obzira na kvalitet takvog života³³ momenat je od kog život čoveka potpuno nesporo uživa krivičnopravnu zaštitu. Određenje trenutka početka života nije od presudnog značaja utoliko pre što je našim krivičnim pravom inkrimi-

²⁹ Stojanović, Z, Perić O. 2009, *Krivično pravo – posebni deo*, str. 5

³⁰ član 24 Ustava Republike Srbije (*"Sl. glasnik RS"*, br. 98/2006)

³¹ vid. član 252 stav 2 Krivičnog Zakonika (*"Sl. glasnik RS"*, br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012 i 104/2013)

³² U vezi sa pomenutim pitanjima vid. izuzetan članak Drakić, D. 2013, „Krivičnopravna zaštita prava na život koji nije vredan življenja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1/2013, str. 229-244

³³ tako. Stojanović, Z, Perić O. 2009, *op.cit.*, str. 7; kao i A.Schönke, H.Schröder, *Strafgesetzbuch – Kommentar*, 27. Auflage, Verlag C.H.Beck, München 2006, s.1772-1780 citirano prema Drakić, D. 2013, *op.cit.*, str. 241.

nisan i nedozvoljeni prekid trudnoće³⁴, a odgovor na pitanje kada ljudski život počinje značajan je zbog razgraničenja nedozvoljenog prekida trudnoće od krivičnih dela kojima se štiti život već rođenog čoveka.

Na osnovu Ustava³⁵ Zakonom o postupku prekida trudnoće u zdravstvenoj ustavnosti³⁶ preciziraju se uslovi pod kojima je dozvoljeno prekinuti trudnoću i sprečiti nastanak života. Imajući u vidu ove izuzetke, polje zaštite ljudskog života time se širi i pre samog njegovog početka, uzimajući u okrilje krivičnog prava još nerođeni zametak odnosno fetus, kao entitet koji predstavlja tek mogućnost života.

Zakonskim uslovima pod kojima je dozvoljen abortus³⁷ opisuje se prostor van koga je *nedozvoljen prekid trudnoće*, čime se ispunjava sadržaj blanketnog dela norme kojom se propisuje istoimeno krivično delo. Prema odredbama ovog zakona prekid trudnoće do desete nedelje je potpuno slobodan, uz opšti uslov da se prekid trudnoće ne može izvršiti kada se utvrdi da bi se njime teže narušilo zdravlje ili ugrozio život žene.³⁸ Iz ovoga proizilazi da do desete nedelje postojanja život u nastajanju nije vidljiv kroz prizmu krivičnog prava, i da može biti objekt krivičnopravne zaštite samo ukoliko bi njegovo odstranjivanje iz tela žene moglo teže ugroziti njeno zdravlje ili život. Dakle, do tog momenta embrion nije objekt krivičnopravne zaštite već stvar odluke žene koja ga nosi u svojoj utrobi, a do aktiviranja krivičnopravne zaštite bi eventualno moglo doći kada bi prekid trudnoće mogao teže narušiti zdravlje ili ugroziti život žene.

Život tako posredno kroz zaštitu ljudskog embriona i njegovu neraskidivu povezanost u ovom periodu za život i zdravlje majke uživa krivičnopravnu zaštitu tek nakon desete nedelje od momenta začeća.

Nakon desete nedelje pa do samog kraja trudnoće i dalje je moguć njen zakonit prekid uz odobrenje konzilijuma lekara, odnosno etičkog odbora ukoliko postoji najmanje jedan od tri predviđena razloga: 1) kada se na osnovu medicinskih indikacija utvrdi da se na drugi način ne može spasiti život ili otkloniti teško narušavanje zdravlja žene; 2) kada se na osnovu naučno-medicinskih saznanja može očekivati da će se dete roditi sa teškim telesnim ili duševnim nedostacima; 3) kada je do začeća došlo izvršenjem krivičnog dela (silovanje, obljuba nad nemoćnim licem, oblju-

³⁴ čl. 120 Krivičnog zakonika Republike Srbije (*"Sl. glasnik RS"*, br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012 i 104/2013)

³⁵ čl. 63 stav 1 Ustava Republike Srbije (*"Sl. glasnik RS"*, br. 98/2006).

³⁶ *"Sl. glasnik RS"*, br. 16/95 i 101/2005 - dr. zakon

³⁷ Zakon o postupku prekida trudnoće u zdravstvenoj ustavnosti (*"Sl. glasnik RS"*, br. 16/95 i 101/2005 - dr. zakon)

³⁸ čl. 6 i čl. 3 Zakona o postupku prekida trudnoće u zdravstvenoj ustavnosti

ba nad maloletnim licem, obljuba zloupotrebom položaja, zavođenje i rodoskrnavljenje).³⁹ Otuda možemo konstatovati da iako se životu u vidu embriona starog više od deset nedelja pruža određena krivičnopravna zaštita u slučaju kada dođe do prekida trudnoće bez nekog od propisanih uslova, razlozi koji će prekid učiniti dozvoljenim odnosno isključiti postojanje dela se pretežno odnose na zaštitu života i zdravlja žene i određenih socijalnih aspekata, dok se samo jedan, eugenični uslov⁴⁰ odnosi na sam život u nastajanju.

Fantastični napredak medicine i sa njom poveznaih nauka omogućio je ostvarenje želje za roditeljstvom i licima koja nisu mogla da dobiju de- te prirodnim putem. Dugogodišnjim istraživanjima koja su omogućila na- predak u oblasti *in vitro* fertilizacije, problem neplodnosti koji je osim medicinskog dobio i svoj društveni aspekt, postao je rešiv. Naročit značaj napredovanja u lečenju neplodnosti došao je do izražaja u vezi sa činjenicom da je u mnogim zemljama, pa tako i kod nas, bela kuga postala de- mografski trend. Ali kako svaki korak unapred istovremeno pruža mo- gućnost da se zloupotrebom najnovijih dostignuća ode i nekoliko koraka unazad, postojanje regulative koje bi takvu mogućnost sprečile i osigurale bezbednu primenu najnovijih dostignuća predstavlja neminovnost. Iako to može biti težak i kompleksan posao, svako pasivno držanje može imati daleko negativnije i opasnije posledice.⁴¹

Zagovornici smo svakog načina kojim se broj rođene dece u Srbiji, i šire od toga, u srpskom narodu uopšte, povećava. U tom smislu, uz iznete napomene o neprikosnovenom značaju života kao vrednosti u krivičnom pravu, smatramo da oblast asistiranje reprodukcije u kojoj ljudski život predstavlja osnovnu vrednost, i koji se, i više od toga, stvara u postupku BMPO, tim pre zaslužuje ozbiljnu krivičnopravnu zaštitu.

4. Krivična dela u oblasti biomedicinski potpomognute oplodnje

Iako je oblast asistiranje reprodukcije od visokog društvenog značaja teško možemo reći da krivične odredbe u Zakonu o BMPO odražavaju ovakav stav zakonopisca, a naročito ne njegovu posvećenost da udahne život ozbiljnoj krivičnopravnoj zaštiti dobara u postupcima biomedicinski

³⁹ Za potrebe ovog rada smatramo nepotrebnim ulaziti u praktične probleme mogućnosti blagovremenog utvrđivanja trećeg uslova uz delovanje pretpostavke nevinosti, niti anahrono i nekorektno nazivlje dela, iz nejasnog razloga taksativno nabrojanih, kao krivičnih.

⁴⁰ Samardžić, Sandra 2011, *op.cit.*, str. 729, tako i: Kovaček Stanić, G. 2010, *op.cit.*, str. 39

⁴¹ Josić, Sandra 2010. *Subjekti postupka in vitro fertilizacije u uporednom pravu i njihov pravni položaj*, završni rad, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu

potpomognute oplodnje. Čini nam se da, mada to na prvi pogled izgleda paradoksalno, upravo u krivičnim normama u Zakonu o BMPO dolazi do izražaja zaključak da loše i hipertrofirano krivično pravo može da bude štetnije od nikakvog krivičnog prava.⁴²

Zakon o BMPO predviđa tri krivična dela. Iako ne možemo osporiti da zakonodavac zaista ima u vidu tri bitno različita krivična dela, identični kvalifikovani oblici, kao i identične zaprećene kazne kod svih oblika svih krivičnih dela, u potpunosti izjednačavaju društveni značaj odnosno opasnost ovi ponašanja. Osim što su radnje svakog pojedinačnog krivičnog dela propisane alternativno sa velikim brojem prilično različitih radnji izvršenja, ova tri krivična dela se i između sebe ipak teško mogu izjednačiti po težini, što je zakonodavac učinio propisujući identične kaznene raspone za sve oblike svakog od ova tri krivična dela.

Dalje, smatramo da se pojedine radnje izvršenja unutar svakog od ovih krivičnih dela ne mogu međusobno izjednačiti, a mogući prostor za korekciju ove nedoslednosti možemo pronaći eventualno u kaznenim rasponima. Unekoliko smisljeno rešenje koje bi se moglo iznaći tumačenjem ovih normi nalaže da bi kod pojedinih radnji koje po prirodi predstavljaju veoma udaljene napade na zaštićeno dobro niskog intenziteta trebalo težiti posebnom minimumu, dok bi kod nekih drugih, *težih* radnji po automatizmu vukle zaprećenu kaznu ka posebnom maksimumu. Iako moguće i dozvoljeno, ovakvo tumačenje ipak smatramo teško prihvatljivim, jer bi se na taj način smanjio domašaj odmeravanja i individualizacije kazne na osnovu otežavajućih i olakšavajućih okolnosti u svakom konkretnom slučaju.

Sva tri krivična dela su neimenovana, no pokušaćemo bliže odrediti njihovu suštinu. Na ovaj način bismo eventualno mogli donekle rasvetliti njihovu prirodu i utrti put ka njihovoj krivičnopravnoj recenziji, pre nego što bismo ih sa adekvatnim nazivima preneli u osnovno krivično zakonodavstvo.

4.1 Član 71

Prvim krivičnim delom iz člana 71 Zakona, pre svega pruža se zaštita odredbi člana 28 Zakona kojom se zabranjuje sticanje koristi od postupka BMPO. Postojanje naknade za svaku od predviđenih radnji izvršenja, odnosno njen komercijalni karakter, bilo da se to izričito zahtevakao obeležje bića krivičnog dela ili proizilazi iz prirode same inkriminisane

⁴² Stojanović, Z. 2011, „Krivično pravo u doba krize“, *Branich*, br. 1-2, str. 29

radnje, zajednički je imenitelj svih propisanih radnji izvršenja ovog krivičnog dela.⁴³

Prvi oblik podrazumeva davanje reproduktivnog materijala uz naknadu radi postupka BMPO. Kako se zahteva da se davanje vrši *uz naknadu* pod ovu radnju ne može se podvesti poklanjanje reproduktivnih ćelija ili embriona. Tumačeći značenje glagola kojim se predviđaju moguće radnje izvršenja ovog krivičnog dela, ostaje nejasno zašto zakonopisac osim *davanja uz naknadu* navodi i *prodaju* kao radnju izvršenja. U granicama našeg poznavanja srpskog jezika, ova dva izraza predstavljaju sinonime. Imajući u vidu da Zakon izričito predviđa zabranu poklanjanja ljudskih embriona u postupku BMPO⁴⁴ mogli bismo pomisliti da je kršenje ove norme naš zakonopisac predvideo kao prekršaj. Pa ipak, analizom odredbe Zakona kojom su propisani prekršaji⁴⁵ dolazimo do suprotnog zaključka. Naime, na mestu na kome kao prekršaje predviđa kršenja člana 56 Zakona kojim se propisuju zabranjene aktivnosti u postupku BMPO, izostavljene su svega četiri tačke⁴⁶ od kojih su tri predviđene kao krivična dela, a da pri tom poklanjanje ljudskih embriona u postupku BMPO nije predviđeno ni kao prekršaj. Smatramo da ovo predstavlja propust zakonodavca te da ukoliko *davanje bez naknade* odnosno poklanjanje reproduktivnog materijala nije dovoljno društveno opasno da bi bilo inkriminisano kao krivično delo, svakako bi trebalo biti predviđeno barem kao prekršaj. Na ovaj način, iako izričita, zabrana poklanjanja ljudskih embriona praktično ostaje bez sankcije.

Analizom pomenutih prekršajnih odredaba nailazimo na još jednu zanimljivu situaciju. Zakon kao jednu od mogućih radnji izvršenja krivičnog dela iz člana 71 predviđa i *nuđenje* svojih ili tuđih reproduktivnih će-

⁴³ Tako, ovo krivično delo poznaje deset mogućih, alternativno postavljenih radnji izvršenja, i čini ga ko: dâ svoje ili tuđe reproduktivne ćelije ili embrion uz naknadu radi postupka BMPO; nudi svoje ili tuđe reproduktivne ćelije ili embrion uz naknadu radi postupka BMPO; vrbuje; prevozi; prebacuje; predaje; prodaje; kupuje; posreduje u prodaji ili posreduje na bilo koji drugi način u postupku BMPO; ili učestvuje u postupku BMPO sa materijalom koji je predmet komercijalne trgovine.

⁴⁴ član 56 stav 1 tačka 16 Zakona

⁴⁵ član 74 (obratiti pažnju na stav 1 tačka 16) Zakona

⁴⁶ *ibid.* Iz prekršajne inkriminacije izostavljene su tačke 1, 16, 17 i 25 stava 1 člana 56 (Zabranjene aktivnosti u postupku BMPO); 1) doniranje i korišćenje reproduktivnih ćelija, odnosno embriona bez pismenog pristanka donora; **16) poklanjanje ljudskih embriona u postupku BMPO**; 17) upotrebljavati reproduktivne ćelije donora koji nije živ u postupku BMPO, ako ovim zakonom nije drugačije propisano; 25) uključiti ženu koja ima nameru da dete posle rođenja ustupi trećem licu sa ili bez plaćanja bilo kakve naknade, odnosno ostvarivanja bilo kakve materijalne ili nematerijalne koristi, kao i nuđenje usluga surogat majke od strane žene ili bilo kog drugog lica sa ili bez plaćanja bilo kakve naknade, odnosno ostvarivanja druge materijalne ili nematerijalne koristi.

lija ili embriona uz naknadu radi postupka BMPO. Sa druge strane predviđen je prekršaj čija radnja se sastoji u **reklamiranju** odnosno **oglašavanju doniranja** reproduktivnih ćelija ili embriona uz davanje naknade **u sredstvima javnog informisanja**, kao i na drugim nosiocima oglasnih poruka, odnosno na bilo koji drugi način.⁴⁷ Otuda dolazimo do teško prihvatljivog zaključka da kada se reproduktivni materijal nudi uz naknadu, nekom određenom licu ili određenom, učiniocu poznatom, krugu lica tada lice vrši krivično delo, a kada se ista radnja preduzme prema širem, praktično neograničenom krugu lica putem sredstava javnog informisanja, tada to ostaje samo prekršaj.

U ovom, nazovimo ga prvim, krivičnom delu interesantna je još i radnja **prebacivanja** u postupku BMPO. Iz teksta ovog člana možemo zaključiti da se pod *prebacivanjem* ne podrazumeva dislokacija u smislu radnje **prevoženja**, koju zakonopisac posebno predviđa. Čini se da je zakonodavac ovde imao u vidu prebacivanje reproduktivnog materijala preko državne granice. Ovde se javlja problem odnosa pomenutog krivičnog dela izvršenog radnjom *prebacivanja* sa prekršajem⁴⁸ čija je radnja izvršenja obavljanje uvoza, odnosno izvoza reproduktivnih ćelija radi pravljenja embriona u postupku BMPO.⁴⁹ Iako se čini da je prostor za iznalaženje zakonodavčevog nauma mogućnost tumačenja koje bi pod *prebacivanjem* moglo podrazumevati kakvo krijumčarenje odnosno ilegalno prenošenje materijala preko državne granice, dok bi se ista radnja preduzeta u skladu sa zakonom smatrala uvozom odnosno izvozom. Mogućnost ovakvog tumačenja isključena je članom 39 Zakona koji izričito zabranjuje uvoz, odnosno izvoz reproduktivnih ćelija radi pravljenja embriona u postupku BMPO, pa tako ovu radnju uopšte nije moguće preduzeti u skladu sa zakonom. Promišljajući nadalje konstatujemo da celokupna predmetna inkriminacija stavlja naglasak na lukrativni aspekt zahtevajući izričito da se neke od alternativno predviđenih radnji vrše uz naknadu, ili predviđajući određene radnje čija sama priroda (prodaja, kupovina, pa u izvesnoj iako manjoj meri i vrbovanje i posredovanje) podrazumeva kakvu korist

⁴⁷ član 74 stav 1 tačka 4 Zakona; Novčanom kaznom od 500.000 do 1.000.000 dinara kazniće se za prekršaj pravno lice - zdravstvena ustanova, odnosno banka ćelija i tkiva, ako: 4) oglašava, odnosno reklamira potrebu reproduktivnim ćelijama, odnosno embrionima, kao i oglašava doniranje reproduktivnih ćelija, odnosno embriona sa ili bez nudenja, odnosno davanja novčane naknade ili druge materijalne ili nematerijalne koristi ili ako oglašava, odnosno reklamira zdravstvenu ustanovu ili zdravstvene radnike koji obavljaju postupak BMPO, u sredstvima javnog informisanja, kao i na drugim nosiocima oglasnih poruka, odnosno na bilo koji drugi način;

⁴⁸ član 74 stav 1 tačka 8 Zakona

⁴⁹ Zanimljivo je da Zakon zabranjuje uvoz, odnosno izvoz **reproduktivnih ćelija** radi pravljenja embriona u postupku BMPO, ali ne i samih gotovih embriona.

za učinioca. Ovo otvara određenu mogućnost da se razgraničenje ovog krivičnog dela odnosno radnje *prebacivanja* od prekršaja učinjenog radnjom *uvoza odnosno izvoza* eventualno pokuša izvršiti na osnovu (ne)postojanja naknade za prenošenje materijala za BMPO preko državne granice. Tako bi se prema težini delikta uvozom odnosno izvozom moglo smatrati prenošenje *bez*, a prebacivanjem prenošenje materijala *uz* određenu naknadu. Osim što jezičko tumačenje upotrebljenih glagola gotovo da ne dozvoljava prostor za ovakav zaključak, smatramo da ni zakonopisac nije to imao u vidu. Na osnovu svega iznetog smatramo da je propisivanjem prelaska državne granice sa reproduktivnim materijalom i kao prekršaja i kao krivičnog dela načinjena tehnička greška. Navedenu situaciju bi trebalo tumačiti u korist postojanja navedenog prekršaja u datoj situaciji, a za glagol prebacivati, kao jednu od alternativno propisanih radnji izvršenja krivičnog dela, valjalo bi tražiti kakav drugi smisao. Smatramo da bi u slučaju prenošenja materijala za BMPO preko državne granice postojao pomenuti prekršaj iz razloga što se nepreciznost i nedoslednost zakonodavca nikako ne bi smela tumačiti na štetu okrivljenog, ali i zato što je kod propisivanja ovog prekršaja potpuno i nedvosmisleno jasno šta predstavlja radnju ovog prekršaja, dok je kod krivičnog dela formulacija nejasna i neprecizna.

Ako lice *učestvuje u postupku BMPO sa reproduktivnim ćelijama odnosno embrionima koji su predmet komercijalne trgovine*, tada bi njegov umišljaj morao da obuhvati i činjenicu da je reproduktivni materijal predmet komercijalne trgovine. Ukoliko bi pak lice u odnosu na ovu činjenicu bilo u stvarnoj zabludi, makar i otklonjivu, koja bi isključivala umišljaj tada ne bi bio ostvaren ovaj oblik krivičnog dela.

Kao što smo istakli sva tri krivična dela imaju iste kvalifikovane oblike, pa ćemo se na njih zbirno osvrnuti naposljetku.

4.2 Član 72

Drugim krivičnim delom iz člana 72 Zakona, sankcionisana je povreda načela slobode odlučivanja⁵⁰ kao i drugih odredaba Zakona koje ga dalje razrađuju i preciziraju zahtevajući pismeni pristanak svih lica koja se podvrgavaju postupku BMPO⁵¹, naročito donora⁵², zatim pitanje korišćenja reproduktivnih ćelija za života i nakon smrti⁵³, odnosno raspolaga-

⁵⁰ član 9 Zakona; Načelo slobode odlučivanja ostvaruje se garantovanjem prava na slobodno odlučivanje, odnosno slobodni pristanak svih lica koja se podvrgavaju postupku lečenja neplodnosti primenom BMPO.

⁵¹ član 37 Zakona

⁵² član 49 Zakona

⁵³ član 53 Zakona

nja reproduktivnim ćelijama⁵⁴, kao i pitanje pristanka na naučnoistraživački rad nad ranim embrionima⁵⁵. ***Izostanak nepohodnog, najčešće pismenog, pristanka*** učesnika u postupku BMPO zajednički je imenitelj svih propisanih radnji izvršenja ovog krivičnog dela.⁵⁶

Iako je odsustvo pristanka donora suština ove inkriminacije, Zakon predviđa da je jedna od radnji izvršenja i učestvovanje u uzimanju reproduktivnih ćelija, odnosno embriona ***od umrlog lica***, nezavisno od njegovog (ne)pristanka.

Prva radnja izvršenja krivičnog dela iz ovog člana podrazumeva obavljanje ili učestvovanje u postupku BMPO sa ćelijama ili embrionima lica koje za to nije dalo pristanak.

Širenjem kriminalne zone ovog krivičnog dela uvek kada se reproduktivne ćelije odnosno embrioni uzmu ***od umrlog lica***⁵⁷ praktično je obesmišljena sledeća radnja izvršenja koja inkriminiše uzimanje reproduktivnog materijala ***od lica koje je za života zabranilo davanje reproduktivnih ćelija***⁵⁸, odnosno kada nedostaje pristanak njemu bliskih lica. Tako je čak i u situaciji kada neko lice za života nije zabranilo davanje reproduktivnih ćelija; pa čak i kada postoji njegov pristanak ili saglasnost bliskih lica i dalje će postojati ovo krivično delo jer prethodna radnja izvršenja podrazumeva da uzimanje reproduktivnog materijala ***od umrlog lica*** u svakom slučaju predstavlja ovo krivično delo. Iz istog razloga ovakvom normom zakonodavac je obesmislio odredbu kojom je moguće posle smrti donora moguće u postupku BMPO upotrebljavati njegove reproduktivne ćelije ako je donor za života dao pismeni pristanak u skladu sa ovim zakonom.⁵⁹

⁵⁴ član 59 Zakona

⁵⁵ član 60 Zakona

⁵⁶ Ovo krivično delo poznaje tri moguće, alternativno postavljene radnje izvršenja, i čini ga ko: obavi ili učestvuje u postupku BMPO sa reproduktivnim materijalom lica koje nije dalo pismeni pristanak za postupak ili zauzimanje materijala; učestvuje u uzimanju reproduktivnih ćelija, odnosno embriona od umrlog lica; obavi uzimanje reproduktivnog materijala od lica koje je za života zabranilo davanje u slučaju svoje smrti ili bez pismenog pristanka zakonskog zastupnika, odnosno staratelja uz prethodnu saglasnost organa starateljstva u skladu sa ovim zakonom.

⁵⁷ Prema našem jezičkom tumačenju i kod ove radnje misli se na postupak uzimanja ćelija sa lica koje u momentu uzimanja nije živo.

⁵⁸ Logičko tumačenje navodi na zaključak da je zakonodavac i ovde mislio da se materijal uzima od lica koje je u momentu uzimanja ćelija mrtvo.

⁵⁹ član 53 stav 3 Zakona. Zanimljivo je da se ovde traži pismeni pristanak donora da se njegove reproduktivne ćelije mogu upotrebljavati posle njegove smrti, dok se kao obeležje bića krivičnog dela zahteva da je za života ovo zabranio. Ostaje nejasno šta sa slučajem kada ne postoji niti zabrana, niti pristanak umrlog lica.

4.3 Član 73

Poslednjim propisanim krivičnim delom iz člana 73 Zakona, pre svega obezbeđuje se sankcija za povredu zabrane predviđene članom 56 koji u stavu 1 tački 25 izričito zabranjuje surogat materinstvo, što je zajedničko obema predviđenim radnjama izvršenja ovog krivičnog dela.⁶⁰ Kod ovog krivičnog dela ostaje nejasno zašto zakon ne predviđa mogućnost da i sama žena koja nudi usluge surogat majke ili se uključuje u postupak BMPO u tom svojstvu odgovara za ovo krivično delo.

Nakon pojedinačne analize krivičnih dela koja predviđa Zakon o BMPO, učinićemo kratak osvrt na neke njihove zajedničke karakteristike.

Sva krivična dela su umišljajna, pa tako i otklonjiva stvarna zabluda ima visok značaj. Analizirana krivična dela imaju veoma složena bića, koja u sebi gotovo uvek sadrže i obeležje da se određena radnja preduzima *radi postupka BMPO*. U ovakvim okolnostima izuzetno je široko polje delovanja stvarne zablude. Ovo naročito sa aspekta dokazivanja svesti lica da se određena radnja preduzima radi postupka BMPO preduzimanja, što bi i u slučaju otklonjive stvarne zablude u odnosu na ovu ili bilo koju drugu bitnu činjenicu isključilo postojanje krivičnog dela.

Imajući u vidu zaprećene kazne pokušaj svih dela je kažnjiv. U gotovo svim slučajevima moguće je zamisliti radnju podstrekavanja i pomaganja, dok su ove radnje na nekim mestima podignute na nivo radnje izvršenja.

Sva krivična dela mogu biti izvršena od strane bilo kog lica, iako će kod određenih radnji po njihovoj prirodi mogući izvršilac biti samo lekar odnosno zdravstveni radnik. Uz iznete primedbe na račun kvalifikovanih oblika svih krivičnih dela, možda bi *de lege ferenda* trebalo predložiti kvalifikovane oblike određenih dela kada neke od radnji izvrši lice sa posebnim svojstvom odnosno lekar ili zdravstveni radnik.

Izneti problemi razlikovanja između pojedinih krivičnih dela, odnosno pojedinih radnji izvršenja unutar istog krivičnog dela⁶¹ gube na značaju propisivanjem istih kaznenih raspona kod sva tri krivična dela. Oslanjajući se na sve iznete terminološke i suštinske primedbe smatramo da to upravo ukazuje na nelogičnost istih zaprećenih kazni kod svih oblika svih krivičnih dela.

⁶⁰Tako, ovo krivično delo vrši onaj ko u postupak BMPO *uključi* ženu koja ima nameru da dete posle rođenja ustupi trećem licu; kao i onaj ko nudi usluge surogat majke.

⁶¹ Ali ne i između krivičnih dela i prekršaja predviđenih u Zakonu o BMPO, niti sa krivičnim delima predviđenim u drugim zakonima.

Za svako od krivičnih dela koja predviđa Zakon o BMPO predviđen je osnovni oblik, tri kvalifikovana i jedan posebni oblik. Zaprećena kazna za osnovne oblike jeste zatvor od dve do deset godina.

Prvi kvalifikovani oblik svakog od tri krivična dela podrazumeva da je delo učinjeno prema maloletnom licu, kada Zakon predviđa samo posebni minimum od tri godine, što vodi primeni opšteg maksimuma koji naš zakonodavac vidi na dvadeset godina. Ovakav raspon kazne prilično je neuobičajen u našem krivičnom pravu. Iako je biće predmetnih dela prilično specifično, zbog ovako širokog raspona moguće je da dođe do kriminalnopolitički neprihvatljivih rezultata kod sticaja ovog težeg oblika nekog od analiziranih krivičnih dela iz Zakona o BMPO i nekog drugog krivičnog dela. Teško da se može objasniti situacija da je vršenje dela prema maloletniku teži oblik, a da pri tom nema najtežeg oblika po ovom kriterijumu kada se delo vrši prema detetu. Razume se da se pod pojmom maloletnika može, i ovde bi se i moralo u cilju izbegavanja paradoksalnog rezultata, smatrati i dete, ali u krivičnom pravu nije uobičajeno da je isti oblik predviđen za maloletnika i za dete kao pasivne subjekte. Ovo ne smatramo kakvim značajnim propustom zbog prirode inkriminacija u kojima će dete zbog biološke zrelosti teško moći da bude pasivni subjekt nekog od ovih krivičnih dela. Ipak, poznati su i retki slučajevi začeca u najranijem detinjstvu, pa bi krivični zakonodavac ipak i to trebao da ima na umu.

Trećim stavom zakonodavac predviđa svako od krivičnih dela kao delo kvalifikovano težom posledicom u vidu teške telesne povrede donora reproduktivnih ćelija odnosno embriona, sa zaprećenom kaznom zatvora od tri do petnaest godina zatvora. Iako su neke od radnji iz osnovnih oblika objektivno nespojive sa teškom telesnom povredom donora i ne bi bilo moguće utvrđivanje neophodne uzročne veze između radnje izvršenja osnovnog oblika i nastupele teže posledice koja se ima obuhvatiti nehatom učinioca, ostaje začuđujući izuzetno visok posebni maksimum koji dostiže gornju granicu kazne zaprećene za umišljajno lišavanje života. Ovo može dovesti do problema kada je iznesnost nastupanja teže posledice bila toliko visoka da izlazi iz granica nehata učinioca, pa se može reći da on pristaje na njeno nastupanje, kada bi inače došlo do sticaja osnovnog oblika nekog od ovih dela i krivičnog dela teške telesne povrede.

U slučaju da ***nastupi smrt davaoca***⁶² reproduktivnih ćelija odnosno embriona koja se može ***pripisati nehatu učinioca*** Zakon predviđa neuobičajeno visoku kaznu zatvora od najmanje deset godina čime ovo delo, iako

⁶² Interesantno je da je ovo jedino mesto u Zakonu na kome se pominje *davalac*. Pretpostavljamo je da bi ovaj termin morao odgovarati u Zakonu korišćenog pojma *donora*.

ne koristi mogućnost izricanja kazne zatvora od trideset do četrdeset godina, gotovo da izjednačava sa delom teškog ubistva izvršenog razume se sa umišljajem, a čini ga težim od običnog umišljajnog ubistva.

U poslednjem stavu svakog od članova kojima Zakon o BMPO predviđa krivična dela propisan je svojevrsan posebni oblik za **bavljenje** vršenjem odnosno **izvršenje od strane organizovane grupe** osnovnog i prvog kvalifikovanog oblika dela, za koji je zaprečena kazna zatvora od najmanje 5 godina. Tumačenjem ove odredbe dolazi se do zanimljivog rezultata da ukoliko se neko bavi vršenjem osnovnog oblika dela ili ga izvrši organizovana grupa pa iz toga proizađe teža posledica da će odgovarati isto kao i da se ne bavi, odnosno kao da ga nije izvršila organizovana grupa. Iole upoznatom studentu druge godine osnovnih studija na kojoj se u nas uobičajeno izučava materija krivičnog prava poznato je da krivično pravo poznaje pojmove **grupe** i **organizovane kriminalne grupe**. Iako se čini da je zakonodavac ovde mislio na organizovanu kriminalnu grupu, nismo sigurni da bismo na ovaj način smeli tumačiti krivičnu normu.

5. Završna razmatranja

Poznato je da oblikovanje krivičnopravne norme (odnosno odredbe kojom se ona izražava) zahteva visokstepen kako poznavanja materije, tako i opreza jer često na prvi pogledi manje intervencije mogu voditi dalekosežnim posledicama.⁶³

Prema prirodi ovih krivičnih dela otvorena je mogućnost za primenu mere bezbednosti oduzimanja predmeta iz člana 87 KZ jer smatramo da je iz moralnih razloga to neophodno. Zakonopisac je trebao da iskoristi mogućnost da pojam predmeta iz pomenute mere bezbednosti proširi na specifičnosti reproduktivnog materijala, a naročito da iskoristi mogućnost stava 3 člana 87 KZ da propiše **obavezno** oduzimanje, pa u najvećem broju slučajeva i njihovo **obavezno uništavanje**.

Nomotehnika, poznavanje srpskog jezika, a naročito predanost zakonopisca Zakona o lečenju nepolodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplođenja naišla je na zaprepašćenje šire stručne i opšte javnosti. Zakonski tekst je još u fazi začeca, izrade nacрта, pa potom i predloga zakona bio podvrgnut žestokoj kritici. Ostaje nam čuđenje nisu li kakvi božanski razlozi naveli zakonodavca da ne koriguje zakonopisce i pre nego što je ovaj propis ugledao svetlost dana spreči rađanje Zakona sa teškim formalnim i materijalnim nedostacima.

⁶³ Stojanović, Z. 2011, *op.cit.*, str. 44

I dok se jedni od nas bore kako da unište život u nastajanju, drugi čine sve da prevaziđu prirodne prepreke i začnu novi život. Osim ostalih razloga za prekid trudnoće, smatramo da u velikom broju slučajeva teški materijalni uslovi života dovode do velikog broja abortusa, naročito u sivoj, pravno nevidljivoj zoni. Sa druge strane, nažalost svedoci smo, da je sve veći broj lica koja nisu u mogućnosti da prirodnim putem postanu roditelji. Iako zvuči paradoksalno, smatramo da je materijalna kriza i neizvesnost praćena stresom osnovni uzrok obe pojave – sve većeg broja abortusa, ali i rastućeg problema fertiliteta i potrebe za veštačkom oplodnjom.

Tehnički loše formulisane norme, u prvom redu pokazuju nemarodnos države prema krivičnom pravu. O sličnim pojavama u krivičnom pravu piše profesor Stojanović ističući da je uzroke takvog odnosa teško objasniti, razmišljajući o više objašnjenja. Tako, profesor navodi mogućnost da se krivično pravo nedovoljno ozbiljno shvata, pitajući se iz kojih razloga. Sa druge strane ostavlja mogućnost da se krivičnopravne norme namerno čine lošim i nepreciznim kako bi se time omogućila njihova arbitrerana primena. Čini nam se najpribližnijim retorički zaključak ovog autora da možda objašnjenje treba tražiti u sveopštem nemaru, aljkavosti i diletantizmu koji je u Srbiji prisutan i u mnogim drugim oblastima?⁶⁴

Analizirana krivična dela oživela su iako više liče na kakve kreature iz laboratorije. Teško da se sa pomenutim problemima možemo nositi kroz tumačenja u praksi, jer smo videli da je u mnogim situacijama potpuno nejasno šta je zakonopisac imao na umu i gotovo je nemoguće verovati da Zakon može postati dobar ako ga čovek primenjuje kako treba.⁶⁵

U svim kulturama rođenje deteta, pa i samo začecje predstavljaju centralni događaj u porodici kojim se ona upotpunjuje i dobija smisao svog postojanja. Imajući u vidu da je savremena porodica zapadnog sveta danas sve manja i sve češće predstavlja nuklearnu porodicu koju nažalost čine roditelji i samo jedno dete, značaj rođenja deteta postaje još veći. Samom začecu, rođenju i nadalje svemu što se oko jedinog deteta dešava prirodno se pridaje jedan veći i gotovo ceremonijalni značaj, što dalje vodi precenjivanju svega dobrog i lošeg u vezi sa detetom. Teško da možemo reći da je ovakav poredak stvari u najboljem interesu samog deteta. Pre samo dve generacije porodična zadruga sa velikim brojem dece predstavljala je dominantan model porodice kod nas. Uz sve iznete zamerke

⁶⁴Stojanović, Z. 2011, *op.cit.*, str. 44

⁶⁵(1 Tim 1, 8)

na račun zakonodavca, zakonsko regulisanje asistirane reprodukcije ipak predstavlja veliki korak. Uz dalje uređivanje regulative, ipak treba podržati svaki napor u oblasti planiranja porodice u pozitivnom pravcu sa ciljem povećanja broja rođene dece, koji je odavno postao egzistencijalnog karaktera za srpsko nacionalno biće u odumiranju.

*Stefan Samardžić, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Criminal Law Aspects of Assisted Human Reproduction in Serbia

Abstract: Numerous shortcomings of the Law on Infertility Treatment by Biomedically Assisted Fertilization culminate in provisions defining criminal offences. A question is raised regarding the possibility and results of the application of such criminal provisions due to the legislative technique used in the process of their creation, language, qualified forms of the offences, span of criminal sanctions, as well as having in mind the overlapping of such criminal offences with some of the misdemeanors punishable by the same Law. A possibility to provide for a criminal law protection in this highly sensitive area is put into question due to a very courageous action of the legislator reflected in the attempt to introduce criminal offences, punishable by long prison sentences.

Key words: assisted human reproduction, criminal offences, misdemeanors.

ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE

Zoltán Nagy, Ph.D., Associate Professor
University of Miskolc
Faculty of Law

THE ROLE OF ENVIRONMENTAL TAXATION IN ENVIRONMENTAL POLICY¹

Abstract: *In recent years the issue of sustainable development and environmental protection have become a central issue, because of the increasing pollution. Environmental policy applies different types of instruments in order to realize the goals of environmental protection and sustainable development. Although the scale of these instruments are wide, but as the experiences show the economic instruments are the most effective ones considering all of the adverse consequences. Environmental taxes have got more and more significance between the economic instruments. Their significance can be showed by their revenues. In the European Union's regulation the supranational harmonisation of these instruments is inevitable, which is well represented by the regulation of energy taxation. Lots of barriers and counterarguments can be brought up against environmental taxes but a better instrument in the field of environmental regulation has not been invented yet.*

Key words: *environmental taxes, environmental protection*

1. Introductory thoughts

The OECD countries and within them also the EU are dealing with some problems, which have arisen from this issue.²

These are:

- levying taxes and fees,
- tax rates,
- tax burden,

¹ „This research was (partially) carried out in the framework of the Center of Excellence of Sustainable Resource Management at the University of Miskolc.”

² OECD: Implementation Strategies for Environmental Taxes. In: Kiss Károly: Zöld gazdaságpolitika, BKÁE, Budapest, 2005. 100-115. pp.

- administrative issues,
- tax adjustment along the border.

When taxes and fees are being levied, the damages - which have been caused directly or indirectly by them - are needed to be considered during the regulation. The application of taxes is efficient, if the contamination is significant and immovable, while the application of fees is expedient, if the contamination is insignificant and the consumption of a product is significant and scattered.

Acceptability of the taxes and fees has a basic impact on efficiency. Two important elements increase the acceptability; firstly the connection with the environmental damages and secondly the return of environmental taxes to the polluter. If the tax's connection with the environmental damages is weak, then it hardly influences the polluters' attitude. Pollution can occur equally in the field of production and consumption, so taxation has to influence also the polluting level of production and consumption. The return of environmental taxes to the polluter increases the accessibility of taxes.

The OECD Report points out that the substitution effect has to be excluded, i.e. the taxpayer moves pollution from one environmental element to another, and also induces substitute activities. It is also important to mention that the taxation have to be calculable and stable in the long term: this plays a particularly important role in investments' decision.

The optimal rate of tax basically impacts the efficiency of taxation. The environmental aim has to be kept in mind when defining the rate of tax, because an optimal rate, which can be modified continuously, helps to reach the optimal level of environmental protection. (If the tax rate is defined at a low level, it will not lead taxpayers to reduce pollution, application of high rates influences taxpayer to use illegal solutions.) It is expedient to define the rate differentially, because a low rate is proper to reach environmental aims in long terms, but the higher rates are efficient for reaching short term goals. The differentiation according to the pollutant content is also very important.

As far as possible the amount of products has to be the base of eco taxation and not its value, because the worsening of the quality is an optional loophole from taxation.

Of course the tax rate has to be reviewed periodically thanks to the inflation, changes in relative prices or the realization of environmental aims.

The problem with tax burden is that the taxpayer passes on the tax burden, i.e. the taxpayer and the person, who actually pays the tax are different. According to this the consumer, the owners of capital, the worker, the owner of natural resources can pay the taxes and fees. Tax payers try to pass on the tax burden according to their position in market, which can induce social or economic problems. So the social or economic impacts have to be considered when a new tax or fee is introduced.

The analysis of administrative issues is important because it is important to analyse whether the tax collected is proportional to the cost and administration of its collection. Environmental taxes and fees mean relatively low revenue in a tax regime. (Other taxes have got more income for the budget e.g. VAT, personal income tax...etc.) Using regular tax authorities for collecting tax revenues from eco taxes and fees is a cost-effective solution. The integration of these taxes and fees into the existing tax regime entails cost reduction.

When discussing the issue of tax adjustment along the border, the international aspects have to be considered too. Wrongly chosen taxation can affect international competitiveness and the efficiency of economic instruments. From the aspect the problem of taxes on production and on consumption is different. Taxes on production affect only the national production, but nevertheless if taxes on the substitute product in the neighbouring countries are lower the issue of international competitiveness also arisen. In the case of the taxes on consumption not only the national, but the imported products are taxed. If the product can be substituted then the demand for the replacement product can increase.

2. Advantages and disadvantages of the application of environmental taxes

From the aspect of environmental policy the analysis of the advantages and disadvantages of environmental taxes are important, because through the analysis it can be defined, which type of tax can give the most optimum result in reaching the aims of environmental policy. The literature highlights the advantages and disadvantages.³

The advantages of environmental taxes:

- Minimising cost factors. The costs of reducing pollution differ according the polluters and technologies, therefore the taxes are suitable for reaching the optimal level of pollution with the lowest costs. On the other hand, the costs of the regulatory authorities do not rise, like in the field of direct regulation.
- Static incitement. The effective management of the given technology in order to the performance of emission. In many situations the technology itself cannot reach the optimum level of pollution, but the punctual and professional management of technology is very important. The taxes incite the polluter to use the technology effectively.

³ Don Fullerton – Andrew Leicester – Stephen Smith: Environmental taxes. NBER Working Paper No. 14/97. www.nber.org/papers/w14/97. (date of download: 2012. 07. 01.) 6-20.pp, Ђорђе Попов, Политике заштите животне средине-економско-правни аспекти, Зборник radova Pravnog fakulteta u novom Sadu 3/2011, 23-41.pp.

The advantages and disadvantages are analysed based on these authors' work.

- Dynamic incitement. It basically means the incitement for using new technologies and reducing pollution of the environment. The regulation with prescribing the level of environmental pollution does not incite the polluter to reduce the pollution below the prescribed level. The polluters often aware of performing pollution below the expected level, so the level will be prescribed in lower levels. But taxation means a continuous incitement for reducing continuously the pollution, namely below the prescribed level. Tax refund means a source for developing new technologies, which can generate more and more cost effectiveness.

- General regulation. Taxes are unified for all of the polluters, so the regulation cannot take into account the different types of polluters. For creating an effective regulation it is inevitable to negotiate with the polluters about the rates and technological expectations of the environmental regulators. But this method can worsen the effectiveness, because the polluters can soften the regulators and can require specific exemptions. In the case of taxes this danger does not exist, so the environmental effectiveness does not reduce through the normativity of taxes.

- Cost-limiting properties. The rates of the taxes restrict from above the cost of reduction, with this protecting the polluters from the risk of cost reduction. It can occur that the costs of reducing the level of pollution are significantly higher than the resulted environmental benefits. But in the case of taxes it is eliminated, because if the cost of reducing pollution is higher than the taxes rates the polluter rather paying the higher tax rates than paying the higher costs to reduce pollution.

But environmental taxes also have significant disadvantages, which are also important to be analysed for applying or eliminating them effectively. It has to be stated that the application of environmental taxes can be inefficient.

The disadvantages of the environmental taxes are:

- Uncertain environmental impact. The environmental taxes have got an incentive effect, but they do not guarantee the level of contamination, as against the direct regulation. It was highlighted in the part about of the cost-limitation effect, that there is a type of cost, where the affected parties undertake the pollution, so in a case, where the punctual performance of the environmental aim and the compliance of the pollution's level are important, may not be sure, that the taxes have got the sufficient effectiveness.

- Decision-making structure. The effective application of the taxes is influenced by the decision-making structure, the restructuring costs. This problem is not arisen for small enterprises, but for the bigger ones the harmonisation of paying environmental taxes, choosing the proper technology to reduce the pollution and cost analysis means a big problem. The transformation of the deci-

sion-making structure and the enterprises means significant costs, therefore if the environmental tax rates are low, this does not induce reorganization processes for the enterprises. It follows therefrom that the enterprises rather pay environmental taxes than reduce pollution.

- Lack of experience. The lack of experience means a significant barrier in the field of the application of environmental taxes. It is evident that there are fields of the application, where the lack of experience exists, but if the application of direct instruments is disadvantaged, the environmental taxes are applied. It can be generally stated, that the OECD countries and the EU have got enough experience about the application of environmental taxes.

- Administrative and enforcement costs. The application of direct instruments and environmental taxes also require regulatory, administrative and enforcement mechanisms. In case of taxes on emission the punctual definition of emission rates, the control of production data also makes it difficult to define and collect the tax. However the environmentally harmful effect is less documented (e.g. logging, water pollution) so illegal activities can be realized. It is highly reasonable to maintain the expensive enforcement mechanism for controlling these activities.

- Differences between emission sources. The changes of the damages caused by pollution depend on the emission sources, but generally a unified emission tax is applied for different emission sources. The unified emission tax is not as efficient as the source based tax assessment. The same tax regulation does not have to be applied for all of the emission sources; however with differing between the sources the polluter's lobbying activity can impact environmental policy. So in many cases the less efficient unified taxes are applied.

- Activities to avoid pollution. Environmental taxes may have environmental damaging impacts, which can be more serious than not having any regulation at all. Taxes on waste materials can incite reducing waste, but it can also induce illegal placement and waste incineration. In this case the social cost of subsequent disposal and environmental degradation is bigger than the cost and impact of pollution.

- Political considerations. Environmental taxes are not always accepted politically. The environmental impacts, such as pollution control is politically accepted, but the polluters reject the taxes in many cases and prefer to the application of other instruments on them, which way polluters can influence political positions.

- The effects of distribution. Generally environmental taxes are applied to transportation, the carbon content of fuels or energy. The majority of the expenditure of households with low income consists of the costs of energy and tran-

sportation, so with the increasing of environmental taxes the prices will increase and the households' income will decrease. The change of environmental tax rates affects less the households with higher income, whom are willing to spend more on cleaner environmental.

- Attitude. The polluters' attitude and perception can strengthen or weaken the impact of environmental taxes. With levying environmental taxes, the taxpayers' environmentally responsible behaviour can be incited, but also may have other impacts, such as when the tax payer may think that with paying the tax he/she legitimate polluting activities.

3. European experiences of environmental taxation

The different types of environmental taxes play a more and more important role in the European Union, and also the revenue from these taxes has been increased. They firstly appeared in 1990s, and their role in the environmental policy has been increased.

The literature also shows their importance in the fields of energy, fuels, transportation, water, waste management and other ecological fields.⁴

The Renaissance of energy and fuels taxation was induced by the Rio Conference in 1992. The Conference stated that the cause of global warming is the greenhouse gas emission from industrial production. The state parties undertook the reduction of greenhouse gases. The European Union applies taxes on energy and carbon dioxide to meet with the Rio's Conference obligations. The EU considered energy taxation the best economic instrument that is why the European Union has developed such a coordinated energy taxation regime.

Taxation on fuels has got a long-standing tradition in Europe. Fuel taxation has been in practice in Dania since 1917, while in Norway since 1931.

Taxes on fuels greatly differ in the Member States. The highest tax exists in Great Britain.⁵ The other difference between the Member States is showed in the tax rates, because the rates depend on the various types of products. Tax rates are different for diesel and gasoline fuels. Most of the states maintain relatively low tax rates for diesel due to transportation and road traffic. The following example clearly shows the impact of the tax: the ultra-low sulphur diesel is sold in the highest amounts in Great Britain, thanks to its lowest tax rates.

⁴ Agnieszka Laskowska – Frank Scrimgeour: Environmental taxation: The European experience. (date of download: 2012. 07. 10.) wms-soros.mngt.waikato.ac.nz/NR/EuropeET.doc 1-12. p. Basically these experiences based on this literature.

⁵ Andrew Field: UK Environmental Tax Policy and Climate Change Levy. HM Treasury, UK. Brussels, 2002. 15. pp.

Table 1. A comparison of taxes levied on motor fuels (shown in terms of the highest tax rates by setting the tax rate applied in the UK equals 100).
(Laskowska – Scrimgeur)⁶

	Petrol leaded	Petrol unleaded	Diesel
Austria	55%	52%	37%
Belgium	63%	63%	38%
Denmark	69%	66%	45%
Finland	73%	72%	42%
France	72%	75%	51%
Germany	70%	72%	49%
Greece	39%	42%	33%
Ireland	52%	48%	42%
Italy	66%	69%	53%
Luxembourg	48%	48%	33%
Netherlands	75%	76%	45%
Norway	83%	83%	67%
Portugal	55%	45%	32%
Spain	46%	48%	352%
Sweden	68%	66%	48%
Switzerland	57%	58%	61%
UK	100%	100%	100%

The table clearly shows that the lowest tax rates are applied in the Southern European countries (Greece, Spain and Portugal). It is especially true for tax rates of diesel, which is significantly lower in some countries than in the highest rates in the UK.

Special regulation methods exist in the Member States for fuel taxation. Tax rates of energy products depend on the value of inflation in the Netherlands. Italy introduced carbon dioxide taxation for motor fuels in 1999, but simultaneously due to the reduction of energy taxation the consumption of petrol has increased since then. Spain reduced taxes on transport and the value of subsidies on renewable energy sources in order to curb inflation.

Tax rates for fuel taxes are also different in the Central-Eastern European countries. The Scandinavian countries are the leaders of carbon dioxide and sulphur taxation, besides Germany, Italy, French and England. Emission has been decreased since the introduction of the Danish carbon dioxide tax in 1995. Sulphur taxation also has got its positive features in Denmark, thanks to its in-

⁶ Laskowska – Scrimgeur: op.cit. 3. pp.

introduction in 1996. The introduction has got many consequences: the sulphur content of petroleum products has decreased, technology and sulphur treatment plants have been developing. The tax was introduced by Finland in 1990 and by Sweden in 1991; thanks to this the emission values have decreased on the long run in both states.

In the field of fuel taxation the most controversial issue is aviation fuel tax's environmental tax exemption. Direct taxes exist linked to air transport (noise level, landing fees... etc.), but in fact direct taxes on fuel has not been introduced. (Norway introduced firstly direct tax on aviation fuels, but the international airlines were exempted from the tax due to international pressure.)

Emission taxes and fees were introduced since the 1970s in the Central-Eastern European countries. Firstly these had not got any economic function, because the market economy has not existed yet. In the region different types of air pollution taxes exist, but their success and applicability is different, although their revenue raising function is bigger than their pollution reducing function. Their other important feature is that a low amount of sources are available for realising environmental aims, because the states' budget is in a bad situation, so thanks to this feature special environmental funds exist in some countries (Czech Republic, Poland and Slovakia) for collecting tax revenues. Their third feature is that high-polluting companies have become the primary taxable persons of taxes.

Air pollution and transport taxes have got a significant role in order to improve the air quality in Europe, however sometimes the defined limits are crossed. Transport is the main source of air pollution in the European countries, mostly in large cities, overtaking industrial pollution. (Within transportation road traffic's pollution emission is the most significant.) The European Union's regulation has made big steps in order to reduce the vehicles' emission (catalyser, unleaded petrol), however the improvement was offset by the continuous growing number of vehicles.

Different types of regulation are applied in the European countries:

- fees and taxes related to the purchase and registration of vehicles (registration tax),
- fees and taxes related to the possession and ownership of vehicles (vehicle tax),
- fees and taxes directly or indirectly related to the use of vehicles.

These fees and taxes are complex, i.e. a state's regulation is complex too, but the differences between the Member States are significant. Their common feature is that the biggest part of environmental tax revenues is come from these taxes.

Some states have got registration tax, which charges the purchase of vehicles. Its environmental feature is showed in its rates because lowest rate are defined for vehicles which have low pollutant emission.

Vehicle tax means a widespread tendency in Europe. The tax base is defined by the weight of the vehicle, the engine capacity and the cylinder capacity. The vehicles' fuel consumption and pollution measures influence tax rates, which are positive from the aspect of environmental protection, because it can influence the development of environmentally friendly technologies and vehicle types. Tax rules prefer electric vehicles to other types, but their number in Europe is negligible. (It has to be stated that the hybrid-electric and the combination of diesel and petrol vehicles has been spreading, so tax law has to prefer this.)⁷

Road user charges have been spreading in Europe, which is linked to the use of the vehicles. The road charge can occur as tolls, congestion charges or other charges on trucks. The congestion charge was firstly introduced in Norway, which was applied to large cities to reduce the environmental load, which was caused by mostly transportation. London can serve as a model for congestion charge too, where the downtown's environmental load was reduced due to this instrument. The most common type of road user charges is toll, which is used in all of the European countries.

Fees and taxes linked to water are hard to be compared, because the most of the fees are introduced at a regional or municipal level. The fee on water-consumption is regulated in different ways, because the measurement of water consumption is not a widely used method, i.e. rather special tariffs and flat rates are in use. The tax base can be the value of the property (England) or the location of the house (Norway). Special tariffs are in use (block tariffs) in some big cities (Zürich, Barcelona), because the cost of water supply and wastewater service means the part of local taxes. The VAT of water supply and wastewater treatment is different, because normal taxes are used in some countries (Denmark, Finland), and in others these services are below the reduced rate of VAT (Belgium, French, Germany). The Dutch tax on the use (depending on the value of consumption) of groundwater was introduced in 1995, and a new tax on water transportation was introduced in 2000. Denmark introduced the water tax for households in 1994.

Fees and taxes on waste water are widespread in Europe, and in some countries a similar regulation is in force.

Two types of waste taxation exist; firstly charges on waste collection and disposal, and secondly the waste tax. The regulation of the charges is different not only between the countries, but also within the states. For instance in Italy the tax base was the floor-space for households until 1998, and ever since 1999 the charge consists of two elements: a fix and a variable charge. The fix part co-

⁷ Цвјетана Цвјетковић, Опорезивање путничких аутомобила као инструмент заштите животне средине, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 3/2012, 375-376. pp.

vers the cost of disposal, while the variable charge changes with the proportion to the amount of waste.

Most of the Member States has introduced a waste tax but still differences can be found in tax rates and also in the whole regulation. Generally tax rates depend on the type of the waste, and the method of disposal. We can find differences between the Member States in the field of the methods of disposal. The waste, which is transported into a waste incinerator is tax exempted in the Netherlands. The Danish tax policy follows the preferences of waste management. It favours recycling with a zero tax rate and waste incineration with energy recovery. Waste burial is the least preferred tax law solution, because its tax rates are the highest.

The environmental policy is responding to the changes in the field of environmental pollution. In many cases new taxes and fees are introduced to meet with the new challenges. These fields are the agriculture, pesticides, taxing tourism, the latter is linked to the field of other ecological taxation.

In the field of agriculture fertilizers and pesticides have got more and more impacts on water quality in Europe. The Scandinavian countries, the Netherlands and Belgium created a sector specific environmental taxation, which is not typical in other states. Denmark was the first Member State, which introduced tax on pesticides in 1998, and also increased the tax rates of agricultural use of materials. The tax on pesticides is structurally complex in Norway. Pesticides were categorized in different groups based on their risks on health and environmental, and accordingly this grouping defines their tax rates.

The Spanish tax on tourism is a special environmental tax, which affects the tourism of the Balearic Islands and its aim is to balance the environmental consequences of mass tourism. (Every tourist is taxable, regardless of the type of accommodation.)

The environmental taxes show a special distribution in terms of the States' regulation and the number of the tax payers. The literature clearly shows the role of the taxes in the tax regime of the Member States.⁸

Energy tax is the most significant tax in the European Union (energy taxation basically mean carbon, gas oil, natural gas, electricity, transport related energy and carbon dioxide taxes.) In the EU-27 the energy taxes gives the 72% of environmental taxes, at national level the amount is almost the same, but it has to be stated that the revenues of energy taxes do not go below 50%.

Transport taxes give the 24% of environmental taxes. These taxes basically mean taxes for the owners and users of vehicles. This type of environmental tax

⁸ Marina Anda Georgescu – Velina Pendolovska – Julio Cesar Cabeza: Distribution of environmental taxes in Europe by tax payers in 2007. Eurostat 67/210. <http://ec.europa/eurostat> (date of download: 2012. 07. 10.) 2-7. pp. The authors defined four types of environmental taxes i.e. energy, transport, pollution and resource taxes.

is significant in some European countries (such as in Malta, Cyprus, Ireland, Greece and Norway), because it gives more than the 40% of taxes.

The resource and pollution taxes (taxes on extraction of raw materials, water and air pollution taxes, and waste management taxes) give the 4% total environmental taxes. Only a few states exceeded this rate. (The rate was more than 10% of these taxes in Estonia, Slovakia, the Netherlands, Denmark and Norway.)

Table 2. Environmental Taxes in EU-27 (2007)
(Eurostat-Georgescu-Pendolovska-Cobeca, 2007)⁹

Environmental Taxes	million euro	% of total environmental taxes	% of GDP	% of total revenues from TSC
Energy taxes	219 244.14	72	1.77	4.46
Transport taxes	71 884.87	24	0.58	1.46
POLLution/Re-source taxes	13 139.33	4	0.11	0.27
Total environmental taxes	304 268.34	100	2.46	6.19

The literature also highlights that environmental taxes are mostly consisted of energy and transport taxes, because these tax subjects are responsible largely for the emission of greenhouse gases. It is needed to be emphasized, that 5 Member States are responsible for the 60% of total greenhouse gas emission in the EU, namely Germany, England, Italy, France and Spain.

This amount of environmental pollution is appeared in taxation too, because these 5 Member States represent 65% of total tax revenues. (In 2007 tax revenues were: in Germany 54 billion euros, in England 50 billion euros and in French 41 billion euros.) Denmark, Sweden and Norway are contrary examples, because the share of taxes is more than the amount of greenhouse gas emission. Although in many countries this rate is the opposite, because the share of energy and transport taxes is less than the amount of greenhouse gas emission. (These countries are Poland, Slovakia, the Czech Republic, and Romania.)

Another important question is who the taxpayers are. The literature analyses the taxpayers in three groups, i.e. households, enterprises and public sector. The 20-60% of energy taxes is paid by the households; the 25-75% is paid by the enterprises and the public sector pays only a little amount of the tax burden.

⁹ Georgescu – Pendolovska – Cabeca (2007.): op.cit. 2.pp.

In the case of transport taxes the situation is also the same, because the households pay the 55-75% of taxes in the Member States. (Estonia and Latvia are exceptions, because in these countries the 25-30% of transport taxes is paid by the households; and Spain where this ratio is 30%.) In most countries the enterprises pay the 15-41% of transport taxes. (Lithuania, Estonia and Latvia are exemptions, where this ratio is over 68 %.) The public sectors' contribution to the tax burden is negligible, because in many cases public transport is exempted from the tax. In Member States households and enterprises pay the 80% of total pollution and resource taxes' burden, thus public sectors' contribution is negligible.

The literatures' data clearly shows that the UK is one of the most significant tax revenue-producing countries in the EU, where all types of environmental taxes have been introduced:¹⁰

- waste tax,
- climate change levy,
- raw materials' tax,
- excise duty on fuel,
- vehicle tax,
- London's congestion charge.

Waste tax was introduced in 1996 on waste delivered to landfill.¹¹ Tax rates favoured inactive waste (construction waste) with levying lower tax rates on this type of waste. Tax rates were continuously increased in order to decrease the amount of waste (by 2009 the tax rates of general waste was increased from 24 pounds/ton to 40 pounds/ton; in the case of inactive waste from 2 pounds/ton to 2, 5 pounds/ton.) The original tax rate was determined by the estimation of the externalities of landfills; further increases were determined in order to influence the activities concerned to waste collection and treatment. The regulation led to a 60% reduction of inactive waste, and changes were experienced in the amount of waste transported into landfills. In 1996 84% of urban waste was in landfills and only 7% was recycled and by 2005 this ratio was changed to 67% and 24%.

Climate change levy (CCL) is basically a tax on the amount of energy used by enterprises, which was introduced in 2001 by the government as a part of the climate change programme. The scale of tax exemptions is wide. The energy consumption of households and the transport sector is exempted from the tax.

¹⁰ Fullerton – Leicester – Smith (2007.): op.cit. 4-5. pp. The English environmental taxation regime will be presented based on these authors.

¹¹ Csák Csilla: A hulladék fogalmának értelmezése az uniós ítélkezési gyakorlat alapján. Publicationes Universitatis Miskolciensis, Sectio Juridica et Politica, Tomus XXXIX/2. Miskolc University Press, Miskolc, 2011.

Other tax exemptions are: fuels used to generate electricity, fuels for non-energy purposes and energy from new renewable sources (solar or wind energy). Primarily tax revenues are used to finance energy-efficient technologies. This type of tax reduced with 16, 5 million tonnes the pollutant emission that is why this tax is efficient.

The raw materials' tax was introduced in 2002 on the commercial use of sand, gravel and stone. Its aim is to reflect the environmental costs of quarrying. The head of the production pays the tax. There are many tax exemptions such as: coal and ore mining, raw materials used in cement and whitewash production, industrial waste, road constructions and maritime dredging. A part of the revenues is collected in a special fund, of which liquid assets are used for financing environmental aims. The tax's environmental impact can't be directly measured, but an 8% reduction of raw material flow can be seen because of the tax, which assumes a more economical use under the same construction product.

Important steps were taken in the field of excise duty on fuel in order to favour those fuels, which emit less pollutant than others. Firstly a differentiation in tax levels was done in 1987, when unleaded petrol's tax rate was favoured. The aim was to incite the consumption of unleaded petrol and to compensate its bigger price. (Unleaded petrol was removed from England in 2000.) Steps were made to remove the differences between the tax rates of petrol and diesel. The report of the English Air Workgroup showed that the number of diesel vehicles and their pollutant emission are increasing, which significantly affect the cities' air pollution. The legislator eliminated the difference between these tax rates and further fuel oil's tax rate has become higher than the gasoline's. (The regulation defines lower tax rates for fuels, which have lower sulphur content. The taxation of biofuels, gas and bioethanol are favourable.

In 1999 a basic change in the unified taxation of vehicles were made, when the tax regulations favoured cars with small engines. From 2001 vehicles were categorized by their emission rates of carbon dioxide. Two categories were defined. (The first one with a 0-100 g/km emission of carbon dioxide means the lowest scale; the second one is the highest scale with an emission more than 225 g/km carbon dioxide.)

London's congestion charge was introduced in 2003 on vehicles, which were used in the centre of London. (The charge's rate firstly was 5 pounds.) A wide range of exemptions were defined. People, who live in the zone, have got a 90% benefit. Taxes, buses, emergency services (ambulances, fire engines), disability certificate holders' cars, gas vehicles, electric vehicles and hybrid vehicles are exempted from the charge. Revenues of the charge are reinvested into public transportation. (This amount was 80 million pounds in 2003.) The environmental impact of the introduction of this charge can be measured, because the traffic was decreased with 25-30%.

*Dr Zoltan Nađ, vanredni profesor
Univerzitet u Miškolcu
Pravni fakultet*

Uloga ekološkog oporezivanja u politici životne sredine

Sažetak: *Poslednjih godina, pitanje održivog razvoja i zaštite životne sredine postalo je centralno pitanje, zbog porasta zagađivanja. Politika životne sredine primenjuje različite vrste instrumenata kako bi se postigli ciljevi zaštite životne sredine i održivog razvoja. Iako je lista ovih instrumenata dosta ekstenzivna, iskustvo je pokazalo da su ekonomski instrumenti najefikasniji u odnosu na štetne posledice koje mogu da prouzrokuju. Ekološki porezi dobijaju sve više na značaju među ovim ekonomskim instrumentima. Njihova važnost se može dokazati njihovim prihodima. U propisima Evropske unije, nadnacionalna harmonizacija ovih instrumenata je neizbežna, za šta je dobar primer regulisanje oporezivanja energije. Može se navesti dosta prepreka i kontra-argumenata protiv ekoloških poreza, ali do sada još nisu stvoreni bolji instrumenti u oblasti regulisanja životne sredine.*

Ključne reči: *ekološki porezi, zaštita životne sredine*

*Dmitriy Galushko, Ph.D., Associate Professor
Voronezh State University, Russia
Department of Law*

SOME ASPECTS OF HARMONIZATION OF THE EU CUSTOMS LAW AND THE CUSTOMS LAW OF THE CUSTOMS UNION OF RUSSIA, BELARUS AND KAZAKHSTAN

Abstract: *this paper aims at analyzing of the possible ways of harmonization of the EU legal norms and norms of the newly created Customs Union of Russia, Belarus and Kazakhstan as one of the outcomes of the process of Eurasian integration. First, the author examined the process of adoption of the legal basis for functioning of the Customs Union, then, these legal norms were analyzed in the light of the EU law, and finally, the author sets some ways for harmonization between two legal orders, particularly through the procedure of transit.*

Key words: *Customs Union of Russia, Belarus and Kazakhstan, the European Union, harmonization, approximation, Eurasian Integration.*

The Partnership and Cooperation Agreement between Russia and the EU of 1994 has included the approximation of legislation of the parties in the customs sector and the sector of foreign trade. The most important prerequisite for such approximation for the European Union is the fact that its own customs legislation has been substantially harmonized and unified long time ago.

Harmonisation of the Russian legislation with the EU customs and trade law is very justified for the Russian Federation. The European Union is the largest trading partner for Russia, taking 52% of the total trade turnover. In turn, Russia is the third largest trading partner for the EU after the United States and China¹.

¹ See for example: URL: http://eeas.europa.eu/delegations/russia/documents/news/20120601_2_eurostat_ru.pdf

On October 6, 2007 Belarus, Kazakhstan and Russia signed a Treaty establishing the single customs territory and the establishment of the Customs Union².

In accordance with Art. 1 of the Treaty 2007, the Customs Union is a form of integration, providing the single customs territory, consisting of the customs territories of its participants. Within this area on trade of products, originating from a single customs territory, as well as originating from the third countries, but released for free circulation in that territory, customs duties and restrictions of economic nature will not apply with the exception of special protective, anti-dumping and countervailing measures.

On November 27, 2007 there were approved: a) List of International treaties, that form the legal framework of the Customs Union, and b) Plan of action for formation of the Customs Union within the Eurasian Economic Community³.

The Action Plan includes seven groups of activities for the formation of the Customs Union. These documents are based on the same principles as the customs union within the European Union.

In parallel with the formation of the international basis of the Customs Union, modernization of Russian customs law and of customs infrastructure was taking place. Thus, on July 9, 2009 the State Border Committee of the Russian Federation approved the Concept of customs clearance and customs control of goods in places close to the state border of the Russian Federation⁴. The concept should be the main provisions of the International Convention on the Simplification and Harmonization of Customs Procedures signed on May 18, 1973 (as amended by Protocol of June 26, 1999)⁵. It involves the use of prior information and its transmission in electronic form, as well as the Framework of Standards of Securing and Facilitating of Global Trade of 2005⁶. The concept defines the purpose, key objectives and priority activities for organization of customs clearance and customs control at locations close to the state border of the Russian Federation up to 2020.

At the same time, development of the international legal vehicle was also continuing. So, on November 27, 2009, the Common Customs Tariff of the Cu-

² Договор о создании единой таможенной территории и формировании таможенного союза (Душанбе, 6 октября 2007 г.) // Бюллетень международных договоров. - Июль 2011 г. - № 7.

³ Решение Межгосударственного Совета ЕврАзЭС от 27.11.2009 № 14.

⁴ URL: http://www.customs.ru/index.php?option=com_content&view=article&id=8016&Itemid=1874.

⁵ Международная конвенция об упрощении и гармонизации таможенных процедур от 18 мая 1973 года (в ред. Протокола от 26 июня 1999 г.) // Собрание законодательства РФ. - 08.08.2011. - № 32. - Ст. 4810.

⁶ Рамочные стандарты безопасности и облегчения мировой торговли 2005 г.

stoms Union was approved⁷ by the Member States. Thus, the Member States of the Customs Union share the common customs tariff (CCT) and other common measures regulating trade with third countries. The CCT includes a set of customs duties applied to goods imported to the common customs area from third countries, classified in accordance with the Single Commodity Nomenclature for Foreign Economic Affairs.

Finally, on November 27, 2009 the Customs Code of the Customs Union was approved in the form of an international treaty⁸. The Code was to come into force on July 1, 2010. However, on April 16, 2010 (i.e. before the entry into force) the special Protocol made significant changes to the document. Therefore, the Customs Code went into effect on July 1, 2010 in a new edition.

On July 5, 2010 the Protocol on certain temporary exemptions from the regime of operation of a single customs territory of the Customs Union was approved by the Member States⁹. The Treaty on the Customs Code will apply subject to the provisions of the Protocol of July 5, 2010. So, the new version of the Code is valid from July 6, 2010 in all three Member States of the Customs Union.

The provisions of the Code of the Customs Union since its entry into force have the force of international agreement and are directly applicable in the participating countries primarily over the rules of national customs legislation. Such scheme has been taken from the EU customs union.

Today, the Customs Union is working in conditions where preparation of the regulatory framework is not yet fully completed.

The legislation of the Customs Union affects not only the internal order of movement of goods between the Member States, but it fundamentally changes the customs relations with all other countries. At the moment, the legal system of the Customs Union consists of international and municipal norms. The norms of international law include: a) the Customs Code, and b) international agreements adopted by the Member States in accordance with the Code, c) decisions of the Commission of the Union. International standards contain many references to the legislation of the states.

Norms of municipal law include: a) laws on customs regulations, and b) delegated legal acts adopted by national authorities, c) regulations of national customs authorities.

⁷ Единый таможенный тариф Таможенного союза Республики Беларусь, Республики Казахстан и Российской Федерации (ЕТТ) (Утвержден в г. Минске 27.11.2009 Решением N 18 Межгосударственного Совета Евразийского экономического сообщества, Решением N 130 Комиссии Таможенного союза).

⁸ Таможенный кодекс Таможенного союза (приложение к Договору о Таможенном кодексе Таможенного союза, принятому Решением Межгосударственного Совета ЕвразЭС на уровне глав государств от 27.11.2009 №17) (ред. от 16.04.2010).

⁹ Протокол об отдельных временных изъятиях из режима функционирования единой таможенной территории Таможенного союза (Подписан в г. Астане 05.07.2010).

The conceptual basis of the already established and developing customs legislation consists of provisions of the Convention on the Simplification and Harmonization of Customs Procedures, concluded at Kyoto in 1973¹⁰. The members of the Kyoto Convention are almost all leading nations of the world and the European Union. Generally accepted international rules and principles are also taken into account, including the provisions of the legal system of the World Trade Organization, the Convention on common transit procedure of 1987¹¹, the Convention between the European Economic Community and the Republic of Austria, the Republic of Finland, the Republic of Iceland, the Kingdom of Norway, the Kingdom of Sweden and the Swiss Confederation on the simplification of formalities in trade of goods of 1987¹². Approximation of the customs legislation with international standards is also dictated by the desire of the three Member States quicker complete the negotiations on accession to the World Trade Organization.

In 2010 the Russian Federation adopted the Federal Law "On Customs Regulation in the Russian Federation"¹³. The law is in full compliance with the Customs Code. Its provisions are based on global practices, including the Kyoto Convention, taking into account the modern trends of development of customs and customs tariff policy, direction of the Russian Federation on the facilitation of exports of high technology products and acceleration of customs operations. The law provides for the organizational functioning of the Russian Customs Service and governs issues not reflected in the Customs Code.

On May 19, 2011 Member States signed the Treaty on the functioning of the Customs Union within the framework of the multilateral trading system¹⁴, taking into account the entry to the WTO. Since July 1, 2011 internal borders of the Union became fully open.

Thus, inside the Union customs control is fully lifted. But customs control has been fully preserved along the outer perimeter of the territory of the Customs Union. Customs Services of Russia, Belarus and Kazakhstan share basic information on each consignment to be drawn up in their territory. Information exchange and other forms of interaction in conditions of the single customs space allows to respond to emerging risks.

¹⁰ Международная конвенция об упрощении и гармонизации таможенных процедур (Киотская конвенция) (Заключена в г. Киото 18.05.1973) (с изм. и доп. от 26.06.1999).

¹¹ Конвенция о процедуре общего транзита 1987 г. // OJ L 226, 13.8.87.

¹² Convention on the simplification of formalities in trade in goods. URL: http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/sad-convention_on_simplification_of_formalities_en.pdf

¹³ Федеральный закон от 27.11.2010 N 311-ФЗ "О таможенном регулировании в Российской Федерации" // Собрание законодательства РФ. - 2010. - № 48. - Ст. 6252.

¹⁴ Договор о функционировании Таможенного союза в рамках многосторонней торговой системы (Подписан в г. Минске 19.05.2011).

Customs services of the three Member States have taken a set of measures for smooth transition to the new legislation. The adoption of legislative acts in the field of customs affairs at the national level is justified by the need to restrict the domestic market from import competition by protectionist measures and to help to promote export of domestic products to foreign markets. Regarding to the international level of the customs sphere, the same questions should be considered, but in the light of international customs integration and international relations of the Customs Union. And here, all projects to reform the existing models of cooperation in customs matters are reduced to two extremes - either to repeating, almost to verbatim quotation of the Convention on the simplification and harmonization of customs procedures, or to compiling of national codes.

Sometimes, it is also noted the importance of the orientation of the main provisions of the new customs legislation, in other words - what are the nature of the measures of customs regulation of international trade? Economic or administrative? Current provisions of the customs legislation of the Customs Union are based mainly on prescriptive (administrative) method. The European Union mainly uses dispositive method of customs law that makes possible to select the subjects of customs legal behaviors within acceptable conditions.

The text of the Customs Code reflects many of the institutions of the EU customs law. Analysts say that the International customs law is constantly responding to changing conditions of international markets, and the rules, that allow customs authorities to cope with the rapidly changing challenges, operationally includes to the EU customs legislation. The use of EU experience in the development of the Customs Union is quite reasonable. The First Deputy Prime Minister Igor Shuvalov said, that "intensifying cooperation of the Customs Union and the EU, the European Union will create a new framework for development. We will try to pave the bridges for the overall economic interests of the EU, of the Customs Union to the interests that are most important to the Asia-Pacific region"¹⁵.

One of these bridges can be a transit of goods to or from the EU through the territory of the Customs Union of Russia, Belarus and Kazakhstan. Legal regulation of the institute of international transit is provided by the Customs Code and, in many ways, influenced by the European Union law.

In general, changes in the customs transit procedure in accordance with the Code, compared to previously effective national customs legislation of the Member States, seem to be positive. The legislator led to uniformity in the conceptual apparatus, having reduced time of the processing of documents by the customs authorities, the order of presentation of goods to customs has also become easier. Thus, the tendency of unification of the laws of the three countries

¹⁵ URL: http://www.sovet-ts.ru/novosti/novost_odin.

has been ensured. New rules are designed to simplify and facilitate control by the customs offices, thereby reducing the number of administrative barriers for goods in transit. Due to the transit of goods, mutual beneficial economic relations between the Member States of the Customs Union, the Commonwealth of Independent States and the EU countries have been accelerated.

In principle, the direct distribution of the EU transit procedures for the territory of the customs union is possible in two ways:

First - accession of the Member States to the EU. In the foreseeable future, this option seems unlikely.

Second – the Member States' accession to the Convention on a common transit procedure. But they must first obtain the consent of all participants of the Treaty (members of the EU, Iceland, Norway and Switzerland in the Joint Committee, which shall invite the States to sign the Convention). This option is more realistic.

However, within the Customs Union it is likely to create conditions for the normal functioning of the common transit in advance. In this regard, it is advisable to conduct series of measures.

First, it seems appropriate to develop the legal conditions for the establishment of comprehensive centers for joint implementation of customs control and the possibility of putting into practice of the principle of the "single window" at the national level to facilitate the processing of all transit-related documents in one place. Second, it seems reasonable to continue to work towards a unified automated information system of customs transit control between the Member States of the Customs Union.

When creating a uniform automated information system of customs transit control, the Member States of the Customs Union are to be implemented the following principles:

- using a harmonized list of information and format of their submission for the exchange of information between the customs services of the Member States;
- ensuring interoperability with the new computerized transit system of the EU countries (NCTS);
- obtaining of information about goods and vehicles transported under customs control in real time by customs authorities of the Union.

The mutual recognition of customs documents by the EU and the Member States of the Customs Union is also needed.

After removing all the obstacles it seems to be possible to refuse customs inspections at the border for transport from the EU. Initially simplified procedure can be applied to persons authorized by the customs authorities of the EU to use simplified transit procedures. During the transition period, the Russian customs authorities will be able to determine the range of carriers, which are the

first to be able to use the simplified procedure of transportation without customs inspection.

As a "pilot project" before the introduction of procedures for transit across the Customs Union it is possible to implement its use only in the territory of the Kaliningrad region, which requires an interim agreement between the EU and Russia. However, this measure will partially ease the transportation of goods through the territory of Lithuania due to the lack of need for customs clearance at the border of Lithuania and the Kaliningrad region.

After the transition period transit procedure shall apply for all carriers. The customs authorities may selectively continue to inspect cargo, depending on the availability of information on the alleged violation, or by using risk analysis of violations.

After the complete unification of documents and customs clearance procedures, the unified transit system (EU-Russia) can be created. For reliable operation of this procedure in the Customs Union a system similar to the New Computerized Transit System in the EU should be used for customs clearance. In this case the customs authorities of the EU and Russia should be able to communicate directly with each other (as within the EU).

Legal aspects of the relationship of customs services in the creation and functioning of the unified system of customs transit control should be reflected in the respective intergovernmental agreements.

In conclusion, it should be noted that the establishment of the Customs Union of Belarus, Kazakhstan and Russia is one of the first steps in the process of Eurasian integration and of possible creation of the Eurasian Economic Union. The Member States take into account the world experience of the integration process, and in this regard, the experience of the EU is particularly noteworthy. Despite some problems and criticism of the model of the European Union, one of the main elements of the EU - the Customs Union - works extremely efficiently.

The legislation of the Customs Union has adapted some of the provisions of the customs legislation of the European Union, unifying some of the measures and, in some cases, providing an indirect application of the EU law. However, at present it is not enough for proper regulation of public relations in the customs sphere, especially in the field of customs transit. Therefore, work of the Member States of both integration entities should develop in this direction on a bilateral mutually beneficial basis.

*Dr Dmitrij Galuško, vanredni profesor
Državni Univerzitet Voronjež, Rusija
Pravni fakultet*

Pojedini aspekti harmonizacije carinskog prava EU i carinskog prava Carinske unije Rusije, Belorusije i Kazahstana

Sažetak: *cilj ovog rada je da analizira moguće načine harmonizacije pravnih normi EU i normi novoformirane Carinske unije Rusije, Belorusije i Kazahstana, koja predstavlja jedan od rezultata procesa evroazijskih integracija. Prvo, autor je ispitao postupak usvajanja pravnog osnova za funkcionisanje carinske unije, zatim su ove pravne norme analizirane u svetlu prava EU i na kraju, autor iznosi određene načine harmonizacije između dva pravna poretka, posebno u postupku transporta.*

Ključne reči: *Carinska unija Rusije, Belorusije i Kazahstana, Evropska unija, harmonizacija, ujednačavanje, evroazijska integracija.*

*Mr Aleksandar G. Josimovski
Univerzitet „Sv. Kiril i Metodij“ u Skoplju
Pravni fakultet „Justinijan Prvi“ Skoplje*

PORESKA SARADNJA IZMEĐU ZEMALJA ČLANICA EVROPSKE UNIJE SA POSEBNIM OSVRTOM NA DIREKTIVU O ADMINISTRATIVNOJ SARADNJI U OBLASTI OPOREZIVANJA

Sažetak: U procesu integracije na svetskom nivou zemlje imaju mogućnost izbora nekoliko alternativa za saradnju u poreskoj materiji. Zemlje mogu izabrati da ne sarađuju ili mogu izabrati neki oblik poreske koordinacije. Međutim, zbog štetne poreske konkurencije između zemalja i napora međunarodnih institucija, od svih zemalja u svetu se zahteva saglasnost u pogledu nekog oblika poreske saradnje.

Situacija u Evropskoj uniji (dalje: EU) je specifična. EU nije ni država ni klasična međunarodna organizacija, ali je zbog njenog uspešnog funkcionisanja potreban neki oblik poreske saradnje. EU je pokušala da ostvari harmonizaciju poreske politike zemalja članica, ali se zemlje članice sa tim nisu slagale. U EU su harmonizovani samo posredni porezi, dok su neposredni porezi harmonizovani do nivoa neophodnog za održavanje jedinstvenog tržišta. Upravo zato pravila poreske saradnje u EU dobijaju na značaju.

Predmet rada jesu postupci i mere, propisani u najbitnijem instrumentu poreske saradnje donet od strane institucija EU, kao i njegov razvoj i položaj u međunarodnom poreskom pravu. Direktive i uredbe o poreskoj saradnji u EU su „pioniri“ u ovoj materiji. One, najčešće, postavljaju standarde koji su kasnije prihvaćeni od nekih međunarodnih institucija - Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) i United Nations (OUN).

Cilj rada je da ukaže na pozitivne i negativne strane poreske saradnje u EU. U vreme krize efikasna poreska saradnja obezbeđuje veće prihode zemalja, ali poreski obveznici i poreske administracije imaju veće rashode za obavljanje poreske saradnje koji nisu pravično podeljeni.

Ključne reči: uzajamna pravna pomoć, razmena informacija, poreska saradnja, porezi, Evropska unija.

1. Uvodne napomene

Savremeni svet je sve povezaniji što poreskim obveznicima, pored tradicionalnih načina investiranja, olakšava investiranje i u strane finansijske institucije. Veliki iznosi novca ostaju neoporezani i van fiskalne vlasti rezidentne zemlje ukoliko poreski obveznici ne obaveste rezidentnu zemlju o njihovim poreskim obavezama.

Međunarodno regulisanje finansijskih tržišta i bankarskog poslovanja postalo je važan izazov u radu državnih organa. Globalizacija je smanjila regulisanje i nadzor nad ovim institucijama zbog primene fiskalnog suvereniteta na nacionalnom nivou.

Princip formalne teritorijalnosti zabranjuje zemlji da vrši istrage u inostranstvu ali, s druge strane, ne postoji princip materijalne teritorijalnosti koji bi zabranio povezivanje pravnih posledica prema nacionalnom poreskom pravu sa spoljnim činjenicama.¹

Drugi fenomen koji predstavlja izazov u radu poreskih organa je elektronska trgovina. Sve vrste dobara i usluga se prodaju preko Interneta na globalnom nivou. U odnosu na prethodni period, 2011. godine e-trgovina se uvećala za 19% na 680 milijardi dolara, a prognoze su 963 milijardi dolara u 2013. godini. Oko 15% od e-trgovine je međunarodna trgovina u iznosu od 100 milijardi dolara u 2011. godini, a projekcije su da će biti oko 150 milijardi dolara u 2013. godini.² E-trgovina je različita od obične trgovine, kojoj su prilagođeni porezi na potrošnju, i predstavlja način da poreski obveznici izbegnu plaćanje poreza.

Javne finansije su imale centralno mesto u razvoju nacionalnih zemalja. Ekonomske krize i sposobnost zemalja da finansiraju javna dobra su menjale političke poretke kroz istoriju. Otpočeo je, usled toga, proces regulisanja finansijskih tokova na globalnom nivou.

Regulisanje javnih finansija na globalnom nivou sprovodi se poreskom harmonizacijom i poreskom saradnjom.

Poreska harmonizacija je proces u kome vlade zemalja ugovaraju ujednačenje struktura njihovih poreskih sistema, preciznije vrste poreza koje naplaćuju, način razreza i visinu poreskog opterećenja.³

¹ R. Seer, I. Gabert, General report "Mutual assistance and information exchange" *Annual Congress of European Association of Tax Law Professors – Section B. Mutual assistance and information exchange*, Santiago de Compostela, 2009, p. 3. dostupno na: <http://www.eatlp.org/uploads/public/santiago/sop/TextGeneralReportRomanSeer.pdf>. 3.08.2013.

² R. Azam, "Global Taxation of Cross-border E-commerce Income", *Virginia Tax Review*, vol.31, No. 6/2012, p. 641.

³ S. Cnossen, Tax Harmonization Issues in the European Community, *The American Journal of Tax Policy*, Vol. 8, No.2/1990, p. 259.

Poreska harmonizacija doprinosi otklanjanju razlika u nacionalnim poreskim sistemima i omogućuje zemljama da uvećaju poresko opterećenje zbog nepostojanja međunarodne poreske konkurencije. Pored toga što je poreska harmonizacija pozitivan proces, nju obeležavaju i neke negativne strane:

- Ona ne uzima u obzir različite preferencije u nacionalnim poreskim sistemima. Opredeljenje za jedan porez, pre nego za drugi porez, odraz je političke, socijalne i ekonomske strukture zemlje. Razlike u prihvaćanju i naplati različitih poreza upućuju na razlike u preferencijama javnog sektora i obimu javnih finansija.

- Javni sektor bi postao spor i neefektivan. Harmonizacija doprinosi da zemlje budu manje zabrinute gde i kako obezbediti novac za finansiranje javnih rashoda zbog nedostatka poreske konkurencije.

- Ako je konkurencija dobra za efikasnu alokaciju resursa u privatnom sektoru zar se to ne može pretpostaviti i za međunarodnu poresku konkurenciju i njen efekat na javni sektor zemalja?⁴

Poreska saradnja predstavlja oblik poreske koordinacije zemalja, ali za razliku od poreske harmonizacije, ona dozvoljava raznolikost u poreskim sistemima zemalja. Najčešći oblik poreske saradnje je uzajamna pravna pomoć u poreskim predmetima.

Posmatrano sa političke strane, harmonizacija poreskih stopa prihoda od kapitala nije mogla imati budućnost. Takvo ograničenje nacionalnog suvereniteta za mnoge zemlje bilo je nedopustivo. Razmena informacija sa drugim zemljama, međutim, ne dovodi do odricanja zemlje od njenog nacionalnog poreskog suvereniteta, već se ogleda u pomaganju drugim zemljama da primene svoj poreski suverenitet nad svojim državljanima.⁵

Poreska saradnja je počela radikalno da se menja posle 2008. godine. Ona predstavlja mehanizam da zemlje sačuvaju svoj poreski suverenitet upotrebom administrativnih mera za saradnju, a da ipak negativne posledice poreske konkurencije budu zaustavljene bez toliko distorzija kao pri poreskoj harmonizaciji.

Cilj poreske saradnje je poboljšanje primene principa rezidenstva u oporezivanju, prema kome preduzeća ili fizička lica plaćaju poreze svojoj rezidentnoj zemlji na sve prihode koje su ostvarili bilo gde u svetu.

2. Poreska saradnja u Evropskoj uniji

U okviru EU stepen poreske saradnje zavisi od načina finansiranja rashoda Unije. Pravna nauka predlaže tri načina finansiranja rashoda Uni-

⁴ S. Cnossen, *ibid*, p. 270.

⁵ M. Keen, J. E. Ligthart, "Information Sharing and International Taxation: A Primer", *International Tax and Public Finance* 13/2006, p. 82.

je: 1. doprinosima zemalja članica; 2. sopstvenim prihodima Unije - dažbine prikupljene od strane zemlje članice prenose se u celini ili nekim delom na račun Unije; 3. sopstvenom poreskom jurisdikcijom Evropske unije.⁶

EU se do sada finansirala preko doprinosa i sopstvenim prihodima. Krajnji cilj je stvaranje poreske jurisdikcije na nivou EU, a harmonizacija poreza je samo jedan „korak“ do tog cilja.

Da bi EU efikasnije funkcionisala, obavezni uslov je prenos ovlašćenja sa nacionalnog nivoa na nivo institucija Unije. Zemlje članice nisu naklonjene ideji prenošenja poreske vlasti na nivo EU, kao ni harmonizaciji poreza jer bi to značilo gubitak fiskalnog suvereniteta. Posredni porezi su harmonizovani na nivou EU preko uredba i direktiva. Neposredni porezi nisu u značajnoj meri harmonizovani i na nivou EU se mogu doneti samo direktive neophodne za funkcionisanje jedinstvenog tržišta.

Ovakvo stanje stvara slabost poreske politike EU. EU nema ovlašćenja da sprovodi harmonizovanu poresku politiku, dok zemlje članice nisu u stanju da sprovedu svoje nacionalne fiskalne politike jer, zbog harmonizovanih pravila ekonomske politike na nivou Unije, ne mogu da usvoje izdvojene nacionalne mere.⁷

Poresku harmonizaciju u celini ili harmonizaciju poreskih stopa na nivou EU je vrlo teško postići zbog obaveze jednoglasnog odlučivanja za takvu poresku politiku.

Danas je EU sui generis organizacija. Posle nekoliko nivoa regionalne integracije⁸ EU je dostigla stepen ekonomske i monetarne unije sa usklađenom ekonomskom, monetarnom i deviznom politikom. Po uklanjanju carinske kontrole 1992. godine⁹, kontrola poslovnih knjiga poreskih obveznika je zamenila poresku kontrolu od strane granične službe i omogućeno je slobodno kretanje dobara, usluga, ljudi i kapitala na području EU.

⁶ S. Cnossen, Tax Harmonization Issues in the European Community, *The American Journal of Tax Policy*, Vol. 8, No.2/1990, p. 272-273.

⁷ M. Longo, “EU Financial Reform and New Opportunities for European Integration”, *Australian International Law Journal*, No.17/2010, p. 174.

⁸ Ukupno je 6 stadijuma ekonomske integracije: zona slobodne trgovine, carinska unija (harmonizovana carinska politika), zajedničko tržište (slobodno kretanje dobara, usluga, ljudi i kapitala), ekonomska unija, monetarna unija (jedna valuta i unificirana monetarna politika u celoj uniji) i politička unija (zajednička spoljna granica i vojska). Vide ti: I. Kikerkova, *Nadvorešna Trgovija*, Ekonomski fakultet, Skopje, 2008, str. 119-122.

⁹ Council Directive 91/680/EEC of 16 December 1991 supplementing the common system of value added tax and amending Directive 77/388/EEC with a view to the abolition of fiscal frontiers, Official Journal of the European Union, No. L 376, 1991. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1991:376:0001:0019:EN:PDF>, 8.08.2013.

Na nivou EU postoji jedinstveno tržište i jedna valuta u evrozoni čemu je prethodilo prenošenje ovlašćenja u ovoj oblasti, i u oblastima koje su sa njom povezane, na institucije EU. Nadležnost EU u fiskalnoj oblasti je ograničena samo na nivo neophodan za funkcionisanje zajedničkog tržišta. To uslovljava da EU bude osetljiva na ekonomske krize i finansijske šokove. S druge strane, veća poreska koordinacija je obavezna zbog smanjenog kapaciteta zemalja članica da preduzimaju efektivne fiskalne mere u nacionalnom interesu.

Osnovna ideja pri stvaranju EU ticala se regionalne integracije koja će sačuvati integritet zemalja članica. Najbitnije pitanje za poresku koordinaciju nije kako da se najbrže harmonizuju porezi zemalja članica, nego sasvim suprotno, kolika se raznolikost i poreska konkurencija može dozvoliti zemljama, a da to ne ugrozi jedinstveno tržište i monetarnu i ekonomsku uniju.¹⁰

Razni argumenti su prezentovani kako bi se potkrepile tvrdnja da kompletna poreska harmonizacija nije potrebna niti da nju žele zemlje članice.¹¹ Međutim, blagostanje u EU neće se uvećati ako poreska struktura neke zemlje članice nanosi štetu drugoj zemlji članici. U teoriji se smatra da bogatije zemlje treba da obezbede ekonomsku pomoć siromašnim zemljama. Dozvoljavanje jednoj siromašnoj zemlji da, zahvaljujući njenom poreskom sistemu, profitira na račun poreskih obveznika iz bogatije zemlje je, na neki način, indirektna ekonomska pomoć.¹² S druge strane to je i štetna poreska konkurencija.

Harmonizacija poreske osnovice direktnih poreza imaće različite efekte po poreske prihode zemalja članica. Zemlje članice koje imaju široko postavljenu poresku osnovicu izgubiće poreske prihode usled harmonizacije, a zemlje koje imaju užu poresku osnovicu izgubiće mogućnost privlačenja stranih investicija.

Poreska praksa u federativnim zemljama (SAD, Kanada i Švajcarska) pokazuje da se poreski sistemi pojedinih zemalja ili kantona mogu međusobno razlikovati, a da to ne ugrožava funkcionisanje zajedničkog tržišta. Primera radi, u SAD 43 od 50 zemalja imaju svoj porez na dohodak fizičkih lica, 45 zemalja imaju svoj porez na dobit i 45 zemalja i oblast Kolumbija imaju svoje poreze na potrošnju. Sve ove poreze karakterišu različite poreske osnovice i poreske stope.¹³

¹⁰ S. Cnossen, Tax Harmonization Issues in the European Community, *The American Journal of Tax Policy*, Vol. 8, No.2, 1990, p. 267.

¹¹ S. Cnossen, *ibid.*

¹² C. Blum, "Sharing Bank Deposit Information With Other Countries: Should Tax Compliance or Privacy Claims Prevail?", *Florida Tax Review*, Vol. 6 No.6 /2004, p. 635.

¹³ S. Cnossen, Tax Harmonization Issues in the European Community, *The American Journal of Tax Policy*, Vol. 8, No. 2/1990, p. 269.

Poreska saradnja je u eri globalizacije obavezni uslov kako bi zemlje članice povećale svoje blagostanje. Zbog integracije na nivou EU zemlje članice nisu u stanju da poresku saradnju same efikasno pravno regulišu. Zato se poreska saradnja u zemljama članicama EU razvila na nekoliko nivoa i preko većeg broja mera.

3. Instrumenti poreske saradnje između zemalja članica EU

Ukoliko bi razmišljale samo o svom interesu, zemlje nikad ne bi razmenjivale informacije. Nacionalni interes svake zemlje bi bio da ne razmenjuje informacije i da, zahvaljujući tome, postane atraktivnija za strane investitore i stekne preimućstvo u poreskim prihodima i bankarstvu. S druge strane, obezbeđivanje poreskih informacija je recipročna povlastica i neophodan uslov za funkcionisanje jedinstvenog tržišta i ekonomske unije. Dostavljanje informacija drugim zemljama članicama obezbeđuje recipročno zahtevanje informacija od tih istih zemalja članica. Zemlje članice EU koriste nekoliko međunarodnih instrumenata da bi razmenjivale informacije i uskladile poresku saradnju.

Bilateralni ugovori o izbegavanju dvostrukog oporezivanja na dohodak i imovinu izrađeni su po Modelu Konvencije OECD o izbegavanju dvostrukog oporezivanja.

Ovi ugovori najčešće sadrže odredbu u pogledu člana 26. Model konvencije koji propisuje razmenu informacija za sprovođenje nacionalnog poreskog prava ili primenu ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja. Pre 2000. godine član 26. propisivao je samo razmenu podataka o porezima obuhvaćenim bilateralnim ugovorom izrađenim po Model konvenciji,¹⁴ ali danas zemlje ugovornice mogu ugovoriti razmenu informacija za sve poreze koje naplaćuju.

Član 27. koji reguliše pomoć u naplati poreza je, od 2003. godine, u sastavu Model Konvencije. Ovaj član propisuje da zemlja ugovornica može da pruži drugoj zemlji ugovornici pomoć u naplati poreza ili primeni meru obezbeđivanja naplate poreza.

Najveće ekonomije u Evropskoj uniji su potpisale *FACTA* (Foreign Account Compliance Tax Act) ugovore sa SAD. Francuska, Italija, Nemačka, Španija i Velika Britanija su objavile da će međusobno razmenjivati poreske informacije prikupljene primenom *FACTA* ugovora radi obezbeđenja

¹⁴ OECD, Update to Article 26 of the OECD Model Tax Convention and its Commentary, OECD, Paris, 2012, paragraf 10.1 Komentara. Dostupno na: - http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/120718_Article%2026-ENG_no%20cover%20%282%29.pdf, 6.08.2013.

većeg obuhvata ovim ugovorima.¹⁵ Zato FACTA ugovori postaju izvor poreske saradnje između zemalja članica EU koje su potpisale ove ugovore.

Postoje dva modela FACTA ugovora: prvi model (međuvladin sistem) i drugi model (jednostrano primenjiv sistem). Prvi model predviđa automatsku razmenu informacija između SAD i druge zemlje ugovornice. Ugovori po prvom modelu zaključeni su sa Velikom Britanijom, Francuskom, Nemačkom, Italijom i Španijom. Drugi model obezbeđuje obaveštavanje Službe unutrašnjih prihoda (IRS) o računima američkih državljanina koje rade u drugoj zemlji ugovornici. Obaveštavanje vrše odgovarajuće finansijske institucije. Švajcarska i Japan su zaključili FACTA ugovore po drugom modelu.¹⁶

U zemljama članicama EU primenjuju se nekoliko multilateralnih konvencija. Najvažnija je *Multilateralna konvencija o međusobnoj pravnoj pomoći u poreskim predmetima*. Ova konvencija je otvorena za potpisivanje 1988. godine. Izmenjena je Protokolom iz 2010. godine i sada je otvorena za sve zemlje koje žele da postanu članice ove konvencije. Njen obuhvat je najširi, zbog toga što propisuje primenu svih mogućih mera za međusobnu pravnu pomoć između zemalja i primenjuje se na sve vrste poreza i slične dažbine, osim carine. Do kraja avgusta 2013. godine, 23 zemalja članica EU su potpisale Multilateralnu konvenciju o međusobnoj pravnoj pomoći u poreskim stvarima.¹⁷

Postoje još dve regionalne konvencije u oblasti poreske saradnje.

Beneluks konvencija je sporazum između Belgije, Holandije i Luksemburga koji reguliše međusobnu pomoć u naplati poreza. Beneluks konvencija je potpisana 9. maja 1952. godine, a stupila je na snagu 1956. godine. Ova konvencija je jedna od prvih konvencija koja obezbeđuje međusobnu pomoć u naplati neposrednih i posrednih poreza, uključujući i lokalne poreze.

Nordijska konvencija o uzajamnoj pravnoj pomoći u poreskim predmetima stupila je na snagu 9. novembra 1972. godine, po izvršenoj ratifikaciji od strane Danske, Finske, Islanda, Norveške i Švedske. Nova Nordijska konvencija je doneta 1989. godine. Sa novom konvencijom, Farska ostrva i Grenland su postali novi članovi konvencije. Ova konvencija

¹⁵ OECD, *A Step Change in Tax Transparency*, OECD Report for the G8 Summit Louch Erne, Enniskillen, 2013, p. 5-6. Dostupno na: http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/taxtransparency_G8report.pdf, 6.08.2013.

¹⁶ X. Oberson, *Exchange of Information and Cross-border Cooperation between Tax Authorities*, General Report, *Cahiers de Droit Fiscal International*, Vol. 98b, IBFD, Amsterdam 2013, p. 45.

¹⁷ <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=208&CM=8&DF=24/08/2013&CL=ENG>, provereno 05.08.2013.

obezbeđuje zemljama ugovornicama razmenu informacija, naplatu poreza i dostavu dokumenata.

Iako mreža poreskih ugovora nije oskudna, oni nisu najvažniji instrumenti poreske saradnje. U deklaraciji broj 17., delu aneksa finalnog dokumenta međuvladine konferencije za prihvatanje Lisabonskog ugovora navedeno je da pravo EU (odluke Evropskog suda pravde, osnivački ugovori i sekundarno pravo EU usvojeno na osnovu osnivačkih ugovora EU) ima supremaciju u odnosu na nacionalne propise.¹⁸ Međunarodne konvencije i sporazumi, bez razlike da li je prihvaćena monistička ili dualistička teorija za primenu međunarodnih ugovora, su deo nacionalnog pravnog sistema i prava i obaveze zemalja članica, koje su one preuzele po međunarodnim ugovorima, i moraju biti usklađeni sa pravom EU.

4. Akti EU u oblasti poreske saradnje

Najvažnije *akte EU u oblasti poreske saradnje* donosi Savet ministara na predlog Komisije i po izvršenim konsultacijama Evropskog Parlamenta i Ekonomsko-socijalnog komiteta shodno članu 113. (harmonizacija indirektnih poreza da bi se obezbedilo funkcionisanje jedinstvenog tržišta) i članu 115. (direktive u oblastima koje direktno utiču na stvaranje i funkcionisanje unutrašnjeg tržišta) Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.¹⁹

Direktivama i uredbama vrši se pozitivna harmonizacija poreske saradnje. Negativnu harmonizaciju poreske saradnje sprovodi Evropski sud pravde svojim odlukama, kojima otklanja neadekvatne mere u nacionalnom pravu neke zemlje članice, koja ne poštuje osnove zajedničkog tržišta i nanosi štetu nekoj drugoj zemlji članici ili poreskim obveznicima.²⁰

Smatramo da su instrumenti pozitivne integracije - direktive i uredbe Saveta ministara EU važniji za ostvarivanje poreske saradnje na nivou EU. Oni se primenjuju u svim zemljama članicama i imaju prednost pred drugim međunarodnim ugovorima. Odluke Evropskog suda pravde otklanjaju neadekvatne mere u pravnim sistemima zemalja članica, ali ne predviđaju kako da se neko pravno pitanje u tim zemljama uredi. „Zemlja članica može izmeniti svoje pravo da bi pomogla funkcionisanju jedinstve-

¹⁸ Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, Official Journal of European Union C 326, 2012, p. 346. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2012:326:SOM:EN:HTML>, 07.08.2013.

¹⁹ *Ibid*, p. 97.

²⁰ B. J. M. Terra, P.J. Wattel, *European Tax Law* 4th, Kluwer Law International, The Hague, 2004, p. 28.

nog tržišta ili može povećati poreski teret obveznicima – rezidentima i nerezidentima kako bi sačuvala svoju poresku bazu.²¹

5. Direktiva o administrativnoj saradnji u oblasti oporezivanja

5.1. Istorijski razvoj direktive

Po stvaranju Evropske ekonomske zajednice 1958. godine i carinske unije 10 godine kasnije, zemlje članice EEZ su primetile poresku evaziju na nivou zajednice i smanjenje budžetskih prihoda usled distorzije tokova kapitala. Bilateralni ugovori o izbegavanju dvostrukog oporezivanja su postali nedovoljno sredstvo u borbi sa novim formama poreske evazije koje su poprimile međunarodni karakter.

Prva direktiva o uzajamnoj pomoći u oblasti oporezivanja je doneta 1977. godine.²² Ova direktiva je omogućila da zemlje članice uzajamno sarađuju u proceni poreza na dohodak i kapital.

Direktiva je upućivala na razmenu informacija na zahtev, automatsku razmenu informacija, spontanu razmenu informacija i prisustvo poreskih službenika jedne zemlje članice u drugoj zemlji članici. Nisu postojali vremenski rokovi i direktiva je propisivala da se razmena sprovede „što je brže moguće“²³.

Zemlje članice su morale tretirati poreske informacije kao tajnu prema nacionalnom pravu. Poreske informacije su bile dostupne samo licima i organima koji su bili neposredno uključeni u postupak razreza poreza, tj. uključeni u sudske i administrativne postupke koji su se ticali određivanja visine poreske obaveze.

Kada je zemlja članica koja je zahtevala i dobila poresku informaciju od druge zemlje članice, smatrala da je ta poreska informacija korisna za neku treću zemlju članicu mogla je da je pošalje trećoj zemlji, po postignutom sporazumu sa zemljom od koje je tu informaciju dobila.²⁴

Zemlje članice nisu imale obavezu da razmenjuju informacije ako: zemlja članica od koje su zahtevane informacije o porezu nema ovlašćenja, po svom nacionalnom pravu, da sprovede istragu i obezbedi takve informacije; zemlja članica ne sme razmenjivati informacije koje su poslovna, trgo-

²¹ R. Azam, "Global Taxation of Cross-border E-commerce Income", *Virginia Tax Review*, vol.31, No.6/2012, p. 102.

²² Council Directive 77/799/EES concerning mutual assistance by the competent authorities of the Member States in the field of direct taxation, Official Journal of the European Communities, No. L 336, 1977. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1977:336:0015:0020:EN:PDF>, 04.08.2013.

²³ *Ibid*, čl. 5, originalna formulacija je 'Swiftly as possible'.

²⁴ *Ibid*, čl. 7 st. 4.

vinska ili industrijska tajna, i informacije čije bi prenošenje narušilo društveni poredak. Takođe, zemlje članice ne smeju zahtevati informacije koje one same po svom nacionalnom pravu ne mogu obezbediti zbog praktičnih ili pravnih razloga.²⁵ Navedena ograničenja su postali postulati poreske saradnje i sastavni deo svakog narednog instrumenta EU u ovoj oblasti.

U direktivi se propisuje da ona ne ograničava zemlje članice i da zemlje članice mogu primeniti i druge pravne instrumente ukoliko se njima obezbeđuje veći stepen poreske saradnje.²⁶

Direktiva o uzajamnoj pomoći u oblasti oporezivanja je bila revolucionarni korak u oblasti poreske saradnje u EU i opseg njene primene je vremenom nadograđivan. Porez na dodatu vrednost²⁷ je 1979. godine uključen u direktivu o uzajamnoj pomoći jer je reč o porezu harmonizovanom na nivou EU i delu sistema sopstvenih prihoda Unije. Po harmonizovanju akciza i one su, 1992. godine, postale deo ove direktive. Formiranjem jedinstvenog tržišta 1992. godine, direktiva o uzajamnoj pomoći u oblasti oporezivanja je propisivala pravila poreske saradnje za posredne i neposredne poreze.

Proces razvoja EU je neprekidan proces. Institucije EU su 2003. godine donele posebnu regulativu o uzajamnoj saradnji u oblasti poreza na dodatu vrednost i pravila o PDV su izuzeta od obuhvata ove direktive. Istim amandmanom premije osiguranja su uključene u direktivu. Novina iz ovog perioda je i to što poreska vlast može koristiti informacije dobijene iz druge zemlje članice i za razrez drugih dažbina.²⁸

Sa izmenom iz 2004. godine poreski organ u određenoj zemlji članici, od koje je zahtevana neka poreska informacija od druge zemlje članice, ima obavezu da postupa u procesu prikupljanja informacije kao da je ta informacija tom poreskom organu potrebna.²⁹ Ovaj amandman je usvo-

²⁵ *Ibid*, čl. 8.

²⁶ *Ibid*, čl.11.

²⁷ Council Directive 79/1070/EES amending Directive 77/799/EES concerning mutual assistance by the competent authorities of the Member States in the field of direct taxation, Official Journal of the European Communities, No. L 331, 1979. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1979:331:0008:0009:EN:PDF>, 04.08.2013.

²⁸ Council Directive 2003/93/ES amending Directive 77/799/EES concerning mutual assistance by the competent authorities of the Member States in the field of direct and indirect taxation, Official Journal of the European Union, No. L 264, 2003., čl.1 st. 4. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:264:0023:0024:EN:PDF>, 04.08.2013.

²⁹ Council Directive 2004/56/ES amending Directive 77/799/EEC concerning mutual assistance by the competent authorities of the Member States in the field of direct taxation, certain excise duties and taxation of insurance premiums, Official Journal of the European Union, No. L 127, 2004., čl. 1 tač. 2. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:127:0070:0072:EN:PDF>, 04.08.2013.

jen jer su zemlje propisivale različita pravila u slučajevima kad su prikupljale informacije za sebe i u slučajevima kad su prikupljale informacije za druge zemlje. Navedeno je uslovljavalo da razmena informacija traje vremenski duže.

Direktiva je 2004. godine obogaćena novim merama koje su olakšale poresku saradnju. Zemlje članice su koristile meru obaveštenja,³⁰ kada su poslale obaveštenja i odluke o oporezivanju njihovih poreskih obveznika nekoj drugoj zemlji članici.

Simultane kontrole obveznika koristile su zemlje članice u situaciji kada su neki subjekti poreski obveznici u obe zemlje. One ugovaraju nezavisne simultane kontrole na njihovim teritorijama. Kada sprovedu simultane kontrole, poreske jurisdikcije započinju razmenu informacija ukoliko smatraju da je to korisnije u odnosu na situaciju kada jedna zemlja sama ispituje poresko stanje obveznika.³¹

Savet ministara EU je, 2004. godine, doneo posebnu uredbu o poreškoj saradnji u oblasti akciza, što je uslovalo da odredbe o akcizama budu ukinute i da više ne budu predmet Direktive o uzajamnoj pomoći u oblasti oporezivanja.³² Posle navedenih izmena direktiva se primenjivala na neposredne poreze i na premije osiguranja.

5.2. Direktiva o administrativnoj saradnji u oblasti oporezivanja iz 2011. godine

U periodu koji je usledio po usvajanju poslednjeg amandmana direktive o uzajamnoj pomoći, mobilnost kapitala i poreskih obveznika se uvećala, a pojavili su se i mnogi međunarodni finansijski instrumenti i derivati. To je doprinelo da zemlje ne budu u mogućnosti da lako i pouzdano utvrde poreske obaveze svojim obveznicima. Zemlje članice su utvrdile da postojanje poreske kontrole, samo na nacionalnom nivou, može da ugrozi funkcionisanje zajedničkog tržišta.

Iz razloga što jedna zemlja članica ne može uspešno upravljati svojim poreskim sistemom, posebno u oblasti neposrednih poreza, bez adekvatnih informacija iz drugih zemalja članica, zemlje su odlučile da donešu novu direktivu i povećaju nivo uzajamne poreske saradnje.

³⁰ *Ibid*, čl.1 tač. 5. (8a).

³¹ *Ibid*, čl. 1 tač. 5 (8b).

³² Council Directive 2004/106/ES amending Directives 77/799/EEC concerning mutual assistance by the competent authorities of the Member States in the field of direct taxation, certain excise duties and taxation of insurance premiums and 92/12/EEC on the general arrangements for products subject to excise duty and on the holding, movement and monitoring of such products, Official Journal of the European Union, No. L 369, 2004. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:359:0030:0031:EN:PDF>, 05.08.2013.

Direktiva o poreskoj saradnji³³ primenjuje se na sve poreze uvedene u zemljama članicama ili u njihovo ime, kao i na poreze uvedene od strane teritorijalnih ili administrativnih jedinica zemalja. Ova direktiva se ne primenjuje na porez na dodatu vrednost, carine, akcize (EU i zemlje članice su za ove poreze donele posebne propise za poresku saradnju) i obavezne doprinose za socijalno osiguranje.³⁴

Deo koji reguliše organe nadležne za poresku saradnju je izmenjen. Prethodno je svaka zemlja članica određivala centralnu kancelariju za veze i preko te kancelarije je sprovodila celokupnu razmenu informacija. Prema direktivi o poreskoj saradnji, osim centralne kancelarije za veze, zemlje članice mogu da odrede i ovlašćene organe i lica koji direktno mogu, u okvirima njihovih ovlašćenja, razmenjivati informacije za određene poreze sa organima drugih zemalja članica.³⁵ Ovom izmenom omogućeno je da veći broj organa u jednoj zemlji može dobiti ovlašćenje za razmenu informacija a to će činiti poresku saradnju bržom i efikasnijom.

Novine su приметne i u razmeni informacija na zahtev. Kada zemlja članica zahteva poreske informacije od druge zemlje članice, druga zemlja ima obavezu da sprovede istragu kako bi došla do zahtevanih poreskih informacija. Zemlja članica, od koje su informacije zahtevane, postupajući pravila po kojima ona sprovodi svoje istrage u poreskim slučajevima. Radi efikasnijeg postupanja uvedeni su rokovi. Zemlja članica, od koje su zahtevane informacije, treba da dostavi zahtevane informacije u roku od šest meseci od dana prijema zahteva. Ukoliko zemlja članica već poseduje zahtevane informacije i ne mora da sprovodi istragu, treba da dostavi informacije u roku od dva meseca.³⁶ Zemlja članica, od koje su zahtevane informacije, ima propisanu obavezu potvrde prijema zahteva za razmenu informacija u roku od sedam radnih dana od dana prijema zahteva.³⁷ U direktivi su propisani i drugi rokovi u cilju saradnje zemalja članica na jasnoj osnovi i nepostojanja nedoumice zašto na zahtev zemalja nije odgovoreno.

³³ Council Directive 2011/16/ES on administrative cooperation in the field of taxation and repealing Directive 77/799/EEC, Official Journal of the European Union, No. L 64, 2011. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:064:0001:0012:EN:PDF>, 05.08.2013.

³⁴ Council Directive 2011/16/ES on administrative cooperation in the field of taxation and repealing Directive 77/799/EEC, Official Journal of the European Union, No. L 64, 2011, čl. 2. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:064:0001:0012:EN:PDF>, 05.08.2013.

³⁵ *Ibid*, čl. 4.

³⁶ *Ibid*, čl. 7 st. 1.

³⁷ *Ibid*, čl. 7 st. 3.

Obavezna automatska razmena informacija bez prethodnih uslova je najefektivnija mera unapređivanja razreza međunarodne poreske obaveze i borbe sa poreskom evazijom. Zemlje članice EU su, od 1. januara 2014. godine, uslovljene automatski da razmenjuju dostupne poreske informacije o rezidentima drugih zemalja članica sa poreskim organima tih zemalja.³⁸ Zemlje će razmenjivati dostupne informacije o zaradama, direktorskim naknadama, životnom osiguranju, penzijama, vlasništvu i dohotku od nekretnina.

Zemlje članice mogu odlučiti da ne zahtevaju poreske informacije o dohotku ili kapitalu koji je ispod određenog nivoa ili da ne dobijaju informacije od drugih zemalja članica za određene kategorije dohotka za koje je propisana automatska razmena.³⁹

Komisija će podneti izveštaj o automatskoj razmeni informacija pre 1. jula 2017. godine sa ciljem procene troškova i koristi od automatske razmene i, ako bude potrebno, predložiće buduće korake razvoja automatske razmene informacija adekvatnim predlogom. Savet EU će, po proveru Predloga komisije, utvrditi budući obim automatske razmene informacija i da li posle 1. januara 2017. godine zemlje članice treba da imaju obavezu da obezbeđuju podatke drugim zemljama članicama za najmanje tri od početno predviđenih pet kategorija dohotka i da prošire obuhvat razmene informacija za divedende, kapitalne dobitke i autorske honorare.⁴⁰

Automatska razmena će se sprovoditi najmanje jednom godišnje i to u roku od šest meseci od kraja godine u kojoj su informacije postale dostupne.⁴¹

Ova direktiva ne ograničava zemlje članice. Ukoliko zemlja članica ugovori širu automatsku razmenu informacija sa nekom od zemalja članica, putem bilateralnog ili multilateralnog ugovora, mora o tome obavestiti Komisiju i obezbediti ugovorne povlastice za sve ostale zemlje članice.

Zemlje članice imaju obavezu spontane razmene poreskih informacija kad postoji gubitak poreskih prihoda druge zemlje članice, a prva zemlja članica poseduje dostupne informacije korisne za drugu zemlju.

Direktiva o poreskoj saradnji utvrđuje za zemlje članice, koje imaju korisne poreske informacije, rok od mesec dana da dostave te informacije drugoj zemlji članici.⁴² Zemlja, koja je primila informacije spontanom

³⁸ *Ibid*, čl. 8 st. 1.

³⁹ *Ibid*, čl. 8 st. 3.

⁴⁰ *Ibid*, čl. 8 st. 5.

⁴¹ *Ibid*, čl. 8 st. 6.

⁴² *Ibid*, čl. 10.

razmenom, treba da potvrdi prijem informacija u roku ne dužem od sedam radnih dana od dana prijema informacija. Sa uvođenjem rokova u spontanoj razmeni informacija, ova mera postaje efikasnija i obezbeđuje više korisnih informacija za zemlje koje te informacije dobijaju.

Direktiva obezbeđuje mogućnost ugovaranja prisustva poreskih službenika jedne zemlje članice u kancelarijama poreskog organa druge zemlje članice EU, kao i učešće poreskih službenika u poreskim istragama na teritoriji druge zemlje članice EU. Direktiva propisuje specifičnost: poreski službenici iz inostranstva ispituju poresko stanje u nekoj zemlji članici, nesaradnja lica sa njima izjednačena je sa nesaradnjom sa domaćim poreskim vlastima.⁴³

Direktiva propisuje i simultane kontrole i zahteve u pogledu obaveštenja, koji mogu biti vrlo korisni za zemlje članice u procesu utvrđivanja i naplate poreza.

Zemlje članice su obvezne da obezbede informacije o ishodu poreskog postupka drugoj zemlji od koje je poreska informacija bila zahtevana, ukoliko je ona to zatražila. Zemlja članica koja je dobila informaciju treba da obavestiti drugu zemlju članicu o ishodu poreskog postupka za koji je informacija iskorišćena, ne kasnije od tri meseci od zvaničnog kraja postupka.⁴⁴

Kada je zahtevana informacija o ishodu poreskog postupka automatskom razmenom, zemlja će poslati informacije o ishodu najmanje jednom godišnje.⁴⁵

Iako su informacije koje zemlje članice razmenjuju tajne, one ih mogu koristiti kako bi utvrdile i naplatile druge poreze i dažbine propisane u Direktivi 2010/24/EU o uzajamnoj pomoći u naplati poreza i drugih dažbina, kao i za razrez i naplatu obaveznih socijalnih doprinosa.⁴⁶ Ako to dozvoljavaju pravni propisi dveju zemalja članica poreske informacije se mogu koristiti i u druge svrhe.⁴⁷

U Direktivi je propisano da zemlja ne može odbiti zahtev za pravnu pomoć samo zbog toga što ne postoji domaći poreski interes ili zato što je informacija u vlasništvu banke ili druge finansijske institucije, ili je informacija vezana za vlasništvo obveznika nad stvarima. Sa ovim ograniče-

⁴³ Council Directive 2011/16/ES on administrative cooperation in the field of taxation and repealing Directive 77/799/EEC, Official Journal of the European Union, No. L 64, 2011, čl.11 st. 2. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:064:0001:0012:EN:PDF>, 05.08.2013.

⁴⁴ *Ibid.*, čl. 14.

⁴⁵ *Ibid.*, čl. 14 st. 2.

⁴⁶ *Ibid.*, čl. 16 st. 1.

⁴⁷ *Ibid.*, čl.16 st. 2.

njem prava na tajnost podataka obveznika, zemlje mogu lakše utvrditi istinito poresko činjenično stanje ali to ugrožava pravo poreskih obveznika na privatnost i tajnost.⁴⁸

Direktiva o poreskoj saradnji podiže međunarodnu poresku saradnju na viši nivo u poređenju sa ostalim međunarodnim instrumentima. Vreme će pokazati da li će to doneti bolje stanje za zemlje i Uniju. Pravila ove direktive omogućuju bolju naplatu poreza, ali uzrokuju i veće troškove poreskih organa. Pravila postupanja poreskih organa nisu harmonizovana na nivou EU i kapacitet ovih organa nije isti u svim zemljama članicama. Zbog toga manje razvijene države članice imaju veće troškove i probleme u primeni ove direktive.

Kako bi zemlje lakše razmenjivale informacije i smanjile administrativne troškove, Komisija utvrđuje standardne obrasce koristeći informacionu tehnologiju. Time je omogućeno da sve zemlje članice koriste iste obrasce za razmenu informacija.

Direktiva o poreskoj saradnji propisuje povećanu razmenu informacija i zato je potrebno obezbediti pouzdan sistem prenosa informacija elektronskim putem. Na nivou EU se koristi „Opšta komunikacijska mreža“ (Common Communication Network - CCN) koja obezbeđuje prenos i upis podataka i koristiće se u redovnim transferima poreskih informacija pri primeni ove direktive.

Kako bi razmena informacija na nivou EU postala efektivnija i efikasnija Komisija je donela Uredbu o primeni Direktive 2011/16/ES⁴⁹ u kojoj je propisala forme obrazaca za razmenu informacija na zahtev, obrazaca za spontanu razmenu, obrazaca zahteva za administrativno obaveštenje, obrazaca informacije o ishodu poreskog postupka.

Elektronska razmena informacija je standardni način. Ako zemlje ne mogu razmeniti informacije elektronskim putem, ugovoriće način razmene. Poreska saradnja po ovoj direktivi je veliki korak za zemlje članice, njihove poreske administracije i poresko pravo. Detaljnije regulisanje poreske saradnje je doprinelo efikasnijoj naplati poreza i suzbijanju poreske utaje. Automatska razmena informacija će uvećati poreske prihode nacionalnih vlasti. Standardizovani obrasci olakšavaju proces razmene informacija.

⁴⁸ Videti: M. Dimitrijević, *Pravni položaj poreskih obveznika*, Studentski kulturni - centar, Niš, 2012, str. 63-67.

⁴⁹ Commission Implementing Regulation 1156/2012 laying down detailed rules for implementing certain provisions of Council Directive 2011/16/EU on administrative cooperation in the field of taxation, Official Journal of European Union, L 335, 2012. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:335:0042:0046:EN:PDF>.

S druge strane, pravila o radu nacionalnih poreskih administracija još nisu harmonizovana i to ima negativne posledice po celokupnu poresku saradnju na nivou EU. Usled nemogućnosti organizovanja rada poreske administracije na isti način zbog finansijskih, organizacionih i funkcionalnih ograničenja, nesrazmerno je raspoređen teret poreske saradnje između manje i više razvijenih zemalja članica EU.

5.3. Budućnost direktive o poreskoj saradnji i razmeni informacija

Komisija je smatrala da treba proširiti obuhvat Direktive o poreskoj saradnji i zato je izradila predlog Direktive⁵⁰ o poreskoj saradnji da bi proširila obuhvat automatske razmene informacija.

Neke zemlje su sklopile FACTA sporazume sa SAD i po ovim sporazumima automatska razmena poreskih podataka treba da bude na većem nivou. Po pravilima Direktive o poreskoj saradnji kada zemlja članica obezbedi veći stepen poreske saradnje nekoj trećoj zemlji, ukoliko neka druga zemlja članica to isto zatraži prva zemlja članica treba da joj obezbedi taj nivo poreske saradnje.⁵¹ Ovakvo stanje uzrokovalo bi ugovaranje bilateralnih poreskih ugovora i distorziju tokova kapitala i jedinstvenog tržišta.

Kako bi se navedeno zaustavilo novi predlog direktive predlaže unapređenje poreske saradnje i proširenje automatske razmene informacija na dodatne kategorije dohotka. Komisija smatra da će izmena doprineti smanjenju troškova poreskih administracija i preduzeća.⁵² Uz to ona smatra da treba izbrisati odredbu o minimalnom dohotku za automatsku razmenu zbog povećanja administrativnih troškova zemlje članice od koje su informacije zahtevane.

Od 1. januara 2014. godine, poreske vlasti zemlje članice će automatskim putem razmenjivati sa poreskim vlastima drugih zemalja članica in-

⁵⁰ European Commission, Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/16/ES as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation (COM)/2013/0348 final, Brussels, 2013. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0348:FIN:EN:PDF>.

⁵¹ Council Directive 2011/16/ES on administrative cooperation in the field of taxation and repealing Directive 77/799/EEC, Official Journal of the European Union, No. L 64, 2011, čl. 19. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:064:0001:0012:EN:PDF>, 05.08.2013.

⁵² European Commission, Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/16/ES as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation (COM)/2013/0348 final, Brussels, 2013, p. 8. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0348:FIN:EN:PDF>, 05.08.2013.

formacije o isplatama, obezbeđene ili čuvane od finansijskih institucija u korist fizičkih lica - rezidenata drugih zemalja članica. Automatska razmena će obuhvatiti informacije o: dividendama, kapitalnim dobicima, prihodima od sredstava na finansijskom računu, svakoj sumi novca koju isplaćuje neka finansijska institucija, kao i o stanju na računu.⁵³

Novina je i to što će Savet 2017. godine razmatrati pitanje unapređenja efikasnosti i funkcionisanja automatske razmene za svih pet kategorija prihoda (a ne tri od pet kategorija prihoda) za koje je Direktivom o poreskoj saradnji propisana automatska razmena na nivou EU (čl. 8 st. 1.), kao i pitanje postojanja mogućnosti da lista za automatsku razmenu bude proširena i na autorske honorare i druge kategorije.⁵⁴

Ovim amandmanom dopunjuje se automatska razmena informacija te je moguće da ova inicijativa zaustavi sklapanje dodatnih poreskih ugovora. Navedenim se ukazuje i na pravac budućeg razvoja razmene informacija u poreskoj materiji.

6. Zaključna razmatranja

Poreska saradnja je ostvarila prednost u odnosu na poresku harmonizaciju na nivou EU i već je prihvaćena kao obavezni segment u funkcionisanju ekonomske i monetarne unije. Instrumenti EU u oblasti poreske saradnje postoje skoro 40 godina.

Direktiva o administrativnoj saradnji u oblasti oporezivanja je unapredila prikupljanje poreskih prihoda, smanjila poresku utaju i stvorila uslove za bolju poresku kooperaciju i naplatu dažbina. Instrumenti u oblasti poreske saradnje su, posle ekonomske krize 2008. godine, postali stroži, složeniji i skuplji. Institucije EU propisuju nove varijacije mera u oblasti poreske saradnje. Poslednjim izmenama, akcenat je stavljen na automatsku razmenu poreskih informacija i intenzivnu upotrebu informacionih tehnologija.

Pravila EU o poreskoj saradnji uređuju radnje i funkcionisanje poreskih organa zemalja članica u oblasti uzajamne poreske saradnje. Instrumenti poreske saradnje EU propisuju intenzivnu poresku komunikaciju između poreskih organa zemalja članica.

Poreska saradnja predstavlja oblik poreske koordinacije zemalja koji dozvoljava raznolikost u poreskim sistemima zemalja i doprinosi povećanju iznosa prikupljenih poreskih prihoda. Razmena poreskih informacija, prisustvo poreskih službenika u drugoj zemlji, simultana istraga poreskog

⁵³ *Ibid*, čl. 1 tač. b.

⁵⁴ *Ibid*, čl. 1 tač. c.

stanja poreskih obveznika i dostava i obaveštavanje o dokumentima, su savremene mere poreske saradnje. Njihova primena je neophodna u uslovima poslovanja poreskih obveznika na globalnom nivou i postojanja šema za međunarodnu utaju poreza.

Treba ukazati da pravila o organizaciji i radu poreskih organa nisu harmonizovana na nivou EU i da zemlje članice nemaju isto razvijene poreske administracije. Zbog toga poreska saradnja izaziva veće troškove u manje razvijenim zemljama članicama, koje imaju i manju korist od poreske saradnje. Poreska saradnja više pomaže većim i bogatijim zemljama članicama, budući da je veći broj njihovih poreskih obveznika koji rade u inostranstvu. Smatramo da su pravila poreske saradnje EU korisnija za zemlje članice koje su kapitalom bogatije i da ova pravila ostvaruju nepovoljan efekat prema manje razvijenim zemljama koje žele da privuku strane investitore.

Poreska saradnja je ostvarila pozitivan uticaj na funkcionisanje jedinstvenog tržišta. Takođe je unapredila sistem razreza i naplate poreza. Kao i svaki poreski institut, poreska saradnja je prilagođena ekonomskom razvoju i većim rashodima zemalja članica. Zemlje članice i institucije EU treba da unapređuju poresku saradnju, bez preteranog uvećanja administrativnih troškova zemalja članica i troškova poreskih obveznika. Iskustvo, međutim, pokazuje da to nije pravac kojim se danas kreće poreska saradnja u EU.

Aleksandar G. Josimovski, LL.M.
University "Sv. Kiril i Metodij" Skopje
Faculty of Law "Justinijan Prvi" Skopje

Tax Cooperation among Member States of European Union and Directive on Administrative Cooperation in the Field of Taxation

Abstract: *Countries have possibility to choose between several alternatives for cooperation in international tax matters at global level. They can decide not to cooperate or provide some form of tax cooperation. Because of harmful tax competition among countries and efforts of international organizations, all countries in the world are obliged to comply with one of multiple alternatives for tax cooperation.*

Situation in European Union (hereinafter EU) is specific. EU is not country or classic international organization. By the reason of its successful functioning, EU has need for tax cooperation. EU has attempted to harmonise tax policies of member states, but member states did not approve that. Only indirect taxes are harmonized on EU level, direct taxes are harmonized only to the point necessarily for functioning of single market. That is why tax cooperation instruments are so important.

Object of this paper are procedures and measures, stipulated by the most important instrument in the field of tax cooperation enacted by institutions of EU, its development and status in international tax law. Regulations and directives in field of tax cooperation in the EU are 'pioneers' in tax matters. EU instruments provide standards which are subsequently accepted by several international organizations - Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) and United Nations (UN).

Our purpose is to present positive and negative aspects of tax cooperation in the EU. In time of crisis efficient tax cooperation provides higher revenues for the member states, on the other hand, taxpayers and tax administrations have increased expenses as result of tax cooperation which are not fairly distributed.

Key words: *mutual administrative assistance, exchange of information, tax cooperation, taxes, European Union.*

ODELJAK ZA STUDENTE

*Jovana Đuričić, student doktorskih studija
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

*Marija Mrkšić, student doktorskih studija
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

O MODEL ZAKONIMA UNCITRAL-A S POSEBNIM OSVRTOM NA MODEL ZAKONE U OBLASTI JAVNIH NABAVKI I INFRASTRUKTURNOG RAZVOJA

Sažetak: *UNCITRAL (Komisija Ujedinjenih nacija za međunarodno trgovinsko pravo) je međunarodna organizacija usmerena na modernizaciju i harmonizaciju privrednog prava na internacionalnom nivou. Njenu normativnu delatnost primarno obeležava donošenje izvora prava koji pripadaju grupi soft law izvora (vodiči, saopštenja, model zakoni, itd.). Predmet istraživanja u ovom radu jesu model zakoni UNCITRAL-a i njihov značaj kao izvora prava za međunarodne privredne odnose. Namera autora je da ukažu na svojstva i adekvatnost primene model zakona pre svega u oblasti javnih nabavki i infrastrukturnog razvoja, s aspekta uočavanja prednosti i nedostataka regulisanja ove vrlo značajne materije u oblasti tržišnih odnosa pomenutih izvorom prava. U cilju sagledavanja razloga pro et contra uređivanja ove materije model zakonom bilo je potrebno sprovesti uporednu analizu sa drugim izvorima prava, koji regulišu ista pitanja (pre svega direktivama Evropske unije), uz poseban osvrt na propise koji postoje u nacionalnim pravnim sistemima, kojima model zakoni ne bi trebalo da budu alternativa, već vodič za stvaranje kvalitativnih normi.*

Ključne reči: *UNCITRAL, model zakon, soft law, javno-privatno partnerstvo, javne nabavke*

1. Normativna delatnost UNCITRAL – a: doprinos procesima harmonizacije i unifikacije prava, metodi i sredstva rada

UNCITRAL (Komisija Ujedinjenih nacija za međunarodno trgovinsko pravo, engl. *United Nations Commission on International Trade Law*, u daljem tekstu: UNCITRAL) je kao međunarodna organizacija koja je fokusirana na modernizaciju i harmonizaciju privrednog prava na internacionalnom nivou, ključno uticala na formiranje ujednačenih normativnih stavova povodom brojnih pravnih pitanja u društvima obeleženim globalizacionim tokovima i procesima konvergencija pravnih sistema.¹ Najbitnija uloga ove organizacije, kreiranje pravnih propisa, sprovodi se u krajnjem cilju kao unifikaciona, bilo da je reč o regulisanju uslova za obavljanje određenih aktivnosti (makro problematika), bilo o pravilima kojima se takve transakcije neposredno i konkretno uređuju (mikro problematika). Pri tom, nije značajno o kojim pravnim aktima je reč, tj. da li se određena materija reguliše kodeksima ponašanja, međunarodnim konvencijama, model zakonima, opštim uslovima, tipskim ili formularnim ugovorima itd.² U tom smislu, u svojstvu agencije za formulisanje (engl. *formulating agencies*) UNCITRAL formuliše i usvaja propise, samostalno učestvujući u izradi međunarodnih pravila ili sarađujući sa drugim međunarodnim organizacijama u izradi propisa koje kasnije UNCITRAL sam preuzima ili koristi svoj autoritet da preporuči državama da usvoje pravna pravila koje su izradile druge međunarodne organizacije³ (kao što je to, na primer, učinjeno sa prihvaćenim i promovisanim veoma uspešnim Principima UNIDROIT za međunarodne trgovinske ugovore).

U svetlu činjenice da UNCITRAL sprovodi organizovane pokušaje⁴ da harmonizuje ili unifikuje međunarodno privredno pravo, takve organi-

¹ Osnovni ciljevi UNCITRAL – a ogledaju se u potrebi izvršavanja sledećih osnovnih zadataka: da radi na postepenoj harmonizaciji i unifikaciji prava međunarodne trgovine putem koordinacije rada organizacija koje su aktivne na ovom polju; da podstiče da što veći broj država pristupi postojećim međunarodnim konvencijama, model i jednoobraznim zakonima; da priprema i promoviše prihvatanje novih međunarodnih konvencija, model i jednoobraznih zakona kao i da promoviše pravce i sredstva njihovog jedinstvenog tumačenja i jedinstvene primene; da prati nacionalna zakonodavstva i savremene pravne tendencije, uključujući i sudsku praksu iz relevantnih oblasti prava itd. (Vukadinović, R., *Međunarodno poslovno pravo – opšti deo*, Kragujevac, 2005., str. 178.)

² Vilus, J., Carić, S., Šogorov, S., Đurđev, D., Divljak, D., *Međunarodno privredno pravo*, Novi Sad, 2012., str. 65.

³ *Ibidem*, str. 67.

⁴ U pravnoj doktrini se na osnovu kriterijuma postojanja ili nepostojanja sistematskog pristupa prilikom stvaranja ujednačavajućih pravnih propisa razlikuju organizovana i spontana harmonizacija odnosno unifikacija. U slučaju spontanih procesa nastaju izvori autonomnog međunarodnog prava.

zovane akcije rezultiraju brojnim usvojenim konvencijama i model pravilima.⁵ Zavisno od ciljeva koje je potrebno ostvariti, odnosno od konkretne pravne oblasti koju je potrebno unifikovati ili harmonizovati, u pravnom regulisanju koriste se primarno dva pomenuta sredstva, konvencije (svakako je najuspješniji primer Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe iz 1980. godine, odnosno Bečka konvencija) i model zakoni i pravila⁶ (na primer, na međunarodnom planu široko primjenjivani: Model zakon o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži iz 1985. godine, Model zakon o međunarodnom trgovačkom mirenju iz 2002. godine, Model zakon o prekograničnoj insolventnosti iz 1997. godine, a iz oblasti od značaja za ovaj rad: Model zakon o nabavkama dobara i radova iz 1993. godine (engl. *UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods and Construction*), zatim Model zakon o nabavkama dobara, radova i usluga iz 1994. godine (engl. *UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services*) i poslednji Model zakon o javnim nabavkama iz 2011. godine (engl. *Model Law on Public Procurement*)).

Analiza model zakona biće, između ostalog, u fokusu daljeg rada s namerom autora da ukažu na adekvatnost i svojstva model zakona kao tzv. *soft law* izvora (izvora mekog prava)⁷ i mogućnosti koje pruža korišćenje model zakona UNCITRAL – a u vezi sa javnim nabavkama i pitanjima infrastrukturnog razvoja u odnosu na *hard law* izvore (izvore tvrdog prava i to pre svega direktive Evropske unije) koji regulišu ista pitanja. Naime, usled takozvanog “gubitka momentuma”⁸ procesa harmonizacije vršenih putem konvencija (koje zahtevaju ratifikaciju) i/ili putem uredbi i direktiva na nivou Evropske unije (koje zahtevaju više, odnosno manje intruzivan model implikacije u svakoj državi članici), usledio je intenzivniji rad brojnih organizacija na kreiranju ujednačavajućih pravila kroz nesankcionisano meko pravo. Različiti *soft law* pojavni oblici poka-

⁵ Vukadinović, R., Međunarodno poslovno pravo – posebni deo, Kragujevac, 2009., str. 339-340.

⁶ Vukadinović, R., Međunarodno poslovno pravo – opšti deo, *op. cit.*, str. 179.

⁷ *Soft law* predstavlja relativno novu tendenciju u prevashodno međunarodnom pravu i sistem alternativnih metoda u procesima harmonizacije prava. Iako doktrinarno neuniverzalno shvatan i definisan, institut mekog prava može biti određen kao skup neobavezujućih pravila, tj. normi bez pravnih sankcija, koje ne nastaju kroz uobičajene legislativne procedure, a koje su kao kvazilegalni instrumenti različitih pojava oblika sve učestalije primenjivani. Manifestacioni vidovi mekog prava su: model zakoni (engl. *model laws*), model ugovori (engl. *model contracts*), načela ili principi (engl. *principles*), smernice i okviri za odlučivanje (engl. *decisional guidelines and frameworks*), akcijski programi (engl. *action programs*) itd.

⁸ Basedow, J., The renaissance of uniform law: European contract law and its components, *Legal Studies*, br. 2, 1998., str. 122.

zuju se adekvatnim u pogledu različitih pravnih pitanja. U oblasti javnih nabavki i infrastrukturnog razvoja globalno posmatrano uočena je potreba upravo za model zakonima kao najadekvatnijim *soft law* izvorom za njihovo regulisanje, pri čemu je za materiju javnih nabavki donet jedan takav model zakon 2011. godine, dok u oblasti infrastrukturnog razvoja postoji konsenzus da se postupku izrade sličnog dokumenta pristupi u budućnosti, o čemu će u daljem izlaganju biti više reči.

2. Model zakoni kao *soft law* međunarodni regulativni izvori i instrumenti harmonizacije

Model zakon je pravni instrument koji je ponikao na evropskom tlu. Kao jedan od prvih poznatih model zakona može se navesti onaj o menici koji su 1848. usvojile nemačke zemlje (njih pedeset pet, kao i Austrija i Lihtenštajn). Danas je njihova primena široko zastupljena i promovisana sa stanovišta pravne doktrine sa najpoznatijim i najuspešnijim primerom upravo UNCITRAL – ovim Model zakonom o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži (koji je poslužio kao nacrt zakona o arbitraži u više od trideset jurisdikcija).⁹ Međutim, podneblje na kojem je najrasprostranjenija upotreba model zakona je teritorija SAD – a, na kojoj se putem njih insistira na unifikaciji prava država članica američke federacije. Između ostalog, upravo u promovisanju upotrebe ovih instrumenata kao harmonizacionih, očigledan je proces tzv. amerikanizacije prava,¹⁰ karakterističnog procesa i u oblikovanju generičnog pojma *soft law* (prevashodno vršenjem uticaja kroz primere ristejntmenta).¹¹

Model zakoni pripadaju, prema novijim naučnim shvatanjima, skupini tercijarnih izvora prava, pre svega posmatrano u hijerarhiji propisa u

⁹ Stanivuković, M., Instrumenti harmonizacije i unifikacije prava i njihov odnos prema kolizionim normama, s posebnim osvrtom na Načela evropskog ugovornog prava, u: Radovan D. Vukadinović (urednik), Načela evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo – zbornik referata sa savetovanja na Pravnom fakultetu u Kragujevcu, 2001., str. 75.

¹⁰ Amerikanizacija prava je proces širenja uticaja anglosaksonskog pravnog sistema (engl. *common law*) na evropskokontinentalni sistem (engl. *civil law*), što kroz promovisanje precedentnog modela i s tim u vezi ristejntmenta, što kroz sve širu primenu engleskog jezika na sličan način na koji je u ranijem periodu kao dominantan korišćen latinski jezik.

¹¹ Ristejntmenti su poseban *soft law* izvor kojim se sistematizuju, kodifikuju pravila sadržana u precedentnim odlukama SAD-a. U pravnom sistemu kakav je američki, u kome veliki deo prava nije kodifikovan već izvor nalazi u precedentima, smisao ristejntmenta je da učine pravo jednostavnijim, jasnijim i posebno da ublaže pravnu nesigurnost koja je posledica postojanja mnoštva sudskih odluka. Sekundaran su i neformalan, ali u američkoj pravnoj i poslovnoj praksi izuzetno uticajan izvor prava.

okviru Evropske unije. Oni su vid manifestacije mekog prava prvenstveno u tom smislu što njihovo neprimenjivanje nema za posledicu sankciju i što su im u najvećem broju slučajeva tvorci karakteristične agencije za formulisanje. Ovi implikujući izvori prava određuju se kao legislativni tekstovi koji se preporučuju državama ne bi li ih one uvrstile u svoje nacionalno zakonodavstvo i predstavljaju bazu za željenu harmonizaciju i usavršavanje pojedinačnih unutrašnjih pravnih sistema, a da im pri tome nisu pretnja jer se ne stvaraju pod određujućim političkim diktatom. Model zakoni jesu dizajnirani tako da vrše harmonizaciju date oblasti, ali ostavljaju adresatima prostor da samostalno, bez pretnje sankcijom (kao što je to slučaj kod oglašavanja o uredbi i direktive Evropske unije ili konvenciju), odrede u kojim razmerama će biti korišćeni u rešavanju pojedinog problema.¹²

Model zakoni su, dakle, namenjeni usvajanju na nacionalnom nivou, ali predstavljaju fleksibilnije sredstvo od međunarodnog ugovora, jednoobraznog zakona ili direktive Evropske unije. Dok se međunarodni ugovor i jednoobrazni zakon moraju prihvatiti u tekstu u kojem su usvojeni, eventualno uz rezerve koje su obično malobrojne i limitirane, dotle model zakon ostavlja državi mogućnost da prilikom usvajanja unese u njegov tekst modifikacije koje smatra za neophodne. Takođe, model zakoni ne podležu ratifikaciji kao međunarodni ugovori, već stoje na raspolaganju svakoj državi koja želi da ih iskoristi kao obrazac za pravljenje sopstvenog zakona.¹³ Oni ni na koji način ne stvaraju pravom zasnovanu obavezu državama da ih unesu u svoje nacionalne sisteme, ali snagom svojih argumenata i očiglednim harmonizujućim nastojanjima često za posledicu upravo imaju primenu na unutrašnja relevantna pravna pitanja. Naime, model zakoni su adekvatni za harmonizaciju prava u onim oblastima u kojima se nacionalne razlike ocenjuju kao suviše velike da bi se mogla postići unifikacija.

Model zakoni predstavljaju alternativno harmonizaciono sredstvo, nacionalno neutralnu opciju u odnosu na izvore tvrdog prava, pred – pravo, uvod u pravo ili uvod u obavezujuće norme. Oni nisu zamena konvencionalnim propisima, ali značajno unapređuju procese harmonizacije i unifikacije u onom prostoru u kome tradicionalni izvori pokazuju nedostatke.

¹² Gabriel, H. D., *Advantages of Soft Law in International Commercial Law: The Role of UNIDROIT, UNCITRAL, and the Hague Conference*, Brooklyn Journal of International Law, br. 3, 2009., str. 660.

¹³ Stanivuković, M., *op.cit.*, str. 75.

3. Model zakoni UNCITRAL-a u oblasti javnih nabavki i infrastrukturnog razvoja

Razvoj infrastrukture u novije vreme posmatra se pretežno kroz prizmu realizovanih projekata javno-privatnog partnerstva. Iako dosta zastupljen u privrednoj praksi u poslednjih petnaest godina,¹⁴ ovaj koncept nije još uvek dobio svoju zvaničnu definiciju na međunarodnom nivou. Štaviše, još uvek ne postoji ni obavezujući izvor prava na nivou Evropske unije koji bi doprineo jednoobraznom regulisanju javno-privatnog partnerstva. Javno-privatno partnerstvo u Evropskoj uniji pretežno je regulisano normama koje pripadaju *soft law* izvorima (vodičima, saopštenjima, model zakonima i dr.).¹⁵ Na pojedina pitanja u okviru ovog koncepta primenjuju se izvori prava koji primarno regulišu druge institute. Takav primer postoji u vezi sa direktivama iz oblasti javnih nabavki, zbog činjenice da se ugovor koji čini osnov za realizaciju javno-privatnog partnerstva - javni ugovor, dodeljuje uz poštovanje procedura regulisanih direktivom o javnim nabavkama. Određivanje koja će procedura biti najadekvatnija za dodelu javnog ugovora kod javno-privatnog partnerstva prilično je kompleksno. Često se najboljim rešenjem smatra izbor konkurentskog dijaloga.

Primena model zakona i drugih *soft law* izvora u oblasti javno-privatnog partnerstva ima svoju svrhu s obzirom na to da je reč o relativno novom institutu koji prema rečima Evropske komisije čak ne predstavlja samostalni pravni institut, već model saradnje između javnopravnog i privatnopravnog partnera, te još uvek nije sazeo da bude predmet regulisanja nekog obavezujućeg izvora prava. Osnovna prednost *soft law*-a u ovom slučaju u Evropskoj uniji tiče se uvažavanja stavova država članica da delatnost svog javnog sektora u pogledu ostvarivanja javnog interesa i razvoja infrastrukture regulišu na način koji njihovom državnim uređenju najviše pogoduje. Međutim, dugoročno posmatrano regulisanje infrastrukturnog razvoja mekim izvorima prava nije održivo.

Javne nabavke u Evropskoj uniji i šire takođe su prvobitno bile regulisane mekim izvorima prava. Naime u ranim 90-tim godinama većina zemalja centralne i istočne Evrope uzimala je model zakone za osnovu njihovih zakona o javnim nabavkama. Danas većina tih država je država

¹⁴ Summaries of EU legislation, Green paper on public-private partnership (http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/public_procurement/122012_en.htm), septembar 2013.

¹⁵ Najvažniji izvori prava o javno-privatnom partnerstvu u Evropskoj uniji su: Smernice Evropske komisije za uspešno javno-privatno partnerstvo u Evropskoj uniji iz 2003. godine i Zelena knjiga o javno-privatnom partnerstvu i pravu Zajednice o javnim ugovorima i koncesijama iz 2004. godine.

članica ili kandidat za članstvo u Evropskoj uniji i obavezana je da prilagodi svoje nacionalno zakonodavstvo evropskim direktivama.¹⁶ Usklađivanje ove materije na nivou Evropske unije je nužno zbog normalnog funkcionisanja zajedničkog tržišta i uklanjanja prepreka slobodnoj trgovini unutar Evropske unije. Zbog tih činjenica, kao i zbog toga što vrednost javnih nabavki čini značajan deo bruto društvenog proizvoda, javne nabavke u Evropskoj uniji moraju biti regulisane obavezujućim izvorom prava.¹⁷ Direktive predstavljaju izvore prava Evropske unije za koje se kaže da imaju direktno dejstvo,¹⁸ ali ne i direktnu primenu, kako je to slučaj sa uredbama. Smisao donošenja direktiva je da se postigne određeni cilj, a metod i način na koji će se taj cilj postići je diskreciono pravo nacionalnih organa vlasti država članica Evropske unije.

Predmet našeg interesovanja na putu izučavanja načina regulisanja javnih nabavki i pojedinih segmenata razvoja infrastrukture odnosi se na prednosti i nedostatke regulisanja pomenutih pitanja model zakonima, čija je široka primena bila evidentna, a u poslednje vreme ponovo se ističe značaj njihovog donošenja i implementacije. Javne nabavke predstavljaju oblast od značajnog uticaja na privredni razvoj. Primenjuju se u najznačajnijim društvenim sferama (zdravstvu, obrazovanju, na polju razvoja infrastrukture). Osnovni razlog zašto ih treba kvalitetno pravno urediti tiče se sprečavanja zloupotreba i nepotrebnog odliva novčanih sredstava. Imajući u vidu sve navedeno, UNCITRAL je 2011. godine doneo Model zakon o javnim nabavkama, nastojeći da modernizuje sam proces sprovođenja javnih nabavki, a istovremeno trudeći se da zahtevi harmonizacije pravnih pravila budu realizovani, što je za posledicu imalo uzimanje u obzir odredaba Sporazuma o javnim nabavkama Svetske trgovinske organizacije

¹⁶ Javne nabavke u Evropskoj uniji uređene su Direktivom 2004/17 i Direktivom 2004/18.

¹⁷ Evropska komisija je 2004. godine vršila procenu koliko će manje novca odlaziti na javne nabavke nakon početka primene novodonetih Direktiva. Došla je do zaključka da primena adekvatnih postupaka javnih nabavki i velika konkurencija kada su u pitanju javni ugovori u Evropskoj uniji umanjuju cene za oko 30%. Rezultat toga je da se novac poreskih obveznika efikasnije troši, poboljšava se ekonomski razvoj, stvaraju novi poslovi i bolja konkurentnost. Preuzeto od: Lemke, M., Direktive Evropske unije o javnim nabavkama, Publikacija nastala kao rezultat Projekta koji finansira Evropska unija (Program podrške Evropske unije sistemu javnih nabavki u Bosni i Hercegovini – II faza), 2006., str. 9.

¹⁸ Evropski sud je prvi put priznao direktno dejstvo direktivama u poznatom slučaju Ivona Van Duin (Predmet 41/74, *Van Duyn v. Home Office*), propisujući mogućim da se pojedinci pozovu pred nacionalnim sudovima na određenu odredbu iz direktive, kako korisna dejstva tog akta ne bi bila umanjena. Više o tome u: Hartley, T.C., *The foundations of European Union law*, Oxford, 2012., str. 219-221. Prevod delova presude na srpski: Stanivuković, M., *Pojedinac pred Sudom evropskih zajednica*, Beograd, 2009., str. 196-199.

(engl. *WTO Agreement on Government Procurement*), potom evropskih direktiva o nabavkama i pravnim lekovima, Vodiča o nabavkama i savetodavnog vodiča Svetske banke (engl. *The Procurement Guidelines and Consultant Guidelines of the World Bank*) i drugih dokumenata.¹⁹

Ovaj model zakon je, kao što smo videli, imao svoje prethodnike, među kojima se posebno izdvaja UNCITRAL-ov Model zakon o nabavci dobara, radova i usluga iz 1994. godine, kojim su postavljene procedure za dodelu javnih ugovora. Javni ugovori su osnov javnih nabavki, javno-privatnog partnerstva i koncesija. Osnovna karakteristika ovih ugovora je da jednu ugovornu stranu uvek čini javnopravni subjekt, koji poštujući pravila konkurencije nastoji da izabere najboljeg ponuđača kom će ponuditi sklapanje javnog ugovora. Jedan od ciljeva ovog model zakona bio je da promoviše primenu međunarodne konkurencije na polju javnih nabavki, a to se najbolje postiže primenom transparentnih procedura prilikom dodele javnih ugovora.

Osnovni razlog zbog kog se UNCITRAL upustio u stvaranje pravnih pravila u oblasti nabavki krio se u neadekvatnim ili zastarelim normama koje su postojale u mnogo država, što je za posledicu imalo neefikasne i neefektivne procedure nabavki, zloupotrebu i neuspeh javnih organa kao subjekata koji vrše nabavku da trošenjem javnih sredstava za uzvrat dobiju odgovarajuću vrednost.²⁰

Problem loših normi u konkretnoj državi, vremenom postaje međunarodni problem i zbog toga je trebalo doneti jedan međunarodni dokument, čiji će uticaj doprineti izmeni neadekvatnih normi koje su se do tada primenjivale. UNCITRAL-ov Model zakon o nabavkama dobara, radova i usluga iz 1994. godine bio je akt čije je donošenje uticalo na regulisanje stanja u oblasti nabavki na međunarodnom nivou i predstavljao je osnovu zakona o nabavkama u više od trideset zemalja širom sveta, a opšti principi u njemu sadržani bili su reflektovani u većoj ili manjoj meri u mnogo više država.²¹ Međutim, zbog potrebe za inoviranjem postojećih pravila, na sednici UNCITRAL-a održanoj 2004. godine odlučeno je da, prateći pre svega savremene tendencije vršenja javnih nabavki elektronskim putem, trebalo bi doneti novi model zakon u ovoj oblasti. To je i učinjeno na sednici održanoj u junu/julu 2011. godine. Međutim, osnovni principi prethodnog model zakona su zadržani.

¹⁹ UNCITRAL, Model Law on Public Procurement, 2011, (http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.html), septembar 2013.

²⁰ UNCITRAL, Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, 2011, (<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurement/ml-procurement-2011/pre-guide-2012.pdf>, str. 1), septembar 2013.

²¹ *Ibidem*, str. 2.

Za razliku od direktiva iz oblasti javnih nabavki u Evropskoj uniji čije je dejstvo direktno, Model zakon UNCITRAL-a ima svrhu zakonodavnog okvira (engl. „*framework*“ *law*), koji sam po sebi ne postavlja sva pravila i propise koji se odnose na procedure javnih nabavki, a koje bi trebalo da države implementiraju.²² Cilj njegovog donošenja je da bude vodič za stvaranje zakonodavstva u oblasti javnih nabavki.

Model zakon o javnim nabavkama iz 2011. godine primenjuje se na sve vrste javnih nabavki bez izuzetaka. Preciznije, ne predviđa postojanje vrednosnih razreda (engl. *threshold*; u pravu Srbije koristi se termin „granične vrednosti“²³) za primenu svojih normi, mada postoje određeni izuzeci za nabavke male vrednosti.²⁴ Za razliku od UNCITRAL-ovog model zakona, evropske direktive o javnim nabavkama primenjuju se samo na dodeljivanje ugovora čija je vrednost jednaka ili prelazi određeni vrednosni razred. Model zakonom o javnim nabavkama to pitanje nije regulisano jer jedinstveno pravilo ne bi moglo biti primenjivo u svim državama. Njime je predviđeno da će države same doneti pravila o javnim nabavkama da bi upotpunile zakonodavni okvir u oblasti javnih nabavki, pre svega radi detaljnog regulisanja procedura koje su predviđene Model zakonom, ali i radi uređenja specifičnih situacija, koje mogu biti različite shodno afinitetima država (kao što je na primer pitanje visine vrednosnih razreda).²⁵ Dakle, Model zakonom o javnim nabavkama UNCITRAL je samo označio koja su to ključna pitanja koja moraju biti uređena propisima o javnim nabavkama u nacionalnim pravnim sistemima, što nam potvrđuje nešto ranije iznetu tezu da model zakoni predstavljaju vodiče državama na putu stvaranja zakonodavstva.

Postavlja se pitanje kako će se usvajati odredbe model zakona u nacionalnim pravnim sistemima, kad je većina država obavezna da primenjuje druge izvore prava, koji uređuju istu oblast, a čije neprimenjivanje je sankcionisano. U članu 3 Model zakona o javnim nabavkama iz 2011. godine je naime definisano da će drugi izvori prava, pre svega međunarodni ugovori i sporazumi, koji postavljaju strožije zahteve za realizovanje javnih nabavki, imati prioritet u primeni, ali isto tako se navodi u Vodiču za primenu ovog model zakona da međunarodne obaveze ne treba koristiti kao izgovor za izbegavanje mera zaštite predviđenih Model za-

²² *Ibidem*, str. 13.

²³ Videti član 25 Zakona o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama, Sl. glasnik RS, br. 88/2011.

²⁴ UNCITRAL, Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, *op. cit.* str. 10.

²⁵ *Ibidem*, str. 14.

konom.²⁶ Mnogo država u svetu je potpisalo Sporazum o javnim nabavkama Svetske trgovinske organizacije. Takođe, države članice Evropske unije imaju obavezu da poštuju pravila predviđena pomenutim direktivama o javnim nabavkama. Međutim, snagom svojih argumenata, Model zakon o javnim nabavkama traži put do primene, nudeći državama zakonodavni okvir za regulisanje pitanja javnih nabavki na celishodniji način, uz prilagođavanje nacionalnih pravila potrebama države i konkretnim okolnostima.

UNCITRAL je u maju 2013. godine na konferenciji održanoj u Beču razmatrao koji bi to mogli biti budući koraci na putu regulisanja javno-privatnog partnerstva. Diskusija na konferenciji vodila se oko dva pitanja: prvo, da li postoji potreba za UNCITRAL-ovim angažovanjem u oblasti javno-privatnog partnerstva, i drugo, ako postoji, koji je obim takvog posla.

Regulisanje javno-privatnog partnerstva u svetu ne može se prikazati na jednostavan način. Države su pristupile tom zadatku tražeći za sebe najbolje rešenje, ne preslikavajući situaciju koja postoji u drugim državama. O tome svedoče podaci objavljeni od strane Ujedinjenih nacija u dokumentu pod nazivom „Moguća buduća delatnost u oblasti javno-privatnog partnerstva“ (engl. *Possible future work in the area of public-private partnerships*).²⁷ Iz pomenutog teksta saznali smo da je trend u većini zemalja da regulišu javno-privatno partnerstvo putem statuta, čak i uz odsustvo praktičnog iskustva u njegovom korišćenju. Zatim, neke pravne sisteme karakteriše regulisanje pomenutog instituta samo na lokalnom nivou (nivo grada i opština), dok je u drugima slučaj da i na lokalnom i na nacionalnom nivou postoje relevantne odredbe. Samo u nekoliko država postoji koherentan i sveobuhvatan zakonski okvir, koji otvara put za uspešna javno-privatna partnerstva. Postoje i zemlje koje su implementirale u svoj pravni sistem odredbe kojima se reguliše javno-privatno partnerstvo, ali te odredbe ne primenjuju u praksi. Neke države su usvajajući odredbe o javno-privatnom partnerstvu to učinile kroz tri ili više pravnih akata (npr. kroz zakon o regulisanju javnih nabavki, zakon koji reguliše koncesije i zakon o javno-privatnom partnerstvu), pri tom stvarajući mogućnost sukoba ovih akata u pogledu oblasti koju uređuju. Nije retkost da se javno-privatno partnerstvo reguliše putem vodiča, pravilnika, čak i da se ne reguliše uopšte pravnim normama, nego po osnovu principa „projekat za projekat“ (engl. *„project by project“*), što bi zahtevalo razna odobrenja od strane organa vlasti i izrade studija izvodljivosti.

²⁶ *Ibidem*, str. 48.

²⁷ Dokument se može pronaći na sajtu: <http://documents.un.org/>.

Zakoni o javno-privatnom partnerstvu u različitim državama različito su obima. Ono po čemu su mahom slični je činjenica da uglavnom sadrže širok spektar aranžmana kroz koje privatni sektor može da se angažuje radi pružanja javnih usluga. Iako kvalitetno regulisanje javno-privatnog partnerstva ne garantuje uspeh u primeni, nesporno je da neadekvatan pravni okvir stvara prepreke uspešnoj realizaciji javno-privatnog partnerstva.²⁸

Na temelju siromašnih pravnih pravila nastaju siromašni projekti.²⁹ Ovo pravilo počiva na činjenici da pripremanje kompleksnih ugovora koji bi trebalo da popune praznine i nesigurnosti koje postoje u pravnom okviru povlači za sobom velike troškove. Zbog pomenutih praznina i pravne nesigurnosti u vezi sa javno-privatnim partnerstvom, na međunarodnom nivou odlučeno je da se sastave model zakoni ili vodiči koji bi regulisali postupak pripreme i implementacije nacionalnih zakona u ovoj oblasti. UNCITRAL je 2003. godine izradio pravne preporuke u vidu model odredaba o privatnom finansiranju infrastrukturnih projekata (engl. *Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects*), ali način regulisanja ovog instituta ne može da se preslika na uređenje javno-privatnog partnerstva, zbog toga što model javno-privatnog partnerstva sadrži određene elemente koji ne mogu da se pronađu kod privatnog finansiranja infrastrukturnih projekata. Za regulisanje javno-privatnog partnerstva nekim izvorom *soft law*-a najbolje bi bilo primeniti kišobran model, čime bi se omogućilo regulisanje svih mogućih oblika uključivanja privatnog sektora u delatnosti javnog sektora.³⁰ Međutim, opšte prihvaćeno je stanovište da koncesije ne bi trebalo da budu regulisane na ovakav način, zbog toga što su uglavnom politički uslovljene i predstavljaju osetljiv sektor te bi najbolje bilo samostalno ih regulisati na nacionalnom nivou.

Zaključak sa konferencije u Beču bio je da UNCITRAL treba da formuliše opšte principe kojima bi bili obuhvaćeni zajednički elementi javno-privatnog partnerstva. U nastavku je dodato da bi bilo nepotrebno regulisati posebne elemente svih oblika javno-privatnog partnerstva zato što će oni u svakom konkretnom slučaju biti uređeni shodno lokalnim običajima i potrebama konkretnog projekta. Dakle, način na koji je UNCITRAL regulisao javne nabavke 2011. godine primeniće se i na reguli-

²⁸ Više o tome u: „Possible future work in the area of public-private partnerships“, Report of the UNCITRAL colloquium on PPPs (Vienna, 2-3 May 2013), Forty-sixth session, Vienna, 8-26 July 2013, (<http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/public-private-partnerships-2013.html>), septembar 2013.

²⁹ *Ibidem*, str. 6.

³⁰ *Ibidem*, str. 9.

sanje javno-privatnog partnerstva. UNCITRAL-ov model zakon ili drugi *soft law* izvor koji bude donet u oblasti javno-privatnog partnerstva omogućiće državama da preuzmu međunarodno priznat model, odnosno implementiraju ponuđene odredbe u nacionalne pravne sisteme.

4. Opravdanost opredeljenja UNCITRAL – a za regulisanje oblasti javnih nabavki putem model zakona

Izvori mekog prava u velikoj meri odgovaraju procesima harmonizacije i unifikacije. Model zakoni i model ugovori sa standardnim klauzulama kao značajan oblik *soft law*-a predstavljaju savremenije oblike ujedinjavanja prava. U spornim pravnim oblastima su u obimnoj upotrebi upravo zbog elastičnosti i pogodnosti za primenu jer ne zahtevaju nikakve posebne formalnosti. Zakonodavna delatnost koja se odvija na međunarodnom planu koristi se izvorima mekog prava kao model pravilima donetim od strane priznatih stručnjaka i oprobanim i utemeljenim u praksi, vodeći tako sve većoj konvergenciji različitih pravnih sistema. Međutim, važno je istaći da na međunarodnom nivou ne postoji saglasnost u vezi s optimalnošću upotrebe *soft law* izvora, pa tako i model zakona kao harmonizacionog sredstva. Postavlja se pitanje da li je potrebno ovim instrumentima ostaviti prostor za delovanje u onom delu u kome klasični, standardni, kogentni izvori prava nisu efikasni.

Prednosti model zakona kada je u pitanju unifikacija na međunarodnom nivou se sastoje u više puta naglašavanoj neobaveznosti formulacija, koja ostavlja državama slobodu da ponuđena rešenja prilagode nacionalno – pravnim specifičnostima, jednostavnijem unošenju u unutrašnji sistem i odsustvu bilo kakve obaveze prema drugim državama koje su ga takođe prihvatile. Te prednosti, mogu se pretvoriti i u mane, ukoliko dođe do suviše velikih odstupanja prilikom implementacije ili kasnije primene, tumačenja i izmena polaznog teksta.³¹ Porastu broja model zakona, doprinosi svakako i porast broja međunarodnih organizacija na koje države članice prenose deo svog pravnog suvereniteta, stvarajući put kreiranju nedržavnog prava. U vezi s ovim su i tvrdnje i bojazni pojedinih komentatora koji su u ovom kontekstu kritikovali sve prisutniju “privatizaciju” zakonodavstva, poredeći je sa sve češćim okretanjem arbitražama umesto nacionalnom sudstvu.³²

³¹ Stanivuković, M., Instrumenti harmonizacije i unifikacije prava i njihov odnos prema kolizionim normama, s posebnim osvrtom na Načela evropskog ugovornog prava, *op. cit.*, str. 76.

³² Meyer, L., *Soft Law for Solid Contracts? A Comparative Analysis of the Value of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of*

Sa doktrinarnog i sa stanovišta prakse evidentna je raznovrsnost i šarenolikost odabira pravnih instrumenata koji imaju za cilj ujednačenje prava i brojne aktivnosti koje se beleže na području harmonizacije prava. Tako s jedne strane, postoji intenzivna akademska aktivnost kao važan doprinos ujednačavanju prava, ali bez formalne obaveze harmonizacije.³³ Sa druge strane, naravno, postoje kao konvencionalni, sankcionisani pravni akti međunarodni sporazumi, uredbe i direktive Evropske unije i slično. Ovu, uslovno rečeno, dvojnost pristupu ujednačavanju prava pravdao je i bivši generalni sekretar UNIDROIT-a (Međunarodni institut za unifikaciju privatnog prava) profesor Herbert Kronke, koji je istakao sledeći stav povodom pitanja da li bi trebalo da u domenu internacionalnih organizacija (finansiranih od strane vlada) bude i kreiranje *soft law* instrumenata, nasuprot koncentrisanju isključivo na stvaranje specifičnih konvencija kojima se rešavaju specifični problemi. Prema njemu, postoji adekvatna uloga i pojedinačne prednosti kako za *soft law* tako i za obavezujuće konvencije. Nema potrebe za opredeljenje u korist samo jednog, obavezujućeg tipa harmonizacije, jer su izvori mekog prava pronašli svoje mesto u proširenom spektru vrsta međunarodnih instrumenata, što je tvrdnja koja se odnosi i na model zakone.³⁴

U pogledu materije javnih nabavki, UNCITRAL (reagujući istovetno i u drugim diskutabilnijim oblastima poput, recimo, prekogranične insolventnosti ili međunarodnog trgovinskog mirenja) zakonski tekst nije ponudio u formi međunarodne konvencije, već model zakona jer je zaključeno da bi to bio prikladniji instrument za harmonizaciju pravnih sistema u ovoj oblasti. Naime, prevladao je stav da države mogu pri preuzimanju model zakona u svoje autonomno pravo određene odredbe modifikovati ili u potpunosti izostaviti i tako bolje prilagoditi svom pravnom sistemu.³⁵ Razlog opredeljenja UNCITRAL – a za model zakon kao adekvatnu formu opravdan je kompleksnošću materije javnih nabavki, koja se sa velikom diferencijacijom uređuje od države do države, dovodeći u pitanje uspeh eventualne konvencije koja bi na jedinstven način pristupila regulisanju ove materije. Evidentnost nemogućnosti ili neuočavanja potrebe uređenja ove oblasti tvrdim izvorom prava

European Contract Law to the Process of Contract Law Harmonization, *Denver Journal of International Law and Policy*, br. 9, 2006., str. 140.

³³ Jelinić, S., Akšamović, D., Ugovorno pravo Evropske unije na prekretnici, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 1, 2010., str. 215.

³⁴ Kronke, H., Methodical Freedom and Organizational Constraints in the Development of Transnational Commercial Law, *Loyola Law Review*, br. 51, 2005., str. 293.

³⁵ Garašić, J., UNCITRAL-ov Model zakon o prekograničnoj insolventnosti, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, poseban broj, 2006., str. 654.

očigledna je s obzirom na činjenicu da ova organizacija za formulisanje poseže za model zakonom kao alternativnim sredstvom u pogledu ovog pravnog pitanja već treći put, zaključno sa 2011. godinom. Naime, normativna delatnost usmerena je na regulisanje nekog pravnog pitanja putem nekog *soft law* instrumenta onda kada ne postoji dovoljna saglasnost da bi se ono uredilo *hard law* izvorima. U situaciji u kojoj je materiju od značaja još uvek nemoguće ili nije celishodno na celokupan način urediti tradicionalnim pravnim aktom, relevantni stavovi će biti zastupljeni na manje invazivan način putem propisa mekog prava, prepuštajući da izbor njihove implementacije od strane adresata zavisi od kvaliteta u njima sadržanih rešenja. Polje javnih nabavki upravo jeste, usled regulisanosti primarno nacionalnim kogentnim normama, pa potom direktivama Evropske unije, pogodno za početno neinvazivno, suptilno, nesankcionisano uređenje na međunarodnom nivou putem model zakona – svojevrzne pravne platforme i baze. A uspeh na tom putu reflektuje se i na druge oblasti koje je potrebno na međunarodnom planu urediti, o čemu svedoče planovi izneti na konferenciji u Beču o regulisanju javno-privatnog partnerstva na istovetan način.

5. Zaključna razmatranja

Model zakoni kao *soft law* izvori ostvaruju značajan doprinos međunarodnim privrednim odnosima. U radu je predstavljen njihov status i uloga pre svega u oblasti javnih nabavki, čije adekvatno regulisanje stvara uslove za bolju tržišnu klimu u smislu poštovanja pravila konkurencije i uštede novčanih sredstava na bazi primene principa transparentnosti. Takođe, osvrtom na oblast infrastrukturnog razvoja, koji se u savremenim uslovima posmatra sve više kroz prizmu realizovanih projekata javno-privatnog partnerstva, zapazili smo da ti projekti bivaju siromašni ako počivaju na siromašnim pravnim pravilima. Donošenjem model zakona u oblasti javnih nabavki i najavom donošenja model zakona ili drugog *soft law* izvora u oblasti javno-privatnog partnerstva, UNCITRAL je imao nameru da državama ponudi pravila koja će moći da implementiraju u svoje nacionalne pravne sisteme, da ih prilagode okolnostima u svojoj sredini i da se primenjujući ih uključe u globalne privredne tokove na način koji će u pogledu efikasnosti, celishodnosti, transparentnosti, ekonomičnosti i zdrave konkurencije implementirana pravila okarakterisati dobrim rešenjem, opšteprihvaćenim, a za samu državu veoma korisnim.

U okviru UNCITRAL-a smatrano je da model zakon, kao akademski odobren i podstican vid harmonizacionog sredstva, reflektuje u širem

pogledu svetske stavove, predstavljajući instrument prihvatljiv državama različitih pravnih ili ekonomskih sistema. Ova pravna forma je pogodna za harmonizaciju i viđena je kao poboljšanje kada je u pitanju fleksibilnost koja se pruža državama u pripremi nove legislative uz uvek naglašeno apelovanje da se model zakon prati u što je moguće većem obimu ne bi li doprinos približavanju različitih pravnih sistema bio ostvaren u što potpunijem obliku.

*Jovana Đuričić, Ph.D. Student
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

*Marija Mrkšić, Ph.D. Student
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

On the Model Laws of UNCITRAL with Special Reference to Model Laws in the Area of Public Procurement and Infrastructure Development

Abstract: *UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) is an international organization focused on the modernization and harmonization of commercial law at the international level. Its normative work primarily marks enactment of the law sources which belong to the soft law sources (guidelines, communications, model laws, etc.). The subject of research in this paper are the UNCITRAL Model Laws, and their importance as a law source for the international economic relations. The author's intention is to draw attention to the characteristics and adequacy of the application of the model law primarily in the areas of public procurement and infrastructure development, in terms of identifying strengths and weaknesses in regulation of this very important matter in the field of market relations by aforementioned law source. In order to analyze the reasons pro et contra regulating this material by model law, it was necessary to carry out a comparative analysis with other law sources that govern the same issues (primarily the EU directives), with special reference to the regulations that exist in the national legal systems, which model laws should not be an alternative, but guide to creating quality rules.*

Key words: *UNCITRAL, model law, soft law, public-private partnership, public procurement*

*Marijana Mladenov, student doktorskih studija
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

ZAŠTITA PRAVA NA PRIVATNOST U PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Sažetak: *Pravo na privatnost predstavlja fundamentalno ljudsko pravo i suštinsku komponentu zaštite ljudske autonomije i slobode. Razvoj nauke i kompjuterizovanih informacionih sistema stvara brojne mogućnosti nasrtaja na fizički i moralni integritet čoveka. Stoga je neophodno što preciznije odrediti sadržaj samog prava na privatnost. Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda garantuje navedeno pravo u okviru člana 8. Evropski sud za ljudska prava nije precizno definisao sam sadržaj prava na privatnost i time je podnosiocima predstavljeni ostavljena mogućnost da različite životne aspekte dovode u opseg poštovanja privatnog života. Na osnovu prakse Suda, koncepcija privatnosti i privatnog života obuhvata sledeće oblasti čovekovog života: pravo na uspostavljanje i održavanje odnosa sa drugim ljudima, zaštitu fizičkog i moralnog integriteta ličnosti, zaštitu ličnih podataka, promenu ličnog imena, različita pitanja u vezi sa seksualnom orijentacijom i promenom pola. Navedene sfere privatnosti u svetlu primene člana 8. Konvencije predstavljaju predmet istraživanja u ovom radu.*

Ključne reči: *zaštita ljudskih prava, pravo na privatnost, Evropski sud za ljudska prava*

I Uvodna razmatranja

Zaštita dostojanstva i integriteta svakog pojedinca ostvaruje se kroz čitav katalog ljudskih prava, gde se kao jedno od fundamentalnih prava nalazi pravo na privatnost. Pojam *privatus* je latinska reč koja znači lični, neslužben, tako i pravo na privatnost pruža zaštitu upravo ličnoj, intimnoj sferi ži-

vota pojedinca.¹ Određivanje sadržaja koncepta prava na privatnost treba bazirati na jednoj od najstarijih definicija navedenog prava koju se formulisale engleska i američka jurisprudencija krajem XIX veka kao “pravo da se bude ostavljen na miru” (“right to be left alone”).²

Pravo na privatnost je nužno posmatrati i sa aspekta dugotrajnog procesa nastanka instituta demokratskog društva. Većina prava koja čine segment savremenog shvatanja prava na privatnost nastala su kao rezultat borbe protiv diktatorskih režima koji su se u velikoj meri mešali u privatni život ljudi i podvrgavali kontroli i najintimnije oblasti čovekovog života. Ne smemo zanemariti činjenicu da su napadi na privatnost pojedinaca deo i demokratskih društava i javljaju se kao rezultat razvoja nauke i kompjuterizovanih informacionih sistema, koji stvaraju brojne mogućnosti nasrtaja na duhovni i moralni integritet čoveka. Stoga je neophodno što preciznije odrediti kako sadržaj samog prava na privatnost, tako i mehanizme zaštite navedenog prava.

Pravo na privatnost se garantuje brojnim međunarodnim instrumentima za zaštitu ljudskih prava, koji jasno određuju da niko ne sme biti izložen proizvoljnom mešanju u privatni život, niti napadima na ugled i čast i da svako ima pravo na zakonsku zaštitu protiv ovakvog mešanja ili napada.³

II Član 8 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (dalje: Konvencija) pruža zaštitu pravu na privatnost u članu 8. na sledeći način:

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

2. Javne vlasti neće se mešati u vršenje ovog prava sem ako to nije u skladu sa zakonom i neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti, javne bezbednosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih.”⁴

¹ H. David, *The Right to Privacy*, Infobase Publishing, 2009, str.13.

² Detaljnije o konceptu “right to be left alone” videti: L.Clinton, S. Amit, *Understanding Consumer Privacy: A Review and Future Directions*, *Academy of Marketing Science Review*, volume 12, no. 02, 2008., str. 1, 7.

³ Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda 1950. član 8, Službeni list SCG, br. 9, Međunarodni ugovori, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima 1966. član 17, Službeni list SFRJ, br. 7/1971, Američka konvencija o ljudskim pravima 1969. član 11, Konferencija Organizacije američkih država.

⁴ Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *op.cit.* član 8.

Domen primene člana 8. Konvencije obuhvata različite aspekte čovekovog života. Osnovna ideja prava na privatnost zaštićena je segmentom člana 8. koji se odnosi na poštovanje prava na privatni život, koje će biti predmet razmatranja ovog rada.

Na pitanje kome u skladu sa odredbama Konvencije pripada pravo na privatnost, odgovor treba tražiti u okviru člana 1. Konvencije koji navodi da su države ugovornice dužne da obezbede zaštitu ljudskih prava sadržanih u ovom pravnom dokumentu svim licima koja se nalaze pod njenom jurisdikcijom.⁵ Praksa Suda pokazuje da i fizička i pravna lica mogu da zahtevaju zaštitu prava na privatnost u skladu sa članom 1. i članom 8. Konvencije.⁶

1. Član 12. Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima

Kako bi bolje sagledali samu prirodu člana 8. Konvencije neophodno je osvrnuti se na izvornu ideju za nastanak ovog člana koju predstavlja član 12. Univerzalne Deklaracije o ljudskim pravima⁷ (dalje: Deklaracije), propisujući da:

*“Niko ne sme biti izložen proizvoljnom mešanju u njegovu privatnost, porodicu dom ili prepisku, niti napadima na čast ili ugled. Svako ima pravo na zaštitu zakona protiv ovakvog mešanja ili napada.”*⁸

Uporedna analiza člana 12. Deklaracije i člana 8. Konvencije dovodi nas do evidentnih razlika koje postoje između ovih članova. Profesor Koneli (Connelly) u svom radu *“Problems of interpretation of Article 8 of the European convention on Human rights”* ističe da ove razlike postoje u četiri segmenta. Kao prvu navodi da je zabrana napada na čast i ugled pojedinca izostavljena iz člana 8. Konvencije. Zatim, u tekstu Konvencije se ne nalazi ni druga rečenica člana 12. Deklaracije kojom se zabranjuju napadi i mešanje u garantovana prava. Kao treću razliku profesor Koneli navodi stav 2. člana 8. Konvencije koji kao takav ne postoji u članu 12. Deklaracije. Poslednja razlika je terminološke prirode. Naime, u tekstu Deklaracije samo pravo je garantovano terminima zabrane “napada” na zaštićeno dobro ili “mešanja u isto”, dok je u Konvenciji upotrebljen izraz “pravo na pošto-

⁵ *Ibidem.*, čl.1

⁶ M. Jovanović, D. Vujadinović, R. Etinski, “Democracy and Human Rights in the European Union (POGESTEI)” University, Faculty of Law, Maribor, 2009. str.268.

⁷ W. Gordon, *The European Convention on Human Rights, Background, Development and Prospect (European Aspects)*, A.W.Sythoff, Leyden, 1963. str.62.

⁸ UN, General Assembly Universal Declaration of Human Rights / Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima. New York-Geneva: United Nations Publications, resolution 217 A (III), 10 December 1948. dostupno na- <http://www.un.org/Over view/ rights>

vanje” zaštićenih dobara.⁹ Navedene razlike svakako ne umanjuju značaj člana 12. Deklaracije na nastanak člana 8. Konvencije već samo ukazuju na određena odstupanja koja postoje u samim članovima.

2. Pravo na poštovanje privatnog života

Pravo na poštovanje privatnog života obuhvata različite aktivnosti čoveka koje pripadaju ličnoj sferi njegovog života. Evropska Komisija za ljudska prava (dalje: Komisija) je smatrala da privatan život podrazumeva pravo čoveka da živi kako želi, zaštićen od javnosti, kao i pravo da uspostavlja i neguje odnose sa drugim ljudima u cilju razvijanja sopstvene ličnosti.¹⁰ Evropski sud za ljudska prava (dalje: Sud) nije precizno definisao sadržaj pojma privatan život, imajući u vidu širinu ovog pojma i njegovo često preklapanje sa drugim interesima koji uživaju zaštitu po članu 8. Konvencije.¹¹ Na ovaj način podnosiocima predstavki ostavljena je mogućnost da različite životne aspekte dovode u opseg poštovanja privatnog života na osnovu člana 8., a zadatak Suda je da analizirajući suštinu svakog slučaja odluči da li se određena sfera života može kvalifikovati kao privatan život u smislu Konvencije. Konceptija privatnosti i privatnog života, shodno praksi Suda, između ostalog, obuhvata sledeće oblasti čovekovog života: pravo na uspostavljanje i održavanje odnosa sa drugim ljudima, zaštitu fizičkog i moralnog integriteta ličnosti, zaštitu ličnih podataka, promenu ličnog imena, određena pitanja u vezi sa seksualnom orijentacijom i promenom pola.

III Pravo na uspostavljanje i održavanje odnosa sa drugim ljudima

Pravo na uspostavljanje i održavanje odnosa pojedinca sa drugim ljudima spada u sferu čovekovog života koja uživa zaštitu u okviru poštovanja prava na privatnost. U predmetu *Bensed protiv Ujedinjenog Kraljevstva*. Sud je istakao da pravo na privatan život podrazumeva uspostavljanje, održavanje i razvoj odnosa sa drugim ljudima i spoljnim svetom.¹² Ovo pravo se sadržinski odnosi na uspostavljanje intimnih odnosa sa

⁹ A.Connelly, Problems of interpretation of Article 8 of the European convention on Human rights, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 35, Issue 3, 1986. str.569.

¹⁰ Izveštaj Evropske komisije od 11.03.1979.godine, str.52., navedeno po M. Pاونović, B. Krivokapić, I. Krstić, Osnovi međunarodnih ljudskih prava, Megatrend univerzitet, Beograd, 2007., str.217.

¹¹ K.Reid, A Practitioner’s Guide to the European Convention on Human Rights, Sweet and Maxwell, London, 2004. str.512.

¹² *Bensed protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, (Bensaid v. United Kingdom), predstavka broj 44599/98, presuda od 6. februara 2001.godine, stav 47.

drugim licima, kao i na njihove poslovne i profesionalne aktivnosti. Povodom pitanja da li profesionalne aktivnosti spadaju u opseg privatnog života izvesno vreme je postojala dilema, s obzirom na različitu jurisprudenciju Suda i Evropskog suda pravde, koja je konačno rešena tako što je Evropski sud pravde prihvatio stanovište Suda i koncept koji podrazumeva da neki lični odnosi u poslovnom kontekstu mogu ulaziti u opseg privatnog života.¹³

Postupajući u slučaju *Njemejc protiv Nemačke*, Sud je zauzeo stav da bi definisanje privatnog života isključivo kroz relacije koje pojedinac ostvaruje sa ljudima iz "najužeg kruga", pri tome potpuno zanemarujući odnose sa bilo kim ko nije obuhvaćen tim krugom, bilo suviše restriktivno. Sud je dalje istakao da ne postoji razlog na osnovu koga bi profesionalne aktivnosti bile isključene iz oblasti privatnog života, budući da se odnosi sa drugim ljudima upravo najčešće i uspostavljaju kroz poslovnu životnu sferu. Ovo mišljenje Sud potkrepljuje činjenicom da nije uvek moguće jasno proceniti koja čovekova aktivnost spada u opseg profesionalnog života, a koja tim opsegom nije obuhvaćena, uzimajući u obzir isprepletenost profesionalnih i neprofesionalnih aktivnosti.¹⁴

IV Zaštita fizičkog i moralnog integriteta ličnosti

Pravo na poštovanje privatnog života obuhvata i pravo na poštovanje fizičkog i moralnog integriteta pojedinca. Ukoliko pokušamo da definišemo fizički i moralni integritet ličnosti u skladu sa praksom Suda, dolazimo do zaključka da Sud u obrazloženju svojih odluka ne pravi uvek jasnu razliku između fizičkog i moralnog integriteta, što je i potvrđeno u slučajevima u vezi sa zaštitom mentalnog zdravlja¹⁵ i zaštitom od proizvoljnog oduzimanja pasoša ili nekog drugog identifikacionog dokumenta.¹⁶ Sa druge strane, narušavanje isključivo fizičkog integriteta nalazimo u slučajevima abortusa i prinudnih medicinskih intervencija¹⁷ u kojima Sud jasno utvrđuje da sve što se odnosi na ljudsko telo predstavlja najintimniji deo privatnog života pojedinca.

¹³ M. Jovanović, D. Vujadinović, R. Etinski, *op.cit.*, str.269.

¹⁴ *Njemejc protiv Nemačke*, (Niemietz v. Germany) predstavka broj 13710/88, presuda od 16.decembra 1992.godine, stav 29.

¹⁵ *Bensed protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, *op.cit.*

¹⁶ *Smirnova protiv Rusije*, (Smirnova v. Russia) predstavke broj 46133/99, 48183/99, presuda od 24.jula 2003.godine.

¹⁷ *Y F protiv Turske*, (YF v. Turkey) predstavka broj 24209/94, presuda od 22.jula 2003.godine.

1. Mentalno zdravlje

Pravo na poštovanje fizičkog i moralnog integriteta ličnosti obuhvata i mentalno zdravlje. Sud je kroz praksu jasno naznačio da se mentalno zdravlje mora smatrati delom fizičkog i moralnog integriteta ličnosti. U predmetu *X i Y protiv Holandije* Sud je razmatrao pitanje nemogućnosti šesnaestogodišnjakinje sa mentalnim invaliditetom da pokrene krivični postupak protiv osobe koja ju je navodno silovala usled zakonske praznine koja je postojala u unutrašnjem pravu Holandije u pogledu mentalno nesposobnih lica starijih od 16 godina. Postojeće krivičnopravne odredbe nisu bile dovoljne da zaštite osobe koje su se našle u situaciji u kakvoj se našla Y, što je prouzrokovalo povredu suštinskih aspekata privatnosti. U ovom slučaju Sud je utvrdio da je prekršen član 8. Konvencije.¹⁸

2. Invalidnost

Nakon predmeta *Bota protiv Italije*, u slučajevima po osnovu invalidnosti, povreda člana 8. Konvencije se može ustanoviti ukoliko podnosioci predstavke dokažu postojanje direktne veze između traženih mera i svog privatnog života. U predmetu *Bota* podnosilac predstavke je tvrdio da mu je povređeno pravo na poštovanje privatnog života usled propusta države da omogući invalidima adekvatan pristup jednoj od privatnih plaža. Sud je zaključio da ne postoji neposredna veza između mera koje je zahtevao podnosilac predstavke i njegovog privatnog života, te da stoga ne postoji ni primena člana 8. Konvencije.¹⁹

Postupajući u slučaju *Zehnalova i Zehnal protiv Republike Češke*, Sud je zaključio da činjenica da brojne javne zgrade nemaju adekvatan pristup za osobe sa invaliditetom ne predstavlja kršenje njihovog prava na poštovanje privatnog života na osnovu člana 8. Konvencije. Sud je dalje naglasio da se član 8. ne može tumačiti kao član koji je opšte primenljiv u svim situacijama koje podrazumevaju da se svakodnevni život podnosioca predstavke na neki način poremeti i da se isti član primenjuje samo u izuzetnim slučajevima, kada propust države utiče na privatnost pojedinca u smislu narušavanja razvoja njegove ličnosti i prava na uspostavljanje i održavanje odnosa sa drugim ljudskim bićima i spoljnim svetom.²⁰

¹⁸ X I Y protiv Holandije, predstavka broj 8978/80, presuda od 26.marta 1985.godine, stavovi 24. i 27.

¹⁹ Botta protiv Italije, (Botta v. Italy) predstavka broj 21439/93, presuda od 24.februara 1998.godine, stav 28.

²⁰ Zehnalová i Zehnal protiv Republike Češke, (Zehnalová and Zehnal v. Czech Republic) predstavka broj 3862/97, presuda od 14.maja 2002.

U predmetima u kojima se invalidnost dovodi u vezu sa pravom na poštovanje privatnog života i članom 8. Konvencije, Sud je naglasio da se mora uspostaviti jasna granica između domena primene člana 8. i socijalnih prava garantovanih Evropskom socijalnom poveljom i da bi bilo neopravdano proširiti polje primene člana 8. i na prava zaštićena Poveljom.²¹

3. *Abortus*

Pitanje abortusa spada u domen poštovanja fizičkog integriteta ličnosti, s obzirom da odluka žene o prekidu trudnoće predstavlja veoma intiman aspekt njenog odlučivanja o sopstvenom telu.²² Među državama ugovornicama ne postoji jedinstveno stanovište u pogledu trenutka kad počinje život, stoga je i abortus različito regulisan. Navedeno pitanje Sud je razmatrao u vezi sa članom 2. (pravo na život) i članom 8. Konvencije.²³

U predmetu *Brigeman i Šojtn protiv Nemačke* Komisija je zauzela stanovište da prekid trudnoće podrazumeva sferu privatnog života pojedinca, stoga i pravna regulativa u ovoj oblasti predstavlja mešanje u pravo na privatnost, koje može biti opravdano, ukoliko je kompatibilno uslovima iz člana 8. stav 2. Konvencije. Komisija je zaključila da i muškarac, biološki otac, ima određena prava u odnosu na fetus, međutim nije utvrdila i pravo oca da bude konsultovan o abortusu ističući da je reč o meri koja prvenstveno štiti interese majke.²⁴

U slučaju *X protiv Ujedinjenog Kraljevstva* Komisija je ponovila stanovište navedeno u prethodnom premetu, zaključujući da se član 8. Konvencije ne može tumačiti toliko široko da obuhvati i pravo oca da bude konsultovan o prekidu trudnoće koji žena želi da obavi.²⁵

4. *Prinudna medicinska intervencija*

Preduzimanje medicinskih zahvata bez pristanka pacijenta može predstavljati narušavanje prava na privatnost, ukoliko nije opravdano u

²¹ A.Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, Portland, 2004. str.149.

²² R. Dworkin, *Freedom's Law : The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press, US, 1996. str.51.

²³ M. Janis, R. Kay, A. Bradley, *European Human Rights Law, Text and Materials*, University Press, Oxford, 2000. str.287.

²⁴ *Brigeman i Šojtn protiv Nemačke*, (Brüggemann and Scheuten v. Germany) predstavka broj 6959/75, izveštaj Komisije od 12. jula 1977.godine.

²⁵ *X protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, (X v. United Kingdom) predstavka br. 8416/78, odluka o prihvatljivosti od 13.maja 1980.godine. stavovi 19, 20.

skladu sa zahtevima člana 8. stav 2. Konvencije.²⁶ Praksa Suda određene prinudne medicinske intervencije smatra opravdanim (obavezna vakcinacija, obavezno testiranje u zatvorskom okruženju, prinudna analiza krvi vozača pod dejstvom alkohola).²⁷

Postupajući u slučaju *Y F protiv Turske*, Sud je utvrdio da ginekološki pregled kom je podnositeljka predstavke bila podvrgnuta protiv svoje volje tokom policijskog pritvora predstavlja narušavanje prava na privatnost po članu 8. Konvencije, budući da je u pitanju segment koji se odnosi na fizički integritet pojedinca. Sud je dalje naveo da telo pojedinca podrazumeva najintimniji aspekt njegovog privatnog života, stoga prinudna medicinska intervencija predstavlja mešanje u to pravo.²⁸

5. Proizvoljno oduzimanje identifikacionog dokumenta

Praksa Suda je odredila da zaštita moralnog i fizičkog integriteta pojedinca na osnovu člana 8. Konvencije može da obuhvati i njegovo pravo da mu ne bude proizvoljno oduzet pasoš ili neki drugi identifikacioni dokument. U predmetu *Smirnova protiv Rusije* podnositeljka predstavke je uhapšena, prilikom čega joj je oduzet njen identifikacioni dokument, takozvani “interni pasoš”. Ubrzo je puštena na slobodu, ali joj oduzet pasoš nije vraćen, što joj je prouzrokovalo brojne probleme, između ostalog bila je prinuđena i da plati kaznu, jer nadležnim organima nije pokazala identifikacione dokumente kada su joj traženi. Podnositeljka predstavke je tvrdila da oduzimanje i zadržavanje njenih ličnih dokumenata predstavlja kršenje člana 8. Konvencije u pogledu prava na poštovanje privatnog života. Sud je polazeći od činjenice da su ljudi u svakodnevnom životu u Rusiji morali da pokažu svoj interni pasoš da bi obavili tekuće poslove i zadovoljili osnovne životne potrebe, zaključio da je lišenje tog dokumenta predstavljalo trajno mešanje u pravo podnositeljke predstavke na poštovanje njenog fizičkog i moralnog integriteta i stoga je ustanovio povredu člana 8. Konvencije.²⁹

V Zaštita ličnih podataka

Objavljivanje ličnih podataka pojedinca protiv njegove volje predstavlja narušavanje njegove intime i privatnosti. Parlamentarna

²⁶ P. Dijk, G. Van Hoof, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1998. str. 494.

²⁷ K.Reid, *op.cit.* str. 527.

²⁸ YF protiv Turske, *op.cit.*

²⁹ Interights priručnik za pravnike- pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, str.15, dostupno na - http://www.helsinki.org.rs/hr-lawyers/archives/files/sem3_clan8.doc

skupština Saveta Evrope je na 24. zasedanju, 26. juna 1998. godine, usvojila Rezoluciju br. 1165 o pravu na privatnost kojom ističe neophodnost i važnost regulisanja materije koja se odnosi na otkrivanje ličnih podataka, posebno od strane medija.³⁰ Sadržaj ličnih podataka koji uživaju zaštitu na osnovu člana 8. Konvencije je prema dosadašnjoj praksi Suda u velikoj meri neodređen i sporan. Jedna od smernica tumačenja zaštite ličnih podataka odnosi se na izjavu Suda da član 8. korespondira sa Konvencijom o zaštiti podataka Saveta Evrope, čiji je cilj da svakome obezbedi pravo na privatnost po pitanju automatske obrade ličnih podataka.³¹

Državni organi čuvaju informacije iz domena privatnog života pojedinca iz razloga vezanih za nacionalnu bezbednost, zatim u vidu krivičnih dosijea, zdravstvenih kartona itd. Održavanje ovakvih arhiva može predstavljati problematičnu dimenziju zaštite privatnosti, jer bez obzira na zakonitost samog prikupljanja informacija, svrha u koju se one koriste ne mora biti zakonita. Stoga otkrivanje ovakvih podataka trećim stranama, može podrazumevati kršenje prava na zaštitu privatnog života pojedinca. Problem se može javiti i u pristupu ovim podacima osobama na koje se isti odnose, te je Sud razmatrao pitanje da li postoji pozitivna obaveza države da obezbedi delotvoran i svima dostupan postupak za pristup ličnim podacima.

Najznačajniji predmet u ovoj oblasti je *Gaskin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*. Podnosiocu predstavke, koji je najveći deo svog detinjstva bio poveren na staranje lokalnim vlastima, odbijen je zahtev da mu se omogući uvid u sopstveni dosije, za koji je smatrano da predstavlja jedinu koherentnu evidenciju o godinama koje je proveo u hraniteljskim porodici. Podnosilac predstavke je tvrdio da je prema njemu u starateljstvu loše postupano i želeo je da dobije obaveštenja o tom periodu, u nameri pokretanja postupka u javnom interesu, kako bi se preispitao standard brige o deci u starateljstvu koju obezbeđuje lokalna vlast. Domaći sudija je odbio njegov zahtev naglašavajući da je za adekvatno funkcionisanje službe za brigu o deci neophodno očuvanje poverljivosti relevantnih dokumenata. Sud jeste istakao da je ovakav stav domaćeg sudije opravdan jer doprinosi delotvornom funkcionisanju sistema za staranje o deci, ali je ipak zauzeo stanovište da je podnosilac predstavke imao vitalni interes u dobijanju obaveštenja neophodnih da sazna i razume svoje detinjstvo i prošlost, stoga sama činjenica da mu nije dozvoljen pristup dosijeu koji

³⁰ Rezolucija PSSE 1165, "Rezolucija 1165 o pravu na privatnost" 26.jun 1998.godine, dostupno na - <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta98/eres1165.htm>

³¹ K.Reid, *op.cit.* str. 518.

sadrži ove podatke, predstavlja kršenje njegovog prava na poštovanje privatnog života.³²

Poseban segment prakse Suda po pitanju pristupa ličnim podacima čine slučajevi koji se odnose na mogućnost pristupa medicinskim podacima. U predmetu *MekGinli i Ign protiv Ujedinjenog Kraljevstva*³³ podnosioci predstavke su tvrdili da imaju određene zdravstvene tegobe usled izloženosti zračenju za vreme britanskog testiranja atomskih bombi. Oni su se žalili Sudu usled nemogućnosti pristupa dosijeima u vezi sa nivoom radijacije, kao i medicinskim tretmanom kojim im je pružen nakon eksplozije. Nemogućnost uvida u navedene dokumente su naveli i kao razlog na osnovu koga su im odbijeni zahtevi za invalidsku penziju, smatrajući da su time povređena njihova prava na zaštitu privatnosti. Sud je zaključio da član 8. Konvencije nalaže državama da ukoliko obavljaju izvesne aktivnosti potencijalno opasne po zdravlje onih koji u njima učestvuju, obezbede delotvoran postupak kroz koji će ta lica imati mogućnost uvida u tražene relevantne informacije. U ovom slučaju, država je obezbedila takav postupak, te ispunila svoje pozitivne obaveze, ali ga podnosioci predstavke nisu koristili, što dalje implicira da član 8. Konvencije nije prekršen.³⁴ Sa druge strane, Sud je u predmetu sličnom prethodnom, presudio u korist podnosioca predstavke. Podnosilac predstavke, bivši pripadnik britanske vojske, je nakon učešća u testiranju otrovnog gasa oboleo. Smatrajući da su njegovi zdravstveni problemi posledica tog testiranja, podnosilac je zahtevao uvid u svoj vojni dosije, kako bi obezbedio neophodne podatke za vojnu penziju, ali mu je taj zahtev nekoliko puta odbijen, zbog čega je smatrao da mu je povređeno pravo na privatnost. Sud je zauzeo stanovište da država ima obavezu da obezbedi delotvoran i svima dostupan postupak na osnovu koga bi podnosiocu bio omogućen pristup relevantnim podacima. Razmatrajući postupak koji predviđa englesko pravo, Sud je zaključio da država nije ispunila svoju pozitivnu obavezu da obezbedi postupak u skladu sa prethodno navedenim zahtevima i da je stoga prekršila član 8. Konvencije.³⁵

Otkrivanje javnosti ličnih podataka o drugim licima može da predstavlja mešanje u pravo na privatnost pojedinca, za koje se smatra da je opravdano ukoliko ispunjava uslove propisane u članu 8. stav 2. Konven-

³² Gaskin protiv Ujedinjenog Kraljevstva, (Gaskin v. United Kingdom), predstavka broj 10454/83, presuda od 7. jula 1989. godine.

³³ *MekGinli i Ign protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, (McGinley and Egan v. United Kingdom), predstavke broj 21825/93, 23414/94, presuda od 9. juna 1998. godine.

³⁴ Interights priručnik za pravnike, *op.cit.*, str. 58

³⁵ Roš protiv Ujedinjenog Kraljevstva, (Roche v. United Kingdom), predstavka broj 32555/96, presuda od 31. januara 1996. godine.

cije. Svakako ne treba zanemariti ni tezu koja podrazumeva izvesna ograničenja prava na privatnost usled poštovanja prava na informisanje.³⁶

Jedan od napoznatijih predmeta u ovoj oblasti je predmet *Fon Hannover protiv Nemačke*. Podnositeljka predstavke je tvrdila da je Nemačka prekršila svoje pozitivne obaveze u vezi sa poštovanjem njenog prava na privatnost s obzirom da nije sprečila objavljivanje fotografija iz njenog privatnog života. Fotografije su prikazivale podnositeljku u različitim svakodnevnim privatnim situacijama, stoga je Sud procenio da objavljivanje istih spada u domen njenog privatnog života. Sud je takođe naglasio da javnost ima pravo da bude informisana, jer je to suštinsko pravo u demokratskom društvu. Postavilo se pitanje da li pravo na informisanost može da bude prošireno i na segmente privatnog života javnih ličnosti u određenim posebnim okolnostima. Mišljenje Suda bilo je da ovaj slučaj zahteva uže tumačenje konkurentnog prava na informisanje. Država je imala pozitivne obaveze u odnosu na poštovanje prava na privatan život podnositeljke predstavke, a nemački sudovi su propustili da uspostave pravičnu ravnotežu između prava na zaštitu privatnog života i prava na informisanje.³⁷

Objavljivanje ličnih zdravstvenih podataka trećim licima Sud je analizirao u predmetu *Z protiv Finske*. Muž podnositeljke predstavke, koji je bio HIV-pozitivan, bio je opužen za nekoliko seksualnih krivičnih dela i za pokušaj ubistva. Tokom krivične istrage, podnositeljka predstavke nije htela da organima koji su vodili postupak saopšti da li je i ona HIV-pozitivna, pozivajući se na finski zakon koji joj pruža mogućnost da odbije da svedoči protiv svog supruga. Tokom suđenja domaći sud je naredio da se zdravstveni dosije podnositeljke predstavke preda kao dokazni material. Isti sud je doneo odluku da se tajnost sudskog spisa odredi na period od deset godina. U žalbenom postupku je otkriven identitet podnositeljke predstavke, kao i podaci iz njenog zdravstvenog kartona. Podnositeljka je smatrala da je na taj način povređeno njeno pravo na privatan život na osnovu člana 8. Konvencije. Sud je zauzeo stanovište da obelodanjivanje ličnih informacija iz medicinskog dosijea podnositeljke predstavke predstavlja mešanje u njeno pravo na poštovanje privatnog života u skladu sa članom 8. Konvencije.³⁸

³⁶ R. Redmond-Cooper, The Press and the Law of Privacy, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 34, Issue 4, 1985. str. 773.

³⁷ Videti: N. Hatzis, Giving privacy its due: Private activities of public figures in *Von Hannover v. Germany*, *King's College Law Journal*, Vol. 16, Issue 1, 2005. str 143-157.

³⁸ *Z protiv Finske*, (Z v. Finland) predstavka broj 22009/93, presuda od 25. februara 1997. godine.

Postupajući u slučaju *Kraksi protiv Italije*, Sud je razmatrao navode podnosioca predstavke da mu je povređeno pravo na privatnost kao posledica objavljivanja sadržaja njegovih presretnutih razgovora, koji su predstavljali dokazni materijal na suđenju podnosiocu predstavke. Sud je zaključio da je država imala pozitivnu obavezu da spreči da se ovaj materijal pojavi u javnosti i da je bila dužna da sprovede istragu odmah nakon objavljivanja. Usled propusta države da ispuni prethodno navedene obaveze došlo je do povrede podnosiocčevog prava na privatnost i do kršenja člana 8. Konvencije.³⁹

VI Promena ličnog imena

Pravo na poštovanje privatnog života štiti i lični identitet osobe. Konvencija ne sadrži odredbe kojima se izričito garantuje pravo na lično ime, iako ono ima veliki značaj za pojedinca. U ovoj materiji između država ugovornica ne postoji saglasnost, te Sud dopušta široko polje slobodne procene u pogledu dozvoljenih ograničenja i promena.⁴⁰

Praksa Suda nas nedvosmisleno upućuje na zaključak da pravo na ime predstavlja neotuđivi deo prava na privatni život. Sud je naglasio da lično ime i prezime podrazumevaju oblik lične identifikacije, ali i sredstvo za povezivanje nekog lica sa vlastitom porodicom, kao i određeni stepen prava na uspostavljanje odnosa sa drugima.⁴¹ Promena prezimena prilikom sklapanja braka ili izbor imena deteta samo su neke od situacija u kojima postoji potreba za zaštitom ovog prava. Sud je razmatrao nekoliko predmeta u kojima su se podnosioci predstavki žalili da su im državne vlasti nametnule izvesna ograničenja po pitanju promene ličnog imena, koja narušavaju njihovo pravo na poštovanje privatnog života.⁴²

U predmetu *Burgharc protiv Švajcarske*⁴³, podnosioci predstavke, Nemci po nacionalnosti, su tvrdili da im je povređeno pravo na privatnost usled nedopuštanja švajcarskih vlasti da koriste ženino prezime kao zajedničko bračno prezime. Naime, po švajcarskom pravu samo je ženi dozvoljeno da doda prezime supruga, dok je suprotna situacija nemoguća. Kao relevantnu činjenicu Sud je istakao podatak da podnosilac želi da za-

³⁹ *Kraksi protiv Italije*, (Craxi v. Italy), predstavka broj 25337/94, presuda od 17. jula 2003. godine.

⁴⁰ K. Reid, *op.cit.* str. 523.

⁴¹ J. Renucci, Introduction to the European Convention on Human Rights: the rights guaranteed and the protection mechanism, Council of Europe, 2005. str. 45.

⁴² D. Gomien, D. Harris, L. Zvaak, Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter, Council of Europe, 1996. str. 232.

⁴³ *Burgharc protiv Švajcarske*, (Burghartz v. Switzerland), predstavka broj 16213/90, presuda od 24. februara 1994. godine.

drži svoje prezime jer je pod njim poznat u akademskim krugovima, te bi promena istog bitno uticala na njegovu karijeru. Sud je smatrao da prezime kao sredstvo lične identifikacije i oblika veze nekog lica sa porodicom predstavlja značajan aspekt njegovog privatnog života. Činjenica da društvo i država imaju interes za uređenje upotrebe imena ne isključuje ovo pravo, budući da su javnopravni aspekti ove materije u skladu sa privatnim životom za koji se smatra da u izvesnoj meri obuhvata pravo na uspostavljanje i razvoj odnosa sa drugim ljudskim bićima, u profesionalnom i poslovnom, kao i u drugim kontekstima. Komisija je u ovom slučaju utvrdila povredu člana 8. Konvencije, dok je Sud ustanovio da se član 8. Konvencije u ovom predmetu primenjuje.⁴⁴

U slučaju *Stjerna protiv Finske*, podnosilac predstavke je tvrdio da je Finska prekršila član 8. Konvencije usled odbijanja domaćih vlasti da mu izdaju dozvolu za promenu ličnog imena. Podnosilac se žalio da mu je njegovo švedsko prezime izazivalo probleme s obzirom da su ga lica koja govore finski jezik pogrešno izgovarala, a to je, između ostalog, dovelo i do kašnjenja pošte. On je zahtevao da promeni porodično prezime i da umesto njega koristi prezime koje su navodno koristili njegovi preci, što Sud nije posebno razmatrao jer to prezime nije bilo u upotrebi više od dvesta godina. Razmatrajući da li je došlo do povrede prava na privatnost, Sud je primenio takozvani "pravičan test ravnoteže".⁴⁵ Potvrdio je pravo na promenu ličnog imena, ali samo u onim situacijama kada su smetnje koje ime prouzrokuje dovoljno ozbiljne i učestale. Sa druge strane, ovo pravo može biti ograničeno kada to nalaže javni interes. Intezitet smetnji i javni interes su upravo dve suštinske komponente čiji značaj Sud procenjuje u prethodnom navedenom testu. Smatrajući da podnosilac predstavke nije bio izložen većim problemima i neprijatnostima zbog svog ličnog imena, Sud je ustanovio da u ovom predmetu ne postoji povreda člana 8. Konvencije.⁴⁶

Praksa Suda je ustanovila da dozvoljena ograničenja prava na lično ime, pored navedenih primera, uključuju i nemogućnost žene da koristi devojačko prezime na izborima (kako u statusu glasača, tako i u statusu kandidata), odbijanje zatvorskih organa da, nakon što je podnosilac predstavke počeo da služi kaznu, za administrativne svrhe koriste ime koje je dobijeno na osnovu zahteva za promenu imena, zabranu da žena nastavi sa korišćenjem prezimena svog bivšeg supruga kao zakonitog prezimena.

⁴⁴ Interights priručnik za pravnike, *op.cit.*, str.16.

⁴⁵ A.Mowbray, *op.cit.* str. 140.

⁴⁶ *Stjerna protiv Finske*, (*Stjerna v. Finland*), predstavka broj 18131/91, presuda od 25.novembra 1994.godine.

VII Zaštita seksualne orijentacije

Član 8. Konvencije u okviru zaštite prava na privatnost obuhvata dimenziju kojom se garantuje pravo na seksualni identitet i integritet pojedinca.⁴⁷ Parlamentarna skupština Saveta Evrope je nedavno usvojila rezoluciju “Diskriminacija na osnovu seksualne orijentacije i rodnog identiteta” (Rezolucija 1728. 2010 god.) kojom se štiti seksualna autonomija i afirmacija svakog čoveka.⁴⁸ Deseta revizija Međunarodne klasifikacije bolesti, povreda i uzroka smrti je ustanovila da se homoseksualnost više ne smatra bolešću. No, uprkos tome, ona u većini društava i dalje predstavlja važan socijalni tabu. Izražavanje vlastite seksualne orijentacije na osnovu mišljenja Suda spada u “najintimnije aspekte privatnog života”.⁴⁹ Stoga, sve aktivnosti koje se protiv pojedinaca preduzimaju zbog njihovog homoseksualnog opredeljenja, predstavljaju mešanje u njihove privatne živote i zahtevaju jake razloge kako bi se smatrale opravdanim.

Postojanje krivičnog zakonodavstva kojim se sankcionišu homoseksualne aktivnosti, čak i u situacijama gde takav zakon čitav niz godina nije primenjen, predstavlja mešanje u pravo na poštovanje privatnog života. U predmetu *Dadžon protiv Ujedinjenog Kraljevstva* podnosilac predstavke, punoletni homoseksualac, je tvrdio da postojanje krivičnopравnih propisa u Severnoj Irskoj koji inkriminišu dobrovoljne homoseksualne akte među punoletnim licima predstavlja kršenje člana 8. Konvencije. Podnosilac je nakon pretresa svog doma usled navodne optužbe za posedovanje narkotika, a pri kom je pronađen materijal čiji sadržaj upućuje na njegovu homoseksualnost, uhapšen i saslušan povodom svog seksualnog opredeljenja. Iako protiv podnosioca nije po ovom osnovu podneta krivična prijava, on je tvrdio da je žrtva zakona koji u njemu izazivaju bojazan i strah. Sud je smatrao da je spornim zakonskim odredbama izvršeno mešanje u pravo podnosioca predstavke na privatan život koji obuhvata i njegov seksualni život, naglašavajući da je samo postojanje tog zakona trajno narušavalo njegovu privatnost. U svom izdvojenom mišljenju sudija Volš (Walsh) ističe da pravna norma mora da se oslanja na moralni konsenzus društva, što nas navodi na zaključak da nije ispravno pružiti pravnu zaštitu nečemu što je društveno neprihvatljivo.⁵⁰

⁴⁷ M. Scheinin, Sexual Rights as Human Rights-Protected under Existing Human Rights Treaties?, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 67, Issue 1, 1998. str.17.

⁴⁸ Rezolucija PSSE 1728 “Diskriminacija na osnovu seksualne orijentacije i rodnog identiteta”, 2010., dostupno na - <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/ERES1728.htm>

⁴⁹ *Dadžon protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, (Dudgeon v. United Kingdom), predstavka broj 7525/76, presuda od 22. oktobra 1981. godine, stav 52.

⁵⁰ G. Merrills, *The development of international law by the European Court of Human Rights*, Manchester University Press ND, 1995. str. 247.

Praksa Suda jasno određuje da homoseksualna orijentacija ne sme biti osnov po kome će neko lice dobiti otkaz na poslu niti razlog zbog koga ne može da se zaposli. Sud je ovo pitanje razmatrao u slučaju *Lastig-Prijen i Beket protiv Ujedinjenog Kraljevstva*. Podnosioci predstavke su bili pod istragom, a nakon toga su i otpušteni iz Kraljevske mornarice zbog svog homoseksualnog opredeljenja, a kao osnov ovakovog čina navedena je zabrana koja je u to vreme iz razloga nacionalne bezbednosti onemogućavala homoseksualcima da budu zaposleni u vojsci. Oni su tvrdili da istraga, a zatim otkaz iz službe, predstavljaju kršenje njihovog prava na poštovanje privatnog života. Sud je utvrdio da su radnje tužene države nedvosmisleno podrazumevale mešanje u pravo podnosilaca na poštovanje privatnosti i da bi one mogle biti opravdane sa aspekta nacionalne bezbednosti da su postojali konkretni primeri ugrožavanja iste. S obzirom da takvi primeri nisu postojali, Sud je ustanovio da nije bila opravdana ni istraga koja je sprovedena povodom seksualne orijentacije podnosilaca predstavki, niti je bilo opravdano njihovo otpuštanje iz vojske po osnovu homoseksualnosti. Sud je naglasio da pravo na poštovanje privatnog života imaju sva lica u nadležnosti država ugovornica, uključujući i pripadnike vojnih snaga i da je ograničavanje tog prava moguće samo onda kada su ispunjeni uslovi iz člana 8. stav 2. Konvencije.⁵¹ Do istog zaključka Sud je došao i u predmetu *Smit i Grejdi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*. Podnosioci predstavki, pripadnici oružanih snaga, su se kao i u prethodno navedenom predmetu žalili povodom istrage i otpuštanja iz službe. Sud je smatrao da su istraga povodom seksualne orijentacije podnosilaca predstavke, kao i otpuštanje iz oružanih snaga predstavljali direktno mešanje u njihovo pravo na poštovanje privatnog života.⁵² Obe prethodno navedene presude Suda su u mnogome uticale na tretman homoseksualaca u britanskim vojnim službama, što je u svom govoru u parlamentu u januaru 2000.godine posebno naglasio ministar odbrane, Džefri Hun, ističući neophodnost promena aktuelne politike po ovom pitanju u skladu sa praksom Suda i poštovanjem privatnog života.⁵³

⁵¹ Lastig-Prijen i Beket protiv Ujedinjenog Kraljevstva, (Lastig-Prian and Beckett v. United Kingdom), predstavke broj 31417/96 ; 32377/96, presuda od 27.septembra 1999. godine.

⁵² Smit i Grejdi protiv Ujedinjenog Kraljevstva, (Smith and Grady v. United Kingdom), predstavke broj 33985/96; 33986/96, presuda od 27.septembra 1999.godine.

⁵³ S. Dalvi, Homosexuality and the European court of human rights: Recent judgements against the United Kindgom and their impact on other signatories to the European convention oh human rights, *University of Florida Journal of Law & Public Policy*, Vol. 15, Issue 3, 2004. str. 488.

VIII Promena pola

Dokaz da je nemoguće eksplicitno utvrditi granice prava na poštovanje privatnog života predstavlja upravo i pitanje promene pola, koje je pre izvesnog vremena bilo apsolutno nerealno, dok danas pred Sudom raste broj predstavki iz ove oblasti. Sud je zauzeo stanovište da pravo ni u jednom aspektu ne sprečava promenu pola pojedinca, stoga države imaju obavezu da preduzmu mere kako bi se tim licima obezbedili uslovi za život u skladu sa stečenim polom.⁵⁴

Sudu su se obraćali pojedinci koji su se podvrgli operaciji promene pola, motivisani željom da im budu priznata sva svojstva privatnosti stečenog pola, suprotnog onome u kom su rođeni. Praksa Suda u ovoj materiji pokazuje određen stepen progresivnosti. U ranijim predmetima Sud, na primer, nije smatrao da država ugovornica ima pozitivnu obavezu da obezbedi nova lična dokumenta licima koja su promenila pol, da bi to stanovište naknadno napustio kada je razmatrao predmet *B. protiv Francuske*. U navedenom slučaju podnositeljka predstavke, lice koje je operativnim putem promenilo pol, se žalila Sudu da je povređeno njeno pravo na poštovanje privatnog života zbog odbijanja domaćih vlasti da priznaju njen promenjen polni identitet u identifikacionim dokumentima. Sud je prilikom razmatranja ovog slučaja, iako ne postoji jedinstveno stanovište medicinskih stručnjaka po ovom pitanju, uzeo u obzir i poslednje naučne rezultate koji potvrđuju da osnova potrebe za promenom pola nije isključivo psihološke, nego i fiziološke prirode i ogleda se u poremećaju broja hromozoma. U svetlu svega navedenog, Sud je zaključio da je tužena država propustila da uspostavi pravičnu ravnotežu između opšteg interesa i interesa pojedinca, te je i ustanovio povredu člana 8. Konvencije.⁵⁵

Sud je pitanje promene pola analizirao i u slučaju *Goodwin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*.⁵⁶ Podnositeljka predstavke se podvrgla operaciji promene pola i Sudu se obratila usled činjenice da njen novi polni identitet nije formalnopravno priznat, zbog čega je svakodnevno prolazila kroz razna ponižavajuća i diskriminišuća iskustva. Podnositeljka je navela i da tužena država nije preduzela nikakve konstruktivne korake da se izađe na kraj sa poteškoćama kroz koje prolaze lica koja su putem opera-

⁵⁴ R. Blackburn, J. Polakiewicz, *Fundamental rights in Europe: the European Convention on Human Rights and its member states, 1950-2000*, Oxford University Press, 2001. str.571.

⁵⁵ *B protiv Francuske*, (B. v. France), predstavka broj 13343/87, presuda od 25. marta 1992. godine.

⁵⁶ *Goodwin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, (Goodwin v. United Kingdom), predstavka broj 28957/95, presuda od 11.jula 2002.godine.

cije promenili pol, uprkos činjenici da su društveni stavovi u ovoj materiji sve progresivniji, kao i pravna regulativa pojedinih država, navodeći pri tome propise Holandije, Italije i Turske. Tužena država je tvrdila da među državama ne postoji opšteprihvaćen stav o transseksualnosti i da, s obzirom na polje slobodne procene koje je po Konvenciji dato državama, nepriznavanje novog polnog identiteta podnositeljke predstavke u pravne svrhe u Ujedinjenom Kraljevstvu ne podrazumeva povredu člana 8 Konvencije. Sud je prihvatio argument tužene države o nepostojanju zajedničkog evropskog pristupa rešavanju pravnih i praktičnih problema u ovoj sferi, no, ipak je naglasio da se ne smeju zanemariti očigledni i nesporni dokazi trajne i intezivne međunarodne tendencije društvenog prihvatanja lica koja su promenila pol. Sud je dalje naveo da postoji očigledan nesklad između administrativne i pravne prakse u okviru nacionalnog sistema, s obzirom da je podnositeljka predstavke promenu pola izvršila o trošku nacionalne zdravstvene službe, koja onda očigledno podržava ovakve hirurške zahvate i priznaje stanje polne disforije, stoga je nelogično nepriznavanje od strane države pravnih implikacija rezultata takvog lečenja. U svetlu činjenice da se svakodnevno nanosi šteta dostojanstvu osoba koje su promenile pol zbog toga što se njihov novostečeni pol i dalje ne priznaje u potpunosti i imajući u vidu sve prethodno pomenute aspekte, Sud smatra da nije osnovana tvrdnja tužene države da na ovo pitanje može da primeni polje svoje slobodne procene, osim u pogledu odgovarajućih sredstava putem kojih će biti priznato pravo koje je zaštićeno Konvencijom. Budući da ne postoje značajni faktori od javnog interesa koji bi odneli prevagu nad interesom podnositeljke predstavke da se u pravnom smislu prizna promena pola kojoj se podvrgla, Sud zaključuje da pravična ravnoteža koja se u Konvenciji podrazumeva odlučno naginje u korist podnositeljke predstavke, te da shodno tome, nije poštovano njeno pravo na privatni život.⁵⁷

IX Ograničenja prava na privatnost

Pravo na poštovanje privatnog života, kao što je već navedeno, nije apsolutne prirode, te podleže ograničenjima koja su propisana članom 8. stav 2. Konvencije na sledeći način:

*“Javne vlasti neće se mešati u vršenje ovog prava sem ako to nije u skladu sa zakonom i neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti, javne bezbednosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih.”*⁵⁸

⁵⁷ Interights priručnik za pravnike, *op.cit.* str.13.

⁵⁸ Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *op.cit.* član 8.

Dopuštena ograničenja predviđena članom 8. stav 2. Konvencije se moraju usko tumačiti, kako bi se obezbedila maksimalna moguća zaštita prava sadržanih u stavu 1. istog člana. Nakon što Sud ustanovi da se predmet predstavke odnosi na poštovanje privatnog života u skladu sa članom 8. Konvencije, dalje razmatra da li je stvarno postojalo mešanje državnih organa. Teret dokazivanja mešanja po osnovu prava na privatnost je na podnosiocu predstavke. Ukoliko Sud utvrdi da je došlo do mešanja u zaštićeno pravo, dalje razmatra da li je ono bilo u skladu sa zakonom, odnosno da li je kao takvo predviđeno unutrašnjim pravom države ugovornice. Sud dalje procenjuje da li je mešanje vršeno u svrhu ostvarenja legitimnog cilja. Ukoliko se mešanje ne može opravdati pozivanjem na jedan ili više osnova navedenih u članu 8. stav 2. Konvencije, Sud će takvu aktivnost tretirati kao kršenje člana 8. Konvencije.

X Zaključak

Poštovanje prava na privatnost predstavlja suštinsku komponentu zaštite ljudske autonomije i slobode. Regulisanje sadržaja i mehanizama zaštite navedenog prava jeste neizostavan segment pravne konstrukcije demokratskih društava. Stoga se i pravno regulisanje zabrane narušavanja prava na privatnost smatra izuzetno značajnim, naročito u društvima sa krhkom demokratskom tradicijom.

Praksa Evropskog suda za ljudska prava ne utvrđuje definiciju, niti iscrpno objašnjenje koncepta prava na privatnost, već određuje samo pojedine segmente ovog prava, što svakako izaziva brojne probleme sa aspekta načela pravne sigurnosti. Sa druge strane, navedena činjenica mora biti bar donekle razumljiva ukoliko imamo u vidu društvene promene koje Konvencija mora da isprati kako bi opravdala samo svrhu svog postojanja. Nepostojanje konsenzusa među evropskim državama povodom brojnih pitanja iz sfere privatnosti čovekovog života, čak i povodom trenutka kad taj život počinje, jeste izuzetno važan faktor neuspostavljanja preciznih granica primene člana 8. Konvencije.

Sud kroz svoje presude formira koncept privatnosti u skladu sa aktuelnim društvenim i naučnim promenama i dostignućima. Ono što je bitno naglasiti jeste spremnost Suda da napusti izvesna stanovišta koja je zauzeo u prethodnim presudama ukoliko to nalažu novonastale okolnosti. Stoga i sudska praksa pokazuje приметnu dozu progresivnosti i liberalnosti, kao i spremnost ove institucije da odgovori novim izazovima u sferi zaštite čovekove privatnosti.

Marijana Mladenov, Ph.D. Student
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

Protection of the Right to Privacy in the Practice of the European Court of Human Rights

Abstract: *The right to privacy is a fundamental human right and an essential component of the protection of human autonomy and freedom. The development of science and information systems creates various opportunities for interferences with physical and moral integrity of a person. Therefore, it is necessary to determine the precise content of the right to privacy. The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms guarantees this right under Article 8. The European Court of Human Rights did not precisely define the content of the right to privacy and thereby the applicants could bring different aspects of life into the scope of respect for private life. According to the Court, the concept of privacy and private life includes the following areas of human life: the right to establish and maintain relationships with other human beings, protection of the physical and moral integrity of persons, protection of personal data, change of personal name, various issues related to sexual orientation and transgender. The subject of this paper is referring to previously mentioned spheres of human life in the light of interpretation of Article 8 of the Convention.*

Key words: *human rights protection, right to privacy, European Court of Human Rights*

