

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



ZBORNIK RADOVA

COLLECTED PAPERS

XLVII 4 (2013)

NOVI SAD, 2013.

ZRPFNS, Godina XLVII Novi Sad, br. 4 (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 Jožef Salma, redovni profesor</i> Pravni režim vodnih objekata	7
<i>Dr Predrag Jovanović, redovni profesor</i> Interesna obeležja radnog odnosa	21
<i>Dr Gordana Vukadinović, redovni profesor</i> Stvaranje autonomnog prava	35
<i>Dr Miloš Marjanović, redovni profesor</i> Ljudsko dostojanstvo i bioetika	45
<i>Dr Dušan Nikolić, redovni profesor</i> Klimatske promene i građansko pravo – Elementi za strategiju prilagođavanja	61
<i>Dr Bernadet Bordaš, redovni profesor</i> Elementi za pravno regulisanje surogat materinstva sa prekograničnim dejstvima	81
<i>Dr Marija Salma, redovni profesor</i> Dostupnost informacija o stanju životne sredine	101
<i>Dr Radenka Cvetić, redovni profesor</i> Zaštita životne sredine – pomeranje težišta ka zaštitnom objektu	117
<i>Dr Tatjana Bugarski, vanredni profesor</i> Ispitivanje svedoka	131
<i>Dr Slobodan P. Orlović, vanredni profesor</i> Promena položaja ustavnog sudstva	145
<i>Dr Tanja Kitanović, docent; Dr Marija Ignjatović, docent</i> Evolucija ustanove usvojenja od rimskog do savremenog prava	163
<i>Dr Zoran Lončar, docent</i> Depolitizacija i profesionalizacija uprave u Republici Srbiji	185
<i>Dr Nataša Deretić, docent</i> Pojavni oblici korupcije u srednjovekovnoj Srbiji	203
<i>Dr Gordana Drakić, docent</i> Pravni položaj vanbračne dece prema propisima važećim na vojvodanskom pravnom području u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca	217

<i>Dr Maša Kulauzov, docent</i>	
Položaj žene u crnogorskom bračnom pravu XIX veka	229
<i>Dr Jelena Vidić Trninić, docent</i>	
Usklađenost pravnog tretmana oglednih životinja u zakonodavstvu Srbije sa zakonodavstvom Evropske unije	239
<i>Dr Vladimir Marjanski, docent</i>	
Lica odgovorna za sadržaj prospekta	275
<i>Dr Dragana Ćorić, docent</i>	
O ekofeminizmu (kao delu ekološke etike)	293
<i>Dr Aleksandar Martinović, docent</i>	
Uloga organa državne uprave u oblasti transporta opasnog tereta	309
<i>Dr Petar Đundić, docent</i>	
Merodavno pravo za štetu izazvanu povredom životne sredine u evropskom međunarodnom privatnom pravu	317
<i>Dr Bojan Tubić, asistent</i>	
Međunarodna pravila o određivanju granica na moru	337
<i>Marko Knežević, asistent</i>	
Teret dokazivanja nedozvoljenosti imisija kao pretpostavke negatornog zahteva	353
<i>Nataša Rajić, asistent</i>	
Pacijenti u trajnom vegetativnom stanju – biomedicinska i ustavnopravna pitanja	375
<i>Sandra Samardžić, asistent</i>	
Porodičnopravni aspekti posthumne oplodnje	387
<i>Uroš Stanković, asistent</i>	
Crtice o primeni i izmenama Uredbe o šumama (1857)	405
<i>Luka Baturan, asistent; Stefan Samardžić, asistent</i>	
Pristanak lica da bude donor organa nakon smrti u srpskom pravu	417
ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE	
<i>Mirjana Bogunović, asistent</i>	
Problemi kauzaliteta u akvilijanskoj kazuistici	437

TABLE OF CONTENTS

<i>József Szalma, DSC, Dr.Hc., Full Professor</i>	
Legal Regime of Water Management Facilities	7
<i>Predrag Jovanović, Ph.D., Full Professor</i>	
Conflict of Interests and Social Stability in the Field of Labour Relations	21
<i>Gordana Vukadinović, Ph.D., Full Professor</i>	
Creation of Autonomous Law	35
<i>Miloš Marjanović, Ph.D., Full Professor</i>	
Human Dignity and Bioethics	45
<i>Dušan Nikolić, Ph.D., Full Professor</i>	
Climate Changes and Civil Law Elements for an Adaptation Strategy	61
<i>Bernadet Bordaš, Ph.D., Full Professor</i>	
Elements for Regulating Surrogacy Arrangements with Cross-border Effects	81
<i>Marija Salma, Ph.D., Full Professor</i>	
Access to Information on the State of the Environment	101
<i>Radenka Cvetić, Ph.D., Full Professor</i>	
Environmental Protection – Shifting the Focus toward the Protected Object	117
<i>Tatjana Bugarski, Ph.D., Associate Professor</i>	
Examination of Witnesses	131
<i>Slobodan P. Orlović, Ph.D., Associate Professor</i>	
Change of Position of Constitutional Judiciary	145
<i>Tanja Kitano, Ph.D., Assistant Professor; Marija Ignjatović, Ph.D., Assistant Professor</i>	
Evolution of Adoption from Roman Law to Modern Law	163
<i>Zoran Lončar, Ph.D., Assistant Professor</i>	
Depolitisation and Professionalisation of Administration in Republic of Serbia	185
<i>Nataša Deretić, Ph.D., Assistant Professor</i>	
Forms of Corruption in Mediaeval Serbia	203
<i>Gordana Drakić, Ph.D., Assistant Professor</i>	
The Legal Position of Illegitimate Children According to the Regulations that were in Force in the Territory of Vojvodina in the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes	217

<i>Maša Kulauzov, Ph.D., Assistant Professor</i>	
Position of Woman according to 19 th Century Montenegrin Marital Law	229
<i>Jelena Vidić Trninić, Ph.D., Assistant Professor</i>	
Compliance of the Legal Treatment of Experimental Animals in Serbian Legislation with the Legislation of the European Union	239
<i>Vladimir Marjanski, Ph.D., Assistant Professor</i>	
Persons Liable for the Content of the Prospectus	275
<i>Dragana Ćorić, Ph.D., Assistant Professor</i>	
About Ecofeminism (as a Part of Environmental Ethics)	293
<i>Aleksandar Martinović, Ph.D., Assistant Professor</i>	
The Role of Public Administration in Transport of Dangerous Goods	309
<i>Petar Đundić, Ph.D., Assistant Professor</i>	
The Law Applicable to Environmental Damage in European Private International Law	317
<i>Bojan Tubić, Ph.D., Assistant</i>	
International Rules on Maritime Delimitation	337
<i>Marko Knežević, Assistant</i>	
Burden of Proof for the Illegal Immissions as Prerequisite of In Rem Removal Claim	353
<i>Nataša Rajić, Assistant</i>	
Patients in Permanent Vegetative State – Biomedical and Constitutional Questions	375
<i>Sandra Samardžić, Assistant</i>	
Family Law Issues in the Case of Posthumous Reproduction	387
<i>Uroš Stanković, Assistant</i>	
Minutes on Application and Amendments of Forests Regulation (1857)	405
<i>Luka Baturan, Assistant; Stefan Samardžić, Assistant</i>	
Consent on Cadaveric Organ Donation in Serbian Law	417
SECTION FOR FOREIGN AUTHORS	
<i>Mirjana Bogunović, Assistant</i>	
Problems of Causation in Aquilian's Casuistry	437

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

PRAVNI REŽIM VODNIH OBJEKATA *

Sažetak: Rad je posvećen analizi pravnog režima vodnih dobara kako po pozitivnom pravu, tako i inostranom i evropskom pravu. Izvršena je podela vodnih dobara (javne i privatne vode, prirodni i veštački vodni objekti, i dr). Posvećena je pažnja zaštiti vodnih dobara i od štetnog dejstva voda. Sagledana su osnovna pravila o upravljanju vodnim dobrima, od planskih akata, do individualnih upravnih akata i mera radi održavanja potrebnog kvalitativnog i kvantitativnog stanja voda, obzirom na njihovu namenu (opštu ili posebnu, privremu upotrebu). Iako ima čitav niz specifičnih pravila vezanih za upravljanje javnim vodnim dobrima, potreban je integralan pristup, zbog prirodne povezanosti svih elemenata životne sredine (vode, vazduha i zemljišta). Ukazano je i na ostale osnovne principe zaštite vodnih objekata, princip prevencije, održivog razvoja i na načelo o odgovornosti zagađivača, prema pravilu: zagađivač plaća, uz napuštanje ideje o socijalizaciji rizika.

Ključne reči: Podela vodnih objekata, javne i privatne vode, mere upravljanja vodama, opšta i posebna upotreba voda, melioracije, prirodni vodotoci, veštački vodotoci, objekti za praćenje i održavanje potrebnog kvalitativnog i kvantitativnog stanja voda.

I

Pojam i klasifikacija vodnih objekata

Pojam. Pravna klasifikacija javnih dobara i mesto vodnih dobara. Vodni objekti¹ (vodna dobra)² su sa stanovišta stvarnog prava po pra-

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

vilu *nepokretna dobra*, koja, ako su prirodna dobra, u *javnoj svojini*³, se koriste na način, svrhe i u meri propisanoj zakonom.⁴

Prema **zakonskoj klasifikaciji važećeg vodnog prava**, prema *nameni*, vodni objekti se dele na vodne objekte za: 1) uređenje vodotoka⁵; 2) zaštitu od poplava, erozije i bujica⁶; 3) zaštitu od štetnog dejstva unutrašnjih voda – odvodnjavanje⁷; 4) korišćenje voda⁸; 5) sakupljanje, odvo-

¹ Vodni objekti, u smislu st. 1. i 2. čl. 13. važećeg *Zakona o vodama RS* (Sl. Gl. RS, br. 30/2010), u daljem tekstu ZV, jesu (1) *građevinski objekti*, koji zajedno sa uređajima koji im pripadaju čine tehničku, odnosno tehnološku celinu, a *služe za obavljanje vodne delatnosti*. (2) Vodni objekti su *dobra od opšteg interesa*, osim objekata koje su pravna i fizička lica *izgradila za svoje potrebe*.

² Po st. 1. i 2. čl. 4. ZV, (1) *vodna dobra* u smislu ovog zakona, jesu *vode* i *vodno zemljište*. (2) Vodno dobro se koristi na način i pod uslovima utvrđenim ovim zakonom. Po čl. 5. ovog zakona (1) vode su *dobra od opšteg interesa* i u *državnoj su svojini*. (2) Vode i vodno zemljište u javnoj svojini su javno vodno dobro. (3) Javno vodno dobro je *neotuđivo*. (4) Javno vodno dobro se *koristi* na način kojim se *ne utiče štetno* na vode i priobalni ekosistem i *ne ograničavaju prava drugih*. (5) Na javnom vodnom dobru može se pod uslovima utvrđenim ovim zakonom i posebnim zakonom, *steći pravo korišćenja*.

³ Po Zakonu o zaštiti životne sredine RS (Sl. gl. br. 135/2004, 36/2009 (dr. Zakon), 72/2009 (dr. Zakon) i 43/2011 – Odluka Ustavnog suda RS, tač. 5), st.1. čl. 3. *javno prirodno dobro* jeste uređeni ili neuređeni deo prirodnog bogatstva, odnosno vazduha, vodnih dobara, priobalja, podzemnih dobara, šumskih dobara, predela ili prostora, *jednako dostupan svima*.

⁴ Po francuskom pravu (art. 538. Code civil) vodna dobra, uključiv plovne vodotoke su javna dobra, osim ako su u privatnoj svojini. V. npr., *Code civil*, 1996-1997., red. André Lucas, Avant-propos Pierre Catala, Litec, Paris, 1996, str. 355.

⁵ Po čl. 15. ZV objekti za uređenje vodotoka su: obaloutvrde, pragovi, naperi i drugi objekti u rečnom koritu, namenjeni njegovoj stabilizaciji i poboljšanju režima tečenja (regulacioni objekti), kao i veštačka rečna korita (kanali, proseci, izmeštena rečna koprita).

⁶ Po čl. 16. ZV RS (1) *vodni objekti za zaštitu od poplava* (zaštitni vodni objekti) su: glavni, sekundarni i letnji *nasipi* sa pripadajućim objektima (ustave, crpne stanice) kej-ski i odbrambeni zidovi, rasteretni i lateralni kanali, kao i brane sa akumulacijama i retenzijama sa pripadajućim objektima za odbranu od poplava i drugi objekti za zaštitu od poplava. (2) Sastavnim delom nasipa za odbranu od polava smatra se i *zaštitni pojas* sa šumom i zaštitnim zelenilom (zaštitne šume) u inundacionom području, u širini do 50 m od nožice nasipa (zavisno od karakteristika vodotoka i objekta) kao i servisni putevi u branjenom području za sprovođenje odbrane od polava. (3) Vodni objekti za *zaštitu od erozije i bujica* su: pregrade, ustave, regulacija donjih tokova bujica, obaloutvrde, biotehnički objekti i drugi objekti za zaštitu od erozije i bujica.

⁷ Po st. 1. i 2. čl. 17. ZV, vodni objekti za *zaštitu od štetnog dejstva voda – odvodnjavanje* su osnovne i detaljne *kanalske mreže*. *Osnovne kanalske mreže* čine glavni i sabirni odvodni kanali u koje se slivaju vode iz 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 (prirodni, odnosno veštački vodotok). *Detaljne kanalske mreže* za odvodnjavanje su kanali za neposredno prikupljanje vode sa poljoprivrednih i drugih površina i njihovo odvođenje u

đenje i prečišćavanje otpadnih voda i zaštitu voda⁹; 6) monitoring voda¹⁰. Vodni objekti upisuju se u *javne knjige* o evidenciji nepokretnosti i pravima na njima.¹¹ Vodnim objektima *upravlja* javno vodoprivredno preduzeće osnovano za obavljanje vodne delatnosti na određenoj teritoriji. Ono upravlja vodnim objektima za uređenje vodtoka i za zaštitu od poplava na *vodama I reda* i vodnim objektima za odvodnjavanje koji su u javnoj svojini. Ono upravlja i branama i akumulacijama. Vodnim *objektima II reda* objektima za zaštitu od bujica, erozije koji su u javnoj svojini upravlja jedinica lokalne samouprave na čijoj se teritoriji objekat nalazi.¹²

Vodna dobra kao javna dobra, *nisu u istom pravnom režimu* kao *ostala javna dobra*. Naime, javna dobra iako imaju zajedničke pravne osobine, imaju vrlo nijansirane, različite pravne režime. Naime, po klasičnoj doktrini, javna dobra se klasifikuju po nameni, sa različitim pravnim osobinama, odnosno, imaju diferenciran pravni režim. Ako je po sredi administrativna ili sudska zgrada, zgrada opštine ili lokalne samouprave, po sredi je javno dobro, ali je za njih karakteristično obavljanje zakonom uređene nadležnosti (pravosudna, upravna i dr. delatnost). Njihova upotreba je podvrguta toj funkciji. Oni se ne mogu koristiti za privredne svrhe, ne mogu se dati u zakup, koncesionirati, kao vodna dobra. Ako su po sredi kulturna dobra, posebno, arhitektonsko nasleđe, oni treba da imaju posebnu pravnu zaštitu. Iako je umetničko stvarala-

sabirne kanale, kao i objekti sa detaljnim odvodnim kanalima (propusti, sifoni, stepenice, brzotoci, ustave, crpne stanice i sl.).

⁸ Po čl. 18. ZV vodni objekti za *korišćenje* voda su: (1) objekti za *snabdevanje vodom za piće* i sanitarno-higijenske potrebe – *vodozahvati* (bunari, kaptaže, zahvati iz vodotoka, kanala, jezera i brane sa akumulacijama, postrojenja za pripremu vode za piće, magistralni cevovodi i rezervoari sa uređajima koji im pripadaju); (2) objekti za *navodnjavanje*; (3) objekti za proizvodnju *električne energije*; (4) objekti za *uzgoj riba* – *ribnjaci*; (5) objekti za *plovidbu*, tj. objekti kojima se obezbeđuje sigurnost plovidbe u plovnom putu na kanalima za navodnjavanje i odvodnjavanje i brodske prevodnice na njima.

⁹ Po čl. 19. ZV *vodni objekti za sakupljanje, odvođenje i prečišćavanje otpadnih voda i zaštitu voda* su: glavni kolektori, postrojenja za prečišćavanje otpadnih voda, postrojenja za preradu otpadnih muljeva, postrojenja za preradu proceđenih voda sanitarnih depozita čvrstog otpada, ispusti iz postrojenja u prijemnik (recipijent) i drugi pripadajući uređaji, kao i brane sa akumulacijama za poboljšanje kvaliteta voda.

¹⁰ Po čl. 20. ZV vodni objekti za *monitoring* su: limnografi, vodomerne letve, vodomeri, specijalni preliv, piježometarske bušotine, nivomeri i drugi uređaji kojima se prikupljaju *podaci o stanju nivoa, količini i kvalitetu površinskih i podzemnih voda*.

¹¹ V. st. 2. čl. 21. ZV.

¹² V. st. 1-5. čl. 23. ZV. u vezi st.1-4 čl.6. ZV. Vode I i II reda se razvrstavaju na osnovu položaja vodotoka u odnosu na državnu granicu, veličine i karakteristike sliva, režima i karakteristika vodotoka sa aspekta korišćenja voda, zaštite voda i zaštite od voda. Vlada utvrđuje popis voda I reda pri čemu međudržavne vode se obavezno svrstavaju u vode I reda.

štvo (slikarsko, književno, itd.) individualno, povezano sa zakonom o autorskim pravima (pravo na autentičnost, pravo na iskorišćavanje, nakon isteka trajanja atorskog prava autora i njegovih naslednika, jeste opšte dobro. Isto je i sa inovacijama. Sva pomenuta dobra su od opšteg interesa, jer služe zajednici, u kulturi, i u ambijentu u kome živimo i napretku. Nažalost, ne uvek sa dovoljnom (zakonodavnom) aplikativnom pažnjom, kako ta dobra zaslužuju. No, vodna dobra se po svojim pravnim osobinama izdvajaju, ne zato, što su više ili manje važna, u redu dobara od opšteg interesa, već zbog klasične doktrinarne figurativne definicije, – vode su uslov života i rada. Pravno gledano, vode su naimе, ne slučajno, u najširoj opštoj upotrebi. Njihovo kvalitativno i kvantitativno stanje bitno utiče na zdravlje i na proizvodnju. Nažalost, svedoci smo, nemara u pogledu vodnih dobara. Otpadne vode se ispuštaju u prirodne i veštačke vodotoke, bez potrebnog tehnološkog prečišćavanja. Kaže se, da to prečišćavanje mnogo košta. Možda da, možda ne. Ako bi smo koristili za sve važne svhre, ne samo za piće, već i za navodnjavanje, čistu vodu, to bi doprinelo zaštitu zdravlja ljudi i samim tim bi se postigao traženi (ekonomski i društveni) rezultat.

Novi principi ekološkog prava i mesto vodnih dobara.¹³ Odavno je napuštena u Evropi ideja da je ekološki pristup i zaštita elemenata životne sredine (vazduh, zemljište, vode) *samo trošak*. Naprotiv, ulaganje u ekologiju, uključiv i zaštitu vodnih dobara je i direktno i indirektno, *prihod*, odn. ušteda. Zbog fizičke povezanosti, prihvaćena je ideja o (*integralnom*) *upravljanju* elementima životne sredine. Zdrava životna sredina smanjuje troškove lečenja koji potiču od zapuštenog stanja bilo kog elementa životne sredine. Ustanovljen je princip – *zagađivač plaća*, rizici zagađivanja se više ne „socijalizuju“, ne predstavljaju trošak svih, pa i onih koji se ponašaju ekološki, ili ne doprinose zagađivanju. Uspostavlja se *princip monitoringa*¹⁴, koji pre svega treba da je nacionalni, ali je istovremeno uspostavljen dobrovoljni pristup evropskom monitoringu. Naimе, stanje vodnih dobara jedne zemlje, utiče na stanje vodnih dobara druge. Uspostavljen je i *princip integralnosti* u upravljanju elementima ži-

¹³ Po Zakonu o zaštiti životne sredine RS (2009), tač. 1) - 11), st. 1., čl. 9. usvojeni su *moderni evropski principi zaštite životne sredine*, i to: načelo *integralnosti*, načelo *predostrožnosti-prevenције*; *očuvanje prirodnih vrednosti*; načelo *održivog razvoja*; načelo *zagađivač plaća* (sa izuzetkom kad korisnik plaća); načelo *supsidijarne odgovornosti*; načelo primene *podsticajnih mera*; načelo *informisanja* i učešća javnosti; načelo zaštite prava na zdravu životnu sredinu i pristupa pravosuđu.

¹⁴ V. *Monitoring Leitlinien* (Osnovne vodilje monitoringa), Abl L 229 vom 31. 8., 2007, in: *EU Umweltrecht* (Evropsko ekološko pravo), Lexis Nexis, Wien, 2010., str. 529-539.

votne sredine.¹⁵ Naime, stanje u jednoj oblasti, elementu životne sredine, utiče na stanje u drugom elementu. Voda, vazduh i zemljište su u međuu-ticaju. *Princip evidencije* je povezan sa *izdavanjem dozvola*. Novom kon-zumentu ne treba dati dozvolu, ako nije obezbedio ekološke filtere kod opasnih i štetnih materijala. U komunitarnom pravu Evrope su propisani *limiti* za ispuštanje opasnih i štetnih materijala u vodotoke i vodne recipi-jente.¹⁶ Ko prekrši limit, *ukida mu se dozvola*. Termalne vode, banjske vode doprinose zaštiti zdravlja stanovništva i time ujedno i troškovima zdravstvene zaštite. Ima i drugih primera koji potvrđuju da uređenje voda nije samo trošak, već je i doprinos privređivanju.

Doktrinarna pravna klasifikacija vodnih dobara. Sa stanovišta **namene**, vodna dobra služe zadovoljavanju egzistencijalnih potreba (voda za piće i napajanje, plovidba), te se nalaze u pravnom režimu *opšte upotrebe*, odnosno *posebne ili privredne upotrebe*, (upotreba vodnih snaga za proizvodnju električne energije, upotreba voda za snabdevanje poljoprivrednog zemljišta, iskorišćavanje voda za mineralnu sirovinu, kao što je pesak, šljunak, termalne i lekovite vode koje se iskorišćavaju u turističke i zdravstvene svrhe, kao i za ribna gazdinstva). Privredna upotreba vodnih dobara pravno podleže u pogledu načina, količine i kvalitetu, uslovima *vodne dozvole*. Sa stanovišta namene, nadalje, vod-na dobra mogu imati karakter *zaštite* od visokih vodostaja, kao što su nasipi, ustavi, proseci i dr. *Regulacioni objekti* služe određivanju po-trebnog *nivoa* vode i usmeravanju *pravca kretanja* vodene mase, kao što su prevodnice, žilipi.

Vodna dobra u režimu *opšte upotrebe* se koriste bez naknade, svi pod jednakim uslovima, bez posredovanja administrativnih ili ugovornih

¹⁵ V. npr. Smernicu br. 2008/1/EG o integrisanom sprečavanju i smanjivanju za-gađenja životne sredine (Richtlinie 2008/EG über die integrierte Vermeidung und Ver-minderung der Umweltschmutzung, Abl L 24 vom 29. I. 2008, S 8, in: Kodex des Österreichischen Rechts, EU Umweltrecht, Herausg. Werner *Doralt*, Red. Anica *Doralt*, Lexis Nexis, Wien, 2011, str. 331-341. U tač. 6) se ukazuje na to da je smernica EU br. 2006/11/EG Evropskog Parlamenta i Saveta od 15. februara 2006., zbog uvođe-nja određenih opasnih materijala u vodotoke, Evropska Zajednica predviđa uvođenje ovih materijala u postupku davanja saglasnosti. Drugim rečima, nova uključivanja opa-snih materijala u vodotoke mora da bude pod kontrolom. Po tač. 9. ove smernice odre-đeno je, da se cilj integrisanog koncepta za sprečavanje i smanjivanje zagađenja sastoji u tome da emisije u vazduhu, vodi i zemljištu treba da budu podvrgnute privređivanju (upravljanju) otpadom, i da se time, koliko je to moguće, spreči zagađivanje, a tamo gde to nije moguće, da se ono, što više smanji, i da se postigne visoki nivo zaštite život-ne sredine, u celini.

¹⁶ V. *EU Emissionsrichtlinien* (Smerinice EU o emisijama), EU Umweltrecht, Lexis Nexis, Wien, 2010, str.363- 528.

akata, neposredno, na osnovu zakona, bez naknade. *Posebna upotreba* vodnih dobara podleže administrativnoj saglasnosti, uz ugovor o koncesiji između imaoca javnog dobra i korisnika. Posebna upotreba je uvek sa naknadom, čiji je dužnik korisnik.

Po **svojinskom** kriterijumu vode su *javne* ili *privatne*. Zakon je principijelno odredio da su *prirodni vodotoci* i vodni recipijenti u javnoj svojini. Uporedno-pravno regulativno iskustvo pokazuje da su *veštački objekti*, vodotoci i recipijenti (kanali, nasipi, hidroenergetska postrojenja, i dr.) u principu vlasništvo onog ko ih je na osnovu dozvole o svom trošku izgradio i ko na osnovu dozvole, privređuje tim dobrima. Osim toga, vodni objekti (jezera, bunari i dr.) koji su izgrađeni na privatnom (građevinskom ili poljoprivrednom) zemljištu su u vlasništvu vlasnika građevinskog ili poljoprivrednog zemljišta.

Prema **kretanju** vodne mase, razlikuju se *tekuće* (reke, potoci, izvori, vodopadi) i *stajalice* vode (jezera, akumulacije, bunari). Pravna relevantnost podele je u tome što se za tekuće vode vezuju prava konzumenata vlasnika više i niželežeg zemljišta. Ako su stajalice vode prirodne vode, a u javnoj su svojini, za njih vrede pravila o opštoj upotrebi. Njihovo privredno iskorišćavanje podleže vodnoj dozvoli, odn. saglasnosti.

Prema **plovnosti**, vodotoci se dele na plovne, splavne i neplovne. Pravna relevantnost ove podele je vezana za upravljanje, tj. za obavezu održavanja plovne funkcije. Polovna funkcija je tradicionalno deo opšte upotrebe, tj. upotreba voda za saobraćaj, sama po sebi, ne podleže dozvoli ili naknadi.

Prema **kvalitetu**, vode se dele na vode *visokog kvaliteta* kao što su one koje su podobne za piće, za proizvodnju lekova i ishrane, i tzv. *industrijske vode*, koje se koriste za privredne, nezdravstvene namene, i najzad *otpadne vode* kod kojih postoji poseban režim upravljanja, uključiv i obavezu prečišćavanja.

Prema **pojavi**, vode se dele na *površinske* i *podzemne*. Rudničke vode su posebna vrsta po pravilu podzemnih voda koje se pojavljuju u rudarskim oknima, odnosno koje sadrže mineralne sirovine ili plemenite metale. Prirodne, podzemne i nadzemne vode su fizički međusobno povezane, pa je za njihovo upravljanje bitno načelo integralnosti. Zemljište u određenoj meri filtrira (podzemne) vode. Ali, uprkos tome, nadzemne vode koje su recipijenti otpadnih voda, mogu, zbog fizičke povezanosti, bitno da utiču na kvalitet podzemnih voda. Crpne stanice podzemnih i nadzemnih voda, u cilju sakupljanja voda za snabdevanje stanovništva moraju biti na područjima čiste vode, ali ako su kontaminirane, moraju se podvrgnuti prečišćavanju.

Prema **načinu nastanka** vodne objekte delimo na *veštačke* (npr. nasispi, akumulacije za proizvodnju električne energije, kanali za navodnjavanje, veštačka jezera) i *prirodne* (prirodom stvorene reke, jezera). U veštačke vodne objekte spadaju i merni instrumenti za praćenje nivoa ili kvaliteta voda koja postavljaju javna vodna preduzeća. U veštačke vodne objekte spada i obalska zaštitna flora koja služi regulaciji voda te u izvesnoj meri sprečava nastupanje visokih voda.

Po **strukturi** vodni objekti se dele na *zemljišni deo* (korito, priobalje) i *vodni deo* (vodna masa). Podela je pravno značajna. Polazi se od integriteta korita i vodne mase. U slučaju da vodna masa napusti ranije rečno korito, nastaju pravni problemi, iako je zakon odredio da napušteno korito ostaje javno dobro. To znači da se okupacijom (u smislu stvarnog prava, kao originarnim načinom sticanja svojine), ne može steći pravo svojine na teret napuštenog korita, od strane vlasnika trajno preplavljenog zemljišta. Znači, *napušteno rečno korito*, po važećem pravu, nije res nullius (nije ničija stvar, pošto je javno dobro).

II

Pravo korišćenja (javnih) vodnih dobara

Pravo vlasništva i pravo korišćenja i raspolaganja vodnih dobara se ne podudaraju. Vodna javna dobra su u vlasništvu države, trebalo bi i pokrajine, odn. lokalne samouprave, u zavisnosti od funkcije, namene. U uporednom vodnom pravu, npr. u Nemačkoj, na istom vodnom dobru, u zavisnosti od različite namene, tj. date funkcije, pravo vlasništva, odnosno pravo i dužnost upravljanja su podeljene. Prema *nemačkom zakonu*, na međunarodnim vodotocima plovna funkcija je u svojinskoj „nadležnosti“ federacije, što znači da pravo i dužnost upravljanja, uključiv i finansiranje plovne funkcije, pripada federaciji.¹⁷ Za pokrajinsku (svojinsku i zakonodavnu) nadležnost radi upravljanja vodama možemo navesti primer Baden – Virtemberga (Baden -Württemberg) u kome je naglasak pokrajinske upravne nadležnosti stavljen na korito vodotoka.¹⁸ Po analognom

¹⁷ V. npr., *Bundeswasserstraßengesetz* (WStrG), Savezni Zakon o vodnim putevima, donet 02. 04. 1968, izmene: 23. maja 2007, BGBl. I S. 962; 2008 I S. 1980, najnovije izmene: st. 125. čl. 4. Zakona od 7. augusta 2013.g. BGBl. I S. 3154. Po st. 1 par. 1 Savezni vodni putevi su po odredbama ovog zakona vodni putevi federacije koji služe opštem saobraćaju, kojim pripadaju i vodni objekti koji tom saobraćaju služe. Brodski saobraćaj na tim putevima spada u nadležnost federacije. U pogledu privređivanja ribama nadležna je pokrajina uključiv i zemljišne površine koji tome služe. Prava se mogu preneti sporazumom federacije i pokrajine na treća lica.

¹⁸ B. *Wassergesetz für Baden-Württemberg* (WG) (Zakon o vodama pokrajine Baden -Virtemberga), vom 20. Januar 2005 (GBl. S. 219) (od 20. januara 2005.g.), zu-

principu, podela nadležnosti za upravljanje u nas, u pogledu funkcije plovidbe, na reci međunarodnog karaktera, kao što je Dunav, npr. bi bila Republika Srbija, a ostale nadležnosti bi pripadale pokrajini.

Na istom vodotoku, po nemačkom pravu, funkcija odbrane od poplava u principu pripada republici (Land- pokrajina) (što bi po analogiji kod nas bila pokrajina), a turistička funkcija na deonici vodotoka, pripada opštini mesta protoka. Naravno, zemaljski i lokalni vodotoci mogu biti pod deljenom svojinskom i upravnom ingerencijom republike ili opštine.

III

Upravljanje (i raspolaganje) javnim i privatnim vodnim objektima

Pod **upravljanjem vodnim dobrima**, odn vodnim objektima podrazumevaju se mere *održavanja potrebnog kvantitativnog i kvalitativnog stanja voda, datih vrsta vodnih dobara*, saglasno zakonom uređenoj nameni, odnosno planskim instrumentima.¹⁹ To podrazumeva zaštitu voda i zaštitu od voda. *Zaštita voda* znači održavanje propisanog kvalitativnog stanja voda, posebno za egzistencijalne namene (voda za piće i napajanje, voda za proizvodnju hrane i lekova). *Zaštta od voda* znači zaštitu od visokih vodostaja, bujica, erozivnih dejstava. U mere upravljanja vodama spadaju dugoročni i kratkoročni *planski akti*, zemaljski, regionalni i lokalni, kao osnove za mere upravljanja, tj. za preduzimanje mera izgradnje i održavanje vodnih objekata zaštite voda i od voda. U mere upravljanja spada i *upravljanje otpadnim vodama*, tj. mere prečišćavanja sa potrebnim kvalitetom, obzirom na namenu voda. Različiti kvalitet čine industrijske vode i vode za piće i napajanje. Takođe, u mere upravljanja voda-

letzt geändert durch Artikel 41 der Verordnung vom 25. Januar 2012 (poslednje izmene: Uredbom od 25. januara 2012) (GBL. Nr. 3, S. 65), in Kraft getreten am 28. Februar 2012. (stupile na snagu 28. februara 2012. g.). Po § 4. ovog Zakona, svojinsko pravo na koritu javnog vodotoka, kao i njegovo pravno uređenje, pripada Pokrajini, odnosno opštini mesta proticanja. Ako je došlo do visokog vodostaja, odnosno plavljenja na području dve ili više susednih opština, nadležnosti (upravljanja) između njih dele se prema središnjoj liniji vodotoka.

¹⁹ U Austrijskom pravu su propisani planski akti koji su osnova za sprovođenje mera radi privređivanja odn . upravljanje vodama, posebno u pogledu zaštite i održavanja voda. V. par. 55. Zakona o vodama Austrije, *Wasserrechtsgesetz* 1959, BGBl (Bundesgesetzblatt), 1959/215, poslednje izmene BGBl I 2006/123, in: Codex des österreichischen Rechts, Wasserrecht, Lexis Nexis, bearb.: Friedrich Hefner, Wien, 2010, str. 35. Po navedenom paragrafu, predsednik pokrajine (Landeshauptmann) kao najviši organ planiranja vodama se brine o koordinaciji planiranja upravljanja vodama u pokrajinama, obavezan je da se brine o osnovama vodoprivrednog razvoja, o zaštićenim područjima, o usaglašavanju različitih interesa korisnika voda, i dr.

ma spadaju i kontinuirano *praćenje kvalitativnog i kvantitativnog stanja* voda (monitoring), preko potrebnih instrumenata za merenje. Tu spadaju i mere *održavanja plovne funkcije*. U mere upravljanja uključuju se i *mellioracione delatnosti*, tj. funkcija odvođenja voda sa područja viška nadzemnih voda na područja manjka, odnosno odvođenje viška voda u kanal-ske mreže ili prirodne vodotoke. U mere upravljanja vodama *ne spadaju koncesionirane privredne delatnosti* na javnim vodnim dobrima, ali se te delatnosti moraju, preko vodne dozvole, saglasno zakonu, *usaglasiti sa opštim režimom* korišćenja voda. U slučaju *oskudice* u vodi (npr. suša) izuzetno se preduzimaju mere restrikcije, gde opšta upotreba poslednja trpi ograničenja. Mere upravljanja se ostvaruju putem *vodne delatnosti* javnih vodoprivrednih preduzeća.

Upravljanje **javnim vodnim dobrima**, kako u pogledu njihovog održavanja, tako i funkciisanja, vrše, u važećem domaćem pravu javna vodna preduzeća. (Lokalna, pokrajinska i zemaljska). Za privredno iskorišćavanje vodnih dobara, pošto su podvrgnuta vodnoj dozvoli odnosno, saglasnosti, nadležni su odgovarajući organi vodne uprave. U tzv. privredno iskorišćavanje vodnih objekata spada: iskorišćavanje javnih voda i vodnih snaga za proizvodnju električne energije, korišćenje voda za navodnjavanje i odvodnjavanje, korišćenje radi vađenja peska, šljunka i mineralnih sirovina iz korita vodotoka, odn. vodene mase, korišćenje termalnih voda za grejanje, turističke i rekreativne svrhe, za banjska lečilišta izvan okvira zdravstvenog osiguranja, ribarstvo i dr. Prilikom izdavanja vodne dozvole, nadležni državni organ ili organ lokalne samouprave može postaviti uslove iskorišćavanja, u pogledu količine i načina upotrebe. Npr., kod iskorišćavanja peska, šljunka, može se postaviti uslov, da se ne naruše zaštitni objekti (npr. nasi-pi), i da se ne menja tok i pravac vodotoka. Vodoprivredni organi vode evidenciju o izdatim dozvolama. Organi vodoprivredne inspekcije mogu ukinuti izdatu dozvolu, ako se koncesionirani privredni korisnik nije držao uslova iz vodoprivredne dozvole.

Posebno je pitanje ispuštanje *otpadnih voda* u vodotoke i vodne recipijente. U zajedničkim propisima evropskog prava (Smernice o zaštiti životne sredine, smernice o kvalitetu voda, smernice o visokim vodostajima, smernice o domaćem i međunarodnom dobrovoljnom monitoringu kvalitativnog stanja voda) posebna pažnja je posvećena upravljanju otpadnim vodama. U evropskom pravu postoje propisi o limitima za pojedine vrste štetnih materija u ispuštenoj otpadnoj vodi, kao i pravila o obavezi prečišćavanja. Postoje takođe i pravila o saniranju postojećih zagađenja, kao i klasična odštetnopravna pravila za štete prouzrokovane opasnim i štetnim materijama ispuštenih u vodotok preko administrativnih limita.

Poseban je problem *navodnjavanja*, tako da vode za navodnjavanje ne bi smele da sadrže materije koje su štetne, preko biljnih zasada, za ljudsko zdravlje. Nezavisno od navodnjavanja, u Evropi se postavljaju barijere za pesticide i druge štetne materije za tretman bilja namenjenih ljudskoj ishrani. Problem se međutim, ne odnosi direktno samo na bilje namenjeno za ljudsku ishranu, već i na stočnu ishranu koja može uticati na ljudsku. U trci za jeftinu proizvodnju ljudske hrane, osim problematičnih hemijskih stimulansa proizvođači pribegavaju i genskim manipulacijama bilja, zaboravljajući, da na tlu Evrope postoje u tom pogledu brojna ograničenja.²⁰

Nakon davanja dozvole za privredno korišćenje javnih voda, korisnik je dužan da sa vlasnikom javnog vodnog dobra, zaključi ugovor o pravu na privredno iskorišćavanje vodnog objekta, tj. *ugovor o koncesiji*. Ovim ugovorom, a na osnovu dozvole, javno dobro se ustupa korisniku na privredno iskorišćavanje, uz plaćanje naknade. Naime, ako je glavni predmet dozvole za korišćenje privremeno ustupanje javnog dobra od strane nosioca prava na upravljanje, za privredno iskorišćavanje, od strane privrednog subjekta, kao i određivanje ograničenja, tj. postavljanje uslova iskorišćavanja, glavni predmet ugovora o koncesiji je određivanje naknade koju je korisnik, koncesionar, dužan da plati vlasniku javnog dobra, tj. državi, pokrajini, ili lokalnoj samoupravi, u zavisnosti od karaktera i funkcije javnog dobra.

Jedini oblik *prava raspolaganja javnim dobrima* jeste davanje na privređivanje privredniku na *privredno iskorišćavanje*, uz naknadu. To

²⁰ V. npr. *Verordnung* (EG) Nr. 1946/2003 *über Gränzüberstreichende Verbringungen genetisch veränderter Organismen* (Uredba EU o prekograničnom tretmanu genetički izmenjenih organizama); *Verordnung* (EG) Nr. 1829/2003 *über genetisch veränderte Lebensmittel und Futtermittel* (Uredba o genetski izmenjenim prehrambenim sredstvima i sredstvima za ishranu životinja); *Verordnung* (EG) Nr. 1830/2003 *über die Rückverfolgbarkeit und Kennzeichnung von Veränderten Organismen hergestellten Lebensmitteln und Futtermitteln* sowie zur Änderung der Richtlinie 2001/18/EG (Uredba EU o mogućem naknadnom preispitivanju i o osobinama promenjenih organizama za proizvodnju ljudskih namirnica i stočne ishrane); *Richtlinie* 2009/41/EG *über die Anwendung genetisch Veränderter Mikroorganismen in geschlossenen Systemen* (Smernica o primeni genetski izmenjenih mikroorganizama u zatvorenim sistemima); *Richtlinie* 2001/18/EG *über die absichtliche Freisetzung genetisch Veränderter Organismen in die Umwelt* und zur Aufhebung der Richtlinie 90/220/EWG des Rates (Smernica EU o sprečavanju namerne upotrebe genetski modifikovanih mikroorganizama i o njihovom uključivanju u životnu sredinu), v. in: *EU Umweltrecht*, Lexis Nexis, Wien, 2010, str. 647-742. Srbija je dakle bila u osnovi u pravu, kada je nedavno zabranila korišćenje genetski manipulisana srestva za ishranu. Postoje naravno i smernice vezane za hemijski tretman biljaka, Smernica 91/414/ EWG i Uredba (EG) br. 1107/2009 o prometu sredstava za zaštitu bilja, v: *EU Umweltrecht*, Lexis Nexis, Wien, 2010, str. 745-806, kao i Smernica br. 2009/128/EG o akcionom planu EZ o upotrebi pesticida kod proizvodnje biljaka, v.: *EU Umweltrecht*, Lexis Nexis, Wien, 2010, str. 807-822.

znači, da se javno dobro ne može otuđiti, bar po klasičnoj doktrini o javnim dobrima. Može se ustupiti upotreba, ali ne i svojina. Građanskopravno gledano, dakle, radi se o posebno zakonom uređenom zakupu (Zakon o koncesijama) državne, odn. javne svojine u svrhu privređivanja. Imalac javnog dobra ostaje i u vreme ustupanja, vlasnik javnog dobra.

Zbog toga što se radi o javnoj svojini, evropski propisi preporučuju javnost u domenu evidencije i u participaciji upravljanja kvalitativnim i kvantitativnim stanjem voda, posebno, prema njihovoj nameni (vode za piće, za medicinske svrhe, vode za navodnjavanje, industrijske vode, otpadne vode i dr.). Takođe, monitoring se odnosi i na stanje vodnih objekata, namenjenih za odbranu od visokog vodostaja, kao i objekata drugih visokih rizika za nastupanje većih nesreća. Evropski propisi su ustanovili dobrovoljno uključivanje u evropsku mrežu monitoringa kvaliteta i kvantiteta voda, obzirom na međusobnu povezanost odn. prekogranični uticaj stanja voda i na povratni uticaj stanja voda na druge elemente životne sredine.

U mere upravljanja javnim vodama sapadaju i *dugoročni (strateški) planovi* održavanja, izgradnje, upotrebe i zaštite vodnih objekata, odnosno voda. Postoje i *aktuelni, kratkoročni planovi upravljanja stanjem voda* odn. vodnim objektima. Planovima se moraju usaglasiti *mere za njihovo sprovođenje*. Za sprovođenje tih planova nadležnost (prava i obaveze) je podeljena između najviših organa državne vlasti, pokrajine i lokalne samouprave, sa jedne, i javnih vodoprivrednih preduzeća, sa druge strane.

Privatne vode npr. bunari i sl. se *mogu otuđiti*, tj. ustupiti u svojinu drugom subjektu, znači kod njih u principu, nije ograničeno raspolaganje u smislu davanja u zakup, tj. pravo namenskog korišćenja. Kod privatih voda koje se nalaze na jednoj zemljišnoj (poljoprivredno ili građevinskoj) parceli, može se zaključiti ugovorna personalna službenost u korist vlasnika susedne nepokretnosti. Zakonska, tj. obavezna službenost se može po jednom mišljenju sudski zatražiti, doduše samo u slučaju ako je susedna nepokretnost u enklavnosti, bez vode, pod određenim uslovima, npr. da enklavnost nije uzrokovana krivicom vlasnika susedne nepokretnosti. Ali, u slučaju zasnivanja prinudne službenosti korišćenja vode na tuđoj nepokretnosti, morauj se ustanoviti uslovi upotrebe, uključiv obim i način korišćenja, svakako uz naknadu, vlasniku nepokretnosti na čijem zemljištu se nalazi vodni recipijent. Postoji i drugo, suprotno gledište, da se na privatnoj vodi (npr. bunaru) ne može zasnovati prinudna službenost u korist nosioca prava vlasništva na susednoj nepokretnosti. Osnovna argumentacija u prilog ovog gledišta jeste u tome, da kao što jedan sused na svom zemljištu može da iskopa bunar o svom trošku, tako to može da učini i pretendent-sused, na čijem zemljištu nema bunara.

IV

Pravo na upotrebu voda (javnih vodnih objekata) od strane pribrežnih zemljišnih vlasnika (pribrežno vodno pravo)

Pribrežno vodno pravo je vezano za pravo na upotrebu voda pribrežnih zemljišnih vlasnika, obično na prirodnim vodotocima. Po klasičnom pravilu vlasnici pribrežnog zemljišta, zemljišta uz vodotok, imaju tzv. pribrežno vodno pravo, tj. pravo na upotrebu voda za piće, osnovno navodnjavanje svog zemljišta, bez upotrebe naročitih naprava, kao i pravo na napajanje stoke. Zapravo, to je specifičan vid opšte upotrebe. No pribrežno vodno pravo sadrži i ograničenja. Vlasnici pribrežnog zemljišta ne mogu da ugroze svojom upotrebom u širem smislu shvaćenu opštu upotrebu, tj. upotrebu voda od drugih konzumenata vode za egzistencijalnu upotrebu. Takođe, vlasnici pribrežnog zemljišta nemaju pravo, da pri korišćenju svog pribrežnog vodnog prava, ugroze isto takvo pravo vlasnika niželežućih pribrežnih zemljišnih poseda.²¹ Nemaju dakle pravo da menjaju tok i pravac vodotoka, odnosno da svojom upotrebom spreče konzumaciju vlasnika niželežućeg zemljišta.

V

Atmosferske padavine

Po klasičnom vodnom pravu, atmosferske padavine (kiše, sneg, led, grad) su svojina onog na čije je zemljište ona prispela. To znači, da na njihovu upotrebu imaju pravo vlasnici zemljišnih poseda na koje su one dospele. Radi se o sticanju svojine bez pravnog prethodnika (po stvarno-pravnom principu o sticanju svojine bez pravnog prethodnika, tj. originarno). Vlasnici tih voda su ograničeni starim pravilom *qui suo iure utitur neminem laedit*, tj. da oni svoja prava na padavine treba da koriste tako, da drugome ne škode. Tradicionalna vodnopravna literatura smatra, da apropijaciona vodna prava, kao što je sticanje voda od nevlasnika, tj. prava na atmosferske padavine, iako su apsolutna svojinska prava, ona ipak nisu isključiva, te se apropijacija padavina mora uskladiti sa načelima o susedskom vodnom pravu.

VI

Napušteno rečno korito

Usled meandriranja, reke nekada, istina pre svega u neravničarkim krajevima (npr. reka Morava), bez direktnog ljudskog upliva, menjaju

²¹ V. npr. čl. 640 st. 3, čl. 642. francuskog Code civil-a, in: *Code civil* 1996-1997., red. André Lucas, Avant-propos Pierre Catala, Litec, Paris, 1996, str.381-382.

svoj tok, tako da vodena masa napušta raniji i „osvaja“ novi tok, formira novo korito. Problem je samo delimično rešen pozitivnim zakonskim propisom, prema kome napušteno rečno korito ostaje u režimu javnog dobra. Zakon pravno nije rešio problem da li je novo korito ipso iure, po dejstvu fakta, takođe javno dobro. Naime, novi tok može prelaziti preko ranijih privatnih zemljišnih poseda. Ako bi pravo stajalo na stanovištu, da vlasnici preplavljenih zemljišta gube pravo na svoje zemljište, to bi bila svojevrsna „faktička“ eksproprijacija i to bez naknade. Međutim, gledajući važeće propise o eksproprijaciji, vlasnik ima pravo na naknadu. Takođe, propisi o eksproprijaciji sadrže administrativnu proceduru, prethodno utvrđivanje opšteg interesa, kao i sporazum o naknadi u upravnom postupku. U nedostatku potonjeg, može se povesti sudski spor o naknadi. Nama se čini da je u ovom pogledu važeći Zakon o vodama nedorečen i da nije u skladu sa ustavnim propisima o garanciji svojine, niti sa važećim propisima o eksproprijaciji u pogledu određivanja pravične naknade, za slučaj nacionalizacije ili eksproprijacije. U prilog odgovornosti za naknadu za trajno preplavljeno privatno zemljište, govore pravila u upravljanju vodama, koja podrazumevaju mere za održavanje postojećeg toka, pravca vodotoka. Ali ako je promena toka izvan upliva upravljanja i predviđanja, tj. stihjska, onda smo svedoci više sile (*vis maior*), koja u civilnom pravu isključuje građanskopravnu odgovornost. Problem je međutim širi od civilnopravnog pristupa, obzirom da bi vlasnik trajno preplavljenog zemljišta ostao bez egzistencije, odnosno trpeo bi štetu.

VII

Zaključne napomene

Rad je posvećen analizi pravnog režima vodnih dobara kako po pozitivnom pravu, tako i inostranom i evropskom pravu. Izvršena je podela vodnih dobara (na javne i privatne vode, prirodne i veštačke vodne objekte, i dr). Posvećena je pažnja zaštiti vodnih dobara od štetnog dejstva voda. Ukazano je na pravila o upravljanju vodnim dobrima, od planskih akata, do individualnih upravnih akata i mera radi održavanja potrebnog kvalitativnog i kvantitativnog stanja voda, obzirom na njihovu namenu (opštu, egzistencijalnu i posebnu, privrednu, upotrebu). Iako ima čitav niz specifičnih pravila vezanih za upravljanje javnim vodnim dobrima, potreban je integralan pristup, zbog prirodne povezanosti i međuučaja svih elemenata životne sredine (vode, vazduha i zemljišta). Ukazano je i na ostale osnovne principe zaštite vodnih objekata, princip prevencije, održivog razvoja i na načelo, da zagađivač plaća.

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

Legal Regime of Water Management Facilities

Abstract: *The paper analyzes the legal regime of water management facilities in the light of Serbian, foreign and European law. Different divisions of water management facilities are carried out (to public and private ones, natural and artificial ones, etc.), with determination of their legal relevance. Account is taken of the issue of protection from harmful effects of waters to such facilities, as well. The paper points also to rules on the water management facilities, from acts of planning, to individual administrative acts and measures for maintenance of required qualitative and quantitative condition of waters, depending on their purpose (general use or special, commercial use of waters). Albeit special rules on water management facilities exist, due to the natural interlocking between all the components of the environment (water, air and soil), a comprehensive approach is required. A reference is made to other basic principles of protection of water management facilities as well, such as the principle of prevention, principle of sustainable development and the principle “polluter pays”. The last one represents the achievement of contemporary law, which deviates from the idea accepted in the second half of 20th century that supported the socialization of risk from harmful effects of waters.*

Key words: *division of water management facilities, public and private waters, water management measures (acts of planning and measure), principle of integrality, prevention of harmful effects of waters, sustainable development, general (existential) and special (commercial) use of waters, meliorization, natural and artificial water currents, facilities for monitoring of qualitative and quantitative conditions of waters and protection from harmful effects of waters, concession of commercial use of waters, administration of waste water*

*Dr Predrag Jovanović, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

INTERESNA OBELEŽJA RADNOG ODNOSA¹

Sažetak: *Za radni odnos je karakterističan jak (egzistencijalni) interesni sukob zaposlenog i poslodavca. Zato radni odnos mora predstavljati pravni izraz interesne ravnoteže njegovih subjekata, kako bi bio stabilan i imao perspektivu. Drugim rečima, u radnom odnosu postoji recipročnost prava i obaveza njegovih subjekata. Ipak, poslodavac je jača strana i pravno i faktički. Tradicionalni zadatak radnog prava je da tu pravnu i faktičku nejednakost zaposlenog i poslodavca ublaži u meri koja je neophodna da bi se, obezbedila socijalna stabilnost zaposlenja, ali i samog poslodavca i društva u celini. U tom smislu u radni odnos se ugrađuju odgovarajući limiti poslodavčeve vlasti.*

Ključne reči: *Poslodavac, zaposleni, radni odnos, interesni sukobi, socijalna sigurnost i stabilnost, kolektivno pregovaranje, participacija, disciplinska odgovornost, socijalni mir.*

1. Interesna obeležja radnih odnosa

Svojina i rad su dve najvažnije društveno-ekonomske kategorije sa izrazitim radnopravnim refleksijama. Društveno-ekonomski i politički sistemi se mogu menjati, ali ove dve kategorije opstaju i ostaju. Njihova postojanost proizilazi iz činjenice da se kroz upotrebu ovih kategorija obezbeđuje socijalna sigurnost i stabilnost pojedinaca, društvenih grupa i društva u celini. S obzirom na svrhu radnopravne upotrebe svojine i rada, postoje jaki interesi (ne samo pojedinaca koji u njima učestvuju, već i društva u celini)

¹ Rad u okviru projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)“.

da se oni i pravno artikulišu, tj. obezbedi njihova stabilnost i zaštita. Najvažniji izraz te pravne artikulacije jesu pravo na rad sa slobodom rada i pravo svojine sa slobodom preduzetništva. Navedena osnovna socijalno-ekonomska prava i slobode prate i odgovarajući pravni instrumenti zaštite. Kroz rad i preduzetništvo proizvode se određena dobra i opet određena prava s obzirom na ta dobra (pravo na zaradu i profit), a na temelju kojih oni koji rade i oni koji se bave preduzetništvom obezbeđuju sebi socijalnu sigurnost. Na taj način, kroz upotrebu rada (u smislu prava na rad i slobode rada) i preduzetništva (u smislu prava svojine), generišu se i izvođe druga sekundarna prava u vezi sa proizvedenim dobrima i uslugama u njihovom korišćenju (potrošnji) radi zadovoljenja ljudskih potreba. Ovde je važno podvući činjenicu da su svojina i rad interesno komplementarne kategorije. Jedna bez druge ne mogu: da bi se svojina mogla uvećati (što je interes vlasnika), mora se spojiti sa radom (kroz rad se vrši njeno uvećanje). Sa druge strane, da bi rad proizveo određena dobra i usluge, mora se spojiti sa svojinom tj. sa odgovarajućim sredstvima za rad. Pitanje je samo pravnih okvira na bazi i preko kojih se rad i svojina ostvaruju. To mogu biti privredno-pravni, obligaciono-pravni, radno-pravni i drugi okviri. Radno-pravi odnosi su jedan od najvažnijih pravnih okvira za to. Zato se i može reći da su radni odnosi najvažnije i centralno pitanje radnog prava. U radnom odnosu se prelamaju sloboda rada i sloboda preduzetništva.

Pritom, odgovarajuća prava i slobode jednog lica (zaposlenog) mogu se ostvarivati i štititi samo do granica odgovarajućih prava drugog lica (poslodavca). Na ovaj način se obezbeđuje harmonija radno-pravnog sistema (suprotno bi vodilo u anarhiju). Dakle, radni odnos karakteriše recipročnost prava i obaveza subjekata tog odnosa: ono što je pravo zaposlenog to je obaveza poslodavca i obrnuto. Iza svakog prava stoji određeni interes, te u konkurenciji formalno jednakih socijalnih i ekonomskih prava (prava na rad i prava svojine) potrebno je obezbediti jednake šanse za ostvarivanje i zaštitu interesa koje ta prava pokrivaju. U tom smislu, radni odnos, kao skup prava, obaveza i odgovornosti zaposlenog i poslodavca, mora se kretati u ravni interesno uravnoteženih pozicija njegovih subjekata. Ovo radnom odnosu obezbeđuje njegovu postojanost i perspektivu, inače on je podložan raskidu pod uticajem interesnog sukoba.

Sa druge strane, pitanje radnih odnosa prevazilazi sferu individualnih i kolektivnih interesa njegovih subjekata i privlači pažnju društva kao celine, odnosno države. Društvo kao celina, takođe, svoj opstanak i per-

spektivu vezuje za rad i kapital, odnosno za produktivnu upotrebu rada i kapitala - za produktivnost rada. Zato je interes svakog društva, tj. države da što veći broj građana svoje ekonomske interese zadovoljava kroz rad ili kapital. Ali, u svakom društvu postoje i ljudi, sa jedne strane, koji ne rade iako su sposobni za to (nezaposlenost) niti raspolažu kapitalom, te sa druge strane - ljudi koji su nesposobni za rad (invalidi, bolesni) ili na drugi način dovedeni u stanje socijalne potrebe, odnosno ugroženosti (nedostatak sredstava za život). I ovi ljudi imaju odgovarajuća socijalno-ekonomska prava u smislu određenih činjenja ili davanja (socijalne prestacije). Oni podležu režimu socijalnog prava, kao javnog prava. Ovde je reč o nužnom državnom «socijalnom intervencionizmu», kako bi se obezbedila odgovarajuća socijalna sigurnost i za te ljude.

Dakle, neophodno je svojini i radu, kao najvažnijim društveno-ekonomskim kategorijama dodati i treću kategoriju – *vlast*. Na taj način se zatvara krug tzv. centralnih kategorija koje čine okosnicu svakog društva. Sve ostale kategorije ili ustanove se izvode iz ovih kategorija ili su njihovi modaliteti.² To je krug u kome građani obezbeđuju svoju socijalnu sigurnost, a društvo stabilnost.

Međutim, pored pomenutih zahteva koji upućuju na interesno uravnoteženje pozicija zaposlenih, poslodavaca i društva kao celine, odnosno koji obezbeđuju socijalnu sigurnost navedenih subjekata, postoji još jedan bitan zahtev - da pravo, kao regulator te internsne ravnoteže, mora biti pravedno (pravda kao vodilja prava: jednake tretirati jednako, a nejednake – nejednako). Ovaj pravni zahtev ima posebni značaj pri regulisanju radnopravnog okvira socijalne sigurnosti zaposlenog i poslodavca, jer oni nisu ni pravno ni faktički jednaki (pravno - radni odnos karakteriše podređenost zaposlenog normativnoj, upravljačkoj i disciplinskoj vlasti poslodavca; faktički – poslodavac raspolaže kapitalom, kao deficitarnim tržišnim faktorom, te je ekonomski jača strana). To dalje dovodi i do činjenice da zaposleni u radnom odnosu vidi jedini ili glavni način zadovoljavanja egzistencijalnih potreba, a poslodavac jedan od načina sticanja profita. Radno pravo je već tradiciionalno pred istim i teškim zadatkom – da korijguje navedene nejednakosti, tj. da odgovarajućim radnopravnim instrumentima ublaži faktičku nejednakost subjekata radnog odnosa i omogući njihovu socijalnu sigurnost. To se postiže ograničavanjem poslodavčeve vlasti, kao jačeg. Ipak, ne treba u limitima poslodavčeve vlasti preterivati, s obzirom na ukupnu legitimnost te vlasti, a da se ne bi poslodavčeva motivacija za radno-pravnu upotrebu kapitala dovela u pitanje, a time i socijalna sigurnost zaposle-

² Borivoje Šunderić, Socijalno pravo, Beograd, 2009, str.32.

nih. Drugim rečima, limiti *moraju biti legalni i legitimni*. Legalni – znači unapred predviđeni priposima (kogentnim i autonomnim) i tako svi-ma dostupni k znanju u momentu odlučivanja o radnopravnoj upotrebi kapitala i rada; legitimni – znači opravdani i dopušteni. Opravdanost i dopuštenost se vezuju za potrebe i prirodu procesa rada, interesne pozicije onih koji u tom procesu učestvuju, ali i za srazmernost prema cilju koji se želi postići određenim ograničenjima (kolokvijalno: da ne bude više štete no koristi od ograničenja).³

2. Interesno pomirenje u vršenju normativne vlasti

U sferi radnih odnosa normativnu vlast poslodavac vrši na dva načina: (a) jednostranim donošenjem opštih pravnih akata (statuta, pravilnika); (b) sporazumnim putem – zaključivanjem kolektivnih ugovora o radu i drugih sporazuma.

Prvi limit normativne vlasti poslodavca leži u činjenici da se u radnom zakonodavstvu primat daje sporazumnom načinu. Tek ukoliko se na taj način ne može normativno urediti oblast radnih odnosa, moguće je istu urediti jednostranim aktima poslodavca (supstitucija sporazumnog heteronomnin načinom regulisanja). U radnom zakonodavstvu Srbije postoji obaveza kolektivnog pregovaranja između poslodavca i sindikata zaposlenih (čak je izvršenje te obaveze i oročeno – u pogledu njenog početka i okončanja). Ne postoji obaveza zaključivanja kolektivnog ugovora o radu, jer bi se to protivilo filozofiji pregovaranja. Dakle, postoji neizvesnost u pogledu ishoda procedure kolektivnog pregovaranja. Ukoliko se ta procedura ne završi zaključivanjem kolektivnog ugovora, ili ukoliko se ne sprovede u granicama predviđenih rokova, tada poslodavac može jednostrano svojim opštim aktom (pravilnikom o radu) da reguliše pravni sadržaj radnog odnosa po svim onim pitanjima po kojima je trebao biti regulisan kolektivnim ugovorom (supstitucija kolektivnog ugovora o radu – opštim aktom poslodavca). Ovakvu supstituciju ne treba unapred odbacivati, jer *ipak* može doprineti uravnoteženju interesa zaposlenih i poslodavca, socijalnom miru i stabilnosti. Ona ima i dobru i lošu stranu. *Dobra strana* navedene supstitucije ogleda se u tome što na ovaj način dolazimo do opšteg pravnog akta koji stoji između zakona i individualnog ugovora o radu koji potpisuju zaposleni (kao pojedinac) i poslodavac prilikom zasnivanja radnog odnosa. I taj opšti pravni akt (pravilnik o radu) mora biti

³ Srazmernost prema cilju koji se želi postići limitiranjem poslodavčeve vlasti treba procenjivati značajem interesa koji se tim limitima želi postići. Upravo zato smo napred ukazali na interesni splet koji pokriva pravni sadržaj radnog odnosa (zaposlenih, poslodavaca i države).

donešen po principu *in favor laborem*. U suprotnom biće ništav. Sem toga, iako kod poslodavca nije zaključen kolektivni ugovor o radu, njega verovatno obavezuje neki već zaključen kolektivni ugovor o radu na višem nivou, a koji poslodavca obavezuje na nivou grane ili delatnosti kojoj on pripada, ili na nacionalnom nivou – opšti kolektivni ugovor. Tim višim kolektivnim ugovorima već je obezbeđen određen prag poboljšanja radnopravnog položaja subjekata radnog odnosa, u odnosu na zakon, jer u suprotnom ne bi bio zaključen. Ispod tog praga poslodavac ne može ići u svom opštem aktu. Sa druge strane, individualni ugovor o radu je obavezan kao akt zasnivanja radnog odnosa, i to je jedini obavezni sporazumni akt koji mora postojati u sistemu radnih odnosa. Svi ostali sporazumni akti su fakultativni. Prema tome, kad ne bi bilo niti opšteg akta poslodavca (pravilnika o radu) kao supstituta kolektivnog ugovora, onda bismo ukupno autonomno regulisanje radnog odnosa sveli do nivoa pregovora «u četiri oka», između radnika kao pojedinca i poslodavca. S obzirom na činjenicu podređenosti (i pravne i faktičke) radnika poslodavčevoj vlasti i na činjenicu postojanja nezaposlenosti (kao permanentnog pratioca tržišta rada), ugovori o radu se, u takvim okolnostima, javljaju kao athezioni ugovori (ugovori po pristupu). Istina, tu i Zakon o radu obavezuje kao platforma za «individualno» pregovaranje i zaključivanje ugovora o radu, ali taj zakon sadrži samo minimalne uslove, prava i obaveze koje se vezuju za radni odnos.

Slaba strana navedene supstitucije ogleda se u činjenici što se tako otvara dodatni prostor za zaobilaženje kolektivnog pregovaranja kao najdemokračičnijeg načina regulisanja radnih odnosa, sprečavanja interesnih sukoba i narušavanja socijalnog mira i stabilnosti. Zapravo, zapostavljaju se kolektivna prava iz radnog odnosa (socijalni dijalog, kolektivno pregovaranje, afirmisanje sporazumnih metoda u rešavanju radnih sporova itd.), što sužava puteve industrijske demokratije. Činjenica je da u Srbiji opada uloga kolektivnih ugovora o radu, kao akata autnomnog regulisanja radnih odnosa (odsustvo nacionalnog – opšteg kolektivnog ugovora o radu; mali broj zaključenih posebnih ili granskih kolektivnih ugovora u odnosu na ukupan broj postojećih delatnosti i grana; sve manji broj zaključenih kolektivnih ugovora na nivou poslodavca, umesto da taj broj raste - obrnuta proporcija sa jačanjem privatizacionih procesa). I ono malo kolektivnih ugovora koji su bili zaključeni, pošto se zaključuju na određeno vreme – tri godine, retko se koji obnovi ili zaključi novi. U takvim uslovima, pomenuta supstitucija kolektivnih ugovora opštim aktom poslodavca otvara prostore za legalno zaobilaženje kolektivnih ugovora. Sa druge strane, bitna pretpostavka za uspešno okončanje postupka kolektivnog pregovaranja jeste *bona fides* - dobra volja ili dobra vera pregovarača da

se zaista pregovara sa namerom uspešnog okončanja. Međutim, poslodavcu je često i lakše i jednostavnije da umesto putem kolektivnog pregovaranja (koje se može pretvoriti i u kolektivni radni spor te dovesti čak i do štrajka zaposlenih), sam jednostrano ta ista pitanja koja je trebalo da uredi kolektivnim pregovaranjem reguliše pravilnikom o radu.

Da li se mogu navedene negativne reperkusije supstitucije kolektivnog ugovora opštim aktom poslodavca izbeći? Mogu, ali da to pojasnimo.

Naime, shodno Zakonu o radu Srbije iz 2005. godine,⁴ ako kod poslodavca nijedan sindikat ne ispunjava uslove reprezentativnosti ili sindikati nisu zaključili sporazum o udruživanju, odnosno ako učesnici u kolektivnom pregovaranju ne postignu saglasnost za zaključivanje kolektivnog ugovora, prava, obaveze i odgovornosti uređuju se pravilnikom o radu, odnosno ugovorom o radu. Znači, ovo je rezervni i atipični način autonomnog regulisanja radnih odnosa. Nazivamo ga rezervnim, jer se koristi onda kada izostane zaključivanje kolektivnog ugovora. On je atipičan jer ne odgovara partnerskoj prirodi radnih odnosa⁵, odnosno nije u duhu autonomnog regulisanja radnih odnosa kao dvostranoteretnih pravnih odnosa. Ovaj način regulisanja radnog odnosa *neadekvatno* naglašava ekonomsku dominaciju poslodavca dajući mu šansu da sam reguliše sopstveni položaj subjekta u radnom odnosu. Sem toga, navedeni način je možda tipičan za akte poslovođenja (privredno pravo), ali ne i regulisanja radnih odnosa (radno pravo). Zato, navedenoj supstituciji ovde *nema mesta i nije nužna*. Supstituciji nema mesta, jer se, po pravilu, raznovrsni akti ne mogu supstituisati (kolektivni ugovor – opštim aktom poslodavca). Nije ni nužna, jer postoje i druga rešenja koja mogu da očuvaju socijalni dijalog i duh kolektivnog pregovaranja i bez reprezentativnog sindikata. To su rešenja koja nudi Preporuka MOR-abr. 91 o kolektivnim ugovorima (par.2). Prema ovoj Preporuci, u navedenoj situaciji, mogu pregovarati sa poslodavcem i predstavnici zainteresovanih radnika, koji su pravovaljano izabrani (saobrazno nacionalnim propisima). To je, dakle, samo trebalo izričito predvideti Zakonom o radu. Pošto to nije učinjeno, postoji ipak mogućnost da se ekstenzivnim tumačenjem čl.13. st.1. Zakona o radu izvede zaključak da je dopuštena mogućnost zaključivanja kolektivnog ugovora putem predstavnika zaposlenih. Tom odredbom je predviđeno da zaposleni preko svojih predstavnika imaju pravo na učešće u pregovorima za zaključivanje ko-

⁴ «Službeni glasnik Republike Srbije», br.24/2005; 61/2005; 54/2009.

⁵ U razvijenim tržišnim ekonomijama kolektivni ugovori su **nezamenjivi** akti pravnog izražavanja i uobličavanja interesnog tj. “konfliktnog” partnerstva. Vidi: Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies, Editor, R. Blanpain, The Hague, 1998, str. 405 i dalje.

lektivnih ugovora. Pitanje je samo ko se smatra predstavnikom zaposlenih, odnosno da li se tu misli na sindikat, odnosno sindikalne predstavnike zaposlenih, ili se misli na »radničke predstavnike« u smislu Preporuke br.91, Preporuke br.143 o radničkim predstavnicima i Konvencije br.135 MOR-a o zaštiti i olakšicama koje se pružaju predstavnicima radnika u preduzeću, koja obavezuje Srbiju ?⁶. Prema čl.3. Konvencije termin »radnički predstavnici« označava lica koja su priznata kao takva prema nacionalnim zakonima ili praksi, bez obzira da li su: (a) sindikalni predstavnici, naime, predstavnici imenovani ili izabrani od strane sindikata ili članova tih sindikata; ili (b) izabrani predstavnici, naime, predstavnici koje su slobodno izabrali radnici preduzeća u skladu sa odredbama nacionalnih zakona ili propisa i kolektivnih sporazuma i čije funkcije ne obuhvataju aktivnosti koje su priznate kao isključivi prerogativ sindikata u dotičnoj zemlji.

Dakle, sasvim je jasna razlika između termina »sindikalni predstavnik« i »radnički predstavnik«. Na tu razliku se jasnije ukazuje u odredbi čl.5. Konvencije, koja govori o međusobnim odnosu ovih predstavnika. Naime, kada u istom preduzeću postoje i sindikalni predstavnici i izabrani radnički predstavnici, gde god je to potrebno treba preduzeti odgovarajuće mere da se obezbedi da se postojanje izabranih predstavnika ne koristi da se potkopa položaj zainteresovanih sindikata ili njihovih predstavnika, kao i da se podstakne saradnja po svim relevantnim pitanjima između izabranih predstavnika i zainteresovanih sindikata i njihovih predstavnika.

Postoji, znači, terminološka i suštinska razlika između navedenih predstavnika zaposlenih, ali postoji i njihova *funkcionalna i ciljna komplementarnost*. Prema tome, ako kod poslodavca nije osnovan sindikat, ili nijedan sindikat ne ispunjava uslove reprezentativnosti, ili nije zaključen sporazum o udruživanju u potrebi kolektivnog pregovaranja, u skladu sa Zakona o radu, tada bi *radnički predstavnici* i poslodavac mogli pregovarati. Istina u Konvenciji br. 135. nije izričito pomenuta mogućnost da radnički predstavnici pregovaraju sa poslodavcem, ali to proističe iz sledećih činjenica: (a) činjenice komplementarnosti funkcija i ciljeva sindikalnih i radničkih predstavnika; i (b) činjenice da se Konvencija br. 135 u svojoj preambuli poziva i oslanja na Konvenciju o pravu na organizovanje i kolektivno pregovaranje iz 1949, koja Srbiju takođe obavezuje,⁷ a kojom je predviđeno da nacionalnim zakonodavstvom treba preduzimati odgovarajuće mere, kada je potrebno, da se podstakne i unapredi razvoj i šire korišćenje procedure dobrovoljnih pregovora putem kolektivnih ugovora iz-

⁶ Dodatak "Sl.I.SFRJ", br.14/82.

⁷ "Sl. I. FNRJ", br.11/1958.

među poslodavaca i zaposlenih. Jedna od takvih mera bila bi, svakako, i mogućnost zaključivanja kolektivnih ugovora između »radničkih predstavnika« i poslodavaca.

Druga opcija jeste da se na republičkom nivou – Opštim kolektivnim ugovorom ovo pitanje uredi na način i u duhu navedenih konvencija i preporuka MOR-a. Uostalom, takva mogućnost je predviđena i u samim konvencijama. Posebno u konvenciji br.135 (čl.6.) je podvučeno da se primena njenih odredaba može obezbediti putem nacionalnih zakona ili propisa ili kolektivnih sporazuma ili na bilo koji drugi način saglasan nacionalnoj praksi. Znači, mogućnosti primene navedenih rešenja nisu »rezervisane« samo za zakonsku razradu. Šta više, ovakav pristup u potpunosti odgovara zahtevu (čl.8. Zakona o radu) da se kolektivnim ugovorom mogu urediti povoljniji uslova rada od uslova utvrđenih zakonom (regulisanje radnih odnosa kolektivnim ugovorom je povoljniji način i »uslov rada« u odnosu na njihovo regulisanje putem opšteg akta poslodavca).

Gore smo skrenuli pažnju na još jedno pitanje. To je pitanje namere ili želje pregovarača da pregovaraju sa »dobrom verom« , kako bi se, po pravilu, ishodilo zaključivanje kolektivnog ugovora. Standard »dobre vere« kod kolektivnog pregovaranja je njemu toliko imanentan da se pregovaranje bez toga svodi na proceduralnu formalnost. U zemljama sa razvijenom tradicijom kolektivnog pregovaranja postoji obaveza pregovaranja »sa dobrom verom« (Good Faith Bargaining). U duhu toga, njihova poslovna praksa nije naklonjena korišćenju ekonomske moći i pritisaka poslodavaca u procesima pregovaranja,⁸ niti mogućnostima supstitucije kolektivnog pregovaranja heteronomnim aktima poslodavca. Zakon o radu Srbije dužnost pregovaranja u dobroj volji vezuje samo za slučaj kada treba nastaviti pregovore, pošto učesnici kolektivnog ugovora ne postignu saglasnost za zaključivanje kolektivnog ugovora u roku od 60 dana od početka pregovora (čl.3. stav 3.).

Konačno, u nastojanju da se radni odnosi svakako uređuju kolektivnim ugovorom, i tako limitara normativna vlast poslodavca, čak i u situaciji kada se ne postigne saglasnost za njegovo zaključivanje među učesnicima pregovaranja, treba koristiti i metod arbitražnog prevazilaženja takvih situacija. Šta više, ako se u toku pregovora ne postigne sporazum za zaključivanje kolektivnog ugovora, učesnici treba da obrazuju arbitražu za rešavanje spornih pitanja i to najkasnije u roku od 45 dana od dana započinjanja pregovora. Dejstvo odluke ove interesne arbitraže sporazumno utvrđuju učesnici (čl.254. i 255. Zakona o radu).

⁸ Labor Law – USA, Douglas L. Leslie, West Publishing Co. Minesota, 1992, str.181.

Kao što se vidi, i sam Zakon o radu nudi, uz *dobru volju* učesnika kolektivnog pregovaranja, određene okvire u kojima se može »insistirati« na zaključivanju kolektivnog ugovora. To ujedno znači i sužavanje prostora za regulisanje radnog odnosa jednostranim aktom poslodavca (autoritarno regulisanje radnih odnosa).

Naposletku, na socijalnom dijalogu i kolektivnom pregovaranju insistira i evropska i međunarodna praksa. Procesi evropskih integracija zahtevaju i integraciju principa pregovaranja (i to pre svega industrijskih koncerna) komunitarnog nivoa u nacionalne okvire regulisanja odnosa i njihovo međusobno ujednačavanje. U stvari, kao jedna od prepreka brže i efektivnije harmonizacije nacionalnih prava iz ove oblasti sa radnim pravom EU, navodi se upravo neujednačenost nacionalnih zakonodavstava po pitanjima kolektivnih radnih prava.⁹ U tom smislu, ukazuje se da je jedna od važnih perspektiva evropskog radnog prava, zapravo, zajednička strategija odbrane i očuvanja »socijalno-kolektivnog« karaktera radnog prava upravo putem promocije i prihvatanja univerzalnih principa kolektivnog pregovaranja na nacionalnim ali i međunarodnim nivoima¹⁰.

3. Interesno pomirenje u vršenju upravljačke vlasti

Upravljačka vlast pripada poslodavcu, jer ona izvire iz prava svojine kao najstarijeg i najačeg pravnog stožera. Radnici imaju pravo da participiraju u vršenju te vlasti, po osnovu svog rada i prava na rad, kao mlađeg prava u odnosu na pravo svojine. U svakom slučaju, granice upravljačke vlasti poslodavca mogu da sežu do granica prava zaposlenih na participaciju u odlučivanju. Te granice su rastegljivije, zavisno od toga sa kojom vrstom i tipom participacije se suočava upravljačka vlast poslodavca.

Upravljačka vlast poslodavca i pravo zaposlenih da participiraju u toj vlasti, imaju kao i svaka druga vlast i pravo svoju svojinsku, interesnu i socijalno-političku podlogu.

Svojinska podloga opredeljena je svojinskim pozicijama zaposlenih i poslodavca u radnom odnosu. Poslodavac upravlja procesom i uslovima rada po osnovu prava svojine nad kapitalom koji je uložio u radni proces. Međutim, i zaposleni, kao vlasnici radne snage koju ulažu u radni proces, polažu pravo na upravljanje. Pošto se kontrola nad procesom rada, uslovima i rezultatima rada vrši, zapravo, pomoću kontrole nad odlukama koje

⁹ O tome: Erika Szyszczak, EC Labour Law, Edinburg, 2000, str.35.

¹⁰ Van Peijpe, T. Employment Protection under Strain, Kluwer Law International, The Hague, 1998, str. 164.

se u tom procesu donose, to radnici, drugim rečima, polažu pravo na učešće (participaciju) u donošenju odluka.

Interesna podloga prava na učešće u upravljanju opredeljena je uzajamnošću interesa zaposlenih i poslodavca. Interes je poslodavca da putem učešća zaposlenih u upravljanju utiče na njihovu veću motivaciju, zainteresovanost i odgovornost za rad i poslovanje poslodavca. Interes zaposlenih je da putem participacije u upravljanju najneposrednije utiču na poboljšanje svog položaja kod poslodavca. U tom smislu, kao vodeći cilj participacije zaposlenih treba da bude povezivanje maksimalnog prosperiteta poslodavca sa maksimalnim prosperitetom zaposlenih. To se može postići samo većom produktivnošću rada, a participacija je odgovor na zahtev vremena da se osigura rastuća produktivnost rada. Na taj način participacija zaposlenih u odlučivanju se javlja kao važan instrument uravnoteženja interesnog sukoba zaposlenih i poslodavca, odnosno obezbeđivanja socijalne stabilnosti radnog odnosa i socijalne sigurnosti njegovih subjekata.

Socijalno-politička podloga participacije zaposlenih sadržana je u najširim društvenim zahtevima da se unapredi industrijska demokratija, kao neraskidivi deo opšte – političke demokratije.

U literaturi i u praksi, participacija u odlučivanju u širem smislu često se povezuje i sa kolektivnim pregovaranjem. Sa jedne strane, participacija može biti nadgradnja kolektivnog pregovaranja, ukoliko pregovaranje kod poslodavca postoji, tj. ukoliko su obezbeđene pretpostavke za kolektivno pregovaranje (organizovan sindikat, reprezentativnost sindikata, dobra volja poslodavca i zaposlenih da pregovaraju itd.). U tom slučaju participacija se javlja kao realizacija onoga što je u kolektivnom ugovoru dogovoreno. To se obično odnosi na tzv. institucionalne (zakonom i kolektivnim ugovorom predviđene) forme participacije. Ali, ako kod poslodavca nisu obezbeđene pretpostavke za kolektivno pregovaranje, onda se participacija javlja kao «alternativa» kolektivnom pregovaranju, tj. određene odluke kod poslodavca su rezultat pregovaranja.¹¹

Može se reći da participaciju u *širem smislu* čine tri segmenata: **(a)** participacija u formi informisanja i konsultovanja zaposlenih; **(b)** participacija putem pregovaranja (odluka poslodavca je rezultat pregovaranja sa zaposlenima); **(c)** participacija u okviru i preko odgovarajućih institucionalnih formi - saveti ili drugi organi zaposlenih, ili putem predstavnika zaposlenih u upravljačkim telima poslodavca (predstavnici

¹¹ M. Thompson, *Union – management relations*, «Comparative industrial relations», London, 1991, p.101.

zaposlenih učestvuju u odlučivanju kao ravnopravni članovi određenih upravljačkih organa i tela poslodavca).¹²

4. Interesno pomirenje u vršenju disciplinske vlasti

Disciplinska poslodavčeva vlast proizilazi iz činjenice da je zaposleni pravno podređen poslodavcu. Pravna podređenost znači da u radnom odnosu poslodavac *propisuje* unutrašnji radni red, odnosno radnu disciplinu kao pravila o ponašanju radnika na radu i u vezi sa radom, a kojih pravila se zaposleni moraju pridržavati. U slučaju povrede tih pravila ponašanja, poslodavac ima pravo da kažnjava radnike koji takve povrede čine.

Ovako postavljena disciplinska vlast poslodavca ima sledeće *karakteristike*.

Prvo, disciplinska vlast proizilazi iz normativne i upravljačke vlasti, jer radni red i disciplinu, kao i kazne za njeno kršenje, propisuje i o njima odlučuje poslodavac. Disciplinska vlast je u funkciji zaštite normativne i upravljačke vlasti.

Drugo, iako radni odnos karakteriše recipročnost prava i obaveza radnika i poslodavca (ono što je obaveza zaposlenog to je pravo poslodavca, i obrnuto), disciplinska odgovornost je *jednosmerna* – samo radnik odgovara poslodavcu, ne i obrnuto. To ujedno i karakteriše radni odnos kao specifični pravni odnos koji se uspostavlja ugovornim putem (ugovorom o radu), za razliku od klasičnih ugovornih odnosa (građanskopravnog tipa). Kod klasičnih ugovornih odnosa međusobno disciplinsko kažnjavanje stranaka tih odnosa nije moguće. Kod privatnih ugovornih odnosa povreda ugovorenih obaveza povlači samo građanskopravnu odgovornost (koja je recipročna ili dvosmerna), u smislu obeštećenja one strane koja trpi štetu (odštetna – reparatorna odgovornost). Disciplinsko kažnjavanje i mere nemaju odštetni karakter.

Treće, imajući u vidu neposrednu povezanost normativne i upravljačke vlasti sa jedne strane i disciplinske vlasti sa druge strane, s razlogom se može oponirati ugovornoj koncepciji disciplinske vlasti. Prema ugovornoj koncepciji disciplinske vlasti, ugovor o radu (kao akt zasnivanja radnog odnosa) jeste izvor disciplinske vlasti poslodavca, tj. zaposleni dobrovoljno pristaje da poslodavac organizuje njegov rad; uređuje radni red i odgovornost za povredu istog. Međutim, može se primetiti da putem ugovora o radu zaposleni zaista pristaje da bude podvrgnut disciplinskoj vlasti poslo-

¹² Mr Dejan Jovanović, Saodlučivanje u privrednim društvima, magistarska teza odbranjena na Pravnom fakultetu u Novom Sadu, 2007, str. 22.

davca, ali on pristaje na nešto što već poslodavac ima kao ovlašćenje. Napred smo pokazali da to svoje ovlašćenje poslodavac ima iz svog prava svojine nad sredstvima za rad, a ne iz volje zaposlenog sadržane u ugovoru o radu. Ugovor o radu je samo jedan od instrumenta korišćenja i potvrde navedenih poslodavčevih vlasti, a ne izvoriste tih vlasti. Ovo potvrđuje i činjenica da navedene vlasti poslodavac može vršiti u okviru i preko radnog odnosa i u onim oblastima rada gde se ugovor o radu ne koristi kao akt zasnivanja i regulisanja radnog odnosa (država kao poslodavac zaposlenima u državnim organima).

Četvrto, disciplinsku vlast poslodavca odlikuje samostalnost. Ipak, samostalnost poslodavca u vršenju disciplinske vlasti nije apsolutna. I ona trpi izvesna ograničenja. U odnosu na prethodne dve vlasti ta ograničenja su najmanja. Ograničenja mogu biti interna i eksterna. Interna su sadržana u autonomnoj regulativi, a eksterna u kogentnoj regulativi.

U smislu interne regulative, kod normativne vlasti videli smo da su značajni limiti sadržani u dogovornom regulisanju pravnog sadržaja radnog odnosa (kolektivni ugovori o radu, individualni ugovori o radu). Kod upravljačke vlasti poslodavca participacija zaposlenih u odlučivanju predstavlja značajan limit. Disciplinska vlast posredno trpi ista ta ograničenja, jer se izvodi iz normativne i upravljačke vlasti. U onoj meri u kojoj zaposleni mogu putem kolektivnog i individualnog pregovaranja i putem participacije pri donošenju odluka da utiču na pravno uobličavanje disciplinske odgovornosti, u toj meri postoje i limiti disciplinske vlasti poslodavca.

Što se tiče eksternih ograničenja disciplinske vlasti, postoje najmanje dve grupe razloga za njeno postojanje. Prvo, u vršenju disciplinske vlasti poslodavac najneposrednije tangira šire, zajedničke i opšte društvene interese. Ovo zbog toga jer se povrede radnih obaveza mogu ticati ne samo izvršavanja radnih zadataka, već i kršenja pravila o klegijalnosti i međusobnoj fer saradnji u radnoj sredini dajući odgovarajući pečat toj sredini, o ugledu profesije i institucije u kojoj se radi, o radnom moralu i profesionalnoj etici itd., što su socijalne vrednosti za koje je zainteresovani i drugi subjekti van poslodavca, te i sama država. Tu se nalaze legitimni razlozi da država svojim propisima u određenoj meri reguliše i ograničava disciplinsku vlast poslodavca. Drugo, postoji izvesna sličnost između disciplinske i krivične odgovornosti, jer se ovim putevima želi suzbiti asocijalno, nedopušteno ponašanje i obezbediti pretpostavke za odgovarajuće kažnjavanje onih koji se tako ponašaju. Zato i disciplinska vlast, odnosno kažnjavanje radnika od strane poslodavca, mora biti prožeta osećajem pravde i etičnosti, a to provocira i zainteresovanost države za tu vlast.

Konkretna manifestacije eksternih limita disciplinske vlasti poslodavca ogledaju se u sledećem. *Prvo*, propisima su utvrđena *načela* po kojima se vodi disciplinski postupak. Time je izvršena objektivizacija procedure po kojoj se utvrđuje postojanje povrede radne obaveze i krivice zaposlenog za tu povredu, kao osnovnih pretpostavki za kažnjavanje zaposlenog. Povreda radne obaveze i krivica zaposlenog se ne mogu pretpostavljati. *Drugo*, povrede radnih obaveza i disciplinske kazne za te povrede moraju unapred biti *određene*, što isključuje arbitrnost poslodavca u vršenju disciplinske vlasti. Što se tiče povreda radnih obaveza, one mogu biti određene i autonomnim putem (poštovanje specifičnosti radnih procesa), gde dolazi do potpunijeg izražaja disciplinska vlast poslodavca, ali kada su u pitanju disciplinske kazne one mogu biti određene samo ko-gentnim putem, gde je maksimalno ograničena disciplinska vlast poslodavca. Ovo zbog toga jer se upravo kod disciplinskog kažnjavanja žele obezbediti ujednačeni pristupi principu pravde i etičnosti. Sem toga, autonomnim aktima kod poslodavca ne mogu se predviđati disciplinske kazne, pored onih predviđenih zakonom, jer to bi značilo pogoršavanje uslova rada zaposlenih u odnosu na zakon, a to je nedopušteno i svaki takav akt je po slovu zakona ništav. *Treće*, propisima su predviđene garancije zaposlenih da se izjasne o navodima koje im poslodavac stavlja na teret u vezi postojanja povrede radne obaveze i odgovornosti za tu odbranu. U vezi sa ovim limitom disciplinske vlasti poslodavca u ranijem radnom zakonodavstvu Srbije bilo je izvesnih propusta (Zakon o radu iz 2001.), tj. nije postojala obaveza poslodavca da upozori radnika na postojanje povrede radne obaveze što je značilo njegovo lišavanje prava na odbranu i što je suprotno načelu kontradiktornosti.

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

Conflict of Interests and Social Stability in the Field of Labour Relations

Abstract: *Labour relations are characterised by strong (existential) conflict of interest between the employee and the employer. Therefore, labour relations must represent a legal term of the balance of interest of its entities, in order to be stable and have perspective. In other words, there is reciprocity of rights and obligations of the entities in labour relations. However, the employer is a stronger party, both legally and factually. The traditional task of labour law is to mitigate that legal and factual inequality of the employee and the employer to the extent necessary to ensure social security of employees and the employer himself, and social milieu and stability of the society as a whole. To this effect, appropriate limitations of the employer's authority are incorporated into the labour relations and appropriate principles for the operation of the system of labour relations are determined.*

Key words: *employer, employee, labour relations, conflict of interest, social security, collective bargaining, participation, discipline responsibility, social peace*

*Dr Gordana Vukadinović, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

STVARANJE AUTONOMNOG PRAVA*

Sažetak: *Veliki interes za autonomno pravo javlja se u teoriji, sociologiji i antropologiji prava, kao i u pravnoj praksi. Postojali su i postoje mnogobrojni posebni oblici autonomnog prava, od običajnog, crkvenog, statutarnog, gradskog i zemaljskog, esnafskog (cehovskog) i prava gildi, autonomnog prava rada, trgovačkog, do međunarodnog prava. Pored toga, u teoriji prava poznate su mnogobrojne vrste autonomnog prava u vidu: društvenog, intuitivnog, živog, prava integracije itd. Kao što nema opšteprihvaćenog značenja izraza pravo tako još uvek ne postoji sasvim jasno i odedeno značenje termina autonomno pravo. Pored termina autonomno pravo u poslednje vreme sve je češće u upotrebi termin meko pravo (soft law).*

Ključne reči: *autonomno pravo, vrste autonomnog prava u praksi.*

I

Sa stanovišta stvaralaca autonomnog prava, možemo razlikovati, kao i kod prava uopšte, dva načina nastanka: spontano stvaranje (običajno pravo) i svesno-plansko ili organizovano stvaranje prava. U ovom drugom slučaju autonomne pravne akte donose razne društvene organizacije i zajednice (privredna društva, zdravstvene, prosvetne, kulturne, sportske i dr.) to pravo čini *nedržavno, autonomno, ili meko pravo (soft law)*. Za teoriju prava, šire posmatrano značajni su različiti oblici autonomnog prava koji postoje

* Ovaj rad je rezultat realizovanja projekta „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)“ koji se finansira sredstvima Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu. Rukovodilac Projekta je prof.dr Dragan Milkov

ili su postojali (običajno, crkveno, esnafsko, međunarodno trgovinsko itd.), kao i mnogobrojne koncepcije u teoriji i sociologiji prava o socijalnom, životu, intuitivnom pravu itd.¹ Stepen autonomije ove normativne delatnosti zavisi od toga koliko su organizacije i rad društvenih organizacija državno normirani, a koliko im državni propisi ostavljaju slobode da same, vlastitim aktima, uređuju svoje unutrašnje i međunarodne odnose. Uvek ima i heteronomnog državnog i autonomnog normiranja u organizaciji i radu društvenih organizacija i zajednica, i ne samo u aktima društvenih organizacija nego je i u prirodi prava u celini, jer je ono „razapeto“ između autonomnih i heteronomnih pravila.²

Običajno pravo čini jedan specifičan skup opštih pravnih normi koje predstavljaju izvor prava. Ono nastaje „podržavljenjem“ običajnih normi. Običajne norme nastaju spontano, neorganizovano, dugotrajnim ponavljanjem istovrsnog ponašanja, kada se ustali svest o obaveznosti takvog ponašanja (*opinio necessitatis*)³. Izražavaju se faktičkim ponašanjem i usmeno (*ius non scripta*), ponekad se i zapisuju u zbornicima običajnog prava da bi im na kraju država dala svoju (sudsku i upravnu) zaštitu. Da je odista reč o pravnim normama kada je u pitanju običajno pravo, vidi se po tome što one usmeravaju, regulišu najvažnije i konfliktne međuljudske odnose, kao i po tome što određuju fizičke sankcije, koje organizovano primenjuju društvena ili državna tela. Na početku razvoja državnopravnog poretka i u evropskom ranom srednjem veku običajno pravo bilo je glavna vrsta formalnih izvora prava. Tada je većina ustavnih, porodičnih, imovinskih, međudržavnih, krivičnih i drugih pravnih normi bila običajne prirode. Običajne pravne norme nalaze se u tragovima gentilnog rimskog prava (npr. rimska porodica kao konzorcijum). Pravila germanskih i slovenskih plemena zapisana su u Salijskom zakonu (*Lex Salica*), u Ripuarskom zakonu (*Lex Ripuaria*), i u drugim varvarskim zakonima koji su se primenjivali na teritoriji franačkog kraljevstva.⁴

Vremenom se oblikuju običajnopravne norme za odnose među feudalcima, između njih i vladara, između trgovaca i u zajednicama zanatli-

¹ Vidi naš rad: Vrste autonomnog prava i shvatanja pravnog pluralizma, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br 4, 2012

² Pavčenić, M.: *Teorija prava*, Ljubljana, 2001, 229

³ Ta svest o obaveznosti ponašanja označava „transformaciju činjenica u pravo“. Combacau, J.: *Coutume*, *Droits*, *Révue française de théorie juridique*, n. 3, 1986, 4. (Broj 3 časopisa *Droits* je u celini posvećen običaju; Assier-Andrieu, L.: *Coutume et usage*, *Dictionnaire de La culture juridique*, Paris, PUF, 2003, 317 i dalje.)

⁴ „Najpoznatiji varvarski zakoni primenjivani na teritoriji Franačkog kraljevstva bili su Salijski, Ripuarski, Vizigotski i Burgundski zakon.“ Šarkić, S.: *Istorija države i prava*, knj.I, *Osnovi svetske pravne istorije*, drugo izdanje, Novi Sad, 2013, 76

ja, između država u međunarodnom pravu, te u crkvenoj zajednici. Svi ti običajnopравни sistemi ili podsistemi međusobno se dosta razlikuju, ali im je zajednička dugotrajnost pravila i uverenje ljudi o potrebi obaveznosti i sankcionisanja pravila. Te dve osobine se u pravnoj teoriji smatraju bitnim za nastanak običaja i za prelaz običaja u običajno pravo.

U osvit modernog doba i građanstvo i apsolutni vladari jednako su nepoverljivo gledali na običajno pravo – kao na tradicionalističke prepreke državnom i političkom napretku, pa su ga potiskivali i zamenjivali pisanim pravnim aktima (*lex scripta*), zakonima, uredbama, statutima i drugim propisima koji su izražavali nove vladajuće interese.⁵ Tako se u modernom pravu svugde (sa izuzetkom Engleske) običajno pravo smanjuje i obimom i po pravnoj snazi. Već u XVIII veku prosvetljeni vladari započinju proces kodifikacije, tj. zapisivanja prava u „velikim” zakonima, kodeksima. Iz krivičnog prava potpuno se isključuju običajne norme. Stvarno i obligaciono pravo modernizuju se zadržavajući osnove rimskog prava. Upravno pravo se izgrađuje na novim načelima racionalne administracije i javnih službi, a i ustavno pravo se ispisuje u ustavima i deklaracijama o pravima čoveka i građanina. U svim tim kodifikacijama primenjuju se ne mali delovi tekovina razvijenog narodnog i staleškog običajnog prava – npr. vrednovanje težine delikata, zahtevi poštenja i poverenja u ugovornom pravu itd, ali se običajno pravo postepeno gubi kao samostalan izvor prava.

Običajno pravo se, međutim ipak, zadržava, u određenoj meri, i u granama modernog prava. Jedno je međunarodno javno pravo, koje se sporo kodifikovalo, pošto se ono zasniva na dogovorima suverenih država koje vrlo često imaju različite i suprotstavljene interese. Na primer, sve do nedavno, međunarodne norme o moru, ratu i diplomatskim postupcima, bile su potpuno ili velikim delom običajne. Sa druge strane, i u savremenom trgovačkom pravu, unutrašnjem i međunarodnom, privrednici stvaraju svoja pravila koja su pogodnija za brži i sigurniji robni i finansijski promet od državnog prava. Država više nije jedini stvaralac opštih pravnih normi, ona se ne protivi tako stvorenom pravu ako njegova pravila nisu suprotna javnim interesima ili nekim načelima odnosno kogentnim normama (*ius cogens*, *ius strictum*) državnog prava. U međunarodnom trgovačkom pravu norme se stvaraju preko običaja u određenim odnosima, a sve više organizovano, kroz sistematizovanje i objavljivanje *uzansi*, npr. lučke uzanse, uzanse za promet žitaricama, za ugostiteljstvo itd., bez kojih je teško zamisliti međunarodnu trgovinu u današnjim uslovima. Tako se prema subjektima, stvaraocima ova vrsta može svrstati u mešovite izvore prava, delom spontano stvorene, a delom svesno - planski.

⁵ Visković, N.: *Teorija države i prava*, Zagreb, 2001, 191

II

Svesno-plansko stvaranje prava razlikuje se od spontanog stvaranja prava upravo po tome što ono ima osmišljenu, unapred predodređenu proceduru, metodologiju, faze i subjekte svog nastajanja. Postupak stvaranja prava u velikoj, a možda i u presudnoj meri, zavisi od tvorca prava odnosno pravnih normi. Naime, tvorci prava mogu biti države i autonomni (nedržavni) subjekti. Ulogu stvaraoca prava „dele“ državni organi i mnogi drugi subjekti.

*Crkveno pravo*⁶ predstavlja skup pravila ponašanja (običaji, dekreti, kanoni) kojima se regulišu spoljni i unutrašnji odnosi verskih organizacija. Ono je u teokratskim društvima, kao i kroz najveći deo srednjeg veka, bilo istovetno sa državnim pravom. I danas postoje društva sa odgovarajućom pravnim sistemima u kojima su mnogi društveni odnosi regulisani svetim knjigama, kao što se to drugde čini zakonima. U svim tim slučajevima ispravno je govoriti o crkvenom pravu kao pravu jer je ono obezbeđeno državnom sankcijom. Inače, u savremenim laiciziranim i razvijenim društvima, crkveno pravo je čisto organizaciono pravo pošto reguliše odnose jedne složene društvene organizacije. Zbog toga se u ovom slučaju radi o neadekvatnoj upotrebi termina „pravo“, koje je preuzeto iz vremena jedinstva crkve i države, odnosno, dok je crkva imala bar deo državne vlasti.

Korporativna prava predstavljaju uže pravne podsisteme kojima su se pojedine profesionalne zajednice (u zanatstvu, trgovini, univerzitetima i sl.) samoorganizovale u korporacije, cehove, gilde i druga udruženja, regulišući samostalno, u okviru državnog, crkvenog i komunalnog prava, svoje radne, disciplinske i tržišne odnose. U ovom slučaju sama udruženja stvaraju autonomna pravila ponašanja, uređujući ne samo svoje unutrašnje odnose nego i odnose koji se javljaju na tržištu, predviđajući sankcije, određujući sudove i organizovano izvršenje u slučaju njihovog kršenja.

Ističe se da su, u početku stvaranja cehova, počev od X i XI veka, njihovi pripadnici bili manje više jednaki. U tom periodu, autonomno pravo koje su stvarali izražavalo je odnose jednakosti. Međutim u XIII veku a naročito kasnije, imovinske razlike postaju velike, stvaraju se nepremostive barijere za kalfe, te se oni postepeno pretvaraju u najamne radnike, bez mo-

⁶ Vid. Perić, D.: *Crkveno pravo*, Beograd, 1997; Milaš N.: *Pravoslavno crkveno pravo*, Beograd, 1926; Mitrović Č.: *Crkveno pravo*, Beograd, 1929; Troicki, S.V.: *Crkveno pravo*, Beograd, 2011; Mitrović, D.M.: Ecclesiastical Law and State Law, *Annals FLB*, Belgrade Law Review, Year LX, 2012, No. 3, 243 i dalje.

gućnosti da postanu majstori. Ova autonomna pravna sfera tada izražava i ustanovljava nejednakost. Gubi se ranije obeležje cehovskog prava. Ono postaje izrazito sredstvo diskriminacije i nejednakosti.

Prava feudalaca ili kako se još nazivaju „prava feudalne gospode“ pred stavljaju ukupnost prava koje je važno na pojedinim područjima feudalaca i koje je proisticalo iz pravno priznatih ovlašćenja feudalaca (pravosudna, radna, finansijska i druga). Ta su se prava prvenstveno zasnivala na običajnom pravu, ali i na carsko-kraljevskom, kao i na crkvenom pravu. Pored „prava feudalne gospode“, feudalni partikularizam je doveo do nastanka statutarog, gradskog prava.

*Statutarno pravo*⁷ vodi poreklo iz feudalizma kao teritorijalno, upravno pravo, a često se označava i lokalnim pravom pojedinog grada ili oblasti, kojim se po pravilu samostalno regulisalo pitanje vlasti, organizacije i odnosa među građanima. Ukoliko je dolazilo do spora i sukoba, ustanovljavali su se sudovi, sankcije i postupak za izvršenje. „Autonomni položaj gradova, unutar države, po pravilu, bio je 'podaren' od srednjovekovnih vladara (kartama, poveljama, darovnicama i slično)“, kao privilegija zbog ekonomske i političke podrške u borbi za nezavisnost njihove vlasti. „Tako je značaj statutarog prava rastao uporedo sa rastom ekonomske moći mlade građanske klase“.⁸

U unutrašnjem pravu nastaje *autonomno pravo rada*⁹ koje predstavlja skup pravila koja pregovaranjem zajednički stvaraju poslodavačka i radnička udruženja. Tim pravilima se uređuju individualni i kolektivni odnosi u radu. Za ovaj oblik autonomnog prava karakteristično je postojanje dva glavna subjekta „pojedinačnih vlasnika kapitala, privatnih poslodavaca i njihovih udruženja, i radničkih organa i udruženja“. U savremenom društvu sve su važniji i opšti normativni akti *kolektivni ugovori* kojima radnički sindikati i udruženja poslodavaca, uz eventualno učestvovanje ili posredovanje države, dogovorno uređuju osnovne uslove rada i naknade za rad na nacionalnom, granskom ili konkretnom nivou organizacije. Oni onda predstavljaju obavezujuća akta za sklapanje pojedinačnih ugovora o radu.

Pored ovih tzv. *unutrašnjih autonomnih prava*, postoje i *međunarodna autonomna prava*,¹⁰ prava međunarodnih organizacija (teritorijal-

⁷ Nazvano je tako jer je, po pravilu, sadržano u kodifikovanim aktima-statutima.

⁸ Mitrović, D.M.: *Autonomno pravo*, Beograd, 2007, 88 i dalje.

⁹ Autonomno pravo rada obuhvata glavne izvedene vrste: socijalno, sindikalno, poslodavačko i zadržno pravo.

¹⁰ Međunarodno pravo (privatno, privredno ili međunarodnih organizacija) jednim svojim značajnim delom spada u autonomno pravo.

nih i neteritorijalnih). Neteritorijalne su, pored Organizacije ujedinjenih nacija, Međunarodna organizacija rada, Međunarodna poštanska unija, Međunarodni crveni krst itd. Među najznačajnijim teritorijalnim organizacijama izdvajamo Evropsku uniju, koja danas donosi vrlo značajne i sve više prinudne pravne akte (komunitarno pravo). „I dok su u prošlosti autonomni pravni poreci (s izuzetkom crkve i međunarodnog trgovačkog prava) delovali u okvirima i pod većim ili manjim tutorstvom države, čini se da sada ulazimo u novo istorijsko stanje u kojem će državna prava delovati sve više u okvirima naddržavnih pravnih poredaka. To dovodi do promene shvatanja prava u savremenoj pravnoj teoriji i ujedno do promene koncepcije države kao isključive, suverene organizacije vlasti.“¹¹

U međunarodnoj trgovini (*lex mercatoria*) – međunarodno trgovinsko pravo norme se sve više stvaraju i autonomno, kako je istaknuto, tj. preko običaja u određenim odnosima, ali i organizovano, kroz sistematizovanje i objavljivanje kao kod uzansi (tipskih ugovora, formularnih ugovora, opštih uslova poslovanja). U slučaju kršenja i spora, za autonomne norme međunarodnog trgovinskog prava postoje sankcije i organi za rešavanje novonastale situacije (stalne ili *ad hoc* arbitraže¹² kao i druga tela). Efikasnost se najčešće obezbeđuje raznim vrstama sankcija koje sami subjekti uspostavljaju.

Država nije jedini garant i tvorac normi, jer su to i druge, autonomne, interesne grupe u ekonomskom i kulturnom životu. To su, pre svega, privredne korporacije i druge ekonomske organizacije, sindikati, autonomne teritorijalne jedinice, udruženja, zajednice, pa čak i neorganizovani kolektiviteti, vrlo dinamični u savremenom svetu. Građanin se ne pojavljuje samo kao subjekt koji primenjuje norme, nego on, neposredno ili posredno, učestvuje u stvaranju pravnih pravila i, na taj način, ograničava kako državnu političku vlast, tako i moć autonomnih društvenih grupa. Pri tome se različiti oblici pravnog regulisanja društvenih odnosa javljaju se ne samo u nacionalnim, nego i međunarodnim okvirima.

Upravo u *međunarodnom poslovnom pravu* regulacija državnog porekla svedena je na najmanju meru. Pravna regulacija međunarodnih ekonomskih odnosa, u čijim se okvirima danas obavljaju najveće međuna-

¹¹ „Pravni pluralizam međunarodnog tipa nagriza etatiističko pravo jednako kao i suverenu vlast. Pravni pluralizam shvata se kao koegzistencija u istom političkom polju različitih pravnih sistema koji se kombinuju i koji su često međusobno suprotstavljani. Pravni splet koji nastaje ovakvim ukrštanjem i slaganjem predstavlja jedan fenomen interlegaliteta, dinamički proces nepravilne i nestabilne kombinacije pravnih sistema.“ (J. Vanderlinden: *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, 1972, 19 i dalje).

¹² J. Perović: *Ugovor o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži*, Beograd, 1998.

rodne robonovčane transakcije, potiče znatnim, čak većim delom od samih učesnika u tim odnosima. Državna regulativa se sve više potiskuje na regulisanje robonovčanih odnosa u nacionalnim granicama, ali i u njima deluje snažno autonomno poslovno pravo. Istina je, međutim, da država, a ne samo poslovni krugovi, daje doprinos i podstiče angažovanje u trgovačkim poslovima (stvaranjem opšteg pravnog okvira za autonomnu pravnu regulaciju kroz bilateralne i multilateralne međunarodne konvencije, zakazivanjem sastanaka, osiguranjem od političkih rizika, specijalnim popustima itd).

U onoj meri u kojoj je država bila spremna za uzdržavanje od regulisanja pravnih odnosa, širilo se i polje za autonomnu pravnu regulaciju. Kreatori pravnih normi su subjekti na koje se te norme odnose i koji će to učiniti spremnije nego država. Na taj način će se bolje ostvarivati ciljevi društva, pa i same države. Taj proces je najčešće prisutan u poslovnom pravu, gde je na delu princip koordinacije u kreiranju međusobnih prava i obaveza subjekata unutar istog pravnog sistema, kao i subjekata različitih pravnih sistema. Autonomija volje¹³ subjekata jeste polazni princip ali je ona povezana sa vrednostima, slobodom i privatnom svojinom. Privatna svojina podrazumeva i pravo na slobodu prometa a iz ovog se izvodi pravo na samostalno uređivanje odnosa sa drugim subjektima. Cela istorija prava pokazuje da je to tako, jer najveća sloboda tj. autonomija postoji u prometu stvari i prava.

Najpre se prepuštalo subjektima da sami uređuju odnose pojedinačnim normama (ugovorima), ali kroz istoriju prava, razvoj je sve više tekao ka opštim normama, pa tako smo u poslednje vreme svedoci mnogobrojnih opštih autonomnih normi, u nacionalnim, i u međunarodnim okvirima.

Država nije više jedini stvaralac i garant opštih pravnih normi jer su i druge autonomne interesne grupe stvaraoci normi opšteg karaktera. Pošto kod ovih autonomnih normi sadržinu opredeljuju sami zainteresovani subjekti, tj. oni koji će ih primenjivati, one su primenjive jer odgovaraju interesima stvaralaca. U međunarodnom trgovačkom pravu one se stvaraju autonomno, tj. preko običaja u određenim odnosima, ali i sve više organizovano kroz sistematizovanje i objavljivanje, kao kod uzansi, tipskih ugovora, formularnih ugovora, opštih uslova poslovanja. Istovremeno, ovo pravo se standardizuje i formalno unifikuje. Njegovo prihvatanje je tako široko da se slobodno može reći da se primenjuje šire nego Povelja UN (na primer, jednoobrazna pravila i običaji za dokumen-tarne akreditive).

¹³ Pored autonomije volje, reciprocitet predstavlja jedno od osnovnih načela međunarodnih trgovačkih odnosa.

U slučaju spora i kršenja autonomne norme takođe postoje sankcije i organi za rešavanje novonastalih situacija. Razlikuje se suđenje po autonomnim normama, od suđenja po pravičnosti ili, pak, po državnim normama. Efikasnost se obezbeđuje raznim vrstama sankcija, bilo državnim, bilo onima koji sami subjekti uspostavljaju autonomno, principom poštenja, dobrih običaja, novčanim kaznama, pretnjom raskida ugovornih odnosa, gubitkom kredita, poslovnog ugleda, ili stavljanjem na tzv. „crne liste“, isključenjem iz profesionalnih udruženja itd. Kod težih oblika sankcija država uspostavlja kontrolu, neke sankcije čak i zabranjuje (npr. bojkot). Očigledno je da država najteže prepušta polje sankcija pa zato ostavlja sebi bar kontrolu ili neku drugi intervenciju (npr. sužavanje mogućnosti primene sankcije). No, u najvećem broju slučajeva i obična pretnja, uneta u arbitražnu odluku, da će se objaviti ime stranke koja odbija da izvrši obavezu, dovoljna je da dovede do ispunjenja. Na taj način dolazi do izražaja vrlo jak uticaj i pritisak mišljenja grupe u izvršenju onoga o čemu su se dogovorili.

U savremeno doba proces globalizacije prate novi izvori prava¹⁴, soft law koji nastaju nezavisno od države i primenjuju ih nedržavni subjekti u međusobnim odnosima. Meko pravo prisutno je i u nacionalnom ali je nahveći broj ovih pravila u međunarodnom pravu u oblast trgovine, bankarstva, osiguranja, arbitraže, zaštite životne sredine, ljudskih prava itd. „Koncept mekog prava jošnije potpuno jasan i precizan jer označava širok spektar pojava kao što su principi i načela, model zakoni, preporuke, mišljenja, smernice, kodeksi ponašanja, rezolucije itd.“¹⁵ U svim tim procesima „može se zaključiti kako donošenje pravila sve više postaje privilegija moćnih država i nedržavnih činilaca“.¹⁶ Pošto su pravila soft law pravno neobavezujuća, njegova primena zavisi isključivo od volje subjekta primene. Širenje mekog prava koje se najčešće koristi u međunarodnom pravu predstavlja veliki izazov za vladavinu prava a naročito za načelo zakonitosti kao njen suštinski element.¹⁷ Iz svega rečenog sledi kada je u pitanju soft law, da se radi o specifičnoj, trećoj grupi prava, pored državnog i autonomnog prava.

¹⁴ Avramović, D.: „Omekšavanjem prava“ ka međunarodnoj vladavini prava?, *Srpska politička misao*, br 2/2011, god. 18. vol 32. 273

¹⁵ Đurđev, D.: Soft law u evropskom komunitarnom pravu, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* (u štampi)

¹⁶ Tucak, I.: *Suverenitet u suvremenom svijetu*, magistrski rad, Zagreb, 2006, 106

¹⁷ Avramović, D.: „Omekšavanjem prava“ ka međunarodnoj vladavini prava?, *Srpska politička misao*, br 2/2011, 273

III

Sve ovo upućuje na zaključke prvo, da u savremenom svetu, pored prava koje stvara država, postoje, na mnogim područjima prava, i mnoštvo autonomnih prava. Ulogu stvaraoca prava dele državni organi i druge interesne grupe, organizacije i zajednice, zbog čega se opravdano govori o pluralističkom shvatanju prava¹⁸, odnosno o „pravu na više nivoa“. Drugo, sa svoje strane, demokratska pravna država treba da pospešuje slobodu samostalnog uređivanja odnosa i da toj regulativi, kao uostalom i celokupnom pravu obezbeđuje efikasnost.

¹⁸ Vidi naš rad: O pojmu autonomnog prava, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br 3, 2011

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

Creation of Autonomous Law

Abstract: *Great interest in autonomous law first appears in theory, sociology and anthropology of law, and in legal practice. There have been numerous forms of autonomous law from common law, religious, statutory law, city and earthly law, guild law, autonomous labour law, commercial law to international law. In addition, the theory of law recognizes a number of types of autonomous law such as social, intuitive, living, integration law, etc. Just as there is no generally accepted meaning of the term law, there is not a completely clear and precise meaning of the term autonomous law. Besides the term autonomous law, the term soft law has been more and more in use lately.*

Key words: *autonomous law, types of autonomous law in practice.*

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

LJUDSKO DOSTOJANSTVO I BIOETIKA¹

Sažetak: *Otvaranjem polja bioetike usledio je novi talas intenzivnih rasprava o teološkom, filozofskom i pravnom značaju pojma ljudsko dostojanstvo. Pre tačno deset godina (decembra 2003) američka bioetičarka Rut Meklin predložila je da se lišimo pojma ljudsko dostojanstvo jer je neodređen, beskoristan i suvišan i da ga, bez ikakvog gubitka, možemo zameniti etičkim načelom autonomije ličnosti. Usledile su žestoke reakcije i suprotstavljeni stavovi. To što je u tako širokoj, gotovo inflatornoj i protivrečnoj upotrebi nije razlog da ga se lišimo nego, na protiv, pokazuje koliki mu je značaj i da mu treba odrediti makar konture. Kao univerzalna vrednost i opšti pojam, ljudsko dostojanstvo nema unapred definisana i uska, precizna značenja. Ono je više jedan horizont vrednovanja, rukovodeći princip i regulatorna ideja koja se mora neprestano konkretizovati i kodifikovati kroz mnoga zagarantovana ljudska prava i osnovne slobode. Kao rodni pojam svakog umnog prava, ono je njihov temelj i zajednički imenitelj, legitimaciona podloga prirodnog ali i pozitivnog prava. Kao intrinzična i statička vrednost koja znači čovečnost, ljudskost ona je apsolutna, svojstvena svakom ljudskom biću bez ikakvih razlika i uslovljavanja, kao jedinstvenom i neponovljivom stvorenju. U tom smislu dostojanstvo je obaveza i ograničenje za državu, društvo i svakog od nas. Kao etička i dinamička kategorija, ono nam nije dato, nego je zadato, i nije u nama nego stalno pred nama, kao orijentir našeg delanja u skladu sa vrlinama, da se prema sebi, drugome i prirodi odnosimo čovečno, ljudski.*

¹ Rad je sačinjen u okviru projekta „Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo“ br. 179079 koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

Vek u kome živimo je proglašen za vek molekularne biologije i genetskog inženjeringa zbog ogromnih potencijala ali i rizika za ljudsko dostojanstvo. Zato je ljudsko dostojanstvo postalo centralni princip u svim međunarodnim dokumentima koji se odnose na ljudski genom, genetiku i bioetiku, a koje su usvojili UNESCO i Savet Evrope, krajem prošlog i početkom ovog veka kao i u ostalim dokumentima koji se na njih pozivaju. Ljudsko dostojanstvo je paradigma našeg vremena. Već više od pola veka ono strukturiše vladavinu prava i pravnu državu, konstituens je modernog demokratskog društva, najavljuje nov, partnerski odnos prema prirodi i stvara novu sliku svakog čoveka kao junaka našeg doba.

Ključne reči: *ljudsko dostojanstvo kao horizont vrednovanja, centralna regulatorna ideja, rodni pojam ljudskih prava i paradigma našeg vremena; deklaracije o ljudskom genomu, genetici i bioetici.*

O pojmu ljudskog dostojanstva može se govoriti u filozofskom, teološkom, pravnom i bioetičkom smislu. Izvorno, ovaj pojam nije pravnog porekla nego je preuzet iz filozofskih i teoloških rasprava. Otvaranjem polja bioetike usledio je nov talas intenzivnih rasprava o njegovom značenju.²

Kao rodni pojam svakog umnog prava, čovekovo dostojanstvo je temelj i zajednički imenitelj za mnoga ljudska prava i osnovne slobode, legitimacija podloga prirodnog ali i pozitivnog prava.³ Dostojanstvo je centralna ljudska vrednost koje, kao nešto unutrašnje, bitno i neotuđivo, izvire iz ukupnog kvaliteta čovekovog života i osobenog duhovno-telesnog bića, pa zbog toga nije određeno spoljnim uzrocima ali ni stanjem čovekovog zdravlja ili bolesti,⁴ što je za bioetičke rasprave veoma važno. Zadiranje u unutrašnju slobodu da na osnovu uma stiče uvid u ispravnost i ostvarivost svojih odluka je povreda dostojanstva. Međutim, deo čovekovog dostojanstva čini i sve ono što ga prožima u sopstvenom okruženju – jezik, veroispovest, nacionalnost jer to čini njegove korene i identitet. Njihovim nepriznavanjem ugrožavaju se koreni njegove egzistencije i dostojanstva kao okvira orijentacije koji određuju načine njegovog prosuđivanja i delanja. Stoga bi bilo pogrešno čovekovo dostojanstvo posmatrati odvojeno od društvene stvarnosti.⁵

² D. Franeta, *Ljudsko dostojanstvo kao pravna vrednost*, doktorska disertacija, Pravni fakultet, Beograd, 2008.

³ A. Hollaender, „Menschenwürde als legitimationserfordernis des gesatzten rechts“, *Pravni život*, 12/2013, s. 436 - 437.

⁴ M. Trajković, „Eutanazija - moralna dilema savremene pravne države“, *Pravni život*, 12/2011, s. 735.

⁵ T. Flajner, *Ljudska prava i ljudsko dostojanstvo*, Beograd – Valjevo, 1996, s. 12 – 13.

Tek ako se ljudsko dostojanstvo, kao osnova čovekove prirode uzme za polazište, može se očekivati valjan, savremeni razvoj današnjeg društva i države.⁶ Savremena pravna država mora da sledi i štiti ljudsko dostojanstvo kao izuzetan civilizacijski standard.⁷

Moderno društvo, rekli bismo bar u intenciji, teži da se zasnje kao društvo dostojno čoveka. Zbog toga savremena pravna država treba da garantuje ne samo pravnu sigurnost nego i ljudsko dostojanstvo i afirmiše etiku života.⁸

Rasprave o pojmovima autonomije, dostojanstva i života su ključne i čvrsto usidrene u polju bioetike. Time se one uključuju u rasprave o dostojanstvu koje su konstitutivne za savremena društva.⁹ Pojam ljudskog dostojanstva je široko prihvaćen u bioetici ali čim se pokuša da definiše opseg njegovog sadržaja i značenja, on postaje vrlo kontroverzan. Ovo stoga što je ljudsko dostojanstvo pre jedna regulatorna ideja nego pojam sa konačno utvrđenim značenjima.¹⁰ Ljudsko dostojanstvo se u bioetici pojavljuje u širokom rasponu, od suvišnog, izlišnog ili nekorisnog, pa čak i štetnog,¹¹ sve do pojma sa centralnim značajem, a njegova odbrana predstavlja veliki izazov za ovu oblast.¹²

Pre tačno deset godina (u decembru 2003) američka bioetičarka Rut Meklin ((Ruth Macklin) objavila je jedan vrlo uticajan članak u kome je ljudsko dostojanstvo okarakterisala kao nekoristan i suvišan pojam u medicinskoj etici, koji se može napustiti bez ikakvog gubitka jer se u njemu izražava samo ono što je već sadržano u etičkom načelu respekta ili autonomije ličnosti.¹³ Usledilo je mnoštvo replika koje su pokazale da ova tema dotiče samo središte medicinske prakse. Istina je da upotreba pojma ljudsko dostojanstvo nailazi na neke teorijske teškoće. Njegovo značenje je toliko neodre-

⁶ V. Đurđić - M. Trajković, „Ljudsko dostojanstvo kao osnova čovekove prirode“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1/2010, s. 42.

⁷ M. Trajković, „Bioetika kao jedna od paradigmi savremene pravne države“, *Pravni život*, 12/2006, s. 935.

⁸ M. Trajković, *Eutanazija ...* s. 736 i 745.

⁹ http://doktorski.unizg.hr/medjunarodna_suradnja?@=51e, pristupljeno 6. 9. 2013.

¹⁰ Kurt Walter Ziedler, „Bioetika, dostojanstvo čovjeka i refleksivni sud“, *Synthesis philo-sophica*, 2/2009, s. 215.

¹¹ Za Stivena Pinkera, pojam ljudskog dostojanstva je stupidan, najnoviji i najopasniji trik konzervativne bioetike. Dostojanstvo ne može nikako da bude osnova za bioetiku jer je relativno, zamenljivo i štetno. – S. Pinker, *The Stupidity of Dignity*, <http://richarddawkins.net/article.2567>, pristupljeno 6. 9. 2013.

¹² L. Kass, *Life, Liberty and the Defense of Dignity: The Challenge for Bioethics*, San Francisco, 2002, books.google.rs – dostupno i: 2004, books.google.com

¹³ R. Macklin, „Dignity is a useless concept“, *British Medical Journal*, vol. 327, p. 1419 – 1420.

đeno da dovodi do inflatorne i kontradiktorne upotrebe. Na dostojanstvo se pozivaju i protivnici i pristalice eutanazije, a često se upotrebljava i kao „nokaut argument“ kojim se diskvalifikuje neka praksa, bez ulaganja napora da se daju dodatna objašnjenja. Međutim, njegova široka ali neprecizna upotreba nije dovoljan razlog da se ovaj pojam napusti, nego je pre razlog da se visoko ceni jer pokriva mnoge sadržaje, pri čemu mu treba precizirati makar konture. Dostojanstvo i respekt (autonomija) ličnosti nisu identični pojmovi, nego je respekt posledica dostojanstva kao pretpostavke koja odgovara na pitanje zašto je potrebno poštovati ličnost. Osim toga, dostojanstvo se ne može svesti na etički respekt ličnosti jer ono sadrži jedan inherentni ili statički i jedan etički ili dinamički aspekt. U inherentnom smislu dostojanstvo sadrži ona ljudska prava koja pripadaju svakom ljudskom biću kao intrinzičnoj vrednosti. U etičkom ili dinamičkom smislu dostojanstvo se ne odnosi na ljudsko biće, nego na ljudsko delovanje autonomne ličnosti koja teži vrlinama. Ljudsko dostojanstvo je moćna regulativna ideja ali tek kada se konkretizuje i kodifikuje zagarantovanim ljudskim pravima kojima je zaštićeno.¹⁴

Ako bi se dalje pitali o krajnjem razlogu inherentne vrednosti ljudskog bića, objašnjenje bi nužno moralo biti metafizičko ili teološko.¹⁵ Pitanje ljudskog dostojanstva je u samom središtu praktičke filozofije jer je ono odlučujuće za ustanovljavanje morala i etike.¹⁶ Bioetički gledano, po hrišćanskoj antropologiji,¹⁷ nema života bez vrednosti jer je život Božji dar. Čovek ne dodeljuje život, pa ga ne može ni uzeti, pod bilo kojim okolnostima. Čovek, dakle, nije gospodar života i zato je oduzimanje ljudskog života zločin protiv života i povreda ljudskog dostojanstva i božanskog zakona. Temelj tog dostojanstva je slika Božja (*imago Dei*), ono je večno jer je primljeno, ili bolje, zadobijeno od Boga, da čovek u sebi traži sliku Božju. Mentalitet eutanazije afirmiše kulturu smrti i predstavlja povredu i pravi slom etike ljudskog dostojanstva.

Već etimologija termina bioetika (*bios* – život) upućuje na shvatanje da je ona etika života jer se bios odnosi na celokupni svet života, na sve

¹⁴ R. Andorno, „La notion de dignité humaine est-elle superflue en bioéthique?“, *Contrepoint philosophique*, mars 2005, www.contrepointphilosophique.ch; D. Beyleveld – R. Brownsword, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford, 2002, p. 11; T. Logar, „Dostojanstvo: avtonomija ali omeitev?“, *Revus*, 10/2009, s. 53 – 60.

¹⁵ R. Andorno, nav. delo.

¹⁶ T. de Koninck – G. Larochelle (coord.), *La dignité humaine*, Paris, 2005. Sažeto o filozofskim značenjima pojma ljudsko dostojanstvo videti u našem radu: „Ljudsko dostojanstvo kao društvena i pravna vrednost“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3/2013, a detaljnije u: D. Franeta, nav. delo.

¹⁷ M. Trajković, *Eutanazija ...*, s. 735 i 747. Dodajmo da je u upotrebi i sinonim biblijska antropologija.

njegove nivoe (još nerođenog, svakodnevnog života, svakog pojedinca, prošlih ali i budućih generacija ali i život životinja, biljaka, život kao takav, život kao vrednost po sebi). Dok je za bioetički pristup svaki život moralni objekt, čime se čovekova moralna obaveza proširuje na sve nivoe života, ekološka etika u moralni vidokrug uključuje i uslove opstanka života. Bioetika, dakle, uključuje kako čovekovu odgovornost prema životu, tako i dostojanstvo svih stvorenja, budući da nema nevrednog života¹⁸ jer je život svrha za sebe ili intrinzična vrednost.

Interesanto je da je nemački filozof, učitelj i sveštenik Fric Jar (Fritz Jahr), koji je prvi upotrebio termin bioetika 1927. godine, ovu koncipirao kao odgovornost za život u celini. On je, po uzoru na Kanta, formulisao bioetički imperativ: „Poštuj svako živo biće u načelu kao svrhu u sebi i po mogućnosti postupaj s njim kao takvim“. Ovaj pojam je reafirmisao američki biohemičar i onkolog Van Renseler Potter (Van Rensselaer Potter) 1970. posle čega je ušao u široku upotrebu. Kao bioetičke teme pojavljuju se: rađanje čoveka (veštačka oplodnja, kontracepcija, sterilizacija), genetika (genom, kloniranje, matične ćelije), ljudski embrion (pobačaj, prenatalna dijagnostika, eksperimenti na embriovima), bolest, starost i smrt (bol, palijativna medicina, eutanazija, samoubistvo, ubistvo, smrtna kazna, odbrana u ratu), odnos prema prirodoj sredini, prava životinja. Mi bismo dodali da je u svim ovim temama pitanje dostojanstva u središtu pažnje. U personalističkoj bioetici proučavaju se pojam, prava, zaštita i dostojanstvo ljudske osobe sa filozofsko-teološkog gledišta.¹⁹

Vek koji je pred nama već je proglašen vekom molekularne biologije i genetskog inženjeringa. U novoj genetici, u kojoj se proučava ljudski genom, teži se unapređenju kvaliteta života kako bi se ostvario društveni napredak. U tome se, iako prikriveno, pojavljuju dve velike opasnosti za ljudsko dostojanstvo. Zbog potencijalno ogromnih profita u ovoj oblasti, transnacionalne kompanije vrše stalan pritisak na manipulisanje ljudskim dostojanstvom i ugrožavaju ga. Isto tako, ljudsko dostojanstvo se svodi na biološke, genetičke i medicinske mehanizme, i izjednačava sa kvalitetom biološkog stanja ljudskog organizma. Odbacuje se svako metafizičko i teološko shvatanje ljudskog dostojanstva. U ovakvom redukcionističkom gledanju na čoveka vidi se samo ono što mu je zajedničko sa ostalim živim bićima u prirodi, a zaboravlja da čovek egzistira kao osoba jer on

¹⁸ *O bioetici*, Black Pixie, <http://www.duhovnirazvoj.com/Tekstovi/bioetika.htm>, pristupljeno 6. 9. 2013.

¹⁹ *Bioetika*, hr.wikipedia.org/wiki/bioetika, pristupljeno 7. 9. 2013; V. Đurđić - M. Trajković, „Ka pluralističkoj bioetici“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2013, s. 251 – 252.

ima i svoju materijalnu i svoju duhovnu, a pogotovo umnu stranu. Otuda se sve češće, prema proizvoljnim i aposteriornim kriterijima, za neka ljudska bića smatra da poseduju, a za druga da ne poseduju status nepovredivog ljudskog dostojanstva. Međutim, sve dok ne bude kristalno jasno da sva ljudska bića, bez obzira na biološku fazu razvoja, zdravstveno stanje i ekonomski status, imaju imanentno svojstvo ljudskog dostojanstva, takvo će društvo biti etički problematično i veoma opasno za normalan zajednički život.²⁰

Po našem sudu, uočavanje specifičnosti ljudskog dostojanstva u navedenom smislu ne mora da znači da ostali oblici života nemaju svoju svrhu i svoje dostojanstvo, a ta se specifičnost može označiti epitetom ljudsko uz reč dostojanstvo. To što je društvo koje ne poštuje ljudsko dostojanstvo etički problematično i netolerantno pokazuje u kojoj meri je ljudsko dostojanstvo konstituens modernog društva jer na nov način strukturiše našu sliku čoveka, društva i prirode.

U okviru medicinske etike uobličene su četiri forme ili modela etičkog postupanja: Hipokratov, Paracelzusov, deontološki i princip poštovanja ljudskih prava i dostojanstva. U Hipokratovom modelu insistira se na činjenju korisnog i ne nanošenju zla pojedincu, u Paracelzusovom se uvažavaju psihičke osobenosti pacijenta, a u deontološkom se insistira na moralnoj dužnosti i besprekornosti lekara. Kod modela poštovanja ljudskih prava i dostojanstva sam pacijent se, preko informisanog pristanka uključuje u donošenje za njega važnih medicinskih odluka.²¹

Po radikalno utemeljenoj utilitarističkoj koncepciji bioetike, pojam ljudskog dostojanstva je dogmatski jer je intrinzično postuliran i proizvoljno se pripisuje ljudskom životu kao nekoj svetosti, bez obzira da li je on svestan ili ne. Sa stanovišta tehnicističko-utilitarističke racionalnosti, dobro čovečanstva je iznad dobra pojedinca, a eventualno zlo koje se učini jednom čoveku može se tolerisati ako to doprinosi razvitku čovečanstva. Osim toga, život koji nije vredan življenja ne zaslužuje status ljudskog dostojanstva jer nije personalan.²² Takvim shvatanjem se, očigledno, relativizuje neprikosnovenost ljudskog dostojanstva kao univerzalne vrednosti svojstvene svakom čoveku i neophodnost da se svaki individualni život moralno i pravno zaštititi.

²⁰ T. Matulić: „Nova genetika i kvaliteta života“, „Kvaliteta života i ljudsko dostojanstvo“ (1) i (2), *Glas koncila*: 18. 7. 2004, 25. 7. 2004. i 1.8. 2004.

²¹ D. Drakić, „Biomedicinska tehnologija, etika i krivično pravo“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2013, s. 305 – 306. Detaljnije u: I. Silujanova, *Pravoslavlje i savremena medicina*, Cetinje, 2001, s. 29 – 41.

²² M. Perović, „Etičke granice bioetike“, *Arhe*, 12/2009, s. 7 - 24; D. Franeta, nav. delo, s. 189 - 193.

Postoje mišljenja da ima kategorija lica čiji život nije vredan življenja, pa im se ne može dodeliti pravni status i subjektivna prava, a time ni ljudsko dostojanstvo i pravo na život. Za njih je, dakle, dostojanstvo nešto što se dodeljuje i oduzima. Na svu sreću u teoriji krivičnog prava i dalje preovlađuje stav da je svaki ljudski život vredan življenja, bez obzira na kvalitet, sposobnost samostalnog življenja i prognoze preživljavanja, i da ga zato treba zaštititi od rođenja do trenutka konačne smrti.²³

Gledano sa ekološkog stanovišta, čitava istorija čovečanstva „se može podeliti na tri velika perioda: period pokoravanja prirodi, period ovladavanja prirodom i period partnerstva sa prirodom.“²⁴ U vrlo dugom periodu svoje praistorije, čovek je preživljavao podčinjavajući se i pokoravajući se prirodi, gotovo i ne menjajući je (period skupljačke privrede, lova i ribolova). Pronalaskom vatre, usavršavanjem oružja i oruđa, a naročito pripitomljavanjem životinja i kultivisanjem biljaka, čovek je počeo da shvata sebe gospodarem prirode. Neizbrojivo je mnogo svedočanstava koja govore o tome da je čovek sebe dugo smatrao, a i danas se smatra, gospodarem prirode – od Biblije, preko Dekarta i Bekona, pa sve do današnjih neekoloških (neodrživih) oblika „eksploatacije“ prirode.

Tek u novije vreme (rekli bismo da tome ima jedva 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 mora svekoliko promeniti u njenog partnera“²⁵ Ovaj će proces, svakako, potrajati decenijama, pri čemu opasnosti od velikih ekoloških katastrofa izazvanih ljudskom delatnošću još nisu otklonjene.

Neophodnost da se formira i razvije partnerski odnos čoveka i prirode objašnjava se sa dva stanovišta – antropocentričnog i ekocentričnog (biocentričnog). Po antropocentričnom stanovištu, ljudsko dostojanstvo je zaštićeno samo onda ako čovek može da se razvije kao umno biće u društvu i odgovarajućoj prirodnoj sredini. Otuda je sačuvana 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 ekocentričnom (biocentričnom) stanovištu, ne zaštićuje se priroda samo zbog ljudskog dostojanstva nego i zbog dostojanstva Stvorenog. Prava nemaju samo ljudi nego i životinje, pa i sve stvoreno, a ta prava treba zaštititi kao i

²³ D. Drakić, „Krivičnopravna zaštita prava na život koji nije vredan življenja,“ *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1/2013, s. 229 – 244.

²⁴ T. Flajner, nav. delo, s 148.

²⁵ Isto, s. 148.

ljudska prava.²⁶ Moglo bi se reći da pluriperspektivistička bioetika ima za svoju osnovu etičko respektovanje celokupnog života na zemlji.²⁷ Drugim rečima, nije reč samo o prirodnom pravu čoveka već i o pravu prirode i moralnoj i pravnoj zajednici prirode.

Pozivanje na pojam ljudskog dostojanstva u bioetičkim raspravama ali i u međunarodnim pravnim instrumentima posvećenim biomedicini i biotehnologiji je u stalnom porastu. I dok ima mišljenja da je učestalo pozivanje na ljudsko dostojanstvo jedva nešto više od pomodne retorike koja ne zavređuje ozbiljnije razmatranje, već se pojavljuju nove, pionirske studije u kojima mu se pridaje poseban, pa čak i izuzetan značaj za bioetiku i biopravo. Ljudsko dostojanstvo, naime, generiše mnoga prava i odgovornosti za čitav niz aktivnosti u ovom domenu koje treba moralno i pravno regulisati.²⁸

Ljudsko dostojanstvo i ljudska prava su najviše vrednosti ljudskog roda i zbog toga one imaju univerzalno važenje. Međutim, nije reč samo o njihovom veličanju, isticanju i teorijskom utemeljenju, nego i o njihovoj odbrani, realnoj ugroženosti, političkoj instrumentalizaciji, učestaloj zloupotrebi koja je gotovo srazmerna učestalom pozivanju na njih u rečniku svakodnevnog javnog govora. Koliko god da je važno istaći da su ljudska prava istinski i izvorno ljudska i da su kao takva uslov ljudskog dostojanstva, isto je tako važno uočiti da se njihovom manipulacijom i različitim zloupotrebama stvaraju novi oblici dominacije i porobljavanja.²⁹

I dok u dobrom delu sveta još nisu zagarantovana i obezbeđena ni prava prve generacije, lična i politička prava, ni prava druge generacije – ekonomska i socijalna prava, u razvijenim zapadnim zemljama već se uveliko govori o trećoj generaciji ljudskih prava u koja se svrstavaju i ekološka i bioetička prava.³⁰ Kao i kod socijalnih prava, postavlja se teško pitanje kolika može biti nadležnost sudova u zaštiti životne sredine i razvoja, 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 retrospektivne na objektivnu, kolektivnu (socijalizovanu) i prospektivnu za šta još nema jasne i čvrste filozofsko-pravne i so-

²⁶ Isto, s. 149 – 151.

²⁷ V. Đurđić – M. Trajković, nav. delo, s. 251.

²⁸ D. Beylveled – R. Brownsword, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford, 2001.

²⁹ S. Samardžić, „Pogovor“, u: T. Flajner, nav. delo, s. 182 – 186.

³⁰ S. Perović, *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2012, s. 152 – 153, 837 – 838; S. Samardžić, nav. delo, s. 185.

³¹ T. Flajner, nav. delo, s. 149 – 150.

cijalno-etičke osnove.³² Zbog toga su u ovom domenu neophodna nova teorijska utemeljenja i praktična rešenja.³³

Dostojanstvo je rodni pojam za ljudska prava. Stoga bi se moglo reći da postoji „dostojanstvo ljudskih prava bez obzira na razlike po rođenju ili ubeđenju.“³⁴ Dostojanstvo čoveka pripada, nesumnjivo, redu univerzalnih i stožernih vrlina, a ljudska prava u sebi sadrže ovu univerzalnu vrednost.³⁵ Prava dostojanstva čoveka su ne samo urođena nego i imunitetna jer se ne mogu uskratiti bilo kakvim zakonodavnim, sudskim ili upravnim delovanjem. Da bi bila zaštićena, imunitetna ljudska prava sa područja dostojanstva ličnosti moraju imati višestepenu sudsku zaštitu i to kako formalnu tako i delotvornu i efikasnu pravnu zaštitu.³⁶ Međutim, iako je dostojanstvo čoveka nepovredivo (*lex imperfecta*), pa se zato mora poštovati i braniti, svakoga dana, na gotovo svim stranama sveta, ono se gazi i nipodaštava, čak i od onih koji su dužni da ga štite, i to u velikom, ogromnom broju slučajeva, stvarajući žalosnu i degradirajuću sliku savremenog sveta. Zbog toga se može konstatovati „da disproporcija između proklamovanih i neostvarenih ljudskih prava, posebno na području dostojanstva čoveka predstavlja najslabiju tačku u celom sistemu ljudskih prava.“³⁷ Borba za ljudsko dostojanstvo je neprekidna borba da se sruše i onemogućue odnosi u kojima su ljudi ponižena, obespravljena i potlačena bića.³⁸

Iskustva sa novovekovnim diktaturama i rizicima biotehnologije i ugrožavanja životne sredine dovela su do novog odnosa prema pojmu ljudskog dostojanstva i u domenu pravne normativne regulacije.

U drugoj polovini 20. veka, prirodna prava čoveka, a posebno ljudsko dostojanstvo, ušla su u fazu gotovo potpune kodifikacije u mnogim zaključcima Ujedinjenih nacija. Međutim, dok njihovo proklamovanje predstavlja skoro nepregledan proces, njihovo ostvarivanje i praktična primena nailaze na hronične³⁹ i, dodali bismo, na velike, pa i neotklonjive teškoće.

Princip ljudskog dostojanstva je izričito formulisan u svim međunarodnim dokumentima koja se odnose na ljudska prava, „(naročito u

³² V. Kambovski, „Filozofsko-pravni aspekti retrospektivne, prospektivne i kolektivne odgovornost“, *Pravni život*, 12/2011, s. 503 – 525; S. Perović, nav. delo, s. 786 – 788, 882 – 884 i „Prirodno pravo i odgovornost“, *Pravni život*, 1 – 2/2012, s. 44 – 48.

³³ S. Samardžić, nav. delo, s. 183 i 185.

³⁴ S. Perović, *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2012, s. 447.

³⁵ Isto, s. 517, 542.

³⁶ Isto, s. 518 – 519.

³⁷ Isto, s. 520.

³⁸ Lj. Tadić, *Filozofija prava*, Beograd, 1996, s. 182.

³⁹ S. Perović, nav. delo, s. 519.

onima koja se tiču zabrane mučenja, ropstva, neljudskog i degradirajućeg tretmana, diskriminacije svake vrste itd.)“.⁴⁰ To se isto tako odnosi i na značajan broj ustava, posebno onih koji su doneti posle Drugog svet-skog rata.⁴⁰

Kada je reč o kodifikacijama prava koja se tiču dostojanstva ličnosti valja pomenuti *Univerzalnu deklaraciju o pravima čoveka* iz 1948. godine, *Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima* i *Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima* (oba dokumenta iz 1996. godine). Posle toga su usledili čitavi nizovi, pa i zbornici međunarodnih dokumenata o ljudskim pravima.⁴¹

Pojam dostojanstva ljudske ličnosti je u međunarodnom pravu uveden u *Univerzalnoj deklaraciji o pravima čoveka* iz 1948. godine.⁴² U preambuli ove deklaracije se kaže da svaki pripadnik ljudskog roda poseduje „unutrašnje dostojanstvo“, a u članu 1 se naglašava: „Sva ljudska bića rađaju se slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima“.

U *Povelji o osnovnim pravima Evropske unije* iz 2000. godine, koja je i sastavni deo predloga njenog ustava, ističe se da je dostojanstvo čoveka nepovredivo pravo. Zatim se navodi da svako ima pravo na život i zaštitu fizičkog i duhovnog integriteta, kao i čitav niz zabrana kojima se štiti ljudsko dostojanstvo – zabrana mučenja, nehumanog i degradirajućeg tretmana, ropstva, prinudnog rada, trgovine ljudima. Navodi se i niz zaštitnih mera i zabrana u domenu biologije i medicine koje su usmerene na zaštitu ljudskog dostojanstva.⁴³

Kada je reč o ustavima, posebno izdvajamo *Osnovni zakon Nemačke* (poznat kao *Bonski ustav* iz 1949. godine) kao prvi ustav u kome je ljudskom dostojanstvu pripalo privilegovano, fundamentalno mesto. Prvi član ovog ustava glasi: „Ljudsko dostojanstvo je neprikosnoveno. Obaveza svih državnih vlasti je da ga poštuju i štite“. U članu 19 se dostojanstvo smatra osnovnim pravom ili suštinom sadržaja ljudskih 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.⁴⁴ Posle prvog člana, u ovom ustavu su nabrojana sva ona osnovna prava koja proizlaze iz ljudskog dostojanstva i koja su ustavom zaštićena.⁴⁵

⁴⁰ R. Andorno, nav. delo, s. 2.

⁴¹ S. Perović, nav. delo, s. 519.

⁴² *Dignité*, <http://www.toupie.org/Dictionaire/Dignite.htm>, pristupljeno 6. 9. 2013.

⁴³ S. Perović, nav. delo, s. 521.

⁴⁴ D. Franeta, nav. delo, s. 28 – 31.

⁴⁵ R. Stepanov – V. Sokolovska, „Pravnofilozofski diskurs o prirodnom pravu i ljudskom dostojanstvu“, *Pravni život*, 12/2013, s. 444 – 445.

Internacionalizacija bioetike vidljiva je u najvažnijim međunarodnim deklaracijama koje su usvojene u ovoj oblasti. U njima je kodifikovana zaštita dostojanstva čoveka i ljudskih prava. Iako, najčešće, nisu pravno obavezujuće one su od prvorazrednog značaja jer svoju snagu crpe iz autoriteta tela koja ih donose i koristan su vodič u rešavanju moralnih, pa i pravnih dilema.

Ljudsko dostojanstvo je glavni princip u međunarodnim biomedicinskim i bioetičkim dokumentima jer u njima zauzima istaknuto, vrlo često i središnje mesto, naročito u onima koje su usvojili UNESCO i Savet Evrope.⁴⁶

Svetska medicinska asocijacija (WMA) je još 1964 godine usvojila čuvenu *Helsinšku deklaraciju o etičkim principima medicinskog istraživanja na ljudskim subjektima* koja sadrži preporuke za biomedicinska istraživanja u ovom domenu. U toku gotovo pola veka, ovaj dokument je više puta dopunjavan i menjan ali je u osnovnim principima ljudsko dostojanstvo uvek imalo istaknuto mesto. U tački 9 poslednje verzije ovog dokumenta iz oktobra 2013 stoji: „Dužnost je lekara koji su uključeni u medicinsko istraživanje da štite život, zdravlje, dostojanstvo, integritet, pravo na samoodređenje, privatnost i poverljivost ličnih podataka subjekata na kojima se vrši istraživanje“⁴⁷

Konvencija o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića sa aspekta primenjene biologije i medicine Saveta Evrope, iz 1997. godine, dopunjena je sa pet dodatnih protokola – o biomedicinskom istraživanju, kloniranju, transplantaciji, ljudskom embrionu i fetusu kao i o ljudskoj genetici. U ovim dokumentima izražena je suština evropskog pogleda na razvoj biomedicine, čija je svrha da se eliminišu nepoželjne implikacije koje mogu da ugroze ljudsko dostojanstvo, a obezbede blagodat za sadašnje i buduće generacije čovečanstva.⁴⁸ Međutim, ova konvencija ima i primerenu pravnu obaveznost. „Primena Konvencije i njenih protokola pod stalnim je nadzorom; države članice su obavezne da periodično izveštavaju o njenoj primeni kroz nacionalne propise. Značaj i snagu Konvencije dodatno obezbeđuje Evropski sud za ljudska prava, koji

⁴⁶ N. Lenoir – B. Mathieu, *Les normes internationales de la bioéthique*, Paris, p. 16; D. Beylveled – R. Brownsword, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford, 2002, p. 11; R. Andorno, “La notion de dignité humaine est-elle superflue en bioéthique?”, *Contrepoint Philosophique*, Mars 2005, p. 3; D. Kretzmer – E. Klein (eds), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, The Hague, 2002.

⁴⁷ WMA Declaration of Helsinki – *Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects*, <http://www.wma.net/en/30publications/10polities/b3/>

⁴⁸ S. Perović, *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2012, s. 570; I. Simonović, „Bioetika i ljudske vrednosti – ostvarivanje i zaštita etičkih principa i prava pojedinaca“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, XLIII, 2012, s. 318.

može dati savetodavno mišljenje o tumačenju odredaba Konvencije, na zahtev države članice ili bioetičkog komiteta, dok je na zahtev Generalnog sekretara Saveta Evrope, ovlašćen da od država članica zatraži dodatni izveštaj o implementaciji Konvencije i eventualnim problemima u njenoj primeni.⁴⁹

Ljudsko dostojanstvo podrazumeva osnovno pravo na život i pravo na fizički i duhovni integritet kao svoje preduslove. Zato i pravo na zdravlje, kao uslovu života, mora uvek biti zasnovano na načelu očuvanja ljudskog dostojanstva i osnovnih prava i sloboda. Isto tako, očuvanje zdrave životne sredine je deo razvojnog procesa društva ali i uslov opstanka na planeti zemlji, a time i ljudskog dostojanstva.⁵⁰

Usled ubrzanog razvoja bioloških i medicinskih nauka, sve je aktuelnija zaštita čovekovog života i zdravlja, telesnog i psihičkog integriteta, dostojanstva i autonomije kao osnovnih ljudskih vrednosti. Uveliko sazreva ideja o stvaranju *bioprava* kao nove grane prava koja uveliko prelazi granice medicinskog prava. Biopravo objedinjava pravne i etičke principe kojima se štite pomenute vrednosti u procesu razvoja nauke, a koji se konkretizuju ugrađivanjem u norme pojedinih pravnih dokumenata.⁵¹ Iz bioetike se izvodi *biojuristika* čiji je cilj da se pravno odrede načela i granice čovekove intervencije u procese života kako ne bi došlo do povrede ljudskog dostojanstva.⁵²

Organizacija Ujedinjenih nacija za obrazovanje, nauku i kulturu (UNESKO) se od 1970. godine bavi etičkim pitanjima u nauci. Ova specijalizovana agencija od 1993. godine rukovodi radom Međunarodnog bioetičkog komiteta kao stručnim telom koje deluje nezavisno od država. Pod okriljem UNESKA nastale su tri međunarodne deklaracije od prvorazrednog značaja koje, na žalost, nisu pravno obavezujuće: *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).⁵³

Već u preambuli i prvim članovima *Univerzalne deklaracije o ljudskom genomu i ljudskim pravima* (1997) ljudsko dostojanstvo zauzima vrlo

⁴⁹ I. Simonović, nav. delo, s. 318. Detaljnije kod: H. Mujović Zornić, „Pojam i razvoj pacijentovih prava“, u: *Pacijentova prava u sistemu zdravstva: Srbija i evropske perspektive* (zbornik radova), Beograd, 2010, s. 32.

⁵⁰ S. Perović, nav. delo, s. 521 – 522.

⁵¹ I. Simonović, nav. delo, s. 298 i 308 – 309.

⁵² G. Faso, *Istorija filozofije prava*, Beograd – Podgorica, 2007, s. 705 – 706; G. Vukadinović, „O ljudskom dostojanstvu kao pravnoj vrednosti“, *Pravni život*, 12/2013, s. 413; D. Mitrović – M. Trajković, „Šta jeste, a šta nije ljudsko dostojanstvo“, *Pravni život*, 12/2013, s. 426.

⁵³ *UNESKO I BIOETIKA – ZBIRKA OSNOVNIH DOKUMENATA*, <http://web.cen.hu/celab/sr>

zapaženo, istaknuto mesto. Upućuje se na preambulu UNESCO-vog statuta u kome se naglašavaju „demokratska načela dostojanstva, ravnopravnosti i uzajamnog poštovanja među ljudima“ odbacujući svaku „doktrinu o neravnopravnosti ljudi i rasa“. U ovom dokumentu se, isto tako, ističe „da su širenje kulture i obrazovanja čovečanstva u duhu pravde, slobode i mira nezamenljivi za dostojanstvo ljudi kao i da predstavljaju svetu dužnost koju svi narodi treba da ispune u duhu uzajamne pomoći i brige“. Uvažavanje genetske raznolikosti čovečanstva, po *Konvenciji Ujedinjenih nacija o biološkoj raznovrsnosti* (1992), ne sme dovesti do bilo kog tumačenja koje bi dovelo u pitanje „urođeno dostojanstvo ... i jednaka i neotuđiva prava svih članova ljudske vrste“. Istraživanje na ljudskom genomu „treba da u punoj meri poštuje ljudsko dostojanstvo, slobodu i ljudska prava, kao i zabranu svih oblika diskriminacije na osnovu genetskih karakteristika“. Prvo poglavlje ove deklaracije posvećeno je odnosu ljudskog dostojanstva i ljudskog genoma, a u prva dva njena člana se ističe: „Član 1. Ljudski genom čini osnovu fundamentalnog jedinstva svih članova ljudske vrste, kao i uvažavanje njihovog urođenog dostojanstva i različitosti. U simboličkom smislu, ljudski genom predstavlja baštinu čovečanstva. Član 2. a) Svako ima pravo na poštovanje svog dostojanstva i svojih prava bez obzira na svoja genetska svojstva. b) To dostojanstvo ultimativno zahteva da se pojedinci ne svode na njihova genetska svojstva i da se poštuje njihova jedinstvenost i različitost“. Po članu 10, nijedno istraživanje ljudskog genoma „ne sme prevagnuti nad poštovanjem ljudskih prava, osnovnih sloboda i ljudskog dostojanstva pojedinca ili ... grupa ljudi“. U članu 11 se ističe da reproduktivno kloniranje i slični postupci koji su u suprotnosti sa ljudskim dostojanstvom, nisu dozvoljeni. Član 12 propisuje da rezultati istraživanja ljudskog genoma treba da budu dostupni svima, uz neophodno poštovanje dostojanstva i ljudskih prava svakog pojedinca. Dva člana deklaracije su posvećena obavezama država u odnosu na ova istraživanja. Po članu 15, države treba da obezbede okvire za slobodno preduzimanje ispitivanja na ljudskom genomu, uz poštovanje načela utvrđenih u ovoj deklaraciji kako bi se obezbedilo poštovanje ljudskih prava, osnovnih sloboda i ljudskog dostojanstva. Najзад, u članu 21 se kaže da države treba da preduzmu mere za širenje „informacija koje doprinose jačanju društvene i individualne svesti o odgovornostima u odnosu na fundamentalna pitanja odbrane ljudskog dostojanstva koja se mogu postaviti u istraživanjima u biologiji, genetici i medicini, kao i u primeni njihovih rezultata“.⁵⁴

⁵⁴ Isto. U kontekstu raspravljanja o ljudskom dostojanstvu kao univerzalnoj pravnoj vrednosti, na član 1 ove Deklaracije posebno skreće pažnju i S. Perović, *Besede sa Kopanika*, Beograd, 2012, s. 571.

U preambuli *Međunarodne deklaracije o ljudskim genetskim podacima* (2003) se ističe da je *Univerzalna deklaracija o ljudskom genomu i ljudskim pravima* (1997), koju je, kao što smo videli, takođe usvojio UNESCO, izazvala veliki interes javnosti širom sveta i dobila odlučnu podršku međunarodne zajednice jer je države koriste za zakonodavstvo i etičke kodekse zbog toga što upotreba ljudskih genetskih podataka nosi potencijalne rizike za uvažavanje i zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kao i za poštovanje ljudskog dostojanstva. U navođenju osnovnih ciljeva ove deklaracije (iz 2003) na prvo mesto je stavljeno obezbeđenje ljudskog dostojanstva i zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda u upotrebi genetskih i proteomskih podataka i bioloških uzoraka. U članu 7 se zabranjuje korišćenje navedenih podataka u cilju kršenja ljudskih prava, sloboda i dostojanstva, kao i diskriminacije i stigmatizacije nekog lica, porodice ili zajednice.⁵⁵

Cilj *Univerzalne deklaracije o bioetici i ljudskim pravima*, koju je Generalna konferencija UNESCO-a usvojila 2005. godine, je da se utvrde univerzalni principi kao osnova za odgovore čovečanstva na stalno rastuće etičke dileme i protivrečnosti koje razvoj nauke i tehnike donosi za ljudski rod i životnu sredinu, uz dužno i opšte poštovanje, priznavanje i uvažavanje ljudskog dostojanstva, prava i sloboda. U okviru principa ili načela koja ova deklaracija navodi, u članu 3 se naglašava da se ljudsko dostojanstvo, prava i slobode „moraju u potpunosti poštovati“. U članu 10 se ističe da se osnovna jednakost svih ljudskih bića u dostojanstvu i pravima postiže pravednim i pravičnim postupkom prema njima. Član 11 se odnosi na zabranu diskriminacije i stigmatizacije lica i grupa po bilo kom osnovu ako se time krše dostojanstvo, prava i slobode ljudi. Član 28 isključuje bilo kakva tumačenja ove deklaracije i preduzimanje radnji država, grupa ili lica koja su u suprotnosti sa ljudskim pravima, osnovnim slobodama i ljudskim dostojanstvom.⁵⁶

Smatra se da je ova *Univerzalna deklaracija o bioetici i ljudskim pravima* iz 2005. godine, najvažniji dokument u oblasti bioetike jer ima opšti karakter, a njene standarde su, neposredno ili posredno, usvojile i prihvatile sve kasnije deklaracije, konvencije i preporuke u pojedinim oblastima biomedicine. Njeni su principi, dakle, univerzalni i na njihovom temelju su nastali i drugi bioetički dokumenti. Time je ova deklaracija postala generator za konkretnija pravila u užim oblastima bioetike i opšti okvir načela i smernica za sve države sveta u oblasti bioetike i biomedicine. Njenom ratifikacijom države se obavezuju da sprovode njene

⁵⁵ UNESCO I BIOETIKA ...

⁵⁶ Isto.

osnovne principe u bioetičkoj pravnoj regulaciji, da podstiču njihovu popularizaciju u masovnim medijima i edukaciji kao i osnivanje i rad etičkih i bioetičkih komiteta.⁵⁷

Sa svoje strane ističemo da se u sve tri deklaracije koje je usvojio UNESCO (1997, 2003 i 2005) učestalo pominje ljudsko dostojanstvo u preambulama, među osnovnim ciljevima i načelima, često već u prvim ali i u mnogim drugim svojim članovima što ukazuje na veliki značaj koji mu pridaju. U svim ovim dokumentima učestalo se pojavljuje sintagma dostojanstvo – prava – slobode, a naspram rizika biotehnologije i svake vrste diskriminacije. Posebno ističemo pomak ka biocentričnoj orijentaciji u *Univerzalnoj deklaraciji o bioetici i ljudskim pravima* (2005) jer se rizici novih tehnologija sagledavaju ne samo u odnosu na ljudski rod nego i na životnu sredinu i biva svestan „da su ljudska bića sastavni deo biosfere koja ima važnu ulogu u međusobnoj zaštiti i zaštiti drugih oblika života, a naročito životinja ... „,⁵⁸

⁵⁷ I. Simonović, nav. delo, s. 312.

⁵⁸ UNESCO I BIOETIKA ...

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

Human Dignity and Bioethics

Abstract: *By opening the field of bioethics followed a new wave of intense debate on the theological, philosophical and legal significance of the concept of human dignity . Exactly ten years ago (December 2003) American bioethicist Ruth Maclin has proposed to divest ourselves of the concept of human dignity because it is vague, useless and redundant and that, without any loss, we can replace it by the ethical principle of personal autonomy. Her article was followed by harsh reactions and opposite views. What is this term in so broad, almost inflationary and opposite use is not a reason to deprive him, but, on the contrary, it shows how important it is and that it should be determined at least outline. As universal values and general concept, the human dignity has no pre-defined and narrow, precise meaning. It is more an evaluation horizon, the guiding principle and regulatory ideas that must constantly define and codify by many guaranteed human rights and fundamental freedoms. As generic notion of each reasonable law, it is their foundation and a common denominator, legitimising basis of natural but also of positive law. As intrinsic and static value which means the humaneness, the humanity it is absolute, inherent to every human being without distinction and conditioning, as a unique and unrepeatable creation. In this meaning, the dignity is the obligation and limitation of the state, society and each of us. As an ethical and dynamic category, it is not given to us, but it is assign to us, and it is not in us, but always before us, as a guide of our actions in accordance with virtues, to treat ourselves, each other and the nature in a human way.*

The century in which we live is named the century of molecular biology and genetic engineering because of the enormous potential but also risks to human dignity. Because of that human dignity has become a central principle in all international documents relating to the human genome, genetics and bioethics, adopted by UNESCO and the Council of Europe, at the turn of the century, as well as in other documents that refer to them . Human dignity is the paradigm of our time. For more than half a century, it structures the rule of law, it is a constituent of a modern democratic society, announces a new, partnership with nature and creates a new image of every man as a hero of our time .

Key words: *human dignity as the horizon of the evaluation, the central regulatory idea, generic concept of human rights and paradigm of our time; declarations on the human genome, genetics and bioethics*

*Dr Dušan Nikolić, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

KLIMATSKE PROMENE I GRAĐANSKO PRAVO¹

Elementi za strategiju prilagođavanja

Sažetak: *U novije vreme se sve češće ukazuje na potrebu da se na sistemski način odgovori na izazove koji se javljaju u vezi sa zaštitom životne sredine i održivim razvojem. U središtu te problematike su klimatske promene i njihove posledice. U radu je ukazano na činjenicu da se klima menja pod uticajem ljudskih aktivnosti, ali i usled prirodnih zakonitosti koje je opisao Milutin Milanković. Društvo bi trebalo da organizovano radi na otklanjanju uzroka antropogene prirode, i da se istovremeno prilagođava klimatskim promenama koje su neizbežne.*

Evropska unija je usvojila posebnu Strategiju prilagođavanja na klimatske promene. Tim dokumentom su određene smernice za razvoj javnih politika i operativnih mera u različitim oblastima. Slične (nacionalne) strategije su donele i pojedine države.

Efikasno sprovođenje strateških dokumenata i javnih politika nije moguće bez odgovarajuće pravne regulative.

Pravo tradicionalno kasni za društvenim potrebama, uključujući i one koje se tiču reagovanja na klimatske promene i njihove posledice.

U radu je ukazano na potrebu da se građansko pravo prilagodi aktuelnim trendovima. Autor smatra da je neizbežno redefinisanje prava svojine i da će ono zbog klimatskih promena biti dodatno ograničeno kako u javnom interesu, tako i radi zaštite egzistencijalnih interesa pojedinaca i užih društvenih grupa. U tom kontekstu, posebno je ukazano na razmišljanja pojedinih evropskih i američkih autora o socijalnoj funkciji ovog i dugih instituta privatnog prava.

¹ Rad je zasnovan na istraživanjima vršenim u okviru naučnoistraživačkog projekta *Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo*, broj 179079, koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

Da bi se postigao viši stepen društvene kohezije u kriznim situacijama, pravna regulativa bi morala da bude u većoj meri usaglašena sa moralnim pravilima. Društvo će morati da stvara pravednije pravo, a pojedinci da ga ostvaruju uz više uzajamnog razumevanja i solidarnosti.

Autor smatra da treba reformisati i tradicionalno imisiono pravo. Pravila o imisijama ne treba da budu usmerena samo na zaštitu privatnih, već i na zaštitu javnih interesa. U tom smislu i odogovornost ne treba da bude vezana samo za nedopušteni uticaj na susedne nepokretnosti, već je treba proširiti i na slučajeve u kojima neko emituje u okolinu nešto što ugrožava širu društvenu zajednicu. U radu je takođe ukazano na potrebu da se preciznije urede pitanja koja se odnose na eroziju tla, promenu vodotoka, na službenosti i sl.

Ključne reči: zaštita životne sredine; održivi razvoj; klimatske promene; građansko pravo; strategija prilagođavanja; pravo svojine; imisije.

1. Sistemski problem i sistemski pristup

Problematika zaštite životne sredine i održivog razvoja zauzima jedno od središnjih mesta u savremenoj nauci. Razlozi su brojni, ali su tri svakako posebno značajna. Pre svega, problemi sa kojima se čovečanstvo suočava su, iz decenije u deceniju, sve veći i sve izraženiji. Istovremeno, među ljudima raste svest o egzistencijalnoj ugroženosti i o potrebi da se organizovanim preduzimanjem odgovarajućih mera zaustave ili barem uspore negativni trendovi i time spreči nastupanje težih posledica. Najzad, činjenica je da pod uticajem različitih regionalnih integracionih procesa i globalizacije, naučne informacije o navedenim problemima postaju dostupne u gotovo svim delovima sveta i da se poslednjih godina izdvajaju značajna sredstva za međunarodne naučne, istraživačke i razvojne projekte u toj oblasti, koji omogućuju povezivanje i saradnju stručnjaka različitih profila.

Poslednjih godina je došlo do značajnih promena u pogledu samog pristupa problematici zaštite životne sredine i održivog razvoja. Decenijama je svaki aspekt razmatran odvojeno, ponaosob. U novijim dokumentima *Ujedinjenih nacija*, sačinjenim u okviru *Programa za životnu sredinu i održivi razvoj* (*United Nations Environment Programme - UNEP*), zastupljen je sistemski pristup. U studiji *GEO5 Global Environment Outlook - Environment for the future we want*², objavljenoj 2012. godine, povodom *UN RIO+20* konferencije o održivom razvoju, govori se o *sistemu planete Zemlje* (*the Earth System*), koji predstavlja egzistencijalnu osno-

² *Global Environment Outlook - Environment for the future we want*, Nairobi, 2012.

vu svih ljudskih društava. Rečeno je da on deluje kao jedinstvena celina, koju čine fizičke, hemijske, biološke i ljudske komponente. Međutim, konstatovano je i da su čovekove aktivnosti narušile sklad zemljinog sistema i sposobnost samoregulacije. O tome svedoči globalni rast temperature, kao i rast nivoa mora i okeana, pod uticajem prekomernog emitovanja karbondioksida i metana u atmosferu, koje izaziva efekat *staklene bašte*. Čovek je, uz to, odgovoran za masovno krčenje šuma, za urbanizaciju, pretvaranje šumskog zemljišta u poljoprivredne površine i za oduzimanje prirodnih staništa drugim biološkim vrstama. Takve aktivnosti su doprinele drastičnom smanjenju biodiverziteta. Usled prekomerne upotrebe hemijskih sredstava u poljoprivrednoj proizvodnji, zemljište postaje manje plodno, a negde i potpuno neupotrebljivo. Istovremeno, šire se pustinjski predele u kojima nema uslova za normalan život³. Cena hrane na svetskom tržištu permanentno raste. Savremena potrošačka društva nesrazmerno i nepotrebno iscrpljuju dragocene resurse, ne vodeći dovoljno računa o međugeneracijskoj solidarnosti, odnosno, o tome da ih treba čuvati i za naredne generacije⁴. Tragovi ljudske destrukcije su toliko izraženi da pojedini autori govore o novoj, antropogenoj geološkoj epohi⁵.

Opisani trendovi su dugo posmatrani izolovano i u teritorijalnom smislu, kao lokalni ili regionalni problemi. Tek je u drugoj polovini XX veka uočeno da se zapravo radi o uzajmno povezanim procesima koji proizvode značajne posledice na globalnom planu. Vremenom je sazrela svest o tome da čitavoj problematici treba pristupiti na sistemski način i da planetu Zemlju treba posmatrati kao složen, dinamički sistem, na koji se mogu primeniti osnovne postavke *Opšte teorije sistema*, a posebno one koje se odnose na upravljanje sistemskim celinama u kriznim situacijama⁶.

Značajan napredak u tom pravcu predstavlja i to što se na pojedinim univerzitetima razvija nova naučna (i nastavna) oblast pod nazivom *Earth System Science*⁷.

³ Opširnije: *Osnove prava životne sredine* (redaktor: Dušan Nikolić), Novi Sad, 2009, str. 16-23.

⁴ Opširnije o tome: Dušan Nikolić, *Pravna zaštita životne sredine i održivi razvoj - Civilizacija na pogrešnom putu?*, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, 12/2012., str. 781-788.

⁵ *Global Environment Outlook - Environment for the future we want*, str. XVIII

⁶ *Opšta teorija sistema (General System Theory)* zasnovana je pedesetih godina XX veka u radovima Ludviga fon Bertalanfija (*Ludwig von Bertalanffy*). Za svega nekoliko decenija prerasla je u fundamentalnu disciplinu čiji se principi primenjuju u mnogim naučnim oblastima.

⁷ V. na primer: *Earth System Science and Climate Change Group*, Wageningen University and Research Centre. <http://www.wageningenur.nl/en/Expertise-Services/Chair-groups/Environmental-Sciences/Earth-System-Science-Group.htm>

Sistemska problematiku iziskuje sistemski pristup. Kao što su različiti procesi u čovekovom okruženju međusobno povezani, tako bi i odgovor na njih morao da bude celovit, sveobuhvatan i zasnovan na saradnji stručnjaka različitih profila. Međutim, stvarnost je drugačija. Savremena nauka je usitnjena i nedovoljno razvijena⁸. U mnogim segmentima nedostaje integrativni pristup. Još uvek nema dovoljno multidisciplinarnih i interdisciplinarnih projekata koji omogućuju celovito sagledavanje problema. Osim toga, istraživanja su, mahom, ograničena na analizu postojećeg stanja. Evidentno je da u mnogim naučnim oblastima nedostaje prognostička komponenta. To predstavlja ozbiljan problem, jer u epohi brzih promena, postoji sve izraženija potreba za brzim donošenjem odluka. Otuda bi trebalo da savremena nauka ide u susret događajima. To posebno važi za tzv. *normativne discipline*, čija znanja treba da posluže kao orijentir onima koji kreiraju javnu politiku i donose odluke od strateškog značaja.

Pravo znatno zaostaje za promenama u društvu. Ono u mnogim sektorima ne odražava čak ni postojeće stanje, mada bi po logici stvari trebalo da (do izvesne mere) ide ispred vremena u kom živimo. Naime, za razliku od običajnih pravila koja su nastajala spontano i dugotrajno, državna regulativa se donosi i važi *pro futuro*⁹. Ona predstavlja instrumentarijum za usmeravanje relevantnih procesa u društvu¹⁰. Da bi mogli da se ostvare odgovarajući efekti, moraju postojati i odgovarajući instrumenti. Drugačije rečeno, kreatori javnih politika i oni koji te politike sprovode, moraju imati na raspolaganju alat koji odgovara standardima savremenog društva. Međutim, tradicionalni pravni instituti nisu u potpunosti usklađeni sa praktičnim potrebama. Uz to, mnoga pravno relevantna pitanja uopšte nisu regulisana važećim propisima.

O stanju pravne regulative u pojedinim sektorima slikovito govori podatak da se u Republici Srbiji, u domenu susedskih odnosa i dalje primenjuju pravna pravila iz *Građanskog zakonika za Kneževinu Srbiju* iz 1844. godine, koji je formalno prestao da važi još 1946. godine, na osnovu *Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. i za vreme neprijateljske okupacije*¹¹. Pitanje je u kojoj meri takva pravna regulativa može da odgovori na izazove vremena u kom živimo? To se posebno odnosi na problematiku klimatskih promena.

⁸ Opširnije o tome: Dušan Nikolić, *Uticaj istaknutih pravnika na razvoj prava u Evropi i Srbiji*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 3/2010, str. 183-201.

⁹ Opširnije: Carleton Kemp Allen, *Law in the Making*, Oxford, 1964, str. 1.

¹⁰ Opširnije: Dušan Nikolić, *Uvod u sistem građanskog prava*, Novi Sad, 2013, str. 25. i dr.

¹¹ Zakon je objavljen u *Službenom listu FNRJ* broj 86/1946.

2. Klimatske promene

Klimatske promene su jedan od najvećih problema današnjice. One se manifestuju u različitim oblicima. Najupečatljivije je svakako *globalno zagrevanje* čije se posledice osećaju širom Planete, a u pojedinim delovima sveta čak poprimaju i dramatične razmere. Rast temperature utiče na naglo topljenje snega i leda. Usled toga dolazi do povećanja nivoa mora i okeana. To za posledicu ima eroziju tla u priobalnim zonama, plavljenje velikih površina obradivog zemljišta, ugroženost urbanih celina i sl. Sa druge strane, porast prosečnih temperaturnih vrednosti u pojedinim regionima izaziva nestašicu pitke i tehničke vode. U takvim okolnostima obradive površine se ne mogu koristiti za poljoprivrednu proizvodnju bez sistema za navodnjavanje. Tamo gde troškovi melioracije prelaze vrednost prinosa, njive ostaju zaparložene, a u nekim regionima postepeno postaju pustinjsko zemljište sa oskudnom florom i faunom. Klimatske promene utiču i na povećanu potrošnju energije. Navedeni trendovi izazivaju socijalne tenzije, masovne migracije stanovništva i mnoštvo drugih problema.

Klimatske promene su, prema tvrdnjama mnogih analitičara, uzrokovane antropogenim faktorom. Kao što je već rečeno, smatra se da do rasta temperature dolazi usled efekta staklene bašte koji nastaje zbog preteranih emisija karbondioksida i drugih gasova u atmosferu.

Međutim, postoje studije koje ukazuju na činjenicu da se klima ciklično menja i nezavisno od ljudskih aktivnosti. Milutin Milanković¹² je matematički dokazao da se u određenim vremenskim intervalima smenjuju ledena (glacijalna) i međuledena (interglacijalna) doba. Do promene prosečnih temperaturnih vrednosti dolazi zbog toga što Zemlja ciklično i postepeno menja položaj (osu) u odnosu na Sunce i u različitim epohama prima različitu količinu sunčeve energije. Milankovićeva teorija o klimatskim promenama, poznata kao *Kanon osunčavanja*¹³, široko je prihvaćena u međunarodnim naučnim krugovima.

Očigledno je da postoje dva vrste faktora koji utiču na klimatske promene. Jedni su vezani za ljudske aktivnosti, a drugi su deo prirodnih zakonomernosti. Na prve je moguće uticati do izvesne mere, dok su drugi, na sadašnjem nivou nauke i tehnike, izvan čovekovih moći.

¹² Milutin Milanković (Dalj, 1879 – Beograd, 1958) istaknuti matematičar, geofizičar, astronom, klimatolog, građevinski inženjer, profesor Univerziteta u Beogradu i član Srpske akademije nauka i umetnosti. Svemirska agencija *NASA* ga je uvrstila među 15 najznačajnijih naučnika svih vremena.

¹³ V.: Milutin Milanković, *Kanon osunčavanja Zemlje i njegova primena na problem ledenih doba*, Beograd, 1997.

Na osnovu izloženog se može zaključiti da odgovor na klimatske promene treba da bude dvojak. Sa jedne strane, društvo treba da ograniči ili suzbije negativne uticaje antropogene prirode, i da se sa druge, prilagođava novonastalnim okolnostima, a po mogućstvu i da ide u susret očekivanim promenama.

3. Strategija prilagođavanja

Pojedine zemlje su donele nacionalnu strategiju prilagođavanja na klimatske promene (*Climate Change Adaptation Strategy*). Tome su prethodila kompleksna multidisciplinarna istraživanja. Razmotreno je postojeće stanje, identifikovani su ključni problemi, urađene procene mogućeg razvoja događaja sa različitim varijacijama i, na kraju, propisane su odgovarajuće mere u različitim oblastima. Najveći napredak na nivou strateškog planiranja ostvarile su razvijene države koje su najviše ugrožene klimatskim promenama. U Evropi na tom polju prednjači Holandija. Njeni strateški i operativni dokumenti već duže vreme predstavljaju uzor drugim zemljama i međunarodnim organizacijama.

Organizacija Ujedinjenih nacija je 2004. godine, u okviru *Razvojnog programa* (*United Nations Development Programme – UNDP*), uz podršku Švajcarske, Kanade i Holandije, sačinila okvirni dokument o politici prilagođavanja na klimatske promene, koji predstavlja svojevrsni priručnik za utvrđivanje razvojne strategije, javnih politika i odgovarajućih mera u toj oblasti (*Adaptation Policy Frameworks for Climate Change: Developing Strategies, Policies and Measures*¹⁴). On treba da omogući državama članicama (pre svega onima u razvoju) da lakše odrede nacionalne prioritete i da sačine sveobuhvatne i koherentne strateške dokumente (*National Adaptation Strategies*).

Okviri strateškog planiranja u toj oblasti definisani su i na nivou Evropske unije. Evropska komisija je 2007. godine donela tzv. *Zeleni papir* pod nazivom *Prilagođavanje na klimatske promene u Evropi – opcije za delovanje EU* (*Green Paper „Adapting to climate change in Europe – options for EU Action“*), a 2009. i *Beli papir* pod nazivom *Prilagođavanje na klimatske promene: ka evropskom okviru za delovanje* (*White Paper „Adapting to climate change: Towards a European framework for Action“*). Godine 2012. Usvojena je *Evropska platforma za prilagođavanje na klimatske promene* (*European Climate Adaptation Platform*). Taj dokument je poslužio kao podloga za izradu glavnog strateškog dokumenta. *Strategija prilagođavanja Evropske unije* (*European Union Adap-*

¹⁴ V.: *Adaptation Policy Frameworks for Climate Change: Developing Strategies, Policies and Measures* (ed. Bo Lim, Erika Spanger-Siegfried), Cambridge University Press, 2004.

tation Strategy) usvojena je aprila 2013. godine. Time je učinjen značajan napredak, jer se EU, po mišljenju pojedinih analitičara, u prethodne dve decenije gotovo isključivo bavila pitanjima od značaja za smanjenje klimatskih promena¹⁵, ne uvažavajući dovoljno potrebu za prilagođavanjem.

U dokumentima Evropske komisije se navodi da „prilagođavanje podrazumeva očekivanje negativnih efekata klimatskih promena i odgovarajuće delovanje u cilju prevencije ili umanjivanja štete koje oni mogu prouzrokovati, ili korišćenje prilika koje mogu nastupiti. Dokazano je da dobro isplanirano, rano prilagođavanje kasnije štedi novac i živote“¹⁶.

Cilj strateškog planiranja u ovoj oblasti je da se na osnovu kratkoročnih, srednjoročnih i dugoročnih projekcija sagledaju potencijalni rizici i da se utvrde mere koje će doprineti tome da evropski prostor bude manje osetljiv na klimatske promene. O značaju strategije prilagođavanja svedoče podaci o aktuelnim i mogućim zbivanjima u regionu. Temperatura je u kontinentalnoj Evropi u prethodnoj deceniji (2002-2011) bila prosečno viša za 1.3°C u odnosu na predindustrijski period. To znači da je u regionu zabeležen brži rast u odnosu na globalno zagrevanje. Sve češće dolazi do ekstremnih prirodnih događaja, o čemu svedoče učestali toplotni talasi, šumski požari i suše u južnoj i centralnoj Evropi. Na severu pak, raste rizik od velikih poplava i erozije tla. Procena je da će biti sve više katastrofalnih događaja koji će za posledicu imati značajne ekonomske gubitke, razaranja, zdravstvene probleme i smrt većeg broja lica¹⁷.

Do sada je 15 država članica Evropske unije utvrdilo *nacionalnu strategiju prilagođavanja na klimatske promene*¹⁸.

Evropska platforma prilagođavanja na klimatske promene upućuje na potrebu da se organizovano radi na razvoju odgovarajućih *transnacionalnih strategija*.

Strateško planiranje u ovoj oblasti na svim nivoima podrazumeva i odgovarajuću pravnu regulativu kojom se, na direktan ili indirektan način, obezbeđuje sprovođenje javnih politika u vezi sa klimatskim promenama. Jedan njen deo pripada i korpusu građanskog prava.

¹⁵ V.: *Europe adapts to climate change: Comparing National Adaptation Strategies* (grupa autora), Global Environmental Change 20/2010, str. 440 i dr.

¹⁶ <http://ec.europa.eu/clima/policies/adaptation/>

¹⁷ V.: *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*, tačka 2.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0216:FIN:EN:HTML>, 14.12.2013.

¹⁸ Opširnije sa uporednim prikazom: *Developing Adaptation Policy and Practice in Europe: Multi-level Governance of Climate Change* (ed. Carina H. Keskitalo), Springer, Dordrecht – Heidelberg – New York, 2010.

4. Prilagođavanje građanskog prava

Problematika zaštite životne sredine je decenijama bila najneposrednije vezana za javno pravo (upravno i ustavno). Međutim, okolnosti su se poslednjih godina bitno izmenile. Novija istraživanja pokazuju da privatno, a time i građansko pravo, ima sve značajniju ulogu u toj oblasti¹⁹. Taj trend se jednim delom može pripisati i činjenici da su neki građanskopravni instituti u međuvremenu usklađeni sa praktičnim potrebama u domenu zaštite životne sredine i održivog razvoja.

Strategija prilagođavanja na klimatske promene će dodatno uticati na razvoj građanskog prava. Pre svega, biće doneti novi propisi za sprovođenje javnih politika u toj oblasti. To znači da će biti uvedena nova pravila i da će nastati i neki novi pravni instituti. U svakom slučaju, u pojedinim segmentima će se izmeniti postojeći pravni režim. Treba očekivati naglašeniji državni intervencionizam u oblasti svojinskih odnosa, ugovornog prava i sl. Tradicionalni pravni instituti će, u izvesnoj meri, biti redefinisani, a autonomija subjekata sužena u javnom interesu²⁰. To se posebno odnosi na način ostvarivanja pojedinih vrsta građanskih subjektivnih prava. Uz to, treba očekivati i izvesne promene u pravcu humanizacije i moralizacije građanskopravnih odnosa. Poseban naglasak će biti na jačanju uzajamnosti i solidarnosti pri ostvarivanju prava i ispunjavanju obaveza u kriznim situacijama.

Summa summarum, treba očekivati veći uticaj države i restriktivnije ostvarivanje građanskih subjektivnih prava.

U ovom kontekstu će biti izložen samo sumarni pregled mogućih promena. Svaka od njih će kasnije biti predmet posebnih istraživanja.

5. Promene u domenu prava svojine

Transformacija prava svojine se odvija u dva pravca, odnosno, na dva nivoa. Pre svega, menja se njegova pravna priroda. Ono više nije apsolutno u tom smislu da daje vlasniku neograničena ovlašćenja u odnosu na stvar koja mu pripada. U svetu u kom su resursi ograničeni, pravo svojine predstavlja privilegiju. Međutim, ta privilegija obavezuje (*privilegia odiosa*). Od vlasnika se može zahtevati ne samo da nešto ne čini, već i da nešto čini, prevashodno u javnom interesu, a izuzetno i u interesu drugih pojedinaca i užih društvenih grupa. Priroda i domašaj prava svojine se menjaju pod uticajem različitih faktora. Stvaranje novog pravnog ambi-

¹⁹ Detaljno o tome: Michael P. Vandenbergh, *Private Environmental Governance*, Cornell Law Review 1/2013, str. 129. i sl.

²⁰ Opširnije: Dušan Nikolić, *Uvod u sistem građanskog prava...*, str. 103-104 i 243-244.

jenta, zasnovanog na navedenim premisama, odgovara i praktičnim potrebama u vezi sa klimatskim promenama i strategijom prilagođavanja.

5.1. Socijalna funkcija prava svojine

U Evropi se, od francuske buržoaske revolucije ciklično smenjuju dva modela svojinskih odnosa. Jedan karakterišu pravni i ekonomski liberalizam, a drugi, naglašeni državni intervencionizam.

Liberalni koncept prava svojine je ozvaničen *Deklaracijom o pravima čoveka i građanina (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen)* iz 1789. godine, a potom preciznije (i restriktivnije) uređen *Francuskim građanskim zakonikom (Code civil des Français)* iz 1804. godine. Njegovu suštinu određuju dve norme Napolenovog zakonika. Čuvenim članom 544 utvrđeno je da je svojina pravo uživanja i raspolaganja stvarima na najapsolutniji način, u granicama određenim zakonima i propisima.²¹ U sledećem, 545. članu rečeno je da niko ne može biti primoran da se odrekne svog vlasništva, izuzev zbog opšte koristi i uz prethodnu pravičnu naknadu.²² Pod uticajem francuske doktrine, u Evropi je dugo vladalo mišljenje da vlasnik ima punu slobodu u pogledu korišćenja stvari i da je u ostvarivanju svog prava ograničen isključivo pravima drugih lica. Međutim, na razmeđu XIX i XX veka pojavila se nova struja u pravnoj nauci, čiji su pripadnici smatrali da pravo svojine treba shvatiti na drugačiji način.

Jedan od glavnih protagonista novog pristupa bio je nemački pravni teoretičar Oto fon Gierke (*Otto von Gierke*) koji je 1889. godine objavio studiju o socijalnoj ulozi privatnog prava²³. Posebnu pažnju na međunarodnom planu izazvali su radovi francuskog teoretičara Leona Digija (*Léon Duguit*). On je u okviru šest predavanja održanih u Buenos Airesu 1911. godine izneo mišljenje da svojina nije pravo u klasičnom smislu, već *socijalna funkcija (théorie de la fonction sociale du droit de la propriété)*. Jedna od osnovnih teza je bila da vlasnik ne treba da ima punu slobodu u pogledu korišćenja stvari. Po Digiju, predmet prava svojine treba koristiti ne samo u privatnom, već i u javnom interesu. Država ima pravo (i zadatak) da vlasnika u tome ohrabri, a po potrebi i da ga kazni zbog zanemarivanja takve dužnosti. Osim toga, organi državne vlasti treba da odrede i način na koji će pravo biti ostvarivano u javnom interesu.

²¹ „La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements“.

²² „Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité.“

²³ V.: Otto von Gierke, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin, 1889.

To podrazumeva određivanje uslova za korišćenje određenih dobara i propisivanje odgovarajućih mera. Socijalnom funkcijom prava svojine i drugih privatnopravnih instituta bavio se i austrijski pravni teoretičar i političar Karl Renner (*Karl Renner*)²⁴. Navedena razmišljanja nisu ostala na teorijskoj ravni. Ona su bila idejna (i ideološka) podloga za razvoj pravne regulative u većem broju zemalja.

Do promene dominantnog pravca razvoja prava dolazi kada aktuelni model postane nefunkcionalan ili kada usled njegove primene tenzije unutar određenog društva dostignu kritičnu tačku.

Zanimljivo je da funkcionalistički prisut, po pravilu, stupa na scenu u periodu velikih kriza (ekonomskih, socijalnih i sl.) kada je potreban viši stepen uzajamne solidarnosti. Čovečanstvo se trenutno nalazi na jednoj takvoj prekretnici. Klatno pravne istorije je, izgleda, doseglo krajnje tačke neoliberalnog modela. O tome svedoče velika recesija, ekonomska kriza i rastući državni intervencionizam u čitavom svetu. Funkcionalistički pristup ponovo postaje predmet interesovanja naučne javnosti²⁵. Uz to, njegov uticaj se oseća i na praktičnom planu, u mnogim zemljama.

U ovom kontekstu posebno treba ukazati na novije radove američkih autora koji smatraju da svojina u sebi sadrži određena ograničenja i dužnosti (obaveze) prema društvenoj zajednici (*social obligation*), među koja spadaju i one koje se tiču zaštite životne sredine²⁶. Funkcionalistički pristup u tom domenu dobija naročitu dimenziju. Pojedini autori govore o socijalnoj funkciji svojine u domenu zaštite životne sredine i održivog razvoja (*socioenvironmentalism*)²⁷.

Najzad, pažnju zaslužuje i jedna odluka *Suda pravde evropskih zajednica* (Evropske unije) u kojoj je ukazano na socijalnu funkciju prava svojine. Sud je povodom prethodnog pitanja konstatovao da „u skladu sa sudskom praksom, pravo na posedovanje imovine predstavlja jedno od opštih načela komunitarnog prava. Ipak, *to pravo nije apsolutno i mora se posmatrati u odnosu na njegovu socijalnu funkciju* (naglasio D.N.). Iz toga sledi da pravo na imovinu može biti ograničeno pod uslovom da takva

²⁴ V.: Karl Renner, *Socijalna funkcija pravnih instituta*, Beograd, 1960.

²⁵ Na Fordham univerzitetu u SAD, 2011. godine održan je simpozijum pod nazivom *Socijalna funkcija svojine – Uporednopravna perspektiva*. V.: *The Social Function of Property: A Comparative Law Perspective*, (Introduction: Sheila Foster, Daniel Bonilla), Fordham Law Review, 3/2011.

²⁶ V.: Gregory S. Alexander, *The Social-Obligation Norm in American Property Law*, Cornell Law Review, 4/2009, str. 796. i dr.

²⁷ V.: Colin Crawford, *The Social Function of Property and the Human Capacity to Flourish*, Fordham Law Review, 3/2011, str. 1092. i dr.

ograničenja odgovaraju ciljevima koje želi postići Zajednica i da u odnosu na cilj koji se želi postići ne predstavljaju nesrazmerno i nepodnošljivo mešanje koje utiče na samu suštinu garantovanog prava²⁸.

Na osnovu izloženog se može zaključiti da postoji teorijsko i praktično opravdanje za to da se pravo svojine ograniči u javnom interesu, posebno kada se radi o egzistencijalnoj ugroženosti šire društvene zajednice, uključujući i onu koja nastaje usled klimatskih promena.

Ograničenja mogu biti *negativna* i *pozitivna*. U prvom slučaju se vlasniku uskraćuje mogućnost da na određeni način koristi svoje dobro, a u drugom mu se nalaže da ga koristi na način koji je u skladu sa javnim interesima.

5.1.1. Negativne obaveze (ograničenja) u javnom interesu

U pravnom sistemu Republike Srbije postoje značajna ograničenja prava svojine u javnom interesu koja proističu iz *Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa* iz 1980. godine. Između ostalog, propisano je da vlasnik treba da ostvaruje pravo svojine u skladu sa prirodom i namenom stvari i da je zabranjeno vršenje tog prava protivno cilju zbog koga je zakonom ustanovljeno ili priznato²⁹. Takođe, određeno je da je vlasnik dužan da se pri korišćenju nepokretnosti uzdržava od radnji i da otklanja uzroke koji potiču od nje, kojima se otežava korišćenje drugih nepokretnosti (prenošenje dima, neprijatnih mirisa, toplote, čađi, potresa, buke, oticanja otpadnih voda i sl.) preko mere koja je uobičajena s obzirom na prirodu i namenu nepokretnosti i na mesne prilike, ili kojima se prouzrokuje znatnija šteta. Navedeni normativni okvir se restriktivno tumači u pravnoj teoriji. Smatra se da je zakonodavac ostao na terenu tzv. *susedskih imisija*, o kojima će kasnije biti reči. Aktuelna zbivanja u čovekovom okruženju iziskuju znatno širi pristup. Problem bi se mogao rešiti ekstenzivnijim tumačenjem zakonske norme u delu u kom se govori o znatnijoj šteti. Na osnovu formulacije bi se moglo zaključiti da se zabrana ne odnosi samo na postupke kojima se nanosi šteta vlasniku druge nepokretnosti, nego na svaki postupak koji može izazvati znat-

²⁸ U originalu: „According to settled case-law, the right to property is one of the general principles of Community law. However, it is *not absolute* but must be viewed in relation to its *social function*. Consequently, the exercise of the right to property may be restricted, provided that those restrictions in fact correspond to objectives of general interest pursued by the Community and do not constitute in relation to the aim pursued a disproportionate and intolerable interference, impairing the very substance of the rights guaranteed...“ C-347/03, *Tocai - Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia v. Agenzia regionale per lo sviluppo rurale*. V.: Presuda C-347/03, TOCAI, Evropski pravnik / European Lawyer Journal (preveo i priredio: Boško Kačanski).

²⁹ V.: član 4 *Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa*.

niju štetu, uključujući i onu koja nastaje usled nepoželjnih promena u životnoj sredini.

Već je rečeno da su klimatske promene posledica različitih faktora koji su međusobno povezani. Svaki čovekov postupak, ma koliko na prvi pogled bio marginalan, doprinosi promenama u okruženju. Zato će krug ograničenja i zabrana biti vremenom sve veći. Kako budu narastali tzv. ekološki problemi, tako će jačati i državni intervencionizam. Država će biti prinuđena da sve češće, radi zaštite javnog interesa zabranjuje određene postupke i kada oni na direktan način ne štete drugim pojedincima. Na primer, zabranjeno je spaljivanje ostataka useva na njivama³⁰. Za to postoji više razloga. Emitovanje dima u okolinu je svakako nepoželjno. Međutim, zabrana je pravashodno određena zbog toga što se spaljivanjem velikih količina biomase menjaju kvalitet i struktura obradivog zemljišta, ugrožavaju biljni i životinjski svet, menja mikro klima na određenom području i sl. U nekim područjima je zabranjeno sađenje neautohtonih vrsta drveća i drugih biljaka. Takođe, u sušnim periodima može biti zabranjeno korišćenje vode za melioraciju, ili se može zabraniti korišćenje sistema za navodnjavanje koji zbog tehničko-tehnoloških karaktetristika ne omogućuju štedljivo korišćenje vodnih resursa i sl.

Zakonom o poljoprivrednom zemljištu je zabranjeno: korišćenje obradivog poljoprivrednog zemljišta prve, druge, treće, četvrte i pete katastarske klase u nepoljoprivredne svrhe; ispuštanje i odlaganje opasnih i štetnih materija na poljoprivrednom zemljištu i u kanalima za odvodnjavanje i navodnjavanje; korišćenje biološki nerazgradive folije za intenzivnu proizvodnju određenih biljnih kultura³¹. Osim toga, radi zaštite od erozije i bujica na erozionom području može biti određena: privremena ili trajna zabrana preoravanja livada i pašnjaka radi pretvaranja u oranične površine sa jednogodišnjim usevima; zabrana napasanja stoke na takvom području; zabrana seče šuma i šumskih zasada iznad parcela koje su ugrožene erozijom tla i sl³².

5.1.2. Pozitivne obaveze u javnom interesu

U duhu pravnog liberalizma, dugo je vladalo mišljenje da država može nešto da zabrani vlasniku određenog dobra, ali da ne može da mu nameće pozitivne obaveze, odnosno, da od njega zahteva da nešto čini u javnom interesu. Međutim, okolnosti su se u međuvremenu bitno izmenile, a zajedno sa njima i pravna pravila.

³⁰ V.: član 28, stav 2 *Zakona o poljoprivrednom zemljištu*.

³¹ V.: član 16 *Zakona o poljoprivrednom zemljištu*.

³² V.: član 16 *Zakona o poljoprivrednom zemljištu*.

Zakonom o poljoprivrednom zemljištu je, na primer, utvrđeno da radi zaštite od erozija mogu biti uvedene određene mere, kao što su: obavezne plodosmene (periodično sejanje različitih biljnih kultura na određenom zemljištu); obaveza gajenja višegodišnjih zasada; izrada specifičnih građevinskih objekata; obaveza podizanja i gajenja poljozaštitnih pojaseva ili sađenje drvenastih biljaka i sl.³³ Istim zakonom je određeno da radi zaštite i očuvanja hemijskih i bioloških svojstava poljoprivrednog zemljišta od prve do pete katastarske klase i obezbeđenja pravilne upotrebe mineralnih i organskih đubriva i pesticida, vlasnik, odnosno korisnik ima obavezu da vrši kontrolu plodnosti i da vodi evidenciju o vrsti i količini unetih materija³⁴.

Broj pozitivnih obaveza će se takođe uvećavati paralelno sa klimatskim promenama i rizicima koje one donose. Na to ukazuju i strateški dokumenti Evropske unije. Među značajnije adaptivne mere u EU uvršćeno je: 1. efikasno korišćenje oskudnih vodnih resursa; 2. prilagođavanje građevinskih propisa budućim klimatskim uslovima i ekstremnim vremenskim nepogodama; 3. podizanje nasipa za odbranu od poplava i razvoj kanalske mreže; 4. razvoj useva tolerantnih na sušu; 5. odabir šumskih zasada koji su manje osetljivi na oluje i požare; 6. formiranje koridora koji će omogućiti migraciju drugim biloškim vrstama³⁵.

Na osnovu navedenog se može zaključiti da u slučaju daljeg pogoršanja situacije, vlasnicima nepokrentosti može biti naloženo da uzgajaju otpornije biljne kulture, da podižu odgovarajuće zasade i sl.

Takve mere će biti preduzimane organizovano, u okviru planova za sprovođenje nacionalnih strategija prilagođavanja. U Holandiji je, na primer, 2006. godine usvojen *Nacionalni program za prostorno prilagođavanje na klimatske promene* (*National Programme for Spatial Adaptation to Climate Change - ARK*). Navedeni planski dokument se odnosi na naredni stogodišnji period³⁶.

5.2. Ograničenja u privatnom interesu

5.2.1. Moralizacija svojinskih odnosa

Problemi sa kojima se suočava čovečanstvo će u mnogim državama iziskivati dodatno usklađivanje pravnih normi sa etičkim principima, radi stvaranja pravednijeg prava i jačanja društvene kohezije. Osim toga, biće

³³ V.: član 18 *Zakona o poljoprivrednom zemljištu*.

³⁴ V.: član 21 *Zakona o poljoprivrednom zemljištu*.

³⁵ V.: <http://ec.europa.eu/clima/policies/adaptation/>

³⁶ V.: <http://www.climateresearchnetherlands.nl/ARKprogramme>

neophodno da se odrede i dodatni uslovi za ostvarivanje svojinskih i drugih ovlašćenja koji će ići u pravcu dalje moralizacije i humanizacije građanskopravnih odnosa.

U tom kontekstu poseban značaj će imati dosledna i potpuniya primena načela zabrane zloupotrebe prava. Na primer, u pojedinim zemljama je već određeno da vlasnici obradiviog poljoprivrednog zemljišta moraju tolerisati podizanje zaštinog pojasa od drveća i drugog visokog višegodišnjeg rastinja (*agroforestry*) na susednim parcelama i da nemaju pravo da zahtevaju naknadu štete zbog umanjenja prinosa usled hladovine (manjka svetlosti i toplote) na rubnom području. Poznato je da je suprotna praksa u nekadašnjoj Jugoslaviji doprinela tome da bude posećen veliki broj stabala, pa i čitavi šumski kompleksi.

5.2.2. *Susedska solidarnost*

U neposrednoj vezi sa navedenim procesom humanizacije i moralizacije građanskopravnih odnosa je i potreba za jačanjem susedske solidarnosti. Prenaglašeni individualizam u svim sferama života doveo je do visokog stepena otuđenosti, odsustva osećaja za zajednički i javni interes i sl. Klimatske promene će sve više iziskivati saradnju i zajedničko delovanje lica koja žive i rade u neposrednom susedstvu. Neki od tih aspekata će biti detaljnije uređeni pravom (*susedsko pravo*; *susedski odnosi*), a neki će ostati u domenu morala. U svakom slučaju ljudi će sve više biti upućeni jedni na druge.

Na primer, podizanje, nega i održavanje zaštitnih pojaseva će nesumnjivo iziskivati aktivnu saradnju vlasnika susednih parcela. Isto važi i za prosecanje koridora za zaštitu šuma od požara, otvaranje koridora za prolaz drugih biloških vrsta, za kopanje i održavanje kanala radi odvođenja velikih količina vode u slučaju ekstremno velikih atmosferskih padavina i sl.

5.3. *Šira primena službenosti*

Klimatske promene će verovatno uticati i na širu primenu pojedinih vrsta službenosti. U plavnim zonama, kao i u područjima zahvaćenim klizištima, češće će biti korišćeća službenost prolaza, progona stoke preko tuđeg zemljišta i sl. U sušnim periodima će biti otvoreno, a u nekim slučajevima čak i zaoštreno pitanje korišćenja vode iz tuđeg bunara i sl.

Izvesno je da već sada treba raditi na preciznijem razgraničenju prava na korišćenje tuđih dobara u skladu sa međunarodnim konvencijama (poput prava na pristup izvoru pitke vode) i pojedinih vrsta službenosti.

Takođe, treba razmotriti potrebu za transformisanjem postojećih pravnih instituta i uvođenjem novih u toj oblasti.

5.4. Regulisanje svojinskih odnosa za slučaj erozije tla

Jedna od težih posledica klimatskih promena je erozija tla, do koje dolazi usled povećanja nivoa mora i okeana, snažnih udarnih talasa, bujičnih tokova, atmosferskih padavina koje izazivaju spiranje čestica, klizišta, snažnih vetrova koji raznose čestice, usled odrona zemljišta i sl. Razmere tih događaja, njihova učestalost i teške posledice, iziskuju precizniju i znatno savremeniju pravnu regulativu. U Republici Srbiji se u ovoj oblasti, kao što je već rečeno, i dalje primenjuju pravna pravila iz *Srpskog građanskog zakonika* iz 1844. godine. Međutim, ta problematika je obuhvaćena *Nacrtom Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima*³⁷, koji je sačinjen sredinom protekle decenije³⁸.

³⁷ V.: *Ka novom stvarnom pravu Srbije – Nacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima*, Beograd, 2007, str. 39-41.

³⁸ Nacrtom su regulisana pitanja koja se tiču odrona, klizišta, bujica, spiranja i nagnutosti. Predviđena su sledeća pravila:

ODRON. *Odron nastao usled dejstva više sile.* Član 145. (1) Vlasnik zemljišta koje se odronilo usled dejstva više sile, može o svom trošku vratiti odronjeni deo tla i rastinje (odron) koje se na njemu nalazilo u vreme odronjavanja, ako se time ne povećava rizik od novih odrona i nastupanja druge znatnije štete. (2) Odron se može vratiti u ranije stanje godinu dana od dana njegovog nastanka, uz primenu odgovarajućih mera zaštite i uz najmanje ograničavanje prava vlasnika i korisnika zemljišta na kom se odron nalazi. (3) Po isteku roka iz stava 2. ovog člana, vlasnik zemljišta na kom se odron nalazi stiče svojinu odrona. [Predviđena su posebna pravila za: 1. *Odranjavanje za koje je odgovoran vlasnik odronjenog zemljišta* i, 2. *Odranjavanje za koje je odgovoran vlasnik zemljišta na kom se odron nalazi*. Ta materija nije u neposrednoj vezi sa problematikom klimatskih promena]. *Uklanjanje odrona sa javne površine.* Član 148. (1) deo tla i rastinje odronjeni sa zemljišta vlasnika na javnu saobraćajnicu ili drugu javnu površinu, uklanjaju se bez odlaganja. (2) Odron nastao dejstvom više sile uklanja se o trošku države, osim ako vlasnik odronjenog zemljišta, bez odlaganja, preduzme odgovarajuće mere za vaspostavljanje predašnjeg stanja. (3) Lice koje namerno ili krajnjom nepažnjom izazove odron, uklanja ga o svom trošku. *Odgovornost države i lokalne samouprave.* Član 149. (1) Država odnosno lokalna samouprava u okviru svojih nadležnosti uklanja bez odlaganja deo tla, rastinje i druge predmete odronjene sa javne površine ili javne saobraćajnice, čime se ne dira u svojinu odrona ili predmeta. (2) Vlasnik zemljišta može u roku od godinu dana od dana nastanka odrona zahtevati da se deo odronjene javne površine ukloni o trošku države odnosno lokalne samouprave. (3) Deo odronjene javne površine i rastinje koji nisu uklonjeni u propisanom roku postaju svojina vlasnika zemljišta na kom se nalaze. (4) Država odnosno lokalna samouprava, odgovara, u okviru svoje nadležnosti, za štetu nastalu zbog nepreduzimanja mera primerenih za sprečavanje odrona javnih saobraćajnica i drugih javnih površina. **KLIZIŠTE.** *Klizište.* Član 150. (1) Poljoprivredno i šumsko zemljište koje usled dejstva prirodnih sila klizanjem povremeno menja položaj, ostaje svojina dotadašnjeg

5.5. Regulisanje svojinskih odnosa za slučaj promene vodotoka

Klimatske promene takođe iziskuju i preciznije regulisanje svojinskih odnosa za slučaj promene vodotoka. U Republici Srbiji se i u toj oblasti primenjuju stara pravna pravila. *Nacrtom Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima* detaljnije su uređena pitanja koja se odnose na *ново реčno ostrvo (ada), pomeranje rečnog toka i napušteno rečno korito*³⁹.

5.6. Promene u domenu imisionog prava

Prema klasičnom shvatanju, zasnovanom na rimskom pravnom nasledu, vlasnik nepokretnosti odgovara po pravilima građanskog prava za imisiju (lat. *immissio*⁴⁰), pod kojom se podrazumeva nedozvoljeno delovanje na neku drugu, po pravilu susednu, nepokretnost, koje za posledicu uznemiravanje ili nanošenje štete⁴¹. Odgovornost najčešće nastaje zbog nedopuštenog unošenja (*imitovanja*) dima, atmosferskih voda, buke, neprijatnih mirisa i sl. u tuđu nekretninu ili u vazdušni prostor koji se nalazi iznad nje.

Navedeni pristup je restriktivan i u izvesnoj meri anahron. Prema klasičnom shvatanju, pravnu zaštitu bi mogla tražiti samo lica do čijih nepokretnosti nedopušteni uticaji neposredno dopiru. *Prima facie*, takav stav je logičan i opravdan. Smatra se da pravo na pravnu zaštitu imaju samo oni čija su prava ili pravom priznati interesi neposredno ugroženi ili

vlasnika sve dok predstavlja jedinstvenu površinu koja se može razumno koristiti. (2) Na klizištu koje ne predstavlja jedinstvenu površinu shodno se primenjuju odredbe o odronu. SPIRANJE. *Spiranje tla*. Član 151. (1) Čestice tla koje atmosferska voda postepeno spira oticanjem, svojina su vlasnika zemljišta na kom se talože. (2) Vlasnik zemljišta ne dužuje naknadu za nataložene čestice tla. BUJICA. *Bujica*. Član 152. (1) Na deo tla koji bujica (podrivnjača) odroni i nanese uz nizvodno zemljište shodno se primenjuju odredbe o odronu. (2) Na čestice tla koje nanese bujica (spirnjača) shodno se primenjuju odredbe o spiranju tla. NANOS. *Nanos zemljišta*. Član 153. (1) Čestice tla koje nanese reka ili vetar, svojina su vlasnika zemljišta na koje su nanete. (2) Vlasnik zemljišta ne dužuje naknadu za nanete čestice tla. (Autor ovog članka je i autor osnovnog teksta na osnovu kojeg su formulisana pravila o eroziji tla u *Nacrtu Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima*).

³⁹ V.: *Ka novom stvarnom pravu Srbije – Nacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima...*, str. 41.

⁴⁰ *Immissio* – ispustiti na nešto; baciti u nešto; pustiti na određeno mesto; poslati protiv nečeg; uvesti u nešto.

⁴¹ Rimljani su ustanovili posebnu tužbu (*actio aque pluviae arcendae*) koja se mogla koristiti ukoliko je vlasnik susednog zemljišta stvorio opasnost od nastupanja štete tako što je izmenio prirodni tok vode, uvećao snagu i brzinu vodotoka sužavanjem njegovog korita i sl. Pravnu zaštitu je mogao da traži samo vlasnik nepokretnosti koja je bila ugrožena takvim postupanjem.

povređeni. Nedopuštena imisija je institut građanskog (ili šire: *privatnog*) prava i po tradicionalnom učenju treba da bude u funkciji zaštite *privatnih interesa*. Međutim, kao što je već rečeno u ovom radu, postoje i drugačija mišljenja o tome. Građanskopravni instituti nesumnjivo imaju i socijalnu funkciju. To znači da oni treba istovremeno da omoguće i zaštitu *javnih interesa*.

Zahvaljujući vizionarstvu profesora Mihaila Konstantinovića, u Srbiji decenijama postoji mogućnost da se u okviru građanskog prava efikasno štite interesi društvene zajednice. *Zakonom o obligacionim odnosima* iz 1978. godine, propisano je da svako može zahtevati od drugoga da ukloni izvor opasnosti od koga pretila znatnija šteta njemu ili neodređenom broju lica, kao i da se uzdrži od delatnosti od koje proizilazi uznemiravanje ili opasnost od štete, ako se takve posledice ne mogu sprečiti odgovarajućim merama. Osim toga, određeno je da će sud, na zahtev zainteresovanog lica, narediti da se preduzmu odgovarajuće mere za sprečavanje nastanka štete ili uznemiravanja, ili da se otkloni izvor opasnosti, na trošak držaoca izvora opasnosti, ako on to sam ne učini. Najzad, propisano je i da se, ako šteta nastane u obavljanju opštekorisne delatnosti, za koju je dobijena dozvola nadležnog organa, može zahtevati samo naknada one štete koja prelazi normalne granice, ali da se i tada može tražiti preduzimanje opravdanih mera za sprečavanje nastupanja daljih štetnih posledica ili za njihovo smanjenje⁴². Na osnovu formulacije zakonske norme se može zaključiti da je zapravo reč o tzv. popularnoj tužbi (*actio popularis*)⁴³ kojom se može tražiti izricanje određenih građanskopravnih sankcija⁴⁴ i mera radi zaštite javnih interesa. Takvo normativno rešenje je u skladu sa aktuelnim tendencijama o kojima je bilo reči u prethodnim odeljcima. Međutim, ono samo po sebi nije dovoljno. Potrebno je da dođe i do određenih promena u tumačenju i primeni zakonskih normi. Naime, u praksi se relativno retko koriste mogućnosti koje u domenu zaštite životne sredine pružaju odredbe *Zakona o obligacionim odnosima*. To se, u određenoj meri, može pripisati činjenici da većina pravnika i dalje posmatra negativne uticaje na okruženje kroz prizmu tradicionalnog imisionog prava, ili se oslanja na institute koji spadaju u oblast javnog prava. Međutim, instituti građanskog prava

⁴² V.: član 156 *Zakona o obligacionim odnosima*.

⁴³ V.: Jožef Salma, *Odgovornost za opasnost od štete*, Pravni život, 1/1988, str. 476-478; Vesna Rakić Vodinić, *Ekološka tužba*, Pravni život, 39/1989, str. 661-672; Marija Salma, *Procesnopravna zaštita čovekove sredine*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 6/1989, str. 742-749.

⁴⁴ V.: Dušan Nikolić, *Građanskopravna sankcija (geneza, evolucija i savremeni pojam)*, Novi Sad, 1995.

mogu efikasno poslužiti za zaštitu javnih interesa. Potreban je samo mala promena u načinu razmišljanja. Pojedinaac ili pravno lice ne treba da odgovara samo za *imisiju*, odnosno, za negativni uticaj na određenu nepokretnost, već za *emisiju* (*emissio*), odnosno, za emitovanje negativnih uticaja u svoje okruženje⁴⁵. U tom smislu bi trebalo menjati važeća pravila u domenu stvarnog prava. Sa druge strane, aktuelne odredbe *Zakona o obligacionim odnosima* nesumnjivo mogu odgovoriti na izazove koje donose klimatske promene.

6. Funkcionalno povezivanje građanskog prava sa granama javnog prava

Sistemske pristup klimatskim promenama, o kom je bilo reči na početku ovog rada, ukazuje na potrebu da se sinhronizovano razvijaju komplementarni instituti građanskog prava, s jedne strane, i instituti javnog prava (ustavnog i upravnog prava), sa druge. Nezavisno od toga što se radi o različitim oblastima pravnog sistema, među njima mora postojati odgovarajući stepen usaglašenosti i funkcionalne povezanosti⁴⁶. O tome svedoče iskustva drugih zemalja⁴⁷ i pojedinih međunarodnih organizacija, a posebno aktivnosti *Međunarodne akademske asocijacije za prostorno planiranje, pravo i svojinske odnose* (*The International Academic Association on Planning, Law, and Property Rights*), koja se, između ostalog, bavi i problematikom *javno-privatnog partnerstva*, u vezi sa zaštitom životne sredine i održivim razvojem, a u tom kontekstu, i aspektima koji se odnose na klimatske promene.

7. Zaključak

Summa summarum, narastajuće klimatske promene i posledice koje iz njih proističu, iziskuju odgovarajuće promene na normativnom planu. One će bitno uticati na fizionomiju građanskog prava i na njegovu ulogu u pravnom sistemu. Promene će nesumnjivo biti postepene ali dalekosežne. Zahvatiće pravo svojine, kao kardinalni institut stvarnog prava, ali i čitav niz drugih pravnih instituta.

Pravci daljeg razvoja građanskog prava su jednim delom određeni i odgovarajućim strategijama prilagođavanja na klimatske promene, o kojima je bilo reči u ovom radu.

⁴⁵ V.: Dušan Nikolić, *From Liability for Immissio to Liability for Emissions*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1/2006, str. 405.

⁴⁶ Opširnije o tome u: Dušan Nikolić, *Uvod u sistem građanskog prava...*, str. 151. i 166.

⁴⁷ V.: Sy Adler, *Oregon Plans – The Making of an Unquiet Land – Use Revolution*, Oregon State University Press, 2012.

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

Climate Changes and Civil Law

Elements for an Adaptation Strategy

Abstract: *In recent days, the need for systematically dealing with the chalanges, which appear in relation to environment protection and sustainable development is ever more frequently pointed to. In the center of that problematics are climate changes and their effects. The work points out the fact that the climate is changing due to human activities, as well as the laws of nature which have been formulated by Milutin Milanković. In this regard, society should put organized work into eliminating the anthropogenic factors, while simultaneously adapting to the climate changes that are inevitable.*

The European Union has adopted a special Strategy for adaptation to climate changes. That document defines guidelines for development of public policies and operative measures in different areas. Similar (national) strategies have been adopted by certain countries.

Efficient application of strategic documents and public policies is not possible without adequate legal regulative.

Law traditionally comes late, as compared to social needs, including those related to reacting to climate changes and their effects.

The work points out the need for civil law to be adapted to current trends. The author thinks that redefining the property rights are inevitable, and that it will be, due to climate changes, further restricted, in public interest, and for the sake of protection of existential interests of individuals and smaller social groups, alike. In this regard, thinkings of certain European and American authors on social function of that and other institutes of private law have been pointed out.

In order for a higher level of social cohesion to be acheaved in crisis situations, legal regulative should be harmonized with moral rules to a greater extent. Society should create a more just law, while individuals should apply it with more mutual understanding and solidarity.

The author thinks that the traditional imission law should be transformed as well. Rules on imission should not be directed only to protection of private interests, but also to protection of public interests. In this regard, responsibility should not be bound only to unallowed influence on neighboring property, but should be expanded to cases in which someone emits into environment something that poses a threat to a wider community. The work also points out the need to more precisely regulate problems regarding erosion of soil, changing of water flows, servitudes, etc.

Key words: *environment protection; sustainable development; climate changes; civil law; strategy of adaption; property law; imission.*

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

ELEMENTI ZA PRAVNO REGULISANJE SUROGAT MATERINSTVA SA PREKOGRANIČNIM DEJSTVIMA¹

Sažetak: Brojni slučajevi surogat materinstva sa prekograničnim dejstvima i pravne posledice koje nastaju povodom njih u različitim nacionalnim pravnim okvirima izazvali su potrebu da se razmotri mogućnost i neophodnost regulisanja ove problematike na međunarodnom nivou. Haška konferencija za međunarodno privatno pravo je od 2011. godine angažovana na prikupljanju podataka i istraživanju problematike na osnovu čega će 2014. godine podneti izveštaj o tome da li da se pristupi izradi međunarodnog instrumenta. U toku pripremnih radnji podneta su dva preliminarne izveštaja i izrađeni su upitnici upućeni državama članicama i drugim zainteresovanim zemljama u kojima su obuhvaćena pitanja od suštinskog značaja za pravno regulisanje surogat materinstva u nacionalnim pravima. Pozitivno pravo Srbije zabranjuje surogat materinstvo, ali Prednacrt Građanskog zakonika iz 2011. godine uvodi u domaći pravni sistem ovaj način biomedicinski potpomognutog oplodjenja. U radu se ukazuje na to da je regulisanje surogat materinstva sa prekograničnim dejstvima takođe potrebno radi celovitog regulisanja problematike. U tom cilju se - na osnovu prethodnih istraživanja u okviru Haške konferencije - ukazuje na elemente koji bi trebalo da budu obuhvaćeni budućom regulativom.

Ključne reči: surogat materinstvo, prekogranična dejstva surogat materinstva, pravno roditeljstvo, nameravani roditelji, elementi pravnog regulisanja, Haška konferencija za međunarodno privatno pravo

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

1. Uvod

Prema današnjem stanju zakonodavstva Republike Srbije surogat materinstvo, odnosno rađanje za drugog je zabranjeno. Prema članu 56 Zakona o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja (u daljem tekstu: ZBMPO)² u postupku biomedicinski potpomognutog oplodjenja (BMPO) zabranjeno je „uključiti ženu koja ima nameru da dete posle rađanja ustupi trećem licu sa ili bez plaćanja bilo kakve naknade, odnosno ostvarivanja bilo kakve materijalne ili nematerijalne koristi, kao i nudi 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“ (tačka 25 člana 56).³

Međutim, prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije u tekstu koji je objavljen 2011. godine⁴ sadrži odredbe o surogat materinstvu koje se nalaze pod naslovom „Materinstvo i očinstvo u slučaju začeća uz biomedicinsku pomoć“. U tekstu se koristi izraz „rađanje za drugog“ (članovi 60 – 67 Treće knjige) i razlikuju se njegova dva vida: delimična, genetska surogacija – kada se za oplodnju surogat majke koristi reproduktivni materijal bar jednog od nameravanih roditelja, i potpuna, gestacijska surogacija – kada se za oplodnju surogat majke koristi reproduktivni materijal oba nameravana roditelja (stav 1 člana 63 Treće knjige). Prednacrt sadrži odredbe o materinstvu i očinstvu deteta koje je na osnovu ugovora o rađanju za drugog rodila druga žena (surogat majka); o ugovoru o rađanju za drugog; o tome ko ne može da bude surogat majka (ko mogu da budu stranke u ugovoru); o vidovima rađanja za drugog; o pravima i obavezama iz ugovora o rađanju za drugog; o nekomercijalnom karakteru ugovora o rađanju za drugog; o prekidu trudnoće surogat majke. Na postupak sprovođenja rađanja za drugog tekst propisuje primenu ZMBP.

² Vidi Sl. glasnik RS br. 72/2009.

³ Osim ove izričite odredbe o zabrani surogat materinstva, član 56 takođe zabranjuje poklanjanje ljudskih embriona u postupku BMPO (tačka 16), postupke BMPO sa istovremenom primenom doniranih jajnih ćelija i doniranih semenih ćelija (tačka 18), sprovođenje postupka BMPO sa istovremenim korišćenjem jajnih ćelija donora i spermatozoida donora (tačka 33) koji bi, šire posmatrano, svi mogli da dovedu do određenih oblika surogat materinstva, iako ne uključuju rađanje za drugog.

⁴ Građanski zakonik Republike Srbije, Treća knjiga – Porodični odnosi, prednacrt, Vlada Republike Srbije, komisija za izradu Građanskog zakonika, Beograd, juni 2011. g., tekst dostupan na internet strani <http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik/> poslednji put posećenoj 3. decembra 2013.g.; vidi, takođe, G. Kovaček-Stanić, Biomedicinski potpomognuto začeće i rođenje deteta: Surogat materinstvo u uporednom evropskom pravu i u Srbiji, *Stanovništvo*, godište LI, januar-jun 2013, br. 1, str. 1-22.

Svesni činjenice da su norme u Trećoj knjizi Građanskog zakonika Srbije tek prednacrt teksta i da će kao takve da budu predmet razmatranja struke, analize naučnika i praktičara, ipak smatramo da je za pohvalu činjenica njihovog uključivanja u tekst, jer se time pokazuje svest o postojanju problema i o potrebi njegovog rešavanja na normativnom planu.

Ovaj rad nije posvećen razmatranju predloženih normativnih rešenja u pogledu surogat materinstva u pravnom sistemu Srbije, ali ona služe kao povod za ukazivanje na potrebu regulisanja i surogat materinstva sa prekograničnim dejstvima.⁵ Naime, ako se surogat materinstvo dozvoli i pravno reguliše zakonodavac mora da bude svestan da ta činjenica povlači za sobom dve situacije: nameravani roditelji⁶ i surogat majka su domaći državljani koji žive na teritoriji Srbije koji stupaju u ugovorni odnos o surogat materinstvu (ugovor o rađanju za drugog prema terminologiji Prednacrta), i druga situacija u kojoj neko od ugovornih strana nije domaći državljanin (surogat materinstvo sa prekograničnim dejstvima). Ova poslednja situacija pokriva dve varijante: slučaj u kojem su nameravani roditelji lica koja dolaze iz inostranstva da bi im surogat majka donela na svet dete u Srbiji, i koji posle rođenja deteta žele da se vrate zajedno sa detetom u državu u kojoj žive (bez obzira da li je to država njihovog državljanstva, prebivališta ili uobičajenog boravišta) – takvi slučajevi su *izlazni* slučajevi surogat materinstva; u drugom slučaju nameravani roditelji iz Srbije odlaze u inostranstvo gde stupaju u ugovor o rađanju za drugog, gde surogat majka rađa dete, te se nameravani roditelji posle rođenja deteta zajedno sa njim vraćaju u Srbiju – to su *ulazni* slučajevi surogat materinstva.⁷ Obe situacije, dakle i ona bez prekograničnih dejstava i ona sa prekograničnim dejstvima, povlače za sobom isto i najvažnije pravno pitanje: ko je pravna majka, odnosno ko su pravni roditelji deteta koga je rodila surogat majka. Ako je reč o surogat materinstvu bez prekograničnih dejstava na ovo pitanje daje odgovor domaće pravo (pravo Srbije) gde je surogat majka rodila dete.⁸ Kod surogat materinstva sa prekograničnim

⁵ Vidi detaljnije B. Bordaš, Surogat materinstvo sa prekograničnim dejstvima: stvarnost i pravo, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, godište XLVI, 4/2012, str. 97-117.

⁶ „Nameravani roditelji“, „nameravana majka“ i „nameravani otac“ su termini korišćeni u tekstu prednacrta Građanskog zakonika Srbije.

⁷ Termini ulazni i izlazni slučajevi surogat materinstva preuzeti su iz dokumenata Haške konferencije za međunarodno privatno pravo koja se bavi istraživanjem i proučavanjem problematike surogat materinstva sa prekograničnim dejstvima; vidi internet stranu: http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=183, poslednji put posećenu 3. decembra 2013.g., kao i izlaganja koja slede.

⁸ Prema članu 60 Prednacrta GZ: „1. U slučaju rađanja za drugog u matične knjige se kao majka deteta upisuje žena koja na osnovu ugovora o rađanju za drugog ima

dejtstvima pravno roditeljstvo se najpre utvrđuje u državi u kojoj je dete rođeno jer se činjenica rođenja upisuje u matičnu knjigu te države prema pravu te države; u ovom slučaju državljanstvo novorođenčeta nije od značaja. Kod ulaznih slučajeva surogat materinstva pravno roditeljstvo utvrđeno u državi rođenja prolazi proceduru u kojoj se vrši upis rođenja deteta u inostranstvu na osnovu akta strane države, ako je dete državljanin ulazne države. U zavisnosti od procedure te države i dozvoljenosti ili nedozvoljenosti surogat materinstva pravno roditeljstvo nameravanih roditelja (utvrđeno u državi u kojoj je dete rođeno) može da bude potvrđeno ili odbijeno. Ovo su najjednostavnije situacije koje se mogu uzeti kao polazni slučajevi ili modeli da bi se odredili elementi prilikom pravnog regulisanja surogat materinstva.

Zbog činjenice da različitost nacionalnih prava u oblasti surogat materinstva izaziva različite pravne posledice u odnosima sa prekograničnim dejstvima, u prvom redu u pogledu pravnog roditeljstva deteta, i raznolikosti zakonskih rešenja i sudskih odluka u komparativnom pravu Haška konferencija za međunarodno privatno pravo (u daljem tekstu: Haška konferencija) počev od 2011. godine ima na svom dnevnom redu istraživanja posvećena ovoj oblasti. Cilj Haške konferencije je da se utvrdi da li postoji potreba za izradom međunarodnog instrumenta pomoću kojeg bi se obezbedila pravna sigurnost pravnog roditeljstva deteta koga je rodila surogat majka, odnosno priznanje takvog roditeljstva nameravanih roditelja. U svom dosadašnjem radu Haška konferencija je pripremila Upitnik o pitanjima međunarodnog privatnog prava koja se odnose na status dece, uključujući pitanja koja proizlaze iz međunarodnih aranžmana o surogat materinstvu (Upitnik 1) koji je upućen državama članicama i drugim zainteresovanim državama. Pošto je upitnik sastavljen na osnovu prethodnih istraživanja prava i prakse surogat materinstva, na osnovu njega mogu da se odrede elementi za pravno regulisanje surogat materinstva i na nacionalnom nivou. Ovaj rad ima za cilj da prikaže najznačajnije elemente da bi se ukazalo na kompleksnost pravnih i praktičnih problema pravnog regulisanja surogat materinstva sa prekograničnim dejstvima.

nameru da se stara o detetu (nameravana majka), bez obzira da li su njene oplodne ćelije korišćene za oplodnju druge žene (surogat majke). 2. Ocem deteta koje je na osnovu ugovora (o rađanju za drugog) rodila druga žena (surogat majka) se smatra suprug ili vanbračni partner name-ravane majke (nameravani otac), bez obzira da li su njegove oplodne ćelije korišćene za oplodnju surogat majke. 3. Materinstvo i očinstvo nameravanih roditelja (nameravane majke i nameravanog oca) ne može se osporavati, čak ni u slučaju kada su za oplodnju druge žene (surogat majke) korišćene oplodne ćelije samo jednog od njih.“

2. Haška konferencija za međunarodno privatno pravo o pravnim posledicama surogat materinstva sa prekograničnim dejstvima

Na osnovu mandata Saveta za opšta pitanja i pravnu politiku Haške konferencije za međunarodno privatno pravo iz aprila 2011. godine Stalna kancelarija je započela rad na istraživanju problematike surogat materinstva da bi se utvrdilo da li bi problematika mogla da bude predmet jedne buduće međunarodne konvencije.⁹ Mandat je zasnovan na Preliminarnom dokumentu br. 11 pod nazivom „Pitanja međunarodnog privatnog prava koja se odnose na status dece, uključujući pitanja koja proizlaze iz međunarodnih aranžmana o surogat materinstvu“¹⁰ u kojem je konstatovano da se najveći broj poznatih slučajeva u kojima se javljaju teškoće oko pravnog roditeljstva vezuje za surogat materinstvo sa prekograničnim dejstvima.

2.1. Preliminarni dokument br. 11/2011

Ovaj dokument ilustruje teškoće na modelu u kojem nameravani roditelji putuju u inostranstvo gde angažuju ženu koja u okviru sporazuma o gestacionom surogat materinstvu¹¹ donese na svet dete u inostranstvu.¹² Teškoće se mogu javiti već kada nameravani roditelji žele zajedno sa novorođenčetom da se vrate u državu u kojoj žive: ukoliko u državi u kojoj je dete rođeno nameravani roditelji budu upisani u matičnu knjigu rođenih kao pravni roditelji, ili ako sud u toj državi donese odluku da su nameravani roditelji pravni roditelji, te se na osnovu nje može izvršiti naknadna zabeleška u matičnoj knjizi, dete zbog razlika u nacionalnim pravima po pitanju surogat materinstva može da ostane bez državljanstva i

⁹ Vidi tačke 17-20 Conclusions and recommendations adopted by the Council, Council on General Affairs and Policy of the Conference (5-7 April 2011), dokument dostupan na internet strani: http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_concl2011e.pdf

¹⁰ Vidi Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements, Prel. Doc. No 11, March 2011, General affairs and Policy, Hague Conference on Private International Law (u daljem tekstu: Preliminarni dokument br. 11/2011), dokument dostupan na internet strani: <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11e.pdf>, poslednji put posećenoj 3. decembra 2013. g.

¹¹ Vidi belešku br. 25; prema dokumentu razlikuje se tradicionalno i gestaciono surogat materinstvo na osnovu činjenice da li se koriste oplodne ćelije surogat majke ili ne, dok se u Nacrtu GZ razlikuje delimična, genetska surogacija kada se za oplodnju surogat majke koristi reproduktivni materijal bar jednog od nameravanih roditelja od potpune, gestacijske surogacije kada se koristi reproduktivni materijal oba nameravana roditelja.

¹² Vidi tačku 13 Preliminarnog dokumenta br. 11/2011.

sledstveno bez mogućnosti da bude odvedeno u državu u kojoj nameravani roditelji žive.¹³ Konzularno predstavništvo države čiji su državljani nameravani roditelji može da odbije da izda putnu ispravu novorođenčetu uz obrazloženje da dete nije državljanin te države¹⁴, jer su prema pravu državljanstva nameravanih roditelja njegovi roditelji surogat majka i njen muž.¹⁵ Kada se dete nađe sa nameravanim roditeljima u državi u kojoj ovi žive teškoće se mogu pojaviti u vezi sa registracijom podataka iz inostranog izvoda iz matične knjige rođenih ili u postupku priznanja inostrane odluke koja utvrđuje status deteta: registracija podataka ili priznanje inostrane odluke može da bude odbijeno pozivom na povredu međunarodnog javnog poretka domaće države.¹⁶ Teškoće mogu da nastanu i prilikom sporova o staranju ili izdržavanju kada se pravno roditeljstvo postavi kao prethodno pitanje.¹⁷

Ovaj Preliminarni dokument takođe naglašava da surogat materinstvo sa prekograničnim dejstvima nameće i potrebu da se vodi računa o zaštiti ranjivih lica koja su uključena u njega. Tu je reč u prvom redu o deci koja budu rođena, da bi se sprečila njihova zloupotreba i trgovina decom; o sigurnosti i dobrobiti surogat majki da bi se u siromašnim krajevima sveta zaštitile od prinuđivanja da prihvate takvu ulogu; o namrevanim roditeljima da bi se zaštitili od dezinformacija.¹⁸ U kontekstu surogat materinstva sa prekograničnim dejstvima treba razmotriti i pravno regulisanje delatnosti agencija koje pružaju usluge nameravanim roditeljima,¹⁹ da bi međunarodno regulisanje ove problematike bilo delotvorno ono bi zahtevalo obezbeđivanje načina komunikacije među državama; kao što se nameće i potreba

¹³ Iz ugla međunarodnog privatnog prava termin „država u kojoj nameravani roditelji žive“ koji se koristi u preliminarnim dokumentima nije dovoljno precizan, iako ima svoje opravdanje. On će se u velikom broju slučajeva poklopiti sa državom državljanstva (bar jednog) od nameravanih roditelja, ali oni mogu da žive u državi u kojoj imaju prebivalište ili uobičajeno boravište. Međutim, država državljanstva nameravanih roditelja je nezaobilazna, jer jedino njeni organi mogu da izdaju putnu ispravu detetu koga je rodila surogat majka u inostranstvu, da bi dete moglo sa nameravanim roditeljima da napusti teritoriju te zemlje.

¹⁴ Vidi T. Lin, *Born Lost: Stateless Children in International Surrogacy Arrangements*, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, godište 21, 2013, str. 545; Y. Ergas, *Babies Without Borders: Human Rights, Human Dignity, and the Regulation of International Commercial Surrogacy*, *Emory International Law Review*, godište 27, 2013, str. 117.

¹⁵ Vidi, takođe, B. Bordaš, *op.cit.*, str.101 et seqq. i tamo navedenu literaturu.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Vidi belešku br. 10.

¹⁸ Vidi tačke 31 – 38 Preliminarnog dokumenta 11/2011.

¹⁹ Vidi tačke 39 – 40 Preliminarnog dokumenta 11/2011.

razmatranja onih pitanja surogat materinstva koja proističu iz karaktera ugovora između surogat majke i nameranih roditelja, tj. iz činjenice da se ne može tražiti prinudno izvršenje obaveze surogat majke.²⁰

2.2. Preliminarni dokument br. 10/2012

U martu 2012. usvojen je Preliminarni dokument br. 10 o pitanjima koja proizlaze iz međunarodnih aranžmana o surogat materinstvu²¹ na osnovu kojeg je zaključeno o potrebi da se nastavi sa izradom upitnika da bi se prikupile detaljne informacije od država članica Haške konferencije i drugih zainteresovanih država o pitanjima vezanim za surogat materinstvo u kontekstu međunarodnog privatnog prava.²² Stalna kancelarija bi trebalo da podnese konačni izveštaj 2014. godine.

Preliminarni dokument 10/2012 daje pregled trenutnih perspektiva i trendova pravne politike, zakonodavstva i pristupa sudova u materiji surogat materinstva, i to kako u pogledu unutrašnjeg prava i pravne politike država²³, tako i u pogledu surogat materinstva sa prekograničnim dejstvi-

²⁰ Vidi tačke 41 – 42 Preliminarnog dokumenta 11/2011.

²¹ Vidi A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements, Prel. Doc. No 10, March 2012, General affaires and Policy, Hague Conference on Private International Law (u daljem tekstu: Preliminarni dokument br. 10/2012), dokument dostupan na internet strani: <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10en.pdf>, posete poslednji put 3. decembra 2013. g.

²² Vidi tačku 21 Conclusions and Recommendations adopted by the Council, Council on General Affaires and Policy of the Conference (17-20 April 2012), dokument dostupan na internet strani: http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012concl_en.pdf.

²³ Unutrašnja prava su razvrstana u četiri grupe: države koje zabranjuju surogat materinstvo (Kina, Francuska, Nemačka, Italija, Meksiko, Švedska, SAD – Arizona, Distrikt Kolumbija), države u kojima je surogat materinstvo u velikoj meri neregulisano (Argentina, Australija – Severne Teritorije, Brazil, Belgija, Kanada, Češka, Irska, Japan, Meksiko Siti, Holandija, SAD – Mičigen, Njujork –, Venecuela), države koje izričito dozvoljavaju i regulišu surogat materinstvo (Australija – vidi kod: M. Keyes, Cross-border surrogacy agreements, Australian Journal of Family Law, godište 30, 2012, str. 28, Kanada – Alberta, Britišk Kolumbija, Kina – Hong Kong, Grčka, Novi Zeland, Rusija, Južna Afrika, Ujedinjeno Kraljevstvo) i države u kojima je pristup u pogledu surogat materinstva permisivan, uključujući i komercijalni vid (Gruzija, Indija, Rusija, Tajland, Uganda, Ukrajina i 18 država SAD, uključujući, između ostalih, Kaliforniju, Masačusets, Pensilvaniju, Ohajo, Konektikat, Nevadu, Teksas, itd., Armenija, Moldavija; izvor: izvor: Preliminarni dokument br. 10/2012, dokument dostupan na internet strani: <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10en.pdf>, tačke 10 – 28; za detaljne podatke zakonodavstva SAD vidi: S. Mortazavi, It Takes a Village to Make a Child: Creating Guidelines for International Surrogacy, *The Georgetown Law Journal*, godište 100, 2012, str. 2249; C. Spivack, The Law of Surrogate Motherhood in the United States, *American Journal of Comparative Law*, godište 58, 2010, str. 97.

ma. Uključuje i početne ideje o mogućim pristupima za izradu novog instrumenta o međunarodnom surogat materinstvu.²⁴ Osim toga, sadrži i rečnik pojmova vezanih za materiju.²⁵

Preliminarni dokument br. 10/2012 surogat materinstvo sa prekograničnim dejstvima posmatra kroz model određen u Preliminarnom dokumentu br. 11/2011: namerevani roditelji nakon što surogat majka u inostranstvu rodi dete žele da se vrate u državu u kojoj žive (u državu prijema prema pojmovniku) zajedno sa novorođenčecom. Da bi svoju nameru sprovedi u život nameravani roditelji najpre moraju da budu u stanju da dokažu da su pravni roditelji deteta putem izvoda iz matične knjige rođenih (na osnovu originalnog upisa ili naknadne zabeleške), sudske odluke, odluke upravnog organa ili odluke o usvojenju, u zavisnosti od toga kako država u kojoj je dete rođeno reguliše pitanje pravnog roditeljstva (majčinstva i očinstva) nameravanih roditelja. Na osnovu takvog dokaza nameravani roditelji, koji su pravni roditelji prema javnoj ispravi izdatoj u

²⁴ Vidi kod K. Trimmings, P. Beaumont, International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level, *Journal of Private International Law*, godište 7, 2011, str. 627; P. Beaumont, K. Trimmings, Regulating international surrogacy arrangements, *International Family Law*, March 2012, str. 125.

²⁵ Izdvajamo neke od pojmova koji su najvažniji sa aspekta surogat materinstva sa prekograničnim dejstvima: Pod *međunarodnim aranžmanom o surogat materinstvu* podrazumeva se sporazum između nameravanog/nameravanih roditelja sa mestom stanovanja u jednoj državi i surogat majke koja ima mesto stanovanja (ili je samu prisutna) u drugoj državi. *Tradicionalno* surogat materinstvo postoji u slučajevima u kojima se koristi genetski materijal surogat majke tako da je dete koje će se roditi genetski povezano sa surogat majkom; kod *gestacionog* surogat materinstva se *ne* koristi genetski materijal surogat majke tako da dete nije genetski povezano sa njom; u ovom poslednjem slučaju gamete mogu da potiču bilo od oba nameravana roditelja, bilo samo od jednog od njih, ali isto tako ne moraju da potiču ni od jednog od njih. *Država prijema* je ona država u kojoj nameravani roditelji ima mesto stanovanja i u koju žele da se vrate sa detetom nakon njegovog rođenja. *Država rođenja deteta* je ona u kojoj surogat majka rađa dete i u kojoj se po prvi put postavi pitanje pravnog roditeljstva deteta. *Nameravani roditelj/roditelji* su ona lica koja postavljaju zahtev drugom licu da iznese dete za njih sa namerom da se posle rođenja deteta staraju o njemu kao o svom detetu, s tim da nameravani roditelji mogu, ali ne moraju da budu genetski povezani sa detetom. *Pravno roditeljstvo* ili *pravni roditelj* je lice (ili lica) koje je prema relevantnom pravu stekao pravni status da bude „roditelj“ deteta i koje će prema tom pravu steći sva prava i obaveze koja proističu iz tog statusa; u slučaju surogat materinstva pravno roditeljstvo ne mora da se poklapa (i često se ne poklapa) sa genetskim roditeljstvom deteta (genetsko roditeljstvo pripada onom licu kome pripada genetski materijal). *Genetsko roditeljstvo* ili *genetski roditelj* označava lice (ili lica) koje je dalo svoj genetski materijal za začeće deteta (u nekim zemljama se koristi izraz „biološko roditeljstvo“); u slučaju surogat materinstva genetski roditelj ne mora da bude (i često nije) pravni roditelj deteta; izvor: Preliminarni dokument br. 10/2012, dokument dostupan na internet strani: <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10en.pdf>, str. 32-33.

državi u kojoj je surogat majka rodila dete, treba da pribave putnu ispravu za dete, i to najčešće od organa države čije državljanstvo imaju (i u kojoj – po pravilu – i žive), tj. organa države prijema, a to je konzularno predstavništvo države (odnosno diplomatsko predstavništvo koje obavlja konzularne poslove) čije državljanstvo nameravani roditelji imaju. Kako se u Preliminarnom dokumentu br. 10/2012 navodi, tom prilikom se po prvi put pojavljuju posledice surogat materinstva sa prekograničnim dejstvima pred organima države prijema:²⁶ da bi se detetu izdala putna isprava ono mora da ima državljanstvo države prijema, i to na osnovu državljanstva jednog ili oba roditelja. Druga je situacija kada dete stekne državljanstvo države u kojoj je rođeno na osnovu principa *ius soli*, te ga nameravani roditelji sa putnom ispravom te države dovedu u državu prijema u kojoj traže regulisanje statusa deteta i sticanje državljanstva.

Organi države prijema su u obe situacije suočeni sa dva pitanja: (a) ko su pravni roditelji deteta prema pravu države prijema, i (b) da li dete može da stekne državljanstvo države prijema.²⁷ Na osnovu prikupljenih podataka Preliminarni dokument br. 10/2012 klasifikuje države u dve grupe.

Prvu grupu čine one države (prijema) koje u pogledu pitanja pravnog roditeljstva ustanovljenog u državi u kojoj je dete rođeno (u inostranstvu) primenjuju metod priznanja u međunarodnom privatnom pravu,²⁸ s tim da se pravila mogu razlikovati u zavisnosti od toga da li je predmet priznanja izvod iz matične knjige rođenih – kada se priznanje odnosi na pravnu činjenicu, na priznanje očinstva – kada se priznaje pravna radnja, ili presuda. Ovaj metod u državama koje zabranjuju ili ne regulišu surogat materinstvo može da dovede do odbijanja priznanja pravnog roditeljstva, naročito pravnog materinstva, ustanovljenog u inostranstvu pozivom na povredu međunarodnog javnog poretka.²⁹ Posledice odbijanja priznanja, čiji je osnov u činjenici surogat materinstva, pokušavaju da se prevaziđu različitim pristupima koji afirmišu najbolji interes deteta; priznavanjem pravnog očinstva nameravanog oca bilo po osnovu njegove genetske veze sa detetom, bilo po osnovu priznanja očinstva (bez obzira da li je nameravani otac genetski otac) – u ovakvim slučajevima nameravana majka bi mogla da reguliše svoj status prema detetu putem usvojenja.³⁰

²⁶ Vidi tačku 31 Preliminarnog dokumenta br. 10/2012.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ To su Belgija, Italija, Nemačka, Španija, Francuska, Holandija; vidi tačke 35 – 37 Preliminarnog dokumenta br. 10/2012.

²⁹ Vidi kod R. Wagner, International surrogacy agreements: some thoughts from a German perspective, *International Family Law*, March 2012, str. 129.

³⁰ *Ibid.*

Da li će dete u državama koje primenjuju ovaj pristup steći državljanstvo države prijema zavisi direktno od toga da li će biti priznato pravno roditeljstvo bar jednog nameravanog roditelja (tj. oca).³¹

U drugoj grupi su države koje na pitanje pravnog roditeljstva primenjuju *lex fori*.³² Ovaj pristup problemu znači da je inostrani izvod iz matične knjige rođenih samo činjenični dokaz iz kojeg se izvlači zaključak o pravnom roditeljstvu prema stranom pravu.³³ Posledica ovog pristupa jeste da organi države prijema primenjuju domaće pravo na pitanje pravnog roditeljstva, s rezultatom koji ne mora da se poklopi sa pravnim roditeljstvom koje je ustanovljeno prema inostranom pravu.³⁴ Ako domaće pravo ne ustanovi pravno roditeljstvo nameravanih roditelja mogu da se ustanove drugi načini u tom cilju, kao što su, na primer, propisi Ujedinjenog Kraljevstva o transferu pravnog roditeljstva u slučaju (nekomercijalnog) surogat materinstva³⁵ i usvojenje od strane nameravanih roditelja. Da li će dete steći državljanstvo nameravanih roditelja zavisiće, kao i u prethodnoj grupi od toga da li se može dokazati poreklo sa jednim od njih.³⁶

3. Elementi pravnog regulisanja surogat materinstva sa prekograničnim dejstvom

Haška konferencija je na Savetu o opštim pitanjima i pravnoj politici u aprilu 2013. godine³⁷ podržala dalji rad na pitanjima surogat materinstva sa prekograničnim dejstvima, kao i pripremu upitnika o problematici da bi se sakupili podaci od država članica i drugih zainteresovanih država o pitanjima od značaja za pravno regulisanje na međunarodnom nivou.

³¹ Vidi tačku 31 Preliminarnog dokumenta br. 10/2012.

³² To su Australija, Irska, Izrael, Novi Zeland, Ujedinjeno Kraljevstvo; vidi tačke 39 – 41 Preliminarnog dokumenta br. 10/2012.

³³ Vidi tačku 39 Preliminarnog dokumenta br. 10/2012.

³⁴ Prema pravu Ujedinjenog Kraljevstva žena koja nosi ili je iznela dete nakon što je u njenu matericu unesen embrion ili oplodne ćelije se smatra detetovom majkom; ova odredba se primenjuje bez obzira na to da li je žena u vreme kada je embrion ili oplodne ćelije unete u njeno telo bila u UK ili negde drugde. Međutim, na zahtev muža i žene sud može da donese rešenje na osnovu kojeg se prema pravu dete smatra detetom bračnog para, ako je dete iznela druga žena; vidi Human Fertilisation and Embryology Act 1990, dostupan na internet strani: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/section/30/enacted>, poslednji put posećenog 3. decembra 2013.g.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Vidi tačke 40 – 41 Preliminarnog dokumenta br. 10/2012.

³⁷ Vidi tačku 10 Conclusions and Recommendations, Council on General Affairs and Policy of the Conference, 9-11 April 2013; dokument dostupan na internet strani: http://www.hcch.net/upload/wop/gap2013concl_e.pdf, posećenog poslednji put 3. decembra 2013.g.

Za pravno regulisanje problematike suštinski značaj ima Upitnik 1³⁸, jer na osnovu preliminarne istraživanja i sakupljenih podataka definiše pitanja koja ukazuju na pravne probleme koje surogat materinstvo nameće, i na taj način određuje elemente pravnog regulisanja na nacionalnom nivou, kako u situacijama koje se vezuju samo za domaću državu, tako i u situacijama koje imaju prekogranična dejstva, tj. kada surogat materinstvo proizvede dejstvo izvan države u kojoj je nastalo. Svi ti elementi bi trebalo da ukažu na to kako bi problematiki trebalo pristupiti prilikom zauzimanja stava o potrebi da se izradi međunarodni instrument.³⁹ Imajući u vidu rečeno, u razmatranjima koja slede izložićemo, na osnovu Upitnika elemente za pravno regulisanje surogat materinstva.

3.1. Surogat materinstvo u nacionalnom pravu

Osnovno pitanje je dozvoljenost⁴⁰ surogat materinstva kao načina biomedicinskog potpomognutog načina oplodjenja. Ako zakonodavac odluči da dozvoli surogat materinstvo, pravna regulativa bi trebalo da obuhvati pitanja koja se vezuju za aranžmane (ugovore) o surogat materinstvu i za posledice koje nastanu posle rođenja deteta.

Elementi koji se vezuju za ugovor o surogat materinstvu su sledeći: dozvoljeni vid surogat materinstva (tradicionalni, gestacioni⁴¹); da li je ugovor komercijalnog ili nekomercijalnog karaktera⁴² i posledice povrede nekomercijalnog karaktera ugovora; da li je ugovor podvrgnut kontroli od strane državnih organa (da li ugovorne strane pre začeća treba da pribave odobrenje nadležnog državnog organa); koja lica mogu da budu nameravani roditelji (odnosno nameravani roditelj ako ugovorna strana može da bude i lice koje nije u bračnoj ili partnerskoj vezi), imajući u vidu državljanstvo, prebivalište ili mesto stanovanja – ovo pitanje je značajno sa aspekta surogat materinstva sa prekograničnim dejstvima; bračni ili drugi status nameravanih roditelja; godine života namera-

³⁸ Pripremljeno je 4 upitnika: Upitnik 1 je upućen državama članicama i drugim zainteresovanim državama; Upitnik 2 je upućen pravnim praktičarima; Upitnik 3 strunjacima u zdravstvu; Upitnik 4 agencijama koje se bave aranžmanima o surogat materinstvu; vidi na internet adresi: http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=183, posećenoj poslednji put 3. decembra 2013.g.

³⁹ Vidi kod S. Mortazavi, *It Takes a Village to Make a Child: Creating Guidelines for International Surrogacy*, *The Georgetown Law Journal*, godište 100, 2012, str. 2249, kao i belešku br. 23

⁴⁰ Vidi belešku br. 25.

⁴¹ Vidi Pojmovnik uz Preliminarni dokument br. 10/2012; beleška br. 21.

⁴² Vidi P. Laufer-Ukeles, *Mothering for Money: Regulating Commercial Intimacy, Surrogacy, Adoption*, *Indiana Law Journal*, godište 88, 2013, str. 1223.

vanih roditelja, njihovo zdravstveno stanje, psiho-socijalne okolnosti nameravanih roditelja. U odnosu na surogat majku značajni su isti podaci, s tim da može da bude poželjan i podatak o tome da li surogat majka mora ili ne mora da ima svoju decu. U ovu grupu pitanja potpadaju i ona koja se odnose na medicinske ustanove koje će biti uključene u sprovođenje ugovora o surogat materinstvu i na novčanu naknadu za usluge medicinskih ustanova. Element pravnog regulisanja može da bude i određivanje tela ili lica koja pružaju usluge povodom ugovora o surogat materinstvu (na pr. kao posrednici u pronalaženju surogat majki, uspostavljanje veze između surogat majke i nameravanih roditelja, reklamiranje usluga) i regulisanje njihove delatnosti, uključujući pitanje novčane naknade za usluge.

Posebno je pitanje novčane ili druge finansijske naknade koja se plaća surogat majci: ona može da bude potpuno zabranjena, može da bude svedena na naknadu razumnih troškova (uz definiciju šta podrazumeva standard „razuman“) ili može da bude dozvoljena naknada troškova koji premašuju razumne troškove.

Nacionalno zakonodavstvo bi takođe trebalo da obrati pažnju problematici koja se vezuje za trudnoću surogat majke: ko donosi odluku o medicinskim tretmanima u toku trudnoće, o prekidu trudnoće koji bi trebalo izvršiti u određenim situacijama i sl. Važno i osetljivo pitanje jeste ono koje se odnosi na mogućnost ostvarivanja obaveza iz ugovora o surogat materinstvu sudskim putem: da li surogat majka može da odbije da preda dete nameravanim roditeljima i kako bi se nameravani roditelji oštećili. Pažnju zaslužuju i pitanja koja se odnose na pravne posledice povreda normi nacionalnog zakonodavstva o surogat materinstvu, naročito u pogledu pravnog roditeljstva deteta.⁴³

Elementi koji se vezuju za posledice koje nastanu posle rođenja deteta odnose se na pitanja pravnog roditeljstva. Nacionalno pravo treba da da odgovor na pitanje ko su (ili ko je) pravni roditelj deteta koga je rodila surogat majka po samom pravu, tj. „bez ikakvih daljih koraka koje bi bilo koje lice trebalo da preduzme“⁴⁴: da li je to žena koja je rodila dete i njen muž ili su to nameravana majka i njen muž. U zakonodavstvima koja ne dozvoljavaju surogat materinstvo važi načelo *mater semper certa est*, te je pravna majka deteta poznata u trenutku njegovog rođenja po samom pra-

⁴³ Navedena pitanja Upitnika 1 nisu iscrpna lista elemenata pravnog regulisanja, zainteresovani države mogu da ukažu i na druga koja smatraju značajnim.

⁴⁴ Vidi tačku 26 Upitnika 1; vidi takođe kod B.C. Lewis, *Three Lies and a Truth: Adjudicating Maternity in Surrogacy Disputes*, *University of Louisville Review*, godište 49, 2011, str. 371.

vu. Ako je majka udata pravni otac je po samom pravu njen muž.⁴⁵ U zakonodavstvima koja dozvoljavaju surogat materinstvo može da se propiše da su nameravani roditelji po samom pravu pravni roditelji, ali su neophodni dokazi ili mehanizmi koji će omogućiti uspostavljanje njihovog pravnog roditeljstva. Prema Upitniku 1⁴⁶ ti mehanizmi obuhvataju: (a) zahtev nameravanih roditelja da sud *pre rođenja deteta* donese deklaratornu odluku o tome da će oni biti roditelji deteta koga rodi surogat majka („pre-birth order“)⁴⁷; (b) zahtev nameravanih roditelja da sud *posle rođenja deteta* donese odluku o prenosu pravnog roditeljstva na njih („parental order/parentage order“). Upitnik predviđa i mogućnost da je za pravno roditeljstvo nameravanih roditelja dovoljno podnošenje ugovora o surogat materinstvu, ali i onu prema kojoj nikakav mehanizam nije potreban jer su pravni roditelji nakon rođenja deteta po samom pravu nameravani roditelji.⁴⁸ Uz ovu poslednju mogućnost dodajemo da bi u tom slučaju trebalo da bude odlučujuća genetska veza, koju bi takođe trebalo pokazati, odnosno dokazati.

U vezi sa pravnim roditeljstvom nameravanih roditelja Upitnik 1 ukazuje na još jedan element. On se odnosi na činjenicu da li je prilikom upisa rođenja deteta u matičnu knjigu i prilikom izdavanja izvoda iz matične knjige vidljiva okolnost da je dete rodila surogat majka.⁴⁹ Ova činjenica je važna kod surogat materinstva sa prekograničnim dejstvima u okolnostima koji postoje u današnje vreme različitih stavova pojedinih država u pogledu dozvoljenosti surogat materinstva, a važna je i zbog prava svakog lica da poznaje svoje poreklo.

3.2. Surogat materinstvo sa prekograničnim dejstvom u nacionalnom pravu

Ako je surogat materinstvo dozvoljeno u pravu neke države nameće se pitanje kojim subjektima je ono dostupno, tj. koja lica mogu da budu ugovorne strane: da li samo domaći državljani, ili sva lica koja imaju prebivalište ili mesto stanovanja (koje ne mora da bude uobičajeno boravište), ili prostog boravka u toj državi, što znači da su obuhvaćena i lica koja nisu državljani domaće države. Ovo je pitanje koje na-

⁴⁵ Tako je i u našem pravu, vidi član 42 Porodičnog zakona, Sl. glasnik RS, br. 18/2005.

⁴⁶ Vidi tačku 27 Upitnika 1.

⁴⁷ Vidi M.P. Byrn, *The Use of Prebirth Parentage Orders in Surrogacy Proceedings*, *Family Law Quarterly*, godište 39, 2005, str. 633.

⁴⁸ Vidi belešku 46.

⁴⁹ Vidi tačku 28 Upitnika 1.

meće rasprostranjenost surogat materinstva sa prekograničnim dejstvima u današnje vreme. Upitnik 1 razvrstava ovakvo surogat materinstvo u dve grupe – na ulazne i izlazne slučajeve surogat materinstva sa prekograničnim dejstvima. Razvrstavanje je izvršeno s obzirom na vezu nameravanih roditelja sa domaćom državom. Ukoliko – prema činjenicama modela koji je određen u Preliminarnom dokumentu br. 11/2011 – nameravani roditelji odlaze iz države svog državljanstva, prebivališta ili stanovanja u inostranstvo da bi postali roditelji deteta koje u inostranstvu rađa surogat majka, i nakon rođenja deteta žele da se vrate u tu „svoju“ državu, reč je o *ulaznom* slučaju surogat materinstva sa prekograničnim dejstvom. Kod *izlaznih* slučajeva nameravani roditelji dolaze u domaću državu u kojoj surogat majka (bez obzira na njenu vezu sa domaćom državom – da li je domaća državljanica, da li u domaćoj državi ima prebivalište ili boravište) rađa dete koje će nameravani roditelji odvesti u drugu državu.⁵⁰

Na osnovu preliminarne istraživanja u okviru Haške konferencije za međunarodno privatno pravo zaključeno je da ulazni i izlazni slučajevi surogat materinstva sa prekograničnim dejstvima mogu da daju povoda sledećim problemima: nejasnoće pravnog statusa deteta koga rađa surogat majka, naročito u pogledu pravnog roditeljstva; državljanstvo deteta, izuzev u slučajevima u kojima u državi rođenja deteta važi princip *ius soli*; pravo deteta koga je rodila surogat majka da poznaje svoje poreklo, kako genetsko, tako i po rođenju; slobodna saglasnost surogat majke zasnovana na potpunom informisanju o svim posledicama ugovora o surogat materinstvu; psihološki uticaj surogat materinstva na surogat majku; medicinska i druga nega koja se pruža surogat majci; finansijski aspekti surogat materinstva; nadležnost i postupanje posrednika (na pr. agencije, pravni savetnici, advokati) koji su uključeni u postupak sprovođenja ugovora o surogat materinstvu; informacije/dezinformacije koje se daju nameravanim roditeljima ili surogat majkama; merila na osnovu kojih se ceni da li su nameravani roditelji prikladni za to da se brinu za dete (na pr. godine života, psiho-socijalna prikladnost, kriminalni dosije); pitanja vezana za ugovor, kao što su mogućnost ostvarivanja prava iz ugovora o su-

⁵⁰ Možda bi za potrebe regulisanja surogat materinstva sa prekograničnim dejstvom trebalo koristiti izraze domaće i inostrano surogat materinstvo koje bi se odredilo s obzirom na mesto (državu) u kojoj surogat majka – bez obzira na njenu vezu sa tom državom preko državljanstva, prebivališta ili mesta boravka – rađa dete za nameravane roditelje. Domaće surogat materinstvo bi bilo ono u kojem dete dolazi na svet u domaćoj državi i prema čijem pravu će dete biti upisano u matičnu knjigu – u pogledu svih pitanja se primenjuje *lex fori*. Inostrano surogat materinstvo bi podrazumevalo da je dete rođeno u inostranstvu i da se upisuje upisano u tamošnju matičnu knjigu prema pravu te države.

rogat materinstvu sudskim putem, sposobnost bilo koje strane da zaključi ugovor o surogat materinstvu.⁵¹

Kod *ulaznih slučajeva* zakonodavac bi trebalo da reguliše procedure (zajedno sa procenjenim vremenskim okvirom za sprovođenje postupaka) koje nameravani roditelji prolaze (pre nego što odu u inostranstvo da bi surogat majka za njih rodila dete, pre nego što se vrate u domaću državu ili posle povratka u domaću državu) da bi ušli u državu sa detetom koga je surogat majka rodila u inostranstvu, da bi tamo zajedno sa detetom živeli i da bi njihovo pravno roditeljstvo bilo priznato ili ustanovljeno prema domaćem pravu.⁵² Pri tom ne bi trebalo izgubiti iz vida da te procedure mogu da se razlikuju u zavisnosti od toga u kojoj je državi dete rođeno (država rođenja bi mogla da bude od značaja samo u situacijama u kojima bi dve države imale bilateralne ugovore koji bi pokrivali odgovarajuće situacije, ili ako bi u budućnosti bile usvojene multilateralne konvencije regionalnog ili univerzalnog karaktera). Procedure bi mogle da budu različite u zavisnosti od toga da li nameravani roditelji podnose inostrani izvod iz matične knjige rođenih, inostrani izvod iz matične knjige rođenih sa naknadnom zabeležkom, dokument o priznanju roditeljstva, inostranu sudsku odluku, odluku organa države u kojoj je dete rođeno o usvojenju deteta od strane nameravanih roditelja, kao i u zavisnosti od toga da li je dete genetski povezano sa jednim ili sa oba roditelja (ako je, na pr. dete genetski povezano sa nameravanim ocem, njegovo pravno roditeljstvo se može priznati na osnovu te veze, ali na strani nameravane majke genetska povezanost ne mora da bude dovoljna veza u domaćoj državi zbog pravila *mater semper certa est*; zajedničko domaće državljanstvo nameravanih roditelja u određenim okolnostima može da pojednostavi proceduru jer smanjuje mogućnost sukoba zakona). Zakonodavci bi takođe trebalo da odrede nadležne organe koji bi bili uključeni u prevazilaženje teškoća u toku procedura koje se odnose na ulazne slučajeve na osnovu ugovora o surogat materinstvu (na pr. diplomatska/konzularna predstavništva u državi rođenja deteta, ministarstvo unutrašnjih poslova za pitanja imigracije, pravosuđe, ministarstvo pravde, ministarstvo spoljnih poslova, ministarstvo zdravlja, ministarstvo socijalne politike, itd).⁵³

Rezultati procedura u domaćoj državi kod ulaznih slučajeva nastalih na osnovu ugovora o surogat materinstvu mogli bi da budu različiti. Idealan rezultat bi bio da dete može da uđe u domaću državu i da tamo živi

⁵¹ Vidi tačke 68 i 82 Upitnika 1.

⁵² Vidi tačku 61 Upitnika 1.

⁵³ Vidi tačku 65 Upitnika 1.

(odnosno da se nastani) zajedno sa nameravanim roditeljima i da nameravani roditelji budu priznati kao pravni roditelji. Moglo bi se, međutim, dogoditi da dete može da uđe i da živi zajedno sa nameravanim roditeljima u domaćoj državi, ali jedan ili oba nameravana roditelja ne bi bili priznati kao pravni roditelji u toj državi. Najgori scenario bi se dogodio da dete ne može da otputuje iz države rođenja u domaću državu, već bi ostalo u državi rođenja.⁵⁴ Značajno ulogu u ovom kontekstu igra državljanstvo deteta, tj. koja država bi mu dala državljanstvo i na osnovu te činjenice putnu ispravu.

U *izlaznim slučajevima* domaća država bi trebalo da reguliše skoro identična pitanja, odnosno procedure kao u ulaznim slučajevima, s tim da su uloge suprotne – surogat majka rađa dete u domaćoj državi, nameravani roditelji dolaze iz strane države, rođenje deteta se upisuje u domaće matične knjige, nameravani roditelji žele da odvedu dete u državu u kojoj je njihovo mesto stanovanja. U ovim slučajevima posebno pitanje je mogućnost ulaska i boravka nameravanih roditelja u domaću državu u kojoj će surogat majka roditi dete (da li je potrebna ulazna ili boravišna viza, da li postoje posebni uslovi koji bi bili vezani za mogućnost njihovog učešća u aranžmanima o surogat materinstvu; da li država uobičajenog boravišta nameravanih roditelja utiče na mogućnost da oni u domaćoj državi pristupe aranžmanima o surogat materinstvu⁵⁵) i procedura koju nameravani roditelji moraju da prođu da bi novorođeno dete mogli da odvedu u inostranu državu u kojoj oni žive.⁵⁶

U izlaznim slučajevima domaća država je ta koja upisuje činjenicu rođenja deteta u svoje matične knjige zajedno sa podacima o pravnom roditeljstvu prema domaćem pravu. U ovom sklopu domaći zakonodavac bi trebalo da uzme u obzir činjenicu da određuje pravno roditeljstvo nameravanih roditelja koji nisu domaći državljani i da dokument o njihovom pravnom roditeljstvu treba da bude osnov za pravno roditeljstvo u državi u kojoj žive posle sprovedene propisane procedure.⁵⁷

I kod ulaznih, i kod izlaznih slučajeva ne smeju se zaboraviti pravni problemi koji mogu da budu izazvani ponašanjem bilo koje strane

⁵⁴ Vidi tačku 64 Upitnika 1.

⁵⁵ Vidi tačke 74 i 75 Upitnika 1; u samom Upitniku se navodi primer (oslanjajući se na Preliminarni dokument br. 10/2012) Indije gde se od nameravanih roditelja zahteva da pokažu pismo diplomatskog/konzularnog predstavništva države u kojoj imaju uobičajeno boravište u kojem se konstatuje da ta država priznaje surogat materinstvo i da će dete koje bude rođeno moći da uđe u tu državu. U kontekstu međunarodnog privatnog prava ističemo da je reč o državi uobičajenog boravišta nameravanih roditelja, a ne o državi njihovog državljanstva, jer te dve činjenice ne moraju da se podudaraju.

⁵⁶ Vidi tačku 77 Upitnika 1.

⁵⁷ Vidi tačku 76 Upitnika 1 i izlaganja kod ulaznih slučajeva surogat materinstva.

koja je uključena u aranžmane o surogat materinstvu a koje je prema međunarodnim pravnim standardima ili prema domaćem pravu inkriminirano (trgovina ljudima, prodaja dece, eksploatacija žena i sl.); tretmanom surogat majke u bilo kojoj državi (slobodan i informisani pristanak, finansijska naknada, medicinska nega i sl.)⁵⁸; neuspehom aranžmana o surogat materinstvu sa prekograničnim dejstvima (na pr. nepridržavanje ugovornih obaveza od bilo koje ugovorne strane zbog invaliditeta ili bolesti deteta, želje surogat majke da zadrži dete⁵⁹, sloma ličnih odnosa nameravanih roditelja, grešaka medicinske ustanove koja upotrebi gamete drugog lica i sl.).⁶⁰

4. Umesto zaključka

U vezi sa gornjim izlaganjima naveli bismo na kraju dve jednostavne hipotetične situacije vezane za Srbiju koje traže odgovore na pitanja koja nisu regulisana u domaćem pravu, ali imajući u vidu da Prednacrt GZ sadrži odredbe kojima se rađanje za drugog unosi u pravni sistem. Polazna situacija je ona u kojoj surogat majka u Srbiji (bez obzira da li je domaća državljanka ili nije) zaključuje ugovor o rađanju za drugog sa nameravanim roditeljima koji žive u Srbiji i koji su domaći državljani. Kada se dete rodi u matične knjige se kao njegova majka, prema Prednacrtu GZ (član 60 stav 1), upisuje žena koja na osnovu ugovora ima nameru da se stara o detetu, bez obzira da li su njene oplodne ćelije (ili bez obzira na to čije su oplodne ćelije) korišćene za oplodnju surogat majke. Ovaj trenutak je odlučujući za pravni status deteta i nameravanih roditelja. Pitanje koje bi trebalo regulisati jeste kako bi trebalo sprovesti ovu odredbu.

⁵⁸ Vidi detaljnije M. Ryznar, *International Commercial Surrogacy and Its Parties*, *John Marshall Law Review*, godište 43, 2010, str. 1028.

⁵⁹ Surogat majka iz Engleske sporazumela se sa bračnim parom iz Kalifornije da za njih donese na svet dete koje je začeto in vitro upotrebom oplodnih ćelija muža i oplodnih ćelija žene-donatora. Kalifornijski sud je u odluci donetoj pre rođenja blizanaca konstatovao, između ostalog, da surogat majka nije u odnosu majka – dete sa decom koja će se roditi, da roditeljsko pravo pripada bračnom paru, da će surogat majka predati decu jedan sat posle njihovog rođenja i da neće tražiti njihovo upisivanje u matične knjige. Zbog nesporazuma između ugovornih strana surogat majka se predomisli i donela na svet blizance u Engleskoj, a nije imala ni nameru da ih preda nameravanim roditeljima. Slučaj je dospao i pred engleski sud s pozivom na Hašku konvenciju o građanskopravnim posledicama međunarodne otmice dece iz 1980.g. povodom zahteva nameravanih roditelja radi hitnog povratka dece jer je surogat majka povredila njihovo pravo na staranje; vidi predmet *W. and B. v. H. (Child Abduction: Surrogacy)* [2002] 1 FLR 1008, dostupan na internet strani <http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0470.htm>, poslednji put posećenoj 3. decembra 2013.g.

⁶⁰ Vidi tačke 60 i 80 Uputnika 1.

Idealna situacija bi bila ona u kojoj ni surogat majka, ni nameravani roditelji ne bi morali preduzimati nikakve radnje, tj. kada bi nameravani roditelji po samom (domaćem) pravu postali pravni roditelji. Oslanjajući se na pozitivno pravo Srbije⁶¹ odlučujuća uloga bi pripala zdravstvenoj ustanovi u kojoj se surogat majka porodi, koja bi na osnovu dokumentacije o rađanju za drugog u prijavu rođenja deteta unosila podatak o nameravanim roditeljima i tako odredila muškarca i ženu koji bi bili upisani u matičnu knjigu kao pravni roditelji. Transparentnost činjenica radi osiguranja ostvarivanja prava deteta da poznaje svoje poreklo bi se morala regulisati propisima koji se odnose na matične knjige. Svaki drugi način bi uključivao donošenje odluke od strane nadležnog organa – upravnog ili sudskog – čije donošenje traži akciju na strani nameravanih roditelja i surogat majke što izaziva dodatne troškove i iziskuje vreme. Ova situacija iz ugla izlaznih slučajeva surogat materinstva obezbeđuje pravno roditeljstvo nameravanim roditeljima koji su inostrani državljani u Srbiji bilo po samom pravu, bilo sprovođenjem postupka pred domaćim organima kojim se vrši prenos pravnog roditeljstva sa surogat majke na nameravane roditelje, koje u državi njihovog državljanstva čeka postupak priznanja pravnog roditeljstva prema pravu te države.

Druga hipotetička situacija je ona na koju se oslanjaju preliminarni dokumenti Haške konferencije za međunarodno privatno pravo, tj. ulazni slučaj surogat materinstva koji je za Srbiju značajniji jer prekogranična dejstva nastupaju ovde. Surogat majka rađa dete u inostranstvu za nameravane roditelje koji su srpski državljani i koji žele da se vrate u Srbiju sa detetom. Prednacrt GZ ovu situaciju ne reguliše, iako bi to bilo neophodno zbog pravnog statusa deteta i nameravanih roditelja. Iz Zakona o matičnim knjigama Srbije⁶² (član 69) proizlazi da se činjenice o ličnom stanju državljana Srbije koji privremeno borave u inostranstvu upisuju u matične knjige (evidencije o ličnom stanju građana) te države, a samo izuzetno u matične knjige koje vode diplomatsko-konzularna predstavništva Srbije u dotičnoj državi ako se ti podaci ne upisuju u matične knjige dotične države. Pravilo je (član 77) da se činjenice rođenja u inostranstvu upisuju u matične knjige koje se vode u zemlji na osnovu izvoda iz matične knjige inostranog organa, a ako se on ne može pribaviti, upis se vrši na osnovu odluke nadležnog suda, i to domaćeg. Na koji će način nameravani roditelji – domaći državljani biti upisani u domaće matične knjige kao pravni roditelji zavisice, dakle, od toga na koji način je u državi rođenja

⁶¹ Vidi Pravilnik o postupku izdavanja prijave rođenja deteta i obrascu prijave rođenja deteta u zdravstvenoj ustanovi, Sl. glasnik RS, br. 25/2011.

⁶² Sl. glasnik RS, br. 20/2009.

deteta ustanovljeno njihovo pravno roditeljstvo i kojim dokazima raspolažu. Ideal bi i u ovom slučaju bio da i u stranoj državi pravno roditeljstvo nameravanih roditelja nastaje po samom pravu i da je ono upisano u inostranu matičnu knjigu. Ako to ne bi bio slučaj trebalo bi u inostranstvu sprovesti proceduru za transfer pravnog roditeljstva i tek posle toga tražiti upis ili priznanje u Srbiji, što bi opet zavisilo od propisa Srbije o dejstvima dotičnih inostranih dokumenata. Ne treba, međutim, zaboraviti, da uvozni slučajevi surogat materinstva nameću prethodno pitanje državljanstva deteta koga je rodila surogat majka da bi dete moglo legalno da napusti državu rođenja i moglo da uđe sa pravnim roditeljima u Srbiju.

Ovaj rad prikazuje elemente koje bi trebalo uzeti u obzir prilikom regulisanja surogat materinstva sa prekograničnim dejstvima. Oni su identifikovani u Upitniku 1 Haške konferencije za međunarodno privatno pravo izrađenog u sklopu prethodnih istraživanja i proučavanja prava i prakse surogat materinstva država članica i drugih zainteresovanih država u okviru mandata za podnošenje izveštaja o potrebi da se ova problematika reguliše međunarodnim instrumentom. Taj izveštaj se očekuje u 2014. godini kada će biti prilike za uporednopravna proučavanja, analize i ukazivanje na pravac i predmet regulisanja surogat materinstva sa prekograničnim dejstvima u Srbiji na osnovu iskustava drugih zemalja. U ovom trenutku smo smatrali da sami elementi za pravno regulisanje notirani u pripremnim dokumentima Haške konferencije za međunarodno privatno pravo mogu da doprinesu upotpunjavanju slike o (pravnim) dejstvima surogat materinstva, jer oni odslikavaju svest o kompleksnosti problematike sa kojom se mnoge zemlje već suočavaju i o njoj zauzimaju stavove u pravu i praksi. Ti stavovi su, po prirodi stvari, veoma različiti (stepen njihove konvergentnosti i divergentnosti bi tek trebalo utvrditi) i upravo je ta različitost podsticaj za ispitivanje potrebe i puteva usklađivanja na međunarodnom nivou.

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

Elements for Regulating Surrogacy Arrangements with Cross-border Effects

Abstract: *Numerous cases of international surrogacy arrangements and their legal effects in different national legal frameworks have caused a need to weigh the possibility and necessity of regulating the issue on international level. The Hague Conference on Private International Law has been since 2011 involved in preliminary research activities of the issue, on the basis of which it will submit a final report in 2014 on the state of play and on the need to start drafting an international instrument. During the past three years two preliminary reports and four questionnaires have been submitted. Questionnaire 1 have been sent to the member states of the Conference and to other interested countries to collect data on crucial issues of surrogacy and its legal regulation in national legislations. Serbian law de lege lata prohibits surrogacy arrangements, but the 2011 Draft Civil Code introduces it to the domestic legal system as a tool of biomedically assisted fertilization. The present paper suggests that the regulation of surrogacy must also include surrogacy arrangements with cross-border effects for the sake of comprehensiveness of the future legal act on the issue. For this purpose, the paper indicates – based on the preliminary research conducted by the Hague Conference on Private International Law – those elements that should be included in future legislation of Serbia.*

Key words: *surrogate motherhood, cross-border effects of surrogate motherhood, legal parenthood, intending parents, Hague Conference on Private International Law*

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

DOSTUPNOST INFORMACIJA O STANJU ŽIVOTNE SREDINE*

(Harmonizacija prava Republike Srbije sa Evropskom
smernicom o ekološkim informacijama iz 2003. g.)

Sažetak: U radu se analiziraju odredbe važeće Evropske Smernice o ekološkim informacijama (od 2003.g.), odrede o njihovoj implementaciji u zakonodavstvo RS, posebno u važeći Zakon o zaštiti životne sredine RS (od 2009.g.). Nadalje se analiziraju pravila Arhuske konvencije o ekološkim informacijama koja je ratifikovana zakonom RS iz 2009. godine. Većina odredaba evropske smernice je implemetirana u zakonodavstvo RS. Međutim, primećuje se da zakon RS propisuje preširok krug razloga za odbijanje ekoloških informacija umesto restriktivnog tumačenja razloga za odbijanje davanja informacija o stanju životne sredine, kako to predviđa evropska smernica. Analiziraju se i postupci pravne zaštite posebno pred sudom (državnim ili arbitražnim) u slučaju neosnovanog odbijanja prava na davanje tražene informacije od strane nadležnog državnog organa, kako na nacionalnom, tako i na regionalnom planu, kao i pravila o dokazivanju pravnog interesa zahtevaoca informacije pred nadležnim organom, kao i u sudskom postupku povodom odbijanja davanja ekološke informacije.

KLjučne reči: ekološke informacije, ekološke evidencije, pravo na informisanje o stanju životne sredine, postupci pravne zaštite na informaciju pred sudom u slučaju neosnovanog odbijanja informacije, pravni interes kod ekološke informacije.

* 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

Evolucija evropskog prava u pogledu dostupnosti ekoloških informacija

Evropska Zajednica je 25. juna 1998 potpisala međunarodni sporazum sa Privrednom Komisijom Ujedinjenih nacija za Evropu o dostupnosti informacija, učešću javnosti u postupku donošenja odluka, pravu na pravnu zaštitu u pitanjima životne sredine (Arhuski Sporazum – Übereinkommen von Aarhus - Danska). Ova konvencija je ratifikovana u Republici Srbiji Zakonom o potvrđivanju Konvencije o dostupnosti informacija, učešću javnosti u donošenju odluka i pravu na pravnu zaštitu u pitanjima životne sredine.¹

Saglasno tome, dotadašnje odredbe evropskog prava (Smernica 90/313/EWG – EEZ)² u ovoj oblasti morale su se usaglasiti sa međunarodnim sporazumom Evrope i Ujedinjenih nacija, što je učinjeno Smernicom 2003/4/EG – EZ Evropskog Parlamenta i Saveta od 28. januara 2003. g. o dostupnosti informacijama o stanju životne sredine. Nova Smernica iz 2003. g. ujedno ukinula ranije važeću evropsku smernicu iz 1990. godine.³

Nova smernica (iz 2003. g.) nije samo prosta dopuna ranije smernice, već predstavlja novu konsolidovanu varijantu, usaglašenu sa normama OUN. Razlozi za donošenje nove smernice su: veća transparentnost odn. dostupnost ekoloških informacija zainteresovanoj javnosti. Zatim, postojala je i potreba za ujednačenjem nacionalnih propisa, pošto se zapazilo da su oni bili neujednačeni. To je po sebi uticalo i na neujednačene uslove konkurencije na tlu zajedničkog tržišta (Binnenmarkt). Pokazala se potreba da se osigura svakom fizičkom ili pravnom licu, *bez dokazivanja pravnog interesa* pravo na traženje ekoloških informacija od organa javne vlasti, tj. svako od njih ima pravo pristupa podacima o stanju životne sredine. Takođe se pokazalo neophodnim, da organi vlasti koji raspolažu ekološkim informacijama učine dostupnim podatke široj javnosti, u najvećoj mogućoj meri, putem informacionih tehnologija.⁴

¹ V. Sl. Glasnik Republike Srbije – Međunarodni ugovori, br. 38/2009. g.

² U ovom radu koristimo termin „smernica“ na osnovu nemačkog izraza (Richtlinien). U mađarskom pravu se korsiti izraz irányelv - smernica. Kod nas se, za ovakve akte koristi izraz *direktiva*. Smernice su akti EU koji služe za harmonizaciju domaćeg prava sa ciljevima izraženim u smernicama. Smernice se direktno ne primenjuju na područjima punopravnih članica EU. Načela iz smernica se ugrađuju u domaće pravo, putem nacionalnog zakonodavstva. Smernice se razlikuju od uredaba EU (Verordnung, nem.,) - koje se direktno primenjuju, bez postupka harmonizacije i bez postupka ratifikacije na područjima punopravnih članica, i to na osnovu ugovora o pristupanju date zemlje u EU.

³ Richtlinie 2003/4/EG über den Zugang der Öffentlichkeit zu Umweltinformationen und zur Aufhebung der Richtlinie 90/313/EWG, Amtsblatt L 41 vom 14.2. 2003. V. i: Kodex des Österreichisches Recht (Herausgeber: Univ. Prof. Dr. Werner Doral), EU Umweltrecht 2011, LexisNexis, Wien, 2011, str. 1. U daljem tekstu: Smernica o ekološkim informacijama.

⁴ V. Smernica o ekološkim informacijama, načelne odredbe, tačka 5-9.

Obaveza davanja ekoloških informacija je doprinos afirmaciji *preventivnog načela* ekološkog prava umesto *posledičnog načela* koje naglašava *ekološku odgovornost za nastalu štetu*.⁵ Ona doprinosi i afirmaciji načela *održivog razvoja* koje ne zači kočenje razvoja, naprotiv, znači da gradnja industrijskih postrojenja, ispuštanje otpadnih ili opasnih materija u elemente životne sredine (imisije i emisije), bude pod ekološkom kontrolom, evidencijom državnih organa i javnosti, te podvrgnuta tehnološkom filtriranju.⁶

II

Definicije

Pojam ekoloških informacija prema važećoj evropskoj ekološkoj informacionoj smernici

U važećoj informacionoj ekološkoj smernici EU ističe se potreba za preciznijim *definisanjem pojmova* iz oblasti ekoloških informacija. Ukazuje se da su to informacije u vezi sa sledećim oblastima: 1) *Stanjem životne sredine*; 2) *faktorima, merama ili delatnostima koji imaju ili mogu imati uticaja na životnu sredinu* ili koji služe zaštiti životne sredine; 3) *troškovima*, odn. analiza troškova i koristi povodom mera zaštite; 4) informacije o stanju ljudskog zdravlja i sigurnosti uključiv i *kontaminaciju lanca ishrane, uslove života ljudi, stanje kulturnih dobara i građevinskih objekata* u meri u kojoj su oni tangirani stanjem životne sredine.⁷

⁵ V. npr. Csák Csilla (red.), Jogtudományi tanulmányok a fenntartható természeti erőforrások témakörében (Zbornik naučnih radova iz oblasti ekološkog prava, posvećen održivom razvoju i očuvanju prirodnih resursa), Miskolci Egyetem (izdavač: Univerzitet u Miskolcu), Miskolc, 2012, str. 26-35. Ukazuje se na pravila EU koja teže da se postepeno saniraju ekološke štete, a da se nastoji pravnim propisima sprečiti nastanak novih ekoloških šteta, tj. da se spreče štetne emisije koje mogu da utiču na zdravlje ljudi. V. takođe, Csák Csilla, a környezetjogi felelősség magánjogi dogmatikája (Građanskopravna - opštetnoppravna zaštita od ekoloških šteta), Miskolci Egyetem, 2013, str. 84-100.

⁶ U nemačkoj literaturi vezano za ulogu države i državnih ciljeva kao i njihovoj implementaciji u ekološko zakonodavstvo, v. Dietrich Murswiek, Umweltschutz als Staatszweck, *Economica*, Bonn, 1995., str.76; isti, Staatsziel Umweltschutz, Bedeutung für Rechtssetzung und Rechtsanwendung, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1996, str. 226. Za mađarsko pravo, v. Fodor László- Prugberger Tamás, A környezetjog rendszere, elméleti és gyakorlati kérdései (Sistem, teorijska i praktična pitanja ekološkog prava), KGI, Budapest, 1996; Fodor László, Víz az alaptörvény környezeti értékrendjében (Vode kao pravna vrednost ustava), *Publicationes Universitatis Miskolciensis, Sectio iuridica et politica*, Tomus XXXI, Miskolc University Press, 2013, str. 329.

⁷ V. Smernica o ekološkim informacijama, načelne odredbe, tačka 10.

Definicija *javne vlasti* koja je obavezna na davanje ekoloških informacija, prema načelnim odredbama predmetne smernice trebalo bi da bude proširena tako da obuhvata *vladu* ili drugu *javnu upravu* na *nacionalnom, regionalnom ili lokalnom nivou*, bez obzira na to da li imaju posebne odgovornosti vezane za životnu sredinu. Takođe definicija bi trebalo da obuhvati i ostale subjekte i tela koja obavljaju upravnim funkcijama slične delatnosti vezane za životnu sredinu, u skladu sa shodnim nacionalnim zakonom.⁸

Ekološke informacije se moraju dostaviti *podnosiocima zahteva* što je brže moguće, unutar razumnog roka, vodeći računa o rokovima koje je ustanovio sam podnosilac zahteva.⁹

Države članice EU su dužne da nađu praktične načine da ovakve informacije budu dostupne javnosti. To se može ostvariti kroz javne telekomunikacione mreže uključiv i javno dostupne organe vlasti kojima se javnost može obratiti radi dobijanja ekoloških informacija.

III

Načela

pojam prava na ekološku informaciju, odbijanje informacije, troškovi, tačnost, sudsko preispitivanje akata i propusta javnih organa, implementacija u nacionalno zakonodavstvo, supsidijernost EU normi

Pravo na ekološku informaciju podrazumeva *pristup podacima o stanju životne sredine*, od strane zainteresovanih kod nadležnih organa javne vlasti koji čuvaju te informacije. To dalje podrazumeva mogućnost pristupa ekološkim informacijama u *tačno određenim slučajevima*. Razlozi za odbijanje ekoloških informacija moraju se usko tumačiti, pri čemu javni interesi u prilog objavljivanja tih informacija pretežu nad interesima za odbijanje tih informacija. Razlozi za odbijanje davanja informacija moraju se dostaviti predlagачu unutar, u ovoj smernici, predviđenog roka.¹⁰ Međutim, nadležni organi mogu učiniti informaciju dostupnom samo u izvodima (delimično) samo ukoliko se željena informacija može izdvojiti iz celine.

Javne vlasti imaju pravo na *naplatu troškova* davanja podataka, ali ona-napлата mora biti razumna.¹¹

⁸ V. Smernica o ekološkim informacijama, načelne odredbe, tačka 11.

⁹ V. Smernica o ekološkim informacijama, načelne odredbe, tačka 13.

¹⁰ V. Smernica o ekološkim informacijama, načelne odredbe, tačka 16.

¹¹ V. Smernica o ekološkim informacijama, načelne odredbe, tačka 18.

Podnosioci zahteva imaju pravo da traže administrativno ili *sudsko preispitivanje* akata ili propusta javnih vlasti vezanih za postupanje tih organa povodom podnetog zahteva.¹²

Javne vlasti moraju garantovati da su podaci o životnoj sredini koje su one prikupile ili koji su za njih prikupljeni razumljivi, *tačni* i uporedivi. *Metod* koji je korišćen kod prikupljanja podataka treba da na zahtev bude predložen s obzirom da je on važan činilac u ocenjivanju kvaliteta pruženih podataka.¹³

U cilju poboljšanja zaštite životne sredine, javne vlasti su dužne da stave na raspolaganje podatke o životnoj sredini koji su vezani uz njihovu funkciju putem računarske ili elektronske tehnologije.¹⁴

Ova smernica i njena realizacija treba da se analizira svake četvrte godine od strane država članica i u slučaju potrebe da se menja. Evropska komisija je dužna da podnese izveštaj o oceni Evropskom parlamentu i veću.¹⁵

Obzirom da *ciljevi predložene smernice ne mogu u dovoljnoj meri postići rezultate na nivou država članica* već na nivou zajednice, *zajednica može usvojiti mere* u skladu sa *principom supsidijarnosti* kako je navedeno u čl. 5. ugovora. U skladu sa principom proporcionalnosti, kako je navedeno u čl. 5. ugovora, ova smernica ne ide dalje od onog što je nužno za postizanje tih ciljeva.¹⁶

Odredbe ove smernice ne diraju u prava države članice da zadrži ili uvede mere za *širi pristup podacima* nego što je predviđeno ovom smernicom.¹⁷

IV Normativni deo Smernice

Nakon odredaba o definicijama i odredaba o načelima, smernica sadrži tzv. normativni deo u kome se preciziraju načelne norme.

Normativni deo Smernice obuhvata: 1) Ciljeve, 2) određivanje pojma, 3) pristup informacijama o životnoj sredini na zahtev, 4) izuzetke, 5) nakanade, 6) pristup sudovima, 7) pružanje informacija o životnoj sredini, 8) kvalitet ekoloških informacija, 9) preispitivanje ekoloških informacija, 10) harmonizaciju nacionalnih zakonodavstava, 11) ukidanje ranije smernice, 12) stupanje na snagu smernice, 13) adresati.

¹² V. Smernica o ekološkim informacijama, načelne odredbe, tačka 19.

¹³ V. Smernica o ekološkim informacijama, načelne odredbe, tačka 20.

¹⁴ V. Smernica o ekološkim informacijama, načelne odredbe, tačka 21.

¹⁵ V. Smernica o ekološkim informacijama, načelne odredbe, tačka 22.

¹⁶ V. Smernica o ekološkim informacijama, načelne odredbe, tačka 23.

¹⁷ V. Smernica o ekološkim informacijama, načelne odredbe, tačka 24.

Ova smernica prati sledeće: *ciljeve* a) obezbeđenje prava na ekološke informacije, kojima raspolažu javne vlasti, b) dostupnost informacija u korist javnosti. U tu svrhu treba podsticati korišćenje računarskih telekomunikacija i elektronskih tehnologija.¹⁸

U *definicijama* se potvrđuju i preciziraju načela. 1. *Podaci o životnoj sredini* podrazumevaju bilo koji podatak u pisanom, vizuelnom, čulnom, elektronskom ili bilo kom drugom materijalnom obliku o : a) stanju *delova životne sredine*, kao što su *vazduh, voda, zemljište, prirodna staništa*, uključujući vlažna područja, obalna i morska područja uključiv i genetski izmenjene organizme kao i njihov međusobni uticaj;¹⁹ b) faktorima kao što su *energija, buka, zračenje, otpad* uključiv i *radioaktivne* otpade, emisije, isticanja i ostala *ispuštanja* u životnu sredinu koji utiču ili bi mogli uticati na elemente životne sredine; v) *merama* uključujući i *administrativne* mere, ekološke *politike*, ekološko *zakonodavstvo*, *plano*ve i programe, ekološke sporazume i delatnosti koji imaju za cilj zaštitu tih elemenata; g) obaveštenja o *harmonizaciji* ekološkog prava; d) analizu *troškova* i koristi; đ) stanju ljudskog zdravlja posebno u pogledu kontaminacije namirnica. 2. *Organi* od kojih se mogu dobiti ekološke informacije: a) *vlada* ili ostali organi javne vlasti, uključujući javna savetodavna tela na nacionalnom, regionalnom ili lokalnom nivou; b) *fizička ili pravna lica* koja na osnovu unutrašnjih (nacionalnih) propisa *izvršavaju zadatke javne uprave*, uključiv i obavljanje delatnosti *u vezi sa životnom sredinom*; v) fizička ili pravna lica koja pod kontrolom ovih organa imaju javne nadležnosti u vezi sa životnom sredinom i koji su dužni da pružaju javne usluge; 3. *informacije koje se nalaze kod nadležnog organa*, - a to su ekološke informacije kojima oni raspolažu ili koje su oni sami stvorili ili koje su nekom organu dostupne; 4. *informacije kojima raspolaže neki organ* su ekološke informacije koje su pribavljene od strane nekog fizičkog ili pravnog lica za organe javne vlasti; 5. *predlagač* je fizičko ili pravno lice koje zahteva ekološku informaciju; 6. pojam *javnosti* čine jedno ili više fizičkih ili pravnih lica koja saglasno nacionalnim propisima ili nacionalnoj praksi čine udruženja, organizacije ili grupe.²⁰

Pristup ekološkim informacijama na osnovu zahteva: 1. Države članice su dužne da obezbede da organi saglasno odredbama ove smernice budu obavezni da na osnovu zahteva pruže ekološke informacije kojima raspolažu, odnosno da obezbede pristup informacijama *bez obzira na to*

¹⁸ V. čl. 1. Smernice o ekološkim informacijama.

¹⁹ V. čl. 2. Smernice o ekološkim informacijama.

²⁰ V. čl. 2. Smernice o ekološkim informacijama.

da li tražioci imaju pravni interes. 2. Ekološke informacije je nadležni organ dužan da učini pristupačnim zahtevaocu - predlagaču informacije: a) što god je pre moguće u najkraćem roku, a najkasniji u roku od mesec dana od podnošenja zahteva ili b) unutar dva meseca ako je informacija kompleksna i ako zbog toga jednomesečni rok nije moguće ispoštovati. 3. Ako je zahtev formulisan uopšteno, organ može tražiti njegovo preciziranje. 4. Ukoliko je podnosilac zahteva tražio ekološku informaciju od određenog organa u određenoj formi ili formatu, on je dužan postupiti u traženoj formi, osim a) ako su informacije takve da su dostupne zahtevaocu na drugi način, tj. ako su javno dostupne; b) ako to odgovara organu, on može dati informaciju na shodan način. Razlozi za odbijanje davanja podataka u traženom obliku i formatu, moraju se saopštiti tražiocu. 5. Radi sprovođenja ovog člana (čl. 3): a) države članice moraju da vode računa o tome da nadležni organi omogućе pristup javnosti ekološkim informacijama; b) da liste organa javne vlasti budu javno dostupne; v) da budu definisana praktična rešenja, kako bi se osiguralo ostvarivanje prava na ekološku informaciju.²¹

Izuzeci od pravila o obavezi pružanja ekoloških informacija 1. Države članice mogu potpisati da zahtev za dobijanje ekološke informacije bude odbijen a) ako informacije nisu kod organa od koga se traže b) ako je zahtev očigledno zloupotrebljen v) ako je zahtev suviše uopšteno formulisan g) ako se zahtev odnosi na nedovršene dokumente ili podatke d) ako se zahtev odnosi na interna saopštenja, pri čemu se mora voditi računa o javnim interesima prilikom objavljivanja.²²

Naknade za informacije 1. Pristup registru informacija kao i pretraživanje informacija na licu mesta je besplatno. 2. Javne vlasti mogu tražiti naknadu za davanje podataka o životnoj sredini, ali ona nesme prelaziti razumni iznos. 3. Kada se traži naknada javne vlasti su dužne objaviti popis naknada, kao i mogućnost oslobađanja od nje.²³

Pristup sudovima 1. Države članice su dužne da obezbede da predlagač odn. zahtevalac čiji zahtev za informacijama nije od nadležnog organa uzet u obzir, *odbijen* je, ili se organ neosnovano oglasio nenadležnim ili je propustio neku radnju, može da traži preispitivanje tih odluka pred nadležnim upravnim organom. To mora da bude *efikasan* postupak, *osloboden naknade* ili uz minimalnu naknadu. 2. Propusti upravnih organa mogu se *utužiti pred sudom* ili drugim nezavisnim ili nepristrasnim telom predviđenim zakonom. Države članice mogu dodatno propisati da treća

²¹ V. čl. 3. Smernice o ekološkim informacijama.

²² V. čl. 4. Smernice o ekološkim informacijama.

²³ V. čl. 5. Smernice o ekološkim informacijama.

lica koja terete objavljene informacije imaju pravo na žalbu pred sudom. Konačne odluke upravnih organa ili suda obavezuju organe koji čuvaju informaciju. Odluka se mora doneti u pisanom obliku, sa obrazloženjem.²⁴

Pružanje ekoloških informacija. Dužnosti država članica. Države članice su dužne da preduzmu mere kako bi osigurale da *javne vlasti organizuju prezentaciju ekoloških podataka* koje čuvaju kod sebe ili kod drugih a koje su bitne za njihovo funkcionisanje, naročito putem računarskih telekomunikacija ili elektronske tehnologije. Države članice su dužne da osiguraju da podaci o životnoj sredini budu *dostupni u bazama podataka* koje su lako dostupne javnosti preko telekomunikacionih mreža.²⁵

Kvalitet ekoloških podataka. Države članice su dužne osigurati da bilo koji podatak koje su same prikupile ili je prikupljen u njihovo ime bude ažuran, tačan i uporediv.²⁶

Procedura preispitivanja Smernice. Države članice su bile dužne da do 14. februara 2009. godine izveste organe EU, tj. Komisiju o stečenim iskustvima u primeni Smernice a komisija je na osnovu ovih podataka bila zadužena da sastavi izveštaj koji je trebalo da se podnese Evropskom Parlamentu i Savetu.²⁷

Primena Smernica. Države članice su bile dužne da odgovarajuće propise usklade sa Smernicom do 2005.²⁸

V

Implementacija Smernice o ekološkim informacijama u pravo RS

Implementacija analizirane evropske smernice o ekološkim informacijama je izvršena, pre svega²⁹, u *Zakonu o zaštiti životne sredine RS*.³⁰ Važeći Zakon o zaštiti životne sredine ne sadrži direktnu *definiciju* prava na informisanje o stanju životne sredine, - ali, regulišući pravo

²⁴ V. čl. 6. Smernice o ekološkim informacijama.

²⁵ V. čl. 7. Smernice o ekološkim informacijama.

²⁶ V. čl. 8. Smernice o ekološkim informacijama.

²⁷ V. čl. 9. Smernice o ekološkim informacijama.

²⁸ V. čl. 10. Smernice o ekološkim informacijama.

²⁹ Za druge oblasti, npr. o dostupnosti ekoloških informacija u oblasti kvalitativnog i kvantitativnog stanja voda, u kontekstu stanja ostalih elemenata životne sredine, v. Jovanka Ignjatović, Sreten Đorđević, Priručnik za predstavnike javne vlasti o pristupu informacijama od javnog značaja u oblasti voda i životne sredine, Regionalni centar za životnu sredinu za centralnu i istočnu Evropu, Kancelarija u Srbiji, Beograd, 2006. V. internet adresu: www.archive.rec.org/.../serbia_manual-for_officials.pdf.

³⁰ V. Zakon o Zaštiti životne sredine, Sl. glasnik RS, br. 135/2004, 36/2009 –dr. zakon, 72/ 2009 . - dr. zakon i 43/2011 – odluka US. U daljem tekstu ZZŽSR.

udruživanja građana radi zaštite životne sredine, predviđa aktivnosti i mere zaštite koje se preduzimaju radi pribavljanja informacije o životnoj sredini.³¹ Jačanje svesti o zaštiti životne sredine obezbeđuje se kroz sistem obrazovanja i vaspitanja, naučno-istraživačkog i tehnološkog razvoja, ali i kroz javno informisanje i popularizaciju zaštite životne sredine.³²

U okviru osnovnih *načela* zaštite životne sredine ugrađeno je i *načelo informisanja* i učešća javnosti u ostvarivanju prava na zdravu životnu sredinu. *Načelo zaštite prava na zdravu životnu sredinu* predviđa da građanin ili grupe građana, njihova udruženja, profesionalne i druge organizacije, pravo na zdravu životnu sredinu, ostvaruju pred nadležnim organom odnosno *sudom*, u skladu sa zakonom.³³

Normativni deo Zakona uspostavlja pravila o informacionom sistemu i načinu dostavljanja podataka javnosti o stanju životne sredine. Informacioni sistem obezbeđuje formiranje, klasifikovanje, održavanje i distribuciju baze podataka o kvalitetu životne sredine, praćenju stanja i zaštiti životne sredine zakonodavnim, administrativnim, organizacionim i strateškim merama, naučno-tehničkim informacijama, o planskim merama prevencije i razmenu informacija sa drugim informacionim sistemima. Informacioni sistem vodi agencija za zaštitu životne sredine. Informacioni sistem obezbeđuje pristup drugim informacionim sistemima i harmonizaciju svih relevantnih informacija i podataka na nacionalnom i međunarodnom nivou.³⁴

Radi praćenja kvalitativnih i kvantitativnih promena u životnoj sredini i preduzimanja mera zaštite životne sredine vode se nacionalni i lokalni registri izvora zagađivanja životne sredine.³⁵

Vlada jedanput godišnje podnosi Narodnoj skupštini izveštaj o stanju životne sredine u RS. Nadležni organ Autonomne pokrajine odnosno nadležni organ jedinice lokalne samouprave je dužan da agenciji za zaštitu životne sredine tromesečno dostavlja podatke za izradu izveštaja o stanju životne sredine u RS.³⁶

U poglavlju Zakona posvećenom informacijama i učešću javnosti je *predviđena obaveza nadležnih organa* da redovno i blagovremeno *obaveštavaju javnost o stanju životne sredine*, odnosno o pojavama koje se prate u

³¹ V. čl. 7. ZZŽSR.

³² V. čl. 6. ZZŽSR.

³³ V. tač. 11. čl. 9. ZZŽSR.

³⁴ V. čl. 74. ZZŽSR.

³⁵ V. st. 1. čl. 75. ZZŽSR.

³⁶ V. čl. 76. ZZŽSR.

okviru monitoringa, nivoa zagađujućih materija i emisije, kao i o merama upozorenja na proširenje zagađenja koje može predstavljati opasnost za život i zdravlje ljudi. Javnost ima pravo pristupa propisanim *registrima* ili evidencijama koje sadrže informacije i podatke u skladu sa zakonom.³⁷

Zakonom je predviđena obaveza nadležnog organa na dostavljanje informacije koje se odnose na zaštitu životne sredine podnosiocu zahteva u roku od trideset dana od dana podnošenja zahteva. Ako su informacije obimne ili njihova priprema zahteva duži vremenski period, rok za dostavljanje je šesdeset dana od dana podnošenja zahteva. Troškove dostavljanja informacija snosi podnosilac zahteva.³⁸

Zahtev za dostavljanje informacija može biti *odbijen*, ako bi njegovo objavljivanje negativno uticalo na: 1. poverljivost rada državnih organa; 2. međunarodne odnose, odbranu zemlje i javnu bezbednost; 3. rad pravosudnih organa; 4. poverljivost komercijalnih i industrijskih podataka, osim informacija o emisijama koje ugrožavaju životnu sredinu; 5. prava intelektualne svojine; 6. poverljivost ličnih podataka, 7. interese trećih lica koja poseduju informacije a koja nisu obavezna da ih pruže i 8. zaštitu životne sredine na koju se takva informacija odnosi, kao što je lokacija retkih vrsta, divlje flore i faune.³⁹

Zainteresovana javnost u postupku ostvarivanja prava na zdravu životnu sredinu kao stranka ima pravo da pokreće *postupak preispitivanja odluke* pred nadležnim organom, odnosno sudom, u skladu sa zakonom.⁴⁰

Iz ovoga proističe, da je prilikom izrade Zakona o zaštiti životne sredine vođeno računa o odredbama evropske Smernice o ekološkim informacijama. Doduše, u odnosu na evropsku smernicu o ekološkom informisanju u zakonu RS je došlo do pre naglašavanja mnoštva razloga za odbijanje zahteva za dostavljanje ekoloških informacija. Dok smernica EU predviđa restriktivno tumačenje razloga odbijanja zahteva dotle republički zakon predviđa širok krug razloga za odbijanje davanja informacija o stanju životne sredine.

VI

Sudska zaštita za slučaj ne pružanja ekoloških informacija po arhuškoj konvenciji (prema ratifikovanom tekstu u RS)

Prema tekstu Arhusške konvencije, ratifikovane u RS, najpre se naglašava *pravo na pravnu zaštitu*. Ističe se, da će svaka strana u okviru svog nacionalnog zakonodavstva, obezbediti da svako lice koje smatra da

³⁷ V. čl. 78. ZZŽSR.

³⁸ V. čl. 69. ZZŽSR.

³⁹ V. čl. 80. ZZŽSR.

⁴⁰ V. čl. 81. a) ZZŽSR.

je njegov zahtev za dostavu ekoloških informacija *ignorisan*, neosnovano odbijen, bilo pojedini njegovi delovi ili u celini, ili da je na bilo koji način tretiran suprotno odredbama čl. 4. Konvencije, *imati pristup postupku preispitivanja pred sudom* ili nekim drugim zakonom ustanovljenim nezavisnim i nepristrasnim telom.

U slučajevima kada strana obezbeđuje primenu postupka preispitivanja odluke pred sudom, ona ujedno mora da obezbedi i mogućnost pokretanja besplatne ili jeftine, zakonom određene ubrzane procedure ponovnog razmatranja odluke od strane organa javne vlasti ili nekog nezavisnog i nepristrasnog tela, kao alternativu sudskoj zaštiti. *Konačne odluke su obavezujuće za organ javne vlasti* koji poseduje informacije. Ako se onemogućiti dostupnost informacijama razlozi se moraju navesti u pisanoj formi.⁴¹

Za razliku od Evropske Smernice o ekološkim informacijama koja ne traži dokazivanje postojanja pravnog interesa kod traženja ekoloških informacija, Arhuska konvencija i u kod nas ratifikovanom tekstu, *traži dokazivanje pravnog interesa* od strane podnosioca zahteva za davanjem ekološke informacije. Naime, prema tekstu Arhuške konvencije svaka strana, u okviru svog nacionalnog zakonodavstva, trba da obezbedi da pripadnici zainteresovane javnosti, koji imaju dovoljnog interesa ili trde da je došlo do kršenja prava (u slučaju kada propisi o upravnom postupku jedne strane to zahtevaju kao preduslov), imaju pravo na presipitivanje pred sudom i/ili drugim nezavisnim i nepristrasnim telom ustanovljenim zakonom, u cilju pobijanja materijalne i procesne zakonitosti bilo koje odluke, činjenja ili propuštanja činjenja. Kriterijumi definisanja dovoljnog interesa i kršenja ovog prava se određuju u skladu sa zahtevima nacionalnog zakonodavstva i sa ciljem da se zainteresovanoj javnosti omogući široka pravna zaštita u okviru delokruga primene ove konvencije. U cilju unapređivanja efikasnosti svaka strana bi trebalo da obezbedi da javnosti budu dostupne informacije o mogućnosti pokretanja upravnih i sudskih postupaka za preispitivanje odluke, kao i mogućnost ustanovljavanja odgovarajućih mehanizama pružanja pomoći za uklanjanje ili smanjenje finansijskih i drugih prepreka za dostupnost pravosuđa.⁴²

Za našu temu relevantan je i Aneks II, koji govori o *arbitražnoj zaštiti* ekoloških informacija. U slučaju prenošenja spora na arbitražu stra-

⁴¹ V. st. 1, 2. i 3. tač. 1. čl. 9. Arhuske Konvencije, pema tekstu Zakona o potvrđivanju Konvencije o dostupnosti informacija, učešću javnosti o donošenju odluka i pravu na pravnu zaštitu u pitanjima životne sredine, Sl. Gl. RS MU, br. 38/2009. (u daljem tekstu: Arhuška Konvencija/RS)

⁴² V. tač. 2-5. čl. 9. Arhuske konvencije/RS.

na ili strane u sporu će obavestiti Sekretarijat o predmetu arbitraže i naznačiti posebno članove ove konvencije čije je tumačenje ili primena u pitanju.

Aneks uređuje i *sastav* arbitražnog suda. Arbitražni tribunal će se sastojati od tri člana. Strana ili strane koje tuže, kao i druga strana ili strane u sporu imenovaće po jednog arbitra, a dvoje imenovanih arbitara će na osnovu sporazuma odrediti trećeg koji će biti predsednik veća. On ne sme biti državljanin ni jedne strane u sporu. Mesto njegovog stalnog boravišta ne može biti na teritoriji jedne od tih strana, niti on može biti zaposlen kod njih, niti raditi na tom slučaju u bilo kom drugom svojstvu.

Sledeće odredbe Aneksa uređuju arbitražni *postupak*. Tako, ako se predsednik arbitražnog veća ne imenuje u roku od dva meseca od imenovanja drugog arbitražnog sudije, Izvršni sekretar Ekonomske komisije (UN) za Evropu će, na zahtev bilo koje strane u sporu, odrediti predsednika u daljem dvomesečnom roku.⁴³

U vezi sa postupkom donošenja *odluke*, odnosno, u vezi primene materijalnog prava, Konvencija određuje da će arbitražno veće doneti svoju odluku u skladu sa međunarodnim pravom i odredbama ove Konvencije. Odluke arbitražnog veća, bilo da se radi o procesnim ili materijalnim, biće donete većinom glasova njegovih članova. Veće ima ovlašćenje da preduzme sve odgovarajuće mere da bi utvrdilo *činjenice*.⁴⁴ Arbitražno veće će doneti svoju odluku u roku od pet meseci od datuma svog ustanoavljenja, osim ako utvrdi da je neophodno da produži vremenski rok na period koji ne bi trebao biti duži od pet meseci.⁴⁵ Odluka arbitražnog veća mora imati obrazloženje, pri čemu će ona biti obavezujuća za sve strane u sporu. Arbitražno veće će odluku dostaviti strankama u sporu i Sekretarijatu. Sekretarijat će dalje proslediti primljene informacije svim stranama Konvencije.

Svaki spor koji se može pojaviti između strana u pogledu *tumačenja* ili *izvršenja* odluke, svaka strana može izneti arbitražnom veću koje je tu odluku donelo, ili, u slučaju da ovo veće ne može da se sazove, drugom veću ustanovljenom za ovu svrhu na isti način kao i prethodno.⁴⁶

Svako arbitražno veće će doneti, u skladu sa odredbama Aneksa, svoja *pravila o postupku*.⁴⁷

⁴³ V. tač. 1-4. Aneksa II Arhusške konvencije/RS.

⁴⁴ V. tač. 5., 7. i 8. Aneksa II Arhuske konvencije/RS.

⁴⁵ V. tač. 16. Aneksa II Arhuske konvencije/RS.

⁴⁶ V. tač. 17. i 18. Aneksa II Arhuske konvencije/RS.

⁴⁷ V. tač. 6. Aneksa II Arhuske konvencije/RS.

Aneks sadrži i odredbe o *stranama* u sporu. U tom pogledu on određuje da će strane u sporu olakšati rad arbitražnog veća korišćenjem svih sredstava koja su im na raspolaganju. Tako će one dostaviti sva relevantna *dokumenta*, sredstva i informacije. Zatim, one će omogućiti, gde god je to potrebno, pozivanje *svedoka* ili *veštaaka* i prihvatiti njihov dokazni materijal. Strane i arbitri će štiti *poverljivost* svake informacije koju dobiju u poverenju u toku postupka pred arbitražnim većem. Arbitražno veće može, na zahtev jedne od strana, preporučiti *privremene mere zaštite*. Ako se jedna od strana u sporu *ne pojavi* pred arbitražnim većem ili ne pruži odbranu u predmetu spora, druga strana može zahtevati od veća da nastavi sa postupkom i donese svoju konačnu odluku. Odsustvo jedne strane ili neučestvovanje u odbrani neće predstavljati prepreku za odvijanje postupka. Arbitražno veće može da sasluša i odluči o *protivtužbenim* zahtevima koji proizilaze direktno iz predmeta spora.

Svaka strana ove Konvencije koja ima *pravni interes* u predmetu spora i na koju može da utiče odluka u datom slučaju, može da se *umeša* u postupak uz saglasnost veća.⁴⁸

Ukoliko arbitražno veće ne odluči drugačije, zbog posebnih okolnosti datog slučaja, *troškovi* veća, uključiv i naknade za njegove članove, padaju na teret strana u sporu na jednake delove. Veće će voditi evidenciju svih svojih troškova o čemu će podneti završni izveštaj stranama u sporu.⁴⁹

Republika Srbija se po čl. 3. Zakona o ratifikaciji opredelila da rešavanje spora oko tumačenja ili primene Konvencije podnese *Međunarodnom sudu pravde*.

VII

Praktična primena pravila o dostupnosti informacijama o stanju životne sredine i pristupu pravosuđu

Zakon o planiranju i izgradnji RS⁵⁰, regulišući materiju o prostornom planu uopšte⁵¹, o regionalnom prostornom planu⁵², o prostornom planu jedinice lokalne samouprave⁵³, kao i prostornom planu područja

⁴⁸ V. tač. 9-13. Aneksa II Arhuske konvencije/RS.

⁴⁹ V. tač. 15. Aneksa II Arhuske konvencije/RS.

⁵⁰ V. Zakon o planiranju i izgradnji RS, Sl. glasnik RS br. 72/09, 81/09, 64/2010 odluka US, 24/2011, 121/2012, 42/2013 odluka US, 50/2013. odluka US, 98/2013. odluka US

⁵¹ V. tačku 10. čl. 15. Zakona o planiranju i izgradnji RS.

⁵² V. taču 12. čl. 18. Zakona o planiranju i izgradnji RS.

⁵³ V. tačku 7. čl. 20. Zakona o planiranju i izgradnji RS.

posebne namene⁵⁴, predviđa mere zaštite životne sredine. Međutim, ne predviđa način na koji bi se obezbedila mogućnost za učešće javnosti u pripremi politike u vezi sa životnom sredinom.⁵⁵ U takvom slučaju zainteresovanoj javnosti bi ostala mogućnost podnošenja Zahteva za zaštitu ustavnosti i zakonitosti akta. Ovakav način zaštite bitno odstupa od pravila Arhuske konvencije o pristupu pravosuđu kroz redovnu proceduru uz mogućnost ulaganja pravnog leka na odluku.

Gradnja na nekoj parceli je moguća samo ako je ona pokrivena detaljnim regulacionim planom. On sadrži podatke o nameni i zoni parcele, regulacione i građevinske linije, poziciju saobraćajne infrastrukture. Na osnovu ovih podataka utvrđuje se potreba za izradom urbanističkih projekata preparcelacije i parcelacije da bi se formirala građevinska parcela. Jedan od planova za uređenje prostora je i urbanistički plan. Urbanistički plan se izlaže na javni uvid. Građani mogu da stave svoje primedbe koje bi Komisija prilikom sastavljanja izveštaja trebalo da uzme u obzir. Konačnu odluku o urbanističkom planu donosi Skupština opštine odnosno grada. Protiv odluke Skupštine građani ne mogu ostvarivati pravnu zaštitu na način predviđen Arhuskom konvencijom, već jedino mogu da pokrenu postupak pred Ustavnim sudom.

Postojeći Zakon o zaštiti životne sredine ne predviđa zaštitu prava zainteresovane javnosti u slučaju nepoštovanja procedure o njenom učešću prilikom izrade analize uticaja na životnu sredinu. To predstavlja značajan nedostatak srpskog zakonodavstva.

VIII Zaključne napomene

U radu smo analizirali odredbe važeće Evropske Smernice o ekološkim informacijama, odredbe o njihovoj implementaciji u zakonodavstvo RS, posebno u važeći Zakon o zaštiti životne sredine. Posvećena je pažnja i relevantnim pravilima Arhuske konvencije o ekološkim informacijama koja je ratifikovana zakonom RS iz 2009. godine. Konstatuje se da je većina odredaba evropske ekološke informacione smernice implemetirana u zakonodavstvo RS, ali se primećuje da umesto restriktivnog tumačenja razloga za odbijanje davanja informacija o stanju životne sredine, kako to predviđa evropska smernica, zakon RS predviđa širok krug razloga odbijanja davanja ekoloških informacija. Analaziraju se i postupci pravne zaštite posebno pred sudom (državnim ili arbitražnim) u slučaju

⁵⁴ V. čl. 22. Zakona o planiranju i izgradnji RS.

⁵⁵ V. čl. 7. Arhuske konvencije/RS.

neosnovanog odbijanja prava na informisanja davanja tražene informacije od strane nadležnog državnog organa, kako na nacionalnom, tako i na regionalnom planu. Konstatovali smo takođe, da dok evropska smernica ne traži dokazivanje pravnog interesa za dobijanje informacije o stanju životne sredine, zakon RS to izričito traži.

*Marija Salma, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Access to Information on the State of the Environment

(Harmonization of legislation of the Republic of Serbia with
the European Directive on Environmental Information
from 2003)

Abstract: *In this article the author provides analysis of the provisions of the European Directive on Environmental Information from 2003 presently in force, and provisions for their implementation in the legislation of the Republic of Serbia, in particular the current Environmental Protection Law from 2009. Attention has been paid to the relevant rules of the Aarhus Convention on Environmental Information ratified into law of the Republic of Serbia in 2009. The author finds that majority of provisions of the European Directive on Environmental Information have been implemented into the legislation of the Republic of Serbia, however the author notes that instead of **restrictive** interpretation of the refusal to provide access to information on the state of the environment, as envisaged by the European Directive, the law of the Republic of Serbia provides for a **wide range** of reasons for refusing access to information regarding the environment. Further, the article offers analysis of procedures for providing legal protection, especially before the court (state courts or arbitral tribunals) in cases of wrongful refusal to provide access to requested information by the competent state organ, both at national and regional level. The author also notes that, contrary to the European Directive which does not require a need to demonstrate legal interest in order to obtain information on the state of the environment, the law of the Republic of Serbia imposes such requirement. Truth be told, the Aarhus Convention on Access to Information in Environmental Matters that has been ratified by the Republic of Serbia, requires applicants to prove or to state the existence of the legal interest.*

Key words: *Environmental information, environmental records, right to access to the information on the state of the environment, proceedings for legal protection before the court in cases of wrongful refusal to allow access to the information, legal interest for obtaining environmental information.*

*Dr Radenka Cvetić, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

ZAŠTITA ŽIVOTNE SREDINE – POMERANJE TEŽIŠTA KA ZAŠTITNOM OBJEKTU¹

Sažetak: U radu je učinjen pokušaj sagledavanja razloga koji su doveli do razvoja prava životne sredine u pravcu traženja što efikasnije zaštite prirode od čoveka. Transformacija ustavom zajemčenog prava čoveka na zdravu životnu sredinu u ustavnu garanciju prava koja u sebe uključuje i dužnost i odgovornost za njenu zaštitu, kao i prelazak sa deklaracija na zabrane i naredbe, dogodio se kada se društvo suočilo na krajnje dramatičan način sa situacijom da ono što je opštekorisno može imati katastrofalne posledice. Sistem zaštite životne sredine koji omogućava održivi razvoj, danas počiva na naglašenoj ulozi prevencije u otklanjanju ili redukciji verovatnoće nastupanja štete i objektivnoj odgovornosti zagađivača za ekološku štetu i u odsustvu privatnopravnog zahteva za naknadu štete. Njegovoj efikasnosti znatno bi doprinelo podizanje svesti o značaju očuvanja životne sredine. Spoznaja da štiteći životnu sredinu omogućavamo sopstveni opstanak mogla bi jednog dana dovesti do priznanja određenih prava samoj životnoj sredini.

Ključne reči: životna sredina, pravo, dužnost, odgovornost, načelo prevencije i predostrožnosti, ekološka šteta.

UVOD

Značaj zdrave životne sredine za čoveka i njenog očuvanja, kao pretpostavke opstanka čovečanstva nije teško uočiti. Zbog toga je uobičajeno da se pravo na zdravu životnu sredinu utvrđuje kao jedno od osnovnih ljudskih prava i kao takvo deklariše i garantuje na nacionalnom, međunarodnom i globalnom nivou. Međutim, otkada je uočena opasnost ko-

¹ Ovaj članak sadrži rezultate istraživanja u okviru projekta koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj, sa temom *Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo* (broj projekta 179079).

ju čovek predstavlja za životnu sredinu i prave razmere štetnih, a ponekad i pogubnih posledica njegovog neodgovornog ponašanja prema prirodi uopšte i svom životnom okruženju,² akcenat se premešta na traženje efikasne zaštite prirode od čoveka. Pri tome, traži se adekvatna reakcija kako na štetne uticaje koji potiču sa nečije nepokretnosti, tako i na uticaje na životnu sredinu koji poprimaju razmere ekoloških katastrofa,³ a čije su štetne posledice nemerljive i neotklonjive.⁴

EVOLUCIJA USTAVNE GARANCIJE PRAVA NA ZDRAVU ŽIVOTNU SREDINU

Ustavna garancija prava na zdravu životnu sredinu koja u sebe uključuje i dužnost i odgovornost za njenu zaštitu

Pravo na zdravu životnu sredinu zajemčeno je Ustavom Republike Srbije iz 2006. godine:⁵ "(1) Svako ima pravo na zdravu životnu sredinu i na blagovremeno i potpuno obaveštavanje o njenom stanju. (2) Svako,

² Videti: Dušan Nikolić, *Svet u kojem živimo u: Osnove prava životne sredine*, grupa autora; redaktor Dušan Nikolić, Novi Sad, 2009, str. 15: "Čovek nije na vreme shvatio da prirodom ne treba vladati, već da u njoj treba živeti i to onako kako nalažu prirodni i društveni zakoni koji su uslov zajedničkog opstanka na Plavoj planeti."

³ Videti: *Prolegomena: slučaj Exxon Valdez* (Priredio: Dušan Nikolić), poglavlje u knjizi: *Osnove prava životne sredine*, str. 9-14. Prolegomena sadrži prikaz pomorske ekološke katastrofe, koja se smatra jednom od najvećih koju je izazvao ljudski faktor. Do katastrofe je došlo kada je supertanker Ekson Valdez, koji je nosio 53,1 milion američkih galona nafte, 24. marta 1989. godine, sedam sati nakon što je zaplovio iz naftnog pristaništa Valdez na Aljasci ka Vašingtonu, udario u greben Blaj. Kratkim, ali ipak potpunim prikazom ovog događaja kroz prizmu svih relevantnih momenata: ekološke posledice, ekonomske posledice za lokalnu zajednicu, mere preduzete u cilju ublažavanja štetnih posledica i čišćenja Moreuza Princa Vilijama, tok sudskog spora za obeštećenje i kažnjavanje, reakcija Federalne vlasti na regulativnom planu (*Oil Pollution Act, 1990*) i reakcija lokalnih vlasti (nova pravila za plovidbu tankera kroz Moreuz Princa Vilijama), autor je vrlo upečatljivo nagovestio značaj ozbiljnog i sveobuhvatnog pristupa razvoju i pravne regulative i naučne discipline koja se zove Pravo životne sredine. "Slučaj Exxon Valdez je ukazao na pogubne posledice ljudskih aktivnosti po biljni i životinjski svet, a sa druge strane na činjenicu da se mnogi problemi mogu sprečiti ili efikasno otkloniti, ukoliko je društvo na adekvatan način organizovano." (str. 13)

⁴ Videti: Jožef Salma, *Građanskopravna zaštita životne sredine*, u: *Osnove prava životne sredine*, str. 181-182: "Štetne posledice koje nastaju na zaštićenim dobrima u životnoj sredini se ne mogu uvek podvesti pod opšti pojam štete u građanskom pravu. ... Osim toga, štete koje nastaju na zaštićenim dobrima u životnoj sredini nisu uvek merljive po pravilima građanskog prava, jer su nekada enormne, novčano neizrazive, ne mogu se vezati samo za imovinu konkretnog pravnog subjekta... Globalne ekološke štete se teško mogu otkloniti građanskopravnim sredstvima zaštite. Potrebne su kompleksne mere kako na domaćem tako i na međunarodnom planu."

⁵ Član 74 Ustava Republike Srbije, II deo *Ljudska i manjinska prava i slobode*.

a posebno Republika Srbija i autonomna pokrajina, odgovoran je za zaštitu životne sredine. (3) Svako je dužan da čuva i poboljšava životnu sredinu."

Značaj životne sredine uslovio je još neke ustavne odredbe koje predstavljaju osnov njene zaštite. Takva je i ona kojom je ustanovljena mogućnost ograničenja jednog od osnovnih načela na kojima počiva ekonomsko uređenje u Republici Srbiji, a to je sloboda preduzetništva.⁶ Preduzetništvo se može ograničiti zakonom samo radi zaštite zdravlja ljudi, životne sredine i prirodnih bogatstava i radi bezbednosti Republike Srbije (čl.83/2). Zakonom se, takođe na osnovu Ustava, mogu ograničiti oblici korišćenja i raspolaganja, odnosno propisati uslovi za korišćenje i raspolaganje poljoprivrednim zemljištem, šumskim zemljištem i gradskim građevinskim zemljištem u privatnoj svojini, iako je zajemčena sloboda korišćenja i raspolaganja (čl. 88/1). Zakonodavna intervencija u navedenom smislu moguća je kada je to potrebno radi otklanjanja opasnosti od nanošenja štete životnoj sredini ili da bi se sprečila povreda prava i na zakonom zasnovanih interesa drugih lica (čl.88/2).

Ustavna garancija prava na zdravu životnu sredinu nije novina u našem pravnom sistemu. Treba, ipak, istaći kao novo načelno određenje, putem ustavne norme, ne samo prava već i obaveza i odgovornosti u pogledu zaštite životne sredine. Tako, kada se ova ustavna odredba uporedi sa odredbom Ustava Republike Srbije iz 1990. godine koja je ustanovljavala pravo čoveka na zdravu životnu sredinu i dužnost svakog da je, u skladu sa zakonom, štiti i unapređuje,⁷ uočava se da nije bila izričito predviđena i odgovornost za njenu zaštitu. Osvrt na dalju prošlost i poređenje sa ustavnom odredbom iz 1974. godine,⁸ takođe, pokazuje da se pre svega isticalo pravo čoveka na zdravu životnu sredinu i u tom smislu dužnost svih koji iskorišćavaju prirodna dobra (pri čemu se posebno ističe zemljište i voda) da to čine na način da se obezbedi ostvarenje ovog pra-

⁶ Odredba člana 82/1 Ustava Republike Srbije iz 2006. godine određeno je da ekonomsko uređenje u Republici Srbiji počiva na tržišnoj privredi, otvorenom i slobodnom tržištu, slobodi preduzetništva, samostalnosti privrednih subjekata i ravnopravnosti privatne i drugih oblika svojine.

⁷ Čl. 31 Ustava Republike Srbije iz 1990. godine (*Sl. glasnik RS*, br. 1/1990); II deo *Slobode, prava i dužnosti čoveka i građanina*.

⁸ Ustav Socijalističke Republike Srbije (*Sl. glasnik SRS*, br. 81/1974); II deo *Društveno uređenje*, glava III *Slobode, prava i dužnosti čoveka i građanina*, čl. 215: "Čovek ima pravo na zdravu životnu sredinu. Društvena zajednica obezbeđuje uslove za ostvarenje ovog prava." I čl. 216: "Svako ko iskorišćava zemljište, vodu ili druga prirodna dobra dužan je da to čini na način kojim se obezbeđuju uslovi za rad i život čoveka u zdravoj sredini. Svako je dužan da čuva prirodu i njena dobra, prirodne znamenitosti i retkosti i spomenike kulture."

va. Nakon toga i sama životna sredina utvrđuje se kao neposredni zaštitni objekt.⁹

Ovakav pristup u bliskoj prošlosti posledica je činjenice da se u to vreme još uvek nisu uočavale moguće razmere opasnosti koja preti od narušavanja, zagađenja i oštećenja životne sredine, te u tom smislu ni, pre svega, javnog interesa da se vrši njena zaštita. Međutim, u poslednjih dvadesetak godina ovoj temi pridaje se prvorazredni značaj kako u medijima, tako i u sferi regulisanja društvenih odnosa, što se poklapa sa periodom spoznaje do koje mere je životna sredina, a posebno neki njeni segmenti, ugrožena galopirajućim privrednim razvojem. Kada se društvo suočilo na krajnje dramatičan način sa situacijom da ono što je opštekorisno može imati katastrofalne posledice, sa deklaracijom prešlo se na zabrane i naredbe, u potrazi za efikasnom zaštitom koja neće kočiti dalji razvoj. Obezbediti usklađenost interesa zaštite životne sredine i interesa ekonomskog razvoja, upravo je imperativ koji proističe iz načela održivog razvoja.¹⁰

Predlog da se životnoj sredini prizna svojstvo imaoca prava

Ovakva transformacija prava na zdravu životnu sredinu dovela je i do bitno drugačijeg načelnog pristupa pitanju odgovornosti za štetu pričinjenu samoj životnoj sredini. Nasuprot antropocentričnom konceptu po kojem je povreda čovekovog okruženja relevantna samo ako se time vređa pravo čoveka na zdravu životnu sredinu, "savremeno pravo životne sredine je zasnovano na *ekocentričnom* pristupu. Zabranjeni su postupci kojima se nanosi *šteta samom okruženju* ugrožavanjem ili povređivanjem zaštićenih dobara."¹¹ Stoga, nadležni državni organi treba da

⁹ Značaj očuvanja i unapređivanja prirodnih i drugih vrednosti čovekove sredine istaknut je već u *Osnovnim načelima* Ustava SR Srbije iz 1974. godine (VII, poslednji pasus): "Radi zaštite i unapređivanja čovekove sredine, radni ljudi i građani, organizacije udruženog rada, druge samoupravne organizacije i zajednice i socijalističko društvo obezbeđuju uslove za očuvanje i unapređivanje prirodnih i drugih vrednosti čovekove sredine koje su od interesa za zdrav, siguran i delotvoran život i rad sadašnjih i budućih generacija."

¹⁰ Održivi razvoj, najjednostavnije rečeno, podrazumeva usklađenost svih aktivnosti u ukupnom razvoju, zasnovanih na takvom odnosu prema životnoj sredini koji obezbeđuje da se sačuva i unapredi njen kvalitet za sadašnje i buduće generacije. O kompleksnosti samog pojma i koncepcije održivog razvoja, te brojnim pitanjima koja se mogu postaviti u pogledu adekvatnosti termina i definisanju suštinskih elemenata održivog razvoja, videti: Dragoljub Todić, *Održivi razvoj i principi politike i prava životne sredine*, Pravni život, br. 9/2007, tom I, str. 429-443; o brojnosti, prirodi i domašaju određaba o održivom razvoju u pravu o zaštiti životne sredine u Republici Srbiji, autor govori na str. 437-441.

¹¹ Dušan Nikolić, *Uvod u pravo životne sredine* u: *Osnove prava životne sredine*, str. 51. Autor kao jedno od načela prava životne sredine (str. 50-52) navodi i *načelo zabrane nanošenja štete životnoj sredini*.

pruže zaštitu životnoj sredini¹² i u odsustvu privatnopravnog zahteva za naknadu štete.

U navedenom kontekstu podsećamo na jedan originalni pristup ovom problemu iz sedamdesetih godina prošlog veka, vremena pojave različitih pokreta zaštite životne sredine. Uočavajući nedovoljnost posredne zaštite životne sredine kroz zaštitu interesa pravnih subjekata, tj. njeno tretiranje kao zaštitnog objekta, u američkoj pravnoj literaturi dat je predlog da se životnoj sredini kao takvoj prizna svojstvo imaoca prava.¹³

Predlažući da se prirodnoj sredini prizna svojstvo imaoca prava,¹⁴ autor podseća koliko su u prošlosti nezamislivi bili slučajevi priznanja prava novim entitetima,¹⁵ a vremenom su postali opšteprihvaćeni i kao takvi normalni. Razlog što takvi predlozi na prvi pogled zvuče čudno, zastrašujuće ili smešno, autor nalazi u činjenici da lica ili stvari (bez prava u datom vremenu), sve dok im ta prava ne budu priznata, smatramo isključivo stvarima koje nama služe.¹⁶ Autor naglašava da priznanje prava životnoj sredini ne treba da bude uvod u apsurdne situacije.¹⁷ Pored toga,

¹² Zakon o zaštiti prirodne sredine, čl. 9, t.3, "Načelo očuvanja prirodnih vrednosti – prirodne vrednosti koriste se pod uslovima i na način kojima se obezbeđuje očuvanje vrednosti geodiverziteta, biodiverziteta, zaštićenih prirodnih dobara i predela. Obnovljivi prirodni resursi koriste se pod uslovima koji obezbeđuju trajnu i efikasnu obnovu i stalno unapređivanje kvaliteta. Neobnovljivi prirodni resursi koriste se pod uslovima koji obezbeđuju njihovo dugoročno ekonomično i razumno korišćenje, uključujući ograničavanje korišćenja strateških ili retkih prirodnih resursa i supstituciju drugim rspoloživim resursima, kompozitnim ili veštačkim materijalima."

¹³ Videti Christopher D. Stone, *Should Trees Have Standing? - Toward Legal Rights for Natural Objects*, Southern California Law Review, Vol. 45, 2/1972 pp. 450-501; tekst članka korišćen je iz baze *HeinOnline*. Videti, takođe, zbirku eseja od istog autora: *Should Trees Have Standing? Law, Morality and the Environment*, Third Edition, Oxford University Press, 2010.

Videti i: Ilija Zindović, *Oblici pravne odgovornosti u kontekstu zaštite životne sredine*, Evropsko zakonodavstvo, br. 41/2012, str. 281. Navodeći pristup Kristofera Stouna kao nekovencionalno shvatanje o čijoj prihvatljivosti treba ozbiljno razmišljati, ističe kao sličnu situaciju onu u kojoj se pravnom licu priznaje pravo na naknadu nematerijalne štete, a koje ostvaruje preko svog zakonskog zastupnika. Smatra da bi analogna primena bila moguća i kod ostvarenja prava na ekološku štetu (zastupnik bi bio zakonski zastupnik fonda koji se brine za životnu sredinu).

¹⁴ Christopher D. Stone, op. cit., str. 456.

¹⁵ Christopher D. Stone, op. cit., str. 451-454.

¹⁶ Christopher D. Stone, op. cit., str. 455. U prilog priznanja prava entitetima koji ih nisu oduvek imali ili stekli rođenjem, videti i: Vladimir V. Vodinelić, *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Beograd, 2012; Kao subjekti prava, pored fizičkih i pravnih lica navode se i životinje (str. 325-327); opširnije o pravnom subjektivitetu životinja, str. 411-416.

¹⁷ "Reći da prirodna sredina treba da ima prava nije isto što i reći nikom ne treba da bude dozvoljeno da poseče drvo." Christopher D. Stone, op. cit., str. 457.

predlog da se životnoj sredini pristupi kao imaocu pravom zaštićenog interesa, ne znači da životnoj sredini treba priznati sva zamisliva prava ili ista prava koja ima čovek, niti pak da sve u životnoj sredini treba da ima ista prava.¹⁸

ZAKONSKI OKVIR ZAŠTITE ŽIVOTNE SREDINE U REPUBLICI SRBIJI

Opšti zakonski okvir zaštite životne sredine u Republici Srbiji čine četiri zakona, usvojena 14. decembra 2004. godine:¹⁹ *Zakon o strateškoj proceni uticaja na životnu sredinu*,²⁰ *Zakon o proceni uticaja na životnu sredinu*,²¹ *Zakon o integrisanom sprečavanju i kontroli zagađivanja životne sredine* i *Zakon o zaštiti životne sredine*.²²

Pored ovih zakona koji, kao što je rečeno, predstavljaju opšti zakonski okvir zaštite životne sredine, na snazi su brojni zakoni koji uređuju upotrebu i zaštitu pojedinih dobara.²³

Zakonom o strateškoj proceni uticaja na životnu sredinu uređeni su uslovi, način i postupak vršenja procene uticaja odrđenih planova i programa na životnu sredinu.²⁴ Cilj ovih regula je da se obezbedi zaštita životne sredine i unapređivanje održivog razvoja putem integrisanja osnovnih načela zaštite životne sredine u postupak pripreme i usvajanja planova i programa.

Zakonom o proceni uticaja na životnu sredinu regulisan je postupak procene uticaja za one projekte koji mogu imati značajne uticaje na životnu sredinu,²⁵ sadržaj studije o proceni i učešće zainteresovanih organa, organizacija i javnosti.

¹⁸ Christopher D. Stone, op. cit., str. 457-458.

¹⁹ Sva četiri Zakona objavljena su u *Sl. listu RS*, br. 135/2004

²⁰ Izmene i dopune Zakona, *Sl. list RS*, br. 88/2010.

²¹ Izmene i dopune Zakona, *Sl. list RS*, br. 36/2009.

²² Izmene i dopune Zakona, *Sl. list RS*, br. 36/2009.

²³ Videti: Dušan Nikolić, *Izvori prava životne sredine* u: *Osnove prava životne sredine*, str. 59-60; Danica Popov, *Načela zaštite životne sredine u dokumentima Ujedinjenih nacija, Evropske unije i Zakona o zaštiti životne sredine Republike Srbije*, Zbornik radova, Pravni fakultet u Novom Sadu, br. 2/2013, str. 140.

²⁴ Strateška procena vrši se za planove i programe u oblasti prostornog i urbanističkog planiranja ili korišćenja zemljišta, poljoprivrede, šumarstva, ribarstva, lovstva, energetike, industrije, saobraćaja, upravljanja otpadom, upravljanja vodama, telekomunikacija, turizma, očuvanja prirodnih staništa i divlje flore i faune. Ovakvom procenom uspostavlja se okvir za odobravanje budućih razvojnih projekata određenih propisima kojima se uređuje procena uticaja na životnu sredinu. Videti čl. 5 Zakona o strateškoj proceni uticaja na životnu sredinu.

²⁵ U takve projekte spada izvođenje građevinskih radova, ugradnja instalacija, postrojenja i opreme, njihova rekonstrukcija, uklanjanje i/ili promena tehnologije procesa ra-

Zakonom o integrisanom sprečavanju i kontroli zagađivanja životne sredine propisani su uslovi i postupak izdavanja integrisane dozvole za postrojenja i aktivnosti koja mogu imati negativne uticaje na zdravlje ljudi, životnu sredinu ili materijalna dobra, vrste aktivnosti i postrojenja i druga pitanja od značaja za sprečavanje i kontrolu zagađivanja životne sredine.²⁶

Zakonom o zaštiti životne sredine uređen je integralni sistem zaštite životne sredine kao skup mera, uslova i instrumenata za održivo upravljanje prirodnim vrednostima i sprečavanje, kontrolu, smanjivanje i sanaciju svih oblika zagađivanja životne sredine. Među jedanaest izričito propisanih osnovnih načela na kojima se temelji zaštita životne sredine, za prevenciju i otklanjanje štetnih posledica, najznačajnija su sledeća: načelo prevencije i predostrožnosti, načelo "zagađivač plaća", načelo "korisnik plaća", načelo odgovornosti zagađivača i njegovog pravnog sledbenika i načelo supsidijarne odgovornosti državnih organa.²⁷ Sama načela i brojna pravila zasnovana na njima, usmerna su na obezbeđivanje adekvatnih mera zaštite životne sredine da do štete ne dođe, a ako dođe, da se njeno otklanjanje učini efikasnim i sigurnim.²⁸ Dodatni korak se sastoji i u predviđanju mehanizma zaštite životne sredine kada njeno oštećenje ne znači istovremeno i povredu privatno-pravnog interesa (tzv. ekološka šteta). Kompleksnost pitanja vidljiva je iz činjenice da iz jednog faktički ostvarenog ponašanja protivno propisima o zaštiti životne sredine, mogu nastati različite kvalifikacije koje treba na odgovarajući način razrešiti, primenom pravila tradicionalno različitih grana prava.²⁹

da, sirovine, repromaterijala, energenata i otpada i ostale intervencije u prirodi i prirodnom okruženju uključujući radove koji obuhvataju eksploataciju mineralnih sirovina. Videti čl. 2-4 Zakona o proceni uticaja na životnu sredinu.

²⁶ Zagađenje je neposredno ili posredno unošenje materija, vibracija, toplote i buke u vazduh, vodu ili zemljište izazvano ljudskom aktivnošću, koje može biti štetno po zdravlje ljudi ili kvalitet životne sredine i koje može dovesti do oštećenja materijalnih dobara. Vrste aktivnosti i postrojenja za koje se izdaje integrisana dozvola klasifikuju se prema nivou zagađenja i riziku za zdravlje ljudi i životnu sredinu. Osnovna načela integrisanog sprečavanja i kontrole zagađivanja su: načelo predostrožnosti, načelo integrisanosti i koordinacije, načelo održivog razvoja, načelo hijerarhije upravljanja otpadom, načelo "zagađivač plaća" i načelo javnosti. Videti čl. 2-4 Zakona o integrisanom sprečavanju i kontroli zagađivanja životne sredine.

²⁷ Načela su određena čl. 9 Zakona o zaštiti životne sredine. Više o načelima prava životne sredine, videti: Dušan Nikolić, *Uvod u pravo životne sredine u Osnove prava životne sredine*, str. 50-52; Danica Popov, *op. cit.*, str. 141-145.

²⁸ Videti: Marija Karanikić-Mirić, *Odgovornost za zagađivanje životne sredine*, Pravni život, br. 9/2007, tom I, str. 455-479.

²⁹ Marija Karanikić-Mirić, *op. cit.*, str. 457: "Situacija u kojoj je ostvaren rizik zagađenja životne sredine može se kvalifikovati na različite načine: kao krivično delo, privred-

NAGLAŠENI ZNAČAJ PREVENCIJE

Potreba za specijalnim pravilima kojima se preventivno štiti životna sredina, pored postojećeg opšteg okvira oličenog u načelu zabrane prouzrokovanja štete drugome,³⁰ i preventivnim sankcijama usmerenim na otklanjanje povećane opasnosti od nastupanja štetnih posledica,³¹ odnosno na vraćanje zaštićenih dobara u stanje uobičajenog rizika,³² posledica je specifičnosti zaštitnog objekta. Naime, oštećenja životne sredine mogu imati dalekosežne, nesavladive i često neotklonjive posledice, čija opasnost je naglašena činjenicom da se često ne mogu ni predvideti. U tom smislu, u ovoj oblasti do punog izražaja dolazi spoznaja da jednom nastala šteta postaje definitivna za dato društvo,³³ i zato je od izuzetne važnosti njeno sprečavanje.

Suština načela prevencije i predostrožnosti je da svaki čovek, sve njegove asocijacije i društvo u celini, svoje aktivnosti prilagodi zahtevu da se prouzrokuju minimalne promene u životnoj sredini i rizik nastupanja štete svede na najmanju moguću meru. U cilju ostvarenja ovog zahteva propisano je niz preventivnih mera kao skup različitih oblika društvenog angažovanja da bi se sprečilo narušavanje ili oštećenje životne sredine.³⁴

Smatramo da bi od velikog značaja bilo i propisivanje i dosledno sprovođenje različitih ekonomskih podsticajnih mera za sve one koji načinom obavljanja svoje delatnosti neposredno doprinose zaštiti životne sredine, kao i za potrošače koji na različite načine doprinose smanjivanju

ni prestup ili prekršaj, zatim kao štetni događaj povodom kojeg nastaje građanskopravna obaveza naknade pričinjene štete, ili kao osnov čitavog niza obaveza koje se tiču umanje-
nja i sanacije zagađenja životne sredine a koje se odgovornom licu nameću normama
upravnog prava."

³⁰ Zakon o obligacionim odnosima, čl. 16: "Svako je dužan da se uzdrži od postup-
ka kojim se može drugom prouzrokovati šteta."

³¹ Zakon o obligacionim odnosima, čl. 156/1: "Svako može zahtevati od drugoga da
ukloni izvor opasnosti od koga pretila znatnija šteta njemu ili neodređenom broju lica, kao i
da se uzdrži od delatnosti od koje proizilazi uznemiravanje ili opasnost štete, ako se nasta-
nak uznemiravanja ili štete ne može sprečiti odgovarajućim merama."

³² Dušan Nikolić, *Uvod u sistem građanskog prava*, Novi Sad, 2010, str. 142.

³³ Ovakav stav u našoj pravnoj literaturi zastupao je Todor Ačanski, smatrajući da
se pravilima o odgovornosti šteta ne uklanja, već se samo transformiše iz sfere oštećenog
u sferu štetnika, odnosno iz imovine oštećenog lica u imovinu odgovornog lica. Videti:
Todor Ačanski, *Pretpostavljena krivica kao opšti osnov odgovornosti za štetu*, Anali
Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1-4/1983, str. 64.

³⁴ Odredbe čl. 33-38. Propisano je o čemu se mora voditi računa pri planiranju i iz-
gradnji, koje mere i uslove zaštite životne sredine treba obezbediti u prostornim i urbani-
stičkim planovima, a kao naročite preventivne mere predviđene su strateška procena uti-
caja na životnu sredinu, procena uticaja pojedinih projekata na životnu sredinu, integrisa-
no sprečavanje i kontrola zagađivanja, te procena opasnosti od udesa.

negativnog uticaja svojih aktivnosti na životnu sredinu.³⁵ Imajući u vidu ekonomske uslove u kojim živimo i mentalitet sredine, ne sme se zanemariti moguć uticaj ovakvih mera na formiranje adekvatne svesti o značaju očuvanja zdrave životne sredine.

ODGOVORNOST ZA EKOLOŠKU ŠTETU

Spoznaja o nužnosti zaštite životne sredine i mimo tradicionalnog koncepta građanskopravne zaštite građanskih subjektivnih prava, rezultirala je naporima da se omogući zaštita životne sredine i u slučaju kada njeno oštećenje ne povređuje privatni interes određenog lica. U tom smislu govori se o odgovornosti za ekološku štetu, odnosno štetu nanetu samoj životnoj sredini, kao dobru koje uživa samostalnu pravnu zaštitu. Radi se, dakle o odgovornosti "za oštećenje životne sredine čije se zasnivanje ne uslovljava povredom nečijeg individualnog prava ili pravom zaštićenog interesa."³⁶

Bez upuštanja u razmatranje svih bitnih pitanja razgraničenja odgovornosti za ekološku štetu od građanskopravne odgovornosti koja podrazumeva da se oštećenjem životne sredine ugrožava ili povređuje privatnopravni interes,³⁷ u ovom radu želimo samo da ukažemo na najznačajnije korake učinjene u pravcu takvog razgraničenja. Svi ti koraci su predmet brojnih i detaljnih analiza,³⁸ a naš cilj je da ih sumarno i pregledno navedemo.

Tretiranje životne sredine kao dobra koje uživa samostalnu pravnu zaštitu zasnovano je na načelu "zagađivač plaća" (*polluter-pays principle*)³⁹ i "korisnik plaća."⁴⁰ Kroz naknade za zagađivanje životne sredine i za korišćenje prirodnih vrednosti, formiraju se posebni namenski fondovi.

³⁵ Videti čl. 101 Zakona o zaštiti životne sredine.

³⁶ Marija Karanikić-Mirić, op. cit., str. 465.

³⁷ Što prevazilazi i temu i značaj ovog rada i mogućnosti samo autora.

³⁸ Upućujemo naročito na sledeće: Marija Karanikić-Mirić, op. cit., Barbara Pozzo, *Towards Civil Liability for Environmental Damage in Europe: the "White Paper" of the Commission of the European Communities*, Global Jurist Topics, Vol.1, 2/2001, Article 2, pp. 1-34.

³⁹ U Zakonu o zaštiti životne sredine ono je određeno na sledeći način: "Zagađivač plaća naknadu za zagađivanje životne sredine kada svojim aktivnostima prouzrokuje ili može prouzrokovati opterećenje životne sredine, odnosno ako proizvodi, koristi ili stavlja u promet sirovinu, poluproizvod ili proizvod koji sadrži štetne materije po životnu sredinu. Zagađivač u skladu sa propisima, snosi ukupne troškove mera za sprečavanje i smanjivanje zagađivanja koji uključuju troškove rizika po životnu sredinu i troškove uklanjanja štete nanete životnoj sredini." (čl. 9, t. 6)

⁴⁰ U Zakonu o zaštiti životne sredine ono je određeno na sledeći način: "Svako ko koristi prirodne vrednosti dužan je da plati relnu cenu za njihovo korišćenje i rekultivaciju prostora." (čl.9, t.7)

Sredstva fondova se koriste za finansiranje preventivnih ili restitutivnih mera usmerenih na sprečavanje nastupanja ili otklanjanje štetnih posledica nastalih zbog opterećenja ili zagađenja životne sredine, odnosno za sanaciju ili rekultivaciju prirodne sredine u cilju održivog razvoja i zaštite životne sredine.⁴¹

Na načelu zagađivač plaća zasnovana su tri međunarodna akta, koja su u velikoj meri, svaki na svoj način, na nacionalnom nivou doprineli razvoju regulative koja se odnosi na pitanja odgovornosti za štetu nanetu životnoj sredini ili građanskopravnu odgovornost za štetu prouzrokovanu drugome uticajima na životnu sredinu. Hronološki, to su: Konvencija Saveta Evrope o građanskoj odgovornosti za štetu prouzrokovanu aktivnostima opasnim po životnu sredinu iz 1993. godine,⁴² Bela knjiga Komisije Evropskih zajednica o odgovornosti za ekološku štetu iz 2000. godine⁴³ i Direktiva Evropske unije o odgovornosti za ekološku štetu iz 2004. godine.⁴⁴

Konvencija Saveta Evrope o građanskoj odgovornosti za štetu prouzrokovanu aktivnostima opasnim po životnu sredinu iz 1993. godine, iako nije stupila na snagu,⁴⁵ značajna je zbog propisivanja objektivne odgovornosti lica koja obavljaju ili kontrolišu opasnu delatnost, zasnovane na riziku nastupanja štete obavljanjem takve delatnosti. Zbog činjenice da zagađenja životne sredine ne znaju za državnu granicu, uniformno postupanje na nacionalnom nivou bilo bi višestruko korisno, i u smislu odvrtačanja zagađivača od akata kojima se može prouzrokovati šteta ili angažova-

⁴¹ Videti: Dušan Nikolić, *Uvod u pravo životne sredine* u: *Osnove prava životne sredine*, str. 52. Za pravno uređenje ovih pitanja videti čl. 83-101 Zakona o zaštiti životne sredine (propisani su ekonomski instrumenti za finansiranje zaštite životne sredine: naknade koje plaćaju korisnici i zagađivači, sredstva budžeta i međunarodne finansijske pomoći, fond za zaštitu životne sredine i ekonomske podsticajne mere).

⁴² *Convention on Civil Liability for Damage resulting from Activities Dangerous to the Environment*, CETS No.: 150; izvor: <http://conventions.coe.int>. Konvencija je doneta 1993. godine u Luganu.

⁴³ *White paper on Environmental Liability* COM (2000) 66 final, 9 February 2000; izvor: <http://ec.europa.eu>.

⁴⁴ Direktiva o ekološkoj odgovornosti u vezi sa prevencijom i otklanjanjem ekološke štete; *Directive 2004/35/CE on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage*, doneta 21. aprila 2004. godine; izvor: <http://eur-lex.europa.eu>. Detaljnije o režimu koji je ustanovljen ovom Direktivom u Evropskoj uniji i njenoj implementaciji u pojedinim državama članicama (Nemačka, Francuska, Velika Britanija, Španija), videti: Bojan Pajić, *Ekološka odgovornost*, Zbornik radova, Pravni fakultet u Novom Sadu, - br. 3/2011, tom II, str. 520-530.

⁴⁵ Konvenciju je potpisalo devet država (Kipar, Finska, Grčka, Island, Italija, Lihtenštajn, Luksemburg, Holandija i Portugalija) 1993. godine (izuzev Portugalije koja je to učinila 1997. godine), ali nijedna nije izvršila ratifikaciju. Budući da je kao uslov za stupanje na snagu neophodno 3 ratifikacije, Konvencija nije stupila na snagu. Izvor: <http://conventions.coe.int>, preuzeto 19.12.2013.)

nja da se ona izbegne ili redukuje, i u smislu obezbeđivanja mehanizma odgovornosti za nastalu štetu uz što manji teret dokazivanja na strani oštećenog.⁴⁶

Bela knjiga Komisije Evropskih zajednica o odgovornosti za ekološku štetu iz 2000. godine, imala je za svrhu da se istraži kako princip zagađivač plaća može najbolje služiti ostvarivanju ciljeva koje je Zajednica opredelila u politici zaštite životne sredine, imajući na umu da je osnovni cilj te politike izbegavanje ekološke štete.⁴⁷ Ostvarenje željenog dejstva ovog principa zasnovano je na ekonomskim aspektima zaštite životne sredine. Naime, uključivanje troškova zaštite životne sredine u razvoj, pre svega, industrije, a time i ekonomije u širem smislu, dovodi do toga da se kroz obavezu plaćanja tih troškova podstiču potencijalni zagađivači da smanje zagađenje ili da traže nove metode koji će do toga dovesti.⁴⁸

Direktiva Evropske unije o odgovornosti za ekološku štetu iz 2004. godine,⁴⁹ je skup pravila usmerenih na prevenciju i sanaciju "štete na životnoj sredini, nasuprot tradicionalnoj šteti koja se u ovom kontekstu manifestuje kao šteta od (zagađene) životne sredine."⁵⁰ Ovo razlikovanje zasnovano je na spoznaji da se zaštita životne sredine ne sme vezivati za zaštitu privatnog interesa, jer se ona na taj način ne može dovoljno zaštititi. Ne manje značajan razlog je i taj što se sredstva ostvarena po principu zagađivač plaća strogo namenski usmeravaju dok je "oštećenik slobodan da iznos koji je primio na ime naknade štete potroši onako kako sam želi."⁵¹ Obezbeđenje prevencije i reparacije ekološke štete prevazilazi nacionalne interese i zbog toga je predmet regulative ove Direktive.⁵² Državama članicama se, s druge strane, pre-

⁴⁶ Videti Preambulu Konvencije, naročito st. 6 i 10.

⁴⁷ Bela knjiga je bila pokazatelj trenda, i na nacionalnom i na međunarodnom nivou, usmerenog na ponovnu procenu građanske odgovornosti kao instrumenta prevencije šteta koje nastaju zagađivanjem, a koje su potencijalno opasne za čovečanstvo i životnu sredinu. Kao dobar primer navodi se rešenje nemačkog zakonodavstva koje predviđa objektivnu odgovornost za ekološku štetu i mogućnost njenog uticaja na potencijalnog zagađivača da preduzme neophodne mere radi izbegavanja nastupanja štete ili barem njenog ograničavanja koliko god je to moguće. Videti: Barbara Pozzo, op. cit., str. 1 i 9-10.

⁴⁸ Videti: Barbara Pozzo, op. cit., str. 17, 19. i str. 15 Bele knjige.

⁴⁹ Direktivom je uređena odgovornost za štetu nanetu zaštićenim vrstama i staništima i odgovornost za zagađenje vode i zemljišta (čl. 2, st. 1 Direktive).

⁵⁰ Marija Karanikić-Mirić, op. cit., str. 465.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Bojan Pajtić, op. cit., str. 521: "Direktiva ima za cilj da ustanovi neke opšte okvire koji bi se ticali zagađivanja okoline, kako bi sprečila preduzetnike da svoje poslove dislociraju – sele u druge države članice zato što su tamo zakonske odredbe koje se tiču životne sredine fleksibilnije ili ne postoje."

pušta samostalno uređenje građanskopravne odgovornosti štete shvaćene u tradicionalnom smislu.⁵³

U Zakonu o zaštiti životne sredine Republike Srbije usvojeno je razlikovanje zagađivanja životne sredine, kao štete po sebi,⁵⁴ od štetnih posledica zagađivanja koje se manifestuju kao povreda građanskih subjektivnih prava. To se vidi iz posebnog regulisanja *odgovornosti za zagađivanje*⁵⁵ i *odgovornosti za štetu od zagađivanja* (odnosi se na štetu koja je naneta životnoj sredini),⁵⁶ od *obaveze naknade štete* koju od zagađivača može tražiti svako ko je štetu pretrpeo.⁵⁷

UMESTO ZAKLJUČKA

Na ovom mestu želimo da podsetimo na već istaknutu neophodnost jačanja svesti o značaju životne sredine,⁵⁸ jer je jasno da je upravo njen nedostatak ili nedovoljnost uzrokovao nužnost sveobuhvatnog regulisanja na svim nivoima. U osnovi nerazvijenosti ove svesti su najrazličitiji razlozi smešteni između dve krajnosti, nemaštine i pohlepe. U istom smislu uočava se i potreba stvaranja ekološke etike u svrhu očuvanja životne sredine, što "... podrazumeva ograničenje i delegitimisanje nekih od postojećih ljudskih prava, naročito neuračunljiva vlasnička, proizvodna i potrošačka ovlašćenja koja nastaju kao zloupotrebljavanje tehnološke i političke moći."⁵⁹

⁵³ Marija Karanikić-Mirić, op. cit., str. 463.

⁵⁴ O nedoslednosti zakonodavca u razlikovanju zagađivanja životne sredine od prouzrokovanja štetnih posledica po životnu sredinu i zdravlje ljudi, videti više: Marija Karanikić-Mirić, op. cit., str. 459-460.

⁵⁵ Član 103 Zakona i u vezi s njim čl. 104 koji uređuje obavezu zagađivača koji prouzrokuje zagađivanje životne sredine.

⁵⁶ Član 105 Zakona uređuje odgovornost za štetu nanetoj životnoj sredini i prostoru, propisujući koje sve troškove u tom slučaju snosi zagađivač i njegovu dužnost da pruži garancije za obezbeđenje plaćanja tih troškova.

⁵⁷ Član 107 Zakona. U vez s njim i čl. 106 kojim je predviđena obaveza osiguranja od odgovornosti za slučaj štete pričinjene trećim licima usled udesa. Takvu obavezu ima zagađivač čije postrojenje ili aktivnost predstavlja visok stepen opasnosti po zdravlje ljudi i životnu sredinu. Na sva pitanja o odgovornosti za štete nanete životnoj sredini koja nisu posebno uređena Zakonom o zaštiti životne sredine primenjuju se opšta pravila Zakona o obligacionim odnosima (čl. 108 Zakona o zaštiti životne sredine).

⁵⁸ Dušan Nikolić, *Prolegomena: slučaj Exxon Valdez* u: *Osnove prava životne sredine*, str. 14: "... veoma je važno da u društvu postoji adekvatan nivo ekološke i pravne svesti. ... Nažalost čovečanstvo je daleko od tog ideala. Raspoloživi resursi su nedovoljni za zadovoljavanje potreba svih ljudi na Planeti. Osim toga, oni su neravnomerno raspoređeni. U uslovima materijalne oskudice, siromašni narodi žrtvuju principe održivog razvoja i zaštite životne sredine, radi golog opstanka. Bogati to često čine zbog težnje za većim profitom."

⁵⁹ Monika Milošević, *Odgovornost za ekološku štetu*, Pravni život, br. 9/2007, tom I, str. 445.

*Radenka Cvetić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Environmental Protection – Shifting the Focus toward the Protected Object

Abstract: *This article is an attempt to provide a comprehensive overview of the rationale which led to developments in the law of environmental protection in a direction of an even more efficient protection of environment from human beings. There has been a transformation of the constitutionally protected right to a healthy environment to the Constitutional guarantee which involves both duty and responsibility for its protection. There has also been a shift from declaratory protection toward enforceable prohibitions and orders. These transformations have occurred when the society faced, under dramatic circumstances, the situation which shows that failure to protect the common good could lead to catastrophic consequences. The system of environmental protection, which enables sustainable development, is based on the primacy of the precautionary principle which deals with prevention and reduction of probability of harm, as well as on the no fault liability of the polluter for the environmental harm even in the absence of the claim for damages. The efficacy of the environmental protection could be improved by raising the awareness of the preservation of environment. The understanding that the protection of environment amounts to a survival of a mankind could lead to creating rights for the environment as such.*

Key words: *environment, rights, duties, liability, preventive and precautionary principle, environmental damage.*

*Dr Tatjana Bugarski, vanredni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

ISPITIVANJE SVEDOKA¹

Sažetak: *U savremenim krivičnim postupcima lični dokazi su dominantni u odnosu na materijalne dokaze i u ne malom broju slučajeva se presuda pretežnim delom zasniva na činjenicama koje su utvrđenje izvođenjem ličnih dokaza. Zbog toga se ovakvim dokazima posvećuje posebna pažnja, kako u teoriji, tako i u zakonodavstvu. Ispitivanje svedoka je tradicionalno, ali nezamenljivo dokazno sredstvo u krivičnom postupku kome je u ovom radu posvećena posebna pažnja u smislu izvođenja dokaza, a sve u kontekstu prodora adverzijalnih elemenata u naš krivični postupak i to prvenstveno na glavni pretres.*

Ključne reči: *svedoci, teret dokazivanja, unakrsno ispitivanje, sugestivna pitanja, krivični postupak*

1. Uvodna razmatranja

Reforma krivičnog procesnog zakonodavstva je donela značajne novine u krivičnu proceduru, a to se posebno odnosi na uvođenje pojedinih adverzijalnih elemenata u postupak. Pravila o načinu ispitivanja svedoka na glavnom pretresu prema novom Zakoniku o krivičnom postupku² omogućavaju korišćenje određenih tehnika u suđenju kojima se obezbeđuje pravično suđenje kao svojevrsan temelj savremene krivične procedure, a ovde se pre svega misli na mogućnost osnovnog, unakrsnog i dodatnog ispitivanja svedoka. Uvođenje akuzatorskih elemenata je nužno do-

¹Rad je nastao kao rezultat rada na Projektu „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)“ čiji nosilac je Pravni fakultet u Novom Sadu, Univerzitet u Novom Sadu.

²Službeni glasnik RS broj 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013 i 45/2013.

velo do povećanja efikasnosti postupka iz razloga što su unakrsno ispitivanje svedoka i percepcija sudećeg sudije toliko važni da suđenja treba da budu održana u što kraćem roku od učinjenog krivičnog dela, jer u suprotnom svedoci mogu da zaborave važne detalje.³

2. Teret dokazivanja

Teret dokazivanja predstavlja svojevrstan institut krivičnog postupka kojim se određuje ko treba šta da dokazuje u postupku, a da bi uspeo u svojim zahtevima i upravo podela dokaznih aktivnosti između osnovnih procesnih subjekata, koja je uslovljena vrstom postupka i osnovnim načelima na kojima taj postupak počiva, je od primarnog značaja za krivični postupak u kome se odlučuje o pravima i obavezama okrivljenog. Ako teret dokazivanja koncipiramo u subjektivnom smislu, kao zadatak koji se postavlja naizmenično pred jednu, odnosno drugu stranku da predloži dokaze u raznim stadijumima postupka, ako želi izbeći negativne procesne konsekvence, pitanje o tome kako se osloboditi tog tereta (odnosno „prebaciti“ ga na protivnu stranku) u krajnjoj liniji se svodi na pitanje *standarda dokaza* (*standarda dokazivanja*), tj. na pitanje stepena ili kvantiteta (verovatnoće, izvesnosti, uverenosti) koji se treba postići pojedinim dokazom da bi učesnik u postupku čija je funkcija utvrđivanje spornih činjenica (tj. fact finder – sud, porota ili drugi organ) uzeo određenu činjenicu za dokazanu.⁴ Prema novom Zakoniku o krivičnom postupku ne može se govoriti o čisto subjektivnom teretu dokazivanja – teretu dokazivanja na samim strankama, već je on odredbom člana 15. na izvestan način modifikovan u pravcu objektivnog tereta dokazivanja s obzirom na to da je Zakonik omogućio da se i sam sud dokazno aktivira.

Uvođenje pojedinih adverzijalnih elementa u naš krivični postupak koji i dalje počiva velikim delom na karakteristikama mešovitog postupka dovelo je do stvaranja jednog specifičnog modaliteta koji se, između ostalog, ogleda u specifičnom položaju učesnika u postupku u pogledu određivanja dokaza koji će se izvesti. U našem krivičnom postupku je teret dokazivanja na tužiocu (član 15. stav 2), ali „()...stranke su u daljoj dokaznoj inicijativi ravnopravne.“⁵ To znači da je tužilac taj

³ Illuminati G., *The Frustrated Turn to Adversarial Procedure in Italy* (Italian Criminal Procedure Code of 1988), *Washington University Global Studies Law Review* 3/2005, str.578., <http://digitalcommons.law.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1214&context=globalstudies>

⁴ Uzelac A., *Teret dokazivanja* (peti deo – zaključak), str. 248, <http://alanuzelac.from.hr/Pdf/t5dio.pdf>

⁵ Ilić P.G, Majić M, Beljanski S, Trešnjev A, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Beograd 2012, str.95.

koji je obavezan da dokaže sve svoje tvrdnje koje iznese u kazneno-pravnom zahtevu, a okrivljeni, kao i njegov branilac imaju pravo, ali ne i obavezu da predlože izvođenje dokaza, što će biti direktno uslovljeno uspehom tužioca u postupku dokazivanja. Ipak, u uslovima kada je okrivljeni, skoro po pravilu neuka stranka u postupku, a nema branioca, zaista se može sasvim opravdano postaviti pitanje na koji način okrivljeni može da ostvari svoje pravo na pravično suđenje, koje treba da mu omogući i da pred sudom može delotvorno i pod jednakim uslovima ostvaruje svoja prava, što bi jedino moglo da se realizuje ukoliko pravni sistem omogući svakom pojedincu dostupnu pravnu pomoć.⁶ Pravo na pravično suđenje okrivljeni kojem nije omogućena pravna pomoć neće moći da ostvari iz razloga što ako ne iskoristi svoje pravo predlaganja dokaza, kao ni pravo na unakrsno ispitivanje svedoka, što po pravilu i neće biti slučaj jer tom veštinom ne raspolaže, a ukoliko ne zna koji je značaj i cilj ove faze ispitivanja svedoka, ostaće uskraćen za utvrđivanje činjenica koje su za njega relevantne, odnosno koje su relevantne za primenu one norme koja je njemu u interesu. Sa druge strane, ukoliko je evidentno da tužilac ne može da dokaže svoje tvrdnje, okrivljeni i njegov branilac neće imati potrebu da koriste ovo svoje pravo u postupku. Ovako postavljeno pravilo dokazivanja, uz ukidanje načela utvrđivanja istine, jasno pokazuje koja stranka snosi rizik od nedokazivosti i koja gubi u "stranačkom dvoboju" ukoliko sud nije došao do zaključka o postojanju sporne činjenice. Na ovom mestu je važno napomenuti da su stranke prema Zakoniku o krivičnom postupku dužne da iznesu svoje dokazne predloge blagovremeno i da obavezno naznače koje činjenice žele da dokažu predloženim dokaznim sredstvom.

Što se tiče suda, on izvodi dokaze na predlog stranaka (član 15. stav 3) i njegova uloga „()...u pogledu izvođenja dokaza je izuzetak od pravila; ona je isključivo supsidijarna, korektivna i pomoćna.“⁷ To znači da i sam sud može ili da naloži stranci da predloži dopunske dokaze ili izuzetno da odredi da se takvi dokazi izvedu i to u slučaju da oceni da su izvedeni dokazi protivrečni ili nejasni, i da je to neophodno da bi se predmet dokazivanja svestrano raspravio (član 15. stav 4), u čemu se, ustvari, i sastoji kontrolna uloga suda. Osim toga, sud ima i pravo da postavlja pitanja kojima se obezbeđuje da se u postupku utvrde sve relevantne činjenice, a sve u cilju utvrđivanja činjeničnog stanja koje je važno za odluku. Iako je formalno ukinuto načelo istine u Zakoniku o kri-

⁶ Videti: Radna verzija Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći: <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>

⁷ Ilić P.G, Majić M, Beljanski S, Trešnjev A, op.cit., str.95.

vičnom postupku, ono je latentno sadržano u brojnim odredbama Zakonika, pa tako i u odredbama koje se odnose na dokazivanje i postavljanje pitanja svedocima.

Preduzimanje dokaznih radnji od strane stranaka i samog suda je neophodan uslov za donošenje zaključka o izvesnosti činjenica, a što predstavlja krajnji rezultat dokazivanja. Prema Zakoniku o krivičnom postupku izvesnost (član 2. stav 1. tačka 20) predstavlja zaključak o nesumnjivom postojanju ili nepostojanju činjenica, zasnovan na objektivnim merilima rasuđivanja. S obzirom na novu koncepciju tereta dokazivanja, sud na glavnom pretresu ima drugačiju ulogu, odnosno ovlašćenja u odnosu na ranije. Kao organ postupka sud na glavnom pretresu ima zadatak prevashodno da vodi računa da se dokazi izvedu u skladu sa zakonom, da spreči svaku procesnu zloupotrebu i da učesnicima u postupku pruži potrebnu zaštitu ukoliko se za tim pokaže potreba. Osim toga, sud prilikom izvođenja dokaza može da postavlja pitanja, kao i da predloži strankama da izvedu pojedine dokaze ili da ih sam izvede, ukoliko je to potrebno radi razjašnjenja krivične stvari, pa se na ovaj način utvrđuje zadatak suda da utvrdi istinu. Ovakva uloga suda na glavnom pretresu ima izvesne sličnosti sa ovlašćenjem suda na glavnom pretresu u američkom krivičnom postupku u kome sud (na osnovu člana 611. (a) 1)2)3) Federalnog zakona o dokazima⁸) ima zadatak da omogući efikasno ispitivanje svedoka i izvođenje dokaza radi utvrđivanja istine (član 611 (a) (1)), da spreči svako odugovlačenje postupka (ččlan 611 (a) (2)), kao i da svedocima pruži potrebnu zaštitu (član 611 (a) (3)).

3. Ispitivanje svedoka

Svedoci su fizička lica koja u krivičnom postupku imaju obavezu ukoliko su u tom svojstvu pozvani, da daju iskaz o činjenicama relevantnim za postupak, koje su čulno opazili u prošlosti, ili su za činjenice čuli od nekog drugog lica, odnosno da ih reprodukuju, što je direktno uslovljeno sposobnošću svakog pojedinca u smislu njegovih sposobnosti da čulno opazi, memoriše i da protekom određenog vremena reprodukuje činjenice. Svaka reprodukcija činjenica iz prošlosti, bez obzira da li su neposredno opažene ili je svedok za njih čuo od drugog lica, biće subjektivizirana ličnim doživljajem svedoka, odnosno biće „obojena“ „()...vrednosnim sudovima koje iznosi sa činjenicama o kojima svedoči“.⁹ Narativna forma iskaza svedoka se sastoji u mogućnosti da „()...svedok da svoj

⁸Rule 611. Mode and Order of Examining Witnesses and Presenting Evidence, http://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_611

⁹Ilić P.G, Majić M, Beljanski S, Trešnjev A, op-cit, str. 268.

iskaz u vidu jedne kontinuirane priče i to svojim rečima...“¹⁰ pa je veoma značajna mogućnost da mu se prilikom ispitivanja postavljaju pitanja ukoliko za tim postoji potreba.

Prema Zakoniku o krivičnom postupku (član 91) svedok je lice za koje je verovatno da će dati obaveštenja o krivičnom delu, učiniocu ili o drugim činjenicama koje se utvrđuju u postupku, odnosno o predmetu dokazivanja u smislu člana 83. Ukoliko svedok nije isključen od dužnosti svedočenja (član 93) ili oslobođen od dužnosti svedočenja (član 94), a ispunjene su pretpostavke za njegovo ispitivanje (član 95), biće ispitan po pravilima koja su propisana u samom Zakoniku. Posle polaganja zakletve,¹¹ svedoku se postavljaju opšta pitanja, posle čega se poziva da iznese sve što mu je o predmetu poznato (član 98. stav 2), a nakon toga će mu se postavljati pitanja samo ukoliko se pokaže u konkretnom slučaju potreba da se njegov iskaz proverí, dopuni ili razjasni. Pitanja koja mu se postavljaju, osim toga što moraju biti jasna, određena i razumljiva, ne smeju da sadrže obmanu, niti se smeju zasnivati na pretpostavci da je izjavio nešto što nije izjavio, i ne smeju predstavljati navođenje na odgovor osim ako se radi o unakrsnom ispitivanju na glavnom pretresu kada su sugestivna pitanja dozvoljena (član 98. stav 3). U skladu sa tim, predsednik veća će zabraniti samo pitanje ili odgovor na njega ukoliko se radi o nedozvoljenom pitanju ili o pitanju koje je irelevantno tj. ne odnosi se na predmet dokazivanja, osim ukoliko je ono usmereno na proveru verodostojnosti svedoka (član 402. stav 7. u vezi sa članom 398. stav 3). Interesantno je navesti rešenje iz Zakona o dokazima Australije¹² prema kome sudija pre nego što donese odluku da li će zabraniti ili dozvoliti postavljeno pitanje svedoku, uzima u obzir sledeće: 1. da li je dokaz koji je pružio svedok prilikom osnovnog ispitivanja nepovoljan za onu stranku koja je predložila svedoka; 2. da li se interes svedoka i interes učesnika u postupku koji vrši unakrsno ispitivanje podudaraju; 3. da li je

¹⁰Examination and Cross-Examination of Witnesses Examination of witnesses, <http://www.alrc.gov.au/publications/5.%20Examination%20and%20Cross-examination%20of%20Witnesses%20/examination-witnesses>

¹¹Svedok polaže zakletvu pre davanja iskaza i to, po pravilu, na glavnom pretresu, - osim ukoliko postoji verovatnoća da zbog bolesti ili drugih razloga neće biti u mogućnosti da dođe na glavni pretres kada polaže zakletvu pre glavnog pretresa. Za odbijanje polaganja zakletve nije predviđena nikakva sankcija, ali se svedok uvek pita o razlozima odbijanja da položi zakletvu koji se unose u zapisnik. Određene kategorije svedoka su oslobođeni dužnosti svedočenja i to svedoci koji u vreme saslušanja nisu punoletni i svedoci koji zbog duševnog stanja ne mogu da shvate značaj zakletve. Videti članove 96. i 97 ZKP-a.

¹² Examination and Cross-Examination of Witnesses Cross-examination of witnesses - 5.38 Section 42(2), <http://www.alrc.gov.au/publications/5.%20Examination%20and%20Cross-Examination%20of%20Witnesses%20/cross-examination-witnesses>

svedok simpatičan učesniku u postupku koji vrši unakrsno ispitivanje, uopšte ili u pogledu nekog konkretnog pitanja; 4. da li godine svedoka, njegovo intelektualno, mentalno ili psihičko stanje mogu uticati na njegov odgovor. Takođe je interesantno, na primer, da u SAD-u postoji mogućnost postavljanja i sugestivnih pitanja prilikom direktnog ispitivanja. Sugestivna pitanja su generalno zabranjena prilikom direktnog ispitivanja prema Federalnom zakonu o dokazima u SAD-u¹³, u smislu da je odredbom člana 611(c) propisano da sud ne bi trebalo da dozvoli sugestivna pitanja u direktnom ispitivanju, što znači i da može da ih dozvoli u zavisnosti od njegove diskrecione ocene u konkretnom slučaju, a imajući u vidu određene uslove kada takva mogućnost postoji, kao što su slučajevi kada je to potrebno da se, uslovno rečeno, „razvije“ svedočenje, kada se radi o svedoku koji je neprijateljski nastrojen prema stranci koja vrši direktno ispitivanje, ili je u pitanju svedok protivničke strane, odnosno kao takav je identifikovan.

Prema našem Zakoniku svedok će se upitati odakle mu je poznato ono o čemu svedoči, a osim toga predsednik veća uvek može precizirati ili dopuniti pitanje koje je postavljeno svedoku od strane drugih učesnika radi dobijanja potpunijeg i jasnijeg odgovora (član 402. stav 7. u vezi sa članom 398. stav 5).

Ispitivanje svedoka prema novom Zakoniku o krivičnom postupku je koncipirano kao svojevrsan dinamičan proces koji se sastoji iz nekoliko faza od kojih svaka faza ima svog ispitivača, kao i poseban cilj koji se želi postići. Ispitivanje svedoka se može podeliti na sledeće faze:

1. Faza postavljanja opštih pitanja i slobodno iskazivanje svedoka o svemu što mu je o predmetu poznato;
2. Faza osnovnog ispitivanja;
3. Faza unakrsnog ispitivanja i
4. Faza postavljanja dodatnih pitanja.

Faza postavljanja opštih pitanja i slobodno iskazivanje svedoka o svemu što mu je o predmetu poznato je faza koja je prema Zakoniku u rukama organa postupka.

Osnovnim ispitivanjem započinje izvođenje dokaza u pravom smislu reči. Ono se sastoji u postavljanju pitanja svedoku¹⁴ od strane stranke,

¹³Christina J. Kang, Federal Rule of Evidence 611(c): Leading a Witness on Direct Examination, The Journal of the Trial Evidence Committee - Proof 3/2009, p.17-19. - http://www.hahnessen.com/uploads/39/doc/2009_03_cjk_fedrule611c.pdf

¹⁴Pravila o osnovnom ispitivanju, kao i unakrsnom ispitivanju se odnose i na veštaka ili drugo ispitivano lice (član 2. stav 1, tačka 21. i 22).

branioca ili oštećenog koji je predložio ispitivanje, s tim da ukoliko se desi da stranke predlože istog svedoka, smatraće se da je svedoka predložila stranka čiji je prelog prvi zaveden u sudu (član 402. stav 3). Ukoliko je sud odredio ispitivanje svedoka bez predloga stranaka, koristeći svoje pravo iz člana 15. stav 4. zakonika, u tom slučaju važe pravila za osnovno ispitivanje kada predsednik veća i članovi veća prvi postavljaju pitanja, a sledi postavljanje pitanja po pravilima unakrsnog ispitivanja koja postavlja tužilac, optuženi i njegov branilac i veštak ili stručni savetnik (član 402. stav 4). Na glavnom pretresu postavljaju pitanja neposredno stranke, branilac, predsednik i članovi veća. Oštećeni, njegov zakonski zastupnik i punomoćnik, veštak i stručni savetnik mogu neposredno postavljati pitanja uz odobrenje predsednika veća (član 402. stav 2). Osnovni cilj ove faze ispitivanja svedoka je da se upotpuni i pojaśni iskaz svedoka u vezi sa svim relevantnim činjenicama koje su predmet dokazivanja.

Faza unakrsnog ispitivanja je fakultativnog karaktera i ima za cilj da se proverí kredibilitet svedoka ili verodostojnost njegovog iskaza. „Lider“ ove faze je suprotna stranka od one koja je predložila svedoka ili oštećeni. Ova faza uvek ide posle osnovnog ispitivanja (član 2. stav 1. tačka 22). Osnovna razlika između osnovnog i unakrsnog ispitivanja je u tome „ko svedoči“. Prilikom osnovnog ispitivanja se postavljaju tzv. otvorena pitanja i daje se mogućnost svedoku da slobodno iskazuje, dok je strana koja vrši unakrsno ispitivanje ta koja uslovno rečeno „svedoči“ u fazi unakrsnog ispitivanja, koja bira šta i o čemu će da „svedoči“ kroz postavljanje sugestivnih pitanja, pa je i sva pažnja sudija usmerena na ispitivača. Samim tim je odgovornost lica koje postavlja unakrsna pitanja velika, pa je sasvim opravdano da ukoliko postoji šansa za neuspeh u unakrsnom ispitivanju, strana koja ima pravo na ovo ispitivanje, to pravo ne iskoristi, što će proceniti u konkretnom slučaju. Unakrsno ispitivanje je posebno pogodan metod prilikog ispitivanja svedoka koji se ne seća događaja.

Faza dodatnog postavljanja pitanja je moguća samo na osnovu odobrenja predsednika veća (član 402. stav 6). S obzirom na to da pravo postavljanja dodatnih pitanja pripada stanci koja je predložila svedoka, postavlja se pitanje da li u postupcima u kojima ima više okrivljenih, ovo pravo pripada i drugim okrivljenim licima. Odgovor na ovo pitanje bi trebalo da bude potvrđan, odnosno da se u tim slučajevima dozvoli postavljanje dodatnih pitanja za koja važe pravila osnovnog ispitivanja.

Kada su u pitanju posebno osetljivi svedoci, Zakonik je propisao posebna pravila o njihovom ispitivanju (član 104) koja se odnose na način postavljanja pitanja u smislu, da se njima pitanja mogu postavljati samo

preko organa postupka koji je obavezan da postupi prema takvom svedoku sa posebnom pažnjom radi izbegavanja mogućih štetnih posledica po ličnost, telesno i duševno stanje svedoka. U tom smislu je moguće ispitivanje ove kategorije svedoka i uz pomoć psihologa, socijalnog radnika, ili drugog stručnog lica, a odluku o tome donosi organ postupka. Organ postupka može da donese odluku i da se posebno osetljiv svedok ispita uz pomoć tehničkih sredstava za prenos slike i zvuka, u kom slučaju se ispitivanje sprovodi bez prisustva stranaka i drugih učesnika u postupku u prostoriji u kojoj se svedok nalazi. Takođe, posebno osetljivi svedoci se mogu ispitati i u svom stanu, u drugoj prostoriji odnosno u ovlašćenoj instituciji koja je namenski opremljena (tehnička sredstva za prenos slike i zvuka) gde se mogu angažovati i psiholog, socijalni radnik ili drugo stručno lice.

Posebna pravila ispitivanja postoje u Zakoniku i kada su u pitanju zaštićeni svedoci. Ovde se radi o posebnim pravilima koja se odnose na zaštitu istovetnosti svedoka, a sa aspekta ispitivanja zaštićenog svedoka, značajno je napomenuti da je sud obavezan da zabrani svako pitanje koje zahteva odgovor koji bi mogao da otkrije istovetnost zaštićenog svedoka (član 109. stav 4).

Osim što se ispituje, svedok može biti suočen sa drugim svedokom ili samim okrivljenim ukoliko se njihovi iskazi ne slažu u pogledu činjenica koje su predmet dokazivanja (član 99). Važno je istaći da „okrivljenom treba obezbediti ne samo da postavlja unakrsna pitanja nego i da se suoči sa svedokom, odnosno sa njegovim iskazom.”¹⁵ Kada je u pitanju posebno osetljiv svedok on, po pravilu, ne može biti suočen sa okrivljenim, osim ukoliko sam okrivljeni to zahteva, a odluku o tome donosi organ postupka imajući u vidu stepen osetljivosti svedoka kao i prava odbrane (član 104. stav 4).

4. Unakrsno ispitivanje i postavljanje sugestivnih pitanja

Unakrsno ispitivanje je nesumnjivo glavni novitet u ispitivanju svedoka u našem krivičnom postupku, a smatra se da ovaj način izvođenja dokaza predstavlja osnovnu karakteristiku adverzijalnih sudskih postupaka. U anglosaksonskom pravnom sistemu, unakrsno ispitivanje ima glavnu ulogu u zaštiti osnovnih ljudskih prava.¹⁶ Smatra se ne samo neophod-

¹⁵P.B.Carr, Comments – Playing by all the Rules: How to define and provide a „Prior Opportunity for Cross-examination“ in *Child Sexual Abuse* cases after *Crawford v. Washington*, *The Journal of Criminal Law and Criminology* 2/2007, p.663.

¹⁶D.Eades, *The Social consequences of language in courtroom cross-examination*, *Language in Society* 41/2012, 485.

nim nego i dovoljnim sredstvom koje služi za suprotstavljavanje, odnosno konfrontaciju dokaza. U teoriji ima shvatanja da je unakrsno ispitivanje "najbolja pravna mašina koja je ikada osmišljena za otkrivanje istine."¹⁷ Ono predstavlja suštinsku komponentu prava okrivljenog na suočavanje, odnosno konfrontaciju. Ipak, u novije vreme se postavlja zahtev za rekonfiguracijom unakrsnog ispitivanja, s obzirom na to da ja suština u tome da sudiye i sudiye porotnici *čuju* određene činjenice, a sociološka istraživanja sprovedena u Americi pokazuju da usled velikog uticaja elektronskih medija u svakodnevnom životu, ljudi imaju znatno manju sposobnost percepcije činjenica koje opažaju čulom sluha, u odnosu na ono što opaze čulom vida (taj odnos je od prilike 15% : 85%).¹⁸

Svedoci pre nego što budu pozvani da daju svoj iskaz u krivičnom postupku prolaze kroz nekoliko važnih faza u percepciji, odnosno čulnom opažanju činjenica relevantnih za krivični postupak. Svedoci čulno opažaju činjenice, tako što najčešće prisustvuju izvršenju krivičnog dela, ali oni kasnije dobijaju i informacije o tom događaju, najčešće putem medija, što nesumnjivo utiče na originalno, odnosno izvorno pamćenje o spornom događaju. Na iskaz svedoka, koji predstavlja svojevrstu proveru opaženih činjenica iz prošlosti može svakako da utiče i sugestivno pitanje koje sadrži dezinformaciju, ali u tom slučaju se onda može smatrati da ovakva sugestivna pitanja sadrže obmanu koja je zabranjena, pa se u našem postupku ovakva sugestivna pitanja ne mogu ni postajati. Postoje dve vrste sugestivnih pitanja: jedna su ona koja se mogu okarakterisati kao tzv. "zatvorena pitanja" u smislu da pružaju ispitivanom licu samo mogućnost da odgovori sa *da* ili *ne*. Sa druge strane postoje i sugestivna pitanja koja ne traže od ispitivanog lica tačno određen odgovor, već mu ostavljaju mogućnost da svojim rečima opišu svoje iskustvo. Prva vrsta sugestivnih pitanja licu ne ostavljaju puno vremena za odgovor, za razliku od drugih koja mu ostavljaju vremena da osmisli svoj odgovor. U praksi treba izbegavati pitanja koja vode određenoj temi, sugerišu, nameću odnosno pretpostavljaju određene detalje koji su za onog ko postavlja pitanje zadovoljavajući.¹⁹ Sugestiju treba navoditi afirmativno, ne sme se dozvoliti tzv. kontra-sugestiji da deluje (to je

¹⁷J.H.Wigmore, Evidence in Trials at Common Law, 3rd edition 1940, p.1367, citiran kod: Jules Epstein, Cross-examination: Seemingly Ubiquitous, Purportedly Omnipotent, and "at Risk", Widener Law School Legal Studies Research Paper Series 2/2009, str.429, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1428988

¹⁸Videti: J.Epstein, op.cit, str.447-448.

¹⁹Videti: S.J.Sharman, M.B.Powell, A Comparison of Adult Witnesses' Suggestibility cross various Types of Leading Questions, Applied Cognitive Psychology 26 /2012, 48-53.

ona koja se suprotstavlja sugestiji koju mi pokušavamo da indikujemo u našeg sagovornika).²⁰

Sugestivna pitanja nisu uvek odgovarajuća, a ni dovoljna za utvrđivanje činjenica kada se radi o svedocima koji daju neistinit ili netačan iskaz. Kontradiktornost u iskazu lica ne mora uvek da implicira na neistinit iskaz, naime nisu svi kontradiktorni iskazi lažni sami po sebi, jer postoje brojni faktori koji mogu da utiču na davanje kontradiktornih izjava kao što su problemi sa pamćenjem, različiti načini prepričavanja događaja. Ekstrakcija pojedinih delova iskaza iz ranijih svedočenja na primer, najčešće se koriste u smislu da se postavlja pitanje šta je rečeno, a ne kako je rečeno, a osim toga iz zapisnika ranijih iskaza se ne vidi intonacija, jačina glasa, pauze u iskazu što bitno određuje i sam iskaz. Iz tog razloga je ovo najdelikatnija stvar prilikom unakrsnog ispitivanja.²¹

Sugestijom se mogu postići najrazličitiji efekti koji se odnose na različite promene u doživljaju lica. Sugestijom se može uticati i na memoriju, odnosno olakšati pamćenje, odnosno izazvati pojačano pamćenje.²² Prilikom postavljanja sugestivnih pitanja je povećana koncentracija lica koje se ispituje iz razloga što je tada svest svedena, odnosno skoncentrisani smo na zadati sadržaj, samim tim je sugestija jedan fenomen pažnje.²³ Pošto nije svaki čovek jednako sposoban za koncentraciju, sugestija ne deluje na svakog isto.²⁴ Pojedina istraživanja su pokazala da su stariji svedoci lica sa većim kredibilitetom, tačniji u svojim iskazima, manje sugestibilni i iskreniji u odnosu na svedoke mlađe po godinama.²⁵ Pod uticajem sugestivnih pitanja, kao i pitanja kojima se proverava kredibilitet svedoka, ne samo deca, nego i odrasla lica često u postupku menjaju svoje iskaze.²⁶ Uticaj sugestivnih pitanja na decu u smislu promene svog originalnog iskaza je izuzetno velik, čak do 90%.²⁷

²⁰B. Džihan, *Sugestija i hipnoza kao tehnike modifikovanja ponašanja*, Sarajevo 1978, str. 24.

²¹Videti: D. Eades, *The Social consequences of language in courtroom cross-examination*, *Language in Society* 41/2012, 471-497.

²²R. Bujas, *psihologija sugestije i hipnoze*, Zagreb 1954., str.9.

²³Ibid, str.14 i 15.

²⁴Ibid, str.15.

²⁵Videti: P.A. Newcombe, J.Bransgrove, *Perceptions of witness credibility: variations across age*, *Journal of Applied Developmental Psychology* 28 (2007), 318-331., p.327.

²⁶R. Zajac, S.O'Neill, H.Hayne, *Disorder in the Courtroom? Child witnesses under cross-examination*, *Developmental Review* 32(2012), p.197.

²⁷R.Zajac, E.Jury, S.O'Neill, *The Role of Psychosocial Factors in Young Children's Responses to Cross-examination style Questioning*, *Applied Cognitive Psychology* 23/2009, p.930.

Od svega što je u sećanju, samo ona sećanja koja su korisna se, po pravilu manifestuju. Moć sugestije pomoću reči je izuzetno velika, jer je jezik "(...)...ljudski modalitet uslovljenih refleksa..."²⁸ Sugerisati nekom nešto znači stvoriti uslovni refleks - izvor takve cerebralne aktivacije kojoj svest nije u stanju da se suprotstavi.²⁹ Ipak, kontrolisati iracionalno, nesvesno, sugerisano predstavlja dužnost svakog čoveka.³⁰

Sugestivnim pitanjima se pobija iskaz svedoka ili sam kredibilitet svedoka, i na taj način se sudijama jasno pokazuje da svoju odluku ne treba da zasnuju na iskazu tog ili takvog svedoka, jer mu se ne može verovati. Kod postavljanja sugestivnih pitanja posebno je važan redosled reči u rečenici u smislu da je neophodno da se uvek na kraju rečenice stavi ono što je najvažnije. Takođe je važno da se uvek postavljaju pitanja šta se desilo, a ne šta je svedok opazio. Strana koja postavlja pitanja može da koristi svoje beleške koje ne treba da budu kompletno formulisana pitanja, već samo podsetnik sa ključnim rečima, odnosno činjenicama koje ne treba izostaviti. Ipak, beleške ne treba čitati prilikom postavljanja pitanja, kao ni prilikom dobijanja odgovora od lica koje se ispituje. Ono što je posebno interesantno jeste činjenica da unakrsno ispitivanje podrazumeva pričanje priče kroz postavljanje pitanja pri čemu svako pitanje treba da se odnosi samo i isključivo na jednu činjenicu, a u kojoj je „narrator“, odnosno onaj ko postavlja pitanja centralna figura, a ne sam svedok. Pri tome treba izbegavati pitanja koja u sebi sadrže nepotrebne dodatke u upitnoj rečenici, kao što su zar ne?, zar nije?, zar to nije istina? i slično. Poseban efekat kod unakrsnog ispitivanja ima intonacija, boja i visina glasa. Postavljena pitanja moraju svedoku samo da ostave mogućnost odgovora sa *da* ili *ne*. Iz tog razloga je potrebno da se svaka strana koja vrši unakrsno ispitivanje obuča za postavljanje unakrsnih pitanja, jer to predstavlja svojevrsnu veštinu, s obzirom da zahteva sasvim drugačiji pristup, odnosno način razmišljanja.

Taktika i tehnika postavljanja unakrsnih pitanja se svodi na to da onaj ko vrši ispitivanje treba da kontroliše svedoka i da ispriča svoju priču, odnosno priču svog klijenta postavljanjem sugestivnih pitanja koja su primerena samo u sudnici, dok se ona u svakodnevnom životu, po pravilu ne koriste, jer su neuobičajena u redovnoj komunikaciji. Osim toga, posebno je važno istaći da je potrebno izbeći sve moguće slabosti prilikom postavljanja ovih pitanja. Tu spada i korišćenje prideva kao što je npr. „Brzo ste vozili bisikl trotoarom u ulici Petra Drapšina kada je iz ulaza

²⁸P.Šošar, *Hipnoza i sugestija*, Beograd 1987, str. 94.

²⁹*Ibid*, str.103.

³⁰*Ibid*, str.131.

zgrade broj 25 istrčao muškarac u crnoj trenerci sa kapuljačom na glavi?“, jer se na ovaj način daje mogućnost svedoku da počne da objašnjava da on i nije vozio bicikl baš toliko brzo i slično, čime se u potpunosti skreće sa putanje ispitivača, jer je to irelevantno u odnosu na činjenicu koja treba ispitivaču, a to je da je svedok video muškarca u crnoj trenerci sa kapuljačom na glavi kako je istrčao iz ulaza zgrade broj 25 u ulici Petra Drapšina.

Prilikom unakrsnog ispitivanja, većina koja postavlja ova pitanja najviše vole da se u tom ispitivanju oslone na ranije kontradiktorne, odnosno protivrečne izjave svedoka koga sada ispituju unakrsno, jer je ovo način da se pokaže (ne)kredibilitet izjave svedoka. Ipak, potrebno je ukazati da nisu sve protivrečne izjave svedoka iste, odnosno da se ne mogu jednako tretirati, jer nisu sve te izjave lažni iskazi svedoka. Iz tog razloga, strana koja vrši unakrsno ispitivanje mora sama da uoči i prepozna kada određena protivrečnost u ranijem iskazu ukazuje na laž ili je ona rezultat nekih drugih faktora, kao i da napravi prioritet u svom ispitivanju, u smislu da li je baš svaka protivrečnost u iskazu bitna za njega, a ne da insistira na tome, a da pri tome taj iskaz ili deo iskaza nije relevantan za njega, već treba samo da stavi akcenat na one protivrečnosti koji su za njega od interesa.

5. Zaključna razmatranja

I pored evidentnog napretka nauke i tehnologije koja je na poseban način našla svoje mesto i u otkrivanju i dokazivanju kriminaliteta, odnosno našla svoju primenu u krivičnom postupku, većina savremenih krivičnih postupaka se najvećim delom oslanja na lične dokaze koji su i dalje nezamenljivi u dokazivanju činjenica relevantnih za donošenje sudske odluke. Zbog toga se posebna pažnja posvećuje izvođenju dokaza kada su u pitanju svedoci, a sve u cilju utvrđivanja činjenica. Elementi adverzijalnog postupka koji se odnose na ispitivanje svedoka, odnosno pravila ispitivanja su našla mesto i u našem novom Zakoniku o krivičnom postupku. Evidentne prednosti novog načina ispitivanja svedoka će nesumnjivo doprineti njegovoj efikasnosti. Unakrsno ispitivanje predstavlja pravničku veštinu koja je od suštinskog značaja za postizanje uspeha u ispitivanju svedoka u krivičnom postupku i zbog toga je opravdano njeno izučavanje u okviru sistema visokog obrazovanja budućih pravnika. Pravničke veštine u novoj tehnici ispitivanja svedoka u krivičnom postupku će da pokažu u praksi prave rezultate.

*Tatjana Bugarski, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Examination of Witnesses

Abstract: *In modern criminal procedure personal evidence is dominant with respect to material evidence and in not a few cases, the verdict is predominantly based on the fact that has been proven by personal evidence. Therefore, both in theory and in law give special attention to such evidence. Examination of witnesses is traditional evidence and also irreplaceable evidence in criminal proceedings to which is given a special attention in this paper work all in the context of entry adversarial elements in our criminal proceedings, primarily on the trial. The paper deals with the issue of burden of proof, as well as basic rules and cross-examination of witnesses at the trial, with special emphasis on cross-examination.*

Key words: *witnesses, cross-examination, leading questioning, the burden of proof, criminal procedure*

*Dr Slobodan P. Orlović, vanredni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

PROMENA POLOŽAJA USTAVNOG SUDSTVA¹

Sažetak: *ustavno sudstvo je najmlađa grana vlasti u horizontalnom nivou vlasti. Tokom svog postojanja - dvovekovnog unutar redovnog sudstva i jednovjekovnog kao organski zasebna vlast, ustavno sudstvo je menjalo svoj položaj, ulogu i značaj. Ove karakteristike ustavnog sudstva imale su rastuću putanju - položaj je politički i pravno poboljšavan, uloga proširivana, a značaj je rastao. Danas je ustavno sudstvo neizostavan subjekt ustavnog života velikog broja država (među njima gotovo svih federacija), ali i organ vlasti koji je realno najmanje ograničen ustavom. Ustav je „mek“ prema ustavnom sudstvu jer ga ono u stvari, pod plaštom zaštite, tumači u skladu sa svojim političkim i pravnim stavovima. Drugačija podela vlasti, rast izvršne vlasti, zahtevi za boljom zaštitom osnovnih ljudskih prava, promjena uloga države i izvršne vlasti, sveukupno utiču i na menjanje položaja ustavnog sudstva.*

Ključne reči: *ustavno sudstvo, ustavni sud, položaj ustavnog sudstva, vlast.*

1. UVOD

Ustavne norme imaju najveću pravnu snagu u pravnom sistemu države. S obzirom da je njima uređen položaj najviših državnih organa, regulisana osnovna ljudska prava i definisane procedure stvaranja prava,

¹ Rad je rezultat naučno-istraživačkog rada na projektu *Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (Srbija i EU)* Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu

najveća pravna snaga ustava je nešto što je logično i prirodno. Ipak, da bi se ta pravna nadmoćnost ustava realno i dokazala potrebno je bilo da **na-stane ustavni spor**. On je promenio ono što je smatrano pravilom (a još uvek zadržano u Ujedinjenom Kraljevstvu), da je svaki zakon izraz narodnog suvereniteta i kao takav jednake, najveće pravne snage. Tako je i ustav smatran „samo“ zakonom, doduše posebne sadržine, koji se može menjati u zakonodavnom postupku. Ipak, posebna, teža procedura donošenja ustava (koja negde uključuje i naročit ustavnotvorni organ ili više njih) ukazivala je, i pre nego što je prvi ustavni spor ispravno shvaćen, da se tu ne radi samo o jednom „organizacionom zakonu“. Ustav jeste zakon, ali onaj sa kojim svi drugi pravni akti moraju biti u saglasnosti. Bez pravne usklađenosti koja podrazumeva jasan hijerarhijski odnos pravnog akta veće i manje pravne snage, ne može ni biti uređenog pravnog sistema.

Pravna superiornost ustava dobila je svoju praktičnu potvrdu u odluci Vrhovnog suda SAD u „prvom ustavnom sporu“ (1803). Na početku su ustavni sporovi bili malobrojni pa je sporo, postepeno rastao značaj ustavnosudske vlasti. U prvom veku svog razvoja ona je organizaciono ostala unutar sudova tako da se njen položaj i odnos sa drugim državnim vlastima mogao posmatrati samo kao odnos sudskog organa sa zakonodavnom i izvršnom vlašću.

Druga prelomna tačka za pravnu nadređenost ustava i ustavnosudsku vlast desila se obrazovanjem prvog Ustavnog suda u Austriji (1920). Tada se po teorijskoj zamisli čuvenog pravnika Hansa Kelzena (*Kelsen*) ustavnosudska funkcija vlasti, doduše neuporedivo skromnije sadržine nego što je to danas, ustanovljava kao organski posebna državna vlast. Ona će kasnijim pridobijanjem novih nadležnosti menjati svoj položaj i uvećavati značaj u horizontalnoj strukturi najviših državnih organa. Posebno će države koje su imale iskustva sa nedemokratskom i autoritativnom vladavinom, kao Nemačka, Italija, Španija, istaći posebnost ustavnosudske vlasti osnivanjem ustavnih sudova koji su iskoristili date im nadležnosti i postepeno izgradili visok autoritet.

Pored toga što je pravni akt najveće snage, ustav je još po starim revolucionarnim pogledima (1789. i kasnije) shvatan i kao politički dokument. Njega donosi političko predstavničko telo (parlament ili posebna ustavnotvorna skupština, konstituanta), ustavne odredbe se provode političkom aktivnošću prvenstveno izvršne vlasti pa onda i njegov zaštitnik i tumač mora biti politički a ne pravni organ. Francuski Ustavni savet je upravo to - aktivan politički organ koji rešava ustavne sporove u postupku koji je sličan sudskom postupku. Smatra se da je on, sa svojom političkom prirodom, merodavniji od suda - pravnog organa, da kaže šta je to ustav. Ustavni sa-

vet nije jedini koji određuje sadržinu ustava, pre njega to čini ustavotvorac, ali je on krajnji i stoga vrhovni tumač ustava. Takvo pravo izgradilo mu je istaknut položaj u sistemu organa državne vlasti.

2. OKOLNOSTI NASTANKA USTAVNOG SUDA

Ustavni sud se osniva radi očuvanja ustavnog poretka, često u vremenu kada je taj poredak nov i nestabilan. U tom smislu postoji sličnost u okolnostima koje su dovele do ustanovljavanja ustavnih sudova u različitim državama. Republika Austrija (1919) sa federalnim uređenjem bila je opterećena centrifugalnim strujama nekih pokrajina (Koruška, Tirol, Gradišće - *Burgenland*) i ustavni sud je tu stao kao zaštitnik države koji bi, u slučaju potrebe, mogao proglasiti neustavnim jednostrane akte otcepljenja tih pokrajina. U Zapadnoj Nemačkoj i Italiji su, nakon poraza u Drugom svetskom ratu, napravljeni potpuno novi ustavni sistemi, rođeni iz otpora,² utemeljeni na zapadnim liberalno-demokratskim principima. Mlade institucije parlamentarnog režima morale su biti zaštićene ustavnim sudom koji je rešavao mnogobrojne sporove između pravnih akata i organa vlasti. Slično je bilo i sa Španijom koja je nakon kraja pseudodemokratskog a u stvari autoritativnog, čak i fašističkog režima (Frankova vladavina, 1936-1975), novim Ustavom uspostavila stvarni parlamentarni poredak čije je očekivane početne slabosti imao da ublaži Ustavni sud. Obrazovanje ustavnih sudova u skoro svim bivšim socijalističkim evropskim državama takođe se uslovno može povezati sa uvođenjem liberalno-demokratskog režima. Padom socijalizma i vraćanjem kapitalizma sa više-stranačkim sistemom ustavni sudovi su dobili ulogu garanta ustava i zaštitnika tih „mladih demokratija“ (od socijalističkih država ustavni sud je imala samo SFR Jugoslavija). Vremenom, učvršćenjem ovih ustavnih režima, ustavni sud je postao aktivni činilac političkog života i „zaštitnik demokratskog poretka“. Ali takav koncept da ustavni sud čini osnov i garanciju demokratije može biti opasan i stvarno nedemokratski. U krajnju ruku, dolazi se do toga da „demokratski postupci i odluke“ ne mogu opstati ako ih ustavni sud, u postupku ocene ustavnosti, nije potvrdio kao ustavne i demokratske.³

² Konstantino Mortati (*Mortati*) među ove ustave (ustavne sisteme) ubraja i francuski Ustav. Taj spisak se može proširiti i ustavima donetim sedamdesetih godina prošlog veka u Španiji, Portugaliji i Grčkoj. Paolo Carrosa, „Constitutionalism's Post-Modern Opening“, *The Paradox of Constitutionalism*, Oxford 2012, 180.

³ Vid. Cristoph Möllers, *The Three Branches – A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford 2013, 130-131.

Ustavni sud je pored zadatka da omogući početak „novih demokratija“ i da ih očuva, praktično imao i ulogu zaštitnika federalizma. U federalnim državama je neprestani pravni i politički konflikt između akata države i federalne jedinice mogao rešavati samo vrhovni, nezavisni autoritet kao što je ustavni sud. Praktično se to najčešće videlo u potrebi da se osigura primena državnog prava u svim federalnim jedinicama.⁴

Ocena ustavnosti nižih propisa ustupila je mesto zaštiti ljudskih prava kao najčešćoj aktivnosti ustavnih sudova (onih koji poznaju ustavnu žalbu u nekom obliku)⁵, ujedno i veoma osporavanoj, a koja u prvim periodima rada ustavnih sudova (Austrija, Čehoslovačka) nije postojala. Danas je široko prihvaćeno da se osnovna ljudska prava trebaju zaštititi i pred ustavnim sudom i da ona, branjena i na taj način, mogu poslužiti kao adut slobode pojedinca koji stoji nasuprot zakonodavcu.⁶ S te strane, može se uočiti i moralna strana ustavnosudske delatnosti, a ne samo pravna i politička, kojom se brane humanističke vrednosti unutar formalno deklariranih ljudskih prava.

Sve ovo mora se uzeti u obzir kada je reč o promeni položaja ustavnosudske vlasti u državi. Ono što je konstanta u razvoju ustavnog sudstva, a ujedno i osobina koja menja svoje pojavne oblike je mešoviti, hibridni karakter, pre svega ustavnih sudova, što podrazumeva se oni ne mogu opisati ni samo kao sudovi niti kao politički akteri.⁷ Oni nastoje da s jedne strane definišu pravila koja će biti obavezna za političke procese, u tom smislu to je „judikalizacija“ politike, a sa druge politizuju pravosuđe vezom koju uspostavljaju sa običnim sudovima. A „politizuju“ čak i samo političko odlučivanje tako što proširuju teren političkih alternativa. Tako da se i, pored menjanja svog položaja, ustavni sudovi ne mogu svrstati ni samo u pravo ni u politiku, već su most između tih dveju aktivnosti.⁸

Okolnosti koje su dovele do dva najvažnija ustavnosudska događaja, do prvog ustavnog spora i prvog ustavnog suda, su različite i ne samo

⁴ *Ibid*, 131. Tako, federalno pravo koje se primenjuje u Utar Pradešu ali ne i u Kašmiru, u Masačusetsu ali ne u Alabami, gubi svoju spravnu snagu. *Ibid*.

⁵ Prvi oblik „ustavne žalbe“ je meksički amparo (*recurso de amparo*) koji je još 1847. godine unet u Ustav Meksika od 1823. Naredni Ustav od 1857. je potvrdio amparo kao postupak za zaštitu nekih ljudskih prava. Vid. Carlos Sánchez Mejorada, „The Writ of Amparo“, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 243, Jan. 1946, 107.

⁶ Vid. Ronald Dworkin, „Rights as Trumps“, *Theories of Rights*, New York 1984, 153-160.

⁷ C. Möllers, 141.

⁸ *Ibid*, 142.

vremenski odvojene. One se moraju posmatrati u svetlu tada postojećeg uređenje vlasti, političkih, socijalnih i drugih odnosa u državi. Pojava ustavnog spora u jednoj i nastanak ustavnog suda u drugoj državi, vremenom je prevazišla nacionalni nivo i proširila se na druge zemlje. Ustavni spor, a potom i ustavni sud postali su trajne kategorije ustavnopravnog razvoja dva sistema uzora: američkog i austrijskog (evropskog, Kelzenovog) i njihovih derivata. Promene koje se mogu zapaziti u položaju ustavnosudske vlasti u ustavnim i ustavnosudskim sistemima su neprestane i ilustrativne. Rastući uticaj sudstva (ustavnog sudstva) u većini država Zapada, posebno u stvarima koje su smatrane čisto političkim, toliki je da je proizveo termin „judikalizacija“ ili „juridifikacija“.⁹ Njegov prvi dokaz u kontinentalnoj Evropi je širenje ocene ustavnosti zakona. Na drugoj strani, Vrhovni sud SAD se za razliku od perioda XIX veka ili vremena „Nju dila“ udaljio od nacionalne ekonomske koordinacije i odlučivanja, ka integraciji društva pod nekakvom „građanskom religijom“.¹⁰

3. KONKRETNE PROMENE POLOŽAJA USTAVNOG SUDSTVA

3.1. Inovirano načelo podele vlasti

Ustavni spor u SAD ne bi nastao da njena najviša vlast nije organizovana na načelu podele vlasti. U toj „čistoj“ horizontalnoj podeli vlasti položaj sudske grane vlasti je nezavisan i ona je odvojena od političkih vlasti, predsednika i Kongresa. Sistem zamišljen i uređen tako da svaka od tri vlasti, kao deo jedne jedinstvene državne vlasti, vrši samostalno svoje nadležnosti, a da druge dve mogu imati samo nužan i minimalan uticaj. U početku, na temelju podele vlasti, „sudstvo Sjedinjenih Država bilo je, institucionalno, najslabije od tri grane vlasti“.¹¹ Iz sistema ukršte-

⁹ Tim Koopmans, *Courts and Political Institutions – A Comparative View*, Cambridge 2005, 268.

¹⁰ Vid. Hans J. Lietzmann „Constitutional Courts in Changing Political Systems: A Comment“, *Constitutional Courts in Comparison: The U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, New York 2002, 97-98. Tako je, između ostalog, omogućeno izvršnoj vlasti da uzme ulogu onog ko u ime države usmerava ekonomske aktivnosti. Pored toga, nabrajaju se veoma sporna mešanja američkih sudova u osetljive socijalne teme (kao abortus ili vrste afirmativne akcije), generalizacija sudske kontrole uprave, kritički stavovi sudija u vezi sa političkim i upravnim odlukama, rast državne odgovornosti (intervencije), uključivanje sudstva u međunarodna pitanja i dr. T. Koopmans, 269.

¹¹ James H. Fowler, Sangick Jeon „The authority of Supreme Court precedent“, *Social Networks*, Vol. 30, No. 1, 2008, 16.

nih „kočnica i ravnoteža“, sudska vlast je ipak više izmeštena i zaštićena načelom nezavisnosti što je pomoglo Vrhovnom sudu da, naslonjen na Ustav, i bez početne namere, smogne snage da akt zakonodavne vlasti proglasi neustavnim. Iz tog prvog ustavnog spora izrodilo se pravilo o **supremaciji ustava**, pod kojim su svi drugi pravni akti. Rešen konkretan ustavni spor doneo je pravilo o ustavnosti zakona kao uslovu njegove primene. Sama ustavnosudska delatnost se sve do osnivanja prvog ustavnog suda, u pogledu organa koji je vrši nije razlikovala od običnog suđenja. Obe delatnosti vrše redovni sudovi, a posebno svojstvo američki ustavni spor ima kada ga rešava Vrhovni sud. Tada njegova odluka obavezuje sve sudove što se da porediti sa opšteobavezujućim dejstvom akta (*erga omnes*), iako se radi o konkretnom ustavnom sporu proizašlom iz jednog sudskog postupka. Vremenom su se početne okolnosti u vezi sa ustavnim sporom promenile. **Ustavni spor je od produkta i posledice načela podele vlasti u kome je sudska grana nezavisna, postao sredstvo zaštite istog tog načela.** Ustavom uređen odnos između horizontalnih vlasti nije moguće efikasno zaštititi na neki drugi način, ako ne bi postojala ocena ustavnosti.¹² Vrhovni sud je tako dobio pravo i poneo odgovornost da čuva načelo podele vlasti.

Činjenica da su Sjedinjene Države federacija uticala je na rast značaja i uloge sudstva a posebno Vrhovnog suda. Američki federalni sistem „neguje supremaciju pravosuđa“, a sudstvo obezbeđuje vitalnu funkciju centralnoj vlasti, suzbijajući neželjene aktivnosti teritorija u sastavu države.¹³ I to je doprinelo da Vrhovni sud u stvarnosti napusti strogo legalistički pristup i doktrinu samoograničenja i uđe u raspravljanje političkih pitanja i ocenu društveno-ekonomskih okolnosti, usmeravajući čitav društveni razvoj.¹⁴ Druga grupa pitanja koja je uticala na promenu položaja američkog ustavnog sudstva je prosto čitanje i tumačenje Ustava.¹⁵ Tumačenjem Ustava sudije su stvarale ustavno pravo čime se menjao i sam položaj ustavnog sudstva. „Ali dati sudu monopol ili presudnu i glavnu reč u razvoju ustava i ustavnog prava znači od njega činiti neku drugu ustavotvornu vlast za vreme kada ne

¹² Čak je i u Ujedinjenom Kraljevstvu, klevci podele vlasti u kojoj ne postoji pisani ni kodifikovani ustav, data nadležnost Vrhovnom sudu (2009) da rešava neke ustavne sporove.

¹³ Barry Friedman, Erin F. Delaney, “Becoming Supreme: The Federal Foundation of Judicial Supremacy”, *Columbia Law Review*, Vol. 111, No. 6, 2011, 1140-1141.

¹⁴ Miodrag Jovićić, *Veliki ustavni sistemi*, Beograd 1984, 103.

¹⁵ Po izjavi sudije Vrhovnog suda Čarlsa E. Hadžisa (*Hughes*): „Američki narod živi pod ustavom, ali je ustav ono što kažu sudije“, u: Ivo Krbek, „Ustavno sudovanje“, *Rad*, knjiga 321, Zagreb 1960, 34.

deluje prava ustavotvorna vlast, - što je apsurdno i monstrozno sa demokratskog gledišta“.¹⁶

Ipak, na tom pravu tumačenja Ustava od strane Vrhovnog suda suštinski se izgradio ustavni spor. Ono podrazumeva da je Vrhovni sud onaj ko prepoznaje volju ustavotvorca u jednom konkretnom ustavnom sporu i u vezi sa pravim značenjem norme Ustava.¹⁷ Vreme je pokazalo da je ovakvim odnosom Vrhovnog suda prema Ustavu zapravo stvorena mogućnost da sam Vrhovni sud preskače ograde podele vlasti i meša se u rad zakonodavstva i egzekutive. Faze uzdržanog upliva u rad zakonodavne i izvršne vlasti smenjivale su se sa sudskom političkom aktivnošću pod kojom se povijao sav ustavni sistem. U nekim periodima američke ustavnosti, otuda, stvarao se utisak da se trojaka podela vlasti iz svog čistog oblika međusobne jednakovrednosti deformisala na korist sudstva. Do danas se sudstvo kao ustavnosudska vlast pozicioniralo u dvostrukoj pa i paradoksalnoj ulozi: kršitelja podele vlasti koji se meša u tuđe nadležnosti, ali da bi zaštitio ustavom uređen sistem. Ta dvostruka aktivnost bila je u nekim periodima praktično presudno mešanje Vrhovnog suda u ekonomsku politiku i uspostavljanje neke vrste sudske vladavine, „sudokratije“.¹⁸

Konkretna prava koja je ustavni spor doneo na polzu Vrhovnom sudu direktno se tiču **rasta njegovog uticaja na Kongres i šefa države**. Svaki zakon Kongresa za koji nađe da krši ustavna načela ili pojedine norme, Vrhovni sud može poništiti u konkretnom ustavnom sporu. Tako izgleda da je Kongres sasvim nezaštićen od (samo)volje Vrhovnog suda. Doduše, zaštitnik Kongresa je Ustav jer se njime uređuju prava i obaveze tog organa, ali realno to za zaštitu zakonodavstva od Vrhovnog suda nema veliki značaj. Vrhovni sud sudi zakonu koji je doneo Kongres tako što konačno tumači Ustav. Bez obzira na snagu pravne argumentacije u obrazloženju odluke o neustavnosti zakona, iza nje stoji autoritet Ustava i samog Suda. Takav položaj Vrhovnog suda pojačan je jednostepenošću postupka u kome se rešava ustavni spor. Vrhovni sud je uvek u pravu jer je

¹⁶ *Ibid*, 36.

¹⁷ Mada apstraktni ustavni spor nije dozvoljen federalnim sudovima SAD, neki sudovi država (federalnih jedinica) ih rešavaju. Tako Vrhovni sud Masačusetsa može da ocenjuje ustavnost predloga zakona slično kao što to radi i francuski Ustavni savet. Michael C. Dorf, „Abstract and Concrete Review“, *Global Perspectives on Constitutional Law*, Oxford 2009, 4. Ovo može biti znak da se po tom pitanju nešto može promeniti u opštem položaju ustavnog sudstva u SAD.

¹⁸ Shvatanja po kojima u SAD postoji „vladavina Suda“ dobila je najjače argumente u vreme sukoba izvršne i zakonodavne vlasti sa Vrhovnim sudom (1934-36) tokom „Nju dila“. M. Jovičić, 104-105.

njegova odluka konačna i ne može se preispitivati u institucijama.¹⁹ Jedinu stvarnu, naknadni kontrolori stavova Vrhovnog suda iznetih u odlukama po ustavnim sporovima jesu javno mnjenje i sud vremena.

Javno neslaganje sa odlukom Vrhovnog suda ili protek vremena koji pokaže da ta odluka nije bila dobra za opšti interes, negativno će uticati na **autoritet ovog organa**. Ugled Vrhovnog suda je merljiva nadogradnja same ustavne norme koja je ovom organu dala nezavisan položaj. Gradnja autoriteta Vrhovnog suda traje neprestano i nije baš uvek imalo uzlaznu liniju,²⁰ ali je u političkom sistemu i društvu uopšte njegov ugled istaknut. Kao tumač i zaštitnik Ustava, Vrhovni sud svoj ugled prvo izvodi iz sveopšteg respekta prema Ustavu – u SAD je to nivo strahopoštovanja, kao prema „Svetom pismu“.²¹ Ključni deo autoriteta formira sam Vrhovni sud svojim odlukama i to zavisi od prihvatanja ili opiranja, saglašavanja ili negodovanja sa presuđenim, kako od strane organa vlasti tako i od građana.

Ustavnopravni milje u kome je osnovan prvi Ustavni sud takođe je karakterisala podela vlasti. Posle Prvog svetskog rata Austrija je ustanovljena kao parlamentarna republika sa tada poznatim i proverenim modelom podele vlasti. Kako u ondašnjim političkim uslovima sam Ustav i najviši državni organi nisu bili garancija zaustavljanja daljeg krupnjenja teritorije te još neučvršćene federacije, došlo je do usložnjavanja trostruke horizontalne podele vlasti stvaranjem sasvim novog državnog organa. U najviši nivo vlasti unet je poseban nezavisan i samostalan organ u odnosu ka organima ostale tri vlasti, ali i u odnosu na vlast federalnih jedinica. Ustavni spor u nadležnosti prvog Ustavnog suda bio je nešto sasvim posebno poredeći ga sa američkom ocenom ustavnosti zakona. Osnovi cilj tog novog ustavnog sudstva bio je da spreči primenu eventualnih propisa pokrajina kojima bi se koračalo ka otepljenju od države. Ustavni sud ima pravo da svaki takav akt za koji bi posumnjao da vodi

¹⁹ Jedino sam Vrhovni sud može da naruši konačnost svoje odluke ako po istom pitanju odluči drugačije (na primer, po odluci *Bowers v. Hardwick*, 1986, zakoni kojima se kažnjava odnos osoba istog pola ne krše Ustav SAD, a u predmetu *Lawrence v. Texas*, 2003, takvi zakoni su ocenjeni neustavnim, vid. http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0478_0186_ZO.html, <http://www.law.cornell.edu/supct/pdf/02-102P.ZS>, 1. decem-bar 2013. godine).

²⁰ Poznate su kritike na račun Vrhovnog suda da je zaštitnik krupnog kapitala za vreme sukobljavanja sa predsednikom Frenklinom Ruzveltom (*Roosevelt*) oko ustavnosti zakona iz programa „Nju dila“. Vid. I. Krbek, 37.

²¹ Mada u Ustavu i dalje stoji odredba koja po pravnoj snazi izjednačava Ustav sa nekim drugim aktima: „Ovaj Ustav i zakoni Sjedinjenih Država koji će biti donošeni radi njegovog sprovođenja, i svi zaključeni ugovori ili ugovori koji će biti zaključeni u ime Sjedinjenih Država, biće najviši zakon zemlje (...)“, čl. VI Ustava SAD.

daljoj dezintegraciji zemlje, oceni neustavnim i stavi van pravne snage. U tom smislu, dezintegracija države bila bi i rušenje postojeće organizacije vlasti.

Ustavni sud je, kao nov organ uneo **promene u klasičnu podelu vlasti**. Tokom ustavnog razvoja pokazalo se da je ustavni sud pre gradio neki svoj poseban položaj u ustavnom sistemu nego što se pokušavao prilagoditi i uklopiti u postojeći trostrani horizontalni kliše. Čak i tamo gde je ustavni sud formalno deo sudske grane vlasti (kao u Italiji) lako ga je razlikovati i odvojiti od svih drugih sudova. Ipak, i ustavni sud na takvoj poziciji različit je shvaćen i kritikovan kada je reč o formalno istoj aktivnosti. Samo nekoliko kritika upućeno je na račun Ustavnog suda kada je zakone donete za vreme fašističke vladavine proglasio neustavnim, a kada se proglase neustavnim zakoni doneti tek nekoliko meseci pre takve ustavnosudske odluke, onda je Ustavni sud veoma kritikovan da direktno ometa političke procese i u tome su najglasnije političke stranke.²²

Kao i kod sudova koji imaju i ustavnosudsku funkciju i ovde je zaštita ustavnosti u nesaglasju sa pravilima organizacije vlasti izgrađene na načelu podele vlasti. Dokaz te neusklađenosti je u tome što ustavni sud može da ukine ili poništi pravni plod delatnosti parlamenta i izvršne vlasti – zakon i podzakonski propis. Takav ustavni položaj ustavnog suda učinio je od njega već na početku *sui generis* organ, drugačiji od legislative i egzekutive i, nešto manje, poseban u odnosu na judikaturu. Vremenom, kako je ustavni sud opravdavao svrhu svog postojanja, njegovo razlikovanje od drugih sudova postalo je lakše. Tome su doprinele nadležnosti koje je ustavni sud sticao, a koje su sve za po korak dalje od običnog suđenja. Sve do današnjeg obimnijeg uvođenja ustavne žalbe. Ali ne treba zaboraviti i da su obični sudovi, tamo gde nema ustavnog suda, bez obzira na rast njihove efikasnosti postali i politički organi. Oni se tako često bave pitanjima kojima se bave i izabrani (politički) organi vlasti.²³

3.2. Novi zaštitnik ljudskih prava

Integrativna funkcija ustavnog spora i odgovornost ustavnog suda za očuvanje države, vremenom su prerasli i u druge zadatke. Očuvanje države, kao krajnji i donekle uopšten cilj (jer sve što rade državni organi ima kao opšti cilj opstanak države) natkriveno je delatnošću ka očuvanju efikasnog i jedinstvenog pravnog poretka i njegove hijerarhije. Ustavnosudska delatnost je **zaštitu ustava nadogradila i zaštitom ljudskih prava**.

²² P. Carrosa, 181.

²³ Kevin T. McGuire, The Judicial Process and Public Policy, *The Oxford Handbook of Political Institutions*, Oxford 2008, 550-551.

Tako je ustavni sud, bar organski, pomirio naizgled protivrečnosti – zaštitu države i njenog ustavnog poretka sa zaštitom ljudskih prava od iste te države. Na jednom mestu ustavni sud štiti državu od svih pa i od građana (organizovanih u ekstremne političke stranke, na primer), a na drugom od države štiti građane i ostale subjekte (ustavna žalba, zaštita lokalne samouprave).

Evolucijom ustavnog suda **menjala se i važnost nekih njegovih nadležnosti** što je uticalo na karakter ustavnog suda. U jednom periodu razvoja ustavnog suda, zahvaljujući pre svega ustavnoj žalbi pomućena je slika razlikovanja ustavnog suda od redovnog suda. Jedan broj ustavnih sistema (počev od Španije i Nemačke) je putem ustavne žalbe praktično približio ustavno i obično sudstvo. Zamišljena kao krajnje sredstvo radi zaštite osnovnih prava i sloboda, ustavna žalba je negde čak stala u red ostalih pravnih lekova. Učestalost predmeta ustavnog suda u kojima se rešava po ustavnoj žalbi dovela je do toga da se ta najmlađa nadležnost ustavnog suda nametne kao prva. Ono zbog čega su ustavni sudovi ustanovljavani, zaštita ustavnosti i zakonitosti, silom brojeva gubi korak sa ustavnom žalbom. I tamo gde ove nadležnosti još uvek nema (Italija) ili ne u punom obliku (Austrija), razmišlja se uvođenju ustavne žalbe koja bi bila deo promenjenog položaja i nadležnosti ustavnog suda.²⁴

Prekomernom upotrebom ustavna žalba dovodi ustavni sud na vrata sudske grane vlasti. Običan građanin teško da razlikuje ustavnu od obične žalbe što znači da ne pravi razliku ni između ustavnog i redovnog sudstva. Da bi ostvario svoje pravo građanin će koristiti sve pravne lekove koji postoje. Zna da o njegovom pravu konačno presuđuje neki sud, a koji - to i nije toliko važno. Bitno je da postoji pravna mogućnost „nastavka“, na primer, pravnosnažno završenog parničnog postupka. Ukoliko se sa podnošenjem velikog broja ustavnih žalbi nastavi, postoji opasnost da se ustavni sud, kao praktično poslednja sudska instanca, stopi sa sudskom vlašću. Gledano kroz načelo jedinstva sudskog sistema i njegove hijerarhije ulazak ustavnog suda u sudsku vlast uneo bi jednu konfuziju. Vrhov-

²⁴ Poslednjih godina reformski planovi ustavnog sudstva u Austriji fokusirani su na njegov odnos sa Upravnim i Vrhovnim sudom. Jedna od opcija je da se uvede ustavna žalba u vezi sa povredom osnovnih prava ili primenom neustavnog zakona i nezakonitog propisa (proširenje postojeće žalbe koja se može izjaviti na pojedinačne akte i radnje organa uprave, *prim. S. O*) što bi stavilo Ustavni sud u sam vrh pravosuđa. Razmišljanja o promenama idu i u pravcu prava privatnih stranaka da pokrenu postupak ocene ustavnosti zakona ili drugog propisa pred Upravnim sudom, a u vezi primene tog akta u započetom krivičnom ili građanskom sudskom postupku. Takođe, rešavanje po brojnim žalbama na odluke Suda za azil (nem. *Asylgerichtshof*) treba da se usmeri od Upravnog suda na Ustavni sud. Ronald Faber „The Austrian Constitutional Court – An Overview“, *ICL journal* 1/2008, 52, <http://www.osce.org/odihr/37171>, 1. decembar 2013. godine.

ni sud stvarno ne bi bio i najviši sud jer se i njegova odluka putem ustavne žalbe može preispitati. Ako se, pak, pođe od načela nezavisnosti sudstva, onda se i ono krši gledajući posledice koje odluka o ustavnoj žalbi ima po sudsku presudu. Pravilo da niko izvan sudske vlasti ne može odlučivati o sudskim stvarima prekršeno je kada ustavni sud usvoji ustavnu žalbu i tako stavi van pravne snage raniju presudu suda. Ovo pravilo se jedino ne povređuje ako je ustavni sud organizaciono poseban sud unutar sudske grane vlasti.

3.3. Druge promene u nadležnostima

Posebnost ustavnog suda vremenom su potvrđivale nove, naročite nadležnosti koje su mu dodeljivane, a koje su se razlikovale od onoga što rade drugi državni organi. Te nadležnosti karakteriše to da su negde na pola puta između suđenja - primene prava, i donošenja zakona i podzakonskih akata - provođenja određene politike. Početna, originarna nadležnost ustavnog suda preovlađujuće je nadograđivana takvim mešovitim, pravopolitičkim ovlašćenjima. U tom smislu može da važi neprekidano pravilo da meritorna odluka ustavnog suda ima pravni oblik, ali je uvek bar jedan deo njene sadržine politički važan.

U gotovo jednovjekovnom razvoju ustavnog suda uobličile su se nadležnosti ustavnih sudova. Razlike u položaju ustavnih sudova postoje među državama, ali su ustavni sudovi, po pitanju onoga što rade, prepoznatljiviji u odnosu na sve ostale organe. Tako i u odnosu na sudsku vlast. Pored prava da ocenjuje ustavnost zakona, većina ustavnih sudova danas ima pravo da: rešava sukobe nadležnosti različitih organa vlasti horizontalnog i vertikalnog nivoa, odlučuje o optužbama protiv šefa države i drugih državnih funkcionera, zabranjuje rad političkih partija i drugih organizacija, odlučuje o zaštiti ustavnih prava građana. Osim možda ove poslednje nadležnosti, svaki ustavnosudski spor ima bližu ili dalju političku pozadinu. U sudskom sporu, pak, odlučuje se o pravima i obavezama fizičkih i pravnih lica. Okončanjem sudskog spora ne stvaraju se, bar ne u prvom redu, političke posledice. One mogu biti samo posredne. Od drugih državnih organa, izvršne i zakonodavne vlasti ustavni sud se razlikuje po tome što ne donosi opšte pravne akte već im sudi u postupku koji liči na sudski postupak. Parlament, vlada i šef države donose propise, a ustavni sud odlučuje o tome koji od njih ostaju deo pozitivnog prava a koji ne. Uz to, ustavni sudovi ostaruju i saradnju sa najvišim državnim organima. Tako u Srbiji Ustavni sud obaveštava Narodnu skupštinu o ostvarivanju ustavnosti i zakonitosti i problemima koji u vezi sa tim postoje.²⁵

²⁵ Vid. Marijana Pajvančić, „Dinamičke kompetencije državne vlasti“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1-2/2007, 39-40.

3.4. Jačanje izvršne vlasti i ustavno sudstvo

Razvoj ustavnog sudstva i ustavnog suda naravno da nije neka osamljena pojava društvene dijalektike. **Kako se razvijala i menjala sama država, državni poslovi i organi, tako se menjalo i ustavno sudstvo.** Ono što je postojanije jesu državni graničnici: vladavina prava, suprema-cija ustava i narodna suverenost, unutar kojih režim poprima nove osobnosti. Tako su i ustavno sudstvo i ustavni sud menjali odnos sa drugim državnim delatnostima i organima. Jedna od promena koja se tiče ustavnosudskih organa je neka vrsta međunarodne institucijalne konkurencije. Evropski sudovi (Evropske unije: Evropski sud pravde, Saveta Evrope: Evropski sud za ljudska prava) menjaju položaj ustavnog sudstva, i uopšte sudske vlasti, u državama koje su članice tih međunarodnih organizacija.²⁶ Ta „konkurencija“ uzima sebi neki deo nadležnosti, ali istovremeno povećava ugled i očekivanja od ustavnog suda kao nacionalne institucije. Na istom smeru promene položaja ustavnog sudstva su i međunarodni akti koji ratifikacijom postaju deo unutrašnjeg prava, sve do akata ustavne pravne snage.²⁷

Za dva veka razvoja parlamentarizma i državne vlasti prva karakteristika koja danas pada u oči je narasla izvršna vlast. Ali ne tiranska ili totalitarna izvršna vlast, kakve je bilo tokom istorije (ima je negde i danas), nego demokratska, preko parlamenta od naroda izabrana. Moćna izvršna vlast je posledica narasle uloge države u svakodnevnom životu. Ali i obrnuto – jaka vlada jača državu kao takvu. Država je prisutna u svim oblicima društvenog života: od ekonomije, bezbednosti, reda i mira pa do ostvarivanja ljudskih prava, gde se izvršna vlast pokazala sposobnom da brzo odgovori neprestanim izazovima. Činjenica da su retke politički „dosadne države“ još je više poremetila ravnotežu u horizontalnoj strukturi vlasti, gurajući klatno na stranu vlade i/ili predsednika republike, a na štetu prevashodno parlamenta. Sveprisutna izvršna vlast sigurno da ne može biti „prijateljski uzdržana“ ni prema sudskoj vlasti jer će teško odo-

²⁶ Kako navodi H. J. Lietzmann, ono što utiče na promenu položaja nemačkog Saveznog ustavnog suda je pojava Evropskog suda pravde. On radi kao praktično koordinirajuće telo svakodnevne real-politike i biznisa, dok Savezni ustavni sud proizvodi nacionalnu auru i donosi uobičajene odluke. Sistemska struktura i politička kultura se moraju dopunjavati jedna drugom. *Ibid.*

²⁷ Tako se kao međunarodni akti posebno značajni za promenu položaja Ustavnog suda Austrije navode Evropska konvencija o ljudskim pravima (1950) i Povelja Evropske unije o osnovnim pravima (2000). Vid. Gabriele Kucsko-Stadlmayer, „Constitutional review in Austria - Traditions and New Developments“, *International Conference dedicated to the 20th anniversary of the Constitutional Court of Romania*, Bukarest 21-23. June 2012, 3-4, <http://193.226.121.81/events/conferinta/kucsko.pdf>, 2. decembar 2013. godine.

leti da ne vrši pritisak u nekom politički važnom sudskom predmetu. Ista primedba stoji i kada je u pitanju ustavno sudstvo, s tim da je tu interes vlade još veći jer ustavni sporovi imaju veliku političku težinu. Štaviše, u praksi ustavni sudovi mogu da budu gurnuti u ulogu stvaraoca politike, za šta oni nisu kvalifikovani, po zapažanjima analitičara, i tako umanje „funktionalnu diferencijaciju i iz nje proistekli ekvilibrijum nadležnosti unutar države“.²⁸

Naraslom ulogom izvršne vlasti u državi izmenjena je suština najvažnijeg ustavnog spora, ocene ustavnosti zakona. Ustavni spor nije više sredstvo pravnog obračuna između ustavnosudskog organa i parlamenta. U tom sudaru negativno zakonodavstvo, ono koje ukida ili poništava zakone, pobeđuje stvarajuće zakonodavstvo. Iza leđa ustavnosudskog organa stoji ustav i to mu je dovoljno da u ustavnom sporu pobeđi parlament. Ali iza ove vidljive forme krije se stvarno stanje – u pitanju je pravni sukob između ustavnog suda i vlade.²⁹ Jer vlada je pravi stvaralac zakona, njena volja izražena je u zakonskom tekstu. Tako razotkriveni odnosi sučeljavaju nas sa složenom strukturom ocene ustavnosti zakona. Tu postoji odnos ustava i zakona kao prvi i najvidljiviji. Drugi deo je odnos vlade, a ne parlamenta, i ustavnog suda. Treći je nastavak prethodnog - polje sudara prava i politike. Sadržina ovih komponenti ustavnog spora menjala se vremenom i to traje i danas. Odnos onoga ko stvara zakone sa onim ko ih ukida suštinski je promenjen jer je vlada realno potisnula parlament. Praksa u zakonodavstvu ovovremenih država promenila je opis zakona – to je opšti pravni akt koji donosi parlament, a gotovo uvek sastavlja vlada. Tako je i dejstvo ustavnosudske odluke o ukidanju zakona primarno usmereno ka vladi. Po proglašenju zakona neustavnim, vlada treba zakon ili zakonsku normu da upodobi ustavu, a parlament je tu jedno vladino ustavno sredstvo. Parlament izglasava zakon i pred ustavnosudskim organom taj zakon brani kao njegov tek formalni donosilac. Ako se ovom doda i ocena ustavnosti i zakonitosti podzakonskih akata onda je savremeni ustavni spor prevashodno odnos ustavnosudskog organa i vlade.

Tako podeljene glavne uloge u ustavnom sporu ukazuju na još neka njegova važeća svojstva. Za ustavni spor se čak može reći da je to ustavno sredstvo kojim se najbolje štiti ustavni režim. Njime se bar donekle

²⁸ Pavle Jovanović, „Ustavni (dis)kontinuitet u savremenoj Srbiji“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2006, 120.

²⁹ Tako je u parlamentarnim sistemima koji imaju ustavni sud. U predsedničkom sistemu to je sukob predsednika države i vrhovnog suda, a u polupredsedničkim oko zakona se spore šef države i vlada sa ustavnosudskim organom.

politika drži u granicama prava. Superiorna uloga vlade u parlamentarnom režimu (klasičnom i prilagođenom) praktično nije i ne može biti kontrolisana od strane parlamenta. Iako je reč o neposredno izabranom parlamentu i posredno, od njega izabranoj vladi, parlament u današnjoj državi ne može efikasno da kontroliše vladu. Realnost je obrnuta, parlament služi vladi jer su prvi ljudi političkih stranaka unutar vlade, a ne skupštine. Unutarstranačka hijerarhija u ovom slučaju nadvladauje kontrolni odnos parlamenta i vlade. Kako velika politička vlast moderne vlade mora biti stvarno proveravana da ne bi zloupotrebom postala nedemokratska i autokratska, mora postojati ustavnosudski nezavisni organ koji je jedini u stanju da takvu moć upodobi ustavu.

U sukobu prava i politike koji je u srži odnosa ustavnosudske i izvršne vlasti, pravne mogućnosti ustavnosudskog organa su ipak ograničene. S jedne strane neostvarenost potpune kontrole vlade je opravdana jer uvek postoje odluke koje se moraju doneti brzo, u jednom povoljnom trenutku i one su, kao takve, ostale sfera politike nepodložna drugoj kontroli do sudu birača. U ostalom delu rada vlade, pravo može da kontroliše politiku u meri u kojoj je ona izražena u pravnoj normi, zakonskoj ili podzakonskoj. Tako ustavnosudski organ represivno svodi vladu na ustavne i zakonske granice, ukidajući propise. Ako je ustavnosudska vlast u toj zaštiti ustava dosledna njena kontrola biće sve više preventivna. Vlada neće ni pokušavati da piše zakon za koji zna da će biti ocenjen neustavnim. Realnost kazuje da ovakva uloga ustavnosudskog organa kao surogata parlamenta po pitanju kontrole vlade nije savršeno rešenje, ali je u uslovima ovog vremena nužnost. Da nije toga, ustav bi vladi putem nadležnosti da utvrđuje i vodi politiku zemlje, otvorio vrata nekontrolisane političke vlasti. Takva vlada bi praktično menjala ustav nižim pravnim aktima, a ustav u stvarnosti ne bi ni postojao.

Za pretpostaviti je da će u nekom **budućem vremenu položaj ustavnosudskog organa po pitanju veze sa vladom** poprimiti drugačija obeležja. Vlada je organ koji je sposoban da brzo donosi odluke, što je globalni zahtev današnjice, a verovatno će ga biti još više u budućnosti.³⁰ U slučaju da uloga vlade u državi i dalje jača, prosečan ustavni sud će sve manje uspevati da „imitira“ kontrolnu ulogu parlamenta. Još jača pozicija vlade povećala bi broj ustavnih sporova jer bi se ona, na neki način, „osilila“ i parlamentarni ustav bi joj postao „tesan“. Za ovo ne mora da se poveća broj donetih zakona, dovoljno je da vlast koja ih piše ima neumere-

³⁰U prilog tome je izjava britanskog premijera Dejvida Kamerala (*Cameron*): „U globalnoj trci ili ste brzi ili ste mrtvi“ <http://www.guardian.co.uk/politics/2012/nov/19/cameron-axe-equality-assessments>, 19. decembar 2013. godine.

nu političku moć i da ne pazi da li je norma zakona suprotna ustavu. Takođe, narasla politička moć vlade povećala bi broj ustavnih žalbi jer bi takva osiona vlast manje pazila na ustavna prava građana. Učestaliji bi bili i predmeti koji se tiču i drugih nadležnosti ustavnog suda, na primer, rešavanje pozitivnog sukoba nadležnosti. Ustavni sud na sve to ne bi mogao da pravovremeno i kvalitetno odgovori. Njegova kontrola vlade bi slabila, postajući povremena i nepotpuna.

Eventualno opadanje političke moći vlade takođe bi uticalo na položaj ustavnosudske vlasti, svih drugih organa, a posebno parlamenta. Takav politički razvoj doneo bi „pomoć“ ustavnosudskom organu jer bi smanjenje stvarne vlasti vlade direktno uzrokovalo jačanje položaja parlamenta. Bar delimičan povrat „nekadašnje slave“ parlamenta vratio bi i realnu političku kontrolu vlade. Ovo bi pojačalo, dupliralo kontrolu zakona koje predlaže vlada. Prva bi bila stvarna političko-ustavna provera predloga zakona, a vršio bi je parlament prema vladi kao piscu zakona. Druga kontrola zakona bi bila ustavnosudska i išla bi prema vladi i parlamentu jer su oboje tvorci zakona. Ovakva budućnost umnogome bi vratila ravnotežu među najvišim organima vlasti. To bi se pozitivno odrazilo i na ustavnost i zakonitost akata organa uprave, hijerarhijski podređenih vladi, kao i pravnih akata drugih nosilaca javnih ovlašćenja. Ipak, tehnološki napredak društva koji omogućava sve više upravljanja sa jednog mesta u državi, ne smanjuje moć vlade. Naprotiv.

4. ZAKLJUČAK

Ustavno sudstvo, poput drugih društvenih i pravnih pojava, menja svoj položaj i ulogu. Za dva veka od prvog ustavnog spora i skoro vek od prvog ustavnog suda, i važnost ustavnog sudstva se menjala, moglo bi se reći da je gotovo uvek rasla. Stoga se danas u jednoj rečenici može reći samo to da je položaj ustavnog sudstva u državi dobio na značaju kao nikada pre, a da je na to uticala činjenica da je uloga ustavnosudske vlasti u državi postala jedna od glavnih.

Drugačije, novo shvatanje podele vlasti i uloge države uz rast izvršne vlasti, razvoj zaštite ljudskih prava i proširenje nadležnosti ustavnog sudstva, neke su od ilustracija promenjenog položaja ustavnog sudstva.

Taj trend promena ustavnog sudstva nije završen, niti će se to uopšte desiti. Sve dok se razvija politički sistem i država, menjaće se i položaj ustavnog sudstva. Naravno da u tom neprestanom procesu ustavno sudstvo nije pasivna strana koja čeka da se neko drugi, preko ustava, izbori

za nju. Ustavno sudstvo je takvo bilo samo u istorijskom momentu svoga nastanka, u svakoj državi posebno. Potom je sâmo, u većoj ili manjoj mjeri, uticalo na političko uređenje i društvene odnose u svojoj državi, opravdavajući svoj dotašnji skup nadležnosti i još ih šireći.

Pretpostavka da ustavno sudstvo neće gubiti na svom značaju je realna, ali prostor širenja uticaja ustavnog sudstva nije neograničen. Meke granice koje ustav postavlja ustavnom sudstvu u stvari i nisu prepreka da ono bude aktivno i u poljima drugih grana vlasti, zakonodavstvu, egzekutivi i običnom suđenju. Prvoj i drugoj vlasti ukida zakone i druga pravne akte, a sudskoj vlasti ukida presude. Ipak, bez obzira koliko slobodno može da tumači ustav, ustavno sudstvo u političkom sistemu koje zahteva legalitet i legitimitet vlasti nikada neće moći da stekne ulogu prve političke vlasti. Prosto, nedostatak neposrednog narodnog izbora ustavnih sudija to nedozvoljava.

*Slobodan P. Orlović, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Change of Position of Constitutional Judiciary

Abstract: *constitutional judiciary is the youngest branch of authority in the horizontal level of state power. Constitutional judiciary has, during its existence – during two centuries as an ordinary court and during one century as a special authority, changed its position, role and importance. Those characteristics of constitutional judiciary had an increasing way - the position became better, in political and law sense, its role has expanded and the importance has increased. Today, constitutional judiciary is an inevitable subject of constitutional regimes in huge number of states (between them are almost all federations) but, in the same time, constitutional judiciary is an authority which is at least limited by the constitution. The constitution is “soft” to the constitutional judiciary because the judiciary interpreted the constitution in accordance to its political and law attitudes, hidden by the guise of protection. Different separation of power, a rise of executive power, requests for better protections of fundamental human rights, a changed role of state and executive power, altogether, have influenced to change of position of constitutional judiciary.*

Key words: *constitutional judiciary, constitutional court, position of constitutional judiciary, power.*

*Dr Tanja Kitanović, docent
Univerzitet u Nišu
Pravni fakultet u Nišu*

*Dr Marija Ignjatović, docent
Univerzitet u Nišu
Pravni fakultet u Nišu*

EVOLUCIJA USTANOVE USVOJENJA OD RIMSKOG DO SAVREMENOG PRAVA

Sažetak: *U radu je izvršena analiza evolutivnih promena u konceptu usvojenja od rimskog do savremenog prava. Usvojenje predstavlja prastaru društvenu i pravnu ustanovu koja je tokom vremena menjala pojavne oblike i ciljeve kojima je služila. Tako je u antičkom Rimu usvojenje služilo interesima pater familias-a bez biološkog potomstva. Blagodareći ovom institutu, dolazilo je do produženja porodice i porodičnog kulta usvojitelja, kojima je, u odsustvu prirodnih potomaka, pretilo gašenje. Nakon stagnacije u feudalnoj epohi, ustanova usvojenja je reafirmisana u buržoaskom pravu. Građanski zakonici evropskih zemalja, čiji su pravni sistemi izgrađeni na temeljima rimske pravne tradicije, izvorno su favorizovali interese pojedinaca bez biološke dece, kojima je putem usvojenja omogućeno da produže svoju porodicu, te da na ovako dobijene naslednike prenesu imovinu. Posle ratnih dešavanja kojima je obilovao XX vek, a koja su dovela do rapidnog porasta broja dece bez roditeljskog staranja, koncepcija usvojenja je radikalno izmenjena, tako da od tog vremena usvojenje prevashodno služi interesima deteta koje se usvaja, i u funkciji je njegovog zbrinjavanja u adoptivnoj porodici. Usvojenje postaje oblik društvene, porodičnopravne zaštite dece bez adekvatnog roditeljskog staranja, i to najpoželjniji vid zbrinjavanja ove kategorije dece, budući da se usvojenik u potpunosti integriše u porodicu usvojitelja, zauzimajući položaj rođenog deteta usvojitelja, pri čemu porodično okruženje obezbeđuje i stimuliše optimalan psihofizički razvoj deteta.*

Ključne reči: usvojenje, usvojitelji, usvojenik, rimsko pravo, feudalno pravo, buržoasko pravo, savremeno pravo.

KONCEPCIJA USTANOVE USVOJENJA U RIMSKOM PRAVU

Usvojenje predstavlja prastaru društvenu i pravnu ustanovu koja je tokom vremena menjala pojavne oblike i ciljeve kojima je služila. Primarni cilj ustanove usvojenja u starom Rimu ticao se obezbeđenja produženja porodice i porodičnog kulta *pater familias*-a bez biološkog potomstva. Zasni- vanjem usvojenja između usvojitelja i usvojenika je nastajao odnos koji je predstavljao vernu repliku odnosa između roditelja i dece (*adoptio naturam imitatur*). Ovim putem se sprečavalo izumiranje porodice i gašenje poro- dičnog kulta usvojitelja, što je predstavljalo veliku tragediju za Rimljane, koju su nastojali po svaku cenu izbeći. Međutim, usvojenjem su se postizali i brojni drugi društveni i politički ciljevi.¹ Tako su, u kasnijim etapama u razvoju rimske države, plebejci mogli biti adoptirani od strane patricija, ka- ko bi se uspeli na društvenoj lestvici, stekli viši društveni položaj i ostvarili uspešnu karijeru. Isto tako, rimski vladari su se koristili ovom ustanovom, usvajajući istaknute vojskovođe i političare, u cilju obezbeđenja naslednika prestola, bilo zato što nisu imali biološke potomke, bilo zato što su nastojali sprečiti njihov dolazak na presto.²

Institut usvojenja pominje se još u Zakonu XII tablica. Naime, u an- tičkom Rimu se dosta rano profilise ideja o tome da se položaj sina u po- rodici (*filius familiae*) može steći ne samo prirodnim rođenjem, već i usvojenjem, pri čemu se diferenciraju dve vrste usvojenja: adrogacija (*adrogatio*) i adopcija (*adoptio*). U literaturi se navodi da je adopcija op- šti naziv koji označava dve posebne vrste usvojenja, od kojih jedna egzi- stira pod istim nazivom, dok se druga naziva adrogacija. Adoptira se lice koje je *filius familiae*, a adrogira lice *sui iuris*.³

Adrogacija je vremenski stariji oblik usvojenja, njome su se mogli koristiti isključivo patriciji⁴, a vršila se u kurijatskoj skupštini (*comitia*

¹ Obrad Stanojević, *Rimsko pravo*, Beograd 2001, 144.

² Ana Prokop, *Porodično pravo - Usvojenje*, Zagreb 1963, 17-18 fn.16.

³ D. 1.7.1.: "*Filios familias non solum natura, verum et adoptiones faciunt. Quod adoptionis nomen est quidem generale, in duas autem species dividitur, quarum altera adoptio similiter dicitur, altera adrogatio. Adoptantur filii familias, adrogantur qui sui iuris sunt*". Vid. Jelena Danilović, Obrad Stanojević, *Tekstovi iz rimskog prava*, Beograd 1987, 152.

⁴ A. Prokop (1963), 13-14.

curiata)⁵, po odluci skupštine - *lege curiata*. Zbog specifične forme i učesća rimskog naroda nazivala se "*adrogatio per populum*", a mogao je biti adrogiran samo odrastao muškarac *sui iuris*.⁶ Kada je kurijatska skupština prestala da se sastaje, adrogacija je bila dopuštena reskriptom imperatora. Akt adrogacije pred kurijatskom skupštinom pratio je i kompleksni religijski ritual u kome se usvojenik odricao svoje porodice i porodičnog kulta i prihvatao porodicu i porodična božanstva usvojitelja.

Samo odrastao muškarac *sui iuris* je mogao osnovati novu porodicu, odnosno produžiti postojeću, te imati vlast (*patria potestas*) nad ženom i decom. Stoga je jedino on bio podoban za adrogaciju. *Patria potestas* nesumnjivo predstavlja specifičnost rimskog prava, a može se definisati kao vlast porodičnog starešine nad ukućanima, odnosno nad ženom, robovima i slobodnim članovima porodice, koja u sebi sadrži i lična i imovinska ovlašćenja.⁷ Dakle, žene nisu bile podobne za adrogaciju, niti su same mogle adrogirati, budući da nisu bile nosioci očinske vlasti, tako da nisu mogle produžiti porodicu i kult predaka. Isto tako, maloletnici nisu mogli adrogirati niti biti adrogirani, jer zbog svog uzrasta nisu bili kompetentni, doduše privremeno, da osnuju/produže porodicu.

Adrogacija odraslog muškarca *sui iuris* je imala specifično, kolektivno dejstvo, tako da se reflektovala i na pravni položaj lica koja su se nalazili pod njegovom *patria potestas*. Dakle, adrogacija se protezala i na ženu i na decu adrogiranog muškarca *sui iuris*. Za razliku od adopcije, kako ćemo videti u nastavku rada, kada je adrogiran *pater familias*, deca koja su bila u njegovoj vlasti su zajedno sa njim dolazila pod vlast osobe koja je adrogirala, i dobijala su položaj unuka onoga ko je izvršio adrogaciju.⁸

⁵ Kurija je predstavljala najniži stepen ujedinjavanja gensova. U njen sastav ulazilo je deset gensova čiji su pripadnici živeli u susedstvu. Na nivou kurije bila je organizovana zajednička odbrana susednih gensova. Pored toga, u nadležnosti kurije bilo je i rešavanje sukoba između gensova koji su bili njeni članovi. Na čelu kurije nalazila se skupština, a činili su je svi odrasli muški članovi. Skupština je birala starešinu koji je bio vrhovni vojni zapovednik i sudija, a raspolagao je i značajnim ovlašćenjima u domenu vršenja religioznih obreda. Vid. Ivo Puhani, *Rimsko pravo*, Beograd 1977, 18-19.

⁶ A. Prokop (1963), 11-15.

⁷ Detaljnije o pravnom položaju *pater familias*-a u starom Rimu, nastanku, osobenostima i prestanku njegove očinske vlasti, a posebno o ogromnim ličnim i imovinskim ovlašćenjima koja je imao nad članovima porodice vid. O. Stanojević (2001), 141-143 i I. Puhani, 173-178.

⁸ D. 1.7.40.: "*Adrogato patre familias liberi, qui in eius erant potestate, nepotes apud adrogatorem efficiuntur simulque cum suo patre in eius reccidunt potestatem. Quod non similiter in adoptionem contingit: nam nepotes et eo in avi naturalis retinentur potestate*". Vid. J. Danilović, O. Stanojević (1987), 152.

Vremenom je adrogacija pretrpela značajne izmene, kako u sadržinskom, tako i u proceduralnom pogledu. Tako je bila dopuštena adrogacija žena, pa i maloletnika, ukoliko su za to bile ispunjene određene materijalne i formalne pretpostavke. Pitanje vremena kada su se plebejci mogli služiti adrogacijom u literaturi je sporno, ali nije isključeno da su tu mogućnost stekli onog trenutka kada su dobili *ius connubii* sa patricijima.⁹ Adrogacija je bila dopuštena pod sledećim uslovima: ako je usvojitelj (adrogant) bez bioloških, bračnih potomaka; ako je adrogant navršio 60 godina, tako da je, s obzirom na godine života, vrlo verovatno da u budućnosti neće dobiti vlastito potomstvo; ako adrogant nije lošijeg imovinskog stanja od lica koje adrogira (adrogata); ako razlika u godinama između adroganta i adrogata iznosi najmanje 18 godina. Ovaj poslednji uslov je profilisan u cilju imitacije razlike u godinama koja redovno postoji između roditelja i dece.¹⁰

Adrogacija je svoju konačnu fizionomiju dobila u doba Justinijana. Adrogat je morao biti lice *sui iuris*, mogle su se adrogirati i osobe ženskog pola, a adrogant je morao ispuniti napred navedene materijalne uslove. Kao posledica adrogacije, adrogata je stizala *capitis deminutio minima*, odnosno on je gubio status lica *sui iuris*, zajedno sa svojim potomcima dolazio je pod očinsku vlast adroganta, i dobijao je pravni položaj lica *alieni iuris*. Kada je u pitanju imovina adrogata, adrogant je sticao pravo uživanja na njoj, a ne pravo svojine, kako je to bilo u najstarijem periodu rimske pravne istorije. U svakom slučaju, s obzirom da je usvojenik gubio svoju poslovnu sposobnost, bilo je neophodno pre samog čina adrogacije regulisati sve imovinske odnose u kojima je sudelovao budući adrogat. Adrogacija je proizvodila značajne posledice i u sferi nasleđivanja. Naime, adrogacijom je konstituisano pravo nasleđivanja, tako da je adrogat postajao intestatski naslednik adroganta i njegovih srodnika, dok su sa druge strane, adrogant i njegovi srodnici sticali zakonsko nasledno pravo prema adrogatu.

Paralelno sa adrogacijom, rimsko pravo je poznavalo još jedan oblik usvojenja - adopciju (*datio in adoptionem*). Za adopciju su bile podobne kako osobe muškog, tako i osobe ženskog pola, bez obzira na uzrast, tj. nezavisno od toga da li je reč o maloletnim ili punoletnim osobama. Pored toga, ova forma usvojenja je od svog nastanka bila dostupna i patricijima i plebejcima. Lice koje se adoptiralo moralo je biti pod vlašću porodičnog starešine, odnosno moralo je imati status lica *alieni iuris*. Adopci-

⁹ A. Prokop (1963), 13-14.

¹⁰ U teoriji se navodi da je bilo slučajeva u kojima je usvojenik bio ne samo u poodmaklom životnom dobu, već i stariji od usvojitelja. Vid. O. Stanojević (2001), 144.

ja se vršila u izuzetno komplikovanoj formi, koja svedoči o tome da je *pater familias* imao vlast nad decom koja je identična njegovoj vlasti nad stvarima. Naime, adopcija se obavljala putem fiktivne prodaje u obliku mancipacije, kao da je u pitanju stvar, tj. prenos prava svojine na stvari. S obzirom da je reč o robovlasničkoj državi, koja se temeljila na nejednakosti građana i na neravnopravnosti polova, kako bi se ukinula *patria potestas pater familias*-a muškarac (sin) se tri puta fiktivno prodavao, dok je za adopciju ženske osobe bila dovoljna jednokratna prividna prodaja. Nakon treće/prve fiktivne prodaje, potencijalni usvojitelj i dotadašnji imalac očinske vlasti su se morali obratiti magistratu, koji je u prividnom sporu (*in iure cessio*) donosio odluku da usvojenik pripada porodici usvojitelja. Fiktivnu prodaju je pratio religijski ritual u kome se osoba koja se adoptira odricala ranijih porodičnih božanstava i prihvatala nova, čime je simbolično postajala agnatski srodnik adoptanta i punopravni član njegove porodice.¹¹

Ovako koncipirana adopcija svodila se, bez ikakve sumnje, na pravni posao između titulara očinske vlasti i osobe koja je usvajala (adoptant). *Pater familias* je samostalno odlučivao o davanju dece na adopciju.¹² U pogledu ciljeva koji su se želeli ostvariti, između adopcije i adrogacije nije bilo razmimoilaženja. Adopcija je, dakle, imala za cilj produženje porodice i porodičnog kulta adoptanta, kao i očuvanje i prenos imovine adoptanta na adoptiranog.

Adopcija je u Justinijanovoj kodifikaciji dobila svoj finalni oblik. Tada se diferenciraju dve vrste adopcije: potpuno usvojenje (*adoptio plena*), koje je doводilo do potpune integracije usvojenika u porodicu usvo-

¹¹ *Ibid.*

¹² Rimska porodica iz najstarijeg perioda razvoja rimskog društva odlikovala se izuzetno velikom, gotovo neograničenom vlašću *pater familias*-a. Legendarno je njegovo pravo života i smrti (*ius vitae ac necis*) nad članovima porodice. Imajući ovo u vidu, *pater familias* je samostalno odlučivao i o davanju dece na adopciju. Mada u najranijoj rimskoj istoriji nije bilo pravnih ograničenja vlasti *pater familias*-a, to ne znači da je on mogao samovoljno i bezrazložno surovo da postupa sa članovima svoje porodice, budući da su i njega obavezivala, na moralu i religiji zasnovana, običajna pravila gentilskog društva. Zapravo, njegovo ponašanje je nadzirala celokupna društvena zajednica, a za učinjene greške je bio podložan sakralnom kažnjavanju. Vid. Magdolna Sič, *Formiranje prava rimske imperije i pozno rimsko zakonodavstvo*, Novi Sad 2011, 17. Međutim, vremenom je vlast *pater familias*-a i pravnim sredstvima ograničena. O slabljenju vlasti *pater familias*-a, i paralelno sa tim, postepenom poboljšanju ličnog i imovinskog položaja lica *alieni iuris* vid. O. Stanojević (2001), 145 i I. Puhanić, 173-178. Vlast porodičnog starešine je tokom vremena pretrpela značajna ograničenja i u domenu zaključenja braka lica *alieni iuris*. O tome vid. Nataša Deretić, "Značaj Justinijanovog kodifikatorskog rada u oblasti bračnih odnosa", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2011, 332-333.

jitelja, i nepotpuno usvojenje (*adoptio minus plena*), kod koga usvojenik nije kidao sve veze sa ranijom porodicom, ali nije ni sticao sva prava koja proizvodi potpuna adopcija.¹³ Diferencijacija je izvršena s obzirom na to ko se nalazio u ulozi usvojenika, tj. da li je usvojitelj usvajao lice *alieni iuris* koje je njegov descendent ili je usvajao lice *alieni iuris* koje nije njegov descendent. O *adoptio plena* je bilo reči onda kada je adoptant adoptirao svog descendantu (npr. svoje vanbračno dete ili unuka). Pravne posledice ove vrste adopcije ticale su se konstituisanja očinske vlasti adoptanta nad adoptiranim, i nastanka uzajamnih naslednih prava između ovih lica. Nasuprot tome, *adoptio minus plena* je postojala u slučaju kada je adoptant adoptirao lice koje nije njegov descendent. Dejstvo ove vrste adopcije bilo je znatno uže, tako da je adoptirani jedino sticao pravo nasleđivanja prema adoptantu. Adoptant, međutim, nije sticao nasledna prava prema adoptiranom licu. Nezavisno od forme adopcije, mogla su se adoptirati isključivo lica *alieni iuris*. U ovom periodu su modifikovana i proceduralna pravila u domenu usvojenja, tako da se adopcija zasnivala reskriptom imperatora ili zapisnikom sačinjenim pred nadležnim državnim organom. Adopcija je uzrokovala i transferisanje tereta, tako da su se dugovi adoptiranog lica prenosili na adoptivnog oca.¹⁴

Na osnovu napred navedenog, može se zaključiti da je institut usvojenja u Rimu bio detaljno regulisan, da su usvojenja u praksi bila česta, te da je koncepcija usvojenja koja je formulisana u rimskom pravu, uz izvesne modifikacije, akceptirana i u buržoaskim građanskim zakonima donetim tokom XIX i početkom XX veka.

SPECIFIČNOSTI USTANOVE USVOJENJA U FEUDALNOM I BURŽOASKOM PRAVU

U feudalnoj epohi ustanova usvojenja je doživela stagnaciju. Naime, ovaj institut uopšte nije egzistirao u srednjovekovnim pravnim sistemima. U feudalizmu brak se zaključivao u crkvi, po verskim pravilima, a legitimno potomstvo rađalo se jedino u ovako sklopljenom braku. Iz tog razloga, crkveno pravo nije bilo naklonjeno usvojenju, koje se zasnivalo ugovorom privatnog prava i imalo je svetovni karakter. Pored toga, u ovoj istorijskoj epohi kult krvne veze i poreklo po krvi dobijaju izuzetan značaj, budući da su bili relevantni u domenu određivanja društvenog po-

¹³ O. Stanojević (2001), 144.

¹⁴ D. 1.7.45.: "*Onera eius, qui in adoptionem datus est, ad patrem adoptivum transferuntur*". Vid. J. Danilović, O. Stanojević (1987), 152.

ložaja i privilegija plemstva, a kako se usvojenje nije zasnivalo na krvnoj vezi, postalo je društveno neprihvatljivo. Istovremeno, u ovom periodu neradanje muških potomaka nije predstavljalo porodičnu tragediju, kako je to bilo u antičkom svetu.

Nasuprot feudalnom pravu, buržoasko pravo je od samog početka poznavalo institut usvojenja. Prvi buržoaski građanski zakonici su prihvatili koncepciju usvojenja koja je poticala iz poznog rimskog prava. Tokom vremena je, međutim, došlo do bitnih izmena, posebno u sferi materijalnih pretpostavki za zasnivanje usvojenja, tako da je institut usvojenja doživeo preobražaj u koncepcijskom pogledu.

Buržoaski građanski zakonici prvobitno su regulisali nepotpuno usvojenje, kojim se zasnivao srodnički odnos između usvojitelja i usvojenika i njegovih potomaka, uz istovremeno zadržavanje srodničkih relacija usvojenika sa njegovim prirodnim roditeljima i ostalim biološkim srođnicima. Tako su ovu formu usvojenja izvorno normirali: Francuski građanski zakonik (*Code civil des Français -CC*) iz 1804. godine¹⁵, Austrijski građanski zakonik (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - ABGB*) iz 1811. godine¹⁶, Nemački građanski zakonik (*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*) iz 1896. godine¹⁷ i Švajcarski građanski zakonik (*Zivilgesetzbuch - ZGB*) iz 1907. godine¹⁸. Na najvažnija rešenja upravo ovih normativnih akata osvrnućemo se u nastavku rada.

Međutim, imajući u vidu da je za nas od posebne važnosti Srpski građanski zakonik (SGZ) iz 1844. godine, najpre ćemo razmotriti rešenja ovog normativnog akta u domenu normiranja različitih formi usvojenja i pravnih posledica zasnivanja istog.¹⁹ Za razliku od napred navedenih građanskih zakonika, SGZ je inicijalno regulisao dve vrste usvojenja - potpuno (redovno) usvojenje (§ 136 SGZ) i nepotpuno usvojenje (§ 143 SGZ). Potpunim usvojenjem uspostavljao se roditeljski odnos između usvojitelja i usvojenika, tako da je usvojenik ulazio u porodicu usvojitelja i dobijao je položaj njihovog rođenog deteta. Posledično, usvojitelj je bio dužan da izdržava usvojenika, da se stara o njegovom podizanju i vaspitanju, dok su usvojenik i njegovi potomci sticali nasledna prava prema usvojitelju. Ipak, potpuno usvojenje koje je normirao SGZ ne može se izjednačiti sa usvojenjem koje pod istim nazivom egzistira u modernim

¹⁵ *Code civil des Français* (éd. originale et seule officielle France 1804), <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1061517.r=langFR>, pristup 29.7.2013.

¹⁶ *Austrijski građanski zakonik* (prevod Dragoljub Arandelović), Beograd 1921.

¹⁷ *Bürgerliches Gesetzbuch* (Hrsg. Otto Fischer & Wilhelm von Henle), München 1904.

¹⁸ *Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (Hrsg. Eugen Huber), Bern 1908.

¹⁹ *Građanski zakonik Kraljevine Srbije* (priredio Gojko Niketić), Beograd 1922.

pravnim sistemima. Naime, usvojenik nije kidao veze sa svojom biološkom porodicom, zadržavao je nasledna prava prema svojim krvnim srođnicima, a uz ispunjenje određenih uslova, i oni prema njemu. Istovremeno, usvojitelj nije mogao naslediti usvojenika i njegove potomke, a usvojenje je moglo prestati raskidom. Dakle, u srpskom pravu toga doba, dometi redovnog (potpunog) usvojenja su se ticali isključivo odnosa između usvojitelja i usvojenika i njegovih potomaka.²⁰ Sumarno opisane pravne posledice zasnivanja usvojenja idu u prilog tezi da je SGZ normirao formu nepotpunog usvojenja, koje su poznavali i ostali građanski zakonici toga doba, mada je u pogledu nekih rešenja nesumnjivo napredniji od njih. Sa druge strane, nepotpuno usvojenje, kao druga forma usvojenja, zasnivalo se pod specifičnim uslovima, koji su se ticali pravnog položaja usvojitelja ili usvojenika, a koji su predstavljali odstupanje od redovnog dejstva usvojenja (§ 143 SGZ).

U buržoaskoj epohi usvojenje je primarno imalo za cilj produženje porodice onih osoba koje su bile bez bioloških potomaka. Stoga je nepostojanje prirodnog potomstva na strani usvojitelja jedna od bazičnih materijalnih pretpostavki za zasnivanje usvojenja. Ovaj uslov je bio sadržan u najvažnijim, gore pomenutim, buržoaskim građanskim zakonicima (*art. 343 CC*, § 179 *ABGB*, § 1741 *BGB*, *art. 264 ZGB*). Međutim, SGZ je u ovom pogledu sadržao specifično rešenje, koje će mnogo kasnije postati opšteprihvaćeno, po kome je irelevantno da li je usvojitelj bez rođene dece ili ima vlastite potomke (§ 137 SGZ). Ovo zakonsko rešenje je oštro kritikovano u Srbiji toga vremena, s obzirom da je ugrožavalo intestatsko pravo nasleđivanja bioloških potomaka usvojitelja. Naime, usvojenje je za posledicu imalo smanjivanje naslednog dela rođene dece usvojitelja, budući da je usvojenik sticao nasledna prava prema usvojitelju, tako da je nasleđivao kao zakonski naslednik prvog naslednog reda, zajedno sa biološkom decom usvojitelja. Imajući u vidu neravnopravan tretman muške i ženske dece i pravo prvenstva muških potomaka u domenu nasleđivanja, u slučaju usvojenja muškog deteta, rođena kćer usvojitelja je gubila nasledna prava prema njemu.

Kao drugu materijalnu pretpostavku, buržoaski građanski zakonici su zahtevali određeni uzrast usvojitelja, tako da su propisivali da adoptivnu sposobnost poseduje samo usvojitelj koji je navršio 50 godina života (*art. 343 CC*, § 180 *ABGB*, § 1744 *BGB*). Pozne godine usvojitelja idu u prilog tezi da on najverovatnije u budućem periodu neće dobiti vlastite potomke, pa je opravdano omogućiti usvojenje takvom licu, a u cilju pro-

²⁰ Lazar Marković, *Porodično pravo - druga knjiga Građanskog prava*, Beograd 1920, 181.

duženja njegove porodice. Propisivanjem visoke starosne granice za usvojitelja štitila su se nasledna prava njegove biološke dece, ukoliko eventualno dođe do njihovog rođenja, koja su mogla biti ugrožena zasnivanjem usvojenja.

Visoka starosna granica za usvojitelje u praksi se, međutim, pokazala kao prepreka za zasnivanje usvojenja. Supružnici bez biološke dece morali su navršiti 50 godina da bi stekli adoptivnu podobnost, ali u tom životnom dobu više nisu bili zainteresovani za usvojenje. Naime, podizanje dece zahteva velika ulaganja i angažovanje roditelja. Iako su usvojitelji u poznijim godinama ekonomski dobro situirani, tako da su u mogućnosti da usvojeniku pruže materijalnu sigurnost i optimalne uslove za život i razvoj, njihove mogućnosti na planu svakodnevnog staranja o deci, u poređenju sa mlađim osobama, nesumnjivo su smanjene. Pri tom, ne treba izgubiti iz vida da je neposredno staranje o detetu, posebno ako je reč o sasvim malom detetu, od neprocenjivog značaja za razvijanje skladnih odnosa, osećanja ljubavi i privrženosti između usvojitelja i usvojenika.

Zapravo, ovaj uslov je pogodio usvojenju punoletnih lica, s obzirom da odraslim osobama nije potrebno neposredno staranje. Ipak, pojedini usvojitelji su favorizovali adopciju maloletnih osoba, jer su jedino usvojenjem male dece mogli zadovoljiti svoju prirodnu potrebu za roditeljstvom. Sa druge strane, ratna dešavanja u prošlom veku imala su za posledicu porast broja dece bez roditeljskog staranja, o čijem zbrinjavanju je država preuzela brigu, a koja su putem usvojenja mogla steći novu (adoptivnu) porodicu. Stoga je došlo do liberalizacije režima usvojenja putem snižavanja starosne granice za usvojitelje.²¹ SGZ je i u ovom pogledu išao ispred svog vremena i svog uzora (*ABGB*), budući da je inicijalno sadržao rešenje po kome su aktivnu adoptivnu podobnost posedovala i lica mlađa od 50 godina.

Kako bi odnos između usvojitelja i usvojenika što vernije dočarao roditeljski odnos, buržoaska prava su zahtevala da između ovih lica postoji dovoljna razlika u godinama. Zakonici su najčešće propisivali da ona

²¹ Starosna granica za usvojitelje se snižavala postepeno i krajnje oprezno. Tako su po *ZGB*-u aktivnu adoptivnu legitimaciju posedovala lica koja su navršila 40 godina (*art. 264 ZGB*). Isto tako, usvojitelji su morali napuniti 40 godina i po noveliranom § 180 *ABGB*-a (novela iz 1914. godine), kao i po reformisanom *art. 343 CC*-a (reforma iz 1923. godine). Proces snižavanja starosne granice je nastavljen, ali je ipak vladalo mišljenje da usvojitelji moraju biti u "zrelijim godinama", kako bi se izbeglo brzopletu i nesmotreno usvojenje od strane jako mladih osoba, koje bi nakon zasnovanog usvojenja mogle dobiti biološko potomstvo, tako da bi im staranje o usvojenoj deci predstavljalo teret koga se valja osloboditi.

mora iznositi 18 godina (§ 180 *ABGB*, art. 265 *ZGB*), ali je bilo i drugačijih rešenja. Tako je SGZ predviđao da ova razlika ne može biti manja od 15 godina (§ 140 SGZ).

Građanski zakonici buržoaskih zemalja su normirali i jednu pretpostavku koja se ticala uzrasta usvojenika. Tako je francusko pravo inicijalno dopuštalo usvojenje isključivo punoletnih osoba (art. 346 *CC*). Ovo rešenje je posledica shvatanja da je punoletna osoba najpogodnija za usvojenje, jer je u pitanju odrasla osoba koja uskoro može zaključiti brak (ili je već u braku), tako da se adopcijom punoletnog lica u najvećoj mogućoj meri obezbeđivalo produženje porodice usvojitelja. Ubrzo su se, međutim, ispoljile negativne strane ovog rešenja, tako da je ono, zakonodavnom reformom iz 1923. godine, napušteno kao neodgovarajuće, a akceptirano je rešenje po kome se mogu usvajati i maloletna i punoletna lica. Sa druge strane, zakonodavstva Austrije i Švajcarske su od samog početka dopuštala usvojenje kako punoletnih, tako i maloletnih osoba (§ 181 *ABGB*, art. 264 *ZGB*), a identično rešenje je sadržao i SGZ (§ 141 SGZ). Najzad, u skladu sa modernim poimanjem instituta usvojenja, čija je glavna svrha drštveno zbrinjavanje dece bez roditeljskog staranja, sredinom prošlog veka u jednom broju zemalja je dopušteno usvojenje isključivo maloletnih lica, što je slučaj i sa pozitivnim srpskim pravom.

Pojedini buržoaski pravni sistemi, u cilju sprečavanja zloupotreba u sferi usvojenja, predviđali su izvesne dodatne uslove, koji su predstavljali svojevrsnu kočnicu kod usvojenja.²² Tako, na primer, usvojitelj i usvojenik su morali biti istog pola, osim ako su usvajali supružnici.²³ Ovim se želelo sprečiti seksualno iskorišćavanje usvojenog deteta. Neka prava su, međutim, eksplicitno propisivala da muškarac ne može usvojiti žensku osobu.²⁴ Pored toga, mogli su se sresti zahtevi u pogledu pripadnosti istoj rasi ili religiji.²⁵

Kada je reč o formi, usvojenje se zasnivalo ugovorom između usvojitelja i usvojenika, odnosno njegovog zakonskog zastupnika, koji se podnosio na potvrdu sudu (§ 179 *ABGB*, § 1752 *BGB*, art. 353 *CC*, § 145 SGZ). Međutim, švajcarski zakonodavac je za donošenje odluke o usvojenju predviđao nadležnost administrativnog organa (art. 268 *ZGB*). Izuzešno, umesto ugovora, SGZ je predviđao opciju zasnivanja usvojenja testamentom usvojitelja. Nakon proglašenja zaveštanja, bilo je neophodno

²² O zloupotrebama u domenu usvojenja i tzv. komercijalizaciji usvojenja u buržoaskoj epohi vid. Ana Prokop, *Usvojenje po zakonodavstvu FNRJ*, Zagreb 1948, 26-27.

²³ A. Prokop (1963), 26.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

da se usvojenik saglasi sa usvojenjem, kao i da nadležni sud potvrdi usvojenje (§ 146 SGZ). Sud je ispitivao ispunjenost materijalnih i formalnih pretpostavki za zasnivanje usvojenja, pa ukoliko su ove pretpostavke bile ispunjene, sud je morao potvrditi usvojenje. Sud, dakle, nije mogao diskreciono odlučivati o tome da li će dati potvrdu usvojenja. Proceduralne odredbe su vremenom, kao uostalom i sve druge odredbe o usvojenju, reformisane u pravcu napuštanja ugovornog koncepta usvojenja i jačanja uloge državnih organa u postupku njegovog zasnivanja, tako da se u savremenim pravnim sistemima usvojenje zasniva sudskom odlukom ili aktom nadležnog administrativnog organa.

Na osnovu napred navedenog, može se zaključiti da su buržoaski građanski zakони, doneti tokom XIX i u prvoj polovini XX veka, vremenom pretrpeli radikalne izmene u domenu usvojenja, tako da je ustanova usvojenja poprimila drugačiju fizionomiju i društvenu svrhu.

OSNOVNE ODLIKE USTANOVE USVOJENJA U SAVREMENOM PRAVU

Imajući u vidu dalekosežne posledice usvojenja, u savremenim pravnim sistemima su za njegovo punovažno zasnivanje propisani brojni materijalni i formalni uslovi. Pre svega, usvojenje je dopušteno ako je u najboljem interesu deteta i ako se može očekivati da će se između usvojitelja i usvojenika uspostaviti odnos koji u svemu imitira odnos između bioloških roditelja i deteta. U nastavku rada sumarno ćemo razmotriti aktuelnu regulativu usvojenja u Nemačkoj, Švajcarskoj, Austiji i Francuskoj²⁶, sa posebnim osvrtom na savremeno srpsko pravo.²⁷ U fokusu naše pažnje prvenstveno će biti pretpostavke za zasnivanje usvojenja i pravne posledice usvojenja.²⁸

²⁶ O pravnom režimu usvojenja u pojedinim savremenim evropskim pravnim sistemima detaljnije: Tanja Kitanović, "Pravni režim usvojenja u uporednom pravu", *Pravni život* 10/2008, 467-485.

²⁷ Detaljnije o pravnom uređenju ustanove usvojenja u aktuelnom srpskom pravu: Tanja Kitanović, "Institut usvojenja u novom porodičnom zakonodavstvu Srbije", *Novine u porodičnom zakonodavstvu* (ur. Gordana Stanković), Niš 2006, 131-151.

²⁸ U kontekstu usvojenja, posebno je interesantno pitanje prava deteta da sazna svoje biološko poreklo. Detaljnije o tome: Gordana Kovaček-Stanić, *Pravo deteta da zna svoje poreklo*, Novi Sad 1997, 165-184. S tim u vezi, u pojedinim pravnim sistemima egzistira tzv. otvoreno usvojenje, koje je znatno transparentnije u poređenju sa tradicionalnim oblikom usvojenja, tako da uvažava i psihološku komponentu usvojenja u smislu očuvanja identiteta deteta i zadržavanja komunikacije između usvojenog deteta i njegove porodice porekla. O tome vid. Marina Janjić-Komar, "Otvoreno usvojenje", *Pravni život*

Potencijalni usvojitelji najpre moraju zadovoljiti starosni uslov, a potom i uslov koji se tiče njihovog porodičnog statusa. U savremenom pravu adoptivnu podobnost poseduju kako (van)bračni partneri, tako i osobe koje žive same. Za supružnike je rezervisano zajedničko usvojenje, ali je u izuzetnim situacijama dopušteno i da jedan supružnik adoptira samostalno, tj. bez učešća drugog supružnika. Kada je reč o starosti usvojitelja, nemačko pravo sadrži rešenje po kome mogu adoptirati osobe koje su navršile 25 godina, a ukoliko usvaja bračni par, jedan supružnik mora napuniti 25 a drugi 21 godinu (§ 1743 BGB).²⁹ Po austrijskom pravu, pak, muškarac koji usvaja mora imati navršenih 30 godina, dok žena koja usvaja mora navršiti 28 godina, pri čemu je dozvoljeno odstupanje od ove starosne granice ukoliko supružnici zajedno usvajaju, ili ako jedan supružnik usvaja biološko dete svog supružnika, a između usvojitelja i usvojenika se već razvio odnos koji odgovara odnosu između prirodnih roditelja i deteta (§ 180 ABGB).³⁰

Potom, pojedina zakonodavstva, uz uslov koji se tiče godina života potencijalnih usvojitelja, alternativno normiraju i uslov koji se odnosi na trajanje njihove bračne zajednice. Po francuskom pravu, supružnici mogu zajedno usvojiti dete ako su u braku duže od 2 godine ili ako su oboje navršili 28 godina, dok osoba koja živi sama može podneti zahtev za usvojenje ako je navršila 28 godina, sa izuzetkom usvojenja pastorka, kada starosni uslov ne mora biti ispunjen (*art. 343 CC*).³¹ U zavisnosti od toga ko se nalazi u ulozi usvojitelja, savremeno švajcarsko pravo razlikuju dve forme usvojenja: zajedničko usvojenje (*Gemeinschaftliche Adoption*) i pojedinačno usvojenje (*Einzel Adoption*).³² Prvi oblik usvojenja je rezervisan za bračne parove, koji mogu usvojiti ako su navršili 35 godina života ili ako su u braku najmanje 5 godina (*art. 264a ZGB*). Sa druge strane, pojedinačno usvojenje je namenjeno osobama koje nisu u braku, pri čemu one aktivnu adoptivnu sposobnost stiču sa 35 godina (*art. 264b ZGB*).

9/1998, 663-668. Međutim, ova pitanja, usled postojećih ograničenja koja se tiču obima ovog rada, neće biti predmet naše pažnje.

²⁹ Važeći tekst BGB-a je dostupan na internet adresi: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html#BJNR001950896BJNE009902377>, pristup 29.7.2013.

³⁰ ABGB je dostupan na internet adresi: [http://www.jusline.at/Allgemeines_Burgerliches_Gesetzbuch_\(ABGB\)_Langversion.html](http://www.jusline.at/Allgemeines_Burgerliches_Gesetzbuch_(ABGB)_Langversion.html), pristup 29.7.2013.

³¹ CC, konsolidovana verzija od 19. maja 2013. godine, je dostupan na sajtu francuske Vlade: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>, pristup 29.7.2013.

³² ZGB je dostupan na internet adresi: <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/index.html>, pristup 29.7.2013.

U savremenom pravu su normirani i izuzeci od pravila da braćni partneri mogu usvojiti dete samo zajedno. Po švajcarskom pravu, osoba koja je u braku i koja je napunila 35 godina može samostalno usvojiti dete, pod uslovom da zajedničko usvojenje nije moguće jer je drugi supružnik nesposoban za rasuđivanje, ili je duže od 2 godine odsutan iz svog prebivališta i ne zna mu se adresa stanovanja, kao i kada su supružnici duže od 3 godine sudski rastavljeni (*art. 264b ZGB*). Isto tako, *ABGB*, pored situacije u kojoj jedan supružnik samostalno usvaja biološko dete svog supružnika, dopušta samostalno usvojenje i ako drugi supružnik ne ispunjava zakonske uslove u pogledu poslovne sposobnosti ili godina života, ako je mesto boravišta drugog supružnika nepoznato duže od godinu dana, ako između supružnika duže od 3 godine ne postoji zajednica života, kao i ako se iz drugih naročito važnih razloga može dozvoliti usvojenje samo jednom supružniku (§ 179 *ABGB*).

U domenu aktivne adoptivne podobnosti, Porodični zakon Srbije³³ je veoma liberalan, tako da mogu adoptirati supružnici ili vanbraćni partneri zajedno, jedan (van)braćni partner biološko dete svog partnera, kao i lice koje živi samo ako za to postoje naročito opravdani razlozi, te ako dobije dozvolu ministra nadležnog za porodićnu zaštitu (čl. 101 PZS). Metodom negativne enumeracije, srpski zakonodavac je propisao ko se ne može naći u ulozi usvojitelja. Tako je za usvojenje nepodobno: lice koje je potpuno ili delimićno lišeno roditeljskog prava ili poslovne sposobnosti; lice obolelo od bolesti koja može štetno delovati na usvojenika; lice osuđeno za krivićno delo iz grupe krivićnih dela protiv braka i porodice, protiv polne slobode i protiv života i tela (čl. 100 PZS).

Savremeni režimi u oblasti usvojenja, kao jedan od uslova za dopuštenost usvojenja, zahtevaju i određenu razliku u godinama između usvojitelja i usvojenika. Ilustracije radi, austrijsko pravo propisuje razliku od 18 godina, pri ćemu je minimalno odstupanje dozvoljeno ako se između usvojitelja i usvojenika već razvio odnos roditelj - dete, a ako usvojitelj usvaja dete svog supružnika ili dete koje je sa njim u srodstvu, dovoljno je da razlika u godinama iznosi 16 godina (§ 180 *ABGB*). U francuskom pravu uslov koji se tiće razlike u godinama nije striktno postavljen. U tom kontekstu, ova razlika ne može biti manja od 15 godina, a ako se usvaja dete supružnika, dovoljna je razlika od 10 godina, pri ćemu su moguća odstupanja (*art. 344 CC*). Srpsko pravo predvića da razlika u godinama između usvojitelja i usvojenika ne može biti manja od 18 niti veća od 45 godina, ali se ovi limiti mogu prekoraćiti u izuzetnim situacijama (čl. 99 PZS).

³³ Porodićni zakon Srbije - PZS, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2005.

U većini modernih pravnih sistema dopušteno je usvojenje i maloletnih i punoletnih osoba. U praksi su, međutim, mnogo češća usvojenja maloletnika. Specifičnosti usvojenja punoletnih osoba dolaze do izražaja naročito u domenu uslova pod kojima se ova forma adopcije može zasnovati, kao i pravnih posledica koje ovo usvojenje proizvodi. Tako se u Nemačkoj punoletna osoba može usvojiti kao dete ako je usvojenje moralno opravdano, a posebno ako se između lica koja učestvuju u postupku adopcije već razvio odnos roditelj - dete (§ 1767 BGB). Usvojenje punoletne osobe ima nepotpuno dejstvo, budući da se ne prostire na srodnike usvojitelja, kao ni na supružnike usvojitelja i usvojenika (§ 1770 BGB). Izuzetno, usvojenje punoletne osobe može imati potpuno dejstvo, osim ako je to u suprotnosti sa interesima roditelja punoletnog usvojenika (§ 1772 BGB).

S obzirom da je francusko pravo jedno od retkih savremenih prava koje promovise dualizam formi usvojenja, uslovi na strani usvojenika se razlikuju u zavisnosti od toga da li je reč o potpunom ili nepotpunom usvojenju. Potpuno usvojenje (*l'adoption plénière*) je dopušteno: ako je dete mlađe od 15 godina; ako je dete starije od 15 godina, ali je pre navršene 15. godine bilo primljeno u cilju usvojenja od strane osobe koja nije ispunjavala zakonske uslove za potpuno usvojenje, tako da iz tog razloga ovaj model adopcije nije mogao biti zasnovan; ako je dete pre nego što je navršilo 15 godina bilo subjekt običnog usvojenja (*art. 345 CC*). Nasuprot tome, za obično usvojenje (*l'adoption simple*) su podobna kako maloletna, tako i punoletna lica (*art. 360 CC*).

Po aktuelnom srpskom pravu, adoptivnu podobnost poseduje: dete koje nema žive roditelje; dete čiji su roditelji nepoznati ili je nepoznato njihovo boravište; dete čiji su roditelji potpuno lišeni roditeljskog prava ili poslovne sposobnosti; dete čiji su se roditelji saglasili sa usvojenjem (čl. 91 PZS). Po srpskom pravu, međutim, dopušteno je usvojenje isključivo maloletnih osoba, pri čemu je donja starosna granica za usvojenje tri meseca, a gornja 18 godina, osim ako je dete pre navršene 18. godine emancipacijom steklo potpunu poslovnu sposobnost, kada više nije podobno za adopciju (čl. 90 PZS).

Za punovažno zasnivanje usvojenja potrebna je saglasnost određenih lica. Primera radi, nemačko pravo zahteva saglasnost deteta određenog uzrasta, roditelja ili staratelja deteta, a ako samostalno usvaja lice koje je u braku, potrebna je saglasnost i njegovog bračnog partnera (§ 1746-1749 BGB). Prirodni roditelji mogu dati saglasnost tek kada dete navrší osam nedelja, čime je određena donja starosna granica za usvojenje. Saglasnost jednog roditelja nije potrebna ako obaveze prema detetu stalno

grubo krši ili je svojim ponašanjem pokazao da se ne brine za njega. Saglasnost roditelja nije potrebna ni ako povreda prava nije stalna ali je veoma velika, kao i ako je roditelj zbog psihičke bolesti ili teškog duševnog poremećaja trajno nesposoban za staranje o detetu, tako da ono, u slučaju da ne bude usvojeno, ne bi moglo da odraste u porodičnom okruženju, čime bi jako bilo oštećeno u svom razvoju.

Imajući u vidu da su za adopciju, po francuskom pravu, podobna deca čije su usvojenje odobrili otac i majka ili porodični savet, deca pod starateljstvom države, kao i deca koja su proglašena napuštenom pod uslovima predviđenim *art. 350 CC*, u zavisnosti od porodičnog statusa deteta, za usvojenje je potrebna saglasnost oba roditelja, samo jednog od njih ili porodičnog saveta, pri čemu sud ima moć da donese odluku o usvojenju ako smatra zloupotrebom odbijanje davanja saglasnosti za usvojenje od strane bioloških roditelja, u slučaju da su oni bili nezainteresovani za dete, ugroživši pri tom njegovo zdravlje i dobrobit (*art. 347-348 CC*).³⁴

Budući da je u savremenom pravu usvojenje koncipirano tako da predstavlja oblik društvene, porodičnopravne zaštite dece bez roditeljskog staranja, donošenju odluke o usvojenju neizostavno mora prethoditi boravak deteta u porodici potencijalnih usvojitelja. Probni smeštaj ima za cilj proveru da li su usvojitelji i usvojenik podobni za usvojenje, te da li je u interesu deteta da bude usvojeno od strane određenih usvojitelja. U skladu sa tim, švajcarsko pravo dopušta usvojenje ako su budući usvojitelji najmanje godinu dana negovali budućeg usvojenika i starali se o njegovom životu, zdravlju, vaspitanju i obrazovanju, tako da se na bazi ovih okolnosti može zaključiti da bi zasnivanje usvojenja bilo korisno za dete (*art. 264 ZGB*). Francuski zakonodavac, pak, predviđa da će se potpuno usvojenje dozvoliti ukoliko je usvojenik proveo u domu usvojitelja najmanje šest meseci, a smeštaj u cilju usvojenja se pokazao uspešnim (*art. 345 CC*).³⁵

U prethodnom periodu je nepostojanje rođene dece na strani usvojitelja bio jedan od centralnih uslova za zasnivanje usvojenja. Nasuprot tome, danas je usvojenje moguće i u prisustvu biološkog potomstva usvojitelja, ali je organ koji donosi odluku o usvojenju u obavezi da proceni da li će se adopcija loše reflektovati na život u porodici. Sagla-

³⁴ O usvojenju specifične kategorije dece, koja su u sudskom postupku, na zahtev ovašćenih lica i uz ispunjenje određenih zakonskih pretpostavki, proglašena napuštenom vid. Tanja Kitanović, "Usvojenje prema Francuskom građanskom zakoniku", *Dvestotine godina od donošenja Francuskog građanskog zakonika - uticaj Francuskog građanskog zakonika na srpsko pravo* (ur. Gordana Stanković), Niš 2006, 292-294.

³⁵ Smeštaj u cilju usvojenja dovodi do nemogućnosti povraćaja deteta u porodicu iz koje potiče. Vid. Gérard Cornu, *Droit civil - La famille*, Montchrestien, Paris 2006, 440-441.

sno tome, usvojenje se neće dopustiti ako je u suprotnosti sa opravdanim interesima biološke dece usvojitelja, posebno ako dovodi u pitanje njihovo izdržavanje ili vaspitanje, kao i ako se treba plašiti da će interesi usvojenika biti ugroženi usled činjenice da usvojitelji imaju biološko potomstvo.

U cilju utvrđivanja opšte i posebne adoptivne podobnosti usvojitelja i usvojenika, obavezna je primena socijalnog rada, pri čemu je neophodno angažovanje stručnjaka različitih specijalnosti: lekara, pedagoga, psihologa, socijalnih radnika i pravnika. Zadatak navedenih eksperata je da utvrde i objasne osobine ličnosti usvojitelja i usvojenika, njihovo zdravstveno stanje, materijalne prilike usvojitelja, odnose unutar porodice usvojitelja, relacije koje su uspostavljene između usvojitelja i usvojenika tokom probnog smeštaja, kao i tendencije u razvoju ovih odnosa u budućnosti.³⁶ U svakom slučaju, usvojenje mora biti u najboljem interesu deteta, pri čemu je neophodno stvoriti takav ambijent koji će svesti na minimum opasnost od zloupotreba u postupku adopcije.³⁷

U savremenom svetu sve su češća međunarodna usvojenja dece. Naime, u pojedinim zemljama, usled rasta životnog standarda i opšteg materijalnog blagostanja, kao i usled porasta obrazovnog nivoa stanovništva, te široke primene mnogobrojnih i sve savršenijih kontraceptivnih sredstava koja su rizik od neželjenog začeća svela na najmanju moguću meru, sve je manje dece bez roditeljskog staranja, odnosno dece podobne za usvojenje. Nasuprot tome, nerazvijene zemlje karakteriše veliki broj dece bez roditeljskog staranja koja žive u izrazito teškim uslovima. Opisano stanje stvari je imalo za posledicu porast interesovanja za međunarodna usvojenja, uz prisutnu opasnost da ona poprime kriminalna obeležja i da se pretvore u svojevrsnu trgovinu decom. Iz tih razloga, u okviru Haške konferencije za međunarodno privatno pravo preduzete su aktivnosti koje su imale za cilj pravno uređenje ovog vida adopcije na međunarodnom planu. Pomenute aktivnosti su 1993. godine rezultirale donošenjem Konvencije o zaštiti dece i saradnji u oblasti međunarodnog usvojenja (*Con-*

³⁶ Detaljnije o aktivnostima stručnjaka različitih profila na planu utvrđivanja opšte i posebne podobnosti potencijalnih usvojitelja i usvojenika: Heinz Hausheer, Thomas Geiser, Regina E. Aebi-Müller, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Stämpfli Verlag AG, Bern 2007, 276-277.

³⁷ Nemački zakonodavac je nastajao da spreči zloupotrebe do kojih bi moglo doći u postupku zasnivanja usvojenja. Stoga je propisano da osoba koja sudeluje u protivzakonitom posredovanju ili dovođenju deteta u cilju usvojenja, osoba koja izvršenje navedenih radnji zahteva od nekog trećeg lica, ili koja trećem licu za to plaća naknadu, može usvojiti dete samo ako je to u njegovom interesu (§ 1741 *BGB*). Vid: Wilfried Schlüter, *BGB - Familienrecht*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg - München 2006, 270.

vention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Inter-country Adoption), koju je naša zemlja ratifikovala oktobra 2013. godine.³⁸ Konvencija ima za cilj da uredi materiju usvojenja u situaciji kada usvojitelji i usvojenik nisu državljani/rezidenti iste države, tako da je čin usvojenja vezan za dve države, odnosno dete koje se usvaja neminovno se mora preseliti iz zemlje svoga porekla u zemlju prijema, tj. zemlju čiji su državljani usvojitelji.³⁹ Pri tom, Konvencija prepoznaje i priznaje prednosti odrastanja deteta u porodičnoj sredini, smatrajući je optimalnom za potpun i harmoničan razvoj ličnosti deteta, pri čemu poštuje pravo svake države da se sama stara o zaštiti dece bez roditeljskog staranja, dok međunarodno usvojenje dopušta samo kao krajnje rešenje, odnosno u situacijama kada su u zemlji porekla deteta iscrpljene sve mogućnosti za njegovo adekvatno zbrinjavanje.

U tom kontekstu, domaće zakonodavstvo dopušta usvojenje od strane lica koje nije naš državljanin ukoliko se među domaćim državljanima ne mogu naći usvojitelji za konkretno dete i ako se sa usvojenjem saglasio ministar nadležan za porodičnu zaštitu, pri čemu će se smatrati da se usvojitelji ne mogu naći među domaćim državljanima ako je prošlo više od godinu dana od dana unošenja podataka o budućem usvojeniku u Jedinstveni lični registar usvojenja, a izuzetno ministar može dozvoliti usvojenje stranom državljaninu i pre isteka ovog roka ako je to u najboljem interesu deteta (čl. 103 PZS). Imajući u vidu da međunarodno usvojenje dovodi do preseljenja deteta u inostranstvo i do njegove trajne integracije u inostranu sredinu, a da je vitalni interes naše države da se kod svakog našeg deteta očuva nacionalni identitet, razumljivo je opredeljenje zakonodavca po kome međunarodno usvojenje nikako ne može biti primarni oblik zaštite deteta bez roditeljskog staranja, već se može dozvoliti samo kao alternativni vid zbrinjavanja deteta, pod uslovom da mu se u našoj zemlji ne može obezbediti odgovarajući vid smeštaja i zaštite.

Kada je reč o dejstvu usvojenja, moderni pravni sistemi najčešće normiraju potpuno usvojenje, koje dovodi do celovite i trajne integracije usvojenika u porodicu usvojitelja, uz istovremeni prekid svih relacija sa porodicom porekla. Saglasno tome, srpski zakonodavac normira samo

³⁸ Zakon o potvrđivanju Konvencije o zaštiti dece i saradnji u oblasti međunarodnog usvojenja, <http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/zakoni/2013/579-13.pdf>, pristup 8.1.2014.

³⁹ Detaljnije o polju primene Konvencije, uslovima za zasnivanje međunarodnog usvojenja, proceduralnim zahtevima u ovom domenu, priznanju zasnovanog međunarodnog usvojenja u drugim državama potpisnicama Konvencije i o pravnim dejstvima zasnivanja međunarodnog usvojenja: Tanja Kitanović, "Međudržavno usvojenje i Konvencija o zaštiti dece", *Pravni život* 10/2006, 193-202.

jednu formu adopcije - potpuno usvojenje, mada ima nagoveštaja reafirmacije nepotpunog usvojenja. Naime, Komisija⁴⁰ koja radi na kodifikaciji našeg građanskog prava je stala na stanovište da je neophodno reafirmisati nepotpuno usvojenje, koje je u jednom dužem vremenskom periodu egzistiralo u našem pravnom sistemu, a koje je ukinuto donošenjem Porodičnog zakona Srbije 2005. godine.⁴¹ Stoga je u III knjizi Prednacrta⁴² Građanskog zakonika, pored potpunog, predviđeno i nepotpuno usvojenje, kojim se između usvojioca i usvojenika i njegovih potomaka zasnivaju jednaka prava i dužnosti kao između deteta i roditelja, pri čemu usvojenje ne utiče na prava usvojenika prema njegovim roditeljima i drugim srodnicima, kao ni na njegove dužnosti prema njima (čl. 126 Prednacrta). Ponovno normiranje nepotpunog usvojenja smatramo opravdanim i svrsishodnim, budući da će u praksi najverovatnije doprineti široj primeni ustanove usvojenja. Imajući u vidu sve prednosti adopcije kao oblika zbrinjavanja dece bez roditeljskog staranja, legalizacija nepotpunog usvojenja će rezultirati, nadamo se, češćim usvajanjem starije dece koja se nalaze u hraniteljskim porodicama ili im je obezbeđen institucionalni smestaj, a čije je usvojenje, u poređenju sa usvojenjem mlađe dece, manje atraktivno, daleko kompleksnije i skopčano sa brojnim problemima pri pronalaženju adekvatne adoptivne porodice.

Isto tako, usvojenje može imati nepotpuno dejstvo i u pojedinim uporednim pravnim sistemima. U tom smislu, *BGB* u § 1755 predviđa da se u slučaju usvojenja pastorka srodnički odnos između deteta i srodnika prirodnog roditelja koji nije u braku sa usvojiteljem ne gasi, pod uslovom da je brak prestao smrću a umrli roditelj se za života brinuo o detetu, kada usvojenje nema potpuno već modifikovano dejstvo.

Posebno je interesantno dejstvo usvojenja u austrijskom pravu. Naime, po § 182 *ABGB*, usvojenjem se između usvojitelja i njihovih potomaka i usvojenika i njegovih, u trenutku stupanja na snagu odluke o usvojenju, maloletnih potomaka zasnivaju prava i dužnosti kao da je u pitanju rođeno dete usvojitelja. Istovremeno, ukida se srodnički odnos između bioloških roditelja i njihovih srodnika i usvojenika i njegovih maloletnih

⁴⁰ Videti odluku Vlade Srbije o obrazovanju Komisije za izradu Građanskog zakonika, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2006.

⁴¹ Opširnije o materijalnim i formalnim uslovima za zasnivanje nepotpunog usvojenja, pravnim dejstvima zasnivanja ovog oblika adopcije, te o prestanku i posledicama prestanka nepotpunog usvojenja raskidom i poništenjem: Tanja Kitanović, *Usvojenje*, magistrarska teza, Novi Sad 2006, 33-76.

⁴² Integralni tekst Prednacrta Građanskog zakonika Srbije dostupan je na internet adresi: <http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik>, pristup 8.1.2014

potomaka. Međutim, obaveza prirodnih roditelja i njihovih srodnika da izdržavaju usvojenika i njegove maloletne potomke ostaje na snazi. Takođe, obaveza usvojenika da izdržava svoje biološke roditelje ne prestaje usvojenjem, osim ako su oni svoju obavezu da ga izdržavaju grubo zanemarivali pre zasnivanja usvojenja. Obaveza usvojenika da izdržava prirodne roditelje postoji paralelno sa njegovom obavezom da izdržava usvojitelje, i ove dve obaveze predstavljaju obligacije jednakog ranga (§ 182a ABGB). Isto tako, usvojenje nema uticaja na pravo nasleđivanja između prirodnih roditelja i njihovih srodnika i usvojenika i njegovih maloletnih potomaka. Nasledna prava između ovih lica ostaju netaknuta. Sa druge strane, zasnivanjem usvojenja nastaje uzajamno pravo nasleđivanja između usvojitelja i usvojenika, pri čemu usvojitelji i njihovi potomci imaju pravo prvenstva u odnosu na prirodne roditelje usvojenika i njihove potomke (§182b ABGB).

Po pravu Francuske, potpuno usvojenje daje detetu poreklo kojim se zamenjuje njegovo prvobitno poreklo. Usvojenik prestaje da pripada svojoj prirodnoj porodici, osim ako se radi o usvojenju pastorka, kada se detetu ostavlja prvobitno poreklo u odnosu na roditelja koji je u braku sa usvojiteljem, kao i sa srođnicima ovog roditelja (*art. 356 CC*). U slučaju običnog usvojenja, roditeljski i srođnički odnos se zasniva između usvojitelja i usvojenika i njegovih potomaka. U tom kontekstu, nastaje obaveza izdržavanja između usvojitelja i usvojenika, ali su otac i majka usvojenika dužni da daju izdržavanje ako usvojitelji nisu u mogućnosti to da čine. Pri tom, usvojenik ostaje u porodici iz koje potiče i u njoj zadržava sva prava, posebno nasledna. Usvojenik i njegovi potomci nasleđuju usvojitelje kao zakonski i nužni naslednici prvog naslednog reda, ali nemaju svojstvo nužnih naslednika u odnosu na ascendente usvojitelja (*art. 367-368 CC*).

U savremenom pravu usvojenje se zasniva odlukom nadležnog sudskog ili administrativnog organa, a podleže poništenju ukoliko je opterećeno teškim nedostacima koji utiču na njegovu punovažnost. Saglasno tome, u Nemačkoj se usvojenje zasniva odlukom starateljskog suda, a izuzetno, na zahtev aktivno legitimisanih lica i u zakonom predviđenim rokovima, može se poništiti odlukom istog organa, osim ako bi to u velikoj meri štetilo interesima usvojenika (§ 1759-1766 BGB). Po švajcarskom pravu, međutim, odluku o usvojenju donosi nadležni administrativni organ, a može se poništiti ukoliko prilikom njegovog zasnivanja nisu bile ispunjene pretpostavke za usvojenje (*art. 268 i 269a-b ZGB*). Najzad, francusko pravo predviđa da se potpuno usvojenje zasniva odlukom suda i da je neopozivo, dok se obično usvojenje, ako je zahtev za poništenje podnet od strane ovlašćenog lica i obrazložen ozbiljnim motivima, može poništiti u sudskom postupku (*art. 353, 359 i 370 CC*).

Na osnovu sumarnog prikaza važećih normativnih rešenja, može se zaključiti da se savremeno pravo odlikuje spektrom najrazličitijih uslova u domenu usvojenja. Međutim, bez obzira na postojanje izvesnih razlika u regulisanju instituta usvojenja, kao i na specifičnosti legislativa pojedinih evropskih država, koje se neminovno javljaju kao posledica različitog istorijskog iskustva i drugačijeg poimanja usvojenja i njegove praktične primenljivosti, u svim razmotrenim pravnim sistemima ustanova usvojenja je koncipirana tako da je prevashodno u funkciji zaštite najboljeg interesa deteta, te stvaranja optimalnih uslova za njegov pravilan psihofizički razvoj zbrinjavanjem u porodici adoptivnih roditelja.⁴³

EPILOG

Zbog svoje izuzetne društvene važnosti, usvojenje je tokom celokupne pravne istorije bilo predmet pravnog regulisanja. Koreni ovog društvenog i pravnog fenomena sežu daleko u prošlost, tako da se evolucija ustanove usvojenja može pratiti od najstarijih etapa u razvoju ljudskog društva do današnjih dana. U antičkom Rimu usvojenje je služilo interesima *pater familias*-a bez biološkog potomstva. Blagodareći ovom institutu, dolazilo je do produženja porodice i porodičnog kulta usvojitelja, kojima je, u odsustvu prirodnih potomaka, pretilo gašenje.

Nakon stagnacije u feudalnoj epohi, ustanova usvojenja je reafirmisana u buržoaskom pravu. Građanski zakoni evropskih zemalja, čiji su pravni sistemi izgrađeni na temeljima rimske pravne tradicije, izvorno su favorizovali interese pojedinaca bez biološke dece, kojima je putem usvojenja omogućeno da produže svoju porodicu, kao i da na ovako dobijene naslednike prenesu imovinu. U tom kontekstu, buržoaski građanski zakoni su normirali nepotpuno usvojenje, koje nije doводilo do potpunog prekiđanja svih veza između usvojenika i njegove porodice porekla, kao ni do nastanka srodničkog odnosa između usvojenika i srodnika usvojitelja.

Posle ratnih dešavanja kojima je obilovao XX vek, a koja su dovela do rapidnog porasta broja dece bez roditeljskog staranja, koncepcija usvojenja je radikalno izmenjena, tako da od tog vremena usvojenje prevashodno služi interesima deteta koje se usvaja, i u funkciji je njegovog zbrinjavanja u adoptivnoj porodici. Mada je u većini pravnih sistema i danas moguće adoptiranje punoletnih osoba, usvojenje postaje oblik dru-

⁴³ Detaljnije o pojedinim dilemama u konceptu usvojenja, a posebno o supstancijalnoj slojevitosti i brojnim kontroverzama ustanove potpunog usvojenja, kao dominantne forme adopcije u savremenom svetu vid. Slobodan Panov, "Dileme u konceptu usvojenja", *Reforma porodičnog zakonodavstva* (ur. Luka Todorović), Beograd 1996, 255-274.

štvene, porodičnopravne zaštite dece bez adekvatnog roditeljskog staranja, i to najpoželjniji vid zbrinjavanja ove kategorije dece, jer se usvojenik u potpunosti integriše u porodicu usvojitelja, zauzimajući položaj rođenog deteta usvojitelja, pri čemu porodično okruženje obezbeđuje optimalan psihofizički razvoj deteta. Afirmaciji ustanove usvojenja doprinosi i moderna psihologija, koja ukazuje na prednosti odrastanja deteta u porodičnoj sredini, kao i na okolnost da je za pravilan razvoj deteta od prvorazrednog značaja ustanovljavanje stalnih osećajnih veza od rane mladosti deteta sa njegovim biološkim ili adoptivnim roditeljima.

Koristi od ustanove usvojenja su nesumnjive i višestruke. Sa jedne strane, adoptirano dete dobija stabilan i harmoničan roditeljski dom. Sa druge strane, usvojitelji su u prilici da usvojeniku poklone ljubav i pažnju, čime zadovoljavaju svoju iskonsku potrebu za potomstvom i roditeljstvom, koju prethodno nisu mogli ostvariti prirodnim putem, mada prisustvo biološkog potomstva na strani usvojitelja u savremenom pravu ne predstavlja nepremostivu prepreku za zasnivanje usvojenja. Pravna regulativa instituta usvojenja ima za cilj da utvrdi prioritete kojima se treba rukovoditi u oblasti usvojenja, kao i da harmonizuje i zaštititi interese svih subjekata koji učestvuju u postupku adopcije.

*Tanja Kitanović, Ph.D., Assistant Professor
University of Niš
Faculty of Law Niš*

*Marija Ignjatović, Ph.D., Assistant Professor
University of Niš
Faculty of Law Niš*

Evolution of Adoption from Roman Law to Modern Law

Abstract: *The work is dedicated to the evolution of adoption practice from ancient Roman law to modern law. Adoption represents ancient social and legal practice which has during time changed manifestations and the causes it served. Adoption in ancient Rome served the interests of pater familias without biological posterity. Adoption practice benefited the continuance of families and the family cult of adopters, whose family lines, with no natural posterity, were threatened to become extinct. After the stagnation in the feudal epoch, adoption was reaffirmed in the bourgeois law. Civil codes in European countries, whose legal systems were built on the foundations of the ancient Roman legal tradition, originally favoured the interests of individuals with no biological children, who were granted to extend their families by adopting, and hence transfer their assets on the obtained heirs. After the wars in the 20th century, which led to a rapid increase in the number of parentless children, the concept of adoption was radically changed, so that since that time the adoption has primarily served the interests of the adopted children and the care for them in the adoptive families. Adoption becomes a form of a social, legal family protection of children without adequate parental care, and that is the most desirable form to provide for children, for the adoptee completely integrates with the adoptive family and takes the right of the born child, where the family environment provides and encourages the optimal mental and physical development of the child.*

Key words: *adoption, adoptive parents, adoptee, ancient Roman law, feudal law, bourgeois law, modern law.*

*Dr Zoran Lončar, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

DEPOLITIZACIJA I PROFESIONALIZACIJA UPRAVE U REPUBLICI SRBIJI*

Sažetak: *Depolitizacija i profesionalizacija uprave su neki od najvažnijih principa reforme uprave, koja se kod nas u kontinuitetu sprovodi još od 2004. godine, u cilju ostvarivanja osnovnih pravnih standarda, čije se ispunjenje očekuje od svih država koje se, poput Republike Srbije, nalaze u procesu evropskih integracija. Međutim, novi zakonodavni okvir u oblasti službeničkog sistema ne samo da još uvek nije u potpunosti izgrađen, već su se i u primeni pojavila određena odstupanja od već propisanih standarda, koja u značaju meri reformu uprave udaljavaju od željenog i zacrtanog cilja. U radu se ukazuje na depolitizaciju i profesionalizaciju uprave u pravnom sistemu Republike Srbije i predlažu rešenja na koji način bi ih trebalo unaprediti da bi se zacrtani ciljevi reforme u ovoj oblasti zaista i ostvarili.*

Ključne reči: *uprava, državna uprava, depolitizacija uprave, profesionalizacija uprave, službenički sistem*

1. Uvodne napomene

Depolitizacija i profesionalizacija uprave su neki od osnovnih principa na kojima je zasnovana reforma uprave, započeta u Republici Srbiji pre skoro jednu deceniju, donošenjem Strategije reforme državne uprave u oktobru 2004. godine, na čijim osnovama danas počiva čitav

* Rad predstavlja rezultat istraživačkog rada na Projektu „Teorijski i praktični problemi u stvaranju i primeni prava (EU i Srbija)“ čiji je nosilac Pravni fakultet u Novom Sadu.

set novih pravnih propisa donesenih u oblasti službeničkog sistema. Uvođenjem principa depolitizacije i profesionalizacije uprave stvorene su, u Republici Srbiji, normativne pretpostavke za ispunjavanje najvažnijih evropskih standarda u oblasti službeničkih odnosa. Zahvaljujući novouspostavljenom pravnom okviru službeničkog sistema, Republika Srbija je polovinom prošle decenije, u pogledu reforme državne uprave, dospela u red vodećih država Centralne i Istočne Evrope.¹ Stvaranjem posebnih pravnih normi kojima se uređuju službenički odnosi, pravni sistem u Republici Srbiji se delimično vratio svojim tradicionalnim korenima od pre dva veka, kada je još u periodu Kraljevine Srbije postojala posebno regulisana oblast službeničkih (činovničkih) odnosa, na čijim je osnovama bilo razvijeno i službeničko pravo, kao posebna naučna disciplina, a nakon Drugog svetskog rata gotovo potpuno zapostavljena.²

Međutim, novi zakonodavni okvir u oblasti službeničkog sistema ne samo da još uvek nije u potpunosti zaokružen, pošto je preostala da se završi reforma pokrajinskog i lokalnog službeničkog sistema, već su se i u primeni pojavila određena odstupanja od depolitizacije i profesionalizacije, kao već propisanih standarda, koja u značajnoj meri reformu državne uprave udaljavaju od željenog i zacrtanog cilja. U radu ćemo ukazati na način na koji se depolitizacija i profesionalizacija uprave ostvaruju u pravnom sistemu Republike Srbije, nakon dosadašnje zakonodavne reforme, i to na sva tri nivoa organizacije uprave – državnom, pokrajinskom i lokalnom, sa predlogom rešenja na koji bi ih način trebalo unaprediti, da

¹ Pored godišnjih izveštaja Evropske komisije o napretku reformi u Srbiji za 2005. i 2006. godinu, u okviru kojih je državna uprava označena kao vodeća reformska oblast u državi, o tome posebno govore izveštaji Svetske Banke. Videti: The World Bank (2005) Policy Note, Serbia and Montenegro – Public Administration Development: Creating Conditions for Effective Economic and Social Reform, The World Bank, Washington DC; The World Bank (2006) Administrative Capacity in the New Member States: The limits of Innovation?, The World Bank, Washington, DC, str. 9-39.

² O nivou razvijenosti ove naučne discipline u srpskoj pravnoj nauci toga vremena svedoči veoma bogata literatura, u okviru koje se kvalitetom i značajem posebno izdvajaju dela poput: S. Marković, Administracija Kraljevine Srbije sa naročitim pogledom na nauku o državi i državnoj upravi, knjiga I, Geca Kon, Beograd, 1893; K. Kumandi, Administrativno pravo Kraljevine Srbije, Geca Kon, Beograd, 1909; L.M. Kostić, Iz činovničkog prava, Geca Kon, Beograd, 1928; L.M. Kostić, Administrativno pravo Kraljevine Jugoslavije, knjiga I, Geca Kon, Beograd, 1933, str. 270-390; M. Ilić, Zakon o činovnicima i ostalim državnim službenicima građanskog reda, Geca Kon, Beograd, 1927, M. Ilić, Administrativno pravo i drugi radovi, Službeni list, Beograd, 1998; A.M. Baltić, Opšta teorija o pojmu javnog službenika, sa naročitim osvrtom na jugoslovensko službeničko zakonodavstvo i krivični zakonik, doktorska disertacija, Pravni fakultet, Beograd, 1939.

bi se zacrtani ciljevi reforme u ovoj oblasti zaista i ostvarili, i kako bi Republika Srbija do kraja procesa evropskih integracija dostigla sve najvažnije standarde u ovoj oblasti.

2. Državna uprava

Nakon poluvekovnog socijalističko-samoupravnog perioda u razvoju države, u kome se državni službenici u pogledu pravnog položaja nisu razlikovali od lica zaposlenih u nedržavnim organizacijama,³ sa posebnim regulisanjem pravnog položaja državnih službenika u Republici Srbiji se formalno započelo još 1991. godine, kada je donošenjem Zakona o radnim odnosima u državnim organima,⁴ pravni položaj zaposlenih u organima državne uprave i drugim državnim organima, regulisan na drugačijim pravnim osnovama u odnosu na pravni položaj zaposlenih kod ostalih poslodavaca. Međutim, iako je ovaj propis sadržao niz rešenja koja su isticala specifičnosti pravnog položaja državnih službenika, njim ipak nisu na adekvatan način bili uređeni svi elementi bitni za izgradnju depolitizovane i profesionalno uređene državne uprave, poput: sistema prijema u radni odnos, ocenjivanja, nagrađivanja, napredovanja u službi itd. Tako, postupak prijema u radni odnos službenika, iako je bio vezan za javni oglas, nije sadržao pravila za selekciju prijavljenih kandidata, dok se prijem rukovodećih državnih službenika vršio bez ikakvog konkursa, direktnim postavljenjem od strane Vlade. Sistem službeničkih zvanja nije bio vezan za jedinstvenu klasifikaciju poslova u državnoj upravi, tako da su zaposleni sticali zvanja uglavnom na osnovu

³ O pravnom položaju zaposlenih u upravi u tom periodu posebno videti: I. Krbek, Lica u državnoj službi, Izdavački centar JAZU, Zagreb, 1948; I. Krbek, Pravo jugoslovenske javne uprave, knjiga II, Birotehnički-izdavački zavod, Zagreb, 1961, str. 257-319; N. Stjepanović, Upravno pravo FNRJ, Savremena administracija, Beograd, 1958, str. 316-342; L. Grešković, J. Đorđević, Komentar zakona o državnim službenicima, Arhiv za pravne i društvene nauke, 1955; A. Baltić, J. Jovanović, Zakon o državnim službenicima, sa objašnjenjima, Beograd, Narodna administracija, 1955; J. Jovanović, „Važnija pitanja novog službeničkog sistema“, Nova administracija, broj 6, 1956, str. 665-682; A. Stojanović, Uloga funkcionera i upravnih stručnjaka u razvoju javne uprave, Beograd, 1965; I. Borković, Razvoj, organizacija i položaj državne uprave u Jugoslaviji, Pravni fakultet, Split, 1966; M. Dimitrijević, „Priroda samoupravnih prava radnih ljudi u organima državne uprave“, Arhiv za pravne i društvene nauke, broj 4, 1969, str. 568-576; S. Popović, Organizacija i funkcionisanje uprave u samoupravnom sistemu, sa posebnim osvrtom na uporedna proučavanja, Književne novine i Centar za pravna istraživanja, Beograd, 1978; M. Vlatković, „Pojam javnog-državnog službenika u zakonodavnoj evoluciji posle drugog svetskog rata“, Radni odnos državnih službenika, Pravni fakultet, Kragujevac, 2006, str. 35-60.

⁴ Zakon o radnim odnosima u državnim organima, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 48/91, 66/91, 44/98, 49/99, 34/01, 34/02.

godina radnog staža, nezavisno od složenosti poslova koje su obavljali, dok je plata zavisila od zvanja i nije odražavala složenost i odgovornost poslova i rezultate rada. Napredovanje državnih službenika sticanjem višeg zvanja nije bilo vezano za ocenjivanje rezultata rada, već isključivo za stepen obrazovanja i godine radnog iskustva. Takođe, nije postojao ni poseban, do kraja regulisan, sistem stručnog usavršavanja službenika. Pored toga, službenički sistem u to vreme nije ni do kraja izgrađen, jer je izostao niz podzakonskih propisa kojima su trebali da budu razrađeni mnogi od zakonskih elemenata radnopravnog položaja zaposlenih lica u državnim organima.⁵

Neposredno nakon usvajanja Strategije reforme državne uprave iz 2004. godine, donet je novi Zakon o državnoj upravi,⁶ a na njegovim osnovama ubrzo i set novih pravnih propisa u oblasti službeničkog sistema. Nov pravni okvir činili su Zakon o državnim službenicima,⁷ Zakon o platama državnih službenika i nameštenika,⁸ kao i brojni podzakonskih pravni akti, među kojima su najvažniji: Uredba o osnivanju Službe za upravljanje kadrovima,⁹ Uredba o razvrstavanju radnih mesta i merilima za opis radnih mesta državnih službenika,¹⁰ Uredba o razvrstavanju radnih mesta nameštenika,¹¹ Uredba o pripremi kadrovskog plana u državnim organima,¹² Uredba o ocenjivanju državnih službenika,¹³ Uredba o sprovođenju internog i javnog konkursa za popunjavanje radnih mesta u državnim organima,¹⁴ Poslovnik o radu Visokog službeničkog saveta,¹⁵

⁵ Videti: Z. Lončar, Zakon o državnim službenicima, predgovor, Službeni glasnik Republike Srbije, Beograd, 2005, str. 8-9; B. Lubarda, „Pravni položaj državnih službenika“, Pravni život, broj 11, 2006, str. 575-589.

⁶ Zakon o državnoj upravi, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 79 od 16. septembra 2005. godine.

⁷ Zakon o državnim službenicima, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 79 od 16. septembra 2005. godine.

⁸ Zakon o platama državnih službenika i nameštenika, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 62 od 19. jula 2006. godine.

⁹ Uredba o osnivanju Službe za upravljanje kadrovima, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 106 od 2. decembra 2005. godine.

¹⁰ Uredba o razvrstavanju radnih mesta i merilima za opis radnih mesta državnih službenika, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 117 od 30. decembra 2005. godine.

¹¹ Uredba o razvrstavanju radnih mesta nameštenika, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 5 od 20. januara 2006. godine.

¹² Uredba o pripremi kadrovskog plana u državnim organima, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 8 od 27. januara 2006. godine.

¹³ Uredba o ocenjivanju državnih službenika, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 11 od 17. februara 2006. godine.

¹⁴ Uredba o sprovođenju internog i javnog konkursa za popunjavanje radnih mesta u državnim organima, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 41 od 9. maja 2007. godine.

Pravilnik o stručnim osposobljenostima, znanjima i veštinama koje se proveravaju u izbornom postupku, načinu njihove provere i merilima za izbor na radna mesta¹⁶ itd.

Najznačajniji doprinos reformi službeničkog sistema, koja je izvršena u periodu od 2005. do 2007. godine u Republici Srbiji, je bio uspostavljanje novih procedura prilikom zapošljavanja i selekcija kadrova, kao i uspostavljanje karijernog službeničkog sistema, u kome se napredovanje zasniva na zaslugama, objektivnom ocenjivanju i stručnom usavršavanju službenika. Novim pravnim propisima u oblasti službeničkog zakonodavstva napravljena je jasna razlika između političkih i profesionalnih (nepolitičkih) radnih mesta u državnoj upravi. Ministri i državni sekretari (zamenici ministara) postali su jedini politički funkcioneri u državnoj upravi, čiji je mandat vezan za mandat Vlade, dok su sva ostala lica ušla u kategoriju državnih službenika, tako da se u državnu upravu mogu primiti isključivo na osnovu konkursa i zakonom predviđene procedure. Pored državnih službenika, uvedena je i kategorija nameštenika, kao lica čije se radno mesto sastoji od pratećih, pomoćno-tehničkih poslova u državnom organu, ali se na njih primarno primenjuju opšti propisi o radu i poseban kolektivni ugovor, a ne Zakon o državnim službenicima. Među državnim službenicima je napravljena jasna razlika između službenika na *položajnim* (rukovodećim) i *izvršilačkim* radnim mestima. Na položajna radna mesta (pomoćnik ministra, sekretar ministarstva, rukovodilac organa uprave u sastavu ministarstva i posebne organizacije, načelnik upravnog okruga ...), najviši državni službenici se mogu postavljati jedino na osnovu konkursa, uz ispunjenje određenih formalnih uslova vezanih za stepen stručne spreme (visoko obrazovanje) i godine radnog iskustva u relevantnoj oblasti (najmanje devet godina), i to na period od pet godina, koji period je duži od mandata Vlade. Istovremeno, zakonom su definisani ograničeni uslovi za prevremeni prestanak njihovog mandata.¹⁷ Jasnim razdvaja-

¹⁵ Poslovnik o radu Visokog službeničkog saveta, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 79 od 16. decembra 2005. godine.

¹⁶ Pravilnik o stručnim osposobljenostima, znanjima i veštinama koje se proveravaju u izbornom postupku, načinu njihove provere i merilima za izbor na radna mesta, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 64 od 26. jula 2006. godine.

¹⁷ Državnom službeniku prestaje rad na položaju kad protekne vreme na koje je postavljen, ako podnese pismenu ostavku, ako stupi na funkciju u državnom organu, organu autonomne pokrajine ili lokalne samouprave, ako bude ukinut položaj, ako mu radni odnos prestane navršanjem radnog veka ili njegovim pismenim otkazom, ili ako bude razrešen. Državni službenik na položaju može se razrešiti samo ako mu radni odnos prestane usled: osude na kaznu zatvora od najmanje šest meseci, konačnog rešenja kojim mu je izrečena disciplinska kazna prestanka radnog odnosa, konačnog rešenja kojim mu je odrede-

njem državnih službenika na položajima od političkih funkcionera, stvorene su osnovne pravne pretpostavke za proces depolitizacije državne uprave.¹⁸

Pravni položaj ostalih državnih službenika na izvršilačkim radnim mestima zasnovan je na karijernom službeničkom sistemu, koji je kombinovan sa pojedinim elementima sistema pozicija.¹⁹ Selekcija ove vrste državnih službenika vrši se prema određenim zvanjima, u zavisnosti od složenosti i odgovornosti poslova, potrebnih znanja i sposobnosti, kao i uslova za rad, i to na ukupno osam zvanja (viši savetnik, samostalni savetnik, savetnik, mlađi savetnik, saradnik, mlađi saradnik, referent i mlađi referent).²⁰ Izbor državnog službenika na izvršilačko radno mesto se može izvršiti na četiri načina: premeštajem unutar istog državnog organa, premeštajem po osnovu sporazuma o preuzimanju, premeštajem iz drugog državnog organa po sprovedenom internom ili javnom konkursu i zasnivanjem radnog odnosa ako je na javnom konkursu izabran kandidat koji nije državni službenik.²¹ Bitnu novinu u izboru državnih službenika predstavlja uvođenje instituta internog konkursa, koji je dobio prioritet u odnosu na javni konkurs. Značaj takvog pravnog rešenja se ogleda u činjenici da je time, pri popunjavanju izvršilačkih radnih mesta, dato prvenstvo zaposlenima koji već rade u organima državne uprave, što je dodatno doprinelo većoj profesionalizaciji i depolitizaciji državne uprave.²² Napredovanje državnih službenika danas počiva na mešovitom sistemu,²³ pri čemu se razlikuju dva oblika napredovanja – na više radno mesto i povećanje plate za rad na istom radnom mestu, a

na ocena „ne zadovoljava“ na vanrednom ocenjivanju, prihvatanja inicijative za razrešenje na osnovu mere javnog objavljivanja preporuke za razrešenje koju izrekne Agencija za borbu protiv korupcije ili Zaštitnik građana. Videti: Zakon o državnim službenicima, član 76. i 78.

¹⁸ Videti: B. Lubarda, „Pravni položaj državnih službenika na položaju“, Radno i socijalno pravo, broj 1-6, 2006, str. 53-64.; A. Rabrenović, „Depolitizacija rukovodeće strukture državne uprave Srbije – nemoguća misija“, Pravni život, broj 10, 2011, str. 307-323; Z. Vukašinović-Radojčić, „Evropski principi zapošljavanja javnih službenika“, Pravni život, broj 10, 2012, str. 299-313.

¹⁹ Videti: B. Davitkovski, Z. Lončar, A. Pavlovska-Daneva, Nauka o upravi, Podgorica, 2012, str. 141-166; Z. Vukašinović-Radojčić, B. Stojanović, „Profesionalizacija državne uprave u Srbiji“, Pravni život, broj 3-4, 2006, str. 81-99.

²⁰ Videti: D. Šuput, „Klasifikacija državnih službenika u zakonodavstvima različitih država“, Pravni život, broj 10, 2006, str. 399-424.

²¹ Zakon o državnim službenicima, član 49-54.

²² Videti: A. Rabrenović – Z. Vukašinović-Radojčić, „Novine u službeničkom sistemu državne uprave Srbije“, Pravni život, broj 10, 2010, str. 424.

²³ Videti: B. Davitkovski, Z. Lončar, A. Pavlovska-Daneva, Nauka o upravi, Podgorica, 2012, str. 158-160.

zasnovano je na ocenjivanju.²⁴ Pri ocenjivanju državnih službenika vrednuju se: rezultati postignuti u izvršavanju poslova radnog mesta i postavljenih ciljeva, samostalnost, stvaralačka sposobnost, preduzimljivost, preciznost i savesnost, saradnja sa drugim državnim službenicima i ostale sposobnosti koje zahteva konkretno radno mesto. Rešenjem rukovodioca organa uprave državni službenici se mogu ocenjivati sa jednom od ukupno pet ocena: „ne zadovoljava“, „zadovoljava“, „dobar“, „ističe se“ i „naročito se ističe“.²⁵ Posebno mesto u novom službeničkom sistemu je dobilo stručno usavršavanje državnih službenika, koje se ostvaruje po osnovu opšteg programa koji donosi Vlada, i posebnog programa, koji donosi rukovodilac organa uprave za svaku kalendarsku godinu.²⁶ Poseban značaj za dodatno obrazovanje državnih službenika u Republici Srbiji ima otvaranje Regionalne škole za državnu upravu u Danilovgradu (Crna Gora), osnovane radi profesionalnog usavršavanja državnih službenika iz država regiona, a kojoj se, od 2010. godine, pridružila i Republika Srbija.

Pored izrade novog pravnog okvira, obrazovane su i *Služba za upravljanje kadrovima*²⁷ i *Visoki službenički savet*,²⁸ kao nove institucije službeničkog sistema, koje su kroz efikasnu primenu novih propisa trebale da doprinesu razvoju celokupnog službeničkog sistema i jačanju procesa profesionalizacije i dopolitizacije državne uprave.²⁹

Na osnovu svega što je učinjeno prvih godina reforme službeničkog sistema, može se reći da su stvorene gotovo sve neophodne pravne pret-

²⁴ Videti: H.A. Rol, Priručnik o ocenjivanju državnih službenika, DIAL, Beograd, 2006; A. Rabrenović, „Ocenjivanje državnih službenika kao osnov za napredovanje, napredovanje i otpuštanje“, Pravni život, broj 11, 2009, str. 144.; B. Stojanović, „Ocenjivanje državnih službenika“, Pravni život, broj 10, 2006, str. 425-437.

²⁵ Zakon o državnim službenicima, član 82-86.

²⁶ Videti: D. Milovanović, J. Ničić, M. Davinić, Stručno usavršavanje državnih službenika u Republici Srbiji, Službeni glasnik, Beograd, 2012.

²⁷ Služba za upravljanje kadrovima je služba Vlade koja obavlja najvažnije stručne poslove vezane za upravljanje kadrovima u ministarstvima, posebnim organizacijama, službama Vlade i stručnim službama upravnih okruga, i zauzima centralno mesto u procesu razvoja i upravljanja kadrovima u državnoj upravi Republike Srbije. Zakon o državnim službenicima, član 158.

²⁸ Visoki službenički savet je državni organ čija se osnovna uloga ogleda u kreiranju politike i strategije razvoja kadrova, a posebno u sprovođenju konkursa za predlaganje kandidata za državne službenike na položajima, koje na predlog rukovodioca organa uprave bira Vlada. Zakon o državnim službenicima, član 164-169.

²⁹ Videti: Z. Vukašinović-Radojčić, B. Stojanović, „Profesionalizacija državne uprave u Srbiji“, Pravni život, broj 3-4, 2006, str. 96-98; Z. Vukašinović-Radojčić, „Evropski standardi statusa državnih službenika – novi Zakon o državnim službenicima“, Pravni život, broj 10, 2006, str. 389-402.

postavke za stvaranje depolitizovane i profesionalizovane državne uprave, prvobitno osmišljene Strategijom reforme državne uprave iz 2004. godine, kao i da je novo službeničko zakonodavstvo usaglašeno sa najvažnijim evropskim standarima u ovoj oblasti.³⁰ Kao potvrda uspešnosti reforme službeničkog sistema došao je i Izveštaj Evropske komisije o napretku Republike Srbije za 2006. godinu, u kome je reforma državne uprave označena kao vodeća reformska oblast, a posebno, pozitivna ocena SIGME iz juna 2007. godine.³¹

Međutim, već narednih godina u oblasti službeničkog sistema ispoljeno je niz negativnih pojava, koje su dovele u pitanje ostvarivanje evropskih standarda u ovoj oblasti. Među njima je najvažnije odstupanje od zamišljenog i pravno uobličenog procesa depolitizacije državne uprave. Na različite načine su izigravane zakonske odredbe o obaveznom izboru najviših državnih službenika na položaj na osnovu javnog konkursa, tako da danas više od dve trećine od ukupno preko 400 položajnih radnih mesta u državnoj upravi u Republici Srbiji još uvek nije popunjeno na osnovu konkursne procedure.³² Najpre je u formalnom neraspisivanju konkursa pronađen osnovni način za nepopunjavanje položajnih radnih mesta. Iz tog razloga su čak u tri navrata, tokom 2007., 2008. i 2009. godine, vršene izmene Zakona o državnim službenicima, u delu koji se odnosi na krajnji rok za popunjavanje položajnih radnih mesta. Neprestanim izmenama zakona stvaran je uvek novi pravni osnov da na najvišim radnim mestima u državnoj upravi i dalje ostanu lica koja su postavljena od strane Vlade bez konkursa, do okončanja postupka popunjavanja položajnih radnih mesta na osnovu konkursne procedure. Čak ni izmene Zakona o državnim službenicima iz 2009. godine,³³ kojim je bilo propisano auto-

³⁰ Videti: S. Lilić, „Modernizacija srpske državne uprave“, Zbornik radova „Reforma političke volje i administrativni kapaciteti“, Beograd, 2011, str. 7-23; A. Rabrenović - Z. Vukašinović-Radojčić, „Novine u službeničkom sistemu državne uprave Srbije“, Pravni život, broj 10, 2010, str. 421-435; Z. Vukašinović-Radojčić, „Načela rada službenika u institucijama Evropske unije“, Pravni život, broj 10, 2011, str. 337-350; B. Lubarda, „Pravni položaj državnih službenika“, Pravni život, broj 11, 2006, str. 575-589; Lionel Shaty, Z. Vukašinović, „Javna uprava u zemljama Evropske unije i status javnih službenika – poređenje sa upravom u Srbiji“, Pravni život, broj 9, 2004, str. 1105-1122.

³¹ Sigma Balkans Reports, Republic of Serbia, Public Service and the Administrative Framework Assessment, June, 2007.

³² Prema poslednjem Izveštaju o pokrenutim i okončanim postupcima za popunjavanje položaja Službe za upravljanje kadrovima iz novembra 2013. godine, do 22. oktobra 2013. godine svega je 126 položajnih radnih mesta u državnoj upravi bilo popunjeno na osnovu sprovedenog konkursa.

³³ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o državnim službenicima, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 10 od 16. decembra 2009. godine.

matsko pokretanje postupka za popunjavanje nepopunjenih položajnih radnih mesta, u slučaju ako rukovodilac organa uprave u zakonskom roku od 90 dana od stupanja zakona na snagu, sam ne donese rešenje o pokretanju takvog postupak (član 55. stav 3), nisu bile dovoljan pravni osnov za popunjavanje svih položajnih radnih mesta, pošto su ministri i drugi rukovodioci organa državne uprave u formalnom odbijanju da predlože Vladi nekog od ponuđenih kandidata sa liste koju im je podnela konkursna komisija, pronašli nov način za izigravanje zakonskih odredbi o depolitizaciji državne uprave. Na kraju, čak ni unošenje u Zakon o državnim službenicima odredbe da će svim licima koja su postavljena bez konkursa, funkcija u organima državne uprave u svakom slučaju prestatati najkasnije 31. decembra 2010. godine, bez obzira na to što ne bude bio izabran nijedan kandidat na osnovu konkursa na položajno radno mesto (član 57. stav 2.), nije bilo dovoljno da se okonča započeti proces depolitizacije državne uprave. Formalno posmatrano, od 1. januara 2011. godine prestao je svaki zakonski osnov za vršenje funkcija u državnoj upravi svim rukovodećim državnim službenicima koji nisu izabrani na osnovu konkursne procedure. Međutim, kako Vlada nije donosila nikakva deklarativna rešenja o prestanku funkcije, usled nastupanja ovog zakonskog uslova, svi državni službenici postavljeni bez konkursa su i dalje nesmetano nastavili da vrše svoje funkcije. Pored toga, česte formalne izmene unutrašnje organizacije organa državne uprave, kao i neformalni zahtevi za podnošenje ostavke, pokazali su se kao efikasan način za prestanak funkcije državnih službenika izabranih na osnovu konkursa, u slučaju kada njihove lične osobine ili partijska pripadnost nisu odgovarali ministrima i drugim rukovodiocima organa uprave.³⁴

Vredan spominjanja je svakako i slučaj da je prilikom obrazovanja aktuelne Vlade, u Zakon o ministarstvima³⁵ uneta odredba, kojom je omogućeno ministrima da mogu u roku od 45 dana od stupanja na snagu tog zakona da predlože Vladi razrešenje svakog državnog službenika na položaju, ukoliko smatraju da nije ostvario rezultate u radu (član 38), što je direktno suprotno Zakonu o državnim službenicima (član 76), kojim su jasno definisani i ograničeni uslovi za prestanak rada na položaju, razlozi-

³⁴ Prema Izveštaju o pokrenutim i okončanim postupcima za popunjavanje položaja Službe za upravljanje kadrovima iz marta 2013. godine, od ukupno 266 položajnih radnih mesta koja su od početka primene Zakona o državnim službenicima (2006. godine) bila popunjena na osnovu konkursa, u organima državne uprave je tada radilo manje od pola, odnosno svega 129 lica koja su bila postavljena na osnovu konkursa, što samo po sebi govori o uspešnosti procesa depolitizacije.

³⁵ Zakon o ministarstvima, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 72 od 26. jula 2012. godine.

ma koji ne zavise od slobodne procene rukovodioca organa uprave, što predstavlja jedan od bitnih elemenata procesa depolitizacije državne uprave. Iako Vlada ovu mogućnost, na sreću, nije koristila u značajnijoj meri, takva odredba je ipak ostala u pravnom sistemu i mogla bi da bude upotrebljena već prilikom izbora sledeće Vlade. Za vreme mandata aktuelne Vlade proces depolitizacije i profesionalizacije državne uprave je, međutim, gotovo potpuno zaustavljen. Naime, samo u prvih šest meseci nakon izbora, od ukupno 162 popunjena položajna radna mesta u organima državne uprave, Vlada je čak 148 mesta popunila bez konkursa, koristeći kao pravni osnov odredbu član 179. stav 2. Zakona o državnim službenicima, koja se mogla primenjivati samo do 31. decembra 2010. godine, do kada su sva lica koja su prema prethodno važećim propisima bila postavljena bez konkursa mogla da rade na položajnim radnim mestima.³⁶ Tako danas na primer, u Ministarstvu prosvete, nauke i tehnološkog razvoja od ukupno 10 položajnih radnih mesta, svega su 2 mesta popunjena na osnovu konkursa, u Ministarstvu regionalnog razvoja i lokalne samouprave od ukupno 6 položajnih radnih mesta, 2 mesta su popunjena na osnovu konkursa, u Ministarstvu kulture i informisanja od ukupno 6 položajnih radnih mesta, na osnovu konkursa je popunjeno samo 1 mesto, dok u Ministarstvu spoljnih poslova od ukupno 6 položajnih radnih mesta, na osnovu konkursa u ovom trenutku nije popunjeno ni jedno mesto, kao i u Upravi carina, gde takođe ni jedno od ukupno 8 položajnih radnih mesta nije popunjeno na osnovu konkursa itd. Štaviše, ni Ministarstvo pravde i državne uprave, koje je prema zakonu odgovorno za sistem državne uprave, ni samo nije pokazalo spremnost za poštovanje principa depolitizacije i profesionalizacije uprave, što je u prethodnim sazivima gotovo uvek bio slučaj, pošto od ukupno 9 položajnih radnih mesta, trenutno čak 4 mesta nisu popunjena na osnovu konkursa, odnosno u skladu sa zakonom (pomoćnik ministra za sektor normative; pomoćnik ministra za sektor e-uprave; pomoćnik ministra za sektor ljudskih i manjinskih prava i ostvarivanje slobode udruživanja i pomoćnik ministra za sektor za zastupanje Republike Srbije pred Evropskim sudom za ljudska prava). Svemu tome bi trebalo pridodati i činjenicu da skoro pune dve godine, zbog neizbora od strane Vlade svih članova iz reda stručnjaka za oblasti od značaja za rad državne uprave, Visoki službenički savet, koji bi trebao da bude čuvar profesionalne i depolitizovane uprave, s obzirom na to da ima ključnu

³⁶ Istu zakonsku odredbu koristila je i prethodna Vlada, koja je tokom 2011. i prve polovine 2012. godine, takođe bez valjanog pravnog osnova, na položajna radna mesta postavila bez konkursa ukupno 75 državnih službenika. Videti: http://transparentnost.org.rs/index.php?view=details&id=1269%3Akonferencija-za-tampu&option=com_eventlist&Itemid=25&lang=sr.

ulogu u postupku predlaganja i selekcije kandidata za radna mesta u državnoj upravi i propisivanju kriterijuma koji se proveravaju u izbornom postupku, ne radi u punom sastavu, kao i da gotovo godinu dana nije imao izabranog predsednika. Takođe, mogla bi se pridodati i činjenica da se trenutno na čelu Službe za upravljanje kadrovima, po prvi put nakon punih sedam godina od osnivanja, nalazi direktor koji nije postavljen na osnovu prethodno sprovedenog konkursa.

3. Pokrajinska i lokalna uprava

Nakon što je novim pravnim propisima stvoren pravni osnov za depolitizaciju i profesionalizaciju državne uprave, na sličnim osnovama je bilo neophodno u okviru reforme službeničkog sistema urediti i pravni položaj pokrajinskih i lokalnih službenika. Posebnim propisima je trebalo regulisati specifičnosti radnopravnog statusa svih lica zaposlenih u pokrajinskoj, gradskoj i opštinoj upravi, a u okviru toga i pitanje načina ostvarivanja procesa depolitizacije i profesionalizacije službenika na tim nivoima organizacije uprave.

Uređivanju službeničkih odnosa na novim osnovama je najpre pristupljeno u Autonomnoj pokrajini Vojvodini, odmah nakon donošenja Ustava Republike Srbije iz 2006. godine. U cilju stvaranja novog pravnog okvira službeničkih odnosa na pokrajinskom nivou, usvojene su Strategija reforme i razvoja pokrajinske uprave³⁷ i Strategija e-uprave pokrajinskih organa,³⁸ a zatim su doneti i Odluka o pokrajinskim službenicima,³⁹ Odluka o načelima za organizaciju i sistematizaciju radnih mesta u pokrajinskim organima,⁴⁰ Odluka o razvrstavanju radnih mesta u pokrajinskim organima,⁴¹ Odluka o postupku i načinu raspisivanja i sprovođenja internog oglasa i konkursa radi popunjavanja radnih mesta.⁴² Nakon usvajanja

³⁷ Strategija reforme i razvoja pokrajinske uprave, „Službeni list AP Vojvodine“, broj 14 od 27. septembra 2006. godine.

³⁸ Strategija e-uprave pokrajinskih organa, „Službeni list AP Vojvodine“, broj 18 od 4. septembra 2007. godine.

³⁹ Odluka o pokrajinskim službenicima, „Službeni list AP Vojvodine“, broj 5 od 28. marta 2007. godine.

⁴⁰ Odluka o načelima za organizaciju i sistematizaciju radnih mesta u pokrajinskim organima, „Službeni list AP Vojvodine“, broj 17 od 4. septembra 2007. godine.

⁴¹ Odluka o razvrstavanju radnih mesta u pokrajinskim organima „Službeni list AP Vojvodine“, broj 17 od 4. septembra 2007. godine.

⁴² Odluka o postupku i načinu raspisivanja i sprovođenja internog oglasa i konkursa radi popunjavanja radnih mesta „Službeni list AP Vojvodine“, broj 17 od 4. septembra 2007. godine.

Statuta AP Vojvodine iz 2009. godine⁴³ usledilo je formalno preimenovanje naziva navedenih pokrajinskih podzakonskih pravnih akata, u skladu sa novom terminologijom pokrajinskih propisa koja je predviđena novim Statutom.⁴⁴ Istovremeno u AP Vojvodini su obrazovani i Savet za reformu pokrajinske uprave⁴⁵ i Služba za upravljanje ljudskim resursima,⁴⁶ koji su dobili ključnu ulogu u sprovođenju procesa depolitizacije i profesionalizacije pokrajinske uprave.

Najznačajniju novinu u pogledu depolitizacije i profesionalizacije uprave u novouspostavljenom pokrajinskom pravnom sistemu predstavljalo je jasno odvajanje *političkih* od *profesionalnih* radnih mesta u pokrajinskoj upravi. Pokrajinski sekretari i njihovi zamenici postali su jedini politički funkcioneri u pokrajinskoj upravi, koje na čelo pokrajinskih sekretarijata, kao osnovnih organizacionih oblika organa pokrajinske uprave, bira Pokrajinska skupština. Svi ostali službenici u organima pokrajinske uprave ušli su u red karijernih službenika i na radna mesta u pokrajinskoj upravi su se mogli primati isključivo na osnovu konkursne procedure, uz ispunjenje uslova predviđenih pokrajinskim propisima. Uspostavljena je jasna razlika između službenika na *rukovodećim* i *izvršilačkim* radnim mestima. Na rukovodeća službenička mesta u pokrajinskoj upravi (podsekretar pokrajinskog sekretarijata, pomoćnik pokrajinskog sekretara, direktor pokrajinske upravne organizacije, direktor stručne službe pokrajinske vlade) pokrajinska Vlada je mogla postavljati jedino lica na osnovu konkursa, uz ispunjenje uslova vezanih za stepen stručne spreme (visoko obrazovanje) i godine radnog iskustva u relevantnoj oblasti (najmanje pet godina), i to na period od četiri godine, koliko iznosi i mandatni period pokrajinske Vlade, sa mogućnošću ponovnog postavljenja. Na izvršilačka radna mesta u pokrajinskoj upra-

⁴³ Statut AP Vojvodine, „Službeni list AP Vojvodine“, broj 17 od 14. decembra 2009. godine.

⁴⁴ Tako je na primer Odluka o pokrajinskim službenicima preimenovana u Pokrajinsku skupštinsku odluku o pokrajinskim službenicima („Službeni list AP Vojvodine“, broj 18 od 14. decembra 2010. godine), Odluka o razvrstavanju radnih mesta u pokrajinskim organima u Pokrajinsku uredbu o razvrstavanju radnih mesta u pokrajinskim organima („Službeni list AP Vojvodine“, broj 7 od 30. aprila 2010. godine), Odluka o postupku i načinu raspisivanja i sprovođenja internog oglasa i konkursa radi popunjavanja radnih mesta u Pokrajinsku uredbu o postupku i načinu raspisivanja i sprovođenja internog oglasa i konkursa radi popunjavanja radnih mesta („Službeni list AP Vojvodine“, broj 18 od 14. decembra 2009. godine) itd.

⁴⁵ Odluka o obrazovanju Saveta za reformu pokrajinske uprave, „Službeni list AP Vojvodine“, broj 17 od 14. novembra 2006. godine.

⁴⁶ Odluka o osnivanju Službe za upravljanje ljudskim resursima, „Službeni list AP Vojvodine“, broj 18 od 1. decembra 2006. godine.

vi službenici su se primali na neodređeno vreme, na osnovu sprovedenog konkursa, uz ispunjavanje uslova vezanih za stepen stručne spreme i godine radnog iskustva, u zavisnosti od vrste izvršilačkog radnog mesta na koje su primani.⁴⁷ Pored pokrajinskih službenika, uvedena je i kategorija nameštenika, u koju su spadali, kao i na republičkom nivou, sva lica koja su obavljala prateće, pomoćno-tehničke poslove u organima pokrajinske uprave.⁴⁸

Novouspostavljeni pravni položaj pokrajinskih službenika bio je veoma sličan pravnom položaju državnih službenika, sa određenim odstupanjima, koja ipak bitno ne umanjuju ukupnu ocenu da su u AP Vojvodini bili stvoreni osnovni pravni preduslovi za stvaranje depolitizovane i profesionalizovane pokrajinske uprave. Tako se na primer, izbor pokrajinskog službenika na rukovodeće radno mesto mogao izvršiti samo na osnovu *internog oglasa* ili *javnog konkursa*,⁴⁹ a na izvršilačko radno mesto i *prelaskom* sa jednog na drugo radno mesto unutar istog pokrajinskog organa, kao i *sporazumnim preuzimanjem*. Pravila o napredovanju pokrajinskih službenika su bila zasnovana na mešovitom sistemu, prema kome je napredovanje službenika zavisilo od njihove stručnosti, postignutih rezultata u radu i potreba pokrajinskog organa, ali i na ocenjivanju.⁵⁰ Način napredovanja pokrajinskih službenika zavisio je od vrste radnog mesta. Pokrajinski službenici su mogli napredovati *premeštajem* na neposredno više izvršilačko radno mesto ili *postavljenjem* na rukovodeće radno mesto, u istom ili drugom pokrajinskom organu. Kod napredovanja pokrajinskih službenika koji su radili na izvršilačkim radnim mestima, pod neposredno višim izvršilačkim radnim mestom se smatralo radno mesto čiji se poslovi rade u neposredno višem zvanju, ili u istom zvanju, ali na radnom mestu rukovodioca uže unutrašnje jedinice. Pokrajinski službenik na izvršilačkom radnom mestu mogao je da napreduje i prelaskom u viši platni razred, bez promene radnog mesta. Kod napredovanja pokrajinskih službenika na rukovodećim radnim mestima pravilo je bilo da pokrajinski

⁴⁷ Videti: Z. Lončar, „Pravni položaj pokrajinskih službenika“, Radno i socijalno pravo, broj 1, 2012, str. 151-161.

⁴⁸ Pokrajinska skupštinska odluka o pokrajinskim službenicima, član 2, stav 4.

⁴⁹ Bez internog oglasa ili konkursa, pokrajinski službenik na rukovodeće radno mesto mogao je biti postavljen samo ako se radilo o kabinetu predsednika Skupštine ili Vlade AP Vojvodine, kao i ako se pokrajinski službenik, posle proteka vremena na koje je postavljen, ponovo postavljao na rukovodeće radno mesto u istom pokrajinskom organu, na predlog rukovodioca pokrajinskog organa. Videti: Pokrajinska skupštinska odluka o pokrajinskim službenicima, član 58-63.

⁵⁰ Merila za ocenjivanje pokrajinskih službenika su bila detaljno uređena Pokrajinskom uredbom o ocenjivanju pokrajinskih službenika („Službeni list AP Vojvodine“, broj 17 od 4. juna 2007. godine i broj 18 od 14. decembra 2009. godine.

službenik može da bude postavljen na svaki, a ne samo na neposredno viši položaj. Mnogi od osnovnih elemenata pravnog položaja pokrajinskih službenika, poput prava i dužnosti, njihovog stručnog usavršavanja i dodatnog obrazovanja, trajanja radnog odnosa, probnog rada, pripravnčkog staža, pravne zaštite, sprečavanja sukoba interesa, odgovornosti itd, bili su doslovno preuzeti iz republičkih propisa kojima je regulisan pravni položaj državnih službenika.

O ostvarenom stepenu depolitizacije i profesionalizacije pokrajinske uprave nakon prvih nekoliko godina primene tadašnjeg pokrajinskog službeničkog sistema teško je govoriti, jer nisu postojali javno objavljeni podaci koji bi davali pravu sliku o uspešnosti sprovođenja novog pokrajinskog službeničkog sistema. Pojedini zvanični dokumenti pokrajinske uprave, poput Izveštaja o reformi pokrajinske uprave u 2008. godini, ukazivali su na značajna odstupanja od propisanih pravila, u pogledu načina izbora pokrajinskih službenika na rukovodećim radnim mestima, što čini suštinu procesa depolitizacije uprave.⁵¹

Osnovni problem novouspostavljenog pokrajinskog službeničkog sistema je bio, međutim, ustavno-pravne prirode. Prema Ustavu, sistem radnih odnosa i zapošljavanja je isključiva nadležnost Republike Srbije, a ne izvorna nadležnost AP Vojvodine (član 97. stav 1. tačka 7). Pored toga, Republika nikada nije zakonom poverila uređivanje pitanja pravnog položaja pokrajinskih službenika organima AP Vojvodine, što bi mogao biti pravni osnov da pokrajinski organi samostalno urede pitanja pravnog položaja pokrajinskih službenika. Štaviše, Zakonom o državnim službenicima je izričito propisano da će se odredbe Zakona o radnim odnosima u državnim organima i dalje shodno primenjivati na pokrajinske i lokalne službenike do donošenja posebnog zakona (član 189).⁵² Bez obzira na to što poseban zakon o pokrajinskim službenicima još uvek nije donet, AP Vojvodina nije imala pravni osnov da samostalno svojim podzakonskim aktima uredi pitanje pravnog položaja pokrajinskih službenika, kako je učinjeno u prvih nekoliko godina nakon usvajanja novog Ustava, donošenjem niza pokrajinskih podzakonskih akata, među kojima je bila najvažnija Odluka o pokrajinskim službenicima, na šta je u stručnoj pravnoj

⁵¹ „Postavljanje pokrajinskih službenika na rukovodeća radna mesta mimo propisane procedure, *ugrozilo je principe depolitizacije i profesionalizacije*, iako su u pitanju principi na kojima se temelji reforma pokrajinske uprave“. Izveštaj Vlade AP Vojvodine o reformi pokrajinske uprave za 2008. godinu, str. 5, usvojen od strane Skupštine AP Vojvodine 24. juna 2009. godine.

⁵² „Odredbe Zakona o radnim odnosima u državnim organima nastavljaju da se shodno primenjuju na radne odnose u organima autonomne pokrajine i lokalne samouprave do donošenja posebnog zakona“. Zakon o državnim službenicima, član 189.

javnosti blagovremeno i ukazano.⁵³ Na osnovu uočenog pravnog problema Ustavni sud je, nakon postupka ocene ustavnosti koji je sproveo po službenoj dužnosti, Odluku o pokrajinskim službenicima 13. jula 2012. godine proglasio neustavnom.⁵⁴ Time je prestala da važi Pokrajinska skupštinska odluka o pokrajinskim službenicima, a na pitanja radnopravnog položaja pokrajinskih službenika ostao je danas da se primenjuje, i to samo shodno, Zakon o radnim odnosima u državnim organima iz 1991. godine, koji je zasnovan na odavno prevaziđenim rešenjima, suprotnim već započetim procesima profesionalizacije i depolitizacije pokrajinske uprave.⁵⁵

Pored pokrajinskih službenika, posebnim zakonom je trebalo na savremenim osnovama urediti i pitanje pravnog položaja službenika u lokalnim samoupravama. Tim propisom trebalo je omogućiti ostvarivanje procesa depolitizacije i profesionalizacije u opštinskim i gradskim upravama. U cilju uređivanja ovog pitanja, Vlada Republike Srbije je prvobitno 29. marta 2012. godine utvrdila Predlog Zakona o službenicima u jedinicama lokalne samouprave, ali je on usled izbora nove Vlade, već 26. jula 2012. godine, formalno povučen iz skupštinske procedure i do danas nije vraćen. U međuvremenu, novoobrazovano Ministarstvo regionalnog razvoja i lokalne samouprave, kao organ državne uprave nadležan za ovu upravnu oblast, prihvatilo je stav stručne javnosti da bi bilo efikasnije pravni položaj pokrajinskih i lokalnih službenika urediti jednim pravnim propisom, uz supsidijarnu primenu Zakona o državnim službenicima⁵⁶ i pripremio je Prednacrt Zakona o zaposlenim u autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave, koji je tokom jula 2013. godine bio na javnoj raspravi. Prednacrtom ovog zakona je bilo planirano da se ovaj propis počne primenjivati od 1. decembra 2013. godine (član 216). Međutim, nakon rekonstrukcije Vlade od 3. septembra 2013. godine i izbora novog rukovodstva Ministarstva, radni tekst navedenog zakona još uvek nije konačno uobličen i upućen u dalju zakonodavnu proceduru, tako da se na pravni položaj svih lica zaposlenih u opštinskim i gradskim upravama danas i dalje primenjuje, jednako

⁵³ Videti: Z. Lončar, „*Pravni položaj pokrajinskih službenika*“, Radno i socijalno pravo, broj 1, 2012, str. 162-163.

⁵⁴ Odluka o oceni ustavnosti Odluke o pokrajinskim službenicima, „Službeni list AP Vojvodine“, broj 22 od 24. jula 2012. godine.

⁵⁵ Videti: D. Milkov, *Upravo pravo*, I, Pravni fakultet, Novi Sad, 2013, str. 176-177; P. Dimitrijević, *Upravno pravo*, opšti deo, Sven, Niš, 2013, str. 181.

⁵⁶ Videti: Z. Lončar, „*Službenički sistem u AP Vojvodini*“, Zbornik radova sa III međunarodne konferencije „Razvoj javne uprave“, Veleučilište „Ladoslav Ružička“, Vukovar, 19. i 20. april 2013, str. 178.

kao i na pokrajinske službenike, stari i odavno prevaziđeni Zakon o radnim odnosima u državnim organima.

4. Završne napomene

Depolitizaciji i profesionalizaciji uprave nesumnjivo pripada značajno mesto u pravnom sistemu Republike Srbije. U pogledu načina na koji se ostvaruju ova dva osnovna principa na kojima je zasnovana reforma uprave postoje bitne razlike između republičkog nivoa vlasti, s jedne strane, i pokrajinskog i lokalnog nivoa, s druge strane.

Na republičkom nivou su kroz uspostavljanje novog normativnog okvira odavno stvorene sve pravne pretpostavke za depolitizaciju i profesionalizaciju državne uprave. Međutim, sam proces nije ostvaren do kraja, pošto su se tokom primene novih zakonskih rešenja pojavile značajne prepreke, među kojima je od najvećeg značaja nedovoljno snažna politička volja da se ovi započeti procesi završe. Relativno česte promene u sastavima vlada bile su jedan od najvažnijih razloga koji je uticao da se uprkos jasnim zakonskim rešenjima, u praksi zanemari proces depolitizacije i profesionalizacije državne uprave. Nakon punih sedam godina od početka primene novih pravnih propisa, na osnovu kojih je već odavno bilo moguće potpuno depolitizovati i profesionalizovati državnu upravu, ne samo da gotovo polovina položajnih radnih mesta u državnoj upravi nije popunjena na osnovu konkursne procedure, već se u poslednje vreme pokazalo i da postavljanje rukovodećih državnih službenika na osnovu sprovedenog konkursa predstavlja više izuzetak nego pravilo, u odnosu na direktno postavljanje od strane Vlade, samo na osnovu predloga resornog ministra, koji se pri tome čini bez sprovedenog internog ili javnog konkursa i valjanog pravnog osnova. Neusvajanje nove Strategije reforme uprave za period od 2013. do 2016. godine, koja se posle više od godinu dana izrade još uvek nalazi u prednacrtnoj fazi, iako se nalazimo već na kraju 2013. godine, samo po sebi govori o odnosu prema reformi uprave, a nepoštovanje zakonske procedure i uslova prilikom izbora državnih službenika na rukovodeća radna mesta u organima državne uprave samo je potvrda da je reforma uprave u pogledu depolitizacije i profesionalizacije u ovom trenutku gotovo zaustavljena. Stoga bi prestanak funkcije u organima državne uprave svim državnim službenicima koji su postavljeni bez konkursa, i doslovno poštovanje zakonom propisane konkursne procedure i uslova pri izboru i postavljanju budućih državnih službenika bio najvažniji korak koji bi trebalo preduzeti da bi se depolitizacija uprave zaista realizovala. Međutim, s obzirom na izuzetno veliki broj državnih službenika koji su na položaje u državnoj upravi danas postavljeni bez prethod-

no sprovedenog konkursa i valjanog pravnog osnova, čini nam se da je u ovom trenutku verovatnije očekivati izmenu zakonodavstva radi stvaranja pravnog osnova za nesmetani nastavak njihovog rada, nego poštovanje postojećih zakonskih rešenja. Ozakonjavanje postojećeg stanja izmenama važećih pravnih propisa je pravno moguće, ali bi ipak trebalo imati u vidu da se na taj način udaljava od depolitizacije i profesionalizacije, kao osnovnih evropskih standarda u oblasti državne uprave. Pored procesa depolitizacije, u cilju dalje profesionalizacije uprave trebalo bi pristupiti i usavršavanju uspostavljenog službeničkog sistema, pre svega daljim razvojem karijernog sistema, u kome bi prioritet trebalo dati pitanjima stalnog stručnog usavršavanja službenika, kao i unapređenju sistema napredovanja i nagrađivanja, kroz reformu narušenog sistema plata.

Za razliku od državnog nivoa, na pokrajinskom i lokalnom nivou do sada nije uspostavljen nov pravni okvir službeničkog sistema, koji bi bio osnov za sprovođenje depolitizacije i profesionalizacije pokrajinske i lokalne uprave, što je bila zakonska obaveza centralne, državne vlasti. Stoga bi što pre trebalo novim zakonom o pokrajinskim i lokalnim službenicima na savremenim osnovama urediti pitanje njihovog pravnog položaja, čime bi se konačno dala prilika i pokrajinskoj i lokalnoj vlasti da sprovedu preko potrebni proces depolitizacije i profesionalizacije službenika na tim nivoima organizacije uprave.

Tek otklanjanjem postojećih nedostataka u službeničkom sistemu Republika Srbija će moći da kaže da je ispunjen jedan od osnovnih evropskih standarda u ovoj oblasti reforme državne uprave. Pri tome bi trebalo imati u vidu da je primena standarda službeničkog sistema, u okviru koga pitanja depolitizacije i profesionalizacije uprave imaju poseban značaj, stalan proces koji se ne odnosi samo na države dok su u fazi integracije, kao i da su u novije vreme uspostavljeni posebni mehanizmi, ne samo za praćenje ispunjenosti standarda, već i za podsticaj razvoja službeničkih sistema, poput Evropskog socijalnog fonda (The European Social Fund) i Mreže Evropske Unije u oblasti javne uprave (The European Union Public Administration Network – EUPA), pa bi ih u tu svrhu trebalo i iskoristiti.

Zoran Lončar, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

Depolitisation and Professionalisation of Administration in Republic of Serbia

Abstract: *Depolitisation and professionalisation of the administration are some of the basic principles of administrative reform, which are implementing since 2004., in order to achieve the most important European standards in the Republic of Serbia. However, the new legislative framework in the field of civil service system is not fully completed, because it has to be finished the reform of the provincial and local civil service system, but there also appeared certain deviations from the depolitisation and professionalisation, as prescribed standards on the state level, which significantly depart a reform of public administration from desired and set goal. Frequent changes of government are one of the most important reasons which influenced that despite strict legal solutions, in practice, the process of depolitisation and professionalisation of public administration has ignored, what is reason why almost half of the civil servants on the position are not selected on the basis of the contest, according the legal requirements. Considering the fact that the selection of senior civil servants on the basis of competition, at this moment, is more exception than rule, in order to achieve depolitisation and professionalisation of public administration, it would be necessary immediate termination of function for all civil servants who are appointed without competition, as the current Law on Civil Servants stipulates, as well as the observance of prescribed requirements and bidding procedures for the selection of future civil servants. In order to achieve further professionalisation of the administration, it should be continue improvement of the civil service system, particularly with further development of the career system, where priority should be given to continuously professional development of civil servants, as well as improving the system of promoting and rewarding, through the reform of the wage system. At the provincial and local level, with new law of provincial and local servants, based on contemporary standards, should be regulated the issues of their legal status, and finally give opportunity to provincial and local authorities to carry out much-needed process of depolitisation and professionalisation of provincial and local servants. After elimination of observed deficiencies in the civil service system, the Republic of Serbia will be able to say that is fulfilled one of the main European standards in the field of administrative reform.*

Key words: *administration, public administration, depolitisation of the administration, professionalisation of the administration, civil service system*

*Dr Nataša Deretić, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

POJAVNI OBLICI KORUPCIJE U SREDNJOVEKOVNOJ SRBIJI¹

Sažetak: Učvršćivanje feudalnih odnosa u srpskim oblastima (Raške i Duklje-Zete) bilo je sporo i kretalo se dugo u okvirima rodovsko-plemenskih odnosa i ustanova u periodu od druge polovine IX veka do XIV veka. S nastankom srednjovekovne srpske države i s razvojem činovničkog aparata, sa specijalizacijom u sudskoj praksi i finansijama, dolazi do pojave nove vrste ljudi – sudije i ljudi koji se bave pravdom, službenici feudalnih gospodara... Što je činovnički aparat razgranatiji, to su i ponašanja ljudi devijantnija. Nisu im strane razne zloupotrebe (pronevera, iznuda odnosno, podmićivanje, kleveta, prekomerne naplate dažbina i razne prevare iz oblasti koje su se ticale vladarevih finansija). Sa sve većim klasnim raslojavanjem u društvu, izdvajaju se imućni i oni koji to nisu. Oni prvi se sve više regrutuju i iz redova trgovaca i zanatlija, kojima takođe nisu strana devijantna ponašanja. Tome je svakako doprinela činjenica, da uprkos načelnoj pripadnosti vizantijskom civilizacijskom krugu, srpska sredina nije bila imuna ni na zapadne uticaje, koji su stizali najviše posredstvom primorskih gradova, ali takođe i iz Ugarske i drugih evropskih zemalja. Na ponašanja ljudi srednjovekovne Srbije ima uticaja i crkva koja je i na srpskom srednjovekovnom tlu bila značajna ekonomska, ideološka i politička snaga.

Ključne reči: srednjovekovni društveni odnosi, jačanje centralne vlasti, devijantna ponašanja nove kategorije ljudi, Dušanov zakonik ...

¹ Rad je posvećen Projektu: "Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)" čiji je nosilac Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

%

Ovaj rad je nastavak priče o korupciji kao društveno-štetnoj pojavi koju poznaju sva društva: od Starog, Srednjeg do Novog veka. Balkansko poluostrvo je u vreme naseljavanja Slovena, pripadalo Istočnom Rimskom Carstvu (Vizantiji)², o čijim smo pojavnim oblicima korupcije, već govorili u jednom od prošlih radova.³ Vizantija je bila uređena na načelima rimskog prava koje je važno u javnom i privatnom životu. Konstatacija da je "srpsko srednjovekovno carstvo po svojoj suštini bilo, ništa drugo, do slovenski oblik dotadašnjeg vizantijskog carstva"⁴, imaće odraza i te kako na društvene prilike toga doba. Prvi ljudi naših plemena, onako nepismeni i neprosvećeni, u dodiru sa običajima romanizovanih starosedelaca (Kelti, Iliri, Tračani) i sa rimskim redom i rimskom administracijom koje su zatekli – teško su se snalazili. Posle neminovnih razmirica, nastupio je miran "suživot"; Vizantija slovenskim seljacima daje na obradu manje zemljišne posede; uslov je bio da plaćaju porez i da služe vojsku.⁵

² Načini slovenske kolonizacije Balkanskog poluostrva nisu poznati u svim pojedinostima. Dok su germanska plemena stvarala nove države na zapadu Evrope, Sloveni su još mirno sedeli u svojim ravnicama, daleko od Sredozemlja, kolevke antičke civilizacije. Skoro da postoji opšta saglasnost da su stari Sloveni, krećući se iz svoje zakarpatske postojbine, odlazili u raznim pravcima: ka jugu, istoku i ka zapadu, pa se shodno tome dele na Južne, Istočne i Zapadne Slovene. Kada je krenula poznata "seoba naroda", Balkansko poluostrvo u vreme naseljavanja Slovena pripadalo je Istočnom rimskom carstvu, a Vizantija je tada (do 602.) držala u svojoj vlasti celo Balkansko poluostrvo. Vremenom, u srednjem veku, doći će do polarizacije interesnih sfera, pa će u istočnim krajevima zavladati vizantijski tip feudalnog društva, dok će u zapadnim krajevima Balkana biti zastupljena zapadnoevropska varijanta feudalnog društva.

³ Prvi deo ovog rada objavljen je u Zborniku Pravnog fakulteta u Novom Sadu br. XLVI (1/2012), str. 399, pod naslovom: "*Različiti oblici korupcije u pravnoj istoriji*", gde je obrađen problem korupcije u pojedinim državama Starog veka. Drugi deo ovog rada objavljen je u Zborniku Pravnog fakulteta XLVI, 4/2012, str. 277, pod naslovom: "*Pojavni oblici korupcije u srednjem veku*". O korupciji kao društveno štetnoj pojavi, autor govori još u dva rada: "*Kratak osvrt na **crimen repetundae** - krivično delo primanja mita, zloupotrebe položaja, nezakonite naplate...u rimskom pravu*", objavljen u časopisu za pravnu teoriju i praksu - *Pravna reč*, Banja Luka 2011; i "*Slučajevi **calumniae** (spletkarenja, lažnog optuživanja, šikaniranja i kažnjavanje istih u rimskom pravu)*", objavljen u Zborniku za 2011 godinu rada Pravnog fakulteta sa sedištem u Kosovskoj Mitrovici, str. 161-173.

⁴ S. Novaković, *Srednjovekovna Srbija i Rimsko pravo*, Arhiv za pravne i društvene nauke, br. 3/1906, str. 5.

⁵ Ranofeudalni vizantijski vladari su slovenskim seljacima davali manje zemljišne posede za obrađivanje, kao i robovima, pri tome zadržavajući neke oblike lične i imovinske zavisnosti. Za razliku od robova koji su svojina gospodara, slovenski seljaci – kmetovi, su vezani za zemlju i nisu mogli da je napuste. U tom cilju je uveden sistem poreza (*capitatio - iugatio*), gde se za osnov uzima čovek koji obrađuje zemlju (*caput*) i određena površina zemlje (*iugum*), koja se menjala zavisno od plodnosti i od kulture koja se na njoj gaji.

Društvene prilike Južnih Slovena po dolasku na Balkan koji su živeli u rodovsko-plemenskome uređenju, ogledale su se u tome da je na čelu svakog plemena bio rodovsko-plemenski starešina. On je kao "prvi među jednakima" bio ličnost koja uživa najviši ugled i poverenje kao mudar, hrabar i pravedan čovek. Sa klasnim raslojavanjem društva na bogate i siromašne, pojedine plemenske starešine i pojedini rodovi počinju da se izdvajaju bogatstvom, jer dobijaju veći deo ratnog plena, plodniju zemlju. Klasno raslojavanje društva na bogate i siromašne, poslužilo je kao osnova krajem VI i početkom VII veka, za stvaranje prvih plemenskih saveza, iz kojih će se kasnije (u IX veku) razviti i prve slovenske države. Vizantijska uprava je slovenskim vojskovođama i plemenskim starešinama dodeljivala izvesna dostojanstva koja su imali i pojedini vizantijski carski činovnici (župani, arhonti...) i time bi ih učinili samostalnim (ali i pokornim vizantijskoj upravi). Vremenom se stvorila plemenska aristokratija u vidu udeonih kneževa. To su bili pojedinci iz uglednih velikaških porodica koji su često svojim umećem uspevali da se u nekoj oblasti uzdignu iznad svoje okoline, a ponekad i da zauzmu nešto od susednih zemalja, te da na taj način učvrste faktičkim putem svoju vlast i postanu ranofeudalni gospodari. Okolnost da su plemenske starešine bile jedini regulatori mira i stabilnosti u plemenu, pomogla je da im se poveri i prvo vršenje državne vlasti.

Jedan od udeonih kneževa bio je i Stefan Nemanja koji je za vreme svoje duge vladavine (1166-1196) uspeo da ojača samostalnu srpsku državu. U teoriji postoji skoro opšta saglasnost da, najznačajniju tvorevinu Srba, od doseljavanja na ove prostore, pa do kraja XVIII veka, predstavlja država Nemanjića čije je temelje postavio Stefan Nemanja. Stoga i ne čudi što se srednji vek u slučaju srpskih zemalja, uobičajeno u istoriografiji izučava na uzorku nešto većem od tri veka; ranija razdoblja srednjeg veka, koja prethode stvaranju države pod dinastijom Nemanjića krajem XII veka, gotovo su nepoznata sa stanovišta naše teme.⁶ Srednjovekovna Srbija iz vremena dinastije Nemanjića je bila država u pravom smislu reči; imala je državnu i političku samostalnost.

Struktura stanovništva u srednjovekovnoj Srbiji nije bila jednostavna. Tadašnje stanovništvo je podeljeno na: *vlastelu*, *sebre* (zavisni seljaci - meropsi, vlasli, sokalnici i seoske zanatlije – majstorije, otroci – neka vrsta robova, seosko sveštenstvo), *građane*, *strance*.⁷ Najviši feu-

⁶ S. Marjanović-Dušanić, D. Popović, *Privatni život u srpskim zemljama srednjeg veka*, Beograd, 2004, str. 11.

⁷ Podela preuzeta od: D. Jeftić, D. Popović, *Narodna pravna istorija*, Beograd, 2003, str. 42-51.

dalac je vladar, a iza njega i ispod njega postoji zamršena hijerarhija više i niže vlastele (svetovna i crkvena, mala i velika, vlasteličići, vlastela baštinci i pronijari). U obavljanju državnih poslova vladar se oslanjao upravo na podanike iz redova: feudalne vlastele, sveštenstva i predstavnika gradskih vlasti samoupravnih primorskih gradova. Pojedini pripadnici navedenih podanika često su bili akteri raznih vidova "zloupotrebe položaja".

Uspostavljam državu u pravom smislu reči, uz koju ide činovnički aparat, doći će do velikih promena. Izmeniće se karakterne osobine naših predaka, koje nalazimo u vizantijskim izvorima (u delima Prokopija, Pseudo-Mavrikija, Konstantina VII Porfirogenita...), koji ih pominju kao slobodoljubiv i ponosit narod koji živi u rodovsko-plemenskom uređenju, bavi se stočarstvom, zemljoradnjom, lovom i ribolovom, i spretni su ratnici, vole slobodu i ne dopuštaju da se njima vlada.⁸ Tome će najpre doprineti tržište i novac koji proširuju vidike srednjovekovnom čoveku, u čitavoj Evropi, pa tako i na prostoru srednjovekovne Srbije (koja je tada bila deo Evrope). Novac kao sredstvo plaćanja pojavljuje se u doba ekonomskog napretka države na prelazu iz XIII u XIV vek; to su bile prve srebrne kovane emisije srpskog dinara. Po ugledu na Veneciju stvaran je monetarni sistem koji je počivao na eksploataciji bogatih rudnika srebra. Vremenom je kvalitet srpskog novca poboljšavan. Srednjovekovni Srbi su tako ne samo ratovali već su i privređivali i poslovali. Ljudi postavljaju u središte materijalnu bogatstvo; čovek sve više počinje da misli na zaradu i lagodan život. To se prvenstveno odnosi na onaj društveni sloj koji je uz vladara. Dolazi do pojave nove vrste ljudi: onih sa specijalizacijom u sudskoj praksi i finansijama. Pored sudija i ljudi koji se bave pravdom, tu su i činovnici feudalnih gospodara koji su zaduženi za realizaciju vladarevih *regalija* (poklisari, sevasti, prahtori, katastrofilaksi...); trgovci, zanatlije...

Veliki uticaj vizantijskog prava na srpsko srednjovekovno pravo, ogleda se u mnogim prevodima vizantijskih izvora, koji mada često u skraćenom obliku, prilično precizno regulišu pojedine oblasti gde je moglo doći do "zloupotrebe položaja". Pored vizantijskih izvora prava, važan izvor istorije srpskog srednjovekovnog prava čine i povelje pojedinih vladara. Poveljama, kao nekoj vrsti "darovnica", srpski vladari su poklanjali posede i ustanovljavali povlastice crkvama, manastirima, vlasteli i gradovima. Jedna od prvih takvih je *Povelja kralja Stefana Prvovenčanog manastiru Žiči iz 1220. godine*⁹, kojom se manastir Žiča određuje za mesto

⁸ D. Jeftić- D. Popović, nav. delo, str. 3.

⁹ Pored manastirskih povelja, praktikovane su i svetovne povelje, kojima su vladari pridobijali pojedine predstavnike vlastele time što su: potvrđivali njihove posede, darivali

gde će se obavljati postupak ustoličenja kraljeva, arhiepiskopa, episkopa i igumana. Navedena Povelja govori o sveštenstvu koje je bilo važan društveni sloj u srednjovekovnoj Srbiji; po svom značaju, snazi i uticaju, dolazi odmah iza vladajućeg sloja. S obzirom na to, da u srednjovekovnoj srpskoj državi, crkva igra važnu ulogu u njenom društvenom i političkom životu jer je raspolagala sa ogromnim zemljišnim posedom, vladari su nastojali da uredi odnose unutar crkve. Crkva (odnosno sveštena lica) kao moćni feudalac, sa velikim privrednim i političkim uticajem na tadašnja zbivanja, verovatno da nije bila imuna na razne vidove ponašanja koja bacaju senku na jednu od osnovnih hrišćanskih ideja o čistoti tela i duše, odnosno jedne od božjih zapovesti: "Ne kradi"..., što je vodilo neosnovanom bogaćenju pojedinaca. U navedenoj Povelji u stavu tri, između ostalog se kaže: "...što pritiče od popova ili od Vlaha ili zemljišnih ljudi, što čini "popovsku bir" koja se uzima od ljudi – da se ta cela uzima za ovu crkvu".¹⁰

I pored okolnosti da su seoski sveštenici morali da plaćaju episkopu izvesne dažbine, sveštenički status je predstavljao izvesnu privilegiju; sveštenici su bez obzira na razlike u položaju,¹¹ imali prihod (*bir*) koji su ubirali od meropaha (zavisnih seljaka). Da navedene dažbine koju je stanovništvo dugovalo sveštenicima (*bir*), kao i dažbina u korist episkopa (*vrhovina*), nisu bile jedini predmeti zloupotreba, govori i stav četiri i stav devetnaest Povelje, koji se odnose na naknade po osnovu obraćanja crkvenim sudovima, kao i globe koje su plaćane zbog neodazivanja na poziv suda. Kako bi se onemogućile zloupotrebe prilikom obraćanja pojedinaca crkvenom sudu radi zaštite, u stavu četiri decidno stoji: "... a u drugim episkopijama (mimo Žičke) ukoliko u njih ulaze župe, dvorski protopopa treba da uzima polovinu popovske biri; a pošto vrhovina ide popovima, protopopa ne treba da uzima deo toga, već to uzima episkop".¹² Poveljom je još u devetnaestom stavu propisano da naknada za pomenuto obraćanje (*ruka*), kao i globa za neodazivanje na sudski poziv (*pečat*), ide crkvenom sudu, a ne episkopu... Inače je naziv "*protopop*", odnosno "*prota*" bio počasni čin u pravoslavnoj crkvi i odnosio se na sveštenika pod čijim su nadzorom svi sveštenici iz dela jedne episkopije. Zadatak im

im nove posede i oblasti, daju im privilegije i funkcije. Vladare je, često, na vojne pohode podsticala i sama vlastela jer se tako još više bogatila.

¹⁰ Navedeno prema: LJ. Krkljuš, *Odabrani izvori iz pravne istorije srpskog naroda*, Novi Sad, 2003, str. 21.

¹¹ Razlikovale su se tri kategorije popova: oni kojima je gospodar dao više od tri njive za njihovo izdržavanje, popovi baštinici i popovi koji su dobili tri ili manje od tri njive.

¹² Opširnije: LJ. Krkljuš, nav. delo, str. 21.

je bio da putuju po zemlji i dopunjuju nedostatke u ponašanju sveštenstva i vernika.¹³ Njegovo uvođenje se pripisuje utemeljivaču samostalne Srpske crkve, svetom Savi.¹⁴ Verovatno da je zakonodavac, decidno propisujući navedena pravila, hteo da predupredi devijantna ponašanja navedenih aktera, koji su padali u iskušenje da posegnu za nečim što im ne pripada i time se neosnovano obogate.

Sa praksom dodeljivanja Povelja, koje su o obliku darovnica, propisivale i obaveze onome kome su namenjene, nastavili su i kasniji srednjovekovni vladari. Tako je Srefan II Milutin svojom *Poveljom o obnavljanju manastira Sv. Đorđa blizu Skoplja*, između ostalog tražio da u obavljanju tog zadatka niko drugi, osim njega ne bude opterećen, a da za uzvrat samo pomenuti manstir tj. njegov episkop, može ubirati sve globe (*ruka* - davanje jemstva u toku parnice; *pečat* - globa za neodazivanje na sudski poziv) i takse (*pis*, *domnina*) vizantijskog porekla. I posle više od jednog veka, navedeno ponašanje sveštenih lica je bilo aktuelno. U čl. 29. Dušanovog zakonika decidno je bilo predviđeno da "*ako se nađe koji upravitelj crkveni da je primio mito, da mu se raspe sve što ima*".¹⁵ Pojam "rasuti" odnosio se na to da se okrivljenom za mito celokupna imovina oduzimala i uništavala.

Zanimljivo je da najvažniji pravni spomenik srednjovekovne Srbije, Zakonik cara Stefana Dušana, poznatiji kao *Dušanov zakonik* (iz 1349. odn. 1354. god.)¹⁶, nije ni u širem ni u užem smislu regulisao pojam zloupotrebe "službenog položaja", iako je sadržao dosta odredbi u kojima

¹³ R. Grujić, *Srednjovekovno srpsko parohijsko sveštenstvo*, Skoplje, 1923, str. 45-49.

¹⁴ Srpske zemlje su nakon podele hrišćanske crkve (1054. godine na Zapadnu - katoličku i Istočnu - pravoslavnu, sa središtima u Rimu i Carigradu), potpale pod vlast carigradskog patrijarha. Nakon četvrtog krstaškog rata čiji je ishod bio zauzimanje Carigrada i formiranje Latinskog carstva (1204-1261. godine), sedište carigradske patrijaršije bilo je u Nikeji. Nakon sloma Vizantije 1204. godine, car i patrijarh su stolovali u Nikeji. Nikejska patrijaršija se otimala s ohridskom, koja je bila na zemljištu epirske despotovine, takmaca nikejskog carstva. Aktom nikejskog patrijarha srpska crkva je osamostaljena i izdvojena iz jurisdikcije ohridske arhiepiskopije. Prava istorija srpske narodne crkve počinje, 1219. godine kada je diplomatskim putem izdejstvovano posvećenje prvog srpskog arhiepiskopa, sv. Save. Potpunu samostalnost srpska crkva će postići 1346. godine uzdizanjem arhiepiskopije na stepen patrijaršije. Kanonsko priznanje ovoga čina doći će tek 1375. godine kada carigradski patrijarh prizna srpsku patrijaršiju. Videti opširnije: D. Jefić –D. Popović, nav. delo, str. 39-40.

¹⁵ Zakonik cara Dušana, Struški i atonski rukopis, Beograd, 1975, str. 171.

¹⁶ Poznato je da je Dušanov zakonik donet u dva dela, na dva sabora. Prvi deo donet je na saboru u Skoplju 1349, a drugi deo na saboru u Srezu 1354. Originalan tekst Zakonika nije pronađen, ali je pronađeno 25 rukopisa nastalih u periodu od XIV - XIX veka. Pri tome se Struški i Atonski rukopisi uzimaju kao najstariji rukopisi Dušanovog zakonika, te se stoga i smatraju najoriginalnijim tekstom feudalnih država tog doba.

se govori o zloupotrebi od strane feudalne vlastele, drugih povlašćenih slojeva i državnih službenika. Očigledno je da Zakonik pod onim što se propisuje kao zloupotreba podrazumeva vršenje službe kršenjem zakona u korist ili na štetu drugoga.

Za vreme vladavine cara Dušana, 1347. godine prevedena je Sintagma Matije Vlastara iz 1335, tzv. *Justinijanov zakonik*. Pomenuti zakonik sadrži delove vizantoijskih zbornika: Ekloge, Prohirona (od čijeg je prevođa nastao Nomokanon Sv. Save) i Zemljoradničkog zakona. Da su pojedini zbornici vizantijskog prava potpuno u duhu hrišćanske doktrine i čovekoljublja, dokaz su i Ekloge iz 726. godine koje insistiraju na pravičnom suđenju koje je jedino moguće ukoliko se iz sudova odstrane korumpirane i pristrasne sudije. Jednom rečju, sudije treba materijalno obezbediti da ih niko ne može potkupiti pa će oni objektivno suditi. Pod uticajem navedenih odredbi i u Dušanovom zakoniku u čl. 163. izričito stoji da *"Sve sudije sude samo po zakonu, a da ne sude po strahu od cara"*. Sudije su bile slobodne da sude, ali su bile i zaštićene od strane zakonodavca jer je u čl. 106. bilo propisano da *"ko se nađe da je osramoteio sudiju, ako bude vlastelin, da mu se oduzme sve, a ako selo, da se raspe i opleni"*. Od više sudova koje srećemo u srednjovekovnoj Srbiji (patrimonijalni, crkveni, državni, gradski, vladaočev, stanak) jedino je rad državnih sudija podrobno regulisan u Dušanovom zakoniku. Državne sudije su sudile u središtu svoje oblasti ili putujući po oblasti (srpskoj vlasteli i sebrima koji su neposredno potčinjeni vladaru). Pri tome, sudije nisu smele da na putu "ubiraju" obrok za svoje izdržavanje, odnosno: *"Kad god sudija ide po zemlji carevoj i svojoj oblasti, da nije vlastan uzeti obroka silom, ni bilo što drugo osim poklona što mu ko pokloni od svoje volje"*.¹⁷

Nisu samo sudije bile pod lupom "javnosti" nego i porotnici. Ukoliko bi se porotnici krivo zakleli – stizala ih je teška imovinska kazna i gubitak časti. O tome u čl. 144. piše: *"Koji se porotnici zakunu i oglašavaju pravim koga po zakonu pa se posle tog opravdanja nađe istiniti dokaz krivice u onoga opravdanoga koga su oglasili krivim, da uzme car od tih porotnika vraždu (globa za ubistvo) po tisuću perpera, a potom da se tim porotnicima ne veruje. I ako se iznađe da su znajući krivo opravdali, ili dali, ili neko mito uzeli, kada plate ono što je napred rečeno da se zatoče u drugom kraju nepoznatom"*.¹⁸

Svoju privrednu i političku moć srednjovekovni srpski vladar je jačao preko *regalija* (isključivih prava vladara na pojedine izvore prihoda). Neovlašćeno prisvajanje prihoda koji su se prikupljali za vladara, bilo je

¹⁷ Čl. 105. Atonskog prepisa Dušanovog zakonika.

¹⁸ Navedeni prepis Dušanovog Zakonika, str. 199.

veoma često. Tu pre svega spada neposredni porez na zemlju (*soće*) koji je dugovala vlastela (u žitu ili novcu) i ona ga je ubirala od svih zavisnih domaćinstava. U Dušanovom zakoniku u čl. 42 predviđena je obaveza plaćanja *soća*. Njena visina je iznosila 1 perper ili kabao žita godišnje. Primorski gradovi, Bar i Budva, plaćali su srpskome vladaru poseban porez, nazvan *akrostih*, u visini od 100 perpera godišnje. Dubrovčani su u srpsku dvorsku kasu plaćali godišnji danak od 2000 perpera. Taj se danak zvao *srpski* ili *svetodimatarski dohodak*. Od ostalih regalija zakon pominje tzv. *žirovninu* (čl. 190). Tim članom je predviđeno da vladar ima pravo na polovinu žira koji rodi u župi. Ovo pravo je u posrednoj vezi sa još jednom regalijom - pravo prvenstva prodaje mesa na trgovima. Pošto je stočarstvo bilo vrlo razvijeno, a žir se koristio za uzgajanje svinja, usled velike proizvodnje mesa, srpski vladar je odredio da on ima prednost kod prodaje mesa. Još jedna podanička obaveza zvala se "*pomoć*"; to je bio vanredni namet koji se praktikovao u slučaju ženidbe ili krštenja carevog sina. U čl. 198 propisan je rok za njegovo davanje: vlastelina koji porezu nije platio, car može da "sveže" i drži na svome dvoru "*dokle plati dvojinom*".¹⁹ Od ostalih dažbina koje su se slivale u vladarevu kasu, a koje su mogle biti prisvojene od neovlašćenih lica, u Zakoniku su spomenute: *udava* – samovlasno hapšenje za dug; *odboj* - globa zbog suprostavljanja sudskim izvršiteljima; *prestoj*- kazna zbog nedolaska na sud; *priselica* – pravo na konačenje, ishranu i sprovođenje državnog činovnika koji se zatekne u mestu van prebivališta; *potka* – globa koja se plaća zbog sukoba oko imanja ili međe...

U regalije neki autori ubrajaju i korišćenje *rudnog blaga* i *kovanje novca*. To nije u teoriji opšte prihvaćeno iako ima autora koji bar kada je u pitanju kovanje novca, polaze od toga da se to posredno vidi iz obaveze zlatara da stanuju u gradu, radi kontrole njihovog rada i zabrane da drugi zlatari, osim onih koje je car odredio, kuju novac (čl. 158). Koliko je to bilo važno pokazuje i odredba iz Zakona koja glasi: "*Ako se nađe zlatar u gradu da kuje tajno novac, da se zlatar sažeže, a grad da plati globu što reče car*"; "*a ako se nađe zlatar u selu da tajno kuje novac, da se selo raspe* (raseli, a imovina oduzme i uništi), *a zlatar da se sažeže*".²⁰ Pored opšte zabrane kovanja novca, svima onima koje car nije ovlastio, praktikovale su se i druge predostrožnosti. Novac se posebno merio (posebno zlatni i srebrni), radi utvrđivanja njegove stvarne vrednosti. Ovo je naročito bilo važno ne samo zbog postojanja krivotvorenog novca, već i zbog pojave opsecanja zlatnika, groša i dinara, kojima je težina namerno sma-

¹⁹ Opširnije o regalijama videti kod: D.Jeftić- D.Popović, nav delo, str. 36.

²⁰ Čl. 160. i čl. 161. Atonskog prepisa.

njivana, kako bi se ostvarila dodatna vrednost.²¹ Da i carevi opunomoćenici za kovanje novca nisu bili imuni na zloupotrebe u vezi sa istim, pokazuje primer izvesnog carinika kneza Lazara, Maroja Vučinića, koji je 1371. godine držao pod zakup rudnik, ali je zbog izrade lažnih groša bio je zatvoren i kažnjen globom od sto litara srebra.²²

Praksa krivotvorenja novca nije prestajala, već da je i u poznom srednjem veku sve više uzimala maha, o čemu svedoči *Zakon o rudnicima* despota Stefana Lazarevića (1389-1427) iz 1412. godine, gde je za falsifikovanje novca određena kazna - odsecanje palca i novčana globa.²³ Takva kazna je svakako posledica uticaja vizantijskog zbornika Ekologe gde su za aktere raznih "nečasnih" radnji, predviđene rigorozne kazne: šibanje, odsecanje jezika, nosa, ruku, oslepljivanje, šišanje i paljenje kose i brade, "što je u suprotnosti sa proklamovanim ciljem da se zbornik donosi radi veće humanosti".²⁴ Pojave krivotvorenja novca će iščeznuti tek sa nestankom samostalnosti srpske države, kada je i prekinuto kovanje novca.

Od ostalih izvora prihoda vladara koji su bili predmet zloupotreba, treba pomenuti i posebne *dažbine* dobijane po osnovu *carina* - koje su često davane u zakup. Dušanov zakonik govori o carevim trgovima, o obavezi vlastele i carevih carinika da puštaju ljude da idu na careve trgove, o kaznama u slučaju zadržavanja ljudi od strane vlastelina ili carinika.²⁵ O carinama se neposredno govori u ugovorima sa Dubrovnikom gde se upućuju dubrovački trgovci gde će plaćati carinu. Kako se posebno zarađivalo na povećanju zakupnina carina, carinici su često apostrofirani kao vinovnici raznih zloupotreba. Tako se u izvorima pominju izvesni carinici, vojvoda Bogdan i Radoslav Zanić, koji su u Srebrničkoj kovnici u više navrata izrađivali loš novac despota Đurđa Brankovića (1427-1456); u svakoj litri metala nalazila se jedna trećina bakra.²⁶

Jedna od odlika srednjeg veka je i nastanak novog staleža – staleža građanstva. Suprotno od srednjovekovnog zapadnoevropskog građanina, u srednjovekovnoj Srbiji se ne može govoriti o "građanstvu" kao trećem staležu (pored vlastele i sebara), ali može o stanovništvu koje živi u novonastalim srpskim srednjovekovnim gradovima. Pri tome se razlikuju tri kategorije: stanovništvo gradova koje živi u unutrašnjosti srednjovekovne Srbije, stanovništvo koje je živelo u primorskim gradovima i stanovništvo

²¹ S. Marjanović-Dušanić, D. Popović, nav. delo, str. 299.

²² M. Dinić, *Za istoriju rudarstva u srednjovekovnoj Srbiji i Bosni*, II, Beograd, 1955, str. 18 i 20.

²³ M. Dinić, nav. delo, str. 81.

²⁴ S. Avramović, V. Stanimirović, *Uporedna pravna tradicija*, Beograd, 2007, str. 171.

²⁵ Čl. 112- čl. 114. Atonskog prepisa.

²⁶ M. Dinić, isto, str. 80.

osvojenih grčkih gradova.²⁷ Gradovi u unutrašnjosti Srbije bili su rudarski i trgovački centri, sa pretežno starim naseobinama saskih rudara i dubrovačkih trgovaca.²⁸ Dubrovački trgovci i saski rudari uživaju izvesne lične privilegije (slobodu kretanja i slobodu trgovine), dok srpsko stanovništvo u gradovima ne uživa nikakve privilegije, ali zato: podnosi ekonomske terete, izdržavaju upravne organe, plaćaju dohodak vladarevom oblasnom namesniku (kefaliji), svoje proizvode umesto za dva dinara, moraju da prodaju za jedan dinar, duguju rabote (gradozidanije), plaćaju globu ako se u njihovom gradu nađe zlatar koji tajno kuje novac, grad sa okolinom odgovara za štetu koja se učini razbojništvom i krađom. Teška sudbina je čekala gospodare gradova koji bi se oglušili o obaveštenje da je u njihovom gradu i okolini učinjeno neko razbojništvo ili krađa. Kažnjavani su kaznom kao i vinovnici tih nedela: "... *razbojnik da se obesi strmoglavce, a lopov da se oslepi, a gospodar sela ili grada da se dovede svezan k caru da plati sve što je učinio lopov i razbojnik...*".²⁹

Stanovništvo primorskih gradova imalo je svoju samoupravu; stanovnik primorskog grada bio je pripadnik svoje gradske opštine; gradska opština je kao celina ipak bila u pravnom odnosu sa srpskom državom u kojoj je predstavljala posebnu i povlašćenu samoupravnu jedinicu. Primorski gradovi u srednjovekovnoj Srbiji (Kotor, Budva, Bar) razvijaju se preko trgovine i zanatsva; imaju čak i svoje statute čime zadržavaju autonomni položaj. Upravo je jedan od načina na koji su srednjovekovni Srbi upoznali vizantijsko javno i privatno pravo bila i "trgovina sa vizantijskim stanovništvom i kontakti sa upravnim aparatom vizantijskih careva".³⁰ Tako i trgovci počinju da se izdvajaju kao nova kategorija ljudi koji se pojavljuju u srednjovekovnoj Srbiji. Kako je nejasna granica između trgovca i zelenaša, trgovca toga doba prati "davnašnja sumnja, iz antike, a još jača u hrišćanstvu (Isus je trgovce isterao iz hrama)"³¹, da su oni raznim finansijskim malverzacijama skloni bogaćenju na račun drugih. Pojedine sudije koje su odlučivale o čestim sporenjima trgovaca, nisu bile

²⁷ Navedena podela je preuzeta od: D. Jeftić. D. Popović, nv. delo, str. 40-50.

²⁸ Oko rudnika: Brskovo, Trepča, Novo Brdo, Rudnik nastali su novi gradovi i trgovci kao što su: Priština, Vučitrn, Prijepolje i dr.. Oni su bili pod direktnom vlašću vladarevog upravnika.

²⁹ Čl. 134. - čl. 137. Atonskog prepisa Dušanovog zakonika.

³⁰ Ostali načini upoznavanja sa vizantijskim pravom bili su preko crkve i zakonodavne delatnosti srpskih vladara. Tako se "kod srednjovekovnih Srba javlja svest o pravu, zapisanim zakonima, pisanim ugovorima, što je civilizacijski posmatrano bio veliki napredak, jer su srpska plemena pre doseljavanja na balkanski prostor živela po običajnom, nezapisanom pravu", navodi: A. Malenica, *Rimsko pravo*, Novi Sad, 2008, str. 112.

³¹ Ž. Le Gof, *Čovek srednjeg veka*, Beograd, 2008, str. 26.

imune na razne malverzacije i zloupotrebe svog položaja. S druge strane, zbog nesposobnosti feudalne države da spreči samovolju svojih podanika na nižim nivoima, uzimanje pravde u svoje ruke, bilo je često. Teško se iskorenjivao srednjovekovni običaj tzv. *represalija*, koji je oštećenom pripadniku jedne zajednice davao pravo da štetu namiri ne uvek od krivca, nego od bilo kog pripadnika zajednice kojoj krivac pripada. Kao potvrda navedenog, može poslužiti prikaz svedočenja jednog Srbina iz Zahumlja koji je 1280. godine pred dubrovačkim sudom izjavio da je određenog dana video svog poznanika Grdana i njegovog sina Bratislava kako stoje pored puta nedaleko od dubrovačko-srpske granice. Kada je prišao i upitao ih šta rade, odgovorili su mu da su im Dubrovčani naneli neku štetu i da sada čekaju da naiđe bilo koji Dubrovčanin da se na njemu namire...³²

ZAKLJUČAK

I u srpskoj srednjovekovnoj državi uvek je bilo onih koji su hteli da ostvare neku korist ili privilegiju, na šta nisu imali pravo prema postojećim moralnim i pravnim normama. Takvi ljudi da bi došli do protivpravne koristi vešto su pribegavali korupciji kao metodu za ostvarenje tog cilja, pa su davali poklone (u robi ili novcu), činili razne usluge (materijalne i sl.) ili druge pogodnosti onome ili onima od kojih je zavisilo ostvarenje te koristi. Pored podmićivanja, u srednjovekovnoj srpskoj državi prisutni su i drugi oblici korupcije: nezakonite odn. prekomerne naplate raznih dažbina, kao i zadržavanje dela istih, pristrasnost u sudskim sporovima, samovlasno uzimanje pravde u svoje ruke... U periodima slabljenja centralne vlasti posebno je bilo aktuelno i pljačkanje putnika, preko razbojničkih skupina kojima je zaseda na drumu bila stalno radno mesto, do običnih kradljivaca koji su vrebali putnički tovar čekajući trenutak nepažnje da steknu iznenadnu dobit.³³ Zbog toga u *Dušanovom zakoniku* postoji čitav niz odredbi kojima je pooštrena odgovornost raznih činilaca zaduženih za bezbednost putnika i njihove imovine, preteći im, da će lično morati da nadoknade štetu koju putnik pretrpi dok je u njihovoj brizi.

Kroz prohujale vekove, birokratija je nažalost, na ovim našim prostorima uspela da nametne "korupciju" kao metod za sticanje raznih ekonomskih dobara i privilegija, mimo utvrđenih moralnih, pravnih, ekonomskih i drugih pravila u društvu. U vreme trajanja države Nemanjića bili smo Evropa, što danas, nažalost nismo. To i danas pokušavamo, ali se

³² Opširnije: S. Marjanović-Dušanić, D. Popović, nav. delo, str. 212.

³³ S. Marjanović-Dušanić, D. Popović, isto.

jedna od glavnih zamerki evropskih moćnika, tiče društvenog zla oličenog u korupciji. Poražavajuća je činjenica da današnja Srbija spada u jednu od najkorumpiranijih država u Evropi i da je na ivici bankrotstva. Danas nema srednjovekovnih "regalija" (isključivih prava vladara na pojedine izvore prihoda), ali ima gramzive vlasti, koja umesto povelja, donosi zakone i pomoću njih se, uz pomoć "kontraverznih biznismena", neosnovano bogate pojedinci, a državni budžet se prazni. Tu je i siromaštvo ljudi koje je znatno podložnije korupciji, na šta je još Aristotel upozoravao rekavši "da su siromašni ljudi, u sistemu sudske ili izvršne vlasti, zbog siromaštva i potkupljiviji".³⁴ Naravno toga bi manje bilo kada bi "odgovorna i profesionalna birokratija bila adekvatno nagrađena".³⁵

³⁴ Aristotel, *Politika*, BIGZ, Beograd, 1270 b.

³⁵ S. Vuković, *Korupcija i vladavina prava*, Beograd, 2003, str. 21

Nataša Deretić, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

Forms of Corruption in Mediaeval Serbia

Abstract: *The consolidation of feudal relationships in the Serbian territories (of Raska and Duklja-Zeta) was slow and it remained within the range of ancestral /tribal relations and institutions for a long time, from the second half of 11th to 14th century. With the emergence of the mediaeval Serbian state and the development of a bureaucratic apparatus, accompanied by specialization in the spheres of judicial practice and finance, a new type of people appeared – judges and other persons dealing with justice, officials of the feudal lords... The more developed and ramified the bureaucratic apparatus (consisting of individuals), the more deviant conduct of people. They did not shrink from different forms of abuse (embezzlement, defamation, excessive charges, and various scams related to the ruler's finances). The growing stratification in terms of social classes led to differentiation between those who were wealthy and the ones who were not. The former were increasingly recruited from the ranks of merchants and craftsmen, equally accustomed to deviant behaviour. What contributed to this was the fact that despite the principal allegiance to the Byzantine civilization, the Serbian state was not immune to western influences, coming mostly via coastal cities, but also from Hungary and other European states. The behaviour of mediaeval people was also influenced by the church, which in the territory of the mediaeval Serbia was a prominent economic, ideological and political force.*

Key words: *mediaeval social relations, strengthening of the central government, deviant behaviour of new classes of people, the Code of Dusan.*

*Dr Gordana Drakić, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

PRAVNI POLOŽAJ VANBRAČNE DECE PREMA PROPISIMA VAŽEĆIM NA VOJVOĐANSKOM PRAVNOM PODRUČJU U KRALJEVINI SRBA, HRVATA I SLOVENACA¹

Sažetak: Postojanje šest pravnih područja u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca na kojima su važili različiti zakoni stvarali su mnogobrojne teškoće u praksi sudova i svakodnevnom životu građana. Potreba za izjednačenjem i unifikacijom pravnih propisa naročito se osećala u oblasti građanskog prava, s obzirom na to da su zbog različitosti pravnih propisa nastajali najraznovrsniji problemi prilikom uspostavljanja pravnih odnosa između građana sa pojedinih pravnih područja. Ni na samom vojvođanskom pravnom području nije postojala jedinstvenost u važenju pravnih propisa. U radu je izložen pravni položaj vanbračne dece, s obzirom na odredbe relevantnih propisa koji su važili na vojvođanskom pravnom području.

Ključne reči: vanbračna deca, Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca, pravni partikularizam, izjednačenje prava, vojvođansko pravno područje, ugarski zakoni.

Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca imala je specifičan pravni sistem koji nije bio jedinstven već ga je odlikovalo postojanje šest pravnih područja. Takvo stanje u pravnom sistemu zajedničke države Srba, Hrva-

¹ Rad je nastao kao rezultat naučnog angažovanja u toku 2013. godine na projektu *Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo* čiji nosilac je Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

ta i Slovenaca bilo je uslovljeno okolnošću da su se u novostvorenoj državi našli združeni krajevi koji su nekada pripadali različitim državama sa raznorodnim zakonodavstvom i pravnim tradicijama. Dakle, dominantna karakteristika pravnog sistema Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca bio je pravni partikularizam, jer nova država nije bila jedinstveno pravno područje već skup posebnih regionalnih prava nasleđenih iz pravnih sistema država kojima su pojedina područja pre ujedinjenja pripadala.

Pravni sistem Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca činilo je šest pravnih područja: srbijansko, vojvodansko, crnogorsko, bosansko-hercegovačko, hrvatsko-slavonsko i dalmatinsko-slovenačko. Podela na navedena pravna područja izvršena je s obzirom na sudsko-administrativnu nadležnost, te s obzirom na pravne propise koji su se na pojedinom području primenjivali.

Rad na izjednačenju zakona u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca otpočeo je tokom prve godine njenog postojanja, a svoju organizovanu formu dobio je nakon donošenja prvog ustava novostvorene države. U članu 133. Ustava Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, donesenog 28. juna 1921. godine, bilo je propisano da će se za izjednačenje zakonodavstva i uprave ustanoviti kraći postupak.² Naime, svi zakonski predlozi, koji su za predmet imali izjednačenje zakonodavstva i uprave, a koji su bili podneseni od strane vlade ili pojedinih poslanika, upućivali su se posredstvom Predsedništva Narodne skupštine Zakonodavnom odboru.

Izveštaj Zakonodavnog odbora sa formulisanim predlogom zakona upućivao se, dalje, na rešavanje Narodnoj skupštini. O tome da li podnesene zakonske predloge prihvata ili odbacuje Narodna skupština se izjašnjavala poimeničnim glasanjem jedanput i u celini. Dakle, u Skupštini se odlučivalo o zakonskim predlozima u onoj redakciji u kojoj su bili upućeni od strane Zakonodavnog odbora, a poslanici nisu imali pravo da menjaju tekst predloga niti da o njima diskutuju. Dozvoljene su bile samo kratke izjave po jednog predstavnika parlamentarnih grupa.

Kraći postupak za izjednačenje zakona trebalo je, prema Ustavu, da se primenjuje u periodu od pet godina, računajući od dana donošenja najvišeg pravnog akta u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca. Ustav je, pored toga, sadržao i odredbu kojom je bila predviđena mogućnost da se pomenuti rok, u slučaju potrebe, produži odgovarajućim zakonom.

Navedenim tzv. kraćim postupkom za izjednačenje zakona bilo je umnogome pojednostavljen postupak ozakonjenja zakonskih projekata

² *Ustav Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, Službene Novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, br. 142 A od 28. juna 1921. godine.

koji su za predmet imali izjednačenje zakona. Sama priprema, odnosno pisanje projekata zakona bila je u nadležnosti Stalnog zakonodavnog saveta koji je ustanovljen u decembru 1919. godine pri Ministarstvu pravde.³ Savet je imao zadatak da izrađuje projekte zajedničkog zakonodavstva iz delokruga Ministarstva pravde, ali i iz nadležnosti drugih ministarstava koja su, sa svoje strane, imala obavezu da izrađene projekte svog resora upute Savetu na pregled. Stalni zakonodavni savet imao je tri odeljaka: privatno-pravni, krivično-pravni i javno-pravni.

U radu odeljaka Stalnog zakonodavnog saveta, naročito prilikom utvrđivanja definitivnih tekstova zakonskih projekata, učestvovali su stručnjaci iz svih krajeva Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca uključujući po jednog predstavnika univerziteta iz Beograda, Zagreba i Ljubljane, te po jednog sudiju i advokata sa područja Hrvatske, Slovenije, Vojvodine, Bosne i Hercegovine, Dalmacije i Crne Gore izabrane od strane najviših sudova svakog pravnog područja u državi.⁴

Potreba za izjednačenjem i unifikacijom pravnih propisa naročito se osećala u oblasti građanskog prava, s obzirom na to da su zbog različitosti pravnih propisa nastajali najraznovrsniji problemi prilikom uspostavljanja pravnih odnosa između građana sa pojedinih pravnih područja. Ugledni pravници isticali su u svojim člancima neophodnost prevazilaženja pravnog partikularizma i unifikacije zakona, ukazujući na probleme koji su se svakodnevno javljali naročito u oblasti privatnopravnih odnosa. Koegzistencija različitih zakonodavstava na teritoriji Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca stvarala je svakodnevno raznovrsne probleme u životima građana. „Danas kod nas nema jasnosti u pravima i potpune sigurnosti. U mnogom pogledu postoji zabuna. Usled raznovrsnosti zakonodavstava u pravni život građana unešen je kaos, u kome je se vrlo teško snaći. Veliki je broj pravnih poslova čija punovažnost zavisi jedino od geografske širine ili dužine. Masa pravnih dejstava zavisi od slučaja. Isti pravni posao proizvodi različita dejstva u raznim krajevima države.“⁵

Jedna od oblasti u kojoj je problem pravnog partikularizma, odnosno važenja različitih propisa u istoj pravnoj stvari na pojedinim pravnim područjima u državi, bio naročito izražen bila je oblast bračnog i porodičnog prava. To je, u praksi, za posledicu imalo faktičku nejednakost građana. Bolji uvid u navedeno stanje daje nam osvrt na pravne propise koji su

³ *Uredba o uređenju Ministarstva pravde*, Službene Novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca br. 168 od 23. decembra 1919. godine.

⁴ E. Lovrić, *Rad oko izjednačenja zakona u našoj državi*, Mjesečnik, Zagreb 1921, 1, 45.

⁵ M. Konstantinović, *Izjednačenje zakona*, Književni sever, Subotica 1925, I, 2, 55.

važili na pojedinom pravnom području, što je pored sudsko-administrativne nadležnosti bio glavni kriterijum za podelu na pomenutih šest pravnih područja.

Srbijansko pravno područje obuhvatalo je teritoriju Kraljevine Srbije, a u sudsko-administrativnom pogledu to je bilo područje nadležnosti Kasacionog suda u Beogradu, odnosno Apelacionih sudova u Beogradu i Skoplju. U oblasti porodičnog prava, te odnosa roditelja i dece, na ovom području važio je *Srpski građanski zakonik* od 1844. godine. Crkveni propisi pravoslavne crkve važili su u oblasti bračnog prava, izuzev imovinskih odnosa bračnih drugova.

Vojvođansko pravno područje, odnosno pravno područje Vojvodine sa Međumurjem bilo je, po sudsko-administrativnoj podeli, u nadležnosti Odeljenja B. Kasacionog suda u Beogradu sa sedištem u Novom Sadu. Na ovoj teritoriji važilo je uglavnom mađarsko pravo. Ono se, takođe, primenjivalo pod uslovom da nije bilo u suprotnosti sa propisima zakonodavstva nove države. Na onom delu teritorije Vojvodine koji je pre razvojačenja pripadao Vojnoj granici važilo je austrijsko pravo pod istim uslovima kao mađarsko. To je bilo područje nadležnosti Okružnog suda u Pančevu i sreskih sudova u Banatskom Karlovcu, Beloj Crkvi, Kovinu, Titelu i Žablju.

Crnogorsko pravno područje predstavljalo je područje nadležnosti Velikog suda u Podgorici i na njemu su se primenjivali pravni propisi nekadašnje Kraljevine Crne Gore. U oblasti građanskog prava važio je *Opšti imovinski zakonik* od 1888. godine, dok su u pogledu bračnog prava relevantna bila pravila crkvenog prava.

Hrvatsko-slavonsko pravno područje obuhvatalo je teritoriju bivše Kraljevine Hrvatske, Slavonije i Dalmacije, bez Dalmacije, Istre i Međumurja. Shodno sudsko-administrativnoj podeli, to je bilo područje nadležnosti Odeljenja A. Stola sedmorice u Zagrebu i apelacionih sudova u Splitu i Ljubljani. Na ovom području, u oblasti građanskog prava, osnovni izvor bio je austrijski Opšti građanski zakonik sa novelama donesenim 1914, 1915. i 1916. godine.

Bosansko-hercegovačko pravno područje obuhvatalo je teritoriju Bosne i Hercegovine, odnosno teritoriju nadležnosti Vrhovnog suda u Sarajevu. Na njemu su važili propisi doneseni za to područje do 29. oktobra 1918. godine, odnosno do ujedinjenja i stvaranja Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca. Karakteristično za ovo područje bilo je to što je u oblasti bračnog prava važilo za muslimane isključivo konfesionalno – versko pravo, po čijim propisima su sudili šerijatski sudovi koji su imali status državnih, a ne crkvenih tj. duhovnih sudova.⁶

⁶ F. Čulinović, *Državopravna historija jugoslavenskih zemalja XIX i XX vijeka*, Zagreb 1959, 308. i dalje. L.J. Krkljuš, *Pravna istorija srpskog naroda*, Novi Sad 2004, 456–459.

Unifikacija prava u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca predstavljala je dugotrajan proces koji je tekao prilično sporim tempom, s obzirom na ukupne društvene, odnosno političke prilike. S druge strane važenje i primena različitih pravnih propisa u unitarnoj državi stvarali su velike teškoće u praksi.

Ni na samom vojvođanskom pravnom području nije postojala jedinstvenost u važenju pravnih propisa. Kada je reč o građanskom pravu, uglavnom je važno ugarsko pravo, osim na onom delu teritorije Vojvodine koji je pre razvojačenja pripadao Vojnoj granici gde se primenjivao austrijski *Opšti građanski zakonik*. Ugarsko privatno pravo bilo je karakteristično po tome što je u njemu običajno pravo imalo značajnu ulogu, a naročito pravotvornu funkciju u tom smislu imala je sudska praksa. Tu se, pre svega, misli na na tzv. decizije, odnosno presude najviših ugarskih sudskih instanci tzv. Kraljevskih kurija. Najviša sudska instanca na vojvođanskom pravnom području u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca bilo je Odeljenje B. Kasacionog suda u Novom Sadu osnovano 1920. godine.⁷ Načelne odluke Kasacionog suda ili decizije nisu imale karakter zakona, ali su se sudovi i građani pridržavali tih pravila, pretpostavljajući da će najviši sud na osnovu njih rešiti konkretan pravni spor. Primena ugarskih zakona na području Vojvodine bila je, naravno, moguća samo ukoliko isti nisu bili u suprotnosti s novim sistemom vlasti, odnosno zakonima Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca.⁸ Na području Vojvodine postojao je, dakle, mešoviti pravni sistem koji je, može se reći, predstavljao uspešnu sintezu sudskog i zakonskog prava. „Zahvaljujući specifičnoj ulozi Kasacionog suda u Novom Sadu vremenom je uobličen autohtoni sistem vojvođanskog privatnog prava. Reč je o posebnoj vrsti *mešovitih pravnih sistema*. U njemu nalazimo elemente tzv. *sudskog prava* (koje je nastajalo kroz praksu Kasacionog suda) ali i elemente *zakonskog prava* (koje su stvarali organi zakonodavne vlasti).⁹

U skladu s tim i u rešavanju pitanja iz oblasti roditeljskog prava sudovi na području Vojvodine su primenjivali ugarsko zakonodavstvo – *Zakonski članak XX iz 1877. godine (Zakon o tutorstvu i starateljstvu)*, te *Zakonski članak XXXI iz 1894. godine (Zakon o braku)*, kao i austrijski *Opšti građanski zakonik*. Odeljenje B. Kasacionog suda u Novom Sadu, kao najviša sudska instanca na području Vojvodine, primenjivalo je, da-

⁷ Detaljnije o radu i ulozi Odeljenja B. Kasacionog suda u Novom Sadu videti: G. Drakić, *Odeljenje B. Kasacionog suda u Novom Sadu (1920–1941)*, Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad 2013, 2, 367-383.

⁸ Z. Piškulić, I. Đerđ, *Osnovi privatnoga prava u Vojvodini*, Beograd 1924, 8. Vid. F. Čulinović, nav. delo, 310-311.

⁹ D. Nikolić, *Harmonizacija i unifikacija građanskog prava*, Novi Sad 2004, 157.

kle, ugarsko, odnosno austrijsko pravo u zavisnosti od toga na kojoj teritoriji je odlučivano u prvostepenom i drugostepenom postupku. Sudovi su se, pored toga, pozivali na stalnu sudsku praksu, na pravna pravila, odnosno principe privatnog prava, te na pravnu nauku.¹⁰

Zakonitim detetom, prema propisima važećim na području Vojvodine, smatrano je dete koje je žena rodila najmanje šest meseci nakon zaključenja ili najviše deset meseci nakon prestanka zakonitog ili putativnog braka. Dete je, potom, moralo biti, kao zakonito upisano u matične knjige rođenih, čak i onda kada je bilo očigledno da muž ne može biti otac deteta, jer je samo sud bio ovlašćen da utvrdi nezakonitost deteta rođenog u braku.¹¹

Shodno § 35. *Zakona o državnim maticama* rođenje svakog deteta moralo se u roku od sedam dana nakon porođaja prijaviti u matične knjige rođenih. Na podnošenje prijave za upis u matične knjige po Zakonu su bili, sledećim redosledom, obavezni: zakoniti otac, babica koja je pomagala pri porođaju, lekar koji je pomagao pri porođaju, sve osobe koje su porođaju prisustvovala, te lice u čijem stanu se porođaj dogodio. Osim navedenih lica, istu obavezu imala je i majka kada se oporavi i bude u stanju da podnese prijavu.¹²

Maloletna zakonita i pozakonjena deca bila su pod vlašću oca, prema ugarskom pravu. Otac je bio zakonski zastupnik svoje maloletne dece, rukovao je imovinom maloletnog deteta, imao plodouživanje na višku prihoda od imovine maloletnika i imao pravo da imenuje, ali i isključi od tutorstva određeno lice, uključujući i majku. Deca su bila obavezna na poslušnost prema roditelju i tutoru, na šta su mogla biti prinuđena „kućnom disciplinom“ koja se mogla vršiti samo na način neškodljiv po zdravlje maloletnika.¹³

Majka vanbračnog deteta, ukoliko je bila punoletna, vršila je tzv. očinsku vlast nad detetom, odnosno bila njegova zakonska zastupnica. Tutora vanbračnom detetu čija je majka bila maloletna određivala je majčina starateljska vlast, dok ne postane punoletna kada je, kako je prethodno navedeno, sticala zakonito i prirodno tutorstvo nad svojim detetom. Vanbračno dete bilo je, shodno zakonskim odredbama, u srodstvu samo

¹⁰ G. Kovaček-Stanić, *Analiza sudske prakse u Vojvodini iz oblasti odnosa roditelja i dece u dvadesetim i tridesetim godinama XX veka*, Zbornik Matice srpske za društvene nauke, Novi Sad 2008, 125, 117.

¹¹ Z. Piškulić, I. Đerđ, nav. delo, 246-247.

¹² *Zakonski članak XXXIII od godine 1894. O državnim maticama*, Sremski Karlovci 1895.

¹³ G. Kovaček-Stanić, *Pravni položaj deteta u porodičnom pravu Srbije i Vojvodine pre II svetskog rata*, Građanska kodifikacija Zbornik radova, Niš 2002, 1, 227.

sa svojom majkom i prema njoj imalo nasledna prava, „a po novijoj praksi kurije i za srodniciima matere recipročno“.¹⁴

Kada se radilo o izdržavanju vanbračnog deteta, do vremena kada je ono postajalo sposobno za samostalno privređivanje dužan je bio da ga izdržava prirodni otac. Međutim, do trenutka dok sud ne donese rešenje o izdržavanju vanbračnog deteta tu obavezu je imala majka. Stoga majka vanbračnog deteta nije mogla da od njegovog oca traži naknadu onoga što je potrošila na izdržavanje deteta pre nego što je pokrenula parnični postupak radi izdržavanja deteta od strane oca. Takav postupak pokretao se kod mesno nadležnog sreskog suda.¹⁵ U sudskim sporovima koji su za predmet imali izdržavanje vanbračnog deteta od strane oca, sud je kao, svojevrsno, prethodno pitanje utvrđivao, najpre, vanbračno očinstvo tuženog muškarca. Međutim, u izreci presude sud je odlučivao samo o izdržavanju. Utvrđivanje vanbračnog očinstva moglo je biti kao posebno pitanje predmet sudskog postupka, pravo na tužbu imalo je dete, a za vreme njegovog maloletstva majka deteta, i tada je: „Presuda kojom je očinstvo utvrđeno imala apsolutno dejstvo (*erga omnes*), ali u parnici za izdržavanje, pretpostavljeno očinstvo ima pravno dejstvo samo za parnične stranke (*intuitu personae*).“¹⁶

Postojala je zakonska pretpostavka da se prirodnim ocem može smatrati onaj ko je sa majkom polno opštio u vreme, od kog do rođenja deteta, „nije prošlo više od 300 ni manje od 182 dana (rešenje kurije od 10. novembra 1905, br. 234.). Po noveliranom a. g. z., § 163: „ni manje od 180 dana“.“¹⁷ Pretpostavku o očinstvu nije obarala okolnost da je i neko drugi polno opštio sa majkom deteta u kritično vreme. Međutim, po ugarskom pravu, paternitetska tužba bila bi odbijena, ako bi se dokazalo da je majka u predmetnom periodu „nemoralno živela podavajući se mnogima za novac (rešenje kurije od 10. septembra 1904, br. 140.).“¹⁸ Preciziranje o tome kakvo ponašanje majke se smatralo nemoralnim postizalo se kroz pozivanje na stalnu sudsku praksu, odnosno uzimajući u obzir ranije postupanje suda u istom pitanju.¹⁹

¹⁴ I. Milić, *Pregled mađarskog privatnog prava*, Subotica 1921, 42.

¹⁵ Z. Piškulić, I. Đerd, nav. delo, 252.

¹⁶ G. Kovaček-Stanić, *Porodičnopravni odnosi roditelja i dece u Srbiji (Vojvodini) kroz istoriju i danas*, Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad 2013, 2, 110.

¹⁷ I. Milić, nav. delo, 43.

¹⁸ Isto, 43.

¹⁹ O tome videti: G. Kovaček-Stanić, *Analiza sudske prakse u Vojvodini iz oblasti odnosa roditelja i dece u dvadesetim i tridesetim godinama XX veka*, Zbornik Matice srpske za društvene nauke, Novi Sad 2008, 125, 111-112. i 118.

Za vreme rata, 28. novembra 1916. godine, od strane Ministarskog saveta bila je izdata Naredba sa zakonskom snagom broj 3982 prema kojoj je prirodni otac pored izdržavanja deteta morao majci deteta da nadoknadi troškove vezane za drugo stanje, porođaj i rođenje deteta, u periodu dve nedelje pre porođaja i četiri nedelje nakon porođaja. Prosečan iznos tih troškova, majka vanbračnog deteta mogla je da zahteva, a pritom nije imala obavezu da dokazuje koliko je zaista potrošila. Naknada troškova pripadala je majci vanbračnog deteta i u slučaju da je dete na porođaju preminulo ili je bilo mrtvo rođeno.²⁰

Vanbračna, odnosno nezakonita deca mogla su biti, prema pravu važećem na vojvođanskom pravnom području, pozakonjena na sledeća dva načina: naknadnim brakom roditelja i milošću kraljevom, odnosno kraljevskim ukazom. Pozakonjenje vanbračnog deteta kojim je ono dobijalo bračni status bilo je vrlo važno pravno sredstvo za poboljšanje njegovog pravnog položaja u odnosu na roditelje, ali i okolinu.

Uslov za pozakonjenje naknadnim sklapanjem braka roditelja bilo je priznanje oca. Naime, okolnost da su roditelji vanbračnog deteta naknadno venčani mogla je da se ubeleži u matične knjige venčanih samo onda kada je priznanje prirodnog oca već ubeleženo, ili ako se ubeleži istovremeno sa venčanjem, na osnovu lične izjave oca ili javnom ispravom.²¹

Pozakonjenje kraljevskim ukazom mogao je, ukoliko roditelji ne sklope brak, tražiti prirodni otac deteta, posredstvom ministra pravde. To je bilo opravdano ukoliko je majka deteta umrla ili zbog nekih drugih značajnih razloga nisu mogli da stupe u brak. Dejstvo pozakonjenja na ovaj način nije moglo da utiče na prava očeve zakonite dece. Vanbračno dete pozakonjeno kraljevom milošću nije bilo u srodstvu sa očevim srođnicima, te je u pravnoj nauci ocenjeno kao slabije u pogledu pravnog dejstva u odnosu na pozakonjenje naknadnim sklapanjem braka.²²

Kada se radilo o veroispovesti vanbračnog deteta, njeno uređenje bilo je propisano *Zakonom o veroispovedanju dece* od 1894. godine.²³ U petom paragrafu Zakona bilo je propisano da su nezakonita deca iste veroispovesti kao majka, ukoliko je ta veroispovest bila zakonski priznata. Ako bi majka prešla u drugu zakonom priznatu veroispovest, njena deca mlađa od sedam godina takođe bi prešla u istu veroispovest. Vanbračno muško dete koje je pozakonjeno kraljevskim ukazom ili od oca prizna-

²⁰ Z. Piškulić, I. Đerđ, nav. delo, 252-253. I. Milić, nav. delo, 43.

²¹ Više o tome videti: Z. Piškulić, I. Đerđ, nav. delo, 247-248.

²² Isto, 248.

²³ *Zakonski članak XXXII od 1894. godine. Zakon o veroispovedanju dece*, Sremski Karlovci 1895.

to, koje nije navršilo sedmu godinu života, sledi veroipovest svoga oca, ako je otac tu želju izrazio u roku od šest meseci od priznanja, odnosno pozakonjenja.

*
* *

Na osnovu izloženog, može se zaključiti da je pravni položaj vanbračne dece bio naglašeno inferioran u odnosu na prava dece rođene u bračnoj zajednici. U radovima savremenika na istu temu, saznajemo da pravni položaj vanbračne dece nije bio ništa povoljnije regulisan ni relevantnim propisima koji su se primenjivali na ostalim pravnim područjima Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca.²⁴ Naime, i letimičan pregled odredaba propisa koji su se ticali materije bračnog prava jasno upućuje na to da se težilo očuvanju porodice kao jedne od najvažnijih socijalnih ustanova i, u širem smislu, svojevrsnog temelja državne organizacije. Po članu 28. Ustava Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca brak je stajao pod zaštitom države, a time je i porodica koja je iz braka ishodila bila pod zaštitom države.

Stoga je, donekle, razumljivo što su vanbračna deca rođena van porodice i braka bila u naročitom, gorem, pravnom položaju u odnosu na položaj bračne dece. Intencija zakonodavca očigledno je bila da se, na taj način, posrednim putem što više ograniče vanbračne zajednice u korist porodice.

Vremenom se, međutim, uvidelo da pitanje pravnog položaja vanbračne dece nije moguće ignorisati, te da je potrebno njegovo jedinstveno regulisanje koje bi omogućilo bolji položaj dece rođene van braka. Tome je svakako doprineo i porast društvene svesti o tom problemu, te su u člancima savremenika bili jasno istaknuti stavovi da je pitanje uređenja pravnog položaja vanbračne dece predstavljalo socijalni problem od velikog društvenog značaja. Naročita pažnja ovom pitanju, između ostalih, posvećena je u periodu nakon što je 1934. godine bila završena *Predosnova građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju* i predata od strane komisije Ministarstvu koje je nacrt svojim raspisom 1935. godine uputilo pravnim fakultetima, privrednim ustanovama i preduzećima na mišljenje.²⁵

²⁴ Videti: D. Danić, *Povodom jedne važne odluke Kasacionog suda*, Beograd 1928; M. Begović, *Položaj vanbračne dece u šerijatskom i građanskom pravu*, Sarajevo 1939.

²⁵ B. Eisner, M. Pliverić, *Mišljenja o Predosnovi Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju*, Zagreb 1937; B. Eisner, *Kako da se u novom građanskom zakoniku uredi pravni položaj vanbračne dece*, Beograd 1937;

O društvenoj važnosti potrebe da se jedinstveno zakonski uredi pravni položaj vanbračne dece svedoči i činjenica da je prva, od šest, rezolucija koje je usvojio Kongres pravnika održan u Novom Sadu u septembru 1938. godine, bila posvećena upravo tom pitanju. Ona je glasila: „Kongres pravnika smatra da naše zakonodavstvo treba da što pre poboljša pravni položaj vanbračne dece. Pri tome treba: 1) da se svakom vanbračnom detetu obezbede sredstva izdržavanja, vaspitanja i napretka; 2) da se kod priznate dece olakšanim postupkom omogući usvojenje od strane oca i time stave u položaj usvojene dece sa svima pravima prema usvojitelju i njegovoj rodbini; 3) da se nepriznatoj deci sudskim putem (po zvaničnoj dužnosti?) traži i utvrdi izdržavalac; 4) da vanbračno dete ima prema materi i njenoj rodbini sva prava bračne dece.“²⁶ Time je sa stručnog skupa, od strane eminentnih pravnika, izražen stav o neophodnosti poboljšanja položaja vanbračne dece u državi i na autoritativan način, u vidu rezolucije Kongresa pravnika, saopšteno mišljenje javnog mnjenja o tom važnom pitanju.

²⁶ J. Pivnički, *Pravni položaj vanbračne dece*, Pravnički glasnik, Novi Sad 1938, 7-8, 13.

*Gordana Drakić, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

The Legal Position of Illegitimate Children According to the Regulations that were in Force in the Territory of Vojvodina in the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes

Abstract: *In the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes existed six different legal territories. Legal particularism that existed in the common state of Serbs, Croats and Slovenes was one of the major problems in state that caused many problems in the everyday life of citizens. One of the main goals of the authorities was to execute equating of laws. Special shortened procedure for equating of laws was established by the St. Vitus' Day Constitution. In the territory of Vojvodina mainly were valid Hungarian laws.*

Illegitimate children were in a inferior legal position than children born in wedlock according to the laws that were in force in the territory of Vojvodina. Illegitimate child was in kinship only with its mother. Non-marital children could be equated with children born in wedlock in two cases prescribed by law: if parents of illegitimate child enter marriage later on, or pursuant to the Royal Decree.

The legal position of non-marital children was one of the outstanding social issues in the state that had to be uniformly resolved.

Key words: *illegitimate children, Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes, legal particularism, equating of laws, territory of Vojvodina, Hungarian laws.*

*Dr Maša Kulauzov, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

POLOŽAJ ŽENE U CRNOGORSKOM BRAČNOM PRAVU XIX VEKA¹

Sažetak: U radu je razmotren pravni položaj žene u bračnom pravu Crne Gore XIX veka. Analizirane su zakonske i običajnopravne norme koje se odnose na zaključivanje braka, uslove za njegovu punovažnost, ženino bračno neverstvo, odvojen život supružnika, razvod i njegova pravna dejstva i imovinska prava udovice. Podređen položaj žene u materiji bračnog prava naročito je izražen u slučaju bračnog neverstva. Ipak, vremenom se sa razvojem društva i ženina pozicija popravlja, te je stoga u radu skrenuta pažnja na odredbe koje ilustruju poboljšanje njenog pravnog položaja.

Ključne reči: Crnogorsko običajno pravo, zakonodavstvo, zaključivanje braka, ženino bračno neverstvo, odvojen život supružnika, razvod braka, imovinska prava udovice.

Odredbe o statusu žene u crnogorskom bračnom pravu odraz su opštih prilika u patrijarhalnom, konzervativnom društvu kakvo je bilo crnogorsko u XIX veku. Podređen položaj žene u odnosu na muškarca i oštrije sankcionisanje njenog nemoralnog ponašanja tipični su za zaoštalu, konzervativnu sredinu, u kojoj su postupci žena protivni polnom moralu uvek strožije kažnjavani. Ipak, vremenom je u crnogorskom zakonodavstvu sve prisutnija tendencija ka poboljšanju opšteg položaja udate žene, razvedene žene i udovice, naročito od donošenja *Opšteg ze-*

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

maljskog zakonika. Zakonodavstvo u mnogo većoj meri vodi računa o slobodnoj volji devojke da stupi u brak i preciznije uređuje imovinska prava udovice.

S obzirom da nije izvršena kodifikacija porodičnog prava, odredbe *Danilovog zakonika* predstavljaju najznačajniji pravni izvor za upoznavanje sa pravnim položajem žene u crnogorskom društvu XIX veka. Tim pre što je anketa sprovedena 1873. godine radi ispitivanja primene *Zakonika* u praksi pokazala da su pomenute pravne norme važile i 18 godina nakon donošenja *Zakonika*. Zato smo pokušali da u radu damo celovit prikaz zakonskih odredaba o mestu i ulozi udate žene u patrijarhalnoj sredini a potom da izvršimo njihovu istorijskopravnu analizu. Kako bi se dobila celovita, zaokružena slika o statusu žene u crnogorskom bračnom pravu, analizirani su i pravni propisi doneti pre i posle *Danilovog zakonika* koji regulišu pojedine aspekte ženinog pravnog položaja.

I

Zakonik obšči crnogorski i brdski donet između 1798. i 1803. godine je prvi pravni spomenik koji sadrži norme o devojci i udatoj ženi. Otmica udate žene ili devojke kažnjava se progonstvom i konfiskacijom imanja. Sveštenik koji venča otetu udatu ženu ili devojku, koja je silom oteta ili sa kojom brak nije zakonom dopušten, biće raščinjen, prognan i proklet (čl. 11 i 12).² *Zakonik* je udaju devojke vezao isključivo za pristanak i dozvolu roditelja. Po članu 11, čovek ne može uzeti devojku, koju mu ne budu dali „devojački roditelji ili svojta i blizika devojačka“. Ovim je propisom ograničena devojčina slobodna volja. Regulisanje privatnopravne materije uključujući i bračno pravo biće prepušteno kasnijem zakonodavstvu jer *Zakonik svetog Petra* sadrži u prvom redu krivičnopravne i odredbe o sudovima i sudskom postupku.

Zakoni otečestva od 1833. godine sankcionišu raširenu praksu stupanja u brak pored već postojeće bračne veze. Zbog nesavršenosti crkvene administracije i nemoći državnog aparata da ima apsolutan uvid u bračni status svojih podanika, veliki broj pojedinaca stupao je u brak i pored toga što je već imao zakonitog bračnog partnera. U ovom slučaju i muškarac i žena bili bi kažnjeni teškim kaznama, a pop koji ih venča raščinjen. Kako je zakonodavac pošao od stava da je stabilnost bračnih zajednica

² *Zakonik obšči crnogorski i brdski*, *Crnogorski zakoonici – pravni izvori i politički akti od značaja za istoriju državnosti Crne Gore*, knjiga I, priredili B. Pavićević i R. Raspopović, Podgorica 1998, str. 12.

osnova društvene stabilnosti, zabranjen je razvod braka bez presude duhovnog suda, koji je nastojao da broj razvoda svede na najmanju moguću meru. Samovoljno napuštanje bračnog druga kažnjava se teškim kaznama i kletvama (čl. 16).³ Ovo je jedina odredba iz oblasti bračnog prava koju *Zakoni* sadrže, i za razliku od *Zakonika svetog Petra* ne pominju zabranu prisilnog sklapanja braka sa devojkom uz upotrebu prinude.

Slobodna volja budućih supružnika da stupe u brak podrazumeva da su oni navršili određene godine u kojima mogu zrelo i pravilno da rasuđuju, nikako da su roditelji zaključili veridbu odmah po njihovom rođenju. Zato je knjaz Danilo 1853. godine doneo naredbu kojom se zabranjuje sklapanje maloletničkih brakova. Pod pretnjom stroge kazne zabranjuje se veridba pre „sovršenog voznasta za ženidbu i udaju“, i veridba sina ili kćeri bez njihovog znanja.⁴ Tim pre zabranjeno je sklapanje braka pre navršenog bračnog punoletstva. Opsežna anketa koju je Valtazar Bogišić sproveo 1873. godine radi ispitivanja običajnog prava u Crnoj Gori pokazala je da se devojke obično udaju između petnaeste i osamnaeste godine, a muškarci žene između osamnaeste i dvadeset pete godine.⁵ Detaljan popis običajnog prava svedoči o tome da su devojke raskidale veridbu mnogo češće nego mladići i tada su bile dužne da vrate darove koje su primile u dvostrukom iznosu.⁶ Običajno pravo ukazuje na to da se devojačka želja da stupi u bračnu zajednicu uzimala u obzir mnogo više nego što bi se iz pisanih pravnih propisa moglo zaključiti. U slučaju samovoljnog raskida veridbe bez opravdanog razloga devojka ne snosi nikakve pravne posledice već je samo dužna da vrati darove u dvostrukom iznosu.

Svi napred navedeni propisi doneti pre *Danilovog zakonika* sadrže samo sporadične, šture odredbe koje fragmentarno regulišu pojedine apekte pravnog položaja žene u bračnom pravu. Preciznije uređenje pozicije žene prilikom sklapanja braka i njenog statusa u bračnoj zajednici predvideo je tek knez Danilo 1855. godine u svom *Zakoniku*. Dovršivši izgradnju državne vlasti knez je svojim autoritetom obezbedio primenu zakonskih normi u sudskoj praksi, te je od vremena njegove vladavine jednoobrazno regulisan i pravni položaj udate žene u crnogorskom društvu.

³ *Zakoni otačastva, Crnogorski zakonici – pravni izvori i politički akti od značaja za istoriju državnosti Crne Gore*, knjiga I, priredili B. Pavićević i R. Raspopović, Podgorica 1998, str. 105.

⁴ *Naredba knjaza Danila o zabrani sklapanja maloletničkih brakova, Crnogorski zakonici – pravni izvori i politički akti od značaja za istoriju državnosti Crne Gore*, knjiga I, priredili B. Pavićević i R. Raspopović, Podgorica 1998, str. 163.

⁵ V. Bogišić, *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji (anketa iz 1873.g.)*, priredio T. Nikčević, Titograd 1984, str. 40.

⁶ Isto, str. 43.

II

U *Opštem zemaljskom zakoniku* od 1855. godine se mnogo više vodi računa o želji devojke da svojevolutno stupi u brak nego u predašnjem zakonodavstvu. Uvodi se obavezan predbračni ispit, tako da je sveštenik tri dana pre zakazanog venčanja pitao devojkicu da li je saglasna da sklopi brak sa mladoženjom. Ukoliko nije, svešteniku je zabranjeno da ih venča jer se veridba u svakom trenutku može raskinuti. Isti je postupak sproveden i sa momkom. Svešteno lice koje protiv volje jednog od verenika zaključi brak, biće raščinjeno (čl. 68).⁷ Anketa koju je Valtazar Bogišić sproveo 1873. godine radi ispitivanja važenja *Zakonika* pokazala je da se pomenuti član primenjivao i 18 godina nakon donošenja, s tim što bi sveštenik koji ne poštuje volju mladenaca bio samo kažnjavan a ne i raščinjen.⁸

Zakonik u potpunosti preuzima odredbu o kažnjavanju otmice devojke iz *Zakonika svetog Petra* (čl. 69), ali naglašava i neophodnost poštovanja njenog izbora bračnog partnera bez znanja roditelja. Član 70 glasi: „Ako bi devojka dobre volje bez znanja roditelja svojice pošla za momkom, to im se onda ne može ništa, jer ih je sama ljubav vezala.“⁹ Za razliku od prethodnog člana koji zabranjuje brak sa devojkicom protiv volje njenih roditelja i staratelja, član 70 ističe značaj njene slobodne volje da sklopi brak sa momkom koga sama izabere. Ovakvom stilizacijom zakonske norme ukinute su diskriminatorne odredbe prisutne u ranijem zakonodavstvu prema kojima je devojka više bila objekt nego subjekt bračnog prava, s obzirom da su o njenoj udaji odlučivali bliski krvni srodnici i mladoženja. Podređen položaj žene u znatnoj meri je poboljšao pomenutom novinom a budući supružnici dovedeni u ravnopravnu poziciju u pogledu volje za sklapanje braka. Popis običajnog prava pokazao je da je član 70 *Zakonika* u potpunosti poštovan u sudskoj praksi.¹⁰

Opšti zemaljski zakonik je prvi pisani pravni propis kojim je udovica materijalno obezbeđena nakon smrti muža. Ranije doneti pravni zbornici uopšte ne sadrže odredbe o načinu izdržavanja žene nakon smrti supruga, što je dovodi u izuzetno nezahvalnu poziciju. Naime, kako je udata žena

⁷ *Danilov zakonik, Crnogorski zakoni – pravni izvori i politički akti od značaja za istoriju državnosti Crne Gore*, knjiga I, priredili B. Pavićević i R. Raspopović, Podgorica 1998, str. 180. U daljem tekstu: *Danilov zakonik*.

⁸ *Bogišićeve opaske o Danilovom zakoniku*, priredio S. Borovski, *Zapisi – Glasnik Cetinskog istorijskog društva*, knjiga XX, sveska 2, avgust 1938, Cetinje 1938, str. 80. U daljem tekstu: *Opaske o Danilovom zakoniku*.

⁹ *Danilov zakonik*, str. 180.

¹⁰ *Opaske o Danilovom zakoniku*, str. 81.

imala ograničenu poslovnu sposobnost, a samim tim i restriktivne mogućnosti sticanja imovine, moglo se desiti da, postavši udovica, ostane bez elementarnih sredstava za život i da zavisi od milostinje srodnika pokojnog supruga. Kako ona ne polaže prava na muževljevu imovinu jer nije njegov zakonski naslednik čak i ako nema drugih srodnika, ukoliko njen miraz čine stvari manje vrednosti, udovica se može naći u krajnje nepovoljnoj materijalnoj situaciji.

Da bi ublažio negativne posledice ovakvog stanja, knez Danilo je dao udovici pravo uživanja muževljeve zaostavštine, što će u kasnijem zakonodavstvu biti poznato pod nazivom „udovički užitak“. Tako u zajedružnoj porodici udovica nakon smrti muža uživa njegov deo u nepodeljenom porodičnom imanju. Deoba je dozvoljena tek nakon njene smrti, a ukoliko su u trenutku smrti majke deca maloletna, imovina se stavlja pod starateljstvo dok sinovi ne navrše dvadeset godina (čl. 50). Udovica koja nije imala dece uživa celu muževljevu imovinu, a ako se uda dobija izdržavanje od deset talira godišnje. Ako ima dece, dobija po jedan cekin za svako muško dete i po dva cekina za svako žensko dete, za svaku godinu provedenu u braku i svaku godinu koju je proživela u muževljevoj kući kao udovica. Dakle, njeno izdržavanje je u tom slučaju zavisilo od vremena provedenog u braku, vremena trajanja udovičkog statusa, pola i broja dece (čl. 52).¹¹

Anketa sprovedena 1873. godine radi ispitivanja primene pojedinih odredaba *Opšteg zemaljskog zakonika* pokazala je da su imovinska prava udovice u praksi značajno sužena u odnosu na zakonske norme. Nakon smrti muža umesto celog dela svog supruga u nerazdeljenom imanju, dobija na uživanje polovinu ili čak i manje od polovine njegovog udela, koliko joj je potrebno za izdržavanje. Samo u slučaju da je imovina manje vrednosti pa joj polovina dela nije dovoljna da obezbedi sebi egzistenciju, stiče pravo uživanja na celom udelu pokojnog supruga. Nakon njene smrti nije potrebno čekati da sinovi navrše dvadeset godina da bi se odelio očev imetak iz zadruge, već je deoba dozvoljena čim muška deca stasaju dovoljno da mogu nositi oružje (čl. 50). Udovica koja se preuda ne prima deset nego pet talira godišnje na ime izdržavanja. Ako ima dece, prilikom izračunavanja iznosa koji će joj biti isplaćen za izdržavanje ne uračunavaju se godine koje je kao udovica provela u kući svog muža (čl. 52).¹²

Navedene izmene zakonskih odredaba o udovičkom užitku u sudskoj praksi sigurno su posledica narodnog shvatanja da su iznosi zajemčeni *Zakonikom* na ime udovičkog izdržavanja previsoki, te je kroz pri-

¹¹ *Danilov zakonik*, str. 177.

¹² *Opaske o Danilovom zakoniku*, str. 79 – 80.

menu pravna norma usklađena sa običajnim pravom. U praksi je žena nakon smrti muža uživala znatno manji deo njegove imovine nego što je bilo propisano *Zakonikom*. Ipak, činjenica da je udovici zagarantovan udeo iz kojeg se izdržavala, i da je pravo na udovički užitak strogo poštovano u sudskoj praksi, predstavlja značajan napredak u odnosu na period pre donošenja *Zakonika*, jer je udovici po prvi put obezbeđena sigurna egzistencija.

Neravnopravan položaj supružnika naročito je izražen u slučaju bračnog neverstva. Dok je prevarena žena mogla samo zatražiti razvod braka¹³, muž je, ukoliko bi uhvatio ženu sa ljubavnikom, mogao oboje nekažnjeno ubiti. Kada bi neverna žena pobjegla iz zemlje, proganjana je, tj. zabranjivan joj je povratak (čl. 72). Nikakva kazna, pak, nije predviđena za brakolomnog muža, osim što mu je zabranjeno da stupi u novi brak kao strani koja je skrivila razvod. *Zakonik* je jednostrano osudio i sankcionisao narušavanje bračne vernosti u okviru porodičnog doma, s obzirom da je žena uhvaćena u preljubi mogla nekažnjeno biti lišena života.¹⁴ Ova odredba je primenjivana u praksi jer se u narodu smatralo da ako osramoćeni muž preljubnike ne ubije ili bar telesno ne osakati, ne može ni dokazati da ih je zaista uhvatio u preljubi. U tom slučaju verovalo bi se da ih on iz ljubomore bezrazložno sumnjiči. Ubistvo nije kažnjivo jedino ako je učinjeno na mah, u trenutku kada ih je zatekao, nikako ne sutradan.¹⁵ Nekažnjavanje brakolomnog muža odraz je patrijarhalnih odnosa u crnogorskom društvu i podređenog položaja žene u njemu.

Žena koja bi radila mužu o glavi, ili bi ga lišila života, kažnjavana je smrtnom kaznom. *Zakonik* naglašava da žena ne može biti streljana, jer je to kazna koja se može primeniti samo na one koji nose pušku – muškarce (čl. 73).¹⁶ U narodu se smatralo sramotom ubiti ženu te je zbog toga žena koja je radila o glavi mužu kažnjavana zatvorom u trajanju od 6 do 8 godina, a ona koja je ubila muža zatvorskom kaznom od 12 do 15 godina.¹⁷ Žena koja bi pokrala svog muža, prvi i drugi put kada počinu krivično delo krađe bila bi kažnjavana zatvorom. Ukoliko treći put počinu isto delo kažnjavana je telesno, a brak bi bio razveden uz zabranu ženi da stupi u novi punovažan brak (čl. 77).¹⁸ U praksi je žena kažnjavana tamnicom ali ne i

¹³ V. o tome V. Bogišić, poglavlje *Crkovni odnošaji u Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji (anketa iz 1873. g.)*, priredio T. Nikčević, Titograd 1984, str. 265.

¹⁴ *Danilov zakonik*, str. 180.

¹⁵ *Opaske o Danilovom zakoniku*, str. 81.

¹⁶ *Danilov zakonik*, str. 181.

¹⁷ *Opaske o Danilovom zakoniku*, str. 81.

¹⁸ *Danilov zakonik*, str. 181.

telesno, jer bi bila sramota da nakon toga muž sa njom nastavi zajednički život. Nije zabeležen ni slučaj razvoda zbog krađe u braku.¹⁹

Zakonik uopšte ne inkriminiše nameru muža da liši ženu života, niti krađu njene imovine. Verovatno je kazna za ova dela bila propisana običajnim pravom, ali činjenica da su krivična dela protiv ličnosti i imovine muža predviđena *Zakonikom* ukazuje na snažniju krivičnopravnu zaštitu koju uživa muškarac u crnogorskom društvu. Iako su u sudskoj praksi ublažene kazne za ubistvo i krađu muževljeve imovine u odnosu na zakonske propise, i dalje je vrlo izražena neravnopravnost supružnika u materiji krivičnog prava.

Brak je po pravilu neraskidiv, osim po odluci duhovnog suda i iz razloga predviđenih crkvenim propisima (čl. 67).²⁰ To su: a) dokazana preljuba; b) namera lišenja života supružnika; v) osuda na zatvorsku kaznu dužu od 8 godina; g) napuštanje pravoslavne vere; d) neizvesno ili zlonamerno odsustvo.²¹ U slučaju mrzosti i zlobe među supružnicima dozvoljen je odvojen život na zahtev muža, ali bez mogućnosti rastavljenih bračnih drugova da stupe u novi brak. Muž je bio dužan da izdržava ženu, pod uslovom da njeno ponašanje bude primereno. Ako se vlada „nepriстойно“, neće joj davati izdržavanje (čl. 75 i 76).²² Odredba člana 67 primenjivana je u narodu u potpunosti, dok je u slučaju da muž otera ženu bio dužan da joj dâ polovinu svoje imovine na uživanje, bez mogućnosti žene da taj imetak otuđi. Precizirano je i da se pod tim da se žena „nepriстойно vlada“ podrazumeva da rodi vanbračno dete ili živi sa muškarcem u vanbračnoj zajednici.

Podređen položaj žene ogleda se i u tome što ona ni u kom slučaju nije mogla zahtevati rastavu od svog muža. Odvojen život supružnika bio je moguć samo na muževljev zahtev. Brak je kao institucija na kojoj se temelji stabilnost društva uživao posebnu pravnu zaštitu, i zbog toga su mogućnosti za razvod krajnje restriktivno postavljene. Strani koja je skrivila razvod bilo je zabranjeno da stupi u novi brak. Kako bi se brak očuvao nije dozvoljen razvod u slučaju mrzosti i nesloge među supružnicima, jer uvek postoji mogućnost da oni prevaziđu nesuglasice i ponovo započnu zajednički život.

Potreba očuvanja braka i porodice kao osnovnih ćelija društva izražena je i u propisima donetim za vreme vladavine kneza i kralja Nikole Petrovića. Mitropolija Crnogorsko – primorska uputila je 12/24.

¹⁹ *Opaske o Danilovom zakoniku*, str. 81.

²⁰ *Danilov zakonik*, str. 179.

²¹ V. Bogišić, nav. delo, str. 265.

²² *Danilov zakonik*, str. 181.

oktobra 1889. godine raspis svom parohijalnom sveštenstvu da u slučaju brakorazvodne parnice nastoji da odvrati supružnike od „štetne za njih namere“ da se razvedu. Sveštenik je dužan da ih, kao njihov duhovni pastor, posavetuje da se izmire i nastave život u „hrišćanskoj bračnoj družbi“, jer od toga zavisi sreća i blagostanje njihove porodice. Tek ako se napori crkvenog lica pokažu uzaludnim i stranke ostanu pri nameri da se razvedu, biće nastavljena brakorazvodna parnica.²³

Kako je brak raskidiv samo u slučaju postojanja nekog od uzroka propisanih crkvenim pravom, naredbom od 15/27. aprila 1889. godine se strogo zabranjuje sklapanje veridbe bez znanja i dobrovoljnog pristanka budućih supružnika. Takva veridba može proizvesti samo višestruke štetne posledice, jer u slučaju da bude raskinuta nastaje sukob između uvređenih srodnika momka i devojke, a ako dovede do sklapanja braka najčešće ukazuje na nesrećan bračni život koji ne može jednostavno biti okončan. Zato, ukoliko roditelj ili staratelj veri sina ili kćer bez njihove saglasnosti biće kažnjen strogim zatvorom od 3 do 5 godina.²⁴

Podređen položaj žene u slučaju rastave braka prisutan u zakonodavstvu kneza Danila, zadržan je i u kasnijim propisima. Veliki sud naredbom od 11/23. juna 1879. godine nalaže kapetanima da kazne batinaњem svaku raspuštenicu koja se pojavi na skupštini ili pazaru. Ako se rastavljena žena ogrešila o javni red i moral, njena imovina koja je ostala u muževljevoj kući pripada njenom još uvek zakonitom suprugu kao sankcija za njeno nemoralno ponašanje.²⁵ Ponašanje rastavljenog muža nije bilo predmet interesovanja javnih vlasti, mada se sigurno često dešavalo da on zasnuje vanbračnu zajednicu sa drugom ženom iako još uvek ima zakonitu suprugu. Telesno kažnjavanje žena je kao ponižavajuće za ljudsko dostojanstvo ukinuto tek 27. aprila / 9. maja 1894. godine naredbom Ministarstva unutrašnjih dela.²⁶

²³ *Naredba Mitropolije Crnogorsko – primorske sveštenstvu o dokumentima koje u bračnim parnicama strane moraju da podnesu, Crnogorski zakonici – pravni izvori i politički akti od značaja za istoriju državnosti Crne Gore*, knjiga II, priredili B. Pavićević i R. Raspopović, Podgorica 1998, str. 241.

²⁴ *Naredba Mitropolije Crnogorsko – primorske sveštenstvu o uslovima pod kojima se može obavljati vjenčanje mladenaca, Crnogorski zakonici – pravni izvori i politički akti od značaja za istoriju državnosti Crne Gore*, knjiga II, priredili B. Pavićević i R. Raspopović, Podgorica 1998, str. 211 - 212.

²⁵ *Naredba Velikog suda o raspuštenicama i njihovom vladanju na javnim mestima, Crnogorski zakonici – pravni izvori i politički akti od značaja za istoriju državnosti Crne Gore*, knjiga II, priredili B. Pavićević i R. Raspopović, Podgorica 1998, str. 37.

²⁶ *Naredba Ministarstva unutrašnjih dela o ukidanju telesne kazne (šibike) nad ženama, Crnogorski zakonici – pravni izvori i politički akti od značaja za istoriju državnosti Crne Gore*, knjiga II, priredili B. Pavićević i R. Raspopović, Podgorica 1998, str. 330.

ZAKLJUČAK

Podređen položaj žene u crnogorskom bračnom zakonodavstvu prisutan je tokom čitavog XIX veka. Iako se stiče opšti utisak o poboljšanju statusa žene u crnogorskom društvu, ipak su zadržane diskriminatorske odredbe koje ženu stavljaju u krajnje neravnopravan položaj u odnosu na svog bračnog partnera. S jedne strane, već *Zakonikom svetog Petra* je strogo zabranjena otmica devojke koja predstavlja najteži oblik poricanja ženine ličnosti. Korak dalje u jačanju ženinog pravnog subjektiviteta učinjen je naredbom od 1853. godine kojom je zabranjeno sklapanje veridbe između maloletne dece. Dok otmica devojke isključuje njenu slobodnu volju zbog upotrebe sile, prinude i pretnje, sklapanje veridbe pre navršenog bračnog uzrasta podrazumeva da maloletna devojčica ne može ni imati pravno relevantnu volju. Slobodna volja devojke da stupi u brak formulisana je kao konstitutivni uslov za punovažnost braka *Danilovim zakonikom*.

Pored ovih naprednih odredbi, kažnjavanje udate žene za preljubu predstavlja, s druge strane, negaciju njene lične slobode i pravnog subjektiviteta. Shvatanje o ženi kao o predmetu muževljeve svojine, objektu, a ne subjektu bračnih odnosa kod preljube je izraženo u najdrastičnijem mogućem obliku. Ukorenjen je običaj da muž ženu, uhvaćenu u preljubi ubije, ili joj odseče nos. Muževljevo pravo kažnjavanja ženinog neverstva smrću ili telesnim sakaćenjem predviđeno je i u *Opštem zemaljskom zakoniku*. Anketa sprovedena 1873. godine radi ispitivanja važenja *Zakonika* pokazala je da je kažnjavanje žene uhvaćene u preljubi široko primenjivano u sudskoj praksi. Pomenuta anketa svedoči o zaostalosti crnogorskog društva i u drugoj polovini XIX veka i podređenom položaju žene u njemu, bez obzira na neka progresivna rešenja koja se tiču njene slobodne volje u pogledu izbora bračnog druga i donošenja odluke o stupanju u brak.

Maša Kulauzov, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

Position of Woman according to 19th Century Montenegrin Marital Law

Abstract: *Legal position of woman in 19th century Montenegrin marital law is examined in this paper. Provisions on entering into marriage, woman's marital infidelity, legal separation, dissolution of marriage and its legal effects as well as widow's property rights are scrutinized and critically analyzed. The author also indicates to rules of customary law regarding legal status of a married woman. Married woman had restricted legal capacity, as well as restricted property rights and no rights of succession. However, gender inequality common in patriarchal society such as Montenegrin in 19th century is particularly accentuated in case of marital infidelity. Only woman's adultery is punishable and regarded as a serious crime. Beside marital infidelity, lower position of woman is noticeable in all aspects of married life. Hence, legislative attempts to improve woman's legal status are emphasized in the article.*

Key words: *Montenegrin marital law, legislature, customary law, entering into marriage, woman's marital infidelity, legal separation, divorce, widow's property rights.*

*Dr Jelena Vidić Trninić, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

USKLAĐENOST PRAVNOG TRETMANA OGLEDNIH ŽIVOTINJA U ZAKONODAVSTVU SRBIJE SA ZAKONODAVSTVOM EVROPSKE UNIJE¹

Sažetak: Predmet pažnje autora fokusiran je na usklađenost pravnog tretmana oglednih životinja u pravu Srbije sa evropskim zakonodavstvom. Istražujući, s jedne strane, tretman koji ogledne životinje uživaju prema zakonodavstvu Evropske unije, a s druge strane, tretman koji one imaju u pravu Srbije, prema odgovarajućim zakonskim, odnosno, podzakonskim propisima, u radu se nastoji odgovoriti na pitanje da li je stepen pravne zaštite oglednih životinja u domaćem pravu zadovoljavajući, kao i da li je i u kojoj meri domaće zakonodavstvo u pogledu ovog pitanja, usaglašeno sa standardima Evropske unije. Istovremeno, u radu se nastoji ukazati i na odgovarajuće mere, koje je neophodno preduzeti u budućnosti, a u cilju ostvarivanja što kvalitetnije i sveobuhvatnije zaštite oglednih životinja u pravu Srbije.

Ključne reči: ogledne životinje, Evropska konvencija o zaštiti kičmenjaka koji se koriste u eksperimentalne i druge naučne svrhe, Direktiva 2010/63/EU o zaštiti životinja koje se koriste za naučne svrhe, pravo Srbije.

¹ Rad je nastao u okviru naučno-istraživačkog projekta br. 179079 pod nazivom *Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo* koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

Uvodna razmatranja

Životinje se u ogledne svrhe koriste vekovima.² U današnje vreme, procenjeno je da se u cilju naučnih istraživanja, različitih vrsta testiranja ili u obrazovne svrhe, na godišnjem nivou, u svetu koristi preko sto miliona životinja u laboratorijskim ogledima.³ Od ovog broja, a prema zvaničnom statističkom izveštaju Evropske komisije o broju životinja koje se koriste u ogledima iz 2010. godine, u državama Evropske unije, tokom 2008. godine, u spomenute svrhe, korišćeno je oko 12 miliona životinja.⁴

Vršenje raznih ogleda na životinjama, nesumnjivo je doprinelo razvoju prirodnih nauka, te pronalasku uzroka bolesti i novih lekova.⁵ Međutim, ogroman broj ovih ogleda vrši se iz neetičkih razloga, kao što su testiranje sigurnosti kozmetičkih proizvoda, sredstava za čišćenje, drugih proizvoda za svakodnevnu upotrebu, aditiva u ishrani.⁶ Prilikom njihovog

² Prvi ogledi na životinjama zabeleženi su čak u 3. i 2. veku p.n.e. u Antičkoj Grčkoj, a Galen, rimski fizičar iz drugog veka, koji je vršio ispitivanja na svinjama i kozama sa ciljem praćenja efekata presecanja raznih nerava, smatra se ocem vivisekcije. Ozbiljnija disekcija i vivisekcija životinja u Evropi, počela je u 12. veku, pri čemu je ekspanzija istraživanja na životinjama počela u 16. veku, kada su stvoreni određeni preduslovi, čemu su naročito doprineli stav zvanične crkve koja se protivila disekovanju ljudskih leševa, kao i rastuća potreba za saznanjima iz fiziologije i anatomije. Preuzeto sa: - <http://feniks.org.rs/zastita/zastita-oglednih-zivotinja/o-oglednim-zivotinjama>. O istorijskom razvoju prakse izvođenja ogleda nad životinjama v. i Nataša Stojanović: *Pravna zaštita životinja koje se koriste u eksperimentima u Evropskoj uniji i Republici Srbiji*, Pravo Republike Srbije i pravo Evropske unije - stanje i perspektive, tematski zbornik radova, Niš, 2009., sveska 1, str. 268.

³ Pritom, ova procena se odnosi samo na kičmenjake. Prema navedenim podacima, napred navedena brojka znači da se dnevno koristi 274 000 kičmenjaka u ogledne svrhe, odnosno, da se u ove svrhe, svake sekunde koristi tri kičmenjaka. Preuzeto sa: http://www.vivisectioninformation.com/index.php?p=1_76_updated-how-many-animals-are-used.

⁴ Preuzeto sa: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0511:REV1:EN:HTML>. Broj životinja koje se koriste u ogledne svrhe u stalnom je porastu. Tako je, primera radi, u pravu Velike Britanije, u 2011. godini, 3 792 857 životinja korišćeno u ogledima, dok se u 2012. godini ovaj broj popeo na 4 110 000 životinja. Preuzeto sa: - http://www.vivisectioninformation.com/index.php?p=1_76_updated-how-many-animals-are-used i <http://www.peta.org/issues/animals-used-for-experimentation/animals-used-experimentation-factsheets/animal-experiments-overview/>.

⁵ U tom smislu, ovi ogledi su bili važni u pobedi nad mnogim bolestima, kao što su difterija, dijabetes, dečija paraliza, velike boginje, besnilo itd, kao i u hirurgiji presađivanja organa. V. Milan Paunović: *Prava životinja*, savremeni međunarodni standardi, Beograd, 2004., st. 38.

⁶ Najpoznatiji ovakav test je Draize test, kojim farmaceutske kompanije testiraju nove šampone i kozmetiku namenjenu tržištu ubrizgavanjem koncentrovanih rastvora u oči zečeva, a kojim se meri štetnost hemikalija, posmatrajući oštećenja nastala na očima i koži životinja. Procedurom LD-50 testa, testiraju se aditivi u ishrani i veštačke boje i kon-

izvođenja, milioni životinja godišnje u svetu, se, zarad „dobra“ čoveka, podvrgava nehumanom postupanju. Kako su naučna saznanja nedvosmislenoukazala na činjenicu da većina životinja koje se koriste u ogledima, oseća bol, patnju i stres,⁷ ona svakako obavezuju ljude da ograniče njihovo korišćenje, samo ukoliko postoje realni izgledi da će to unaprediti njihovo znanje ili dati opšte korisne rezultate za dobrobit čoveka i drugih životinja. Krajnji cilj je da se korišćenje oglednih životinja zameni alternativnim metodama,⁸ koji omogućuju humaniji pristup u nauci i iznad svega garantuju bezbednost proizvoda,⁹ kao i ukidanje ovih ogleda. Apeli dela naučne misli, kao i udruženja za zaštitu prava životinja, u pravcu postavljanja granica u vršenju ogleda na životinjama,¹⁰ u određenoj meri su urodili plodom, imajući u vidu da su nakon višegodišnjih napora Evropske koalicije za zabranu ogleda na životinjama (ECEAE), počev od 11. marta 2013. godine, na teritoriji Evropske unije, u potpunosti zabranjeni ogledi na živo-

zervansi. Ovaj test treba da ustanovi „smrtonosnu dozu“, odnosno nivo potrošnje po kome je 50% uzorka dovoljno da ubije životinju. (Dresser, R.: Research on Animals: values, politics and regulatory reform, Southern California Law Review, Vol. 58, 1985. godine - (HeinOnline - 58 S. Cal. L. Rev. 1147 1985), str.1155-1156.) Navedeno prema: Ana Batricević: Etički i pravni okviri za zaštitu dobrobiti eksperimentalnih životinja u Republici Srbiji, Glasnik Advokatske Komore Vojvodine, 2012., br. 11., str. 727. O primerima savremenih ogleda na životinjama v. i kod: Milan Paunović, op. cit., str. 38-40.

⁷ V. Milan Paunović: Međunarodno-pravna zaštita životinja, Prilozi projekta Institucije pravne države u uslovima tranzicije, Beograd, 2003., str. 209-210. Još u 18. veku, engleski filozof Džeremi Bentam, začetnik utilitarizma, doveo je u pitanje mišljenje da životinje nemaju dušu i razum i da nisu sposobne za bol i patnju kao čovek. V. Jeremy Bentham, „An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, second edition“, 1823, chapter XVII, footnote 122. V. na internet adresi: <http://www.econlib.org/library/Bentham/bnthPML.html>.

⁸ Sa razvojem tehnologije, javile su se metode koje su zamenile životinje u ogledima, a da pritom nije izgubljen njegov smisao i krajnji rezultat. Tako, alternative živim životinjama mogu biti kulture ćelija, tkiva i neanimalni modeli, kao što su matematičko modeliranje i kompjuterske simulacije. Pored alternativa, veoma važne su i postojeće baze podataka, kao npr. elektronska banka gena ili toksikološka banka, odnosno baze podataka koje obesmišljavaju repliciranje ogleda kojima bi se potvrdila već dobro poznata znanja. Preuzeto sa: <http://feniks.org.rs/zastita/zastita-oglednih-zivotinja/o-oglednim-zivotinjama>. Opširnije o alternativnim metodama v. i na internet adresi: <http://www.peta.org/issues/animals-used-for-experimentation/alternatives-animal-testing/>.

⁹ Razni lekovi, koji su se vršenjem ogleda nad životinjama, na njima pokazali uspešnim, kod ljudi su se pokazali nepouzdanim i doveli do negativnih posledica. Tako su neki od njih, dovodili do smrti ili ozbiljnih oštećenja pojedinih organa ljudi, dok su drugi - dovodili do pobačaja i urođenih telesnih mana kod novorođenčadi. O tome videti opširno na internet adresi: http://www.vivisectioninformation.com/index.php?p=1_10.

¹⁰ V. P. Singer, Animal Liberation, New York, 1975.; R. G. Frey, Interest and Rights: The Case against Animals, Oxford, 1983; R. Sharpe, The Cruel Deception The Use of Animals in Research, London, 1988; T. Regan, Defending Animal Right, Chicago, 2001. Navedeno prema: Nataša Stojanović: op. cit., str. 269.

tinjama u kozmetičkoj industriji. Zabranjeni su i prodaja i uvoz kozmetičkih proizvoda i njihovih sastojaka koji su testirani na životinjama bilo gde u svetu, kako bi se sprečilo obavljanje ogleda izvan granica EU, a prodaja u EU. Ova činjenica svakako predstavlja svojevrsno priznanje naučne irelevantnosti ogleda na životinjama i jasan dokaz da su brojne alternativne (neživotinjske) metode ogleda, u mnogo većoj meri delotvornije, tačnije i što je najvažnije, sigurnije za ljude.

Kako u današnje vreme, zaštita dobrobiti životinja predstavlja standard kome teže i države u tranziciji, to se i u našoj zemlji pristupilo donošenju zakona koji se tiče zaštite životinja. Naime, 2009. godine, kada je donet Zakon o dobrobiti životinja,¹¹ u Srbiji su postavljeni pravni temelji za kvalitativno novi i generalno manje diskriminatorski odnos čoveka prema životinjama.¹² Njime se, između ostalih brojnih pitanja, reguliše i pitanje sprovođenja ogleda na životinjama.¹³ Imajući u vidu činjenicu da se, barem, prema nezvaničnim statističkim podacima, u Srbiji godišnje koristi oko 25 000 životinja u ogledne svrhe,¹⁴ donošenje ovog zakona nesumnjivo predstavlja važan korak u pravcu njihove pravne zaštite. Pored njega, značajan broj aspekata pravnog tretmana ovih životinja regulisan je i Pravilnikom o dobrobiti oglednih životinja iz 2010. godine,¹⁵ a neki od njih i Zakonom o veterinarstvu iz 2010. godine.¹⁶ Predmet naše

¹¹V. „Službeni glasnik RS“, br. 41/2009.

¹²V. Nataša Stojanović: Pravna zaštita napuštenih životinja u svetlu Zakona o dobrobiti životinja, *Ekologija i pravo*, Niš, 2011., str. 559.

¹³Svest o osećanjima životinja, koja su slična ljudskim, kao i svest o okrutnosti, koja dolazi od izražaja vršenjem ovakvih ogleda, nametnula je neophodnost njihove pravne zaštite još 1-876. godine, kada je donet engleski Zakon o okrutnosti prema životinjama (tekst ovog zakona videti na internet adresi: <http://www.irishstatutebook.ie/1876/en/act/pub/0077/print.html>.) Počev od njegovog donošenja, pa sve do danas, u zakonodavstvima evropskih država, postoje odgovarajuća pravna ograničenja u pogledu vršenja ogleda na životinjama.

¹⁴Najveći broj ogleda, prema navodima Udruženja za zaštitu životinja Feniks, izvodi se na Vojnomedicinskoj akademiji i u Institutu za virusologiju, vakcine i serume „Torlak“, Institutu za biološka istraživanja „Siniša Stanković“ i u Institutu za nuklearne nauke „Vinča“. Polovina upotrebljenih životinja su pacovi, a ostalo su miševi, zečevi, zamorci, zmije, žabe, ribe, mačke, psi, golubovi, ovce, svinje, konji i majmuni. Preuzeto sa: - <http://www.zivotinje.rs/vestiStrana.php?id=5316&name=za-oglede-se-u-srbiji-koristi-25.000-zivotinja&tip=vesti>.

¹⁵Pun naziv ovog podzakonskog propisa glasi: Pravilnik o uslovima za upis u registar za ogled na životinjama i sadržini i načinu vođenja tog registra, programu obuke o dobrobiti oglednih životinja, obrascu zahteva za odobrenje sprovođenja ogleda na životinjama, načinu nege, postupanja i lišavanja života oglednih životinja, kao i o sadržini i načinu vođenja evidencije o držanju, reprodukciji, prometu, odnosno sprovođenju ogleda na životinjama, „Službeni glasnik RS“, br. 39/10. Tekst Pravilnika videti na internet adresi: - http://www.vet.minpolj.gov.rs/legislativa/pravilnici/Registar_ogledne_zivotinje.pdf.

¹⁶V. „Službeni glasnik RS“, br. 91/2005 i 30/2010.

pažnje fokusiran je na usklađenost pravnog tretmana oglednih životinja u pravu Srbije sa evropskim zakonodavstvom. Istražujući, s jedne strane, osnovne principe pravne zaštite oglednih životinja prema zakonodavstvu Evropske unije, a s druge strane, tretman, koji one imaju u pravu Srbije, prema spomenutim zakonskim, odnosno, podzakonskim propisima, u radu se nastoji odgovoriti na pitanje da li je stepen pravne zaštite oglednih životinja u domaćem pravu zadovoljavajući, kao i da li je i u kojoj meri domaće zakonodavstvo u pogledu regulative ovog pitanja, usaglašeno sa standardima Evropske unije. Istovremeno, u radu se nastoji ukazati i na odgovarajuće mere, koje je neophodno preduzeti u budućnosti, a u cilju ostvarivanja što kvalitetnije i sveobuhvatnije zaštite oglednih životinja u pravu Srbije.

1. Dokumenti koji se odnose na pravnu zaštitu oglednih životinja

Propisi koji se tiču ostvarivanja zaštite i dobrobiti životinja, u Evropi se kontinuirano unapređuju, donošenjem određenih konvencija, rezolucija i preporuka, te je u tom smislu u Savetu Evrope usvojeno nekoliko konvencija posvećenih dobrobiti životinja.¹⁷ Osnovni standardi zaštite životinja u ogledne svrhe, postavljeni su u Evropskoj konvenciji o zaštiti kičmenjaka koji se koriste u eksperimentalne i druge naučne svrhe.¹⁸ Kao jedna od strana potpisnica ove Konvencije, Odlukom Saveta Evrope 1999/575/EZ, uključena je i Evropska zajednica.¹⁹ Konvencija je dopunjena Protokolom amandmana iz 1998. godine, koji ovlašćuje potpisnice Konvencije da mogu same da usvoje amandmane na odredbe dodataka Konvencije, bez formalnog odobrenja od strane Komiteta ministara.²⁰

¹⁷To su: Konvencija o očuvanju evropskog divljeg života i prirodnih staništa iz 1979. godine, Evropska konvencija o zaštiti životinja u međunarodnom prevozu iz 1968. godine, Evropska konvencija o zaštiti životinja koje se uzgajaju na poljoprivrednim gazdinstvima iz 1976. godine, Evropska konvencija za zaštitu životinja za klanje iz 1979. godine, Evropska konvencija o zaštiti kičmenjaka koji se koriste u eksperimentalne i druge naučne svrhe iz 1986. godine, kao i Evropska konvencija o zaštiti kućnih ljubimaca iz 1987. godine. Više o ovome v. Milan Paunović: Životinjska prava – prilog proširenoj teoriji ljudskih prava, Strani pravni život, Beograd, br. 3/2005. R. Horgan: Eu animal welfare legislation: current position and future perspectives, Revista Electronica de Veterinaria REDVET, Vol. VII, N° 12/2006. V. na internet adresi: <http://www.veterinaria.org/revistas/redvet/n121207B/BA017ing.pdf>.

¹⁸Ova Konvencija je usvojena pod okriljem Saveta Evrope, u Strazburu 1986. godine, a stupila je na pravnu snagu 1991. godine. Tekst Konvencije videti na internet adresi: <http://conventions.coe.int/treaty/en/treaties/html/123.htm>.

¹⁹Odluku videti na internet adresi: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999D0575:EN:HTML>.

²⁰V. čl. 2. Protokola. Tekst Protokola videti na internet adresi: <http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/170.htm>.

Evropska zajednica je navedeni Protokol odobrila Odlukom Saveta Evrope 2003/584/EZ.²¹

Na nivou Evropske unije, upotreba životinja za ogledne svrhe, najpre je bila regulisana Direktivom 86/609/EEZ o proceni zakona, drugih propisa i administrativnih odredbi država članica od značaja za zaštitu životinja koje se koriste za eksperimentalne i druge naučne svrhe,²² koja je doneta u cilju harmonizacije propisa država članica o zaštiti životinja koje se koriste u ogledne svrhe, kako bi se predupredio uticaj te različitosti na funkcionisanje zajedničkog tržišta.²³ Ona je dopunjena Direktivom 2003/65/EZ²⁴, koja je omogućavala da se aneksi Direktive, brže ažuriraju i da budu usklađeni sa najnovijim naučnim dostignućima. U današnje vreme, zaštiti životinja koje se koriste u ogledne svrhe, posvećena je Direktiva 2010/63/EU o zaštiti životinja koje se koriste za naučne svrhe,²⁵ koju je Evropska unija usvojila 2010. godine.

Od dokumenata Evropske unije, koji se odnose na pravnu zaštitu životinja u ogledne svrhe, važno je spomenuti i Preporuku 2007/526/EZ,²⁶ u kojoj su sadržane smernice državama članicama u pogledu smeštaja i brige o životinjama koje se koriste u ogledne svrhe, kao i Uredbu 1907/2006,²⁷ usvojenu od strane Evropskog parlamenta i Saveta Evrope, a koja se odnosi na registraciju, evaluaciju, odobrenje i restrikciju hemikalija koje se proizvode i upotrebljavaju na području Evropske unije, kako bi se minimizirale njihove značajne negativne posledice po ljudsko zdravlje i životnu sredinu.²⁸ Naposljetku, od značaja je i Direktiva Saveta Evrope 76/768/EEZ o približavanju zakona država članica vezanih za kozmetičke proizvode (Direktiva za kozmetiku), koja

²¹ Odluku videti na internet adresi: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:198:0010:0012:EN:PDF>.

²² Tekst Direktive videti na internet adresi: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31986L0609:en:HTML>.

²³ V. preambulu i čl. 1. Direktive 86/609/EEZ.

²⁴ Tekst Direktive videti na internet adresi: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:230:0032:0033:EN:PDF>.

²⁵ Tekst Direktive videti na internet adresi: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:276:0033:0079:en:PDF>.

²⁶ Test Preporuke videti na internet adresi: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:197:0001:0089:EN:PDF>.

²⁷ Tekst Uredbe videti na internet adresi: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:136:0003:0280:en:PDF>.

²⁸ Opširnije o razlozima donošenja i značaju ovog pravnog dokumenta v. Nataša Stojanović: *Pravna zaštita životinja koje se koriste u eksperimentima u Evropskoj uniji i Republici Srbiji, Pravo Republike Srbije i pravo Evropske unije - stanje i perspektive*, tematski zbornik radova, Niš, 2009., sveska 1, str. 282-283.

je dopunjena Direktivom 2003/15/EZ,²⁹ koja sadrži odredbe faznog uvođenja zabrane testiranja na životinjama finalnih kozmetičkih proizvoda, kao i njihovih sastojaka, te zabrane prodaje kozmetičkih proizvoda čija je finalna formula testirana na životinjama, odnosno prodaje kozmetičkih proizvoda koji sadrže sastojke čiji je kvalitet proveravan putem oglada na životinjama. Rok za sprovođenje navedenih zabrana bio je maksimalno šest godina od stupanja na pravnu snagu Direktive iz 2003. godine, odnosno od 2009. godine, kada je i doneta Uredba 1223/2009 EZ o kozmetičkim proizvodima,³⁰ s tim što su tri vrste testova kojima se ispituje toksičnost supstanci, a u cilju usavršavanja alternativnih metoda, bile izuzete do 2013. godine, kada je i stupila na snagu, gore spomenuta potpuna zabrana ovakvih oglada.

Zaštiti životinja u ogledne svrhe, svakako je doprinelo i donošenje određenih međunarodnih dokumenata univerzalnog karaktera, koji, iako, pravno ne obavezuju, svakako vrše uticaj na svest ljudi, te na promenu odnosa čoveka prema životinjama. U tom smislu, važno je spomenuti Univerzalnu deklaraciju o pravima životinja, koja je usvojena u Parizu 1978. godine, od Međunarodnog saveza za prava životinja, a pod okriljem Organizacije Ujedinjenih nacija za prosvetu, nauku i kulturu.³¹ Kada je reč o životinjama u ogledne svrhe, Deklaracijom je propisano da su ogledi nad životinjama koji prouzrokuju fizičku i psihičku patnju nepomirljivi sa pravima životinja, bilo da se radi o medicinskoj, naučnoj, komercijalnoj ili nekoj drugoj vrsti oglada, te da moraju biti razvijane i korišćene metode zamenе.³² Navedenom odredbom se ide u pravcu obustavljanja vršenja svih oglada nad životinjama, imajući u vidu da je njome naglašeno da su ovakvi ogledi u suprotnosti sa pravima životinja, te da se insistira da se oni u budućnosti zamene alternativnim metodama.³³ Pored nje, od značaja je i Univerzalna deklaracija o dobrobiti životinja, koju je 2000. godine usvojilo Svetsko društvo za zaštitu životinja, pod okriljem Ujedinjenih nacija.³⁴ Ona između ostalog, bliže pojašnjava i postupanje sa oglednim životinjama, odnosno, životinjama za naučna istraživanja. U njoj se navodi da se korišće-

²⁹Tekst Direktive sa amandmanima videti na internet adresi: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:066:0026:0035:en:PDF>.

³⁰Tekst Uredbe videti na internet adresi: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:342:0059:0209:en:PDF>.

³¹Prevod originalne verzije Univerzalne deklaracije o pravima životinja v. kod Milan Paunović: Prava životinja – Savremeni međunarodni standardi, Beograd, 2004., str. 194-196.

³²V. čl. 8. Univerzalne deklaracije o pravima životinja.

³³V. Ana Batrićević: op. cit., str. 733.

³⁴Prevod Univerzalne deklaracije o dobrobiti životinja v. kod Milan Paunović: op. cit., str. 199-203.

nje životinja u cilju naučnih istraživanja i testiranja, može obavljati samo radi dobrobiti čoveka ili životinje, odnosno, samo u cilju pronalaženja načina lečenja ili sprečavanja specifičnih bolesti ili proizvoda koji će umanjiti patnju i poboljšati zdravlje, kao i u cilju procene rizika opasne supstance, kada ne postoje alternative, čime se nastoji smanjiti broj ogleda na životinjama. Ovom Deklaracijom je propisano da u situacijama kada je neophodno upotrebiti životinje radi istraživanja i testiranja, njihov broj mora biti minimalan, bol i stres moraju biti smanjeni ili izbegnuti, pri čemu im za sve vreme njihovog života moraju biti obezbeđeni visoki standardi smeštaja i nege. I ova Deklaracija, poput Univerzalne Deklaracije o pravima životinja, predviđa neophodnost zamene ogleda na životinjama alternativnim metodama, kada god je to moguće. Naposljetku, njom se zabranjuju ogledi na životinjama kada god je moguće prikupiti informacije o sličnim naučnim rezultatima bez upotrebe životinja, ako takve informacije već postoje, kao i ako takvi ogledi nisu od esencijalnog značaja za dobrobit čoveka i drugih životinja.³⁵

2. Pravni tretman oglednih životinja prema Evropskoj Konvenciji o zaštiti kičmenjaka koji se koriste u eksperimentalne i druge naučne svrhe i Direktivi 2010/63/EU o zaštiti životinja koje se koriste za naučne svrhe

Svrha usvajanja Evropske konvencije o zaštiti kičmenjaka koji se koriste u eksperimentalne i druge naučne svrhe³⁶ proizlazi iz njene Preambule. Naime, u njoj se zahteva da se naučni ogledi na životinjama, ograniče samo na one koje doprinose napretku saznanja i opštem dobru čoveka i životinje, te je u tom smislu, jedna od svrha njenog usvajanja, opravdavanje sprovođenja ovih ogleda. Spomenuta svrha, prema Preambuli, istovremeno je i redukovanje, kako broja ogleda, tako i broja životinja koje se koriste u ove svrhe.³⁷ Naposljetku, prema Preambuli, životinje se, koliko je to moguće, moraju zaštititi u ogledima, pri čemu im je Konvencijom priznata, ne samo sposobnost za patnju, već i za pamćenje.³⁸

Cilj donošenja Direktive 2010/63/EU o zaštiti životinja koje se koriste za naučne svrhe³⁹ predstavlja poboljšanje pravnog tretmana, a time i

³⁵V. čl. 8. Univerzalne deklaracije o dobrobiti životinja.

³⁶U daljim izlaganjima, prilikom pozivanja na odredbe Evropske Konvencije o zaštiti kičmenjaka koji se koriste u eksperimentalne i druge naučne svrhe, biće korišćena skraćenica Konvencija.

³⁷V. u tom smislu: Nataša Stojanović: op. cit., str. 270.

³⁸V. Preambulu Konvencije.

³⁹U daljim izlaganjima, prilikom pozivanja na odredbe Direktive 2010/63/EU o zaštiti životinja koje se koriste za naučne svrhe, biće korišćena skraćenica Direktiva.

dobrobiti životinja, koje se koriste u ogledima, kao i unapređivanje kvaliteta istraživanja na tlu Evropske unije.⁴⁰ Posebno je značajno istaći da je njome, a u cilju pooštavanja regulative, eksplicitno uključen koncept The Three Rs Principles (replacement, reduction, refinement-3R), kao osnova zaštite životinja koje se koriste u ogledima, a čiju primenu države članice trebaju osigurati svojim zakonodavstvima.⁴¹ Ovaj koncept znači sledeće: načelo zamene (replacement), koje podrazumeva, da kada god je to moguće, umesto oglada, treba koristiti naučno zadovoljavajući metod ili strategiju ispitivanja koji ne uključuju korišćenje živih životinja; načelo smanjenja (reduction), koje znači da se broj životinja koje se koriste u ogledima mora svesti na najmanju meru, a da se pritom ne ugroze ciljevi istraživanja; naposljetku, načelo poboljšanja (refinement), koje podrazumeva da se u svrhu uklanjanja ili smanjenja na najmanju meru, mogućeg bola, patnje, stresa ili trajne povrede kod životinja, njima imaju osigurati poboljšani uslovi uzgoja, smeštaja i staranja, kao i poboljšanje metoda koji se koriste u ogledima.⁴²

2.1. Životinje koje se mogu koristiti u ogledne svrhe i svrhe oglada

Konvencijom se, pod pojmom „životinje“ koje se mogu koristiti u ogledne svrhe, podrazumevaju isključivo kičmenjaci, uključujući i slobodno živeće i/ili reproduktivne forme larve, ali ne i drugi fetalni ili embrionalni oblici. Direktivom je ovaj pojam određen na širi način, nego što je to slučaj sa Konvencijom. Tako se pod njim, prema

⁴⁰ U teoriji se navodi da je dugogodišnja primena Direktive 86/609/EEZ ukazala na određene nedostatke. Naime, neke od država članica Evropske unije, uzimajući za polaznu osnovu čl. 24. ove Direktive, usvojile su širok spektar mera kojima se postiže visok nivo zaštite oglednih životinja, dok su druge države ostale na minimumu zahteva propisanih u Direktivi, što je vremenom dovelo do nelojalne utakmice između država članica u industriji i naučnim istraživanjima. Pored toga, njena primena pokazala je i da su mnogobrojna rešenja zastarela, te da ne prate u dovoljnoj meri moderan pristup u sprovođenju eksperimenata nad životinjama. V. Nataša Stojanović: op. cit., str. 278-279.

⁴¹ Pravilo su postavili 1959. godine engleski naučnici William Russell i Rex Burch, u svojoj knjizi „Principi humane eksperimentalne tehnike“, (Russell W.M.S. and Burch R.L.: The Principles of Humane Experimental Technique, London, UK: Methuen, 1959.), a u cilju ukazivanja na suštinu pojma alternativa in vivo ogledima. Ovo pravilo, predstavlja međunarodno prihvaćeno načelo za humano korišćenje životinja u ogledne svrhe, koje doprinosi kvalitetu oglada, njegovoj priznatosti i etičnosti. Pored toga, ono osigurava i nesmetanu međunarodnu naučnu saradnju. Više o ovom pravilu v. Marijana Vučinić: Osnovni principi zaštite dobrobiti oglednih životinja, Veterinarski glasnik, 2007., br. 61 (3-4), str. 175-176.

⁴² V. čl. 4. st. 1-3. Direktive.

Direktivi, podrazumevaju živi neljudski kičmenjaci, uključujući oblike larvi koji se hrane samostalno i fetalne oblike sisara u poslednjem tromesečju svog normalog razvoja. Direktiva se primenjuje na životinje koje se koriste u ogledima i koje su na ranijem stepenu razvoja od prethodno navedenog, ukoliko je životinja ostavljena u životu nakon tog razvojnog stepena, a verovatno je da će usled sprovedenih oglada osećati bol, patnju, stres ili trajnu povredu, nakon što je dostigla taj stepen razvoja. Naposljetku, Direktiva se odnosi i na žive nekičmenjake.⁴³

Prema Konvenciji, države ugovornice su obavezne da na svojim teritorijama u ogledne i druge naučne svrhe koriste miševe, pacove, zamorčice, zlatne hrčkove, zečeve, pse, mačke i prepelice, koje potiču iz registrovanih odgajališta, s tim što je državama dozvoljeno da prošire ovu listu, naročito uzimajući u obzir one iz vrsta primata. Njome je zabranjeno korišćenje životinja lualica i pripitomljenih životinja u ogledima.⁴⁴ Direktiva, takođe, obavezuje države članice da životinje navedene u Prilogu 1 ovog pravnog dokumenta (pored životinja, navedenih u Konvenciji, osim prepelica, to su još i kineski hrčkovi, mongolski skakači, sve vrste primata koji ne uključuju čoveka, žabe i zebrice), mogu koristiti u ogledima, samo kada su one uzgojene za korišćenje u ogledima.⁴⁵ Međutim, Direktivom su u odnosu na Konvenciju, proširene vrste životinja, koje je zabranjeno koristiti u ogledima, osim u izuzetnim situacijama. To su: ugrožene životinjske vrste,⁴⁶ primati koji ne uključuju čoveka, primati koji ne uključuju čoveka ugroženih vrsta⁴⁷ veliki majmuni, životinje uzete iz divljine, kao i napuštene i podivljale domaće životinje.⁴⁸ Do odstupanja od zabrane korišćenja ugroženih životinjskih vrsta i primata koji ne uključuju čoveka, može doći ukoliko na osnovu naučnog opravdanja svrhu oglada nije moguće postići korišćenjem drugih vrsta osim njih, a proizlaze iz naučne opravdanosti, odnosno, značaja rezultata, koji se mogu dobiti vr-

⁴³V. čl. 1. st. 2. a Konvencije i čl. 1. st. 3-4. Direktive.

⁴⁴V. čl. 21-22. Konvencije.

⁴⁵V. čl. 10. st. 1. i Prilog 1 Direktive.

⁴⁶U čl. 7. st. 1. Direktive je predviđeno da se u ogledima neće koristiti primerci ugroženih vrsta, koje su navedene u Prilogu A Uredbe 338/97 EZ iz 1996. godine, o zaštiti vrsta divlje flore i faune uređenjem trgovine u tom području, a koje ne spadaju u područje primene čl. 7. st. 1. ove Uredbe.

⁴⁷U čl. 8. st. 2. Direktive predviđeno je da se u ogledima, po pravilu, neće koristiti ni primerci primata koji ne uključuju čoveka ugroženih vrsta, koji su navedeni u Prilogu A Uredbe 338/97 EZ iz 1996. godine, o zaštiti vrsta divlje flore i faune uređenjem trgovine u tom području, a koji ne spadaju u područje primene čl. 7. st. 1. ove Uredbe.

⁴⁸V. čl. 7. st. 1., čl. 8., čl. 9. st. 1. i čl. 11. st. 1. Direktive.

šenjem oglada na spomenutim životinjama.⁴⁹ Odstupanje od zabrane korišćenja velikih majmuna u ogledima, moguće je u slučaju postojanja utemeljenog razloga da je delovanje potrebno radi očuvanje njihove vrste ili je u vezi sa neočekivanim izbijanjem kliničkih stanja opasnih po život ili kliničkih stanja opšte slabosti kod čoveka, a u tačno određene svrhe,⁵⁰ ukoliko pritom svrhu oglada nije moguće postići korišćenjem drugih životinjskih vrsta ili korišćenjem alternativnih metoda. Kada je reč o životinjama uzetim iz divljine, do odstupanja od zabrane njihovog korišćenja, može doći ukoliko na osnovu naučnog opravdanja svrhu oglada nije moguće postići korišćenjem životinja koje su uzgojene za korišćenje u ogledima. Naposljetku, kada je reč o na-

⁴⁹U tom smislu: 1. ugrožene životinjske vrste, mogu se koristiti u ogledima, kada se oni sprovode u a) svrhu translacijskih ili primenjenih istraživanja, konkretno, sa namenom izbegavanja, prevencije, dijagnoze ili lečenja bolesti, lošeg zdravstvenog stanja ili drugih nepravilnosti ili njihovih dejstava kod ljudi, životinja ili biljaka. U svrhu prethodno spomenute namene, kao i namene ocene, otkrivanja, regulisanja ili promena fizioloških stanja kod ljudi, životinja ili biljaka, te namene dobrobiti životinja i poboljšanja proizvodnih uslova za životinje koje se uzgajaju i drže za poljoprivredne potrebe, ovi ogledi se mogu vršiti i pri razvoju, proizvodnji ili ispitivanju kvaliteta, efikasnosti i sigurnosti lekova, prehrambenih proizvoda i hrane za životinje, te drugih stvari ili proizvoda; ili u b) svrhu istraživanja usmerenih na zaštitu vrsta. 2. Primati koji ne uključuju čoveka i primati koji ne uključuju čoveka ugroženih vrsta, mogu se koristiti u ogledima, kada se oni sprovode u a) svrhu translacijskih ili primenjenih istraživanja, konkretno, sa namenom izbegavanja, prevencije, dijagnoze ili lečenja bolesti, lošeg zdravstvenog stanja ili drugih nepravilnosti ili njihovih dejstava kod ljudi, životinja ili biljaka. U svrhu prethodno spomenute namene, kao i namene ocene, otkrivanja, regulisanja ili promena fizioloških stanja kod ljudi, životinja ili biljaka, te namene dobrobiti životinja i poboljšanja proizvodnih uslova za životinje koje se uzgajaju i drže za poljoprivredne potrebe, ovi ogledi se mogu vršiti i pri razvoju, proizvodnji ili ispitivanju kvaliteta, efikasnosti i sigurnosti lekova, prehrambenih proizvoda i hrane za životinje, te drugih stvari ili proizvoda. Uz to, neophodno je da se ogled sprovodi za izbegavanje, prevenciju, dijagnozu ili lečenje opšte slabosti ili kliničkih stanja potencijalno opasnih po život ljudi; ili u b) svrhu istraživanja usmerenih na zaštitu vrsta. Kada se radi o primatima koji ne uključuju čoveka, a nije reč o ugroženim vrstama primata, ogledi na njima se mogu sprovoditi i u svrhu bazičnih (osnovnih) istraživanja. V. čl. 7. st. 1. i čl. 8. st. 1-2. u vezi sa čl. 5. Direktive.

⁵⁰Ogled mora biti preduzet u a) svrhu translacijskih ili primenjenih istraživanja, konkretno, sa namenom izbegavanja, prevencije, dijagnoze ili lečenja bolesti, lošeg zdravstvenog stanja ili drugih nepravilnosti ili njihovih dejstava isključivo kod ljudi. U svrhu prethodno spomenute namene, kao i namene ocene, otkrivanja, regulisanja ili promena fizioloških stanja kod ljudi, životinja ili biljaka, te namene dobrobiti životinja i poboljšanja proizvodnih uslova za životinje koje se uzgajaju i drže za poljoprivredne potrebe, ovi ogledi se mogu vršiti i pri razvoju, proizvodnji ili ispitivanju kvaliteta, efikasnosti i sigurnosti lekova, prehrambenih proizvoda i hrane za životinje, te drugih stvari ili proizvoda; ili u b) svrhu istraživanja usmerenih na zaštitu vrsta. V. čl. 8. st. 3. u vezi sa čl. 55. st. 2. Direktive.

puštenim i podivljanim domaćim životinjama, do spomenutih odstupanja može doći, ukoliko su preko potrebne studije o zdravlju i dobrobiti životinja ili zbog ozbiljnih pretnji za životnu sredinu ili zdravlje ljudi ili životinja, kao i ukoliko postoji naučno opravdanje da je svrhu ogleda moguće postići samo njihovim korišćenjem.⁵¹ Spomenutom regulativom životinja, koje se ne/mogu koristiti u ogledima, Direktivom se nastoji izbeći sticanje oglednih životinja ilegalnim putevima, kao i očuvati retke i ugrožene životinjske vrste, što predstavlja tendenciju i Konvencije.

U cilju smanjenja broja oglednih životinja, Konvencijom je predviđeno da se ogledi na životinjama, mogu sprovoditi samo u precizno određene svrhe, a to su: izbegavanje ili sprečavanje bolesti, lošeg zdravlja ili drugih abnormalnosti ili njihovih efekata kod čoveka, kičmenjaka, beskičmenjaka ili biljaka, uključujući i ispitivanje kvaliteta, efikasnosti, bezbednosti testiranja lekova, supstanci ili proizvoda; dijagnoza ili lečenje bolesti, lošeg zdravlja ili drugih abnormalnosti, odnosno njihovih efekata kod čoveka, kičmenjaka, beskičmenjaka ili biljaka; otkrivanje, procena, regulisanje ili modifikacija fizioloških uslova kod čoveka, kičmenjaka, beskičmenjaka ili biljaka; zaštita životne sredine; naučna istraživanja; obrazovanje i obuka; forenzička istraživanja. Konvencija pritom, posebnu pažnju posvećuje upotrebi oglednih životinja u svrhe obrazovanja ili obuke. U tom smislu, njom je predviđeno da ovakvi ogledi moraju biti prijavljeni nadležnom organu i sprovedeni od strane ili pod nadzorom ovlašćenog lica, pri čemu neće biti dozvoljeni, ukoliko se svrha ogleda može realizovati upotrebom audio-vizuelne ili neke druge metode.⁵² Prema Direktivi, svrhe ogleda, određene su na gotovo identičan način, kao što je to slučaj u Konvenciji, s tim što su, u odnosu na nju, one u izvesnoj meri proširene, pri čemu su, pojedine od njih, precizirane. Tako se, prema Direktivi, pored svrha navedenih u Konvenciji, ogledi mogu sprovoditi u svrhu bazičnih istraživanja (unapređenja naučnog saznanja), dobrobiti životinja i poboljšanja proizvodnih uslova za životinje koje se uzgajaju i drže za poljoprivredne potrebe, kao i u svrhu istraživanja usmerenih na zaštitu vrsta, pri čemu je precizirano da se ogledi u svrhu zaštite životne sredine mogu sprovoditi radi zaštite zdravlja ili dobrobiti ljudi ili životinja, a ogledi u svrhu obrazovanja, u svrhu visokoškolskog obrazovanja.⁵³

⁵¹ V. čl. 9. st. 2., kao i čl. 11. st. 2. Direktive.

⁵² V. čl. 2. i čl. 25. Konvencije.

⁵³ V. čl. 5. Direktive.

2.2. *Zahtevi u pogledu korisnika, uzgajivača i dobavljača oglednih životinja*

Posebni delovi Konvencije, posvećeni su ustanovama u kojima se životinje koriste u ogledima (korisničkim objektima), ustanovama u kojima se životinje uzgajaju radi njihovog korišćenja u ogledima (objektima za uzgoj), kao i ustanovama iz kojih se životinje nabavljaju radi njihovog korišćenja u ogledima (objektima za snabdevanje). Direktiva, takođe, posebnu pažnju posvećuje fizičkim ili pravnim licima koja koriste životinje u ogledima u komercijalne ili nekomercijalne svrhe (korisnicima); uzgajaju, odnosno drže životinje, navedene u Prilogu 1 Direktive, radi njihovog korišćenja u ogledima ili radi upotrebe njihovih tkiva ili organa u naučne namene, ili koja prvenstveno u ove namene uzgajaju druge životinje, u komercijalne ili nekomercijalne svrhe (uzgajivačima); nabavljaju životinje radi njihovog korišćenja u ogledima ili radi upotrebe njihovih tkiva ili organa u naučne namene, u komercijalne ili nekomercijalne svrhe (dobavljačima).⁵⁴

Prema Konvenciji, korisnički objekti, kao i objekti za uzgoj i nabavku, moraju biti registrovani od strane nadležnog organa i ispunjavati uslove u pogledu neophodne brige i smeštaja oglednih životinja. U korisničkim objektima mora biti određeno lice ili lica koja su administrativno odgovorna za brigu o životinjama i funkcionisanje opreme,⁵⁵ obezbeđeno dovoljno obučenog osoblja,⁵⁶ moraju biti primenjene odgovarajuće mere u cilju obezbeđivanja veterinarskog saveta i tretmana, pri čemu je veterinar ili drugo nadležno lice odgovorno za pružanje saveta o dobrobiti životinja. U pogledu objekata za uzgoj i nabavku, registracijom se određuje lice koje će biti odgovorno za objekat i koje je ovlašćeno za pružanje ili organizovanje odgovarajuće nege životinjskim vrstama, koje se drže i uzgajaju u objektu.⁵⁷ Prethodno navedene odredbe Konvencije, Direktivom su precizirane. U tom smislu, njom je predviđeno da će države članice osigurati svojim zakonodavstvima da korisnici, uzgajiva-

⁵⁴V. čl. 1. st. 2. tač. g,h,i Konvencije, kao i čl. 3. st. 1. tač. 4-6. Direktive.

⁵⁵Prema čl. 19. Konvencije, u korisničkom objektu preduzeće se sve mere da izgradnja, instalacije i oprema u njima odgovaraju vrsti životinja koje se koriste, kao i efikasnosti ogleda koji se u njemu obavljaju. Izgradnja, konstrukcija i rad takvih instalacija i opreme, treba da bude takva da se obezbedi što bolja efikasnost obavljanja ogleda i dobijanje rezultata sa najmanjim brojem životinja i najmanjim stepenom bola, patnje, stresa i trajne povrede.

⁵⁶Prema čl. 26. Konvencije, lica koja obavljaju oglede, ili učestvuju u njima ili se brinu o životinjama koje se koriste u ogledima, uključujući i nadzor nad njima, treba da imaju odgovarajuće obrazovanje i obuku.

⁵⁷V. čl. 14-15., kao i čl. 18. i čl. 20. Konvencije.

či i dobavljači, moraju biti odobreni od strane nadležnog organa, i to na određeno vreme, kao i registrovani od strane nadležnog organa.⁵⁸ U odobrenju mora biti navedena osoba/e, koja/e će u objektu biti odgovorne, kako za nadziranje dobrobiti i nege životinja, tako i u pogledu odgovarajuće obrazovanosti, kompetentnosti, stalnog obučavanja, odnosno usavršavanja i nadzora osoblja koje rukuje životinjama do postizanja njihove stručne osposobljenosti⁵⁹, te koja/e će osigurati pristup osoblju informacijama koje su specifične za vrstu životinja smeštenih u objektu. U odobrenju mora biti naveden i veterinar sa stručnim znanjem na području laboratorijske medicine životinja ili ako je to primerenije, osposobljeni stručnjak, koji će biti odgovoran za savetovanje u vezi dobrobiti i tretmana oglednih životinja, kao lica koja su imenovana od strane korisnika, uzgajivača, odnosno, dobavljača.⁶⁰ Ukoliko uzgajivači, dobavljači ili korisnici prestanu da ispunjavaju propisane uslove, nadležni organ će preduzeti ili zahtevati preduzimanje odgovarajućih korektivnih mera ili će ukinuti dato odobrenje.⁶¹

Konvencijom i Direktivom je predviđena obaveza korisnika, uzgajivača i dobavljača da vode odgovarajuće evidencije o životinjama, uz navođenje minimalnih standarda koje one moraju da sadrže, a koje se moraju predati nadležnom organu na uvid, na njegov zahtev. Ovi pravni dokumenti poseban akcenat stavljaju na obavezu vođenja odgovarajućih podataka o psima i mačkama, a tekst Direktive i o primatima koji ne uključuju

⁵⁸U skladu sa čl. 20. st. 1. Direktive, odobrenje se može dati ukoliko navedena lica ispunjavaju sve uslove predviđene Direktivom, uključujući tu i uslove koji se odnose na njihove objekte. U tom smislu, a prema čl. 22. Direktive, svi objekti uzgajivača, dobavljača i korisnika, moraju ispunjavati iste one uslove koji su u pogledu korisničkih objekata predviđeni i čl. 19. Konvencije. Za potrebe sprovođenja navedenih zahteva, dati su elementi u Prilogu 3 Direktive.

⁵⁹Prema čl. 23. st. 2-3. Direktive, osoblje koje je zaposleno u objektima korisnika, uzgajivača i dobavljača, mora biti na odgovarajući način obrazovano i obučeno, pre obavljanja oglada na životinjama i projektovanja oglada i projekata, kao i pre staranja o životinjama, odnosno pre njihovog usmrćivanja. Pritom, osobe koje se bave projektovanjem oglada i projekata, moraju biti upućene u naučno područje koje je povezano sa poslom koji obavljaju i moraju imati specifično znanje o konkretnoj vrsti životinje, dok osobe koje se bave obavljanjem oglada, staranjem o životinjama ili njihovim usmrćivanjem, moraju biti pod nadzorom prilikom sprovođenja njihovih zadataka, dok ne postignu stručnu osposobljenost. Ovim članom, takođe je predviđeno da će svaka država članica odrediti minimum zahteva u pogledu obrazovanja i obuke osoblja, kao i zahteve za dobijanje, održavanje i dokazivanje potrebne stručne osposobljenosti za obavljanje prethodno navedenih poslova, koristeći pritom elemente date u Prilogu 5 Direktive.

⁶⁰V. čl. 20. st. 2. u vezi sa čl. 24. st. 1. i čl. 25. Direktive.

⁶¹V. čl. 21. st. 1. Direktive.

čoveka, kao i na obavezu njihovog označavanja i identifikacije.⁶² Direktivom je predviđeno i da će države članice osigurati da uzgajivači primata koji ne uključuju čoveka, moraju imati uspostavljenu strategiju za povećanje udela životinja koji su potomci primata koji ne uključuju čoveka. U slučaju kada države članice dozvoljavaju ponovno udomljavanje, Direktivom je predviđena i obaveza korisnika, uzgajivača i dobavljača iz čijih će se prostora životinje ponovo udomljavati, da imaju spremne programe koji osiguravaju socijalizaciju životinja koje se udomljavaju, pri čemu u slučaju divljih životinja, kada je to primereno, program rehabilitacije mora biti spreman, pre nego što životinje budu vraćene u svoje stanište.⁶³

Kako u Konvenciji, tako i u Direktivi, postavljene su osnove minimalnim zahtevima u pogledu smeštaja i brige o oglednim životinjama, te je u tom smislu propisano više ovakvih mera. Prema njima, oglednim životinjama se mora obezbediti smeštaj, okruženje, hrana, voda i nega, primereno njihovom zdravlju i dobrobiti, pri čemu sva ograničenja zadovoljavanja njihovih fizioloških i etoloških potreba moraju biti svedena na najmanju moguću meru. Uslovi okruženja u kojima se ove životinje uzgajaju, drže ili koriste moraju biti svakodnevno proveravani, a svaki otkriveni nedostatak ili nepotreban bol, patnja, stres ili trajna povreda uklonjeni, što je pre moguće. Direktiva, pored navedenih mera, predviđa i da ogledne životinje moraju biti prevožene pod odgovarajućim uslovima. Preciziranje standarda smeštaja i brige o oglednim životinjama predviđeno je u Prilogu A Konvencije, odnosno, u Prilogu 3 Direktive.⁶⁴

⁶²Prema Konvenciji, evidencije u korisničkim objektima, moraju sadržati podatke o broju i vrsti životinja korišćenih u ogledima, broju životinja iz selektovanih kategorija koje se koriste u ogledima direktno vezanim za medicinu, obrazovanje i obuku, za zaštitu čoveka i životne sredine, te propisanih zakonom. Pored toga, one moraju da sadrže i podatke o broju i vrsti nabavljenih životinja, od koga su nabavljene i datum dopremanja. Evidencije u objektima za uzgoj, moraju sadržati podatke o životinjama koje se u njima uzgajaju, broju i vrsti ovih životinja, datumu otpremanja i imenu i adresi primaoca. Evidencije u objektima za nabavku, moraju sadržati podatke o broju i vrsti životinja koje se dopremaju i otpremaju, datumu dopremanja i otpremanja, od koga se životinje nabavljaju i imenu i adresi primaoca. V. čl. 24. u vezi sa čl. 27. st. 2. , kao i čl. 16-17. Konvencije.

⁶³Prema čl. 30. st. 1. Direktive, uzgajivači, dobavljači i korisnici, vode evidenciju o najmanje sledećem: broju i životinjskim vrstama koje su uzgojene, dobijene, nabavljene, korišćene u ogledima, puštene ili ponovno udomljene; poreklu životinja, uključujući podatak da li su uzgojene za korišćenje u ogledima; datumima kada su životinje dobijene, nabavljene, puštene ili ponovno udomljene; od koga su životinje dobijene; imenu i adresi primaoca životinja; broju i životinjskim vrstama koje su uginule ili bile usmrćene u svakom objektu. U slučaju korisnika, evidencija se mora voditi i o projektima u kojima se životinje koriste. V. i čl. 28-29., kao i čl. 31-32. Direktive.

⁶⁴V. čl. 5. i Prilog A Konvencije, kao i čl. 33. st. 1-2. i Prilog 3 Direktive.

U cilju što efikasnije zaštite oglednih životinja, Direktivom je predviđeno da će države članice osigurati da će svaki korisnik, uzgajivač i dobavljač uspostaviti odgovarajuće telo za dobrobit životinja. Države članice će osigurati i osnivanje Nacionalnog tela (odbora) za zaštitu životinja u ogledne svrhe, kao i vršenje redovnih inspekcijskih nadzora uzgajivača, dobavljača i korisnika i njihovih objekata. Prema tekstu ovog pravnog dokumenta, telo za dobrobit životinja, treba da obuhvati najmanje jednu ili više osoba odgovornih za dobrobit životinja i brigu o njima, pri čemu u slučaju korisnika oglednih životinja, ono obuhvata i jednog naučnika. Najvažnija zaduženja ovog tela, su savetovanje osoba koje rukuje sa životinjama o pitanjima u vezi dobrobiti životinja, u pogledu njihovog nabavljanja, smeštaja, nege i korišćenja, kao i o primeni mera za zamenu, smanjenje i poboljšanje, uspostavljanje i revidiranje internih operativnih postupaka u pogledu nadzora, izveštavanja i praćenja u vezi dobrobiti životinja smeštenih u objektu ili životinja koje se u njemu koriste, kao i praćenje razvoja i rezultata projekata.⁶⁵ Nacionalno telo (odbor) za zaštitu životinja u ogledne svrhe, prema slovu Direktive, savetovaće nadležne organe i tela koja se brinu o dobrobiti životinja, o pitanjima koja se tiču sticanja, uzgoja, uslova smeštaja, brige i korišćenja životinja u ogledima i osiguraće razmenu najbolje prakse.⁶⁶ Naposletku, inspekcijski nadzori, prema Direktivi, sprovodiće se od strane nadležnog organa, barem na jednoj trećini korisnika svake godine, u skladu sa analizom rizika za svaki objekat, a nezavisno od toga, nadzori uzgajivača, dobavljača i korisnika primata koji ne uključuju čoveka, vršiće se bar jednom godišnje.⁶⁷

2.3. Odobrenje izvođenja ogleda i način njegovog izvođenja

Prema tekstu Konvencije, ogled može biti sproveden od strane ovlašćenog lica ili pod njegovom direktnom odgovornošću, ili ako je ogled ili drugi naučni projekat odobren u skladu sa odredbama nacionalnog zakonodavstva, pri čemu se ovlašćenje dodeljuje od strane nadležnog organa, samo licima koja se smatraju kompetentnim.⁶⁸ Direktivom su predviđena posebno stroga i iscrpna pravila u pogledu pitanja odobrenja projekta, podrazumevajući pod projektom odgovarajući program rada, koji ima definisan naučni cilj i obuhvata jedan ili više ogleda.⁶⁹ Tako, prema tekstu

⁶⁵V. čl. 26. st. 1-2. i čl. 27. st. 1. Direktive.

⁶⁶V. čl. 49. st. 1. Direktive.

⁶⁷V. čl. 34. st. 1-3. Direktive.

⁶⁸V. čl. 13. Konvencije.

⁶⁹V. čl. 3. st. 1. tač. 2. Direktive.

ovog pravnog dokumenta, države članice moraju osigurati da se projekat ne može sprovoditi bez odgovarajućeg odobrenja nadležnog organa, pri čemu se on mora sprovoditi u skladu sa ovim odobrenjem. Zahtev za odobrenje projekta podnosi korisnik ili osoba odgovorna za projekat, a koji mora sadržati, najmanje predlog projekta, netehnički sažetak projekta,⁷⁰ kao i odgovarajuće podatke, određene u Prilogu 6 Direktive.⁷¹ Pre odobrenja, sprovodi se procena projekta, u cilju dolaženja do zaključka da li je on opravdan sa naučnog ili obrazovnog aspekta ili je utemeljen na propisu, da li svrha projekta opravdava korišćenje životinja i da li je projekat osmišljen tako da omogućava izvođenje oglada na što je više moguće human i ekološki osvešćen način.⁷² Odobrenje projekta može biti izdato samo u pogledu oglada koji su bili predmet procene projekta i razvrstavanja s obzirom na težinu, a izdaje se na period do pet godina. U njemu se utvrđuje korisnik koji sprovodi projekat, osobe koje su odgovorne za celokupno sprovođenje projekta i njegovu usklađenost sa odobrenjem projekta, objekti u kojima će se projekat sprovoditi ukoliko je to potrebno, bilo koji posebni uslovi koji proizlaze iz procene projekta, uključujući i pitanje da li će i kada biti sprovedena retrospektivna procena projekta.⁷³ Naime, države članice moraju obezbediti retrospektivnu procenu projekta, kada nadležno telo prilikom njegove procene, a na osnovu dokumentacije koju je dostavio korisnik, odredi da je ona neophodna. U tom smislu, ona podrazumeva procenu: da li su postignuti ciljevi projekta, štetu nanetu životinjama (uključujući broj korišćenih životinja i težinu oglada), kao i sve elemente koji mogu doprineti daljem sprovođenju zahteva zamene, sma-

⁷⁰Netehnički sažetak projekta je anoniman, a mora sadržati: podatke o ciljevima projekta, uključujući predviđenu štetu i koristi, te broj i vrstu životinja koje će se koristiti, kao i dokaz o usklađenosti sa zahtevima zamene, smanjenja i poboljšanja. V. čl. 43. st. 1. Direktive.

⁷¹U pitanju su sledeći podaci: 1) primerenost i opravdanost oglada, kao i korišćenja životinja, uključujući njihovo poreklo, procenjen broj, vrstu i stepen razvoja; 2) primena metoda za zamenu, smanjenje i poboljšanje korišćenja životinja u ogledima; 3) planirana upotreba anestezije, analgezije i drugih metoda za ublažavanje bolova; 4) smanjenje, izbegavanje i ublažavanje svih oblika patnji životinja, od rođenja do smrti, kad je to potrebno; 5) korišćenje humanog završetka oglada; 6) eksperimentalna ili operacijska strategija i statistički plan za smanjenje broja životinja, bola, patnje, stresa i uticaja na životnu sredinu, kada je to potrebno; 7) ponovna upotreba životinja i kumulativni učinak upotrebe na životinje; 8) predložena klasifikacija po težini oglada; 9) izbegavanje neopravdanog udvostručavanja oglada, kada je primereno; 10) uslovi smeštaja, držanja i nege životinja; 11) metodi usmrćivanja; 12) osposobljenost osoblja uključenog u projekat. V. Prilog 6 Direktive.

⁷²O konkretnim elementima, koji su uključeni u procenu projekta v. čl. 38. st. 2. Direktive.

⁷³V. čl. 36. st. 1., čl. 37. st. 1., čl. 38. st. 1., kao i čl. 40. st. 1-3. Direktive.

njenja i poboljšanja. Od zahteva za retrospektivnom procenom, izuzeti su projekti koji uključuju samo oglede koji se klasifikuju kao „blagi“ ili „nepovratni“, čime se ne dira u pravilo koje je posebno naglašeno Direktivom, a prema kojem svi projekti u kojima se koriste primati koji ne uključuju čoveka, kao i projekti koji uključuju oglede koji su klasifikovani kao „teški“, (podrazumevajući pod njima i one oglede koji mogu prouzrokovati jak bol, patnju ili stres, te za koje je verovatno da bi bili dugotrajni i da ih nije moguće olakšati), moraju uvek biti podvrgnuti ovakvoj proceni.⁷⁴ Naposljetku, prema tekstu Direktive, ukoliko se projekat ne sprovodi u skladu sa izdatim odobrenjem, nadležni organ može ukinuti ovakvo odobrenje.⁷⁵

Konvencijom su predviđena stroga pravila i u pogledu samog načina izvođenja ogleda na životinjama, koja su u značajnoj meri preneti u Direktivu, s tim što su pravila Direktive, u pogledu regulisanja ovog pitanja iscrpnija.

U tom smislu, Konvencijom i Direktivom najpre je predviđeno da se ogledi moraju obavljati u korisničkom objektu, a samo izuzetno i izvan njega, ukoliko postoji ovlašćenje nadležnog organa. U skladu sa načelom zamene, predviđeno je da se ogled neće obavljati ukoliko postoji osnovano i praktično dostupan neki drugi naučno zadovoljavajući metod, koji ne iziskuje korišćenje životinje. U skladu sa načelima smanjenja i poboljšanja, predviđeno je da prilikom odabira ogleda, treba izabrati onaj u kojem se koristi najmanji broj životinja, koji prouzrokuje najmanji bol, patnju, stres ili trajne povrede, i u pogledu kojeg postoji najveća verovatnoća da će dati zadovoljavajuće rezultate, s tim što je u Direktivi predviđeno i da prilikom ovog odabira, treba izabrati onaj koji uključuje životinje sa najmanjom sposobnošću da osećaju bol, patnju, stres ili trajnu povredu.⁷⁶ Osim toga, Direktivom je predviđena i obaveza država članica da svojim zakonodavstvima moraju obezbediti razvrstavanje ogleda po težini, na „nepovratne“, „blage“, „umerene“ ili „teške“, s obzirom na pojedinačni slučaj, koristeći pritom merila za ovu klasifikaciju iz Priloga 8 Direktive.⁷⁷

⁷⁴V. čl. 39. Direktive.

⁷⁵V. čl. 44. st. 3. Direktive.

⁷⁶V. 6. st. 1., čl. 7. i čl. 23. Konvencije, kao i čl. 12. st. 1-2. i čl. 13. st. 1-2. Direktive.

⁷⁷V. čl. 15. st. 1. Direktive. Težina ogleda, određuje se u odnosu na očekivani stepen bola, patnje, stresa ili trajne povrede, koje će životinja osetiti tokom trajanja ogleda. Kao nepovratan, definisan je ogled koji se u potpunosti sprovodi u opštoj anesteziji, nakon kojeg se životinja neće vratiti svesti. Kao blag, definisan je ogled na životinjama, nakon kojeg one mogu osećati kratkotrajan blag bol, patnju ili stres ili ogled u kojem ne dolazi do značajnog slabljenja dobrobiti životinja ili opšteg stanja životinja. Kao umeren, definisan je ogled na životinjama, nakon kojeg će životinje

Prema tekstu Konvencije, ogledi će se obavljati pod opštom ili lokalnom anestezijom ili analgezijom ili nekim drugim metodama, kojima se bol, patnja, stres ili trajna povreda, svode na najmanju meru. Upotreba ovih sredstava nije dozvoljena, ukoliko je bol izazvan ogledom manji od pogoršanja dobrobiti izazvanog upotrebom anestezije ili analgezije, kao i ukoliko je upotreba ovih metoda u suprotnosti sa ciljem oglada. Identična odredba sadržana je i u Direktivi, pri čemu je njom predviđeno i pravilo prema kojem se ogledi koji podrazumevaju ozbiljne povrede, koje mogu prouzrokovati jak bol životinjama, ne smeju izvoditi bez anestezije.⁷⁸

Ukoliko je planirano da se životinja koristi u ogledu koji će izazvati jak bol, koji će verovatno potrajati, takav ogled, se prema Konvenciji, mora posebno prijaviti i obrazložiti nadležnom organu ili posebno odobriti od strane nadležnog organa, kao što se moraju preduzeti i sve odgovarajuće mere kako bi se sprečilo da se ovakvi ogledi obavljaju kada to nije neophodno. Direktivom je takođe, predviđena obaveza država članica da moraju osigurati da se ogledi koji prouzrokuju jak bol, patnju ili stres, za koje je verovatno da bi bili dugotrajni i da ih nije moguće olakšati, neće izvoditi, osim u slučaju postojanja izuzetnih i naučno opravdanih razloga, u kom slučaju se privremeno može dozvoliti vršenje ovakvih oglada.⁷⁹

Kada je reč o životinjama koje su već korišćene u ogledima, Konvencijom je predviđeno da se nijedna životinja, koja je korišćena u ogledu koji je izazvao jak ili trajan bol i patnju, bez obzira da li je korišćena anestezija ili analgezija, neće koristiti u budućim ogledima, ukoliko joj se ne povрати zdravstveno stanje i dobrobit. Od ovog pravila, ona predviđa izuzetak u dva slučaja: ukoliko je naredni ogled takav da će životinja biti stavljena pod opštu anesteziju, koja će se održavati sve do njenog usmrćivanja ili ako je bu-

verovatno osećati kratkotrajan, umeren bol, patnju ili stres ili dugotrajan umeren bol, patnju ili stres, kao i ogled za koji je verovatno da će prouzrokovati umereno slabljenje dobrobiti životinja ili opšteg stanja životinja. Naposljetku, kao težak, definisan je ogled, nakon kojeg će životinje osetiti jak bol, patnju ili stres ili dugotrajan umeren bol, patnju ili stres, kao i ogled za koji je verovatno da će prouzrokovati teško oslabljenje dobrobiti životinja ili opšteg stanja životinja. V. Prilog 8, Odsek 1 Direktive. Razvrstavanje se zasniva na najtežim posledicama, koje će verovatno osetiti pojedinačna životinja, nakon primene svih odgovarajućih tehnika poboljšanja. V. Prilog 8, odsek 2 Direktive. U Prilogu 8, odseku 3 Direktive dati su primeri različitih vrsta oglada, razvrstanih u svaku od kategorija težine, na osnovu faktora povezanih sa vrstom oglada.

⁷⁸V. čl. 8. Konvencije i čl. 14. st. 1-2. Direktive.

⁷⁹V. čl. 9. st. 1-2. Konvencije i čl. 15. st. 2. u vezi sa čl. 55. st. 3. Direktive.

dući ogled takav da uključuje samo manje intervencije. Direktivom su precizirani uslovi pod pretpostavkom čijeg ispunjenja se životinje već korišćene u ogledima, mogu ponovo koristiti u njima. U tom smislu, njom je predviđeno da se životinja koja je već korišćena u ogledima, u slučaju kada je moguće koristiti drugu životinju na kojoj prethodno nije izvršen nijedan ogled, može ponovo koristiti u novom ogledu, samo ukoliko su ispunjeni sledeći uslovi: stvarna težina prethodnog ogleda bila je „blaga“ ili „umerena“, opšte zdravstveno stanje životinje i njena dobrobit je u potpunosti vraćeno na normalno stanje, dalji ogled definisan je kao „blag“, „umeren“ ili „nepovratan“ i u skladu je sa savetom veterinara kojim je uzeto u obzir životno iskustvo životinje. Samo izuzetno, nadležni organ, nakon veterinarskog pregleda životinje, može dopustiti ponovno korišćenje u ogledima one životinje, koja je već korišćena u ogledu koji je uključivao jak bol, stres ili sličan stepen patnje, pod uslovom da nije bila korišćena više od jedanput u ovakvom ogledu.⁸⁰

U oba pravna dokumenta, predviđeno je pravilo da ovlašćeno lice na kraju svakog ogleda donosi odluku da li će životinju ostaviti u životu, u kom slučaju joj je neophodno osigurati brigu i smeštaj shodno njenom zdravstvenom stanju, ili će je lišiti života na human način, što će biti neophodno onda kada je verovatno da će ostati u stanju u kojem oseća, prema tekstu Konvencije, trajni bol i stres, odnosno, prema tekstu Direktive, umeren ili jak bol, patnju, stres ili ima trajnu povredu. Naposljetku, odredbe Konvencije, dozvoljavaju nadležnom organu i puštanje životinja na slobodu, gde je to neophodno u opravdane svrhe ogleda, pod uslovom da postoji uverenje da im je obezbeđena maksimalna praktična nega, kako bi se zaštitila dobrobit životinja. Na sličan način, i Direktivom je propisano pravilo prema kojem države članice mogu dozvoliti i da se životinje koje se koriste ili nameravaju koristiti u ogledima, mogu udomiti ili osloboditi, ukoliko zdravstveno stanje životinje to dopušta, ukoliko ne postoji opasnost po javno zdravlje, zdravlje životinja ili životnu sredinu, te ukoliko su preduzete mere kojima se garantuje dobrobit životinja.⁸¹

2.4. Ostale odredbe

Sve države potpisnice, prema Konvenciji su obavezne da priznaju, kada je to praktično izvodljivo, rezultate već izvršenih ogleda na teritoriji druge države. U tom smislu, Direktivom je predviđeno da će sve države članice, prihvatiti podatke iz drugih zemalja članica Evropske unije, dobijene pu-

⁸⁰V. 11. st. 4. Konvencije i čl. 16. Direktive.

⁸¹V. čl. 11. st. 1-3. i čl. 12. Konvencije, kao i čl. 17. st. 2-3. i čl. 19. Direktive.

tem oglada koji su priznati zakonodavstvom Evropske unije, osim ako je izvođenje daljih oglada u vezi sa tim podacima, neophodno u svrhu zaštite javnog zdravlja, sigurnosti i životne sredine. Ovo pravilo predviđeno je u cilju izbegavanja nepotrebnog ponavljanja već izvršenih oglada.⁸²

Direktivom se, kao i Konvencijom, podstiče primena alternativnih metoda. Tako je njome predviđeno da će države članice doprineti razvoju i vrednovanju metoda, koji bi mogli osigurati jednak ili viši stepen podataka od onih koji se dobijaju u ogledima u kojima se koriste životinje, ali u kojima se ne koriste životinje ili se koristi manji broj životinja ili koji iziskuju manje bolne ogleda.⁸³

Prema Konvenciji, sve države potpisnice će prikupljati statističke podatke o korišćenju životinja u ogledima, koji će, kada to zakon dozvoljava, biti dostupni javnosti. U tom smislu, Direktivom je takođe predviđena obaveza država članica da prikupljaju statističke podatke o korišćenju životinja u ogledima i učine ih, na godišnjem nivou, dostupnim javnosti, uključujući informacije o stvarnoj težini oglada i o poreklu vrsta primata koji ne uključuju čoveka, korišćenih u ogledima.⁸⁴

Zahtevi iz Konvencije predstavljaju minimalne standarde, te su stoga, države potpisnice slobodne da usvoje i strožije mere zaštite životinja, strožije mere kontrole ili ograničavanja korišćenja životinja u ogledima, od onih koji su njom predviđeni. Države članice, prema Direktivi, uz poštovanje opštih pravila, takođe mogu obezbediti obimniju zaštitu oglednih životinja, od one koja je njome predviđena.⁸⁵

Konvencija obavezuje ugovorne strane da preduzmu sve neophodne mere u cilju primene njenih odredbi, kao i da obezbede efikasan sistem kontrole i nadzora.⁸⁶ U teoriji se navodi da imajući u vidu činjenicu da Konvencijom nije specifikovana pravna priroda ovih mera, koje države potpisnice treba da preduzmu radi garantovanja njenog sprovođenja, u obzir dolaze kako mere administrativnog, odnosno prekršajnog karaktera, tako i mere krivičnopravne represije.⁸⁷ Direktivom je predviđeno da će države članice svojim zakonodavstvima propisati odgovarajuće kazne za kršenje nacionalnih odredbi usvojenih u skladu sa njom i da će preduzimati sve neophodne mere da se obezbedi njihovo sprovođenje.⁸⁸

⁸²V. čl. 29. st. 1. Konvencije i čl. 46. Direktive.

⁸³V. Preambulu Konvencije i čl. 47. st. 1. Direktive.

⁸⁴V. čl. 27. st. 1. Konvencije i čl. 54. st. 2. Direktive.

⁸⁵V. čl. 4. Konvencije i čl. 2. st. 1. Direktive.

⁸⁶V. čl. 3. Konvencije.

⁸⁷V. Ana Batričević: op. cit., str. 735-736.

⁸⁸V. čl. 60. Direktive. U čl. 30. Konvencije, predviđeno je održavanje multilateral-nih konsultacija država potpisnica u određenim vremenskim periodima, a u cilju preispiti-

3. Pravni tretman oglednih životinja u zakonodavstvu Srbije i usaglašenost sa evropskim standardima

U osnovnim odredbama Zakona o dobrobiti životinja Srbije, propisano je da se njime, između ostalih pitanja, uređuje i zaštita dobrobiti životinja, prilikom sprovođenja ogleda na njima. Pod ogledom se, u smislu ovog zakona, podrazumeva korišćenje životinja u ogledne ili druge naučne svrhe, koje može prouzrokovati povrede, bol, patnju, strah i stres životinji, narušiti zdravstveno stanje i izazvati trajno ili privremeno narušavanje fizičke, psihičke, odnosno genetičke celovitosti životinja, kao i smrt životinje.⁸⁹

Zakon, pod oglednom životinjom, podrazumeva svakog živog kičmenjaka i beskičmenjaka, kao i njihove razvojne oblike, koji su namenjeni za sprovođenje ogleda.⁹⁰ Pitanje životinja koje se ne/mogu koristiti u ogledima, u domaćem pravu regulisano je zakonskim i podzakonskim propisima. Tako je Zakonom, s jedne strane, predviđeno da se u ogledima ne mogu koristiti napuštene životinje, odnosno životinje iz prihvatilišta, kao, ni po pravilu, divlje životinje, koje se mogu koristiti samo u svrhe očuvanja te životinjske vrste. Pravilnikom o dobrobiti oglednih životinja, sa druge strane, propisano, da se u ogledima mogu koristiti životinje koje se uzgajaju isključivo u tu svrhu, a to su: miševi, pacovi, zamorčići, hrčkovi, kunići, nečovekoliki majmuni, psi, mačke, prepelice, pri čemu se u svrhu ogleda mogu uzgajati i domaće životinje, ptice, ribe, čovekoliki majmuni, drugi majmuni, drugi sisari i drugi mesojedi. Njime je predviđeno i da se životinje koje se koriste u ogledima, moraju uzgajati u objektima za uzgoj i nabavljati isključivo iz objekata za uzgoj, odnosno objekata za snabdevanje pravnih i fizičkih lica, odnosno preduzetnika koji su upisani u Registar za oglede na životinjama.⁹¹ Ovakva pravna regulativa životinja koje se ne/mogu koristiti u ogledima, u potpunom je skladu sa

vanja njene primene, kao i opravdanosti izmena i dopuna njenih rešenja. U teoriji se navodi da je njihovo održavanje nedovoljno za sticanje uvida u to, kako se i u kojoj meri, zaista ostvaruje zaštita oglednih životinja na teritorijama država potpisnica. V. u tom smislu: Nataša Stojanović: op. cit., str. 276. Direktivom je predviđena obaveza država članica da do 10. novembra 2018. godine i svakih pet godina nakon toga, dostavljaju Komisiji informacije o sprovođenju ove Direktive, kao i da će svaka država članica, imenovati jedan ili više nadležnih organa, odgovornih za njeno sprovođenje. V. čl. 54. st. 1. i čl. 59. st. 1. Direktive.

⁸⁹V. čl. 1. i čl. 5. st. 1. tač. 31. Zakona o dobrobiti životinja Srbije. U daljim izlaganjima, prilikom pozivanja na odredbe Zakona o dobrobiti životinja Srbije, biće korišćena skraćena Zakon.

⁹⁰V. čl. 5. st. 1. tač. 30. Zakona.

⁹¹V. čl. 37. st. 2. i čl. 42. st. 1. tač. 4. Zakona, kao i čl. 19. i čl. 20. st. 1. Pravilnika o dobrobiti oglednih životinja Srbije. U daljim izlaganjima, prilikom pozivanja na odredbe Pravilnika o dobrobiti oglednih životinja Srbije, biće korišćena skraćena Pravilnik.

odredbama Konvencije kojima je regulisano ovo pitanje, ali je, kada je reč o Direktivi, ona samo delimično usaglašena sa njenim odredbama u pogledu ovog domena pravne zaštite oglednih životinja - i to u delu koji se odnosi na neophodnost uzgajanja u svrhe oglada određenih vrsta životinja, kao i na zabranjenost korišćenja u ogledima napuštenih domaćih životinja i divljih životinja. Kako se, naime, prema Direktivi, vrste životinja, koje se, po pravilu, neće koristiti u ogledima, odnosno, koje se mogu koristiti u ogledima, samo u određenim situacijama i sa precizno određenom namenom, ne odnose samo na napuštene domaće životinje i divlje životinje, kao što je to slučaj u našem pravu, već i na ugrožene životinjske vrste, primata koji ne uključuju čoveka, a posebno i na velike majmune, što, kako to proizlazi iz prethodnih izlaganja, nije slučaj u domaćem pravu, to se može zaključiti da ovaj segment zaštite oglednih životinja nije u potpunosti usklađen sa standardima Evropske unije. S druge strane, u pogledu pojedinih aspekata pravne zaštite oglednih životinja, koje se odnose na ovo pitanje, domaće zakonodavstvo ima restriktivnije odredbe. Tako, u našem pravu nije predviđena mogućnost odstupanja od pravila prema kojem se napuštene životinje, odnosno, životinje iz prihvatilišta, ne mogu koristiti u ogledima. Isto tako, domaća regulativa korišćenja divljih životinja u ogledne svrhe, prema kojima se, ogledi na njima mogu sprovoditi samo u svrhu očuvanja te životinjske vrste, po našem mišljenju je, u većoj meri pružila pravnu zaštitu ovoj vrsti životinja, nego što je to slučaj sa Direktivom, prema kojoj se one mogu koristiti u svim situacijama u kojima se svrha oglada ne može postići korišćenjem životinja, koje su uzgojene za korišćenje u ogledima.

U pogledu svrha sprovođenja oglada na životinjama, način regulisanja ovog pitanja u domaćem zakonodavstvu u potpunosti odgovara načinu njegovog regulisanja u Konvenciji, pri čemu je u skladu i sa regulativom ovog pitanja u Direktivi, s obzirom na to da svrhe u koje se mogu sprovoditi ogledi u domaćem pravu, ne izlaze iz okvira svrha, predviđenih Direktivom. U tom smislu, neusaglašenost ne postoji ni kada je reč o ogledima koji se sprovode radi obrazovanja. Naime, iako se prema tekstu Direktive, ogledi mogu sprovoditi samo radi visokoškolskog obrazovanja, za razliku od domaćeg prava, kojim je predviđeno da se ogledi mogu sprovoditi, uopšte, u svrhe obrazovanja, treba naznačiti da je domaćim zakonodavstvom zabranjeno korišćenje životinja u ogledima u obrazovne svrhe u osnovnim, srednjim školama i na fakultetima. Naime, u osnovnim i srednjim školama dozvoljeno je obavljati vežbe na živim životinjama koje su opservativnog karaktera, dok je u visokoškolskim ustanovama na osnovnim studijama, dozvoljeno obavljati vežbe kojima se ne narušava život i dobrobit, odnosno fizička, psihička i genetička celovitost životinje.

U osnovnim i srednjim školama, kao i u visokoškolskim ustanovama, ostale vežbe se ne mogu obavljati na leševima životinja, koje su lišene života u cilju izvođenja praktičnih vežbi. Zakon, pritom, naglašava da se ogledi u obrazovne svrhe, mogu sprovoditi, samo ako ne prouzrokuju bol, patnju, strah, stres, povredu ili smrt životinja.⁹²

U zakonu su izričito nabrojani i slučajevi u kojima je zabranjeno sprovoditi ogledne. U tom smislu, u skladu sa standardima Evropske unije, posebno je naglašeno da je zabranjeno sprovođenje ogleda ukoliko postoji alternativni metod za sprovođenje ogleda kojim se postiže isti cilj, kao i radi prikazivanja bioloških i medicinskih pravila ili činjenica koje su već naučno potvrđene. Zabranjeno je i sprovođenje ogleda na životinjama za ispitivanje oružja, ratne opreme, kao i uticaja radijacije, a u skladu sa gore navedenim progresivnim evropskim kretanjima, i radi ispitivanja kozmetičkih preparata i supstanci koje ulaze u njihov sastav, hemijskih sredstava za pranje i dezinfekciju predmeta opšte upotrebe, duvanskih i alkoholnih proizvoda, odnosno sredstava za povećanje mišićne snage i drugih sličnih sredstava. Kao što je to već spomenuto, nije dozvoljeno ni sprovođenje ogleda na napuštenim životinjama, odnosno životinjama iz prihvatilišta, kao ni bez anestezije, suprotno odredbama Zakona. Naposletku, prepreku nehumanom postupanju sa životinjama, predstavlja i odredba zakona kojom se zabranjuje publikovanje naučnih radova, u slučaju kada je ogled izvršen suprotno njegovim odredbama.⁹³

Odgovarajuće odredbe domaćeg zakonodavstva, kojima su propisani uslovi koje moraju ispunjavati korisnici, uzgajivači i dobavljači, kao i obaveze navedenih lica, takođe su u potpunom skladu sa odredbama Konvencije u pogledu načina regulisanja navedenih pitanja, pri čemu su one, većim delom, usaglašene i sa regulativom navedenih pitanja u Direktivi.

Tako je Zakonom predviđeno da ogledne mogu obavljati pravna i fizička lica, koja su upisana u Registar za ogledne na životinjama, koji vodi Ministarstvo, ukoliko ispunjavaju odgovarajuće uslove u pogledu objekata, opreme i obučenosti o dobrobiti oglednih životinja. U Registar lica za ogledne na životinjama, radi evidentiranja oglednih životinja, moraju biti upisana i pravna i fizička lica, odnosno preduzetnici koji se bave držanjem, reprodukcijom i prometom oglednih životinja, ukoliko ispunjavaju prethodno navedene uslove. Ogledi se, po pravilu, mogu sprovoditi samo na životinjama koje su u vlasništvu, odnosno posedu navedenih lica. Ova lica su dužna da se brinu o oglednim životinjama sa pažnjom dobrog domaćina i imaju obavezu da odrede stručno lice za zaštitu dobrobiti ogled-

⁹²V. čl. 38. i čl. 44. Zakona.

⁹³V. čl. 41. st. 1., čl. 42. i čl. 45. Zakona.

nih životinja, koje mora imati završene master u oblasti veterinarskih nauka (doktor veterinarske medicine), odnosno, završene osnovne studije u trajanju od najmanje pet godina u oblasti veterinarskih nauka i koje je obučeno za dobrobit životinja.⁹⁴ Bliži uslovi u pogledu objekata (korisničkih, za uzgoj i za snabdevanje) i opreme, propisani su Pravilnikom.⁹⁵ Pravilnikom je, takođe, predviđeno da stručna lica koja su odgovorna za zaštitu dobrobiti oglednih životinja i lica zadužena za brigu o njima, lica koja obavljaju ogled ili učestvuju u jednom njegovom delu (laboratorijski tehničari), lica koja su nadležna za kreiranje, obavljanje i vođenje ogleda, kao i za nadzor nad ogledom (naučni istraživači), kao i lica koja su posebno obučena za rad u korisničkim objektima, objektima za uzgoj i objektima za snabdevanje (veterinari specijaliste), moraju da ispunjavaju uslove u pogledu obučenosti o dobrobiti oglednih životinja, u skladu sa Programom obuke o dobrobiti oglednih životinja, datom u Prilogu 3 Pravilnika.⁹⁶ Ukoliko prethodno navedena lica, prestanu da ispunjavaju neki od propisanih zakonskih uslova u pogledu objekata, opreme i obučenosti o dobrobiti oglednih životinja, brišu se iz Registra za ogled na životinjama, na osnovu rešenja koje donosi Ministar.⁹⁷

Prema Zakonu, pravna i fizička lica koja obavljaju ogled ili se bave držanjem, reprodukcijom i prometom oglednih životinja, dužna su da vode evidenciju o držanju, reprodukciji, prometu, odnosno sprovođenju ogleda na životinjama. Ova evidencija, sadrži podatke o broju, vrsti životinja, svrsi sprovođenja ogleda i klasifikaciji težine, odnosno invazivnosti ogleda, koji se dostavljaju Ministarstvu, pri čemu su navedeni podaci javni. Pravilnikom je precizirano koji se podaci na godišnjem nivou moraju evidentirati u korisničkim objektima, objektima za uzgoj i snabdevanje.⁹⁸ Iako sadržina

⁹⁴V. čl. 33. st. 1-3., čl. 37. st. 1. i čl. 35. Zakona.

⁹⁵U tom smislu, čl. 4. st. 1. i čl. 15. st. 1. Pravilnika, predviđeno je da korisnički objekti, kao i objekti za uzgoj i snabdevanje, moraju biti izgrađeni i konstruisani tako da se obezbede uslovi koji odgovaraju svakoj pojedinačnoj vrsti životinje koja u njemu boravi i onemoguću bekstvo životinje, kao i da se ogledi u korisničkim objektima obavljaju što je moguće efikasnije, uz dosledne rezultate, upotrebu minimalog broja životinja i izazivanje najmanjeg stepena bola, patnje, stresa ili trajnih povreda životinja. O konkretnim uslovima u pogledu objekata i opreme v. čl. 4-15. Pravilnika.

⁹⁶V. čl. 16., kao i Prilog 3 Pravilnika.

⁹⁷V. čl. 33. st. 6. Zakona.

⁹⁸V. čl. 43. st. 1-4. Zakona, kao i čl. 38-39. Pravilnika. Prema Pravilniku, evidencije u korisničkim objektima, objektima za uzgoj i snabdevanje, moraju sadržati iste one podatke koji su predviđeni i Konvencijom, pri čemu, u korisničkim objektima, ove evidencije moraju obuhvatiti još i podatke o broju i vrsti životinja koje su korišćene u ogledima prema stepenu invazivnosti ogleda, dok u objektima za uzgoj i snabdevanje, one moraju obuhvatiti još i podatke o broju i vrsti životinja koje su u njima uginule.

ovih evidencija u velikoj meri odgovara zahtevima Direktive, ona, u pogledu nužnih podataka, koje evidencija mora sadržati, ipak, nije u potpunosti usklađena sa ovim pravnim dokumentom.⁹⁹ Pored toga, i ostale obaveze korisnika, uzgajivača i dobavljača u pogledu ovog domena pravne zaštite oglednih životinja, određene su na uži način u odnosu na Direktivu, imajući u vidu činjenicu da je osim obaveze vođenja spomenutih evidencija, domaćim zakonodavstvom predviđena još samo obaveza pojedinačnog obeležavanja pasa, mačaka i nečovekolikih majmuna, u objektima za uzgoj i snabdevanje, a koja je kao takva, regulisana Pravilnikom.¹⁰⁰

Zakonom je predviđeno i da se oglednim životinjama mora obezbediti odgovarajući smeštaj, briga i nega, pre, u toku i posle sprovođenja oglada. Način nege i postupanja sa oglednim životinjama pri držanju, reprodukciji, korišćenju, prevozu i prometu, bliže su propisani Pravilnikom, kojim su u potpunosti ispoštovani svi gore navedeni standardi kako Konvencije, tako i Direktive, u pogledu ovog pitanja.¹⁰¹ U tom smislu, Pravilnikom je, između ostalog, predviđeno i da lice koje je nadležno za kreiranje, obavljanje, vođenje oglada, kao i za nadzor nad ogledom i stručno lice koje je odgovorno za zaštitu dobrobiti oglednih životinja, obezbeđuju redovnu kontrolu i nadzor zdravstvenog stanja i dobrobiti oglednih životinja, kao i uslove njihovog smeštaja, kako bi se sprečili bol, patnja, strah, stres, iscrpljenost ili trajne povrede životinje, a u slučaju uočavanja nedostataka, obezbeđuju sprovođenje odgovarajućih mera.¹⁰²

U skladu sa zahtevom Direktive o neophodnosti uspostavljanja odgovarajućeg tela za dobrobit životinja je i odredba Zakona, kojom je predviđeno da su naučnoistraživačke organizacije i druga pravna lica koja sprovode oglede na životinjama, dužne da, u okviru svoje organizacije ili zajedno sa drugim naučnoistraživačkim organizacijama, odnosno pravnim licima koja sprovode oglede na životinjama, obrazuju Etičku komisiju za zaštitu dobrobiti oglednih životinja. Ona se sastoji od veterinara hirurga, veterinara sa iskustvom u uzgoju oglednih životinja, stručnjaka sa iskustvom primene statistike u istraživanjima, predstavnika udruženja, odnosno organizacija, čiji ciljevi su usmereni na zaštitu dobrobiti životinja, kao i istraživača iz srodnih naučnih oblasti. Najmanje trećina članova

⁹⁹Tako, primera radi, domaćim zakonodavstvom, nije predviđena obaveza vođenja evidencije o poreklu životinja, uključujući podatak da li su one uzgojene za korišćenje u ogledima, kao ni o broju i vrstama životinja koje su puštene.

¹⁰⁰V. čl. 29. st. 1. Pravilnika.

¹⁰¹V. čl. 40. Zakona, kao i čl. 24. i čl. 31. st. 1. Pravilnika. U pogledu konkretnih uslova smeštaja i brige oglednih životinja v. čl. 6-12., čl. 25-28., čl. 31-32., čl. 37., kao i Prilog 1 i Prilog 2 Pravilnika.

¹⁰²V. čl. 28. st. 3. Pravilnika.

Etičke komisije, moraju biti lica koja nisu zaposlena u prethodno navedenim ustanovama. Ona obavlja sledeće poslove: a) utvrđuje način sprovođenja oglada, u skladu sa Zakonom; b) obavlja stručnu kontrolu nad sprovođenjem oglada na životinjama; v) organizuje obuku lica koja sprovedu oglade na životinjama; g) daje stručna mišljenja ministru o etičkoj i naučnoj opravdanosti sprovođenja oglada; d) podnosi redovne godišnje izveštaje ministru.¹⁰³ Uspostavljanje ove komisije u domaćem zakonodavstvu je od izuzetnog značaja, jer njeno postojanje i njen sastav (naučnik, veterinar, član udruženja za zaštitu životinja, odnosno, laik) garantuju kontrolu i nadzor u vršenju oglada na životinjama. Pritom, zaštiti oglednih životinja u pravu Srbije, doprinosi postojanje još jednog ekspertskog tela, a to je Etički savet za dobrobit oglednih životinja, koga osniva Ministar. Osnivanjem ovog tela, naše pravo je usaglašeno sa Direktivom i u pogledu obaveze formiranja Nacionalnog tela (odbora) za zaštitu životinja u ogledne svrhe. Dužnosti Etičkog saveta, čiji član, inače, ne sme biti istovremeno i član Etičke komisije, su sledeće: a) daje savete iz etike i dobrobiti životinja prilikom sprovođenja oglada i genetskih modifikacija i manipulacija životinja; b) daje stručna mišljenja ministru o etičkoj i naučnoj opravdanosti obavljanja oglada, kao i prekida oglada na životinjama; v) daje savete radi usaglašavanja rada Etičkih komisija za zaštitu dobrobiti oglednih životinja; g) daje stručna mišljenja o izvođenju specifičnih i invazivnih oglada; d) učestvuje u razvoju i promovisanju alternativnih metoda obavljanja oglada; đ) podnosi izveštaj o svom radu i stanju dobrobiti oglednih životinja ministru jednom godišnje; e) obavlja druge poslove u skladu sa zakonom.¹⁰⁴

Naposletku, u ovom segmentu pravne zaštite oglednih životinja, domaće zakonodavstvo suštinski je usaglašeno sa Direktivom i u pogledu pitanja inspeksijskih nadzora uzgajivača, dobavljača i korisnika. Tako, prema Zakonu, Etička komisija, kao vid internog nadzora, utvrđuje način sprovođenja oglada na životinjama, u skladu sa Zakonom, te u tom smislu ona utvrđuje i da li se ogledi vrše u skladu sa svim gore propisanim zakonskim uslovima u pogledu odgovarajućih objekata, opreme i obučenosti o dobrobiti oglednih životinja. Etička komisija je dužna da bez odlaganja prekine sprovođenje oglada, ako se u toku sprovođenja oglada na životinjama postupa suprotno odredbama Zakona i da o tome obavesti Ministarstvo. Takođe, veterinarski inspektor, u vršenju poslova inspeksijskog nadzora, ima pravo i dužnost da proverava način postupanja sa životinjama, uslove njihovog držanja, objekte, prostor i prostorije u kojima se vrši sprovođenje oglada, ispunjenost uslova u pogledu obučenosti za do-

¹⁰³V. čl. 51-52. st. 1. Zakona.

¹⁰⁴V. čl. 48-50. Zakona.

brobit životinja, posedovanje potrebne dokumentacije, kao i vođenje evidencije u skladu sa ovim zakonom. U vršenju ovih poslova, on je dužan i ovlašćen, između ostalog i da naredi prekid sprovođenja oglada, odnosno zabrani njegovo sprovođenje, ako se on sprovodi suprotno odredbama ovog zakona, odnosno, ukoliko nedostaci, u vezi sa sprovođenjem oglada, nisu otklonjeni u propisanom roku.¹⁰⁵

Sa Konvencijom, a principijelno i sa Direktivom, usaglašena su i odgovarajuća zakonska rešenja Srbije, kojima su regulisani uslovi pod pretpostavkom čijeg ispunjenja može doći do odobrenja sprovođenja oglada. Tako je Zakonom propisano da lica koja su upisana u Registar, mogu vršiti ogleda, samo ukoliko poseduju rešenje o odobrenju sprovođenja oglada, koje donosi Ministar. U tom smislu, Pravilnikom je predviđeno da pravna i fizička lica koja su upisana u Registar za ogleda na životinjama, pre svakog planiranog oglada podnose Ministarstvu nadležnom za poslove veterinarstva, zahtev za donošenje rešenja o odobrenju sprovođenja oglada. Neophodna sadržina ovog zahteva, Zakonom je precizno određena,¹⁰⁶ i u tom smislu, ona je u pogledu suštinskih podataka koji njime moraju biti obuhvaćeni, u velikoj meri usklađena sa zahtevima iz Direktive. Rešenje o odobrenju sprovođenja oglada, Ministar donosi na osnovu stručnog mišljenja Etičke komisije, a samo izuzetno, za izvođenje specifičnih i invazivnih oglada na životinjama, na osnovu mišljenja Etičkog saveta.¹⁰⁷ Udomaćem zakonodavstvu, formalnopravno ne postoje odgovarajuće odredbe o projektima, kao programima rada koji imaju definisan naučni cilj, a koji obuhvataju ogleda, te o prethodnoj proceni projekta, u skladu sa kojom se oni odobravaju, na način kao što je to predviđeno Direktivom. Međutim, i u domaćem pravu ogledi se svakako sprovode u okviru istraživačkog rada, koji podatak, uostalom, predstavlja prvi neop-

¹⁰⁵V. čl. 52. st. 1. tač. 1. i st. 2., čl. 78. st. 1. tač. 1-5., kao i čl. 79. st. 1. tač. 6. Zakona.

¹⁰⁶Zahtev mora da sadrži sledeće podatke: 1) opis polja istraživačkog rada, koji je napisan na jasan i nedvosmislen način, kako bi se razumeo cilj istraživanja; 2) prednosti i značaj sprovođenja oglada, potencijalne opasnosti i neprijatnosti za ogledne životinje, kao i kategoriju težine, odnosno invazivnosti oglada; 3) detaljan opis materijala i metod rada; 4) dokaze o postojanju alternativnih metoda sprovođenja oglada i razloge zbog kojih se oni ne sprovode; 5) ukupan broj i vrstu životinja po fazama oglada; 6) vrste i doze anestezika i analgetika koji će se upotrebljavati; 7) opis očekivane reakcije životinja; 8) opis mogućih negativnih uticaja oglada na životinje, težine i dužine trajanja takvih uticaja, metode koje će se preduzeti da bi se takvi negativni uticaji ublažili ili izbegli; 9) način lišavanja oglednih životinja života, ako se vrši u toku ili na kraju oglada; 10) ime lica koje je zaduženo za zaštitu dobrobiti oglednih životinja i njegovu stručnu osposobljenost; kao i 11) imena lica koja će učestvovati u sprovođenju hirurške intervencije na životinjama tokom oglada.

¹⁰⁷V. čl. 34. st. 1-4. Zakona i čl. 18. st. 1. Pravilnika.

hodan element, koji se mora naznačati u sadržini zahteva za sprovođenje oglada, a radi razumevanja cilja istraživanja. Pritom, najveću ulogu u odobravanju sprovođenja oglada imaju Etička komisija, odnosno Etički savet, kao tela koja su nadležna za davanje stručnog mišljenja o etičkoj i naučnoj opravdanosti obavljanja oglada, što u principu, predstavlja i svrhu procene projekta prema Direktivi. Takođe, u duhu zahteva Direktive, prema kojem se ogledi ne mogu sprovoditi bez odobrenja projekta, niti na način koji nije u skladu sa njim, su i odgovarajuće odredbe domaćeg prava, koje se odnose, kako na ovlašćenja Etičke komisije i Etičkog saveta, tako i na ovlašćenja veterinarskog inspektora. Naime, Etička komisija, predstavlja vid internog nadzora, jer kako smo to videli, ima ovlašćenje da utvrđuje način sprovođenja oglada na životinjama u skladu sa Zakonom, kao i da obavlja stručnu kontrolu nad sprovođenjem oglada. U tom smislu, ona je dužna da bez odlaganja prekine sprovođenje oglada, ako se u toku sprovođenja oglada na životinjama postupa suprotno odredbama Zakona i da o tome obavesti Ministarstvo. Etički savet ima ovlašćenje da daje stručno mišljenje u pogledu prekida oglada na životinjama. Naposljetku, veterinarski inspektor, u vršenju napred navedenih poslova inspekcijuskog nadzora, može odrediti 1) prekid, odnosno zabranu sprovođenja oglada, ako se sprovodi suprotno odredbama ovog zakona, odnosno, ako nedostaci u vezi sa sprovođenjem oglada nisu otklonjeni u propisanom roku; 2) prekid ili zabranu sprovođenja oglada, ako se oni sprovedu bez rešenja o odobrenju sprovođenja oglada; kao i 3) privremenu ili trajnu zabranu sprovođenja oglada, u slučaju da se ogledi na životinjama ne vrše u skladu sa Zakonom.¹⁰⁸ Domaće zakonodavstvo, međutim, ne sadrži odgovarajuće odredbe predviđene u Direktivi, kojima je propisano da se period odobrenja projekta koji uključuje ogleda, ograničava na određeno vreme, niti odredbe o mogućnosti ili neophodnosti izvođenja retrospektivne procene pojedinih projekata, imajući u vidu težinu oglada koji se izvode u okviru njih. U pogledu ovih aspekata pravne zaštite oglednih životinja, ono nije usaglašeno sa pravom Evropske unije.

Kada je reč o samom obavljanju oglada, odnosno, načinu njegovog izvođenja, pretežni deo odredaba, a posebno suštinskih principa Konvencije i Direktive, prihvaćeni su i u domaćem zakonodavstvu. U tom smislu, Pravilnikom je predviđeno da se ogledi, po pravilu, obavljaju u korisničkim objektima, a samo izuzetno, na osnovu odobrenja Ministarstva, izvan njih, dok je Zakonom predviđeno da ogled može sprovoditi samo stručno lice, koje je obučeno za dobrobit životinja, pri čemu hirurške in-

¹⁰⁸V. čl. 52. st. 1. tač. 1-2. i st. 2., čl. 50. st. 1. tač. 2., čl. 78. st. 1. tač. 1-5., kao i čl. 79. st. 1. tač. 6-8. Zakona.

tervencije na životinjama tokom ogleda vrši veterinar ili ovlašćeni naučni radnik. Takođe, Zakonom o veterinarstvu određeno je da naučno-istraživačke ogledne na životinjama mogu da vrše samo stručna lica u veterinarskim, medicinskim, farmaceutskim i drugim naučnim ustanovama, pri čemu tokom ogleda životinje ne smeju biti izložene lošem postupanju ili patnji.¹⁰⁹ U skladu sa osnovnim načelima zaštite oglednih životinja, proklamovanim i zakonodavstvom Evropske unije, Zakonom je predviđeno da se ogled na životinjama ne sme sprovoditi ukoliko postoji alternativni metod za sprovođenje ogleda, kojim se postiže isti cilj. On se mora sprovesti na životinjama, koje najviše odgovaraju cilju ogleda, kao i na najmanjem broju životinja potrebnom za postizanje tog cilja, pri čemu se prilikom njegovog sprovođenja, mora koristiti metod kojim se životinjama nanosi najmanje bola, patnje, straha i stresa. U tom smislu, primenu načela poboljšanja, Pravilnik nalaže prilikom ogleda, kao i pri držanju, reprodukciji, korišćenju, prevozu i prometu oglednih životinja, kao i prilikom kreiranja ogleda. Takođe, Pravilnikom se, uz primenu načela smanjenja, nalaže i korišćenje životinja sa najnižim stepenom neurofiziološke osetljivosti.¹¹⁰ U skladu sa gore iznetim odredbama Konvencije, ali i Direktive su i odgovarajuće odredbe Zakona i Pravilnika, u pogledu uslova i načina primene odgovarajućih metoda (anestezije, analgezije itd.), koje se primenjuju u cilju isključivanja bola, patnje, straha i stresa oglednih životinja.¹¹¹ Međutim, razvrstavanje ogleda po težini, odnosno invazivnosti, u domaćem pravu, nije usaglašeno sa standardima prihvaćenim u Direktivi.¹¹² Domaće zakonodavstvo nije usaglašeno ni sa odredbom Direktive o načelnoj zabrani vršenja ogleda na životinjama koji će im prouzrokovati jak bol i za koji je verovatno da će dugo trajati, pri čemu ono, u pogledu regulisanja ovog pitanja, nije u potpunosti usklađeno ni sa odgovarajućom odredbom Konvencije, koja se odnosi na obavezu posebnog prijavljivanja i obrazloženja ili posebnog odobrenja vršenja ovakvih ogleda. Naime, domaćim zakonodavstvom, vršenje ovakvih ogleda nije zabranje-

¹⁰⁹V. čl. 20. st. 3-4. Pravilnika, čl. 36. Zakona o dobrobiti životinja i čl. 138. st. 5. Zakona o veterinarstvu.

¹¹⁰V. čl. 41. Zakona, čl. 21. st. 1. i 3. i čl. 22. st. 1. Pravilnika.

¹¹¹V. čl. 39. Zakona, čl. 22. st. 2-3. i čl. 36. st. 1. Pravilnika.

¹¹²V. prilog 4 Pravilnika u kojem se nalazi primer obrasca zahteva za odobrenje sprovođenja ogleda na životinjama, u kojem je predviđeno pet kategorija invazivnosti ogleda na životinjama. U kategoriju A, ulaze ogledi na beskičmenjacima ili živim izolatima, u kategoriju B, ogledi koji izazivaju blagi osećaj nelagodnosti, u kategoriju V, ogledi koji izazivaju manji stepen bola ili stresa, u kategoriju G, ogledi koji izazivaju značajan stepen bola ili stresa, te naposljetku, u kategoriju D, ogledi koji izazivaju jak bol blizu ili iznad praga tolerancije, stanja različitog šoka na neanesteziranim svesnim životinjama. Opširnije o navedenoj kategorizaciji v. Marijana Vučinić: op. cit., str. 177-178.

no. Međutim, treba naznačiti da, kako se u zahtevu za odobrenje sprovođenja oglada, između ostalog, mora naznačiti i opis mogućih negativnih uticaja oglada na životinje, uključujući i težinu i dužinu njihovog trajanja, to su ovi podaci, naročito uz podatke koji se odnose na opis polja istraživačkog rada i značaj sprovođenja oglada, svakako relevantni prilikom donošenja odluke o ne/odobrenju sprovođenja ovakvih oglada. Odgovarajuća odredba Pravilnika, kojom je regulisan način ponovnog korišćenja životinje, koja je već korišćena u ogledu, a koji je izazvao jak ili trajan bol ili patnju životinje, u skladu je sa standardima Evropske unije.¹¹³ Međutim, u cilju potpunog usaglašavanja sa ovim standardima, u pravu Srbije bi trebalo, na način kao što je to predviđeno Direktivom, a radi što sveobuhvatnije zaštite oglednih životinja, normirati sve situacije i uslove pod pretpostavkom čijeg ispunjenja bi se životinje već korišćene u ogledima, mogle ponovo koristiti u njima. U suštinskom skladu sa standardima Evropske unije je i način regulisanja postupanja sa životinjama nakon oglada, u smislu mogućnosti njihovog puštanja na slobodu, zadržavanja u životu ili lišavanja života, a koje pitanje je u domaćem pravu regulisano Pravilnikom.¹¹⁴

Naposletku, od značaja je i činjenica da su u skladu sa odgovarajućim zahtevom Direktive i odgovarajuće odredbe Zakona, kojima se prekršajnopravno sankcioniše širok spektar protivpravnih ponašanja, koja su u vezi sa postupanjem sa oglednim životinjama. U tom smislu, ovakva odgovornost postoji za sledeća postupanja: 1) sprovođenje oglada na životinjama bez posedovanja rešenja o odobrenju sprovođenja oglada; 2) propuštanje određivanja stručnog lica za zaštitu dobrobiti životinja; 3) sprovođenje oglada na životinjama od strane lica koje nije stručno lice obučeno za dobrobit oglednih životinja, kao i vršenje hirurških intervencija na životinjama tokom oglada od strane lica koje nije veterinar ili ovlašćeni naučni radnik; 4) sprovođenje oglada na životinjama koje nisu u vlasništvu, odnosno posedu lica registrovanih za držanje, reprodukciju i promet oglednih životinja; 5) sprovođenje oglada na životinjama u svrhe, koje nisu one koje su zakonom propisane kao dozvoljene; 6) sprovođenje oglada na životinjama suprotno odgovarajućim odredbama koje se odnose na: a) obaveznost primene anestezije i drugih stručnih metoda koje isključuju bol, patnju, strah i stres; b) obaveznost obezbeđivanja životinjama odgovarajućeg smeštaja, brige i nege pre, u toku i posle sprovođenja oglada, v) nemogućnost sprovođenja oglada u slučaju postojanja alternativnog metoda, kojim se postiže isti cilj, obaveznost sprovođenja oglada na životi-

¹¹³V. čl. 23. Pravilnika.

¹¹⁴V. čl. 35. Pravilnika.

njama koje najviše odgovaraju cilju oglada i na najmanjem broju životinja potrebnom za postizanje tog cilja, te na neophodnost korišćenja metoda kojim se životinjama nanosi najmanje bola, patnje, straha i stresa; g) slučajeve u kojima se ogledi na životinjama ne smeju sprovoditi; 7) nevođenje i nečuvanje evidencije o držanju, reprodukciji, prometu i sprovođenju oglada na životinjama; 8) sprovođenje oglada na životinjama u obrazovne svrhe, suprotno odredbama ovog zakona; 9) vršenje publikovanja naučnih radova, u slučaju da je ogled na životinjama sproveden suprotno odredbama ovog zakona; 10) sprovođenje genetske modifikacije i manipulacije u ogledima na životinjama suprotno svrsi za koju je odobreno sprovođenje oglada.¹¹⁵ Za sva nabrojana protivpravna postupanja, pravno lice se kažnjava novčanom kaznom u rasponu od 100 000 do 1 000 000 dinara, odgovorno lice u pravnom licu, u rasponu od 10 000 do 50 000 dinara, a fizičko lice u rasponu od 5 000 do 50 000 dinara.¹¹⁶

Zaključna razmatranja

Donošenjem Zakona o dobrobiti životinja i Pravilnika o dobrobiti oglednih životinja, u pravu Srbije, došlo je do značajnog kvalitativnog pomaka u pogledu pitanja pravne zaštite oglednih životinja. Pravni tretman oglednih životinja, pokriven je značajnim brojem odredaba spomenutih propisa, koje se, u najkraćim crtama, odnose na: životinje čije je korišćenje dozvoljeno, odnosno, zabranjeno u ogledima, uslove pod pretpostavkom čijeg ispunjenja je moguće korišćenje životinja u ogledima, svrhe u koje se ogledi mogu sprovoditi, slučajeve u kojima je ogled zabranjeno sprovoditi, uslove koje moraju ispunjavati pravna i fizička lica koja obavljaju ogled, kao i lica koja se bave držanjem, reprodukcijom i prometom oglednih životinja, obaveze ovih lica, odobrenje sprovođenje oglada i način njegovog sprovođenja, odgovarajući sistem kontrole nad svim ovim aktivnostima, kao i na kazne kojima se sankcionišu odgovarajuća protivpravna ponašanja u vezi sa postupanjem sa oglednim životinjama. U skladu sa odgovarajućim standardima prihvaćenim u Evropskoj konvenciji o zaštiti kičmenjaka koji se koriste u eksperimentalne i druge naučne svrhe, u prethodno navedene odredbe, utkani su mnogi savremeni etički principi u cilju poboljšanja kvaliteta svih aktivnosti u kojima ljudi koriste životinje u ogledima, povećanja njihove odgovornosti, te uopšte, u cilju dobrobiti oglednih životinja. Naime, kao država koja je ovu Konvenciju potpisala i ratifi-

¹¹⁵V. čl. 82. st. 1. tač. 59-68. Zakona.

¹¹⁶V. čl. 82. st. 1-2., kao i čl. 85. st. 1. Zakona.

kovala,¹¹⁷ Srbija je uskladila svoje zakonodavstvo sa njenim osnovnim načelima, pri čemu je širokim spektrom odgovarajućih mera, sadržanih kako u zakonskim, tako i u podzakonskim propisima, konkretizovala odgovarajuće principe i odredbe ovog međunarodnog akta.

Posmatrano sa aspekta tendencije uključivanja Srbije u evropske integracije, od važnog značaja je činjenica da je domaća zakonska regulativa posvećena pravnoj zaštiti oglednih životinja, u svom pretežnom delu, usaglašena i sa Direktivom 2010/63/EU o zaštiti životinja koje se koriste u naučne svrhe. U tom smislu, pravo Srbije usklađeno je sa odgovarajućim zahtevima, odnosno, standardima Direktive, koji se odnose na: korišćenje ciljno uzgojenih životinja u ogledima, svrhe u koje se ogledi mogu sprovesti, neophodnost registrovanja korisnika, uzgajivača i dobavljača, uslovi koji ova lica moraju ispunjavati u pogledu objekata, opreme i obučenosti, obaveze navedenih lica u pogledu vođenja evidencija o životinjama, njihovog označavanja, kao i brige i smeštaja oglednim životinjama, način obavljanja ogleda, uspostavljanje odgovarajućih tela za dobrobit životinja na nivou institucija koje obavljaju ogled, ali i na nacionalnom nivou, odgovarajuće inspeksijske nadzore, neophodnost propisivanja odgovarajućih kazni, a suštinski i sa odgovarajućim zahtevima Direktive, koji se odnose na projekte, njihovu procenu i odobrenje, kojima, sadržinski i smisljeno u potpunosti odgovaraju odredbe domaćeg prava o neophodnosti podnošenja zahteva za sprovođenje ogleda i postupku njegovog odobrenja. Ipak, u pogledu određenog, manjeg broja pitanja, domaće zakonodavstvo nije usaglašeno sa Direktivom. Tako, pravo Srbije, nije usklađeno ili nije u potpunosti usklađeno sa odgovarajućim zahtevima ovog pravnog dokumenta, koji se odnose na: vrste životinja čije je korišćenje načelno zabranjeno u ogledima, neophodnu minimalnu sadržinu evidencija korisnika, uzgajivača i dobavljača, limitiranje perioda za koji se izdaje odobrenje projekta, odnosno ogleda, mogućnost ili neophodnost izvođenja retrospektivne procene pojedinih projekata, odnosno ogleda, klasifikaciju ogleda po težini, odnosno invazivnosti, načelnu zabranu vršenja ogleda na životinjama koji će im prouzrokovati jak bol i za koji je verovatno da će dugo trajati, kao i na normiranje svih situacija i uslova pod pretpostavkom čijeg ispunjenja bi se životinje već korišćene u ogledima, mogle ponovo koristiti u njima. Međutim, imajući u vidu nespornost činjenice da je naš zakonodavac usvojio kako suštinske principe, tako i naj-

¹¹⁷Zakon o potvrđivanju Evropske konvencije o zaštiti kičmenjaka namenjenih za ogledne i druge naučne svrhe izmenjene Protokolom o izmeni Evropske konvencije o zaštiti kičmenjaka namenjenih za ogledne i druge naučne svrhe, Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori, br. 1/2010.

veći broj odredaba Direktive, kojima se reguliše gore naveden, veoma širok spektar aspekata pravne zaštite oglednih životinja, to nam daje osnov za zaključak da je on spreman da u potpunosti primenjuje evropsko zakonodavstvo posvećeno ovom pitanju.

Kvalitetu pravne zaštite oglednih životinja, koja je u domaćem pravu, nesumnjivo, postavljena na jednom visokom nivou, naročito doprinosi uspostavljanje odgovarajućeg sistema kontrole, a u skladu sa visokim standardima Evropske unije. Ovaj sistem predstavlja suštinsko obeležje domaće regulative, koja se odnosi na pravni tretman oglednih životinja, imajući u vidu činjenicu da on dolazi do izražaja u praktično svim aktivnostima, koje se odnose na obavljanje ogleda na životinjama, odnosno, koje se preduzimaju u cilju obavljanja ogleda na životinjama. U tom smislu su, najpre, odredbe o neophodnosti postojanja odgovarajućih registara fizičkih i pravnih lica koja obavljaju ogled, odnosno, koja se bave držanjem, reprodukcijom i prometom oglednih životinja, o potrebi postojanja rešenja o odobrenju sprovođenja ogleda, kao i o obavezi vođenja odgovarajućih evidencija o ogledima od strane navedenih lica, te njihovog dostavljanja Ministarstvu, odnosno Upravi za veterinu. U ovom smislu i odgovarajuće odredbe o obaveznosti prethodno spomenutih fizičkih i pravnih lica da odrede stručno lice za zaštitu dobrobiti oglednih životinja, koje svojom odgovornošću svakako pruža odgovarajući vid kontrole, o neophodnosti sprovođenja ogleda isključivo od strane stručnog lica obučenog za dobrobit oglednih životinja, kao i o obavezi sprovođenja ogleda isključivo na onim životinjama koje se nalaze u vlasništvu ili posedu spomenutih fizičkih ili pravnih lica, a u cilju formiranja vida kontrole u pogledu porekla životinja koje se koriste u ogledima. Naposletku, u cilju ostvarivanja najdirektnijeg vida kontrole su odredbe, koje se odnose na ovlašćenja institucionalnih Etičkih komisija i nacionalnog Etičkog saveta u pogledu davanja stručnog mišljenja o etičkoj i naučnoj opravdanosti obavljanja ogleda. U tom cilju su i ovlašćenja Etičkih komisija, kao direktno odgovornih tela, u okviru samih institucija, u pogledu utvrđivanja načina sprovođenja ogleda, obavljanja stručne kontrole nad njim, te u pogledu mogućnosti prekidanja sprovođenja ogleda. U ovom cilju su i ovlašćenja Etičkog saveta u pogledu davanja stručnog mišljenja o prekidu ogleda, kao i sva ovlašćenja koja veterinarski inspektor ima u vršenju poslova inspeksijskog nadzora.

Imajući u vidu sve prethodno proklamovane principe i odredbe posvećene zaštiti dobrobiti oglednih životinja, nesporno je da je zaštita oglednih životinja u Srbiji postala pravno uređena. Međutim, s obzirom na činjenicu da je ova zaštita kod nas institucionalizovana odskora, odnosno da se zakonski i podzakonski propisi u ovoj primenjuju tek par godi-

na, sigurno je da je i pored nesumnjivo visokog stepena proklamovane pravne zaštite ovih životinja, potrebno da prođe izvestan vremenski period, kako bi se videlo, da li će i u kojoj meri će navedena regulativa „zaživeti“, odnosno, da li će se i koliko, navedene odredbe, zaista i primenjivati u praksi. U međuvremenu, radi prevencije i smanjenja broja nezakonitih i neetičkih oglasa, veoma je važno da kako stručna javnost, tako i laici, budu na adekvatan način obaveštavani, odnosno informisani, putem medija, štampe ili interneta o patnjama sa kojima se svakodnevno susreću ogledne životinje, kao i uopšte o težini i značaju ove problematike. Naposljetku, kako način regulisanja određenog broja pitanja u domaćem zakonodavstvu, nije u potpunom skladu sa odgovarajućim zahtevima Direktive, potrebno je preduzeti i sve neophodne mere na normativnom planu, u cilju potpunog usaglašavanja domaćeg zakonodavstva sa zakonodavstvom Evropske unije.

*Jelena Vidić Trninić, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Compliance of the Legal Treatment of Experimental Animals in Serbian Legislation with the Legislation of the European Union

Abstract: *The author focuses on compliance of the legal treatment of experimental animals in Serbian law with the provisions of the European legislation. Analysing, on one hand, the treatment that experimental animals have under the law of European Union, and on the other hand, the treatment that they have in the law of Serbia, in accordance with the relevant acts and subordinate legislation acts, this article seeks to answer the question whether the degree of legal protection of experimental animals in domestic law is satisfactory, as well as whether and to what extent the relevant national legislation complies with the European standards. At the same time, the article attempts to point out the appropriate measures necessary to be taken in the future in order to achieve as high quality and comprehensive protection of experimental animals as possible in Serbian law.*

Key words: *experimental animals, the European Convention for the Protection of Vertebrate Animals used for experimental and other scientific purposes, Directive 2010/63/EU on the protection of animals used for scientific purposes, Serbian law.*

*Dr Vladimir Marjanski, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

LICA ODGOVORNA ZA SADRŽAJ PROSPEKTA

Sažetak: *Prospekt je tehničko-pravni instrument za ostvarivanje zahteva ulagačke javnosti u pogledu informisanja na tržištu kapitala. Odgovornost za sadržaj prospekta može nastati u slučaju njegove manljive sadržine. Sadržina prospekta je manljiva kada nije usklađena sa propisima o njegovoj potpunosti, istinitosti i transparentnosti. S obzirom na vrstu mane prospekt može da bude netačan, nepotpun i obmanjujući (ulepšavajući, krivo navodeći). Pitanje odgovornosti za sadržaj prospekta je izuzetno složeno. Predmet ovog članka ograničava se na određivanje lica i uslova pod kojima ona mogu biti odgovorna za sadržaj prospekta. Zakon o tržištu kapitala (dalje u tekstu: ZTK) predviđa moguću odgovornost za sadržaj prospekta u odnosu na širok krug lica a da pri tome, uglavnom, ne predviđa uslove pod kojima ta lica odgovaraju za sadržaj prospekta. U članku se obrađuje odgovornost svakog lica koja prema ZTK mogu da odgovaraju za sadržaj prospekta, uz kratak osvrt na rešenja sadržana u uporednom pravu. Takođe, ukazuje se na potrebu izmene odredbe koja a priori isključuje odgovornost regulatornog tela – Komisije za hartije od vrednosti.*

Ključne reči: *prospekt, odgovornost za sadržaj prospekta, izdavalac, hartije od vrednosti.*

1. Uvodne napomene

Prospekt je tehničko-pravni instrument za ostvarivanje zahteva ulagačke javnosti u pogledu informisanja na tržištu kapitala. Odgovornost za sadržaj prospekta može nastati u slučaju njegove manljive sadržine. Sadržina prospekta je manljiva kada nije usklađena sa propisima o njegovoj potpunosti, istinitosti i transparentnosti.¹ S obzirom na vrstu mane pro-

¹ Nebojša Jovanović, *Berzansko pravo*, Beograd, 2009, str. 486.

spekt može da bude netačan, nepotpun i obmanjujući (ulepšavajući, krivo navodeći).²

Pitanje odgovornosti za sadržinu prospekta je veoma složeno. Ono obuhvata niz pravnih pitanja: netačnost i nepotpunost prospekta, pitanje kauzalnosti (uzročne veze između manljivog sadržaja prospekta i nastupе štete), pitanje tereta dokazivanja, lica koja mogu biti odgovorna za sadržaj prospekta, prirode i principa njihove odgovornosti, pitanje uticaja stepena krivice na njihovu odgovornost (ako odgovaraju po principu subjektivne odgovornosti), lica koja mogu podneti zahtev za naknadu štete (aktivno legitimisana lica), kao i pitanje obima naknade štete i zastarelosti zahteva za naknadu štete.

Predmet ovog članka ograničava se na lica i uslove pod kojima ta lica mogu biti odgovorna za sadržaj prospekta. U uporednom pravu ne postoji jedinstveno rešenje u pogledu kruga lica i uslova pod kojima ona mogu da odgovaraju za sadržaj prospekta.

U članu 19 Zakona o tržištu kapitala Republike Srbije³ (u daljem tekstu i fusnotama: ZTK) krug lica koja mogu biti odgovorna za sadržaj prospekta postavljen je veoma široko. Lica koja mogu biti odgovorna za sadržaj prospekta su: izdavalac, direktor i članovi upravnog odbora izdavaoca, lice koje upućuje ponudu, a nije izdavalac (tzv. ponuđač), garant u vezi sa izdavanjem hartija od vrednosti, investiciono društvo koje pruža usluge pokrovitelja ili agenta emisije u vezi sa javnom ponudom, nezavisni revizori izdavaoca, isključivo u vezi sa finansijskim izveštajima koji su uključeni u prospekt, a obuhvaćeni su njihovim izveštajem o reviziji i drugo lice koje preuzme odgovornost za tačnost i potpunost informacija u delu prospekta za koji je preuzelo odgovornost, isključivo u vezi sa tim podacima.⁴

ZTK izričito isključuje odgovornost Komisije za hartije od vrednosti za istinitost i celovitost podataka navedenih u bilo kom delu odobrenog prospekta, odnosno skraćenog prospekta za javnu ponudu ili uključenje u trgovanje na regulisano tržište, odnosno multilateralnu trgovačku platformu (dalje u tekstu: MTP).⁵ Ovakva odredba biće predmet kritike u daljem tekstu.

U tekstu koji sledi biće obrađena odgovornost svakog od navedenih lica.

² Videti o tome opširnije kod Vladimir Marjanski, "Nedostaci prospekta", *Pravo i privreda*, br. 4'-6/2010, str. 303-313.

³ Sl. Glasnik RS, br. 31/2011.

⁴ Videti ZTK, čl. 19, st. 1, t. 1-6.

⁵ Videti ZTK, čl. 19, st. 5.

2. Odgovornost izdavaoca i ponuđača koji nije istovremeno izdavalac

Izdavalac je domaće ili strano pravno lice koje izdaje ili predlaže izdavanje hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata, a ukoliko se radi o depozitnim potvrdama, izdavaocem se smatra lice koje izdaje hartije od vrednosti koje predstavljaju te depozitne potvrde.⁶ Kako u pravu Republike Srbije, tako i u uporednom pravu, kao moguće odgovorno lice za sadržaj prospekta javlja se izdavalac (emitent). Takvo rešenje jeste logično kada se uzme u obzir činjenica da on zapravo i „produkuje“ informacije sadržane u prospektu.

Izdavalac je, po pravilu, adresat obaveze objavljivanja prospekta, bilo da je reč o prospektu pri javnoj ponudi hartija od vrednosti, bilo da je reč o prospektu koji se objavljuje prilikom uključenja hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata na regulisano tržište ili MTP. Zato se on u pravu tržišta kapitala, kako u pravu Republike Srbije, tako i u uporednom pravu, bez izuzetka određuje kao lice koje je odgovorno za sadržaj prospekta.

Iako je izdavalac najčešće istovremeno i ponuđač hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata koje se nude javnom ponudom, postoje situacije u kojima je ponuđač lice koje se razlikuje od izdavaoca. U tom slučaju adresat obaveze objavljivanja prospekta je ponuđač, pa je tada i on pored izdavaoca odgovoran za sadržaj prospekta. Ponuđač, dakle, može biti svaki zakoniti imalac hartija od vrednosti ili drugih finansijskih instrumenata koji upućuje javnu ponudu hartija od vrednosti ili drugih finansijskih instrumenata.⁷ U vezi sa licem koje ima status ponuđača, kada se ono razlikuje od izdavaoca, treba dati odgovarajuća objašnjenja.

Ukoliko su predmet javne ponude nove (još neizdate) hartije od vrednosti, onda svojstvo ponuđača ima izdavalac, bez obzira na to da li izdavalac sam vrši emisiju ili je vrši uz pomoć finansijskog posrednika⁸ (u pravu RS -investicionog društva koje istupa kao agent ili pokrovitelj

⁶ Videti ZTK, čl. 2, t. 38.

⁷ Videti ZTK, čl. 2, t. 39.

⁸ Pojam finansijskog posrednika nije definisan u Direktivi EU o prospektu. On zapravo potiče iz teorije tržišta kapitala. Za zakonsko tumačenje predstavlja poteškoću i to što ni ekonomski pojam finansijskog posrednika nije precizno određen. Finansijsko posredovanje podrazumeva direktno ili indirektno učešće specijalizovanog finansijskog posrednika u procesu razmene kapitala. Primer za to bi bila investiciona društva – brokersko-dilerska društva i ovlašćene banke, kreditne institucije (npr. banke) u skladu sa zakonom kojim se uređuje poslovanje banaka i drugih finansijskih organizacija.

emisije⁹), zato što nove hartije od vrednosti ne mogu biti predmet javne ponude protivno volji samog izdavaoca.¹⁰ Da li u tom slučaju izdavalac samostalno istupa ili uz pomoć finansijskog posrednika (investicionog društva: brokersko-dilerskog društva ili ovlašćene banke), koji može, ali i ne mora čvrsto preuzeti¹¹ ponuđene hartije od vrednosti ili druge finansijske instrumente, za svojstvo izdavaoca kao ponuđača ostaje nebitno. U prilog tome govori i ekonomska uloga finansijskog posrednika. Za razliku od preprodaje od strane ulagača koja nije niti željena, niti pod kontrolom izdavaoca, finansijski posrednik izdavaocu služi prvenstveno da hartije od vrednosti koje izdavalac emituje dovede do javnosti. Zato je u tom slučaju izdavalac subjekt obaveze objavljivanja prospekta. To nije finansijski posrednik, bez obzira na to što on učestvuje u distribuciji i plasmanu hartija od vrednosti. Ipak, lice odgovorno za sadržaj prospekta je u tom slučaju prema izričitoj odredbi ZTK¹² pored izdavaoca i finansijski posrednik - investiciono društvo koje istupa kao agent ili pokrovitelj emisije, iako nema svojstvo ponuđača.¹³ Izdavalac u takvoj situaciji ima status ponuđača koji i dalje upravlja svojom ponudom i ugovorom sa finansijskim posrednikom (u bankarskom emisionom poslu) može da odredi da li će ponuda biti upućena javnosti ili će biti privatna – „ponuda oslobođena obaveze objavljivanja prospekta“.

Ako se finansijski posrednik javlja u ulozi pokrovitelja emisije (preuzima hartije od vrednosti u svoje ime radi daljeg plasmana) treba razlikovati dve faze. Prvu, u kojoj izdavalac čini ponudu finansijskom posredniku (pokrovitelju emisije), koji može samostalno da upiše hartije od vrednosti. Takva ponuda je uvek privatna, jer finansijski posrednik ima status kvalifikovanog investitora (ulagača).¹⁴ Druga faza je ona u kojoj finansijski posrednik vrši plasman upisanih i uplaćenih hartija od vrednosti prema trećim licima. Ta druga ponuda može biti privatna ili javna. Za izdavaoca bi bilo korisno da u ugovoru sa finansijskim posrednikom (u bankarskom emisionom poslu) naznači da li želi da ta ponuda bude privatna ili javna jer će u suprotnom ukoliko finansijski po-

⁹ Prema ZTK, čl. 2, st. 1, t. 14, pokrovitelj emisije je investiciono društvo koje vrši usluge pokroviteljstva u vezi sa ponudom i prodajom finansijskih instrumenata uz obavezu njihovog otkupa.

¹⁰ A. Heidelberg, in: E. Schwark (Hrsg.), *Kapitalmarktrechts - Kommentar*, München, 2004, str. 694.

¹¹ Ibid.

¹² Videti ZTK, član 19, st. 1, t. 4.

¹³ O investicionom društvu kao licu odgovornom za sadržaj prospekta biće više reči u daljem tekstu u okviru posebnog naslova.

¹⁴ U vezi sa pojmom kvalifikovanog investitora videti ZTK, čl. 14.

srednik uputi javnu ponudu, izdavalac rizikovati da bude pozvan na odgovornost u vezi sa obavezom objavljivanja prospekta (kao adresat te obaveze). Ukoliko je, međutim, u ugovoru određeno da ponuda prema trećem licu može biti isključivo privatna – „ponuda oslobođena obaveze objavljivanja prospekta“, a finansijski posrednik ponudu uputi javnosti, tada bi se ponuđačem smatrao finansijski posrednik, jer je postupio kao svaki drugi ulagač koji je upisao hartije od vrednosti radi dalje preprodaje i učinio ponudu javnosti koja nije bila željena, niti pod kontrolom izdavaoca. U tom slučaju bi finansijski posrednik imao svojstvo ponuđača i bio bi odgovoran za sadržaj prospekta. Sa stanovišta trenutno važeće odredbe člana 19 ZTK ovo nema praktičnog značaja jer prema njoj za sadržaj prospekta odgovornost pored izdavaoca svakako snosi i finansijski posrednik tj., investiciono društvo koje istupa kao agent ili pokrovitelj emisije.

U vezi sa ovim može biti sporno ko se može smatrati ponuđačem u slučaju kada izdavalac upućuje javnu ponudu preko finansijskog posrednika (pokrovitelja emisije) koji predstavlja konzorcijum banaka. U literaturi se u pogledu odlučujućih kriterijuma za određivanje ponuđača u tom slučaju pominju različita shvatanja: da je ponuđač svaki član konzorcijuma, ukoliko je konzorcijum preuzeo rizik emisije (pokrovitelj emisije), da je ponuđač samo onaj član konzorcijuma koji spolja prema ulagačima istupa kao ponudilac i slično. Prema vladajućem mišljenju pod ponuđačem smatra se lice koje prepoznatljivo od spolja istupa u odnosu na ulagača kao ponudilac. Dakle, i ovde je vizura ulagača od odlučujućeg značaja. U slučaju organizovanja distributivne mreže, ponuđačem smatra se organizator distributivne mreže. To je, po pravilu, subjekt koji na osnovu ugovora sa izdavaocem daje naloge ostalim učesnicima u distribuciji hartija od vrednosti i ugovara proviziju sa posrednicima.

Konačno, treće lice, kao zakoniti imalac hartija od vrednosti, takođe može imati svojstvo ponuđača ako hartije od vrednosti koje je prethodno stekao na osnovu privatne ponude nudi javnosti.¹⁵ Naime, svaka naredna prodaja hartija od vrednosti koje nisu prethodno nuđene javno, tj. na osnovu ponude koju je pratila obaveza objavljivanja prospekta, procenjuje se kao posebna ponuda.¹⁶ Prilikom njenog upućivanja ponovo se procenjuje da li je ponuda privatna ili javna, tj. da li je prati obaveza objavljivanja prospekta. Adresat takve obaveze je svakako ponuđač, a ne izdava-

¹⁵ Heidelberg, in: Schwark E. (Hrsg.), *op.cit.*, str. 695.

¹⁶ Vladimir Marjanski, *Javna ponuda hartija od vrednosti*, doktorska disertacija, Novi Sad, 2009, str. 147.

lac (ako naravno nije on istovremeno aktuelni ponudilac¹⁷), jer takva ponuda i nije pod njegovom kontrolom.

Na ovom mestu još jednom napominjemo da treba razlikovati krug lica koja tereti obaveza objavljivanja prospekta (adresate obaveze objavljivanja prospekta) od kruga lica koja mogu biti odgovorna za sadržaj prospekta. Pored izdavaoca i ponuđača, kada on nije istovremeno i izdavalac, koji su adresati obaveze objavljivanja prospekta i koji istovremeno mogu snositi odgovornost za sadržaj prospekta i za kršenje obaveze objavljivanja prospekta (njegovo neobjavljivanje kada je ono obavezno), odgovornost za sadržaj prospekta mogu snositi i druga lica.

O drugim licima koja mogu snositi odgovornost za sadržaj prospekta biće više reči u daljem tekstu.

3. Odgovornost članova organa izdavaoca za sadržaj prospekta

3.1. Opšte napomene

Prema dosadašnjem, ali i trenutnom stanju u uporednom pravu ne postoji jedinstveno rešenje u pogledu lične odgovornosti članova uprave (članovi upravnog odbora, direktori, članovi izvršnog odbora direktora) i nadzornih organa (članovi nadzornog odbora) za sadržaj prospekta prema specifičnim normama prava tržišta kapitala. U tom pogledu razlikuju se dve grupe prava.

Prva, koja je brojnija i prema kojoj u krug lica koja odgovaraju za sadržinu prospekta ne ulaze članovi organa izdavaoca (npr. u SR Nemačkoj, Danskoj, Finskoj, Francuskoj, Grčkoj, Luksemburgu, Holandiji, Italiji).¹⁸

U uporednom pravu se vodi višegodišnja rasprava o tome da li je opravdano uvesti specifičnu zakonsku odgovornost u vezi sa prospektom u odnosu na ova lica. U dosadašnjoj sudskoj praksi bilo je slučajeva u kojima je ustanovljena lična odgovornost članova organa izdavaoca za pružanje informacija na tržištu kapitala i to prema opštim pravilima građanskog prava u onim zemljama u kojima ona ne ulaze u krug odgovornih lica prema specifičnim normama prava tržišta kapitala. Tako je npr. Savezni sud SR Nemačke u jednom slučaju ustanovio odgovornost članova uprave zbog pružanja netačnih informacija investitorima u toku tzv. *road-show-a*.¹⁹

¹⁷ Primer za to bi bilo otuđivanje ranije stečenih sopstvenih akcija.

¹⁸ Klaus J. Hopt & Hans-Cristoph Voight, *Prospekt und Kapitalmarkt-information-shaftung*, Hamburg, 2005, str. 67.

¹⁹ *Road-show* je jedna od faza postupka stvaranja knjige (engl. *bookbuilding*) prilikom određivanja emisione vrednosti hartija od vrednosti koje se izdaju. Videti o tome op-

Osim toga, u SR Nemačkoj je u međuvremenu izrađen i nacrt Zakona o odgovornosti za pružanje informacija na tržištu kapitala²⁰, kojim se nameravala ustanoviti lična odgovornost članova uprave za sadržinu prospekta. Prema članu 2 navedenog nacrtu predviđeno je da pored izdavaoca za sadržinu prospekta može odgovarati član poslovnog organa izdavaoca koji donosi relevantne odluke u pogledu sastavljanja (pripreme) i distribucije informacija o „preduzeću“ emitenta ili poseduje odgovarajuće kontrolne funkcije. Ovde se, međutim, svakako ne mogu ubrojati i članovi nadzornih organa jer oni ne donose relevantne odluke u pogledu sastavljanja i distribucije informacija o „preduzeću“ emitenta, niti u tom pogledu poseduju kontrolne funkcije.

Zbog pritiska „menadžerske javnosti“ i izvesnih nejasnoća u pomenutom nacrtu, nacrt Zakona o odgovornosti za pružanje informacija na tržištu kapitala SR Nemačke povučen je iz procedure 2005. godine.

Naravno, ako neko od lica koje je istovremeno i član organa izdavaoca, preuzme odgovornost za sadržinu prospekta, ono može odgovarati po tom osnovu, a ne po osnovu samog članstva u organu društva. U tom slučaju je posebno pitanje da li je dovoljno preuzimanje odgovornosti samo za deo ili za prospekt u celini, o čemu će bilo reči u delu o odgovornosti revizora i drugih lica.

U onim zemljama u kojima još nije uvedena lična odgovornost članova uprave za sadržinu prospekta, izdavaocu koji je pozvan na odgovornost za njegovu sadržinu, ostaje na raspolaganju regresni zahtev za naknadu štete u odnosu na članove uprave, ako budu ispunjeni uslovi za njihovu imovinsku odgovornost predviđenu pravom privrednih društava ili opštim pravilima građanskog prava (videti Zakon o obligacionim odnosima, dalje u tekstu: ZOO, čl. 172)

U drugu grupu zemalja (npr. pravo Velike Britanije, pravo SAD²¹), među kojima spada i Republika Srbija, članovi organa izdavaoca zajedno sa izdavaocem mogu solidarno odgovarati za sadržinu prospekta. U grupi zemalja u kojima se predviđa odgovornost članova uprave za njihovu odgovornost, po pravilu, neophodno je da se ispune dva uslova: da su učestvovali u pripremi prospekta i da su pri tome ta lica bila nesavesna tj. da su znala ili da su zbog prirode posla koji obavljaju morala znati da su po-

širnije kod Vladimir Marjanski, „Utvrdjivanje emisije cene akcija“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 1-2/2008, str. 837-855.

²⁰ Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Haftung für falsche Kapitalmarktinformationen (Kapitalmarktinformationshaftungsgesetz – skraćeno KapInHag (-E)).

²¹ Joel Seligman., Louis Loss, *Fundamentals of securities regulation*, Fifth edition, Aspen, 2004, str. 1229.

daci netačni, odnosno nepotpuni (slično rešenje sadržao je i Zakon o tržištu hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata²², dalje u tekstu: ZTHV, čl. 27, st. 6). To je najčešće slučaj kada član uprave vršeći poslovodnu funkciju učestvuje u sastavljanju prospekta. U pravu Velike Britanije, međutim, postoji norma o odgovornosti svih lica koja su imala status direktora u trenutku objavljivanja prospekta. Oni odgovaraju po osnovu položaja, bez obzira na činjenicu učestvovanja ili neučestvovanja u njegovom sastavljanju.²³ U suštini, ovakvu normu sadrži i ZTK. Prema članu 19, st. 1, t. 1 ZTK, odgovornost za sadržaj prospekta snose i direktor i članovi upravnog odbora izdavaoca, osim ukoliko član upravnog odbora nije glasao protiv odobrenja javne ponude.

Interesatno je da ZTK pominje članove upravnog odbora kao moguća odgovorna lica. ZTK i Zakon o privrednim društvima²⁴ (u daljem tekstu: ZPD) doneti su u isto vreme, a u ovom domenu nisu međusobno usklađeni. Prema ZPD privredna društva nemaju upravni odbor, već u slučaju tzv. dvodomnog upravljanja pored skupštine i direktora, imaju nadzorni odbor. Zato je odredba ZTK o mogućoj odgovornosti članova upravnog odbora za sadržaj prospekta, po pravilu neprimenljiva, osim u slučaju banaka kao izdavalaca, koje u skladu sa Zakonom o bankama imaju upravni odbor.²⁵ Takođe, u vezi sa odgovornošću članova upravnog odbora ZTK predviđa jedan izuzetak, koji se odnosi na situaciju kada član upravnog odbora glasa protiv odobrenja javne ponude.²⁶ Nije, međutim, jasno kada uopšte i u skladu sa kojim propisom može doći do takve situacije. Drugim rečima, pitanje je u kojoj situaciji je za upućivanje javne ponude uopšte potrebno odobrenje upravnog odbora?

S druge strane, s obzirom na to da članove nadzornog odbora ZTK ne pominje kao moguća odgovorna lica, oni mogu odgovarati za sadržaj prospekta samo u skladu sa posebnom normom ZTK, član 19, st. 1, t. 6, koja se odnosi na odgovornost drugih lica ukoliko preuzmu odgovornost za tačnost i potpunost informacija u delu prospekta za koji su odgovornost preuzeli, i to isključivo u vezi sa tim informacijama.

Iako trenutno u većem broju zemalja ne postoji neposredna - spoljna lična odgovornost članova organa društva za sadržaj prospekta, iz dosadašnjih rasprava proističe da će u slučaju harmonizacije pitanja odgovor-

²² „Službeni Glasnik RS“, br. 47/06.

²³ Davies, in: Gower and Davies, *Principles of Modern Company Law*, Seventh edition, Sweet & Maxwell, 2003, str. 674.

²⁴ „Službeni Glasnik RS“ br. 36/2011 i 99/2011.

²⁵ Videti Zakon o bankama, „Službeni Glasnik RS“, br. 107/2005 i 91/2010, čl. 70, st. 1.

²⁶ Videti ZTK, čl. 19, st. 1, t. 1.

nosti za sadržinu prospekta lična spoljna odgovornost članova organa izdavaoca za njegov sadržaj verovatno biti uspostavljena.²⁷ Razmišljanje da će jedna takva lična spoljna odgovornost poslovodne organe uvući u mnogobrojne sudske sporove zbog odgovornosti, koja bi ih odvojila od njihovog glavnog zadatka – „vođenja društva“, sa aspekta dosadašnjeg iskustva zemalja koje takvu odgovornost u svojim pravima već imaju, nije opravdano.²⁸ S druge strane, uvođenju ovakve odgovornosti ne treba pridavati preveliki praktičan značaj, jer ono neće predstavljati lek za sve slučajeve u domenu prevazilaženja posledica pogrešnog pružanja informacija na tržištu kapitala i uopšte informacione asimetrije koja na njemu postoji.²⁹ Mnogi od ovih problema nemaju svoj osnov u nedostatku spoljne odgovornosti članova organa izdavaoca, nego u značajnim teškoćama u procesu dokazivanja netačnosti ili nepotpunosti informacija (podataka) sadržanih u prospektu, ispunjenju kauzalnosti, i objašnjenju i dokazivanju nastupele štete. U svakom slučaju, uvođenje lične spoljne odgovornosti članova organa izdavaoca za sadržaj prospekta treba da doprinese poboljšanju položaja ulagača, jer će pored izdavaoca za eventualnu naknadu štete njemu solidarno odgovarati i neka druga lica – u ovom slučaju članovi organa idavaoca.

3.2. *Strategije izbegavanja odgovornosti ili ublažavanja posledica odgovornosti*

Budući da postoji mogućnost odgovornosti za sadržaj prospekta, naročito ukoliko se odgovara i za običnu nepažnju, izdavalac i članovi njegovih organa trebaju razmišljati o eventualnoj mogućnosti izbegavanja odgovornosti ili barem ublažavanja posledica do kojih ona može dovesti. U tom pogledu postoji nekoliko mogućih strategija koje se mogu sprovesti i koje pri tome ne isključuju jedna drugu.

Prvo, pronalaženje i selekcija podataka predstavlja nezaobilaznu, suštinsku osnovu za sastavljanje prospekta. Uprava društva treba da posveti posebnu pažnju tome da svi neophodni podaci budu pripremljeni, kao i da u toku važenja prospekta budu inovirani, bilo putem vršenja obaveze dopune prospekta tokom važenja javne ponude ili pružanjem tzv. *ad hoc* informacija na sekundarnom tržištu.³⁰ Istovremeno

²⁷ J. Hopt, H.K. Voigt, *op.cit.*, str. 69.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

³⁰ O obavezama koje postoje na sekundarnom tržištu videti opširnije kod Vladimir Marjanski, „Obaveze javnih društava u pogledu redovnog periodičnog izveštavanja javnosti“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2/2011, str. 315-325. i Vladi-

smatramo da član organa može da spreči nastupanje svoje odgovornosti na dva načina. Ako prospekt još nije objavljen, odgovorno lice može da saopšti ostavku na funkciju koju obavlja, čim sazna za njegovu manu, a ne može da je otkloni pre objavljivanja (npr. ostavka na mesto direktora ili članstvo u upravnom odboru). Sa ovim načinom sprečavanja odgovornosti trebalo bi izjednačiti izdvajanje pismenog mišljenja odgovornog lica (npr. člana upavnog odbora) u kome bi se ukazalo na greške u prospektu i neslaganje sa njim.³¹ Drugi način se primenjuje, kad je odgovorno lice saznalo za manu prospekta, nakon njegovog objavljivanja. Tada može da spreči svoju odgovornost, ukoliko javnost blagovremeno obavesti na odgovarajući način, radi upozorenja da je prospekt objavljen bez njegovog pristanka.³²

Pored toga, izdavalac treba da pokuša da u okvirima tzv. *D & O* osiguranja (engl. *Directors and Officers insurance*) obezbedi osiguravajuće pokriće za članove svojih organa. Dođe li do povrede obaveze prilikom sastavljanja prospekta izdavalac mora odgovarati za krivicu svojih organa. U tom slučaju izdavalac ima pravo na regresni zahtev prema članovima organa. U svakom slučaju, njegova pozicija će biti bolja ako pored člana organa do određenog iznosa (najčešće do ugovorene svote osiguranja) odgovara i osiguravajuće društvo. Stoga bi tzv. *D & O* osiguranje bilo i u interesu izdavaoca

D & O osiguranje je, za razliku od stanja kod nas, u uporednom pravu razvijena vrsta ugovora o osiguranju. *D & O* osiguranje predstavlja osiguranje od profesionalne odgovornosti članova uprava i nadzornih odbora, odnosno prokurista i ostalih funkcionera. Tom vrstom osiguranja pruža se osiguravajuća zaštita za propuste ili pogreške koje se mogu dogoditi za vreme vođenja i upravljanja društvom čak i uprkos dužnoj pažnji u postupanju. Ugovarač osiguranja najčešće i jeste privredno društvo ili slična organizacija koja želi pokriće rizika moguće štete zbog propusta svojih funkcionera, a koji se ovde javljaju kao osiguranci.³³

mir Marjanski, „Obaveze javnih društava u pogledu *ad hoc* informisanja javnosti na tržištu kapitala”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2/2012, str. 297-309.

³¹ Boško Živković, u: *Finansijska tržišta*, Vasiljević, M., Vasiljević, B., Malinić, D. (urednici), Beograd, 2008, str. 467.

³² *Ibid.*

³³ O ovoj vrsti ugovora o osiguranju videti detaljnije kod Nataša Petrović Tomić, „Osiguranje od odgovornosti direktora i članova uprave kompanija“, *Analni Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2/2008, str. 180-199 i Hrvoje Vojković, „Osiguranje od odgovornosti članova uprava, nadzornih odbora i prokurista trgovačkog društva“, *Zbornik pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 58 No.4, Lipanj, 2008, str. 1025 - 1046.

4. Odgovornost investicionog društva koje pruža usluge pokrovitelja ili agenta u vezi sa javnom ponudom i garanta u vezi sa izdavanjem hartija od vrednosti

Investiciono društvo je lice u čije redovne aktivnosti ili poslovanje spada jedna ili više investicionih usluga trećim licima odnosno profesionalno obavljanje jedne ili više investicionih aktivnosti³⁴ (među investicionim uslugama i aktivnostima pominju se i pokroviteljstvo i agentura u postupku emisije³⁵).

O investicionom društvu (pominjan je i širi pojam finansijski posrednik) kao mogućem odgovornom licu za sadržaj prospekta već je bilo reči u tekstu u okviru naslova 2 „Odgovornost izdavaoca i ponuđača koji nije istovremeno izdavalac“. Investiciono društvo, kako je već navedeno, u slučaju da ima ulogu pokrovitelja emisije može u određenim slučajevima u praksi imati status ponuđača i po tom osnovu biti odgovorno za sadržaj prospekta.

Ipak, i kada nema status ponuđača, investiciono društvo prema ZTK, čl. 19, st. 1, t. 4 snosi odgovornost za sadržaj prospekta ako se javlja u ulozi pokrovitelja ili agenta emisije u vezi sa upućivanjem javne ponude hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata. Takvo rešenje je „prestrogo“ naročito kada je reč o investicionom društvu koje istupa samo kao agent emisije. Uloga agenta emisije je da kao zastupnik izdavaoca olakša distribuciju hartija od vrednosti na određenom tržištu kroz obezbeđivanje što većeg broja upisnih mesta, kako bi upis hartija od vrednosti koje se nude javnom ponudom bio što dostupniji potencijalnim ulagačima. Takoreći reč je o potpuno „tehničkoj“, a ne pravnoj ulozi. Agent emisije, po pravilu, nema nikakav uticaj na prikupljanje informacija, unošenje informacija u prospekt, niti na oblikovanje prospekta. Ovako propisana odgovornost agenta emisije mogla bi u značajnoj meri obeshrabrili investiciona društva da se bave poslovima agenta emisije u vezi sa upućivanjem javne ponude.

Pitanje odgovornosti investicionih društava, u slučaju kada ona nemaju status izdavaoca ili ponuđača, u uporednom pravu nije na jedinstven način regulisano. Ipak, u uporednom pozitivnom pravu izdvojila su se dva slučaja u kojima investiciona društva mogu odgovarati za sadržinu prospekta. To su učestvovanje u izradi (pripremi) prospekta i preuzimanje odgovornosti za njegovu sadržinu.

Prvi slučaj - učestvovanje u njegovoj izradi (pripremi) regulisan je u uporednom pravu, a predviđao ga je i ZTHV. U ovu grupu lica spadaju

³⁴ ZTK, čl. 2, st. 1, t. 4.

³⁵ Videti ZTK, čl. 2, st. 1, t. 8.

ona lica koja nisu preuzela odgovornost za tačnost i potpunost podataka sadržanih u prospektu, ali su imala uticaj na njegovu izradu u celini tj. lica koja slikovito rečeno stoje iza njega. Dakle, ovde je neophodno izvršenje posebnog uticaja. Član 27 st. 6 ZTHV predviđao je da za prouzrokovanu štetu pored izdavaoca solidarno odgovaraju revizor i sva druga lica koja su učestvovala u pripremi prospekta za izdavanje hartija od vrednosti i skraćenog prospekta, ako su znala, odnosno zbog prirode posla koji obavljaju morala znati da su podaci netačni, odnosno nepotpuni. U krug „drugih lica“ svakako mogu potpasti i investiciona društva, banke i druge finansijske organizacije.³⁶

Drugi slučaj je preuzimanje odgovornosti za njegovu sadržinu. U ovom drugom slučaju je odlučujuće da li je investiciono društvo (najčešće emisiona banka) prema spoljnom izgledu (slici) prospekta sa stanovišta ulagača preuzela odgovornost za njegovu sadržinu. U praksi su to slučajevi u kojima su jedna banka ili više banaka iz okvira konzorcijuma banaka kao takve naznačene u prospektu, ili ako su potpisale prospekt pa se na osnovu toga može dokumentovati njihova odgovornost za njegovu sadržinu, uprkos činjenici što nisu učestvovala u njegovoj izradi. Drugim rečima, preuzimalac emisije, po pravilu odgovara za sadržinu prospekta, ako je u njemu naznačena takva njegova uloga. S druge strane, naznačenje banke u kojoj se nalazi samo tzv. prodajno mesto (mesto upisa), u uporednopravnoj praksi ne smatra se osnovom odgovornosti banke za sadržinu prospekta.³⁷

Da rezimiramo, prema čl. 19, st. 1, t. 4 ZTK investiciona društva koja imaju ulogu pokrovitelja ili agenta emisije u vezi sa javnom ponudom snose odgovornost za sadržaj prospekta nezavisno od toga da li su učestvovala u njegovoj pripremi ili preuzela odgovornost za njegovu sadržinu.

Prema članu 19, st. 1, t. 3 ZTK predviđena je i odgovornost garanta u vezi sa izdavanjem hartija. ZTK, međutim, ne definiše pojam garanta u vezi sa izdavanjem hartija od vrednosti. Reč je o licu koje pruža neku vrstu sredstava obezbeđenja (personalna – npr. bankarsku garanciju ili realna – npr. hipoteku) za ispunjenje obaveza koje proističu iz dužničkih hartija od vrednosti koje izdavalac izdaje javnom ponudom. U praksi, garant emisije javlja se uvek kod izdavanja tzv. hipotekarnih obveznica gde hi-

³⁶ Zamislivo je čak da banka kao poverilac emitenta radi obezbeđenja svog potraživanja inicira i promoviše izdavanje hartija od vrednosti javnom ponudom (radi prikupljanja) kapitala, a da prema spolja uopšte ne istupa kao „vođa“ emisije ili član konzorcijuma banaka.

³⁷ Jens Ekkenga, Heyo Maas, *Das Recht der Wertpapieremissionen*, Berlin, 2006, str. 342.

poteka na nepokretnosti garanta emisije, koji ne mora istovremeno biti izdavalac, služi kao sredstvo obezbeđenja za ispunjenje obaveza koje proističu iz hipotekarnih obveznica koje se izdaju javnom ponudom koju prati obaveza objavljivanja prospekta.

5. Odgovornost nezavisnog revizora i drugih lica za sadržaj prospekta

Pitanje odgovornosti stručnih lica – advokata, poreskih savetnika, revizora i dr. za sadržinu prospekta u uporednom pravu nije na jedinstven način regulisano. Odgovor na njega zavisi od odgovora na prethodno pitanje - da li specifična zakonska odgovornost postoji samo za celokupnu sadržinu prospekta (npr. pravo SR Nemačke, pravo Austrije) ili može postojati i odgovornost za njegove pojedine delove (npr. pravo SAD³⁸)?

Ako se odgovornost za sadržaj odnosi samo na prospekt u celini, onda su iz te odgovornosti, po pravilu isključena stručna lica – advokati, poreski savetnici, revizori, jer oni, po pravilu, učestvuju samo u izradi ili ispitivanju pojedinih podataka sadržanih u prospektu. U tom slučaju, oni mogu odgovarati za sadržinu prospekta ako su u postupku emisije imali sopstveni ekonomski interes (npr. prodaju sopstvene akcije) koji je veći od običnog ugovornog interesa za ostvarivanje provizije po osnovu stručno obavljenog posla³⁹, ako su namerno uticali na izostavljanje ili netačnost podataka sadržanih u prospektu ili ako su preuzeli odgovornost za sadržinu prospekta u celini.

Ako se, međutim, odgovornost za sadržaj prospekta po specijalnim zakonskim propisima može odnositi i na pojedine njegove delove, onda ova lica mogu biti odgovorna za sadržinu prospekta, iako nije ispunjen nijedan od prethodno pomenutih dodatnih uslova. U tom slučaju će revizor, na primer, odgovarati samo ukoliko je netačnost ili nepotpunost sadržana u finansijskom izveštaju, koji je on ispitao i koji se smatra sastavnim delom prospekta, uticala na nastanak štete (npr. pad vrednosti efekata). Takvo rešenje sadrži i ZTK. Prema ZTK odgovornost nezavisnog revizora može se odnositi i na pojedine delove prospekta. Prema ZTK, član 19, st. 1, t. 5 nezavisni revizori izdavaoca snose odgovornost isključivo u vezi sa finansijskim izveštajima koji su uključeni u prospekt, a obuhvaćeni su njihovim izveštajem o reviziji.

³⁸ Sec.11 (a) (4) Securities Act 1933.

³⁹ Stefan Papst, *Liability for Misstatements in Germany*, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg, February 2007, str. 3.

Prema ZTK, član 19, st. 1, t. 6, za sadržaj prospekta snosi odgovornost i drugo lice, ukoliko preuzme odgovornost za tačnost i potpunost informacija u delu prospekta za koji je preuzelo odgovornost, i to isključivo u vezi sa tim podacima.

Konačno, prema ZTK, član 19, st. 4 lice koje je sastavilo skraćeni prospekt snosi odgovornost isključivo za štetu nastalu zbog toga što je skraćeni prospekt pogrešan, netačan ili dovodi u zabludu kada se čita zajedno sa drugim delovima prospekta, osim ako lice nije moglo znati za značajno pogrešne ili obmanjujuće informacije u prospektu. Skraćeni prospekt je zapravo uvodni deo prospekta u kome se navode, u kratkim crtama i na jednostavan način, najznačajniji podaci i rizici u vezi sa izdavaocem, garantom i hartijama od vrednosti.⁴⁰ ZTK predviđa solidarnu odgovornost izdavaoca i lica koja su sastavila skraćeni prospekt za nastalu štetu u slučajevima kada skraćeni prospekt dovodi u zabludu i kada je netačan ili nedosledan u odnosu na druge delove prospekta.⁴¹ To je jedina odredba ZTK koja ukazuje na solidarnu odgovornost sa izdavaocem.

Kada je reč o odgovornosti drugih lica (npr. ponuđača, koji nije istovremeno izdavalac, direktora i članova upravnog odbora izdavaoca, garanta emisije, pokrovitelja ili agenta emisije u vezi sa javnom ponudom hartija od vrednosti) ZTK ne sadrži izričitu normu o njihovoj solidarnoj odgovornosti sa izdavaocem. Ipak, u nedostatku posebne odredbe ZTK mogu se primeniti opšta pravila iz člana 206 Zakona o obligacionim odnosima (dalje u tekstu: ZOO) o odgovornosti više lica za istu štetu. Za štetu koju je više lica prouzrokovalo zajedno, svi učesnici odgovaraju solidarno.⁴² Solidarno odgovaraju za prouzrokovanu štetu i lica koja su je prouzrokovala radeći nezavisno jedno od drugog, ako se ne mogu utvrditi njihovi udeli u prouzrokovanoj šteti.⁴³ Kad je nesumnjivo da je štetu prouzrokovalo neko od dva ili više određenih lica koja su na neki način međusobno povezana, a ne može se utvrditi koje je od njih štetu prouzrokovalo, ta lica odgovaraju solidarno.⁴⁴

6. Odgovornost nadležne vlasti - Komisije za hartije od vrednosti

U pravu Republike Srbije, jednako kao i u uporednom pravu prospekt ne sme biti objavljen sve dok se ne dobije odobrenje od strane nadležne vlasti.⁴⁵ To znači da je adresat obaveze (izdavalac, ponudilac ili

⁴⁰ Videti ZTK, čl. 16, st. 1.

⁴¹ Videti ZTK, čl. 16, st. 2, t. 3.

⁴² ZOO, čl. 206, st. 1.

⁴³ ZOO, čl. 206, st. 3.

⁴⁴ ZOO, čl. 206, st. 4.

⁴⁵ Videti čl. 13 st. 1 Direktive EU o prospektu.

podnosilac zahteva za uključenje hartija od vrednosti na regulisano tržište) radi izvršenja obaveze objavljivanja prospekta dužan da nadležnoj vlasti podnese zahtev za odobrenje prospekta.

Odobrenje prospekta predstavlja afirmativno (potvrдно) istupanje nakon završetka postupka ispitivanja potpunosti, razumljivosti i međusobne usaglašenosti podataka sadržanih u prospektu. Koji će organ državne vlasti imati nadležnosti u vezi sa odobrenjem prospekta, ostaje da države članice urede samostalno svojim nacionalnim zakonodavstvom.

Pre nego što odobri objavljivanje prospekta nadležna vlast ispituje tri elementa: potpunost prospekta, međusobnu usklađenost (koherentnost) i razumljivost podataka koji su u njemu sadržani. Dakle, nadležna vlast ne vrši sadržinsko ispitivanje podataka. Drugim rečima, kontrola ne obuhvata materijalno ispitivanje boniteta izdavaoca, niti ispitivanje tačnosti podataka sadržanih u njemu. U skladu sa tim nadležna vlast, po pravilu, ne odgovara za materijalnu (sadržinsku) ispravnost tj. tačnost podataka sadržanih u prospektu. U svakom slučaju, pitanje uređenja odgovornosti nadležne vlasti Direktiva EU o prospektu prepušta nacionalnim pravima država članica.⁴⁶

ZTK izričito odredbom isključuje odgovornost Komisije za hartije od vrednosti za istinitost i potpunost podataka sadržanih u prospektu.⁴⁷ Ovakvo rešenje smatramo samo delimično ispravnim. Komisija za hartije od vrednosti ne ispituje tačnost (istinitost) podataka sadržanih u prospektu, pa je isključenje njene odgovornosti u tom delu opravdano. Ipak, kako ona ispituje potpunost podataka sadržanih u njemu, barem sa aspekta postojanja ili ne postojanja podataka koji su kao obavezna sadržina prospekta predviđeni u zakonu i podzakonskim aktima, isključenje njene odgovornosti u tom delu ne može se smatrati opravdanim. Ovde bi, ako ništa drugo, trebalo da odgovara Republika Srbija, zbog propusta u obavljanju službene dužnosti lica koja obavljaju poslove u posebnoj organizaciji – Komisiji za hartije od vrednosti čiji je osnivač Republika Srbija.

Generalno posmatramo, po pitanju odgovornosti nadležne kontrolne vlasti ne postoji jedinstveno rešenje u uporednom pravu. Direktiva EU o prospektu ne predviđa obaveznu odgovornost nadležne kontrolne vlasti za sadržaj prospekta, već to pitanje prepušta na autonomno uređenje država članicama.⁴⁸

⁴⁶ Videti čl. 13 st. 6 Direktive EU o prospektu.

⁴⁷ Videti ZTK, čl. 19, st. 6.

⁴⁸ Sussane Kalls., Martin Oppitz, Johannes Zollner, *Kapitalmarktrecht*, Wien, 2005, str. 291.

U ovom domenu postoji interesantno rešenje u pravu Austrije, prema kojem pored odgovornosti Republike Austrije zbog povrede službene dužnosti njenih organa, postoji i poseban vid odgovornosti lica koja u okviru njihove Komisije za hartije od vrednosti obavljaju kontrolu prospekta u konkretnom slučaju. Oni se nazivaju kontrolorima prospekta. U cilju preventivnog obezbeđivanja pažljivog postupanja prilikom ispitivanja prospekta, predviđena je njihova lična spoljna imovinska odgovornost prema ulagačima za kontrolu koju oni vrše, a to su: potpunost, međusobnu usklađenost (koherentnost) i razumljivost podataka sadržanih u prospektu. Pored ovoga, predviđena je i imovinsko-pravna odgovornost Bečke berze za davanje mišljenja o netačnosti i nepotpunosti podataka sadržanih u tzv. berzanskom prospektu prilikom podnošenja zahteva za uvrštenje hartija od vrednosti na njeno regulisano tržište.

U odsustvu posebnih normi o tome, sudska praksa obično stoji na stanovištu da odgovarajuća institucija može ući u krug odgovornih lica. U obrazloženju jedne od presuda italijanskog suda odgovornost institucije (u Italiji *CONSOB*) zasniva se na nadzornoj funkciji i ovlašćenjima koja ova institucija ima. U komentarima italijanske sudske odluke ističe se da je reč o odgovornosti za slučaj da se radi o suštinskim nedostacima prospekta. Tu spadaju slučajevi izostanka podataka i forme koji su zakonom i dugim propisima za prospekt određeni. To, međutim, ne znači da investitor može da tuži pomenutu instituciju svaki put kada se osloni na nepotpunu sadržinu prospekta.⁴⁹

7. Pravni karakter izjave odgovornih lica da su prema njihovom saznanju informacije u prospektu potpune i tačne

Prema članu 19, st. 3 ZTK prospekt mora da sadrži izjavu svakog lica koje je odgovorno za tačnost i potpunost informacija u prospektu da su, prema njegovim saznanjima, informacije u prospektu u skladu sa činjenicama, kao i da nisu izostavljene činjenice koje bi mogle da utiču na istinitost i potpunost prospekta. Priroda ove izjave nije sasvim jasna. Ova izjava, prema našem mišljenju, ima samo deklaratorni karakter. Ta izjava, nema značaj preuzimanja odgovornosti za sadržaj prospekta, kao što je to slučaj kada je reč o odgovornosti drugih lica u skladu sa članom 19, st. 1, t. 6 ZTK. Davanje pomenute izjave ima samo deklaratorni karakter, jer prema izričitoj odredbi člana 19, st. 1 ZTK sva pobrojana lica od tačke 1-5 stava 1 člana 19 ZTK snose odgovornost za sadržaj prospekta. Even-

⁴⁹ Zoran Arsić, „Odgovornost za sadržinu prospekta“, *Pravo i privreda*, br. 9-12/2004, str. 80.

tualno uskraćivanje davanja pomenute izjave ne bi ih moglo osloboditi od eventualne odgovornosti.

Ovde, je, međutim, sporno da li bi Komisija za hartije od vrednosti uopšte odobrila objavljivanje prospekta bez davanja izjave pomenutih lica. To bi, međutim, moglo da otvori neke druge probleme. Ukoliko bi Komisija zbog odsustva izjave bilo kog od lica koja prema ZTK, čl. 19, st. 1, t. 1-5 odgovaraju za sadržaj prospekta odbila odobrenje prospekta zbog toga što je neko od lica uskratilo davanje pomenute izjave, zbog vrlo široko postavljenog kruga lica koja odgovaraju za sadržaj prospekta, moglo bi biti dovedeno u pitanje sprovođenje čitave emisije. Zbog toga smatramo da bi bilo bolje rešenje prema kojem bi za sadržaj prospekta uvek odgovarao izdavalac i ponuđač (ako nije istovremeno izdavalac), a ostala lica samo ako su preuzela odgovornost za njegovu sadržinu, što je vladajuće rešenje u uporednom pravu. Pri sadašnjoj regulativi, gde odgovornost lica iz člana 19, st. 1, t. 1-5, svakako postoji na osnovu zakonske norme, izjava o tome da su prema njihovim saznanjima, informacije u prospektu u skladu sa činjenicama, kao i da nisu izostavljene činjenice koje bi mogle da utiču na istinitost i potpunost prospekta ima samo deklaratorni karakter i uskraćivanje davanja te izjave, ne bi trebalo da predstavlja razlog zbog kojeg bi Komisija odbila da odobri objavljivanje prospekta.

Vladimir Marjanski, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

Persons Liable for the Content of the Prospectus

Abstract: *Prospectus is a technical-legal instrument used in the capital market for informing potential investors. Liability for the content of the prospectus can be a result of the content's deficiency. Content of the prospectus is deficient if it is not in accordance with legal rules regulating its completeness, truthfulness and transparency. As for a particular type of deficiency, the prospectus can be incorrect, incomplete or deceptive. The issue of liability for the prospectus' content is very complex. The subject matter of this paper is restricted to defining persons liable and conditions of their liability for the content of the prospectus. The Law on the Capital Market (hereinafter: the LCM) regulates potential liability of the wide number of persons. However, it does not, in most instances, define conditions under which those persons are liable for the content of the prospectus. The paper discusses the liability of each person which is, by virtue of the LCM, potentially liable for the content of the prospectus and also contains a short glimpse on solutions from comparative law. Furthermore, the author underlines a need for a change of the provision which a priori excludes liability of the regulatory body – the Securities Commission.*

Key words: *prospectus, liability for the content of the prospectus, issuer, securities.*

*Dr Dragana Ćorić, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

O EKO FEMINIZMU (KAO DELU EKOLOŠKE ETIKE)¹

Sažetak: *Žene i priroda su povezane po mnogo različitih osnova: svom biološkom statusu, reproduktivnoj moći, diskriminaciji od strane „jačih“, čak i po načinima na koje trpe nasilje (u bilo kom vidu) i ugnjetavanje. Ekofeminizam predstavlja jednu od ekološko-etičkih koncepcija koje nisu samo probale da nađu uzroke razaranja životne sredine i da „leče“ posledice, već da reše problem koji je doveo do uzroka. Naime, predstavnici ove misli smatraju da promenom pozicija i načina ponašanja, tj. napuštanjem patrijarhalnog pristupa prema svemu i prema ženama i prirodi, mogu zaustaviti degradaciju životne sredine. Od doba nastanka samog termina 1974. godine, preko svih koncepcijskih „lutanja“, vezivanja isključivo za žene Trećeg sveta(i decu) i njihovu žrtvu u okviru savremenih sistema, pa do današnjih dana, možemo konstatovati da je ekofeminizam izuzetno podoban da nas nauči da poštujemo sve cikluse života, i to ne samo sopstvenog ljudskog života, te kako da „slavimo sve forme različitosti i da obogatimo kvalitet života“. Feministička misao je unela novu, „svežu“ ideju u ekološka razmišljanja i tradicionalne društvene i etičke perspektive. Ekofeminizam je, kritikujući patrijarhalni sistem i druge ekološko-etičke misli koje su to podržavale- u stvari, od početka težio ujednačavanju položaja polova. Jedino ukidanje dominacije nad ženama, može ukinuti i dominaciju i uništavanje prirode, budući da su to, prema shvatanju nekih autora, istovrsne pojave.*

¹ Rad je nastao u toku angažmana na projektu "Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo" br. 179079 koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

Ključne reči: ekofeminizam, dominacija nad ženama, dominacija nad prirodom, patrijarhalni pristup, demokratija zemlje

Uvodne napomene

Govoreći o nasilju, **Hana Arent** je tvrdila da “tehnološki progres u toliko slučajeva vodi u propast; nauke koje stvaraju nove generacije nisu u stanju da opovrgnu katastrofalne posledice svojih dostignuća i došle su do tog stepena razvoja gde je nemoguće išta preduzeti a da se to ne pretvori u rat”.² Toliko godina kasnije, možemo samo potvrditi njene reči, nasilje se pojavljuje u mnogo većem obimu i broju pojavnih oblika. To „umnožavanje tehnologija“, tvrdila je dalje Arentova, neminovno vodi ka potpunom uništenju čovečanstva.³

U tom kontekstu, ekofeminizam predstavlja jedan od mogućih načina za zaustavljanje tog uništenja, jer se žena posmatra kao najveća žrtva modernog doba i tehnološkog razvoja. Bazira se na priznavanju analogije između odnosa muškaraca prema ženama i odnosa ljudi prema prirodi. Moguća dominacija jedne strane uslovljava njeno potčinjavanje drugoj strani- putem nasilja, do te mere ponegde apsolutizovanog da ide do potpunog istrebljenja. Uništenje se sprovodi u ime progressa i razvoja, te je nešto pogrešno, tvrdi **Vandana Šiva**⁴, u tom načinu razvoja koji uništava sopstvene resurse. Ekološka kriza je samo jedna od posledica lošeg postupanja prema životnoj sredini, potiskivanja kulturnih i drugih vrednosnih obrazaca.⁵

Savremeni teoretičari feminizma posmatraju ekofeminizam kao „žensku revoluciju, koja treba da uzrokuje ekološku revoluciju, a sve u cilju opstanka ljudske vrste“⁶. Ekofeminizam dalje „istražuje međusobne odnose dominacije nad ženama i dominacije nad prirodom“⁷, posmatrajući ih kao istovrsne pojave, podobne da budu upoređivane i tražen njihov

² Hana Arent: *O nasilju*, Alexandria Press, Nova srpska politička misao, Beograd, 2002., str.25.

³ Hana Arent, navedeno delo, str. 26.

⁴ Vandana Shiva: *Staying alive - Women, Ecology, Development*, Biddles Ltd, eight impression, 2002, p. 12.

⁵ Miomirka Lučić: *Teorijsko i predmetno određenje socijalne ekologije*, Sociološka luča II/2, 2010, str. 109.

⁶ Stav Natsuko Hagivara, prema: Keitaro Morita: *For a better Environmental Communication- a Materialist Ecofeminist Analysis of Global Warming by a Male Japanese Ecofeminist*, dostupno na: http://www.eca.usp.br/caligrama/english/06_keitaro.pdf. **Napomena:** pristup svim vebajtovima navedenim u ovom radu je izvršen u periodu od oktobra 2013. – januara 2014. godine

⁷ Rosemary Radford Ruether : *Ecofeminism-The Challenges to Theology*, DEP (Deportate, Esuli, Profughe, Rivista telematica di studi sulla memoria femminile), n. 20/ 2012, pg. 22 – 33 .

zajednički imenitelj. Neki, pak, ekofeminizam posmatraju krajnje radikalno: oni koji su indiferentni prema uvođenju rodne perspektive u ekologiju – se i ne bave ekologijom ozbiljno i ne smatraju koegzistenciju muškaraca i žena kao bitnu, dok posmatraju koegzistenciju ljudi i prirode kao jedini mogući odnos vredan proučavanja.

Bez obzira na različite varijacije u shvatanjima, osnova ekofeminizma ostaje upravo ista: analogija odnosa između muškaraca i žena i ljudi i prirode, te se može izvesti zaključak, da promena načina ponašanja prema ženama može dovesti i do (r)evolucije položaja i zaštite prirode u odnosu sa ljudima.⁸ Na ovaj način se mogu rešiti dva krupna problema: dati puna prava ženama i istinske jednake mogućnosti i pristup svim pravima i slobodama, a sa druge strane, stvaranjem vizije novog društva bez hijerarhije i ekološke destrukcije biće smanjeni ili potpuno ukinuti svi trendovi devastacije životne sredine.

Korene (eko)feminizmu nalazimo u delu Meri Vulstonkraft iz 1792 godine *Vindication of the Rights of Women (with Strictures on Political and Moral Subjects)*⁹. Vulstonkraftova je naime prva pozivala na uspostavljanje jednakih mogućnosti za žene u svim sferama društvenog života, sa posebnim akcentom na pristup obrazovanju. Žene sa adekvatnim stepenom obrazovanja, pre postaju saradnici muškarcima u svakom poslu, učešću u vlasti i donošenju odluka, porodici. Paralela sa ekofeminizmom je ovde svakako moguća, budući da i Vulstonkraftova kao i mnogi zastupnici ekofeminističke misli, teži da ublaži razlike među polovima (a koje su svakako muškarci prvo uspostavili i teže da ih takvima ostave).

Kao jedna od osnovnih misija ekofeminizma postavlja se redefinisiranje posmatranja žena i prirode, koji se posmatraju kao pasivni subjekti. te su zbog svoje originerne i iskonske pasivnosti podobni za vršenje nasilja nad njima i zastrašivanje. Setimo se: žena se često, ako njeno ponašanje nije u skladu sa tradicionalnim pravilima, smatra „divljom“ i „neobuzdanom“, kao i sama priroda. Govori se o „kroćenju“ žene, a ne o vaspitavanju, obrazovanju. I netaknuta priroda se „kroči“ – krčenjem šuma, izgradnjom kuća, naseljavanjem ljudi – jednom rečju, pokoravanjem. Stoga, ni sam govor o povezanosti žena i prirode nije nov¹⁰, već je povezan istovrsnom kreativnošću, biološkim predispozicijama rađanja i emotivnošću.

⁸ Keitaro Morita, navedeno delo.

⁹ Žene nisu i ne treba da budu, smatra M. Vulstonkraft, ukras u društvu kojim se može trgovati kao i bilo kojom drugom robom. Društvo bez obrazovanih žena nužno ide u propast, jer one jesu stubovi društva, porodice, prvi učitelji svojoj deci i prvi pozitivni primeri i obrasci ponašanja koji se trebaju usvajati. Pun tekst dostupan na :<http://www.bartleby.com/144/>

¹⁰ Vandana Shiva: *Staying alive- Women, Ecology, Development*; pg. 48

Misao o povezanosti žena i prirode i međusobnoj uslovljenosti počinje sa ekspanzijom tek 70-ih godina prošlog veka, kada se javljaju prvi radovi na ovu temu, te se pridaje veći značaj ulozi žena u priznavanju samostalnih prava u oblasti ekologije i očuvanja životne sredine. Od njihove dominacije, tj. dominacije prirode i dominacije žena, tvrde zastupnice ove teorije, strahuju svi ostali, te su skloni upotrebi različitih sredstava, čak i uništenja da bi zaštitili svoje pozicije.

Rodna perspektiva postaje nužna teorijska i praktička odrednica, što potvrđuju brojni međunarodni ugovori i izveštaji međunarodnih organizacija. **Agenda 21**, usvojena od strane Ujedinjenih nacija na konferenciji u Rio de Žaneiru 1992. godine, govori da:

„1. rod prožima interakcije ljudi i prirode i svu upotrebu prirode, znanje, procene, itd;

2. da rodne uloge, odgovornosti, očekivanja, norme i podele rada oblikuju sve forme odnosa čoveka prema prirodi“.¹¹

Iz ovoga proističe i zaključak da muškarci i žene imaju različit pristup prema prirodi i njenim resursima, te da su žene više sklone ka kupovini organske hrane, reciklaži i da više vode računa o energetskej efikasnosti.¹² Politika rodne ravnopravnosti se proširila, ne samo kao zahtev za povećanim učešćem žena u političkom životu, nego u životu uopšte, tj. i u zaštiti životne sredine. „Urođnjavanje“ svih akcionih planova i politika, na svakom nivou, počev od lokalnog do globalnog postaje konstanta savremenog sveta. Ekofeminizam tu rodnu perspektivu uzima drugačije, ne kao prizmu kroz koju treba gledati svet, već kao aktivnu komponentu procesa zaštite životne sredine.

No, šta je ekofeminizam, koji su njegovi teorijski i praktički koreni, kao i koja je perspektiva daljeg razvoja i primenljivosti, su pitanja koja ćemo ukratko istražiti u ovom radu.

Pojam i pravci razvoja ekofeminizma

Ekofeminizam u sebi ujedinjuje različite veze i odnose, koji postoje između dominacije žena i dominacije prirode koje su istorijske, iskustvene, simboličke, teorijske prirode, a istovremeno pružaju solidnu osnovu za razumevanje i feminizma samog i ekološke etike istovremeno¹³.

¹¹ Baćanović Višnja: Rod i upravljanje otpadom-GTZ, Beograd, 2011, str.7.

¹² *Ibid.*

¹³ Karen Warren : *The Power and the Promise of Ecological Feminism*, *Environmental Ethics* 12:2 (summer 1990): 125-146, 125.

„Ekološki feminizam je naziv koji obuhvata više različitih gledišta koje imaju korene u različitim feminističkim praksama i filozofijama. Sva ta različita gledišta ne odražavaju samo različite feminističke perspektive (npr. liberalni, tradicionalno marksistički, radikalni, socijalistički feminizam ili feministički pokret crnkinja i žena Trećeg sveta), većina različita shvatanja prirode i rešenja rastućih ekoloških problema.“¹⁴

Zašto je ekofeminizam tako i toliko značajan? „Vizija ženskog oslobađanja, društvene jednakosti i, konačno, socijalne pravde povezuje se sa afirmacijom degradiranog i potčinjenog područja ne-ljudske prirode. U tom smislu se promovira ekofeministička etika koja je u osnovi partnerska, oslobođena od dualizama zapadnog intelektualnog mišljenja i od muško rodne pristranosti o ženi i prirodi.“¹⁵

Šila Kolins je isticala da muški dominantnu kulturu ili patrijarhalnu kulturu održavaju četiri stuba: seksizam, rasizam, klasna eksploatacija i ekološka destrukcija.¹⁶ Zahtevi ekofeminizma su stoga: potpuni razvoj potencijala pripadnika oba pola te zaštita životne sredine upravo sa tog aspekta; uklanjanje jednostranih rodni stereotipova, pobuna protiv tehnokratije i instrumentalne racionalnosti, povratak jednostavnom životu i modelima zajednica po uzoru na organska društva, te zahtev za radikalnim preoblikovanjem osnovnih vrednosti društva.

Karen Voren smatra da ekofeminizam ima korene u svim oblastima feminizma. U zemljama u razvoju, navodi ona dalje, žene više nego muškarci zavise od prirode i njenih resursa, u prvom redu drveća i plodova istih.¹⁷ Žene su tamo primarne žrtve degradacije životne sredine, i posebno uništenja šuma. Takođe, žene se suočavaju sa običajima i tabuima sa kojima se muškarci nikada i ne susretnu. S tim u vezi, Voren smatra da su

¹⁴ Karen J. Warren: *Feminism and ecology: making connections*, *Environmental Ethics* 9(1):3-20, 1987.

¹⁵ Buzov Ivanka: *Socijalna perspektiva ekofeminizma. U: Soc. ekol. Zagreb, Vol. 16 No. (1 - 16), 2007.*

¹⁶ Brennan, Andrew and Lo, Yeuk-Sze, *Environmental Ethics*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2011 Edition), Edward N. Zalta (ed.), dostupno na: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2011/entries/ethics-environmental/>.

¹⁷ *Ecofeminism: women, culture, nature*, edited by Karen J. Warren, Indiana University Press, 1997, p.17, kao i kod: Karen J. Warren: *Ecofeminist Philosophy-a western perspective on what it is and why it matters*, Rowman and Littlefield Publishers Inc, 2000, p.34. „Čipko“ pokret u Indiji je upravo krenuo od zaštite, tačnije „grljenja“ drveća, u cilju sprečavanja njihovog sečenja. No, ekofeminizam je u ovom kontekstu i svaki pokret koji su predvodile jake žene lideri, i imao je za cilj pobunu protiv već započetog uništavanja životne sredine. Tako se pored Čipko pokreta, izdvaja pokret *Love canal*, nazvan po oblasti u blizini Nijagari-nih vodopada koja je 70-ih godina prošlog veka pretrpela ekološku katastrofu usled izlivanja toksičnog otpada.

„drveće, šume i posebno šumarstvo „ženske stvari“ iz konceptualnih razloga“¹⁸.

Priroda, generalno uzev jeste „žensko pitanje“, jer razumevanje tog odnosa i suštine pomaže shvatanju različitih suprotstavljenosti, uzroka i posledica. Korišćenje feminističkog pristupa u izučavanju odnosa Žene-Drugi- Priroda otvara nove i drugačije vidike od onih koji su nam uobičajeno dostupni.¹⁹ Sveprisutni androcentrični pristup rešavanju problema nije dovoljan, jer ta „logika dominacije“ je jednostrana-i vodi ka eksploataciji i uništenju²⁰. Ista logika dominacije opravdava postavljanje mehanizama agresije i ljudske dominacije nad svetom prirode, koja je dovela do sadašnje ekološke krize. Za prevazilaženje ove krize potrebna je promena opšteg normativnog okvira, ali i striktna primena tog okvira u praksi.

Nema mogućnosti za oslobođenje žena, navodi dalje **Rozmeri Ruter**, niti rešenja za ekološke krize, u okviru društva koje zagovara i poznaje ovakav način dominacije. Samo radikalni preokret, raskid sa androcentričnim sistemom može doneti boljitak i ženama i prirodi.²¹

Ali kakve su sve veze između žena i prirode? K. Voren smatra da ima osam dodirnih tačaka: pored ranije spomenutih istorijskih, simboličkih, iskustvenih i teorijskih, identifikuje i :konceptualne veze; epistemološke veze; političke i etičke veze.²² Upravo ove različite veze dovode ekološki feminizam do tačke prihvatljivosti u skoro svim etičkim i ekološkim orijentacijama. Time, ipak, neće biti neutralizovana kritika androcentrizma, već će biti –produbljena.²³

Žene, dalje, imaju poseban odnos sa prirodom po osnovu svojih reproduktivnih i bioloških predispozicija; ta njihova sličnost ih kvalifikuje da elokventnije, stručnije i dirljivije istupaju u korist prirode.²⁴

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Karen J. Warren: *Ecofeminist Philosophy*, pp. 18- 22.

²⁰ Karen J. Warren : *The power and the promise of ecological feminism*, pp. 125-146. Treba napomenuti i da je **Val Plamvud** 90-ih godina prošlog veka upravo postavila konture androcentričnog „ugnjetačkog“ sistema, smatrajući da je to dominantan ali ne i naj-ispravniji obrazac ponašanja.

²¹ Karen J. Warren: *Introduction*, u knjizi: Michael E. Zimmerman, J. Baird Callcott, George Sessions, Karen J. Warren, and John Clark (Eds.), *Environmental Philosophy: From Animal Rights to Radical Ecology*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1993, pp. 253-267.

²² Više o ovome kod: Karen J. Warren: *Introduction...*, navedeno delo.

²³ Plumwood, Val: *Nature, self, and gender: feminism, environmental philosophy and the critique of rationalism*, *Hypatia*, 6 (1):3-37, 1991.

²⁴ Susan Buckingham: *Ecofeminism in the 21st Century*, *The Geographical Journal* 170,2 : 146/154.

Veza između žena i prirode je dvojaka, smatra **Frensis D'Obon**. Sa jedne strane, posmatra se kroz prizmu zahteva za oslobođenjem žena od posmatranja kao čisto reproduktivnih objekata. To se povezuje sa drugim zahtevom: za povećanjem broja dece- budućih vojnika²⁵. Modernizacija oružja u 21. veku briše ovaj drugi segment veze, no povećanje populacije te samim tim i sve veće iscrpljivanje dostupnih resursa ostaju kao ključni problemi. Žene, zbog svoje senzitivnosti i veze sa prirodom, jedine mogu da zaustave tu spiralu nasilja u čijem centru se nalaze i one same. Žene su sklonije sklapanju kompromisa, smatra D'Obon; muškarcima rukovodi takmičarski duh, i time urušava svaki koncepciju ravnogernog razvoja.

Međunarodni dokumenti vezu između žena i prirode priznaju tek 1995. godine na 4.konferenciji Ujedinjenih nacija o ženama u Pekingu. Platforma koja je odavde proistekla, pod nazivom „Žene i životna sredina“ je dala temelj ovoj oblasti, iako su već brojni kritičari ekofeminizma počeli da istoj osporavaju integritet. Deset godina kasnije, 2005. godine, Svetski samit o održivom razvoju je učinio mali pomak u korist ženske ravnopravnosti u odnosu na životnu sredinu. No, međunarodna javnost je počela, čini se, ozbiljnije da shvata i prihvata značaj rodne perspektive u rešavanju ekoloških problema.

Inestra King smatra da i feminizam i ekologija u sebu sadrže iskonski bunt protiv ljudske, tj muške dominacije. *Genus proximum* im postaje zahtev da ponovo mislimo o odnosu između čovečanstva i prirode. D o tada prisutni dualizmi, kao npr. duše i tela, razuma i srca, muškarca i žene, prirode i društva- se ukidaju jer time se ujedinjuju i transformišu u sredstva za suzbijanje svakog vida dominacije koji može da razori svet.²⁶

Neki autori identifikuju *materijalističko* i *esencijalističko* viđenje ekofeminizma²⁷. Zastupnici prvog stanovišta se vezuju više za podelu rada, izvore moći i vlasništvo, kao ključne pojmove u kontinuiranoj dominaciji žena i prirode. Dihotomije i dualizmi vrednosno suprotstavljenih pojmova, koje su ovi autori prepoznali, moraju biti dekonstruisani, u cilju uspostavljanja pune jednakosti i ravnopravnosti. Sa druge strani, esencija-

²⁵ Françoise d'Eaubonne: WHAT COULD AN ECO-FEMINIST SOCIETY?, Liberty, Equality and Women Anthology, (Harmattan) 1990, dostupno na : www.ecofem.org/journal

²⁶ Inestra King: *Healing the Wounds: Feminism, Ecology, and the Nature/Culture Dualism*, in *Reweaving the World: The Emergence of Ecofeminism*, eds. Irene Diamond and Gloria Femen Orenstein (San Francisco: Sierra Club Books), 1990, p.112.

²⁷ *Ecofeminism: Is the Movement Still Relevant?*, tekst dostupan na: <http://www.genderacrossborders.com/2012/03/22/ecofeminism-is-the-movement-still-relevant/>

listi povezuju žene i prirodu preko dva zajednička segmenta: bioloških faktora i zajedničke istorije nasilja i ugnjetavanja.

Karolin Merçant drugačije definiše pravce razvoja ovog pokreta, te tako postoje²⁸: liberalni ekofeminizam, socijalni i socijalistički ekofeminizam i kulturni ekofeminizam. Prva orijentacija ekofeminizma posmatra rešavanje ekoloških problema isključivo putem bolje regulative i strožijih kazni u ovoj oblasti, te na taj način rešavaju samo sekundarne posledice ekološke krize. Takođe ključ za prestanak uništavanja prirode jeste davanje jednakog pristupa obrazovanju i drugim sferama odlučivanja i ženama- jer tako mogu aktivno da učestvuju u poboljšanju standarda života, očuvanju prirodnih resursa i sl.

Predstavnici drugog stanovišta se baziraju na iskustvima žena iz Trećeg sveta i smanjenju eksploatacije prirode od strane kolonijalnih sila. Socijalni ekofeminizam je proistekao iz socijalne ekologije Maje Bukčine, čiji je temelj teza da dominacija ljudi nad prirodom potiče upravo iz istovrsne dominacije jedne grupe ljudi nad drugom grupom. Socijalistička varijanta ekofeminizma je predstavljala „kritiku kapitalističke patrijarhije koja se fokusira na dijalektički odnos između puke proizvodnje i reprodukcije, tj. stvaranja, kao i između produkcije i ekologije.“²⁹ Na kraju, treće teorijsko opredeljenje nas vodi do „promišljanja moći patrijarhata i ženske povezanosti s prirodom zbog svoje fiziologije“. Žene, dakle, traže da budu prepoznate i priznate sa svim ličnim sposobnostima. Mnogi predstavnici kulturalnog ekofeminizma posebno ističu period praistorije, jer je tada priroda bila simbolički prikazana kao trudna žena, i na svim drugim slikama se žena prikazivala kao priroda i kao donosilac života. Patrijarhalna kultura, smatra Merçantova dalje, je zbacila sa trona majku boginju i zamenila je muškim bogovima kojima su ženski bogovi potčinjeni. U ovom obliku ekofeminističke misli, isticana je jaka razlika između „muškog principa“ i „ženskog principa“ i može se izdvojiti kao jedan od retkih pravaca razvoja ekofeminizma koji nije težio-pomirenju polova.

Nalazimo i treće viđenje pravaca razvoja ekofeminizma. **Šarin Spretnak**³⁰ govori o *tri puta*:

²⁸Carolyn Merchant : *Radical Ecology: The Search for a Livable World*, Routledge, 1992., pg : 183-210, isto i kod : Mateja Borgudan: *Što je to ekofeminizam?*, dostupno na: <http://www.alfa-portal.com/slider/sto-je-to-ekofeminizam>

²⁹ Carolyn Merchant, navedeno delo.

³⁰Jessica Schmonsky : *The Growing Importance of Ecofeminism*, dostupno na: <http://www.izilwane.org/the-growing-importance-of-ecofeminism.html>

1. Proučavanje istorije i političke teorije, koje je iznedrilo kao jedan od rezultata *ideju o dominaciji*. Uglavnom ovde spadaju shvatanja pro-marksističke orijentacije, socijalni i socijalistički koncipirani ekofeminizam.

2. Vezivanje za religije koje se baziraju na prirodi i božanstvima, posebno *ženskim boginjama*. Obično govorimo o boginji plodnosti, ali ne treba zaboraviti da je Atina smatrana veštom boginjom ratnicom, dok je Artemida bila zaštitnik šume i životinja.

3. Treći put ide kroz *prizmu environmentalizma*. Suočene sa brojnim predrasudama u svom porodičnom, radnom i drugom okruženju, žene se okreću ekofeminizmu kao načinu borbe koji će im dati novu snagu.

Petra Keli je pak imala drugačiju viziju razvoja i delovanja ekofeminizma³¹. Prva dimenzija razvoja je vodila ka demilitarizaciji rešavanja sporova, odbacivanju rata i stranih vojnih baza kao pretnjama za uspostavljanje bilo kakvog balansa, čak i ekološkog. „Ratni budžet“ treba da bude preusmeren na pozicije socijalnih davanja, promocije preduzetništva i drugih korisnih svrha. Drugi cilj ekofeminizma Kelijeve je vodio do zahteva za uspostavljanje globalne ekonomske pravde, ograničavanjem potrošnje globalnih resursa i izvoza opasnih tehnologija. Kao treći cilj javlja se borba za globalna ljudska prava i zahtev „za poštovanje univerzalnih standarda i vrednosti- ne samoosuđivanje prekršaja neprijatelja, bez obaziranja na one od saveznika; slobodu neslaganja za sve; kraj muške dominacije i utvrđivanje ženske moći; prestanak suzbijanja starosedelačkih naroda i etničkih manjina; prestanak invazija i okupacija (npr. Tibet) i brigu o deci, starima, i bolesnima“³². Na kraju, poslednji ali ne i najmanje važan cilj bi bila zaštita biosfere i ustanovljavanje „zelenog društva“. Ista je moguća samo usled okončavanja nuklearnih tehnologija, zabrane deponovanja toksičnog otpada, kao i najstrožijeg kažnjavanja prekršilaca ovih normi. „Globalna kultura ekološke odgovornosti“ i uspostavljanje „obavezujućih principa koji regulišu ekološke odnose među svim zemljama“³³ su ipak- najpotrebniji savremenom društvu.

³¹ Petra Kelly: *Nonviolence Speaks to Power*, Center for Global Nonviolence Planning Project, Spark M. Matsunaga Institute for Peace, University of Hawai'i, Honolulu, 2001. str. 24 Citati dostupni i na sajtu: <http://socdevelopment.wordpress.com/2012/08/13/ekofeministička-ideologija-petre-keli/>, u okviru članka Darko Nadić, Vojin Vidanović: Ekofeministička ideologija Petre Keli.

³² Darko Nadić, Vojin Vidanović: Ekofeministička ideologija Petre Keli, dostupno na :<http://socdevelopment.wordpress.com/2012/08/13/ekofeministička-ideologija-petre-keli/>.

³³ Ibid.

Na kraju treba spomenuti i *duhovni ekofeminizam*, čiji je tvorac aktivistkinja **Starhok**(Starhawk). U svom delu *The Spiral Dance: A Rebirth of the Ancient Religion of the Great Goddess*³⁴ govori o spiritualnoj, duhovnoj osnovi svakog bića i stvari. Tu tananu vezu, na svim nivoima bića i stvari, može osetiti samo žena, zbog svoje izrazite senzitivnosti, te svu energiju može usmeriti u pravcu transformacije i osnaživanja i društva u celini i pojedinaca, kao i same životne sredine.

Demokratija zemlje

Demokratija zemlje³⁵ je, tvrdi Vandana Šiva, drevni princip koji uključuje mir, pravdu i održivost; povezuje pojedinačno sa univerzalnim, različito sa uobičajenim i lokalno sa globalnim. U tu svrhu navodi i citat poglavlje jednog indijanskog plemena koji kaže da oni smatraju da je nemoguće kupiti nebo, toplotu i zemlju, jer su to stvari koje pripadaju prirodi a ne drugim ljudima od kojih se one mogu kupiti. Priroda svoje resurse ne prodaje, ona ih nudi bezrezervno, tražeći samo da se njeni korisnici brinu o njoj i čuvaju je. Čovek je taj koji pripada prirodi a ne obrnuto. Demokratija zemlje je stoga spoznavanje svih ovih principa i njihovo sjeđinjavanje u jedinstveni a to je očuvanje životne sredine. Ona nam dozvoljava da ponovo istražimo uobičajenu a potisnutu ljudskost, i jedinstvo koje nam je zajedničko sa ostatkom sveta. U tom smislu, ovaj pokret omogućava konačno i pravilno davanje prioriteta ljudima i prirodi u odnosu na profit i trgovinu.

Iako su principi potekli iz Šivine zemlje porekla, Indije, mnogi autori odgovorno tvrde³⁶ da se njeni principi demokratije zemlje mogu primeniti u bilo kojoj drugoj državi na svetu.

Principi demokratije zemlje su:

1. Sve vrste ljudi i kulture imaju svoju intrističku vrednost(čime se u ovom delu približavaju pokretu „dubinske ekologije“)
2. Zemaljska zajednica je „demokratija“ koja pripada svim ljudima koji u njoj žive bez obzira na njihove pojedinačne razlike. Nalazimo se u mreži života, neraskidivo uvezani.
3. Diverzitet u prirodi i kulturama se mora braniti.

³⁴Deo knjige je dostupan na: <http://www.starhawk.org/writings/spiralexcerpt.html>

³⁵ Vandana Shiva: *Earth Democracy/ Justice, Sustainability and Peace*, Zed Books Ltd. 2006, p. 40-45.

³⁶ Npr, taj stav nalazimo kod Bajrona Andersona prilikom prikaza Šivine knjige o Demokratiji zemlje, dostupno na : <http://escholarship.org/uc/item/1sn052vq#page-1>

4. Sva živa bića imaju pravo na jednak i ravnopravan pristup svim resursima prirode.

5. Demokracija zemlje je bazirana na „živoj“, pokretnoj ekonomiji i koja štiti ekosisteme i obezbeđuje osnovne potrebe svima. Naravno, ništa se ne preduzima bez utvrđivanja opšteg dobra i izbora samih ljudi na koje se taj akt ili delatnost odnosi.

6. „Žive“ ekonomije se grade na lokalnim ekonomijama- očuvanju zemljišnih resursa i kreiranje održivog i zadovoljavajućeg okruženja

7. Ovakav tip demokratije se bazira i na principima inkluzije, poštovanja diverziteta, ekološke i društvene odgovornosti. Lokalni nivoi vlasti imaju najveću odgovornost za definisanje principa i strategija kojima će se sprovoditi ovakva demokratija, kao i monitoring njihove primene.

8. Bazirana je i na postojećim kulturama, koje promovišu mir i daju prostor različitim religijama, identitetima i sl, za njihovo postojanje i dalji razvoj.

9. Žive kulture neguju život, dostojanstvo i poštovanje svih živih bića. Takve kulture ne promovišu uništavanje životne sredine, niti beskrupulozno korišćenje dostupnih resursa, već brinu o održivosti života i obnavljanju resursa.

10. Globalizuje mir, pažnju i saosećanja-više ujedinjuje nego što bi eventualno razdvajala

Analitički proizvod njenog rada je novi i drugačiji put opstanka eksploatacije, u borbi protiv eksploatatora, kao i nova mogućnost za konstruisanje novog, drugačijeg i boljeg društva u kome će se ljudi zalagati za zaštitu prirodnih(ne genetski modifikovanih) izvora i načina uzgajanja hrane. Zemlja može da uzvraća svojim plodovima samo ako se celom procesu pristupa sa ljubavlju. Sama demokratija zemlje ima svoje grane³⁷:

- *suverenitet semena* (pomaže jačanje zajednice u potrazi za prirodnim semenjem i materijalima),

- *suverenitet hrane* (pravo i sloboda ljudi da uzgajaju različitu i kvalitetnu hranu, kao i neograničen pristup svim vrstama adekvatne i finansijski dostupne hrane),

- *suverenitet zemlje* (borba protiv zagađenja zemlje kao osnovnog elementa poloprivredne proizvodnje)

- i *suverenitet vode* (borba za očuvanje izvorišta vode i protiv njihovog zagađivanja; istovremeno i zahtev za racionalnim korišćenjem dostupnih izvora vode, jer je to postao najtraženiji resurs u 21. veku).

³⁷Više o granama demokratije zemlje na sajtu :<http://www.navdanya.org/home>

Zaključak

One nemaju vlastitu prošlost, istoriju, religiju: nemaju, kao proleter, solidarnost u radu i interesu. Među njima nema čak ni one prostorne pomešanosti..koja od drugih grupa čini zajednice. One žive rasute među muškarcima, vezane kućom, radom, ekonomskim interesima, društvenim položajem za izvesne muškarce – oca ili muža – mnogo čvršće nego za druge žene. Buržujke su solidarne sa buržujima a ne sa ženama proleterima

Simon de Bovoar , *Drugi pol*, 1949.

Muškarci ne mogu da se direktno izraze kroz stvaranje i rađanje, smatrala je S. **Bovoar**. Njihovi nagoni se ostvaruju direktno jedino u oblasti kulture, dok u stvaranju i rađanju učestvuju posredno. Rađanje je odlika žena, na onaj praiskonski način kao što je to kod životinja ali i biljaka. Na ovo se nadovezuju V.Šiva i **M.Mies**, govoreći da je svaka reakcija žena protiv zagađenja i uništavanja imala za osnovu svest o duboko ukorenjenom patrijarhalnom nasilju protiv žena pa samim tim i protiv prirode. Žene su „proizvođači“ budućih generacija, njihovi prvi učitelji, kako je govorila Volstonkraftova pre skoro dva i po veka, ali i njihovi prvi i stalni zaštitnici kroz život.

„Hranitelji budućih generacija“, žene i priroda su stalno ugroženi³⁸. Njihova egzistencija, prema mišljenju zastupnika ekofeminizma, je na ivici održivosti. Neki su ova upozorenja shvatili ozbiljno, te su počeli rad na promeni diskursa i strategija i politika zaštite životne sredine. Međutim, promena politika je ostala mahom na papiru, dok masovna uništavanja prirode, u ime istog pogresa se nastavljaju po istom pogrešnom obrascu kao i ranije. Rani ekofeminizam je skoro „kanonizovao“³⁹ neke pokrete žena koji su se bavili isključivo zaštitom životne sredine, i to kao reakcija na već nastalo uništenje ili ugrožavanje: Čipko pokret u Indiji⁴⁰, Pokret zelenog pojasa u Keniji⁴¹, Lov Kanal⁴² u državi Njujork, SAD. Putem samo njima svojstvenoj dramatizaciji, hrabre žene su uspele da skre-

³⁸ Buzov Ivanka, navedeno delo. Slično tvrdi i **Elizabet Mejer** u svom radu: *The Power and the Promise of Ecofeminism, Reconsidered* (1994). Honors Projects. Paper 4, dostupno na: http://digitalcommons.iwu.edu/phil_honproj/4

³⁹ Susan Buckingham, navedeno delo.

⁴⁰ O Čipko pokretu više na : <http://www.womeninworldhistory.com/contemporary-04.html>

⁴¹ Pokretač Zelenog pojasa je Vangari Matai, prva žena iz centralne Afrike koja je dostigla doktorsku titulu iz oblasti bioloških nauka, i dobitnica Nobelove nagrade za mir 2004. godine. Više o pokretu: <http://www.greenbeltmovement.org/>

⁴² O pokretu više na: <http://www.bu.edu/lovecanal/canal/>. Osnovan je i poseban medicinski fond: <http://www.lcmf.org/>

nu pažnju ne samo lokalne nego i međunarodne javnosti na probleme životne sredine u regijama u kojima žive. Uspesi u toj borbi nisu došli odmah, ali je pomeranje ka pozitivnom ishodu počelo brže nego što su očekivale. Međutim, ostaje kao veliko pitanje da li je uvek i svaki aktivizam na čijem čelu stoji žena- feminizam.

Sa druge strane, brojni su i kritičari ponovnog potpunog povratka prirodi i simbioze sa prirodom. Istorijski i društveni uslovi naših predaka, tvrde ovi autori, su bili takvi da nisu hteli da uzimaju više od izobilja iz prirode koja im se nudila, a zapravo nisu ni imali ni određenih tehnoloških mogućnosti. Modernizacija života i društva dovodi do povećanja potreba, te uzimanje i čak neobnovljivih resursa ispada opravdano jer treba zadovoljiti potrebe ljudi.⁴³

Glavna zamerka ovoj vrsti ekološke misli je upravo ta zloupotrebljenost čisto ženske borbe za njihovo izjednačavanje sa muškarcima, te svojevrsno izvrtnanje istine i stavljanje potrebe zaštite i očuvanja prirodnih resursa u neki drugi plan. Kritike su ekofeminizmu upućivale i –žene; pa tako **Dženet Bil** smatra da je izraženi fokus na mističnu vezu između žene i prirode, zamaglio pogled na stvarne i osnovne uslove života i rada žena u svetu. Ali ekofeminizam su branili i –muškarci, kao **Keitaro Morita**, isticanjem upravo istovrsnosti odnosa dominacije nad ženama i nad prirodom.

Glavno pitanje, na koje ne postoji identičan odgovor kod svih predstavnika ove misli je: da li su dominacija muškaraca nad ženama i dominacija ljudskog roda u odnosu na druga živa bića - isti i kvalitativno slični odnosi između nadređenih i potčinjenih, ili su u pitanju dve kvalitativno različite pojave, te je osnova same teorije – veštački napravljena? U samom radu smo već naveli mišljenja nekih autora koji smatraju da su u pitanju dva istovrsna odnosa. No, smatramo da isto nije dovoljno teorijski utemeljeno, niti empirijski dokazano.

Od doba nastanka samog termina 1974. godine, preko svih konceptijskih „lutanja“, vezivanja isključivo za žene Trećeg sveta(i decu) i njihovu žrtvu u okviru savremenih sistema, pa do današnjih dana, možemo konstatovati da je ekofeminizam doprineo „rekonceptualizaciji naučne, socijalne i političke prakse“.⁴⁴ Nudeći nam novi način očuvanja naše planete, kroz rodnu perspektivu, ekofeminizam, smatraju neki autori, može

⁴³ Vuk Šećerović :*Načelo održivog razvoja i njegove moralne implikacije. II, str. 4. (2009)*. dostupno na :www.filozofijainfo.com/index.php?view=article&catid=46%3Aprimenjena&id=308. Autor ovde navodi stav jednog od najvećih skeptika, Meta Ridlija : (*Matt Ridley, The Origins of Virtue, Penguin Books, 1997, str. 215.*)

⁴⁴ Buzov Ivanka, navedeno delo.

biti izuzetno podoban da nas nauči da poštujemo sve cikluse života, i to ne samo sopstvenog ljudskog života, te kako da „slavimo sve forme različitosti i da obogatimo kvalitet života“. ⁴⁵ Feministička misao je unela novu, „svežu“ ideju u ekološka razmišljanja i tradicionalne društvene i etičke perspektive. Iako bazirana na osnovi feminizma, te znači nužnu pretpostavku za još većim razdvajanjem polova, ekofeminizam je kritikujući patrijarhalni sistem i druge ekološko-etičke misli koje su to podržavale – u stvari, od početka težila ka ujedinjavanju položaja polova ⁴⁶.

Ipak, nedostatak volje za kompromisom i ujedinjavanjem različitih koncepcija ekološkog feminizma, te prilično neuspeo pokušaj postizanja globalnih principa a ne samo lokalno primenljivih (izuzev možda u slučaju principa demokratije zemlje), učinilo je ekofeminizam – ekološkom etičkom teorijom kratkog daha. ⁴⁷ Ohrabruju, svakako, novi pokušaji pomirenja u drugoj deceniji 21. veka, posebno i unutar samog ekofeminizma sa jedne strane ⁴⁸, i zato što ekofeministi, sa druge strane, počinju da se bave i drugim specifičnim pitanjima zaštite životne sredine. ⁴⁹ U svakom slučaju, dometi ove teorije se ne smeju zanemariti, a budno treba pratiti i njen ponovni razvoj.

⁴⁵ Anne E. Simon: *Ecofeminism-Information and Activism, Women's Rights reporter*, Vol. 13, Nr. 1, Spring 1991, pg. 35/39.

⁴⁶ Ekofeministi su konkretno najviše kritikovali pokret dubinske ekologije. Više o tome: David R. Keller: *Deep Ecology, Encyclopedia of Environmental Ethics and Philosophy*, 2nd Edition, 2008. Pg 208- 210.

⁴⁷ Brennan, Andrew and Lo, Yeuk-Sze, navedeno delo.

⁴⁸ Ekofeminizam treba da se pomiri u svojim okvirima ali i sa samom čistom feminističkom teorijom, koja je, kako smatraju neki autori, prestala da je gleda kao svoj deo ili produkt. O ovome više kod: *Elizabeth Mayer: The Power and the Promise of Ecofeminism, Reconsidered*, (1994). *Honors Projects. Paper 4*.

http://digitalcommons.iwu.edu/phil_honproj/4

⁴⁹ Vandana Šiva je tako postala glavni protivnik GMO proizvoda, i bavi se istraživanjima i kampanjama protiv istih. Videti: *Ecofeminism: Is the Movement Still Relevant?*, tekst dostupan na: <http://www.genderacrossborders.com/2012/03/22/ecofeminism-is-the-movement-still-relevant/>

*Dragana Ćorić, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

About Ecofeminism (as a Part of Environmental Ethics)

Abstract: *Women and nature are connected in many different ways : because of their biological status , reproductive status, discrimination by the " strong "; even the ways in which women are victims of violence (in any form) and oppression is similar to the ways that the nature is victimized . Ecofeminism is an environmentally - ethical concept, that is not only trying to find the causes of the destruction of the environment and to " treat " the effects , but also tries to solve the problem that led to the cause. The representatives of ecofeminism think that changing positions and behaviors , ie . leaving the patriarchal approach to everything - can stop the degradation of the environment.*

The term of ecofeminism was first coined in 1974. Having in mind all conceptual wandering, binding this theory only for The Third World women (and children) and their sacrifice within the modern system, we can conclude that ecofeminism can be very suitable to teach us to respect all the cycles of life , and not just only human life , and also can teach us how to " celebrate all forms of diversity and to enrich the quality of life." Feminist thought has brought a new view on ecological thinking and on traditional social and ethical perspectives. Only the abolition of domination over women , may revoke the domination and destruction of nature , since they are , in the view of some authors , homogeneous phenomenon.

Key words: *ecofeminism, domination over women, domination over the nature, patriarchal approach, earth democracy*

*Dr Aleksandar Martinović, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

ULOGA ORGANA DRŽAVNE UPRAVE U OBLASTI TRANSPORTA OPASNOG TERETA¹

Sažetak: *Zaštita životne sredine je oblast društvenog života koja je, između ostalog, uređena i normama upravnog prava. Upravno-pravnim normama je regulisana i oblast transporta opasnog tereta, kao važan segment prava zaštite životne sredine. U oblasti transporta opasnog tereta ključnu ulogu u vršenju poslova državne uprave imaju Ministarstvo unutrašnjih poslova i Uprava za transport opasnog tereta kao organ uprave u sastavu Ministarstva saobraćaja.*

Ključne reči: *upravno pravo, pravo zaštite životne sredine, transport opasnog tereta, Ministarstvo unutrašnjih poslova, Uprava za transport opasnog tereta.*

Uvodne napomene

U nauci upravnog prava opšte mesto zauzima konstatacija da je jedna od osnovnih karakteristika izvora upravnog prava mnogobrojnost i nekodifikovanost. „Ovo obeležje izvora upravnog prava nam govori o tome da postoji izuzetno veliki broj normi koje spadaju u ovu granu prava. Smatra se da više od dve trećine svih normi pravnog sistema spada u upravno pravo. One su sadržane u velikom broju različitih materijalnih propisa kojima se uređuju odnosi u pojedinim oblastima društvenog života. One se, naravno, ne proučavaju sve u okviru *opšteg* dela upravnog prava, već one čine sadržinu upravnog prava u pojedinim posebnim oblastima.“² Jedna od po-

¹ Članak je rezultat rada na projektu *Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo* u 2013. godini.

² D. Milkov: *Upravno pravo I – uvodna i organizaciona pitanja*, Novi Sad, 2013, str. 47.

sebnih oblasti društvenog života koja je uređena upravno-pravnim normama jeste i oblast zaštite životne sredine. No, baš zbog velikog broja normi upravnog prava i u ovoj oblasti, nije mali problem odrediti „šta se podrazumeva pod upravnim pravom u oblasti zaštite životne sredine.“³ Polazeći od opšte teorijske definicije upravnog prava kao grane pravnog sistema, prof. dr Dragan Milkov zaključuje „da upravno pravo u oblasti prava životne sredine čine pravne norme o organizaciji, vršenju upravne delatnosti i kontroli uprave u oblasti zaštite životne sredine.“⁴

Jedan u nizu segmenata prava životne sredine predstavljaju upravno-pravne norme u oblasti transporta opasnog tereta. Stupanjem na snagu Zakona o transportu opasnog tereta⁵, 22. maja 2011. godine, prestao je da važi Zakon o prevozu opasnih materija⁶, kao i Uredba o prevozu opasnih materija u drumskom i železničkom saobraćaju⁷. Iako je Ustavom Republike Srbije (član 97. tačka 9) propisano da Republika Srbija uređuje i obezbeđuje „održivi razvoj; sistem zaštite i unapređenja životne sredine; zaštitu i unapređivanje biljnog i životinjskog sveta; proizvodnju, promet i prevoz oružja, otrovnih, zapaljivih, eksplozivnih, radioaktivnih i drugih opasnih materija“, zanimljivo je da je u Predlogu zakona o transportu opasnog tereta kao pravni osnov za njegovo donošenje navedena druga, opštija odredba iz člana 97. tačka 6. Ustava Republike Srbije: da Republika Srbija uređuje i obezbeđuje „jedinstveno tržište; pravni položaj privrednih subjekata; sistem obavljanja pojedinih privrednih i drugih delatnosti; robne rezerve; monetarni, bankarski, devizni i carinski sistem; ekonomske odnose sa inostranstvom; sistem kreditnih odnosa sa inostranstvom; poreski sistem.“ U svakom slučaju, koncepcija Zakona o prevozu opasnog tereta počiva na tome da je neophodno stvoriti pravni ambijent kako bi se u Republici Srbiji mogli primeniti standardi iz šest potvrđenih međunarodnih sporazuma u oblasti transporta opasnog tereta, navedenih u članu 2. stav 2. Zakona: Evropskog sporazuma o međunarodnom drumskom transportu opasnog tereta (ADR), Sporazuma o prihvatanju jednoobraznih uslova za homologaciju i uzajamno priznavanje homologacije opreme i delova motornih vozila⁸, Dodatka C Konvencije o međunarodnim prevozima železnicom (COTIF) – Pravilnik za međunarodni žele-

³ D. Milkov: „Upravno pravo i životna sredina“, *Osnove prava životne sredine*, Novi Sad, 2009, str. 101.

⁴ D. Milkov: „Upravno pravo i životna sredina“, str. 104.

⁵ „Službeni glasnik RS“, br. 88/2010.

⁶ „Službeni list SFRJ“, br. 27/90 i 45/90, „Službeni list SRJ“, br. 24/94 – dr. zakon, 28/96 i 68/2002 i „Službeni glasnik RS“, br. 36/2009 – dr. zakon.

⁷ „Službeni glasnik RS“, br. 53/2002.

⁸ „Službeni list FNRJ – Međunarodni ugovori“, br. 5/62.

znički transport opasne robe (RID), Aneksa 18 Konvencije o međunarodnom civilnom vazduhoplovstvu – Siguran transport opasnog tereta vazdušnim putem i ICAO Dok. 9284 AN/905 – Tehničke instrukcije za siguran transport opasnog tereta vazdušnim putem, Evropskog sporazuma o međunarodnom transportu opasnog tereta unutrašnjim plovnim putevima (ADN) i Konvencije o fizičkom obezbeđenju nuklearnog materijala.

Institucionalne i proceduralne novine u Zakonu o transportu opasnog tereta u odnosu na ranije propise

Osnovna institucionalna novina sastoji se u tome što je Zakonom o transportu opasnog tereta obrazovana Uprava za transport opasnog tereta kao organ uprave u sastavu ministarstva nadležnog za poslove saobraćaja. Sedište Uprave je u Beogradu i ona ima svojstvo pravnog lica.⁹ Uprava vrši čitav niz (ukupno 36) izvršnih i sa njima povezanih inspekcijskih i stručnih poslova¹⁰, pri čemu je ovaj organ uprave do 22. jula 2011. godine, shodno članu 99. Zakona, trebalo da preuzme od Ministarstva unutrašnjih poslova deo njegovih dosadašnjih izvršnih, stručnih i inspekcijskih poslova u oblasti transporta opasnog tereta.

Sledeća novina u Zakonu je rešenje prema kojem postoje tri kategorije opasnosti od nastupanja posledica u transportu opasnog tereta: 1) opasnost I kategorije je opasnost po život lica ili zagađenje životne sredine s posledicama čije je otklanjanje dugotrajno i skupo; 2) opasnost II kategorije je opasnost od nanošenja teške telesne povrede licu ili znatnog zagađenja životne sredine i od zagađenja životne sredine na većem prostoru; 3) opasnost III kategorije je opasnost od nanošenja lake telesne povrede licu ili neznatnog zagađenja životne sredine.¹¹ Ovakva klasifikacija opasnosti čini mogućim stepenovanje odgovornosti i visine novčanih kazni za privredne prestupe i prekršaje, koji su predviđeni kaznenim odredbama iz Zakona o prevozu opasnog tereta (čl. 83 – 94).

Takođe, novu zakonsku kategoriju predstavlja Savetnik za bezbednost u transportu opasnog tereta. U pitanju je lice koje poseduje sertifikat Uprave za transport opasnog tereta o stručnoj osposobljenosti za primenu propisa o transportu opasnog tereta, koje je poslodavac (pravno lice ili preduzetnik) propisao svojim aktom da izvršava poslove i obaveze iz čla-

⁹ Zakon o transportu opasnog tereta, član 9.

¹⁰ Zakon o transportu opasnog tereta, član 10.

¹¹ Zakon o transportu opasnog tereta, član 6.

na 21. Zakona kojima se obezbeđuje primena tih propisa. Učesnik u transportu, predviđen u članu 7. stav 1. tačka 11) Zakona, mora imati najmanje jednog Savetnika, pri čemu je Učesnik u transportu u obavezi da Godišnji izveštaj Savetnika dostavlja Upravi svake godine, i to najkasnije do 1. februara tekuće godine za prethodnu godinu.

Nadalje, privredno društvo, odnosno drugo pravno lice koje osposobljava kandidate za Savetnika dužno je da poseduje Licencu koju izdaje i oduzima Uprava, pod uslovima koji su propisani u članu 20. stav 2. Zakona.

Ovlašćeno stručno lice za ispitivanje i žigosanje posuda pod pritiskom i cisterni dužno je da pre dobijanja ovlašćenja od Uprave ispuní uslove iz člana 13. stav 3. Zakona. Ovlašćenje za stručno lice ima karakter javne isprave i važi pet godina, s tim što Uprava može oduzeti žig i ovlašćenje za stručno lice ako ono prestane da ispunjava neki od zakonskih uslova.

Ovlašćeno, odnosno imenovano telo za ocenjivanje usaglašenosti tipa ambalaže, posude pod pritiskom ili cisterne za transport opasnog tereta takođe mora imati ovlašćenje, u vidu javne isprave, koju izdaje Uprava, u skladu sa propisima iz člana 2. stav 2. Zakona i drugim propisima za referentni obim ispitivanja i ocenjivanja usaglašenosti. Ovlašćeno, odnosno imenovano telo dužno je da svoj Izveštaj o ispitivanju izradi u skladu sa navedenim propisima. Shodno podacima iz Izveštaja, Uprava proizvođaču izdaje odobrenje za tip ambalaže, odnosno posude ili cisterne pre nego što proizvođač počne sa njihovom serijskom proizvodnjom u cilju stavljanja u promet.¹²

Ovlašćeno telo za ocenjivanje usaglašenosti tipa vozila za transport opasnog tereta mora imati ovlašćenje (ispravu) koje mu Uprava izdaje pod uslovima utvrđenim propisima iz člana 2. stav 2. Zakona i drugim propisima. Izveštaj o ispitivanju tipa vozila ovlašćeno telo izrađuje u skladu sa ovim propisima, a na osnovu tog izveštaja Uprava izdaje odobrenje za tip vozila za transport opasnog tereta.

Imenovano telo za ocenjivanje usaglašenosti vozila za transport opasnog tereta dužno je da poseduje ispravu o imenovanju, koju mu Uprava izdaje pod uslovima utvrđenim propisima iz člana 2. stav 2. Zakona i drugim propisima, a sertifikat o odobrenju za vozilo imenovano telo izdaje u skladu sa ovim propisima. Uprava za transport opasnog tereta mora biti obavestena u roku od 15 dana o izdatim i vraćenim sertifikatima.

Ovlašćeno telo za ocenjivanje usaglašenosti tipa broda za transport opasnog tereta mora imati ovlašćenje u vidu isprave, koje izdaje Uprava pod uslovima utvrđenim propisima iz člana 2. stav 2. tačka 5) Zakona i

¹² Zakon o transportu opasnog tereta, član 14.

drugim propisima. Izveštaj o ispitivanju tipa broda ovlašćeno telo izrađuje u skladu sa ovim propisima (Evropskim sporazumom o međunarodnom transportu opasnog tereta unutrašnjim plovnim putevima – ADN). Na osnovu tog izveštaja, Uprava za transport opasnog tereta izdaje odobrenje za tip broda za transport opasnog tereta.

Uprava za transport opasnog tereta izdaje ispravu o imenovanju i Imenovanom telu za ocenjivanje usaglašenosti broda za transport opasnog tereta. Ovu ispravu Uprava izdaje pod uslovima iz člana 2. stav 2. tačka 5) Zakona, dok Imenovano telo izdaje sertifikat o odobrenju za brod u skladu sa ovim propisima. Uprava mora biti obaveštena u roku od 15 dana o izdatim i vraćenim sertifikatima.

Uprava za transport opasnog tereta izdaje još jednu vrstu ovlašćenja, odnosno isprave. Naime, privredno društvo odnosno drugo pravno lice koje osposobljava kandidate za sticanje Sertifikata o posebnim znanjima u oblasti ADN dužno je da poseduje ovlašćenje (ispravu) Uprave za transport opasnog tereta, pod uslovom da ispunjava propisane standarde u pogledu nastavnog kadra, prostora, opreme i nastavnih sredstava za stručno osposobljavanje kandidata. O izdatim sertifikatima Uprava vodi Registar.¹³

Najzad, pored Uprave za transport opasnog tereta, određenu ulogu u ovoj oblasti značajnoj za zaštitu životne sredine ima i jedna javna agencija – Direktorat civilnog vazduhoplovstva, obrazovan Zakonom o vazdušnom saobraćaju.¹⁴ Direktorat civilnog vazduhoplovstva izdaje ovlašćenje (ispravu) Instruktora za transport opasnog tereta u vazdušnom saobraćaju, pod uslovima iz člana 72. stav 2. Zakona, s tim što je rešenje kojim se odbija izdavanje ovlašćenja kandidatu za Instruktora konačno u upravnom postupku. Zadatak Instruktora sastoji se u tome da stručno osposobljava zaposlene na poslovima u transportu opasnog tereta.¹⁵

Obaveze Ministarstva unutrašnjih poslova u oblasti transporta opasnog tereta

Iako je Uprava za transport opasnog tereta, u skladu sa članom 99. Zakona, u roku od dva meseca od dana njegovog stupanja na snagu preuzela od Ministarstva unutrašnjih poslova (MUP) svu dokumentaciju koja se odnosi na stručno osposobljavanje vozača vozila u transportu opasnog tereta, zatim dokumentaciju o ovlašćivanju privrednih društava, drugih pravnih lica ili preduzetnika za stručno osposobljavanje kandidata za vozača vozila

¹³ Zakon o transportu opasnog tereta, čl. 42 – 43.

¹⁴ „Službeni glasnik RS“, br. 73/2010.

¹⁵ Zakon o transportu opasnog tereta, član 72.

u transportu opasnog tereta, kao i zaposlene, dokumentaciju i predmete u obavljanju stručnih, izvršnih i inspeksijskih poslova u oblasti prevoza opasnog tereta, MUP je zadržao deo nadležnosti u ovoj oblasti, posebno kad je reč o vršenju klasičnih policijskih poslova i poslova državne uprave koji se odnose na transport eksplozivnih materija i predmeta.

Prema odgovarajućim odredbama Zakona o transportu opasnog tereta, MUP odnosno područna policijska uprava MUP-a ima sledeća ovlašćenja u oblasti transporta opasnog tereta: 1) u slučaju kada dođe do nestanka opasnog tereta, MUP je dužan da primi od učesnika u njegovom transportu hitno obaveštenje o nestanku, vrsti tereta i broju pod kojim je obeležena opasnost tog opasnog tereta, shodno propisima iz člana 2. stav 2. Zakona, kao i da preduzme potrebne mere da se opasan teret pronađe, naravno ako postoje uslovi za njegovo pronalaženje; 2) u slučaju kada se opasan teret rasuo ili razlio, MUP je dužan da primi od učesnika u njegovom transportu hitno obaveštenje o ovom vanrednom događaju i merama koje je učesnik u transportu bez odlaganja preduzeo da se opasan teret obezbedi, pokupi, odstrani, odnosno odloži ili na drugi način učini bezopasnim, odnosno da se spreči dalje širenje zagađenja; 3) u isključivoj je nadležnosti MUP-a da izdaje dozvolu za transport eksplozivnog tereta koji se u celini obavlja na teritoriji Republike Srbije, pri čemu taj upravni posao obavlja područna policijska uprava nadležna za područje s kojeg se pošiljka otprema; 4) MUP izdaje dozvolu za transport (uvoz, izvoz, tranzit) eksplozivnog tereta u međunarodnom transportu; 5) prima obaveštenja koja je najkasnije 48 časova pre započinjanja transporta dužan da mu dostavi pošiljalac, odnosno primalac opasnog tereta koji poseduje dozvolu za transport opasnog tereta; 6) MUP, kao organ koji je nadležan za izdavanje dozvole za transport eksplozivnog tereta, ima pravo da zahteva, ako to smatra potrebnim, pored dokumentacije koja je uslov za dozvolu, i dokumentaciju za posebne uslove utvrđene propisima iz člana 2. stav 2. Zakona, kao i za posebne mere bezbednosti radi zaštite ljudi, imovine i životne sredine od postupaka neovlašćenih lica, te da zabrani transport opasnog tereta ako oceni da se transportom može ugroziti bezbednost, javni red i mir i život lica ili životna sredina; 7) MUP izdaje posebnu dozvolu za pojedinačni transport opasnog tereta, koji je po odredbama Zakona inače zabranjen, pod uslovom da je to potrebno za ispitivanje opasne materije, odnosno za bezbednosne intervencije ili zaštitu i spasavanje; 8) u redovnoj kontroli učesnika u drumskom saobraćaju, MUP na propisan način kontroliše transport opasnog tereta na putu, a ukoliko utvrdi nepravilnosti koje bi mogle negativno da utiču na bezbednost ljudi, imovine, odnosno zaštitu životne sredine dužan je da isključi iz saobraćaja učesnika u transportu opasnog tereta i da o tome odmah obavesti Upravu za transport opasnog tereta (ovaj posao obavlja policijski službenik saobra-

čajne policije); 9) prilikom vršenja granične kontrole, MUP je ovlašćen da zabrani ulazak na teritoriju Republike Srbije vozilu za transport opasnog tereta koje je registrovano u drugoj državi, za koje je utvrdio nepravilnosti kojima su povređeni propisi iz člana 6. stav 2. Zakona, kao i da isključi iz saobraćaja vozilo registrovano u Republici Srbiji za koje utvrdi nepravilnosti kojima se povređuju propisi iz člana 6. stav 2. Zakona, dok se te nepravilnosti ne otklone (ovaj posao obavlja policijski službenik granične policije); 10) MUP obezbeđuje policijsku pratnju na zahtev inspektora za transport opasnog tereta, koji u drumskom ili železničkom saobraćaju utvrdi nepravilnosti koje nije moguće otkloniti na licu mesta, te zbog toga upućuje vozilo pod policijskom pratnjom do najbližeg pošiljaoca, odnosno primaoca iste klase opasnog tereta, gde se nepravilnosti mogu otkloniti, odnosno opasan teret istovariti ili pretovariti; 11) MUP vrši inspeksijski nadzor nad primenom Zakona o transportu opasnog tereta, propisa donetih na osnovu Zakona i propisa iz člana 2. stav 2. Zakona, kada je reč o učesnicima u transportu eksplozivnih materija i predmeta; i 12) na zahtev inspektora za transport opasnog tereta, MUP pruža pomoć u vršenju inspeksijskog nadzora transporta opasnog tereta u drumskom saobraćaju.

Zaključak

Zaštita životne sredine jedna od oblasti društvenog života koje su uređene normama upravnog prava¹⁶. To se odnosi i na normativnu regulativu transporta opasnog tereta, kao važan segment prava zaštite životne sredine. Ključnu ulogu u ovoj oblasti imaju dva organa državne uprave Republike Srbije: Ministarstvo unutrašnjih poslova i Uprava za transport opasnog tereta kao organ uprave u sastavu Ministarstva saobraćaja. Ova dva organa uprave u ovoj oblasti vrše klasične poslove državne uprave: donose upravne akte (različite dozvole), vrše upravni nadzor (u prvom redu, inspeksijski nadzor) i izdaju odgovarajuće javne isprave, a u određenim slučajevima Ministarstvo unutrašnjih poslova je ovlašćeno da prilikom transporta opasnog tereta preduzima i upravne radnje. Slobodno se, stoga, može reći da je veza između upravnog prava i prava zaštite životne sredine – kao nove sintetičke grane prava¹⁷ - apsolutno neraskidiva, posebno kada je reč o oblasti transporta opasnog tereta.

¹⁶ Z. Lončar, Organization of public administration in the domain of environmental protection, *facta universitatis series Law and Politics*, vol. 9, N1, 2011, p. 53–68; Z. Lončar, „Inspeksijski nadzor u oblasti zaštite životne sredine“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u N. Sadu*, broj 4, 2012, str. 257–276.

¹⁷ D. Nikolić: „Uvod u pravo životne sredine“, *Osnove prava životne sredine*, Novi Sad, 2009, str. 49.

*Aleksandar Martinović, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

The Role of Public Administration in Transport of Dangerous Goods

Abstract: *Environmental protection is an area of social life, which is, among other things, decorated by norms of administrative law. The area of transport of dangerous goods, as an important part of the protection of the environment, is also regulated by administrative norms. The Ministry of Internal Affairs and Department for transport of dangerous goods as a body within the Ministry of Transport have a crucial role in the performance of state administration in the area of transport of dangerous goods.*

Key words: *Administrative Law, Environmental Law, Transportation of Dangerous Goods, Ministry of Internal Affairs, Department for Transport of Dangerous Goods.*

*Dr Petar Đundić, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

MERODAVNO PRAVO ZA ŠTETU IZAZVANU POVREDOM ŽIVOTNE SREDINE U EVROPSKOM MEĐUNARODNOM PRIVATNOM PRAVU¹

Sažetak: Rad sadrži analizu kolizionih pravila u oblasti vanugovorne odgovornosti za štetu izazvanu povredom životne sredine u nacionalnim pravima evropskih država i u međunarodnom privatnom pravu Evropske unije. Pre donošenja Uredbe Evropskog parlamenta i Saveta o pravu merodavnom za vanugovorne obaveze (Rim II), specijalne kolizione norme za ekološke delikte javljale su se u malom broju evropskih zakonodavstava. Ova činjenica pruža normi iz člana 7. Uredbe Rim II naročiti značaj. Iz perspektive srpskog međunarodnog privatnog prava, značaj te odredbe se nalazi u tome što se koliziona norma iz radne verzije novog Zakona o međunarodnom privatnom pravu Srbije u potpunosti oslanja na koliziono rešenje za ekološke delikte koje je predviđeo evropski zakonodavac. Zbog toga je veliki deo rada posvećen pomenutoj normi, njenom tumačenju, primeni i problemima do kojih ta primena može dovesti.

Ključne reči: ekološka šteta, vanugovorne obaveze, merodavno pravo, Uredba Rim II, kolizione norme.

Uvodne napomene

Sprečavanje povrede životne sredine i otklanjanje posledica ovog procesa predstavlja oblast u kojoj je organizovani napor država usmeren

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

na međusobnu saradnju apsolutno neophodan. Mnogo puta ponovljeni iskaz da zagađenje vazduha, vode, zemljišta, uništavanje šuma ili biljnog i životinjskog sveta ne poznaje državne granice, mada predstavlja frazu i opšte mesto u delima posvećenim ekologiji, u modernim uslovima ne gubi na svojoj istinitosti. Pitanje građanskopravne odgovornosti zagađivača za prouzrokovanu štetu je stoga na tlu Evrope regulisano brojnim međunarodnim ugovorima koji imaju za cilj unifikaciju nacionalnih prava država ugovornica. Ovi ugovori su najčešće sektorskog karaktera – odnose se na pitanje odgovornosti za štetu prouzrokovanu u specifičnim oblastima kao što su šteta nastala izlivanjem nafte sa brodova,² upotrebom nuklearne energije,³ prekogranični transport i odlaganje opasnog otpada⁴ ili prekogranično zagađenje vode.⁵ Takođe, kada su u pitanju države članice Evropske unije, posao harmonizacije prava država članica na sebe je preuzeo evropski zakonodavac donošenjem Direktive 2004/35/CE Evropskog parlamenta i Saveta od 21. aprila 2004. godine o odgovornosti za povredu životne sredine u pogledu sprečavanja i otklanjanja ekološke šte-

² Međunarodna konvencija o građanskoj odgovornosti za štetu prouzrokovanu zagađivanjem naftom (Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori br. 7/1977). Konvencija je usvojena 1969. godine i izmenjena protokolima iz 1976., 1992. i 2000. godine. Srbija je ratifikovala Protokol iz 1992. godine (Službeni list RS – Međunarodni ugovori br. 12/2010); Međunarodna konvencija o osnivanju međunarodnog fonda za naknadu štete nastale zagađivanjem naftom od 1971. godine (Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori br. 3/1977); Međunarodna konvencija o građanskoj odgovornosti za štete prouzrokovane zagađenjem pogonskom naftom od 2001. godine (Službeni list RS – Međunarodni ugovori br. 1/2010).

³ Konvencija o odgovornosti trećeg lica u oblasti nuklearne energije od 1960. godine sa pratećim protokolima (Pariska konvencija); Bečka konvencija o građanskoj odgovornosti za nuklearne štete od 1963. godine (Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori br. 5/1977).

⁴ Bazelski protokol o odgovornosti i naknadi štete uzrokovane prekograničnim premeštanjem i odlaganjem opasnih otpada od 1999. godine. Protokol je usvojen uz Bazelsku konvenciju o kontroli prekograničnog premeštanja i odlaganja opasnih otpada od 1989. godine u trenutku nastanka ovog rada još uvek nije stupio na snagu.

⁵ Protokol o građanskoj odgovornosti i naknadi štete uzrokovane prekograničnim efektima industrijskih akcidenata na pograničnim vodama od 2003. godine. Protokol je zaključen uz Konvenciju o zaštiti i korišćenju prekograničnih plovnih voda i međunarodnih jezera (1992) i Konvenciju o prekograničnim efektima industrijskih akcidenata. Protokol su do danas potpisale 24 evropske države, ali ga je ratifikovala samo Mađarska. Za stupanje nasnagu je potrebno 16 ratifikacija. Za ekstenzivan spisak međunarodnih konvencija zaključenih u materiji građanskopravne odgovornosti za štetu nastalu povredom životne sredine vidi F. Munari, L. Schiano di Pepe, *Liability for Environmental Torts in Europe: Choice of Forum, Choice of Law and the Case for Pursuing Effective Legal Uniformity*, u knjizi: A. Malatesta (ed), *The Unification of Choice of Law rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations in Europe: The Rome II Proposal*, Padova, 2006, str. 175, tekst uz fusnotu br. 4.

te (u daljem tekstu: Direktiva o ekološkoj šteti).⁶ Međutim, razlike u propisima koji regulišu odgovornost za štetu prouzrokovanu povredom životne sredine i dalje ostaju u onim oblastima koje nisu pokrivene unifikacijom putem međunarodnih ugovora. To znači da nacionalno zakonodavstvo u materiji građanskopravnih delikata još uvek igra najvažniju ulogu u slučajevima kada privatnopravni subjekti, fizička ili pravna lica, u sudskim postupcima zahtevaju naknadu štete koja je za njih nastupila kao posledica delovanja zagađivača. Čak i u državama članicama Evropske unije harmonizacija nacionalnih propisa država članica ima ograničen domašaj. Naime, pomenuta Direktiva od 2004. godine odnosi se na pravo i dužnost nadležnih organa u ovim državama da deluju u cilju sprečavanja i otklanjanja šteta koje se mogu nazvati „čisto“ ekološkim štetama ili ekološkim štetama „u užem smislu,“⁷ a ne tiče se štete koja usled povrede životne sredine može neposredno da nastane za privatnopravne subjekte.

Razlike u nacionalnim zakonodavstvima evropskih država stvaraju prostor za pojavu sukoba zakona u ovoj materiji, a njegovo rešavanje zahteva primenu kolizione tehnike. Sudovi većine evropskih zemalja danas imaju na raspolaganju specijalnu kolizionu normu za vanugovornu odgovornost za štetu proisteklu iz povrede životne sredine. Naime, u okviru Evropske unije je od januara 2009. godine na snazi Uredba (EC) br. 864/2007 Evropskog parlamenta i Saveta od 11. jula 2007. godine o pravu merodavnom za vanugovorne obaveze (Rim II – u daljem tekstu: Uredba ili Uredba Rim II).⁸ Današnje stanje predstavlja potpunu suprotnost od situacije koja je postojala pre donošenja Uredbe. Do tog datuma, sa izuzetkom Belgije i Bugarske, nijedno nacionalno međunarodno privatno pravo u Evropi, nije sadržalo kolizionu normu koja bi se primenivala na sve ekološke štete. Paradoksalno, rešenje iz člana 7. Uredbe se ipak oslanja na pravnu tradiciju pojedinih nacionalnih pravnih sistema u materiji određivanja merodavnog prava za delikte. U nastavku ovog rada biće reči o kolizionoj normi iz Uredbe Rim II i ostalim normama ovog izvora koje su od važnosti za primenu kolizionog rešenja za štetu izazvanu

⁶ *Directive 2004/35/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on Environmental Liability with Regard to the Prevention and Remedying of Environmental Damage.*

⁷ Vidi M. Živković, S. Marjanović, Merodavno pravo za ekološke štete u međunarodnom privatnom pravu EU, *Ekologija i pravo*, Tematski zbornik Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, 2011, str. 4, 5. Autori pod ovim izrazom podrazumevaju „štete nastale ugrožavanjem ili povredom same životne sredine,“ za razliku od ekološke štete u širem smislu koja predstavlja „štetu koju su usled toga pretrpela lica ili imovina.“

⁸ *Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II).*

povredom životne sredine. Pre toga, posvetićemo pažnju stanju u kolizionom zakonodavstvu evropskih država u periodu pre donošenja Uredbe, kada je u pitanju ova vrsta odgovornosti za štetu.

Kolizione norme za štetu izazavanu povredom životne sredine u nacionalnom zakonodavstvu evropskih država

A) Specijalne kolizione norme

Kao što je već istaknuto u uvodnom delu ovoga rada, u nacionalnom međunarodnom privatnom pravu država Evrope specijalne kolizione norme za ekološke štete su prava retkost. Takvu normu sadrži paragraf 2. tačka 3. člana 99. Zakona o međunarodnom privatnom pravu Belgije (2004), koji predviđa primenu prava države na čijoj teritoriji je nastupila (ili postoji mogućnost da nastupi) šteta za imovinu ili lica, kao rezultat zagađenja životne sredine.⁹ Takođe, izuzetak od pravila da je ova materija neregulisana u kolizionopravnom domenu predstavlja švajcarsko i, donekle, nemačko pravo. U švajcarskom Saveznom zakonu o međunarodnom privatnom pravu (1987) prisutna je kolizionna norma koja služi određivanju merodavnog prava za štete nastale kao rezultat imisija sa nepokretnosti. Rešenje iz člana 138. ovog zakona podrazumeva da se kao merodavno primenjuje, po izboru oštećenog, pravo države na čijoj teritoriji se nalazi nepokretnost sa koje potiče štetna imisija ili pravo države u kojoj su se manifestovala njena štetna dejstva. Ova kolizionna norma, po prirodi stvari, nema opšti karakter jer se ne može primeniti na sve slučajeve ekoloških šteta. Ona se, naime, odnosi samo na slučajeve kada se delovanje štetnika vezuje za nepokretnost – kada je reč o imisijama koje dopiru iz industrijskih postrojenja, buci sa aerodroma lociranih u blizini državne granice itd.¹⁰ Izvan njenog domašaja ostaju, primera radi, slučajevi zagađenja prilikom transporta opasnih materija. Vrlo slično rešenje je bilo prisutno u nemačkom zakonodavstvu nakon 1999. godine na osnovu člana 44. Uvodnog zakona za Građanski zakonik.¹¹ U pogledu štete prouzroko-

⁹ Specijalnu kolizionu normu za ovu vrstu delikata sadrži i bugarski Zakon o međunarodnom privatnom pravu (2005), u čl. 109. Međutim, odredbe bugarskog Zakona o merodavnom pravu za delikte su modelirane prema predlogu Uredbe Rim II koji je kasnije usvojen. Isto se odnosi na čl. 33v Zakona o međunarodnom privatnom pravu Makedonije (2007).

¹⁰ Vidi C. Bernasconi, *Civil liability resulting from transfrontier environmental damage: a case for the Hague Conference?*, Preliminary Document No. 8 of April 2000 for the attention of the Special Commission of May 2000 on general affairs and policy of the Conference, str. 30. Tekst dostupan na: http://www.hcch.net/upload/wop/gen_pd8e.pdf.

¹¹ Za tekst zakona vidi P. Hay, *From Rule Orientation to "Approach" in German Conflicts Law – The Effect of the 1986 and 1999 Codification*, *American Journal of Comparative Law*, vol. 47/1999, str. 633-652.

vane štetnim imisijama sa nepokretnosti, ova odredba upućuje na primenu kolizionog rešenja iz člana 40. stav 1. istog zakona koji oštećenom dozvoljava da zasnuje svoj zahtev na pravu mesta nastupanja štetne posledice, ako primenu tog prava smatra povoljnijom od primene prava na snazi u mestu delovanja štetnika.

Pored švajcarskog i nemačkog prava, „sektorsku“ kolizionu normu za odgovornost povodom specifične vrste ekoloških šteta ima i austrijsko pravo. Poš (*Posch*) navodi primer austrijskog Saveznog zakona o građanskoopravnoj odgovornosti za štetu prouzrokovanu radioaktivnošću (1999). Paragraf 23. ovog zakona sadrži rešenje prema kojem oštećeni koji je pretrpeo štetu od jonizujućeg zračenja na teritoriji Austrije može da zahteva primenu austrijskog prava, što ne bi mogao na osnovu člana 48. Zakona o međunarodnom privatnom pravu (1978). Opšta koliziona norma za delikte u Austriji, naime, predviđa primenu prava mesta u kojem je delovao štetnik. Ako je to mesto u inostranstvu, primena domaćeg prava načelno ne bi bila moguća. Ako je mesto nastupanja štete u inostranstvu, u slučaju da je za nju merodavno austrijsko pravo (na osnovu činjenice da se štetni događaj odigrao u Austriji), na osnovu stava 2. istog paragrafa, oštećeni ima pravo na naknadu štete samo pod uslovom da je pravo na naknadu predviđeno njegovim nacionalnim pravom.¹²

Činjenica da se u supstancijalnim pravima pojedinih država ekološke štete posmatraju pre svega u kontekstu susedskih imisija, kao pitanje stvarnopravnih odnosa,¹³ reflektovala se na polju međunarodnog privatnog prava kroz problem kvalifikacije.¹⁴ Spor u pogledu toga da li na terenu sukoba zakona tužbenom zahtevu za naknadu ekološke štete treba dati stvarnopravnu ili deliktну kvalifikaciju rešen je u pravnoj doktrini u korist ove poslednje, uzimajući u obzir potrebu jednakog tretmana svih slučajeva šteta nastalih zagađenjem životne sredine.¹⁵ Deliktна kvalifikacija

¹² Vidi W. Posch, Some Observations on the Law Applicable to Transfrontier Environmental Damage, u knjizi: M. Hinteregger (ed.), *Environmental Liability and Ecological Damage in European Law*, Cambridge, 2008, str. 47, 48.

¹³ Vidi, na primer, C. Bernasconi, *op. cit.*, str. 23. Autor ističe da je to slučaj sa odredbama paragrafa 679. do 684. švajcarskog Građanskog zakonika

¹⁴ Tako je nemački sud 1982. primenio domaće pravo kao *lex rei sitae* u slučaju kada su se kuće tužilaca čije je korišćenje ometala buka sa ciriškog aerodroma nalazile u Nemačkoj. Vidi, A. Rest, International Environmental Law in German Courts, *Environmental Policy and Law*, vol. 27/5 (1997), str. 415. i tekst uz fusnotu br. 79. Stvarnopravna kvalifikacija tužbi zbog zagađenja koje potiče sa nepokretnosti je prisutna i u praksi austrijskih sudova. Vidi, C. Von Bar, Environmental Damage in Private International Law, *Recueil des cours*, vol. 268/1997, str. 368.

¹⁵ Vidi, na primer, C. Von Bar, *op. cit.*, str. 361-363. Takode, K. Fach Gomez, Law Applicable to Cross-Border Environmental Damage: From the European Autonomous Systems to Rome II, *Yearbook of Private International Law*, vol. VI (2004), str. 295.

omogućuje, naime, da se ne pravi razlika između slučajeva kada je štetna imisija potekla sa nepokretnosti i kada to nije slučaj, odnosno između situacije kada je oštećen sopstvenik druge nepokretnosti u odnosu na situaciju kada oštećeni nema veze sa nepokretnošću. Konačno, deliktну kvalifikaciju sugerišu i rešenja iz nemačkog i švajcarskog zakonodavstva.¹⁶ U obe države zakoni sadrže normu u delu o merodavnom pravu za stvarno-pravne odnose koja u pogledu štete izazvane susedskim imisijama upućuje na primenu kolizione norme za delikte.¹⁷

B) Kolizione norme za građanskoprave delikte

Ako se prihvati deliktна kvalifikacija tužbenog zahteva za naknadu štete prouzrokovane povredom životne sredine, jasno je da su sudovi evropskih država, uključujući tu i većinu država članica EU, bili u poziciji da na njih primenjuju nacionalne kolizione norme za delikte opšteg karaktera. Kada je u pitanju osnovno koliziono rešenje u ovoj materiji, na tlu Evrope, čak i pre intervencije evropskog zakonodavca u cilju unifikacije kolizionih normi, primat ima tradicionalno pravilo – primena zakona mesta delikta (*lex loci delicti* ili *lex loci delicti commissi*) u različitim pojavnim oblicima.

Problem u vezi sa štetom koja je prouzrokovana kao posledica zagađenja životne sredine je u tome što se ova vrsta građanskopravnih delikata redovno javlja u obliku tzv. multilokalnih delikata, odnosno slučajeva u kojima se mesto delovanja štetnika i mesto nastupanja štete nalaze na teritorijama različitih država. Zbog toga nastaju teškoće u tumačenju pojma „mesta delikta“ i potreba da se izvrši preciziranje u zakonskom tekstu. Upravo je to i razlog zbog kojeg belgijska koliziona norma iz člana 99. ZMPP za štetu prouzrokovanu zagađenjem životne sredine predviđa primenu prava mesta nastupanja štete.

Identičan rezultat onom koji daje primena ove norme imaju i opšte kolizione norme u zakonodavstvima onih država koja tumače *lex loci delicti* kao *lex loci damni* i ukazuju na primenu zakona mesta u kojem nastupa posledica delovanja (propuštanja) štetnika. To je slučaj, na primer, sa nacionalnim kolizionim normama Ujedinjenog Kraljevstva, Španije, Rumunije, Turske, Švajcarske i Ruske Federacije.¹⁸ Sa druge strane, u po-

¹⁶ K. Fach Gomez, *op. cit.*, str. 295.

¹⁷ Razlika je jedino u tome što švajcarska norma iz st. 2. čl. 99. ZMPP upućuje na specijalnu kolizionu normu za ovo pitanje koja je sistematizovanu u delu zakona o merodavnom pravu za delikte, dok čl. 44. Uvodnog zakona za Građanski zakonik SR Nemačke nalaže sudu da primeni opštu kolizionu normu za delikte iz čl. 40. Zakona.

¹⁸ Vidi st. 2. čl. 11. Zakona o međunarodnom privatnom pravu Ujedinjenog Kraljevstva (1995), st. 9. čl. 10. Građanskog zakonika Španije (1889); čl. 108. ZMPP Rumu-

jedinim pravima, kao što su prava Austrije¹⁹ ili Danske,²⁰ primat se daje mestu preduzimanja štetne radnje ili propuštanja.

U periodu koji obuhvata dve decenije pre usvajanja Uredbe Rim II, u Evropi je doneto nekoliko nacionalnih kodifikacija međunarodnog privatnog prava koje su prihvatile načelo ubikviteta kod određivanja merodavnog prava za delikte. „Sveprisutnost“ delikta u kontekstu *lex loci delicti* pravila znači da se pod mestom delikta podrazumeva istovremeno i mesto delovanja štetnika i mesto u kojem je nastupila štetna posledica, pri čemu se kod multilokalnih delikata određuje način na koji se vrši izbor između prava na koja ukazuju ova dva kriterijuma. Takvo rešenje prihvatanju, na primer, nacionalne kolizione norme koje su važile pre stupanja na snagu Uredbe Rim II u Italiji, Nemačkoj, Estoniji i Sloveniji.²¹ U ovu grupu se može svrstati i koliziona norma iz člana 28. našeg Zakona o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja (1982).²² Norme su formulisane tako da određivanje merodavnog prava zavisi od toga koje je od njih povoljnije za oštećenog, pri čemu se izbor najčešće izričito prepusti oštećenom licu. Ovo „načelo primene povoljnijeg prava“ potiče iz nemačkog pravnog sistema i sudske prakse gde je poznato pod nazivom *Gunstigkeitprinzip*.²³ Pravilo je zasnovano na shvatanju da je oštećeni kod građanskopravnog delikta slabija strana u odnosu, te da je u slučajevima dislokacije štetne radnje i posledice potrebno ovom licu pružiti prednost kroz pravo da izabere krug normi koje će regulisati posledice nastupanja štete. Upravo je ovim načelom inspirisan član 7. Uredbe Rim II o kojem će biti reči u nastavku rada.

Merodavno pravo za štetu izazvanu povredom životne sredine u Uredbi Rim II

Značaj Uredbe Rim II za međunarodno privatno pravo država članica je ogroman. Kolizione norme iz Uredbe su u svim članicama, sa izuzetkom Danske, postale deo opšteg međunarodnog privatnog prava, bu-

nije (1992); st. 2. čl. 34. ZMPP Turske (2007); st. 2. čl. 133. ZMPP Švajcarske (1987); st. 1. čl. 1219. Građanskog zakonika Ruske federacije. Norme iz švajcarskog i ruskog prava predviđaju, međutim, primenu prava države na čijoj teritoriji je nastupila šteta samo ukoliko je štetnik mogao da razumno predvidi njeno nastupanje.

¹⁹ Član 48. Saveznog Zakona o međunarodnom privatnom pravu (1978).

²⁰ Vidi C. Von Bar, *op. cit.*, str. 367.

²¹ Vidi st. 1. čl. 62. Zakona o reformi sistema međunarodnog privatnog prava Italije; st. 1. čl. 40. Uvodnog zakona za Građanski zakonik Nemačke (1999); st. 2. čl. 50. Zakona o međunarodnom privatnom pravu Estonije i st. 1. čl. 60. Zakona o međunarodnom privatnom pravu i postupku Slovenije (1999).

²² Službeni list SFRJ br. 43/1982.

²³ Vidi C. Bernasconi, *op. cit.*, str. 32.

dući da se primenjuju bez obzira na to da li ukazuju na primenu prava druge države članice ili neke treće zemlje.²⁴ Uticaj koji ima Uredba na nacionalna prava onih država koje streme članstvu u EU se takođe ne može zanemariti. Na primer, Zakon o međunarodnom privatnom pravu Makedonije (2007) i predlog Zakona o međunarodnom privatnom pravu Crne Gore predstavljaju primer recepcije kolizionih normi iz Uredbe. Po svemu sudeći, budući Zakon o međunarodnom privatnom pravu Srbije koji se nalazi u procesu izrade će takođe sadržati rešenja u najvećem delu inspirisana tekstom ovog izvora.²⁵ Ovo se odnosi i na kolizionu normu posvećenu ekološkim štetama.²⁶ Upravo je zbog toga potrebno posvetiti dodatnu pažnju kolizionom rešenju iz Uredbe koje se odnosi na merodavno pravo za ekološke štete, te identifikovati način na koji se ono primenjuje i eventualne probleme koje primena može izazvati.

A) Polje primene kolizione norme za ekološke štete

Koliziona norma iz člana 7. Uredbe odnosi se na obaveze proistekle iz ekološke štete ili štete koja je prouzrokovana za lice ili imovinu kao posledica ekološke štete. Pod „ekološkom štetom“, na osnovu pasusa br. 24 iz preambule Uredbe, podrazumeva se „štetna promena na prirodnim izvorima, kao što su voda, zemljište ili vazduh, umanjeње funkcije koju taj izvor obavlja u korist drugog prirodnog izvora ili javnosti ili umanjeње diverziteta živih organizama.“ Definicija otvara mogućnost različitog tumačenja upotrebljenih termina i stvara potrebu da se o tumačenju pojma ekološke štete izjasni Sud Evropske unije.²⁷ Jedno od pitanja koje će se neminovno postaviti je i pitanje odnosa ove definicije prema onoj iz Direktive o ekološkoj šteti iz 2004. godine, posebno s obzirom na to da definicija štete iz ovog izvora zahteva „značajno“ štetno dejstvo na prirodne izvore. Sigurno je, međutim, da su iz polja primene člana 7. isključene nuklearne štete.²⁸

Iz citiranog teksta i iz teksta same odredbe člana 7. jasno je da koliziona norma pokriva slučajeve ekoloških šteta koje su za svoju direktnu posledicu imale narušavanje telesnog integriteta fizičkog lica ili umanje-

²⁴ Član 3. Uredbe.

²⁵ Vidi glavu IX radne verzije Zakona o međunarodnom privatnom pravu Srbije. Tekst zakona je dostupan na: <http://arhiva.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakon-o-medjunarodnom-privatnom-pravu-radna-verzija.html>.

²⁶ Prema numeraciji članova u radnoj verziji nacrtu ZMPP, specijalna koliziona norma za štetu nanetu životnoj sredini nalazi se u čl. 165.

²⁷ Vidi M. Živković, S. Marjanović, *op. cit.*, str.

²⁸ Vidi st. 2. čl. 1. Uredbe.

nje imovine privatnopravnih subjekata. Takođe, koliziorna norma bi trebalo da bude primenjena i kada se šteta sastoji samo u promeni na prirodnim izvorima, bez direktnog ugrožavanja života, zdravlja ili imovine nekog lica. Ovakav zaključak proističe i iz Izveštaja Evropske komisije uz prvobitni predlog Uredbe.²⁹ Problem se javlja u tome što nije sigurno da bi koliziorna norma iz Uredbe mogla da dođe u obzir za primenu u postupku u kojem bi se odlučivalo o naknadi za ekološke štete u užem smislu. Naime, ako se ostave po strani postupci koje organi država članica vode u cilju kažnjavanja zagađivača, Direktivom o ekološkoj šteti iz 2004. godine propisano je da se nadležni organi država članica staraju o preduzimanju preventivnih i mera za otklanjanje posledica ekoloških šteta. Direktiva ne daje privatnopravnim subjektima pravo da zahtevaju naknadu štete nastale kao rezultat povrede životne sredine.³⁰ Nadležni organ može da samostalno preduzme potrebne mere,³¹ ali u takvim slučajevima može da zahteva naknadu svih troškova koje je u vezi sa tim imao od odgovornog lica.³² Imajući u vidu činjenicu da se Uredba primenjuje samo na *vanugovorne obaveze u građanskim i trgovinskim stvarima*, u slučaju kada nadležni državni organ podnosi tužbu radi nadoknade troškova preduzetih mera, osnovano se može postaviti pitanje da li je reč o *građanskoj* stvari, u smislu člana 1. Uredbe. Isto pitanje se može postaviti i u kontekstu nadležnosti i primene Uredbe o nadležnosti i priznanju i izvršenju odluka u građanskim i trgovinskim stvarima (u daljem tekstu: Uredba Brisel I).³³

U pravnoj doktrini se ističe da tužbe državnih organa protiv zagađivača u cilju prevencije štete ili naplaćivanja troškova njenog otklanjanja predstavljaju „građansku stvar“ u smislu člana 1. uredbi Brisel I i Rim II.³⁴ Opravdanje za ovakav stav se pronalazi, pre svega, u tekstu Direktive o ekološkoj šteti koja izričito predviđa ovlašćenje nadležnog organa države članice koja na svojoj teritoriji identifikuje ekološku štetu poteklu sa

²⁹ Vidi *Explanatory Memorandum, Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations* (“Rome II”), 22.7.2003 COM (2003) 427 final, str. 19. Komisija navodi da se koliziorna norma odnosi ne samo na slučajeve štete nanete licima i imovini, već i „samoj ekologiji“, pod uslovom da je šteta rezultat ljudske aktivnosti.

³⁰ Stav 3. čl. 3. Direktive o ekološkoj šteti.

³¹ Stav 4. čl. 5. i st. 3. čl. 6. Direktive o ekološkoj šteti.

³² Stav 2. čl. 8. Direktive o ekološkoj šteti.

³³ *Council Regulation (EC) No 41/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.*

³⁴ Vidi T. K. Graziano, *The Law Applicable to Cross-border Damage to the Environment* (A Commentary on Article 7 of the Rome II Regulation), *Yearbook of Private International Law*, vol. IX/2007, str. 86. Takođe, M. Živković, S. Marjanović, *op. cit.*, str. 400.

teritorije druge države, da traži nadoknadu troškova povodom preduzetih preventivnih ili mera za otklanjanje štete.³⁵ U preambuli Direktive se, međutim, navodi da ona ne sadrži poseban sistem kolizionih normi, te da ne utiče na primenu odredaba Uredbe Brisel I.³⁶ Sa druge strane, u članu 7. Uredbe Rim II se jasno razlikuju štete na životnoj sredini kao takvoj i štete koje nastanu u pogledu fizičkog integriteta, zdravlja ili imovine fizičkih i pravnih lica kao posledica povrede životne sredine. Iz ovoga se izvodi zaključak da su tvorci Direktive o ekološkoj šteti i Uredbe Rim II nedvosmisleno želeli da tužbe koje se podnose od strane nadležnih organa država članica protiv zagađivača spadaju u polje primene uredbi Brisel I i Rim II.³⁷ Osim toga, u pojedinim državama se zadatak podnošenja tužbi radi sprečavanja nastupanja ili nadoknade za mere otklanjanja ekološke štete u užem smislu poverava pojedincima ili udruženjima, što je bila ideja koju je u jednom trenutku razmatrao i evropski zakonodavac u toku donošenja Direktive o ekološkoj šteti, ali je od nje odustao.³⁸ Sama ta činjenica ipak pokazuje da se angažovanje nadležnih organa u ovom smislu ne može smatrati aktima *ex iure imperii* koji bi bili izvan oblasti primene pomenutih uredbi.³⁹

B) Tumačenje kolizione norme iz Uredbe

Prema tekstu odredbe člana 7, za vanugovorne obaveze nastale iz štete nanete životnoj sredini ili štete koju pretrpe lica ili imovina kao rezultat štete nanete životnoj sredini, merodavno je pravo određeno na osnovu stava 1. člana 4. Uredbe, osim kada lice koje zahteva naknadu štete zasnjuje svoju tužbu na pravu države u kojoj se odigrao događaj koji je doveo do nastupanja štete. Odredba na koju upućuje član 7. (st. 1. čl. 4. Uredbe) sadrži opšte koliziono rešenje za vanugovornu odgovornost za štetu i podrazumeva da se primenjuje pravo države na čijoj teritoriji je nastupila direktna štetna posledica delovanja štetnika. Rešenje primenjeno u

³⁵ Stav 3. čl. 15. Direktive.

³⁶ Vidi pasus br. 10. u preambuli.

³⁷ Vidi T. K. Graziano, *op. cit.*, str. 82-86.

³⁸ *Ibidem*, str. 84.

³⁹ *Ibidem*, str. 85. Suprotno, M. Bogdan, The Treatment of Environmental Damage in Regulation Rome II, u knjizi: J. Ahern, W. Binchy (ed), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations, A New International Litigation Regime*, Leiden, Boston, 2009, str. 224, 225. Autor navodi da se u slučaju kada se javna vlast javlja kao tužilac, u vršenju svojih ovlašćenja, zbog povrede životne sredine verovatno radi o tužbama koje ne predstavljaju „građansku stvar.“ On takođe ističe da je drugačije u slučaju kada je država ovlastila neku nevladinu organizaciju da podnese tužbu zbog povrede životne sredine.

Uredbi kada je reč o ekološkoj šteti predstavlja trijumf ranije pomenutog načela primene povoljnijeg prava. Oštećeni, naime, može izabrati primenu za sebe povoljnijeg prava, bilo pasivnim držanjem (kada će biti primenjeno pravo države na čijoj teritoriji je nastupila direktna šteta), bilo zasnivanjem tužbenog zahteva na pravu države u kojoj je delovalo odgovorno lice.

Koliziona norma iz Uredbe otvara nekoliko dilema. Jedna od njih je i pitanje tumačenja pojmova „mesto nastupanja štete“ i „mesto događaja koji je doveo do nastupanja štete.“ Kada je reč o prvom pojmu, njegovo tumačenje ne predstavlja problem, budući da se koristi kao tačka vezivanja u opštoj kolizionoj normi uz Uredbe i imajuću u vidu da je pojam mesta nastupanja direktne štete protumačen u praksi Suda EU, istina u kontekstu nadležnosti u vanugovornim sporovima.⁴⁰ Mesto nastupanja štete u smislu Uredbe Rim II nije mesto u kojem je oštećeni pretrpeo indirektnu posledicu delovanja štetnika. U materiji na koju se odnosi član 7., ako se šteta sastoji od fizičke povrede ili narušavanja zdravlja fizičkog lica, odnosno od oštećenja telesne stvari, mesto nastupanja štete relevantno za određivanje merodavnog prava bilo bi mesto u kojem su se lice ili stvar nalazili kada je do oštećenja došlo, a ne i mesto u kojem je lice pretrpelo finansijske posledice inicijalne štete (na primer, troškovi lečenja, popravke ili zamene stvari).⁴¹

Stvari nisu toliko jasne kada je reč o mestu događaja koji je doveo do nastupanja štete. U pitanju je nesumnjivo mesto u kojem je delovao štetnik. Ali je problem u tome što se kod ove vrste delikata koji su tipični multilokalni delikti mesto delovanja štetnika ponekad teško utvrđuje. Problem je u identifikovanju „događaja koji je doveo do nastupanja štete“, posebno u okolnostima kada je šteta izazvana prilikom transporta opasnih materija. U takvim okolnostima može biti sporno pitanje da li se pod „događajem“ koji je relevantan za određivanje merodavnog prava podrazumeva proizvodnja štetnih materija, njihovo pakovanje radi transporta (ako je šteta rezultat neadekvatnog pakovanja), transportovanje ili sam događaj u kojem je štetna materija došla u dodir sa okolinom. Mada je teško ponuditi jedinstven odgovor na ovo pitanje, prihvatljivo je stanovište da je mesto događaja koji je doveo do štete, mesto u kojem je došlo do ostvarivanja opasnosti koja je do tada bila samo potencijalna, usled nedovoljne

⁴⁰ Ova praksa se odnosi na primenu st. 3. čl. 5. nekadašnje Briselske konvencije o nadležnosti i priznanju i izvršenju odluka u građanskim i trgovinskim stvarima (1968) čija su pravila prenetu u Uredbu Brisel I.

⁴¹ Vidi, na primer, case C-364/93 *Antonio Marinari v. Lloyds Bank plc and Zubaidi Trading Company*, presuda, 19. septembar 1995. godine, pasus br. 21.

kontrole, tj. mesto u kojem je apstraktna opasnost postala konkretna.⁴² Kako navodi Fon Bar (*Von Bar*), ovo mesto je, kada su u pitanju štete izazvane delovanjem fabričkih postrojenja, mesto gde se postrojenje nalazi, a kada je reč o zagađenju koje je rezultat prevoza opasnih materija, mesto u kojem je ta materija izašla iz kontrole štetnika, na primer, kao rezultat saobraćajne nezgode.⁴³

Još jedno pitanje na koje nije dat odgovor u Uredbi je pitanje do kog trenutka u postupku oštećeni može zahtevati primenu prava države u kojoj je delovao štetnik. Na osnovu pasusa br. 25 u preambuli Uredbe jasno je da su njeni tvorci ovo pitanje prepustili nacionalnim pravima država ugovornica. Naime, procesno pravo države suda bi trebalo da odredi da li lice koje zahteva naknadu štete ima mogućnost da se opredeli za primenu prava države u kojoj je delovao štetnik samo u trenutku podnošenja tužbe ili i u nekom docnijem momentu. Takođe, ovo pravo je pozvano da odredi i stepen intervencije suda, odnosno meru u kojoj sud može intervenisati u smislu upozoravanja oštećenog na to da ima mogućnost izbora merodavnog prava.⁴⁴

Rešenje koje oštećenom dozvoljava izbor povoljnijeg prava je naišlo na široku podršku u pravnoj doktrini. Ističe se, međutim, da je član 7. Uredbe njena „crna ovca“ zbog činjenice da odstupa od osnovne ideje na kojoj su zasnovane ostale kolizione norme u Uredbi – potrebe da se kroz predvidivost merodavnog prava za stranke obezbedi pravna sigurnost.⁴⁵ Štaviše, koliziorna norma iz člana 7. namerno stvara nesigurnost za štetnika, tako da on ne može da računa na to da će izbeći odgovornost za prouzrokovanu štetu, bez obzira koliko pažljivo birao državu prema kojoj će usmeriti svoju aktivnost, odnosno u kojoj će tu aktivnost obavljati.⁴⁶ Preambula Uredbe se poziva na član 174. Ugovora o osnivanju Evropske zajednice,⁴⁷ uz tvrdnju da načela preventivnog delovanja, prioriteta korektivnih mera na izvoru zagađenja i načelo zagađivač plaća opravdavaju povoljniji tretman koji se oštećenom licu daje u odnosu štetnika. Istina je to

⁴² Vidi C. Von Bar, *op. cit.*, str. 366.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Vidi M. Bogdan, Some Reflections Regarding Environmental Damage and The Rome II Regulation, u knjizi: G. Venturini, S. Bariatti (ed.), *Nuovi strumenti del Diritto Internazionale Privato, Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, str. 97.

⁴⁵ Vidi E. Guinchard, S. Lamont-Black, Environmental Law – The Black Sheep in Rome II's Drive for Legal Certainty? Article 7 of Regulation (EC) No 864/2007 of the Law Applicable to Non-Contractual Obligations in Context, *Environmental Law Review*, 11/2009, str. 170.

⁴⁶ *Ibidem*, str. 169. Vidi, takođe, M. Živković, S. Marjanović, *op. cit.*, str. 395.

⁴⁷ Sada čl. 196. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

da koliziorna norma u pitanju nema za primarni cilj da se oštećenom kod ekoloških delikata pruži bolja zaštita nego kada su u pitanju oštećeni kod drugih vrsta građanskopravnih delikata, već upravo to da se utiče na po-
našanje potencijalnog štetnika, koji ne može da limitira ili izbegne odgo-
vornost.⁴⁸

Koliziorna norma iz Uredbe isključuje primenu drugog i trećeg stava člana 4. koji dozvoljavaju odstupanje od prava merodavnog na osnovu stava 1., na osnovu činjenice da su štetnik i oštećeni u trenutku nastupa-
nja štete imali uobičajeno boravište u istoj državi (stav 2), odnosno kada je jasno da je vanugovorni odnos u očigledno bližoj vezi sa drugom drža-
vom u odnosu na državu na koju ukazuje mesto direktne štete (stav 3). Na prvi pogled nije jasno zbog čega je kod ekoloških delikata Uredba isklju-
čila tzv. povezivanje po zatvorenim grupama – određivanje merodavnog prava na osnovu činjenice da su štetnik i oštećeni preko uobičajenog bo-
ravišta povezani sa istom državom. Međutim, odgovor se može pronaći u potrebi da se kod delikata koji potencijalno izazivaju masovna stradanja ne ugroze interesi pravičnosti, tako što će oštećeni biti tretirani na različite načine u zavisnosti od toga da li imaju uobičajeno boravište u istoj državi kao štetnik ili ne. Interesi pravičnosti, prema tome, zahtevaju da se izbegne različito postupanje sa licima koja su štetu pretrpela u istom ekološkom akcidentu.⁴⁹ Isti razlog verovatno stoji iza odluke da se u ovoj materiji ne primenjuje ni klauzula odstupanja iz stava 3. ovog člana.

V) Sporazum o merodavnom pravu

U Uredbi nije isključena primena člana 14. na slučajeve vanugovorne odgovornosti nastale usled prouzrokovanja ekološke štete. Na taj način, kao i kada su u pitanju gotovo sve vrste građanskopravnih delikata pomenutih u Uredbi, autonomija volje postaje primarno rešenje za određivanje merodavnog prava u ovoj oblasti.⁵⁰ U pravnoj doktrini se ističe da je odluka evropskog zakonodavca da ne isključi primenu autonomije volje u materiji ekoloških delikata nedosledna, budući da sporazum stranaka ne može služiti određivanju merodavnog prava kod štete izazvane povre-

⁴⁸ M. Bogdan, Some Reflections Regarding Environmental Damage and The Rome II Regulation, str. 96, 97.

⁴⁹ Vidi C. Von Bar, *op. cit.*, str. 376. Takođe, F. Munari, L. Schiano di Pepe, *op. cit.*, str. 195, 196.

⁵⁰ Vidi detaljno o čl. 14. Uredbe Rim II kod P. Đundić, Uloga volje stranaka prilikom određivanja merodavnog prava za vanugovornu odgovornost za štetu u evropskom međunarodnom privatnom pravu, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* br. 3/2010, str. 451-470.

dom konkurencije, što se opravdava činjenicom da je u takvim slučajevima dominantan javni u odnosu na privatne interese. Kada je u pitanju zaštita životne sredine, društveni interes je jednako angažovan kao u slučaju potrebe da se zaštiti konkurencija na tržištu.⁵¹

Sporazum stranaka o merodavnom pravu mora biti rezultat izričite saglasnosti ili sa razumenom sigurnošću proisticati iz okolnosti slučaja i ne može uticati na prava trećih lica.⁵² Pri tome, stranke su slobodne da postignu sporazum o merodavnom pravu nakon što je nastupio štetni događaj,⁵³ ali to mogu učiniti i pre njegovog nastupanja samo u situaciji kada obe obavljaju komercijalnu delatnost.⁵⁴ Mada se često može susresti primedba da je postizanje sporazuma o merodavnom pravu *post factum* retko, ostaje činjenica da je u jednom od najpoznatijih slučajeva u međunarodnom privatnom pravu Evropske unije uopšte, slučaju Bir (*Bier*), koji se upravo odnosio na štetu pretrpljenu od strane tužioca usled zagađenja Rajne sa francuske strane granice, postignut sporazum stranaka o primeni prava države suda – holandskog prava.⁵⁵ Sporazum je bio motivisan činjenicom da se pred holandskim sudom u postupku po žalbi nije mogla preispitivati pravilnost primene stranog prava.⁵⁶

U vezi sa autonomijom volje kod ove vrste delikata važno je istaći još i to da stranke ne mogu postići sporazum o merodavnom pravu pre nastupanja šetnog događaja na indirektan način. Naime, stav 3. člana 4. Uredbe predviđa mogućnost da se odstupi od primene prava države u kojoj je nastupila direktna šteta ili prava države zajedničkog uobičajenog boravišta štetnika i oštećenog i da se umesto toga primeni pravo države koja je u očigledno bližoj vezi sa slučajem, pri čemu se ta veza naročito može manifestovati kroz ranije postojeći odnos između stranaka, kao što je ugovor. Čak i ako je između stranaka u postupku za naknadu ekološke štete ranije zaključen ugovor u kojem su odredile merodavno pravo, njihov izbor ne može da bude proširen na građanskopravni delikt, imajući u vidu to da odredba člana 7. Uredbe posredno isključuje primenu stavova 2. i 3. člana 4. na ekološke delikte.

⁵¹ Vidi Th. M. De Boer, Party Autonomy and its Limitations in the Rome II Regulation, *Yearbook of Private International Law*, vol. IX/2007, str. 25.

⁵² Stav 1. čl. 14. Uredbe.

⁵³ Stav 1. čl. 14(a).

⁵⁴ Stav 1. čl. 14(b).

⁵⁵ Vidi Case 21/76 *Handelskwekerij G. J. Bier v. Mines de potasse d'Alsace SA*, presuda, 30. novembar 1976. godine.

⁵⁶ Vidi T. K. Graziano, Freedom to Choose the Applicable Law in Tort – Articles 14 and 4(3) of the Rome II Regulation, u knjizi: J. Ahern, W. Binchy (ed.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (A New International Litigation Regime)*, Leiden, Boston, 2009, str. 116.

G) *Primena prava koje predviđa dosuđivanje kaznene odštete*

Zbog društvene opasnosti koju sa sobom nose ekološke katastrofe, ako koliziona norma ukazuje na primenu prava države koje poznaje tzv. kaznenu odštetu (*punitive damages*), može se javiti pitanje da li je njeno dosuđivanje u skladu sa javnim poretkom. Pod kaznenom ili egzemplarnom odštetom podrazumeva se odšteta čiji iznos prevazilazi iznos stvarne štete koju je pretrpeo oštećeni i čija funkcija je primarno u kažnjavanju štetnika i generalnoj prevenciji štetnog ponašanja, a ne u obeštećenju oštećenog lica.⁵⁷ Klauzula javnog poretka se nalazi u članu 26. i ona dozvoljava sudu koji koristi kolizione norme iz Uredbe da odbije primenu merodavnog prava kada je ono očigledno suprotno javnom poretku države suda. Interesantna je činjenica da je originalni predlog Uredbe koji je Evropska komisija uputila 2003. godine sadržao poseban član koji se odnosio na kaznenu odštetu. U pitanju je bio član 24. predloga u kojem je bilo navedeno da se odredba merodavnog prava koja dopušta dosuđivanje kaznene odštete smatra suprotnom javnom poretku Zajednice. Nakon intervencije Evropskog parlamenta i nekoliko izmena teksta prvobitnog predloga, u konačnom tekstu Uredbe nije našla svoje mesto odredba koja govori o kaznenoj odšteti. Umesto toga, u preambuli Uredbe, u pasusu br. 32 koji se odnosi na klauzulu javnog poretka iz člana 20, posebno se navodi da primena merodavnog prava koje daje mogućnost dosuđivanja kaznene odštete, *u zavisnosti od okolnosti slučaja i pravnog poretka države članice čiji sud postupa*, može biti u suprotnosti sa javnim poretkom države suda.⁵⁸ Na taj način je napuštena ideja da se kaznena odšteta definiše kao suprotna javnom poretku Zajednice (sada Evropske unije), već njena primena zavisi od shvatanja prava države čiji sud postupa.⁵⁹

D) *Primena pravila bezbednosti i postupanja*

Jedno od pitanja koje se često pominje u pravnoj doktrini u kontekstu kolizione norme iz člana 7. Uredbe odnosi se na njen odnos prema članu 17. istog izvora. Ova poslednja odredba nalaže sudu da prilikom ocene ponašanja štetnika uzme u obzir, u meri u kojoj je to odgovarajuće, pravila bezbednosti i postupanja na snazi u mestu i vreme događaja koji

⁵⁷ Vidi V. Wilcox, *Punitive Damages in England*, u knjizi: H. Koziol, V. Wilcox (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wien, 2009, str. 7.

⁵⁸ Naglasak autora.

⁵⁹ Vidi o istoriji donošenja Uredbe sa naglaskom na pitanje kaznene odštete kod Marta Requejo Isidro, *Punitive Damages from a Private International Law Perspective*, u knjizi: H. Koziol, V. Wilcox (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wien, 2009, str. 252-254.

je osnov njegove odgovornosti. Problem se tiče pitanja kakav je uticaj činjenice da je zagađivač poštovao zakonske normative za obavljanje određene delatnosti u državi u kojoj se, primera radi, nalazi fabrika od koje su potekle štetne imisije na utvrđivanje njegove odgovornosti prema pravu druge države. Isto pitanje se odnosi na činjenicu da je štetnik imao administrativnu dozvolu za obavljanje delatnosti u državi u kojoj je delovao. Teškoće nastaju samo u onim situacijama kada se pravo koje reguliše postupanje štetnika i sadrži pravila bezbednosti ne poklapa sa onim pravom koje reguliše njegovu odgovornost za štetu. Drugim rečima, problem se neće javiti ako je mesto delovanja štetnika u istoj državi u kojoj je nastupila direktna šteta ili ako se oštećeni, u slučaju dislokacije radnje i posledice, opredeli za primenu prava države u kojoj se odigrao štetni događaj.

Posebno kada su u pitanju administrativne dozvole izdate u stranoj državi, sudovi u prošlosti nisu pokazivali spremnost da im pruže dejstvo na svojoj teritoriji, imajući u vidu javnopravni karakter ovih akata. Takvo postupanje, međutim, moglo bi otežati priznanje odluke u državi u kojoj je delovao štetnik.⁶⁰ Akutnost problema je ipak ublažena zahvaljujući promena u sferi supstancijalnog prava. Naime, odgovornost štetnika za štetu izazvanu povredom životne sredine je danas sve češće striktna odgovornost, što znači da se on ne može osloboditi odgovornosti samo na osnovu činjenice da poseduje dozvolu za obavljanje delatnosti ili na osnovu činjenice da je postupao na način predviđen pravilima bezbednosti u državi u kojoj je delovao.⁶¹ Kada je konkretno u pitanju odredba člana 17. Uredbe, čak ni činjenica da postupanje štetnika u skladu sa administrativnom dozvolom ili normativima na snazi u drugoj državi isključuje njegovu odgovornost za delikt u toj državi, ne znači da će on uspeti da je izbegne. Naime, pomenuta odredba ne nalaže sudu da primeni, već jednostavno *da uzme u obzir kao činjenicu*, pravila na snazi u državi u kojoj se odigrao događaj. Njena svrha je u tome da utiče na procenu ponašanja štetnika i odmeravanje naknade štete.⁶² U slučajevima kada posedovanje dozvole izdate od strane nadležnih vlasti ne može da oslobodi odgovorno lice od obaveze naknade štete, ali u skladu sa *lex casuae* ima dejstvo da spreči tužioca da zahteva zabranu obavljanja delatnosti, u pravnoj doktrini se ističe da je, pod izvesnim uslovima, moguće i stranim administrativnim dozvolama pružiti dejstvo koje *lex causae* daje domaćim.⁶³

⁶⁰ Vidi M. Živković, S. Marjanović, *op. cit.*, str. 399.

⁶¹ Vidi o tome kod C. Von Bar, *op. cit.*, str. 385, 386.

⁶² Vidi M. Bogdan, *The Treatment of Environmental Damage in Regulation Rome II*, str. 228.

⁶³ Vidi C. Von Bar, *op. cit.*, str. 391; takode, M. Živković, S. Marjanović, *op. cit.*, str. 399 (citirajući T. K. Graziano, *The Law Applicable to Cross-border Damage to the*

Zaključak

Počevši od januara 2009. godine i stupanja na snagu Uredbe Rim II, sudovi u većini država Evrope našli su se u poziciji da prvi put raspolazu specijalnom kolizionom normom za slučajeve prouzrokovanja štete povredom životne sredine. Zahvaljajući uticaju prava EU na zakonodavstva država koje pretenduju na punopravno članstvo u ovoj organizaciji, koliziona norma u pitanju je našla ili će naći svoje mesto u budućnosti u mnogim kodifikacijama međunarodnog privatnog prava izvan Evropske unije. To je slučaj i sa budućim Zakonom o međunarodnom privatnom pravu Srbije čije se donošenje očekuje, u okviru napora da se izvrši reforma domaćeg zakonodavstva u ovoj oblasti. Koliziona norma iz člana 7. Uredbe predstavlja primer uspešnog kombinovanja stavova doktrine i pravne tradicije pojedinih evropskih država da bi se dobila originalna norma koja, u suštini, na posredan način pre svega služi ostvarivanju jednog društvenog cilja – zaštiti životne sredine.

Kao što je već rečeno, redna verzija srpskog ZMPP prihvata ovo koliziono rešenje za vanugovornu odgovornost proisteklu iz ekološke štete. Paradoksalno, iako važeći Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja ne sadrži specijalne kolizione norme za pojedine vrste delikata, pa ni kolizionu normu za ekološke delikte, primena te norme nakon donošenja novog zakona za domaćeg sudiju ne bi trebalo da predstavlja ništa novo. Član 28. važećeg Zakona baziran je na teoriji ubikviteta i nalaže primenu prava koje je povoljnije za oštećenog, u slučajevima kada mesto štetnikove radnje ukazuje na pravo jedne, a mesto nastupanja štete na pravo druge države. U domaćoj doktrini je prisutan stav, zasnovan na analogiji sa unutrašnjom kolizionom normom iz stava 4. člana 1102. Zakona o obligacionim odnosima koja se svojevremeno primenjivala na rešavanje sukoba zakona između republika članica jugoslovenske federacije, da je postupajući sud taj koji određuje koje je pravo povoljnije za oštećenog.⁶⁴ Međutim, domaći sudovi su izabrali da krenu drugačijim putem. Prema stavu koji je zauzet još 1993. godine, oštećeni je dužan da izabere za sebe povoljnije pravo i to može da učini do zaključenja glavne rasprave.⁶⁵ Ovakvim tumačenjem važeća koliziona norma za građanskopravne

Environment (A Commentary on Article 7 of the Rome II Regulation)), str. 79; K. Fach Gomez, *op. cit.*, str. 307.

⁶⁴ Vidi M. Dika, G. Knežević, S. Stojanović, Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu, Beograd, 1991, str. 99. Takođe, M. Živković, S. Marjanović, *op. cit.*, str. 401.

⁶⁵ Stavovi Privrednih sudova Srbije, Donji Milanovac, jun 1993. godine, Pravo i privreda br. 7-8/1993, str. 146.

delikte u srpskom pravu dolazi na korak od rešenja iz člana 7. Uredbe. Preuzimanje rešenja iz evropskog uzora, prema tome, kada su u pitanju ekološki delikti ne bi moglo da donese sa sobom probleme pored onih koji već svakako postoje u pogledu primene norme na snazi. Sa druge strane, kao što se može videti iz spirovedene analize, koristi bi mogle da budu značajne.

*Petar Đundić, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

The Law Applicable to Environmental Damage in European Private International Law

Abstract: *The paper contains an analysis of choice of law rules in the field of non-contractual liability for damage caused to environment in national legislations of European countries as well as in Private International Law of the European Union. Before the adoption of Regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), special choice of law rules for environmental torts existed in a small number of European national legal orders. This is the fact that gives the rule contained in Article 7 of the Rome II Regulation a particular importance. From the Serbian Private International Law perspective, the significance of that provision is highlighted by the fact that the working draft of the new Serbian Private International Law Act has strictly followed the choice of law rule envisaged by the European legislator for environmental damage. For that reason, a significant part of the paper is dedicated to analysis of said rule, to its interpretation and potential problems which its application could create.*

Key words: *environmental damage, non-contractual obligations, applicable law, the Rome II Regulation, choice of law rules.*

*Dr Bojan Tubić, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

MEĐUNARODNA PRAVILA O ODREĐIVANJU GRANICA NA MORU¹

Sažetak: u radu se razmatraju međunarodna pravila koja se primenjuju u slučajevima određivanja međudržavnih granica na morskim površinama. Značaj mora i resursa koje sadrži uticali su na države da svoje granice odrede ugovorima. Ukoliko je nemoguće postići dogovor o protezanju graničnih linija potrebno je rešiti spor koji je nastao. Između ostalog, može doći do neslaganja u pogledu razgraničenja teritorijalnog mora, epokontinentalnog pojasa i isključive privredne zone. Konvencija UN o pravu mora, koja na sveobuhvatan način reguliše ovu oblast, sadrži i određena pravila o razgraničenju morskih pojaseva. Pored korišćenja diplomatskih načina zainteresovane države mogu pribеći arbitražnom i sudskom rešavanju sporova. Nadležnost za njihovo rešavanje imaju Međunarodni sud i Tribunal za pravo mora. Oni primenjuju najčešće načelo ekvidistancije ali ono može biti dopunjeno ili zamenjeno dodatnim kriterijuma ukoliko postoje posebne okolnosti u vezi sa konkretnim slučajem. Osnovni cilj pri odlučivanju jeste postizanje pravičnog i prihvatljivog razgraničenja.

Кljučne reči: pravo mora, Konvencija UN o pravu mora, Međunarodni sud, Tribunal za pravo mora, ekvidistancija, načelo pravičnosti.

Uvod

Suverenitet svake države prostire se na njenoj teritoriji i od drugih suvereniteta se odvaja državnim granicama. Vrlo često postoje sporenja među državama o međusobnim granicama, a neki od teritorijalnih sporova su rešavani i pred Međunarodnim sudom nakon njegovog osnivanja. Značajno mesto zauzima i pitanje određivanja granica na moru. Države

¹ Rad je nastao kao rezultat istraživanja na projektu: „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)“, čiji je nosilac Pravni fakultet u Novom Sadu.

su u dosadašnjoj praksi određivale međusobne granice na moru na sledeće načine: odredbama međunarodnog prava, ugovorom, nacionalnim propisima i sudskim odlukama. Pored Međunarodnog suda, rešavanje pitanja granica na moru može da rešava i Tribunal za pravo mora. Cilj ovog rada je da analizira relevantne izvore i pravila međunarodnog pomorskog prava o pitanju granica i određivanja državnog suvereniteta, kao i da prikaže slučajeve koje je rešavao Međunarodni sud i da ukaže na neke zakonitosti i pravila kod određivanja međudržavnih granica na moru.

Pravo mora

Kroz istoriju, stotinama godina pre kodifikacije međunarodnog prava mora, obalne države su same proglašavale svoju granicu na moru. One su se razlikovale u zavisnosti od regiona i nije postojalo jedno osnovno pravilo na kojem su se zasnivale odluke država. U to vreme, države su koristile more uglavnom za plovidbu, ribarenje ili kao putne pravce u kolonijalne svrhe. Tokom 20. veka, sa napretkom tehnologije i inovacija, korišćenje mora je postalo intenzivnije i to u pogledu istraživanja i eksploatacije nafte i gasa na epikontinentalnom platou ili za ribarenje u isključivoj privrednoj zoni. More je počelo da se koristi i u cilju dobijanja energije, pretvaranjem snage plime, vetrova i okeana u termalnu energiju, za stvaranje postrojenja u cilju istraživanja mora i za eksperimente sa nuklearnim oružjem. Nova otkrića su mogla dovesti do sukoba između država, kao i do nepovratnog uništavanja životne sredine, ukoliko se međunarodna pravila ne budu poštovala. Uviđajući ovu opasnost i u cilju obezbeđivanja održivog korišćenja mora, Prva konferencija UN o pravu mora je održana u Ženevi 1958. godine. Na njoj su usvojene četiri konvencije: Konvencija o teritorijalnom moru i spoljnom morskom pojasu,² Konvencija o otvorenom moru,³ Konvencija o epikontinentalnom pojasu⁴ i Konvencija o ribarenju i očuvanju živog sveta na otvorenom moru.⁵

² Konvencija o teritorijalnom moru i spoljnom morskom pojasu, Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, dostupno na <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20516/v516.pdf> (sajt posećen 5. decembra 2013. godine).

³ Konvencija o otvorenom moru, Convention on the High Seas, dostupno na <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20450/v450.pdf> (sajt posećen 5. decembra 2013. godine).

⁴ Konvencija o epikontinentalnom pojasu, Convention on the Continental Shelf, dostupno na <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20499/v499.pdf> (sajt posećen 5. decembra 2013. godine).

⁵ Konvencija o ribarenju i očuvanju živog sveta na otvorenom moru, Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas, dostupno na

Usvajanjem ovih konvencija nisu rešena neka pitanja kao na primer: spoljašnja granica teritorijalnog mora, eksploatacija mineralnih sirovina iz morskog dna, sve učestalije vojno korišćenje morskog dna. Stoga su države članice zahtevale da se uspostavi međunarodni mehanizam za regulisanje eksploatacije resursa u međunarodnoj oblasti morskog dna. Kao posledica ovih nastojanja država održana je 1982. godine, u Montago Beju, Treća konferencija UN o pravu mora. Usvojen je novi izvor za pravo mora, Konvencija UN o pravu mora.⁶ Ona predstavlja sveobuhvatni dokument, koji se sastoji od 320 članova i 9 aneksa. Bavi se svim aspektima prava mora, uključujući i onim koji su pokriveni konvencijama iz 1958. godine. Ona sadrži međunarodna pravila o korišćenju mora, rešavanju sporova, uključujući i osnivanje Međunarodnog tribunala za pravo mora, materijalna pravila za različite morske zone, koje su podeljene na unutrašnje morske vode, teritorijalno more, isključivu pivrednu zonu, epikontinentalni pojas i otvoreno more.

Unutrašnje morske vode predstavljaju teritoriju od polaznih ili osnovnih linija prema kopnu. U ovu teritoriju, pored vodenih površina, uključeni su i luke, zalivi, istorijski zalivi, ušća reka. Obalna država ima pun suverenitet u svojim unutrašnjim morskim vodama i strani trgovački brodovi koji se nalaze u njima moraju da poštuju zakone i propise obalne države. Ovi brodovi i članovi njihovih posada su u potpunosti pod krivičnom, građanskom i upravnom nadležnošću obalne države. Od polazne linije se dalje povlače granice teritorijalnog mora, spoljnog morskog pojasa i isključive privredne zone. Ispod nivoa mora, proteže se epikontinentalni pojas koji svaka država ima samim svojim postojanjem i čije granice među državama takođe mogu biti sporne.

Rešavanje sporova iz oblasti prava mora

Sporove koji se odnose na razgraničenja morskih površina, kao i druga pitanja u vezi sa pravom mora danas mogu da rešavaju Međunarodni sud i Tribunal za pravo mora, a moguće je spor rešiti i pred arbitražom. Postojanje dva međunarodna suda sa sličnom nadležnošću nije dovela do nedoslednosti, odnosno međusobno suprotstavljenih odluka i fragmentacije. Odluke ova dva suda su u funkciji postizanja zajedničkog cilja - potvrđivanja značaja međunarodnog prava, pri rešavanju međunarodnih

<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20559/v559.pdf> (sajt posećen 5. decembra 2013. godine).

⁶ Konvencija UN o pravu mora, United Nations Convention on the Law of the Sea, dostupno na http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf (sajt posećen 5. decembra 2013. godine).

sporova u vezi sa pravom mora. Nadležnosti *ratione materiae* i *ratione personae* su različite. Pred Međunarodnim sudom strane u postupku mogu biti samo države, dok je Tribunal za pravo mora otvoren i za jedan broj nedržavnih subjekata. Međunarodni sud je jedino telo koje poseduje opštu nadležnost, ali postoji nekoliko vrsta slučajeva u vezi sa pravom mora koji se mogu rešavati samo pred Tribunalom za pravo mora. To su, na primer, slučajevi navedeni u članu 187 stavovima b-e Konvencije UN o pravu mora, koji uključuju i slučajeve između država ugovornica Konvencije i Vlasti za morsko dno.

Tribunal se, u svojoj praksi, pozivao na presude Međunarodnog suda u pogledu pitanja međunarodnog prava i postupka. Takođe, Sud je pratio rad Tribunala, a posebno njegovu razvijenu praksu o privremenim merama. Međunarodni sud je rešavajući sporove koji su mu podnošeni, odlučivao i o pitanjima koja su u vezi sa pravom mora i granicama na moru. Takođe, u svojoj novijoj praksi razmatrao je nekoliko slučajeva koji su se odnosili na teritorijalna pitanja na moru: Slučaj razgraničenja na moru i teritorijalnih pitanja između Katara i Bahreina 2001. godine, Slučaj o suverenitetu nad Pedra Blanka/ Pulau Batu Puteh, Midl roks i Saut Ledž (Malezija/Singapur) iz 2008. godine, Slučaj razgraničenja na moru između Nikaragve i Hondurasa u Karipskom moru i Slučaj razgraničenja u Crnom moru (Rumunija protiv Ukrajine). Pored ovih sporova, pred Sudom čeka na rešavanje i spor između Perua i Čilea, kao i Teritorijalni spor između Nikaragve i Kolumbije.

Polazne linije

Ovlašćenja država u morskim zonama se određuju u odnosu na obalnu liniju pa je neophodno da je Sud odredi za svaku stranu koja iznosi svoje zahteve. To se naziva relevantna obala i obuhvata kopno i ostrva. Delovi obale koji se ne graniče sa oblašću koja treba da bude razgraničena nemaju uticaja na suprotstavljene zahteve i Sud ih ne uzima u razmatranje.⁷ U slučaju između Kameruna i Nigerije, Sud nije uključio u tu relevantnu obalu deo obale Kameruna koja se nalazi naspram ostrva Bioko koje pripada Ekvatorijalnoj Gvineji i stoga je bila značajna samo za razgraničenje između te države i Kameruna.⁸

Nakon utvrđivanja relevantnih obala, potrebno je utvrditi polazne ili osnovne linije. One predstavljaju polazne tačke od kojih se određuje sva-

⁷ *Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, presuda od 24. februara 1982. godine, pasus 75.

⁸ *Case Concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, presuda od 10. oktobra 2002. godine, pasus 291.

ki morski pojas. U nekim slučajevima, kao na primer u onom između Katar i Bahreina, države se ne mogu složiti o njihovom položaju pa ih mora odrediti sam Sud. Polazne linije se obično povlače linijom najniže oseke, dok je kod razuđenih obala princip da se povlače takozvane prave polazne linije.

U Sporu oko ribarenja, Sud je 1951. godine zauzeo stav da se razgraničenje morskih teritorija zasniva na međunarodnom planu i da ono ne može da zavisi samo od volje obalnih država i njihovog unutrašnjeg prava. Sud potvrđuje da je akt razgraničenja u suštini jednostrani akt, jer ga preduzima obalna država, a dejstvo razgraničenja u pogledu drugih država zavisi od međunarodnog prava.⁹ U ovom slučaju, Sud je uveo jednu značajnu novinu u odnosu na do tada preovlađujuća pravila za uspostavljanje širine teritorijalnog mora, priznajući punovažnost u međunarodnom pravu, povlačenja pravih polaznih linija kod obala koje su razuđene. Ova odluka je dovela do uključivanja pravila o ravnim polaznim linijama u član 4 Konvencije o teritorijalnom moru i član 7 Konvencije o pravu mora. Sud je zauzeo stav da obalna država nema neograničena diskreciona ovlašćenja pri određivanju takvih linija. One ne smeju da značajno odstupe od pravca obale, i moraju da povuku polazne linije na taj način da morska oblast koja se nalazi unutar tih linija bude povezana sa kopnom, kako bi taj deo mora bio pod režimom unutrašnjih morskih voda.¹⁰ U Konvenciji o pravu mora se navodi da se mora voditi računa o ekonomskim interesima konkretnog regiona, čiji značaj se može potvrditi dugotrajnim korišćenjem.¹¹ Obično je ribarenje taj najznačajniji ekonomski interes. Sistem pravih polaznih linija je potvrđen u praksi Suda, kojom je definisano i da one predstavljaju izuzetak u odnosu na redovne polazne linije i da se, stoga, moraju primenjivati restriktivno.

Određivanje granica na moru

Nakon donošenja Konvencije UN o pravu mora obalne države su počele da utvrđuju granice na moru, u skladu sa njenim pravilima. One su tražile da se utvrde ove granice i usvojile su nacionalne propise u skladu sa međunarodnim pravom. U nekim slučajevima, njihovi akti povlačenja granica dovodili su do preklapanja oblasti, naročito među državama čije su

⁹ *Anglo-Norwegian Fisheries (United Kingdom v. Norway)*, presuda od 18. decembra 1952. godine, str. 152.

¹⁰ B. Sepulveda Amor, *The International Court of Justice and the Law of the Sea*, Biblioteca Juridica virtual del Instituto de Investigaciones Juridicas de la UNAM, 2001, www.juridicas.unam.mx, str. 9.

¹¹ Član 7 stav 5 Konvencije o pravu mora, *op. cit.*

obale suprotne ili se naslanjaju jedna na drugu, a more nije dovoljno široko da države protegnu svoju granicu do maksimalne udaljenosti od obale u kojoj bi imali pun suverenitet. U takvim slučajevima, Konvencija o pravu mora i Ženevske konvencije iz 1958. godine ohrabruju države da sporove reše mirnim sredstvima i obezbeđuju neke smernice za rešavanje tih sporova u slučaju nepostojanja ugovora koji bi regulisao ovo pitanje.

Konvencija o pravu mora reguliše pitanje razgraničenja na epikontinentalnom pojasu i u isključivoj privrednoj zoni, u članovima 74 i 83. U njima se navodi da će razgraničenje biti postignuto sporazumom na osnovu međunarodnog prava, kako bi se postiglo pravično rešenje. Strane mogu slobodno da pregovaraju i da postignu sporazum o svim pitanjima i u takvim diplomatskim pregovorima veliki značaj imaju pregovaračke sposobnosti predstavnika država. Ne postoji pravno pravilo koje rukovodi pregovorima o razgraničenju. Granična linija zavisi od posebnih ili relevantnih okolnosti svakog pojedinačnog slučaja, ili od posebnih činilaca koji treba da budu uzeti u obzir. U skladu sa tim, nijedna granična linija ne može biti proglašena nezakonitom ili suprotnom međunarodnom pravu, osim iz nekog razloga koji nije u vezi sa bilateralnim ugovorom, kao što je, na primer, kršenje prava trećih država. Ukoliko ne dođe do postizanja sporazuma, zbog izostanka saglasnosti o pojedinim značajnim elementima u vezi sa pregovorima, po pravilu to nije rezultat razlika u tumačenju međunarodnog prava, već je posledica različitog shvatanja pravičnosti.

Postavlja se pitanje da li neslaganja o pitanjima koja mogu nastati tokom pokušaja da se postigne sporazum mogu da predstavljaju pravni spor jer pravo i nije korišćeno pri određivanju linije razgraničenja. Neki autori smatraju da u slučaju da se pitanje razgraničenja epikontinentalnih pojaseva i isključivih privrednih zona pojavi pred nekim međunarodnim sudskim organom, koji primenjuje međunarodno pravo, on može samo da konstatuje da linije razgraničenja moraju biti povučene na osnovu sporazuma između strana, koje biraju jednu od mnogobrojnih mogućnosti. Treća strana može sama da izabere konkretnu liniju kao pravično rešenje, ali samo u slučaju da su zainteresovane države zajednički tražile od nje da to uradi. Ona bi trebalo da odluku donese na osnovu razmatranja načela pravičnosti, a ne tako što će primeniti pravila međunarodnog prava. Tako da bi podnošenje spora o razgraničenju na moru na rešavanje Međunarodnom sudu, zapravo značilo da strane u sporu traže od Suda da reši spor *ex aequo et bono*.¹² Međutim, u skladu sa stavom 2 člana 38 Statuta Međuna-

¹² S. Oda, *Dispute Settlement Prospects in the Law of the Sea*, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 44, 1995, str. 870.

rodnog suda, spor se može rešiti po ovom načelu samo ukoliko stranke na to izričito pristanu i daju ovlašćenja Sudu da izvrši razgraničenje u skladu sa načelom pravičnosti, ne primenjujući pravo.

Konvencija o pravu mora predviđa da države prvo treba da pokušaju da se dogovore o granicama na moru, pa tek nakon toga da spor iznesu pred Međunarodni sud ili bilo koji drugi međunarodni tribunal. Sud će prvo ispitati da li postoji neki sporazum koji može da posluži za razgraničenje morskih oblasti u pitanju.

Pitanje da li je granica na moru bila uspostavljena prethodnim formalnim sporazumom bilo je značajno u jednom broju slučajeva, kao na primer u onome između Kameruna i Nigerije, gde je ova druga država osporavala punovažnost jednog broja ugovora koji bi uticali na razgraničenje. Takođe, primer za ovakvo postupanje je i Slučaj Grinland i Jan Majen u kojem je sporno pitanje bilo da li se ugovor o razgraničenju na moru iz 1958. godine može primeniti. Sud je pozvan da tumači ugovore u pitanju i da donese odluku o njihovoj primenljivosti.¹³

U slučaju između Katara i Bahreina¹⁴ postojala je odluka u pismu iz 1947. godine, koje je Velika Britanija poslala vladarima Bahreina i Katara, u pogledu podele morskog dna. Ovu odluku nije prihvatila nijedna od država kao obavezujuću i Sud nije razmatrao da li ona predstavlja prethodni formalni sporazum o razgraničenju spornih morskih oblasti.

Sud treba da uzima u obzir ne samo formalne sporazume već i da razmatra da li postoji prećutni sporazum između država u sporu. Praksa država, kao na primer u slučaju naftnih koncesija u sporu između Kameruna i Nigerije, ili regulisanje ribarenja u sporu između Tunisa i Libije može poslužiti kao dokaz o prećutnom sporazumu ili pristanku na određeno razgraničenje na moru. Sud je, pak istakao da postojanje takvog prećutnog sporazuma mora biti potkrepljeno jakim dokazima. U dosadašnjoj praksi Suda nije dokazano postojanje nekog prećutnog sporazuma.

U slučaju između Katara i Bahreina traženo je od Suda da donese odluku o protezanju međudržavne granice na moru. U južnom sektoru granične oblasti, obale ove dve države su naspramne jedna drugoj i udaljenost između relevantnih obala ni na jednom mestu ne prelazi 24 nautičke milje. Granična linija na moru u ovom sektoru zapravo predstavlja razgraničenje teritorijalnih mora država, odnosno razgraničenje morskih

¹³ S. Jiuyong, *Maritime Delimitation in the Jurisprudence of the International Court of Justice*, Chinese Journal of International Law, 2010, str. 278.

¹⁴ *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, presuda od 16. marta 2001. godine.

oblasti u kojima države uživaju teritorijalni suverenitet. U severnom delu pogranične teritorije obale države nisu naspramne nego se naslanjaju jedna na drugu i sud je morao da razgraniči epikontinentalne pojaseve i isključive privredne zone koje pripadaju svakoj od strana u sporu, nad kojima države imaju suverena prava i funkcionalnu nadležnost. Sud je u ovom slučaju između Katara i Bahreina zauzeo stav da je najlogičniji i široko primenljiv pristup da se prvo povuče privremena linija ekvidistancije i da se nakon toga razmotri da li ona treba da bude promenjena u svetlu postojanja posebnih okolnosti.¹⁵

Razgraničenje naspramnih i susednih država

Opšte je pravilo da se granice između naspramnih država na jezerima, u zalivima i teritorijalnom moru povlače srednjom linijom, iako postoje izuzeci. Kod država sa susednim obalama granična linija se različito određuje. Ona može da prati vertikalnu liniju od krajnje tačke kopnene granice, ili vertikalnu liniju u odnosu na pravac prostiranja obale, ili može ići geografskom dužinom ili širinom, ili je u pitanju linija ekvidistancije koja je modifikovana kako bi se izbegli negativni efekti malih ostrva ili obalnih izbočina. Prema članu 6 Konvencije iz 1958. godine i članu 15 Konvencije UN o pravu mora, korišćenje srednje linije i linije ekvidistancije predstavljaju opšte pravilo, ali ono može da bude zamenjeno u izuzetnim slučajevima, zbog postojanja posebnih okolnosti.

Princip ekvidistancije su koristili međunarodni sudovi i arbitraže da bi rešili sporove između država sa naspramnim ili susednim obalama. Presuda u Slučaju povodom ribarenja je zapravo uvela ovo načelo u postupak razgraničavanja na moru. Ono je kasnije potvrđeno i bliže definisano u narednim sudskim i arbitražnim odlukama i u praksi zaključivanja bilateralnih ugovora. Na primer, u slučaju između Malte i Libije, može se zaključiti iz rezonovanja suda da ekvidistancija treba uvek da ima prioritetni status kada postoje naspramne obale dve države udaljene jedna od druge manje od 400 nautičkih milja. Traženje srednje linije predstavlja najpravičniji način postupanja.¹⁶

U pogledu teritorijalnog mora, navodi se da kada su obale dve države naspramne ili susedne, nijedna od njih ne može da proširi svoje teritorijalno more preko srednje linije čija je svaka tačka jednako udaljena od najbližih tačaka osnovnih linija, od kojih se meri širina teritorijalnih mora tih država. Ova odredba se neće primenjivati ukoliko postoji sporazum iz-

¹⁵ *Ibid.*, pasus 176.

¹⁶ *Case Concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, presuda od 3. juna 1985. godine.

među država koji reguliše ovo pitanje na drugačiji način, ili ukoliko postoji neki istorijski osnov ili druge posebne okolnosti za razgraničenje teritorijalnih voda dve države.¹⁷

Član 83 Konvencije o pravu mora predviđa da će se razgraničenje epikontinentalnih pojaseva između država sa naspramnim ili susednim obalama biti izvršeno sporazumom na osnovu međunarodnog prava, kako bi se postiglo pravično rešenje.¹⁸ Ukoliko se u razumnom roku ne može postići sporazum države treba da pribegnu procedurama iz dela XV Konvencije. Čekajući postizanje sporazuma, države treba da, u duhu razumevanja i saradnje, učine napor da uspostave privremeni režim i da se trude da tokom tog prelaznog perioda ne ugroze zaključivanje konačnog sporazuma. Kada postoji važeći ugovor između država, pitanja u vezi sa razgraničenjem epikontinentalnih platoa biće utvrđena u skladu sa tim sporazumom.

Razgraničenje isključivih privrednih zona predviđeno je u članu 74 Konvencije i rešenja su identična kao u slučaju razgraničenja epikontinentalnih pojaseva.¹⁹

Izuzeci od pravila ekvidistancije

Kao što stoji u članu 15 Konvencije o pravu mora, srednja linija se primenjuje ukoliko ne postoji neki suprotstavljeni istorijski naslov ili posebne okolnosti, koje bi trebalo uzeti u obzir pri razgraničenju, kao što su: geografski, geološki i geomorfološki faktori, istorijski interesi, ekološki i socio-ekonomski faktori, ponašanje države i estopel, sprečavanje mogućih sporova, pojednostavljivanje graničnih linija. Sudovi i arbitraže su pri donošenju odluka vodili računa o relevantnim i posebnim okolnostima epikontinentalnog pojasa. Na primer, spor oko nadležnosti nad ovim pojasom između Gvineje i Gvineje-Bisao okončan je pred arbitražom i odlučeno je na osnovu pravičnosti u pogledu svih okolnosti, zatim značaja koji ovaj pojas ima za strane u sporu i konfiguracije epikontinentalnog platoa. Zatim, u slučaju između Turske i Grčke oko epikontinentalnog platoa u Egejskom moru,²⁰ Sud je 1978. godine smatrao da je spor u vezi sa otkrićem nalazišta nafte i gasa u severozapadnom delu Egejskog mora. Obe strane su tvrdile da im pripadaju prava na istraživanje ovih nalazišta u istim obla-

¹⁷ Član 15 Konvencije o pravu mora, *op.cit.*

¹⁸ Član 83, *Ibid.*

¹⁹ Član 74, *Ibid.*

²⁰ *Aegean Sea Continental Shelf Case (Greece v. Turkey)*, presuda od 19. decembra 1978. godine.

stima. Spor je rešen na osnovu načela pravičnosti i shvatanja značaja platoa za strane u sporu.

U sporu oko epikontinentalnog platoa između Tunisa i Libije, Međunarodni sud je presudio da određene okolnosti treba da budu uzete u obzir kod postizanja pravičnog razgraničenja u ovom slučaju. To su: oblast od značaja za razgraničenje, konfiguracija obala država u sporu, kao i postojanje ostrva. U ovom slučaju, Tunis se pozivao i na istorijsko pravo, ali pošto je metod razgraničenja koji je usvojio Sud davao Tunisu pun suverenitet nad oblašću na koju su se odnosila istorijska prava, Sud nije razmatrao ovaj argument.²¹

Razgraničenje na moru putem sporazuma

Pre nego što podnesu spor na rešavanje Međunarodnom sudu ili arbitraži, države se ohrabruju da zaključe sporazum o granicama na moru. Njima se ostavlja dovoljno vremena za pregovore oko razgraničenja. Do sada je u praksi postignuto nekoliko sporazuma između naspramnih i susjednih država. Na primer, Francuska i Španija su, 1974. godine, zaključile Konvenciju o razgraničenju epikontinentalnog pojasa u baskijskom zalivu, zajedno sa Konvencijom o razgraničenju teritorijalnog mora i spoljnog morskog pojasa, u istom zalivu. Takođe, Italija i Jugoslavija su 1968. godine zaključili sporazum o razgraničenju epikontinentalnih pojaseva. Obe strane su se složile da granica bude 12 nautičkih milja od najbližih tačaka na kopnenoj teritoriji država. Veći deo linije se nalazi na jednakoj udaljenosti od najbližih tačaka na kopnu. Međutim, države su se dogovorile da u pogledu nekih ostrva u centralnom delu Jadranskog mora, linija ide bliže jednoj ili drugoj državi. Tajland i Mianmar su 1980. godine zaključili Ugovor o utvrđivanju granice na moru. Dogovorena linija predstavlja liniju ekvidistancije koju čini niz pravih polaznih linija i ona predstavlja granicu teritorijalnog mora, epikontinentalnog pojasa i isključive privredne zone između ove dve države. Nekadašnji Sovjetski Savez i SAD su 1990. godine zaključili Ugovor o granici na moru. Dve strane su se dogovorile da povuku graničnu liniju u dužini od oko 1600 nautičkih milja, koja se prostire od Beringovog mora, kroz Beringov moreuz do Arktičkog okeana.

Ugovori o zajedničkoj saradnji u oblasti razvoja takođe mogu da sadrže pravila o granicama na moru. Ideja o ovakvom razgraničenju nastala je nakon presude Međunarodnog suda u Slučajevima epikontinentalnog platoa Severnog mora iz 1969. godine.²² Sud je tada izneo mogućnost da

²¹ *Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, op. cit.

²² *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Netherlands, Federal Republic of Germany/Denmark)*, presuda od 20. februara 1969. godine.

strane u sporu donesu odluku o uspostavljanju režima zajedničke nadležnosti, korišćenja i eksploatacije delova teritorija koji se preklapaju. Ovo rešenje je zasnovano na stavu strana u sporu da se baziraju na prednostima korišćenja prirodnih resursa, umesto na ograničavanju morskih zona. Ideja zajedničkog razvoja može pozitivno da utiče na rešavanje sporova na moru, u odsustvu sporazuma o određivanju granica na moru. U nekim slučajevima, države definišu oblasti za zajednički razvoj, uz određivanje granica, izvan granične linije. Prateći ovu ideju, mnoge obalne države su smanjile tenzije povodom njihovih suprotstavljenih zahteva u pogledu granica na moru.²³ Na primer, u Sporazumu zaključenom 1974. godine Japan i Republika Koreja su se saglasili o granici na kontinentalnom platu u Japanskom moru i moreuzu Cušima, gde su postojali suprotstavljeni zahtevi. Na osnovu zajedničkog ugovora, koncesionari koji su dobili ovlašćenja od dve države imaju nepodeljene interese u pogledu svake od devet definisanih podzona i izabran je među koncesionarima po jedan od njih za svaku podzonu da tamo obavlja delatnost. Pravo i propisi jedne države primenjivaće se u pogledu pitanja koja se odnose na istraživanje i iskorišćavanje prirodnih resursa u pod-zoni, u kojoj je ta država ovlastila koncesionare da obavljaju delatnost. Tako da se, na primer, japansko pravo primenjuje tamo gde japanski koncesionar obavlja aktivnosti. U skladu sa ovim, korejsko pravo se primenjuje u slučajevima njihovih koncesionara. U samom ugovoru se nalazi i odredba koja predviđa da se ništa u ugovoru neće posmatrati u smislu utvrđivanja suverenih prava nad svim ili delom zone zajedničkog razvoja, ili kao prejudiciranje pozicije strana u pogledu razgraničenja kontinentalnih pojaseva.

Praksa Međunarodnog suda

*Slučajevi epikontinentalnog platoa Severnog mora*²⁴

U sporu koji je nastao između Nemačke sa jedne i Holandije i Danske, sa druge strane, Sud je, po prvi put rešavao pitanje razgraničenja epikontinentalnih platoa. On je definisao ovu teritoriju kao prirodni produžetak kopna obalne države u more i zauzeo stav da obalna država ima suverenitet nad njim *ipso facto*, samim svojim postojanjem. Ona ima pravo is-

²³ Australija i Indonezija su zaključile Ugovor 1989. godine u kojem su se složile da uspostave Zonu saradnje, koja se sastojala od tri posebne zone. Jedna je pripadala Australiji, druga Indoneziji, a treća je bila pod zajedničkom kontrolom. Takođe i Bahrein i Saudijska Arabija su zaključili sporazum o oblasti naftnih polja nad kojom postoje suprotstavljeni zahtevi.

²⁴ *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Netherlands, Federal Republic of Germany/Denmark). op. cit.*

traživanja morskog dna i podmorja i korišćenja njihovih prirodnih resursa. To je njeno urođeno pravo.

Od Suda je traženo da utvrdi načela i pravila međunarodnog prava koja se primenjuju na određivanje granica između njih u oblasti epikontinentalnog platoa u Severnom moru. On je odbacio zahtev da se primeni pravilo ekvidistancije iz člana 6 stava 2 Ženevske konvencije o epikontinentalnom pojasu, kao i zahtev Nemačke za dobijanjem pravičnog i jednakog dela. Sud je naveo da se bavi pitanjem pravičnosti *infra legem* i da ne stvara neku autonomnu pravičnost niti primenjuje diskreciona ovlašćenja po principu pravde i pravičnosti (*ex aequo et bono*). On je zauzeo stav da ekvidistancija u određenim geografskim uslovima dovodi do nejednakosti, kao na primer u slučajevima kada su obale konkavne ili konveksne. Po mišljenju Suda, metod razgraničenja je potčinjen cilju koji se želi postići, a to je da se postigne pravično rešenje. Takođe, nije neophodno da se primeni samo jedan metod, kada je kombinacija više njih bolja garancija za postizanje pravičnog rešenja.

Ova odluka Suda je uticala na rasprave u okviru Treće konferencije UN o pravu mora, u pogledu razgraničenja epikontinentalnih pojaseva i isključivih privrednih zona susednih i naspramnih država, kao i do formulacije već pominjanih članova 74 i 83 u kojima je predviđeno da će do razgraničenja doći zaključivanjem ugovora zasnovanog na međunarodnom pravu, kako bi se postiglo pravično rešenje.

Odstupanje Suda od pravila ekvidistancije i posebnih okolnosti stvorilo je određeni nivo pravne nesigurnosti u oblasti razgraničenja na moru. Pravna sigurnost je pojačana u jednom broju kasnijih odluka, a naročito u slučaju između Tunisa i Libije iz 1982. godine, u kojem je Sud naglasio da je cilj postizanja pravičnog rešenja trebalo da odredi sredstva za njegovo postizanje.

Slučaj povodom graničnog spora na kopnu, ostrvima i moru (El Salvador /Honduras)²⁵

El Salvador i Honduras su podneli ovaj spor na rešavanje posebnim sporazumom zaključenim 1986. godine tražeći od Suda da utvrdi graničnu liniju koja je predstavljala dve trećine ukupne granice između ove dve države. Takođe, države su tražile da Sud utvrdi status jednog broja ostrva i morske površine u zalivu Fonseka. Obe države su iznele brojne argumente zasnovane na ugovorima, ekonomiji, istoriji i efektivnoj kontroli.

²⁵ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, presuda od 11. septembra 1992. godine.

Sud je razmatrao dva kriterijuma kako bi odredio da li jedna od strana prećutno prihvatila kontrolu druge nad ostrvima. Prvi je bilo ponašanje država nakon sticanja nezavisnosti a drugi njihovo skorašnje ponašanje. Pošto ostrva nisu bila zauzeta mnogo godina nakon nezavisnosti, jer nisu imala ekonomski značaj, Sud je smatrao da i nakon mnogo godina nepostojanja državine, kasnije zauzimanje uz vršenje suvereniteta može se uzeti kao dokaz za potvrđivanje pravila *uti possidetis juris*.²⁶

Sud je doneo odluku da je Zaliv Fonseka istorijski zaliv, koji je do 1821. godine bio pod jedinstvenom kontrolom Španije, a od 1821. do 1839. godine pod kontrolom Savezne Republike Centralna Amerika. Nakon disolucije ove države, zaliv je bio pod zajedničkim suverenitetom Republike El Salvador, Republike Honduras i Republike Nikaragve, ali izuzimajući jedan pojas koji se proteže 3 milje od obalnog područja sve tri države. Taj deo je bio pod isključivim suverenitetom obalne države i predmet razgraničenja između Hondurasa i Nikaragve 1900. godine. Pravo neškodljivog prolaza je postojalo u ovom pojasu od 3 milje i u vodama u kojima je postojao zajednički suverenitet. Deo mora u centralnom delu ulaza u zaliv bio je pod zajedničkom kontrolom sve tri države dok se ne postigne razgraničenje ove morske oblasti. Zaliv Fonseka je istorijski zaliv sa tri obalne države i linija koja zatvara obale predstavlja osnovnu liniju za određivanje teritorijalnog mora. Od te linije se računaju teritorijalno more, isključiva privredna zona i epikontinentalni pojas El Salvadora i Nikaragve. Međutim, ove teritorije u odnosu na centralni deo ovih linija pripadaju svim državama zaliva: El Salvadoru, Hondurasu i Nikaragvi i svako razgraničenje relevantnih oblasti bi trebalo da bude učinjeno sporazumom na osnovu međunarodnog prava.

Slučaj razgraničenja na moru i teritorijalna pitanja (Katar protiv Bahreina)²⁷

Katar je, 1991. godine, pokrenuo postupak protiv Bahreina kako bi se rešio spor povodom ostrva Zubarah, Havar i ostrva Janan, koja su se nalazila između poluostrva Katar i Bahreina. Istorija ove dve države, koje su bile britanski protektorati bila je predmet razmatranja u sporu. Države su svoju argumentaciju zasnivale na pravilu *uti possidetis juris*, efektivnoj kontroli, istoriji i geografiji. Sud nije prihvatio argumente Bahreina u pogledu suvereniteta nad Zubarahom, smatrajući da njegovo vršenje vla-

²⁶ B. T. Sumner, Territorial Disputes at the International Court of Justice, Duke Law Journal, Vol. 53, 2004, str. 1799.

²⁷ *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, op. cit.

sti ne može stvoriti legitiman osnov sticanja državnog suvereniteta. Sud je prihvatio dokaze da su pravni prethodnici Katara imali vlast na teritoriji celog Katarskog poluostrva uključujući Zubarah, što se ogleda i u dugogodišnjim katarskim naseljima u Zubarahu.

U ovom slučaju, Sud je razmatrao nekoliko pitanja: ispitivanje relevantnih osnovnih linija, utvrđivanje da li postoji prethodni sporazum koji se odnosi na razgraničenje morskih oblasti, razgraničenje teritorijalnog mora, primenjujući pravilo ekvidistancije, razgraničenje epikontinentalnih pojaseva i isključivih privrednih zona, primenjujući načelo pravičnosti. Kod teritorijalnih sporova u pogledu mora, potrebno je utvrditi koje su to relevantne obale koje se moraju uzeti u razmatranje u procesu razgraničenja. Jedno od načela međunarodnog prava je da prava vezana za morsku površinu proizilaze iz suvereniteta obalne države nad kopnom. U skladu sa ovim načelom, Sud treba da, kao prethodni korak, utvrdi postojanje suvereniteta nad spornim ostrvima ili određenim obalnim oblastima. U skladu sa članom 121, stavom 2 Konvencije o pravu mora, ostrva, bez obzira na njihovu veličinu, uživaju isti status kao i druga kopnena teritorija i stoga su za njih vezana određena prava na moru. U slučaju između Katara i Bahreina, sporan je bio suverenitet nad ostrvima Havar, ostrvom Janan, uključujući Had Janan, Kit-at Jaradah i obalnim regionom Zubarah. Odluka Suda je bila zasnovana na istoriji ovog područja, a naročito na činjenici da su Katar i Bahrein bili pod britanskom zaštitom, pre nego što su postale nezavisne države 1971. godine. Od značaja za donošenje odluke bila su i tumačenja Velike Britanije o granicama u ovoj oblasti, na osnovu određenih nacрта ugovora, prepiske i službenih dokumenata. Sud je zaključio da suverenitet nad regionom Zubarah i ostrvom Janan pripada Kataru, a da suverenitet nad ostrvima Havar i Kit-at Jaradah pripada Bahreinu. U pogledu ostrva Havar, Sud je odbio zahtev Katara da ne prihvati britansku odluku iz 1939. godine da su ostrva deo Bahreina. Sud je odbio da razmatra argumente Katara zasnovane na kolonijalnom efektivitetu, originalnom naslovu i geografskoj blizini.

Slučaj suvereniteta nad ostrvima Pulau Ligitan i Pulau Sipadan (Indonezija/Malezija)²⁸

Indonezija i Malezija su 1998. godine specijalnim sporazumom zatražile od Suda da utvrdi, na osnovu ugovora, sporazuma i drugih dokaza, ko poseduje suverenitet nad ostrvima Ligitan i Sipadan uz obalu Bornea.

²⁸ *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, presuda od 17. decembra 2002. godine.

Države su iznele argumente zasnovane na ugovornom pravu, načelu *uti possidetis*, efektivnoj kontroli i istoriji. Sud je razmatrao Konvenciju zaključenu između Velike Britanije i Holandije 1891. godine i zaključio da ona nije regulisala konkretnu granicu. Sud je dalje razmatrao kasnije sporazume između Velike Britanije i Holandije, a zatim i praksu država u sporu, pokušavajući da otkrije zajedničku nameru stranaka. Nakon toga, Sud je razmatrao zahtev efektiviteta, kao nezavisan osnov za donošenje odluke i zaključio je da efektivitet na koji se pozivala Indonezija nema zakonodavni ili regulatorni karakter, što ga je činilo nedovoljnim i neubedljivim. Sud je ipak smatrao da komercijalne aktivnosti Malezije i osnivanje utočišta za ptice na ostrvima predstavlja dovoljan osnov za dokazivanje efektivne kontrole. Sud je, stoga, našao da je načelo efektiviteta dovoljan osnov za donošenje odluke.

Zaključak

U skladu sa načelom slobode ugovaranja i dispozicije subjekata u međunarodnom pravu, države svoje međusobne granice uređuju međunarodnim ugovorima. Zbog sve većeg značaja morskih površina i epikontinentalnih platoa javljaju se sporovi među pojedinim državama. U međunarodnoj sudskoj i arbitražnoj praksi do sada je rešen jedan značajan broj slučajeva u pogledu razgraničenja na moru. Sudovi su primenjivali određena međunarodna načela i dopunske kriterijume. Jedno od najvažnijih pravila je korišćenje srednje linije ili načela ekvidistancije pri utvrđivanju granice na moru između naspramnih ili susednih država i ono se navodi u Konvenciji UN o pravu mora. Ona je korišćena u sudskim presudama i bila je obavezujuća za strane u sporu. Međutim, veliki značaj imaju i posebne okolnosti nekog slučaja i istorijski osnovi na koje se strane u sporu pozivaju i tada dolazi do promena u određivanju granica. Kako bi se postiglo pravično i prihvatljivo razgraničenje, potrebno je ozbiljno razmatranje svih činilaca od strane suda ili tribunala, koji odlučuje o razgraničenju.

*Bojan Tubić, Ph.D., Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

International Rules on Maritime Delimitation

Abstract: *This paper deals with international rules which are applicable in the cases of maritime delimitation. The importance of sea and its resources incited the states to regulate their boundaries in international agreements. In the situations when it is impossible to reach an agreement on delimitation it is necessary to resolve the dispute. Among other issues, there can be differences regarding the delimitation of territorial sea, continental shelf and exclusive economic zone. The UN Convention on the Law of the Sea, which comprehensively regulates this field contains also certain rules on maritime delimitation. Besides diplomatic means, states concerned can try to resolve the dispute by using the arbitration or judicial means of dispute settlement. The jurisdiction for the dispute settlement have the International Court of Justice and the Tribunal for the Law of the Sea. They usually apply the principle of equidistance but it can be complemented or replaced with additional criteria if there are some special circumstances related to the concrete case. The basic aim in the process of decision making is the achievement of equitable and acceptable solution.*

Key words: *law of the sea, UN Convention on the Law of the Sea, International Court of Justice, Tribunal for the Law of the Sea, equidistance, equity principle.*

*Marko Knežević, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni Fakultet u Novom Sadu*

TERET DOKAZIVANJA NEDOZVOLJENOSTI IMISIJA KAO PRETPOSTAVKE NEGATORNOG ZAHTEVA¹

Sažetak: *u radu se daje odgovor na pitanje rizika nedokazanosti činjenica koje se odnose na nedozvoljenost imisija kao pretpostavke nastanka negatornog zahteva. S obzirom da izričitim zakonskim odredbama nije propisana distribucija rizika nedokazanosti za ove činjenice, postavljeni problem se različito od standardne doktrine sagledava spram opšteg pravila predviđenog u Zakonu o parničnom postupku – tzv. modifikovane teorije norme. Ključ problema se nalazi u razlikovanju konstitutivnih i impeditivnih činjenica zahteva i metodoloških pravila za njihovo razgraničenje. Primena modifikovane teorije norme pokazuje da u rezultatu tuženi od kojeg se zahteva prestanak imisija snosi rizik nedokazanosti činjenica koje se odnose na dozvoljenost imisija.*

Ključne reči: *teret dokazivanja, zahtev, negatorni zahtev, imisije.*

I. Uvodne napomene

U postavljenom naslovu rada spominju se dve kategorije koje su možda centar najveće pažnje domaće stručne i naučne javnosti, uključujući i sudsku praksu. S jedne strane stvarnopravna zaštita od imisija predstavlja jedan od načina zaštite životne sredine, koja je, sasvim opravdano zbog razvoja industrije i čovečanstva uopšte, u fokusu različitih disciplina

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

prava.² Broj radova koji se bave stvarnopravnim zahtevom za prestanak imisija u poređenju sa drugim institutima građanskog prava pokazuju izuzetnu zainteresovanost civilistike. S druge strane, nakon donošenja Zakona o parničnom postupku iz 2004. g.³ teret dokazivanja zaokuplja pažnju pre svega sudske prakse – srazmerno velik broj presuda se donosi na osnovu tereta dokazivanja. Primena novog Zakona o parničnom postupku iz 2011. g.⁴ ovaj trend ne menja.

U naslovu rada postavili smo sebi zadatak da odgovorimo na pitanje ko snosi teret dokazivanja za činjenične tvrdnje koje se odnose na dopuštenost imisija u parnicama gde se zahteva prestanak imisija, a gde je tzv. negatorni zahtev podloga za presuđenje. Cilj rada nije ukazivanje na eventualnu nesavršenost stvarnopravne zaštite od imisija i u tom smislu predlaganje rešenja *de ferenda*. U istom smislu cilj nije ni predlaganje poboljšanja samih normativnih rešenja svojinskopравnih zahteva, niti rešenja raspodele tereta dokazivanja. Naprotiv, cilj je sveobuhvatno pozitivnopravno sagledavanje i eventualno rešavanje problema ovog rada, dakle spram sadašnjeg stanja stvari u pravnom sistemu. Ovo poslednje znači, što bi trebalo da se i podrazumeva, spram stanja domaćeg pravnog sistema; svaki uporednopravni ekskurs biće samo argumentacija u prilog stavu za rešenje domaćeg problema, odnosno preciznije, argumentacija data u uporednopravnim sistemima će se koristiti, gde je to naravno metodološki moguće, kao argumentacija za naše rešenje.

II. Teret dokazivanja i zahtev

1. Teret dokazivanja

Sud može primeniti jednu normu u pozitivnom smislu (da zaključiti da je nastupila pravna posledica) samo ako je utvrdio da se ispunilo zakonsko činjenično stanje jedne norme. Isto tako, sud će jednu normu u negativnom smislu primeniti (zaključak da nije nastupila pravna posledica) kada utvrdi da se ono nije ispunilo.⁵ Posledica slobodne ocene dokaza je međutim treća mogućnost, a to je da sud ne može sa potrebnim stepenom uverenja da utvrdi dokazivanjem da li je zakonsko činjenično stanje ispunjeno ili nije (tzv. *non liquet*).⁶ U tom slučaju se, maksimalno upro-

² V. D. Nikolić (red.), *Osnove prava životne sredine* (2009).

³ Sl. glasnik RS 125/04, 111/09, u daljem tekstu ZPP 04.

⁴ Sl. glasnik RS 72/11, 44/13 (Odluka US), 74/13 (Odluka US), u daljem tekstu ZPP.

⁵ *Leipold*, *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen* (1966) 22.

⁶ Kod nas se ovaj stepen uverenja, nesporno za uverenje o činjenicama od kojih zavisi meritorno presuđenje, definisao kao uverenje. Od Novele ZPP 76 iz 1990. g., zakonski je regulisan ovaj standard kovanicom „utvrđenje sa sigurnošću“, a do danas nije me-

šćeno, primenjuju pravila o teretu dokazivanja (tako i čl. 231 st. 1 ZPP). Ovaj pojam je ipak višeslojan. On podrazumeva najpre određenje šta konkretno uraditi u slučaju *non liquet*. Po vladajućem shvatanju sud treba tada da uzme kao da je nije utvrđena istinitost činjenične tvrdnje stranke (bez obzira da li se radi o pozitivnoj ili negativnoj činjenici), jer se na taj način prevladava nemogućnost pozitivne ili negativne primene norme.⁷ Odgovor na pitanje koje se nadovezuje – koja je to stranka čija će se činjenična tvrdnja uzeti da nije istinita – daju pravila o konkretnoj raspodeli tereta dokazivanja. Tada se dolazi do odgovora na pitanje na koju stranku pada teret dokazivanja. Dakle, funkcionalno gledano, pravila o teretu dokazivanja služe prevladavanju krizne situacije koje podrazumeva *non liquet* i time ispunjenju ustavne dužnosti sudova da presude u slučaju postojanja svih procesnih pretpostavki. Drugim rečima, ova pravila su adresirana na sud, jer u ukupnosti daju odgovor na pitanje kako sud treba da presudi u slučaju *non liquet*.⁸

Teret dokazivanja se u literaturi vezuje za dve kategorije – subjektivni i objektivni teret dokazivanja. Subjektivni teret dokazivanja podrazumeva dužnost stranke da predloži dokaze kako bi se sud uverio u istinitost njene tvrdnje. Iako se u samom zakonskom tekstu govori zaista o dužnosti stranke⁹, radi se o zapravo o specifičnoj procesnoj kategoriji tereta, koji podrazumeva da je to dužnost stranke prema sebi samoj,¹⁰ ukoliko ne predloži dokaz, rizikuje štetne posledice po svoju procesnu poziciju, a to

njan (čl. 231 st. 1 ZPP). Za usaglašenost sadašnje redakcije čl. 231 st. 1 ZPP i strukture postupka spram granica raspravnog načela v. *Keča*, O teretu dokazivanja u parničnom postupku, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu XLVII/3 (2013) 75 i sled.

⁷ Ovaj korak se u metodološkom smislu različito određuje (za iscrpan prikaz v. *Uzelac*, Teret dokazivanja, doktorska disertacija Zagreb [1998] 97 i sled., 259/260). Način na koji ga mi izlažemo najviše odgovara tezi o tzv. operativnom pravilu (v. *Prütting*, in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Bd. 1³ [2007] § 286 Rn. 106 sa daljim upućivanjem).

⁸ Up. *Rosenberg*, Die Beweislast⁴ (1956) 2 f; *Leipold*, cit. u fn. 5, 34; *Poznić*, Komentar Zakona o parničnom postupku prema tekstu Zakona iz 1976. godine (2009) 582/583. Stoga je pogrešna dosta česta domaća praksa koja presuđuje primenom pravila o teretu dokazivanja i u slučaju da je sud sa sigurnošću utvrdio (ne)istinitost dokazne teme; v. npr. *AS u Beogradu* Gž 10561/10 Bilten AS u Beogradu 5 (2013) 148: utvrđenje da je tužilac svesno i sa namerom zaključio ugovor i konstatacija da tužilac nije dokazao da postoje mane volje, za šta snosi teret dokazivanja.

⁹ Čl. 7 st. 1, 98 st. 4, 228 ZPP.

¹⁰ Tako i gotovo cela domaća teorija (v. umesto svih *Poznić/Rakić-Vodinelić*, Građansko procesno pravo¹⁶ [2010] t. 555). Za razlikovanje procesne dužnosti/obaveze i procesnog tereta up. *Jauernig*, Zivilprozessrecht²⁹ (2007) § 26 I; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht¹⁷ (2010) § 2 Rn 11 ff; *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses (1976) 71 ff.

je prvo *non liquet*, a potom i ceo mehanizam koji sledi, zaključno sa neuspehom u parnici.¹¹ Centralno pitanje kod tereta dokazivanja je međutim objektivni teret dokazivanja, bolje rizik nedokazanosti (nem. *Risiko der Beweislosigkeit*)¹², i to njegova konkretna raspodela. Ovaj rizik se razlikuje od subjektivnog tereta dokazivanja i ne bi trebalo da se poistovećuje, jer je zamislivo da stranka predloži dokaze koje sud i izvede, ali da sud i pored toga ne može sa sigurnošću da zauzme stav o istinitosti teme dokazivanja.¹³ Raspodela rizika prema tome usmerena je na konkretno rešavanje *non liquet* situacije. Kod nas je ova raspodela, ukoliko u drugim zakonima ne postoje pojedinačna pravila¹⁴, od ZPP 04 izričito zakonsko pravilo. Tako stranka koja tvrdi da ima neko pravo snosi rizik nedokazanosti činjenica koja je bitna za nastanak ili ostvarenje prava (čl. 231 st. 2 ZPP), a stranka koja osporava postojanje nekog prava snosi rizik nedokazanosti činjenice koja je sprečila nastanak ili ostvarenje prava ili usled koje je pravo prestalo da postoji (čl. 231 st. 2 ZPP). U svakom slučaju ova raspodela je nezavisna od procesne pozicije stranke, što dolazi do izražaja kod negativnih utvrđujućih tužbi.¹⁵

2. Zahtev

Većinsko shvatanje u domaćoj civilistici polazi od toga da povredom nekog subjektivnog prava nastaje zahtev ili tužba u materijalnom smislu, što se svodi na mogućnost prinudnog ostvarenja. Označavajući

¹¹ Up. *Rosenberg*, cit. u fn. 8, 55/56.

¹² Ovo je najpodesniji prevod sa nemačkog onoga što se tradicionalno označava kao objektivni teret dokazivanja. U samoj nemačkoj literaturi se sreću različiti nazivi, poput najprihvaćenijeg *Feststellungslast* (*Rosenberg*, cit. u fn. 8, 16, 24 ff), potom *Beweisrisiko* (*Stürner*, cit. u fn. 10, 4) i dr.; za dalje terminološke pokušaje v. *Uzelac*, cit. u fn. 7, 69/70 sa daljim upućivanjima. Rizik nedokazanosti literatura koristi kao sinonim sa teretom dokazivanja (up. *Poznić/Rakić-Vodinelić*, cit. u fn. 10, t. 556; *Jakšić*, Građansko procesno pravo⁶ [2012] t. 2421 i sled.), stim da ga koristi i reprezentivna praksa (*VSS Prev* 227/97 Glasnik AKV 5/1998, 217).

¹³ Up. *Prütting*, cit. u fn. 7, § 286 Rn. 100. Suprotno međutim *Đuričin*, O teretu dokazivanja u parničnom postupku, *Pravo: teorija i praksa* 7-8/1995, 67 (75), koja vezuje presuđenje na osnovu tereta dokazivanja, dakle situaciju *non liquet*, za slučaj da stranka koja snosi rizik nije bila u stanju da pruži sudu adekvatne dokaze. O razdvajanju pojmova subjektivnog i objektivnog tereta dokazivanja i posledicama v. *Uzelac*, cit. u fn. 7, 246 i sled.

¹⁴ Ova pojedinačna pravila su deo materijalno-pravnih zakona, a redigovana su terminološki kao da se radi o subjektivnom teretu dokazivanja (npr. „[v]lasnik mora dokazati da na stvari čiji povraćaj traži ima pravo svojine, kao i da se stvar nalazi u faktičkoj vlasti tuženog“ [čl. 37 st. 2 ZOSO]). Međutim, i tada se radi o raspodeli rizika nedokazanosti. Isto tako, u ovim situacijama se ne reguliše niti dokaz niti dokazivanje, već samo navedena raspodela rizika.

¹⁵ *Jakšić*, cit. u fn. 12, t. 2430; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, cit. u fn. 10, § 115 Rn. 36.

kao sinonim ova dva termina, zauzima se stav da se radi samo o elementu već postojećeg subjektivnog prava, nikako o samostalnom elementu.¹⁶ Nasuprot tužbi u materijalnom smislu, postoji i procesna tužba, način na koji se prema procesnom pravu vrši ova radnja. Prema tome, što se tiče konkretnog pitanja ovog rada, povredom prava svojine nastaje tužba u materijalnom smislu, koja je sama element prava svojine. Ovo gledište suštinski predstavlja pandektističko shvatanje koje je fundirao *Savinji* sredinom 19. veka¹⁷, i koje je bilo vladajuće u tom periodu u okruženju u kojem je i nastalo – u germanskom pravnom krug.¹⁸ Iako domaća literatura zahtev i tužbu u materijalnom smislu koristi kao sinonime, a *Savinjijeva* doktrina ne, stav da se ovde radi o ovoj doktrini može se argumentovati time da se spominje dvojstvo tužbe – materijalna i procesna, kao i svodenje zahteva na mogućnost prinudnog ostvarenja.¹⁹ Takvo dvojstvo kod *Savinjija* ima svoje opravdanje u njegovoj konstrukciji prava na tužbu (nem. *Klagrecht*) u smislu teorije o civilističkom monizmu.²⁰ Treba napomenuti da se u navedenom shvatanju domaće literature pitanje samog prava na tužbu ne spominje.

Nasuprot izloženom shvatanju manjinski deo literature shvata zahtev kao posebno subjektivno pravo da se od određenog lica zahteva nekakvo činjenje ili propuštanje. Zahtev nastaje ili povredom nekog postojećeg subjektivnog prava, ili povredom pravno priznatog interesa. U osnovi zahtevi su u službi subjektivnih prava i pravnih pozicija koje nisu subjek-

¹⁶ *Popović*, Pojam subjektivnog prava (1974) 245 i sled., 259 i sled.; *Gams/Durović*, Uvod u građansko pravo¹⁷ (1994) t. 516; *D. Nikolić*, Uvod u sistem građanskog prava¹¹ (2013) t. 364; *Babić*, Građansko pravo, Knj. 1 Uvod u građansko pravo (2011) marg. br. 430 i sled.; *D. Popov*, Građansko pravo (opšti deo)⁷ (2012) 128/129; *Kovačević Kuštrimović/Lazić*, Uvod u građansko pravo (2008) 161/162, 388. U ovo shvatanje svrstavamo i *D. Stojanovića* (Uvod u građansko pravo⁹ [2000]) koji iako smatra da zahtev/tužba u materijalnom smislu ne ulazi u pojam subjektivnog prava, jer je to propratna pojava (142/143) ipak ističe da je to element subjektivnog prava („najvažniji element subjektivnog prava je zahtev, tojest mogućnost da se pravo prinudnim putem ostvari“ [224]).

¹⁷ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. V (1841) 5 ff.

¹⁸ Za sažetu rekonstrukciju *Savinjijevih* shvatanja i prihvaćenost njegove teorije u 19. veku v. *Hesselberger*, Die Lehre vom Streitgegenstand (1970) 72 ff; *Kaufmann*, Zur Geschichte des aktionenrechtlichen Denkens, Juristenzeitung 1964, 482 (488). Inače i domaća doktrina tog vremena se bazira na ovom pravcu (v. *Đorđević*, Teorija Građanskog sudskog postupka I² [1924] t. 357 i sled.).

¹⁹ *Krmeta*, Evolucija pojma „zahtjev“ i njegov odnos prema subjektivnom pravu, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu XXIII (1975) 297 (306/307): „svodenje zahtjeva na tužbu u materijalnom smislu nije ništa drugo do nego udaljeni eho devetnaestovjekovnog civilističkog pojma tužbe“.

²⁰ Up. *Savigny*, cit. u fn. 17, 5/6. O ovom pravcu u razvoju teorije o pravu na tužbu v. isprmo *Dika*, Pravno na tužbu (1987) 19 i sled. (civilistički monizam u 19. veku), 155 i sled. (civilistički monizam u domaćoj teoriji).

tivna prava, oni su instrumentalnog karaktera; i pored toga oni su nezavisni od subjektivnih prava i pravnih pozicija kojima služe.²¹ Ovo shvatanje uopšte ne spominje tužbu u materijalnom smislu, sledstveno tome ni tužbu u procesnom smislu, već se naglašava da se zahtev može ostvariti i sudskim putem.²² Ono se bazira na modernoj nemačkoj doktrini o subjektivnom pravu i zahtevu,²³ i nastalo je emancipacijom procesnog prava i, može se reći, kritikom *Savinjijeve* doktrine o pravu na tužbu. Zahtevi su prema tome posebna subjektivna prava instrumentalnog karaktera; ona su tzv. sekundarna prava (nem. *sekundäre Rechte*) koja imaju zaštitnu i pomoćnu funkciju (nem. *Schutz- und Hilfsfunktion*)²⁴, ali koja su posebna subjektivna prava. To što se oni mogu sudski ostvariti samo je opšte obeležje svakog prava i time se ne dira u pravo na tužbu kao javnopravo.²⁵ Bitna stavka je isticanje da je zahtev nezavisna kategorija od tužbenog zahteva i postupka uopšte, jer on nastaje bez podizanja tužbe, pa i nezavisno od znanja njegovog titulara.²⁶

Na slabost akcionopravnog mišljenja je ukazano je u domaćoj nauci.²⁷ Odlučan argument, a to je kako objasniti da se priznaju zahtevi u nekim situacijama i onda kada nema nikakvog subjektivnog prava, stoga ni njegove povrede²⁸, može se ostaviti po strani, s obzirom na temu rada – za pitanje tereta dokazivanja zahteva nije od značaja da li je on posebno subjektivno pravo ili ne. Ovde je važnije istaći prednost modernog shvatanja o zahtevu u vidu očišćenosti od procesnih elemenata, što se pokazuje (delom) i u razmatranju odnosa tereta dokazivanja i zahteva.

²¹ *Krneta*, cit. u fn. 19, 307 i sled.; *Vodinelić*, *Gradansko pravo* (2012) t. 616 i sled.

²² *Vodinelić*, cit. u fn. 21, t. 622, 940 pravi dodatnu razliku u ovom kontekstu sa konstrukcijom pravozaštitnih zahteva koji nastaju tek povredom subjektivnog prava ili pravne pozicije i koji se u tom smislu mogu ostvariti i sudskim putem.

²³ *Krnetin* rad (cit. u fn. 19, 303 i sled.) to pokazuje sa upućivanjem na tadašnju doktrinu, koja se do danas nije promenila; v. *Medicus*, *Allgemeiner Teils des BGB*⁸ (2002) Rn. 63, 73 ff.; *Brox*, *Allgemeiner Teils des BGB*²³ (1999) Rn. 579, 591 ff; *Köhler*, *BGB Allgemeiner Teil*³¹ (2007) § 17 Rn. 11, § 18 Rn. 1 ff; *Kozio/Welser*, *Bürgerliches Recht I*¹¹ (2000) 44/45.

²⁴ *Reiser*, *Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht*, *Juristenzeitung* 1961, 465 (466/467); *Vodinelić*, cit. u fn. 21, t. 621 i sled.

²⁵ *Krneta*, cit. u fn. 19; v naročito *Vodinelić*, cit. u fn. 21, t. 940, koji naglašava da materijalnopравни pravozaštitni zahtev treba razlikovati od prava na tužbu i jedne teorije u tom okviru, teorije o pravozaštitnom zahtevu.

²⁶ *Medicus*, cit. u fn. 23, Rn. 74.

²⁷ V. *Krneta*, cit. u fn. 19, 306 i sled.

²⁸ Tipičan primer je zaštita od nelojane konkurencije: kako objasniti da trgovac ima zahtev protiv drugog trgovca u slučaju nelojalne konkurencije (čl. 50a Zakona o trgovini), a da se pritom pravo na lojalnu konkurenciju ne shvata kao subjektivno pravo. Up. za pokušaj konstrukcije prava na lojalnu konkurenciju kao subjektivnog prava *Fikenčero*vo shvatanje i kritiku *Rajzera* (*L. Reiser*, cit. u fn. 24, 472 sa daljim upućivanjima).

3. Odnos tereta dokazivanja i zahteva

Na osnovu prethodno rečenog proizilazi jasna razdvojenosti zahteva i tereta dokazivanja. Zahtev je vanprocesna kategorija i on nastaje onda kada je ispunjeno zakonsko činjenično stanje; to je uostalom karakteristika svih drugih subjektivnih prava.²⁹ Celokupna ustanova tereta dokazivanja je na-protiv procesna kategorija i van postupka nema nikakvo dejstvo. Teorije koje su vezivale nastanak materijalnopравnih posledica, pa i nastanak zahteva, za njihovu dokazanost u postupku prevladane su, i, kako se to navodi³⁰, u razmatranju pitanja tereta dokazivanja imaju samo istorijsku ulogu.³¹ Takođe, ovo se ne dovodi u pitanje u domaćoj civilistici.³² Jer, materijalnopравne norme su norme ponašanja adresirane na subjekte prava, a ne na sud.

I pored rečenog, učenje o tužbi u materijalnom smislu koje se u suštini nije odvojilo od akcionopравnog mišljenja utiče u određenoj meri na pogrešno shvatanje odnosa zahteva i tereta dokazivanja. To se pokazuje pri obradi pojedinačnih zahteva, a tipičan primer su svojinski zahtevi, gde se oni izlažu dobrim delom iz vizure parničnog postupka. Zadržavanje doktrine o tužbi u materijalnom smislu, pa bilo ono samo na terminološkom planu zamena za zahtev, nosi sa sobom opasnosti zbog unošenja procesnih elemenata u igru i dovodi do zanemarivanja materijalnopравnog aspekta. Ovde se mogu izdvojiti dve stvari. Prvo, iz stava da npr. vlasnik ima pravo tužbe u materijalnom smislu vrlo lako se dolazi do formulacije, koja se i sreće pri obradi zahteva vlasnika, da je on „ovlašćen na tužbu“³³; uz to ako se doda još ono što se redovno navodi, da vlasnik mora da dokaže svoje pravo svojine, došlo bi se do stava da je vlasnik ovlašćen na tužbu ako dokaže svoje pravo svojine. Takvim konfundiranjem dolazi se do brkanja stvarne legitimacije i procesnih ustanova koje se tiču dopuštenosti tužbe, što može da na praktičnom planu dovede do grešaka. Tako se možda ovakvim formulacijama i može obrazložiti relativno često odbacivanje tužbi zbog nedostatka/nedokazanosti stvarne legitimacije od

²⁹ Pri ovom razmatranju treba ostaviti po strani pitanje prava preobražajnih tužbi (u tom smislu i *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß [1975] 18 Fn. 117) i to naročito spram još uvek spornog pitanja u domaćoj civilistici u pogledu pravne prirode preobražajnih prava.

³⁰ *Uzelac*, cit. u fn. 7, 95.

³¹ Za prikaz ovih teorija i njihovu kritiku v. *Leipold*, cit. u fn. 5, 23 ff; *Musielak*, cit. u fn. 29, 4 ff.

³² Nastanak materijalnopравnih posledica vezuje se za pravnorelevante činjenice, dakle vanprocesno; v. *D. Nikolić*, cit. u fn. 16, t. 360; *Vodinić*, cit. u fn. 21, t. 1334 i sled., naričito t. 1367; *O. Stanković/Vodinić*, Uvod u građansko pravo⁵ (2007) t. 466 i sled.

³³ Tako izričito *Babić*, Građansko pravo, Knj. 2 Stvarno pravo (2012) marg. br. 644 za reivindikacioni zahtev.

strane nižestepenih sudova. Potvrda da je to česta pojava pokazuje učestalost izjašnjavanja, pre svih, revizijskih sudova da nepostojanje zahteva usled nedostatka aktivne/pasivne legitimacije ne može voditi odbacivanju tužbe.³⁴ Isto bi dakle važilo i za nedokazanost. Stoga se barem iz didaktičkih razloga nikako ne može koristiti formulacija koja je posledica učenja o tužbi u materijalnom smislu da je neko ovlašćen na tužbu,³⁵ ili još povrh toga uz uslov da dokaže neke od pretpostavki zahteva. Naprotiv, svako je ovlašćen na tužbu, odnosno na pristup sudu (čl. 32 st. 1 Ustava). Drugo, pretpostavke nastanka npr. reivindikacionog zahteva se ne definišu na opšti način, već se naglasak stavlja na činjenice koje podrazumevaju povredu prava svojine (deposesiranje vlasnika) i pasivnu legitimaciju tuženog (tuženi treba da bude držalac), a potom se neizostavno ističe da će vlasnik (tužilac) uspeti u sporu ukoliko dokaže ove činjenice. Potom se iz čisto procesnog ugla govori o tome da tuženi može istaći prigovore koji zapravo podrazumevaju da tuženi ima pravo da drži stvar, te da on i snosi teret dokazivanja ovih činjenica. Jasno je međutim da zahtev ni ne nastaje ako tuženi ima pravo da drži stvar, tj. da je izostanak protivpravnosti držanja pretpostavka nastanka zahteva. On ne nastaje zato što je tuženi uspeo da dokaže da ima pravo, već nije ni nastao. Spram toga, što je važno za ovu kritiku, ne radi se o prigovoru kao izgrađenom pojmu doktrine o zahtevu, a koja ima potvrdu i u našem pozitivnom pravu – mehanizam kontumacione presude.³⁶

Ono što međutim povezuje zahtev i teret dokazivanja su pravila o distribuciji rizika nedokazanosti i ovaj odnos ima značaj tek kada je dođe do parnice u kojoj je postavljen kondematorni zahtev.³⁷ Prema opštem pravilu raspodela se vrši spram različitih činjeničnih pretpostavki zahteva, jer se različito tretiraju u tom smislu činjenice na osnovu kojih zahtev nastaje i či-

³⁴ *VSS* ISP 12/2009-54; SP 1/2001-81; Rev 1090/99 Bilten VSS 3/1999, 25 (26) = ZSO XXIV-2000-93; ISP 12/1998-75; SP 10/1992-71; *VSH* ZSO III/4-1979-202; *OkS u Novom Sadu* Gž 5441/05 Bilten OkS u Novom Sadu 9 (2006) 34.

³⁵ Treba međutim istaći i da oni koji zastupaju stav o tužbi u materijalnom smislu svesno čine ogradu od ovog problema, pa ističu da nastankom ove tužbe nastaje mogućnost da se neko „osnovano“ (nagl. M. K.) obrati sudu“ (tako *D. Nikolić*, cit. u fn. 16, t. 364).

³⁶ Ako su u tužbi navedene činjenice na osnovu kojih tuženi ima pravo da drži stvar, onda se neće doneti presuda na osnovu propuštanja. S druge strane, da se radi o prigovoru, kao što je prigovor zastarelosti, onda bi u analognoj situaciji ipak bila doneta presuda na osnovu propuštanja; prigovor ne podrazumeva samo iznošenje činjeničnih tvrdnji, već i izjavu volje njegovog titulara u smislu da vrši ovo svoje pravo. Tek tada nastupa dejstvo prigovora. Za kritiku neizrađenosti pojma prigovora u civilistici v. već *Vuković*, *Opći dio građanskog prava* II (1960) t. 963.

³⁷ Uz ogradu da je ovo daleko najčešći slučaj, jer je moguće i da pitanje bude aktuelno kada se npr. traži samo utvrđenje nepostojanja zahteva (utvrđujuća tužba).

njenice koje su sprečile nastanak zahteva, odnosno na osnovu kojih je on prestao (čl. 231 st. 2 i 3 ZPP). Pravila o raspodeli rizika nedokazanosti se prema tome vezuju za različite pravnorelevantne činjenice zahteva, ali bez toga da utiču na njegovo postojanje. S druge strane, a to je izuzetno važno ovde istaći, na osnovu opšteg pravila o teretu dokazivanja dolazi se do zaključka da za uspeh u parnici po kondemantornoj tužbi nije potrebno da se utvrde sve pretpostavke koje govore u prilog postojanju zahteva u vreme presuđenja, već samo one pretpostavke za čije utvrđenje tužilac snosi teret dokazivanja, a to su činjenice na osnovu kojih je zahtev nastao.³⁸ Na taj način, a posredstvom analogne primene pravila o teretu dokazivanja na raspodelu (objektivnog) tereta tvrdnje, određuje se koje su to minimalne činjenične pretpostavke zahteva koje moraju biti prvo navedene, a potom i utvrđene da bi tužilac uspeo u sporu, odnosno određuje se minimalno činjenično stanje (nem. *Mindesttatbestand*).³⁹ Upravo se na takve pretpostavke misli kada se određuje da u tužbi moraju da budu navedene činjenice na kojima tužilac zasniva tužbeni zahtev (čl. 192 st. 1 ZPP), a da je za uspeh tužioca dovoljno da se utvrde samo te činjenice pokazuju mehanizam kontumacionih presuda (čl. 350, 351 ZPP), odnosno izdavanja nedokumentovanog platnog naloga (čl. 456 st. 1 ZPP).⁴⁰ Prema tome, pravila o raspodeli rizika nedokazanosti, iako ne utiču na samo postojanje zahteva, bitno određuju mehanizam ostvarenja zahteva u sudskom postupku. U tome se sastoji odnos zahteva i tereta dokazivanja.

III. Nedoizvoljenost imisija kao pretpostavka stvarnopravnog zahteva za prestanak imisija

1. Protivpravnost uznemiravanja vlasnika kao pretpostavka svojinskog zahteva

Svojina kao subjektivno pravo podrazumeva najširu pravnu vlast na stvari, pa u tom smislu sadrži ovlašćenja držanja, upotrebe i otuđenja stvari (čl. 3 st. 1 Zakona o osnovama svojinskopравnih odnosa⁴¹);

³⁸ Primera radi, u parnici gde se zahteva isplata duga da bi se usvojio zahtev neophodno je da se utvrdi nastanak duga i dospelost, a neisplaćenost duga iako nesporno učitiće na postojanje duga ne treba u tu svrhu utvrđivati. Sasvim je druga situacija ako se iznese tvrdnja o isplati, jer tada se i to mora utvrditi. Ipak, ovim se ne dira ništa u rečeno opšte pravilo.

³⁹ U tom smislu v. *Prütting*, cit. u fn. 7, § 286 Rn 114.

⁴⁰ Utvrditi činjenice znači utvrditi ih na procesnopravno predviđen način, a to je za ove slučajeve uzimanje navoda tužbe za činjeničnu podlogu presuđenja.

⁴¹ Sl. list SFRJ 6/80, 36/90; Sl. list SRJ 29/96; Sl. glasnik RS 115/2005, u daljem tekstu ZOSO.

ona je apsolutno pravo (*arg.* čl. 3 st. 2 ZOSO). Da bi se omogućilo funkcionisanje svojine kao subjektivnog prava u slučaju njene povrede, nastaju zahtevi koji imaju za cilj otklanjanje povrede. Radi se o dva zahteva, a oni se razlikuju prema načinu povrede prava svojine: tzv. reivindikacioni, koji nastaje onda kada se stvar bez pravnog osnova nalazi kod drugog lica (čl. 37 st. 1 ZOSO), i negatorni, koji nastaje onda kada se vlasnik uznemirava u korišćenju stvari, a za takvo uznemiravanje ne postoji pravni osnov (čl. 42 st. 1 ZOSO).⁴² Bitan element oba zahteva jeste povreda prava svojine. Ona postoji, kako je već istaknuto, onda kada je povređeno jedno od ovlašćenja iz prava svojine i to tako što je zasnovano stanje protivpravno.⁴³ Naglasak je na protivpravnosti stanja, a ne same radnje koja je dovela do takvog stanja. Dakle, bitno je da vlasnik ne može da vrši sva ovlašćenja iz prava svojine koja ima *u tom trenutku*, što upućuje na pitanje da li vlasnik uopšte ima puno pravo svojine, ili postoje određena ograničenja (npr. držalac je zakupac stvari; lice koje prelazi preko zemljišta vlasnika ima pravo službenosti prolaza).

Povreda ovlašćenja mirnog i neograničenog korišćenja stvari ima za posledicu nastanak tzv. negatornog zahteva. U akcionopravnom stilu on je u čl. 42 st. 1 ZOSO predviđen na sledeći način: [a]ko treće lice neosnovano uznemirava vlasnika ili pretpostavljenog vlasnika na drugi način a ne oduzimanjem stvari, vlasnik, odnosno pretpostavljeni vlasnik, može tužbom zahtevati da to uznemiravanje prestane. Za razliku od redakcije reivindikacionog zahteva, ovde se izričito spominje kao pretpostavka zahteva i „neosnovanost“ uznemiravanja, što podrazumeva protivpravnost zasnovanog stanja radnjom ili propuštanjem trećeg lica. U svakom slučaju, negatorni zahtev, kao i revindikacioni, nastaje samo ako postoji navedena protivpravnost. Kao što je gore već rečeno, ponegde u literaturi se pri obradi svojinskih zahteva, pa i negatornog, ne spominje ova pretpostavka nastanka zahteva, već se spominje samo kao pitanje odbrane tuženog i tereta dokazivanja;⁴⁴ uz to, gotovo neizostavno se celokupna obrada zahteva sagledava iz vizure parničnog postupka u skladu sa shvatanjem tužbe u materijalnom smislu.

⁴² Ovde svesno ostavljamo po strani tzv. publicijanski zahtev (čl. 41 ZOSO)

⁴³ Pod zasnovanim stanjem ovde podrazumevamo i uznemiravanje prava svojine koje se zaista ne sastoji u zasnovanom stanju, već u ponavljanju radnji i opasnosti od ponavljanja takvih radnji, jer i to ima značaj „stanja“.

⁴⁴ O. Stanković/Orlić, *Stvarno pravo*⁹ (1996), t. 423.

2. Svojinski zahtev za prestanak imisija: samostalni svojinski zahtev ili izraz negatornog zahteva?

U članu 5 st. 1 ZOSO predviđena je dužnost vlasnika nepokretnosti da se pri korišćenju nepokretnosti uzdržava od radnji i da otklanja uzroke koji potiču od njegove nepokretnosti, kojima se otežava korišćenje drugih nepokretnosti (prenošenje dima, neprijatnih mirisa, toplote, čadi, potresa, buke, oticanja otpadnih voda i sl.) preko mere koja je uobičajena s obzirom na prirodu i namenu nepokretnosti i na mesne prilike, ili kojima se prouzrokuje znatnija šteta. Ova odredba se najpre određuje kao izraz ograničenja prava svojine u kontekstu susedskih prava, i to najvažnijeg vida.⁴⁵ Vlasnik ne može da vrši ovlašćenje korišćenja u punom kapacitetu, jer je on dužan da ne „stvra“ imisije preko dozvoljene granice. Međutim, postavlja se pitanje da li ova norma ima značaj norme zahteva u smislu da propisuje poseban zahtev, ili se radi samo o tzv. pomoćnoj normi u smislu negatornog zahteva iz čl. 42 st. 1 ZOSO. Ovde treba napomenuti da to što sama redakcija čl. 5 st. 1 ZOSO u smislu da se ne spominje pravo vlasnika nepokretnosti da zahteva prestanak imisija ne treba da bude nikakav argument za stav da se ne radi o normi zahtevu.⁴⁶

U literaturi se zauzima gotovo jedinstven stav da povreda dužnosti iz čl. 5 st. 1 ZOSO dovodi do negatornog zahteva, odnosno da nedozvoljene imisije imaju značaj uznemiravanja vlasnika kao pretpostavke nastanka negatornog zahteva.⁴⁷ Štaviše, naglašava se da je to jedan od naj-

⁴⁵ O. Stanković/Orlić, cit. u fn. 44, t. 643; Kovačević Kuštrimović/Lazić, Stvarno pravo (2006) t. 222 i sled.; D. Stojanović, Stvarno pravo⁹ (1998) 62; Babić, cit. u fn. 33, marg. br. 600 i sled.; isto tako i u nemačkoj doktrini za § 906 BGB (Schwab, Sachenrecht²² [1989] § 25 II), kao i u austrijskoj za § 362 st. 2 ABGB (Kozioł/Welser, cit. u fn. 23, 249 f).

⁴⁶ Norme koje propisuju zahteve ne moraju da budu redigovane tako da se izričito priznaje nekom licu zahtev ili pravo da od drugog nešto zahteva, već one mogu da budu predviđene i kao dužnost nekog lica prema drugom, pa da ponašanje protivno takvoj dužnosti ustanovljava zahtev (Brox, cit. u fn. 23, Rn. 602).

⁴⁷ O. Stanković/Orlić, cit. u fn. 44, t. 419; D. Stojanović, cit. u fn. 45, 164; Kovačević Kuštrimović/Lazić, cit. u fn. 45, t. 222; Petrušić, Gradanskopravni instrumenti ekološke zaštite u domaćem pravu, u Kovačević Kuštrimović (ur.), Gradanska kodifikacija, Sv. 2 (2003) 339 (345); D. Popov, Nedopuštene imisije i zaštita životne sredine, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu XLVI/4 (2012) 69 (73); M. Salma, Tužbe za otklanjanje susedskih imisija, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu XLV/3 (2011) 335 (338). Isto i u nemačkoj doktrini povodom odnosa §§ 906 i 1004 BGB (Bassenge in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch⁵⁹ [2000] § 906 Rn 21, § 1004 Rn 34). Što se tiče stanja u Austriji, poznato je da ABGB uopšte izričito ne predviđa negatorni zahtev, ali se on putem analogije svakako priznaje (Kozioł/Welser, cit. u fn. 23, 308/309).

češćih slučajeva negatornog zahteva.⁴⁸ Ovom stavu se treba prikloniti, jer uznemiravanje iz čl. 42 st. 1 ZOSO svakako podrazumeva i nemogućnost da vlasnik vrši ovlašćenje upotrebe stvari u punom kapacitetu, pošto ga pogađaju imisije koje potiču sa drugih nepokretnosti. Za ovu konstrukciju je važnije kvalifikovati normu čl. 5 st. 1 ZOSO kao pomoćnu normu u odnosu na čl. 42 st. 1 ZOSO kao normu negatornog zahteva. Naime, postavljeni standardi u čl. 5 st. 1 ZOSO koji određuju kada je imisija nedozvoljena imaju upravo značaj protivpravnosti kao uslova nastanka negatornog zahteva; oni služe kao merilo određivanja „neosnovanosti uznemiravanja“ vlasnika kao pretpostavke nastanka ovog zahteva. U tom smislu pojam nedozvoljenih imisija ima funkcionalni karakter u odnosu na negatorni zahtev, i to je njegova u praktičnom smislu jedina uloga.

3. Zaključak za III.

Svojinski zahtev za prestanak imisija koje potiču sa druge nepokretnosti predstavlja negatorni zahtev, što znači da on nastaje ako se radi o nedozvoljenim imisijama kao pojavnom obliku protivpravnog uznemiravanja svojine.

IV. Teret dokazivanja nedozvoljenih imisija

1. Stav literature

U literaturi se retko izričito zauzima stav povodom pitanja tereta dokazivanja činjenica koje ulaze u pojam nedozvoljenih imisija. Međutim, kako je već rečeno da se zahtev za prestanak imisija tretira kao negatorni zahtev, pri čemu nedopuštenost imisija odgovara protivpravnosti uznemiravanju vlasnika, većina nauke se ipak izjašnjava i o ovom pitanju. Dakle, iz stavova o teretu dokazivanja činjenica protivpravog uznemiravanja vlasnika mogu se prepoznati stavovi i u pogledu pitanja tereta dokazivanja nedozvoljenih imisija. U tom smislu su prisutna dva stava.

Po prvom teret dokazivanja pada na imitenta, jer on „mora da dokaže da se radi o dopuštenim imisijama“. Ovaj stav je prisutan kako pre donošenja ZOSO⁴⁹, tako i nakon, i predstavlja većinsko shvatanje.⁵⁰ U osno-

⁴⁸ D. Stojanović, cit. u fn. 45, 165.

⁴⁹ D. Stojanović, Građanskopravna sredstva u borbi protiv zagađivanja vazduha i vode (1975) 75, 101.

⁵⁰ Vizner, Komentar Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima (1980) 291; O. Stanković/Orlić, cit. u fn. 44, t. 423; Rašović, Komentar Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa (2007) 563, 564, 568; Kovačević Kuštrimović/Lazić, cit. u fn. 45, t. 416 *in fine*.

vi argumentacija je u pretpostavci neograničenosti prava svojine, u tom smislu da je ona slobodna od bilo kakvih ograničenja, s obzirom da se radi o najširoj pravnoj vlasti na stvari; sva ograničenja, pa u ovom kontekstu i dužnost trpljenja imisija, mora da dokaže imitent.⁵¹ Bitno je da se istakne da u procesnopravnom smislu ovo shvatanje formuliše temu dokazivanja pozitivno, jer treba da se utvrditi da postoje činjenice na osnovu kojih imitent ima pravo na imisije.

Po drugom mišljenju, teret dokazivanja pada na imaoca zahteva (tužioca), pa on treba da dokaže da imitent nema pravo na takve imisije.⁵² Tako shvatamo i *Petrušić*, kada ističe da je posebno otežavajuća okolnost da tužilac u parnici u kojoj zahteva zaštitu od imisija na osnovu čl. 42 ZOSO upravo snosi teret dokazivanja svih relevantnih činjenica – da je vlasnik, da se imisija dogodila i da je nedopuštena, tj. da je prekomerna ili da prouzrokuje štetu, te kada predlaže *de lege ferenda* da se izričito predvidi da je teret dokazivanja na emitentu.⁵³ Obrnuto od većinskog shvatanja, ovde se dokazna tema postavlja negativno u smislu da treba utvrditi nepostojanje činjenica na osnovu kojih postoji pravo imitenta. Uz to, razlika u odnosu na većinsko shvatanje je i ta da se ne daje nikakva argumentacija.

2. Kritika literature i postavljanje problema

Za oba izložena shvatanja može se uputiti ista kritika, a to je da se problem raspodele tereta dokazivanja rešava izolovano od matice diskusija o opštem pravilu raspodele rizika nedokazanosti, a to je kod nas kao i u uporednom pravu nauka procesnog prava. Uz to, što je i mnogo važnije, zanemaruje se od 2004. g. izričito zakonsko pravilo o raspodeli rizika nedokazanosti (čl. 231 st. 2 i 3 ZPP). Ova kritika se međutim uklapa u širi kontekst, a to je da se u nauci građanskog prava i opšta raspodela rizika nedokazanosti razmatra izolovano od uspostavljene doktrine u procesnom pravu. U tom smislu opšte je mesto da u parničnom postupku teret doka-

⁵¹ *O. Stanković/Orlić*, cit. u fn. 44, t. 423; *Rašović*, cit. u fn. 50, 563, 564, 568; *Kovačević Kuštrimović/Lazić*, cit. u fn. 50, t. 416 *in fine*. Ovo shvatanje prisutno je i u austrijskoj teoriji (v. *Gschnitzer*, *Sachenrecht* [1968] 129: „pretpostavka slobode svojine“), dok se u praksi revizijskog suda (*OGH*) isti rezultat danas pravda samo pozivanjem na ustaljenu praksu (8 Ob 128/09w *Juristische Blätter* 2011, 234 [242] = SZ 2010/112: pozivanje na sentencu *RS0010474* koja seže sve do 1937. g.).

⁵² *Babić*, cit. u fn. 33, marg. br. 656 za protivpravnost uznemiravanja uopšte.

⁵³ Cit. u fn. 47, 348, 360. Ovde se autor poziva na isti takav predlog *D. Stojanovića* još iz 70tih godina 20. veka. Ipak, sam *Stojanović* se već pre takvog predloga izjasnio da teret dokazivanja dopuštenosti imisija pada na imitenta (v. fn. 49).

zivanja snosi ona stranka koja nešto tvrdi.⁵⁴ Međutim, ovakvo formulisano pravilo je višeznačno, a najviše podseća na napušteno pravilo da samo onaj koji nešto tvrdi u pozitivnom smislu ima teret dokazivanja, a ne onaj koji tvrdi da nešto ne postoji, odnosno kraće da se negativne činjenice ne dokazuju i da se sleđstveno tome ne može snositi teret dokazivanja za negativne činjenice.⁵⁵ Da se negativne činjenice dokazuju i da stranka može na kraju snositi teret dokazivanja i za njih, pokazuju primeri gde je jedna negativna činjenica pretpostavka nastanka zahteva i za koju rizik nedokazanosti snosi imalac zahteva (tužilac).⁵⁶ To je i u skladu sa uspostavljenom doktrinom o raspodeli rizika nedokazanosti i zakonskog pravila, a sasvim je drugo pitanje kako se ove činjenice dokazuju.⁵⁷ Takođe, nije neuobičajeno da obe stranke u pogledu jednog stvarnog događaja iznose svoje verzije, dakle u oba slučaja iznose pozitivne činjenice. Međutim, u procesnopravnom smislu, samo jedan od tih navoda je tvrdnja, a drugi je osporavanje,⁵⁸ a teret dokazivanja će po pravilu imati ona stranka čiji se navod smatra tvrdnjom. Prema tome, pravilo po kojem „ko tvrdi treba i da dokaže“, ne govori još ništa.

Izložena kritika upućuje na postavku problema. Odgovor na pitanje ko snosi rizik nedokazanosti činjenica u pogledu nedozvoljenosti imisija može biti rešeno samo spram opšteg pravila o raspodeli rizika nedokazanosti iz ZPP, s obzirom da ne postoje posebna pravila o raspodeli za negatorni zahtev.

3. Sopstveno mišljenje

A. Rekonstrukcija tzv. teorije norme iz ZPP kao polazna tačka

Opšte pravilo o distribuciji rizika nedokazanosti iz ZPP predstavlja rezultat tzv. teorije norme koju je zaokružio i temeljno fundirao *Leo Rosenberg* (*Leo Rosenberg*), ali koja je danas modifikovana i kao takva je

⁵⁴ *Gams/Durović*, cit. u fn. 16 t. 520; *D. Nikolić*, cit. u fn. 16, t. 721; *Kovačević Kuštrimović/Lazić*, cit. u fn. 16, 390.

⁵⁵ Za napuštanje ovog shvatanja v. već *Dođević*, *Teorija Građanskog sudskog postupka II*² (1923) t. 461, 469.

⁵⁶ Npr. zahtevi koji nastaju na osnovu toga što je jedno lice povredilo jednu svoju dužnost činjenja (*Poznić*, cit. u fn. 8, 559 sa daljim konkretnim primerima). Tako u rezultatu i *VKS* za zahtev za naknadu štete protiv države zbog nepravilnog rada državnih organa: na tužiocu je teret tvrdnje i rizik nedokazanosti činjenica koje grade standard nepravilnog rada (Rev 1537/10 Glasnik AKV 3-4/2013, 195 [196]).

⁵⁷ Up. *Poznić*, cit. u fn. 8, 559; *Rechberger/Simotta*, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrecht*⁷ (2009) Rz 761.

⁵⁸ Za kompleksnost razgraničenja pojmova tvrdnje i osporavanja, a zbog važenja raspravnog načela u parničnom postupku, up. iscrpno *Musielak*, cit. u fn. 29, 52 ff.

vladajuća u Nemačkoj, Austriji i Švajcarskoj.⁵⁹ U okruženju u kojem je nastala i u kojoj se primenjuje ona važi kao „prećutno zakonsko pravilo“, s obzirom da ono nije uopšte izričito regulisano.⁶⁰ Sumarno teorija norme podrazumeva da svaka stranka snosi rizik nedokazanosti za činjenice koje joj idu u prilog, odnosno da snosi rizik nedokazanosti činjeničnih pretpostavki norme koja joj ide u prilog.⁶¹ Međutim, ovo je uprošćena formula, jer on ne kaže koja je norma (ili njen element!) povoljna za jednu stranku i zašto.⁶² Dalja razrada dovodi do konkretnog opšteg pravila, koje je i usvojeno kod nas: stranka koja se poziva na postojanje prava snosi rizik nedokazanosti činjenica na osnovu kojih je pravo nastalo, a stranka koja negira postojanje prava snosi rizik nedokazanosti činjenica koje su sprečile nastanak prava ili koje su dovele do prestanka.⁶³ Dakle, rizik nedokazanosti se vezuje za različite pravnorelevantne činjenice. Prihvatajući *Uzelčevu* terminologiju, radi se o konstitutivnim (one na osnovu kojih je pravo nastalo; nem. *rechtsbergründende Tatsachen*), imeditivnim (one koje su sprečile nastanak prava; nem. *rechtshindernde Tatsachen*) i ekstintivnim činjenicama (one na osnovu kojih je pravo prestalo da postoji; nem. *rechtsvernichtende Tatsachen*).⁶⁴

Raspodela rizika nedokazanosti spram navedenih činjenica, dakle, sama teorija norme, kod nas do danas nije izazvala posebnu pažnju, iako je ona prisutna i pre donošenja ZPP 04. Ona je smatrana kao prećutno zakonsko pravilo, stim da dalje nije razrađivana do krajnjih granica.⁶⁵ To se može smatrati za razumljivo s obzirom na tadašnje stanje u pogledu tereta dokazivanja uopšte. Napori nauke bili su usmereni ka obrani teze da uopšte može doći do primene pravila o teretu

⁵⁹ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, cit. u fn. 10, § 115 Rn. 1 ff; *Rechberger* in *Rechberger* (Hrsg.), *Kommentar zur ZPO*³ (2006) vor § 266 Rz 11; *Leuenberger/Uffer-Tobler*, *Schweizerisches Zivilprozessrecht* (2010) N 9.13.

⁶⁰ Izuzetak je u Švajcarskoj, gde postoji izričito zakonsko opšte pravilo („Tamo gde zakon ništa drugo ne određuje, postojanje činjenice koja je izneta ima da dokaže onaj koji iz nje izvodi pravo“ [Art. 8 ZGB]), ali koje je protumačeno i dograđeno upravo spram kriterijuma teorije norme; to pokazuje jasno određivanje sadržaja ove odredbe u smislu teorije norme (up. *Leuenberger/Uffer-Tobler*, cit. u fn. 59, N 9.13).

⁶¹ *Rosenberg*, cit. u fn. 8, 98/99.

⁶² *Jauernig*, cit. u fn. 10, § 50 IV 1; up. *Rosenberg*, cit. u fn. 8, 99.

⁶³ V. fn. 59.

⁶⁴ Ovu terminologiju *Uzelac* preuzima spram italijanske terminologije (cit. u fn. 7, 104 fn. 235). Što se tiče korišćenja za srpsko govorno područje, čini se da je bolje da se preuzme takva terminologija u odnosu na moguć prevod sa nemačkog, po kojem bi konstitutivne činjenice bile pravnostvarajuće, imeditivne pravnosprečavajuće, a ekstintivne pravnoukidajuće činjenice.

⁶⁵ Up. *Poznić*, *Građansko procesno pravo*¹³ (1993) t. 442, koji s pozivom na *Rosenberga* izlaže opšte pravilo raspodele u smislu teorije norme.

dokazivanja, tj. da je *non liquet* moguć u parničnom postupku, što je bilo negirano od sudske prakse.⁶⁶ Međutim, nakon ZPP 2004 kada je to izričito zakonsko pravilo, pažnju ne izaziva razlikovanje navedenih činjenica, iako je to od presudnog značaja za presuđenje na osnovu tereta dokazivanja.⁶⁷ Čini se tako da je recipiran gotov proizvod, ali bez uputstva za upotrebu.⁶⁸

Ključ rešavanja problema distribucije rizika nedokazanosti je u razlikovanju konstitutivnih, imeditivnih i ekstintivnih činjenica. Prema *Rozenbergu* samo materijalno pravo u supstancijalnom smislu daje osnov za njihovo razlikovanje – takve se činjenice već prema svom materijalno-pravnom dejstvu razlikuju. To svakako nije teško zaključiti u pogledu ekstintivnih činjenica, jer njihovim nastupanjem postojeće pravo prestaje (npr. isplata duga); uz to, takve činjenice nije teško razlikovati od konstitutivnih i imeditivnih, jer one nastupaju u kasnijem trenutku od nastanka prava. Međutim, razlikovanje konstitutivnih i imeditivnih činjenica je već prema poslednjem kriterijum nemoguće, s obzirom da one nastupaju u istom trenutku. Linija njihovog razgraničenja je odnos pravilo-izuzetak, po kojem bi konstitutivne činjenice bile pravilo, a imeditivne izuzetak. Odnos pravilo-izuzetak prema *Rozenbergu* se prepoznaje spram konstrukcije/redakcije norme (tzv. *Satzbaulehre*). Imeditivne činjenice su prema tome redigovane tako da dolaze pre ili nakon nabiranja konstitutivnih, i to u formi „osim ako“, „izuzev“, ili u formi posebne rečenice koja sleduje, koja navodi jednu (ili više) činjenica pri čijem postojanju pravo ne nastaje.⁶⁹ ⁷⁰ U tom smislu se do odgovora na pitanje dolazi tumačenjem ma-

⁶⁶ Sudska praksa s pozivom na „dužnost suda da utvrdi istinu“ tada isključuje mogućnost da jedna činjenica ostane nedokazana (*VSM*, cit. kod *Poznića* cit. u fn. 8, 583; *VSV* Rev 84/90 Glasnik AKV 7-8/1990, 54 = SP 6/90-95; Gž 864/69 Bilten VSS 17 (1970) 27 = Glasnik AKV 2/1970, 25). Za prikaz stavova tadašnje literature v. *Uzelac*, cit. u fn. 7, 274 i sled.; *Cini*, Sistematika učenja o teretu dokazivanja u jugoslavenskoj nauci građanskog procesnog prava, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu 40 (1990) 289 (293 i sled.).

⁶⁷ U komentarima sadašnjeg ZPP za objašnjenje konstitutivnih, imeditivnih i ekstintivnih činjenica (čl. 231 st. 2 i 3) nudi se samo reprodukcija same odredbe (up. *Petrusić/Simonić*, Komentar Zakona o parničnom postupku [2011] 492; *Kozar*, Komentar Zakona o parničnom postupku [2011] 312); suprotno u udžbenicima se daju određene smernice za navedenu distinkciju (up. *Poznić/Rakić-Vodinelić*, cit. u fn. 10, t. 470 i sled., 557 i sled.; *Jakšić*, cit. u fn. 12, t. 2435 i sled.)

⁶⁸ Zaslugu za zakonsko recipiranje teorije norme treba pripisati *Pozniću*, koji 1996. g. u svom programskom radu izričito predlaže usvajanje teorije norme (Da li je potrebna reforma jugoslovenskog parničnog zakonodavstva, Pravni život 1-2/1996, 67 [76]).

⁶⁹ *Rosenberg*, cit. u fn. 8, 126. Ovo razlikovanje nalazi svoj izraz i u opštoj teoriji prava, gde se norme koje sadrže imeditivne činjenice (makar to bile i samo rečenice jedne odredbe) nazivaju ograničavajućim, i to u odnosu na primarnu normu; takva tehnika se

terijalnopravne norme.⁷¹ Uz to, osim što razlikovanje konstitutivnih i im-peditivnih činjenica ima značaj za distribuciju rizika nedokazanosti, one imaju i različita materijalnopravna dejstva.⁷²

Stavovi *Rozenberga* su vremenom revidirani, što je dovelo do uspo-stavljanja tzv. modifikovane teorije norme. Što se tiče ovog rada, značaj-na je modifikacija u pogledu razlikovanja konstitutivnih i im-peditivnih či-njenica. Osnovni prigovor je da one nemaju različito materijalnopravno dejstvo. U tom smislu sasvim je svedjedno da li je jedna činjenica konstitu-tivna ili je njena kontradiktorna suprotnost im-peditivna – u svakom sluča-ju pravna posledica može da nastupi samo su ispunjene sve pretpostavke norme, bilo pozitivne bilo negativne.⁷³ Drugim rečima, to su sve konstitu-tivne činjenice, jer od njih zavisi nastanak prava. Kao primer može da po-služi upravo problem ovog rada: spram nastanka zahteva za prestanak imisija nebitno je da li je nedozvoljenost imisija konstitutivna činjenica, ili je dozvoljenost imisija im-peditivna, jer u svakom slučaju zahtev nasta-je ako su imisije nedozvoljene, a ne nastaje ako nisu. Ove činjenice imaju samo značaj za distribuciju rizika nedokazanosti, ali upravo zbog toga što one nemaju različito materijalnopravno dejstvo, posredstvom opšteg pra-vila dolazi do beskorisne formule: „onaj koji osporava postojanje prava snosi teret dokazivanja činjenica na osnovu kojih pravo nastaje, a za koje on snosi teret dokazivanja.“⁷⁴ Međutim, modifikovana teorije norme se ne odriče pojma im-peditivnih činjenica i on se zadržava, ali samo u smislu značenja za distribuciju rizika nedokazanosti. Radi se o činjenicama na osnovu kojih pravo nastaje, ali za koje rizik nedokazanost snosi onaj koji osporava postojanje prava; koje su to konkretne činjenice može biti ili iz-

pravda potrebom da norme budu što jasnije formulisane, ali i raspodelom tereta dokaziva-nja (*Larenz, Methodentlehre der Rechtswissenschaft*⁴ [1979] 242 f).

⁷⁰ Dobar primer za to je kod nas pravo stanovanja (*habitatio*) iz čl. 194 Porodičnog zakona, gde se u st. 1 prvo određuje da „[d]ete i roditelj koji vrši roditeljsko pravo imaju pravo stanovanja na stanu čiji je vlasnik drugi roditelj deteta ako dete i roditelj koji vrši roditeljsko pravo nemaju pravo svojine na useljivom stanu.“, da bi se potom u st. 3 odre-dilo da „[n]emaju pravo stanovanja dete i roditelj ako bi prihvatanje njihovog zahteva za pravo stanovanja predstavljalo očiglednu nepravdu za drugog roditelja“. Postojanje oči-gledne nepravde je im-peditivna činjenica, jer prema konstrukciji norme ima značaj izuzet-ka, pa u parnici radi uspostavljanja ovog prava tuženi snosi rizik nedokazanosti činjenica u pogledu pravnog standarda očigledne nepravde. Tako i sudska praksa u rezultatu, s ob-zirom da ne spominje podelu činjenica na konstitutivne i im-peditivne, tj. zakonsko odred-be (*AS u Nišu* GŽ 41/11 Bilten AS u Nišu 2/2011, 27).

⁷¹ *Rosenberg*, cit. u fn. 8, 130. Ovu misao sledi i *Poznić*, cit u fn. 8, 567.

⁷² *Rosenberg* cit. u fn. 8, 132 ff.

⁷³ *Leipold*, cit. u fn. 5, 38 ff sa daljim upućivanjima.

⁷⁴ *Leipold*, cit. u fn. 5, 42, sa upućivanjima u fn. 23 koja označavaju samu teoriju norme kao *petitio principii*, kao samozavaravanje, ili kao cirkularno zaključivanje.

ričito rečeno, ili prećutno u formi jezičke konstrukcije norme.⁷⁵ Dakle, preuzima se kriterijum razlikovanja u odnosu na konstitutivne činjenice, a to je odnos pravilo-izuzetak, ali sa modifikovanjem *Rozenbergovog* shvaćanja. Konstrukcija norme nije jedini metod određivanja šta je pravilo a šta izuzetak, odnosno do odgovora na to pitanje ne može se doći isključivo gramatičkim tumačenjem.⁷⁶ On je polazni koji dopušta korekcije u spornim situacijama, kada se do utvrđenja kategorije činjenice dolazi smislenim tumačenjem vrednovanja materijalnog prava i merodavnim stvarnim razlozima za raspodelu rizika nedokazanosti.⁷⁷ Mogući stvarni razlozi su brojni.⁷⁸ U svakom slučaju, redakcija norme je polazna tačka, jer se time i manifestuje svesna volja zakonodavca da kroz redakciju norme u smislu pravila i izuzetka distribuiše i rizik nedokazanosti, što je primer sa *BGB*.⁷⁹ Problem nastaje u spornim situacijama, koje mogu nastati kao kod svakog jezičkog tumačenja,⁸⁰ a naročit slučaj koji se mora istaći je kada zakonodavac nije svestan da upravo na taj način utiče na raspodelu rizika nedokazanosti.

U svakom slučaju, baš kao i klasična teorija, i modifikovana teorija norme isključuje zauzimanje stava povodom kvalifikacije činjenice samo za konkretan slučaj, i to s pozivom na eventualno pravičnost, konkretnu verovatnost i sl.⁸¹

B. Klasifikacija nedozvoljenih imisija u smislu tereta dokazivanja

Nedozvoljenost imisija kao pretpostavka nastanka negatornog zahteva svakako spada u kategoriju ili konstitutivnih, ili impeditivnih činjenica; ona mora da postoji da bi zahtev nastao, a ako ne postoji, zahtev ne nastaje. Prema tome, odgovor na pitanje ko snosi teret dokazivanja nedozvoljenosti imisija zavisi primarno od toga da li se radi o jednoj ili drugoj vrsti činjenica, a to znači da je od značaja upotreba kriterijuma konstrukcije norme.

Redakcija čl. 42 st. 1 ZOSO kao norme negatornog zahteva govori u prilog tome da se radi o konstitutivnoj činjenici. U konstrukciji rečenice nema prepoznatljivih gramatičkih formulacija koje bi ukazivale da se radi o impeditivnoj činjenici, što bi bio slučaj da se odredba formulisala na

⁷⁵ *Leipold*, in Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 4²² (2008) § 286 Rn. 65.

⁷⁶ V. *Uzelac*, cit. u fn. 7, 181 i sled. sa daljim upućivanjima.

⁷⁷ *Up. Prütting*, cit. u fn. 7, § 286 Rn. 117.

⁷⁸ V. *Prütting*, cit. u fn. 7, § 286 Rn. 116 ff.

⁷⁹ *Leipold* in Stein/Jonas, cit. u fn. 75, § 286 Rn 84 f.

⁸⁰ *Prütting*, cit. u fn. 7, § 286 Rn 115.

⁸¹ V. *Prütting*, cit. u fn. 7, § 286 Rn 120 ff.

sledeći način: ako treće lice uznemirava vlasnika ili pretpostavljenog vlasnika na drugi način a ne oduzimanjem stvari, vlasnik, odnosno pretpostavljeni vlasnik, može tužbom zahtevati da to uznemiravanje prestane, *osim ako je uznemiravanje osnovano*.⁸² U postojećoj redakciji negacija (nepostojanje činjenica na osnovu kojih je uznemiravanje osnovano) je gramatički formulisana tako da ne uslovljava/isključuje nastupanje pravne posledice (nastanak zahteva) u prepoznatljivoj formi izuzetka, što upućuje prema primarnom kriterijumu teoriji norme na zaključak da se radi o konstitutivnoj negativnoj činjenici.⁸³ U tom smislu, tužilac snosi rizik nedokazanosti nedozvoljenih imisija.

Gornji rezultat se međutim ne može bez rezervi prihvatiti, i to spram modifikovane teorije norme. Pitanje je da li je zakonodavac pri formulisanju čl. 42 st. 1 ZOSO bio svestan da time vrši i raspodelu rizika nedokazanosti. Sumnju izaziva odnos ovakvog rezultata sa raspodelom rizika nedokazanosti iste pretpostavke reivindikacionog zahteva. Napred je već rečeno da je protivpravnost stanja u odnosu na ovlašćenje iz prava svojine zajednička pretpostavka i za reivindikacioni zahtev, i za negatorni. Kod reivindikacionog zahteva se on manifestuje kao protivpravnost državine držaoca. Prema jedinstvenom stavu radi se o impeditivnoj činjenici.⁸⁴ Takav zaključak se može opravdati spram načina regulisanja ovog zahteva: izričito se propisuje da na vlasnika pada rizik nedokazanosti činjenica na osnovu kojih je on postao vlasnik i činjenice držanja stvari kod protivnika zahteva, dok se uopšte ne spominje pitanje protivpravnosti držanja. Stoga se može *a contrario* zaključiti da za tu pretpostavku rizik nedokazanosti snosi držalac. Isto tako, a to je odlučan argument, ovaj zaključak se može opravdati opštom postavkom raspodele rizika nedokazanosti isključenja protivpravnosti nekog stanja, koje bi inače dovelo do nastanka prava.⁸⁵ U tom smislu npr. na štetnika pada teret dokazivanja da postoji neki osnov isključenja protivpravnosti (npr. nužna odbrana), na osnovu kojeg nije ni nastao zahtev za

⁸² Takva je situacija u Nemačkoj (*BGB*), s obzirom da nakon definicije negatornog zahteva (§ 1004 st. 1) sledi posebna odredba koja ga isključuje onda kada uznemiravanje nije protivpravno (§ 1004 st. 2). Na osnovu toga je spram teorije norme nesporno da se radi o impeditivnoj činjenici (v. *M. Wolf, Sachenrecht*²² [2006] Rn. 33; *Bassenge* in Palandt, cit. u fn. 47, § 1004 Rn. 31; izričito u pogledu dozvoljenosti imisija standardna praksa revizijskog suda [*BGH*]: V ZR 217/03 Neue Juristische Wochenschrift 2004, 1317; BGHZ 153, 33; BGHZ 120, 139).

⁸³ Za klasifikaciju činjenice u takvoj gramatičkoj situaciji kao konstitutivne *Leipold*, cit. u fn. 5, 56.

⁸⁴ Tuženi snosi teret dokazivanja: *O. Stanković/Orlić*, cit. u fn. 44, t. 401; *Vizner*, cit. u fn. 50, 264/265; *Kovačević Kuštrimović/Lazić*, cit. u fn. 45, t. 400; *Babić*, cit. u fn. 33, marg. br. 647.

⁸⁵ Up. *Leipold* in Stein/Jonas, cit. u fn. 75, § 286 Rn 92.

naknadu štete. Zabrana povređivanja svojine postoji (čl. 3 st. 2 ZOSO), i nju treba posmatrati u ovom kontekstu kao opštu zabranu preduzimanja bilo kojih radnji koje dovode do stanja kojima se uznemirava vlasnik u vršenju svojih ovlašćenja. Na osnovu toga, pravilo je da svakom takvom radnjom nastaje svojinski zahtev; on bi bio priznat čak i da nema posebnih odredaba o njemu. Suprotno, izuzetak je postojanje razloga za isključenje protivpravnosti uznemiravanja. U tom smislu je i izostanak protivpravnosti uznemiravanja za oba svojinska zahteva impeditivna činjenica – ona sprečava nastanak svojinskog zahteva.

Ako se ovo ima u vidu, onda nedostaju stvarni razlozi za drugačije tretiranje protivpravnosti kod negatornog zahteva. Razlikovanje ova dva zahteva je samo u tome što se oni odnose na povrede različitih ovlašćenja vlasnika. Kvalitativna razlika između povreda ne postoji u smislu da bi deposesiranje vlasnika bilo značajnije od uznemiravanja, pa da bi rizik nedokazanosti protivpravnosti povreda bio različit. Odatle proizilazi da spram doktrine modifikovane teorije norme u obzir dolaze korektivni mehanizmi u odnosu na rezultat koji se dobija prostim gramatičkim sagledavanjem norme, i to upravo analogija sa pozicijom vlasnika kod reivindikacionog zahteva, gde je najznačajniji momenat stvarni razlog za takvu distribuciju argument da se radi o razlogu isključenja protivpravnosti. U rezultatu to znači da u parnici gde se zahteva prestanak imisija, a gde je materijalno-pravna podloga negatorni zahtev, tuženi snosi rizik nedokazanosti činjenica na osnovu kojih su imisije dozvoljene.

V. Zaključak

Ponudeno rešenje pitanja rizika nedokazanosti nedozvoljenosti imisija u sporu gde je podloga za presuđenje negatorni zahtev poklapa se sa većinskim shvatanjem literature koja se bavi stvarnim pravom. Međutim, kako je pokazano, put do ponuđenog rešenja je drugačiji. Stvarnopravni zahtev za prestanak imisija koje dolaze sa druge nepokretnosti predstavlja pojavni oblik tzv. negatornog zahteva; imisije koje pogađaju vlasnika nepokretnosti imaju značaj uznemiravanja vlasnika. Pretpostavka nastanka negatornog zahteva je protivpravnost uznemiravanja vlasnika, što u slučaju imisija znači da imisije treba da budu nedozvoljene – treba da prelaze granice predviđene standardima u čl. 5 st. 1 ZOSO. U svakom slučaju, ovaj zahtev nastaje onda kada su ispunjene sve pretpostavke koje zakon predviđa, nezavisno od pokretanja postupka radi njegovog sudskog ostvarenja, ili njegove dokazanosti u samom postupku. Raspodela rizika nedokazanosti pojedinih pretpostavki zahteva ne utiče na njegovo postojanje. Zahtev je građansko-subjektivno pravo i kao takvo je vanprocesna kategorija. Teret dokazivanja

je, suprotno, isključivo procesna kategorija u smislu da on postoje aktuelan tek kada dođe do parničnog postupka. Objektivni teret dokazivanja – rizik nedokazanosti – služi prevazilaženju *non liquet* situacije u parničnom postupku. Najvažniji segment ovog višeslojnog pojma je raspodela rizika nedokazanosti. Opšte pravilo raspodele kod nas je propisano u ZPP na taj način što je prihvaćena teorija norme, i to po našem mišljenju modifikovana teorija norme. U kontekstu zahteva, onaj ko tvrdi da ima zahtev snosi rizik nedokazanosti za konstitutivne činjenice zahteva, dok protivnik zahteva snosi rizik za impeditivne i ekstintivne činjenice zahteva. Centralno pitanje ove teorije je kriterijum razlikovanje konstitutivnih i impeditivnih činjenica zahteva. Razlikovanje se ne može izvršiti prema materijalnopravnom dejstvu takvih činjenica; one se razlikuju samo prema različitoj distribuciji rizika nedokazanosti – i od impeditivnih činjenica zavisi nastanak zahteva, ali za njih rizik nedokazanosti snosi protivnik zahteva. Primarni kriterijum za kvalifikaciju jedne činjenice kao impeditivne je redakcija normi koje propisuju zahtev. U spornim situacijama mogući su i korektivni mehanizmi. U pogledu konkretnog pitanja – snošenje rizika nedokazanosti činjenica nedozvoljenosti imisija – nužnost korektivnog mehanizma se pokazuje kao opravdana. Kvalifikacija ove pretpostavke negatornog zahteva kao konstitutivne činjenice, što je rezultat primarnog kriterijuma, neodrživa je sa šireg aspekta zaštite prava svojine. Zbog toga je neophodno da se kao korektivni mehanizam primeni analogija sa rešenjem koje postoji za drugi svojinski zahtev – reivindikacioni. Prema tome, rizik nedokazanosti činjenica od kojih zavisi ocena da li su imisije dozvoljene ili ne snosi protivnik zahteva. Šire, uopšte za negatorni zahtev, rizik nedokazanosti činjenica od kojih zavisi protivpravnost uznemiravanja prava svojine snosi protivnik zahteva.

Na više mesta je u radu potencirano na razdvojenosti materijalnog i procesnog prava. Na tome treba insistirati, jer se radi o granama prava koje uređuju različite odnose i imaju svoju samostalnost. Međutim, isto tako treba insistirati na sveobuhvatnom pogledu na jedinstveni fenomen građanskopravne zaštite, u kome glavnu ulogu igra sudska zaštita. U tom smislu procesno pravo i sam građanski postupak zaista imaju instrumentalnu ulogu, ali isto tako oni sami utiču i na materijalno pravo i određene kategorije, kao što je upravo rizik nedokazanosti koji stoji negde na sredini. Neutičući na postojanje subjektivnih prava, raspodela rizika nedokazanosti kroz raspodelu tereta tvrdnje značajno opredeljuje ostvarenje subjektivnih prava u sudskom postupku. To podrazumeva da se razvije učenje o podeli pravnorelevantnih činjenica na konstitutivne i impeditivne, s obzirom da ona igra značajnu ulogu u parničnom postupku, ali uz ogradu da je ona, čisto materijalnopravno, irelevantna.

*Marko Knežević, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Burden of Proof for the Illegal Immissions as Prerequisite of In Rem Removal Claim

Abstract: *The paper examines the question of the burden of proof for the facts that imply illegal immission as prerequisite of in rem removal claim. The approach is different to the standard doctrine and it is in accordance to the general rule of the burden of proof in litigation – so called modified norm theory. In the centre of the attention is distinction of so called constitutive and impeditive facts, and criteria for distinction. The implementation of modified norm theory regarding issue of this paper shows that primal distinguishing point is not suitable, so the other modification methods should be applied, in order to get the answer.*

Key words: *burden of proof, claim, in rem removal claim, immissions*

*Nataša Rajić, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

PACIJENTI U TRAJNOM VEGETATIVNOM STANJU – BIOMEDICINSKA I USTAVNOPRAVNA PITANJA¹

Sažetak: *Osetljiva područja biomedicinske nauke nisu uklopiva u tradicionalno određenje granice razumevanja osnovnih kategorija i vrednosti. Ona traže izvesno „pomeranje“ tih granica i u tom procesu provociraju oprečne i žestoko sukobljene stavove. Jedno od tih područja je i pitanje okončanja života pacijenata u trajnom vegetativnom stanju. Ovo pitanje redefiniše tradicionalne koncepte i shvatanja osnovne kategorije prestanka ljudskog života, sučeljavajući niz ustavnopravnih vrednosti, dovodeći ih u neposredan konflikt i čineći ih međusobno isključivim. Širi ustavnopravni značaj ovog pitanja otvorio je slučaj Eluane Englaro, isprovociravši otvoren sukob najviših sudskih i političkih instanci u Italiji. U tom smislu, rad ima za cilj da sagleda da li se i pod kojim uslovima pacijent sa trajnim (ireverzibilnim) gubitkom svesti može isključiti sa aparata pomoću kojih se održava u životu i naročito, da li se i na koji način, usled nedostatka zakonske regulative u ovoj oblasti, takva praznina može popuniti.*

Ključne reči: *biomedicina, trajno vegetativno stanje, ireverzibilni gubitak svesti, prekid medicinske nege, kolizija ustavnih vrednosti, slučaj Eluana Englaro.*

Uvod

Jedno od otvorenih pitanja biomedicine i biomedicinske etike predstavlja pitanje okončanja života pacijenata u vegetativnom stanju. Reč je o pacijentima sa ireverzibilnim (nepovratnim) gubitkom svesti. Pitanje

¹ Rad je rezultat istraživanja na projektu „Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo“ broj 179079 koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja.

prestanka daljeg medicinskog lečenja ili pravilnije, veštačkog održavanja u životu pacijenata u ovakvom stanju sučeljava niz ustavnopravnih vrednosti, dovodeći ih u neposredan konflikt i čineći ih međusobno isključivim (lično dostojanstvo, pravo na život, telesni integritet, pravo na privatnost i ličnu slobodu, slobodu mišljenja i slobodu veroispovesti). Neminovno, ova problematika uključuje i odgovarajući vrednosni koncept kao merilo tumačenja ustavnih normi (ali i kao merilo sadržajnog upotpunjavanja pojmova bioetike oko kojih ne postoji opšta saglasnost, kao što su „kvalitet života“, „dostojanstvena smrt“ i dr.²) izmeštajući je tako u širi društveni kontekst i otvarajući prostor za različite pristupe i rešenja.

Pored toga, ovo delikatno pitanje je u određenim državama dovelo do ozbiljnih ustavnih konflikata i do, u izvesnoj meri, redefinisanja uspostavljenih odnosa ustavnih organa vlasti, što je bio slučaj u Italiji.³ To jasno govori u prilog tome da ovakva osetljiva područja biomedicinske nauke nisu uklopiva u tradicionalno određenje granice razumevanja osnovnih kategorija i vrednosti, da traže izvesno „pomeranje“ tih granica i da u tom procesu pomeranja granica provociraju oprečne i žestoko sukobljene stavove.

Ključna stvar oko koje se koncentriše predmet ovog rada svodi se na pitanje da li se i pod kojim uslovima pacijent sa trajnim (ireverzibilnim) gubitkom svesti može isključiti sa aparata pomoću kojih se održava u životu i naročito, da li se i na koji način, usled nedostatka zakonske regulative u ovoj oblasti, takva praznina može popuniti. U tom smislu rad će biti koncentrisan na analizu slučaja koji je u proteklih nekoliko godina duboko podelio javnost u Italiji, isprovocirao otvoren sukob najviših sudskih i političkih instanci u ovoj državi i preneo se na polje delovanja Evropskog suda za ljudska prava. Način na koji je slučaj okončan ima dublji ustavnopravni značaj u Italiji u smislu ekstenzivnijeg polja delovanja sudova opšte nadležnosti.

Pre prelaska na analizu slučaja, u radu će najpre biti razmoren medicinski aspekt ovog problema, u smislu definisanja vegetativnog stanja i sličnih stanja ireverzibilnog gubitka svesti kao i pravni aspekt ovog problema. Na kraju će biti dat sumaran prikaz argumenata za i protiv uskraćivanja daljeg medicinskog postupka održavanja u životu pacijenta u vegetativnom stanju.

² Više o tome: Arthur R. Derse, Is There a Lingua Franca for Bioethics at the End of Life? *Journal of Law, Medicine and Ethics*, 28/2000, pp.279-284.

³ Više o tome: Gianluca Gentili, Tania Groppi, Italian Constitutional and Cassation Courts: When the Right to die of An Unconscious Patient raises Serious Institutional Conflicts between State Powers, *Journal of International and Comparative Law*, 2011-2012, pp. 73-88.

Rad prevashodno ima za cilj da rasvetli težinu i ozbiljnost iznalaženja odgovora na pitanja trajanja i prestanka života pacijenata u vegetativnom stanju, bez namere da se o ovom pitanju da konačan sud.

1. Medicinski aspekt trajnog vegetativnog stanja

Smrt, kao prirodna, biološka pojava vekovima je predstavljala misteriju za čoveka. Koncept smrti umnogome je proizlazio iz skupa ritualnih, mitoloških i simboličkih verovanja podložnih promenama u različitim kulturama, što je slučaj i današnjeg vremena.⁴ Pažnja je bila prevashodno usmerena na utvrđivanje (sa sigurnošću) činjenice nastupanja smrti, kako bi se izbegle eventualne greške prilikom sahranjivanja.⁵ Danas moderna nauka težište interesovanja pomera na utvrđivanje *trenutka nastupanja smrti*.

Biomedicina neminovno pomera granice dostignutog u savremenom lečenju, čineći „mogućim“ ono što je ranije bilo „nemoguće“.⁶ Samim tim, posledično, redefiniše tradicionalne koncepte i shvatanja osnovnih kategorija početka i prestanka ljudskog života. Tradicionalni pojam smrti, koji uključuje ireverzibilni prestanak kardiorespiratornih funkcija, postao je neodrživ usled naprednih biomedicinskih i tehnoloških postupaka kojima se zamenjuju pojedine funkcije organizma (disanje, na primer).

Pitanja su otvorena. Koji se trenutak, dakle, smatra trenutkom smrti osobe? I, uostalom, da li je to trenutak ili pak, proces kako tvrde pojedini naučnici?⁷ Kako pomiriti medicinske i pravne aspekte određivanja kriterijuma smrti? Ova nimalo retorička pitanja imaju izuzetno važne praktične konsekvence. Moždana smrt, koja kao kriterijum uzima ireverzibilni prestanak svih funkcija mozga i čijim se utvrđivanjem otvara mogućnost transplatacije organa umrllog, upravo oslikava složenost medicinskih, etičkih, pravnih, pa i filozofskih pitanja trajanja i prestanka života.

⁴ Robert M Veath, *Death, Dying and the Biological Revolution. Our last Quest for Responsibility*, Yale University Press, New Haven – London, 1989, pp. 9, navedeno prema: Tonči Matulić, *Biomedicinska i bioetička rasprava o ljudskoj smrti (prvi dio), Od smrti kao nepoznanice do smrti kao totalne smrti mozga*, str.173, dostupno na: <http://www.google.rs/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCkQFjAA&url=http%3A%2F%2Fhr.cak.srce.hr%2Ffile%2F2383&ei=36OxUoifKcWihgeLh4C4Dg&usg=AFQjCNE4rizrFJ0mXu40Lj9f-3RDVqnmUA&bvm=bv.58187178,d.bGQ>. (28.12.2013.)

⁵ Tonči Matulić, navedeno delo, str.174.

⁶ Tonči Matulić, navedeno delo, str.169.

⁷ Više o tome: P.D.G. Skegg, *Irreversibly Comatose Individuals: „Alive“ or „Dead“?* *Cambridge Law Journal*, 33 (1), 1974, pp 130-144.

Najosetljiviji prostor, međutim, zauzimaju slučajevi ireverzibilnog gubitka svesti, koji čine da se pacijenti u takvim stanjima nalaze negde „između života i smrti“. To su pacijenti koji, po rečima nekih, „niti žive niti umiru“. Ireverzibilni gubitak svesti je, prema rečima stručnjaka, posledica teškog oštećenja cerebralnog korteksta, preciznije neokorteksa i istovremeno je praćeno gubitkom percepcije bola.⁸

U literaturi se navode tri osnovna oblika potpunog gubitka svesti: trajno vegetativno stanje, koma i stanja novorođenčadi sa teškim, urođenim moždanim oštećenjem. Trajno vegetativno stanje⁹ predstavlja stanje koje karakteriše budnost, ali ne i svesnost. Pacijenti u vegetativnom stanju imaju ciklične etape budnosti (etape otvorenih očiju) i spavanja, pri čemu u etapama budnosti ne pokazuju znake svesnosti što je posledica oštećenja cerebralne hemisfere, preciznije neokorteksa, i relativno očuvanog moždanog stabla. Pacijenti uglavnom mogu normalno da dišu i mogu da žive godinama pa i decenijama.¹⁰ Mogu, takođe, da u ograničenoj meri pomeraju određene delove tela i proizvode nejasne zvuke, što može voditi zaključku da ovi pacijenti trpe bol i patnju. Nasuprot pacijentima u trajnom vegetativnom stanju, pacijenti u stanju kome nemaju etape budnosti. Kod ovakvih pacijenata je moždano stablo teško oštećeno, disanje otežano, a smrtni ishod obično nastupa u okviru nekoliko nedelja odnosno meseci, ređe nekoliko godina.¹¹

U savremenoj literaturi i dalje je, međutim, otvoreno pitanje da li kod pacijenata kod kojih je dijagnostifikovan vegetativno stanje ipak postoji svest i sposobnost za percepciju bola u rudimentalnom, minimalnom obliku.¹²

Vegetativno stanje je dakle, u principu, stanje nepovratnog gubitka svesti. Stanja budnosti koja se periodično javljaju kod ovih pacijenata

⁸ Ronald E. Cranford, David Randolph Smith, *Consciousness: The Most Critical Moral (Constitutional) Standard For Human Personhood*, *American Journal of Law and Medicine*, Vol XIII, No. 2-3, pp. 237.

⁹ U stručnom delu javnosti postoje sporenja oko pojma *permanent vegetative state* i *persistent vegetative state* koji se često poistovećuju, kao i pojma vegetativnog stanja uopšte, zbog negativne socijalne konotacije. Više o tome: Maxine H. Harrington, *Advances in Neuroimaging and the Vegetative State: Implications For End-Of-Life Care*, *Hamline Law Review*, Vol 36, pp. 216.

¹⁰ Ronald E. Cranford, David Randolph Smith, navedeno delo, str. 238.

¹¹ Ibidem

¹² Više o tome: Gastone G. Celesia, *Conscious Awareness in Patients in Vegetative States: Myth or Reality?* dostupno na : <http://link.springer.com/search/page/3?query=permanent+vegetative+state> (18.12.2013.), G.L. Gigli, *Persistent Vegetative State: Let's Not Blow Out The Candle*, *Neuro Sci* (2002) pp.253. dostupno na: <http://link.springer.com/search/page/1?query=permanent+vegetative+state> (18.12.2013.).

zbunjujuće deluju na članove porodice kojima je intelektualno i emocionalno teško da prihvate činjenicu da njihovi bližnji, iako otvorenih očiju, nemaju svestan kontakt sa svojom okolinom.¹³ Naročit napor za porodicu predstavlja mirenje sa činjenicom da je svest njihovih najbližih nepovratno izgubljena. Iskustva u ovoj oblasti pokazuju da „povraćaj svesnosti iz postraumatskog trajnog vegetativnog stanja (...) nije verovatan posle dvanaest meseci“.¹⁴

Budući pacijenti mogu da budu u ovakom stanju godinama i decenijama, kao sporna postavljaju se pitanja „kvaliteta“ *ovakvog života*, „uzaludnosti“ *preduzimanja dalje medicinske nege*, *prekidanja dalje medicinske nege* i „puštanja pacijenta da umre“ i slično. Ova pitanja izazivaju kontroverze jer međusobno sučeljavaju različita dobra i vrednosti koje se štite samim ustavom. U tom smislu, postoje različiti modaliteti pravnih rešenja i pristupa ovoj problematici. U određenim državama, su pak, usled nedostatka zakonske regulative, pravna pravila definisana sistemskim tumačenjem celine pravnih normi kojima se regulišu ljudska prava.

2. (Ustavno)pravni aspekt prekidanja medicinske nege pacijenata u trajnom vegetativnog stanja

Pravni aspekt prekidanja medicinske nege pacijenata u trajnom vegetativnog stanja tiče se pre svega pravne odgovornosti lekara koji ovaj postupak treba da prekine, razmatran u svetlu kolizije različitih ustavnih vrednosti. Ovaj delikatan zahvat sučeljava neprikosnovenost prava na život (kao i apsolutnu obavezu države da ovu vrednost štiti, pre svega krivičnopravnim zabranama), sa pravom na lično dostojanstvo i sopstveni integritet ličnosti. (Možda bi na ovom mestu treba pitanje prekida života pacijenta u vegetativnom stanju staviti u relaciju sa pitanjem eutanazije: da li su to konceptualno slične ili različite kategorije?)

Opšte je pravilo da se lekarske intervencije ne mogu preduzimati bez slobodno datog pristanka pacijenta, koji je dat na temelju prethodne informisanosti o svim aspektima takve intervencije. Ono proizlazi iz opšte garancije prava na telesni integritet pacijenta, prava na samoodređenje u odnosu na sopstveno telo, prava na privatnost i ličnu slobodu u donošenju odluka koje se tiču sopstvenog zdravlja. Odluka u vezi sa preduzimanjem određene medicinske intervencije može biti predodređena i religijskim stavovima i ubeđenjima pacijenta i delimično biti odraz ostvarivanja

¹³ Ronald E. Cranford, David Randolph Smith, navedeno delo, str.244.

¹⁴ Gregori E. Pens, *Klasični slučajevi iz medicinske etike, opis slučajeva koji su uobličili medicinsku etiku, sa njihovim filozofskom, pravnom i istorijskom pozadinom*, Javno preduzeće „Službeni glasnik“, Beograd, 2007, str.96.

slobode veroispovesti. Volja pacijenta, dakle, predstavlja sublimirani izraz celokupne ličnosti pacijenta. Sporno pitanje, međutim, tiče se pribavljanja informisanog pristanka u vezi sa obavljanjem medicinske intervencije pacijenata koji, usled nepovratnog gubitka svesti, nisu u stanju da takav pristanak daju ili pak, uskrate.

Kod pacijenata u vegetativnom stanju, naime, pitanje se svodi na sledeće: da li posle protoka izvesnog vremena, produžiti postupak veštačke ishrane i hidratacije ili ga, pak, obustaviti? Ovo pod pretpostavkom da je ovakav postupak kvalifikovan kao medicinski, a ne postupak redovne uobičajene nege, što je u principu prihvaćeno.¹⁵

Postoji nekoliko mogućih modaliteta osnova postupanja u slučajevima odlučivanja o produžavanju medicinske nege pacijenata u trajnom vegetativnom stanju. Najmanje sporna je, svakako, *izričita izjava pacijenta u pogledu medicinskog lečenja, data pre nastupanja okolnosti koja je dovela do nepovratnog gubitka svesti*. Ovakav vid pristupa u svemu je saglasan sa članom 9 Konvencije o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primene biologije i medicine, u kojem se navodi da će se u pogledu preduzimanja odgovarajuće medicinske intervencije uzeti u obzir ranije izražene želje pacijenata koji u vreme intervencije nisu u stanju da ih izraze. Prethodno data izjava se, ipak u izvesnoj meri treba uzeti sa rezervom, usled mogućih promena u pogledu ličnog stava. U praksi je vrlo retka.

U slučajevima nedostatka jasno izražene volje u pogledu medicinskog postupanja, pribegava se *formulisanju odluke na osnovu ličnog vrednosnog koncepta pacijenta*, mereno ranije izraženim stavovima pacijenta. Ovakav pristup je, u principu dopustiv, jer u odedenoj meri uvažava ličnu individualnost pacijenta u stanju ireverzibilnog gubitka svesti, mada sporan zbog subjektivnosti i lične interpretacije pomenu-tih vrednosti od strane bliskih lica. Ovaj princip, prisutan u američkom pravnom sistemu, formulisan je i potvrđen u brojnim odlukama sudskih instanci.¹⁶

I najzad, postoje sistemi koji uvažavaju ličnu vrednosnu komponentu donošenja odluke o prekidanju medicinske nege pacijenata u trajnom vege-

¹⁵ V. Bonito and others, The Discontinuation of life Support Measures in Patient in a Permanent Vegetative state, *Neuro Sci* (2002), pp.134-135., dostupno na: <http://link.springer.com/search/page/1?query=permanent+vegetative+state> (18.12.2013.) Suprotno o tome: G.L. Gigli, navedeno delo, str. 252.

¹⁶ „Cruzan v Missouri Department of Health, 1990“, „Schiavo case, Florida 2003“ i drugi. Više o tome: Albert R. Džonson, Mark Zigler, Vilijem Vinslejd, *Klinička etika, Praktični pristup etičkim odlukama u kliničkoj medicini*, Javno preduzeće „Službeni glasnik“, Beograd, 2008, str. 178-181.

tativnom stanju, uz istovremeno poštovanje *koncepta „najboljeg interesa pacijenta“*, što je slučaj u britanskom pravnom sistemu.¹⁷ Ovaj koncept, uz odsustvo postojanja bilo kakvog terapijskog efekta lečenja, opravdava isključenje aparata kojima se pacijent veštački održava u životu.

3. Slučaj *Eluana Englaro*, Italija

3.1. Činjenice slučaja

Eluana Englaro je u januaru 1992. godine, kao dvadesetjednogodišnja devojka doživela saobraćajnu nesreću nakon koje je ostala u trajnom vegetativnom stanju u narednih sedamnaest godina da bi se konačno, 2008. godine izdejstvovala sudska odluka kojom je dopušteno isključivanje aparata za veštačku ishranu i hidrataciju i tako ubrzala njena smrt. Punih devet godina trajala je pravna bitka njenog oca u pogledu donošenja sudske odluke kojom bi se ovakav akt sproveo.

Otac ove devojke, gospodin Beppi Englaro, zatražio je takvu dozvolu osnovnog suda u Lesou koje je odbijena sa obrazloženjem da pravni sistem Italije „garantuje bezuslovno zaštitu ljudskog života“.¹⁸ Slično je postupio i žalbeni sud u Milanu koji je istakao da „se veštačka ishrana mora smatrati osnovnom negom i kao takva ne sme uskraćivati“.¹⁹ S obzirom da je Oleari komisija, ustanovljena od strane Ministra zdravlja, donela zaključak kojim se dozvoljava uskraćivanje veštačke ishrane i ventilacije pacijenata u trajnom vegetativnom stanju, bilo izričitom voljom datom pre zapadanja u takvo stanje, bilo odlukom staratelja koja mora biti verifikovana od strane suda, gospodin Englaro se 2002. godine ponovo obratio osnovnom sudu u Lesou sa istovetnim zahtevom i ponovo bio odbijen.²⁰ On je u žalbi izneo nove dokaze u nastojanju da utvrdi stav svoje ćerke u tom smislu, ali ju je žalbeni sud odbio sa obrazloženjem da prethodna izričita izjava nema pravni značaj u pravnom poretku Italije i da zaključak Oleari komisije nema obavezujući karakter za sudove.²¹ I obraćanje Vrhovnom sudu nije imalo uspeha. Gospodin Englaro je u ponovljenom, trećem obraćanju osnovnom i žalbenom sudu bio, takođe, bezu-

¹⁷ Princip je potvrđen u stavu formulisanom od strane Doma lordova u slučaju Anthony Bland. Više o tome: Barbara A. Noah, Two Conflict In Context: Lessons From - The Schiavo And Bland Cases And The Role Of Best Interests Analysis In The United Kingdom, *Hamline Law Review*, 2013, Vol. 36, 2, pp. 239-264.

¹⁸ Nicholas A. Secara, Has Italy Discovered Virgil? Utilizing The British Archetype To Create End-of Life Legislation In Italy, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 19, issue 1, 2011, pp. 158.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibidem.

²¹ Ibidem.

spešan, da bi najzad, odlukom Vrhovnog Kasacionog suda od 16. oktobra 2007. godine ustanovljen princip da veštačka ishrana i hidratacija, u principu, može biti uklonjena sa nekompetentnih pacijenata.²² Ovaj sud je ustanovio da je „informisani pristanak“ jedini pravni osnov za preduzimanje medicinske intervencije; da on uključuje i pravo da se takva intervencija odbije u svim slučajevima u kojima je pristanak „trenutan, autentičan i informisan“; da se on takvim može smatrati i ako je dat unapred kada su u pitanju pacijenti sa gubitkom svesti kao i da u nedostatku izričitog zahteva u takvim slučajevima odluku može doneti staratelj (sudski verifikovanu) na osnovu ukupnog vrednosnog koncepta takvog pacijenta, onosno njegovih religijskih, etičkih, kulturnih i filozofskih verovanja.²³ U tom smislu, sud se oslonio između ostalog, na odredbe Konvencije iz Ovijeda (Konvencije o biomedicini) kao i komparativnu praksu u ovoj oblasti.²⁴ Na osnovu tog stava, niži, žalbeni sud u Milanu je doneo odluku kojom je zahtev gospodina Englaro usvojen. Pored poteškoća sa izvršenjem sudske odluke, Eluana Englaro je u februaru 2009. nakon isključenja sa aparata za veštačko održavanje, umrla.

3.2. Konflikt najviših političkih i sudskih instanci

Nakon što je od sudskih vlasti pribavljena dozvola za uklanjanje aparata za veštačku ishranu i hidrataciju (a koju je doneo Apelacioni sud u Milanu po ponovljenom postupku uz poštovanje stava Vrhovnog Kasacionog suda), na političkoj sceni Italije skalirao je sukob u dva pravca: Predsednik Republike u odnosu sa Predsednikom Vlade, sa jedne strane kao i Parlament u odnosu sa sudskom granom vlasti, sa druge strane.

Predsednik Vlade Italije, Silvio Berlusconi, u nedostatku zakonskog pravila, bio je istrajan u nameri da dekretom uspostavi pravilo kojim bi se zabranilo uklanjanje aparata za veštačku ishranu i hidrataciju sa bilo kojeg pacijenta.²⁵ Papa Benedikt ga je u toj nameri indirektno podržao, izjavljujući „da društvo ima obavezu odbrane apsolutnog i vrhovnog dostojanstva svakog ljudskog bića, pa i onog koji je slab i pokriven misterijom patnje“.²⁶ Predsednik Republike Italije, Đorđo Napolitano, odbio je, pak, da potpiše Dekret usvojen od strane Vlade, sma-

²² Ibidem.

²³ Gianluca Gentili, Tania Groppi, navedeno delo, str.74-75.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Michael Day, *Italy faces constitutional crisis over coma woman*, The Observer, Sunday 8 February 2009, dostupno na: <http://www.theguardian.com/world/2009/feb/08/englaro-italy-vatican> (18.12.2013.)

²⁶ Ibidem.

trajući ga neustavnim iz dva razloga: zbog nedostatka ustavom propisanog uslova „hitnosti i neophodnosti“ za donošenje takvog akta kao i zbog povrede principa načela podele vlasti, na štetu sudske grane vlasti (budući da bi pomenuti Dekret anulirao već donetu sudsku odluku u ovom slučaju).²⁷

Na drugom polju sukobila se zakonodavna i sudske vlast Italije. Parlament je smatrao da je sudska vlast izašla iz granica svojih ovlašćenja, *de facto* formulišući pravilo u oblasti koja nije prethodno regulisana zakonom, čime je, praktično ugrozila njenov domen. U tom smislu, parlament je inicirao postupak odlučivanja o sukobu nadležnosti pred Ustavnim sudom Italije, kao i poništenje sudske odluke.²⁸ Ustavni sud je proglasio pomenuti zahtev neprihvatljivim iz tri razloga. Sud je konstatovao da zadiranje suda u nadležnost parlamenta nije osnovano, zbog delovanja sudske odluke *inter partes* koja je ograničena na konkretan slučaj; da greške u presuđenju, u odnosu na koje je parlament ukazivao, nisu osnov za pokretanje sukoba nadležnosti pred Ustavnim sudom; i treće, da parlament i dalje zadržava puno pravo da predmetnu oblast uredi na način koji smatra celishodim.²⁹

Način na koji je slučaj okončan ima dublji ustavnopravni značaj u Italiji u smislu ekstenzivnijeg polja delovanja sudova opšte nadležnosti. On je posledica procesa postupne „decentralizacije“ centralizovanog sistema ocene ustavnosti u ovoj državi, odnosno postepenog premeštanja ustavnosudskog odlučivanja ka sudovima opšte nadležnosti, što vidljivo upravo na slučaju *Eluane Englaro*. U ovom slučaju, dakle, bilo je potrebno popuniti zakonsku prazninu tumačeći sadržaj i širinu ljudskih prava garantovanih Ustavom, dovodeći ih u međusobnu vezu, a to je upravo učinio Vrhovni Kasacioni sud, kao sud najviše instance u okviru sudova opšte nadležnosti.

4. Argumenti za i protiv održavanja u životu pacijenata u stanju ireverzibilnog gubitka svesti

Osetljivo granično područje života, kakvo je ono u kojem se nalaze pacijenti u trajnom vegetativnom stanju, očigledno ostavlja više otvorenih pitanja nego odgovora. Nemogućnost uspostavljanja konsenzusa u pogledu postupanja u ovoj oblasti uzrokovano je prisustvom različitih, međusobno suprotstavljenih stavova.

²⁷ Gianluca Gentili, Tania Groppi, navedeno delo, str.79-80.

²⁸ Isto, str.76-77.

²⁹ Isto, str.77-78.

Na jednoj strani nalaze se argumenti onih koji brane život u apsolutnom smislu tvrdeći da bi se bespovratan gubitak svesti čoveka, kao primarno svesnog bića, mogao nazvati smrću osobe, ali da takav koncept treba odbaciti, jer nije umesno svoditi celokupnost čoveka kao bića samo na funkcije neokorteksta;³⁰ da ne treba uopštavati koncept „kvaliteta života“ dajući mi jedinstven i konačan pojmovni sadržaj, odnosno ne tumačiti na jednoobrazan način;³¹ da je pitanje da li se prekidanjem postupka veštačke ishrane i hidratacije i puštanjem pacijenta da umre usled izgladnelosti i žeđi u bilo kojoj meri poštuje ljudsko dostojanstvo.³² Tu su i oni koji dovode u pitanje kvalifikaciju postupka veštačke ishrane i hidratacije kao medicinskog, a ne postupka uobičajene nege. Na istoj su strani (ili neopredeljenoj) i oni koji priznaju da postoje moguće greške u pogledu dijagnostifikovanja različitih oblika stanja gubitka svesti, prognoza u pogledu oporavka, kao i greške u pogledu utvrđivanja prisustva rudimentalnog oblika postojanja svesti i percepcije bola kod ovih pacijenata.³³

Na drugoj su, pak strani oni koji tvrde da je uloga medicine ograničena u ostvarivanju autonomije pacijenta, prava na samoodređenje i prava na privatnost kao i da ona nemaju značenje za pacijente u vegetativnom stanju, budući da neposedovanjem svesti oni takva prava ne mogu ni apstrahovati; da medicina ne može podsticati najbolji interes ovih pacijenata, jer pacijenti u ovakvom stanju nemaju interesa niti za produžavanje niti za prekidanje tretmana, niti mogu da osećaju prednosti ili nedostatke ovakvog tretmana; da medicina ne može brinuti o zdravlju pacijenata u ovakvom stanju, jer je zdravlje za njih sadržinski „prazan koncept“; da troškovi njihove nege mogu premašivati milionske iznose, koji bi se, u smislu ostvarivanja socijalne pravde, bolje mogli upotrebiti za lečenje pacijenata kod kojih je progres moguć i sl.³⁴

Očigledno je da su u navedenoj argumentaciji uključeni različiti aspekti koji sadržinski čine još složenijom ovu problematiku nego što se na prvi pogled čini. Nepomirljivost stavova, koje je, čini se, odraz šireg filozofskog pristupa u sagledavanju čoveka kao individue i kao dela šire društvene zajednice, ostaje i dalje obeležje svake dublje diskusije o ovom pitanju.

³⁰ Tonči Matulić, navedeno delo, str. 179-180.

³¹ Drakić Dragiša, Krivičnopravna zaštita prava na život koji „nije vredan življenja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* br. 1/2013, str. 229-244.

³² G.L. Gigli, navedeno delo, str. 254.

³³ Isto, str. 253; Gastone G. Celesia, navedeno delo, i drugi autori.

³⁴ Ronald E. Cranford, David Randolph Smith, navedeno delo, str.241-242 i 246, i drugi autori.

Zaključak

Nema, dakle, jasnog i nepodeljenog stava po pitanju prekidanja postupka veštačke ishrane i hidratacije pacijenata u trajnom vegetativnom stanju, kao što ni nema jasne granične linije do koje država ima obavezu da zaštiti pravo na život. Ono što sa sigurnošću postoji kao jasan međunarodni standard, barem na evropskom pravnom prostoru, je činjenica da pravo na život istovremeno ne uključuje i pravno na smrt. Ovaj princip je potvrđen u nekoliko odluka Evropskog suda za ljudska prava.

U slučajevima ireverzibilnog gubitka svesti, otvorena diskusija se i dalje vodi o tome da li čovek, gubitkom svesti, gubi istovremeno svoju primarnu karakteristiku koja ga određuje, da li je takav život zadovoljava minimalne zahteve dostojanstva i poštovanja ličnog integriteta, i da li je u tom smislu humanije dopustiti da se takav život okonča. Savremena medicina, međutim, upozorava na relativnost pojma „ireverzibilni gubitak“ kao i na nedovoljnu istraženost ovog područja biomedicine, priznajući posredno da su greške u dijagnostifikovanju i prognoziranju daljeg oporavka ovih pacijenata moguće.

Pravni sistemi pokazuju različitost u pristupanju rešavanja ovakvih slučajeva, mada, u principu, prihvataju mogućnost uskraćivanja ovakvog medicinskog postupka (ukoliko se veštačka ishrana i hidratacija smatraju medicinskim, a ne postupkom redovne, uobičajene nege) bez pravnih posledica po individualnu odgovornost lekara i lekarskog osoblja, dok postoje i suprotni primeri.

Da zaključimo. Prethodna analiza predstavlja dokaz da napredak, u bilo kom polju, pa i u polju biomedicine traži odgovarajuća „pomeranja“ kao i spremnost da se redefiniše postojeći pravni, socijalni, kulturološki pa i filozofski okvir koji čini mogućim funkcionisanje društva kao celine.

Nataša Rajić, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

Patients in Permanent Vegetative State – Biomedical and Constitutional Questions

Abstract: *The issue of termination of life of patients in a permanent vegetative state redefines a traditional concepts and understanding of basic categories of human life, bringing the constitutional values into direct conflict. There is no clear position on the issue of stopping the procedure of artificial nutrition and hydration of patient in permanent vegetative state. Legal systems show differences in access of solving these problems, although, in principle, accept the possibility of denial of such a medical procedure. Discussion is still opened about issue does that kind of life maintain the minimum requirements of dignity and respect of personal integrity or not and is it more human let such life to be ended.*

Key words: *Biomedicine, permanent vegetative state, irreversible loss of consciousness, termination of medical care, collision of constitutional values, the case of Eluana Englaro*

*Sandra Samardžić, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

PORODIČNOPRAVNI ASPEKTI POSTHUMNE OPLODNJE¹

Sažetak: *Mogućnost zamrzavanja genetskog materijala, odnosno stvaranja embriona in vitro, dovelo je novih oblika asistiranе reprodukcije. Naime, danas je moguće genetski materijal upotrebiti u cilju dobijanja dece i posle smrti lica od kojeg potiču. Ovakav postupak izaziva dosta etičkih i pravnih pitanja, na koja moramo odgovoriti vodeći se najboljim interesom deteta. Različiti su motivi koji kod preživelog partnera stvaraju želju da upotrebi zamrznut materijal, što itekako može uticati na dobrobit deteta. Kako bi se u što većoj meri sprečile negativne posledice posthumne oplodnje, ovaj postupak treba dozvoliti samo izuzetno, uz ispunjenje određenih, striktno postavljenih uslova.*

Ključne reči: *posthumna oplodnja, najbolji interes deteta, roditeljstvo.*

1. Uvodna razmatranja

Želja za stvaranjem biološkog potomstva, postoji oduvek i zajednička je za sve kulture, religije i socijalne slojeve.² Primeri se mogu pronaći i u Bibliji, a u današnje vreme, napredovanje u oblasti nauke i medicine, omogućilo je zamrzavanje embriona, odnosno gameta i time dovelo do novih oblika asistiranе reprodukcije. Od kada je sveta, poznate su situacije u kojoj se deca rađaju nakon smrti oca. Međutim, sada je moguće da se deca rode i nakon smrti majke, odnosno da budu začeta

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

² Abraham Benshushan and Joseph G.Schenker, The right to an heir in the era of assisted reproduction, Human Reproduction vol.13 no.5 p.1407–1410, 1998

nakon smrti oca.³ Zamrzavanje semenih ćelija je dobilo na značaju kada su 1953. godine naučnici *Bunge* i *Sherman*, dokazali da ljudske semene ćelije mogu biti zamrznute, a zatim ponovo upotrebljene za potrebe oplodnje nakon odmrzavanja i da se na taj način rađaju zdrava deca.⁴ Ubrzo nakon toga, ova tehnika široko je korišćena od strane lica koja su se podvrgavala hemoterapiji, kako bi na taj način sačuvali svoje semene ćelije za kasniju upotrebu, u slučaju neplodnosti, do koje bi moglo doći kao neželjene posledice dejstava hemoterapije. Ovu mogućnost počeli su da koriste i muškarci koji se, svesni rizika svog posla, odlučuju da zamrznju svoj genetski materijal u slučaju nezgoda.⁵ Pored mogućnosti upotrebe zamrznutog genetskog materijala nakon smrti lica od kog potiču, danas je moguće i uzimanje genetskog materijala od lica nakon njegove smrti u roku od 24 sata.⁶ Takođe, onog momenta kada su stvoreni uslovi za stvaranje embriona *in vitro* postalo je moguće i njihovo zamrzavanje za buduće potrebe, te se tako ovaj postupak sprovodi gotovo isto koliko i zamrzavanje semenih ćelija.

Što se tiče zamrzavanja, odnosno kasnije upotrebe jajnih ćelija, ovaj postupak se relativno retko obavlja, s obzirom na smanjen kvalitet jajnih ćelija nakon odmrzavanja, kao i zbog mogućih zloupotreba do kojih može doći, odnosno zbog opasnosti od eksploatacije žena, ali i zbog malog broja dece rođene na ovaj način, pa se ne može sa sigurnošću reći, kao što je to moguće u slučaju upotrebe zamrznutih semenih ćelija, odnosno embriona, da li upotreba takvih jajnih ćelija može uticati na zdravlje dece.⁷

Upotreba genetskog materijala, nakon smrti lica od kojeg potiču, postavlja pred sebe niz pravnih i moralnih pitanja. Da li posthumnu oplodnju uopšte treba dozvoliti, čak i kada postoji pristanak lica od kog genetski materijal potiče? Kako regulisati odnose tako rođenog deteta i njegovog preminulog roditelja? Imaju li oni neka nasledna prava?

Na ova pitanja donekle, odgovor možemo naći u sudskoj praksi, ali i u zakonodavstvima pojedinih država koje ovo pitanje regulišu.

³ Bioethics and the Law, Janet L. Dolgin, Jack and Freda Dicker, Distinguished Professor of Health Care Law Hofstra University School of Law, Lois L. Shepherd Center for Biomedical Ethics and Humanities Professor of Law Associate Professor, Public Health Sciences University of Virginia

⁴ Abraham Benshushan and Joseph G. Schenker, *op.cit.* p. 1407.

⁵ Olga Cvejić Jančić, *Začćeće uz pomoć medicine i prava deteta*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 2-3, januar-februar 1992, str. 87.

⁶ *Ibidem*; Task Force on Ethics and Law 11: Posthumous assisted reproduction, Human Reproduction Vol.21, No.12 pp. 3050–3053, 2006 Advance Access publication August 21, 2006.

⁷ Task Force on Ethics and Law 11: Posthumous assisted reproduction, Human Reproduction Vol.21, No.12 pp. 3050–3053, 2006 Advance Access publication August 21, 2006.

2. Mogući slučajevi posthumne oplodnje

Iako se u dosadašnjoj sudskoj praksi pojavilo samo nekoliko slučajeva koji su se odnosili na pitanje posthumne oplodnje, pa samim tim doneli puno kontroverznih i diskutabilnih pitanja, čini se da će se broj takvih slučajeva u budućnosti samo povećati s obzirom na mogućnost zamrzavanja genetskog materijala, kao i postojanje tehnika za dobijanja oplodnih ćelija i nakon smrti.

Na samom početku, neophodno bi bilo napraviti razliku između nekoliko mogućih situacija posthumne oplodnje.

Najpre, situacija u kojoj je par već bio uključen u postupak vantelesne oplodnje, te postoje zamrznuti embrioni, odnosno oplodne ćelije i kada postoji jasan pristanak partnera, da u slučaju smrti jednog od njih preživi partner ima pravo da iskoristi zamrznuti genetski materijal u cilju dobijanja potomstva. U tom slučaju postoji jasan pristanak partnera za postupak posthumne oplodnje. Ovaj slučaj predstavlja jednu jasnu situaciju, koja ne stvara teškorešiva pitanja, naravno, pod pretpostavkom da je posthumna oplodnja dozvoljena.

Drugi slučaj postoji kada se partneri prilikom pristupanja tehnikama asistirane reprodukcije, ne izjasne po pitanju posthumne oplodnje, ali je u samom postupku zamrznut njihov genetski materijal. U tom slučaju, preživi partner može tražiti da mu se omogući dalje korišćenje zamrznutog materijala za potrebe posthumne oplodnje.

Treći i četvrti slučaj posthumne oplodnje predstavljaju najdiskutabilnije situacije, koje izazivaju i najviše oprečnih stavova, iz razloga što se radi o osetljivim pitanjima na koja je teško dati jedan konačan odgovor. To su naime situacije u kojima ne postoji prethodno zamrznut genetski materijal, nego preživi partner zahteva uzimanje oplodnih ćelija od umrlog partnera nakon smrti.

Tako je moguća je situacija u kojoj postoji medicinska dokumentacija ili neke druge pouzdane indicije koje upućuju na to da je par tokom života izrazio jasnu želju za dobijanje potomstva, ali je sa druge strane moguć i slučaj gde se postojanje takve želje dokazuje samo tvrdnjama preživelog partnera, što naravno predstavlja manje pouzdan dokaz.

Posthumna oplodnja, zbog svoje nesvakidašnje prirode, može na prvi momenat u drugi plan staviti neka pravna pitanja koja su od izuzetne važnosti, kao što je pitanje postojanja dobrovoljnog pristanka na upotrebu genetskog materijala nakon smrti, odnosno pitanje opravdanosti i dozvoljenosti vađenja genetskog materijala nakon smrti muškarca ukoliko ne postoji njegova prethodno data saglasnost. Koliko god se činilo da zbog krajnjeg ishoda, odnosno rođenja deteta nakon smrti muškarca, ova dva

slučaja za sobom nose iste pravne implikacije, razlike između ova dva postupka itekako su velike.⁸

3. Prikaz sudske prakse u oblasti posthumne oplodnje

3.1. Slučaj *Hecht v. Superior Court (Kane)*

Dozvoliti implementaciju embriona, odnosno korišćenje oplodnih ćelija preminulog partnera, ukoliko je za života data saglasnost za tako nešto, čini se da ne izaziva veće dileme, ukoliko domaće zakonodavstvo to dozvoljava.

*Hecht v. Superior Court (Kane)*⁹ predstavlja slučaj u sudskoj praksi Kalifornije, gde je postojala jasna namera i želja gospodina *Kane* da njegove semene ćelije budu iskorišćene od strane njegove devojke, gospođice *Hecht* nakon njegove smrti. Štaviše, razlog zbog kojeg je on u opšte i ostavio svoj materijal u banci sperme, bio je taj što je nameravao da izvrši samoubistvo, što je i učinio. U testamentu koji je ostavio iza sebe, gospodin *Kane* deo svoje imovine ostavio je i gospođici *Hecht*, mada je najveći deo pripao njegovoj deci iz prvog braka.

Iako je ovde postojala jasna namera lica o čijim oplodnim ćelijama je reč, gospođica *Hecht* morala je da se obrati sudovima kako bi mogla da iskoristi zamrznuti genetski materijal, s obzirom da je banka sperme u kojoj je materijal čuvan, odbila da preda zamrznute semene ćelije. Jedno od bitnijih pitanja koje se postavilo tokom ovog suđenja bilo je i način tretiranja oplodnih ćelija, odnosno treba li ih tretirati kao deo imovine gospodina *Kane* i shodno tome da li sa njima treba postupiti kao sa preostalim delom zaostavštine (odnosno pravo odlučivanja o sudbini zamrznutog genetskog materijala dodeliti deci koja su imala pravo na 80% zaostavštine) ili oplodne ćelije predstavljaju posebnu kategoriju koja se ne može pismotvetiti sa imovinom i u tom slučaju postupiti sa njima onako kako je to gospodin *Kane* zahtevao. Prvostepeni sud je ipak doneo presudu kojom je naredio uništavanje ovih ćelija. Razlog za takvu presudu bio je i zahtev dvoje dece gospodina *Kane* iz prethodnog braka, koja su tvrdila da se upotrebom semenih ćelija i rađanjem deteta nakon smrti njihovog oca, dolazi do uznemiravanja porodičnih odnosa, kao i do dodatnih emocionalnih, psiholoških i finansijskih stresova.

Viši sud je, međutim, oslanjajući se na presudu u slučaju *Parpalaix*, doneo odluku kojom je dozvolio upotrebu semenih ćelija i na taj način ro-

⁸ R D Orr, M Siegler, Is Posthumous Semen Retrieval Ethically Permissible?, *J Med Ethics* 2002;28: p. 299-302 doi:10.1136/jme.28.5.299.

⁹ *Hecht v. Superior Court (Kane)* (1993) 16 Cal.App.4th 836, 20 Cal.Rptr.2d 275.

đenje zajedničkog deteta gospodina *Kanea* i njegove devojke, ističući da genetski materijal predstavlja poseban oblik imovine i da način njegove upotrebe zavisi isključivo od volje i namere osobe od koje potiče.

Na prvi pogled se čini da konačna odluka suda ne zahteva dalji komentar, odnosno da je to jedino pravilno rešenje. Međutim, pojedini autori istakli su da je gospođica *Hecht* u svojoj nameri da rodi dete nakon smrti svog partnera, prvenstveno bila vođena uspomenama i sećanjima koja su je vezivala za gospodina *Kanea* i njihov zajednički život. Za nju je dete moglo da predstavlja produženje njihove veze.

Ali dete koje je rezultat ovakvog „poklona“ neće imati uspomene kojih može da se seća, niti mogućnost da uspostavi novu vezu sa svojim genetskim ocem. Iako ovakvi slučajevi gde postoji jasan pristanak lica na upotrebu njihovog genetskog materijala i nakon smrti stvaraju najmanje problema, neki autori smatraju da nije u redu prema detetu da bude začeto kao rezultat ljubavnih sećanja ili proste razmene „poklona“.¹⁰

3.2. Slučaj *Parpalaix v. France*

Povodom drugog slučaja, kada ne postoji prethodno data saglasnost za posthumnu upotrebu oplodnih ćelija, odnosno embriona, ne postoji jedinstven stav da li preživelom partneru treba omogućiti nastavak postupka ili ne. Ukoliko se takav postupak ne dozvoli, postavlja se pitanje ko onda ima pravo da odluči o njihovoj sudbini. Da li se klinike mogu smatrati ovlašćenim da unište genetski materijal, ukoliko se preživeli supružnik tome protivi? Prema pojedinim autorima¹¹, odluka o upotrebi genetskog materijala zavisi od toga da li preživeli partner ima imovinsko ili kvazi-imovinsko pravo raspolaganja nad tim materijalom. U tom slučaju prednost u odlučivanju ima preživeli partner, čak i ukoliko se to protivi željama umrlog partnera.¹² Čini se ipak da ovakav stav previše odlazi u krajnost, odnosno da je neophodno u određenoj meri poštovati želje lica od koga materijal potiče, ukoliko su one za života izražene.

Poznat slučaj u francuskoj sudskoj praksi koji se ticao upravo ovog pitanja jeste slučaj *Parpalaix v. France*.¹³ U francuskom zakonu je izričito predviđeno da muškarac i žena koji čine supružnički ili vanbračni par moraju biti živi u trenutku implantacije. Osim toga, predviđeno je da tre-

¹⁰ Shuster Evelyne, „The Posthumous Gift of Life: the World According to Kane“, *Journal of Contemporary Health Law & Policy* 1999 Spring;15(2):401-23.

¹¹ John A. Robertson, Posthumous Reproduction, *69 Indiana Law Journal*, 1027-65 (1994).

¹² *Ibidem*.

¹³ Abraham Benshushan and Joseph G.Schenker, *op.cit.* p. 1409..

ba da budu u godinama kada su sposobni za rađanje, moraju se prethodno saglasiti za transfer embriona ili inseminaciju, i biti venčani ili u stanju da dokažu svoj zajednički život u trajanju od najmanje dve godine.¹⁴ U pomenutom slučaju, gospodinu *Parpalaix* je konstatovan kancera testisa, te je on plašeći se da će izgubiti reproduktivnu moć, pre nego što se podvrgao operaciji, svoje oplodne ćelije deponovao u banku sperme, koja je ujedno bila i istraživački centar, tzv. CECOS (*Centres d'Etudes et de Conservation des Oeufs et du Sperme*). Kako operacija nije bila uspešna, nakon smrti gospodina *Parpalaix*, njegova supruga *Corinne* tražila je od direktora ovog centra da joj se na raspolaganje stave oplodne ćelije njenog preminulog supruga kako bi mogla da ih iskoristi za potrebe reprodukcije. Njen zahtev je međutim odbijen, jer, kako je istaknuto, činjenica da je gospodin *Parpalaix* želeo da sačuva svoje semene ćelije, ne znači da je time istovremeno izražena želja i pristanak da se njegovo dete rodi posthumno. Kako nije postojala jasna saglasnost za tako nešto, ne postoji obaveza ovog centra da preda semene ćelije njegovoj supruzi. Pored toga, kako se istaklo, semene ćelije predstavljaju genetski materijal, ali i „nevidljivi deo tela“ koji se ne može distribuirati bez jasnih instrukcija depozitara.¹⁵ Sa druge strane gospođa *Parpalaix* je tvrdila da je jedina namera njenog supruga bila da je učini majkom njegovog deteta i da nijedan drugi razlog ne može objasniti zbog čega je on predao svoje semene ćelije u banku. Ona je dalje istakla da se odbijanjem njenog zahteva s jedne strane ne poštuju želje njenog supruga, a sa druge njeno pravo na rađanje.

Slučaj je naposletku iznet pred *Tribunal de Grande Instance de Creteil*, koji je odluku doneo u korist gospođe *Parpalaix*. U presudi se ističe da namera gospodina *Parpalaix* da sačuva svoje oplodne ćelije kako bi kasnije mogle biti upotrebljene u svrhu reprodukcije, zbog koje je i zaključen ugovor sa CECOS, obavezuje ovu ustanovu da oplodne ćelije vrati onome kome su namenjene, odnosno ženi gospodina *Parpalaix*.¹⁶

Sud je istakao da se ovo fundamentalno pravo mora zaštititi i da ono ne može biti predmet ugovora, te da o sudbini oplodnih ćelija treba da odluču lica od kojih potiču. Iz tog razloga, sud je dalje naveo da je želja gospodina *Parpalaix* da svoju suprugu učini majkom zajedničke dece bila nedvosmislna ako ne i apsolutna.

¹⁴ Gordana Kovaček Stanić, Porodičnopravni aspekt biomedicinski potpomognutog oplodjenja u pravu Srbije i evropskim pravima, Zbornik matice srpske za društvene nauke, sveska 131, 2010. str. 426.

¹⁵ Abraham Benshushan and Joseph G. Schenker, *op.cit.* p. 1409.

¹⁶ Derek J. Jones, Artificial Procreation, Societal Reconceptions: Legal Insight from France, *The American Journal of Comparative Law*, 01/02/1988; 36(3):525-545.

Interesantno je da se sud nije upuštao u raspravljanje o ispravnosti asistirane reprodukcije u ovakvim okolnostima, niti o pitanju srodstva deteta koje bi bilo rođeno u ovom slučaju.¹⁷

U daljem obrazloženju navodi se da bi banka sperme mogla da odbije ovakav zahtev, samo ukoliko je lice koje predaje svoje oplodne ćelije bilo prethodno obavješteno da nakon smrti neće biti moguća upotreba tih ćelija. Kako takvo obavještenje nije dato, sud je zaključio da je CECOS obavezan da semene ćelije preda gospođi *Parpalaix*.

Ono što je sud takođe istakao, jeste da odlučujući izvor prava u ovom slučaju mora biti ugovor koji je CECOS zaključio sa gospodinom *Parpalaix*, ističući da je neprihvatljivo pozivati se na Građanski zakonik, s obzirom da oplodne ćelije ne predstavljaju *stvar u prometu*, niti na Zakon o transplantaciji organa, s obzirom da se ne radi o organima ili tkivima.

Čak i u situacijama kada su partneri tokom života zamrznuli svoj genetski materijal, ali pri tom nisu dali pristanak i na njihovu upotrebu nakon smrti, ne može se naći dovoljno jako opravdanje da se takav materijal uvek iskoristi. To ne znači da ta lica sigurno ne bi dala svoj pristanak, ali želja da se postane roditelj tokom života, ne govori mnogo o njihovim stavovima u pogledu posthumne oplodnje.¹⁸

3.3. Slučaj *Diane Blood*

Najviše dilema međutim, izaziva treći i četvrti slučaj, kada zamrznuti genetski materijal ne postoji, već se nakon smrti (ili njene izvesnosti) postavi zahtev za dobijanje oplodnih ćelija, kako bi one bile upotrebljene za potrebe oplodnje. Čini se nemoralnim, pa samim tim i neprihvatljivim činiti bilo šta na osobi koja je umrla, ukoliko ne postoji njen pristanak dat za života. Pa ipak, to nije sprečilo brojna lica da se i bez postojanja takve saglasnosti obrate sudovima, ali i da dobiju pozitivan konačni ishod.

Najpoznatiji slučaj svakako je slučaj *Diane Blood* koji je postao poznat javnosti nakon što su mediji danonoćno pratili postupak, jasno izražavajući naklonost prema gospođi *Blood*, koja je nakon što je njen suprug pao u komu i nakon što je postalo jasno da do oporavka neće doći, uspjela da dobije semene ćelije putem metoda elektroejakulacije, ali joj kasnije, na njen zahtev, nije dozvoljeno korišćenje tih ćelija za potrebe oplodnje. Naime, kako je istaknuto, uzimanje semenih ćelija od gospodina *Blood* dok se on nalazio u komatoznom stanju, bez mogućno-

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ L. Cannold, Who owns a dead men's sperm?, *J Med Ethics* 2004;30:386 doi:10.1136/jme.2003.004853.

sti da dâ svoj pristanak, predstavljalo je nedozvoljenu radnju, te bi i upotreba tako dobijenih ćelija predstavljala kršenje odredbi Zakona o humanoj fertilizaciji i embriologiji prema kojima je posthumna oplodnja moguća samo ako je prethodno dat pristanak za tako nešto. Iako se na prvi pogled činilo da je situacija jasna, odnosno da bi se dozvoljavanjem oplodnje samo produžio niz zabranjenih radnji, krajnji ishod slučaja govori suprotno. Nakon što je njen zahtev odbijen od strane Agencije za humanu fertilizaciju i embriologiju, slučaj je završio pred sudovima, koji su naposljetku dozvolili gospođi *Blood* da genetski materijal iznese iz zemlje i postupak oplodnje izvrši u drugoj državi. Nakon što je sud doneo odluku, oplodnja gospođe *Blood* je uspješno izvršena u Belgiji, a posle 3 godine postupak je ponovljen još jednom, tako da je sada gospođa *Blood* majka dva dečaka.

Ovaj slučaj, kao i prethodno dva pomenuta, podstiču na razmatranje nekoliko bitnih etičkih pitanja, koja se mogu javiti u slučajevima posthumne oplodnje.

Najpre, element koji se smatra najbitnijim u slučaju posthumne oplodnje jeste postojanje pristanka. Kao i kod bilo kog medicinskog zahvata, slobodan pristanak koji je moguće povući, predstavlja princip koji je univerzalno prihvaćen i na kojem se temelji medicinska etika.¹⁹ Lečenje zavisi prave svega od volje onoga koga se tiče. Zahtevanjem postojanja saglasnosti izražava se poštovanje autonomije njegove ličnosti, odnosno njegovog prava samoodređenja u odnosu na telo.²⁰ U slučajevima kada pacijent nije u stanju da izrazi svoj pristanak, moguće je izvršiti određene zahvate ako je to neophodno radi očuvanja života pacijenta.²¹ To međutim, nije slučaj kada se radi o posthumnoj oplodnji. Cilj ovakvog postupka, u slučajevima kada ne postoji saglasnost preminulog partnera, jeste stvaranje koristi samo za ono lice koje zahteva da postupak bude izvršen.²²

U slučaju *Diane Blood* ne samo da nije postojao pristanak njenog supruga, već se i sama njegova namera i želja za potomstvom utvrđivala samo na osnovu iskaza njegove supruge, što ozbiljno dovodi u pitanje dopuštenost ovog postupka.

¹⁹ Ruth Deech and Anna Smajdor, „From IVF to Immortality, Controversy in the Era of Reproductive Technology“, Oxford University Press 2007, p. 103.

²⁰ Nenad Đurđević, Forma izražavanja pristanka pacijenta na lečenje, Aktuelni medicinski problemi, Centar za pravna istraživanja, Beograd, 1996.

²¹ Videti član 6 Zakona o potvrđivanju konvencije o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primene biologije i medicine: konvencija o ljudskim pravima i biomedicini („Sl. Glasnik RS - Međunarodni ugovori“, br. 12/2010)

²² R D Orr, M Siegler, *op. cit.* p. 301.

Upravo ovaj slučaj predstavljao jedan od ključnih slučajeva u sudskoj praksi Ujedinjenog Kraljevstva koji su predstavljali pravne izazove u tumačenju Zakona o humanoj fertilizaciji i embriologiji. Nakon toga, Zakon je eksplicitno uveo pravilo da je posthumna oplodnja moguća *isključivo* uz postojanje saglasnosti date za života koja nije povučena, a ovakvo pravilo prihvatila su i neka druga zakonodavstva. U Zakonu se navodi još i da se muškarac, od koga potiče genetski materijal, mora saglasiti da prilikom registracije deteta koje je rođeno na ovaj način, bude označen kao otac deteta. Pristanak koji muškarac daje za posthumnu oplodnju, može se odnositi i na embrione koji su nastali doniranim semenim ćelijama. Naime, moguće je da ženin partner da saglasnost da se i nakon njegove smrti implementiraju tako nastali embriona, a da se prilikom registracije deteta on navede kao otac.²³

Međutim, takva saglasnost, daje se prilikom samog započinjanja postupka asistiranu reprodukcije, kada se partneri mogu izjasniti u pogledu toga da li žele da njihove oplodne ćelije budu iskorišćene od strane drugog partnera u slučaju njihove smrti. Činjenica da se saglasnost daje u slučajevima kada se parovi podvrgavaju postupcima BMPO, povlači za sobom sledeće pitanje, a to je da li posthumnu oplodnju treba dozvoliti i onim partnerima koji se ne susreću sa problemom neplodnosti, kao što je to slučaj sa gospođom *Blood*. U tom slučaju, menja se koncept i svrha BMPO, jer se time postupci asistiranu reprodukcije više ne smatraju terapijskim postupkom, već jednostavno dodatnim putem put da se ostvari pravo na reprodukciju. Ovakav koncept ne bi trebalo prihvatiti, jer su moguće apsurdne situacije kakvih je i ranije bilo, a to je da postupak zahtevaju i žene koje na taj način žele da sačuvaju svoju nevinost, odnosno da dete rode bezgrešno.

4. Najbolji interes deteta

Upotreba genetskog materijala nakon smrti lica od kojih potiču u prvi plan postavlja i pitanje da li je takav postupak u najboljem interesu deteta. Naime, čak i kada postoji pismeni pristanak i kada se radi o paru koji se suočavao sa problemom neplodnosti, opravdanost ovog postupka se ipak može dovesti u pitanje. Nemogućnost uspostavljanja odnosa roditelj – dete, kao i činjenica da se dete lišava prava da ima oba roditelja, može predstavljati veliku štetu za dete.²⁴ S obzirom da se radi o postupku koji

²³ Videti član 39 i 40 Zakona o humanoj fertilizaciji i embriologiji Ujedinjenog Kraljevstva (tekst zakona na engleskom jeziku dostupan je na adresi: - <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>, sajt posećen 10.12.2013.)

²⁴ Shuster Evelyne, *op. cit.* p.414.

je postao moguć tek od skora, ne postoje pouzdani podaci o eventualnim negativnim posledicama ovakvog začeća po decu, ali se čini da raspravu o dobrobiti deteta ne treba ostavljati za neki kasniji momenat i nadati se da on možda neće ni doći. Svaki pojedinačan slučaj, zahteva pažljivu analizu svih aspekata koji mogu uticati na dete.

Možda je preteran stav da posthumna oplodnja odvaja decu od roditelja i da predstavlja destruktivnu praksu koja ruši smisao roditeljstva,²⁵ ali svakako je neophodno omogućiti deci život sa oba roditelja kad god je to moguće i kad god o tome ne odlučuje samo sudbina.

Pored toga, postoji opasnost da će se deca kada saznaju istinu o načinu svog začeća, odnosno rođenja, osećati stigmatizovano, odnosno smatrati da im je na taj način naneta nepravda. Međutim, kako nema dovoljno podataka o uticaju ovakvog postupka na dobrobit deteta, ne bismo mogli to prihvatiti kao faktor zbog kojeg ovakav postupak ne bi trebalo dozvoliti.

Govoreći o posthumnoj oplodnji, naročitu pažnju zaslužuje i slučaj upotrebe genetskog materijala od strane muškarca. U tom slučaju, neophodno je učestće surogat majke, jer preživeli partner nema drugu mogućnost, osim da zamrznute jajne ćelije, odnosno embrione iskoristi uz pomoć žene u koju će oni biti implementiran. Na ovaj način, može doći do stvaranja konfuzije kod tako rođenog deteta u pogledu toga koga će smatrati majkom. Sa jedne strane upotrebljen je materijal njegove biološke majke koja više nije živa, a sa druge, trudnoću je iznela žena koja prema detetu nema nikakve obaveze.

Međutim, ono što mora biti od presudnog značaja prilikom donošenja odluke da li dozvoliti posthumnu upotrebu genetskog materijala, jesu motivi preživelog partnera. Naime, vrlo često, oni, u tako rođenoj deci, mogu videti zamenu, odnosno popunjavanje praznine koja je nastupila nakon smrti njihovog partnera. Iz tog razloga, od velike je važnosti predvideti obavezno psiho-socijalno savetovanje koje će obezbediti da deca budu rođena iz pravih pobuda. Takođe, vrlo je bitno ustanoviti određeni rok, takozvani period čekanja, koji bi morao da protekne nakon smrti jednog partnera, pre nego što bi preživeli partner mogao da iskoristi njegov genetski materijal, kako takvi postupci ne bi bili rezultat jakih emocija, odnosno uzdrmanog psihičkog stanja. Uz to, smatramo da je pravilno rešenje, prema kojem upravo samo preživeli partner ima pravo da odluči o upotrebi zamrznutog materijala, a ne i ostala lica, kao što su roditelji umrlog, koji su vrlo često veoma uporni u nastojanju da se rodi dete u kojem će oni videti produžetak života svog umrlog deteta.

²⁵ *Ibidem*.

Sa druge strane, možemo uporediti slučaj posthumne oplodnje i oplodnje putem doniranog materijala, a u smislu najboljeg interesa deteta. Većina zakonodavstava dozvoljava heterolognu oplodnju, odnosno oplodnju putem doniranog materijala. Za sada, manji je broj onih koji prihvataju rešenje prema kojem donor ne sme ostati anoniman, odnosno prema kojem se u potpunosti udovoljava pravu deteta na saznanje porekla. U tim državama, dete ima pravo na saznanje ograničenog kruga informacija o donoru. Tako rođena deca, nikada ne mogu saznati ko je njihov biološki roditelj, za razliku od dece koja su začeta, odnosno rođena nakon smrti svog biološkog roditelja, i koja tu mogućnost imaju. Možemo zaključiti da, ukoliko pokušavamo da zaštitimo najbolji interes deteta, posthumna oplodnja ne donosi više štete nego heterologna oplodnja, koja je široko prihvaćena, naročito imajući u vidu da je u nekim državama omogućena upotreba doniranog materijala i ženama bez partnera. U tim slučajevima, dete svakako odrasta samo uz jednog roditelja, ali zauvek uskraćeno za pravo da sazna identitet drugog roditelja.

5. Uporednopravni prikaz

Većina zemalja ne dozvoljava implantaciju embriona posle smrti supruge ili vanbračnog partnera, niti inseminaciju semenom lica koje više nije živo.²⁶ Pojedine države su u svoje zakonodavstvo unele odredbe kojim regulišu ovo pitanje. Izdvojicemo tri evropske države koje dozvoljavaju posthumnu oplodnju uz ispunjenje određenih uslova, a nakon toga prikazati i zakonodavno rešenje Srbije.

Prema Zakonu o humanoj fertilizaciji i embriologiji **Ujedinjenog Kraljevstva**, navodi se da muškarac može dati *pismenu saglasnost* na implementaciju embriona nastalih od njegovih semenih ćelija i nakon njegove smrti i to kako onih embriona koji su nastali za njegovog života, tako i onih koji su uz pomoć njegovih semenih ćelija stvoreni nakon njegove smrti. Neophodno je i da ova saglasnost jednom data nije povučena. U ovom slučaju, muškarac koji je dao saglasnost biće označen kao otac deteta za potrebe registracije rođenja.

Pored navedenih uslova koje zakon postavlja, neophodno je i da se žena sa tim saglasi u roku od 42 dana (odnosno 21 dan u Škotskoj) od rođenja deteta. Ova odredba se primenjuje bez obzira da li su embrioni ili gameti implementirani u ženu u Ujedinjenom Kraljevstvu ili van njegovih granica.

Slično pravilo predviđeno je i u članu 40 kada se radi o upotrebi doniranih semenih ćelija. Ukoliko se žena nalazila u braku u vreme nastana-

²⁶ Gordana Kovaček Stanić, nav. delo, str. 426.

ka embriona doniranim semenim ćelijama, ali njen suprug ne doživi momenat implementacije embriona, žena ga može, za potrebe registracije rođenja, označiti ocem deteta, ukoliko je za života, njen suprug dao saglasnost za to.

Ukoliko se, međutim, oni ne nalaze u braku, neophodno je postojanje posebne pismene saglasnosti oba partnera (predviđene članom 36) kojom oni pristaju da se muškarac označi kao otac deteta i u slučaju oplodnje žene nakon njegove smrti. Pored ove saglasnosti neophodno je i da sam postupak oplodnje bude izvršen u klinikama koje za to imaju dozvolu.

U slučajevima kada do oplodnje žene dođe nakon smrti njene partnerke, Zakon predviđa ista pravila koja se odnose na oplodnju žene putem donirane sperme nakon smrti njenog muža, a koja se tiču upisa partnera za potrebe registracije rođenja. Ukoliko, međutim, partnerstvo nije bilo registrovano, zakon onda upućuje na pravila koja se u istoj situaciji primenjuju na heteroseksualne parove koji nisu bili u braku.

Ono što je važno napomenuti, jeste da se muškarac u ovom slučaju neće smatrati ocem deteta sa svim implikacijama koje očinstvo nosi. Naime, pravilo koje je predviđeno članom 39 odnosi se samo na potrebe *registracije rođenja* i predstavlja ograničeno odstupanje od ovog pravila. U tom slučaju, omogućeno je samo da se prilikom registracije deteta, navede ime oca, ali sva ostala prava koja bi dete inače imalo prema svom ocu (kao što je pravo nasleđivanja) u ovom slučaju su isključena.

Ova mogućnost uvedena je još 2000. godine na insistiranje velikog broja žena koje su decu rodile na ovaj način, a zatim bile onemogućene da svog preminulog partnera označe kao oca, iako su samom postupku pristupili zajedno.

Prema zakonodavstvu **Belgije**, ukoliko su oba partnera u ugovoru izričito pristala na posthumnu oplodnju, embrioni mogu biti upotrebljeni nakon smrti jednog od partnera. Jedini uslov je da postupak ne bude izvršen pre isteka roka od 6 meseci nakon smrti, niti nakon isteka 2 godine.²⁷ Rok od 6 meseci zasnovan je na želji da se izbegnu brzoplete i emocijama vođene odluke, ali i na empirijskom iskustvu da veliki broj udovica nekoliko meseci nakon smrti svog partnera odustaje od ovakve ideje.

Međutim, ova odredba može dovesti do velikih pravnih problema. Onako kako je formulisana, ona je neutralna po pitanju pola. Kako bilo, surogat materinstvo nije regulisano u Belgiji, a prema važećem zakonu, žena koja rodi dete smatra se majkom deteta. Sve ovo može dovesti do

²⁷ Videti član 16 Zakona o medicinski asistiranoj reprodukciji i raspolaganju su-vi-šnim embrionima i gametima Belgije (PROJET DE LOI relatif à la procréation médicale-ment assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes).

krajnje neobične situacije, ukoliko bi muškarac zatražio od klinike implementaciju embriona u surogat majku, nakon smrti njegove partnerke.

Kada se radi o posthumnoj oplodnji zamrznutim gametima, zakon samo ukratko navodi da je takav postupak dozvoljen, opet u vremenskom okviru koji je predviđen i za upotrebu embriona.²⁸ Iako ovo trenutno ne stvara neke posebne probleme, s obzirom na to da se jajne ćelije retko zamrzavaju, moglo bi dovesti do nejednakog položaja muškaraca čije su partnerke zamrznule jajne ćelije.

Prema zakonu **Španije**, ne može se utvrđivati očinstvo, niti se uspostavljati bilo kakva druga pravna veza između deteta koje je začeto putem asistirane reprodukcije i muškarca koji je preminuo, ukoliko njegov genetski materijal nije bio implementiran u telo žene pre njegove smrti. Međutim, partner žene može za života dati pristanak da njegov genetski materijal bude upotrebljen u roku od 12 meseci nakon njegove smrti.²⁹ U tom slučaju, za utvrđivanje očinstva, primenjivaće se ista pravila kao kada se radi o bračnom očinstvu. Ovaj pristanak koji je moguće opozvati u bilo kom momentu, smatraće se prihvatljivim samo ako je preživeli partner prethodno već bio podvrgnut postupku asistirane reprodukcije i da je pre smrti nekad pokušao embrio transfer.

U **Srbiji**, oblast asistirane reprodukcije je regulisana Zakonom o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognute oplodnje.³⁰ U navedenom zakonu postoje izvesne nejasnoće, jer, kako se navodi u članu 5, uslov da bi postupak BMPO bilo moguće izvesti neophodno je da u vreme primene postupaka postoji zajednica života između supružnika ili vanbračnih partnera, iz čega bi se moglo zaključiti da oplodnja posle smrti supruge ili vanbračnog partnera nije dozvoljena. Međutim, u čl. 58(4), navodi se da je moguć pismeni pristanak lica od koga potiču reproduktivne ćelije (u skladu sa ovim zakonom, odnosno na osnovu testamenta) za upotrebu njegovih ćelija i posle njegove smrti, te možemo zaključiti da se radi o očiglednom propustu zakonodavca da na jasan način reguliše ovo pitanje.³¹ Što se tiče upotrebe reproduktivnih ćelija donora, u članu 53 (3)

²⁸ Videti član 44 i 45 Zakona o medicinski asistiranoj reprodukciji i raspolaganju s-uvišnim embrionima i gametima Belgije (PROJET DE LOI relatif à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes <http://www.ieb-eib.org/nl/pdf/1-20070706-pma.pdf> sajt posećen 11.12.2013.)

²⁹ Član 9 Španskog zakona o humanoј reprodukciji (LEY 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, <http://sid.usal.es/leyes/discapacidad/9282/3-1-2/ley-14-2006-de-26-de-mayo-sobre-tecnicas-de-reproduccion-humana-asistida.aspx> sajt posećen 11.12.2013.)

³⁰ Zakon o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodnje, "Sl. glasnik RS", br. 72/2009.

³¹ Gordana Kovaček Stanić, nav. delo, str. 429.

ističe se da je izuzetno, dozvoljeno upotrebljavati reproduktivne ćelije donora, ako je za života dat pismeni pristanak da se posle njegove smrti mogu koristiti u postupku BMPO.

Ukoliko bismo se odlučili, da po pitanju posthumne oplodnje, prihvatimo član 58, odnosno da zanemarimo zahtev iz člana 5 koji zahteva da u vreme primene postupaka postoji zajednica života između supružnika ili vanbračnih partnera, mogli bismo zaključiti da u tom slučaju, pitanje materinstva odnosno očinstva, treba rešavati imajući u vidu odredbe kojima se ovo pitanje reguliše u redovnim okolnostima, odnosno kada su oba partnera živa.

Tako, kada govorimo o materinstvu, u slučaju upotrebe zamrznutih jajnih ćelija, ne javljaju se nedoumice, jer pravo Srbije zabranjuje surogat materinstvo. Odredbama o materinstvu, Porodični zakon nije stvorio uslove za primenu surogat materinstva, a Zakon o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja ovu praksu izričito zabranjuje.³² U Porodičnom zakonu postoji eksplicitna odredba da je majka deteta začetog uz biomedicinsku pomoć žena koja ga je rodila. Zakonodavac je dao primat činjenici nošenja i rađanja deteta u odnosu na genetsko poreklo.³³ U skladu sa navedenim, žena koja iskoristi zamrznute jajne ćelije, smatraće se majkom deteta, a žena od koje potiču jajne ćelije imaće status donora, koji kao takav, nema nikakva prava i obaveze prema detetu.³⁴ U ovom slučaju, naravno, mora postojati jasan pristanak žene od koje potiču jajne ćelije za upotrebu gameta nakon njene smrti.

U prednacrta Građanskog zakonika Srbije, predviđa se postojanje prakse surogat materinstva. Međutim, u Prednacrta se ne pominje mogućnost da usluge surogat majke koristi muškarac bez partnerke. Naime, samo bračni, odnosno vanbračni partneri i, u slučaju postojanja naročito opravdanih razloga, žena koja sama živi, mogu zaključiti ugovor sa surogat majkom.³⁵ Na osnovu ovoga, možemo zaključiti da nakon smrti žene, njen partner neće biti u mogućnosti da zamrznuti materijal iskoristi kako bi dobio dete, prilikom čije registracije bi i on i njegova preminula partnerka bili naznačeni kao roditelji.

³² Gordana Kovaček Stanić, Biomedicinski potpomognuto začeće i rođenje deteta: surogat materinstvo u uporednom evropskom pravu i srbiji, Stanovništvo, br. 1, 2013, str. 12.

³³ *Ibidem*

³⁴ Videti član 65 Zakona o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja, "Sl. glasnik RS", br. 72/2009.

³⁵ Više o surogat materinstvu u evropskim zakonodavstvima, ali i o odredbama Nacrta građanskog zakonika Srbije, videti u: Gordana Kovaček Stanić, Biomedicinski potpomognuto začeće i rođenje deteta: surogat materinstvo u uporednom evropskom pravu i srbiji, Stanovništvo, br. 1, 2013, str. 1-21.

Kada se radi o upotrebi zamrznutih semenih ćelija nakon smrti muškarca, primenićemo odredbu Zakona o lečenju neplodnosti, u kojoj se navodi da je otac deteta koje je začeto postupkom BMPO, supružnik, odnosno vanbračni partner majke deteta pod uslovom da je dao pismeni pristanak za obavljanje postupka BMPO sa svojim semenim ćelijama.³⁶ Međutim, ono što ostaje nejasno, jeste kakvo dejstvo će imati upis tog lica kao oca, odnosno da li to podrazumeva i priznavanje naslednog prava deteta prema ocu i, ukoliko podrazumeva, na koji način primeniti pravila nasleđivanja. Kako ovo pitanje kod nas nije regulisano, možemo samo analizirati zakonodavstva onih država koja imaju rešenje za ovo pitanje.³⁷ Jedan od predloga u slučaju rešavanje naslednih prava posthumno začete dece, jeste da ta deca moraju biti rođena u roku od pet godina od smrti lica, čiji je genetski materijal upotrebljen. Ovakvim rešenjem se pruža zaštita i deci, ali i ostalim naslednicima, koji moraju znati od kog momenta mogu slobodno raspolagati nasleđenim dobrima.³⁸

6. Završna razmatranja

Posthumna oplodnja predstavlja izuzetnost, koja je postala moguća napredovanjem u nauci i koja omogućava nešto, što je do skoro bilo nepojmljivo. Zbog svoje neuobičajenosti, ali i ne tako česte primene, skloni smo da na taj postupak gledamo sa podozrenjem, odnosno u strahu kakvu bi on moguću štetu mogao da nanese. Ali o eventualnoj šteti možemo govoriti samo u pogledu tako rođenog deteta. Čini se međutim, da za sada ne postoje pouzdani dokazi koji bi išli u prilog tome da posthumnu oplodnju ne treba dozvoliti. Ovaj postupak ne donosi više štete nego neki drugi postupci, recimo oplodnja putem doniranog materijala. Međutim, smatramo da izuzetnost ovog postupka zahteva da se on obavlja samo uz ispunjenje određenih uslova.

Nakon razmatranja različitih situacija u kojima može doći do posthumne oplodnje, mogli bismo zaključiti da bi takav postupak trebalo dozvoliti u onim situacijama kada postoji jasan pristanak lica o posthumnoj

³⁶ Videti član 66 Zakona o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplođenja, "Sl. glasnik RS", br. 72/2009.

³⁷ O načinu pravnog regulisanja naslednopravnog položaja dece začete posthumnom oplodnjom u savremenim zakonodavstvima Evrope, odnosno sveta, kao i o stavovima sudske prakse po pitanju zakonskih naslednih prava dece začete ovim putem videti više u: Vidić Jelena, Posthumna oplodnja i njena naslednopravna dejstva, Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad, 2011, vol. 45, br. 3, str. 553-566.

³⁸ Task Force on Ethics and Law 11: Posthumous assisted reproduction, Human Reproduction Vol.21, No.12 pp. 3050-3053, 2006 Advance Access publication August 21, 2006.

upotrebi zamrznutog genetskog materijala. Pored toga, bilo bi poželjno ustanoviti određeni period čekanja, koji bi morao da protekne pre nego što se pristupi posthumnoj oplodnji uz istovremenu obavezu psihosocijalnog savetovanja. Takođe, da li će zamrznut genetski materijal biti iskorišćen, mora zavisiti isključivo od želje preživelog partnera, nikako od trećih lica, pre svega od roditelja umrlog. Ukoliko se preživeli partner protivi takvoj upotrebi, zamrznuti genetski materijal bi trebalo uništiti ili donirati u naučnoistraživačke svrhe.

Sa druge strane, ukoliko ne postoji pismeni pristanak u pogledu posthumne upotrebe zamrznutog genetskog materijala, trebalo bi napraviti razliku u odnosu na zamrznute embrione i zamrznute oplodne ćelije.

Naime, u slučaju kada se radi o oplodnim ćelijama, nepostojanje pristanka trebalo bi da onemogući njihovu upotrebu. Kako je već istaknuto, želja za potomstvom, koja je postojala tokom života ne govori sa sigurnošću da se pod tim podrazumeva i rođenje dece posthumno. Nikako ne bi bio prihvatljiv takozvani model *opt-out*, odnosno model pretpostavljene saglasnosti, prema kojem postoji oboriva pravna pretpostavka, da su sva lica saglasna sa postupkom posthumne oplodnje, osim ukoliko su se tome izričito usprotivila za života.

Međutim, kada se radi o embrionima, ukoliko zakonodavstvo ne sadrži eksplicitnu zabranu o posthumnoj oplodnji, trebalo bi poštovati odluku preživelog partnera.³⁹

Na kraju, ne vidimo opravdanje za posthumno vađenje oplodnih ćelija. Posthumna oplodnja predstavlja izuzetak i kako takvu je treba i tretirati. Dozvoliti je u svakom slučaju, ozbiljno bi poljuljala vrednosti u oblasti reprodukcije, koje ne mogu biti svedene samo na korist onog lica koje želi da se ostvari kao roditelj.

³⁹ John A. Robertson, *op. cit.* p.1049.

*Sandra Samardžić, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Family Law Issues in the Case of Posthumous Reproduction

Abstract: *The possibility of freezing genetic material and the production of embryos in vitro, has create the possibility of new forms of assisted reproduction. In fact, today it is possible to use genetic material and get children after the death of the person from whom the genetic material originates. This procedure causes a lot of ethical and legal questions that must be answered always bearing in mind the best interest of the child. There are various reasons that create the desire to surviving partner to use frozen materials, and that reasons can certainly affect the well-being of the child. In order to prevent negative effects of post-mortem fertilization as far as possible, this procedure should be allowed only in exceptional cases, upon the fulfillment of certain, strict set of conditions.*

Key words: *posthumous reproduction, the best interests of the child, parentage.*

*Uroš Stanković, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

CRTICE O PRIMENI I IZMENAMA UREDBE O ŠUMAMA (1857)¹

Sažetak: U radu se iznosi nekoliko podataka o primeni Uredbe o šumama (1857) i njenim izmenama. Pažnja je posvećena primeni najvažnijih odredbi ovog propisa – o krčenju šuma i razgrađivanju zabrana. Navode se neki pojedinačni primeri kršenja Uredbe povodom kojih je vlast ostala nemoćna. Izlažu se inicijative naroda za promenu nekih članova Uredbe, a zatim i same izmene. One su potom podvrgnute analizi radi utvrđivanja razloga zbog kojih su usvojene. Naposletku, autor pokušava da ustanovi zašto je pokušaj da se Uredbom šume bolje zaštite bio bezuspešan.

Gljučne reči: Uredba o šumama (1857), seča šume, goroseča, uništavanje šume, Svetoandrejska skupština, zakonodavstvo o šumama.

I

U prvoj polovini XIX veka Srbija se sve više naseljava. Raste prirodni priraštaj i zemlju nastanjuju doseljenici iz susednih predela – Crne Gore, Bosne, Hercegovine, Bugarske. Novim stanovnicima je trebalo obezbediti sredstva za život. U ondašnjim uslovima, najbolje takvo sredstvo je bila zemlja. Do nje se najlakše moglo doći krčenjem šuma. Ta pojava je, međutim, vremenom počela da poprima zabrinjavajuće razmere. Čak i pri ondašnjem, niskom stepenu ekološke svesti, diže se glas protiv nemilosrdnog satiranja šuma.

¹ Rad je rezultat istraživanja na projektu „Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo“ broj 179079 koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja.

Ti glasovi su 1857. doveli do donošenja *Uredbe o šumama*. Ona je propisala vrlo visoke takse za goroseču i maksimalno pooštrila uslove za seču šume.² Smataralo se da će strogost Uredbe sprečiti prekomernu seču i doprineti obnavljanju ozbiljno smanjenog šumskog fonda.

II

Već prvi izveštaji okružnih načelnika su demantovali ovaj optimističan stav. U početku se krenulo putem zavaravanja. Načelnici su izveštavali da je narod zadovoljan izdavanjem Uredbe i zahvalan vladi na njenom donošenju. Neki malo realniji, poput Ilije Garašanina, priznavali su da prijem Uredbe u narodu nije dobar, ali su krivicu za to svaljivali na okružne načelnike koji nisu tumačili propis na odgovarajući način. Takva iskrivljena slika stvarnosti je i kneza Aleksandra Karađorđevića održavala u uverenju da je Uredbu moguće sprovesti.³

Na terenu se videlo nešto sasvim drugačije. Narod je glasno negodovao, širili su se glasovi o mogućim bunama. Vlast je povodom toga vršila mnogobrojne istrage. Premda se pokazalo da neće biti nikakve bune, raspoloženje naroda verovatno nije bilo daleko od toga.⁴ Da je imao ko da ga organizuje, verovatno bi razloga za bojazan zaista i bilo.

Time su vlastodršci bili stavljeni na ispit. Postavljala su se pitanja hoće li država insistirati na doslednoj primeni Uredbe uprkos velikom protivljenju naroda i silom skršiti njegov otpor ili će se pak, iz razloga oportuniteta, ovaj propis tumačiti rastegljivije? Na ova dva pitanja pokušaćemo da odgovorimo u tekstu koji sledi.

Najveće ogorčenje u narodu su izazvale dve odredbe – krajnje restriktivni uslovi za krčenje šume i obaveza razgradnje privatnih zabrana podignutih posle 23. marta 1840. Osim toga, procedura za dodelu iskrčnog zemljišta je bila komplikovana i skupa. Bilo je vrlo teško očekivati da će se ove odredbe primenjivati. Teško se moglo zamisliti kako bi neko mogao da proširi svoje malo imanje osim krčevinom, a još nezamislivije da bi se odrekao onoga što već drži. Najzad, narod bi predugo čekao dodelu zemljišta, čiji su troškovi bili veći od koristi koju zemlja daje.

² O Uredbi vidi U. Stanković, *Donošenje i sadržina Uredbe o seči šume od 1857*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* XLVI/2 (2012), str. 405–411.

³ *Pisma Ilije Garašanina Jovanu Marinoviću* I (priredio S. Lovčević), Beograd 1931, str. 347; R. Popović-Petković, *Povezanost arhivalija državnih fondova sa fondovima privatnih zbirki i značaj njihovog konsultovanja pri obradi*, *Arhivist* XIII (1963), str. 159–160.

⁴ Popović-Petković, *nav. delo*, str. 160.

Narod se protiv Uredbe borio na dva načina. Prvi je bio otvoreno kršenje tog propisa. Drugi su bile zvanične molbe za njenu izmenu.

Iz postojećih izvora se vidi da je narod jednostavno ostao nem na Uredbu. Šuma je i nadalje uništavana, a zabrani ostali u državini ograđivača.

Izvori obiluju primerima goroseče. Njoj nisu pribegavala samo privatna lica, već i špekulanti, ali i država.

Već 1858, svega godinu nakon donošenja Uredbe, oslikavaju se prvi neuspesi u njenoj primeni. U registru Odeljenja promišljenosti Ministarstva finansija za tu godinu se može pronaći podatak da se u Srezu lepničkom, Okrug kragujevački, šuma samovlasno seče. Pomoćnik Načelstva Okruga crnorečkog, Pavle Mutavdžić, na Svetoandrejskoj skupštini se žalio na prekomerno zatiranje šuma za ograde. Istom prilikom su se mogle čuti i pritužbe da je u protekloj godini (1857–1858) isečeno više šume nego za pet godina pre donošenja Uredbe, pri čemu su najveći utamajivači u okolini Uba bile “Švabe”⁵ Nemajući sopstvenih šuma, deset sela iz okoline Golupca, služili su se golubačkim i zatirali ih bez milosti. Žaleći se na nepravdičnost Uredbe, poslanici Okruga čačanskog su ukazivali na velike razmere zatiranja gore radi špekulacije.⁶

Razmere goroseče postale su još veće 1859. U zemlji je tada vladalo nesređeno stanje. Na Svetoandrejskoj skupštini je doneta odluka o zbacivanju sa prestola kneza Aleksandra Karađorđevića i ustoličenju Miloša Obrenovića. Na početku njegove vladavine javlja se anarhija. Stari organi vlasti više nemaju autoritet, a novi ga još nisu uspostavili. Željan oduška, narod radi sve ono u čemu je proteklih godina bio sputavan, tako da šuma ponovo strada.

Registar Odeljenja promišljenosti za 1859. donosi pomen o neakvom raspisu da se šuma ne tamani. On, izgleda, nije mnogo pomagao. Prema podacima iz registra, u seči su prednjačili Turci. Izvesni Mujo Hadžić iz Janje je isekao mnogo šume na državnoj adi Maloj Ciganli na Dri- ni, a od Turaka su stradale i šume na užičkoj granici i planini Jelovoj gori. U konatičkoj opštini u samovlasnu seču su se upustili pinteri i neka druga lica. U predstavci Ministarstva finansija Državnom savetu od 19. marta 1859. upozorava se da neki krajevi Srbije ozbiljno oskudevaju šumom i da to preči celoj državi ako se uništavanje gore nastavi.⁷

⁵ S obzirom na tada rasprostranjen običaj da se i prekosavski Srbi zovu “Švabama”, ne moraju nužno biti u pitanju Nemci.

⁶ Arhiv Srbije, Registar Odeljenja promišljenosti Ministarstva finansija za 1858, pod “Š”, br. 40; A. Radenić, *Svetoandrejska skupština*, Beograd 1964, str. 74, 76, 129, 158.

⁷ AS, Registar MF-P, pod “Š”, br. 2, 4, 5, 8, 31; AS, Državni savet (dalje: DS) predmet br. 168 za 1859, Ministarstvo finansija Savetu br. 1012, Beograd 19. III 1859.

Pošto su se političke prilike sredile, u narednim godinama zatiranje šuma je malo splasnulo. To, naravno, nikako ne znači da ga nije bilo. Da ga bude, i to ne u malom obimu, postarala se sama država. Državni savet je odobrio odluku Ministarstva finansija da se Načelstvu okruga beogradskeg dozvoli da za potrebe izgradnje makiškog drumu na Adi Ciganliji i Madžar-adi odesče 190500 vrbovih i jovovih prutova i 50960 kolaca.⁸

Razgrađivanje zabrana se završilo potpunim neuspehom. Tek što je Uredba izdata, ministar unutrašnjih dela je izdao raspis da se oni ne razgrađuju, što je predstavljalo priznanje da država sa ovom pojavom neće moći da izađe na kraj.⁹ Zatim je usledilo još nekoliko događaja koji su potkrepili taj zaključak. U dopisu knezu Aleksandru Karađorđeviću od 25. februara 1858. Savet je izneo tvrdnju da sudovi olako odobravaju prenos svojine i tereta na zemlji pod šumom, što je bilo posredno priznanje da je držalac zabrana i njegov vlasnik.¹⁰

Nedugo posle toga, načelnik Sreza studeničkog je proputovao povereni mu srez. Na putovanju se uverio da u srezu gotovo da nema čoveka koji nije nezakonito došao do nekog komada zemlje i molio da, zbog siromaštva ovog kraja, borjaci (borove šume) ostanu u svojini onih koji su ih zauzeli.¹¹ Nalazeći se u nedoumici šta da radi, Načelstvo okruga čačanskog je prosledilo ovu predstavku Ministarstvu finansija. Kako ni ono nije znalo odgovor, poslalo je akt Savetu, uz napomenu da je broj prisvojilaca velik.¹²

Problema sa razgrađivanjem je bilo i u Okrugu smederevskom. Ministarstvo finansija je 13. maja 1859. je upoznalo Savet sa žalbom nekih žitelja sela Landol (Okrug smederevski) protiv svojih suseljana koji su samovlasno zauzeli opštinske branike i molilo za uputstvo, plašeći se da bi podvrgavanje zauzimača sudskom procesu proizvelo teške posledice. Svega mesec dana kasnije, 15. juna, Ministarstvo je ponovo zatražilo savet. Ovaj put ga je Načelstvo okruga smederevskog izvestilo da su u Srezu jaseničkom najviše zemlje zauzeli imućni seljaci i sveštenici i skrenulo

⁸ AS, Ministarstvo inostarnih dela – Vnutreno odeljenje 1860, fascikla IV, red 62, Državni savet knezu Milošu br. 872, Beograd 4. V 1860.

⁹ Lovčević, *nav. delo*, str. 343.

¹⁰ AS, DS 66/1858, Savet knezu br. 220, Beograd 25. II 1858.

¹¹ Ova molba daje za pravo M. P. Ćirkoviću, koji je slabu primenu Uredbe pripisivao time što je zaštita šume bila stavljena u dužnost opštinskim i policijskim vlastima. Vidi M. P. Ćirković, *Šumarstvo i šumarske prilike u Srbiji u: Pola stoljeća šumarstva 1876–1926*, Zagreb 1926, str. 159–160.

¹² AS, DS 1096/1859, Načelnik Sreza studeničkog Načelstvu okruga čačanskog br. 639, Raška 30. V 1858; Ministarstvo finansija Savetu br. 1853/858, Beograd 14. VII 1859.

pažnju da bi bilo neoportuno pristupiti razgradnji zabrana, pošto prisvojlaca ima mnogo.¹³

Zvanična akcija naroda nije bila ništa manje značajna od beznačajne. Ispoljavala se u dva oblika: ili je tražena izmena ili pak ukidanje Uredbe. Izuzev jedne, molbe naroda Okruga požarevačkog da se šuma seče prema staroj uredbi (misli se na *Uredbu o seči šume* iz 1839)¹⁴, sve ostale su upućene na Svetoandrejskoj skupštini. Za izmenu su se, osim naroda, zalagali i neki viđeniji političari. To se u prvom redu odnosi na Tomu Vučića Perišića, koji je, kao i uvek podilazeći raspoloženju naroda, neformalno i na sednicama Saveta zagovarao izmenu Uredbe.¹⁵

Molbe da se izmeni Uredba uglavnom su usmerene na tri njene odredbe. Tražilo se smanjenje iznosa taksi za seču drveta, prelazak šuma u svojinu opština i olakšanje uslova za krčenje. Ređe su isticani zahtevi da se olakša dodela utrina siromašnima i kazne gorosečama spuste na sume predviđene Uredbom iz 1839. U jednom aktu su se mogle pojaviti i po dve molbe; na primer, da se ublaže uslovi za krčenje i šume prepuste opštinama. Zahtev da se Uredba ukine se nikad ne pojavljuje samostalno. Postavljen je u molbama predstavnika đakovačke i mainačke opštine, i to alternativno: da se Uredba ili ukine ili „sasvim preinači”.¹⁶ Polazeći od najzastupljenije molbe na Skupštini, ona je zatražila od Saveta da se takse za seču šume ponovo naplaćuju 1 groš.¹⁷

Po okončanju rada Svetoandrejske skupštine, formiran je odbor koji je trebalo da razmotri zahteve naroda. Taj odbor je uzeo u razmatranje i predstavke o šumama. Završivši svoj rad, 8. i 9. januara 1859. je izdao dva akta u kojima je naznačio smernice za izmenu Uredbe o šumama. Prvi je više apstraktnog karaktera: govori o pravu svojine na šumama, postupku dobijanja dozvole za seču i sl. Najveći prostor je posvećen opštinskim šumama, iz čega se jasno nazire namera da se većina njih pređu u svojinu opština. Ceo postupak odobravanje seče je neodoljivo podsećao na Uredbu iz 1839, čime je u pogledu zaštite šuma napravljen korak unazad.¹⁸

¹³ AS, DS 1096/1859, Ministarstvo finansija Savetu br. 1775, Beograd 13. V 1859; Ministarstvo finansija Savetu br. 2029, Beograd 15. VI 1859. Inače, Ministarstvo unutrašnjih dela je 24. aprila 1859. izrazilo stav da zabrane Landolaca ne treba razgrađivati ako bi to naišlo na prevelik otpor. Vidi B. Peruničić, *Smederevska Palanka i okolina*, Beograd 1980, str. 718.

¹⁴ AS, MF-P 1859, pod „Š“, br. 37.

¹⁵ Popović-Petković, *nav. delo*, str. 160; J. Grujić, *Zapisi Jevrema Grujića II*, Beograd 1922, str. 94.

¹⁶ Radenić, *nav. delo*, str. 73, 76, 133, 138, 142, 147, 150.

¹⁷ AS, DS 8/1859, Narodna skupština Savetu br. 216, Beograd 31. XII 1858.

¹⁸ AS, DS 1096/1859, Odbor Svetoandrejskoj skupštini, Beograd 8. I 1859; *Sbornik sviji zakona, uredbi i uredbeni ukaza izdani u Knjažestvu Srbskom* (dalje: *Zbornik zakona*) I, Beograd 1840, str. 102.

Akt od 9. januara je konkretniji. Nakon kratkog uvoda, u kome se izlaže šest osnovnih principa na kojima treba da počiva buduća regulacija zaštite šuma (šume u atarima opštine pripadaju opštini, negovanje i nadzor nad šumama su povereni državi, na zabranima zauzetim do 1845. držaoci dobijaju pravo svojine i dr.), govori se o sudbini propisa Uredbe nakon izmene.¹⁹

U zavisnosti od toga, razlikuju se četiri kategorije odredbi. Prve bi ostale neizmenjene. To su članovi 2, 3, 4, 6, 7, 10, 11, 12, 13, 14, 17 i 19. Druga grupa bi takođe važila i dalje, ali uz odgovarajuće dopune (čl. 20 i 23). U treću grupu spadaju one koje bi pretrpele određene izmene. Reč je o članovima 1, 5, 9, 15, 21, 22, 24, 25 i 26. Samo dva bi bila ukinuta – 8 i 16.²⁰

Brojčano posmatrano, najveći deo Uredbe bi ostao na snazi. Skoro polovina Uredbe bi ostala neizmenjena. Kada se tome doda činjenica da je predviđeno ukidanje samo dva člana, površan čitalac bi stekao utisak da izmene i nisu suštinske. Takav zaključak pada u vodu ako se vidi struktura izmenjenih odredbi. U pitanju su dva člana u kojima se propisuju iznosi taksi za seču, dakle baš ono na šta se narod najviše i žalio.

Odbor je predložio značajno sniženje taksi, tako da bi one prema novom predlogu iznosile za veliko drvo 12, srednje 4, gredu ili rog 1 groš, a mertek²¹ ili baskiju²² 10 para ukoliko se drvo seče radi špekulacije, odnosno 2 ili 1 groš, 20 ili 5 para ako se sečom drvo pribavlja za sopstvene potrebe. Na kraju, Odbor je dodao da treba najstrože izvršavati sve dotad izdate zakone o šumama, da se one ne bi i nadalje bezrazložno utamanjivale.²³ Ova formulacija je trebalo da zamaskira uzmicanje države i prikrije poraz koji je pretrpela u pokušaju da šume bolje zaštiti.

Dva akta Odbora nisu rezultirala izmenom Uredbe. Na osnovu toga ne treba zaključiti da je zakonodavna vlast ostajala gluva na povike naroda. Naprotiv; pažljivo je osluškivala u vezi sa čim i koliko negoduje, da bi nedostatke popravila. To je činila na dva načina: ili izmenom same Uredbe ili donošenjem nekog parcijalnog propisa koji reguliše seču šuma. Za prvi se opredelila triput, a za drugi jednom.²⁴ Upada u oči da je svaki

¹⁹ AS, Narodna skupština (dalje: NS) 1858, f. II, r. 2, Odbor Svetgoandrejskoj skupštini, Beograd 9. I 1859.

²⁰ Ibidem.

²¹ Pomoćna gredica, roščić u krovu zgrade. Vidi V. Šalipurović, *Prilozi za istoriju građevinarstva u srdnjem Polimlju u XIX veku*, Beograd 1979, str. 314.

²² Gredica koja se pribija po rogovima kuća i drugih zgrada. Vidi V. Stef. Karadžić, *Srpski rječnik*, Beč 1852, str. 16, 159.

²³ AS, NS 1858, f. II, r. 2, Odbor Svetgoandrejskoj skupštini, Beograd 9. I 1859.

²⁴ Propis kojim je dozvoljena seča kolja i pruca na državnim adama na Savi i Dunavu, donet na predlog Saveta. Bio je motivisan isključivo potrebama države, tako da se njime nećemo baviti. Vidi AS, MID-V 1860, f. IV, r. 62.

put kada bi bila menjana Uredba formalan predlog potekao od nekog državnog organa, ali je sadržina predloga bila takva da je ublažavala baš one odredbe koje su narod najviše ozlojedile.²⁵

Načelstvo okruga smederevskog je 23. septembra 1858. obavestilo Ministarstvo unutrašnjih dela da mu se ukupno 363 lica, 319 iz Sreza podunavskog i 44 iz Sreza jasieničkog, prijavilo radi dodele opštinske šume i utrine, ali kako se taj čin ne može obaviti zbog zauzetosti okružnog inženjera, prema Uredbi člana komisije koja ocenjuje opravdanost dodele. Ministarstvo je stalo na stanovište da je odredba o dodeli zemlje nepraktična.²⁶ Zbog toga je 3. oktobra uputilo Savetu predlog da se ona izmeni. Odluku o dodeli zemlje, smatralo je Ministarstvo, trebalo bi da donosi sreski načelnik. On će je podnositi na odobrenje načelstvu (verovatno okružnom).²⁷

Pre nego što bi se upustio u odlučivanje o predlogu, Savet je želeo da sasluša stručno mišljenje drugog i drugog ministarstva nadležnog za pitanje šuma – Ministarstva finansija, pa mu je 13. oktobra prosledio primljeni podnesak. Ministarstvo finansija se pozitivno izjasnilo o njemu. Stoga ga je Savet uputio kneževskom mestozaupniku.²⁸ To pitanje će ipak sačekati samog kneza Miloša. On se 24. februara 1859. saglasio sa predlogom Ministarstva unutrašnjih dela.²⁹ Tako je olakšan postupak za dodelu zemljišta siromašnima.

Polazeći od želje naroda koja se vezano za šume najčešće čula – da se snize takse za seču šume, Svetoandrejska skupština je odlučila da

²⁵ Osim usvojenih predloga, srećemo se i sa jednim neusvojenim. Kada je jedno od načelstava upitalo može li se prema Uredbi dozvoliti da se od suvih drva i ležećih klada žeže pepeo, Ministarstvo se založilo za rešenje da opštine u tu svrhu izdaju u zakup drva iz svojih šuma, pravdajući to ekonomskim razlozima. Razlozi verovatno nisu bili čisto ekonomske prirode. Vlast je svakako želela da proširi mogućnosti za eksploataciju šume kako bi dodatno ublažila nezadovoljstvo naroda zbog materijalne oskudice. Vidi AS, DS 928/1860, Ministarstvo finansija Savetu br. 496, Beograd 11. XI 1860.

²⁶ Prema članu 27 Uredbe, o dodeli zemlje siromašnima je odlučivala komisija koju bi sačinjavali sreski načelnik, okružni inženjer i mesni kmetovi, a konačnu reč bi davalo Ministarstvo finansija. Vidi Stanković, *nav. delo*, str. 410.

²⁷ AS, DS 20/1859, Ministarstvo unutrašnjih dela Savetu br. 1038, Beograd 3. X 1858.

²⁸ Izabran za kneza na Svetoandrejskoj skupštini, Miloš Obrenović je, budući u inostranstvu, svog privrženika Stevču Mihailovića imenovao za "mestozaupnika" do povratka u zemlju. Vidi S. Jovanović, *Druga vlada Miloša i Mihaila*, Beograd 1933, str. 11.

²⁹ AS, DS 20/1859, Savet Ministarstvu finansija br. 1319, Beograd 13. X 1858; Ministarstvo finansija Savetu br. 3474/1858, Beograd 3. I 1859; Savet kneževskom mestozaupniku br. 41, Beograd 22. I 1859; Knez Miloš Ministarstvu unutrašnjih dela br. 70, Beograd 24. II 1859.

uzme stvar u svoje ruke. Tako je 31. decembra 1858. predložila Savetu da se dozvole za seču šume, kao i ranije, naplaćuju 1 groš. Savet je 12. januara 1859. prosledio predlog knezu. On je 20. aprila dao saglasnost na predloženu meru.³⁰

Upoznato sa stanjem stvari i stoga realistično u pogledu primene Uredbe, Ministarstvo unutrašnjih dela je već 30. oktobra 1857. podnelo svoje primedbe na Uredbu u 13 tačaka. Radi razmatranja tih primedbi, Savet je 26. novembra formirao petočlanu komisiju. U njen sastav su ušli ministri unutrašnjih dela i finansija, Konstantin Nikolajević, tj. Jovan Marinović, i tri državna savetnika – Aleksandar Nenadović, Antonije Majstorović i Ranko Matejić. Zadaci komisije su bili da uporedi Uredbu sa primedbama i dopunom Uredbe od 1. oktobra 1857.³¹ i podnese Savetu mišljenje o osnovanosti predloga Ministarstva.³²

Komisija je podnela izveštaj 18. januara 1859. Usvojila je neke primedbe Ministarstva, i to upravo one koje su se odnosile na olakšanje mogućnosti za seču šume i legalizaciju do sada zagrađenih zabrana. Komisija je prihvatila stav Ministarstva da opštinama treba dozvoliti seču rodne³³ i zabranjene nerodne gore³⁴ za potese.³⁵ Takođe je odlučila da se, u određeno doba godine (u decembru, januaru i februaru) i na mestima koja će odrediti sreski načelnici, dozvoli seča rodne gore ako je ona do te mere razređena da više ne može da služi ni za šta osim za ogrev.³⁶

Obaveza razgradnje zabrana je primedbama komisije u dobroj meri relativizovana. Prvo, zagrađena zemlja se neće razgrađivati ukoliko je već pretvorena u ziratnu zemlju.³⁷ Ako u zahvatini koja je u većoj meri otrebljena ima i žirorodnih grmova, i zahvatina i grmovi ostaju u svojini zahvatača. Neće biti razgrađeni ni zabrani koje je neko od malena podizao, kao ni oni koji su dodeljeni u skladu sa članom 1 *Uredbe za čuvanje žirorodne gore* (1845)³⁸, kupljeni na licitaciji ili konačnom sudskom presu-

³⁰ AS, DS 8/1859, Narodna skupština Savetu br. 216, Beograd 31. XII 1858; Savet kneževskom mestozastupniku br. 1710/1858, Beograd 12. I 1859; Knez Savetu br. 36, Beograd 20. IV 1859.

³¹ Vidi Stanković, *nav. delo*, str. 412.

³² AS, DS 155/1858, Savet knezu br. 66, Beograd 21. II 1858.

³³ Rodna gora je drvo koje rađa žir.

³⁴ Radi se o drvetu koje ne daje žir.

³⁵ Više njiva ili livada koje zagradi opština ili nekoliko ljudi. Vidi Karadžić, *nav. delo*, str. 554.

³⁶ AS, DS 155/1858, Komisija Savetu, Beograd 18. I 1859.

³⁷ Onaj koji se obrađuje, zasejan usevima, obradiv. Vidi *Rečnik srpskohrvatskog književnog i narodnog jezika* VII, Beograd 1971, str. 44.

³⁸ Predviđa uslove pod kojima se dozvoljava krčenje šume i razgrađivanje samovlasno podignutih zabrana. Vidi *Zbornik zakona* III, Beograd 1847, str. 29–30.

dom potvrđeni kao svojina držaoca. Na kraju, komisija je apelovala da Ministarstvo unutrašnjih dela ne žuri sa razgradnjom već ograđenih zabrana, već da prethodno zajedno sa Ministarstvom finansija prouči na koji bi način bilo najcelishodnije izvršiti tu odredbu Uredbe.³⁹

Trima izmenama Uredba je bila potpuno obesmišljena. Uklonjen joj je ratio existendi. Bila je najviše i doneta radi svođenja seče na minimum i razgrađivanja zabarana, a baš te odredbe su iz nje nestale. Posle suštinskih izmena još je samo formalno nastavila da važi.⁴⁰ Stoga se u potpunosti možemo složiti sa tvrdjenjem Ministarstva finansija iz oktobra 1858, da Uredba i pored strogosti nije dala nikakve rezultate.⁴¹ Drugim rečima, ostala je mrtvo slovo na papiru. U takvim uslovima, bilo je pitanje trenutka kada će ona i formalno biti ukinuta. Na to se nije dugo čekalo. Već 4. aprila 1861. doneta je nova, *Šumska uredba*.⁴²

III

Doneta s plemenitim ciljem, Uredba je, kao i mnogi drugi, ostala mrtav zakon. Faktički se nije primenjivala, a formalno je protiv nje otvoren paralelni front na zakonodavnom polju. Tu je menjana u nekoliko navrata, sve dok nije potpuno obesmišljena.

Ništa drugo se nije moglo ni očekivati. Narod je imao veliku potrebu za zemljom, a vrlo nisku ili, bolje rečeno, nikakvu svest o značaju šuma. Smatrao je da se one prosto samoobnavljaju i da ih u Srbiji ima toliko da zaliha drveta nikad neće nestati. Nije, međutim, bio toliki problem što je to mislio narod. Njegovo mišljenje delili su i oni čije je zaduženje bilo da šume čuvaju – kmetovi i sreski načelnici. Oni bi na seču, po pravilu, žmurili na jedno ili čak oba oka, a često se i pridruživali utamanjivanju šuma.

Neprimenjivanju Uredbe kumovale su i političke prilike u zemlji. Uredba je doneta pred kraj vladavine kneza Aleksandra, kada se ionako slaba i neomiljena državna vlast nije usuđivala da nepopularnim potezima dodatno iritira narod. Smena na prestolu je još više na ruku postepenom ukidanju uredbe. Novi vladalac je morao da se pokaže kao bolji od pret-

³⁹ AS, DS 155/1858, Komisija Savetu, Beograd 18. I 1859.

⁴⁰ Karakter izmena je bio takav da se kod nekih autora susrećemo i sa tvrdnjom da je Uredba bila ukinuta. Vidi S. Jovanović, *Ustavobranitelji i njihova vlada (1838–1858)*, Beograd 1925, str. 81; N. Vučo, *Prvobitna akumulacija kapitala u Srbiji, Istorijski časopis XXIX* (1982–1983), str. 291.

⁴¹ AS, DS 646/1858, Ministarstvo finansija Savetu br. 3635, Beograd 28. X 1858.

⁴² Njoj će biti posvećen jedan od naših narednih tekstova.

hodnog. A da bi to pokazao, morao je da udovolji narodnim željama. Odnosno, kako je ispravno primetio J. Jekić, kada god bi neka vlast želela da učini nešto više za šumu, odmah bi oni koji su time bili pogođeni, što sami što preko svojih predstavnika, zakukali na sav glas i tako doprinosili opozivanju vladinih mera.⁴³

Kada se težina ovih činilaca uzme u obzir, nimalo ne čudi što je zamisao da se šumi obezbedi bolja zaštita pala u vodu. Za to nije bilo ni volje ni kapaciteta, što je na stanje šuma u Srbiji ostavilo dugoročne posledice.

⁴³ J. M. Jekić, *Prilozi za istoriju šumarstva u Srbiji*, Beograd 1928, str. 317.

*Uroš Stanković, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Minutes on Application and Amendments of Forests Regulation (1857)

Abstract: *The article sheds light on several data about application of Forests Regulation (1857) and its amendments. Forests Regulation was aimed to procure better protection of Serbian woods, prescribing restrictive conditions under which deforestation was allowed and the obligation to dismantle illegal enclosures.*

None of the two aims was turned into reality. In an attempt to broaden their lands, people were persistent in prohibited wood-cutting. Deforestation culminated in 1859, for the reason that due to a dynastic change new government was still unable to acquire authority. Plus, the Government was unsure about people not resisting to destruction of enclosures and was thus compelled to tacitly legalize illegally occupied lands.

Formally at the initiative of state bodies, but practically at the insistence of people, the Regulation was amended three times. Firstly, the procedure according to which a piece of land is attributed to the poor was significantly simplified. Tax for wood-cutting permits was reduced to a great extent. Alterations regarding enclosure dismantling largely relativized the Regulation's provisions in terms of that matter.

The Regulation was doomed to failure due to three major factors. People had no consciousness about importance of forests and considered them self-regenerative. However, the authorities tasked with protection of woods were not any better either. On many occasions, they silently approved wood-cutting. Moreover, village and county-chiefs were not rarely actively engaged as accomplices in that crime.

Key words: *Forests Regulation, deforestation, wood-cutting, forest destruction, Saint Andrew's day Assembly, forest legislation*

*Luka Baturan, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

*Stefan Samardžić, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu*

PRISTANAK LICA DA BUDE DONOR ORGANA NAKON SMRTI U SRPSKOM PRAVU¹

Sažetak: *Transplantacija organa predstavlja često jedini način za efikasno lečenje nekih bolesti. Prema sadašnjem zakonskom rešenju, da bi se organ umrlog lica mogao koristiti za presađivanje, neophodno je da je umrli za života za to dao pismeni pristanak (model pretpostavljene zabrane). Pod određenim uslovima, taj pristanak mogu da daju i bliski srodnici umrlog ako se on za života nije tome izričito usprotivio. Ovakvim zakonskim rešenjem ne vrši se efikasna alokacija oskudnog dobra, i stvaraju se veliki društveni troškovi. Kada bi zakonodavac umesto ovog modela prihvatio model pretpostavljene saglasnosti, stvorila bi se prva pretpostavka za efikasniju alokaciju i povećanje društvenog blagostanja. U prvom delu rada predstavlja se pravni okvir za doniranje organa u Republici Srbiji. U drugom delu se obrazlaže problem nedovoljne ponude organa. Treći deo rada govori o pokušajima da se podigne nivo ponude organa kroz promociju transplantacije. U četvrtom delu porede se efekti različitih pravnih rešenja, i to modela pretpostavljene saglasnosti i pretpostavljene zabrane. Peti deo analizira krivičnopravnu zaštitu u oblasti transplantacije organa i njene efekte na potencijalne donore.*

Ključne reči: *transplantacija, presađivanje organa, model pretpostavljene zabrane, model pretpostavljene saglasnosti, krivično pravo, krivična dela*

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.

Uvod

Brojni su slučajevi u kojima presađivanje organa nema adekvatnu alternativu kada je lečenje u pitanju. Najbolji dokaz su bubrežni bolesnici s obzirom na to da se za njihovo dijaliziranje izdvaja četvrtina ukupnih izdataka za zdravstvo u Srbiji.² Medicinska nauka je odavno zauzela stav da je transplantacija bubrega mnogo efikasniji metod lečenja od hemodijalize. Transplantacijom se, za razliku od hemodijalize postiže potpuna psihofizička rehabilitacija pacijenta. Sa druge strane, veoma je visoka smrtnost kod pacijenata koji se nalaze na hemodijalizi. Prema nekim podacima, svake godine u Srbiji umre njih oko 400.³ Hemodijaliza je i veoma skup postupak, koji košta oko 16 hiljada evra godišnje po pacijentu, do god je pacijent živ. Lečenje pacijenta transplantacijom u prvoj godini košta od 16 do 20 hiljada evra, s tim da svake naredne godine cena transplantacije opada, i u petoj godini ona je svedena na svega 20% od početne cifre.⁴

Ovo su neki od argumenata koji govore u prilog transplantaciji organa u odnosu na druge vidove lečenja. Međutim, problem je što u realnom životu nema dovoljno organa koji se mogu presaditi pacijentima.

Predmet izučavanja će biti propisi kojima se regulišu mogućnosti zdravstvenih ustanova u Republici Srbiji da uzimaju organe umrlih lica radi presađivanja. Novi Zakon o transplantaciji organa je donet 2009. godine. Ipak, ovim nije rešen problem velikog broja pacijenata kojima je potreban organ, jer broj davalaca trenutno ni izbliza ne može da podmiri ukupne društvene potrebe. Ekonomskim rečnikom, tražnja za organima je veća od njihove ponude.

Pravo stvara sistem podsticaja, koji utiču na ponašanje ljudi. Ekonomska analiza prava pretpostavlja da je cilj prava u ovom slučaju da omoguću efikasnu alokaciju organa za presađivanje koji su na raspolaganju, samim tim i maksimizaciju ukupnog blagostanja u društvu. Cilj rada je dakle da pokuša da pronađe i predloži pravno rešenje kojim bi se povećala efikasnost alokacije u oblasti transplantacije organa i blagostanje u društvu, kao i da učini osvrt na krivičnopravnu zaštitu u ovoj delikatanj oblasti kako bi se smanjio prostor za zloupotrebe i ceo postupak učinio bezbednijim, što bi u krajnjem takođe trebalo da ima pozitivan uticaj na promociju transplantacije.

² Intervju sa dr Zoranom Kovačevićem, načelnikom nefrologije VMA, http://www.srbijazatransplantaciju.com/ekonomska_isplativost.html, pristupljeno 4. novembra 2013. godine

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

Propisi će biti tumačeni sa medicinsko-, ekonomsko- i krivičnopravnog aspekta. Ostali aspekti (etički, religijski, socijalni, psihološki i dr.) će ovom prilikom biti izostavljeni.

Prema postojećem zakonskom rešenju, od umrlog lica se može uzeti organ za presađivanje samo ukoliko je za života dao izričit pristanak. Izuzetno, sa umrlog lica koje za života nije dalo pristanak može se uzeti organ ako se sa tim saglase članovi porodice, osim u slučaju da je umrlo lice za života izričito zabranilo uzimanje. Ovakvim rešenjem stvaraju se izuzetno visoki troškovi potencijalnim donorima, koji nadmašuju njihove koristi od doniranja. Zbog toga oni nisu dovoljno motivisani da pristanu na doniranje organa, pa društvene potrebe po tom pitanju ostaju nezadovoljene. Kada bi umesto ovog rešenja bilo propisano da je uzimanje organa od umrlih lica u cilju presađivanja dopušteno ukoliko se umrli za života nije tome protivio, povećao bi se broj potencijalnih donora, čime bi se stvorio osnov da se na najjednostavniji i najjeftiniji način prevaziđe ili bar smanji permanentni nedostatak organa za presađivanje.

1. Doniranje organa prema postojećim zakonskim rešenjima u Srbiji

U Srbiji je od 1981. godine bio na snazi republički *Zakon o uzimanju i presađivanju delova ljudskog tela u svrhu lečenja*⁵. Njime je bilo propisano da delovi tela sa umrlog lica mogu da se uzmu radi presađivanja ako se umrlo lice za života nije protivilo, odnosno ako se tome nije izričito usprotivio roditelj, bračni drug ili punoletno dete umrlog.⁶ Rešenje koje je ovim Zakonom u Srbiji bilo usvojeno se u teoriji naziva „model pretpostavljene saglasnosti“ – saglasnost se podrazumeva, ako je lice nije eksplicitnom izjavom volje uskratilo. Treba istaći da se ovim rešenjem ne zadire u lično pravo umrlog lica na telesni integritet jer uzimanje organa i dalje zavisi od njegove volje, već se samo propisuje specifična forma davanja njegove saglasnosti.

Od 1990. godine bio je na snazi savezni *Zakon o uzimanju i presađivanju delova ljudskog tela*⁷. I ovim je zakonom bilo propisano da se ljudski organi mogu uzimati od umrlog lica ako je to medicinski oprav-

⁵ Zakon o uzimanju i presađivanju delova ljudskog tela u svrhu lečenja, („Sl. glasnik SRS“ br. 22/81)

⁶ *Ibid.*, član 4.

⁷ Zakon o uzimanju i presađivanju delova ljudskog tela, („Sl. list SFRJ, br. 63/90 i 22/91 - ispr, Sl. list SRJ, br. 16/93, 31/93, 41/93, 50/93, 24/94 i 28/96 i Sl. glasnik RS, br. 101/2005 - dr. zakon.); u daljem tekstu: Savezni zakon.

dano.⁸ Svako lice je moglo da da pismenu izjavu da se izričito protivi davanju delova tela za presađivanje, a to je mogao da učini i njegov roditelj, odnosno staratelj.⁹ Dakle, Savezni zakon nije odstupio od modela pretpostavljene saglasnosti usvojenog 1981. godine.

Od 2009. godine u Srbiji, umesto dotadašnjeg Saveznog zakona, važi novi republički *Zakon o transplantaciji organa*¹⁰. Za razliku od prethodnog propisa, novi Zakon je zauzeo mnogo rigidniji stav kada je u pitanju uzimanje organa od umrlog lica. Prema novom zakonskom rešenju, presađivanje organa obavlja se samo ako je punoletni poslovno sposobni davalac pre presađivanja, kao izraz slobodne volje, dao pismeni pristanak za presađivanje organa.¹¹ Pismeni pristanak se daje prema strogo propisanoj proceduri.¹² Ukoliko umrlo lice nije dalo pristanak za života (ali nije ni izričito, pismeno ili usmeno zabranilo uzimanje svojih organa), pristanak može dati porodica.¹³ Dakle, novim zakonskim rešenjem, umesto modela pretpostavljene saglasnosti, uveden je „model pretpostavljene zabrane“, čime je uzimanje organa znatno otežano.¹⁴

Činjenica je da je zbog ovakvog zakonskog rešenja višak tražnje organa za transplantaciju nad ponudom veći nego što bi mogao biti. Kada je ponuda nekog dobra manja od tražnje, u tržišnim uslovima će doći do povećavanja cene tog dobra sve do momenta dok se ponuda i tražnja ne poklope.¹⁵ Dakle, ponuda i tražnja će se izjednačiti kroz mehanizam cena, stvaranjem tržišne ravnoteže. Međutim, pošto u Srbiji ljudski organi ne mogu biti predmet trgovine, problem njihove nestašice (nedovoljne ponude) se ne može rešiti u međusobnom odnosu tržišnih sila. Ponuda ostaje nedovoljna, tako da postoji višak tražnje koji se manifestuje kao permanentna nestašica organa za presađivanje. Ovo su

⁸ članovi 2 i 3 Saveznog zakona.

⁹ član 7 Saveznog zakona.

¹⁰ Zakon o transplantaciji organa, (*Sl. glasnik RS* br. 72/2009); u daljem tekstu: Zakon.

¹¹ član 21 Zakona.

¹² Osnovne smernice koje su date u Zakonu, razrađene su u više podzakonskih akata koje je donelo Ministarstvo zdravlja, koji su objavljeni u *Sl. glasnik RS* br. 89/2012.

¹³ članovi 55 i 56 Zakona.

¹⁴ Trenutno je u proceduri Predlog izmena i dopuna Zakona o transplantaciji, koji je predložio Republički fond za zdravstveno osiguranje (RFZO). Suština predloga je da se postojeći model pretpostavljene zabrane zameni modelom pretpostavljene saglasnosti. Predlog izmena i dopuna moguće je pronaći na zvaničnom sajtu RFZO. <http://stari.rfzo.rs/download/zakoni/Zakon%20o%20izmeni%20transplantacije-predlog.pdf>, pristupljeno 11. decembra 2013. godine.

¹⁵ O ponudi i tražnji organa za transplantaciju, više kod Bilgel, Filat 2011, *“The Law and Economics of Organ Procurement”* (PhD thesis). Erasmus Universiteit, Rotterdam, pp. 2-10.

uslovi koji pogoduju uspostavljanju crnog tržišta organa, zbog čega je adekvatno postavljena krivičnopravna zaštita, a još više krivičnopravna reakcija na konkretne pojavne oblike kriminaliteta u ovoj oblasti od presudnog značaja.

Kada se dobra alociraju na tržištu, njih prisvajaju oni koji su spremni da za njih najviše i plate¹⁶. Kada je tržište suspendovano kao što je to ovde slučaj, neophodno je uspostaviti mehanizam za racionisanje potreba. Ovaj mehanizam ima za cilj da obezbedi da organi koji su na raspolaganju budu alocirani primaocima prema medicinskim (a ne tržišnim) kriterijumima¹⁷. Zakon je propisao da se radi obezbeđenja dostupnosti organa i pravičnosti postupka transplantacije, za pacijente kod kojih postoji medicinska opravdanost za transplantaciju, sačinjava jedinstvena republička lista čekanja za primaocima organa.¹⁸ Ovu listu sačinjava i vodi Uprava za biomedicinu.¹⁹ Presađivanje organa vrši se prema republičkom programu transplantacije.²⁰

Ni jedan mehanizam racionisanja potreba ne daje efikasan rezultat, pa tako ni ovaj. Sa jedne strane generiše relativno visoke troškove, a sa druge strane ne otklanja nestašice koje postoje.

Treba na ovom mestu napomenuti i da ovakav sistem predstavlja podsticaj ljudima za činjenje različitih zakonom nedozvoljenih radnji, što je pojava koja se u ekonomiji naziva „traganje za rentom“. Sačinjavanjem jedinstvene republičke liste čekanja za primaocima organa, odnosno ostavljanjem prostora za diskreciono odlučivanje o prioritetu u dobijanju organa, širom su otvorena vrata za koruptivno delovanje. Što je ponuda organa manja, a položaj pacijenata koji čekaju presađivanje teži, oni imaju jači motiv da pokušaju da iznađu rešenje kojim će doći do organa mimo legalnih tokova²¹, bilo putem stvaranja crnog tržišta, bilo davanjem mita licima koja „primenjujući medicinske kriterijume“ određuju prioritete²², a u krajnjem slučaju može doći i do otimanja organa živim ljudima.²³ Po-

¹⁶ Ovo se naziva *selektivna funkcija tržišta*.

¹⁷ Načelo dostupnosti i zabrane diskriminacije, član 7 Zakona.

¹⁸ član 23 stav 1 Zakona.

¹⁹ član 23 stav 3 Zakona.

²⁰ član 23 stav 4 Zakona predviđa da Program donosi ministar.

²¹ O nekim krivičnopravnim aspektima problema videti: Drakić Dragiša 2013, „Biomedicinska tehnologija, etika i krivično pravo“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, vol. 47, br. 2/2103, str. 303-314.

²² Više o korupciji u zdravstvu videti: Begović Boris, 2007, *Ekonomska analiza korupcije*, Centar za liberalno-demokratske studije, Beograd, 449-470.

²³ Javnosti je najpoznatiji slučaj „žuta kuća“. Slučaj se odnosi na otmicu zdravih ljudi na Kosovu i Metohiji od strane terorista tokom 90-ih godina, kojima su kasnije vađeni organi radi prodaje na crnom tržištu. Izveštaj g. Dika Martija (*Dick Marty*) Parlamentarnoj skupštini

znati su slučajevi masovnih otimanja organa od živih ljudi kao što je slučaj „žute kuće“ na Kosovu i Metohiji, što bi trebalo da je uticalo na zakonodavce da se ozbiljno pozabave postavljanjem okvira krivičnogprave zaštite u oblasti presađivanja organa. Čini se da ipak nije bilo tako.

Zbog svega navedenog, može se zaključiti da postojeća zakonska rešenja u najvećem delu ne odgovaraju potrebama društva. Zadatak nauke u tom smislu je da zakonodavcu predloži rešenja koja će dovesti do efikasnijeg rezultata.

2. Problem nedovoljne ponude

Da bi se postojeći problem nedovoljne ponude organa za transplantaciju prevazišao, potrebno je utvrditi uzroke koji su doveli do takve situacije. U tom smislu, ekonomska analiza prava posmatra pojedinca i način na koji on donosi svoje odluke,²⁴ da bi se na osnovu dobijenih saznanja mogao konstruisati pravni okvir koji će omogućiti efikasniju alokaciju resursa.

Jedno od osnovnih pretpostavki neoklasične ekonomije je da ljudi donose odluke o nekoj akciji na osnovu poređenja troškova i korisnosti koje proizvodi. Cilj pojedinca je da što više uveća (maksimizuje) stanje sopstvene korisnosti, odnosno da maksimalno umanja (minimizuje) sopstvene troškove. Kada dakle pojedinac donosi odluku da li će biti donor organa ili ne, on (nesvesno) poredi troškove i koristi od te akcije. Šta su troškovi, a šta koristi od doniranja organa?

Korisnost

Korisnost (*utility*) predstavlja subjektivnu meru sreće i zadovoljstva usled preduzimanja neke ekonomske aktivnosti. Cilj pojedinca je maksimizacija stanja sopstvene koristi, odnosno sopstvenog blagostanja. Zakonom o transplantaciji organa izričito je propisano da se doniranje vrši bez ikakve finansijske nadoknade, u skladu sa načelom solidarnosti i dobrovoljnosti. Bilo kakvo plaćanje donoru osim onog koje se odnosi na neke „nužne troškove“²⁵ je protivzakonito, pa čak predstavlja i bitno obeležje krivičnih dela predviđenih u ovom Zakonu. Iz ovoga proizilazi da korisnost koju donori ostvaruju pristankom na eventualnu transplantaciju nakon smrti može biti

Saveta Evrope pod oznakom *AS/Jur (2010) 46 / 12 December 2010 / Ajdoc46 2010*.-
http://assembly.coe.int/ASP/APFeatures_Manager/defaultArtSiteView.asp?ID=964, pristupljeno 9. decembra 2013. godine.

²⁴ Jovanović Aleksandra 2008, *Teorijske osnove ekonomske analize prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, str. 22.

²⁵ Član 18 Zakona.

isključivo nematerijalna. Dakle, u pitanju je satisfakcija, subjektivni osećaj zadovoljstva da će nakon smrti donora, njegov organ biti upotrebljen za lečenje drugog, njemu nepoznatog lica. Da bi potencijalni davalac doneo odluku da postane donor, marginalna korist koju mu ta aktivnost donosi mora biti veća od njegovih marginalnih troškova.

Troškovi

Razmena resursa, odnosno prava na resursima nije besplatna. Prilikom razmene, nastaju transakcioni troškovi. To su troškovi koje je potrebno učiniti da bi do razmene došlo. Svaki građanin, prilikom donošenja odluke o davanju organa, susreće se sa ovim troškovima. Da bi se pravne norme sagledale u realnom ambijentu, neophodno je u analizu uključiti postojanje transakcionih troškova.

Prva vrsta transakcionih troškova nastaje usled *nesavršene informisanosti* potencijalnih donora. Veliki je broj pitanja na koje malo koji pojedinac (a posebno laik za medicinu) ima precizan odgovor. Koje su posledice eventualnog davanja saglasnosti za doniranje organa? Da li će nekome zbog činjenice da je donor biti uskraćena adekvatna medicinska pomoć u slučaju da mu je život ugrožen, a sve da bi se spasio nečiji drugi? Da li je donor zaista mrtav u momentu kada nastupi moždana smrt, i ako jeste kako mu onda funkcionišu drugi organi? Da li lekari mogu sa sto procentnom sigurnošću da utvrde da li je nastupila moždana smrt, i postoji li mogućnost za grešku? Postoji li šansa da se oporavi/spasi lice kome je konstatovana moždana smrt? Da li će organ zaista biti presađen onome kome je najpotrebniji, ili onome koji je u dosluhu sa lekarima? Koja je procedura davanja saglasnosti? U kojoj konkretnoj ustanovi mogu se moći dati saglasnost da se posthumno uzmu organi radi presađivanja, kom licu i u koje vreme?

Ovo je slučaj postojanja *asimetrije informacija*. Veliki je broj informacija koje su neophodne da bi pojedinac mogao doneti odluku, a koje poseduje veoma mali broj lica. Zbog nepostojanja potpune informisanosti subjekata, postoji određen stepen neizvesnosti vezano za posledice koje mogu nastupiti usled odluke da subjekt postane donor.

Zakonom je propisano da davalac ima pravo da dobije informacije koje su od značaja za doniranje, ali ovo se odnosi na lica koja su već započela postupak davanja saglasnosti. Najveći broj građana, zbog neposredovanja ovih informacija, neće ni doći u priliku da razgovara sa nadležnim zdravstvenim radnicima o ovim pitanjima.

Problem vezan za nesavršenu informisanost je i *ograničena racionalnost* subjekata. Saznavanje informacija generiše troškove. Oni su

spremni da ulažu napor za saznavanjem novih informacija sve dok procenjuju da će im one doneti veću marginalnu korist od marginalnih troškova. Međutim, možda i najveća barijera za doniranje organa predstavlja upravo odbijanje ljudi da uopšte razmišlja o sopstvenoj smrti,²⁶ zbog čega nisu zainteresovani ni da se informišu o problemu.

Druga vrsta troškova nastaje kao rezultat angažovanja resursa da bi potencijalni donor mogao da da pristanak na transplantaciju. Dolazak do ovlašćene zdravstvene ustanove i čitava procedura oko davanja pristanka, možda ne znači direktni finansijski izdatak donora, ali svakako proizvodi oportunitetni trošak u smislu potrošenog vremena koje je moglo biti iskorišćeno na drugi način.

Koliko je neophodno voditi računa o ovoj vrsti troškova, najbolje ilustruje primer dobrovoljnih davaoca krvi. Prema podacima koje su autori dobili u Zavodu za transfuziju krvi Vojvodine, u toku 2012. godine u Vojvodini je 48,5% krvi dato u objektima zdravstvenih ustanova, a 51,5% na terenu. Dakle, veliki je broj davalaca koji krv daju zahvaljujući činjenici da su radnici Zavoda stigli direktno do njih. Pitanje je da li bi oni bili spremni da potroše svoje resurse kada ova mogućnost ne bi postojala. Ovako, Zavod za transfuziju je praktično minimizovao ove troškove davaoca.

U Zakonu je izričito propisano da davaoci nemaju pravo na finansijsku nadoknadu jer je doniranje organa dobrovoljno, ali imaju pravo *na nadoknadu nužnih troškova*. Vrstu i visinu nužnih troškova trebalo bi prema slovu zakona da propiše ministar.²⁷ Autorima nije poznato da je u momentu pisanja ovog rada takav pravilnik donet. Ipak, teško da se pravilnikom mogu predvideti svi troškovi transakcije koji u praksi mogu nastati. Zbog toga ima osnova da se odredi paušalni iznos koji bi predstavljao neku vrstu dnevnice, odnosno naknade donoru za vreme koje je izdvojio da bi ispunio proceduru vezanu za davanje pristanka.

Odnos troškova i korisnosti

Ocenu da su troškovi doniranja za većinu građana Srbije u ovom momentu veći od korisnosti, veoma je lako dati. Od skoro šest miliona punoletnih građana Srbije²⁸, tek nešto više od 70.000 ljudi odlučilo je da donira

²⁶ Isto mišljenje i kod: Cohen, L.R. 1989, "Increasing the supply of transplant organs: the virtues of a futures market." *George Washington Law Review*, Vol. 58 No.1, pp. 10-11.

²⁷ član 18 Zakona.

²⁸ Republički zavod za statistiku, Popis stanovništva, domaćinstava i stanova 2011. u Republici Srbiji, str. 27. Ovo je broj stanovnika u Republici Srbiji, bez AP Kosovo i Metohija.

organe,²⁹ što je tek nešto malo više od 1%. Za razliku od njih, skoro 99% pu-noletnih građana je ostalo izvan ovog procesa. Za njih možemo reći da im doniranje organa donosi manju marginalnu korist od marginalnih troškova. Ovo je jedan od razloga zbog koga je ponuda organa manja od tražnje.³⁰

Postoji nekoliko rešenja kojima se može povećati ponuda. Prvi način koji bi mogao da se pomene je tržišni, odnosno uvođenje materijalnih podsticaja donorima koje je sada Zakonom zabranjeno. Pošto bi se ovim rešenjem promenila čitava ideja i koncept postojećeg Zakona, ono neće biti predmet analize u ovom radu.³¹

3. Promocija transplantacije

Rešenje problema nedovoljne ponude kojem se u ovom momentu pristupa jeste promocija transplantacije. Postoji više subjekata koji učestvuju u kampanji promocije. Što se tiče države, propisana je obaveza Uprave za biomedicinu da učestvuje u postupku promocije transplantacije. Donet je i Nacionalni program za transplantaciju i zaveštanje organa, pa je na osnovu njega pokrenuta kampanja za podršku programu transplantacije. Pored državnih organa, u promociju transplantacije uključila su se i mnogobrojna privatna lica i organizacije.

Cilj svih kampanja za promociju transplantacije, bilo javnih bilo privatnih, jeste povećanje broja donora. Različito osmišljenim promotivnim kampanjama se upravo pokušava uticati na koristi i troškove potencijalnih donora koji su navedeni u prethodnom poglavlju.

Sa jedne strane, pokušava se razviti svest građana o potrebi da se odluče za doniranje. Ovo razvijanje svesti u ekonomskom smislu nije ništa drugo nego povećanje nematerijalne koristi građanima od odluke da postanu donori.

Sa druge strane, asimetrija informacija pokušava se prevazići edukacijom potencijalnih donora. Na različitim mestima građanima se nude in-

²⁹ Zvanični internet sajt Vojnomedicinske akademije, <http://www.vma.mod.gov.rs/sr/specijalnosti/centri/Centar-za-transplantaciju-solidnih-organa/program-zaveštanja-organa#.UnfeDHC-lss>; pristupljeno 4. novembra 2013. godine; Interesantno pitanje za istraživanje bi bilo koliko je od tih ljudi koji su uzeli donorske kartice u prijateljskim ili rodbinskim vezama sa licem kojem je ova vrsta pomoći potrebna, da bi se video stepen iscrpljenosti ovog „basena“ donora.

³⁰ Ovo naravno nije jedini razlog, ali je svakako prva. Od velikog je značaja i način organizacije sistema za transplantaciju organa, obučenosti i osposobljenosti lekara, tehničke opremljenosti službe zdravstvene zaštite itd.

³¹ Postoje brojni drugi radovi na ovu temu. Vidi npr. Clay, M. and Block W., 2002, „A Free Market for Human Organs. The Journal of Social“, *Political and Economic Studies*, No.27, pp. 227-236; Cohen, L.R., op. cit. pp. 1-51.

formacije koje ne poseduju, a koje su im potrebne da bi se odlučili za doniranje. Trošak informisanja je dakle na državnim organima i onim privatnim subjektima koji vrše promociju, a ne na donorima.

Izuzetno restriktivan Zakon nije čak ostavio mogućnost da se smanje troškovi davanjem pristanka na transplantaciju na terenu. Prema slovu zakona, pristanak se može dati samo u odgovarajućim ustanovama, i to kod izabranog lekara, u filijali Republičkog zavoda za zdravstveno osiguranje, u Upravi za biomedicinu i u zdravstvenoj ustanovi koja obavlja poslove transplantacije. Nije dakle ostavljena mogućnost različitim aktivistima da na terenu uzimaju pristanak od potencijalnih donora, kao što je to slučaj sa dobrovoljnim davanjem krvi. Razume se da bi ovlašćenja ovakvih „akvizitera transplantacije“ na terenu morala biti striktno regulisana. Oni bi morali biti snabdeveni odgovarajućim dokumentima i potvrđama, na osnovu kojih bi potencijalni donori mogli da se uvere da nije reč o kakvoj zloupotrebi. Od koristi bi moglo biti i da se građani prethodnim kontaktom sa recimo Upravom za biomedicinu unapred dogovore o poseti ovih lica.

Nije lako dati ocenu efikasnosti ovih kampanja. Sa jedne strane, sigurno da je došlo do povećanja individualne koristi od doniranja kod nekih davalaca, kao i do smanjivanja informacionih troškova, bez čega se jedan broj onih 70.000 donora ne bi odlučio na doniranje. Ipak, pravo je pitanje kolika je cena koju su država i privatni subjekti platili za vođenje različitih promotivnih kampanja. Kolika god cena da je plaćena, rezultat je izuzetno loš. Tek nešto više od 1% punoletnih građana koji su potpisali pristanak na donaciju daleko je ispod potreba obolelih koji čekaju presađivanje.

Postavlja se pitanje da li problem uopšte može da se reši na ovaj način? Ako je do sada angažovanim resursima dobijen pristanak tek 1% punoletne populacije, koliko je još dodatnih sredstava potrebno uložiti u kampanju da bi broj onih koji potpišu pristanak bio dovoljan za pokrivanje tražnje?

4. Poređenje ekonomskih efekata različitih pravnih rešenja

Pravnim pravilima koje donose organi javne vlasti vrši se inicijalna alokacija prava među subjektima. Različita pravna pravila imaju različite ekonomske efekte. Izučavanje ovih efekata upravo je zadatak ekonomske analize prava.

Pravna teorija poznaje više modela dopustivog uzimanja delova tela od umrlih davalaca.³² U ovom radu biće poređena samo dva najvažnija.

³² Ficher Gerfried, Lilie Hans, 1999. *Ärztliche Verantwortung im europäischen Rechtsvergleich*, Köln, p.130. Navedeno prema: Radišić Jakov, 2004. *Medicinsko pravo*, Fakultet za poslovno pravo, Beograd, str. 112-114.

Prema **modelu pretpostavljene zabrane**, neophodno je postojanje izričite saglasnosti umrlog lica da bi se izvršila transplantacija. Uzimanje organa od umrlog lica je načelno zabranjeno, ali ga lice za života može odobriti. Ovo je model za koji se odlučio i srpski zakonodavac, a zastupljen je između ostalih i u engleskom, nemačkom, švajcarskom i turskom pravu.³³ Ovaj model daje najuži krug potencijalnih davalaca. U slučaju da Zakon ostavlja mogućnost porodici umrlog da izjavi pristanak, broj donora se može proširiti.

Model pretpostavljene saglasnosti dozvoljava uzimanje organa umrlog lica radi presađivanja samo pod uslovom da se to lice nije za života eksplicitno usprotivilo. Ovo je model koji je prihvaćen u zakonodavstvima Španije, Austrije, Belgije³⁴, Hrvatske³⁵, Velsa³⁶ i drugih zemalja, a nalazio se i u našem ranijim zakonima iz 1981. i 1990. godine.

Kakvi su ekonomski rezultati ovih zakonskih rešenja? U prethodnom izlaganju pokazano je da postojeće zakonsko rešenje u Srbiji generiše visoke transakcione troškove. Ono što Kouzova teorema implicitno sugerise je da u uslovima visokih transakcionih troškova, efikasnost zavisi od zakonske, a ne od tržišne alokacije resursa.³⁷

Model kojim se načelno dozvoljava uzimanje organa sa umrlog lica upravo omogućava efikasniju alokaciju prava i povećanje ukupnog društvenog blagostanja. Da bi se ova tvrdnja dokazala, biće korišćen Kaldor-Hiks kompenzacioni test. Kompenzacioni test ispituje koji je odnos gubitka blagostanja jednih subjekata usled (zakonske) realokacije prava, u odnosu na dobitke koje imaju ostali subjekti.

Svaka zakonska promena prava donosi štetu jednim licima, dok drugima donosi korist. Uvođenjem modela pretpostavljene saglasnosti, izbegli bi se transakcioni troškovi vezani za davanje pristanka za doniranje, čime bi se otklonila prva barijera koja je uzrokovala nisku ponudu. Već je više puta empirijski dokazano da ovakvo pravno rešenje stvara osnovu za povećanje ponude organa za presađivanje.³⁸ U zemljama koje su usvojile

³³ Ficher G., Lilie H., p.130. Navedeno prema: Radišić J, *op.cit.*, str. 113.

³⁴ Pattinson Shaun D., 2011, *Medical Law and Etic*, Sweet and Maxwell, London (UK), p. 474.

³⁵ Bušić Mirela, 2011, „Darivanje i presađivanje organa – 'Hrvatski model'“, *Medix*, Vol.17, No.92/93, str. 144-148.

³⁶ <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2354150/Organ-donation-Welsh-Assembly-means-body-parts-used-unless-person-opts-out.html>, pristupljeno sajtu 9. decembra 2013. godine.

³⁷ Schäfer, Hans-Bernd and Ott, Claus 2004, „*The Economic Analysis of Civil Law*“, Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK, Northampton MA, USA, p. 403.

³⁸ Neto, G.B., Campelo K.A., and da Silva N.E., 2007, „The Impact of Presumed Consent Law on Organ Donation: An Empirical Analysis from Quantile Regression for

model pretpostavljene saglasnosti, broj donora na milion stanovnika je dva do tri puta veći nego u zemljama koje imaju model pretpostavljene zabrane.³⁹

Prvi dobitnici u slučaju povećanja ponude su svakako bolesnici koji čekaju transplantaciju. Pošto će se povećati broj pacijenata kojima je presađen organ, njihova će se patnja smanjiti, a životni vek produžiti. Zatim, dobitnik je (formalno) Republički fond za zdravstveno osiguranje, iz čijih sredstava se finansira zdravstvena zaštita osiguranika u Srbiji. Međutim, preko Fonda su dobitnici i svi njegovi osiguranici, jer sredstva koja su do tada izdvajana za lečenje bolesnika koji čekaju transplantaciju mogu biti iskorišćena za povećanje nivoa zdravstvene zaštite ostalih osiguranika.

Kakvi su troškovi koje generiše ova realokacija? U suštini veoma mali. Lice kojem je utvrđena moždana smrt, ni na koji način više ne može biti vraćeno u život. Dakle, stanje njegove korisnosti u tom momentu više ne može biti umanjeno. Takođe, transakcioni troškovi koji se odnose na promotivne kampanje i na davanje saglasnosti za doniranje nestaju. Zakonodavac ima legitimno pravo da prihvati stav medicinske nauke da uzimanjem organa od umrlog lica⁴⁰ njegov život ne može biti ugrožen, te da u cilju maksimizacije ukupnog društvenog blagostanja, odnosno minimizacije društvenih troškova donese efikasnije zakonsko rešenje. Ipak, ukoliko postoje građani koji iz različitih etičkih, religijskih ili nekih trećih razloga ne žele da dozvole uzimanje organa sa svojih tela nakon smrti, mogu izjavom volje u propisanoj proceduri to da spreče. Davanje ovakve izjave izazvaće određene transakcione troškove (slične onima koje danas imaju donori kada daju izjavu), i ovo su jedini transakcioni troškovi koji su vezani za saznavanje stava potencijalnih donora.⁴¹

Dakle, uvođenjem modela pretpostavljene saglasnosti, veći broj subjekata došao bi u bolji položaj, dok bi gubici ostalih („neto-gubitnika“) bili zanemarivo mali. Primenjujući Kaldor-Hiks kompenzacioni test, može se konstatovati da model pretpostavljene saglasnosti predsta-

Longitudinal Data“, *Working paper 050107'2*, University of California, Berkeley Program in Law & Economics; Johnson, E.J. and D.G. Goldstein, 2004, “Defaults and donation decisions”, *Transplantation*, Vol.78, No.12, pp. 1713-1716; Abadie, A. and Gay, S., 2006, “The impact of presumed consent legislation on cadaveric organ donation: a cross-country study”, *Journal of Health Economics*, Vol.25, No. 4, pp. 599-620.

³⁹ Breyer, F. and Kliemt H. 2007, “The Shortage of Human Organs: Causes, Consequences and Remedies”, *Analyse & Kritik*, No.29, p. 199.

⁴⁰ Radišić, J., *op.cit.*, str. 110-112.

⁴¹ U zemljama u kojima je usvojen model pretpostavljene saglasnosti, broj lica koja su se izjasnila da ne dozvoljavaju presađivanje posle smrti je ekstremno nizak. Breyer, F. and Kliemt H., *op.cit.*, p. 199.

vlja rešenje kojim se prava efikasnije alociraju u odnosu na model pretpostavljene zabrane. Efikasan pravni sistem čini pretpostavku ekonomskog rasta, a države koje nisu sposobne da prevaziđu neefikasne pravne strukture, trpe ekonomske probleme i zaostaju.⁴² Prihvatanjem novog zakonskog rešenja koje je predložio RFZO, manje efikasna pravila bila bi zamenjena efikasnijim, čime bi se stvorila pretpostavka za uvećanje društvenog blagostanja.

Osim uticaja analiziranih faktora koji kroz jedan od dva pomenuta modela utiču na odluku građana da postanu potencijalni donori, svesni delikatnosti pitanja koja se javljaju kao dileme, iznećemo u najkraćem i kakvu to sigurnost potencijalnim donorima pruža postojeći Zakon. Koji su to strahovi građana od potpisivanja donatorske kartice i kakve su to druge garancije koje lice očekuje od pravnog sistema kako bi odlučilo da postane potencijalni donor?

5. Krivičnopravna zaštita u oblasti transplantacije organa

Smatramo da je u cilju promocije transplantacije od visokog značaja da Zakon precizno odgovori na, u najmanju ruku razumljive strahove građana u pogledu zaštite sopstvenog života, odnosno bojazan potencijalnog donora da li će mu u kritičnom trenutku biti pružena odgovarajuća medicinska zaštita. Dalje od toga, poučeni jezivim primerima iz skorije prošlosti, smatramo da je od najvišeg značaja pitanje zaštite od nasilnog otimanja organa, odnosno zaštite života donora koji bi mogao biti ugrožen kako bi se došlo do organa potencijalno odgovarajućeg donora. Naposljetku, u cilju zadovoljenja altruističkih i humanih motiva potencijalnog donora, odgovarajuća krivičnopravna zaštita bi morala biti pružena i zabrani trgovine odnosno sticanja bilo kakve materijalne koristi od postupka transplantacije.

Kao cilj ovog rada odredili smo doprinos adekvatnijim zakonskim rešenjima koja bi povećala svest građana o potrebi da postanu donori i koja bi na bolji način promovisala transplantaciju organa uopšte. U tom smislu učinićemo veoma kratak isključivo kritički osvrt na krivična dela predviđena važećim Zakonom o transplantaciji organa, pokušati da sagledamo adekvatnost krivičnopravne zaštite u ovoj oblasti i eventualno damo predloge za poboljšanja.

Zakon o transplantaciji organa predviđa tri krivična dela. Prvo krivično delo⁴³ inkriminiše prisiljavanje drugog lica da mimo svoje volje da

⁴² Schäfer, H. and Ott, C., *op.cit.*, p. 410.

⁴³ član 78 Zakona.

pismeni pristanak za davanje organa, bilo za života kada je za dovršeno krivično delo neophodno da na osnovu takvog pristanka zaista i dođe do uzimanja organa, bilo posle svoje smrti, kada je delo dovršeno samim davanjem pristanka. Radnja krivičnog dela formulisana kao *prisiljavanje* drugog da dâ pristanak nije jezički niti logički odgovarajuća nekim od predviđenih načina izvršenja kao što su *dovođenje u zabludu ili održavanje u zabludi*, a zanimljivo je zakonopiščevo razumevanje srpskog jezika da je *davanjem novca ili druge koristi* moguće nekog *prisiliti* na davanje pristanka. Ukoliko neko radi novčane ili druge koristi dâ pristanak za davanje organa, tada on nije prisiljen, već pristanak daje zarad novca ili druge koristi. I pored nespretnog izraza, čini se da je nesporna namera zakonopisca da inkriminacijom spreči da se lica u teškoj materijalnoj situaciji dovode u situaciju da prodaju delove svog tela. Smatramo da je ovaj slučaj zapravo već pokriven kroz adekvatnu formulaciju *zloupotrebom teških prilika drugog*.

Pa ipak, ostaje potpuno nejasan, smatramo i nemoguć deo odredbe koji osim *davanja novca ili druge koristi*, predviđa *prisiljavanje* nekog lica da dâ pristanak *primanjem novca* od njega. Zbog logičke neodrživosti, ovo smatramo omaškom hipernormativistički zanesenog zakonopisca po ugledu na biće krivičnog dela *Trgovina ljudima* iz člana 388 Krivičnog zakonika⁴⁴, čija formulacija međunarodnog prava, nosi sobom sve poteškoće ovakvih transplantata u krivičnom pravu.

Smatramo da bi, osim izostavljanja pomenutih suvišnih i logički neodrživih delova ove odredbe, *de lege ferenda* glagol *prisili* trebalo zameniti glagolom *navede* ili drugim odgovarajućim glagolom koji ne bi bio nespojiv sa nekim od načina izvršenja. Kako sva tri krivična dela imaju iste kvalifikovane oblike, naposljetku ćemo učiniti njihov sumarni pregled.

Drugim krivičnim delom pruža se zaštita zabrani trgovine i sa njom povezanih aktivnosti. Postojanje *naknade* za svaku od predviđenih radnji izvršenja, bilo da je ona obeležje bića krivičnog dela ili da komercijalni karakter proizilazi iz prirode same radnje, konstitutivni je element ovog krivičnog dela.⁴⁵ Kao jednu od radnji izvršenja ovog krivičnog dela Zakon predviđa i *nuđenje svog ili organa drugog lica uz naknadu radi transplantacije*. Odredba člana 81 Zakona, u 4. tački pr-

⁴⁴ Krivični zakonik ("Sl. glasnik RS", br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012 i 104/2013);

⁴⁵ Ipak, osim davanja uz naknadu navodi se i prodaja, što smatramo svojevrsnim pleonazmom.

vog stava predviđa prekršaj čija radnja se sastoji u *oglašavanju odnosno reklamiranju davanja organa sa ili bez davanja novčane naknade ili druge materijalne ili nematerijalne koristi u sredstvima javnog informisanja, kao i na drugim nosiocima oglasnih poruka, odnosno na bilo koji drugi način*. Otuda dolazimo do najasnog zaključka da kada se svoj ili organ drugog lica nudi uz naknadu 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.⁴⁶

Izostanak pristanka lica u postupku presađivanja organa, ključni je element trećeg krivičnog dela⁴⁷ predviđenog Zakonom o transplantaciji organa. Sve radnje osim prve bez sumnje se odnose na izostanak pristanka *donora*, dok se iz formulacije „ko obavi presađivanje ili učestvuje u presađivanju organa *licu koje nije dalo pismeni pristanak za presađivanje organa*“, može zaključiti da se radi o izostanku pristanka *primaoca*. Čini se da u praksi mnogo ređe možemo očekivati situaciju da neko drugome presađuje donirani organ bez pristanka tog lica koji prima organ. Nezavisno od toga, smatramo da se ovde svakako mora inkriminisati izostanak pristanka *donora*, što ne isključuje da izostanak pristanka *primaoca* takođe bude jedno od alternativno propisanih obeležja ovog krivičnog dela. Strogo jezičko tumačenje ove odredbe ne dozvoljava ovakvu mogućnost. Ipak mišljenja smo da ovde treba pribeći teleološkom i sistemskom tumačenju i uzeti da se ova norma odnosi i na izostanak pristanka donora. Ukoliko ne bismo tako postupili presađivanje organa bez pristanka donora, praktično otimanje organa od živog lica, kog se potencijalni donori verovatno ponajviše pribojavaju ostalo bi van krivičnopravne zaštite, što je pravi besmisao.

Osim nespretna formulacije, ostaje sporno pitanje odnosa ovog krivičnog dela i prekršaja predviđenog tačkom 16 stava 1 člana 81. Naime, ukoliko bismo prihvatili da je zakonopisac kao krivično delo želeo predvideti samo situaciju kada se nekom *primaocu* bez njegove saglasnosti presađuje organ, tada bi obrnuta situacija uzimanja nekom licu organa bez njegovog pristanka ostala samo prekršaj predviđen navedenom odredbom⁴⁸, što smatramo neprihvatljivim.

⁴⁶ Iako se radnja izvršenja ovog krivičnog dela ne odnosi na posthumno uzimanje organa koje je predmet ovog rada, zbog relativne celovitosti analize krivičnopravne zaštite iznosimo svoja zapažanja.

⁴⁷ član 80 Zakona

⁴⁸ Odgovornost odgovornog lica i zdravstvenog radnika za navedeni prekršaj predviđena je drugim odnosno trećim stavom člana 81. Odgovornost za prekršaje primarno je definisana kroz propisivanje odgovornosti pravnog lica – zdravstvene ustanove. Odnos

Potpuno neuobičajeno je da se za sve osnovne, kvalifikovane i posebne oblike sva tri krivična dela koriste identični kazneni rasponi. Takođe, krajnje je retko da se u krivičnom zakonodavstvu propisuje samo posebni minimum na niskoj granici od tri godine, što ostavlja prevelik raspon kazne za učinioce koji neko od dela učini prema maloletniku. Dalje, za nastupanje *smrti davaoca organa* kao težu posledicu koja se može pripisati *nehatu učinioca* Zakon predviđa neuobičajeno visoku kaznu zatvora od najmanje deset godina. Na ovaj način je nehatno prouzrokovanje smrti gotovo izjednačeno sa delom teškog ubistva izvršenog razume se sa umišljajem, a čini ga težim od običnog umišljajnog ubistva, iako nije predviđena mogućnost izricanja kazne zatvora od trideset do četrdeset godina.

Svi pomenuti nedostaci, čak identične formulacije, stil i nomotehnika, ako se sklapanje bića ovih krivičnih dela tako može označiti simptomatično su jednaki sa stilom zakonopisca Zakona o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognute oplodnje⁴⁹ usvojenog na istom zasedanju Narodne skupštine. Kaznene odredbe ovog zakona predmet su drugog članka.⁵⁰

Upravo ovakav stav zakonopisca i neprepoznavanje kritičnih tačaka u postupku transplantacije ukazuje da je izostala ozbiljnost potrebna u ovoj delikatnoj oblasti, a naročito posvećenost izgradnji krivičnopravne zaštite koja je od presudnog značaja za formiranje osećaja sigurnosti i lične bezbednosti potencijalnih donora, pa tako i od velikog uticaja na promociju transplantacije.

Izneti okviri krivičnopravne zaštite daju još jedan argument protiv modela pretpostavljene zabrane. Jednostavno, zainteresovani pojedinci imaju isuviše jak (prirodan) motiv da izbegnu zakonske propise, da bi maksimizovali sopstvenu korist. Iz tog razloga, zakonodavac je prinuđen da neracionalan propis dodatno osigurava krivičnopravnom zaštitom. Opravdanost propisivanja krivičnih dela u ovoj oblasti nije sporna, ali način njihove formulacije, usklađenost sa opštim delom Zakonika i osnovnim krivičnom zakonodavstvom, kao i uvek kada se donosi norma kojom se određuje krivično delo mora biti do kraja precizno, dorečeno i dalekovidno kako bi se izbegli problemi u primeni zakona. Osim krivičnih normi,

između navedenog prekršaja i krivičnog dela iz člana 80, čija je formulacija sporna, još više dobija na značaju imajući u vidu odgovornost pravnih lica za krivična dela.

⁴⁹ Zakon o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognute oplodnje („*Službeni glasnik RS*“, br. 72/2009), u daljem tekstu: Zakon o BMPO.

⁵⁰ vid. Samardžić, S. 2013. „Krivičnopravni aspekti asistiranе reprodukcije u Srbiji“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3/2013, str. 493-512, naročito od str. 501 nadalje.

ceo Zakon može se „pohvaliti“ hiperprodukcijom normi, propisivanjem obavezne forme davanja saglasnosti, vođenja jedinstvene evidencije itd.

Prihvatanjem modela pretpostavljene saglasnosti prestala bi potreba za jednim brojem krivičnih dela. Zaštita dobara bila bi organizovana na efikasniji način od krivičnopravne represije, koja je uvek skupa, a čiji su stvarni domašaji ograničenim velikim brojem faktora na koje je veoma teško uticati.

Zaključna razmatranja

Lečenje bolesnika stvara izuzetno visoke društvene troškove. Nemoгуćnost da se obezbede dovoljne količine organa za lečenje transplantacijom povećava troškove zdravstvene zaštite, kao i materijalne i nematerijalne troškove pacijenata koji čekaju transplantaciju.

Zadatak pravnog sistema je da omogući efikasnu alokaciju dobara koja stoje na raspolaganju radi povećanja ukupnog blagostanja u društvu. Postojeći pravni sistem ne predstavlja efikasan okvir za alociranje organa umrlih lica koji se mogu iskoristiti za lečenje bolesnika.

Zakon o transplantaciji organa RS iz 2009. godine prihvatio je model pretpostavljene zabrane doniranja organa. Od umrlog lica se može uzeti organ za presađivanje samo ukoliko je za života dao izričit pristanak. Pristanak mogu dati i članovi porodice umrlog lica, ako se umrli za života nije tome izričito usprotivio.

Davanje pristanka generiše visoke troškove, koji su za većinu ljudi mnogo veći od (isključivo nematerijalne) koristi koju oni stiču zbog činjenice da su se registrovali kao donori. Iz tog razloga se mali broj njih odlučuje da izjavi pristanak da im se orani posle smrti mogu koristiti za presađivanje. Zbog nedovoljne ponude organa za transplantaciju društveni troškovi koji se odnose na lečenje pacijenata su izuzetno visoki.

Ukoliko bi bio prihvaćen Predlog izmena i dopuna Zakona o transplantaciji koji je predložio Republički fond za zdravstveno osiguranje, a kojim se predlaže uvođenje modela pretpostavljene saglasnosti umesto pretpostavljene zabrane, stvorila bi se pretpostavka da se postojeći resursi iskoriste na efikasniji način, a to bi dalje značilo povećanje ukupnog blagostanja u društvu.

*Luka Baturan, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

*Stefan Samardžić, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Consent on Cadaveric Organ Donation in Serbian Law

Abstract: *Organ transplantation often presents the only way for efficient treatment of various diseases. According to current legal regulations, in order to use an organ of a deceased person for transplantation, it is necessary that the decedent gave written consent („opting out model”) before death. Under certain circumstances, that consent could be given by close relatives of the decedent, in case that the decedent had not previously explicitly declared that he was against it. These legal regulations do not ensure efficient allocation of scarce goods but they create great social costs. If a legislator accepted “opting in model”, the basic assumption for efficient allocation and increase of social welfare would be provided.*

The first part of the paper presents the legal framework for organ donation in the Republic of Serbia. The problem of insufficient supply of organs is elaborated in the second part. The third part of the paper contains attempts to increase the level of supply of organs through the promotion of transplantation. In the fourth part of the paper, the effects of different legal solutions are compared, and those are opt-in and opt-out models. The fifth section offers an analysis of criminal-law protection in the area of organ transplantation and its effects on potential organ donors.

Key words: *organ transplantation, opting out model, opting in model, criminal law, crimes*

ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE

*Mirjana Bogunović, asistent
Univerzitet u Banjoj Luci
Pravni fakultet*

PROBLEMI KAUZALITETA U AKVILIJANSKOJ KAZUISTICI

Sažetak: Rimski pravnici su shvatali uzročnost na sebi svojstven način bez izvođenja apstraktnih definicija i generalizacija, već je postojanje odnosno nepostojanje uzročne veze ustanovljavano *ad hoc*. Oni nisu utvrđivali postojanje uzročno-posljedičnog odnosa između radnje štetnika i štetne posljedice već je kauzalni neksus (uzročna veza) morao da postoji između krivice (*culpa*) štetnika i štetne posljedice. Prvobitno je bilo neophodno da uzročna veza bude direktna, neposredna, nanijeta aktivnim djelovanjem tijela na tijelo (*damnum corpori corpore datum*). Vremenom takvo usko shvatanje uzročne veze je prevaziđeno i uvažavana je i posredna veza ako je postojala između radnje izvršenja koja sad može biti i pasivnog karaktera, i štetne posljedice. Kazuistika akvilijanske odgovornosti je veoma bogata slučajevima u kojima je pitanje uzročne veze problematično. Međutim, za rješavanje pojedinačnih slučajeva u praksi nisu bila dovoljna ova elementarna pravila već su jedinstvene životne situacije nametale potrebu za kompleksnijim razmatranjem uzročne veze.

Ključne reči: uzročna veza, Julijan, Celz, *actio in factum*, Akvilijev zakon, *simultano štetno djelovanje*, *causa superveniens*.

1. Uvod

Evolucija uzročne veze se odvijala postepeno.¹ Od prvobitne direktne, fizičke veze postepeno dolazi do uvažavanja i posredne veze,

¹ Uopšte o uzročnosti u pravu vidi Herbert Lionel Adolphus Hart and Tony Honoré, *Causation in the Law*, London, 1959.

u kojoj se gubi fizički kontinuitet između aktivnog subjekta i pasivnog objekta.² Gubitak fizičkog kontinuiteta pokreće niz pitanja o postojanju dovoljnog koneksiteta između radnje koja sad može biti i propuštanje, odnosno nečinjenje i štetne posljedice. Lanac uzročnosti (chain of causation) može biti prekinut na osnovu radnje trećeg lica (novus actus interveniens) i na osnovu svakog nadolazećeg događaja (nova causa interveniens) gdje se te činjenice kvalifikuju kao interventni faktori koji mijenjaju položaj strana u uzročnom odnosu.³ Takođe, slučajevi štetnog djelovanja od strane više saizvršilaca, koji mogu djelovati simultano ili sukcesivno, proizvode nedoumice u identifikovanju štetne radnje i akvilijanski odgovornog štetnika. Ukoliko postoji više istovremenih štetnih djelovanja, potrebno je razlučiti koji uzrok je dominantan odnosno prevalirajući (überholender Kausalität)⁴ za nastanak štete a koji je subordinarnog karaktera. Štetnik čije je štetno djelovanje dominantno će biti odgovoran direktno po tužbi iz Akvilijevog zakona, a onaj štetnik čije je djelovanje akcesorno će biti odgovoran po tužbi na osnovu činjeničnog stanja (actio in factum).⁵ Takođe, u slučajevima u kojima se činjenično stanje nije podudaralo sa zakonskom regulacijom, pretori su dozvoljavali upotrebu dodatnih, tzv. suplementarnih pravnih sredstava kao što su actiones utiles, actiones in factum i actiones ad exemplum legis Aquilae. Ova pravna sredstva pretor je dozvoljavao na osnovu svog imperijuma u okviru pravosudne nadležnosti, koristeći diskreciona ovlašćenja koja su mu povjerena u toj oblasti. Dozvoljavanje, odnosno uskraćivanje ovih pravnih sredstava nije u ediktu predviđeno, već je pretor na osnovu diskrecione vlasti donosio odluke od slučaja do slučaja (ad hoc). Relativno nejasna ostaje upotreba ovih tužbi jer ne postoji neka jasna zakonomjernost u njihovoj upotrebi. U identičnim situacijama, pravnici iz različitih pravnih razdoblja su sugerisali upotrebu različitih tužbi, što je dovodilo do dodatne konfuzije u shvatanju obima akvilijanske zaštite.

² Gaj u Institucijama navodi, a Justinijan takođe preuzima njegovo mišljenje da akvilijanska odgovornost postoji samo onda kada štetnik nanese štetu svojim tijelom (corpore suo damnum dedit).

³ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of Civilian Tradition*, Oxford, 1996., 990.

⁴ Hans Ankum, *Das Problem der "überholenden Kausalität" bei der Anwendung der lex Aquilia im klassischen römischen Recht*, *De iustitia et iure*, in Festgabe v. Lübtow, Berlin, 1980., 325.- 358.

⁵ D. 9.2.11.2.

2. Problem kauzaliteta kod štete nastale na osnovu psihološkog podsticaja

Rimski pravnici razlikuju situacije kada se šteta nanosi direktnim fizičkim djelovanjem štetnika (*suis manibus*) i situaciju kada štetno lice stvara takve okolnosti da je nastanak štetne posljedice neizbježan ali sam štetnu posledicu ne nanosi (*mortis causa praestare*).⁶ Upravo takve situacije, u kojima uzročna nit nije sasvim izvjesna, dovode do problematičnih situacija. Ako lice A da licu B lijek i lice B umre⁷ kao posljedica konzumiranja lijeka, nameće se nekoliko pitanja koja je i Labeon sebi postavljao svojevremeno i razlikovao situacije kada je lice A svojim rukama dalo licu B lijek da popije ali je taj lijek imao dejstvo otrova (*occidere*) i situaciju kada je lice A samo uticalo na lice B da popije lijek bilo u vidu sugestije ili stručne preporuke (*mortis causam praestare*).⁸ U situaciji kada je žrtva popila lijek iz štetnikovih ruku jasno je da je nastanak štetne posljedice ipak determinisan voljom lica A što rimski pravnici priznaju za činjenicu i smatraju lice A u potpunosti akvilijanski odgovornim (item si obstetrix medicamentum dederit et inde mulier perierit, Labeo distinguit, ut, si quidem suis manibus supposuit, videatur occidisse: sin vero dedit, ut sibi mulier offerret, in factum actionem dandam, quae sententia vera est: magis enim causam mortis praestitit quam occidit). Ulpijan dalje navodi da je sasvim izvjesno da postoji akvilijanska odgovornost ukoliko lice A silom ili intenzivnim psihičkim ubjeđivanjem da lijek licu B, bilo da mu lijek da kroz usta, putem injekcije ili utrljavanjem u kožu (si quis per vim vel suasum medicamentum alicui infundit vel ore vel clystere vel si eum unxit malo veneno, lege Aquilia eum teneri, quemadmodum obstetrix supponens tenetur). U slučaju u kome je lice A samo uticalo na lice B da ono uzme otrov kao lijek, bez direktne fizičke veze i sa labavim psihološkim nagovorom, ne razvija se dovoljno čvrst lanac uzročnosti (*chain of causation*)⁹ između ponašanja lica A i štetne posljedice koju trpi lice B. Posljedica takvog činjeničnog stanja je i primjena pretorske tužbe *in factum*.

Da su Rimljani razumjevali i odgovornost na osnovu naloga odnosno ovlašćenja lica u čijoj vlasti su bili štetnici, govori i Javolenov stav da

⁶ Vidi još o Dieter Nörr, *Causa Mortis*, Munich, 1986.; Alan Watson, *The Law of Obligations in the later Roman Republic*, London, 1964.; Peter Birks, *Doing and causing to be done*, *The Roman Law Tradition*, London, 1994., 31-41.; Bruce W. Frier, *Prototypical Causation in Roman Law*, 34 *Loyola Law Review* 485., New Orleans, 1988.- 1989., 487.- 488.

⁷ D.9.2.9.

⁸ D. 9.2.7.6.

⁹ Reinhard Zimmermann, *op. cit.*, 998.-997.

slobodan čovjek nije akvilijanski odgovoran ako je postupao po nalogu lica prema kome je bio u odnosu zavisnosti i potčinjenosti (si modo ius imperandi habuit). Ukoliko taj odnos nije postojao a štetnik je postupao po instrukcijama trećeg lica, onda se ne oslobađa akvilijanske odgovornosti (liber homo si iussu alterius manu iniuriam dedit, actio legis Aquiliae cum eo est qui iussit, si modo ius imperandi habuit: quod si non habuit, cum eo agendum est qui fecit).¹⁰

D. 21.1.43.2. Paul, libro primo ad edictum aedilium curulium

Qui persuasu alterius a domino recessit, fugitivus est, licet id non fuerit facturum citra consilium eius qui persuasit.

D. 21.1.43.2. Paul, iz prve knjige o kurulskom ediktu

Koga drugi ubijedi da pobjegne od gospodara, smatraće se da mu je to u prirodi, iako on to ne bi učinio da nije bilo savjeta druge osobe.

Iako se ovaj slučaj raspravlja u okviru odgovornosti prodavca za mane stvari, u ovom slučaju postoji i deliktan aspekt odgovornosti koji se odnosi na lica koje podstakne drugoga na loše ponašanje. Između podstrekača i lica koje izvrši štetnu radnju, u ovom slučaju roba koji bez manusije napusti svog gospodara i time postaje fugitivus, ne postoji fizička uzročna veza već je u pitanju psihološki podsticaj u obliku nagovaranja, ubjeđivanja, stavljanja u izgled lošeg položaja koji je prinuđen da trpi. Za rimske pravnike kauzalitet u ovom slučaju nije sporan. Oni apriorno prihvataju postojanje uzročno-posljedičnog odnosa između davanja savjeta o bjehu od gospodara ili u slučajevima nagovaranja na preduzimanje opasnih aktivnosti (silazak u bunar ili penjanje na drvo).¹¹ Nesumnjivo je u pitanju akvilijanska odgovornost bez obzira što se ovdje može legitimno koristiti i actio de servo corrupto, jer se radi o nanošenju štete vlasniku stvari, ne u okviru opisanih zakonskih radnji (rumpere, urere, corrumpere) već putem indirektnog štetnog djelovanja kroz psihološki podsticaj. Psihološki podsticaj je svakako izvan obima značenja štetnih glagola koji opisuju radnju izvršenja ovog civilnog delikta i stoga problematizuju pitanje uzročne veze u konkretnom slučaju.

Interesantan je i slučaj u kome Ulpijan navodi Prokulove i Julijano vo mišljenje za odgovornost lica koje nadraži psa i on ujede drugo lice.¹² Prokul smatra akvilijanskim odgovornim lica koje nije držalo psa na uzici niti je imalo psa u vlasti (quamvis eum non tenuit) ali je iritiralo psa da je on ujeo drugo lice (eo, qui canem irritaverat et effecerat, ut aliquem morderet). Julijan se ne slaže i tvrdi da odgovoran za psa i njegovo štetno po-

¹⁰ D. 9.2.37.

¹¹ Inst. IV.3.16.

¹² D. 9.2.11.5

našanje može biti samo onaj ko psa drži na uzici, a ako pas tada načini štetu, odgovoran biće njegov gospodar (sed Iulianus eum demum Aquilia teneri ait, qui tenuit et effecit ut aliquem morderet). Ako pas nije bio na uzici, odgovaraće po tužbi na osnovu činjeničnog stanja.

Mekormak¹³ tvrdi a i uopšte romanistika prihvata da Rimljani nisu razmišljali u kategorijama uzročnosti već su udaljenost između štetne radnje i posljedice razmatrali zbog primjenjivosti pravnih lijekova. Pragmatičan pravni duh Rimljana nije dozvoljavao posezanje za direktnom akvilijanskom tužbom ako bi dolazilo do širokog tumačenja zakonskih riječi. Tek moderna romanistika navodi uzročnu vezu kao jedan od neophodnih uslova za postojanje akvilijanske odgovornosti. Iako suptilne analize i distinkcije koje su klasični pravници pravili u raspravljanju akvilijanske uzročnosti, gube na značaju uvođenjem ekstraordinarnog sudskog postupka, one su preuzete u Digeste i tako sačuvane za buduće naraštaje. Zbog čega je Justinijan odlučio da se ove rasprave klasičnih pravnika sačuvaju iako opravdanost njihovog unošenja u Digeste nije postojala u tom trenutku? Kao argument se može prihvatiti veliko poštovanje samog Justinijana a i članova njegove komisije prema radu i djelu klasičnih pravnika, pa i prema samom Akvilijevom zakonu kojem su posvetili pedesetsedam fragmenata u drugom titulusu Digesta.

3. Problem kauzaliteta kod štete nastale djelovanjem više štetnika¹⁴

D. 9.2.11.1. Ulpianus, libro XVIII ad edictum

Si alius tenuit, alius interemit, is qui tenuit, quasi causam mortis praebuit, in factum actione tenetur.

D. 9.2.11.1. Ulpijan, iz osamnaeste knjige o ediktu

Kada jedno lice drži roba a drugi ga ubije, lice koje je držalo roba je odgovorno po tužbi na osnovu činjeničnog stanja jer je doprinio ubistvu.

Ovaj fragment ilustruje situaciju kada na štetnoj strani djeluje više osoba ali njihov doprinos nastanku štetne posljedice nije jednakog obima. Zapravo, procjenjivanje njihovog štetnog doprinosa se vrši u skladu sa shvatanjem da svaki posredan doprinos nastanku štete ne može biti dovoljan za akvilijansku odgovornost. Stoga, lice koje nije direktno nanijelo štetu bi bilo izuzeto od akvilijanske odgovornosti, što nije bilo u skladu sa

¹³ Geoffrey MacCormack, *Aquilian Studies*, 41, *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 1, 1975., 9-12. Takođe Hans Ankum, op. cit., 326.

¹⁴ Problemom problematične uzročne veze se bavi i Hausmaninger koji djelovanje više štetnika izdvaja u posebnu cijelinu „spezielle Kausalitätsprobleme“, Herbert Hausmaninger, *Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia*, Wien, 1990., 17.

osnovnim rimskim pravnim postulatima pravičnosti (*aequitas*) i dobre vjere (*bona fides*). S tim u vezi se razvija koncept analognih pravnih sredstava koje pretor stavlja na raspolaganje strankama kada njihova aktivna legitimacija i nije sasvim izvjesna. Situacija se dodatno komplikuje kada se na štetnoj strani pojavi više izvršilaca, tj. saizvršilaca koji mogu djelovati sukcesivno ili simultano.

D. 9.2.11.2. Ulpianus, libro XVIII ad edictum

Sed si plures servum percusserint, utrum omnes quasi occiderint teneantur, videamus. Et si quidem apparet cuius ictu perierit, ille quasi occiderit tenetur: quod si non apparet, omnes quasi occiderint teneri Iulianus ait, et si cum uno agatur, ceteri non liberantur: nam ex lege Aquilia quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena.

D. 9.2.11.2. Ulpijan, iz osamneste knjige o ediktu

Ali kada nekoliko osoba ubije roba, da li će se svi smatrati odgovornim kao da su ga svi ubili? Ako je poznato na osnovu čijeg udarca je umro, to lice će se držati odgovornim za njegovu smrt, ali ako nije poznato ko je zadao smrtonosni udarac, Julijan kaže da će se svi smatrati odgovornim za njegovu smrt. Ako se tužba uputi samo jednom licu, ne znači da će ostali biti oslobođeni odgovornosti, jer po Akvilijevom zakonu, odgovornost jednog lica ne oslobađa ostale odgovornosti, što govori da je akvilijanska tužba penalnog karaktera.

U navedenom fragmentu se radi o simultanom djelovanju štetnika u procesu nastajanja štetne posljedice, u konkretnom slučaju smrti roba. Ako se jedan udarac razlikovao od ostalih po snazi, preciznosti udarca i mjestu koje je pogodio, onda se može to lice smatrati isključivo odgovornim za smrt roba. Ukoliko su svi udarci bili jednakog intenziteta i nanošeni su istovremeno ili u kraćim vremenskim razmacima, onda su svi štetnici jednako odgovorni. S obzirom da je u pitanju deliktna odgovornost, njihova odgovornost se kumulativno pribraja, tj. svaki od štetnika je dužan da naknadi štetu u punom iznosu. Situacije u kojima više lica simultano nanosi štetu na jednoj stvari su problematične u aspektu određivanja odgovornosti. Da li su ta lica djelovala u ime trećeg (*in alieno nomine*) ili su djelovala organizovano radi svjesnog i namjernog nanošenja štete, ne može se zaključiti na osnovu same radnje izvršenja delikta, već zahtjeva jedno šire sagledavanje činjeničnog stanja. U ovom slučaju problematično je iako se prihvati da je jedan izdvojeni udarac bio letalan (*ictus certum esse moritur*) a zanemari se djelovanje ostalih koji nisu bili presudni za nastajanje smrtno posljedice ali su svakako u sadejstvu sa glavnim uzrokom (*causa principalis*) doprinijeli konačnom smrtnom ishodu. Na diskusiju o prevalentnom i supsidijarnom uzroku nadovezuje se slijedeći

slučaj u kojem Celz tvrdi da lice koje zada smrtonosni udarac od kojeg će rob eventualno umrijeti neće biti odgovorno ukoliko je nakon njega djelovao štetnik od čijeg udarca je rob izdahnuo.

D. 9.2.11.3. Ulpianus, libro XVIII ad edictum

Celsus scribit, si alius mortifero vulnere percusserit, alius postea exanimaverit, priorem quidem non teneri quasi occiderit, sed quasi vulneraverit, quia ex alio vulnere periit, posteriorem teneri, quia occidit. Quod et Marcello videtur et est probabilius.

D. 9.2.11.3. Ulpijan, iz trinaeste knjige o ediktu

Celz kaže da ako neko nanese robu smrtnu povredu, ali drugi ga naknadno povrijedi i rob umre, štetnik koji je prvi djelovao neće biti odgovoran za ubistvo roba već samo za povredu roba, jer je rob umro od povrede nanešene od drugog štetnika. Drugi štetnik će biti odgovoran za ubistvo roba, tako je smatrao Marcel, a tako je i pravedno.

U ovoj konkretnoj situaciji, za razliku od prethodne gdje je postojalo više uzročnika, postoje samo dva lica koja uzastopno, jedan za drugim nanose štetu istoj žrtvi. U tom slučaju naknadni udarac (*causa superveniens*) poništava dejstvo prvog udarca (*causa antecedens*). Ovakvo rezonovanje uzročne veze nije bilo moguće u situaciji gdje više lica simultano djeluje, pa čak i u slučaju sukcesivnog djelovanja, jer bi bilo nemoguće odrediti koji udarci su u vremenskoj sukcesiji. Takođe, pravници iz klasičnog perioda su odlučili da lica koja bace gredu na tuđeg roba i ubiju ga odgovorni su u jednakoj mjeri.¹⁵ Iako nijedan pojedinačno ne bi mogao pomjeriti gredu, i ovdje po modernoj pravnoj terminologiji možemo govoriti samo o kolektivnoj odgovornosti lica, rimski pravnici smatraju da je svako lice odgovorno za smrt roba.

Julijan smatra drugačije u svojim Digestama i njegovo razmimoilaženje sa Celzom u shvatanju *causa superveniens* je očigledno.¹⁶ Hausmaninger tvrdi da je razlog sukoba mišljenja ove dvojice pravnika u tome da Julijan occidere ocjenjuje posredstvom štetne radnje, a Celz posredstvom posljedice.¹⁷ Julijan smatra da su oba lica odgovorna, jer odgovornost lica koje je kasnije djelovalo neće poništiti dejstvo prethodnika. Argument za ovaj stav se pronalazi u njegovom shvatanju uzročne veze odnosno povezivanju štetne radnje i posljedice, gdje je po njegovom poimanju dovoljno da je smrt

¹⁵ D.9.2.11.4.

¹⁶ Više vidi o Julijanovom i Celzovom shvatanju „nadolazećeg uzroka“ u radu Je-roen S. Kortman, *Ab alius ictu(s) : Misconceptions about Julian's view on Causation*, The Journal of Legal History, Volume 20, 2, London, 1999., 95-103. Vidi još Adriaan Johan Boudewijn Sirks *The slave who was slain twice : causality and Lex Aquilia*, The Legal History Review, 79, 3-4, London, 2011., 313-351.

¹⁷ Herbert Hausmaninger, op. cit. 18.

prouzrokovana na bilo koji način (*qui mortis causam quolibet modo prae-buit*). Štetno djelovanje prethodnika će biti doprinos nastanku fatalnog ishoda, odnosno biće smatrano kao *causa adiuvars*. *Causa adiuvars* nije *causa principalis* ali u sadejstvu sa drugim uzrokom u značajnoj mjeri doprinosi nastanku štetne posljedice. Takvo shvatanje zapravo govori u prilog postojanju podijeljene odgovornosti između dva štetnika, odnosno sadejstvu njihovih štetnih djelovanja. Ali ipak opšti stav rimskih pravnika o kumulativnoj deliktnoj odgovornosti spriječava podijelu tereta odgovornosti između dva štetnika. Julijanovo poimanje „nadolazećeg uzroka“ je specifično jer on ne smatra da je štetno djelovanje *ex intervallo* bilo presudno za smrtni ishod jer je to već bilo izvjesno nakon prvobitnog štetnog djelovanja.

D. 9.2.51. *Julianus, libro LXXXVI Digestorum*

pr. *Ita vulneratus est servus, ut eo ictu certum esset moriturum: medio deinde tempore heres institutus est et postea ab alio ictus decessit: quaero, an cum utroque de occiso lege Aquilia agi possit. Respondit: occidisse dicitur vulgo quidem, qui mortis causam quolibet modo prae-buit: sed lege Aquilia is demum teneri visus est, qui adhibita vi et quasi manu causam mortis prae-buisset, tracta videlicet interpretatione vocis a caedendo et a caede. Rursus Aquilia lege teneri existimati sunt non solum qui ita vulnerasset, ut confestim vita privarent, sed etiam hi, quorum ex vulnere certum esset aliquem vita excessurum. Igitur si quis servo mortiferum vulnus inflixerit eundemque alius ex intervallo ita percusserit, ut maturius interficeretur, quam ex priore vulnere moriturus fuerat, statuendum est utrumque eorum lege Aquilia teneri.*

D. 9.2.51. *Julijan, iz osadesetšeste knjige Digeste*

Rob je tako teško ranjen da je bilo sasvim izvjesno da će umrijeti, ali je u međuvremenu imenovan za nasljednika, a poslije je umro nakon udara nanijetog od drugog. Ja pitam da li se akvilijanska tužba može podnijeti protiv oba sudionika? Odgovor je da je za ubistvo odgovoran onaj koji je smrt prouzrokovao na bilo koji način, ali akvilijanski je odgovoran onaj ko je smrt prouzrokovao silom i sopstvenim rukama, jer occidere potiče caedere, cedes što znači ubiti. Pa ipak nisu odgovorni samo oni koji su ranili roba na takav način da je izvjesno da će umrijeti već i oni koji su mu zadali ranu od koje će kasnije umrijeti. Tako da u situaciji kada jedno lice smrtno rani roba a drugo lice nanese povredu zbog koje će rob ranije umrijeti, treba smatrati da su obojica odgovorna akvilijanski.

Lord Rodžer¹⁸ takođe objašnjava specifičan pristup rimskih pravnika po pitanju uzročne veze, kao krajnje praktičan, jer ukoliko se traži nesum-

¹⁸ Alan Rodger, *Killing and causing death in Roman Law*, http://www.private-law.ac.za/uct.ac.za/uct/private_law/attachments/Killing%20and%20causing%20death.pdf, 19. april 2013.

njiv uzrok nastanka štetne posljedice, u situacijama kada je više štetnika koji istovremeno ili sukcesivno djeluju, doćiće do apsurdne situacije u kojoj se svi oslobađaju odgovornosti. Ovakvo rezonovanje, kako i sam Julijan primjećuje može biti problematično (*contra rationem disputandi*) ali nesumljivo služi zaštiti interesa oštećene strane (*pro utilitate communi*).¹⁹ Stoga, rimski pravnici krajnje pragmatično razmišljaju i jednako-mjerno osuđuju svakog saučesnika, a osuda jednog ne oslobađa odgovornosti druge.²⁰ Tako se garantuje satisfakcija oštećenom. Argument za ovakav stav se nalazi u drugom paragrafu pedesetdrugog fragmenta gdje se kaže da su obojica jednako kriva jer su obojica ubila roba, jedan prije a drugi kasnije.²¹ Prema tome, Julijan „nadolazeći uzrok“ ne shvata kao doprinos nastanku fatalnog ishoda već kao samostalan uzrok koji je bio samodovoljan da proizvede štetnu posljedicu.

Primjer za odstupanje od opšteg pravila kumulativne odgovornosti nalazi se u tridesetdrugom fragmentu gdje se u slučaju kada svi robovi jednog gospodara počine krađu, Gaj smatra da treba odstupiti od opšteg pravila, jer ne bi bilo racionalno lišiti gospodara svih njegovih robova zbog jedne štetne radnje (*sed magis visum est idem esse observandum, et merito: cum enim circa furti actionem haec ratio sit, ne ex uno delicto tota familia dominus careat eaque ratio similiter et in actionem damni iniuriae interveniat, sequitur, ut idem debeat aestimari, praesertim cum interdum levior sit haec causa delicti, veluti si culpa et non dolo damnum daretur*).²² Ovaj izuzetak govori o zaštiti interesa robovlasnika što je u potpunosti u saglasnosti sa vremenom donošenja zakona i vladajućim socio-ekonomskim odnosima.

Zaključak

Već su rimski pravnici shvatali da štetna ljudska radnja i posljedica koju proizvede moraju biti u određenom odnosu. Oni tu vezu nisu teorijski raspravljali niti su usvajali specifičnu terminologiju već su uzročnu vezu implicitno posmatrali sa ostalim uslovima neophodnim za postojanje akvilijanske odgovornosti. Problematična uzročna veza u akvilijanskoj kazuistici dovodi u pitanje upotrebu odgovarajuće tužbe. Ukoliko je radnja izvršenja neposredno dovodila do *occidere*, odnosno *urere*, *frangere*, *rumpere* tada je dozvoljavana direktna tužba iz Akvilijevego zakona.

¹⁹ Benedict Winiger, R. Zimmermann, Helmut Koziol, Bernhard A. Koch, *Essential cases of natural causation*, Digest of European Tort Law, Vienna, New York, 2007.

²⁰ D. 9.2.52.1.

²¹ D. 9.2.52.2.

²² D. 9.2.32.

Ukoliko bi se radnjom izvršenja štetnika samo stvarali uslovi za nastanak štetne posljedica a šteta ne bi i nastala, onda je oštećena strana imala na raspolaganju pretorske tužbe (*actio utilis*, *actio in factum*) koje su se oslanjale na akvilijansku tužbu. Tužbe na osnovu činjeničnog stanja su se koristile u situacijama kada štetna radnja nastaje na osnovu psihološkog poticaja jedne strane na štetno ponašanje druge strane (osoba A nagovori tuđeg roba na bijeg od gospodara, nagovori ga da siđe u bunar ili se popne na drvo, preporuči mu da popije otrov kao lijek). U situacijama kada djeluje više štetnika razlikuje se sukcesivno i simultano djelovanje odnosno štetna posljedica može nastati na osnovu nadovezujućeg štetnog djelovanja više štetnika, a ako više lica istovremeno djeluje, sasvim je neizvjesno čija štetna radnja je bila prevalirajuća. Rimljani su odlučili da u situacijama sukcesivnog djelovanja, kasnije djelovanje štetnika bude presudno za nastanak štetne posljedice, a kod simultanog djelovanja, svi saizvršioци su jednako krivi, odnosno akvilijanski odgovorni.

Mirjana Bogunović, Assistant
University of Banja Luka
Faculty of Law

Problems of Causation in Aquilian's Casuistry

Abstract: Roman lawyers interpreted causation in a very specific way, without any abstractions or generalisations, existence or non-existence of causation was established in each particular case (*ad hoc*). They did not establish the existence of the causation between an act of a tortfeasor and a harmful result, but causation had to exist between the culpa of the tortfeasor and the result. Initially, it was necessary for the causation to be direct, made with active doing body to body (*damnum corpori corpore datum*). With the time, the narrow understanding of causation was overcome and indirect causation started to be appreciated, while the human behavior could exclusively be omissive. Aquilian's casuistry is very rich with the cases of problematic causation. Meanwhile, these elementary rules for resolving a particular case in practice proved insufficient and incomplete, since unique life circumstances had created a need for a more complex view of causation.

Key words: causality, Julianus, Celsus, *actio in factum*, *Lex Aquilia*, simultaneously harmful effects, *causa superveniens*.

