PRAVNI FAKULTET UNIVERZITETA U NOVOM SADU

ZBORNIK RADOVA

Za izdavača
Prof. dr Ljubomir Stajić
dekan Pravnog fakulteta u Novom Sadu

Upravnik Centra za izdavačku delatnost
Prof. dr Ljubomir Stajić

Glavni i odgovorni urednik
Prof. dr Slobodan Orlović

Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu nalazi se u *HeinOnline* bazi: *International & Non-U.S. Law Journals* (http://www.heinonline.org).

Zbornik radova (sveske od 2007. godine) pod nazivom *Proceedings of Novi Sad Faculty of Law* dostupan je u *EBSCO* bazi *Academic Search Complete* (http://www.ebscohost.com).

Zbornik radova (sveske od 2005. godine) dostupan je na veb sajtu Pravnog fakulteta u Novom Sadu (http://www.pf.uns.ac.rs).

Zbornik izlazi neprekidno od 1966. godine.
Od 2012. godine Zbornik izlazi četiri puta godišnje.
Cena jedne sveske Zbornika je 5.000 dinara.

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

ZBORNIK RADOVA
COLLECTED PAPERS

XLIX 2 (2015)

NOVI SAD, 2015.

ZRPFNS, Godina XLIX Novi Sad, br. 2 (2015)

UDK 3 ISSN 0550-2179 eISSN 2406-1255

SADRŽAJ

U susret jubileju: 50 godina Zbornika radova XIII

Dr Đorđe V. Popov, redovni profesor
Rast stranih investicija u Srbiji – Zakon i šta još? 401

Dr Srđan N. Šarkić, redovni profesor
Ruski projekti državnog uređenja ustaničke Srbije 417

Dr Rodoljub M. Etinski, redovni profesor
Međunarodni postupci koje pokreću pojedinci radi zaštite životne sredine 431

Dr Zoran V. Arsić, redovni profesor
Evropska konvencija o predelu 457

Dr Dragan L. Milkov, redovni profesor
Uloga uprave u postupku vraćanja zadružne imovine 469

Dr Gordana B. Kovaček Stanić, redovni profesor
Prekid kasne trudnoće u pravu Srbije i uporednom evropskom pravu 483

Dr Maja D. Stanivuković, redovni profesor
Obezbeđenje troškova spora u arbitraži po pravilima MTK i IKSID-a 499

Dr Ištvan I. Feješ, redovni profesor
Sistem izuzetaka od primene „Teorije ploda otrovnog drveta“ 521

Dr Marija M. Salma, redovni profesor
Eventualna kumulacija tužbenih zahteva 543

Dr Snežana S. Brkić, redovni profesor
Kritički osvrt na uređenje istrage u ZKP Srbije iz 2011. godine 559

Dr Sanja V. Đajić, redovni profesor
O ciljnom tumačenju međunarodnih ugovora o zaštiti stranih ulaganja: od preambule do preambule 577

Dr Goran B. Milošević, redovni profesor;
Dr Mirko V. Kulić, glavni i odgovorni urednik časopisa „Finansije i porezi“
Nastanak i vreme ispunjenja poreske obaveze 597

Dr Magdolna I. Sič, vanredni profesor
Tumačenje prava u skladu sa pravičnošću u Rimskom pravu 617

Dr Dragiša S. Drakić, vanredni profesor
Prinudno zadržavanje lica sa duševnim poremećajima u kaznenom pravu Srbije 635

Dr Nikola D. Bodiroga, vanredni profesor
Neki problemi u primeni Zakona o parničnom postupku u sporovima male vrednosti 653

Dr Vladimir Ž. Marjanski, docent
Sticanje sopstvenog udela društva s ograničenom odgovornošću otkupom od člana društva 671

Dr Sandra S. Fišer-Šobot, docent
Dužnost obaveštavanja o pravnom nedostatku kod ugovora o međunarodnoj prodaji robe 683

Dr Atila I. Dudaš, docent
Načelo supsidijarnosti i proporcionalnosti u stvaranju komunitarnog prava u oblasti zaštite životne sredine 697

Dr Bojan N. Tubić, docent
Uloga Suda Evropske unije u oblasti zaštite životne sredine 713

Dr Vladimir Vuletić, docent
Pretor ne štiti kukavice: o dvostrukom karakteru prinude u rimskom i savremenom domaćem pravu 727

Dr Darko Dimovski, docent; Ivan D. Milić, asistent
Privatni zatvori i penitencijarni sistem Srbije 749

Dr Cvjetana M. Cvjetković, asistent
Ekološki porezi i poljoprivreda 769

Milana M. Pisarić, asistent
Pretpostavke za otkrivanje ekološkog kriminaliteta 785

Nataša N. Rajić, asistent
Zaštita podataka o ličnosti i ostvarivanje prava iz oblasti zdravstvene zaštite – analiza odluke Ustavnog suda Srbije 797

Sandra O. Samardžić, asistent
Regulativa porodičnog prava na međunarodnom i evropskom nivou, sa posebnim osvrtom na pravo deteta na zdravlje 813

Željko D. Mirkov, viši tužilački pomoćnik
Položaj okrivljenog u francuskom krivičnom postupku (Inkvizitorski krivični postupak i Code d' instruction criminelle iz 1808. godine) 839

ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE

Dr Laslo L. Heka, vanredni profesor
Pravosudni sistem Mađarske sa posebnim naglaskom na princip nezavisnosti sudija te njihova uporedba sa sudskim sistemima balkanskih i slovenskih država 855

ODELJAK ZA STUDENTE

Darija Z. Marić, student doktorskih studija
Načelo ekvivalentnosti i prekomerno oštećenje u ugovornom pravu 889

PRIKAZ KNJIGE

Dr Darko Z. Simović, vanredni profesor
Tijana Šurlan: Univerzalna međunarodna ljudska prava –
mehanizmi zaštite 911

TABLE OF CONTENTS

Meeting the Anniversary: 50 Years of Collected Papers XIII

Đorđe V. Popov, Ph.D., Full Professor
The Growth of Foreign Investment in Serbia – the Law and what else? 401

Srđan N. Šarkić, Ph.D., Full Professor
Russian Attempts on Constitutional Issue of Insurgent Serbia (1804–1813) 417

Rodoljub M. Etinski, Ph.D., Full Professor
International Procedures for Environmental Protection Initiated by Individuals 431

Zoran V. Arsić, Ph.D., Full Professor
European Landscape Convention 457

Dragan L. Milkov, Ph.D., Full Professor
Role of the Administration in the Procedure of the Return of Cooperative Property .. 469

Gordana B. Kovaček Stanić, Ph.D., Full Professor
The Termination of the Late Pregnancy in Serbian Law and
Comparative European Law 483

Maja D. Stanivuković, Ph.D., Full Professor
Security for Costs in ICC and ICSID Arbitration 499

Ištvan I. Feješ, Ph.D., Full Professor
System of Exceptions to the Application of the Poisonous Tree Doctrine 521

Marija M. Salma, Ph.D., Full Professor
Accumulation of Subsequent Alternative Claims 543

Snežana S. Brkić, Ph.D., Full Professor
A Critical Review of the Organization of Investigation in the 2011
Criminal Procedure Code of Serbia 559

Sanja V. Đajić, Ph.D., Full Professor
Teleological Interpretation of International Investment Agreements:
From Preamble to Preamble 577

Goran B. Milošević, Ph.D., Full Professor;

Mirko V. Kulić, Chief Editor of the Magazine „Finances and Taxes“
Tax Liability and Fulfillment of Tax Obligations 597

Magdolna I. Sič, Ph.D., Associate Professor
The Interpretation of Law in Accordance with the Principle of *Aequitas*
in Roman Law 617

Dragiša S. Drakić, Ph.D., Associate Professor
Forced Detention of Persons with Mental Disorders in the Serbian Criminal Law 635
Nikola D. Bodiroga, Ph.D., Associate Professor
Some Problems Concerning the Application of Special Procedural Rules for Small Claims Litigations 653
Vladimir Ž. Marjanski, Ph.D., Assistant Professor
Aquiring of a Company's own Equity Interest through Redemption of a Company Member 671
Sandra S. Fišer-Šobot, Ph.D., Assistant Professor
Duty to Notify the Seller of Defects in Title in Contracts for the International Sale of Goods 683
Attila I. Dudás, Ph.D., Assistant Professor
Subsidiarity and Proportionality in the Shaping of EU Law on the Protection of the Environment 697
Bojan N. Tubić, Ph.D., Assistant Professor
Role of the Court of Justice of the European Union in the Field of Environmental Protection 713
Vladimir Vuletić, Ph.D., Assistant Professor
Praetor does not Protect Cowards: about the dual Character of Duress in the Roman and Modern Domestic Law 727
Darko Dimovski, Ph.D., Assistant Professor; Ivan D. Milić, Assistant
Private Prisons and Penitentiary System of the Republic of Serbia 749
Cvjetana M. Cvjetković, Ph.D., Assistant
Environmental Taxes and Agriculture 769
Milana M. Pisarić, Assistant
Requirements for Detection of Environmental Crime 785
Nataša N. Rajić, Assistant
The Protection of Personal Data and the Exercise of Rights relating to Health Care - Analysis of a Decision of the Constitutional Court of Serbia 797
Sandra O. Samardžić, Assistant
Regulation of Family Law at the International and European Level, with a special focus on the Right to Health of the Child 813
Željko D. Mirkov, Higher Prosecutorial Assistant
La situation de l'accuse a la procedure penale française (la procedure penale d'inquisition et le code d'instruction criminelle de l'annee 1808) 839

SECTION FOR FOREIGN AUTHORS

László L. Heka, Ph.D., Associate Professor
The Hungarian Court System with special Emphasis on the Principle of the Independence of Judges 855

SECTION FOR STUDENTS

Darija Z. Marić, Ph.D. Student
The Principle of Equal Consideration and Laesio Enormis in the Law of Contracts 889

BOOK REVIEW

Darko Z. Simović, Ph.D., Associate Professor
Tijana Šurlan: Universal International Human Rights – Mechanisms of Protection 911

U susret jubileju: 50 godina Zbornika radova

Prvi broj „Zbornika radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu“ pojavio se davne 1966. godine. Tokom prvih četrnaest godina, do 1980., „Zbornik radova“ je objavljivan kao godišnjak. Pored redovnih brojeva, u periodu od 1975. do 1979. godine objavljeno je i sedam vanrednih, tematskih brojeva. Od 1981. do 2011. godine, „Zbornik radova“ se objavljuje tri puta godišnje, a od 2012. do danas, kao i tokom 1989. i 1990. godine, četiri puta. Od prvog broja 1966. godine, do danas, „Zbornik radova“ izlazi neprekidno. Tokom ovih 49 godina, objavljeno je 80 svezaka „Zbornika radova“ sa preko 2000 članaka. Današnji „Zbornik radova“ klasifikovan je kao časopis kategorije M51, odnosno kao vodeći časopis nacionalnog značaja.

Neprekidnom objavljivanju i visokom naučnom kvalitetu „Zbornika radova“ doprinosi čitava plejada uglednih saradnika. Pored profesora Pravnog fakulteta u Novom Sadu, među njima se nalaze i profesori drugih fakulteta, pre svega pravnih, kako onih u našoj zemlji, tako i onih u inostranstvu. Na stranicama „Zbornika radova“ nalaze se i radovi profesora čuvenih pravnih fakulteta iz Francuske, Rusije, Austrije, Mađarske, Rumunije i drugih zemalja. Kao saradnici „Zbornika radova“ pojavljuju se i ugledni pravnici koji rade u naučnim institutima, sudstvu, advokaturi, upravi i sl.

Širok krug saradnika doprineo je velikoj raznovrsnosti „Zbornika radova“, u sadržinskom smislu. Brojni članci posvećeni su istoriji prava, teoriji prava i granama pozitivnog prava. Obrađuju se i važna savremena pitanja, koja se odnose na zaštitu životne sredine, probleme bezbednosti, integracione procese kroz koje naša zemlja prolazi i sl. Kroz izdanja „Zbornika radova“ mogu da se prate najvažnije promene našeg pravnog sistema, kao i opšta društveno-politička kretanja u našoj zemlji. Pored toga, „Zbornik radova“ je okrenut i ka uporednom pravu. Predmet proučavanja su i pravni sistemi drugih zemalja – anglosaksonskih, evropsko-kontinentalnih, zemalja u tranziciji i sl. O pravnim ustanovama drugih zemalja ne pišu samo domaći autori, već i strani autori, čiji se članci objavljuju na velikim svetskim jezicima, poput engleskog, francuskog, nemačkog, ruskog. Brojni strani autori objavljivali su u „Zborniku radova“ članke i na srpskom jeziku.

Od samog početka, vodilo se računa o afirmaciji „Zbornika radova“, ne samo u zemlji, nego i u inostranstvu. Zbornik je uvek imao uporedni naslov, sadržaj i apstrakte na stranim jezicima. Do 2004. godine, uporedni naslov časopisa je bio na francuskom jeziku i glasio je *Recueil des Travaux*. Od 2004. godine uporedni naslov je na engleskom jeziku i glasi *Collected Papers*. Sadržaj je do 1990. godine prevođen na francuski, engleski, nemački i ruski jezik, a od 1990. godine prevodi se na engleski. Apstrakti su do 1997. godine prevođeni na dva od četiri svetska jezika, engleski, francuski, nemački ili ruski. Od 1997. godine apstrakti se prevode na engleski jezik.

„Zbornik radova“ je, u punom tekstu, dostupan i preko dve renomirane svetske baze, *EBSCO* baze *Academic Search Complete* i američke pravne baze *HeinOnline*, u kolekciji: *Law Journal Library/International & Non-U.S. Law Journals*. U *EBSCO* bazi, pod naslovom *Proceedings of Novi Sad Faculty of Law*, nalazi se pun tekst novijih izdanja „Zbornika radova“, od broja 3 iz 2007. godine. Preko baze *HeinOnline*, od 2010. godine, dostupan je pun tekst svih brojeva „Zbornika radova“, od prvog izdanja do danas. Podaci ovih renomiranih svetskih baza ukazuju na veliki broj pristupa i preuzimanja članaka iz „Zbornika radova“, iz biblioteka širom sveta, kao i veliku citiranost (po Referalnom centru Matice srpske). Od 2005. godine brojevi „Zbornika radova“ dostupni su i na internet sajtu Pravnog fakulteta u Novom Sadu, a za sve brojeve od 2011. godine na sajtu su dostupna i latinična izdanja.

Tokom 49 godina objavljivanja, „Zbornik radova“ je imao 12 glavnih urednika, profesora Pravnog fakulteta u Novom Sadu. U sadašnjem Uredništvu „Zbornika radova“ nalaze se i istaknuti profesori pravnih fakulteta iz Francuske, Austrije, Slovenije, Mađarske, Tajlanda.

U toku navedenog perioda, „Zbornik radova“ se usavršavao i u tehničkom smislu. Danas se za uređivanje i objavljivanje „Zbornika radova“ koristi poseban onlajn sistem „Asistent“. Ovaj sistem omogućava efikasnije uređivanje časopisa, tehnički olakšava recenziju radova, a istovremeno služi i unapređenju kvaliteta i uvećanju uticajnosti časopisa. Pripremljen je u Centru za evaluaciju u obrazovanju i nauci (CEON).

2016. godine „Zbornik radova“ slavi jubilej vredan poštovanja – 50 godina neprekidnog objavljivanja. Njegovu dugovečnost omogućili su Pravni fakultet u Novom Sadu, kao institucija koja svojim autoritetom stoji iza njega, ugledni saradnici, visok naučni kvalitet objavljenih članaka i spremnost da se na njegovom objavljivanju radi ozbiljno i požrtvovano. Zahvaljujući tome, „Zbornik radova“ je nesumnjivo postao jedan od važnih oslonaca naša pravne nauke.

Uredništvo Zbornika

Originalni naučni rad 339.727.22(497.11)
doi:10.5937/zrpfns49-8530

Dr Đorđe V. Popov, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
djordje.popov@pf.uns.ac.rs

RAST STRANIH INVESTICIJA U SRBIJI – ZAKON I ŠTA JOŠ?[1]

***Sažetak**: Strane direktne investicije mogu predstavljati kanal za smanjivanje zaostajanja za razvijenim zemljama u oblasti istraživanja, razvoja, marketinških i menadžerskih znanja. Da bi se izbegle moguće loše posledice stranih investicija u Srbiji je potrebno stvoriti takvu poslovnu klimu koja će davati podsticaje da rezultati naučnih istraživanja realizovanih u Srbiji nađu svoju primenu u industriji Srbije. Po nizu parametara koje strani investitori uzimaju u obzir prilikom odlučivanja gde, koliko, i u šta investirati Srbija vrlo loše stoji u svetskim razmerama. To je ono što se u Srbiji mora menjati ako se želi rast stranih investicija. Vrlo loše na privredni razvoj i na privlačenje stranih investicija utiče iseljavanje mladih visokoobrazovanih stručnjaka koje traje već više od dvadeset godina. Postojanje jake srednje klase je osnov stabilnosti i razvoja svake države. Poslovna klima se mora poboljšati. Jedan od važnih koraka u tom pravcu može biti i donošenje novog Zakona o ulaganjima. Ali Zakon sam po sebi nije dovoljan.*

***Ključne reči**:strane direktne investicije,odliv mozgova, srednja klasa, poslovna klima, Zakon o ulaganjima, nacionalni tretman.*

I

Strane direktne investicije mogu imati različite posledice na ekonomski razvoj zemalja penetracije: kako pozitivne tako i negativne.

Pozitivan efekat stranih investicija može predstavljati činjenica da one mogu postati kanal za smanjivanje zaostajanja za razvijenim zemlja-

[1] Rad je nastao kao rezultat istraživanja u 2015. godini na projektu: ``Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)``, koji se realizuje na Pravnom fakultetu Univerziteta u Novom Sadu.

ma u oblasti istraživanja i razvoja, tehnologije i menadžerskh znanja. Ali isto tako treba istaći da strane direktne investicije ni u kom slučaju nisu obavezna garancija da će se ovi pozitivni efekti i realizovati u svakoj zemlji u kojoj su strane direktne investicije prisutne.[2]

Moguće loše posledice stranih investicija mogu proisteći iz činjenice da je u privredi zemlje koja je pretežno zasnovana na stranim investicijama po pravilu zatvoren prostor za domaće tehnološke inovacije, kao i za primenu u praksi rezultata domaćih naučnih istraživanja. Kada se u nekoj zemlji formira privredna struktura zavisna od inostranstva onda se razvojna komponenta privrede po pravilu realizuje u zemljama porekla kompanija koje se pojavljuju kao investitori ili nosioci transfera tehnologije[3].

Takvo okruženje počinje polako da se u poslednjih desetak godina stvara i u Srbiji gde se ``korporativni menadžeri koji vode poslovne sisteme srpskih fabrika (u stranom vlasništvu- primedba Đ.P.) gotovo isključivo bave elementarnim egzistencijalnim pitanjima, a svoju konkurentsku poziciju grade kroz redukciju troškova, posebno u domenu radne snage, projektujući poslovni sistem tako da je ljudski resurs dominantno usmeren na radno intenzivne poslove.``[4]

Da bi se izbegao dalji razvoj ovoga modela u Srbiji potrebno je stvoriti takvu poslovnu klimu koje će davati podsticaje s jedne strane domaćim istraživačima, a s druge strane privrednim jedinicama bez obzira u čijem se vlasništvu nalaze da rezultati naučnih istraživanja realizovanih u Srbiji nađu svoju primenu u industriji Srbije[5].

---

[2] O ovome više u: Đorđe Popov, Ka formulisanju strategije privlačenja stranih investicija, u knjizi: Moguće strategije razvoja Srbije, SANU Beograd 2014. str. 284.

[3] Vidi: Đ. Popov, Transnacionalne kompanije i međunarodni ekonomski odnosi, Savremena administracija, Beograd, 1979, str. 99.

[4] Petar Petrović, Četvrti talas industrijalizacije: tehnološka dimenzija i budućnost koju ne možemo da zanemarimo, deo u knjizi: Moguće strategije razvoja Srbije, SANU, Beograd, 2014, str. 206.

[5] Petar Petrović, s tim u vezi razlikuje konstatuje potrebu razvijanja tri načina transfera tehnologije u Srbiji:

``1. Programi za horizontalni transfer u stratumu nauke- programi naučnoistraživačke saradnje za transfer tehnoloških znanja (EU+ regionalni nivo i programi za druge udaljene sredine razvijenih privreda, posebno programi za dijasporu koja je jedan od specifičnih okvira za efikasan transfer tehnologija).

2. Programi za vertikalni transfer tehnologije u nacionalnom okviru- programi za transfer formalizovanih i neformalizovanih znanja interakcijom domaće nauke i domaće industrije (pragmatizacija nauke Srbije, mehanizmi za biodirekcione procese, .. posebno programski paket: doktori u industriju.)

3. Programi za horizontalni transfer tehnologije u privrednom stratumu- industrijska saradnja u EU okvirima, regiona Balkana, nacionalnih ekonomija (kao npr. saradnja sa

II

Nažalost, po nizu parametara koje strani investitori uzimaju u obzir prilikom odlučivanja gde i koliko i u šta investirati Srbija vrlo loše stoji u svetskim razmerama, i to je ono što se u Srbiji mora menjati ako se želi rast stranih investicija.

Tako naprimer, prema nalazima Svetskog ekonomskog foruma od 148 posmatranih zemalja, samo je jedna zemlja u svetu u lošijem položaju od Srbije kada je reč o odlivu mozgova, što znači da je Srbija na drugom mestu u svetu po odlivu mozgova[6]. To za posledicu ima da potencijalni strani investitori kada odlučuju o tome u šta investirati u Srbiji teško da mogu doći do zaključka da investiraju u pogone za koje je potrebno angažovanje visoko obrazovanih i mladih zaposlenih.

Za razliku od šezdesetih i sedamdesetih godina prošlog veka kada su iz Srbije na ``privremeni rad`` u inostranstvo odlazili uglavnom nekvalifikovani ili radnici sa nižim stepenima kvalifikovanosti, od početka devedesetih godina pa sve do danas, intenzivan je odliv upravo onih sa najvišim kvalifikacijama i sa diplomama iz onih oblasti koje su od vitalnog značaja za privredni razvoj neke zemlje.

Bez inženjera i stručnjaka iz oblasti prirodnih nauka, trebalo bi da bude jasno svakom donosiocu odluka, nema mogućnosti za razvoj složenijih proizvodnih delatnosti, što shodno tome znači i da će se potencijalni inostrani investitori teško odlučivati za investiranje u takvoj zemlji, jer će se součiti sa nestašicom kadrova koji su preko potrebni za održavanje takve proizvodnje[7].

Rezultat ovako intenzivnog odliva mozgova koji na štetu Srbije, kao što je napomenuto, traje već dve i po decenije je vrlo nepovoljna starosna struktura zaposlenih, naročito onih koji bi mogli biti angažovani na razvojnim aktivnostima. S tim u vezi treba imati u vidu da je Evropska unija kao cilj postavila da 2020. učešće zaposlenih u industriji sa visokim obrazovanjem, a starosti između 30 i 40 godina dostigne 40%. U isto vreme

---

Italijom kroz program Fiat automobili Srbija), zatim interakcija sa prostorom van okvira Evropske unije (Ruska federacija, Kina, Japan i SAD.)`` Petar Petrović, op. cit. str. 207.

[6] World Economic Forum- The Global Competitiveness Report, 2013, str. 335.

[7] Prema podacima do kojih je došao Vladimir Grečić koji se decenijama bavi istraživanjima o ``odlivu mozgova`` iz Srbije u periodu 1991-2012, 153. 705 lica je steklo permanentni rezidentni status u prekomorskim zemljama (Australija, Kanada, SAD). Vidi: Vladimir Grečić, Dijaspora i razvoj: uloga srpskih inovatora iz dijaspore u privrednom razvoju Srbije, cit. prema: Moguće strategije razvoja Srbije, op. cit. str. 703.

statistika konstatuje da je prosečna starost zaposlenih u industriji Srbije negde oko 55 godina[8].

Tako da imajući u vidu napred navedeno možda i ne čudi što se Srbija prema indeksu globalne konkurentnosti Svetskog ekonomskog foruma za 2013. nalazi na 101 mestu od 148 posmatranih zemalja, s tim što se nijedna evropska zemlja na ovoj listi ne nalazi iza Srbije[9].

Budućnost, ako se nešto hitno ne preduzme kada je reč o mladim i visokoobrazovani kadrovima, prema istim istraživanjima takođe ne izgleda naročito ružičasto[10]. Tako se naprimer konstatuje da je prema kvalitetu obrazovnog sistema Srbija u periodu 2008- 2013 Srbija pala sa 62 na 111 mesto[11].

No, čak i da se kvalitet obrazovanja naglo popravi i upodobi svetskim standardima kvaliteta postavlja se pred građane Srbije i organe vlasti ozbiljno pitanje koga će uopšte biti moguće uključiti u proces obrazovanja, ako se zna da je u školskoj 2013/2014. u odnosu na školsku 1995/96. broj dece u osnovnim i srednjim školama smanjen za 215.000[12].

Poslednji podatak je logična posledica katastrofalnog pada broja novorođene dece u Srbiji (u centralnoj Srbiji i Vojvodini), što je trend koji traje već skoro tri decenije. Tako je naprimer broj živorođene dece 1985 iznosio 101. 938, da bi se u 2012. gotovo prepolovio, tj, iznosio je 67.257[13]. Nije li ovaj alarmantan podatak znak za uzbunu i poziv za hitne mere u oblasti populacione politike?[14]

---

[8] Petar Petrović, op. cit. str. 186.

[9] Vidi: World Economic Forum- The Global Competitiveness Report, 2013.

Konkurentska pozicija po metodologiji Svetskog ekonomskog foruma se određuje prema sledećim indikatorima: 1. institucije, 2. infrastruktura, 3. makroekonomsko okruženje, 4. zdravstvo i primarno obrazovanje, 5. visoko obrazovanje i inovacija znanja, 6. efikasnost tržišta roba i usluga, 7. efikasnost tržišta rada, 8. razvijenost finansijskog tržišta, 9. tehnološka spremnost, 10. veličina tržišta, 11. poslovni ambijent, i 12. inovativnost.

[10] Postavlja se takođe i pitanje koji deo mlade populacije će biti kada dođe u odgovarajuće godine biti u stanju da se uključi u proces visokog obrazovanja, ako podaci pokazuju da samo 44% dece između 3 i 5 godina pohađa neki oblik predškolskog obrazovanja. Cit. prema: Mlađen Kovačević, Ograničenja i uslovi za zaustavljanje privrednog i društvenog sunovarata Srbije, u: Moguće strategije razvoja Srbije, op. cit. str. 228.

[11] World Economic Forum- The Global Competitiveness Report, 2013, str. 335.

Da li bi oni koji su toliko insistirali na svojoj verziji sprovođenja Deklaracije iz Bolonje trebalo da se zamisle nad ovim podacima koji dolaze iz međunarodnih institucija na koje se oni vrlo rado pozivaju, je pitanje za njih. Pitanje za državne organe je ima li u svetlu ovih podataka elemenata bilo kakve odgovornosti (sa imenima i prezimenima) te brojno male, ali u periodu 2004- 2012, izuzetno agresivne i od tadašnje vlasti podržavane grupe.

[12] Vidi Mlađen Kovačević, op. cit. str. 229.

[13] Podaci prema: Republički zavod za statistiku, Demografska statistika, Beograd, 2012.

[14] Kreatorima ekonomske politike u Srbiji verovatno bi koristilo da se upoznaju sa merama populacione politike, pre svega zaštite majki, npr. u Francuskoj i susednoj Mađarskoj.

Na drugoj strani došlo je do velike ekspanzije broja mesta za upis na različite oblike visokog obrazovanja, tako da je na svim oblicima i svim nivoima studija u školskoj 2012/2013. godini bilo 64.000 akreditovanih mesta za upis na prvu godinu studija, a treba reći i da je te godine na budžet na državnim fakultetima upisano 26.058 studenata.[15]

Poznato je da ekonomsku osnovu kao i osnovu društvene stabilnosti svake uspešne države čini ``srednja klasa``[16] pod kojom se u ovom kontekstu podrazumevaju stručnjaci zaposleni u privredi i javnim delatnostima, koji imaju mogućnost za napredovanje u struci, s tim da su istovremeno u mogućnosti da realizuju i za njihov stepen stručnosti odgovarajući lični i društveni standard. Nažalost, u Srbiji u poslednje dve decenije kao posledica s jedne strane sankcija međunarodne zajednice, ali i izabranih pravaca i načina realizacije tranzicionih procesa srednja klasa ubrzano nestaje.

Socijalna struktura koja se formira u Srbiji sve više se udaljava od one koja je karakteristična za ekonomski uspešne zemlje koje za svoju društvenu stabilnost i ekonomski razvoj, ali i uspehe u privlačenju stranih investicija, duguju upravo postojanju brojne srednje klase čiji pripadnici nemaju potrebe da svoje težnje ka profesionalnom napredovanju i odgovarajućem životnom standardu zadovoljavaju tako što će emigrirati u inostranstvo.

Naprotiv, zemlje koje su svojim merama stvorile uslove za rast srednje klase deluju kao magneti za stručnjake i iz drugih zemalja čime se u njima stvara ne samo neophodna koncentracija u pogledu broja nego i formira konkurencija ideja, struka i talenata. Primeri takvih zemalja su kada je reč o Evropi, pre svega skandinavske zemlje, ali i Švajcarska, Nemačka, Holandija i Velika Britanija.

U Srbiji srednja klasa kao noseći stub stabilnosti društva i nosilac ekonomskog i svakog drugog razvoja ubrzano nestaje, a u Srbiji se formira socijalna stratifikacija koja umesto na uspešne zemlje Evrope sve više podseća na onu u Latinskoj Americi, a koja je kao što pokazuje čitava biblioteka radova iz šezdesetih i sedamdesetih godina prošlog veka

[15] Prema podacima koje navodi Ivan Ivić, te godine je prvu godinu svih visokoškolskih ustanova upisalo ukupno 53.179 studenata (državni fakulteti- 31.573, privatni fakulteti- 6.770, državne visoke škole strukovnih studija- 12.980, i privatne- 1856. Vidi: Ivan Ivić, Obrazovanje i razvojni problemi Srbije, u: Moguće strategije razvoja Srbije, op. cit. str. 142. Prema istom broj fakulteta u Srbiji je u periodu 2000/2001.- 2011/2012. porastao sa 86 na 236.

[16] O značaju i ulozi visokoobrazovanih stručnjaka za funkcionisanje privrede još uvek bi bilo korisno pročitati knjigu nobelovca Džona Keneta Galbrajta, Nova industrijska država, koja je kod nas objavljena, sada već daleke 1969.

autora koji su formulisali teoriju ``zavisnosti``[17] za rezultat imala ``razvoj nerazvijenosti``[18], i formiranje ``perifernog`` kapitalizma[19].

Tako u Srbiji na jednoj strani raste broj onih koji žive na socijalnom minimumu, kao što je npr. više od 1.000.000 penzionera sa penzijom koja iznosi ispod 200 evra mesečno[20], ali i stotine hiljada zaposlenih u privatnom sektoru koji po ekonomskoj filozofiji koja je nametnuta od kreatora tranzicije u Srbiji treba da se osećaju posebno srećnima, ako za svoj rad, možda i bez uplaćenih doprinosa, dobijaju istih 200 evra mesečno.

Istovremeno se na drugoj strani formirao malobrojan sloj tranzicionih bogataša koji se nalaze u samom vrhu Forbsove liste bogatih kada je reč o tranzicionim zemljama srednje i istočne Evrope, sa desetinama hiljada hektara zemljišta, fabrikama, nekretninama u zemlji i inostranstvu, a koji teško mogu dokazati odakle ima kapital kojim su sve to kupili. Ta klasa tranzicionih dobitnika ne oseća nikakvu društvenu odgovornost. Naprotiv, prema nekim podacima iz Srbije je u periodu 2002-20012. izneto 54 milijarde dolara[21]. Socijalna struktura u kojoj se paralelno sa nestankom srednje klase i svakog oblika proizvodnje beleži ne samo nestanak sela, nego i ubrzano smanjenje gradova srednje veličine uz koncentraciju praktično cele Srbije u tri grada (Beograd, Novi Sad, Niš) sve više se udaljava od slike Holandije i Švedske, a sve više podseća na Kolumbiju, Meksiko, Egipat[22] i njima slične zemlje.

---

[17] Na ovu temu sam svojevremeno pripremio i uredio Zbornik radova koji je objavljen u časopisu ``Treći program``. Vidi: Zemlje u razvoju i neokapitalizam, izbor i predgovor Đorđe Popov, Treći program, Beograd, zima 1978, str. 413- 640.

[18] Brojni su radovi Andre Gunder Franka, Henrike Kardosa, Teotonia dos Santosa i drugih koji do današnjih dana nisu ništa izgubili na svojoj aktuelnosti. Izgradnja ovakvog modela vodi do formiranja takvog modela razvoja koji na dugi rok onemogućava istinski razvoj tih zemalja, tako da one decenijama ostaju u odnosima zavisnosti prema razvijenim zemljama, ne dolazi do porasta dohotka, nema razvoja tehnologija, siromaštvo se širi, pa prema tome ostaju sve karakteristike nerazvijenih zemalja.

[19] Videti npr. Zbornik radova: Peripherer Kapitalismus, Suhrkamp Verlag, Frankfurt, 1974, izbor i predgovor: Dieter Senghaas.

[20] Druga je stvar što u Srbiji nikada nisu urađene socijalne karte, pa je sasvim moguće da neki od tih zvanično siromašnih, imaju daleko veće prihode i imovinu od onih koji su nekim od novijih mera prisiljene da plaćaju različite vidove ``solidarnih`` poreza, a čine u najvećem broju sadašnje ili nekadašnje pripadnike nestajuće srednje klase.

[21] Podatke je prikupila za to specijalizovana firma: Global Financial Integrity.

[22] Za zemlje ``perifernog`` kapitalizma karakteristično je stvaranje megapolisa: Kaira, Meksiko Sitija i sl. sa više desetina miliona stanovnika, dok se istovremeno u npr. Amsterdamu, Roterdamu, Stokholmu, Cirihu decenijama skoro uopšte ne beleži rast broja stanovnika.

III

Kada je reč o Srbiji treba istaći da je poslednjih godina donet jedan broj mera ekonomske politike pri čijoj se implementaciji, da li iz neznanja ili eventualno nepostojanja najboljih namera onih koji su savetovali donosioce odluka, čini se nije vodilo dovoljno računa o vrlo ozbiljnim dugoročnim ekonomskim posledicama koje one mogu imati na ekonomsku i socijalnu stabilnost Srbije, ali i na pogoršavanje njenog rejtinga kao mesta za ozbiljnije strane investicije, tj. za one koje nude proizvodnje sa višim stepenom nivoa tehnologije, a samim tim omogućavaju budžetu i poreske i druge prihode koji se ne mogu ostvariti u pogonima gde je plata 200 evra.

Dugoročne poruke ``solidarnog poreza`` od 25% na plate veće od 100.000 dinara, odnosno u najnovije vreme ``privremeno umanjenje`` penzija, koje predstavlja klasičan udar na privatnu svojinu, preko 60.000 dinara, takođe za 25% mogu nažalost biti katastrofalne po motivisanost pripadnika srednje klase, tj. stručnjaka da svoje perspektive traže u Srbiji.

Da li neko zaista misli da su stručnjaci spremni da im svako malo neko saopštava kako predstavljaju veliki teret za državu i da zbog toga da bi ga olakšali treba da pristanu na umanjenje zarada nezavisno od toga šta rade (lekari, sudije, inženjeri, profesori univerziteta, visoki oficiri vojske i policije). Umanjenje kako je kreirano pogađalo je sve sa platama višim od 100.000 dinara nezavisno od toga da li su završili neki od ``menadžmenta`` na novim fakultetima[23], ili su se pak školovali u za opstanak države bitnim strukama na fakultetima koji su svetski priznati.

Da li se mislilo da su za funkcionisanje države od istog značaja ``menadžeri`` i *pi ar* aktivisti, kao lekari, inženjeri i sudije? Koja to država može uspešno da funkcioniše bez dobrog zdravstva, efikasnog sudstva, visokog nivoa bezbednosti i kvalitetnog obrazovanja? Da li ministar finansija[24]

---

[23] Na ``novim`` fakultetima uz visoke proseke ocena skoro svi studenti završavaju studije za četiri godine. Takav stepen prolaznosti ne beleže ni najbolji fakulteti razvijenih zemalja. Čemu zahvaliti za takve uspehe? Oni koji poznaju visoko obrazovanje u Srbiji i dešavanja u njemu znaju odgovor.

[24] Srbija inače u poslednjoj deceniji ima ministre finansija vrlo zanimljivih biografija prethodni je imao 27 godina i verovatno mu je to bilo prvo radno mesto, a da nije pripravničko, dok je aktuelni službenik (da li penzionisani?) Svetske banke. Da ne pominjemo ``eksperta`` čija je reč dugo godina bila odlučujuća na području ekonomije Srbije, a za koga smo tek nedavno (23. maja 2015. od Premijera Vučića) konačno čuli da je sa svojom čuvenom penkalom, za koju je rekao da će je čuvati kao uspomenu i za potomke, potpisao ``najgori Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju od svih dosada potpisanih``. Bilo bi dobro da se evaluacija mera o kojima je reč o ovome radu uradi što pre i da ne čekamo ponovo 7 godina, kao sa Sporazumom o pridruživanju da bi konstatovali njihove prave domete.

stvarno misli kada te mere naziva reformama da će njima podići motivisanost zaposlenih u tim delatnostima i time potpomoći stvaranju podsticajnog poslovnog okruženja? Da li je ministar razmišljao o tome da je ono što najviše privlači inostrani kapital u Holandiju, Švajcarsku, Veliku Britaniju, Nemačku upravo visoko kvalitetna državna uprava?

Da li se pri umanjenju penzija vodilo računa o tome kome se to penzije umanjuju, ko je to ko bi mogao imati penziju preko 60.000 dinara? Nisu li to stručnjaci koji su je i zaradili, a istovremeno i gradili zemlju[25], jer drugih nije ni bilo? Da li je to poruka mladim stručnjacima da njihove uplate u penzijski fond nisu sigurne, odnosno da nije bitno koliko je ko uplaćivao, nego je bitno šta će neki budući ministar finansija nekada proceniti da je ``solidarno``, ``mnogo`` ili ``visoko``?

Da li je to poruka da svoje mesto pod suncem potraže u nekim drugim zemljama, ali onda i uplate u penzijske i druge fondove idu u budžete tih zemalja? Da li je ministar finansija kada je predlagao te mere mislio i o tome da će, ako dođe do još većeg odliva onih koji bi trebali da imaju veće plate, pa da prema tome više i uplaćuju u penzione i druge fondove, uplate u te fondove biti smanjene, pa će onda biti potrebna još veća zahvatanja iz budžeta?

Kakva je to poruka kada je reč o sigurnosti privatne svojine u državi Srbiji?[26] Otkada se to pravne norme mogu donositi sa retroaktivnom važnošću[27]?

Kapital u stranim investicijama može takođe biti u privatnoj svojini. Šta ako strani investitori počnu posle ovoga da razmišljaju o sigurnosti privatne svojine u Srbiji?

---

[25] Velika buka u tabloidima se diže oko podataka da se veliki deo iznosa potrebno za isplatu penzija dotira iz budžeta. Zaboravlja se pri tome da je to slučaj i u najrazvijenim i najstabilnijim zemljama razvijenog sveta, ali u našem posebnom slučaju, i to da je u jednom više decenija dugom periodu iznos uplata u penzijski fond daleko prevazilazio nivo isplata penzija pa se višak koristio za investicije u najrazličitije pre svega infrastrukturne projekte. Kada dižu tenzije u javnosti članovi ``fiskalnog saveta`` bi mogli i da se zapitaju nisu li možda u periodu njihovog školovanja upravo od uplata onih kojima bi oni sada da smanje penzije njima isplaćivane stipendije, plaćani profesori koji su ih učili i lekari koji su ih lečili, a možda isplaćivan i deo plata njihovih očeva i majki. O tome kako i odakle se isplaćuju penzije u razvijenim zemljama dovoljno je pogledati udžbenik koji se koristi na Ekonomskom fakultetu u Beogradu: Džozef Štiglic, Ekonomija javnog sektora, izd. Ekonomski fakultet, Beograd, 2012.

[26] Ne šalje li se time, svesno ili nesvesno, mladim stručnjacima poruka da svoju budućnost na dugi rok pokušaju da obezbede u zemljama u kojima se poštuje osnovni pravni principi zaštite privatne svojine?

[27] Jedna od prvih lekcija na svakom Pravnom fakultetu je da nije moguće donositi propise sa retroaktivnom važnošću.

I na kraju krajeva pošto se ovaj rad bavi problematikom inostranih investicija, koji se tip investicija može očekivati u zemlji u kojoj se stvara klima da su pripadnici srednje klase, pre svega stručnjaci, u suštini nepotrebni, i koju mladi, pripadnici srednje klase masovno napuštaju?

IV

Prema rang listama Svetskog ekonomskog foruma pozicija Srbije je nažalost veoma loša i kada je reč o nekim osnovnim parametrima koji determinišu kvalitet ljudskog kapitala. Tako se Srbija 2013-2014. na listi od 148 zemalja kada je reč o rashodima preduzeća za istraživanje i razvoj nalazila na 127 mestu, kapacitetu za inovacije na 133, nabavci opreme za visokih tehnologija na 123, raspoloživosti inženjera i tehničara na 85, itd[28].

Da bi u nekoj zemlji zaista i došlo do ulaganja inostranog kapitala, u njoj, kao što je već istaknuto, treba da postoji povoljna investiciona klima. Povoljna poslovna klima ne može se ostvariti samo prilagođavanjem zakonskih rešenja zahtevima potencijalnih stranih investitora nego je potrebno da se realizuje čitav niz drugih preduslova[29].

Tabela 1: Pozicija Srbije prema nekim indikatorima ``izgrađenosti institucija``

	Indikator	**2011-2012. Rang od 142 zemlje**	**2012-2013. Rang od 144 zemlje**	**2013-2014. Rang od 148 zemalja**
1.	Zaštita vlas. prava	126	130	130
2.	Rasipništvo u potrošnji	128	129	124
3.	Preobimna drž. regulativa	134	136	142
4.	Efikasnost u rešavanju sporova	137	138	137
5.	Efikasnost korporativnih odbora	136	141	138
6.	Zaštita interesa manjin. akc.	140	143	144

Izvor: World Economic Forum izveštaji za određene godine.

[28] Podaci Svetskog ekonomskog foruma za 2013, str. 335.

[29] O ovome detaljnije u : Đ. Popov: Ocena poslovne klime i strane investicije, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1/2006, str. 165-182.

Za ocenu poslovne klime od izuzetnog je značaja poverenje u institucije određene zemlje. Nažalost, kada je reč o ovom kriterijumu Srbija zauzima na svetskoj lestvici vrlo loše mesto, preciznije rečeno jedno od poslednjih[30].

Investitori iz razvijenih zemalja obično smatraju da u zemlji u koju se želi investirati postoji povoljna poslovna klima, ako:

- vladaju stabilni uslovi, odnosno, ako je kretanje na ovom planu moguće predviđati sa velikim stepenom izvesnosti[31].
- vlada zemlje u kojoj se analizira poslovna klima, ima pozitivne stavove prema inostranim investicijama.
- postoji povoljan spoljnotrgovinski, carinski i devizni tretman inostranih investicija, i ako je omogućen retransfer uloženih sredstava i dobiti.
- postoji politička i socijalna stabilnost.
- ako su izvršena prethodna ulaganja koja su razvila infrastrukturu, uključiv naročito komunikacije i energetiku.
- postoji raspoloživa radna snaga, pouzdana i obučena, kao i da je omogućen pristup sirovinama i drugim domaćim izvorima snabdevanja.
- postoji razumevanje za interese inostranih investitora u pogledu postizanja projektovane rentabilnosti i ostvarivanja razumnog profita.

Tabela 2: Mesto Srbije 2013. među 148 posmatranih zemalja po nekim parametrima konkurentnosti Svetskog ekonomskog foruma.

Kvalitet puteva	119
Kvalitet i osposobljenost luka	139
Organizovani kriminal	127
Etika kompanija	127
Zaštita vlasničkih prava	130
Kvantitativni odnos budžetskog deficita prema BDP	132
Javni dug prema BDP	114
Intenzitet lokalne konkurencije	138
Stepen monopolizacije	142
Kvalitet obuke zaposlenih	144
Ukupno	**101**

Izvor: World Economic Forum- The Global Competitiveness Report, 2013.

[30] O kriterijumima za ovo ocenjivanje se može diskutovati, o stepenu objektivnosti takođe, međutim to ne menja mesto na listi na kojoj se neka zemlja nalazi. Takođe ne treba imati iluzija o tome da potencijalni strani investitori o ovakvim listama ne vode računa.

[31] O rizicima investiranja u inostranstvu vidi: Đ. Popov, Procena poslovnih rizika i strane investicije, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2/2006, str. 313-328.

Imajući u vidu napred navedene činjenice o mestu Srbije kada je reč o njenoj konkurentnosti za privlačenje stranih investicija ne čudi da je Srbija da bi privukla strane investitore morala da im da dodatne podsticaje kako bi se oni odlučili da investiraju u Srbiju.

Ovi podsticaji za strana ulaganja sadržani su u Uredbi o načinu privlačenja direktnih investicija[32] koju je donela Vlada Republike Srbije[33], a kojom se predviđa čitav niz konkretnih posebnih podsticajnih mera koje treba da dodatno podstaknu investicije u Srbiji[34].

Ispravno, imajući u vidu da nijedan program privrednog oporavka koji ne doprinosi rešavanju problema nezaposlenosti ne može biti ocenjen kao uspešan, Vlada Republike Srbije u Uredbi o načinu privlačenja direktnih investicija posebne podsticaje predviđa za investitore čija ulaganja najviše doprinose rešavanju ovog problema[35].

U članu 11. Uredbe su navedeni kriterijumi za dodelu bodova[36].

Ukupan iznos dodeljenih sredstava za ulaganje u velike investicione projekte ne može biti veći od 20% ukupne vrednosti ulaganja, za ulaganja preko 100 miliona evra ne može bit veći od 17%, a za srednje investicione projekte ne može biti veći od 10% ukupne vrednosti ulaganja.[37]

Takođe je važno istaći da se članom 2 Uredbe uvodi kategorija Ulaganja od posebnog značaja. Kod ove kategorije ulaganja predviđa se i mogućnost osnivanja zajedničkog privrednog društva koje bi bilo u vla-

---

[32] Sl. glasnik br. 20/2012.

[33] Detaljnije o ovome u: Đorđe Popov, Uslovi za strane investicije u Srbiji, u: Tematskom zborniku, Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije, izd. Pravni fakultet u Novom Sadu, 2013, str.1-17.

[34] Danom stupanja na snagu ove Uredbe prestaje da važi Uredba o uslovima i načinu privlačenja stranih direktnih investicija, Sl. glasnik br. 42/11, 46/11, i 84/11.

[35] Tako se predviđa da prilikom investiranja podsticajna sredstva po novootvorenom radnom mestu iznose:

- 4.000 evra za broj bodova od 101 do 120
- 5.000 evra za broj bodova od 121 do 140
- 6.000 evra za broj bodova od 141 do 160
- 7.000 evra za broj bodova od 161 do 170
- 8.000 evra za broj bodova od 171 do 180
- 9.000 evra za broj bodova od 181 do 190
- 10.000 evra za broj bodova od 191 do 200.[35]

Član 4. Uredbe**.**

[36] ``Kriterijumi za dodelu sredstava su: 1. reference investitora, 2. udeo domaćih dobavljača, 3. održivost investicije/trajnost poslovanja, 4.nove tehnologije i prenosivost znanja i veština na domaće dobavljače, 5. efekti investicije na ljudske resurse, 6. obim međunarodnog prometa, 7. ekonomski efekti investicionog projekta, 8. efekti investicije na privredni razvoj opštine, odnosno regiona u koje se investira....ukupan zbir svih bodova iznosi najviše 200.`` Član 11 Uredbe.

[37] Član 5 stav 2 Uredbe.

sništvu stranog ulagača i Republike Srbije[38]. Takođe članom 35. Uredbe predviđeno je da za investicione projekte koji zahtevaju ulaganja u infrastrukturu neophodnu za obavljanje delatnosti investitor ima pravo da podnese zahtev za refundaciju dela, odnosno celokupnog iznosa uloženih sredstava u taj tip infrastrukture.

Da su u Srbiji usled nedovoljno dobre poslovne klime potrebni i dodajni podsticaji za ozbiljne strane investitore pokazuje i činjenica da se za gotovo svaku značajniju ugovorenu investiciju donosi ili poseban *lex specialis,* ili se za potrebe te investicije kreiraju posebni uslovi poslovanja koji po svojim posledicama u suštini imaju isto dejstvo kao i *lex specialis*[39].

Nažalost prema kriterijumima za ocenjivanje poslovne klime za to nadležnih međunarodnih organizacija mesto Srbije u 2015. godine se i pored svih napora po nekim od merila još pogoršalo što pokazuje i sledeća tabela.

Tabela 3: Mesto Srbije u svetu 2015. prema pojedinim kriterijumima Svetske banke za rangiranje poslovne klime/ među 189 zemalja

Oblast	Rang 2015	Rang 2014.	Promena
Otpočinjanje biznisa	66	63	↓ -3
Odobravanje građevinske dozvole	186	184	↓ -2
Priključenje na električnu mrežu	84	77	↓ -7
Uknjiženje vlasništva	72	48	↓ -24
Dobijanje kredita	52	45	↓ -7
Zaštita manjinskih akcionara	32	32	Bez promene
Plaćanje poreza	165	162	↓ -3
Spoljna trgovina	96	94	↓ -2
Sprovođenje ugovora	96	96	Bez promene

Izvor: Svetska banka 2015.

[38] Član 2. stav 7 Uredbe, kao i članovi 32, 33 i 34.

[39] Npr. ``Beograd na vodi``, ali i raniji slučajevi Er Srbije, Fiata, Smedereva, itd.

V

Verovatno imajući sve napred navedeno u vidu Ministarstvo privrede Republike Srbije pripremilo je u aprilu 2015. godine Nacrt Zakona o ulaganjima čijim bi usvajanjem trebalo da se pokušaju otkloniti barem neki od razloga zbog kojih se Srbija tako loše kotira na različitim međunarodnim listama konkurentnosti. Logično je da se od jednog zakona ne može očekivati da otkloni sve nedostatke koji opterećuju privredni sistem jedne zemlje, ali treba isto tako biti i svestan činjenice da je svaki pomak u pozitivnom smeru izuzetno značajan.

Za ovaj zakon je važno istaći da se u njemu insistira na ``nacionalnom`` tretmanu[40] inostranih ulagača, što znači da je za sva ulaganja predviđen isti tretman bez obzira da li su ulagači domaća ili inostrana pravna ili fizička lica. To se vidi već iz njegovog naslova, jer se za razliku od sada važećeg Zakona koji nosi naslov ``Zakon o stranim ulaganjima``, u Nacrtu govori o ``Zakonu o ulaganjima``. Ovaj pristup se jasno vidi već iz člana 1 Nacrta ``Ovim zakonom garantuje se sloboda ulaganja i jamče prava stranim i domaćim ulagačima..... ``(Podv. Đ.P.).

Princip nacionalnog tretmana je inače karakterističan za razvijene zemlje koje imaju efikasan pravni sistem i imaju razvijenu praksu odnosa sa stranim investitorima. Nacionalni tretman stranih ulaganja je posebno definisan i članom 14. Nacrta Zakona o ulaganjima:

``Strani ulagač u pogledu svog ulaganja uživa jednak položaj, prava i obaveze, kao i domaći ulagač, ukoliko ovim zakonom nije drugačije uređeno.

Privredno društvo sa stranim ulogom uživa jednak pravni položaj i posluje pod jednakim uslovima kao i domaća privredna društva bez stranog uloga``.

Nacrtom zakona su takođe predviđene i neke, kada je reč o stranim investicijama, standardne mere kao npr. ``Pravo na transfer dobiti i imovine stranog ulagača``(čl. 19), ``Bescarinski uvoz predmeta uloga`` (čl. 20).

Novinu u odnosu na ranija rešenja predstavlja rangiranje ulaganja po značaju, na ulaganja ``lokalnog``, ``regionalnog`` i ``Ulaganja od poseb-

[40] ``Nacionalni tretman`` je takav tretman prema kome inostrani investitori neće uživati lošiji tretman od domaćih investitora koji su angažovani u istoj vrsti poslovne aktivnosti. Na ovaj način se žele osigurati da uslovi konkurencije inostranih i domaćih investitora budu isti. Ali treba istaći da ovo ponekad može biti ispod minimuma zaštite koji je predviđen međunarodnim standardima o zaštiti investicija. No, na drugoj strani ``nacionalni tretman`` obezbeđuje maksimum zaštite koji je moguć prema zakonima zemlje domaćina``. Cit. prema: Đorđe Popov, Podsticaji i kontrola inostranih investicija, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 3/2008, str. 49.

nog značaja za Republiku Srbiju``, kao i ``Utvrđivanje kriterijuma za ulaganja`` (čl. 23 do 26).

Posebno značajno i novo u poređenju sa ranijim zakonskim tekstovima koji su regulisali ovu materiju predstavlja unošenje u tekst Nacrta Zakona ``Podsticaja za ulaganja`` (čl. 27 i dalje)[41]. Naime, vredi podsetiti da su se ranije podsticaji kada je reč o ulagačima iz inostranstva rešavali Uredbama o čemu se govori i u ovom tekstu.

Takođe tekst Nacrta Zakona o ulaganjima takođe kada je reč o podsticajima ne pravi razliku između ulagača, po poreklu ulaganja. Tako se otklanja jedna od vrlo značajnih primedbi potencijalnih domaćih investitora da su ranijim uredbama podsticaji i olakšice davane samo ako se radi o stranom ulaganju. Ovakva rešenja ove osetljive materije nesumnjivo će predstavljati podsticaj za domaće investitore da odlučnije krenu u proces investiranja u Srbiji, i time povoljno utiču kako na privredni razvoj i zaposlenost, tako i na poboljšanje opšte investicione klime.

Ovo rešenje iz Nacrta Zakona o ulaganjima predstavlja dokaz da su autori teksta pokušali da konsekventno sprovedu princip ``nacionalnog tretmana`` i kroz ovaj segment Nacrta Zakona.

Vredi napomenuti da se Nacrtom Zakon predviđa osnivanje Kancelarija za investicije na lokalnom nivou i nivoima autonomnih pokrajina što bi verovatno trebalo da predstavlja našu verziju ``one stop[42]`` agencije

---

[41] Međutim, kada je reč o podsticajima treba biti svestan da njihova primena sa sobom nosi i određene opastnosti. Tako npr. Muhlinski piše: ``Irska je bila jedna od prvih zemalja čija je politika prema inostranim investicijama bila pre svega formulisana kao politika podsticanja. Od 1958. Irska daje poreske podsticaje za investicije u prerađivačku industriju. Poslednjih godina je stopa poreza na profit 12,5%, no i ta će se stopa za one kompanije koje su se registrovale pre 30. jula 1998. početi primenjivati tek od 2010, a trenutno iznosi 10%. Ovakva politika je za rezultat imala činjenicu da je Irska od strane multinacionalnih kompanija korišćena kao ``poreski raj``. Multinacionalne kompanije su strukturirale svoje operacije tako da su ili iskorišćavale pune prednosti nižih poreskih stopa u Irskoj, ili su pak osnivale ``ofšor`` holding kompanije u Irskoj koje su onda služile za reinvestiranje profita knjigovodstveno registrovanih u Irskoj u inostranstvo, ili su pak koristile tehnike transfernog određivanja cena kao način da iznesu profit iz svojih filijala u Irskoj. Vidi: Peter Muchlinski, Multinational Enterprises & The Law, Oxford Univ. Press, 2007, str. 220.

[42] Svetska iskustva govore da se osnovne mere i tehnike u privlačenju inostranih direktnih investicija sastoje se u odsustvu zamornih administrativnih procedura za prihvatanje inostranih investicija i generalni izostanak kontrole nad vlasništvom kao i ispitivanja perfomansi kapitala kao uslova za dozvolu investiranja.

Procedura za dobijanje dozvole za investiranje se nastoji maksimalno pojednostaviti i ubrzati između ostalog i kroz uvođenje ``*one stop*`` agencije za investicije. O ovoj problematici detaljnije u: Đ. Popov, Podsticaji i kontrola inostranih investicija, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 3/2008, str. 43.

za investicije, što predstavlja uobičajeni način poslovanja sa ulagačima u razvijenim zemljama.

Kreatori Nacrta Zakona o ulaganjima su pokušali da odlučivanje u najvećoj mogućoj meri spuste na lokalni nivo, što je takođe deo svetske prakse, ali činjenica da se pored Kancelarija za investicije predviđa i osnivanje Projektnih timova (čl. 29 i 34 Nacrta) za konkretna ulaganja pokazuje da su oni očito bili i svesni mogućih kadrovskih ograničenja naročito u manjim i nerazvijenim opštinama. Rešenje sa formiranjem projektnih timova će biti naročito korisno za manje sredine imajući u vidu da poslovi vezani za ulaganja, naročito strana, predstavljaju jedan od najzahtevnijih[43] izazova za pravnu i ekonomsku struku.

Smatramo da je važno istaći i da Nacrt Zakona o ulaganjima predviđa osnivanje Razvojne agencije Srbije (čl. 38, 39, 40), s tim da je od posebnog značaja činjenica da se toj Agenciji poverava vođenje jedinstvene evidencije na nivou Republike o poslovima vezanim za ulaganja koja su regulisana Nacrtom Zakona o ulaganjima. Tako da će postojati mesto gde će se u svakom momentu moći izvršiti uvid u potrebne podatke.

Tekst je završen 20. maja 2015.

[43] Vidi npr.: Petar Đundić, Legitimna očekivanja kao elemenat poštenog i pravičnog tretmana stranog ulaganja u arbitražnoj praksi, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2/2014, str. 335-352.

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

The Growth of Foreign Investment in Serbia – the Law and what else?

Abstract: *Foreign direct investment may represent a channel for reducing the lag behind the developed countries in the area of research, development, marketing and managerial skills. To avoid possible negative consequences of foreign investments it is necessary to create such a business climate that will provide incentives that research results realized in Serbia is their use in the industry of Serbia. By a series of criteria that foreign investors take into consideration when deciding where, how, and what to invest Serbia has a very bad place. Emigration of highly educated young professionals that has lasted for more than twenty years deteriorates competitive position of Serbia. The middle class is the basis for stability and development for every country. International institutions considered that the business climate in Serbia is basically bad. It must be changed. One of the important steps in this direction could be the adoption of the new law on investments. But the law itself is not sufficient.*

Key words: *foreign direct investment, brain drain, the middle class, business climate, investment law, national treatment.*

Datum prijema rada: 17.06.2015.

Originalni naučni rad 342.5(497.11)"1808"
doi:10.5937/zrpfns49-8759

Dr Srđan N. Šarkić, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
S.Sarkic@pf.uns.ac.rs

RUSKI PROJEKTI DRŽAVNOG UREĐENJA USTANIČKE SRBIJE[1]

(Treći deo – Saveti kneza Prozorovskog)[2]

Sažetak: *Prvi deo rada posvećen je analizi sadržine pisma koga je 13. maja 1808. godine uputio Karađorđu knez Aleksandar Prozorovski (1732-1809), ruski feldmaršal i vrhovni zapovednik Dunavske armije. Imajući u vidu primirje nastalo potpisivanjem mirovnog ugovora u Tilzitu između Napoleona Bonaparte i ruskog cara Aleksandra I, knez Prozorovski savetuje Karađorđa kako da osigura ličnu i imovinsku bezbednost hrišćanskog stanovništva u oslobođenim srpskim krajevima.*

Drugi deo rada posvećen je korespondenciji koju su krajem 1808. godine vodili knez Prozorovski i Konstantin Rodofinikin, ruski predstavnik u Srbiji, a koja se odnosila na novonastale okolnosti nakon potpisivanja takozvane Erfurtske konvencije (12. oktobar 1808). Dvojica ruskih državnika razmatraju kakvo bi trebalo da bude državno i društveno uređenje ustaničke Srbije, nakon potpisivanja mirovnog ugovora sa Turskom. Ali, kako su se političke prilike izmenile i primirje nije zaključeno, njihovi predlozi i sugestije nisu ostvareni.

Ključne reči: *Karađorđe, Prozorovski, Rodofinikin, Vožd, Senat, saveti, Rusija, Srbija, Turska.*

---

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

[2] Rad koji je pred čitaocem predstavlja treći deo studije posvećene ruskim projektima državnog uređenja ustaničke Srbije (1804-1813). U broju XLVII-2/2013 Zbornika radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu objavio sam prvi deo studije pod naslovom *Takozvana „Paulučijeva konvencija"* (str. 25-37). U broju XLVIII-2/2014, objavljen je drugi deo naslovljen *Rodofinikinov projekt* (str. 25-37), a ova rasprava predstavlja logičan nastavak prethodne dve.

Ruski feldmaršal knez Aleksandar Aleksandrovič Prozorovski, vrhovni zapovednik ruske armije koja je u ratu Rusije i Turske, vođenom od 1806. do 1812. godine, operisala u Vlaškoj i Moldaviji (takozvanim Dunavskim kneževinama) u dva navrata je izrazio svoje mišljenje vezano za državno i društveno uređenje ustaničke Srbije. Prvi put u pismu koga je 13. maja 1808. godine uputio Karađorđu i drugi put u korespondenciji koju je krajem 1808. godine vodio sa ruskim predstavnikom u Srbiji Konstantinom Konstantinovičem Rodofinikinom.

a) Pismo kneza Prozorovskog Karađorđu (13. maj 1808)

Istorijski uvod. – Kao posledica mirovnog sporazuma u Tilzitu, potpisanog 7. jula 1807. godine između Napoleona Bonaparte i ruskog cara Aleksandra I,[3] sklopljeno je i primirje između Rusije i Turske u tvrđavi na dunavskom ostrvu Slobozija, u blizini grada Đurđu (Giurgiu, danas u Rumuniji), smeštenog na levoj obali Dunava, naspram bugarskog grada Ruse (turski Rusçuk) na desnoj obali. Mirovni ugovor u Sloboziji bio je od neobične važnosti za srpske ustanike, jer je to bio prvi akt kojim je Rusija otvoreno iskazala svoj zaštitnički odnos prema Srbiji. Tako je krajem 1807. godine „srpski ustanak bio krunisan uspehom u svima pravcima. Ustanici su ne samo očistili zemlju od Turaka, već su imali i gradove u svojim rukama i zadobili su moćnog zaštitnika u Rusiji.“[4]

Kako je primirje u Srbiji potrajalo od 12. avgusta 1807, pa sve do kraja marta 1809, savremeni dokumenti nas obaveštavaju da su u tom razdoblju oživele skoro sve grane privrednog života, posebno trgovina.[5] Opustela polja su ponovo počela da se obrađuju, a obnovljeni su i neki rudnici. Donete su bile i odluke o tečaju različitih moneta koje su tada bile u opticaju u Srbiji, o naplati carina i skelarina, o naplaćivanju taksi za

[3] Pod nazivom Tilzitski mir danas podrazumevamo dva mirovna ugovora potpisana između Francuske i Rusije (7. jula 1807) i Francuske i Pruske (9. jula 1807). Nakon teškog poraza koga je francuska Velika Armija nanela ruskoj vojsci u bici kod Fridlanda (14. juna 1807), i time okončano ratovanje takozvane Četvrte koalicije, Napoleon Bonaparta i car Aleksandar I sastali su se na jednom splavu nasred reke Njemen, kod ruskog grada Tilzita. Dva cara su se sporazumela o obustavi neprijateljstava i sklapanju prijateljskog saveza. Francuska je obećala pomoć Rusiji u ratu protiv Turske, a Rusija se obavezala da započne rat protiv Engleske i prihvati kontinentalnu blokadu. Rusija će potsticati Finsku u njenoj borbi za oslobođenje od Švedske, povući će se iz Vlaške i Moldavije, koje je okupirala 1806, i predaće Francuskoj Jonska ostrva i Kotor, zauzete takođe 1806. Ugovorom Francuske i Pruske, nemačka kraljevina je bila prinuđena da se odrekne polovine svoje teritorije. Na prilike u Srbiji ugovor Francuske i Pruske nije nikakao uticao, za razliku od sporazuma Francuske i Rusije.

[4] M. Gavrilović, *Iz nove srpske istorije,* Beograd 1926, str. 76-77.

[5] Izvoz robe iz Austrije u Srbiju dostigao je bio 1.600.000 forinti.

sveštеničke usluge i o naplaćivanju sveštеničkog bira. Organizovana je bila i prodaja turskih kuća u korist države. Povedeno je više računa o državnom budžetu, o urednom prikupljanju dažbina kao i o raspolaganju dohotkom u žitu i hrani. Odlučeno je bilo da se svake godine o Novoj godini (takozvanom „malom Božiću“) održavaju skupštine na kojima će starešine polagati račune o prikupljanju i korišćenju sredstava, savetovati se sa Karađorđem i Sovjetom, odgovarati na žalbe i tužbe iz naroda i rešavati druga važna pitanja iz oblasti zakonodavstva. Podignuta je bila barutana u Stragarima i topolivnica i zvonolivnica u Beogradskom donjem gradu. Sovjet je 26. oktobra 1807. izdao raspis o osnivanju sudova u svim varošima i selima, o njihovom sastavu i nadležnostima. Obavljen je popis stanovništva radi regrutovanja, unapređena je poštanska služba podizanjem novih mezulhana,[6] organizovan je jedan bataljon regularne vojske u Beogradu i obrazovana jedna baterija topova, a počelo se i sa uvežbavanjem narodne vojske po svim gradovima i pograničnim šančevima.

Na polju prosvećivanja naroda otvorene su odmah nakon oslobođenja Beograda dve škole, jedna s jednim i druga sa dva razreda, a potom je u glavnim varošima svake nahije osnovana po jedna škola s dva razreda. Znameniti prosvetitelj srpski Dositej Obradović kupio je jednu kuću za otvaranje štamparije, a 1808 otpočela je sa radom u Beogradu i Velika škola.[7]

U tim okolnostima Karađorđu je 13. maja 1808. godine uputio jedno zanimljivo pismo knez Aleksandar Aleksandrovič Prozorovski, ruski feldmaršal i vrhovni zapovednik Dunavske armije.[8]

---

[6] Pravilno je *menzilhane,* turske poštanske stanice gde su se držali u pripravnosti odmorni konji za tatare-poštare. Turski *menzil,* arapski *mänzil,* mesto gde su poštari odjahivali, mesto gde se odseda, doslovno „konačište“ i turski, odnosno persijski *hane* = kuća. A. Škaljić, *Turcizmi u srpskohrvatskom-hrvatskosrpskom jeziku,* Sarajevo 1985, str. 458.

[7] D, Janković, *Srpska država Prvog ustanka,* Beograd 1984, str. 139-140.

[8] Aleksandar Aleksandrovič Prozorovski (ruski Aleksandr Aleksandrovič Prozorovskiĭ, 1732-1809) ruski vojskovođa, trideset osmi feldmaršal Rusije i guverner Moskve, potomak stare plemićke porodice koja je vodila poreklo još od Rjurika (vođa Varjaga i rodonačelnik prve dinastije ruskih vladara, koji je 862. osnovao naselje Holmgard, u blizini današnjeg Novgoroda). Sa deset godina stupio je u Semjonovski puk, zajedno sa kasnije proslavljenim vojskovođom Suvorovim. Mada su njih dvojica bili dalji rođaci, nikad se nisu baš mnogo uvažavali. U činu kapetana Prozorovski je učestvovao u Sedmogodišnjem ratu (1756-1763): u bici kod Gros-Jegersdorfa (Gross-Jägersdorf) bio je ranjen, a posebno se istakao u bici kod Kunersdorfa (Kunersdorf) i unapređen u čin pukovnika. General je postao 1766. i učestvovao je u ugušivanju takozvane Konfederacije iz Bara (saveza poljskog sitnog plemstva – šljahte, obrazovanog 1768. u gradu Baru u Podoliji, koji se do 1772. borio za očuvanje Poljsko-litvanske Unije od Rusije). Za vreme Rusko-turskog rata 1768-1774, učestvovao je u zauzimanju Hotina, borio se protiv Krimskih Tatara, sultanovih saveznika, i tom prilikom je ugušio jedan anti ruski ustanak. Godine 1784. povukao se

Sadržina pisma. – Pismo se sastoji od većeg broja saveta i uputstava u pogledu organizovanja društvenog i državnog uređenja zemlje. Na samom početku, Prozorovski veli da Vožd i ustanici treba da iskoriste primirje za učvršćivanje prilika u zemlji, mudrim i korisnim naredbama. One bi se, prema mišljenju ruskog feldmaršala, sastojale u sledećem: 1) obezbediti slobodno doseljavanje jednoveraca (hrišćana) u Srbiju, posebno u gradove, kao što su Beograd, Smederevo, Šabac, Užice i druge, jer oni imaju „srećan položaj" i mogu da prime veći broj stanovnika, što će biti od velike koristi; 2) pomoći i štititi slobodu trgovine, uz regulisanje uvoza i izvoza prema potrebama zemlje; 3) osigurati svim Srbima, koji su se uz toliko muka i nevolja izbavili ugnjetača, kao i doseljenim hrišćanima, bezbednost života i imanja; nikome se ne sme oduzeti život ni imanje bez rešenja vlade koju je narod izabrao, ali i takvo rešenje ne može se izvršiti dok ga Vožd ne potvrdi; „takvo je pravilo priznato u svim prosvećenim državama i u svim vekovima kao prvo pravilo za podizanje sreće naroda, jer bez toga ni zemljoradnik ne može da obrađuje zemlju, niti zanatlija da upražnjava svoj zanat, ni trgovac da unapređuje svoju trgovinu, niti vojnik u svojim naporima za odbranu otadžbine može biti spokojan i s uspehom obavljati svoj posao"; 4) niko ne može biti kažnjen bez suda. „Vi ćete naći u mudrim zakonima velikih monarha Rusije, pod kojima imperija toliko vekova procvetava, da im je prvo pravilo bilo: bez suda da se niko ne kazni. Ko bi protiv ovoga prestupio, bez obzira na njegovo zvanje, navući će na sebe gnev najmilostivijeg pokrovitelja Srbije a vi ga morate smatrati za najvećeg neprijatelja opšteg mira i kao takvog predati sudu i najstrožije kazniti"; 5) treba odrediti pravednu platu za izdržavanje Vrhovnog Vožda Srbije, za članove Sovjeta i druge starešine koje se nalaze u javnoj službi. „Ja ne mogu nikako misliti" – dodao je Prozorovski - „da bi to predstavljalo teret za Srbiju, koja je osim uobičajenih dažbina, izdržavala nekoliko paša s njihovom mnogobrojnom svitom i znatan broj Turaka rasturenih po čitavoj Srbiji"; 6) lekara koji je već angažovan u ruskoj službi kod Rodofinikina,[9] trebalo bi da koriste i Srbi da im obavlja pelcovanje stanovnika od boginja, od koje bolesti narod u Srbiji inače

iz službe, ali ga je carica Katarina II imenovala 1790. guvernerom Moskve. Na tom položaju ostao je do 1795. godine. Za vlade cara Pavla I postao je komandant jedne divizije u novom Rusko-turskom ratu (1787-1792), a posle smrti generala Rumjanceva imenovan je glavnokomandujućim ruskih trupa. U nemilost je pao 1797. godine, ali ga je novi car Aleksandar I vratio u vojsku u ratu Rusije i Turske vođenom od 1806. do 1812. Feldmaršal i glavnokomandujući Dunavske armije postao je 1807, ali je već 1809. umro. Sahranjen je u Lavri Svetog Aleksandra Nevskog u Sankt-Peterburgu.

[9] Ruski predstavnik u Srbiji o čijoj ličnosti i delatnosti je opširno govoreno u prethodnom radu iz broja XLVIII – 2/2014 Zbornika radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu (str. 27-28).

strada i propada; 7) najzad, sve one podle ljude koji imaju zle namere, ogovaraju starešine i rastrubljuju neke puste nade, treba Karađorđe da ukloni, inače će srpski narod izgubiti carevo pokroviteljstvo i tada je propast Srbije neizbežna.[10]

Karađorđe se u pismu koga je uputio 3. juna 1808. godine zahvalio knezu Prozorovskom na savetima i uputstvima, izrazivši pri tom želju da poseti ruskog komandanta u njegovom štabu u Jašiu (Iaşi).[11] Do tog susreta nije došlo, ali su neke od mera koje je u svom pismu predlagao feldmaršal Prozorovski, bile prihvaćene i uveliko primenjivane u Srbiji.

b) Prepiska Prozorovskog i Rodofinikina

Istorijski uvod. – Od 27. septembra do 14. oktobra 1808. godine pregovarali su u nemačkom gradu Erfurtu, prestonici Tiringije,[12] francuski car Napoleon Bonaparta i imperator sve Rusije Aleksandar I. Sporazum dva vladara, poznat kao *Erfurtska konvencija*, potpisan je 12. oktobra (30. septembra po Julijanskom kalendaru) i njime su precizirane odredbe Tilzitskog mirovnog sporazuma.[13] Posebnog značaja za prilike u

[10] M. Medaković, *Prvi srbski ustanak i njegov žalostan svršetak,* Novi Sad 1893, str. 73-76; D. Janković, *nav. delo,* str. 137-138.

[11] Danas u Rumuniji, u to vreme prestonica Moldavije, jedne od dve Dunavske kneževine koje će 1862. obrazovati modernu rumunsku državu. Videti *Istorija rumunskog naroda, uredio akademik Andrej Ocetea,* Novi Sad 1979, str. 242-244.

[12] Nemački Thüringen, danas jedna od 16 nemačkih saveznih država sa zvaničnim nazivom *Slobodna država Tiringija* (Freistaat Thüringen).

[13] Ruska aristokratija, koja je prodavala Velikoj Britaniji žito i drvo, žestoko se protivila Tilzitskom sporazumu. S druge strane, poraz Napoleonove vojske 22. jula 1808. u Bajlenu (Španija) bio je veliki udarac za Napoleona i dokaz Evropi da Francuzi nisu nepobedivi. U takvim okolnostima sastala su se dva cara 27. septembra u Erfurtu sa Napoleonovom željom da ojačaju savez. Okružen svojim vazalima, „parterom" kraljeva, Napoleon je dočekao Aleksandra u sjaju i bljesku. Doveden je čitav ansambl Francuske komedije (najstarijeg i najprestižnijeg pariskog pozorišta), koga je predvodio čuveni glumac Talma i koji je odigrao čak 16 tragedija najvećih francuskih autora. Skupu su prisustvovali i veliki pesnik Gete (Johann Wolfgang Goethe) i tada mladi filosof Šopenhauer (Arthur Schopenhauer). Napoleon je nastojao da još više veže Rusiju za sebe, zbog rata u Španiji i eventualnog novog rata sa Austrijom. Međutim, protiv sporazuma je spletkario bivši francuski ministar inostranih poslova Taljeran (Charles Maurice de Talleyrand-Périgord), iz osvete prema Napoleonu koji ga je 1807. smenio sa položaja, ali, na svoju nesreću, nije prestao da se sa njim savetuje. Taljeran je preklinjao Aleksandra da ne podržava Napoleona protiv Austrije i da mu ne obeća svoju sestru za ženu. Sporazum u 14 tačaka je ipak potpisan, a najvažnije odluke su bile sledeće: 1) Velika Britanija se poziva da prekine rat sa Francuskom; 2) priznaje se vlast Rusije nad Finskom; 3) Rusija se obavezuje da prema svojim mogućnostima pomogne Francusku u budućem ratu protiv Austrije. *Erfurtska konvencija* je potvrdila i celokupnost teritorija

Srbiji imali su članovi 8. i 9. konvencije, te ih stoga navodimo u celini, u francuskom originalu i našem prevodu:

8. Sa Majesté l'empereur de toutes les Russies, d'après les révolutions et changements qui agitent l'Empire Ottoman, et qui ne laissent aucune possibilité de donner, et par conséquant aucune espérance d'obtenir des garanties suffisantes pour les personnes et les biens des habitants de la Valachie et de la Moldavie, ayant dèjà porté les limites de son Empire jusqu'au Danube de ce côté, et réuni la Valachie et la Moldavie à son Empire, ne pouvons qu'à cette condition reconnaître l'intégrité de l'Empire Ottoman, Sa Majesté l'empereur Napoléon reconnaît ladite réunion et les limites de l'Empire Russe de ce côté portées jusqu'au Danube.

(Njegovo Veličanstvo Imperator sve Rusije, prateći sve revolucije i promene koje potresaju Osmansko Carstvo, a koje ne daju nikakvih mogućnosti davanja, a sledstveno tome ni bilo kakvu nadu za dobijanje, dovoljnih garancija za ličnu i imovinsku sigurnost stanovnika Vlaške i Moldavije, i pošto je već protegao granice svoga Carstva na toj strani do Dunava i prisajedinio Vlašku i Moldaviju svome Carstvu,[14] može samo pod tim uslovom priznati celovitost Osmanskog Carstva; Njegovo Veličanstvo car Napoleon priznaje pomenuto prisajedinjenje i pomenute granice Ruskog Carstva, koje se protežu na toj strani do Dunava[15]).

9. Sa Majesté l'empereur de toutes les Russies s'engage à garder dans le plus profond secret l'article précédent, et à entamer, soit à Constantinople, soit partout ailleurs, une négociation, afin d'obtenir à l'amiable, si cela se peut, la cession de ces deux provinces. La France renonce à sa médiation. Les plénipotentiaires ou agents de deux nations s'entendront sur le langage à tenir, afin de ne pas compromettre l'amitié existante entre la France et la Porte, ainsi que la sûreté des Français résidant dans les Échelles, et pour empêcher la Porte de se jeter dans les bras de l'Angleterre.

(Njegovo Veličanstvo Imperator sve Rusije obavezuje se se da čuva u najvećoj tajnosti prethodni član i otpočne pregovore, bilo u Carigradu ili bi-

---

Turskog carstva, ali kako se ti članovi posredno tiču Srbije o njima će biti više reči u daljem tekstu rada.

[14] Da bi stvorio poteškoće Rusiji na Dunavu, Napoleon je posavetovao Portu da opozove Konstantina Ipsilantija, vladara Vlaške i Aleksandra Moruzija, vladara Moldavije, obojicu naklonjene Rusiji. Svrgavanjem dva vladara, Porta je prekršila odredbe hatišerifa iz 1802. godine, kojim je trajanje vladavine bilo utvrđeno na sedam godina, pa je Rusija iskoristila pruženu priliku i okupirala 1806. rumunske kneževine. Ruske trupe su se zadržale u Vlaškoj i Moldaviji do 1812. godine, kada je neminovnost rata sa Francuskom navela cara Aleksandra I da 28. maja 1812. godine u Bukureštu zaključi mir sa Turskom. Videti *Istorija rumunskog naroda,* uredio akademik Andrej Ocetea, Novi Sad 1979, str. 164-166.

[15] Nakon okupacije Vlaške i Moldavije, Rusija je izbila na levu obalu Dunava.

lo gde drugo, s namerom da dobije sporazumno, ako to bude bilo moguće, ustupanje ove dve oblasti. Francuska se odriče svoga posredovanja. Opunomoćenici ili predstavnici dveju nacija će se sporazumeti oko držanja u tajnosti [ovog člana] da se ne bi ugrozilo postojeće prijateljstvo između Francuske i Porte,[16] kao i sigurnost Francuza koji borave u gradovima i lukama Levanta,[17] i da bi se sprečila Porta da se baci u naručje Engleske).[18]

Iako Srbija nije bila pomenuta u tekstu *Erfurtske konvencije*, činjenica da Napoleon i Aleksandar I priznaju teritorijalni integritet i celokupnost Osmanskog Carstva i da se Francuska odrekla svog posredovanja u budućim pregovorima između Rusije i Turske, stavila je srpske ustanike u vrlo težak položaj. Priznavanje celovitosti teritorija Osmanskog Carstva, značilo je da bi Srbija trebalo da ostane sastavni deo Turske Imperije. Snovi o nezavisnosti su se raspršili! Francusko odricanje od posredovanja značilo je da će Rusija pregovarati sama sa Osmanskim Carstvom i da će srpsko pitanje biti u tesnoj vezi sa ruskim političkim interesima na Balkanu.[19] Ipak, pripremajući se za pregovore o mirovnom sporazumu sa Turcima, glavnokomandujući ruske Moldavske armije, knez Aleksandar Aleksandrovič Prozorovski, zatražio je odgovarajuće predloge od Konstantina Konstantinoviča Rodofinikina, ruskog predstavnika u Srbiji, o odredbama koje bi bile unete u mirovni sporazum, a koje bi se ticale Srbije. Prozorovskog je posebno zanimalo Rodofinikinovo mišljenje o granicama Srbije, njenoj trgovini, političkim odnosima Srba sa drugim državama, o organizaciji vrhovne vlasti, zakonima, danku koji je plaćan Visokoj Porti i porezima.

---

[16] Spoljna politika Francuske bila je dvolična. S jedne strane, održavani su dobri odnosi sa Turskom, posebno u periodu od 1804. do 1807, kada je sultan Selim III (1789-1807), podstican od Napoleona objavio 1806. godine Rusiji rat. S druge strane, nakon sklapanja Tilzitskog mira, Rusija u Erfurtu prihvata rusku okupaciju Vlaške i Moldavije, ali traži od Rusije da se taj član ugovora drži u tajnosti da se ne bi narušili dobri odnosi sa Portom..

[17] Reči iz francuskog teksta "la sûreté des Français résidant dans les Échelles" preveo sam sa „sigurnost Francuza koji borave u gradovima i lukama Levanta" (Istočnog Mediterana). Francuski izraz *les Échelles du Levant* podrazumeva gradove i luke na Istočnom Mediteranu i u Severnoj Africi pod vlašću Turske (mada i u samoj Francuskoj postoji lokalitet *les Échelles*) u kojima su francuski trgovci, uživali izvesne povlastice (pre svega, bili su izuzeti iz jurisdikcije šerijatskih sudova), koje su se zasnivale na takozvanim *kapitulacijama,* sporazumima francuskih vladara i turskih sultana. Prva takva kapitulacija potpisana je još 1536. između kralja Fransoa I i Sulejmana Veličanstvenog. Reč je izvedena od turskog *iskele* = skela, mada i u francuskom jeziku postoji reč *les échelles* u značenju, merdevine, stepenice, lestvice, skala, razmera, stepen, stupanj.

[18] J. de Clercq, *Recueil des traités de la France,* tome II, Paris 1880, pp. 284-286.

[19] Detaljnije o tome raspravlja M. Đorđević, *Politička istorija Srbije XIX i XX veka,* tom I (1804-1813), Beograd 1956, str. 227.

Srpsko pitanje u prepisci Prozorovskog i Rodofinikina. – U pismu koga je Rodofinikin uputio 2. novembra 1808. knezu Prozorovskom izneti su predlozi o nekoliko značajnih pitanja

U pitanju budućih granica, Rodofinikin je, ne raspolažući odgovarajućim geografskim kartama i ne poznavajući dovoljno geografiju Balkana, predlagao da se za Srbiju zadrže stare granice: da zapadna granica prema Bosni, ide rekom Drinom, kao što je već bio slučaj. Na jugu, teritorija Srbije bi, prema Rodofinikinu, stizala do Skoplja, uključujući gradove Niš, Novi Pazar i Skoplje. Međutim, knez Prozorovski je smatrao, nasuprot Rodofinikinovom predlogu, da ne bi bilo dobro da se Srbija toliko proširi. To bi bilo štetno i za interese ruskog cara, ukoliko Dunav postane granica između Rusije i Turskog carstva. Granica na istoku, prema Prozorovskom, mogla bi biti reka Timok, ali bi tvrđava Vidin[20] ostala pod turskom vlašću. Bilo bi bolje, smatrao je dalje Prozorovski, da tvrđava Ada Kale[21] i takozvano Veliko Ostrvo[22] pripadnu Vlaškoj, a ne Srbiji. Rodofinikin se složio sa tim, dodavši da bi na taj način Rusi mogli da drže Srbe pod kontrolom („ibo тъмь Serbы moguть bыть obuzdыvaemы“).

Kada je u pitanju trgovina, Rodofinikin je smatrao da bi Srbi trebalo da dobiju pravo slobodne trgovine širom teritorija Osmanskog Carstva, ali pod zaštitom ruskog konzula. Turcima bi, pak, trebalo zabraniti prelazak preko srpske teritorije, da bi se izbegli konflikti za koje je Rodofinikin smatrao da bi bili neizbežni. Prozorovski se nije složio sa ovakvim predlogom. Njegovo mišljenje je bilo da bi i Srbi i Turci morali da uživaju potpunu slobodu trgovine kao i zaštitu ruskog poslanstva. Rodofinikin je mislio da bi Srbi trebalo da imaju i sopstvenu monetu.[23] Prozorovski se ni sa ovim nije saglasio; smatrao je da bi bilo jako teško jednu takvu odredbu uneti u mirovni ugovor, a zapitao se i kakvu bi korist Srbi imali od toga.

---

[20] Vidin je luka i tvrđava na južnoj obali Dunava, danas u severozapadnoj Bugarskoj, blizu granica sa Srbijom i Rumunijom, centar Vidinske provincije i pravoslavne mitropolije (osnovane još 870. godine). Prema popisu od 2011. godine, grad je imao 47 138 stanovnika.

[21] Ada Kale (turski *ada* = ostrvo i *kale* = tvrđava) je malo ostvrvo i tvrđava na Dunavu, koje je potopljeno 1970. godine, prilikom izgradnje hidroelektrane Đerdap. Ostrvo se nalazilo oko 3 kilometra nizvodno od rumunskog grada Oršave (rumunski Orşova, nemački Orschowa, mađarski Orsova) i srpskog gradića Tekija i imalo površinu od 1,75 h 0,5 kilometara. U istoriji Prvog ustanka upamćeno je kao mesto gde je Milenko Stojković sa svojom četom pohvatao i pogubio zloglasne dahije.

[22] Ostrvo na Dunavu između Srbije i Rumunije.

[23] Pored turskog novca u Srbiji su se i pre i posle Prvog ustanka koristile različite strane valute. Detaljnije o tome videti V. Vinaver, *Monete u Srbiji Prvog ustanka,* "Zbornik Muzeja Prvog srpskog ustanka", II (1960), str. 3-31.

Ideja ruske diplomatije je bila da oslobođena Srbija postane država pod ruskim protektoratom. Postavilo se pitanje da li takva vrsta države treba da održava diplomatske odnose sa drugim državama. Rodofinikin je smatrao da Srbija za izvesno vreme ne prima diplomatske i trgovinske predstavnike iz drugih država, jer bi to bilo štetno po ruske interese. Ovo Rodofinikinovo mišljenje Prozorovski je prihvatio.

Verovatno najvažniji ali i najzanimljiviji bili su oni delovi iz prepiske Prozorovskog i Rodofinikina koji su se odnosili na organizaciju vlasti, odnosno oblik vladavine buduće srpske države. Rodofinikin je smatrao da bi Srbija trebalo da bude monarhija sa Knezom na čelu. Njegova dilema je bila da li Karađorđe, koga bi nesumnjivo većina starešina i naroda najradije prihvatili, treba da bude nasledni ili izborni knez. Ako bi knez bio izborni, to bi prema Rodofinikinu, označilo početak razdora u zemlji u kojoj se i inače smatra da je ubiti čoveka sasvim mali greh. Ali, ako bi Karađorđe bio priznat za naslednog kneza, to bi moglo da postane smetnja za dalje ruske kombinacije. Prozorovski je, pak, bio mnogo određeniji: Karađorđe bi svakako trebalo da bude nasledni knez i da to dostojanstvo ostane u njegovoj porodici. Izbor kneza, smatrao je Prozorovski, omogućio bi Visokoj Porti i Austriji da brojnim spletkama pokušaju da nametnu nekog od fanariotskih Grka,[24] jako omraženih u Srbiji. Stoga bi bilo izuzetno značajno da se Karađorđev sin pošalje na obrazovanje i vaspitanje u Sankt Peterburg, jer bi se tamo, kao budući vladar, usmerio da vodi politiku u skladu sa interesima Rusije. Prozorovski je velik značaj pridavao i uređenju Senata (odnosno Sovjeta). Organizaciju Senata, predviđenu ustavom, trebalo bi pored Rusije da garantuje i Francuska, da bi se na taj način sprečilo uplitanje Austrije. Pored srpskog kneza, kao predsednika Senata, trebalo bi postaviti i jednog ruskog kneza ili agenta, a možda i još jednog koga bi dala Francuska. Na taj način, smatrao je Prozorovski, ograničila bi se Karađorđeva samovolja i sprečilo donošenje odluka suprotnih ruskim interesima. U srpskim gradovima treba da budu smeštene jedinice srpske vojske[25] koje bi Rusija snabdevala oficirskim i drugim stručnim kadrom, kao i naoružanjem.

Rodofinikin i Prozorovski su u jednom pitanju bili potpuno složni. U oslobođenu Srbiju treba uneti ruske zakone.

Postavilo se i pitanje da li buduća Srpska država pod ruskim protektoratom ostaje u vazalnom odnosu prema Visokoj Porti i da li joj je dužna

[24] Videti rad iz broja XLVIII – 2/2014 Zbornika, posebno str. 27, nap. 12.

[25] Suprotno članu 4 takozvane *Paulučijeve konvencije* koja predviđa ruske vojne garnizone u srpskim gradovima. Videti Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, XLVII – 2/2013, str. 32.

da plaća danak (da bude takozvana *tributarna kneževina*). Rodofinikin je skretao pažnju Prozorovskom da su Srbi vrlo osetljivi na plaćanje danka i da i samu reč danak mrze. Ipak, on je preložio da Srbi daju Turskoj na ime danka 100 000 groša. Prozorovski bi trebalo da iskoristi svoj autoritet i da objasni Karađorđu da se ta suma plaća zbog Bugara i Bošnjaka koji su za vreme Prvog ustanka imigrirali u Srbiju, pa da ih Turci ne bi proterali. Za njih bi se zauzela Rusija, ali bi Srbi trebalo to da plate. Tako bi Srbi imali iluziju da danak ne plaćaju za sebe, već za doseljenike koji su im bliski po veri i jeziku i srodni po krvi. Prozorovski je objašnjavao da je nemoguće uneti u mirovni ugovor da Srbija uđe u sastav Ruskog carstva, jer se ruske teritorijalne pretenzije protežu samo do Dunava. Pored danka u novcu Srbi bi trebalo, nastavlja Prozorovski, da Turcima daju i određenu količinu žita, jer su Vlaška i Moldavija, koje je Turska izgubila, bile žitnice i snabdevale žitom čak i sam Carigrad. Takav postupak pomogao bi Rusiji da Visoka Porta pristane na granicu Dunavom.

Najzad, Rodofinikin i Prozorovski su raspravljali i o porezima koje bi trebalo uvesti u Srbiji. Saglasili su se da porezi treba da zamene sve feudalne dažbine koje su se ranije dugovale Turcima. Rodofinikin je smatrao da visinu poreza u Srbiji treba da odrede Sovjet i Knez i da ona ne sme da pređe trećinu one sume koja se ranije plaćala Turcima. Sve vrste kuluka[26] treba ukinuti, izuzev onih koji se odnose na izgradnju puteva i mostova.[27]

Ruski car Aleksandar I složio se sa Rodofinikinovim predlozima od 2. novembra 1808. i sa primedbama Prozorovskog. Na osnovu jednog izveštaja koga je zamenik ruskog ministra inostranih poslova Saltikov uputio 7/19. decembra 1808. feldmaršalu Prozorovskom, može se zaključiti da je car Aleksandar I neprekidno isticao nužnost da srpski narod stekne poverenje u Rusiju, koje bi, prema caru, trebalo održavati, gajiti i čuvati. Car je, pored toga, bio protiv učešća ruskih i francuskih činovnika u radu srpskog Sovjeta. Smatrao je da ruski agent u Srbiji treba da koristi vlast koja je proistekla iz uzajamnog poverenja i da pazi da ni na koji način ne povredi ponos srpskog naroda koji je ponikao ni iz čega.[28]

---

[26] Reč je izvedena od turskih izraza *kul* = rob i *kulluk* = ropstvo, robovski rad. Videti A. Škaljić, *nav. delo,* str. 424.

[27] V. Bogišičь, *Razborъ sočinenija N. A. Popova „Rosija i Serbija",* Sanktpeterburgь 1872, str. 188-191; D. Janković, *nav. delo,* str. 141-144.

[28] *Vnešnaя politika Rosii XIX i načala XX veka,* seriя I, tom IV, Moskva 1965, str. 425-426.

Karađorđe nije bio uopšte upoznat sa Rodofinikinovim predlozima kao ni sa njegovom prepiskom sa Prozorovskim. Pošto je bio vrlo nepoverljiv prema ruskom poslaniku, odlučio je da pošalje jednu deputaciju knezu Prozorovskom u njegov štab u Jašiju. Srpski poslanici[29] imali su prvu audijenciju kod Prozorovskog 13. januara 1809. godine. Razgovori su bili vrlo srdačni i otvoreni ali se dve strane nisu sporazumele. Ohrabreni vojnim uspesima iz prethodnih godina Srbi su tražili potpunu nezavisnost i svoju sopstvenu samostalnu državu. Međutim, Prozorovski im je objasnio da potpuna nezavisnost ne dolazi u obzir. Srbija je okružena sa tri velika Carstva (Rusko, Austrijsko i Tursko) i ne može samostalno opstati bez zaštite neke od ovih moćnih država. Srbi ne mogu zahtevati od Rusije, otvoreno je izjavio Prozorovski, da stavi iznad svojih interesa interese jedne male zemlje (Srbije) i da zarati sa nekom od velikih sila zarad Srbije.

Pored Prozorovskog, Jugović je razgovarao i sa generalom Siversom, jednim od savetnika ruskog feldmaršala, kome je izneo srpske zahteve izložene u pet tačaka: 1) neodložno priznanje potpune i bezuslovne nezavisnosti Srbije, odnosno da se Porta odrekne vrhovne vlasti nad Srbijom i prizna njenu nezavisnost; 2) utvrđenje tadašnjih granica Srbije; 3) pravo Srba da otpočnu rat sa Turcima, ako Rusija zaključi mir sa Turskom, a ova se ne bude odrekla svojih prava na Srbiju; 4) obaveza Srba da neće zaključivati nikakav mir s Turcima bez pristanka Rusije, i 5) (kao tajni član) obaveza Srbije da se drži svoga saveza sa Rusijom i da je pomaže protiv svakog neprijatelja.

Obavešten odmah o srpskim zahtevima, Prozorovski je Jugoviću rekao da se Srbija mora zadovoljiti da ostane pod zaštitom Rusije ali i da plaća izvestan danak Turcima, ali se Turci neće mešati u unutrašnje stvari Srbije. Drugim rečima, ruski feldmaršal obećao je Srbima vazalnu kneževinu sa unutrašnjom samoupravom pod zaštitom Rusije.

U ruskom projektu koji se pripremao za zaključenje mirovnog ugovora sa Osmanskim Carstvom za Srbe je bilo predviđeno sledeće (član 5): a) potpuna amnestija za sve što se dotle dogodilo; b) potpuna unutrašnja autonomija; v) jemstvo i zaštita ruskog cara; g) plaćanje godišnjeg danka

[29] Srpsku delegaciju sačinjavali su Ivan Jugović (pravo ime Jovan Savić), poliglota i jedan od najobrazovanij Srba toga vremena, Pavle Popović, član Praviteljstvujuščeg Sovjeta i Janjićije Đurić, Karađorđev lični sekretar i istoričar Prvog ustanka. Prozorovski je razgovarao samo sa Jugovićem, koji, kako je to rekao Prozorovski, "nije glup", dok su druga dvojica, koja su ga podsećala na ruske mužike, sve vreme ćutala. Videti izveštaj Prozorovskog ministru Saltikovu u A. Petrovъ, *Voĭna Rosii sъ Turcieĭ, 1806-1812 gg,* tomъ I, S. Peterburgъ 1885, str. 253.

u iznosu od 100 000 groša.[30] Dakle, u odnosu na takozvani Ičkov mir[31] i neka ranija obećanja, novina je bila samo zaštita ruskog cara.

Međutim, posle pregovora u Jašiju, međunarodna politička situacija se promenila na štetu Rusije. Ujedinjeno Kraljevstvo (Velika Britanija, Engleska), najveći Napoleonov neprijatelj, potpisalo je 5. januara 1809. godine mirovni sporazum sa Visokom Portom, kojim je okončan Tursko-Engleski rat.[32] Vlada Ujedinjenog Kraljevstva garantovala je integritet Osmanskog Carstva i obećala da će ga svojom flotom podržati. Ratnim brodovima zabranjen je prolaz kroz moreuze (Dardanele i Bosfor), a za uzvrat britanskim trgovcima dodeljene su brojne olakšice na teritoriji Osmanskog Carstva. U takvim okolnostima Rusko-Turski pregovori su 22. marta 1809. godine prekinuti i rat se nastavio. Srbi su u tom ratu ponovo stali na stranu Rusije.

Zbog promenjene međunarodne situacije i ovaj pokušaj Rusije da uredi državno i društveno uređenje u ustaničkoj Srbiji, ostao je mrtvo slovo na papiru.

---

[30] A. Petrovъ, *nav. delo,* str. 253-256; G. Jakšić, *Evropa i vaskr Srbije,* Beograd 1933, str.121-127; M. Vukićević, *Odnosi Rusije prema Srbiji u vreme Prvog ustanka od kraja 1808. do kraja 1813,* „Delo“, knjiga 23, sveska 3, maj 1902, str. 380-397; D. Janković, *nav. delo,* str. 146-147.

[31] Godine 1806, srpski ustanici su poslali beogradskog trgovca Petra Ička (rođen u Katranici u grčkoj Makedoniji) kao svog opunomoćenika turskoj vladi u Carigradu. Pošto je Ičko odlično govorio turski i imao dobre veze među Turcima, uspeo je da za ustanike isposluje vrlo povoljan mirovni sporazum (takozvani „Ičkov mir“). Međutim, zavedeni ruskim obećanjima vođe srpskog ustanka su odbacili ponuđeni mirovni sporazum i verovatno otrovali Ička, navodno zbog njegove saradnje sa Turcima. Srpski ustanici su se tada priključili Rusima kao njihovi saveznici u ratu sa Turskom (1806-1812), nadajući se potpunoj nezavisnosti. Detaljnije o „Ičkovom miru“ videti S. Novaković, *Ičkov mir. Pokušaj neposrednog izmirenja Srbije i Turske 1806-1807,* „Glas Srpske Kraljevske Akademije“, LXVI, 1903; M. Gavrilović, *Ičkov mir,* „Srpski književni glasnik“, knjiga IX, br. 2 (1903), str. 104-123; M. Vukićević, *Karađorđe,* knjiga druga, Beograd 1912 (reprint 1981), str. 385-387, 417-423.

[32] Radi se o mirovnom sporazumu sklopljenom 5. januara 1809. godine u turskom gradu Čanak (Çanak) u blizini Dardanelskog moreuza, te je ovaj mir poznat kao ugovor iz Čanaka ili Dardanelski mir.

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

Russian Attempts on Constitutional Issue of Insurgent Serbia (1804–1813) (Part Three – The Advices of Prince Prozorovski)

Abstract: *As a result of the peace-treaty between France and Russia in Tilsit (July 7, 1807), a truce was concluded between Russia and Turkey in Slobozia (August 12, 1807). The peace treaty from Slobozia had a great importance for Serbian insurgents because it was the first act where Russia demonstrated its protection of Serbia. That way, at the end of 1807, the Serbian Uprising was crowned with successes on all fields. The country was liberated from the Turks, the mighty protection of Russia was ensured and the economic activities increased. It was under such circumstances that Karađorđe received on May 13, 1808, a leter from Russian field marshal Alexander Prozorovski (1732-1809), commander-in-chief of Russian Danubian army situated in Moldavia. The letter contained advices concernig the social and constitutional organization of Serbia. Karađorđe should use the truce for further securing of the peace in Serbia, through wise and useful decrees. Those ordinances, according to Prozorovski, would be the following: 1) to secure free settlements of Christians in Serbia; 2) to help and to protect the free market; 3) to ensure safety of life and property; 4) nobody can be punished without a sentence handed down by the court; 5) to fix the salary for the Vožd, members of the Senate and other chieftains.*

In his letter dated June 3, 1808, Karađorđe expressed gratitude to Prozorovski, expressing the wish to visit him in his headquarters. However, political and military circumstances prevented the desired meeting, but some of Prozorovski's advice was already realised in Serbia.

In September 30/October 12, 1808, the so-called Erfurt Convention was signed between Napoleon and Russian Emperor Alexander I. Although Serbia was not mentioned in the text of the Erfurt Convention, the fact that Napoleon and Alexander I recognize the integrity of the Ottoman Empire and that France renounces its mediation in future negotiations between Russia and Turkey, put Serbian insurgents in a very difficult si-

tuation. The recognition of the integrity of the Ottoman Empire, meant that Serbia would remain a part of the Ottoman Empire. The French renunciation of mediation meant that Russia would negotiate alone with Ottoman Empire and that the Serbian issue will be in connection with Russian political interests in the Balkans. However, while preparing the negotiations for the peace-treaty with Turkey, commander-in-chief of Russian Danubian army Prince Alexander Alexandrovich Prozorovski asked the proposals from Russian envoy in Serbia, Constantine Constantinovich Rodofinikin, concerning the provisions which would treat Serbia. Prozorovski especially asked Rodofinikin's opinion regarding the borders of Serbia, its trade, Serbian relationships with other countries, the organization of supreme power, laws, the tribute payed to the Sublime Porte, and taxes.

Due to the international political situation that changed to the detriment of Russia, all Russian attempts to find a solution to the basic constitutional issue for Serbia remained a dead in the water.

Key words: *Prozorovski, Rodofinikin, Karađorđe, Vožd, Senate, advices, Serbia, Russia, Turkey.*

Datum prijema rada: 23.07.2015.

Originalni naučni rad 341.62:502/504
doi:10.5937/zrpfns49-9057

Dr Rodoljub M. Etinski, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
etinski@pf.uns.ac.rs

MEĐUNARODNI POSTUPCI KOJE POKREĆU POJEDINCI RADI ZAŠTITE ŽIVOTNE SREDINE[1]

Sažetak: *Međunarodna zaštita životne sredine nije domen isključivih kompetencija vlada. Pojedinim međunarodnim ugovorima priznato je pravo pojedincima da vode neke međunarodne postupke koji se tiču zaštite životne sredine. Ti postupci su postupci utvrđivanja činjenica ili mirenja, dakle to nisu sudski postupci. Oni imaju hibridnu prirodu, jer uključuje neke elemente međunarodnih postupaka za kontrolu poštovanja ugovora iz oblasti zaštite prirode i neke elemente postupaka za kontrolu poštovanja ugovora iz oblasti ljudskih prava. Najpoznatiji takav postupak jeste onaj uspostavljen na osnovu Arhuske konvencije. Međutim, njemu je prethodio postupak uspostavljen Severnoameričkim sporazumom o saradnji u oblasti životne sredine. Vrednost ovih postupka nije samo u povećanju delotvornosti pravnih propisa u oblasti životne sredine, već se ona ispoljava i kroz demokratizaciju jedne važne oblasti međunarodne saradnje.*

Ključne reči: *međunarodni postupci, zaštita životne sredine, pojedinac*

1. UVOD

Posle Drugog svetskog rata države su priznale pravo pojedinaca da pokreću međunarodne postupke radi zaštite ljudskih prava. To je učinjeno, prvo, Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz

---

*Glavni pravni savetnik u Ministarstvu spoljnih poslova R. Srbije. Stavovi izneti u radu ne izražavaju nužno stavove Ministarstva. [1] Rad je pripremljen u okviru projekta „Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo " br. 179079 koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

1950. godine, a, zatim, drugim univerzalnim i regionalnim ugovorima iz oblasti ljudskih prava. U okviru međunarodnog prava zaštite životne sredine, koje je počelo da se razvija kasnije, izgrađeni su međunarodni mehanizmi kontrole izvršavanja obaveza preuzetih međunarodnim ugovorima. Ove mehanizme mogu da pokreću ugovornice međusobno, dakle jedna ili više njih protiv druge, međunarodni sekretarijati, koje osnivaju ugovornice, ili je sama ugovornica mogla da obavesti kontrolno telo da ne može da izvrše neku preuzetu međunarodnu obavezu. Severnoamerički sporazum o saradnji u oblasti životne sredine iz 1993. godine daje, međutim, pravo pojedincima i nevladinim organizacijama da pokreću međunarodni mehanizam, osnovan tim Sporazumom. To će biti učinjeno, kasnije, Arhuskom konvencijom, kao i Protokolom o vodi i zdravlju uz Konvenciju o zaštiti i korišćenju prekograničnih vodotoka i jezera. Međunarodni postupci za zatitu ljudskih prava, koje mogu da pokreću pojedinci, i koji su postojali i već stekli neko iskustvo u to vreme nisu, izgleda, bili neposredna inspiracija za novinu koja je u međunarodnim kontrolnim mehanizmima u oblasti zaštite sredine učinjena 1993. godine. Svejedno, svi ti postupci su uporedivi i njihovo poređenje može da koristi za traženje boljih rešenja. Ovo tim više, jer i sami međunarodni postupci u oblasti zaštite životne sredine nisu identični i vidljiv je napor da se u svakom kasnijem postupku traži rešenje koje je ne samo primereno konkretnoj materiji već koje koristi iskustvo ranijih postupaka.

Kanada, Meksiko i Sjedinjene Američke Države zaključile su Severnoamerički sporazum o saradnji u oblasti životne sredine (dalje: Severnoamerički sporazum o životnoj sredini ili Sporazum) 14. septembra 1993. godine[2] koji je stupio na snagu 1. januara 1994. godine, istog dana kada je na snagu stupio i Severnoamerički sporazum o slobodnoj trgovini[3] (dalje: Sporazum o trgovini). Dva sporazuma su tesno povezana. U vreme pregovora o Sporazumu o trgovini nevladine ekološke organizacije u SAD su izrazile veliku zabrinutost u pogledu mogućeg negativnog dejstva Sporazuma o trgovini na nivo zaštite sredine, zato što Meksiko nije dosledno primenjivao domaće propise o zaštiti sredine, te bi to moglo da utiče da neke američke kompanije presele proizvodnju u Meksiko, kao i na to da se odustane od stroge primene ekoloških propisa u samim Sjedinjenim Državama.[4] Ekonomija i zaštita životne sredine su tesno poveza-

[2] Commission for Environmental Cooperation, http://www.cec.org/Page.asp? PageID= 1226&SiteNodeID=567, 5 septembar 2015.

[3] R. MacCallum, 395

[4] Kal Raustiala, International "Enforcement of Enforcement" Under North American Agreement on Environmental Cooperation, *Virginia Journal of International Law*, 1995-1996, 723

ne. Ta veza jasno je izražena i u članu 24 Severnoameričkog sporazuma, kojim je predviđena obavezna arbitraža ukoliko jedna strana ugovornica smatra da druga uporno ne primenjuje propise o zaštiti sredine, koji se odnose na radna mesta, kompanije i sektore koja proizvode robu kojom se trguje između strana ili koja čini konkurenciju robi proizvedenoj u drugoj strani ugovornici.

Konvencija o dostupnosti informacija, učešće javnosti u donošenju odluka i pravu na pravnu zaštitu u pitanjima životne sredine je pripremljena u okviru Ekonomske komisije UN za Evropu i usvojena je u Arhusu 25. juna 1998. godine (dalje: Arhuska konvencija ili Konvencija).[5] To je jedna od pet konvencija u oblasti zaštite životne sredine koje su pripremljene u Ekonomskoj komisiji UN za Evropu.[6] Stupila je na snagu 30. oktobra 2001. godine i uključuje 47 ugovornica.[7] Arhuskom konvencijom ugovornice jemče tri individualna prava u oblasti zaštite životne sredine – pravo na informaciju, pravo na učešće u odlučivanju i pravo na pravnu zaštitu. Ova Konvencija zasniva se na ideji da se tri socijalna i pravna koncepta – ljudska prava, vladavina prava i zaštita i unapređenje životne sredine – međusobno podupiru i osnažuju. Sa obzirom na predmet i cilj Konvencije, nevladinim organizacijama je bilo dozvoljeno da naprave koaliciju preko koje su učestvovale u pregovorima za sklapanje Konvencije.[8] Predstavnici nevladinih organizacija su mogli da učestvuju u raspravi, te da u pauzama lobiraju za svoje stavove kod delegacija država.[9]

Konvenciji o zaštiti i korišćenju prekograničnih vodotoka i jezera iz 1992. godine pridodat je Protokol o vodi i zdravlju usvojen u Londonu 1999. godine (dalje: Londonski protokol ili Protokol). Cilj ovog Protokola

---

[5] United Nations, *Treaty Series* , vol. 2161, 447. Narodna skupština Republike Srbije potvrdila je Arhusku konvenciju zakonom 12. maja 2009. godine. *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori, br*. 38/09

[6] Konvencija o prekograničnom zagađivanju vazduha na velikim udaljenostima - (Convention on Long-range Transboundary Air Pollution), sačinjena u Ženevi 13. novembra 1979; Konvencija o proceni uticaja na životnu sredinu u prekograničnom kontekstu (Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context), sačinjena u Espou, 25. februara 1991; Konvencija o prekograničnim dejstvima industrijskih nesreća (Convention on the Transboundary Effects of Industrial Accidents), sačinjena u Helsinkiju 17. marta 1992; Konvencija o zaštiti i korišćenju prekograničnih vodotoka i međunarodnih jezera (Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes), sačinjena u Helsinkiju 17. marta 1992.

[7] United Nations Treaty Collections, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src= TREATY&mtdsg_no=XXVII-13&chapter=27&lang=en, 5. septembar 2015.

[8] Svitlana Kravchenko, The Aarhus Convention and the Innovations in Compliance with Multilateral Environmental Agreements, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 1/2007, 7

[9] *Ibid*., 8

je da se putem poboljšavanja upravljanja vodom, uključujući zaštitu ekosistema i putem sprečavanja, kontrolisanja i smanjivanja bolesti povezani sa vodom, unapredi zaštita ljudskog zdravlja i blagostanja. Ugovornice su se obavezale da će nastojati da obezbede da pijaća voda i sanitarni uređaji bude dostupna svima. One treba da obezbede određeni kvalitet pijaće vode, smanjivanje izbijanja bolesti povezanih sa vodom i dr.

Severnoamerički sporazum, Arhuska konvencija i Londonski protokol služe zaštiti i unapređenju životne sredine na različite načine. Sporazum je inspirisan potrebom da se međunarodnom trgovinom između ugovornica, koje se razlikuju u pogledu nivoa poštovanja i izvršavanja nacionalnih propisa o životnoj sredini, ne nanese šteta ugovornicama, koje imaju više standarde poštovanja i izvršavanja ovih propisa. Arhuska konvencija zasniva se na priznanju postojanja potrebe individue da živi u adekvatnoj sredini i da se sama angažuje na očuvanju i unapređenju te sredine. Londonski protokol usmeren je na obezbeđivanje pijaće vode i suzbijanja bolesti koje se prenose vodom. Uprkos pomenutim razlikama, Sporazumu, Konvenciji i Protokolu je zajedničko, između ostalog, to što se njima predviđaju međunarodni postupci, koje mogu da pokrenu pojedinci, radi obezbeđenja poštovanja i izvršavanja propisa o životnoj sredini.

2. SEVERNOAMERIČKI SPORAZUM

Osnovni razlog zaključivanja ovog Sporazuma je obezbeđivanje visokog i u sve tri ugovornice približno jednakog nivoa izvršavanja domaćih propisa o životnoj sredini. Međutim, ovim Sporazumom nisu utvrđeni pojedini standardi zaštite životne sredine. Članom 3 Sporazuma je rečeno da svaka ugovornica ustanovljava svoje nivoe domaće zaštite životne sredine, određuje politike razvoja te zaštite i prioritete, ali da se svaka ugovornica obavezuje da njeni zakoni i regulativa obezbede visoke nivoe zaštite i, takođe, obavezuje se da će nastaviti da poboljšava te zakone i regulativu. Članom 4 Sporazuma svaka ugovornica se obavezala da će objavljivati ne samo zakone, regulativu i mere koje je donela u ovoj oblasti, već i mere koje namerava da donese, te da će obezbediti zainteresovanim licima i ugovornicama razumnu mogućnost da se izjasne o predloženim merama. Članovi 5, 6 i 7 odnose se na izvršavanje domaćih propisa o životnoj sredini. Članom 5 Sporazuma ugovornice su se obavezale da delotvorno izvršavaju svoje zakone i propise u ovoj oblasti. U tri stava ovog člana elaborirani su načini kako ovaj cilj – delotvorno izvršavanje propisa

– treba da bude postignut. U stavu 1 navedeni su, između ostalog, sledeći načini: imenovanje i obuka inspektora; monitoring poštovanja i istraživanje sumnji u pogledu kršenja, uključujući inspekcije na licu mesta; objavljivanje informacija o nepoštovanju itd. Stavom 2 ugovornice su se obavezale da će obezbediti sudske, kvazi sudske ili administrativne izvršne postupke radi sankcionisanja ili otklanjanja posledica kršenja zakona i regulative u ovoj oblasti. Stavom 3 predviđeno je da će sankcije i pravni lekovi za otklanjanje posledica kršenja biti pralogođene prirodi i težini kršenja, ekonomskim koristima koje su postignute kršenjem, kao i ekonomskim stanjem prekršioca, te da će uključiti sporazume o poštovanju propisa, kazne, zatvor, privremene mere, zatvaranje postrojenja i troškove čišćenja.

Članom 6 Severnoameričkog sporazuma uređen je pristup privatnih osoba pravnim lekovima u ovoj oblasti. Član 6 se sastoji od tri stava. Stavom 1 ugovornice su se obavezale da će obezbediti da zainteresovana lica mogu da zahtevaju od nadležnih vlasti ugovornice da istraže navodno kršenje njenih zakona i regulative o životnoj sredini te da će takvi zahtevi biti razmatrani saglasno pravu. Stavom 2 ovog člana svaka strana se obavezala da će obezbediti da lica, koja imaju pravno priznat interes, saglasno njenom pravu, u posebnim stvarima, imaju pristup administrativnim, kvazi sudskim ili sudskim postupcima za izvršavanje zakona i regulative o životnoj sredini te strane. Saglasno stavu 3 pristup privatnih osoba pravnim lekovima treba da obuhvati određena prava, kao što su: pravo na tužbu protiv drugog lica za naknadu štete; pravo da traži sankcije ili pravne lekove, kao što je novčane kazne, hitno zatvaranje ili naredbu za ublažavanje posledica kršenja ekoloških zakona i regulative; da zahteva da nadležne vlasti preduzmu odgovarajuću akciju da primene ekološke zakone i regulativu u cilju zaštite životne sredine ili radi izbegavanje ekološke štete; da traže privremene mere zaštite.

Članom 7 Sporazuma definisani su određeni kvaliteti administrativnih, kvazi sudskih i sudskih postupaka, predviđenih u članovima 5 (2) i 6 (2). Ovu postupci treba da budu pošteni, otvoreni i pravični. Oni treba da budu uređeni procesnim pravom i otvoreni za javnost, izuzev ako interesi pravde ne zahtevaju suprotno. Stranama u tim postupcima treba da bude omogućeno da podrže i brane svoje pozicije i da prezentuju informacije ili dokaze. Postupci ne treba da budu bespotrebno složeni i da uključuju nerazumne troškove ili rokove ili nepotrebna odugovlačenja. Konačne odluke o meritumu treba da budu u pisanom obliku i da sadrže razloge na kojima su zasnovane. Te odluke treba da budu bez odlaganja dostavljene stranama u postupku i, saglasno domaćem pravu, javnosti. One treba da

budu zasnovane na informacijama ili dokazima u pogledu kojih su strane imale mogućnost da se izjasne. Ugovornice treba da obezbede, saglasno svom pravu, pravo na žalbu protiv odluka i, gde je to opravdano, ispravku konačnih odluka. Ugovornice su dužne, takođe, da obezbede da sudovi pred kojim se vodi prvostepeni ili žalbeni postupak, budu nepristrasni i nezavisni.

Očigledna je razlika između stavova 1 i 2 člana 6 Sporazuma. Saglasno stavu 1 svako zainteresovano lice može da traži od nadležne vlasti da istraži navodno kršenje ekološkog domaćeg propisa i ta vlast je dužna da razmotri taj zahtev saglasno domaćem pravu. Ova stvar nije dalje elaborirana i ugovornicama je ostavljena široka diskrecija u pogledu implementacije ovog propisa u domaće pravo i u pogledu postupanja po ovom propisu. Administrativni, kvazi sudski i sudski postupci su uređeni članom 7 te je u tom pogledu diskrecija ugovornica mnogo manja. Međutim, pravo da koriste te postupke imaju samo lica koja imaju pravni interes u konkretnoj stvari, a koji je priznat domaćim pravom. Dakle, da bi neko pokrenuo jedan od domaćih postupaka u kome bi zahtevao od nadlžne vlasti da obezbedi primenu domaćih ekoloških propisa u nekoj konkretnoj stvari, on mora da ima pravni interes u toj stvari.

2.1. Međunarodni postupak ustanovljen severnoameričkim sporazumom

Međunarodni postupak koji mogu da pokrenu nevladine organizacije i pojedinci protiv ugovornice zbog navodnog propuštanja da delotvorno primeni svoje domaće ekološke propise uređen je članovima 14 i 15 Sporazuma. Postupak se vodi pred Komisijom za saradnju u oblasti životne sredine, koja je osnovana članom 8 Sporazuma. Komisiju čini Savet, Sekretarijat i Zajednički javni savetodavni komitet. Postupak se vodi pred Sekretarijatom i Savetom ove Komisije. Sastav i funkcije Saveta utvrđene su članovima 9 i 10 Sporazuma. Savet ima tripartitni sastav i čine ga predstavnici sve tri ugovornice na ministarskom ili ekvivalentnom nivou. Sastaje se svake godine jednom na redovno zasedanje, a može na zahtev bilo koje ugovornice da se sastaje radi vanrednih zasedanja. Redovnim zasedanjima naizmenično predsedava svaki član. Savet ima brojne funkcije posmatranja, razmatranja, podsticanja i preporučivanja. On je forum za raspravu o svim pitanjima iz oblasti Sporazuma. Nadgleda implementaciju, razmatra iskustva i preporučuje poboljšanja Sporazuma. Preporučuje, između ostalog, tehnike i strategije sprečavanja zagađivanja ili zaštitu ugroženih vrsta. Ohrabruje delotvorno izvršavanje domaćih ekoloških

zakona, itd. Sekretarijatom upravlja izvršni direktor, koga bira Savet na rok od tri godine, sa mogućnošću jednog reizbora. Na tom mestu se naizmenično rotiraju državljani sve tri strane. Izvršni direktor imenuje osoblje Sekretarijata, uzimajući u obzir liste kandidata koje su pripremile ugovornice i Zajednički javni savetodavni komitet. Kriteriji za angažovanje su efikasnost, kompetentnost i integritet.

Član 14 Sporazuma ovlašćuje nevladine organizacije i pojedince da Sekretarijatu dostave predstavke o propustima ugovornice da delotvorno primeni svoje domaće ekološke propise. Reč je, dakle, samo o primeni, a ne promeni domaćeg ekološkog prava. Kontrola ne obuhvata akte legislacije kojim se menjaju domaći propisi.[10] Saglasno članu 45 (1) Sporazuma pod „nevladinom organizacijom" razume se svaka naučna, profesionalna, poslovna, neprofitna organizacija ili udruženje ili organizacije i udruženja koje zastupaju javni interes. Pod „pravom životne sredine," saglasno članu 45(2) Sporazuma razumeju se zakoni, podzakonski akti ugovornice ili njihovi propisi čiji je primarni cilj zaštita životne sredine ili prevencija opasnosti po ljudski život ili zdravlje. Dalje su u ovom članu konkretnije određeni propisi kojima se obezbeđuje pomenuta zaštita, odnosno prevencija.

Stavom 1 člana 14 određeno je šest uslova dopuštenosti predstavke. Predstavka treba da bude u pisanom obliku na jeziku koji je ugovornica natifikovala Sekretarijatu. Lice ili organizacija, koji podnose predstavku, treba da budu jasno identifikovani u njoj. Predstavka treba da pruži dovoljno informacija, uključiv i dokumentarne dokaze, tako da omogući Sekretarijatu nužno istraživanje. Predstavka treba da bude upravljena prvenstveno na unapređivanje sprovođenja ekološkog prava, a ne na ometanje industrije. Ona treba da obavesti da je ta stvar dostavljena u pisanom obliku relevantnim vlastima ugovornice i da obavesti o odgovoru ugovornice, ako ga je bilo. Predstavka treba da bude podneta od strane lica ili organizacije, koje ima boravište ili sedište na teritoriji ugovornice.

Pored ovih formalnih kriterija dopuštenosti, stavom 2 člana 14 dodato je četiri smernice na osnovu kojih Sekretarijat treba da odluči da li predstakva zavređuje da bude poslata ugovornici na odgovor. Dakle, kada utvrdi da su formalni uslovi zadovoljeni Sekretarijat razmatra da li je u predstavci navedena neka šteta pričinjena licu ili organizaciji, koji su podneli tu predstavku. Međutim, postojanje štete pričinjene podnosiocu predstavke nije eliminatorni kriterijum dopuštenosti.

[10] To pitanje se javilo u prvim predmetima iznetim pred Sekretarijat. Vidi R. MacCallum, 403-409

Dovoljno je da je šteta pričinjena ili da postoji ugroženost nekog dobra prirode.[11] Sekretarijat razmatra, dalje, da li su samom predstavkom ili u kombinaciji sa drugim predstavkama pokrenuta pitanja čije bi dalje proučavanje unapredilo ciljeve Severnoameričkog sporazuma. On razmatra, zatim, da li su iskorišćeni pravni lekovi (private remedies) dostupni u ugovornici i da li je predstavka zasnovana isključivo na izveštajima u medijima. Pošto je reč o smernicama, ni jedan od tih kriterija nije eliminatoran.

Ukoliko Sekretarijat odluči da zatraži odgovor ugovornice, on će joj proslediti predstavku i informacije koje su priložene uz nju. Saglasno stavu 3 člana 14 ugovornica, kojoj je dostavljena predstavka, je dužna da u roku 30 dana, izuzetno 60 dana, obavesti Sekretarijat da li je ta stvar predmet nekog sudskog ili administrativnog postupka. Tu se misli na postupak koji je sama ugovornica pokrenula kako bi obezbedila poštovanje svog domaćeg prava, a ne na postupak koji je pokrenuo podnosilac predstavke.[12] Ako je predmet predstavke i predmet nekog domaćeg postupka koji je pokrenula ugovornica, po dobijenoj informaciji o tome Sekretarijat prekida postupak u toj stvari. Ukoliko nije, ugovornica dostavlja informacije koje želi, kao što su da li je da stvar bila predmet nekog administrativnog ili sudskog postupka i da li su podnosioci predstavke imali na raspolaganju domaće pravne lekove, te da li su ih iskoristili.

Ukoliko Sekretarijat smatra da podnesak u svetlu odgovora ugovornice opravdava pripremanje izveštaja o činjenicama, on, saglasno članu 15 (1) Sporazuma obaveštava o tome Savet i dostavlja mu razloge za takav svoj stav. Savet može dvotrećinskom većinom da instruira Sekretarijat da sačini izveštaj o činjenicama. Pri pripremi izveštaja, na osnovu člana 15 (4) Sekretarijat razmatra informacije koje je dostavila ugovornica, one koje su javno dostupne, one koje je dostavila zainteresovana nevladina organizacija ili lice, koje je dostavio Zajednički javni savetodavni komitet ili koje je sačinio sam Sekretarijat ili nezavisni eksperti. Pošto sačini nacrt izveštaja Sekretarijat ga, saglasno stavu 5 člana 15 dostavlja Savetu. Svaka strana može da dostavi svoje stavove o tačnosti nacrta u roku od 45 dana. Sekretarijat može da uključi ove stavove u konačan izveštaj koji dostavlja Savetu. U roku od 60 dana dvotrećinskom većinom Savet može da odluči da se konačni izveštaj o činjenicama objavi. Izveštaj o činjenicama ne sadrži nalaz Sekretarijata o tome da li je ugovornica propustila da primeni svoje domaće propise o život-

[11] R. MacCallum, 409, 410
[12] R. MacCallum, 414

noj sredini u konkretnom slučaju, već samo nepristrasan opis činjeničnog stanja.

Prema registru predstavki na portalu Komisije za saradnju u oblasti životne sredine između 1994. i 2015. podneto je 85 predstavki.[13] Objavljeno je 22 konačna izveštaja. Značajan broj predstavki nije, dakle, ispunio formalne ili suštinske kriterije dopuštenosti. Po 10 konačnih izveštaja odnosilo se na Kanadu i Meksiko, a dva na SAD.

3. ARHUSKA KONVENCIJA

U Konvencije je učinjena razlika između „javnosti" i „zainteresovane javnosti." Neka prava su priznatima pripadnicima javnosti, a druga pripadnicima zainteresovane javnosti. U stavu 4 člana 2 Konvencije navedeno je da „javnost" znači jedno ili više fizičkih ili pravnih lica i, u skladu sa nacionalnim pravom ili praksom, njihova udruženja, organizacije ili grupe. „Zainteresovana javnost" znači, prema stavu 5 člana 2, javnost koja je ugrožena ili će verovatno biti ugrožena[14] ili ima interes u donošenju odluke u oblasti životne sredine. Dalje, u stavu 5 rečeno je da će se nevladine organizacije, koje promovišu zaštitu životne sredine i koje zadovoljavaju uslove propisane nacionalnim zakonima smatrati zainteresovanim.

Saglasno članovima 4 i 5 Konvencije pravo na informacije o životnoj sredini imaju pripadnici javnosti. Pravo na učešće u donošenju odluka o davanju dozvola za preduzimanje posebnih aktivnosti, navedenih u aneksu I, imaju, saglasno članu 6, pripadnici zainteresovane javnosti.

Arhuskom konvencijom su predviđeni unutrašnji postupci pravne zaštite prava na informisanje i prava javnosti da učestvuje u odlučivanju u oblasti životne sredine, kao i unutrašnji postupci koje pojedinci mogu da pokrenu radi poštovanja domaćeg prava koje je relevantno za zaštitu sredine. Unutrašnji postupci pravne zaštite predviđeni su članom 9 Arhuske konvencije. Član 9 se sastoji od pet stavova. Prvi stav posvećen je postupcima unutrašnje pravne zaštite prava na informisanje u oblasti životne sredine. Drugi stav je posvećen postupcima unutrašnje pravne zaštite prava javnosti da odlučuje o pitanjima koja su značajna za zaštitu sredine. Stav 3 člana 9 glasi:

[13] Commission for Environmental Cooperation, http://www.cec.org/Page.asp? PageID= 751&SiteNodeID=250, 5. septembar 2015.

[14] Termini *zatragivaetsя, touché* i *affected* prevedeni su u našem zvaničnom prevodu kao *ugrožena*.

svaka Strana će obezbediti da pripadnici javnosti, kada ispunjavaju eventualne uslove koje postavlja nacionalno zakonodavstvo, imaju dostupnost upravnim i sudskim postupcima kojima se osporava činjenje ili propusti koje su učinila fizička lica ili organ javne vlasti, a koja su u suprotnosti sa odredbama njihovog nacionalnog zakonodavstva koje se odnosi na životnu sredinu.

Poslednja dva stava člana 9 odnose se na postupke definisane u prva tri stava. Stavom 4 definisani su izvesni kvaliteti postupaka iz prva tri stava. Navedeni postupci treba da budu pošteni, pravični i blagovremeni. Tim postupcima treba da se obezbede adekvatni i delotvorni pravni lekovi. Troškovi postupaka ne bi trebalo da budu previsoki tako da otežaju njihovo korišćenje. Odluke se donose u pisanoj formi te odluke sudova i, kada je moguće, drugih tela treba da budu javno dostupne. Kako bi propisi člana 9 bili delotvorniji, strane ugovornice obavezale su se stavom 5 da obezbede da javnosti bude dostupna informacija o mogućnostima vođenja administrativnih i sudskih postupaka, navedenih u prva tri stava, i da razmotre mogućnost uspostavljanja mehanizma pomoći za uklanjanje ili smanjivanje finansijskih ili drugih prepreka u pogledu korišćenja pravne zaštite.

3.1. Međunarodni postupak za kontrolu poštovanja Arhuske konvencije

Ugovornice su se obavezale članom 15 Konvencije da će konsenzusom uspostaviti nekonfrontirajuće, nesudske[15] i konsultativne, opcione aranžmane radi razmatranja poštovanja Konvencije. Ovakvo rešenje motivisano je uverenjem da se klasični mehanizmi rešavanja sporova nisu pokazali delotvornim u oblasti zaštite životne sredine te da neizvršavanje obaveza u ovoj oblasti nije posledica volje ugovornice da ne izvršava preuzete obaveze, već je to više rezultat nesposobnosti ili objektivne nemogućnosti.[16] Predviđeno je da se tim aranžmanima omogući uključivanje javnosti te da oni mogu da omoguće pripadnicima javnosti da podnose predstavke[17] o stvarima koje se odnose na Konvenciju.

Ugovornice su na svom prvom sastanku, održanom u Luki u Italiji od 21. do 23. oktobra 2002. godine usvojile Odluku I/7, kojom su osnovale Komitet za razmatranje poštovanja obaveza na osnovu Arhuske kon-

[15] U zvaničnom prevodu na srpski jezik stoji „nepravne“. Međutim, u orginalu stoji *non-judicial, non judiciaire* i *nesudebnogo*.

[16] S. Kravchenko, 28

[17] U zvaničnom prevodu na srpski jezik stoji „komunikacije“.

vencije od strane ugovornica (the Compliance Committee, dalje: Komitet za Arhusku konvenciju). Konstituisanje, funkcije i postupak Komiteta za Arhusku konevnciju i postupak njegovog rada uređeni su Aneksom ove Odluke. Komitet čini osam članova, koji se biraju na period između dva sastanka ugovornica, dakle tri godine, i mogu da budu jednom reizabrani. Kandidati za članove treba da budu državljani ugovornica ili potpisnica Arhuske konvencije, te da ispunjavaju moralne i stručne uslove. Iz jedne ugovornice može da bude samo jedan njen državljanin član Komiteta. Članove Komiteta nominuju ugovornice, potpisnice i nevladine organizacije iz oblasti zaštite životne sredine, a kojima je dozvoljeno da kao posmatrači prisustvuju sastancima ugovornica. Ovde su dve stvari neobične. Broj članova je paran, dakle odustalo se od većinskog odlučivanja. Pored toga, pravo na predlaganje kandidata imaju određene nevladine organizacije. To rešenje nije prihvaćeno bez izvesnog negodovanja pojedinih delegacija.[18] Ugovornice su izabrale u prvi sastav Komiteta dva člana predloženih od nevladinih organizacija.[19] Članovi Komiteta deluju ne kao predstavnici država, već kao nezavisni eksperti. Ovo rešenje je korišćeno za konstitusanje tela nadležnih za kontrolu međunarodnih ugovora o ljudskim pravima, ali ne i za međunarodne mehanizme za kontrolu poštovanja međunarodnih ugovora iz oblasti životne sredine. Ako ne odluči drugačije, Komitet se sastaje jednom godišnje.

Funkcije Komiteta za Arhusku konvenciju određene su stavovima 13 i 14 Aneksa. Komitet razmatra obraćanja ugovornica, upućivanja Sekretarijata ili podneske članova javnosti. Na zahtev usvojen na sastanku ugovornica priprema izveštaj o izvršavanju ili implementaciji propisa Konvencije. Vrši monitoring, procenu i olakšava izvršavanje ili implementaciju preporuka usvojenih na sastanku ugovornica. Pored ovoga, Komitet može da se bavi istraživanjem pitanja izvršavanja i da čini preporuke, ako i kako to smatra odgovarajućim.

Pravo na obraćanje Komitetu za Arhusku konvenciju imaju ugovornice, Sekretarijat i članovi javnosti. Ukoliko neka od članica ima izvesnih rezervi u pogledu poštovanja Konvencije od strane druge članice, ona može, saglasno stavu 15 Aneksa da se obrati Komitetu. Akt kojim se obraća Komitetu zove se *submission*. Od 2003. do 2015. bilo je samo dva slučaja da je jedna ugovornica dostavila podnesak protiv druge.[20] Saglasno stavu 16 Aneksa, ugovornica može da obavesti Komitet za Arhusku

[18] S. Kravchenko, 12

[19] *Ibid*., 12

[20] UNECE, Submissions by Parties, http://www.unece.org/ru/submissions.html, 5. - septembar 2015.

konvenciju da ne može da izvrši neku obavezu na osnovu Konvencije i o razlozima te nemogućnosti. Isto tako, ukoliko Sekretarijat primeti u izveštajima o poštovanju Konvencije neko neizvršavanje obaveze neke ugovornice, on može da pokuša u roku od tri ili najduže šest meseci reši to pitanje u saradnji da ugovornicom, a ako u tome ne uspe, iznosi ga pred Komitet za Arhusku konvenciju. Akt kojim Sekretarijat iznosi pitanje nepoštovanja Konvencije pred Komitet zove se na engleskom jeziku *referral*. Do 2015. godine nije bilo takvih slučajeva.

Stavom 18 Aneksa ugovornice su priznale pravo članovima javnosti da podnose predstavke Komitetu za Arhusku konvenciju, te da njima osporavaju poštovanje Konvencije od strane neke ugovornice. Predstavka se zove na engleskom jeziku *communication*. Ovo pravo članovi javnosti stiču po isteku 12 meseci od usvajanja Odluke I/7, odnosno od stupanja Arhuske konvencije na snagu za tu ugovornicu, dakle od datuma koji je kasniji. Međutim, ugovornica može da jednostranom notifikacijom Sekretarijatu ovaj rok odloži za četiri godine. Mogućnost da se pojedinci obraćaju telima nadležnim za kontrolu poštovanja međunarodnih ugovora postojala je u oblasti ljudskih prava, ali ne i u oblasti zaštite životne sredine, izuzev u slučaju Severnoamričkog sporazuma. Ovo rešenje nije usvojeno bez velike rasprave i značajnog suprostavljanja pojedinih vlada,[21] uprkos činjeinci da je članom 15 Arhuske konvencije otvoren prostor za takvo rešenje. Kasnije, ono će biti usvojeno i u mehanizmu za kontrolu poštovanja Protokola o vodi i zdravlju.

Stavom 20 Aneksa određena su četiri uslova dopuštenosti predstavke. Predstavka ne sme da bude anonimna, da predstavlja zloupotrebu prava na predstavku, da je očigledno nerazumna i da je nespojiva sa propisima Odluke ili Konvencije. Pored ova četiri uslova, stavom 21 Aneksa rečeno je da će Komitet za Arhusku konvenciju uzimati u obzir svaki dostupan domaći pravni lek, izuzev ako je postupak primene pravnog leka nerazumno dug ili očigledno ne obezbeđuje delotvorno i dovoljno sredstvo otklanjanja posledica nepoštovanja Konvencije. Prema tumačenju Komiteta za Arhusku konvenciju, ovaj propis ne znači strog zahtev da svi domaći pravni lekovi treba da budu iskorišćeni, odnosno Komitet može da razmatra predstavku iako postupak primene pravnog leka nije nerazumno dug. Ali, nekorišćenje lokalnih pravnih lekova može da bude razlog da Komitet odluči da o toj stvari treba da se odlučuje na nivou domaćih postupaka.[22] Komitet za Arhusku konvenciju pazi na svoju nadležnost

[21] S. Kravchenko, 17

[22] Preliminary determination on admissibility of the communication concerning compliance by Slovakia with the Convention in connection with the extension of the Moc-

ratione materiae i uzdržava se od izjašnjavanja o pitanjima na koje se ne primenjuje Arhuska konvencija.[23]

Komitet za Arhusku konvenciju je počeo da radi u oktobru 2003. godine[24] i do avgusta 2015. primio je 130 predstavki i našao je da 29 predstavki nedopušteno.[25] Postupak koji Komitet za Arhusku konvenciju sprovodi je pisani, dakle Komitet upućuje predstavku ugovornica protiv koje je podneta i ova ima rok od pet meseci da odgovori. Komitet može da traži dalje informacije o predmetu koji razmatra, razmatra svaku informaciju koja mu je dostavljena i, uz saglasnost ugovornice, na njenoj teritoriji može da prikuplja informacije. On može, takođe, da traži usluge eksperata i savetnika.

Međutim, postupak pred Komitetom uključuje i usmenu raspravu. Strane u postupku mogu da učestvuju u usmenoj diskusiji pred Komitetom. Diskusije pred Komitetom su otvorene za javnost i u njime mogu da učestvuju i oni koji nisu strane u postupku. *Earthjustice* i *Center for International Environmental Law* redovno učestvuju u tim diskusijama i iznose svoje opservacije u pogledu spornih stvari.[26] Poseban kvalitet postupka pred Komitetom jeste njegova transparentnost.[27] Takođe, Komitet za Arhusku konvenciju, saglasno stavu 34 Aneksa, šalje stranama u postupku nacrt nalaza, mera i preporuka, koje ove mogu da komentarišu, što Komitet uzima u obzir pri izradi konačnih nalaza, mera i preporuka.

Komitet za Arhusku konvenciju razmatra da li je ugovornica implementirala propise Konvencije u unutrašnje pravo i da li je obezbedila da Konvencija proizvodi tražena dejstva u unutrašnjem pravnom poretku.[28]

---

hovce nuclear power plant (Ref. ACCC/C/2009/41), 3 July 2009 http://www.unece.org/env/pp/compliance/Compliancecommittee/41TableSlovakia.html

[23] Findings and Recommendations with regard to compliance by Kazakhstan with the obligations under the Aarhus Convention in the case of access to justice in the court of Medeuski region of Almaty (Communication ACCC/C/2004/06 by Ms. Gatina, Mr. Gatin and Ms. Konyushkova (Kazakhstan)) Adopted by the Compliance Committee on 16 June 2006 par. 30 b

[24] Veit Koester, The Compliance Committee of the Aarhus Convention, An Overview of Procedures and Jurisprudence, *Environmental Policy and Law*, 2-3/2007, 83

[25] UNECE, Communications from the Public, http://www.unece.org/ru/env/pp/pubcom.html, 5. septembar 2015.

[26] S. Kravchenko, 27. V. Koester, 85

[27] V. Koester, 85, S. Kravchenko, 23

[28] Na primer, Komitet je našao *that while the wording of the legislation of the Party concerned does not run counter to article 9, paragraph 2, of the Convention, the decision of the Court of Cassation of 1 April 2011, by declaring that the environmental NGO did not have standing, failed to meet the standards set by the Convention. Thus the Party concerned failed to comply with article 9, paragraph 2, of the Convention*...Findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2011/62 concerning complian-

Navodi podnosioca predstavke treba da budu dovoljno jasni, određeni i potkrepljeni dokazima.[29] Naravno, svaka strana u postupku treba da dostavi dokaze koje može da dostavi. Tako, ako podnosilac predstavke tvrdi da nije bio pozvan na raspravu pred nacionalnim sudom, on ne može da dostavi neki dokaz za tu tvrdnju. Ali, ako ugovornica osporava tu tvrdnju, ona treba da dostavi dokaz o uručenju sudskog poziva podnosiocu predstavke.[30] Komitet nije vezan argumentima strana koji se odnose na činjenice ili pravo i može da dolazi do zaključaka i mimo te argumentacije. Komitet nije, dakle, vezan zahtevom podnosioca predstavke u pogledu kršenja Konvencije.[31] Isto tako, on se ne smatra obaveznim da odgovori na sve navode strana.[32]

Komitet ima na raspolaganju dve mogućnosti – da sporno pitanje neprimene Konvencije reši u saradnji sa dotičnom ugovornicom ili da svoje nalaze i preporuke u vezi sa spornim pitanjim dostavi ugovornicama da ga razmotre i usvoje na svom sastanku. Komitet može, saglasno stavu 36 Aneksa uz Odluku I/7, u konsultacijama sa dotičnom ugovornicom da joj pruži savet i pomoć u vezi implementacije Konvencije ili, uz saglasnost te strane, da joj da preporuke i zatraži od nje da mu dostavi plan otklanjanja nepoštovanja Konvencije kao i informacije o primeni tog plana. Komitet nastoji da ovu saglasnot ugovornice dobije implicite tako što joj pošalje nacrt svog nalaza i preporuka i ljubazno je moli da odgovori šta bi bila spremna da učini u vezi sa tim. Ako ugovornica prihvati preporuke i počne sa njihovim ostvarivanjem, Komitet obaveštava ugovornice u svom izveštaju, koji priprema za redovni sastanak ugovornica, da je dotična ugovornica napredovala u rešavanju neusklađenosti sa Konvencijom.[33] Ovo je brži i za ugovornicu „manje bolan" postupak otklanjanja nepoštovanja Konvencije, nego iznošenje stvari na sastnaku država ugovornica, koji se održava u intervalima od tri godine.[34] Ukoliko ne dođe do uspešne saradnje Komiteta i ugovornice na otklanjanju uočenog nepoštovanja Konvencije ili ukoliko priroda i razlog propusta neke ugovornice da izvrši svoju obavezu, preuzetu Konvencijom, to zahteva, Komitet može, saglasno stavu 35 Aneksa, da predloži svim ugovornicama da na svom re-

---

ce by Armenia, Adopted by the Compliance Committee on 28 June 2013, par. 40. Vidi, - takođe, Findings and recommendations with regard to Communication ACCC/C/2008/24 concerning compliance by Spain, Geneva, 15–18 December 2009, par.110, 117

[29] V. Koester, 89

[30] *Ibid*., 89

[31] *Ibid.*, 87

[32] *Ibid*.

[33] *Ibid*.

[34] *Ibid*.

dovnom sastanku predlože toj ugovornici da preduzme potrebne mere da otkloni taj propust i da pozove tu ugovornicu da obavesti druge ugovornice preko Komiteta o preduzetim merama u nekom roku. Takođe, Komitet može da zahteva da njegov Sekretarijat pozove međunarodne univerzalne i regionalne organizacije kao i finansijske institucije da pruže savete i pomoć ugovornici radi primene potrebnih mera. Konkretan propust jedne ugovornice može da bude razlog da Komitet pozove ugovornice da na sastanku usvoje smernice za primenu pojedinih propisa Konvencije.[35]

Ugovornice imaju na raspolaganju sledeće mere. One mogu, kao i Komitet, ali sada bez saglasnosti ugovornice da daju savet, pruže pomoć u vezi sa implementacijom Konvencije, učine preporuke, traže od ugovornice da usvoji plan otklanjanja nepoštovanja Konvencije, informacije o ostvarivanju plana, izdaju deklaraciju o nepoštovanju, izdaju upozorenje, suspenduju pojedina prava i privilegije ugovornice i preduzmu druge odgovarajuće nesudske, nekonfronatcione i savetodavne mere. Slične mere predviđene su drugim mehanizmima za kontrolu poštovanja međunarodnih ugovora u oblasti životne sredine.[36] S. Kravčenko navodi da izbor mere zavisi od nivoa, tipa, uzroka i razloga neizvršavanja, kao i od spremnosti na saradnju dotične ugovornice, te da bi trebalo prvo koristiti mere koje bi ugovornicu podstakle na saradnju a, zatim, teže mere.[37]

4. PROTOKOL O VODI I ZDRAVLJU

Konvenciji o zaštiti i korišćenju prekograničnih vodotoka i jezera, usvojena u Helsinkiju 1992. godine[38] spada, zajedno sa Arhuskom konvencijom, u pet konvencija o životnoj sredini, usvojenih u okviru Ekonomske komisije UN za Evropu. Stupila je na snagu 1996. godine i uključuje 41 ugovornicu.[39] Njom su uspostvljene obaveze ugovornica u pogledu sprečavanja, kontrole i smanjivanja prekograničnog uticaja na vodene tokove. Protokol o vodi i zdravlju usvojen u Londonu 1999. godine,[40] stu-

[35] Komitet objavljuje sažetke svoje prakse. *Case Law of the Aarhus Convention - Compliance Committee* (2004-2011) drugo izdanje,. (eds) A. Andrusevych, T. Alge, C. Konrad, RACSE, Lviv, 2011

[36] S. Kravchenko, 29

[37] *Ibid.*, 31

[38] United Nations, *Treaty Series* , vol. 1936, 269

[39] United Nations Treaty Collection, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src =TREATY&mtdsg_no=XXVII-5&chapter=27&lang=en, 5 septembar 2015.

[40] United Nations, *Treaty Series*, vol. 2331, 202; ECOSOC doc. MP.WAT/AC.1/1999/1 of 24 March 1999.

pio je na snagu 2005. godine i obuhvata 26 ugovornica. Protokolom su ustanovljene različite vrste obaveza ugovornica. One su se, tako, obavezale članom 4 (2) (a) Protokola da će preduzeti sve odgovarajuće mere radi obezbeđivanja snabdevanja zdravom pijaćom vodom u kojoj neće biti mikro organizama, parazita ili supstanci koje, zbog brojnosti ili koncentracije, čine potencijalnu opasnost po ljudsko zdravlje. Ovo uključuje, saglasno tom propisu, zaštitu vodnih resursa, koji se koriste kao izvor pijaće vode, prečišćavanje vode i ustanovavanje, poboljšavanje i usavršavanje kolektivnih sistema. One će, prema članu 4 (2) (c) preduzeti sve odgovarajuće mere radi obezbeđivanja efektivne zaštite vodnih resursa, koji se koriste kao izvori pijaće vode, i njihovih vodnih ekosistema, protiv zagađivanja iz drugih izvora, uključiv poljoprivredu, industriju i druga ispuštanja ili emisije polutanata. Cilj je delotvorno smanjivanje i eliminisanje ispuštanja i emisija supstanci opasnih po ljudsko zdravlje i vodne ekosisteme. Ove i druge mere ugovornice treba da preduzimaju u skladu sa procenom korisnih i štetnih dejstava i troškova u odnosu na ljudsko zdravlje, vodne resurse i održivi razvoj. Saglasno članu 4 (5) ugovornice su se obavezale da preduzmu odgovarajuće akcije da stvore pravni, administrativni i ekonomski, stabilan i funkcionalan okvir, u okviru koga će javni, privatni i neprofitni sektori moći da daju svoje doprinose poboljšavanju upravljanja vodom radi sprečavanja, kontrole i smanjivanja bolesti koje su vezane za vodu.

4.1 Međunarodni postupak koji se odnosi na protokol o vodi i zdravlju

Članom 15 Londonskog protokola predviđeno je da će ugovornice na svom prvom sastanku ustanoviti nekonfrontirajući, nesudski i savetodavni multilateralni aranžman za nadzor izvršavanja obaveza. Taj aranžman će dozvoljavati uključivanje javnosti. Član 15 Londonskog protokola veoma je sličan članu 15 Arhuske konvencije. Ugovornice su, na prvom sastanku održanom u Ženevi 17. – 19. januara 2007. godine donele Odluku I/2 kojom su ustanovile Komitet za nadzor izvršavanja obaveza ustanovljenih Protokolom (dalje Komitet za Londonski protokol). Konstituisanje, fukcije i postupak rada Komiteta uređeno je Aneksom pripojenim toj Odluci. Konstitisanje, funkcije i postupak Komiteta za Londonski protokol identično je ili vrlo slično konstituisanju, funkcijama i postupku Komitetu za Arhusku konvenciju. Ipak, sam početak Aneksa uz Odluku I/2, koja se odnosi na Londoski protokol, je drugačiji od početka Aneksa uz Odliku I/7, koja se odnosi na Arhusku konvenciju. Aneks počinje iznošenjem cilja, prirode i načela postupka. Cilj procedure je da olakša i

unapredi izvršavanje Protokola o vodi i hrani, kako bi se sprečili sporovi. Postupak treba da bude jednostavan, neakuzatoran, kooprativan i da olakša primenu Protokola. On će se rukovoditi načelima transparentnosti, poštenja, ekspeditivnosti i predvidljivosti. Procedura će biti vođena tako da se uzmu u obzir interesi ugovornice koja se suočava sa teškoćama, interesi ugovornica kao celine, kao i stanovništva potencijalno ili stvarno pogođenog neizvršavanjem.

Komitet za Londonski protokol ima devet članova, koji služe u ličnom svojstvu, objektivno u najboljem interesu Protokola. Ugovornice na sastanku biraju članove Komiteta između kandidata koje predlože ugovornice, a razmatraju svaki predlog kandidata koji učine potpisnice i nevladine organizacije, koje imaju interese u oblastima na koje se odnosi Protokol. Članovi Komiteta biraju se na period između dva sastanka ugovornica, dakle tri godine, i mogu da budu dva puta birani najviše u dva mandata uzastopce. Odlučuje konsenzusom, a ako ovaj ne može da se postigne, dvotrećinskom većinom. Očigledne su neke razlike u odnosu na konstitusanje Komiteta za Arhusku konvenciju. Broj članova je neparan i predviđena je mogućnost većinskog odlučivanja. Pored toga, potpisnice i nevladine organizacije mogu da predlažu kandidate, i te predloge će razmtrati ugovornice na sastanku, ali će birati članove između kandidata koje su same predložile. Ovo je nejasno rešenje i, verovatno, je plod kompromisa. Odstupilo se od rešenja kakvo postoji za Komitet za Arhusku konvenciju, gde nevladine organizacije mogu da predlažu kandidate koje ugovornice mogu da biraju u Komitet, što se događalo. Rešenje predviđeno za Komitet za Londonski protokol nije jasno. Zašto bi potpisnice i nevladine organizacije predlagale kandidate i zašto bi ugovornice razmatrale te predloge na svom sastanku, ako ne mogu da biraju te predložene kandidate u Komitet?

U pogledu formulisanja funkcija Komiteta za Londonski sporazum nema značajnih razlika u odnosu na funkcije Komiteta za Arhusku konvenciju. Takođe, u pogledu formulisanja prava na obraćanje ugovornica, upućivanja Sekretarijata i podnošenja predstavki članova javnosti nema razlika u odnosu na rešenja primenjena na postupak pred Komitetom za Arhusku konvenciju. Ni u ovom slučaju ideja o mogućnosti podnošenja predstavki pojedinaca i nevladinih organizacija nije prihvaćena bez velike rasprave i primedbi.[41] Jednako tako razlike nema ni u pogledu uslova dopuštenosti predstavki koje podnose članovi javnosti, postupka koji se sprovodi u vezi sa tim predstavkama i načina prikupljanja informacija. Izvesne razlike postoje u pogledu mera koje Komitet za Londonski proto-

[41] S. Kravchenko, 22, 23

kol može da primeni i u pogledu mehanizma primene tih mera u poređenju sa merama koje može da primeni Komitet za Arhusku konvenciju i mehanizma primene mera.

Saglasno stavu 34 Aneksa uz Odluku I/2, Komitet za Londonski protokol može da primeni sledeće mere. On može da pruži savet ili pomoć ugovornici u pogledu izvršavanja obaveze iz Protokola, što može da uključi pomoć u traženju podrške specijalizovanih agencija i drugih kompetentnih tela. Može da zahteva od ugovornice da usvoji akcioni plan za svoje usaglašavanje sa obavezama iz Protokola u roku koji se dogovori između Komiteta i nje, ili Komitet može da joj pomogne u pripremi takvog plana. On može da pozove ugovornicu da podnese izveštaj u pogledu napretka koji je učinila u pogledu svog usaglašavanja sa obavezama iz Protokola. Može da izda upozorenje. U pogledu predstavki članova javnosti, može da uputi preporuke dotičnoj strani o specifičnim merama koje bi trebala da preduzme u pogledu pitanja koja su pokrenuta predstavkom. Opseg mera je veći od onog na raspolaganju Komiteta za Arhusku konvenciju. Pored toga, da Komitet predloži mere radi rešavanja pitanja pokrenutog predstavkom, ne treba mu saglasnost dotične ugovornice.

Pošto razmotre izveštaj i preporuke Komiteta za Londosnki protokol, ugovornice na svom sastanku mogu, u zavisnosti od specifičnosti pitanja pred njima i uzimajući u obzir uzrok, tip, stepen i učestalost neizvršavanja, mogu, na osnovu stava 35 Aneksa uz Odluku I/2, da preduzmu bilo koju meru koju može da preduzme i Komitet. Pored toga, one mogu da predlože ugovornicama da obezbede finansijsku i tehničku pomoć, obuku ili druge mere izgradnje kapaciteta i da olakšaju transfer tehnologija. Same mogu da odluče da olakšaju davanje finansijske i tehničke pomoći, obuke i izgradnje kapaciteta, uključujući traženje podrške specijalizovanih agencija i drugih kompetentnih tela. Mogu da donesu deklaraciju o kršenju Protokola i da daju specijalni publicitet slučajevima kršenja. Saglasno pravilima međunarodnog prava o suspenziji međunarodnih ugovota, mogu da suspenduju primenu Protokola, kao i specijalnih prava i privilegija prema dotičnoj strani. Mogu da preduzmu i druge nekonfrontirajuće, nesudske i savetodavne mere. U odnosu na rešenje primenjeno kod Komiteta za Arhusku konvenciju, ovde je ugovornicima ostavljeno više mogućnosti da same pruže pomoć dotičnoj državi ili da pozovu specijalozovane agencije radi pružanja pomoći.

Komitet za Londosnki protokol održao je prvi sastanak 12. marta 2008. godine.[42] Prva i za sada jedina predstavka podneta je 24. novembra

[42] UNECE, Compliance Committee, - http://www.unece.org/env/water/pwh_bodies/cc.html, 5. septembar 2015.

2014. godine.[43] Komitet je 17. februara 2015. godine doneo preliminarnu odluku da je predstavka dopuštena,[44] ali u vreme pisanja ovog teksta, dakle do septembra 2015. godine, nije odlučio o predstavci.

5. UPOREDNA ANALIZA

Međunarodni postupak, ustanovljen Severnoamričkim sporazumom, usmeren je na povećanje nivoa poštovanja unutrašnjih propisa tri ugovornice, kojima se štiti životna sredina. Sledeća dva međunarodna postupka, izložena u ovom tekstu, usmerena su na obezbeđivanje poštovanja međunarodnih ugovora – Arhuske konvencije i Protokola o vodi i zdravlju. Ono što im je zajedničko jeste da pojedinci i nevladine organizacije pokreću te postupke, kao i uloga nezavisnih ekspertskih tela u postupcima. Po tome se oni razlikuju od drugih međunarodnih postupaka, ustanovljenih drugim međunarodnim ugovorima, radi kontrole poštovanja tih ugovora i po tome su slični sa međunarodnim postupcima, ustanovljenim međunarodnim ugovorima iz oblasti ljudskih prava.

Međutim, kada su u pitanju međunarodni postupci iz oblasti ljudskih prava, njih mogu da pokrenu pojedinci, koji su bili žrtve kršenja ljudskih prava, kako bi putem tih postupaka ostvarili obeštećenje.[45] Ovde to nije slučaj. Tri postupka, izložena u ovom tekstu, mogu da pokrenu pojedinci koji nisu žrtve kršenja prava. To svakako važi za postupke koji se odnose na Severnoamerički sporazum, na Londonski protokol i na Arhusku konvenciju, kada je u pitanju stav 3 člana 9 te Konvencije. Tako, na primer, predstavku protiv Meksika podnela je ekološka grupa *Manglar* jer Meksiko nije primenio svoje zakone o ekološkom balansu i zaštiti životne sredine, o šumama, o nacionalnim vodama, o ribarstvu i neke druge, te je time naneo štetu močvarama, kvalitetu vode, ribarstvu i nekim zaštićenim vrstama.[46] Isto tako, međunarodni postupak kontrole poštovanja Arhuske konvencije

[43] UNECE, http://www.unece.org/environmental/protocol-on-water-and-health/cc/-communications/ecempwhcccom1.html, 5. septembar 2015.

[44] UNECE, Protocol on Water and Health Compliance Committee, http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/documents/2015/WAT/CC_Communications_documents/ECE.MP. WH.CC.COM.1_Determination_Admissibility.pdf, 5. septembar 2015.

[45] Vidi, npr.: član 1 Opcionog protokola uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, član 2 Opcionog protokola uz Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, član 14 Međunarodne konvencije o eliminisanju svih oblika rasne diskriminacije. Christian Schall, Public Interest Litigation Concerning - Environmental Matters before Human Rights Courts: A Promsisng Future Concept? *Journal of Environmental Law*, 3/2008, 417-453.

[46] Factual Record, Aquanova Submission (SEM-98-006) Prepared in Accordance with Article 15 of the North American Agreement on Environmental Cooperation

protiv ugovornice može da pokrene neko ko nije pogođen kršenjem Konvencije koje je predmet predstavke. Tako je austrijska nevladina organizacija *Vier Pfoten — Stiftung für Tiershcutz gemeinnützige Privatstiftung* pokrenula postupak protiv Austrije pred Komitetom za Arhusku konvenciju zbog propusta ove da obezbedi pristup članova javnosti administrativnim ili sudskim postupcima kako bi osporavali akte javnih vlasti ili privatnih osoba, koji su suprotni nacionalnim administrativnim kaznenim zakonima i krivičnim zakonima, koji se odnose na priodnu sredinu, kao što su kršenja zakona koji se odnose na trgovinu divljim životinjama, zaštitu prirode ili zaštitu životinja.[47] Nevladina organizacija *Earthjustice* pokrenula je postupak pred Komitetom za Londonski protokol zbog propusta Portugala da u drugom izveštajnom periodu podnese izveštaj o napretku o pogledu ostvarivanja ciljeva određenih članom 6 Protokola i u pogledu uspostavljanja sistema praćenja i upozoravanja, predviđenih članom 8.[48]

Pored toga, cilj pokretanja postupka ne mora da bude obeštećenje podnosioca predstavke, već dosledna primena domaćeg ili međunarodnog ekološkog prava. Sledeća razlika između ovih postupaka i onih iz oblasti ljudskih prava odnosi se na korišćenje lokalnih pravnih lekova. Dok je to u međunarodnim postupcima iz oblasti ljudskih prava strog uslov dopuštenosti predstavke, u ova tri postupka to nije slučaj.

Uloga nezavisnih ekspertskih tela je zajednička karakteristika obe grupe postupaka. Ali, i tu postoje značajne razlike. Komitet za Arhusku konvenciju razlikuje se od svih drugih po tome što u njegovom sastavu mogu da budu eksperti koje su predložile ne samo vlade već i nevladine organizacije. U svim ostalim slučajevima eksperte predlažu države. Sledeća razlika u vezi sa ekspertskim telima ogleda se u njihovom odnosu prema konferencijama ugovornicama. Kada su u pitanju ljudska prava, ekspertska tela sprovode postupak sama u celosti. Ona podnose izveštaje telima Ujedinjenih nacija, ali u pogledu rešavanja pojedinačnih predstavki deluju samostalno. Videli smo da Komitet za Arhusku konvenciju, Komitet za Londonski protokol mogu sami da sprovode postupak, ali mogu i da se obraćaju ugovornicama i da im predlažu da one na svojim sastancima preduzimaju odgovarajuće mere. Ovakvo rešenje je posledica sličnih rešenja primenjenih u međunarodnim postupcima za kontrolu poštovanja ugovora iz oblasti životne sredine. U tim postupcima uža međudržavna

[47] Findings and recommendations with regard to communication, ACCC/C/2011/63 concerning compliance by Austria, Adopted by the Compliance Committee on 27 September 2013

[48] UNECE, http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/documents/2015/WAT/CC Communications_documents/Communication_Portugal_Earthjustice.pdf, 5. septembar 2015.

tela, sačinjena od predstavnika ugovornica, obično predlažu konferenciju ugovornica da preduzme mere prema ugovornici koja nije izvršila svoje obaveze. U okviru Komisije za saradnju u oblasti životne sredine, osnovana članom 8 Severnoamričkog sporazuma, postupak utvrđivanja činjenica sprovodi Sekretarijat, kao ekspertsko telo, ali prema instrukcijama Saveta, koga čine predstavnici tri ugovornice na ministarskom nivou. Pored toga, Sekretarijat objavljuje izveštaj o činjenicama posle saglasnosti Saveta. Očigledno je da su tri ugovornice želele da u ovom postupku sačuvaju poslednju reč za sebe. U literaturi je traženo da države preko svojih predstavnika, članova Saveta ne odlučuju o izradi i objavljivanju izveštaja o činjenicama.[49] Vlade vide ovaj postupak kao postupak rešavanja sporova i nastoje da ga oslabe, a ne ojačaju.[50] Zaista, na početku ovog teksta naveden je podatak da je podneto je 85 predstavki, a objavljeno 22 konačna izveštaja. Pošto su članovi 14 i 15 Severnoamričkog sporazuma nedovoljno precizni i jasni, Sekretarijat je usvojio smernice za primenu tih članova, koje je Savet potvrdio. Uprkos tome i dalje su postojala pitanja koja su dovodila do trvenja Sekretarijata i Saveta tako da su vlade predstvljene u Savetu pokušavale da menjaju smernice u tim slučajevima, što je ocenjeno kao ugrožavanje nezavisnoti Sekretarijata i kredibilnosti postupka.[51]

Sa druge strane, učešće konferencije ugovornica može da ima pozitivnu ulogu. Kada konferencija ugovornica preduzme neku meru, to može da ima veću težinu nego kada to učini ekspertsko telo. Naravno, ugovornici je, verovatno, lakše da stvar reši u saradnji sa ekspertskim telom. Međutim, ako saradnje nema, delotvornost primene međunarodnog ugovora zahteva da se angažuje konferencija država. Komitetu za Arhusku konvenciju ostavljeno je malo prostora za samostalnu akciju, ali se ovaj u praksi izborio za veći prostor. Izgleda da je to ocenjeno kao dobra praksa te je Komitetu za Londonski protokol ostavljena veća autonomija u preduzimanju mera.

Važno je naglasiti da su ti postupci, kako u oblasti ljudskih prava, tako i u oblasti ekologije, postupci mirenja. Odstupa samo postupak na osnovu Severnoameričkog sporazuma koji nije postupak mirenja, već je postupak utvrđivanja činjenica. Dakle, to nisu sudski postupci. Ta crta

[49] Chris Wold, Evaluating NAFTA and the Commission for Environmental Cooperation: Lessons for Integrating Trade and Environment in Free Trade Agreements, *Saint Louis Public Law Review*, 1/2008, 249, fn. 256

[50] *Ibid*.

[51] Linda J. Allen, The North American Agreement on Environmental Cooperation: Has It Failed Its Promises and Potentials? An Empirical Study of Policy Effectiveness, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 1/2012, 147

mirenja, traženja prijateljskog rešenja izražena je naročito u oblasti postupaka koji se odnose na Arhusku konvenciju i Londonski protokol. Suština tih postupaka je da se ugovornici pomogne u otklanjanju nepoštovanja međunarodnih obaveza putem saveta, pružanja pomoći, tehničke, finansijske i druge ili podsticanjem specijalizovanih agencija da pruže pomoć. Ideja pružanja međunarodne podrške ugovornici da izvrši međunarodne obaveze uočljiva je i u međunarodnom postupku ustanovljenom Opcionim protokolom uz Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima iz 2008. godine. Tamo Komitet za ekonomska, socijalna i kulturna prava može, uz pristanak ugovornice da podstakne specijalizovane agencije na pružanje pomoći. Takvi postupci su, verovatno, pogodniji od sudskih postupaka kada su u pitanju vrlo složene i fleksibilne međunarodne obaveze, čije izvršavanje ne mora da zavisi jedino od dobre volje vlade, kao što su one ustanovljene Međunarodnim paktom o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima ili Protokolom o vodi i zdravlju.

Iako je postupak uspostavljen Severnoamričkim sporazumom potpuno neofanzivan i završava izveštajem o činjenicama, vlade ga doživljavaju kao parnični postupak. Tražeći efikasnije i bolje rešenje, članovi Nacionalnog savetodavnog komiteta u SAD, koji savetuje Agenciju za zaštitu prirodne sredine, predložili su stvaranje neakuzatornog, kooperativnog mehanizma za rešavanje ekoloških problema koje uoče građani.[52] Na inicijativu pojedinaca Sekretarijat bi radio na traženje rešenja za iznet problem putem saradnje sa podnosiocem predstavke i dotičnom državom. On bi ispitivao načine i mogućnosti rešavanja problema, dostupnu tehnologiju, finansijska sredstva i o tome obaveštavao podnosioca predstavke i dotičnu stranu.[53] Navedeni predlog Nacionalnog savetodavnog komiteta potvrđuje uverenje o korisnosti ovakvih postupaka.

Korisnost ovakvih postupaka ne ispoljava se samo kroz povećanje nivoa poštovanja domaćeg i međunarodnog prava životne sredine, već i kroz proces „demokratizacije" ovog procesa. Pritisnute kratkoročnim ekonomskim interesima, vlade čak i najrazvijenijih zemalja, zapostavljaju izvršavanje domaćih i međunarodnih ekoloških propisa. Međutim, svesne značaja poštovanja tih propisa, one pristaju da se u proces kontrole poštovanja tog prava uključe pojedinci i nevladine organizacije. Jedan od najdelotvornijih ugovora u oblasti zaštite životne sredine jeste Montrealski protokola o supstancama koje prazne ozonski omotač iz 1987. godine, kojim je operacionalizovana Bečka konvecije o zaštiti ozonskog omotača

[52] Ch. Wold, 250
[53] *Ibid*.

iz 1985. godine.[54] Delotvornost ovog ugovora je ostvarena prvenstveno sinergijom tehnološkog razvoja, dakle razvojem supstanci koje se mogu koristiti za rashladne uređaje, a koje ne štete ozonu, i ekonomskih interesa multinacionalnih kompanija i razvijenih država da te supstance zamene gasove koji su se do tada koristili, a koji prazne ozonski omotač. Naravno, ceo proces je olakšan međunarodnim postupkom koji je imao za cilj da pomognu državama da pređu na korišćenje bezopasnih supstanci.[55] Dakle, delotvornost međunarodnog ugovora u oblasti životne sredine ne mora nužno da zavisi jedino od kvaliteta međunarodnog postupka za kontrolu poštovanja tog ugovora, već zavisi od mnoštva drugih činilaca.

Uprkos prigovora zbog neefikasnosti i dugog trajanja međunarodnog postupka, ustanovljenog Severnoameričkim sporazumom, proces podnošenja predstavki nevladinih organizacija nije prestao. Isto tako, proces podnošenja predstavki Komitetu za Arhusku konvenciju teče. Dakle, proces „demokratizacije" međunarodnog nadzora poštovanja domaćeg ekološkog prava u Kanadi, Meksiku i SAD, kao i poštovanja Arhuske konvencije u ugovornicama je živ i teče. Jedino međunarodni postupak uspostavljen na osnovu Londonskog protokola nije, do sada, pobudio veće interesovanje javnosti, sudeći na osnovu broja podnetih predstavki.

6. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Davanje prava pojedincima i nevladinim organizacijama da pokreću međunarodne postupke u oblasti prava zaštite životne sredine učinjeno je zbog različitih razloga. Kada je u pitanju Severnoamerički sporazum, to je učinjeno, verovatno, kako bi se podigao nivo poštovanja i izvršavanja domaćih propisa, a da sporna pitanja nepoštovanja domaćih popisa ne postanu predmet međudržavnih sporova među ugovornicama. Kada je u pitanju Arhuska konvencija, takvo rešenje je implicirano samim predmetom Konvencije. Kada su ugovornice odlučile da unutrašnje sudske ili administrativne postupke učine dostupnim pojedincima radi osporavanja akata privatnih subjekata i javnih vlasti koji su suprotni domaćim propisima koji se odnose na životnu sredinu, bilo je logično da međunarodni postupak kontrole poštovanja Konvencije učine dostupnim javnosti. Pozitivni rezultati u vezi sa Arhuskom konvencijom uticali su da se slično rešenje primeni u vezi sa Protokolom o vodi i zdravlju.

---

[54] *Handbook on the Montreal Protocol on Substances that Deplete Ozone Layer*, UNEP, 2009

[55] Rodoljub Etinski, Uporedna analiza međunarodnih režima zaštite ozonskog sloja i promene klime, *Pravni život*, 4/2012, 175-195

Ovi postupci slični su onim međunarodnim postupcima ustanovljenim radi kontrole poštovanja ugovora iz oblasti ljudskih prava, ali postoje značajne razlike. Poslednji postupci su ustanovljeni radi pribavljanja određene međunarodne zaštite u slučaju kršenja ljudskih prava, te njih mogu da pokreću samo pojedinci ili nevladine organizacije čija prava su prekršena. Međunarodni postupci koji se odnose na Severnoamerički sporazum, Arhusku konvenciju ili Londonski protokol imaju za cilj uspešniju zaštitu životne sredine, te otuda povreda prava podnosioca predstavke ne mora da bude uslov njene dopuštenosti. Druga bitna razlika između ove dve grupe postupaka odnosi se na obavezu korišćenja lokalnih pravnih lekova, kao uslova dopuštenosti predstavke. U oblasti ljuskih prava, to je eliminatorni uslov dopuštenosti. U oblasti životne sredine nije. Treća bitna razlika ispoljena je u odnosu između ekspertskih tela i konferencije ugovornica koje su osnovale ta ekspertska tela. U oblasti ljudskih prava ceo postupak sprovode ekspertska tela, dok je postupak u oblasti životne sredine podeljen između ekspertskih tela i konferencija ugovornica. Takvo rešenje ide u prilog delotvornosti postupka. Ugovornica ima mogućnost da reši problem putem prijateljske i podsticajne saradnje koju nudi ekspertsko telo. Ako to ne učini, problemom se bavi konferencija ugovornica.

U pitanju su postupci utvrđivanja činjenica i mirenja, a ne sudski postupci. U postupcima koji se odnose na Arhusku konvenciju i Londonski protokol naglašeno je, naročito, prijateljsko traženje rešenja. Ekspertsko telo konstatuje da ugovornica nije izvršila obavezu i preporučuje joj da usvoji plan mera za otklanjanje nedostatka, da ga obavesti o usvojenom planu i napretku u njegovoj realizaciji. Ekspertska tela mogu da preporuče pružanje neophodne pomoći ugovornici radi otklanjanja nedostatka. Ukoliko ugovornica pokaže kooperativnost, ekspertsko telo obaveštava konferenciju ugovornica o postignutom napretku. Ako kooperativnosti nema, ekspertsko telo predlaže konferenciji da ova predloži nove mere ugovornici ili sama preduzme potrebne mere.

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

International Procedures for Environmental Protection Initiated by Individuals

Abstract: *The text analyzes international compliance procedures related to the 1993 North American Agreement on Environmental Cooperation, the 1998 Convention on the Access to Information, Public Participation to Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters and the 1999 Protocol on Water and Health to the 1992 Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes. The common feature of these procedures is that they can be initiated by individuals and non-governmental organizations. This novelty of international compliance procedures in environmental matters made them comparable with international procedures established by universal human rights treaties. All of them can be initiates by communications of individuals.*

The three mentioned procedures were established due to different reasons. By the pressure of environmental non-governmental organizations and to satisfy some economic concerns, the North American Free Trade Treaty was supplemented by the North American Agreement on Environmental Cooperation that was aimed at improvement of the application of national environmental law. Unequal levels of the application of national environmental laws in Canada, Mexico and the USA might have negative consequences to trade between them and to environmental protection in them. To prevent such development the Agreement was concluded and individuals and NGO-s are allowed to trigger international fact-finding procedure.

The subject-matter and purposes of the Aarhus Convention – democratization of environmental governance – implies that the public should have the right to initiate international conciliatory procedures. In spite of the fact that subject-matter and purposes of the London protocol are different, corresponding conciliatory procedure was inspired by the Aarhus procedure.

All three procedures are intended, at last resort, to improve protection of the environment. The protection of an individual interest is not the first aim. Due to that, legal standing and rule on local remedies are not defined in the same way as in human rights proceedings.

Value of these proceedings is not manifested just in an achievement of the higher effectiveness of environmental law, but also in democratization of an important field of international cooperation.

Key words: *international procedures, environment, individual*

Datum prijema rada: 12.09.2015.

Originalni naučni rad 502/504:341.24(4)
doi:10.5937/zrpfns49-9258

Dr Zoran V. Arsić, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
arsicz@pf.uns.ac.rs

EVROPSKA KONVENCIJA O PREDELU[1]

Sažetak: *Evropska konvencija o predelu je doneta od strane Komiteta ministra Saveta Evrope 19 jula 2000. Svrha donošenja Konvencije je da podstakne zaštitu, upravljanje i planiranje evropskog predela i organizuje evropsku saradnju u toj oblasti. Radi se o prvom međunarodnom pranom ugovoru koji je u celini posvećen zaštiti i upravljanju evropskim predelom. Područje primene konvencije je vrlo široko. Konvencija se primenjuje na celu teritoriju Strana potpisnica i obuhvata prirodna, seoska, gradska i prigradska područja. Konvencija obuhvata kopno, kopnene vode i morske oblasti. Odnosi se na predele koji se mogu smatrati izuzetnim, kao i na svakidašnje i degradirane predele.*

Predeo označava određeno područje, onako kako ga ljudi vide i dožive, čiji je karakter rezultat delovanja i interakcije prirodnih i/ili ljudskih resursa. U vezi sa ovako utvrđenim pojmom predela ukazuje se, pre svega, da se da se radi o dinamičnoj kategoriji, budući da predeo menja tokom vremena, kao rezultat delovanja prirode i ljudskog faktora. Osim toga naglašava se da predeo predstavlja celinu, koju čine prirodne i kulturne komponente.

Pareticipacija javnosti implicira prava i odgovornosti populacije da ima aktivnu ulogu u procesu sticanja znanja, odlučivanja i upravljanja kvalitetom mesta u kojem žive. Angažovanje javnosti u odlučivanju i implementaciji odluka nije samo formalni čin, već integralni deo procedura upravljanja, zaštite i planiranja. Participacija mora biti efektivna.

Ključne reči: *predeo, participacija javnosti*

---

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

Evropska konvencija o predelu (u daljem tekstu Konvencija) je doneta od strane Komiteta ministra Saveta Evrope 19 jula 2000 , čime su okončane aktivnosti započete 1994 godine.[2] Radi se o jednom od pravnih akata iz domena ekologije donetih u okviru Saveta Evrope [3] (Konvencija o očuvanju evropske divljači i njihovih prirodnih staništa iz 1979 godine, Konvencija o građanskoj odgovornosti za štete nastale usled aktivnosti opasnih po životnu sredinu iz 1993 godine,[4] Konvencija o krivičnopravnoj zaštiti životne sredine iz 1998 godine). Osim Konvencije od značaja je i Vodič za primenu Evropske konvencije o predelu donet 2008 godine namenjen državama koje žele da sačine i primene nacionalnu predeonu politiku zasnovanu na Konvenciji.

Srbija je ratifikovala Konvenciju 2011 godine (Zakon o potvrđivanju Evropske konvencije o predelu, Službeni glasnik Republike Srbije – Međunarodni ugovori, br.4/2011 od 27.5.2011godine), kao i Konvencije o dostupnosti informacija, učešću javnosti u donošenju odluka i pravu na pravnu zaštitu u pitanjima životne sredine iz 1998 (Konvencija iz Arhusa), na koju se Konvencija poziva u preambuli (Zakon o potvrđivanju Konvencije o dostupnosti informacija, učešću javnosti u donošenju odluka i pravu na pravnu zaštitu u pitanjima životne sredine, Službeni glasnik Republike Srbije – Međunarodni ugovori, br.38/2009). Potvrđivanje ovih međunarodnopravnih akata iziskuje izmene domaćeg zakonodavstva, pre svega Zakona o zaštiti životne sredine.

Svrha donošenja Konvencije je da podstakne zaštitu, upravljanje i planiranje evropskog predela i organizuje evropsku saradnju u toj oblasti. Radi se o prvom međunarodnom pranom ugovoru koji je u celini posvećen zaštiti i upravljanju evropskim predelom[5] Područje primene konvencije je vrlo široko. Konvencija se primenjuje na celu teritoriju Strana potpisnica i obuhvata prirodna, seoska, gradska i prigradska područja. Konvencija obuhvata kopno, kopnene vode i morske oblasti. Odnosi se na predele koji se mogu smatrati izuzetnim, kao i na svakidašnje i degradirane predele (čl.2). Ukazuje se da je značajnije podstaći planiranje i upra-

[2] Explanatory Report, tačka 1

[3] Danica Popov, Načela zaštite životne sredine u dokumentima Ujedinjenih nacija, Evropske unije I Zakona o zaštiti životne sredine Republike Srbije, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2013, 137 - 138

[4] Zoran Arsić, Konvencija o građanskoj odgovornosti za štet nastale usled delatnosti opasnih po životnu sredinu, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2014,91 - 103

[5] Maguelonne Dejant – Pons, Content and scope of the convention, *Naturopa* 98/2002, 8

vljanje svakidašnjim i degradiranih predela, nego utvrđivanje i zaštita izuzetnih oblasti.[6] U pogledu takvih zaštićenih oblasti ukazuje se da treba uzeti u obzir specifičnosti svake pojedine zemlje. Za takva područja bi svaka država, u skladu sa svojim potrebama, trebala da utvrdi opšte i posebne mere zaštite, što obuhvata njihovu klasifikaciju, odnosno listu takvih zaštićenih oblasti. Obavezujuća ragulativa ili vodiči za takva zaštićena područja trebala bi da budu sastavni deo opšteg planiranja predela.[7] Polazeći od ovako širokog područja primene, učešće javnosti je još jedna važna karakteristika Konvencije. Podizanje svesti je ključno za učešće javnosti u postupku donošenja odluka koje se odnose na predeo.[8]

Konvencija se zasniva, direktno ili indirektno, na većem broju osnovnih principa.[9] Tako se ukazuje da je sama predmet regulisanja sam po sebi jedan princip, budući da se Konvencija primenjuje u pogledu svakog predela, nezavisno od njegove vrednosti, što uključuje i svakodnevne predele. Ipak, u delu literature se posebno ukazuje na principe integrisanosti i konzistentnosti.

U pogledu principa integrisanosti treba imati u vidu čl.5(d) Konvencije. Predviđena je obaveza Strana potpisnica da integrišu predeo u politike prostornog (regionalnog) i urbanističkog planiranja, i u kulturne, poljoprivredne, socijalne, ekonomske i politike životne sredine, kao i u sve ostale politike koje mogu da imaju posredan ili neposredan uticaj na predeo. Predeo, dakle, mora biti uključen u sve relevantne sektore javnog života.[10] Princip integrisanosti sam po sebi nije sporan, ali mere za njegovu realizaciju mogu predstavljati problem. U tom pogledu Konvencija ne nudi gotova rešenja, a na državama je da razviju metode za implementaciju principa integrisanosti. U tom pogledu je od značaja čl.8 Konvencije kojim se predviđa obaveza uspostavljanja saradnje u cilju povećanja efikasnosti mera preduzetih u skladu sa Konvencijom. Takvom razmenom iskustava i informacija se obezbeđuje široka primena pojedinih metoda koji su pokazali svoju efikasnost.[11]

Za razliku od principa integrisanosti, princip konzistentnosti nije izričito predviđen u Konvenciji.[12] S tim u vezi ukazuje se da Konvencija

---

[6] Guidelines for Implementation of the European Landscape Convention, 6

[7] *Ibid.*

[8] M. Dejant – Pons, 8

[9] Michel Prieur, Landscape and social, economic, cultural and ecological approaches u Landscape and sustainable development, *Challenges of the European landscape Convention*, Council of Europe , July 2006,17

[10] Explanatory Report, tačka 50

[11] M. Prieur, 19

[12] M. Prieur, 21

predstavlja svojevrsni paradoks. S jedna strane, proklamuje različitost predela, dok, s druge strane, ukazuje na ono što predstavlja zajedničke principe.[13] Nasuprot tome, naglašava se da ovaj paradoks predstavlja samo privid.[14] Na nacionalnom nivou princip konzistentnosti sprečava, na bazi opcija koje Konvencija nudi, da dodje do neusaglašenosti različitih nivoa politike predela. Osim toga, konzistentnost je neophodna u cilju ostvarivanja principa integrisanosti u smislu da nena neusaglašenosti u različitim sektorima politike predela. Konačno, konzistentnost je potrebna na lokalnom nivou kada se radi o rešenjima o zaštiti, upravljanju i razvojnoj politici. Na Evropskom nivou konzistentnost je osnova za uputstva i preporuke za primenu Konvencije.[15] Kada je Konvencija u pitanju princip konzistentnosti se mora primeniti u pogledu nekih članova. Tako na pr. u slučaju čl.7 strane potpisnice se obavezuju na saradnju pri razmatranju uloge predela u međunarodnim politikama i programima, kao i da će preporučiti, tamo gde je relevantno, da se u njih uključe problematike predela. Princip konzistentnosti zahteva koordinisanu međunarodnu akciju u pogledu predela u duhu Konvencije, što se odnosi i na oblasti u kojima je predeo ima sekundarni značaj (na pr. biološka raznovrsnost).[16] Primena zajedničkih programa vezanih za predele u slučaju prekograničnih predela (čl.9 Konvencije) mora se zasnivati na principu konzistentnosti kada se radi o kombinovanju principa Konvencije sa različitim sa različitim lokalnim kulturnim i pravnim obeležjima. Konačno, ukazuje se da, po svojoj prirodi, čl. 12 Konvencije traži primenu principa konzistentnosti kada se radi o odnosu Konvencije i drugih, postojećih ili budućih, obavezujućih nacionalnih ili međunarodnih pripisa, kojima se predviđa primena strožijih odredbi u pogledu zaštite, upravljanja ili planiranja predela.[17]

1. Predeo

Pojam predela je predmet različitih opredeljenja (na pr. predeo ka morfologija, kao okruženje i kao deo države).[18] Tako se prema morfološkoj koncepciji predela uzimaju u obzir materijalne forme fizičkog

[13] Bas Pedroli, Ebbe Adolfsson, Landscape, a growing concern, *Naturopa* 98/2002, 18

[14] M. Prieur, 21

[15] *Ibid.*

[16] M. Prieur, 21 - 22

[17] M. Prieur, 22

[18] Michael Jones, Marie Stenseke, The Issue of Participation in European Landscape Convention u Michael Jones, Marie Stenseke *European Landscape Convention, Challenges of Participation* (edited by Michael Jones, Marie Stenseke), Heidelberg 2011, 6

okruženja.[19] Konvencijom se, međutim, utvrđuje širi pristup pojmu predela. Prema čl.1 Konvencije ``Predeo `` označava određeno područje, onako kako ga ljudi vide i dožive, čiji je karakter rezultat delovanja i interakcije prirodnih i/ili ljudskih resursa.[20] U vezi sa ovako utvrđenim pojmom predela ukazuje se, pre svega, da se da se radi o dinamičnoj kategoriji, budući da predeo menja tokom vremena, kao rezultat delovanja prirode i ljudskog faktora. Osim toga naglašava se da predeo predstavlja celinu, koju čine prirodne i kulturne komponente.[21] U skladu sa time nije moguće odvojiti koncept ``kulturnog predela`` od koncepta ``prirodnog predela``, budući da su odnosu naglašene međuzavisnosti.[22]

U literaturi se ocenjuje da je spomenuta definicija predela kvalitetna s obzirom na njenu jednostavnost i sveobuhvatnost.[23] Početnu premisu u pojmu predstavlja ljudska percepcija. Zato predeo nije sinonim za okruženje (environment), budući da su prirodni elementi okruženja predmet kognitivnih procesa. S tim u vezi naglašava se da je jedan od polaznih osnova za donošenje Konvencije stav prema kojem aktivnosti vezane za predeo ne mogu više biti monopolisane od strane specijalizovanih naučnih ili tehničkih tela.[24] S tim u vezi iznosi se ocena da jedan od kvaliteta Konvencije predstavlja potreba za dijalogom svih društvenih grupa.[25] To znači da je svako može kreirati svoju ličnu percepciju predela, što se označava kao demokratizacija predela, koja daje predelu kulturni, društveni i ekonomski značaj. Postupanje u vezi predela je vezano za svaki nivo – od evropskog do lokalnog, od pojedinačnog do ekspertskog, od lokalnog do regionalnog i nacionalnog.[26] Evropski predeo prevazilazi lokalne i nacionalne granice, pri čemu treba imati u vidu da postoje predeli sa identičnim karakteristikama sa različitih strana državnih granica što zahteva prekogranične mere, što sve zajedno opravdava regulativu na Evropskom nivou.[27]

---

[19] *Ibid.*

[20] Prema engleskom tekstu Konvencije (Aricle 1) "Landscape" means an area, as perceived by people, whose character is the result of the action and interaction of natural and/or human factors.

[21] Explanatory Report, tačka 38

[22] Raymond – Pierre Lebeau, Landscape and Nature, *Naturopa* 98/2002, 15

[23] Graham Fairclough, A forward – looking convention : European landscapes for the 21st century, *Naturopa* 98/2002, 5

[24] Explanatory Report, tačka 22

[25] G. Fairclough, 5

[26] G. Fairclough, 6

[27] Explanatory Report, tačka 29

U literature se ukazuje na postojanje tri nivoa postojanja predela.[28] Na prvom nivou predeo se kao objekt može opisati i kvantifikovati spoznajnim i naučnim metodom. Radi se pre svega o aktivnostima geografa i ekologa koji se bave predelom, uz integraciju većeg broja prirodnih nauka (true landscape). Na drugom nivou se radi o predelu u pogledu kojeg se utvrđuju vrednosni sudovi usaglašeni u okviru pojedinih društvenih grupa vezanih za predeo (right landscape). U tom pogledu su od značaja društvene nauke. Ukoliko se radi o ličnom doživljaju predela, tada se radi o trećem nivou (real landscape) i on je dugo bio zanemarivan kako u nauci tako i u politici. S tim u vezi ukazuje se da je poseban značaj Konvencije što izričito uzima u obzir baš ovu dimenziju predela.[29]

Konvencijom se ustanovljavaju različite opšte vrednosti predela. U Preambuli se ukazuje da predeo predstavlja resurs koji pogoduje privrednim aktivnostima, a čijom se zaštitom, upravljanjem i planiranjem može doprineti otvaranju novih radnih mesta. Drugo, predeo doprinosi formiranju lokalnih kultura i predstavlja jedan od osnovnih elemenata evropskog prirodnog i kulturnog nasleđa. Treće, predeo je važan činilac kvaliteta života ljudi. Četvrto, kvalitet i raznolikost evropskih predela čine zajedničko bogatstvo.[30] Osim lokalnog značaja, evropski predeli predstavljaju vrednost za sve Evropljane. U svojoj različitosti i kvalitetu, kulturne i prirodne vrednosti evropskih predela su deo evropskog zajedničkog nasleđa.[31]

2. Participacija javnosti

Kao što smo ranije ukazali prema čl.1 Konvencije ``Predeo `` označava određeno područje, onako kako ga ljudi vide i dožive, čiji je karakter rezultat delovanja i interakcije prirodnih i/ili ljudskih resursa. Imajući u vidu ovu definiciju pedela sadržanu u Konvenciji potpuno je logično i neophodno da javnost uzme učešća u zaštiti i upravljanju predelom.[32] Ona implicira prava i odgovornosti populacije da ima aktivnu ulogu u procesu sticanja znanja, odlučivanja i upravljanja kvalitetom mesta u kojem žive. Angažovanje javnosti u odlučivanju i implementaciji odluka nije samo formalni čin, već integralni deo procedura upravljanja, zaštite i planiranja.[33] Participacija mora biti efektivna.[34]

---

[28] B. Pedroli, E. Adolfsson, 18

[29] *Ibid.*

[30] M. Jones, M. Stenseke, 10

[31] Explanatory Report, tačka 29 - 30

[32] Michel Prieur, Sylvie Durousseau, Landscape and public participation u *Landscape and sustainable development : challenges of the European Landscape Convention*, Council of Europe, July 2006, 166

[33] Guidelines for Implementation of the European Landscape Convention I.2.

Kada su odredbe Konvencije u pitanju od značaja za participaciju su čl.5c i čl.6D. Prema čl.5c sve strane potpisnice se obavezuju da će uspostaviti procedure za uključivanje najšire javnosti, lokalnih i regionalnih vlasti, ako i drugih strane koje su zainteresovane za određivanje i primenjivanje predeonih politika predviđenih Konvencijom (čl.6). Predeo je pitanje koje se tiče celokupne populacije i briga o njemu zahteva saradnju širokog kruga pojedinaca i organizacija.[35] U pogledu procedura dolaze u obzir različiti pojavni oblici kao što su konsultacije, ispitivanje javnosti, informativne skupove, kao i obrazovne izložbe, pri čemu se ti postupci mogu istovremeno primenjivati.[36] Prema čl.6D sve Strane potpisnice se obavezuju da će utvrditi ciljne kvalitete predela za one predele koji su identifikovani i procenjeni, nakon javne rasprave, saglasno čl.5c. Pre preduzimanja neke mere zaštite, upravljanja i planiranja predela od suštinske važnosti je da se javnosti učini jasnim koji se ciljevi žele postići. Ti ciljevi bi trebalo da budu ustanovljeni, objašnjeni i objavljeni od strane nadležnih organa posle širokih konsultacija koje obuhvataju sve relevantne interese.[37] Treba, takođe, ukazati na čl.6C gde je predviđeno da se Strane potpisnica obavezuju da će, uz aktivno učešće zainteresovanih strana kao što je utvrđeno u čl. 5c, identifikovati predele na svojoj teritoriji i izvršiti procenu tako identifikovanih predela, vodeći računa o posebnim vrednostima koje im pridaju zainteresovane strane i stanovništvo. Identifikacija i procena predstavljaju prvi korak u primeni Konvencije. [38] Predeo u stvari ne postoji dok odnos prema prirodnom prostoru ne bude doživljen i interpretiran od strane pojedine kulture. Procena predela mora biti proces zasnovan na argumentaciji radi identifikacije pozitivnih i negativnih vrednosti od značaja za politiku planiranja. Imajući to u vidu ukazuje se da procena predela predstavlja osnovu za donošenje odluka, utvrđivanja ciljnih kvaliteta i teritorijalnog planiranja.[39]

Participacija se opravdava različitim argumentima. Pre svega, ukazuje se da se njome naglašava likalni i regionalni identitet. S tim u vezi ukazuje se da u slučaju da je javnost angažovana u odlučivanju u pogledu predela, tada postoji veće verovatnoća da će se identifikovati sa oblastima i gradovima u kojima provode vreme. Sa povećanim uticajem na svoje

[34] M. Prieur, S. Durousseau, 157
[35] Explanatory Report, tačka 50
[36] Guidelines for Implementation of the European Landscape Convention, Ii.2.3.
[37] Explanatory Report, tačka 59
[38] Angioletta Voghera, *After the European Landscape Convention, Policies, Plans and Evaluation*, Perugia 2011, 109
[39] *Ibid.*

okruženje biće u stanju da osnaže lokalni i regionalni identitet i različitost.[40] Drugo, navodi se demokratizacija, o kojoj je već bilo reči. Ukazuje se da predeo nije nešto što je samo za elitu, eksperte ili vlast, već predstavlja predmet šireg značaja.[41] Treće, naglašava se da participacija utiče na legitimitet odluka u vezi sa predelom.[42] Odluke imaju veći legitimitet u slučaju da javnost angažovana u formulisanju ciljeva i kriterijuima za njihovo donošenje .

U literaturi se ukazuje da se javnost mora tumačiti ekstenzivno. Participacija javnosti znači angažovanje pojedinaca i društvenih grupa koje su van formalnog procesa donošenja odluke od strane vlade i lokalnih vlasti. Pri tome se naglašava da se ne radi o potpunoj delegaciji nadležnosti na lokalne zajednice. Ne radi se o substituciji procesa odlučivanja od strane državnih vlasti već o njegovom dopunjavanju. Cilj je da se stavovi zainteresovanih (lokalne zajednice, stanovništva, gostiju, eksperata) uvedu u proces odlučivanja.[43]

Učešće različitih organizacija i pojedinaca izaziva određene probleme, pre svega u pogledu odnosa javnosti i eksperata, koji se manifestuju u određenim neusaglašenostima teksta Konvencije i Explanatory Report – a.[44] Tako u pogledu identifikacije i procene predela (čl.6c) Konvencijom je predviđeno da se procena identifikovanih predela vrši vodeći računa o posebnim vrednostima koje im pridaju zainteresovane strane i stanovništvo. Za razliku od toga Explanatory Report sadrži pristup koji je više jednostran.[45] Pre svega ukazuje se da je percepcija javnosti subjektivna i može biti značajno različita. S tim u vezi sugeriše se da bi procenu trebalo prvo vršiti na osnovu objektivnih kriterijuma, a zatim izvršiti komparaciju sa gledištima javnosti i drugih zainteresovanih grupa, što se ocenjuje kao problematično.[46] Ovakav pristup zahteva da javnost izražavajući svoje subjektivno viđenje bude odgovarajuće informisana o objektivnom nalazima eksperata. Na taj način, prema pristupu sadržanom u Explanatory Report-u, predeo je nešto što je poznato ekspertima i, kroz informacione kampanje, nametne javnosti pre nego ona može da izrazi svoj stav.[47] Ovakav, u mnogome, tehnicistički pristup je prisutan i u drugim odredbama

[40] Prema Michael Jones, European Landscape and Participation – Rhetoric or Reality u Michael Jones, Marie Stenseke, *European Landscape Convention, Challenges of Participation* (edited by Michael Jones, Marie Stenseke), Heidelberg 2011, 31

[41] *Ibid.*

[42] *Ibid.*

[43] M. Jones, 30

[44] Kenneth Olwig, The Practice of Landscape ` Conventions` and the Just Landscape : The Case of the European Landscape Convention, *Landscape Research* 5/2007, 591

[45] Explanatory Report, tačka 57

[46] M. Jones, M. Stenseke, 13

[47] K. Olwig, 591

Explanatory Report – a. Tako se u pogledu identifikacije i procene predela sugeriše upotreba geografskih informacionih sistema, kompjuterske izrade mapa i sl. pri čemu se predeo tretira pretežno kao morfološka kategorija.[48]

Za razliku od toga, Vodič za primenu Evropske konvencije o predelu (I1.G)zauzima drugačiji pristup koji se ocenjuje značajno manje jednostran.[49] Predviđa se da postupci participacije javnosti i drugih zainteresovanih (stakeholders), koji im omogućavaju aktivnu ulogu u formulisanju, primeni i monitoringu ciljnih kvaliteta predela, prethodi svakoj aktivnosti usmerenoj na definisanje, primenu i monitoring politika predela. Ukazuje se, takođe, da aktivno učešće javnosti znači da bi specijalizovano znanje bilo dostupno svima na način koji je razumljiv laicima (non – specialists).[50]

Jedan od problema vezanih za participaciju javnosti ogleda se i u tome što Konvencija, s jedne strane, previđa participaciju javnosti, dok, s druge strane, ne utvrđuje šta se podrazumeva pod javnošću. S tim u vezi od značaja je rešenje Konvencije o dostupnosti informacija, učešću javnosti u donošenju odluka i i pravu na pravnu zaštitu u pitanjima životne sredine iz 1998 (Konvencija iz Arhusa), na koju se Konvencija poziva u preambuli. Prema čl.2 (4) javnost znači jedno ili više fizičkih i pravnih lica i, u skladu sa nacionalni zakonodavstvom ili praksom, njihova udruženja, organizacije ili grupe. U pogledu iznete dileme o odnosu javnosti i eksperata, od značaja je odredba čl.6 (4) gde se predviđa učešće javnosti u ranoj fazi , kada su sve opcije još uvek otvorene i kada može doći do efikasnog učešće javnosti.

3. Odnos prema drugim propisima

U pogledu odnosa Konvencije prema drugim propisima od značajaje čl.12 Konvencije. Predviđeno je da odredbe Konvencije neće ograničiti delovanje strožijih odredbi u vezi sa zaštitom, upravljanjem i planiranjem predela, sadržanim u drugim postojećim ili budućim obavezujućim nacionalnim ili međunarodnim propisima. Cilj ovakve regulative je da se obezbedi da se Strane potpisnice ne smatraju definitivno obavezanim nivoom zaštite predela predviđenim u Konvenciji i da, zato, mogu da izbegnu primenu strožijih obaveza.[51]

---

[48] M. Jones, M. Stenseke, 14

[49] *Ibid.*

[50] Guidelines for Implementation of the European Landscape Convention, I1.C

[51] Michel Prieur, The relationship between the convention and other international instruments, *Naturopa* 98/2002, 11

Odredba čl.12 Konvencije se ocenjuje kao prilično originalna.[52] Njome se ustanovljava prioritet druge postojeće ili buduće konvencije pod uslovom da se njome uvodi strožiji režim planiranja, upravljanja i zaštite predela. Ovakva odredba se zasnivana suštini i značaju predela koji je ustanovljen Konvencijom. Na tak način se ostvaruje maksimalna efikasnost u pogledu zahteva postavljenih Konvencijom. Argumentum a contrario konvencija ima prioritet u slučaju da se drugom konvencijom predviđaju blaži uslovi u pogledu predela. Treba ukazati da se rešenjem iz čl.12 Konvencije odstupa od pravnog principa lex posterior derogat priori.

Spomenuta regulativa čl.12 Konvnecije primenjuje se ne samo u pogledu međunarodnih konvencija, već i u pogledu nacionalne regulative. Ovakav pristup odgovara tradicionalnoj koncepciji zastupljenoj u pravu životne sredine EU. Osnov za ovakvo rešenje je čl. 176 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije kojim se predviđa da zaštitne mere usvojene od strane Unije ne sprečavaju države članice da zadrže ili uvedu strožije zaštitne mere.[53]

Kao što se vidi primena Konvencije zavisi od procene strane potpisnice da li su određene mere strožije ili ne. Pri tome treba imati u vidu da se Konvencijom ne predviđa samo zaštita predela, već i planiranje i upravljanje. S tim u vezi ukazuje se da će čl.12 biti retko u primeni, budući da će se retko javiti rešenja sadržana u drugim konvencijama koja su strožija. Nasuprot tome, tumačenje a contrario će biti češće u primeni zato što će Konvencija u većem broju slučajeva imati prioritet u odnosu na odredbe druge konvencije ili nacionalnog prava koje predviđaju manje stroge zahteve u pogledu predela.[54]

Kada je nacionalna regulativa u pitanju treba ukazati da svaka država već ima regulativu koja se odnosi na kulturno i istorijsko nasleđe. Postojanje politike u toj oblasti predstavlja opšte mesto u Evropi od kraja devetnaestog veka.[55] Prilikom utvrđivanja mera zaštite i održavanje onoga što predstavlja kulturno i istorijsko nasleđe treba da se vodi računa o inkorporaciji tog nasleđa u predeo.[56]

---

[52] Michel Prieur, Landscape and policies, international programmes and transfrontier landscapes, u *Landscape and sustainable development, Challenges of the European landscape Convention*, Council of Europe , July 2006,146

[53] M. Prieur, 147

[54] *Ibid.*

[55] Guidelines for Implementation of the European Landscape Convention, 7

[56] *Ibid.*

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

European Landscape Convention

Abstract: *European Landscape Convention was adopted by Committee of Ministers of Council of Europe on 19 July 2000. It represents first the first international treaty wholly devoted to the protection, management of the European landscape. Its scope is very extensive. The Convention applies to the entire territory of the parties and relates to natural, peri / urban and urban areas whether on land, water or sea. It concerns remarkable landscapes, as well as everyday or degraded landscapes.*

Landscape means an area, as perceived by people, whose character is the result of the action and interaction of natural and/or human factors. It is dynamic category because landscape changes through time resulting from activities of human and natural factors. Landscape represents a whole consisting of natural and human elements.

Public participation implies recognition of rights and responsibilities of populations to play active role in the processes of acquiring knowledge decision making and managing the quality of places where they live. It is not formal act but an integral part of management, protection and planning procedures. Public participation must be effective.

Key words: *landscape, public participation*

Datum prijema rada: 12.10.2015.

Originalni naučni rad 35.077.3:[347.726:347.23
doi:10.5937/zrpfns49-9541

Dr Dragan L. Milkov, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
d.milkov@pf.uns.ac.rs

ULOGA UPRAVE U POSTUPKU VRAĆANJA ZADRUŽNE IMOVINE[1]

Sažetak: *Zakonom o zadrugama iz 1990. godine započeo je proces vraćanja zadružne imovine koja je bila preneta drugim korisnicima u periodu posle 1. jula 1953. godine. U vezi sa primenom tog zakona javljaju se u praksi brojna otvorena pitanja, koja se tiču uslova za vraćanje prenete imovine, subjekata koji imaju pravo na vraćanje, kao i problemi vezani za proces privatizacije i ustavne odredbe o nepovredivosti privatne svojine. U vezi sa ovim problemima, posebno se javljaju pitanja vezana za ovlašćenja organa uprave koji u upravnom postupku odlučuju o pravu na vraćanje zadružne imovine.*

Ključne reči: *zadruge, vraćanje zadružne imovine, upravni postupak, prethodno pitanje u upravnom postupku, nadležnost uprave, odnos uprave i sudova.*

1. Uvodne napomene

Nakon drugog svetskog rata, u skladu sa tadašnjim političkim sistemom, i u Srbiji su stvorene zemljoradničke zadruge po modelu koji je važio u Sovjetskom savezu. Nakon pedesetih godina 20. veka, imovina tih zadruga je prenošena drugim korisnicima i to često bez naknade. Počevši od Zakona o zadrugama SFRJ iz 1990. godine[2], započinje proces vraćanja zadružne imovine zadrugama sa kojih je ta imovina bez naknade preneta na druge korisnike. U Saveznoj Republici Jugoslaviji je Zakon o zadrugama donet 1996. godine[3] i taj zakon (uz određene izme-

[1] Ovaj rad je rezultat autorovog istraživanja na naučno-istraživačkom projektu „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (Srbija i EU)“, čiji je nosilac Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

[2] „Službeni list SFRJ“, br.3/*1990*.

[3] „Službeni list SRJ“, br. 41/96.

ne i dopune) i danas važi u Republici Srbiji, budući da je preuzet kao propis Republike Srbije.

U vezi sa primenom tog zakona, javljaju se određena otvorena pitanja koja se tiču člana 95. Pre svega, bitno je precizno odrediti uslove koji su u Zakonu predviđeni kao uslovi za vraćanje prenete imovine u zadružnoj svojini drugim korisnicima i to bez naknade. Nadalje, neophodno je tačno identifikovati od kojih subjekata („korisnika“) se ta imovina može oduzeti i vratiti, kao i pod kojim uslovima dolazi do primene ove zakonske odredbe. Isto tako, javlja se i pitanje koji subjekti su legitimisani da podnesu zahtev za vraćanje imovine. Pri tome se mora voditi računa i o ustavnim i zakonskim odredbama o nepovredivosti privatne svojine, odnosno o uslovima pod kojima privatna imovina može da bude oduzeta. Posebno pitanje predstavlja privatizacija i njen uticaj na mogućnost vraćanja zadružne imovine.

Vraćanje oduzetog predstavlja u suštini ispravljanje nepravde. No, s druge strane, ne sme primena jednog propisa da pređe u svoju suprotnost, te da omogući zloupotrebe, tako da do imovine dođu i subjekti koji sa oduzetom imovinom nemaju nikakvu pravnu, ni faktičku vezu.

2. Zakonski uslovi za vraćanje zadružne imovine

Početnu osnovu za izvođenje zaključaka o smislu i domašaju prava na vraćanje zadružne imovine, predstavljaju odgovarajuće pravne norme. Prema članu 95 Zakona o zadrugama:

„Imovina koja je bila u vlasništvu zadruga i zadružnih saveza, odnosno saveza zadruga, posle 01. Jula 1953. godine, a koja je organizacionim odnosno statusnim promenama ili na drugi način preneta bez naknade drugim korisnicima koji nisu zadruge ili zadružni savezi, biće vraćena zadruzi iste vrste čija je imovina bila, odnosno zadružnom savezu, koji vrši funkciju zadružnih saveza čija je imovina bila, a ako nje nema onda zadruzi iste vrste koja posluje na području na kome je poslovala zadruga koja je bila vlasnik imovine čiji se povraćaj traži, odnosno zadružnom savezu koji vrši funkciju zadružnog saveza odnosno saveza zadruga čija je imovina bila.“

Ovako kako je to formulisano u Zakonu, nedvosmisleno proizlazi da je za vraćanje zadružne imovine neophodno ispunjenje **kumulativnih** uslova:

1. Imovina je bila **u vlasništvu zadruga** ili zadružnih saveza, odnosno saveza zadruga posle 01. jula 1953. godine;
2. Zadružna imovina je **bez naknade preneta** drugim **korisnicima** koji nisu zadruge ili zadružni savezi;

3. Imovina se **vraća** zadruzi iste vrste čija je imovina bila, odnosno zadružnom savezu koji vrši funkciju zadružnih saveza čija je imovina bila;

4. Ako zadruge, odnosno zadružnog saveza, nema, onda se imovina **vraća** zadruzi iste vrste koja posluje na području na kome je poslovala zadruga koja je bila vlasnik imovine čiji se povraćaj traži, odnosno zadružnom savezu koji vrši funkciju zadružnog saveza odnosno saveza zadruga čija je imovina bila.

3. Dokazivanje svojine na imovini

Prvi bitan uslov za povraćaj imovine tiče se **svojinskog statusa** određene imovine. Neophodno je da je imovina bila **u vlasništvu** neke zadruge ili zadružnog saveza, odnosno saveza zadruga. Ta činjenica mora biti nesporna i mora biti potvrđena odgovarajućim rešenjem iz zemljišnih knjiga, odnosno izvodom iz katastra nepokretnosti. To što je neka zadruga **koristila** sredstva koja **nisu bila u njenom vlasništvu** automatski eliminiše mogućnost za primenu člana 95 Zakona o zadrugama. Vlasništvo imovine je bitan i neophodan uslov iz člana 95.

Iz ovakve zakonske formulacije, može se zaključiti da je vraćanje imovine relevantno u onim slučajevima kada je u zadrugu bila uneta imovina u vlasništvu zadrugara, a ne i ona imovina koja je bila u društvenoj svojini. Društvena svojina je bila stavljena na raspolaganje zadrugama takođe bez naknade i u tom delu je postojalo samo pravo korišćenja društvene svojine. U tom smislu, ako je korišćenje društvene svojine, stečene bez naknade, preneto drugom korisniku bez naknade, ne bi se mogao primenjivati član 95 Zakona o zadrugama, ako se precizno pridržavamo zakonske formulacije. U Zakonu se izričito spominje imovina **u vlasništvu zadruge**. Ne može se pretpostaviti da zakonodavac nije znao za odgovarajuću pravnu terminologiju, niti da je omaškom u tekst zakona uneta takva formulacija („vlasništvo“). Vraćanje je uvek ispravljanje neke vrste nepravde. Ako nepravde nije bilo, ako je neko primio bez naknade imovinu, koja je preneta kasnije drugom bez naknade, onda bi vraćanje trebalo da bude isključivo onome kome je imovina izvorno bila oduzeta.

Prema Ustavu FNRJ iz 1946. godine[4], bila su predviđena tri oblika svojine: državna, zadružna i privatna svojina fizičkih i pravnih lica.[5] Imovina „narodnih zadružnih organizacija“ je bila u zadružnoj svojini. To znači da je u tom periodu, i formalno-pravno posmatrano, imovina zadru-

[4] „Službeni list FNRJ“, broj 10/1946.
[5] Član 14.

ge mogla da se upiše kao zadružna svojina. U Ustavnom zakonu iz 1953. godine[6], predviđa se društvena svojina, ali se u više članova spominju i zemljoradničke zadruge. Prema Ustavu iz 1963. godine[7] sva sredstva za proizvodnju su u društvenoj svojini, a samo zemljoradnicima se garantuje pravo svojine na obradivom zemljištu. Tim istim ustavom je predviđeno da se zadruge osnivaju kao radne organizacije, što podrazumeva da je njihova imovina u društvenoj svojini. Slične odredbe su važile i po Ustavu iz 1974. godine. Amandmanima na Ustav SFRJ iz 1988. ponovo je vraćena zadružna svojina i ona je kao takva mogla da bude upisana. Prema amandmanu XIX iz 1988. godine, zadruga je određena kao „samostalna samoupravna organizacija zadrugara", a izričito je predviđeno da „zadrugar zadržava pravo svojine na sredstvima udruženim u zadrugu, ako ih ugovorom nije preneo u zajedničku svojinu zadrugara, u zadružnu svojinu ili u društvenu svojinu".[8]

4. Svojina kao prethodno pitanje u upravnom postupku

Vraćanje zadružne imovine vrši se pred opštinskom upravom po pravilima upravnog postupka. Pri tome, svojinski status imovine koja treba da se vrati može u nekim slučajevima da bude prethodno pitanje koje se javlja u upravnom postupku pred prvostepenim organom, ako su za to ispunjeni uslovi iz Zakona o opštem upravnom postupku.[9] No, bitan preduslov da bi pitanje svojine moglo da bude prethodno pitanje u upravnom postupku jeste da o tome ne postoji akt zemljišno-knjižnog suda, odnosno katastra. Da bi mogao da odluči o vraćanju zadružne imovine, prvostepeni organ je najpre obavezan da raspravi svojinski status imovine i konstatuje da je na nekoj imovini postojalo **zadružno vlasništvo nakon 1. jula 1953. godine**. Ako postoji akt zemljišno-knjižnog suda (rešenje) kojim se potvrđuje zadružna svojina, prvostepeni organ mora taj akt da prihvati. Isto tako je obavezan da prihvati i akt zemljišno-knjižnog suda u kojem stoji neki drugi oblik svojine. Ne bi se moglo prihvatiti stanovište da je prvostepeni organ ovlašćen da o svojinskom statusu rešava kao o prethodnom pitanju u upravnom postupku, ako o tome već postoji akt zemljišno-knjižnog suda ili katastra. Naime, prethodno pitanje je samo ono pita-

[6] Ustavni zakon o osnovama društvenog i političkog uređenja Federativne Narodne Republike Jugoslavije i saveznim organima vlasti, „Službeni list FNRJ", broj 3 od 14. januara 1953.

[7] „Službeni list SFRJ", broj 14 od 10. aprila 1963.

[8] Amandman XIX „Službeni list SFRJ, godina XLIV, broj 70, Beograd, 26. novembar 1988.

[9] "Službeni list SRJ", br. 33/97 i 31/2001 i "Službeni glasnik RS", br. 30/2010.

nje koje predstavlja samostalnu pravnu celinu, koje je u nadležnosti suda ili nekog drugog organa, bez kojeg ne može da se reši glavna stvar, ali AKO TO PITANJE NIJE VEĆ REŠENO AKTOM NADLEŽNOG ORGANA.[10] Pri tome, treba imati u vidu opšte odnose između uprave i sudova, prema kojima postoji uzajamna obaveza poštovanja akata. To znači da je sud dužan da prihvati ono što je odlučeno nekim upravnim aktom, ali i organ uprave ima obavezu da prihvati ono što je odlučeno sudskim aktom. U tom smislu, ako postoji verodostojan akt zemljišno-knjižnog suda o svojinskom statusu neke nekretnine, organ uprave ne može samostalno drugačije da odlučuje. Tada se pitanje svojine na nepokretnosti **ne može posmatrati kao prethodno pitanje u upravnom postupku**. Jedina situacija u kojoj bi organ uprave mogao da odlučuje o svojini kao prejudicionom pitanju, tiče se onih slučajeva u kojima nema akta zemljišno-knjižnog suda. U svakom slučaju, stvarna nadležnost za odlučivanje o svojinskom statusu neke nekretnine (ako on nije nesporan), ne postoji u korist uprave, već suda. Šta više, ako bi nadležni sud kasnije bitno drugačije rešio prethodno pitanje (u ovom slučaju, pitanje svojine na nepokretnostima), to bi bio osnov za ponavljanje upravnog postupka (ZUP, član 249, stav 1, tačka 5). To znači da bi se svojinski status mogao d**rugačije utvrđivati pred sudom,** posmatrano u odnosu na ono što je eventualno neki prvostepeni organ uprave odlučio u okviru prethodnog pitanja i nakon toga bi se moglo tražiti ponavljanje upravnog postupka.[11] Sve je to, naravno, primenjivo samo uz pretpostavku da je pitanje svojine sporno i da o njemu nije već odlučeno. Ako pitanje svojine nije sporno, ako postoji rešenje zemljišno-knjižnog suda ili izvod iz katastra nepokretnosti, organ uprave nije ovlašćen da o tome uopšte raspravlja. On je obavezan da prihvati akte zemljišno-knjižnog suda, odnosno katastra.

5. Pravni karakter prenošenja imovine u vlasništvu zadruge

Drugi bitan uslov za vraćanje imovine jeste da je posle 1. jula 1953. godine imovina koja je bila **zadružno vlasništvo** preneta **bez naknade** drugom **korisniku** koji nije zadruga. Uz pretpostavku da je na nedvosmislen način utvrđeno da je u pitanju imovina koja je bila **u vlasništvu** neke zadruge, potrebno je još da se ispune dva uslova:

- da je imovina preneta **bez naknade**;
- da je imovina preneta drugom **korisniku** koji nije zadruga.

[10] Bliže o prethodnom pitanju: D.Milkov, Upravno pravo 2- upravna delatnost, „Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu“, Novi Sad, 2013., str. 170; D. Milkov, Č. Prostran, Komentar Zakona o opštem upravnom postupku, „Službeni glasnik“, Beograd, 1998., str. 132-136.

[11] Zakon o opštem upravnom postupku, član 239, stav 1, tačka 5.

5.1 Naknada kao bitan uslov

Ako je zadružna imovina preneta uz naknadu drugom korisniku, onda se na takav slučaj ne može primeniti član 95 Zakona o zadrugama. Međutim, u Zakonu se ne uređuje izričito pitanje koje se tiče onih slučajeva u kojima je ta imovina kasnije, **uz naknadu otuđena** trećem subjektu, bilo samostalno ili kroz prodaju pravnog lica koje je pravni sledbenik onoga kome je imovina preneta. Imajući u vidu smisao odgovarajućih odredbi Zakona o zadrugama, može se zaključiti da je intencija bila ta da se imovina oduzme od onoga kome je bez naknade preneta i vrati onome kome je bila oduzeta. To bi isto važilo i za pravnog sledbenika korisnika kome je preneto bez naknade ako je i on do imovine bez naknade došao. Nepostojanje naknade je uvek bitan uslov. Međutim, oduzimanje imovine **nije moguće** od vlasnika koji je **kupio** nekretnine ili je, pak, kupio čitavo pravno lice koje je steklo svojinu na nepokretnostima, bez obzira na osnov po kojem je prethodnik došao do zadružne imovine. Takvo oduzimanje bi imalo elemente konfiskacije i bilo bi u suprotnosti sa Ustavom Republike Srbije i svim drugim domaćim i stranim propisima o nepovredivosti privatne svojine. Subjekat koji je kupio nekretnine ili celokupno pravno lice koje je bilo vlasnik nepokretnosti uložio je sopstvena sredstva, stekao privatnu svojinu i na takvu svojinu se više ne mogu primenjivati odredbe Zakona o zadrugama (član 95). U Zakonu o zadrugama se izričito spominje samo to da je **bez naknade** preneta imovina, ali takav status nikako ne može da ima pravno lice koje je kupilo onoga kome je imovina preneta bez naknade. **Nepostojanje naknade je bitan zakonski uslov** da bi mogla nekadašnja zadružna svojina da se vraća. Onaj ko je do svojine došao uz naknadu, ne ispunjava zakonski uslov. Takvo pravno lice je do svojine došlo **uz naknadu** i ne postoji nikakva pravna mogućnost da mu savesno kupljena imovina bude oduzeta i predata besplatno nekome drugom. U zakonu o zadrugama se izričito spominju samo korisnici kojima je zadružna svojina preneta bez naknade, što isključuje, formalno posmatrano, pravne sledbenike koji su do svojine došli uz naknadu. Onog momenta kada je imovina zadruge preneta nekom pravnom ili fizičkom licu uz naknadu (nebitno je da li je imovina ili njen deo prenet uz naknadu ili je preneta svojina na pravnom licu koje je vlasnik imovine), prestaje mogućnost primene ove zakonske odredbe. Njena primena je moguća samo do trenutka dok je zadružna imovina u vlasništvu onoga kome je preneta bez naknade. U tom slučaju, onaj kome je zadružna imovina bila oduzeta, mogao bi samo da traži novčanu protivvrednost od subjekta kome je imovina bila preneta bez naknade, a koji je imovinu kasnije otuđio uz naknadu.

5.2 Pravni karakter subjekta kojem je preneta imovina zadruge

Drugi element, da je imovina preneta bez naknade drugom **korisniku** otvara pitanje o kojim subjektima je reč? Termin „**korisnik**" upućuje na zaključak da se ne radi o privatnom vlasniku, već se ovakvo prenošenje tiče korisnika društvenih sredstava. To inače i odgovara u sadržinskom smislu tadašnjoj terminologiji koja se tiče svojinskih odnosa. U tom periodu, kada je ovaj zakon nastajao, terminološki je pravljena jasna razlika između privatnih vlasnika i korisnika društvenih sredstava. Zadruge su u tom periodu bile korisnici društvenih sredstava, a jedino su zemljoradnici bili privatni vlasnici. Stoga se može zaključiti da iz ovakve zakonske formulacije nedvosmisleno proizlazi da je zakonodavac imao u vidu isključivo **prenošenje zadružne u društvenu svojinu,** odnosno, u periodu kada su zadruge inače bile samo korisnici društvenih sredstava, reč je o **prenošenju prava korišćenja društvene svojine** sa jednog korisnika na drugog.

Imajući u vidu ono što je navedeno u pogledu oba uslova (bez naknade, korisnik), može se slobodno zaključiti da se ne može oduzimati privatna svojina, a naročito ne privatna svojina koja je stečena uz naknadu, bez obzira na to koja i kolika naknada je u pitanju. Ako je imovina koju je koristila neka zadruga privatizovana u skladu sa zakonom, ako je za privatizaciju isplaćen određeni iznos, ako je ugovor o privatizaciji postao pravnosnažan, kao i rešenje Agencije za privatizaciju, ako je ta imovina kasnije uz naknadu prodata novom vlasniku i upisana kao njegova privatna svojina, takva imovina ne može da se oduzima po članu 95 Zakona o zadrugama. Na takve slučajeve nikako ne može da se primeni navedena zakonska odredba. Ta odredba se ograničava samo na oduzimanje od **korisnika** kojima je imovina **u vlasništvu zadruge** preneta **bez naknade**.

Za razjašnjenje smisla zakonske odredbe o vraćanju zadružne imovine treba uzeti u obzir i član 96 Zakona o zadrugama:

„Zadruga, odnosno zadružni savez iz prethodnog člana (u daljem tekstu: podnosilac zahteva), podnosi zahtev za vraćanje imovine pravnom licu kome je imovina preneta bez naknade, odnosno njegovom ***pravnom sledbeniku*** *(u daljem tekstu: obveznik vraćanja imovine)."*

U vezi sa ovakvom odredbom, najpre se postavlja pitanje šta se podrazumeva pod pravnim sledbenikom. U užem smislu reči, pravni sledbenik bi trebalo da bude neko drugo pravno lice koje je u potpunosti preuzelo prava i obaveze svog prethodnika. S druge strane, postavlja se pitanje da li je istovrsna situacija kada nema nikakve promene pravnog lica, osim što je ono u celini prodato nekom drugom vlasniku? Zakonodavac oči-

gledno nije imao u vidu takvu situaciju, a s obzirom na vreme u kojem je Zakon o zadrugama nastajao, to je i razumljivo. Budući da je u Zakonu izričito predviđeno da se radi o slučaju kada je imovina u zadružnom vlasništvu preneta bez naknade, onda se **pravno sledbeništvo ne može uspostaviti**, u smislu Zakona o zadrugama**, na subjekte koji su uz naknadu kupili** pravno lice i svu njegovu imovinu. U tom slučaju bi se zahtevi zadruge od koje je imovina preneta drugom korisniku morali ograničiti samo na subjekte koji su tu imovinu stekli bez naknade. Takva vrsta pravnog sledbeništva ne može se uspostaviti sa subjektima koji su imovinu stekli uz naknadu.

5.3 Ustavne i zakonske odredbe o oduzimanju svojine

Oduzimanje privatne svojine (bez naknade!) od subjekta koji je stekao imovinu na zakonit način apsolutno je nedopustivo i u suprotnosti sa Ustavom i zakonom. Ako je neko uz naknadu stekao privatnu svojinu na nekadašnjoj imovini neke zadruge, njemu ta imovina ne može da se oduzme po članu 95 Zakona o zadrugama. Na ovakve slučajeve se nesumnjivo primenjuju odredbe Ustava, kao i odredbe Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa.

Ustavom Republike Srbije zajemčeno je mirno uživanje svojine i drugih imovinskih prava stečenih na osnovu zakona.[12] Ako je neko na zakonit način stekao (uz naknadu!) privatnu svojinu na imovini neke zadruge, ona ne može da mu se oduzme. Stavom dva istog člana Ustava, predviđeno je da pravo svojine može biti oduzeto ili ograničeno samo u javnom interesu utvrđenom na osnovu zakona, uz naknadu koja ne može biti niža od tržišne vrednosti. Stoga bi se svako drugo oduzimanje privatne svojine bez ikakve naknade moglo smatrati nekakvom novom nacionalizacijom ili konfiskacijom, a što, naravno, nije dozvoljeno.

Isto tako, u Zakonu o osnovama svojinskopravnih odnosa predviđeno je da se pravo svojine može oduzeti ili ograničiti samo u skladu sa Ustavom i zakonom.[13] Istina, u Zakonu o zadrugama se ne govori o „oduzimanju“ svojine, pa bi se moglo polemisati da li je tu zaista reč o oduzimanju ili to nije oduzimanje? U Zakonu o zadrugama se ne spominje reč „oduzimanje“, niti da se imovina oduzima od korisnika kome je preneta bez naknade. Govori se samo o „vraćanju“ imovine koja je nekada bila u vlasništvu zadruge, pa je kasnije bez naknade preneta nekom drugom ko-

[12] Ustav Republike Srbije, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 98 od 10. novembra 2006. godine, član 58.

[13] "Službeni list SFRJ", br. 6/80 i 36/90, "Službeni. list SRJ", br. 29/96 i "Službeni glasnik Republike Srbije", br. 115/2005 – dr., član 8.

risniku koji nije zadruga. Ako je ispunjen uslov da je imovina u zadružnom vlasništvu bila preneta nekom drugom korisniku bez naknade, pa je posle vraćena onome od koga je oduzeta, onda se tu zaista ne radi o oduzimanju od novog korisnika (kako je stekao, tako je i izgubio!), već o vraćanju onome čije je to ranije bilo. Međutim, to nikako ne može da se kaže i za slučaj ako neko nije bez naknade stekao nekadašnju imovinu u vlasništvu zadruge. Čak i ako bi ta imovina bila vraćena nekadašnjoj zadruzi u čijem vlasništvu je bila, opet bi za novog savesnog vlasnika to bilo oduzimanje. To posebno važi za poklanjanje imovine nekome ko je naknadno osnovao novu zadrugu na istom području. Tu je reč o čistom oduzimanju i poklanjanju imovine. Tako nešto je u suprotnosti kako sa Ustavom, tako i sa zakonom. Svako kome bi imovina bila oduzeta na takav način, mogao bi da se obrati za pravnu zaštitu kako domaćim, tako i međunarodnim organima i da u odgovarajućem postupku sigurno uspe.

6. Subjekti kojima se vraća zadružna imovina

6.1 Vraćanje subjektima kojima je nekada pripadala zadružna imovina

Treći element norme iz člana 95 Zakona o zadrugama, predviđa to da se imovina **vraća** zadruzi iste vrste čija je imovina bila, odnosno zadružnom savezu koji vrši funkciju zadružnih saveza čija je imovina bila. Ta odredba u potpunosti odgovara svrsi i smislu vraćanja zadružne imovine. Ako je zadružna imovina preneta u nekom trenutku posle 1. jula 1953. godine nekom korisniku društvenih sredstava koji nije zadruga, onda je pravedno da se vrati onome kome je oduzeta. Budući da su i jedni i drugi bili samo korisnici, a da je imovina bila u društvenoj svojini, tu se i nije radilo o prenošenju vlasništva, već samo o prenošenju prava korišćenja, tako da vraćanje ne utiče nikako na svojinski status.

Istovremeno, ovakva zakonska formulacija ne uključuje u sebi eksplicitno odgovor na pitanje o kakvom prenošenju, odnosno vraćanju (u svojinskom smislu) je reč? Sve što u Zakonu piše, jeste da se imovina vraća. Nigde se ne spominje šta to podrazumeva u svojinsko-pravnom smislu? Ako se pođe od pretpostavke da je ta imovina bila nekada u vlasništvu neke zadruge, a što je inače izričito navedeno, onda je logično da će ta zadruga ponovo postati vlasnik imovine zadruge. S druge strane, ako imovina nije bila u vlasništvu zadruge, već je bila u društvenoj svojini, onda ne može da se „vrati“ zadruzi u privatnu svojinu, pošto to nije nikada ni bila. U tom smislu, svaki konkretni slučaj se mora pažljivo analizirati i donošenje odluke zavisi od svih okolnosti koje postoje u konkretnom predmetu. Stoga se ne može uopšteno i jedinstveno postupati u svim slučajevima.

6.2 „Vraćanje" subjektima kojima nikada nije pripadala zadružna imovina

Zakonska odredba o **vraćanju** imovine koja je bila u vlasništvu zadruge trećem subjektu, koji nikada nije bio ni vlasnik zadružne imovine, niti korisnik zadružne imovine u društvenoj svojini, pravno je potpuno problematična. Naime, ako nema nekadašnje zadruge, imovina se **vraća** *zadruzi iste vrste koja posluje na području na kome je poslovala zadruga koja je bila* ***vlasnik*** *imovine čiji se povraćaj traži, odnosno zadružnom savezu koji vrši funkciju zadružnog saveza odnosno saveza zadruga čija je imovina bila.*

S jedne strane, u Zakonu upotrebljeni izraz „vraća se" ne može biti primenjiv na subjekta u čijem vlasništvu ta imovina nikada nije bila. Vraćanje podrazumeva isključivo to da je imovina nekada bila nečija, da je prestala to da bude, pa da je ponovo postala njegova. Ako imovina u zadružnom vlasništvu nikada nije pripadala nekoj zadruzi, onda tu ne može da se govori o vraćanju, već samo i isključivo o poklanjanju imovine nekoj zadruzi. Posebno je problematično da se imovina poklanja (ne vraća) grupi lica koja su naknadno osnovala zadrugu zbog navedene zakonske formulacije, koja nikakve ni pravne, a ni faktičke veze nemaju sa nekadašnjom zadrugom. Sticanje ogromne imovine po ovom osnovu predstavlja potpuno neosnovano bogaćenje i ima u sebi elemenata ozbiljne zloupotrebe. Jedino strogim tumačenjem Zakona o zadrugama, mogu se sprečiti ovakve zloupotrebe. Pri tome se istovremeno postavlja i pitanje ustavnosti ovakve zakonske odredbe. Normalni principi podrazumevaju da u slučajevima kada nema naslednika, niti pravnog sledbenika da takva imovina postaje državno vlasništvo, a ne da se poklanja, bilo kome. To što neko nastaje desetinama godina kasnije i posluje kao zadruga na istom području na kojem je poslovala nekadašnja zadruga, nikako ne može da ga kvalifikuje da mu bude poklonjena ogromna vrednost. U Zakonu nigde nije predviđeno da može nekome da se da u vlasništvo bilo koja imovina koju nikada ranije nije posedovao, već da može da mu se **vrati**. Stoga smatramo da ovaj deo Zakona o zadrugama uopšte **nije primenjiv**. Kada bi se ovakva zakonska odredba primenjivala, to bi značilo da se imovina nasilno oduzima od subjekta koji je tu imovinu kupio i upisao se kao njen privatni vlasnik, a poklanja nekome ko nikakve veze sa tom imovinom nikada nije imao. Tako nešto je pravno i moralno apsolutno neodrživo i kosi se sa svim principima pravne države.

Zanimljivo je navesti i član 97 Zakona o zadrugama, koji predviđa sledeće:

„Ako se imovina iz čl. 95. i 96. ovog zakona ne može vratiti u oblik u kome je preneta bez naknade podnosilac zahteva ima pravo da traži nov-

čanu protivvrednost imovine ako se sa obveznikom vraćanja imovine ne sporazume da se vraćanje imovine izvrši u drugim stvarima i pravima.

Novčana protivvrednost iz stava 1. ovog člana određuje se prema prometnoj vrednosti imovine koja se utvrđuje propisima o prometu nepokretnosti u vreme vraćanja imovine."

Takva odredba očigledno potvrđuje da je zakonodavac imao u vidu slučajeve kada je imovina nekome oduzeta i preneta bez naknade drugom korisniku. Nemoguće je zamisliti situaciju u kojoj bi grupa ljudi koji su kasnije osnovali zadrugu na istom području, a sa nekadašnjom zadrugom sa koje je imovina preneta nemaju nikakvu pravnu ni faktičku vezu, da bi oni mogli da imaju pravo da im se isplati novčana protivvrednost (čega? imovine koja nije njima, nego je nekom drugom oduzeta?). U tom smislu, odredba člana 95 Zakona o zadrugama o subjektima koji imaju pravo na vraćanje imovine mora se veoma restriktivno tumačiti. Pravo na **vraćanje** imovine u zadružnom vlasništvu koja je preneta drugom korisniku može da ima samo zadruga ili zadružni savez kojima je imovina oduzeta ili to pravo može da ostvari neka druga zadruga ili zadružni savez, ali samo uz pretpostavku da sa zadrugom sa koje je imovina preneta postoji pravno sledbeništvo. Zadruga koja je naknadno osnovana, koja sa zadrugom ima jedinu vezu u tome što posluje na istoj teritoriji, ne bi imala pravo na „vraćanje", jer joj nikada ništa nije ni oduzeto, a posebno ne bi imala pravo na novčanu protivvrednost imovine. Štaviše, moglo bi se reći obrnuto: kada bi bez naknade bila preneta („vraćena") imovina nekome kome nikada nije pripadala, a oduzeta od onoga ko je uz naknadu, plaćanjem kupoprodajne cene, stekao tu imovinu, onda bi pravičnu naknadu trebalo isplatiti subjektu od kojeg je imovina oduzeta.

7. Privatizacija i vraćanje zadružne imovine

Imajući u vidu moguću situaciju u praksi da je imovina neke zadruge privatizovana, pa da je kasnije kao privatna svojina prodata, postavlja se pitanje da li se odredbe člana 95 Zakona o zadrugama mogu primeniti i na takve slučajeve?

Privatizacija nesumnjivo predstavlja promenu svojine, odnosno prelazak iz društvene u privatnu svojinu. Tom prilikom korisnik privatizacije mora da plati, makar delimično, određenu naknadu. Nakon što se privatizacija završi, ugovor sklopi, proteknu rokovi za raskid ugovora, upiše privatizovana imovina u katastar nepokretnosti kao privatna svojina i to postane pravnosnažno, ne postoji mogućnost slobodnog preispitivanja ovih činjenica. To naročito važi za organ uprave (prvostepeni ili drugostepeni), koji nije nadležan da preispituje postupak privatizacije, jer on nema takvo

ovlašćenje.[14] Za sve što neki organ uprave preduzima mora da postoji izričito zakonsko ovlašćenje. Organi uprave ne mogu sami sebi da određuju nadležnost i da preduzimaju bilo kakve aktivnosti za koje ne postoji zakonski osnov. Ako postoje bilo kakvi nedostaci u nekom postupku privatizacije, to eventualno može da preispita samo organ koji je za to nadležan i to primenom odgovarajućeg pravnog sredstva. Naravno, uz poštovanje zakonskih uslova i rokova za upotrebu pravnih sredstava. Da li je privatizacija bila zakonita, poštena i pravična, o tome ne može da odlučuje organ uprave postupajući po članu 95 Zakona o zadrugama. To ne spada u njegovu nadležnost.

U svakom slučaju, opštinska uprava, kao prvostepeni organ, kao ni drugostepeni organ (Ministarstvo finansija) ne mogu u upravnom postupku koji vode po članu 95 Zakona o zadrugama da preispituju valjanost ugovora o privatizaciji. Isto tako, ne mogu da preispituju ni valjanost upisa u katastar nepokretnosti. To bi predstavljalo grubo zadiranje u nadležnost drugih organa i svaka njihova odluka bi mogla u tom slučaju biti poništena. Oni nisu ovlašćeni da o tome odlučuju kao o prethodnom pitanju u upravnom postupku, kao što je već rečeno i za svojinski status imovine, zato što to nije sporno u upravnom postupku, budući da su ta pitanja već rešena aktom nadležnog organa. Samo ono što tek treba da se reši, može da ima karakter prethodnog pitanja. Posebno, organ uprave ne može po slobodnoj oceni da ceni istinitost javnih isprava, već mora da uzme kao tačno ono što se njima potvrđuje, sve dok to ne bi **nadležni organ** drugačije rešio. Za sve javne isprave važi pretpostavka istinitosti.[15]

Posebnu situaciju predstavlja slučaj kada se privatizovana imovina, upisana u katastar kao privatna svojina, kasnije otuđi teretnim pravnim poslom, bilo tako što je imovina prodata odvojeno ili je prodato celokupno pravno lice koje je njen vlasnik. Savestan kupac ne može da trpi nikakvu štetu i na takvu situaciju nikako ne može da se primenjuje član 95 Zakona o zadrugama iz razloga koji su već navedeni. Opštinska uprava nije ovlašćena da preispituje ni međusobne odnose između nekadašnjeg vlasnika (koji je privatizacijom stekao svojinu) i novog savesnog kupca.

---

[14] Sve napomene o prethodnom pitanju u upravnom postupku i o ovlašćenju prvostepenog organa, važe, naravno, i za ovu situaciju.

[15] Zakon o opštem upravnom postupku, član 154, stav 1. Više o javnim ispravama kao dokaznom sredstvu u upravnom postupku: D. Milkov, Upravno pravo 2- upravna delatnost, str. 180 i dalje; D. Milkov, Č. Prostran, Komentar Zakona o opštem upravnom postupku, str. 146 i dalje.

Zaključak

Prema članu 95 Zakona o zadrugama predviđeno je vraćanje imovine koja je bila u vlasništvu zadruga ili zadružnih saveza, a koja je bez naknade preneta nekom drugom korisniku. Iz zakonske formulacije nedvosmisleno proizlazi da se pre donošenja odluke moraju pouzdano i precizno utvrditi sledeći elementi:

1. Da li je zadružna imovina bila u **vlasništvu** zadruge i čime se to dokazuje;
2. Da li je imovina u zadružnom vlasništvu bila preneta **bez naknade.**
3. **Pravni karakter subjekta** kojem je zadružna imovina preneta (korisnik);
4. **Pravni karakter subjekta** kojem se imovina vraća;

Može se vraćati samo ona zadružna imovina koja je preneta korisniku bez naknade. Imovina koja je u međuvremenu prešla u privatno vlasništvo, tako što je novi vlasnik isplatio određenu naknadu, ne može da bude predmet vraćanja. Prema Ustavu i zakonu, pravo svojine može biti oduzeto ili ograničeno samo u javnom interesu utvrđenom na osnovu zakona, uz naknadu koja ne može biti niža od tržišne vrednosti.

U slučaju da su ispunjene zakonske pretpostavke za vraćanje zadružne imovine, mora se pažljivo proveriti legitimisanost subjekta koji postavlja zahtev za vraćanje. Smatramo da se imovina nikako ne može „vraćati“ subjektima koji sa prethodno prenetom imovinom nemaju nikakvu pravnu ni faktičku vezu.

U upravnom postupku se ne može kao prethodno pitanje rešavati o pitanjima iz nadležnosti suda, katastra ili nekog drugog organa, ako o tome već postoji pravnosnažna odluka nadležnog organa. Ista tako, u upravnom postupku koji se vodi pred opštinskom upravom, radi vraćanja zadružne imovine, ne može se preispitivati zakonitost postupka privatizacije koji je prethodno sproveden. O tome može da odlučuje samo nadležni organ u odgovarajućem postupku, uz upotrebu predviđenih pravnih sredstava. Zakonitost odluke donete u drugom postupku, pred drugim organom, ne može da spada u prethodno pitanje o kojem bi mogla da odlučuje opštinska uprava ili drugostepeni organ. Time bi se oni stavili u poziciju organa koji vrši nadzor nad radom Agencije za privatizaciju, a to im po zakonu ne pripada. Čak ni organ koji zaista vrši nadzor, ne može poništavati niti ukidati prethodno donete akte ako nisu ispunjeni zakonski uslovi za upotrebu odgovarajućeg pravnog sredstva.

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

Role of the Administration in the Procedure of the Return of Cooperative Property

Abstract: *According to the Law on Cooperatives of 1990 property that was owned by cooperatives and associations of cooperatives after 01 July 1953, and which is through organizational and statutory changes or otherwise transferred without compensation to other users who are not cooperative or cooperative associations will be returned to the same types of cooperative whose property had been, and if there is none, then the cooperative of the same type operating in the area in which it operated cooperative that owned the property for which restitution is requested. Such a provision is in practice led to numerous problems. On the one hand, the return of confiscated property represents redress, if they meet all legal requirements. But on the other hand, the law leaves room for abuse. It is possible that the property "returns" to persons who are subsequently formed a cooperative in the same area, as the legal successor does not exist and that it should be given to assets with which they have no legal or real connection. It is therefore necessary to interpret restrictively the conditions for the return of cooperative property and take into account the inviolability of private property if the property of cooperative has become with compensation someone's private property. In any case, the right to return can only belong to entities that have some kind of legal succession with the cooperative of which property was confiscated.*

Key words: *cooperatives, return of cooperative property, administrative procedure, previous question in administrative procedure, jurisdiction of administration, relationship between administration and courts.*

Datum prijema rada: 17.11.2015.

Originalni naučni rad 618.39:342.7(497.11+4)
doi:10.5937/zrpfns49-9189

Dr Gordana B. Kovaček Stanić, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
g.kovacekstanic@pf.uns.ac.rs

PREKID KASNE TRUDNOĆE U PRAVU SRBIJE I UPOREDNOM EVROPSKOM PRAVU[1]

Sažetak: *Prekid kasne trudnoće izaziva nedoumice pravne, ali i medicinske, te etičke prirode, s obzirom na razvijenost ploda i komplikovanost medicinske procedure. Pravni režim prekida kasne trudnoće obuhvata posebne uslove koji treba da budu ispunjeni da bi se kasna trudnoća mogla prekinuti. Radi se o postojanju zakonom predviđenih indikacija, te o posebnoj proceduri koja pretpostavlja dobijanje dozvole za prekid trudnoće od zakonom određenog tela. Univerzalna definicija kasne trudnoće ne postoji u zakonskim tekstovima evropskih zemalja. Ipak, granica od 24 nedelje, kao vremenski okvir posle koga se trudnoća smatra kasnom navodi se u zakonodavstvu Holandije, te u literaturi Velike Britanije. Iako se ne označava kao kasna trudnoća, u Češkoj Republici i Finskoj predviđeno je da je 24 nedelja starosti ploda gornja granica za prekid trudnoće.*

U domaćem pravu razlikuje se prekid trudnoće do 10 nedelja kada je on moguć po zahtevu trudnice, od 10 do 20 nedelja kada o prekidu odlučuje konzilijum lekara i od 20 nedelja kada o prekidu odlučuje etički odbor. U domaćem pravu nije napravljena razlika u potrebnim indikacijama u zavisnosti od visine trudnoće. Autor predlaže izmenu zakonskih rešenja u tom smislu, predlažući da se gornja granica za prekid trudnoće na zahtev trudnice, pomeri na 12 nedelja, da se napravi razlika u indikacijama koje treba da postoje kada se radi o trudnoći preko 12 nedelja do 24 nedelje i preko 24 nedelje. Trudnoća preko 24 nedelje bi se tako, smatrala kasnom trudnoćom, koja bi se mogla prekinuti u zaista samo izuzetnim situacijama.

Ključne reč*i: kasna trudnoća, prekid, pravo Srbije, uporedno evropsko pravo, indikacije*

---

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

1. Uvod

Prekid trudnoće je jedno do ovlašćenja u okviru paniranja porodice u negativnom pravcu, sa ciljem da do rađanja ne dođe. U svetu postoje dva suprotstavljena pokreta, „pro life" i „pro choice". Prvi, pozivajući se na pravo na život i zaštitu života ploda, ima negativan stav o prekidu trudnoće, a drugi sa argumentima koji se pozivaju na pravo žene na reproduktivni izbor, odobrava legalizaciju prekida trudnoće.

Posebno pitanje predstavlja prekid kasne trudnoće, koji izaziva nedoumice pravne, ali i medicinske, te etičke prirode, s obzirom na razvijenost ploda i komplikovanost medicinske procedure. Pravni režim prekida kasne trudnoće obuhvata posebne uslove koji treba da budu ispunjeni da bi se kasna trudnoća mogla prekinuti. Radi se o postojanju zakonom predviđenih indikacija, te o posebnoj proceduri koja pretpostavlja dobijanje dozvole za prekid trudnoće od zakonom određenog tela.

2. Specifičnosti prekida kasne trudnoće u domaćem pravu

U Srbiji je na snazi Zakon o postupku prekida trudnoće u zdravstvenoj ustanovi iz 1995. godine.[2] Zakonom se razlikuje prekid trudnoće do 10 nedelja starosti ploda, od 10 do 20 nedelja starosti ploda, i preko 20 nedelja starosti ploda. Dakle, Zakon Srbije ne postavlja gornju granicu za prekid trudnoće. Na osnovu ovakve pravne regulative, trudnoća preko 20 nedelja starosti ploda može se smatrati kasnom trudnoćom.

Zakonom je predviđeno da do 10 nedelja starosti ploda trudnica može da podnese zahtev za prekid trudnoće, ne navodeći razloge za takvu odluku. Lekar ima obavezu da utvrdi da li postoji opasnost narušavanja zdravlja žene zbog prekida trudnoće (čl. 5/2 t. 3), a ako bi se utvrdilo da bi se prekidom trudnoće teže narušilo zdravlje ili ugrozio život žene, prekid trudnoće se ne može izvršiti (čl. 3). Osim toga, lekar specijalista akušerstva i ginekologije ima obavezu da utvrdi starost trudnoće; da pribavi nalaze o krvnoj grupi trudne žene, RH faktoru i anamnestičke podatke o ranijim bolestima; da ukaže ženi na opasnost i posledice prekida trudnoće; da upozna ženu sa metodama i sredstvima zaštite od neželjene trudnoće (čl. 5).

[2] Zakon o postupku prekida trudnoće u zdravstvenoj ustanovi, *Službeni glasnik RS* 16/95 i 101/2005. O prekidu trudnoće više u: Zoran Ponjavić, *Prekid trudnoće – pravni aspekti*, Beograd, Kragujevac, 2007. Slobodanka Konstantinović Vilić, Mileva Milosavljević, Nevena Petrušić,, *Abortus, pravni, medicinski i etički pristup*, Niš, 1999. Gordana Kovaček Stanić, Kriterijumi za liberalnost u regulisanju prekida trudnoće, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1995, No. 1-3, str. 163- 173.

Prekid trudnoće posle navršene desete nedelje trudnoće može se izvršiti samo izuzetno, ako postoje zakonom predviđene indikacije. Prema važećem Zakonu, socijalni razlozi ne predstavljaju indikaciju za prekid trudnoće. Oni su izostavljeni Zakonom iz 1995. godine, a do tada su bili predviđeni ranijim Zakonom Srbije.[3] Treba primetiti da su u Vojvodini socijalne indikacije izostavljene kao indikacije za prekid trudnoće preko 10 nedelja još 1978. godine.[4] Razlozi za izostavljanje socijalnih indikacija su sa jedne strane, zloupotreba prava na prekid trudnoće, u smislu korišćenja prekida trudnoće u praksi kao metoda planiranja porodice[5], a sa druge strane nepovoljna demografska situacija, koja se ogleda u negativnom prirodnom priraštaju.[6]

Prekid trudnoće se obavlja u različitim zdravstvenim ustanovama u zavisnosti od trajanja trudnoće. Tako, ako je trudnoća do 10 nedelja, prekid se može obaviti u domu zdravlja, odnosno lekarskoj ordinaciji, ali pod uslovom da ove ustanove imaju organizovanu zdravstvenu zaštitu žena i hitnu medicinsku pomoć (čl. 10/3). Ako je trudnoća do 20 nedelja obavlja se u bolnici, odnosno zdravstvenoj ustanovi koja ima bolničku službu iz ginekologije i akušerstva, operacionu salu i službu transfuzije krvi (čl. 10/1). Ako je trudnoća preko 20 nedelja obavlja se u klinici, institutu, kliničko-bolničkom centru ili kliničkom centru (čl. 10/2).

Pravni režim prekida kasne trudnoće obuhvata posebne uslove koji treba da budu ispunjeni da bi se kasna trudnoća mogla prekinuti. Koja trudnoća se smatra kasnom trudnoćom nije definisano u domaćem zakonodavstvu o prekidu trudnoće. Međutim, moglo bi se reći da je u domaćem pravu, trudnoća preko 20 nedelja kasna trudnoća jer se za prekid trudnoće preko 20 nedelja predviđa dobijanje odobrenja od posebnog multidisciplinarnog tela koji se naziva etički odbor, a čije članove imenuje Ministarstvo zdravlja.

Da bi se kasna trudnoća mogla prekinuti, mora se utvrditi postojanje zakonom predviđenih indikacija, predviđena je posebna procedura, koja obuhvata dobijanje dozvole za prekid trudnoće od zakonom određenog

---

[3] Zakon o uslovima i postupku za odobrenje prekida trudnoće Srbije, *Službeni glasnik RS* 29/79.

[4] Zakon o o uslovima i postupku za odobrenje prekida trudnoće Vojvodine, *Službeni list* 26/72, izmene 9/78, čl.6.

[5] Olga Cvejić Jančić, Prekid trudnoće kao metod planiranja porodice, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1995 No. 1-3, str. 95-107.

[6] Prirodni priraštaj je u Srbiji negativan. U 2011. godini stopa prirodnog priraštaja je -5,2 promila. Stopa nataliteta je 9,0 promila, a mortaliteta 14,2. U periodu od 2002. do 2011. broj stanovnika se smanjio za 241 000. *Statistički godišnjak Srbije* 2012, str. 25, 400.

tela. S obzirom na komplikovanost medicinske procedure, te mogućih negativnih posledica, određuje se koje ustanove imaju ovlašćenje da sprovode postupak prekida kasne trudnoće.

2.1. Vremenski okvir i indikacije i za prekid kasne trudnoće

U domaćem pravu su predviđene indikacije za prekid trudnoće preko 10 nedelja starosti ploda. To su sledeće indikacije: kada se na osnovu medicinskih indikacija utvrdi da se na drugi način ne može spasiti život ili otkloniti teško narušavanje zdravlja žene; kada se na osnovu naučno-medicinskih saznanja može očekivati da će se dete roditi sa teškim telesnim ili duševnim nedostacima (mogu se označiti kao eugenične indikacije); kada je do začeća došlo izvršenjem krivičnog dela - krivičnopravne indikacije (silovanje, obljuba nad nemoćnim licem, obljuba nad maloletnim licem, obljuba zloupotrebom položaja, zavođenje i rodoskrnavljenje). Dakle, ne pravi se razlika u indikacijama koje treba da postoje kada se radi o trudnoći od 10 do 20 nedelja i trudnoći preko 20 nedelja. Pitanje je da li je ovakav stav zakonodavca opravdan ili bi trebalo na poseban način regulisati indikacije kada se radi o kasnoj trudnoći.

Posebno pitanje u vezi sa eugeničnim indikacijama (kada se na osnovu naučno-medicinskih saznanja može očekivati da će se dete roditi sa teškim telesnim ili duševnim nedostacima) vezano je za dijagnostifikovanje genetskih oštećenja ploda. Ovo pitanje je postalo posebno aktuelno donošenjem Zakona o prevenciji i dijagnostici genetičkih bolesti, genetički uslovljenih anomalija i retkih bolesti 2015. godine.[7] U članu 34. se kaže:

„Lekar je odgovoran za štetu roditeljima deteta koje je rođeno genetički oštećeno, zbog povrede njihovog prava da budu obavešteni o zdravstvenom stanju deteta pre rođenja, kako bi tako informisani dali svoj pristanak na dalji tretman, odnosno kako bi slobodno odlučili da li žele da takvu trudnoću dovedu do kraja ili da je prevremeno iz tih razloga prekinu, a sve u okviru zakonom dopuštenih indikacija za prekid trudnoće.

Šteta koju u tom slučaju trpe roditelji sastoji se iz duševnih bolova usled detetove onesposobljenosti, genetički uslovljene bolesti i anomalije, koju nisu očekivali i na koju zbog izostalih laboratorijskih pretraga i genetičkih informacija nisu bili upozoreni.

Roditelji imaju pravo na naknadu štete prema opštim pravilima o odgovornosti za štetu."

[7] Zakon o prevenciji i dijagnostici genetičkih bolesti, genetički uslovljenih anomalija i retkih bolesti, *Službeni glasnik RS* br. 8/2015, poznat kao Zojin zakon.

Ova odredba u praksi može dovesti do izuzetno ozbiljnih posledica naročito kada se radi o odgovornosti lekara. Naime, moguće je očekivati sudske potupke na osnovu ove zakonske odredbe, u kojima će lekar morati da dokaže da, prema opštim pravilima odgovornosti za štetu, nije odgovoran zbog toga što nije ustanovio postojanje genetički uslovljenih bolesti i anomalija ploda.

I u uporednopravnoj literaturi se raspravlja o zaštiti života i zdravlja nerođenog deteta. Zaštitu života i zdravlja nerođenog deteta u savremanim uslovima omogućava napredak prenatalne medicine. U inostranoj praksi postoje specifični imovinski zahtevi u vezi s tim pitanjima. Radi se o zahtevima za naknadu štete zbog života ili rođenja deteta sa nedostacima („*wrongful life", „wrongful birth*").[8]

2.2. Postupak prekida kasne trudnoće

Kada se radi o prekidu kasne trudnoće u konsultovanim evropskim pravima, pa i domaćem, nije dovoljno samo mišljenje o prekidu trudnoće lekara koji će izvršiti prekid trudnoće, nego se traži da se o postojanju indikacija za prekidu dodatno izjasne drugi registrovani lekari ili određeno telo.

U Srbiji, postojanje uslova za prekid trudnoće do 10 nedelja starosti ploda utvrđuje lekar specijalista, između 10 i 20 nedelja konzilijum lekara zdravstvene ustanove, a preko 20 nedelja etički odbor zdravstvene ustanove. Etički odbor imenuje ministarstvo nadležno za poslove zdravlja, na predlog zdravstvene ustanove, na period od dve godine. Etički odbor čine: specijalista iz ginekologije i akušerstva, specijalista iz pedijatrije, specijalista iz neuropsihijatrije (psihijatar), specijalista iz interne medicine i diplomirani pravnik, koji imaju nastavno zvanje profesora medicinskog, odnosno pravnog fakulteta ili naučni stepen doktora medicinskih, odnosno pravnih nauka.[9]

U određenim zakonodavstvima se posebno predviđa da žena treba da prođe postupak savetovanja pre izvršenja kasnog prekida trudnoće (npr. u Nemačkoj). U domaćem zakonodavstvu to nije predviđeno zakonom, ali se u praksi pokazalo kao vrlo značajno da žena dobije informacije o postojanju indikacija za prekid trudnoće, o ozbiljnosti indikacija, a naročito o posledicama na život i zdravlje nerođenog deteta. Zbog toga je

[8] O tome više u: K. V. Lorio, In Vitro Fertilization and Embryo Transfer, *South-Western Law Journal* 5/82.

[9] Regulisano Pravilnikom o broju, sastavu i načinu rada etičkog odbora u zdravstvenoj ustanovi, *Službeni glasnik RS* 30/95, čl. 2. Autor ovog članka je član Etičkog odbora Klinčkog centra Vojvodine.

predloženo da žena dobije takve informacije od etičkog odbora koji je nadležan za davanje dozvole za prekid trudnoće, a što bi bilo potvrđeno kroz potpisivanje određenog formulara o obaveštenju o indikacijama. Na ovaj način, žena bi imala dovoljno informacija da odluči da li želi da prekine trudnoću, ili će se odlučiti da zadrži dete, uprkos postojanju indikacija. Tako se preveniraju situacije u kojima bi se moglo desiti da žena zbog toga što nije dovoljno infornisana o indikacijama i njihovim posledicama, traži prekid trudnoće, a da je bila potpuno informisana o budućem zdravlju i životu deteta to ne bi učinila, nego bi odlučila da zadrži dete i brine se o njemu kao detetu sa posebnim potrebama, bilo zbog fizičkog ili duševnog nedostatka.[10] U okviru rada Etičkog odbora Klinčkog centra Vojvodine sačinjen je formular o obaveštenju o medicinskoj meri, čija sadržina je sledeća:

Obaveštenje o medicinskoj meri

U skladu sa članom 6. Zakona o pravima pacijenata (Službeni glasnik RS br. 45/2013), te članom 6. Zakona o prekidu trudnoće u zdravstvenoj ustanovi (Službeni glasnik RS br. 16/95; 101/2005)

obaveštena sam od Etičkog odbora za prekid trudnoće Kliničkog centra Vojvodine usmeno i na meni razumljiv način o tome:

da je na osnovu medicinskih indikacija utvrđeno da se na drugi način ne može spasiti moj život ili otkloniti teško narušavanje zdravlja, te da se u tom slučaju **izuzetno**, prekid trudnoće može izvršiti i posle navršene dvadesete nedelje trudnoće

ili

da se na osnovu naučno-medicinskih saznanja može očekivati da će se dete roditi sa teškim telesnim ili duševnim nedostacima, te da se u tom slučaju **izuzetno,** prekid trudnoće može izvršiti i posle navršene dvadesete nedelje trudnoće. Posebno sam obaveštena o karakteru i težini nedostatka, te o perspektivama života i zdravlja deteta koje bi se rodilo sa navedenim nedostatkom

ili

da je utvrđeno da je do začeća deteta došlo izvršenjem krivičnog dela (silovanje, obljuba nad nemoćnim licem, obljuba nad maloletnim li-

[10] Kao primer može se navesti postojane *Down*-ovog sindroma kod deteta. U nekim zemljama se smatra da ovaj sindrom ne bit trebalo da bude razlog za prekid trudnoće. Takođe, postojanje urođenih srčanih mana ploda ne bi moralo uvek da dovede do odluke da se prekine trudnoća, ako se radi o mani koja se može tretirati. Na primer, Tetralogija *Fallot* je hirurški korektibilna anomalija, sa prihvatljivo malim perioperativnim rizikom.

cem, obljuba zloupotrebom položaja, zavođenje i rodoskrnavljenje), te da se u tom slučaju **izuzetno**, prekid trudnoće može izvršiti i posle navršene dvadesete nedelje trudnoće.

2.2.1. Prigovor savesti

Prekid trudnoće predstavlja intervenciju koja ima etičke i moralne komponente. Zbog toga, postoje situacije u kojima lekar i drugo medicinsko osoblje, iz moralnih ili verskih razloga ne želi da učestvuje u postupku prekida trudnoće. U ovakvim slučajevima lekar/drugo medicinsko osoblje se može pozvati na prigovor savesti i na osnovu toga biti izuzet iz postupka.

U Srbiji je prigovor savesti regulisan Zakonom o zdravstvenoj zaštiti.[11] U članu 171. se kaže:

„Zdravstveni radnik može odbiti pružanje zdravstvene zaštite ako zdravstvena usluga koju treba pružiti nije u skladu sa njegovom savešću, ili međunarodnim pravilima medicinske etike (u daljem tekstu: prigovor savesti).

Zdravstveni radnik dužan je da o prigovoru savesti obavesti direktora zdravstvene ustanove, odnosno neposrednog rukovodioca, kao i osnivača privatne prakse.

Zdravstvena ustanova, odnosno privatna praksa dužna je da poštuje istaknuti prigovor savesti zdravstvenog radnika, kao i da obezbedi pružanje zdravstvene zaštite pacijentu od strane drugog zdravstvenog radnika.

Zdravstveni radnik ne može odbiti pružanje hitne medicinske pomoći ističući prigovor savesti."

3. Specifičnosti prekida kasne trudnoće u uporednom evropskom pravu

3.1. Vremenski okvir i indikacije i za prekid kasne trudnoće

Zakonodavstva o prekidu trudnoće se, između ostalog, razlikuju po tome da li je zakonom predviđena gornja granica trajanja trudnoće do koje se može izvršiti prekid trudnoće ili nije predviđena. Gornja granica nije predviđena u, na primer: Velikoj Britaniji, Francuskoj, Norveškoj, Danskoj, Holandiji, Italiji, Rusiji, Švedskoj, Švajcarskoj.

U određenim zakonodavstvima predviđena je gornja granica za prekid trudnoće. Tako je, na primer, u Češkoj Republici i Finskoj predviđeno

[11] Zakon o zdravstvenoj zaštiti, *Službeni glasnik RS*, br. 107/2005, 72/2009 - dr. zakon, 88/2010, 99/2010, 57/2011, 119/2012, 45/2013 - dr. zakon i 93/2014

da se trudnoća može prekinuti do 24 nedelje starosti ploda u određenim sitaucijama.

U uporednom evropskom pravu indikacije za prekid kasne trudnoće su različito određene, ali u svim zakonodavstvima one su kvalifikovane kao izuzetno ozbiljne.

Granica od 24 nedelje, kao vremenski okvir posle koga se trudnoća smatra kasnom navodi se u u literaturi Velike Britanije.[12] Predviđeni su posebno razlozi koji mogu dovesti do prekida trudnoće bez vremenskog ograničenja. To su sledeći razlozi: ako postoji stvarni rizik postojanja hendikepa deteta, ako je rizik da će trudnoća ugroziti život trudnice veći od rizika prekida trudnoće, ako je prekid neophodan da spreči ozbiljnu, trajnu povredu fizičkog ili mentalnog zdravlja žene. U literaturi se navode kao primeri za poslednju indikaciju pre-eclampsia i placenta praevia.[13] Kada se radi o indikaciji vezanoj za plod, u literaturi se navode različiti stavovi izraženi u procesu donošenja Zakona o abortusu. Tako je Komitet lordova izrazio mišljenje da ako postoji dijagnoza nerođenog deteta koja ukazuje da kod deteta postoji teška abnormalnost takva da ne postoji mogućnost vođenja smislenog života, nije logično tražiti od majke da iznese trudnoću, samo zbog toga što je dijagnoza postavljena prekasno, pa abortus nije mogao biti izvršen pre 28 nedelje. Predlog da se uvede limit za prekid trudnoće do 28 nedelje nije dobio podršku.[14] Osim toga, navodi se da je postojao predlog da hendikep fetusa kao indikacija bude jasnije određen tako da bi prekid trudnoće bio opravdan samo ako postoji abnormalnost fetusa koja uključuje veliku verovatnoću da bi dete patilo od stanja koje nije kurabilno i koje bi mu u potpunosti uništilo kvalitet života. Sledeći predlog bio je da ukoliko se dete može roditi živo i ako ne pati od hendikepa koji je inkopatibilan sa životom, lekar treba da preduzme sve neophodne korake da se dete rodi živo. Ni jedan od predloga nije prošao.[15] U Francuskoj je prekid trudnoće posle 12 nedelje dozvoljen ako se utvrdi da bi trudnoće ozbiljno ugrozila zdravlje žene, ili da postoji velika verovatnoća da će se dete roditi sa izuzetno ozbiljnim zdravstvenim problemima koji su ne mogu lečiti u momentu postavljanja dijagnoze.

---

[12] Krivični zakonik i Uputstvo o oslobođenju od krivične odgovornosti u slučajevima eutanazije i kasnih abortusa Holandije, https://lovdata.no/ dokument/ NL/lov/1975-06-13-50?q=abortlov.

Za Veliku Britaniju: Derek Morgan i R.G. Lee, *Blacstone's Guide to the Human Fertilisation and Embryology Act 1990* (London: Blackstone Press Limited) 1991, str. 55.

[13] *Ibid.* str . 50.

[14] Bilo je 229 glasa protiv, a 215 glasova za. *Op. cit.* Morgan, Lee str. 54.

[15] Bilo je 101 glasova protiv, a 54 glasa za. *Op. cit.* Morgan, Lee str. 55.

U Nemačkoj, prema Krivičnom zakoniku, trudnoća se može prekinuti do 22 nedelje ako se žena nalazi u izuzetno teškom stanju u vreme operacije, ako je prekid neophodan da spreči opasnost po život žene ili nastanak ozbiljne posledice po njeno fizičko ili duševno zdravlje, ili ako opasnost ne može biti otklonjena na drugi način po mišljenju žene, uzimajući u obzir sadašnje i buduće životne okolnosti žene. Takođe, može se prekinuti trudnoća ako je utvrđeno ili se može pretpostaviti da će nastati oštećenje na detetu zbog hromozomskog ili sličnog poremećaja.[16]

U Švajcarskoj je prekid trudnoće regulisan Krivičnim zakonikom, drugom knjigom, specijalnim oderdbama. Prekid trudnoće neće biti kažnjiv u bilo kom momentu trudnoće ako, po proceni lekara, prekid mora biti izvršen da bi se sprečila povreda ili teška duševna bol žene, te ako se proceni da se rizik povećava nastavkom trudnoće.

U Italiji je prekid trudnoće preko 90 dana dozvoljen u dve situacije: ako trudnoća i porođaj predstavljaju ozbiljnu opasnost po život žene i ako je utvrđeno patološko stanje ploda. Patološko stanje treba da se sastoji od anomalija ili malformacija nerođenog deteta koje u isto vreme predstavljaju ozbiljnu opasnost po duševno zdravlje žene. Kada se radi o kasnoj trudnoći, ako postoji mogućnost da bi dete moglo da preživi van materice, prekid trudnoće se može izvršiti samo ako trudnoća ili porođaj predstavljaju ozbiljnu opasnost po zdravlje žene. U tim slučajevima lekar mora da preduzme sve odgovarajuće mere da spase život deteta.

U Španiji je prekid trudnoće regulisan Zakonom o polnom i reproduktivnom zdravlju i voljnom prekidu trudnoće. Prema tom Zakonu pristup prekidu trudnoće predstavlja pravo žene.[17] Prekid trudnoće se legalno može izvršiti do 14 nedelje na zahtev trudnice. Potrebno je da žena bude u potpunosti informisana o svojim pravima i o javnim beneficijama i pomoći za materinsko izdržavanje i da prođe period od tri dana od davanja ovih informacija do postupka prekida trudnoće. Prekid trudnoće se može izvršiti do 22 nedelje iz medicinskih razloga. Pre toga je potrebno da se dobije: medicinska procena lekara, različitog od lekara koji će izvršiti prekid trudnoće, o tome da trudnoća predstavlja ozbljan rizik za život i zdravlje žene (ova procena se može izostaviti u hitnim slučajevima), ili procena dva lekara, različitih od lekara koji će izvršiti prekid trudnoće, da postoji ozbiljan rizik od abnormalnosti fetusa, ili potvrda kliničkog odbora na izveštaj lekara, različitog od lekara koji će izvršiti prekid trudnoće,

[16] http://berlin.angloinfo.com/information/healthcare/pregnancy-birth/termination-abortion/ Sajt posećen 24.08.2015.

[17] Organic Law 2/2010 on Sexual and Reproductive Health and the Voluntary Interruption of Pregnancy.

da fetus ima abnormalnosti koje su inkopatibilne sa životom ili da fetus ima ekstrenmo ozbiljnu ili neizlečivu bolest.

U Holandiji je prekid trudnoće regulisan Zakonom o abortusu.[18] Prema ovom Zakonu posle 18 nedelja trudnoće samo izuzetni razlozi opravdavaju prekid trudnoće. Ako bi fetus mogao da preživi izvan materice, ne može se dobiti dozvola za prekid trudnoće. Međutim, prekid trudnoće zbog neposredne opasnosti po život i zdravlje žene koja je izazvana nastavkom trudnoće može biti izvršen u svako doba tokom trudnoće. Prekid kasne trudnoće (preko 24 nedelje) je regulisan posebno Krivičnim zakonikom i Uputstvom o oslobođenju od krivične odgovornosti u slučajevima eutanazije i kasnih abortusa. Prekid trudnoće preko 24 nedelje je dozvoljen u dve situacije. Prva je u slučaju da nerođeno dete ima neizlečivu bolest za koju se može pretpostaviti da će neizbežno dovesti do smrti za vreme porođaja ili odmah posle rođenja. Druga, kada nerođeno dete ima neizlečivu bolest koja dovodi do ozbiljnog i nenadoknadivog oštećenja, te kada postoji vrlo mala šansa da će doći do preživljavanja. Prema publikaciji Holanskog kraljevskog medicinskog udruženja (*Royal Dutch Medical Association*) očekuje se uvođenje novih mera koje bi precizirale postojanje odgovornosti lekara (*medical due diligence*) u vezi sa evolucijom u shvatanju patnje tek rođene dece i opasnosti po život deteta kada se prekidaju kasne trudnoće.

U Austriji se posle perioda od tri meseca trajanja trudnoće, prekid može izvršiti da bi se izbegla ozbiljna opasnost po život, fizičko ili psihičko zdravlje trudne žene, te ako postoji ozbiljna opasnost fizičkog ili psihičkog oštećenja ploda, ako žena nema 14 godina, ili ako je prekid trudnoće jedini način da se spreči neposredna opasnost po život žene, a u tom momentu nije dostupna medicinska pomoć.

U Belgiji je određeno u kojim slučajevima je prekid trudnoće legalan, ako se radi o trudnoći preko 12 nedelja. To je u slučaju kada bi trudnoća ozbiljno ugrozila zdravlje žene, ili je sigurno da će se dete roditi sa izuzetno teškim zdravstvenim problemom koji nije moguće lečiti u vreme kada je postavljena dijagnoza.

U Danskoj se posle 12. nedelje prekid trudnoće može izvršiti ako bi: trudnoća, porođaj ili staranje o detetu predstavljali opasnost po zdravlje trudnice kao posledica fizičke ili duševne bolesti, depresije ili slabosti koja proističe iz njene životne sitaucije; ako je trudnoća rezultat određenih krivičnih dela kao što su silovanje, incest itd; ako postoji

[18] Lov om svangerskapsavbrudd [abortloven] Lov No. 50 of June 13, 1975, *as amended*,, https://lovdata.no/ dokument/ NL/lov/1975-06-13-50?q=abortlov.

ozbiljan rizik da će dete patiti od neke ozbiljne bolesti koja je rezultat genetske predispozicije ili štetnih uticaja tokom trudnoće; ako trudnica ne može da obezbedi detetu neophodnu negu, kao rezultat njene fizičke ili duševne bolesti ili slabosti; ako trudnica zbog njene mladosti ili nezrelosti neće biti sposobna da se adekvatno stara o detetu; ako se može očekivati da trudnoća, porođaj ili staranje o detetu mogu izazvati neizbežan teret po majku, tako da je u njenom interesu i interesu održanja njenog doma i staranja o ostaloj deci da se trudnoća prekine. Uzeće se u obzir ženina starost, zaposlenje i lične okolnosti, te životna situacija porodice i ukupne finansijke okolnosti. Kada se radi o kasnoj trudnoći, prekid trudnoće se može uvek izvršiti ako bi nastavak trudnoće predstavljao opasnost po život ili zdravlje trudnice. Ako se radi o fetusu koji bi mogao da preživi izvan materice, prekid se može izvršiti samo ako postoji rizik da će se dete razboleti od ozbljne bolesti ili duševne bolesti koja je posledica genetike ili bolesti koja je nastala dok je plod bio u materici.

U Švedskoj je prekid trudnoće regulisan Zakonom o abortusu, koji je izmenjen 2013. godine.[19] Specijalni razlozi za prekid trudnoće obuhvataju fizičke ili duševne posledice koje bi nastavak trudnoće imao na ženu i/ili fizičku bolest deteta. Zahtev za prekid trudnoće se ne može dozvoliti ako se smatra da bi fetus mogao da preživi izvan materice, sem u izuzetnim slučajevima. Smatra se da bi fetus mogao da preživi izvan materice ako ima 22 nedelje. Međutim, ako bi nastavak trudnoće bio povezan sa ozbiljnom pretnjom na život ili zdravlje žene, prekid trudnoće se može izvršiti i kasnije uz odobrenje Nacionalnog odbora za zdravlje i socijalnu zaštitu.

U Rusiji je namerni prekid trudnoće regulisan Zakonom o zdravstvenoj zaštiti stanovništva.[20] Prekid trudnoće se može izvršiti posle 12 nedelje ako postoje određene indikacije. Tako, se prekid trudnoće može izvršiti do 22 nedelje kada se radi o silovanju, u svako doba na osnovu medicinskih razloga vezanih za trudnicu. Prekid trudnoće zbog teške ekonomske situacije žene ili drugih socijalnih razloga je 2012. godine zabranjen. U Rusiji postoji lista medicinskih razloga koji opravdavaju prekid trudnoće u svako doba. Radi se o sledećim bolestima: tuberkoloza, dijabetes, kancerogeni tumori, različite srčane bolesti, određene genetske i duševne bolesti i druge.[21]

---

[19] Lag om abort [Abortlagen] (Svensk Författningssamling [SFS] 1974:595), http://www.notisum.se/ rnp/SLS/lag/19740595.htm

[20] Čl. 56 Zakona o zdravstvenoj zaštiti stanovništva br.. 323 iz 2011. godine.

[21] Pravilnik br. 736 iz 2007, poslednja izmena 2011 donet od strane Ministarstva za zdravstvenu zaštitu i socijalnu zaštitu.

U Češkoj posle 12 nedelja trudnoće, prekid se može izvršiti ako je ugroženo zdravlje žene ili je dokazano da je plod ozbiljno oštećen ili nesposoban za život. Ako postoje ozbiljne medicinske indikacije (genetski razlozi) procedura se može sprovesti do 24 nedelje. Ministarstvo zdravlja je 1986. godine izdalo obaveštenje koje sadrži listu bolesti koje mogu ugroziti zdravlje žene. To su: bolesti srca i krvnih sudova, plućne i srčane bolesti, patološka stanja krvi, kancerogeni tumori, tuberkoloza i neke neurološke, genetske i duševne bolesti.

3.1. Postupak prekida kasne trudnoće

U Velikoj Britaniji, kada se radi o prekidu trudnoće bez vremenskog ograničenja, potrebno je da osim lekara koji prekida trudnoću još dva registrovana lekara izraze mišljenje, u dobroj veri, da postoje razlozi za prekid trudnoće. Postoji mogućnost ulaganja prigovora savesti za učešće u postupku prekida trudnoće regulisana Zakonom o humanoj fertilizaciji i embriologiji (*Human Fertilisation and Embriology Act -HFEA* iz 1990. godine). Ova mogućnost postoji uvek, osim u slučaju kada je tretman potreban da bi se spasao život žene ili sprečio nastanak ozbiljne, trajne povrede zdravlja trudnice.

U Francuskoj, prekid trudnoće preko 12 nedelja je dozvoljen pod uslovom da dva lekara iz multidisciplinarnog tima potvrde, posle konsultacija sa timom, da postoje indikacije za prekid trudnoće. U Francuskoj svaki profesionalac u okviru zdravstvene zaštite može odbiti da učestvuje u prekidu trudnoće. Ako lekar odbije da izvrši prekid trudnoće ima obavezu da pacijenta obavesti o imenima drugih lekara koji su u mogućnosti da izvrše prekid trudnoće.

U Nemačkoj se trudnoća posle 22 nedelje može prekinuti samo uz odluku suda kojom se lekar koji vrši prekid trudnoće oslobađa odgovornosti zato što se žena nalazi u stanju izuzetne duševne boli u vreme intervencije. Potrebno je da žena prođe postupak savetovanja pre prekida trudnoće.

U Belgiji, kada se radi o prekidu trudnoće preko 12 nedelje potrebno je da lekar izrazi svoje mišljenje o postojanju indikacija za prekid trudnoće sa kojim će se složiti još jedan lekar.

U Danskoj, prekid trudnoće preko 12 nedelja mogu da vrše samo lekari u regionalnoj bolnici. Predviđeno je da lekari, medicinske sestre i drugo bolničko osoblje mogu odbiti da učestvuju u prekidu trudnoće.

U Švedskoj, posle 18 nedelje odobrenje za prekid trudnoće daje Nacionalni odbor za zdravlje i socijalnu zaštitu, na čiju odluku ne postoji pravo na žalbu. Međutim, ako je pretnja po majku tako ozbiljna da se

odobrenje Odbora ne može dobiti na vreme, prekid trudnoće se može izvršiti bez odobrenja i ne mora biti izvršen u bolnici.

4. Zaključna razmatranja

Univerzalna definicija kasne trudnoće ne postoji u zakonskim tekstovima evropskih zemalja. Ipak, granica od 24 nedelje, kao vremenski okvir posle koga se trudnoća smatra kasnom navodi se u zakonodavstvu Holandije, te u literaturi Velike Britanije. Iako se ne označava kao kasna trudnoća, u Češkoj Republici i Finskoj predviđeno je da je 24 nedelja starosti ploda gornja granica za prekid trudnoće.

U domaćem pravu razlikuje se prekid trudnoće do 10 nedelja kada je on moguć po zahtevu trudnice, od 10 do 20 nedelja kada o prekidu odlučuje konzilijum lekara i od 20 nedelja kada o prekidu odlučuje etički odbor. Međutim, u domaćem pravu nije napravljena razlika u potrebnim indikacijama u zavisnosti od visine trudnoće. Na osnovu rešenja usvojenih u uporednom pravu, ovom prilikom, predlažu se izmene zakonskog teksta. Tako se predlaže da se gornja granica za prekid trudnoće kao slobodan prekid, samo na zahtev trudnice, pomeri na 12 nedelja, jer se čini da je 10 nedelja nedovoljno vreme za utvrđivanje postojanja indikacija, naročito kada se radi o eugeničnim indikacijama. Dalje, smatramo da bi trebalo napraviti razliku u indikacijama koje treba da postoje kada se radi o trudnoći preko 12 nedelja, pa do 24 nedelje i preko 24 nedelje. Trudnoća preko 24 nedelje bi se tako, smatrala kasnom trudnoćom, koja bi se mogla prekinuti u zaista samo izuzetnim situacijama. Indikacije od 12 do 24 nedelje bi ostale slične kao što je to u važećem zakonu, osim što bi kada se radi o eugeničnim indikacijama trebalo izostaviti pridev teški. Razlog za ovakav predlog su slučajevi u kojima postoji velika verovatnoća da će se dete roditi sa nedostacima, koji se ne mogu okarakterisati kao teški, a majka nije spremna da odgaja dete sa nedostacima. Smatramo da bi u takvim slučajevima, nakon potpune informisanosti majke o nedostacima koje će dete imati, zahtev za prekid trudnoće trebalo uvažiti i dozvoliti da se trudnoća prekine. U savremenim uslovima, dostupne dijagnostičke metode omogućavaju da se utvrdi postojanje nedostataka ploda sa velikom verovatnoćom, pa postaje apsurdna situacija u kojoj se majka obeveštava o nedostacima ploda, ali joj se ne dozvoljava da prekine trudnoću, zato što se nedostaci ne mogu okarakterisati kao teški (npr. laka mentalna retardacija).Idikacije preko 24 nedelje bi, međutim, trebalo pooštriti. Krivičnopravne indikacije bi trebalo izostaviti, a eugenične, vezane za plod, precizirati.

Eugenične bi mogle biti precizirane u sledećoj formulaciji:

Kada se na osnovu naučno-medicinskih saznanja može očekivati da će se dete roditi sa teškim telesnim ili duševnim nedostacima koji nisu kurabilni u smislu da omogućavaju samostalan život.

ili

Kada se na osnovu naučno-medicinskih saznanja može očekivati da će se dete roditi sa teškim telesnim ili duševnim nedostacima koje uključuju veliku verovatnoću da bi dete patilo od stanja koje nije kurabilno i koje bi mu u potpunosti uništilo kvalitet života.

Telo koje bi davalo dozvolu za prekid trudnoće do 24 nedelje bi bio konzilijum lekara, a posle 24 nedelje etički odbor.

Na ovaj način bi se predupredili prekidi kasne trudnoće u situacijama kada indikacije postoje, ali nisu takvog intenziteta koji bi opravdao prekid, imajući u vidu razvijenost ploda u vremenu preko 24 nedelja, te komplikovanost i rizik koji nosi medicinska procedura kada se radi o kasnoj trudnoći.

Gordana B. Kovaček Stanić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

The Termination of the Late Pregnancy in Serbian Law and Comparative European Law

Abstract: *The termination of the late pregnancy causes legal, medical and ethical dilemmas. This is due to the development of fetus if pregnancy is late one and complexity of the neesed medical procedures. Legal regime of the termination of late pregnancy contains special conditions: legaly stipuleted indications and special procedure which means getting permission from particular body for the termination. In this article author compares legal regimes in: United Kingdom, France, Germany, Nordic countries, Switzerland, Italy, Russia, Check Republic and Serbia. Universal definition of the late pregnancy does not exist, but pregnancy after 24 weeks is considered late in Dutch law, and in the legal theory in United Kingdom. The time limit for termination of the pregnancy in some legislation is 24 weeks (e.g. Check Republic and Finland).*

According to Serbian law, there is a distinction of the pregnancy until 10 weeks, when termination is possible on pregnant womans request, from 10 to 20 weeks when termination is decided by consilium of the physicians and after to 20 weeks when termination is decided by ethical commitee. In the domestic law there is no distinction of the necessary indications for termination of the pregnancy after 10 weeks and after 20 weeks. Author suggest amandments to exisiting solutions. One, to postpone the termination on the requets until 12 weeks, and to stipulate different indications necessry for the termination pregnancy from 12 to 24 weeks and after 24 weeks – late pregnancy, in order to make the termimation of the late pregnancy really exceptional.

Key words: *late pregnancy, termination, Serbian law, comparative European law, indications*

Datum prijema rada: 17.10.2015.

Originalni naučni rad 341.63:347.921.6
doi:10.5937/zrpfns49-9014

Dr Maja D. Stanivuković, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
M.Stanivukovic@pf.uns.ac.rs

OBEZBEĐENJE TROŠKOVA SPORA U ARBITRAŽI PO PRAVILIMA MTK I IKSID-A[1]

Sažetak: *Predmet ovog rada je zahtev za određivanje obezbeđenja za troškove spora koji se sve češće javlja u međunarodnoj arbitraži po pravilima MTK i IKSID-a. Analizom arbitražne prakse autor pokazuje da arbitražni sudovi retko određuju ovu meru i da su uslovi za njeno određivanje još uvek relativno nedefinisani. Prag koji tuženi mora da pređe da bi uverio arbitražni sud da postoje izuzetne okolnosti koje opravdavaju određivanje ove mere je izuzetno visok. Sama činjenica da je tužilac insolventan nije dovoljna da bi takva odluka bila doneta. Na početku rada određuje se ko ima pravo na obezbeđenje, šta je predmet obezbeđenja i odakle proističe ovlašćenje arbitara da ga odrede. Zatim se detaljno razmatraju uslovi za određivanje obezbeđenja koji se pominju u arbitražnoj praksi. Posebna pažnja posvećena je činjenicama koje se definišu kao izuzetne okolnosti koje opravdavaju podnošenje zahteva: činjenica da je tužilac zavisno preduzeće, da treće lice finansira spor, da tužilac nije položio predujam za troškove arbitražnog spora, promena okolnosti od trenutka zaključenja arbitražnog sporazuma, očigledna insolventnost tužioca i činjenica da tuženi nije ugovorna strana u arbitražnom sporazumu. Razmatra se i drugi uslov: verovatnoća da će tuženi dobiti spor. Posle toga sledi analiza razoga koji se u praksi pominju kao razlozi protiv određivanja obezbeđenja: pristanak tuženog na rizik, pristup arbitražnoj pravdi za tužioca, pravičnost, savesnost tuženog i neblagovremenost zahteva. Nekoliko pasusa posvećeno je i arbitražnom postupku u kome se odlučuje o zahtevu za obezbeđenje, teretu dokazivanja i posledicama nepolaganja obezbeđenja.*

[1] Rad je napisan u okviru projekta Pravnog fakulteta u Novom Sadu: „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)“ za 2015. godinu.

Ključne reči: *obezbeđenje za troškove spora, međunarodna arbitraža, MTK, IKSID*

U sudskom postupku u većini država tuženi ima pravo da traži da tužilac unapred položi određeni iznos na ime obezbeđenja parničnih troškova, kad je tužilac stranac ili ima prebivalište u inostranstvu, te zbog toga postoji rizik da presuda o troškovima spora u korist tuženog neće moći da se izvrši. Ova procesna ustanova se različito naziva: aktorska kaucija, obezbeđenje (osiguranje) parničnih (sudskih) troškova, polaganje predujma za parnične troškove itd.[2] Obaveza polaganja aktorske kaucije, ukoliko je njen iznos veoma visok, može imati za posledicu uskraćivanje pravde. U predmetu Tolstoj Miloslavski protiv Ujedinjenog Kraljevstva,[3] Sud za ljudska prava u Strazburu razmatrao je pitanje da li plaćanje obezbeđenja za troškove spora u iznosu od oko 125.000 britanskih funti koje je podnosilac žalbe bio dužan da uplati u roku od dve nedelje, predstavlja povredu člana 6, stav 1 Konvencije. Sud je smatrao da obezbeđenje ima legitiman cilj, ali da u svakom slučaju, u zavisnosti od okolnosti, treba ispitati njegovu srazmernost. U Evropi, većina država je međusobno povezana multilateralnim i bilateralnim konvencijama kojima se garantuje oslobođenje od plaćanja aktorske kaucije, tako da značaj ovog instituta u praksi opada.[4] U državama Evropske unije i Evropskog privrednog prostora, tražiti aktorsku kauciju od državljanina druge države članice smatra se nedozvoljenom diskriminacijom.[5] S druge strane, ovaj procesni institut je dozvoljen u odnosu na državljane trećih država, kao što se to pokazalo u predmetu jednog privrednog društva iz Monaka kao tužioca u Belgiji.[6]

Tema ovog rada je obezbeđenje parničnih troškova (eng. *security for costs*) u arbitraži. Pre par decenija, bilo je nezamislivo da arbitražni sud naredi tužiocu da položi obezbeđenje za parnične (arbitražne) troškove tuženog, osim možda u Engleskoj. Ali, kako trend sve veće judicijalizacije arbitražnog postupka ne jenjava, naredbe te vrste više nisu tako retke ni u drugim arbitražnim sedištima. Tužena strana se stoga sve lakše odlučuje da postavi zahtev za obezbeđenje da bi na taj način pokušala da se osigu-

[2] Autori u oblasti međunarodnog privatnog prava koriste i latinski izraz *cautio iudicatum solvi*.

[3] Tolstoy Miloslavsky v. United Kingdom od 13. jula 1995. Series A no. 316-B.

[4] Videti detaljno: M. Stanivuković, M. Živković, Međunarodno privatno pravo, peto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik Beograd, 2013.

[5] Predmet C-43/95 *Data Delecta and Forsberg* [1996], pasusi 17 i 22, i Predmet C-323/95 *Hayes* [1997], pasus 19.

[6] Predmet C-291/09 *Francesco Guarnieri & Cie v Vandevelde Eddy VOF*.

ra od veoma visokih troškova vođenja spora. Po skupoći postupka posebno se ističu arbitraže po pravilima MTK i IKSID-a, pa ćemo u ovom radu analizirati upravo praksu arbitražnih sudova nastalu u okviru tih pravila, kako bismo mogli da dođemo do određenih zaključaka koji bi mogli biti relevantni i za domaće arbitražno pravo i za njegov dalji razvoj.

Ko ima pravo na obezbeđenje?

U većini slučajeva, stranka koja traži obezbeđenje za troškove spora je tuženi, isto kao i u sudskom postupku. U engleskom Zakonu o arbitraži to je izričito propisano.[7] U predmetu MTK br. 14020, obezbeđenje je zatražio tužilac da bi parirao zahtevu tuženog. Arbitar nije automatski odbio ovaj zahtev kao nedopušten, već je konstatovao da tužilac nije dokazao da postoje razlozi za određivanje obezbeđenja. Na osnovu ove odluke bi se moglo zaključiti da i tužilac načelno ima pravo da traži obezbeđenje. U predmetu MTK br. 14661 tužilac je zaista i dobio obezbeđenje troškova, ali se u tom postupku nalazio u ulozi protivtuženog. Tuženi je, naime, podneo protivtužbu sa protivtužbenim zahtevima koji su po iznosu daleko nadmašivali iznose tužbenih zahteva tužioca.[8] Poseban problem se javlja kada tuženi traži obezbeđenje, a istovremeno se nalazi u ulozi protivtužioca koji ističe koneksan protivtužbeni zahtev. Prilikom podnošenja zahteva za obezbeđenje tuženi-protivtužilac bi u tom slučaju trebalo jasno da razgraniči koji deo troškova se odnosi na njegovu odbranu od zahteva tužioca i da traži obezbeđenje samo za taj deo troškova.[9]

Šta je predmet obezbeđenja?

U pitanju mogu biti svi troškovi tuženog – troškovi zastupanja, prevođenja, organizovanja rasprave, troškovi veštaka i svedoka koje će morati da predujmi. Zahtev može takođe da obuhvati i troškove predujma za honorare i troškove arbitara i troškove institucije.[10] Prilikom podnošenja zahteva stranka treba da priloži specifikaciju predviđenih troškova, a ako to ne učini, arbitražni sud treba to od nje da zatraži.

---

[7] V. Zakon o arbitraži Ujedinjenog Kraljevstva, član 38, stav 3.

[8] Procedural Order of December 2008 in ICC Case 14661 (Extract), Special Supplement 2014: Procedural Decisions in ICC Arbitration, ICC DRL at http://www.iccdrl.com, str. 76, pasus 2.

[9] Procedural order no. 2009, ASA Bulletin 2010, pp. 59-70.

[10] U predmetu RSM protiv Santa Lusije, troškovi arbitara i institucije bili su predmet posebne procesne naredbe, i tretirani su odvojeno od troškova zastupanja. *RSM Production Corporation v. Saint Lucia, Decision on Santa Lucia's request on Security for Costs*, pasus 14.

Ovlašćenje arbitara

Nadležnost arbitara da odrede obezbeđenje proističe iz merodavnog prava. To može biti nacionalni zakon u mestu arbitraže ili pravilnik o arbitraži koji su strane izabrale. U Modelu-zakona UNCITRAL-a sa izmenama iz 2006.g., izričito je predviđeno ovlašćenje arbitražnog suda da naredi privremene mere, u članu 17. Smatra se je tom odredbom obuhvaćena i mogućnost da arbitražni sud odredi da se plati obezbeđenje troškova spora, i to stavom 2, tačka c: „Privemena mera jeste ma koja vremenski ograničena mera ...kojom...arbitražni sud naređuje stranci...(c) da obezbedi način za očuvanje sredstava iz kojih bi se kasnije arbitražna odluka mogla izvršiti....“

Ipak, mali je broj zemalja koje su usvojile ovu odredbu, jer su mnoge donele nacionalne zakone, kao i Srbija, na osnovu prvobitne verzije Modela, u kojoj je odredba o privremenim merama bila štura i pominjala samo „privremenu meru koju [arbitražni sud] smatra potrebnom s obzirom na predmet spora.“ Budući da je obezbeđenje za troškove spora privremena mera procesnog karaktera,[11] i kao takvo nije vezano za predmet spora, smatralo se da ono ne može da bude određeno na osnovu te odredbe.[12]

U Engleskoj, obezbeđenje za troškove spora odavno je deo svakodnevne arbitražne prakse, zasnovane na zakonu.[13] Prema članu 38 Zakona o arbitraži Ujedinjenog Kraljevstva iz 1996. godine, predviđeno je:

> (1) Stranke mogu da se sporazumeju o ovlašćenjima koja arbitražni sud može da vrši za potrebe postupka i u vezi sa postupkom.
>
> (2) Ako se stranke nisu drukčije sporazumele, arbitražni sud ima sledeća ovlašćenja.
>
> (3) Arbitražni sud može da naloži tužiocu da pruži obezbeđenje za troškove arbitraže.
>
> Ovo ovlašćenje neće se koristiti samo na osnovu toga što je tužilac –
>
> (a) fizičko lice koje ima redovno boravište van Ujedinjenog Kraljevstva, ili
>
> (b) korporacija ili udruženje inkorporisano ili osnovano po zakonima neke zemlje van Ujedinjenog Kraljevstva, ili korporacija ili udruženje čiji je centar upravljanja i kontrole van Ujedinjenog Kraljevstva.

---

[11] *RSM Production Corporation v. Saint Lucia, Decision on Santa Lucia's request on Security for Costs*, pasusi 64-81.

[12] J.-B. Pessey, *When to Grant Security for Costs in International Commercial Arbitration: the Complex Quest for a Uniform Test*, dostupno na adresi: http://www.cpradr.org/About/NewsandArticles/tabid/265/ID/715/When-to-Grant-Security-for-Costs-in-International-Commercial-Arbitration-the-Complex-Quest-for-a-Uniform-Test-2011-Writing-Contest-Winner.aspx

[13] A. S.p.A. (Italy) v B AG (Germany), Decision, 25 September 1997, 19 Asa Bull. 745(2001).

Mada su ovakve odredbe korisne, ipak nije nužno da nacionalni zakon o arbitraži eksplicitno predvidi nadležnost za određivanje obezbeđenja. Ovlašćenje za to sadržano je u širokim odredbama poput one iz člana 32, stav 3 Zakona o arbitraži Srbije prema kojoj arbitražni sud može voditi arbitražni postupak na način koji smatra celishodnim, ili iz člana 31 Zakona o arbitraži koji predviđa da arbitražni sud može, na predlog stranke, odrediti privremenu meru koju smatra potrebnom. Može se uzeti za primer švajcarsko pravo. Pravni pisci se slažu da su arbitražni sudovi koji imaju sedište u Švajcarskoj ovlašćeni da odrede obezbeđenje za troškove spora na osnovu člana 182, stav 2 (pravo arbitara da odrede pravila postupka) i član 183 Zakona o MPP (privremene mere i mere obezbeđenja).[14] Ipak, švajcarski arbitri su neskloni da koriste ovo ovlašćenje. Oko ovog pitanja postoje i određene kontroverze, odnosno autori se spore koji od ova dva osnova je odgovarajući.[15] Jedino što može da ograniči nadležnost arbitražnog suda da odredi odbezbeđenje su eventualne prinudne odredbe nacionalnog prava merodavnog za arbitražu koje bi takvu nadležnost isključile.

Ovlašćenje se može zasnivati ne samo na merodavnom arbitražnom pravu, nego i na izabranim arbitražnim pravilima. Na primer, pravila Londonskog suda za međunarodnu arbitražu sadrže izričite odredbe o tome. Obezbeđenje se po ovim pravilima daje u obliku novčanog depozita ili bankarske garancije u iznosu koji je ravan procenjenim troškovima koje bi tužilac koji izgubi spor bio dužan da nadoknadi tuženom kao troškove zastupanja.[16]

Rasprostranjeno je mišljenje da arbitražni sud ima ovlašćenje da odredi obezbeđenje za troškove spora i po Pravilima Međunarodnog arbitražngog suda MTK. Odgovarajući pravni osnov za to daje član 28 Pravila od 2010.g. koji uređuje privremene mere. Komentatori ranije verzije Pravila slagali su se u tome da ovlašćenje za određivanje privremenih mera i mera obezbeđenja (član 23, stav 1 Pravila MTK iz 1998.g) obuhvata i ovlašćenje da se odredi polaganje obezbeđenja za troškove spora.[17] Međutim, i Deren i Švarc, kao i Krejg, Park i Polson, odmah nakon toga obaveštavali su

[14] Procedural Order No. 14, 27 November 2002, Ad Hoc Arbitration of the Arbitral Tribunal in Zurich, ABC AG (in prov. Nachlassstundung), Claimant, v. Mr X, Respondent, ASABull 23(2005), str.111; Procedural Order of January 2007 in ICC Case 14355 (Extract), Special Supplement 2014: Procedural Decisions in ICC Arbitration, ICC DRL at http://www.iccdrl.com, str. 70.

[15] V. Procedural order no. 2009, ASA Bulletin 2010, str. 59-70.

[16] Pravila Londonskog suda za međunarodnu arbitražu, član 25.2.

[17] L. Craig, W. W. Park, J. Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration, 3rd ed., 2000, str. 467; Y. Derains, E. Schwartz, A Guide to the ICC Rules of Arbitration, 2nd ed., 2005, str. 297.

čitaoca da se određivanje obezbeđenja za troškove spora u praksi tretira kao vanredno pravno sredstvo[18] koje se odobrava samo u izuzetnim okolnostima i da ga arbitri generalno ne koriste u arbitražama MTK. Od starijih odluka navode se samo dve, donete u okviru MTK, od 1990-1993.g.[19]

Danas se situacija promenila, ali i dalje, u praksi arbitražnih sudova MTK tek 20% zahteva za obezbeđenje troškova bude odobreno.[20] U jednom novijem predmetu, arbitar posebno rešava o svom ovlašćenju i ističe da je ovlašćen da tužiocu u ovom slučaju naredi da položi obezbeđenje za troškove spora. To ovlašćenje je diskreciono po prirodi i stoga treba odrediti da li je, s obzirom na okolnosti, celishodno da se takva naredba donese u datom slučaju.[21]

Kao pravni osnov za određivanje obezbeđenja u postupcima koji se vodi u okviru IKSID-a pominje se član 47 Vašingtonske konvencije i član 39 Arbitražnih pravila IKSID-a, koji takođe uređuju privremene mere. Obe odredbe koriste reč „preporučiti", ali su arbitražni sudovi jednoglasni u tome da su odluke o privremenim merama obavezujuće po karakteru.[22] Činjenica da ova Pravila za razliku od Pravila LCIA ne pominju obezbeđenje za troškove spora nije indikator da se obezbeđenje ne može odrediti.[23] Odluke kojim se određuje obezbeđenje su ipak veoma retke: prva je doneta u predmetu RSM protiv Santa Lusije, na iznos od 750.000 dola-

[18] V. npr. Procedural Order of May 2006 in ICC Case 13620 (Extract), Special Supplement 2014: Procedural Decisions in ICC Arbitration, ICC DRL at http://www.iccdrl.com, str. 65, pasus 2.5.: „Mišljenje je Tribunala da je odobravanje obezbeđenja troškova u međunarodnoj trgovinskoj arbitraži vanredno pravno sredstvo koje treba da bude odobreno samo u jasnim slučajevima." (*It is the Tribunal's view that the grant of security for costs in international commercial arbitration is an extraordinary remedy and should only be granted in clear cases*.)

[19] U predmetu MTK br. 6697 od 1990.g. Société Casa v. Société Cambior (1992 Rev. Arb. 135), arbitražni sud je doneo odluku u kojoj je potvrdio svoje ovlašćenje da odredi obezbeđenje i odredio obema strankama da polože obezbeđenje u iznosu od 225.000 USD. Druga odluka je doneta u predmetu br. 6682, 1993.g. Kako tužilac, tako i protivtužilac obavezani su da podnesu obezbeđenje. Citirano prema: A. S.p.A. (Italy) v B AG (Germany), Decision, 25 September 1997, 19 Asa Bull. 745(2001) i Procedural Order of February 2006 in ICC Case 13359, Special Supplement 2014: Procedural Decisions in ICC Arbitration, ICC DRL at http://www.iccdrl.com, str. 63.

[20] Procedural Order of October 2008 in ICC Case 14433 (Extract), Special Supplement 2014: Procedural Decisions in ICC Arbitration, ICC DRL at http://www.iccdrl.com, str. 73, pasus 45.

[21] Procedural Order of November 2006 in ICC Case 14020 (Extract), Special Supplement 2014: Procedural Decisions in ICC Arbitration, ICC DRL at http://www.iccdrl.com, str 67.

[22] *RSM Production Corporation v. Saint Lucia, Decision on Santa Lucia's request on Security for Costs*, pasus 49. V. Suprotno mišljenje arbitra tužioca u ovom predmetu, pasusi 10-16.

[23] *Ibidem,* pasus 54.

ra.[24] Čak i u tom slučaju, u kome se steklo više razloga za obezbeđenje, arbitražno veće se podelilo, tako da je arbitar tužioca napisao odvojeno mišljenje, a arbitar tuženog izdvojio mišljenje, navodeći nešto drukčije gledanje na razloge za donošenje odluke.

Uslovi za određivanje obezbeđenja

Postojanje ovlašćenja ne znači da se ono olako koristi. Obezbeđenje za troškove spora nije redovna mera koja se rutinski određuje.[25] Ona se kvalifikuje kao izuzetna privremena mera (eng. *an exceptional preliminary measure*) i određuje se u izuzetnim okolnostima.[26]

U većini odluka MTK navode se izuzetne okolnosti koje moraju da postoje da bi se odredilo obezbeđenje.[27]Slično je i u IKSID-u. Odbor za odlučivanje o poništaju u predmetu Komerc grup protiv El Salvadora, zauzeo je konzervativan stav:

> „ovlašćenje da se odredi obezbeđenje za troškove spora treba koristiti samo u ekstremnim okolnostima, na primer, kada je dokazana zloupotreba ili ozbiljan prekršaj.“[28]

Sledio ga je i arbitražni tribunal u predmetu Libananko protiv Turske:

> „samo u najekstremnijim slučajevima – u slučajevima kada je bitan interes neke od stranaka doveden u pitanje tako da može biti nepopravljivo narušen – treba uopšte razmatrati mogućnost određivanja obezbeđenja za troškove spora.“[29]

Autor Noa Rubins u svom radu objavljenom 2000. Godine, založio se za veću spremnost arbitražnih sudova da odrede obezbeđenje troškova.[30] Međutim, činjenica je da uslovi za određivanje ove mere nisu propisani u obavezujućim izvorima (engl. "*hard law*") i da se velikim delom izvode iz ranije prakse i iz doktrinarnih radova. Često se polazi od uslova

---

[24] *Ibidem,* pasus 27.

[25] Procedural Order of February 2006 in ICC Case 13359 (Extract)

[26] *Guaracachi America, Inc., Rurelec Plc v. The Plurinational State of Bolivia*. Claimant's Response to Security for Costs Application, str. 7.

[27] Odluke MTK br. 14993 , br. 14020, pasus 23, br, 12732, pasus 8 i br. 14433, pasus 45. Special Supplement 2014: Procedural Decisions in ICC Arbitration, ICC DRL at http://www.iccdrl.com

[28] *Commerce Group Corp. & San Sebastian Gold Mines, Inc. v. Republic of El Salvador (ICSID Case No. ARB/09/17),* Annulment Proceeding, Decision on El Salvador's Application for Security for Costs, 20 September 2012.

[29] *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey (ICSID Case No. ARB/06/8)*, Decision on Preliminary Issues, 23 June 2008.

[30] N. Rubins, In God We Trust, all others pay cash: Security for Costs in International Commercial Arbitration, American Review of International Arbitration, Vol. 11 (2000), str. 341.

propisanih za određivanje privremenih mera uopšte, koji nisu uvek dovoljno prilagođeni specifičnostima obezbeđenja za troškove spora.

Opšte je prihvaćeno da u arbitražnom postupku, obaveza davanja obezbeđenja ne može da zavisi od državljanstva ili prebivališta stranke, kao što je to ponekad slučaj u sudskom postupku.[31] Postavljati ovaj uslov u međunarodnoj arbitraži, gde je bar jedna od stranaka po definiciji strano lice, predstavljalo bi neopravdanu diskriminaciju, posebno ako se ima u vidu da Njujorška konvencija obezbeđuju priznanje stranih arbitražnih odluka, pa i onih o troškovima spora. Ali, ističe se da se ne može se tražiti obezbeđenje ni samo zbog toga što je prebivalište stranke u zemlji koja nije članica Njujorške konvencije.[32] Kada je u pitanju Vašingtonska konvencija, to bi još manje mogao da bude razlog za traženje obezbeđenja, zbog prirode sporova o kojima je reč i izjednačavanja arbitražne odluke sa odlukom domaćeg suda u državama ugovornicama.

Redfern i Hanter u svojoj knjizi „Pravo i praksa međunarodne trgovinske arbitraže“,[33] navode jednostavan test koji treba primeniti:

> „da je tuženi ubedljivo dokazao da tužilac (ako se pokaže da je izgubio spor) „skoro sigurno neće biti u stanju da postupi po odluci kojom se troškovi spora dosuđuju tuženom“.

U švajcarskoj praksi se razmatraju različiti razlozi, ali za sada još uvek nema jedinstvenog stava po ovom pitanju.[34] Na primer, uzimaju se u obzir sledeći razlozi:

- da ne bude prejudiciranja merituma spora, da postoji hitnost, da postoji rizik od nenadoknadive i bitno visoke štete.
- da je došlo do fundamentalne promene okolnosti od trenutka kada je sporazum o arbitraži zaključen i
- da ta promena ima za posledicu jasnu i prisutnu opasnost da buduća arbitražna odluka o troškovima neće moći da se izvrši.[35]

Autor Mark Veit, komentarišući jednu procesnu naredbu iz švajcarske arbitražne prakse donetu 2002. godine zaključuje da je ovaj poslednji uslov „zajednički imenilac u međunarodnoj arbitražnoj praksi za određivanje obezbeđenja“.[36] Taj se uslov pominje i u kasnijim odlukama švaj-

---

[31] J.Kalicki, Security for Costs in International Arbitration, TDM Journal, vol. 3, issue 5, 2006.

[32] F. Poudret, S. Besson, Droit comparé de l'arbitrage international, br. 610.

[33] A. Redfern, M. Hunter, The Law and Practice of International Arbitration, 3rd ed., 1999, pasus 7.32.

[34] Procedural Order of October 2008 in ICC Case 14433 (Extract), pasus 46.

[35] Ibidem.

[36] M. Veit, Security for Costs in International Arbitration - Some Comments to Procedural Order No. 14 of 27 November 2002, ASA Bull. (2005), p. 116.

carskih arbitara.[37] Tako, arbitar sa sedištem u Bernu, u odluci MTK iz 2008.g. navodi:

> „Da bi se odredila mera obezbeđenja potrebno je ispuniti sledeće uslove: (a) da je tužbeni zahtev podnosioca zahteva osnovan ("*Verfügungsanspruch*") i (b) da je pravni položaj podnosioca zahteva koji treba obezbediti ili očuvati u akutnoj opasnosti ("*Verfügungsgrund*"). Prema tome, pravo da se odredi obezbeđenje troškova podrazumeva da će (a) podnosilac zahteva, u slučaju uspeha u postupku, biti ovlašćen da mu se naknade nastali troškovi, i (b) da podnosilac zahteva učini verovatnim ("*glaubhaft machen*") da će biti lišen eventualnog budućeg zahteva za povraćaj troškova ako se ti troškovi odmah ne obezbede.[38]

Uslovi za određivanje obezbeđenja u okviru IKSID-a određeni su u arbitražnoj praksi. U odluci RSM protiv Granade, arbitražno veće citira odluku u predmetu Mafezini kao izvor sledećih uslova:[39]

- mora se dokazati da postoji potreba za zaštitom nekog prava i
- da postoje okolnosti koje nalažu da se odredi privremena mera da bi se takvo pravo sačuvalo, što zahteva dokaz da je situacija hitna i da je tražena mera neophodna da bi se izbegla neoktlonjiva šteta po pravo stranke koje treba zaštititi;
- pored toga, ne sme se prejudicirati ishod spora u meritumu.

Izuzetne okolnosti

Švajcarski autori Berger i Kelerhals nabrajaju sledeće razloge iz kojih bi se moglo odrediti obezbeđenje:

- insolventnost ili otvaranje stečaja, pod rezervom da je ova činjenica nedovoljna samo po sebi ukoliko iz stečajna imovina mogu da se finansiraju potencijalni troškovi spora;

- ako je tužilac SPV (eng. *a special purpose vehicle*) i sumnja se da mu je tužbeni zahtev ustupljen samo radi vođenja spora jer SPV, za razliku od prvobitnog ugovornog partnera nema sredstva ili ima značajno manje sredstava (privredno društvo kao prazna školjka);

- ako se tužbeni zahtev podnosi u trenutku kada je tužilac otuđio velike iznose ili svu svoju imovinu i ne može se otkloniti sumnja da je tužilac nameravao da izbegne moguću odgovornost za pokrivanje troškova spora u slučaju da izgubi spor;

---

[37] V. npr. Procedural Order of July 2008 in ICC Case 15218 (Extract), Special Supplement 2014: Procedural Decisions in ICC Arbitration, ICC DRL at http://www.iccdrl-.com, str. 79, pasus 16.

[38] Ibidem, pasus 13.

[39] *RSM Production Corporation v. Saint Lucia, Decision on Santa Lucia's request - on Security for Costs*, pasus 58.

- u situacijama kada tužilac premesti sedište u državu u kojoj nije sigurno da će arbitražna odluka moći da se izvrši, ili ako se ne može otkloniti sumnja da je tužilac premestio sedište samo da bi izbegao eventualnu odgovornost za pokrivanje troškova spora u slučaju da izgubi spor.[40]

Izuzetne okolnosti su postojale predmetu Ken-Ren koji se vezuje za engleski pravni sistem.[41] U vreme arbitražnog postupka, tužilac Ken-Ren je bio insolventan. Njegov predujam za troškove arbitraže platio je većinski akcionar, koji bi u slučaju da Ken-Ren dobije spor, profitirao, ali ne bi bio dužan da isplati eventualnu odluku o troškovima spora koja bi mogla biti doneta u slučaju da Ken-Ren izgubi.[42]

SPV kao tužilac

Status tužioca kao zavisnog preduzeća (SPV) pojavljuje se često u investicionim sporovima kao razlog da tuženi traži obezbeđenje. O tom razlogu rešavao je arbitražni sud u predmetu Libananko protiv Turske. Tužilac je bio zavisno privredno društvo osnovano radi realizacije stranog ulaganja. Arbitražni sud je zauzeo stav da to nije dovoljno da bi se odredilo obezbeđenje jer se

> „zavisna preduzeća za realizaciju investicija (*investment vehicles*) često osnivaju ili prilagođavaju specijalno za svrhu obavljanja investicionog posla iz koga kasnije nastaje spor.“[43]

Ako bi se činjenica da je tužilac zavisno preduzeće uzela kao relevantan kriterijum, u gotovo svakom investicionom sporu bi se moglo tražiti obezbeđenje. Iz toga sledi da ovaj razlog samostalno nema veliku težinu u investicionim sporovima. Međutim, ako zavisno preduzeće nema imovinu iz koje bi se mogla naplatiti arbitražna odluka o troškovima spora, ova dodatna okolnost može da uđe u razmatranje kao jedan od faktora za donošenje odluke o određivanju obezbeđenja.

Treće lice kao finansijer spora

Sličan je problem sa finansiranjem spora od strane trećeg lica (eng. *Third Party Financing*). Smatra se da je korišćenje finansijera spora geril-

---

[40] B. Berger, F.Kellerhals, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, 518.v, cit. prema Procedural Order of December 2007 in ICC Case 14993 (Extract), Special Supplement 2014: Procedural Decisions in ICC Arbitration, ICC DRL at http://www.iccdrl.com, pasus 7.

[41] Predmet MTK br. 7047.

[42] A. Redfern, M. Hunter, op.cit., str. 357.

[43] Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey (ICSID Case No. ARB/06/8), Decision on Preliminary Issues, 23 June 2008, pasus 59.

ska taktika (eng. „*hit and run"*: „udri i beži").[44] Finansijeri spora mogu da profitiraju iz odluke, ali ne snose štetu, odnosno nisu dužni da nadoknade troškove spora u slučaju gubitka. Problem je aktuelizovan u investicionoj arbitraži.

Tako na primer, u predmetu Hamester protiv Gane, tužilac je priznao da nije u stanju da položi predujam za troškove spora i da se u suštini „oslanja na druge kako bi finansirao spor koji je u toku pred IKSID-om".[45] Gana je potom zatražila da tužilac položi obezbeđenje za troškove spora. Ipak, arbitražni sud nije prihvatio zahtev Gane, jer je smatrao da postoji ozbiljan rizik da bi takvo obezbeđenje „ugušilo" tužbene zahteve tužioca i da bi jedina svrha takve naredbe arbitražnog suda bila da se u stvari otkaže već zakazana rasprava.[46]

Santa Lusija je ostvarila zahtev za obezbeđenje troškova spora u predmetu u kome je tužilac bilo teksaško privredno društvo RSM, s pozivom na ovaj argument, između ostalog.[47] Tužilac je priznao da njegovu tužbu finansiraju treća lica.[48] Ovo je po mišljenju arbitražnog suda bio osnovan razlog za određivanje obezbeđenja:

> „Finansiranje trećeg lica je dodatni razlog za zabrinutost, pored ponašanja RSM-a u postupku poništaja i u postupku na osnovu Konvencije. Ovim se RSM, društvo bez sredstava i njegov finansijer stavljaju u nezasluženo povoljniji položaj jer će imati koristi od svake odluke u njihovu korist, ali će izbeći svaku odgovornost za nepovoljnu odluku."

Nepolaganje predujma za troškove arbitražnog spora

Treba razlikovati određivanje obezbeđenja za troškove spora od obaveze da se položi predujam za troškove spora koja u arbitražnom postupku MTK, kao i u IKSID-u tereti obe stranke.[49] Predujmom se pokrivaju troškovi i honorari arbitara, administrativni troškovi institucije i troškovi rasprave, dok se obezbeđenjem unapred pokrivaju troškovi druge stranke. Dalja razlika je u tome što se predujam za troškove arbitraže po pravilu ne vraća, osim ako je premašio stvarno nastale troškove, dok se

---

[44] J. Kalicki, op.cit.; *RSM Production Corporation v. Saint Lucia, Decision on Santa Lucia's request on Security for Costs*, pasus 33.

[45] *Gustav FW Hamester GmbH & CO KG v. Republic of Ghana* (ICSID Case No. ARB/07/24), Award, 18 June 2010, pasus 14.

[46] Ibidem, pasus 17.

[47] Arbitar Grifit je smatrao da bi ovo trebalo da bude glavni i jedini razlog. Videti Assenting Reasons of Gavan Griffit, pasusi 11-19.

[48] *RSM Production Corporation v. Saint Lucia, Decision on Santa Lucia's request on Security for Costs*, pasus 33.

[49] Ibidem.

obezbeđenje može vratiti, u slučaju da stranka u čiju korist je obezbeđenje određeno, ne dobije odluku kojom joj se dosuđuju troškovi spora.

Međutim, nedostatak sredstava može se lako manifestovati i u tome da stranka nema dovoljno novca da položi predujam za troškove arbitražnog spora, pa tako nepolaganje predujma može poslužiti kao dokaz o opravdanosti zahteva za obezbeđenje. S druge strane, tužioci često navode da je blagovremena uplata predujma za troškove spora činjenica koja sprečava arbitražni sud da izvede zaključak da je tužilac insolventan i da zbog toga mora da plati obezbeđenje.[50]

U postupku za poništaj arbitražne odluke koju je pokrenuo tužilac Komerc grupa protiv El Salvadora, El Salvador je zatražio obezbeđenje za troškove spora. Tužilac je bio u finansijskim problemima i nije odmah mogao da uplati prvi predujam za troškove spora, pa je postupak zbog toga bio jedno vreme u mirovanju. Uprkos tome, arbitražni sud nije našao dovoljno razloga da odredi obezbeđenje. Po mišljenju arbitražnog suda, takva odluka bi mogla negativno uticati na pravo tužilaca da traže poništaj arbitražne odluke donete u ovom predmetu.[51]

Promena okolnosti

Arbitražna odluka u predmetu MTK br. 14020 jedna je od novijih odluka u kojima je arbitražno veće obavezalo tužioca da položi obezbeđenje za troškove spora. Argumentacija je bila između ostalog zasnovana na činjenici da su se okolnosti promenile od trenutka kada je zaključen ugovor, odnosno, arbitražni sporazum:

> „11. Arbitar smatra da ovlašćenje da se odredi polaganje obezbeđenja za troškove treba da se koristi štedljivo.
>
> ...
>
> 14. Kombinovano dejstvo dva spleta okolnosti koji su prethodno navedeni je da je (a) tuženi trenutno u arbitražnom postupku sa strankom koja se razlikuje od one sa kojom se prvobitno sporazumeo da podvrgne sporove arbitraži; (b) postojanje i status tužioca, na čijoj imovini bi morala da se

[50] V. na primer predmet Unete Telekomunikaciones protiv Republike Ekvador u kome je arbitražni sud prihvatio ovaj argument. *Únete Telecomunicaciones S.A. and Clay Pacific S.R.L. v. Republic of Ecuador (UNCITRAL)*, Procedural Order No. 5, 29 September 2010, pasus 51. V. takođe predmet Rurelek protiv Bolivije u kome je Arbitražni sud kao dokaz činjenice da je Rurelek privredno društvo koje redovno posluje, naveo i činjenicu da je do sada uredno platio sve tražene predujmove za troškove spora. *Guaracachi America, Inc., Rurelec Plc v. The Plurinational State of Bolivia*. Procedural order NO. 14, 11 March 2013, pasus 7.

[51] *Commerce Group Corp. & San Sebastian Gold Mines, Inc. v. Republic of El Salvador (ICSID Case No. ARB/09/17),* Annulment Proceeding, Decision on El Salvador's Application for Security for Costs, 20 September 2012.

izvrši odluka o troškovima spora je sporno i (v) nesporno je među strankama da se u jednom trenutku u ovom postupku tužilac nalazio u postupku likvidacije. U takvim okolnostima, arbitar je uveren da je polaganje nekog oblika obezbeđenja za troškove spora celishodno.“[52]

Stečaj otvoren posle zaključenja arbitražnog sporazuma može se u ovom svetlu posmatrati kao značajna promena okolnosti.[53]

Očigledna insolventnost

Prema švajcarskim autorima Kareru i Desaksu, nedostatak novca je „klasičan slučaj u kome se može odobriti zahtev za polaganje obezbeđenja za troškove spora.“[54]

Nekoliko arbitražnih sudova sa sedištem u Švajcarskoj odredili su plaćanje obezbeđenja za troškove spora pozivajući se na taj razlog.[55] Tužilac koji je na ivici stečaja ima moćan podsticaj da pokrene arbitražni postupak kako bi prikazao svoj zahtev kao pozitivnu stavku u svom bilansu stanja.[56]

Po definiciji, tužilac je insolventan ako je pao pod stečaj. Ipak, u delu arbitražne prakse i doktrine stečaj tužioca se ne uzima kao dovoljan razlog za određivanje obezbeđenja. Na primer, autori Fušar, Gajar i Goldman stoje na takvom stanovištu. Prema njima, činjenica da je stranka u finansijkim poteškoćama ili da je pala pod stečaj svakako nije sama posebi dovoljna da bi poslužila kao osnov za postavljanje zahteva za obezbeđenje.[57] Po arbitražnoj praksi koja sledi ovo mišljenje, potrebno je da postoji dodatni element, a to je zla namera stranke od koje se traži obezbeđenje.[58] Kao zla namera se često pominju radnje stranke kojom ona nastoji da otuđi svoju imovinu.

U jednoj švajcarskoj odluci, navedeno stanovište je obrazloženo na sledeći način:[59]

„Međunarodna arbitraža vezana je sa ugovore i druge pravne poslove međunarodne trgovine u širokom smislu reči, koji podrazumevaju veće ri-

[52] Procedural Order of November 2006 in ICC Case 14020 (Extract).

[53] Procedural Order of July 2008 in ICC Case 15218 (Extract).

[54] P.A. Karrer, M. Desax, Security for Costs in International Arbitration, Why, When and What if ...", u knjizi: Liber Amicorum K.-H. Böckstiegel, 2001, str. 346.

[55] Procedural Order of January 2007 in ICC Case 14355 (Extract).

[56] Karrer/Desax, str. 340.

[57] Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman International Commercial Arbitration, 1999, p. 688, no. 1256.

[58] Procedural Order of January 2007 in ICC Case 14355 (Extract).

[59] A. S.p.A. (Italy) v B AG (Germany), Decision, 25 September 1997, 19 Asa Bull. 745(2001).

zike od unutrašnje trgovine. Te rizike moraju da snose stranke, a jedan od njih je, po mišljenju arbitražnog suda, i rizik da druga strana padne u finansijske teškoće, pa i pod stečaj.

Nasuprot tome, može se dogoditi da stranka preduzme određene korake da bi se otarasila svoje imovine, tako da postane samo prazna školjka u slučaju da izgubi arbitražni spor. Takvi manevri su suprotni načelu savesnosti i poštenja i mogli bi da budu dovoljan razlog za određivanje obezbeđenja za troškove spora.

Drugi primer pružaju činjenice u predmetu Ken Ren: važnu arbitražu pokreće privredno društvo koje je samo prazna školjka; ako dobije spor, ono će da unovči arbitražnu odluku; ako izgubi spor, neće ništa platiti.“

Posle izlaganja ovih primera, arbitražni sud zaključuje da su akcionari društva A odlučili da će ono da ode u likvidaciju, ali prema mišljenju arbitražnog suda to je komercijalni rizik koji tuženi mora da podnese. Tuženi nije ni tvrdio ni dokazao da je ta odluka doneta u zloj nameri.[60]

U predmetu MTK br. 13359, arbitražni sud je takođe zauzeo stav da loša finansijska situacija stranke nije sama po sebi dovoljna da bi se odredilo obezbeđenje za troškove arbitražnog spora. Osim toga, arbitražni sud je smatrao da činjenica da je tužilac opteretio sredstvima obezbeđenja svoju celokupnu imovinu ne predstavlja dovoljnu indiciju za postojanje zle namere.

Slično je i u IKSID-u. U predmetu RSM protiv Grenade (drugom po redu), arbitražni sud je izrazio sumnju da

„dokaz da [tužilac] nema dovoljno sredstava predstavlja dovoljnu osnovu za određivanje obezbeđenja za troškove.“[61]

Ipak, u novijoj arbitražnoj praksi, objektivna nemogućnost tužioca da plati troškove odnosi prevagu nad subjektivnim faktorima. Tražiti pored toga, da je tužilac bio nesavestan, ocenjuje se kao necelishodno. Tako, nakon što konstatuje da jedna od fundamentalnih promena okolnosti može biti činjenica da se protivnik u vreme pokretanja postupka nalazi u stanju očigledne insolventnosti, mada je ista ta stranka bila u dobrom finansijskom stanju kada je arbitražni sporazum zaključen,[62] arbitražni sud u predmetu 15218 prelazi na detaljno razmatranje kakav značaj treba pridati ponašanju insolventne stranke:[63]

„18. ....ponašanje stranke koja je postala insolventna može zaista da ima uticaja na to da li će obezbeđenje za troškove spora biti određeno ili

[60] Ibidem.

[61] *Rachel S. Grynberg and others v. Government of Grenada* (ICSID Case No. ARB/10/6), Decision on Respondent's Application for Security for Costs, 14 October 2010, pasus 5.19.

[62] Ibidem, pasus 16.

[63] Procedural Order of July 2008 in ICC Case 15218 (Extract).

neće. Međutim, ovaj subjektivni aspekt nije jedini relevantni faktor koji treba uzeti u obzir. Nije celishodno naročito da se određivanje obezbeđenja učini zavisnim od uslova da je insolventna stranka namerno preduzela korake imajući u vidu arbitražni spor, kako bi lišila drugu stranku mogućnosti da povrati troškove spora. Takav bi pristup bio jednostran, jer bi svu težinu pri donošenju odluke stavio na stranu interesa insolventnog tužioca da ostvari pristup arbitražnoj pravdi. U slučaju insolventnosti je zbog toga opravdano da subjektivni faktori (kao što je ponašanje tužioca) ustuknu i naprave mesto za pretežno objektivnu analizu: ukoliko ne postoji razumna šansa za tuženog da izvrši buduću odluku o troškovima spora donetu u njegovu korist, mora se odrediti obezbeđenje za troškove spora, osim ako tužilac ne dokaže da su njegovi finansijski problemi direktno povezani sa ponašanjem tuženog koje je bilo suprotno načelu savesnosti i poštenja.

19. Ovo se primenjuje, međutim, samo ako objektivna analiza pokaže da je tužilac očigledno insolventan u trenutku pokretanja arbitražnog postupka. Očigledna insolventnost se ne može spremno pretpostaviti. Otvaranje stečajnog postupka ne bi bilo dovoljan osnov ukoliko stečajna masa sadrži dovoljno sredstava koja se mogu ralizovati kako bi se finansirala arbitraža i kako bi se mogla izvršiti eventualna buduća arbitražna odluka o troškovima, koja bi bila doneta protiv stečajnog dužnika.

Tuženi nije ugovorna strana u arbitražnom sporazumu

Ponekad tužilac koji je u finansijskim problemima započinje arbitražni postupak protiv stranke koja nije ugovorna strana u ugovoru koji sadrži arbitražni sporazum, pozivajući se na neku od poznatih teorija o proširenju dejstva arbitražnog sporazuma. Takav je bio slučaju u jednom švajcarskom predmetu,[64] ali arbitražni sud ipak nije odobrio zahtev za obezbeđenje, jer je arbitar smatrao da je preostala imovina tužioca dovoljna za pokrivanje troškova spora. Dodao je da će troškovi arbitražnog postupka verovatno imati prioritet u naplati iz stečajne mase, jer je stečajni upravnik odobrio nastavak arbitražnog postupka započetog pre otvaranja stečaja.

Verovatnoća da će tuženi dobiti spor

Pravo na troškove spora je uslovno pravo: ono zavisi prvo, od toga da li će tuženi uspeti u sporu i drugo, da li će mu arbitražni sud dosuditi troškove.[65] U Model-zakonu UNCITRAL-a se kao uslov za određivanje

[64] ABC AG v Mr X., Procedural Order, 27 November 2002. ASA Bulletin Vol. 23, 2005, str. 108.

[65] *RSM Production Corporation v. Saint Lucia, Decision on Santa Lucia's request on Security for Costs*, pasus 64.

privremenih mera pominje između ostalog da stranka treba da dokaže da postoji osnovana mogućnost da će uspeti u svom zahtevu koji se odnosi na suštinu spora. Kao što je istakao tuženi u predmetu RSM protiv Santa Lusije, ovaj uslov ne odgovara svrsi zahteva za obezbeđenje za troškove spora, jer se taj zahtev postavlja na početku spora kada nije moguće dokazati da će tuženi uspeti u meritumu spora. Pojedini arbitražni sudovi su ipak uzimali u obzir i ovaj razlog, da bi odbili zahteve za obezbeđenje. Na primer, arbitražni sud u predmetu Libananko protiv Turske pozvao se na činjenicu da u investicionoj arbitraži arbitražni sudovi (u to vreme) po pravilu nisu dosuđivali strankama troškove zastupanja, već su određivali da svaka strana snosi svoje troškove.[66] „Uspeh u meritumu spora" se ovde tumači kao uspeh u zahtevu za dosuđivanje troškova.

Razlozi protiv određivanja obezbeđenja

Pristanak na rizik

U odlukama mnogih arbitražnih sudova pojavljuje se motiv da je tuženi kada je ugovarao arbitražu, pristao na rizik da neće moći da naplati troškove spora.[67] Na primer u odluci u predmetu Pej Kasado protiv Čilea, arbitražni sud smatra da ratifikacijom Vašingtonske konvencije, države preuzimaju na sebe rizik da će ih tužiti insolventan ulagač.[68]

Pristup arbitražnoj pravdi

Najčešće se iznosi argument da bi određivanje da stranka koja je u finansijskim poteškoćama mora da položi obezbeđenje moglo da dovede do sprečavanja pristupa pravdi.[69] Prema mišljenju Pudrea i Besona:

> „Insolventnost sama po sebi ne bi trebalo da služi kao razlog za određivanje obezbeđenja za troškove spora, jer bi postojao rizik da tužilac bude sprečen da ostvari svoja prava u sistemu u kome mu nije dostupno oslobođenje od troškova spora."[70]

Postoji protivurečnost između uslova koji kaže da tuženi mora da dokaže da tužilac nije u stanju da plati troškove koji će biti dosuđeni, i

---

[66] *Libananco v. Turkey, Decision on preliminary issues of 23 June 2008, pasus 59.*

[67] V. P. Đundić, Pristanak države na arbitražu sa stranim ulagačem – modaliteti pristanka, ograničenja i merodavno pravo, Zbornik radova pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 3/2013, str. 359-375.

[68] *Pey Casado v. Chile*, Decision on provisional measures of 25 September 2001, pasus 87. Videti takođe izvojeno mišljenje arbitra Grifita u predmetu *RSM Production Corporation v. Saint Lucia, Decision on Santa Lucia's request on Security for Costs*, pasus 2.

[69] Procedural Order of January 2007 in ICC Case 14355 (Extract)**.**

[70] F. Poudret, S. Besson, *op.cit*. br. 554f.

uslova da se mora očuvati pravo tužioca na pristup pravdi. Ako stranka koja traži obezbeđenje uspe da dokaže da druga strana nema sredstava, postaviće se pitanje njenog pristupa arbitražnoj pravdi. Ako pak strana od koje se traži obezbeđenje pokaže da u datom trenutku ima dovoljno sredstava da plati troškove (uprkos tome što je pala pod stečaj), moglo bi se reći da polaganje obezbeđenja za buduće troškove, ne bi dovelo do uskraćivanja pravde, ali ne bi bio ispunjen uslov da je određivanje obezbeđenja neophodno i hitno. Ako se poštuju oba faktora podjednako, obezbeđenje nikada neće moći da se odredi.

Jedan drugi arbitar smatra da je obezbeđenje troškova u međunarodnoj arbitraži prvo i pre svega pitanje sukoba dva prava – prava (insolventnog) tužioca da ima pristup arbitražnoj pravdi s jedne strane i prava tuženog da ima razumnu šansu da u budućnosti izvrši arbitražnu odluku koja bude doneta u njegovu korist protiv tužioca. Prema tome, kada odlučuje o obezbeđenju troškova arbitražni sud balansira između dva sukobljena interesa i određuje na osnovu svih relevantnih okolnosti slučaja, koji od njih treba da prevagne.[71] Zbog toga ima mesta odmeravanju relativnih interesa tužioca i tuženog o kome je govorio arbitar u predmetu MTK br. 15218:

> „17. Na ovom mestu treba podsetiti da obezbeđenje za troškove spora u međunarodnoj arbitraži pre svega pokreće pitanje sukoba interesa između prava (insolventnog) tužioca da ostvari pristup arbitražnoj pravdi s jedne strane, i interesa tuženog da ima razumnu mogućnost da izvrši buduću odluku o troškovima koja bi bila doneta u njegovu korist. Prilikom odlučivanja o zahtevu za obezbeđenje troškova spora zadatak arbitražnog suda je stoga da postigne ravnotežu između ova dva sukobljena interesa i da odredi, na osnovu svih relevantnih okolnosti slučaja, koji od ova dva interesa treba da prevagne.
>
> ....
>
> 20. Pristupom iz pasusa 18 ne vređa se pravo tužioca da ima pristup arbitražnoj pravdi. Sve pravne maksime, pa i ova moraju biti podložne izuzecima. Takav izuzetak može biti opravdan – kao što je objašnjeno – fundamentalnom promenom okolnosti do koje je došlo od trenutka kada je zaključen arbitražni sporazum. Rezultat toga je da pristup arbitražnoj pravdi više ne može da se dobije bezuslovno, već je uslovljen zahtevom da se drugoj strani pruži obezbeđenje za troškove spora.
>
> 21. Moglo bi se to i drukčije izraziti: ako je stranka postala očigledno insolventna i stoga je verovatno da koristi fondove trećih lica kako bi finansirala sopstvene troškove arbitraže, pravo na pristup arbitražnoj pravdi može joj biti dato samo pod uslovom da su ta treća lica takođe spremna i voljna da obezbede razumne troškove druge strane koji će za nju nastati. Ako

[71] Procedural Order of July 2008 in ICC Case 15218 (Extract), pasus 17.

ta treća lica nisu spremna da pruže takvo obezbeđenje, onda konačna odluka pripada poveriocima insolventne stranke, da odluče kao će postupiti u vezi sa spornim tužbenim zahtevom."[72]

Arbitražni sud u predmetu Rurelek protiv Bolivije (PO 14, pasus 9) takođe prihvata *obiter dicta* da je reč o vaganju težine suprotstavljenih interesa. Pri tom se poziva i na član 26 stav (3)(a) Pravila UNCITRAL-a:[73]

> „Sporno pitanje koje analiziraju teoretičari i neki tribunali – uspostavljanja odgovarajuće ravnoteže između prava na pristup pravosuđu za pravna lica koja su navodno eksproprisana s jedne strane i zaštite država protiv navodnih frivolnih zahteva stranaka koje nemaju dovoljno sredstava da bi mogle da garantuju za isplatu eventualne odluke o troškovima spora je ozbiljno. Međutim, u ovom slučaju ne moramo o njemu da donesemo odluku."

Pravičnost

Pitanje je da li treba uzeti u obzir i činjenicu da je stranka od koje se traži obezbeđenje došla u tešku finansijsku situaciju pretežno zbog delovanja stranke koja traži obezbeđenje. Na primer, tužilac kome je sva imovina oduzeta nacionalizacijom bio bi sprečen da traži pravnu zaštitu na osnovu investicionog sporazuma, ako bi se njegovo loše imovno stanje tretiralo kao razlog za polaganje obezbeđenja na zahtev države koja je izvršila nacionalizaciju. Tužilac je istakao ovaj argument u predmetu Rurelek protiv Bolivije. Međutim, arbitražni sud je primenom člana 26 UNCITAL-ovih pravila, došao do zaključka da tuženi nije zadovoljio teret dokazivanja da tužilac nema sredstava da plati eventualnu odluku o troškovima, pa se nije upuštao u dalje razmatranje ovog razloga.

U predmetu MTK br. 14661 arbitražni sud razmatra pitanje šta je cilj obezbeđenja i kaže da cilj nije da se obezbedi izvršenje konačne odluke o troškovima, već da se zaštiti pravo stranke na odbranu od zahteva koje postavlja stranka koja nema dovoljno sredstava, koji se mogu pokazati neosnovanim na kraju postupka. Arbitražni sud kaže da bi bilo proceduralno nepravično tražiti od tuženog da se brani i da tako sebi stvara pravne troškove koje na kraju neće moći da povrati. Na osnovu toga, arbitražni sud zaključuje da treba nadoknaditi samo buduće troškove zastupanja, a ne i već nastale.[74]

---

[72] Procedural Order of July 2008 in ICC Case 15218 (Extract).

[73] *Guaracachi America, Inc., Rurelec Plc v. The Plurinational State of Bolivia*. Procedural order NO. 14, 11 March 2013, pasus 9.

[74] Predmet MTK br. 14661, pasus 4, citira odluku ICC Arbitration Case No. 13439 of 2004, published in SchiedsVZ 20081 Heft 31 page 118. Slično je postupio i arbitražni

Savesnost tuženog

Ovaj argument pominje se kao doktrina čistih ruku (eng. *clean hands doctrine*). Reč je o tome da se prilikom razmatranja zahteva za polaganje obezbeđenja vodi računa o tome da li je strana koja traži obezbeđenje sama uplatila predujam za troškove spora. Od te stranke se traži da dokaže da postupa savesno, odnosno da zahtev za polaganje obezbeđenja nije samo način da se ometa postupak.[75] Ako ta stranka nije platila predujam, može se smatrati da „nije čistih ruku", što bi onda bio razlog da bude lišena prava da traži obezbeđenje.[76] Argument je istakao tužilac Rurelek u predmetu protiv Bolivije, ali je arbitražni sud smatrao da nije potrebno da ga razmatra jer je doneo odluku da tužilac ima dovoljno sredstava za pokrivanje troškova.[77]

Ponekad se postavlja pitanje da li je arbitražni sud uopšte nadležan da odlučuje o zahtevu za obezbeđenje troškova uprkos tome što tuženi nije platio svoj deo predujma za troškove spora. U predmetu MTK br. 13620 arbitražni sud je u pasusu 3.3. ustanovio da je nadležan da odredi obezbeđenje za troškove spora mada je prvotuženi propustio da uplati svoj deo predujma za troškove spora.

Protivrečno uputstvo sadrži odluka u predmetu MTK br. 15218 u kojoj arbitražni sud upućuje tuženog da nije morao da plati svoj deo predujma, već je mogao da to odbije i da tako primora tužioca da pokrije i njegov deo. Iz ove odluke bi sledilo da tuženi koji smatra da je finansijska situacija tužioca sumnjiva, ima legitimno pravo da odbije da položi svoj deo predujma za troškove arbitražnog spora.[78]

Neblagovremenost zahteva

U sudskom postupku, zahtev za obezbeđenje može se po pravilu podneti samo na početku postupka, a izuzetno i kasnije, ako je tuženi tek kasnije saznao za razloge koji ukazuju na moguće probleme u izvršenju buduće odluke o troškovima. U arbitražnom postupku, međutim, po pravilu nisu određeni rokovi za postavljanje zahteva za privremene mere, što

---

sud u predmetu 15218, pasus 31, kada je odobrio obezbeđenje samo za buduće troškove, a ne i za one koji su već nastali, kao i arbitražni sud u predmetu br. 14020, pasus 16.

[75] V. S. Đajić, Načelo dobre vere u međunarodnoj investicionoj arbitraži – njegov supstancijalni i procesni značaj, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3/2012, str. 207-233.

[76] W. Gu, Security for Costs in International Commercial Arbitration, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 2005, Volume 22, Issue 3, str. 194–95.

[77] Ibidem, pasus 8.

[78] Procedural Order of July 2008 in ICC Case 15218 (Extract), pasus 31.

znači da se zahtev za obezbeđenje troškova arbitražnog spora može postaviti u svako doba. Primera radi, u arbitraži koju je pokrenuo Rurelek Bolivija je podnela zahtev za obezbeđenje 12. februara 2013. godine, više od dve godine posle podnošenja Obaveštenja o arbitraži. Zahtev za obezbeđenje je podnet pred samu usmenu raspravu, kad su već bili razmenjeni podnesci o predmetu spora. Odluka o zahtevu je doneta 11. marta 2013. godine, posle razmene još dva podneska posvećena ovoj temi. Traženi iznos obezbeđenja u iznosu od 1,5 milion dolara nije odobren.

Postupak

Kada zahtev za polaganje obezbeđenja bude podnet, uvek se ostavlja drugoj strani rok da se izjasni o tom zahtevu.[79] Razmenjuju se podnesci, a ponekad se održava i usmena rasprava.

Teret dokazivanja

Ako se obezbeđenje za troškove spora tretira kao vrsta privremene mere, na njega se odnose mnoga pravila koja se generalno primenjuju na privremene mere. Kako postoji stav da su privremene mere vanrednog karaktera i da arbitražni sudovi ne treba da ih olako odobravaju, teret je na podnosiocu zahteva, da dokaže da postoje razlozi za određivanje privremene mere.[80] Po analogiji, kada je u pitanju određivanje obezbeđenja za troškove spora, podnosilac zahteva snosi teret dokazivanja da postoje razlozi za određivanje obezbeđenja. U predmetu Atlantik Triton protiv Republike Gvineje (*Atlantic Triton v. Republic of Guinea*), arbitražni sud je odbio zahtev za određivanje obezbeđenja jer Gvineja nije uspela da dokaže da je tužilac u postupku likvidacije.

Posledice nepolaganja obezbeđenja

Može se postaviti pitanje šta bi se dogodilo kada stranka ne bi položila obezbeđenje koje je arbitražni sud odredio, kakve bi bile posledice? Odluke kojima se određuju privremene mere po pravilu se ne mogu prinudno izvršiti pred sudom u zemlji donošenja, niti se mogu priznati i izvršiti u nekoj drugoj zemlji. Međutim, arbitražnom sudu za izvršenje ove

[79] V. npr. Decision of Geneva Chamber of Commerce of 25 September 1997, 19 Asa Bull. 745(2001 *Guaracachi America, Inc., Rurelec Plc v. The Plurinational State of Bolivia* itd.

[80] *Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/97/7), Procedural Order No. 2, 28 October 1999, pasus 10.

mere nije potrebna pomoć državnog suda. Arbitražni sud u slučaju nepostupanja po njegovoj odluci o polaganju obezbeđenja za troškove spora, može usloviti nastavak postupka polaganjem obezbeđenja. U predmetu MTK br. 15218, u kome je određeno polaganje obezbeđenja, dispozitiv ne ostavlja nikakvu sumnju o tome:

> „(e) Ako se zahtevano obezbeđenje ne plati u celosti do datuma koji je odredio arbitražni sud, arbitražni sud rezerviše mogućnost da odredi prekid ili okončanje arbitražnog postupka."

Zaključak

U ovom radu smo pokazali da se zahtev za određivanje obezbeđenja za troškove spora sve češće javlja u međunarodnoj arbitraži po pravilima MTK i IKSID-a, da arbitražni sudovi retko određuju ovu meru i da su uslovi za njeno određivanje još uvek relativno nedefinisani. Čini se da je prag koji tuženi mora da pređe da bi uverio arbitražni sud da postoje izuzetne okolnosti koje opravdavaju određivanje ove mere izuzetno visok. Sama činjenica da je tužilac insolventan nije dovoljna da bi takva odluka bila doneta.

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

Security for Costs in ICC and ICSID Arbitration

Abstract: *The Article is about security for costs in international arbitration under the ICC and ICSID Rules. It explains who is entitled to submit such a request, what kind of costs are secured, whether the tribunal has authority to order such measure, and the basis of such authority. This is followed by the discussion of the conditions for ordering the measure and the reasons that speak against it. Among various exceptional circumstances justifying the measure that are mentioned in arbitral case-law, the following are discussed in more detail: manifest insolvency or bankruptcy of the claimant, SPV as claimant, third party financing of the claim, change of circumstances, respondent is not a signatory to the arbitration agreement, and probability that respondent will be awarded costs. Reasons speaking against the measure mentioned in the cases are the following: consent to the risk of insolvent claimant, access to arbitral justice, equity, respondent's bad faith, and untimeliness of the request. Finally, certain questions of procedure are discussed such as burden of proof and consequences of claimant's non-compliance with the ordere to pay security.*

The author concludes that in ICC and ICSID arbitration arbitrators are reluctant to order security for costs although such requests by respondents have become more frequent in recent times. The threshold respondent must pass to convince the tribunal that there are exceptional circumstances justifying the measure is high. The fact that claimant is insolvent alone does not suffice for the success of such request.

Key words: *security for costs, international arbitration, ICC, ICSID*

Datum prijema rada: 07.09.2015.

Originalni naučni rad 343.142
doi:10.5937/zrpfns49-9142

Dr Ištvan I. Feješ, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
i.fejes@pf.uns.ac.rs

SISTEM IZUZETAKA OD PRIMENE „TEORIJE PLODA OTROVNOG DRVETA“[1]

Sažetak: *U savremenoj teoriji, zakonodavstvu i praksi krivičnog postupka veoma je aktuelno pitanje korišćenja tzv.» posrednih dokaza» .Ovo je izuzetno složeno pitanje od velike teoretske i još veće praktične važnosti .Veoma je teško naći principijelno i pravedno rešenje jer su tu u oštroj koliziji izuzetno važni društveni interesi čuvanja prava učesnika krivičnog postupka i efikasno suzbijanje kriminaliteta. Američka sudska praksa je našla rešenje u «teoriji ploda otrovnog drveta», ali je izgradila i sistem izuzetaka, o kojima kontinentalni pravnici malo govore.Svrha im je izbegavanje nezgodnih posledica strogosti, krutosti i neselektivnosti ove teorije koji ujedno u bitnoj meri ograničavaju njenu primenu u praksi. Oni su u centru pažnje ovog rada.*

Ključne reči:*”Teorija ploda otrovnog drveta“,izuzeci.*

I UVOD

Jedan od temeljnih zahteva savremenog krivičnog postupka je pošteno suđenje (fair trial) a to podrazumeva da dokazi moraju zadovoljiti dva kriterijuma:da informaciona sadržina dokaza bude verodostojna i da dokaz nastane u pravno propisanim okvirima [2].Ako drugi od ovih uslova ne bude ispunjen, dokaz će biti protivpravan i aktiviraju se mehanizmi procesnih sankcija[3]. Biće odstranjen iz postupka kao nedopušten i pored eventualne značajne informacione sadržine, neće postati dokaz u krivičnom postupku.

---

[1] Tekst je nastao u okviru rada na projektu “Biomedicina,zaštita životne sredine i pravo”.

[2] Farkas –Róth: A büntetőeljárás, Budapest, 2007. str. 117.

[3] Sistematsku obradu procesnih sankcija videti: Feješ, I.: Procesne sankcije u krivičnom postupku, Neobjavljena doktorska disertacija, Beograd, 1990.

Odstranjenje je neminovno, jer u suprotnom i država bi postupala protivno pravu, na neki način bi se izjednačila sa licem protiv koga ona sama vodi postupak zbog povrede pravnih normi. Država bi time izgubila moralno pravo da kažnjava druge, tj. svoje građane zbog povreda pravnih normi. Ovi moralni nazori međutim, u svim savremenim državama trpe određena ograničenja. Neophodnost zaštite društva od kriminaliteta i sve veće naglašavanje efikasnosti, brzine i ekonomičnosti postupanja, nameću potrebu da se ova moralna brana sve više ograničava. Pitanje je zapravo, u kojoj meri je to celishodno i opravdano. Odgovor na ovo pitanje ima značajne i dalekosežne posledice na čitav sistem dokaznog prava a time i na krivični postupak u celini. Zbog toga je pitanje nedozvoljenih dokaza, a naročito pitanje dozvoljenosti dokaza *pribavljenih* na osnovu nezakonitih dokaza («posredni dokazi»), jedno od najosetljivijeg i najkontroverznijeg pitanja savremenog krivičnog postupka. Tu se naime naročito oštro sukobljavaju dva značajna interesa:jedan je da dokazi koji su sami po sebi zakoniti i stvarno dokazuju krivicu okrivljenog ne budu isključeni samo zbog toga, što su informacije na osnovu kojih su pribavljeni proističu iz nekog nezakonitog dokaza a drugi je interes obezbeđivanje zakonitosti krivičnog postupanja i poštovanje prava učesnika u postupku, a time i zaštite njihovih ljudskih prava u krivičnom postupku u najvećoj mogućoj meri. U krajnjoj liniji, ovo je aspekt strukturalne napetosti krivičnog postupka koja je posledica kolizije između interesa efikasnosti suzbijanja kriminaliteta i zaštite prava učesnika u postupku. Zbog toga je pitanje nezakonitih dokaza možda najsuptilniji problem savremene teorije dokaza i dokaznog prava. Problem i nije nov i verovatno u dogledno vreme neće u ni nestati. Naime, za krivične postupke nije karakteristična obilatost dokaznog materijala već suprotno, oduvek su dokazi bili deficitarni. Zbog toga, organi progona su permanentno u iskušenju da dokaze pribave kako umeju, a da pri tome zanemare prava okrivljenog i drugih učesnika u postupku.

II NEKA OPŠTA PITANJA NEZAKONITIH DOKAZA

Istorijski posmatrano, problemom nezakonitih dokaza[4] se najranije i najtemeljnije bavila angloamerička teorija i praksa. «*Opšte je poznato da ekskluziono pravilo u kontinentalnim pravima ni izdaleka nije tako široko*

[4] Određivanje pojma nedezakonitih dokaza je samo po sebi složeno pitanje sa kojim se ovde ne možemo baviti.O tome videti :Brkić,S.: Krivično procesno pravo I, Novi Sad,2014.str.287-289.

razvijeno kao u angloameričkom pravu»[5]. U angloameričkom pravu ova problematika je bila u prvom planu zbog tradicionalnog porotnog suđenja. Iz tog razloga su u tom sistemu relativno rano uobličena pravila o nedozvoljenim dokazima. Porotnici nevični pravu, imaju velike teškoće u oceni dokaza . Zato su dokazne norme krivičnog postupka usmerena u prvom redu na to, da pred porotu dospeju samo besprekorni dokazi. Glavna uloga sudije profesionalca je da spreči iznošenje nelegalnih i nepouzdanih dokaza pred porotu i da je usmerava u oceni dokaza, davanjem uputstava o tome koji se dokaz ne sme uzeti u obzir prilikom donošenja odluke. Na ovaj način može značajno uticati na buduću odluku porote o krivici okrivljenog iako sam u donošenju odluke ne može učestvovati. Iz ovih razloga, detaljna razrada tzv. » *ekskluzionih pravila*» su vrlo značajna za praksu angloameričkog pravnog sistema[6].

U teoriji se navode i brojna druga mišljenja za opravdanje za isključenja.[7]

Jedno od najprihvaćenijih je moralni argument: država u suzbijanju krivičnih dela ne sme i sama da vrši krivična dela ili druge nezakonite radnje, jer će se tako izjednačiti sa kriminalcem i zbi moralno pravo kažnjavanja svojih građana.

Drugi često pominjan razlog je disciplinovanje organa progona. U postupcima vlada «nestašica» dokaza. Zbog toga su organi progona koji rade pod imperativom efikasnosti, izloženi stalnom pritisku i iskušenju da dokaze pribave makar i po cenu povrede zakona .Ova nastojanja se najefikasnije mogu suzbiti ako se nezakoniti dokazi kao «*plod*» nezakonite radnje isključe iz kruga dokaza i tako napori oko njihovog pribavljanja postaju besmisleni.Tako nestaje i iskušenje, podsticaj za organe progona da dokaze pribave i po cenu povrede zakona. Mnogi kritikuju ovakav način disciplinovanja pozivajući se na misao koju je sudija *J.Cardozo* izneo još u davnašnjem slučaju *Defore*: *zašto «pustiti kriminalca samo zbog toga što je policajac pogrešio»*[8].

---

[5] Brkić,S.:Upotreba nezakonitih dokaza u krivičnom postupku Srbije,Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu,br.1/2011,str.212

[6] Baš zbog ovog, anglosaksonski dokazni sistem je u bivšem «socialističkom taboru» oštro kritikovan kaopreterano formalizovan .U tim zemljama teorija se ovim problemom i nije bavila i postojalo je samo tu i tamo neko zakosko pravilo o isključivanju dokaza.

[7] O tome više: Feješ, I.: Procesne sankcije u krivičnom postupku, neobjavljena doktorska disertacija, Beograd, 1990, str. 187-189.

[8] *why «the criminal is to go free because the constable blundered*»(People v. Defore, 150 N.E. 585 /N.Y.1926/).Navedeno prema :Carlson, R.:Criminal justice procedure, 3.ed.Cincinatti,1986.str.140.

U stvari, osnovni problem je način isključenja dokaza. Isključenje može biti obavezno, tj. ne prepušta se oceni suda, a može biti i fakultativno, tj. sud ceni opravdanost isključenja. U većini zemalja je isključenje obavezno, ali su brojne i zemlje sa fakultativnim isključenjem.[9]

Uopšteno rečeno, može se reći da detaljna razrada instituta nedozvoljenih dokaza predstavlja značajnu garanciju da će presuda biti zasnovana na dovoljnom, autentičnom i zakonitom dokaznom materijalu. Organima progona u svakom slučaju mora biti jasno koji su neupotrebljivi dokazi. Zbog toga pravila u vezi isključenja nezakonitih dokaza trebaju biti detaljno i precizno razrađena. Njihov obim i razrađenost mehanizma za njihovo što efikasnije isključivanje «*je najpregnantniji kriterijum dostignutog nivoa pravne države*[10] *u nekoj zemlji»*[11] .Ipak stvar nije tako jednostavna jer pri tome mogu stradati i drugi isto tako važni društveni interesi. Zbog toga je pravno regulisanje nezakonitih dokaza vrlo delikatno pitanje. Previše strogi propisi, previše dokaznih zabrana u praksi mogu dovesti do veoma negativnih efekata u pogledu efikasnosti borbe protiv kriminalitea i znatno otežati rad krivičnog pravosuđa. Što je više dokaznih pravila ,posebno zabrana, to će biti više ograničene mogućnosti spoznaje stvarnog činjeničnog stanja (biće više ograničenja za utvrđivanje istine).I pored ovih nezgodnih posledica, pravni poredak se ne može odreći tih ograničenja.Mora da odredi zakonske okvire i legalne metode i sredstva dokazivanja i da ih utvrdi raznim garancijama i propisima.«*Stepen razrađenosti sistem propisa o nezakonitim dokazima je pokazatelj nivo pravne države*»[12].

Protivpravnost dokaza je podložan stepenovanju:

1. Kršenje propisa pravno –tehničke, formalne prirode (npr.nepropisan poziv);

2. Zanemarivanje nekih procesnopravnih elemenata neke radnje koja ne utiče na suštinu same radnje (npr. prisutnost jednog svedoka umesto dva, naknadno sastavljanje zapisnika itd.);

3. Nedostaci ili nepravilnosti radnje koje utiču na samu sadržinu radnje (npr.uskraćenje osumnjičenom da slobodno iznese svoj iskaz);

4. Kršenje dokaznih zabrana (npr.zanemarivanje privilegije nesvedočenja);

---

[9] Tremmel , F.: Bizonyitékok a büntetőeljárásban, Budapest-Pécs, 2006 .str.159.
[10] U policijskoj državi nema, ili samo vrlo malom broju ima nezakonitih dokaza.
[11] Tremmel, F.: Bizonyitékok a büntetőeljárásban, Budapest-Pécs,2006. str.152.
[12] Fenyvesi-Herke-Tremmel: Új magyar büntetőeljárás,Budapes-Pécs,2004.str.288.

5. Pribavljanja dokaza suprotno ustavnim grancijama ili krivičnim delom (najčešće su u pitanju krivična dela u vezi nezakonitih mera procesne prinude).

Najosetljivija oblast nezakonitih dokaza su dokazi pribavljeni nezakonitom primenom mera procesne prinude, jer su te radnje po pravilu i krivična dela.U krajnjoj liniji , javlja se pitanje da li je prihvatljivo da se dokazi neophodni za dokazivanje krivice optuženog pribavljaju krivičnim delom?[13] .

U tom sklopu,u literaturi je često postavljano pitanje da li i u kojoj meri sme ispitvač pribeći raznim lukavstvima. Nema nikakve dileme da ispitivač mora pošteno saslušavati osumnjičenog. Ne sme ga obmanjivati, ali to ne znači da ne sme koristiti razna lukavstva. Jasno je »*da je pojam obmane neophodno restriktivno tumačiti i razlikovati je od dozvoljenih lukavstava. Istovremeno je jasno da je razgraničenje obmane i lukavstva vrlo složeno i osetljivo pitanje*»[14].

U pogledu nedostataka pod 1, 2, 3 treba u prvom redu primenjiuvati razne metode konvalidacije [15].Npr. ponovno izvođenje nezakonitog dokaza ako je to moguće, ispravka i sl.[16] U pogledu dva zadnja stepena povreda (br. 4. i 5.) dolazi u obzir isključenje.

Dokazi mogu isključiti na dva načina:

1. Generalnom klauzulom kao opštim pravilom vezanim za dokazivanje

2. Specijalnim odredbama vezanim za pojedine dokazna sredstva

Po našem mišljenju, uopštene generalne klauzule su teške za tumačenje i nepodobne za praktičnu primenu.[17] Široko formulisane deklarativne norme same po sebi ne obezbeđuju zaštitu prava učesnika u postupku, iako su nesumnjivo važne smernice. Specijalne odredbe vezane za pojedina dokazna sredstva su mnogo jasnija, efikasnija i efektivnija za praktičnu primenu. Daju jasno upozorenje organim postupka da kršenjem tih zabrana neće moći pribaviti validan dokazni materijal i da su napori u tom pravcu potpuno beskorisni. Neophodna su *posebna pravila* od kojih su najednostavnije tzv .»dokazne zabrane» [18]. Njihova funkcija

[13] Herke –Fenyvesi-Tremmel:A büntető eljárásjog elmélete,Budapest-Pécs,2012, str.145.

[14] O tome više: Feješ, I.: Taktički blef-lukavstvo u saslušanju okrivljenog, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 2/2011, str.133.

[15] O tome više Feješ, I.:Procesne sankcije u krivičnom postupku,Neobjavljena doktorska disertacija, Beograd,199o,str.93-99.

[16] Npr. ponovo saslušati osumnjičenog uz poštovanje svih zakonskih propisa.

[17] Tipičan primer je za to čl.16 str.1. našeg ZKP.

[18] O tome mnogo detaljnije: Feješ, I.:Procesne sankcije u krivičnom postupku, Neobjavljen doktorski rad, Beograd, 1991. str.219 i sled.

je da učesnike postupka pretnjom nastupanja procesne štete prinude na ponašanje koje zakon zahteva. One treba da budu takve težine da obezbede zahtevano ponašanje. Dokazne zabrane, zajedno sa ostalim pravilima dokazivanja, treba da obezebede zakonito i fer postupanje u dokazivanju.Sa druge strane,dokazne zabrane ograničavaju rad državnih organa. To je po pravilu povoljno za okrivljenog, ali ne mora biti povoljno sa aspekta interesa suzbijanja krivičnih dela. Oni mogu u nekim slučajevima u značajnoj meri ometati ili i sprečavati ostvarenje pravde,ako se očigledan krivac ne može kazniti, jer dokazivanje njegove krivice sprečava neka dokazna zabrana. Takve situacije su nepovoljne sa aspekta društvenog interesa za suzbijanje kriminaliteta i zaštite prava oštećenog. Zbog toga se postavlja pitanje gde povući granicu dokaznih zabrana? U principu, granica treba da bude takva, da prava okrivljenog budu zaštićena, ali da ne strada interes društva za efikasnim progonom kriminaliteta.

Teoretski, zaštita od nezakonitih dokaza moguća je na više načina :kao jednostepen i kao dvostepen postupak.

Jednostepena zaštita postoji ako se isključuje samo nezakoniti dokaz i pitanje posrednih dokaza se ne postavlja.

Odstranjenje zabranjenih dokaza iz krivičnog postupka se može ostvariti i u dva stepena: Prvi stepen je *neposredno* isključenje zabranjenog dokaza iz postupka (primarna zaštita). Drugi stepen je isključenje i «*posrednih dokaza*», tj. inače zakonitih dokaza ali do kojih se došlo na osnovu zabranjenih dokaza. (sekundarna zaštita, sekundarno isključenje dokaza)[19].

Pitanja koja se u savremenoj teoriji, zakonodavstvu i praksi javljaju u vezi zaštite od nezakonitih dokaza rešavaju na različite načine u pojedinim zemljama. Institut isključenja dokaza je najranije i najdetaljnije razvijan u teoriji praksi SAD[20], što opravdava detaljno bavljenje američkim rešenjima .

Složeno pitanje (ne)upotrebljivosti «*posrednih dokaza*» u SAD nastoje rešiti «klasične» i neke modernije teorije.

U početku su bile razrađene dve teorije: »*teorija plodova otrovnog drveta*» (*«fruit of the poisonous tree doctrine*») koja zastupa stav o *apsolutnoj* eksluziji kako samog nedozvoljenog dokaza tako i dokaza koji je sam po sebi legalan,ali je pribavljen na osnovu informacija sadržanih u nedozvolje-

[19] Tremmel , F.: Bizonyitékok a büntetőeljárásban, Budapest-Pécs, 2006 .str.163.

[20] Nema prostora da se bavimo rešenjima engleskog prava.Ovu materiju opširno izlažu npr.: Hannibal-Mountford: The Law of Criminal and Civil Evidence, Principle and Practice, Harlow, England,2002.str.57-85.

nom dokazu. Druga teorija je teorija «*srebrnog poslužavnika»* («*silver platter doctrine»)*[21]. Međutim, po svojoj suštini čini se opravdanijom i ovu teoriju smatrati jednom vrstom izuzetka od «*teorije plodova otrovnog drveta»*. Ona je umerenija i prema njoj, dokaz koji je pribavljen na zabranjen način u nekoj državi- članici, nedozvoljen samo u postupku koji se vodi *u toj* državi -članici .U eventualnoj kasnijoj fazi postupka, pred saveznim sudovima, pod izvesnim uslovima može ipak biti upotrebljen[22].

U novije vreme čini se da su još dve doktrine u formiranju.

Jedna bi se mogla nazvati «*jednostrano isključenje dokaza*».Po ovome, ako su državni organi pribavili neki dokaz povredom procesnih prava okrivljenog, i posredni dokazi se moraju isključiti. Međutim, ako odbrana zahteva (u nekim državama dovoljna je i njena saglasnost) ipak može biti dokaz, ali samo *u korist* odbrane[23].

Druga doktrina u formiranju je *izigravanje zabrane putem stručnog mišljenja veštaka*. Ima dva vida. Prvi slučaj je kad se veštak pri sastavljanju svog izveštaja služi sa *već isključenim* dokazima. Ili drugačije:postavlja se pitanje da li se preko veštakovog nalaza i mišljenja mogu *krišom vratiti* u postupak dokazi koji su *ranije već isključeni* kao nedozvoljeni, ali je veštak na neki način ipak došao do njih i koristio ih prilikom sastavljanja svog stručnog mišljenja.Tipičan slučaj je kada je saslušan član porodice okrivljenog, bez upozorenja da nije dužan svedočiti.Takav iskaz je nedozvoljen dokaz. Ako veštak dođe do zapisnika o ispitivanju takvog svedoka i koristi ga pri sastavljanju svog izveštaja izigrava se zabrana korišćenja nedozvoljenog dokaza jer nedozvoljeni dokaz, doduše u promenjenoj formi, ali ipak dospeva u postupak.[24]

Druga situacija je slična slična prethodnoj, samo što se veštak za sastavljanje svog izveštaja ne koristi *već isključene dokaze*, već glasine i drugi *neprocesni materijal* (koji bi *trebalo* isključiti kao dokaz), umesto dokaznog materijala (iskaza i sl.) sakupljenog u procesnoj formi. Međutim, ovde se radi više o nedozvoljenom *unošenju* dokaza u postupak kršenjem procesnih formi ne o prikrivenom *vraćanju* jednom već isključenog dokaza.[25]

---

[21] Carlson, R.:Criminal justice procedure, 3.ed.Cincinatti,1986.str.28-29.

[22] Herke –Fenyvesi-Tremmel:A büntető eljárásjog elmélete, Budapest-Pécs,2012, str.147.

[23] Tremmel , F.: Bizonyitékok a büntetőeljárásban, Budapest-Pécs, 2006 .str.159.

[24] Tremmel , F.: Bizonyitékok a büntetőeljárásban, Budapest-Pécs, 2006 .str.165.

[25] Gácsi, A.: A mérgezett fa gyümülcse doktrina és az ezüsttálca elve, Magyar jog, br.2/2015 str. 67-68.

III «TEORIJA PLODOVA OTROVNOG DRVETA« («*The fruit of poisonous tree doctrine*»)

Američki Vrhovni sud je u predmetu Weeks[26] još 1914 g. usvojio pravila eksluzije ,ali je ostalo otvoreno pitanje da li se ona odnose samo na neposredno nedozvoljene dokaze ili i na dokaze koji su pribavljeni na osnovu nedozvoljenih dokaza («*posredni dokazi*»). Vrhovni sud daje odgovor na ovo pitanje 1920.g. usvajajući u suštini «t*eoriju ploda otrovnog drveta* « iako ona nije dobila odmah taj naziv.Konačno je 1939. g. u slučaju ***Nardone***[27] dobila naziv «*teorija ploda otrovnog drveta»*. Američki Vrhovni sud je *Teoriju ploda otrovnog drveta* « formulisao na sledeći način:»*Ako je drvo otrovno ,biće njegov plod otrovan, i biće otrovano i lice koje pojede plod*». Ovim se isključuje posredno korišćenje nedozvoljenih dokaza tzv. *»posredni dokazi*». Znači, zabranjuje da u krivičnom postupku bude korišćen dokaz koji je *proistekao* iz zabranjenog dokaza (iako je ovaj sam po sebi zakonit). Klasičan primer je da se od okrivljenog iznudi iskaz u kome opisuje mesto gde je zakopao leš žrtve, pa se leš tako pronađe. Prema pravilu «*exclusionary rule»* u prvom koraku kao neposredna zaštita od nedozvoljenih dokaza, iznuđen iskaz je neupotrebljiv. To je « *otrovno drvo*». «*Teorija ploda otrovnog drveta*», je drugi stepen zaštite.Ako je otrovno «*drvo*», otrovan je i «*plod*». Nezakonito je i pretresanje na mestu označenom u nedozvoljenom iskazu i pronađen leš ne može biti *corpus delicti*. Kao krajnji rezultat «*teorije ploda otrovnog drveta*» leš se *ne može koristiti kao dokaz*[28], mora biti isključen. Ova doktrina je *teoretski besprekorno* rešenje i *odgovara svim standardima pravne države i zaštite ljudskih prava u krivičnom postupku.* [29] Međutim, pored pozitivnih,

---

[26] [26] Weeks vs US ,232 U.S. 383 (1914)

[27] Nardone v. US (308.U.S.338,341 (1939)

[28] U našoj literaturi je predloženo specifično rešenje te situacije. Istaknuto je da je »sasvim moguće da će policija negirati da je koristila prinudu tj.da je iskaz zahvaljujući kome se došlo do dokaza bio iznuđen(time se u stvari poriče izvršenje krivičnog dela iznuđivanja iskaza), te će nastojati da praktično prikrije nezakonitost u pribavljanju tog dokaza. Ako u tome uspe, sud će biti doveden u zabludu, takav dokaz će tretirati kao pravno valjan». (Škulić, M.: krivično procesno pravo, Beograd ,2011. str .201). Autor ne nudi rešenje ako policija ipak ne zataška iznuđivanje iskaza.

[29] Ustavni osnov eksluzionih pravila u američkoj sudskoj praksi prema praksi američkog Vrhovnog suda je IV Ustavni amandman Saveznog ustava «Svako ima pravo da njegova ličnost,stan i drugo vlasništvo bude štićeno od neopravdanog pretresanja i zaplene» («The right of people-it is to be secure in (our)persons, houses , papers and effects , against unresonable searches and seizures»). Pretresanje i uzapćenje je dozvoljeno na osnovu posebnog naloga koji se izdaje na osnovu osnovane sumnje odnosno na osnovu iskaza datog pod zakletvom gde se mogu pronaći određena lica i predmeti («No Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the palace to be searched, and the

ona ima i krupne negativne aspekte. *Previše je kruta, stroga i neselektivna*[30] što može dovesti do *neprihvatljivih*, čak i apsurdnih rešenja u praksi.To dobro ilustruje gornji primer. Pronađeni leš bi trebalo ponovo zakopati i *smatrati da ne postoji*! A ako drugih dokaza nema-očigledno krivog okrivljenog treba osloboditi optužbe.Takvo rešenje je neprihvatljivo sa aspekta zaštite društva od kriminaliteta i u suprotnosti je sa elementarnim osećajem pravde kod ljudi.

Zbog svoje krutosti, strogosti i neselektivnosti «*teorija ploda otrovnog drveta»* je u suštini jedna ekstremna teorija u svom osnovnom obliku. Prihvatljiva je samo uz brojne izuzetke koje ublažavaju njene krupne nedostatke. U tom cilju,američka teorija i praksa je konstruisala i primenjuje brojne izuzetke. Mi ćemo se baviti četiri odnosno pet izuzetka, kada se «teorija *ploda otrovnog drveta» ne primenjuje iako su uslovi njene primene ispunjeni.* To su teorije *«nezavisnog izvora», «neizbežnog otkrivanja» i «oslabljene veze», «dobre vere»* a u suštini tu spada i teorija «*srebrnog poslužavnika».*

IV IZUZECI OD «TEORIJE PLODA OTROVNOG DRVETA»

Na ove izuzetke mnogi kontinentalni teoretičari ne obraćaju pažnju.To je ozbiljan propust, jer u svojoj ukupnosti, ovi izuzeci dovode do toga da je primena «*teorija ploda otrovnog drveta*» u SAD *zapravo redak izuzetak*. Ova okolnost opravdava da se u toku izlaganja detaljno bavimo upravo izuzecima od «*teorije ploda otrovnog drveta*».

1. Teorija oslabljene veze («attenuated connectuon princuple doctrine»)

Vrhovni sud je u slučaju *Nardone*[31] izneo « *teoriju ploda otrovnog drveta»*, ali ujedno odmah konstituisao i jedan od najznačajnih izuzetaka :«*teoriju oslabljene veze*». Prema tome, dokaz proistekao iz nezakonitih radnji policije biće ipak validan i moći će se koristiti u postupku ,ako je veza između povrede zakona i problematičnog dokaza «*toliko slaba,da njegova «otrovnost» nestaje*».

Vrhovni sud je ovu doktrinu dalje razvio u slučaju *Wong Sun*[32]. U obrazloženju ove presude je izloženo da se ne može svaki dokaz koji je

persons or things to be sized»). Međutim neke novije odluke Vrhovnog suda Npr. u slučaju US vs Calandra, 414 U.S.338 (1974) ovaj ustavni osnov stavljaju pod znak pitanja.

[30] Herke –Fenyvesi-Tremmel:A büntető eljárásjog elmélete, Budapest-Pécs,2012, str.147.

[31] Nardone vs US.,308 U.S. 338 (1939)

[32] Wong Sun vs.U.S.,371 U.S.471 (1963)

proistekao iz nezakonito pribavljenog dokaza «*smatrati automatski plodom otrovnog drveta, samo zato ,što ne bi bio otkriven bez nezakonitog delovanja policije*». Umesto toga, stvarno pitanje glasi :»*da li je nezakoniti dokaz stvarno proistekao iz dokaza pribavljenog povredom zakona ili se njegovo pribavljanje može u takvoj meri odvojiti od tog dokaza da to «čisti« dokaz od prvobitne «otrovnosti*». Drugačije, čak i ako je problematični dokaz u uzročno -posledičnom odnosu sa nekom ranijom povredom zakona,tj. čak i ako je «*drvo otrovno*», u jednom određenom momentu, njegov «*plod* « se može ipak smatrati dovoljno «*čistim*» i *može se* koristiti u postupku.

«*Teoriju oslabljene veze*» Vrhovni sud je razradio u obrazloženju slučaja *Hudson*[33] i dao jedinstvena pravila na osnovu kojih se nesumnjivo može ustanoviti da je problematični dokaz »*očišćen*» od prvobitne «*otrovnosti*», tj. da je prvobitna «*otrovnost*» *pouzdano* prestala. Drugim rečima, dao je merila kad *dokaz* postaje *validan uprkos tome što proističe iz nezakonitog dokaza.* Ti nesumnjivi slučajevi se baziraju na pojedinim *faktorima* koji izazivaju slabljenje veze, a to su: 1. vremenska distanca, 2. uticaj raznih događaja; 3. namera prekršioca zakona; 4. priroda dokaza proistekla iz povrede zakona; 5. zaštićeni interes.

- *Vremenska distanca kao nedvosmislen faktor prestanka otrovnosti*- što je *manje* vremena proteklo od prvobitne povrede zakona i pribavljanja problematičnog dokaza, to je verovatnije da će sud taj dokaz smatrati «*zatrovanim»* pa će ga isključiti i obrnuto. Takav je bio slučaj u predmetu *Wong Sun*, u kojem je policija osumnjičenog *odmah* saslušao nakon nezakonitog hapšenja, još u njegovoj spavaćoj sobi i tako pribavio priznanje. Vrhovni sud je ovo priznanje smatrao nevaljanim jer je «*neposredno proistekao iz nezakonitog prodiranja u stan okrivljenog i njegovog nezakonitog hapšenja*».

- *Uticaj događanja između prvobitne povrede zakona i pribavljanja problematičnog dokaza*- što se *više događaja* desi, *između prvobitne povrede zakona i pribavljanja problematičnog dokaza*, veća je šansa da će «*posredni dokaz*« biti «*očišćen*». Naime, tada uzročno-posledični lanac događanja postaje sve duži a što je taj lanac duži, «*sve je manja verovatnoća da je policija predvidela ili je mogla predvideti, da će iz njene protivpravne radnje proisteći problematični dokaz.»*[34] Posebno je važan događaj u kome se manifestuje slobodna volja okrivljenog, pa je slučaj dejstva slobodne volje (dobrovoljnosti) posebno razrađen. Mani-

[33] 547 U.S.586(2006)

[34] Comment,Fruit othe Poisonous Tree-Plea for Relevant Criteria .University of Pennsilvania Law Review,1967. str.1136, 1148-1149.

festacija slobodne volje okrivljenog u najvećem broju slučajeva uklanja «*zatrovanost*» dokaza proisteklog iz prethodne nezakonite radnje. Tipičan primer je slučaj *Wong Sun.* Tu je osumnjičeni nakon protivpravnog hapšenja pušten na slobodu. Nakon izvesnog vremena, on se *samoinicijativno i dobrovoljno* vratio u policiju i priznao delo. Po Vrhovnom sudu ova slobodna odluka osumnjičenog da se vrati u policiju i prizna, uklanja «*otrovnost*» iskaza i on je upotrebljiv na suđenju. U vezi dobrovoljnosti, Vrhovni sud je izrazio mišljenje da samo saopštavanje «*Miranda –prava*» osumnjičenom i nakon toga slobodno dat iskaz *ne znači samo po sebi, automatski,* prekid uzročno-posledičnog odnosa između povrede procesnih pravila i datog iskaza.[35] Prema tome, ako policija nezakonito uhapsi osumnjičenog, saopšti mu «*Miranda-prava*», zapisnički konstatuje da se on odrekao tih prava i nakon toga pribavi njegov iskaz, treba uzeti u obzir *sve okolnosti* slučaja i tek nakon toga odlučiti da li je takav iskaz rezultat slobodne volje osumnjičenog i da li je time anulirana prethodna povreda zakona. U jednom drugom slučaju, slučaju *Kaupp* [36] policija je rano ujutru u 03 sata došla u kuću 17 godišnjeg osumnjičenog, upala je u njegovu spavaću sobu i nezakonito ga uhapsila. Odveden je u policijsku stanicu i saopštena su mu «*Miranda-prava*». Nakon toga, osumnjičeni je priznao ubistvo. Vrhovni sud je konstatovao, da samo saopštavanje «*Miranda prava*» nije dovoljno da otkloni očiglednu «*zatrovanost*» iskaza prvobitnim nezakonitim hapšenjem i da se taj iskaz mora isključiti.

- *Namera prekršioca zakona*-ako prvobitni dokaz proistekao iz namerne, a ne nehatne radnje prekršioca zakona ,posredni dokaz će najverovatnije biti *«zatrovan*». Drugim rečima*, namerno* izvršena protivpravna radnja proizvodi *veći stepen* «*otrovnosti*» i *duže traje* njegovo uklanjanje. Dakle, opravdano je isključenje «*posrednog dokaza*», ako je u uzročno-posledičnoj vezi sa *namernim* kršenjem dokaznih normi. U tom slučaju isključenje dokaza ima funkciju sankcionisanja nezakonitih radnji policije.[37]

- »*Priroda « nezakonitosti*-Neki «*posredni dokazi*» lakše «*ozdrave*» od nekih drugih. Veća je verovatnoća da će «*zatrovani*» *iskazi* biti ipak upotrebljiv od «*zatrovanih*» *materijalnih* dokaza. Ovo pravilo je prilično problematično što dobro ilustruje slučaj *Ceccolini.*[38] U ovom slučaju, policija je došla do saznanja o identitetu jednog očevica prilikom nezakoni-

[35] Npr. slučaj Dunway vs.New York, 422. U.S. 200 (1979).

[36] Kaupp vs. Texas (538 U.S.626 (2003)

[37] Gácsi, A.: A mérgezett fa gyümülcse doktrina és az ezüsttálca elve, Magyar jog, br.2/2015. str.73.

[38] US vs.Ceccolini(435 U.S. 268 (1978)

tog pretresanja. Na zahtev policije , očevidac je pristao da svedoči protiv osumnjičenog. Odbrana je zahtevala isključenje njegovog iskaza sa pozivom da je proistekao iz nezakonitog pretresanja. Vrhovni sud je međutim, stao na stanovište da se iskaz jednog očevica »*ne može nipošto isključiti iz kruga dokaza bilo da je u kakvoj vezi sa povredom IV Amandamana*». Konstatujući da je za neki *iskaz* daleko verovatnija «*neotrovnost*» nego u pogledu nekog *materijalnog dokaza*, Vrhovni sud promenio svoj stav izražen u slučaja *Wong Sun*, prema kome, principi na koje se oslanjaju pravila isključenja dokaza ne dopuštaju *nikakvo razlikovanje ličnih i materijalnih dokaza*. Novi stav Sud je nastojao obrazložiti sa dva argumenta. Kao prvo, svedoci često sami odlučuju da će svedočiti, dok nežive materijalne dokaze neko treba da otkrije. Iz toga sledi , da je veća verovatnoća da će policija na zakonit način otkriti identitet svedoka i manja je verovatnoća da će povredom Ustava doći do iskaza. Činjenica je da se prema praksi Vrhovnog suda iskazi svedoka najčešće «*čiste*» primenom pravila «*nezavisnog izvora»* ili «*neizbežnog otkrića»* i da svedoci mogu i žele često svojom voljom da se uključe u proces. Ovde je Vrhovni sud otišao korak dalje,tvrdeći da «*Čak i ako se očevidac u nekom slučaju sam ne javi,čak i prosta mogućnost da se ipak pojavi, u velikoj meri smanjuje «otrovnost» njegovog iskaza»*. Ovaj stav je kritikovan u teoriji sa obrazloženjem da se na tome ne može zasnivati isključenje dokaza.[39] Drugi argument Vrhovnog suda je, da ako se ne prihvati pravilo da je mnogo manja verovatnoća «*zatrovanosti*» iskaza svedoka od zatrovanosti materijalnog dokaza, »*postupak bio konačno lišen iskaza očevidaca*». Tu ideju nije detaljnije razradio. Na taj način pitanje, zašto je potrebno uvesti pravilo koje olakšava upotrebu iskaza u vidu dokaza u odnosu na materijalne dokaze - ostaje bez odgovora.

- *Ograničenje zbog zaštićenog interesa*-U slučaju *Hudson* Vrhovni sud je izložio da *pravilo kucanja –i-najavljivanja* izričito štiti tri interesa. Prvo, štiti život i telo ljudi,jer nenajavljeno, iznenadno prodiranje u nečiji stan može izazvati odbrambene reakcije i pošto su mnogi stanovnici (teško) naoružani,posezanje za oružjem u cilju odbijanja navodnog napada. Drugo, štiti se imovina osumnjičenog od nepotrebnog nanošenja štete. Treće,štiti se pravo na privatni život. Prema mišljenju Suda, i u slučaju *Hudson su* prisutni ovi interesi , međutim »*veza između nelegalnosti i dokaza u toj meri oslabljena ,da je prvobitna «otrovnost» potpuno prestala*».Time je zauzeo stav da isključenje dokaza zbog povrede *pravila kucanja –i -najavljivanja* ne bi bilo u funkciji zaštite tih interesa.Sledstveno

[39] Gácsi, A.: A mérgezett fa gyümülcse doktrina és az ezüsttálca elve, Magyar jog, br.2/2015. str.73.

tome, ako isključenje dokaza (tj. primena «*teorije ploda otrovnog drveta*») ne povlači nikakvu realnu *korist za zaštićeni interes*, ne treba ga ni primeniti. Ovo se može tumačiti i kao sukob interesa zaštite prava građana i interesa progona kriminaliteta u kom je Vrhovni sud da prevagu interesu progona.

Iz ovog sledi važan zaključak: Ako Vrhovni sud i dalje sledi logiku sukoba zaštićenih interesa, praktično će eliminisati primenu «*teorije plodova otrovnog drveta»*. Pored toga dovodi i do sužavanja primene *exclusionary rule*. Funkcija IV amandmana je nesumnjivo zaštita lične slobode i privatnog vlasništva a ne sprečavanje organa progona da koriste nezakonite dokaze. Po logici slučaja *Hudson*, pošto isključenje dokaza ne štiti ove interese, pravilo o iključivanju dokaza se i ne može primeniti. Cve to navodi na misao da je državi važnije utvrđivanje (materijalne) istine od tzv .procesne istine. To ujedno znači i značajan zaokret američkog krivičnog postupka u pravcu približavanja evropskim kontinentalnim sistemima. [40]

2. Teorija nezavisnog izvora («independent source doctrine»)

Vrhovni sud je ovaj izuzetak izložio u slučaju *Murray.*[41] Suština je, da se dokaz ne isključuje , ako nezakonito postupanje organa gonjenja nije u kauzalnoj vezi sa pribavljenim dokazom[42].Strogo posmatrano , ovo i *nije izuzetak* od «*teorije plodova otrovnog drveta»*. Naime, u ovom slučaju je diskutabilni dokaz «*plod*» potpuno *zdravog* ili samo *delimično otrovnog* «*drveta*». Dokaz je upotrebljiv, jer zapravo i *nije «plod otrovnog drveta»*.

Postoje dva vida «*teorije nezavisnog izvora»*.

Prvi, ako je problematični dokaz otkriven na legalan način, ali se *kasnije* desila neka povreda zakona. Npr: Policija zakonitim pretresanjem oduzme dnevnik okrivljenog i u njemu otkrije ime lica koje kasnije sasluša kao svedoka. Ako policija nakon toga sprovede nezakonit pretres i u nekom drugom oduzetom dokumentu otkrije ime istog lica,prema «*teoriji nezavisnog izvora»*, iskaz svedoka je besprekoran, jer je policija njegov identitet ustanovila već ranije, na osnovu dnevnika pribavljenog legalno izvedenim pretresom.

---

[40] Videti :Gácsi, A.: A mérgezett fa gyümülcse doktrina és az ezüsttálca elve, Magyar jog, br.2/2015. str.74.

[41] Murray v.United States (487 U.S. 533 (1988)

[42] Bradley,C.M.:Murray vs United States:The bell tolls for the Serch Warrant Requirement.Indinana Law Jurnal br.4/1989.str.907-923.Nav. prema Gácsi, A.: A mérgezett fa gyümülcse doktrina és az ezüsttálca elve,Magyar jog, br.2/2015 str.69.fusnota 44.

Drugi slučaj je u neku ruku obrnut. Ako je dokaz *izvorno* bio nezakonito otkriven, ali je kasnije, na od izvornog otkrivanja *različit* način, zakonito, dospeo u ruke organa progona-dokaz će biti validan.

U slučaju *Murray* policija je osnovano sumnjajući, ali bez naredbe o pretresanju ušla u jedan magacin u kome su našli nekoliko bala umotanih u platno, zašta su sumnjali da sadrže marihuanu.Nakon toga su bez daljeg pretresanja napustili magacin. Jedni su ga osmatrali sa ulice, a drugi su pribavili nalog za pretres. Ključni momenat je da je nalog za pretres pribavljen na osnovu iskaza jednog svedoka koji je dobijen još *pre* nezakonitog prodiranja u magacin (svedok je pod zakletvom izjavio da se u dotičnom magacinu nalazi droga). Nakon pribavljanja naredbe za pretres, policajci su se vratili u magacin, izvršili pretres i oduzeli bale sa marihuanom. Pitanje je bilo, da li se bale mogu upotrebiti kao *corpus delicti* ili se moraju isključiti zbog prvog nezakonitog ulaska u magacin. Prema obrazloženju Vrhovnog suda, bale se mogu koristiti kao dokaz, jer je njihvo oduzimanje bio rezultata drugog, *zakonito* izvedenog pretresa, a ne rezultat prvog, *nezakonitog* pretresa. Prema Vrhovnog suda, drugi pretres bi bio plod ilegalnog prvog pretresa samo tada, da su policajci zahtev za izdavanje naloga za pretres podneli na osnovu onog što su videli prilikom prvog nezakonitog prodiranja u magacin. Tada bi nalog postao»*otrovan*», pošto bi motiv za zahtevanje naloga bilo uočavanje bala prilikom nezakonitog pretresa. Ali u ovom slučaju situacija je bila drugačija. Naredba je zahtevana na osnovu iskaza svedoka koji je pribavljen još pre nezakonitog pretresa.

U teoriji je izražena bojazan da stavovi Vrhovnog suda iznetih u ovom slučaju, mogu poticati policiju da vrši nezakonita pretresanja da bi potvrdila neku svoju sumnju. Drugim rečima,pošto je izdavanje naloga za pretres vezan za dugu i komplikovanu proceduru,policija radi efikasnosti istrage, nezakontim pretresanjem može nastojati potvrditi sumnju još pre podnošenja zahteva za izdavanje naredbe. Ako nezakonit pretres ne donese rezultat koji su očekivali (tj. ne nađe se dokaz na štetu okrivljenog), policija se može pravdati da je ipak ostvarena značajna ušteda vremena time što nije tražena naredba za pretres, koji bi se završio istim rezultatom. Sudija *Scalia* je ovakvu zabrinutost nastojao anulirati sledećom argumentacijom. Ako je policija ima osnovanu sumnju kao u slučaju *Murray* i pre pretresanja,bilo bi krajnje glupo da sprovede nezakonit pretres radi potvrđivanja te sumnje. Ako i nađe što je tražila, kasnije mora, kada traži izdavanje naredbe, dokazivati, da su činjenice na kojima zasnivaju zahtev za naredbu otkrili na zakonit način i da je na podnošenje zahteva nisu motivirale činjenice otkrivene prilikom nezakonitog pretresanja.To je ozbiljan

teret, jer ako u tome ne uspe, svaki dokaz pribavljen pretresanjem mora biti isključen po «*teoriji ploda otrovnog drveta»*. Ako ne postoji ni osnovana sumnja, a sprovede se nezakonit preliminarni pretres, tada se pribavljeni dokazi ne mogu koristiti - isključuju se na osnovu *exclusionary rule*.

Dok je u slučaju *Murray* policija dva puta ulazila u magacin okrivljenog, u slučaju *Hudson* [43] policija samo jednom nezakonito prodrla u dom okrivljenog. Ona je imala važeći nalog za pretres, ali su u stan okrivljenog ušli povredom pravila «*knock-and announcement*» IV Ustavnog amandmana. Iz obrazloženja presude Vrhovnog suda se može uočiti veza ovog slučaja sa «*teorijom nezavisnog izvora*». U obrazloženju je navedeno da *«povreda knock-and-announcement pravila kao ustavnog prava nije bila neophodan uslov za pronalaženje dokaza u pitanju»*. Vrhovni sud je zbog toga smatrao upotrebljivim kao dokaze vatreno oružje i kokain koji su oduzeti nakon nepravilnog ulaska u stan okrivljenog. Tj. smatrao je da bi problematični dokazi bili otkriveni i da je poštovan period obaveznog čekanja od 20-30 sekundi nakon pokucanja na vrata. Zbog toga je «*doktrina nezavisnog izvora primenljiva i na ovaj slučaj»*.

Analiza slučaja *Hudson*, dovodi do važnog zaključka: Ako se prividno jedinstvena radnja kao što je pretresanje, može raščlaniti na *više samostalnih događaja*, od kojih neki zadovoljavaju kriterijume IV amandmana, a drugi ne,a pribavljen dokaz se *neposredno* vezuje za događaj koji zadovoljava kriterjume IV amandmana, taj dokaz se ne može isključiti iz postupka,iako je pretresanje kao *celina* nezakonita. Ova argumentacija je problematična, jer protivreči velikom broju slučajeva koji su rešeni primenom «*teorije ploda otrovnog drveta*». Drugo sud je očigledno pobrkao «*teoriju nezavisnog izvora*» i *«teoriju neizbežnog otkrivanja*»[44].

3. Teorija neizbežnog otkrivanja («inevitable discovery rule doctrine»)

Ovo je *stvaran* izuzetak za razliku od prethodnog, tj. dokaz je stvarno «*plod otrovnog drveta*», ali se ipak *ne isključuje*.

Ovim izuzetkom se Vrhovni sud detaljno bavio u slučaju *Nix*.[45].Dokaz pribavljen na osnovu nezakonitog dokaza je *ipak validan* , ukoliko tužilac dokaže da bi *van svake sumnje* «*dokaz bio neizbežno otkriven i ne legalan način*».U slučaju *Nix* policija je povredila pravo osumnjičenog da

[43] 547 U.S.586(2006)

[44] Videti: Gácsi, A.: A mérgezett fa gyümülcse doktrina és az ezüsttálca elve, Magyar jog, br.2/2015. str.71. i tamo cit.literaturu.

[45] Nix vs.Williams (467 U.S. 431 (1984)

konsultuje svog branioca. U tom slučaju, policajci su patrolnim kolima prevozili osumnjičenog, a on je priznao ubistvo i pristao da ih odvede do leša žrtve. U isto vreme dok su osumnjičeni i policajci vodili razgovor u patrolnim kolima ,druga policijska ekipa je, potpuno nezavisno od ovih događaja , bila na putu i bila je udaljena još samo nekoliko kilometara od mesta gde je žrtva bila zakopana. Pošto je osumnjičeni pristao da sarađuje, ova grupa je povučena. Vrhovni sud je odlučio da se leš kao plod neustavnog saslušanja okrivljenog ipak može koristiti kao dokaz, jer bi u «*kratkom vremenskom roku»* i inače bio otkriven,u istom stanju, od strane druge policijske ekipe. Dvojica sudija (*Brennan i Marshall*)su izdvojili mišljenje,po kome bi od tužioca trebalo tražiti da podnese «*nedvosmislene i ubedljive*» dokaze u pogledu neizbežnosti otkrivanja. To je po njihovom mišljenju ,potrebno da se «*doktrina neizbežnog otkrivanja*» može jasno razgraničiti od «*doktrine nezavisnog izvora».*

4. Teorija dobre vere («good faith doctrine»)

Uspostavljena je u predmetu *Leon.*[46] Suština izuzetka je da se «*posredni dokazi*» ne isključuju ako je policija imala opravdane razloge da veruje da ispravno postupa, tj. da postupa u «*dobroj veri*».U ovom slučaju, policija je pretresla jedan stan i došla do određenih dokaza.Imala je nalog za pretres, ali se naknadno ispostavilo da nalog nije bio valjan ,jer nisu bili ispunjeni uslovi izdavanja i da je pretres zbog toga bio nezakonit. Postavilo se pitanje upotrebljivosti dokaza pribavljenih tim pretresom. Vrhovni sud je odlučio da se dokazi koje je policija prikupila u uverenju da zakonito postupa, mogu upotrebiti na suđenju. Odluka je zasnovana na argumentu da je pravilo eksluzije preventivno sredstvo protiv eventualnih nezakonitih postupaka policije a ne suda i da policija nema nikakva ovlašćenja da ispituje zakonitost sudskih akata. Ovim je Vrhovni sud izuzeo sudove od dejstva eksluzionog pravila i tako u znatnoj meri smanjio obim važenja. Doktrina «dobre vere « je veoma širok izuzetak od «*teorije ploda otrovnog drveta»* i nanela je težak udarac ekskluzionom pravilu

5. Teorija srebrnog poslužavnika («silver platter doctrine»)

Ovu teoriju mnogi smatraju samostalnom[47], jer samo *ograničava a ne* isključuje primenu »*teorije plodov*a *otrovnog drveta*«. Međutim, upra-

[46] US vs Leon,preuzeto sa http://www.lawcornell.edu./supct/html/historics/USSC_CR _o468_0897_ZS.html

[47] Npr. Carlson, R.:Criminal justice procedure, 3.ed.Cincinatti,1986.str.28.

vo zbog ograničavanja primene «*teorije plodov*a *otrovnog drveta»* na neke slučajeve «*teorija srebrnog poslužavnika»* suštni je ipak (bio)izuzetak od ««*teorije plodov*a *otrovnog drveta»*. Na osnovu ove teorije, savezni sudovi su mogli koristiti dokaze koje je pribavila lokalna policija savezne države povredom pravila o pretresanju i uzapćenju. Znači,ti protivpravni dokazi su bili neupotrebljivi *samo* pred sudom države-članice, a ako je postupak dospeo pred savezni sud, pod izvesnim uslovima bili su upotrebljivi. Greške organa progona u državama članicama savezni organi su mogli sanirati i tako dobiti «*čist*» dokaz «*kao na srebrnom poslužavniku»*[48]. Ova teorija je naročito pogodovala za izigravanje " *teorije plodov*a *otrovnog drveta"* od strane federalnih organa SAD.

Nasuprot «*teoriji ploda otrovnog drveta*», nastanak «*teorije srebrnog poslužavnika*» se ne može vezati za konkretni slučaj. Ona je rezultat duže evolucije. Izvesno je da se ideja i potreba za njom javila nakon slučaja *Weeks* [49] kojim su konstituisana federalna pravila isključenja protivpravnih dokaza («*federal exclusionary rule»),* kao mogućeg načina ublažavanja nepovoljnih efekata ovih pravila. Prema odluci Vrhovnog suda, IV amandman zabranjuje korišćenje takvih dokaza koje su federalni organi progona pribavili protivzakonito. Zabrana se dakle odnosila isključivo na federalne organe progona, ne i na nelegalne dokaze koje je pribavila lokalna policija.

Karakterističan je slučaj *Byars*[50]. Lokalna policija je u posedu naloga za pretres, pretresla jedan objekat jer je sumnjala da *Byars* u njemu falsifikuje razna alkoholna pića. Pri tome je angažovala i jednog saveznog agenta koji je već imao iskustvo sa sličnim slučajevima. Pretres je bio uspešan, jer je nađen jedan broj falsfikovanih robnih oznaka alkoholnih pića. Protiv osumnjičenog je podignuta optužba. Sud je konstatovao da je učešće federalnog agenta bilo nezakonito, pa je i pretresanje bilo nezakonito, ali je na osnovu ostalih dokaza osumnjičeni ipak osuđen. Vrhovni sud je uobrazloženju konstatovao da prema «*teoriji srebrnog poslužavnika*»,»*javni tužilac može po svom nahođenju optužnicu zasnivati i na dokazima koje su organi istrage u državi članici protivpravno pribavili*». U konkretnom slučaju dokaz je bio ipak neupotrebljiv jer je u njegovom pribavljanju učestvovao savezni agent.

Sve do unošenja IV amandmana u pravni poredak država –članica odlukom Vrhovnog suda u slučaju *Wolf* [51]*,* lokalna policija nije ni mogla

[48] Fenyvesi-Herke –Tremmel: Új magyar büntetőeljárás,Budapest-Pécs, 2004.str.292.

[49] Weeks vs US ,232 U.S. 383 (1914)

[50] Byars vs US ,237 U.S. 28 (1927)

[51] Wolf vs Colorado ,338 U.S.25 (1949)

povrediti odredbe iste, jer nije ni važila za njih. Slučajem *Wolf* odredbe IV amandmana postale obavezne za sve države članice. To međutim samo po sebi *nije* značilo da se moraju primenjivati i federalna eksluziona pravila u krivičnim postupcima saveznih država. Naime, istog dana kad je obavljena odluka u slučaju *Wolf*, objavljena je i odluka Vrhovnog suda u slučaju *Lustig*[52] u kojoj je Vrhovni sud *potvrdio* dalje važenje « *teorije srebrnog poslužavnika*». Prema obrazloženju odluke, ako u sprovođenju nezakonitog pretresa učestvuju samo policajci države- članice, tako pribavljene dokaze daju federalnim organima na «*srebrnom poslužavniku*», jer su povrede zakona na nivou države članice na *federalnom* nivou *irelevantne*.Tako se i protivpravno pribavljen dokaz može koristiti na federalnom nivou.

Do zaokreta dolazi slučajem *Elkins*[53] 1960. g., kada je Vrhovni sud *zabranio* primenu «*teorije srebrnog poslužavnika*». Vrhovni sud je istakao da se «*teorija srebrnog poslužavnika*» više *ne može primenjivati* u krivičnim postupcima «*jer ona ugrožava napore država- članica da garantuju zaštitu ustavnih prava*» , pošto ta teorija podstrekava organe progona na povredu zakona. Vrhovni sud je konstatovao i to da je «*eksluziono pravilo namenjeno prevenciji povreda prava iz IV amandmana, a ne za otklanjanje posledica već učinjenih povreda*«. Drugim rečima, ekskluziono pravilo je namenjeno sprečavanju nezakonitih pretresanja i *uzapćenja*, a «*teorija srebrnog poslužavnika*» dejstvuje upravo suprotno[54].

Iako je Vrhovni sud , ukinuo primenu ove teorije, u praksi se osećala potreba da se ona vrati u nekom obliku i omogući eliminisanje nepovoljnih efekata strogih ekskluzionih pravila. Popuštajući pritisku, Vrhovni sud je u slučaju *Calandra* [55] postavio «*pravilo kolateralne upotrebe*» za postupke sa velikom porotom, koji je vrlo sličan klasičnoj «*teoriji srebrnog poslužavnika*». U suštini, uprkos deklarativnim proklamacijama o nevažnosti «*teorije srebrnog poslužavnika*», Vrhovni sud je na «*mala vrata*» vratio *proširenu* verziju «*teorije srebrnog poslužavnika*». Tako je ova teorija doživela svojevrsnu *rehabilitaciju*. Počevši sa ovim slučajem, Vrhovni sud je konstituisao čitav niz izuzetaka koji omogućavaju korišćenje protivpravno pribavljenih dokaza u krivičnom postupku. Ovom odlukom Vrhovni sud je prećutno anulirao stav da «*exclusionary rule»* imaju

[52] Lustig vs US , 338 U.S. 74,78-79 (1949)

[53] Elkins vs US, 364 U.S.206 (1960)

[54] Prema tome, «*teorija srebrnog poslužavnika*» je važila 46 godina (1914-1960) u krivičnom postupku u SAD.

[55] US vs Calandra ,414 U.S.338 (1974)

ustavni koren i time je pokrenula jedan proces koji danas već stavlja pod znak pitanja opravdanost njihovog postojanja [56] .

V ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Krivični postupak SAD je u zadnjih nekoliko desetina godina pod vođstvom Vrhovnog suda značajno evoluirao.

Do kraja 70-tih godina osnovna orijentacija krivičnog postupanja bilo je precizno i pedantno poštovanje prava učesnika u postupku tj. «*due process modell* »krivičnog pravosuđa. Sa time modelom je u punoj saglasnosti «*teorija plodova otrovnog drveta*». Međutim, tvorac te teorije,Vrhovni sud je od samog početka sagledao moguće negativne posledice krutosti i strogosti te teorije, pa je vrlo rano počela kreirati i izuzetke. Ali, saglasno «*due process*» modelu, američko pravosuđe je restriktivno pristupalo izuzecima i dugo striktno i strogo primenjivalo «*teoriju plodova otrovnog drveta*», čak i na kršenje tehničkih propisa, što je u velikom broju slučajeva dovelo do isključenja odlučnih dokaza i oslobođenja očigledno krivog osumnjičenog.

U novije vreme pod pritiskom nepovoljnih tendencija na planu suzbijanja kriminaliteta (rasta kriminaliteta, broja sudskih predmeta, nestašica i štednja sredstva i sl.) sve više dominiraju interesi krivičnog gonjenja i jačanja pozicije organa progona («*crime controll modell*»).[57] Dopušta se sve šire korišćenja nelegalnih dokaza (primarnih i posrednih), pa se «*teorija ploda otrovnog drveta»* u praksi *faktički i ne javlja* u svom osnovnom vidu, nego se primenjuju *samo* izuzeci, što u stvari znači neprimenu te teorije, iako bi inače da nije izuzetka,postojali uslovi za to. Slučaj *Hudson* je prekretnica, jer je otada mnogo teže postići isključenje «*posrednog dokaza*» nego pre toga. Na osnovu njega, sudovi su dobili ovlašćenje da mešaju teorije «*nezavisnog izvora*» i «*neizbežnog otkrića*» prema potrebi u cilju konvalidacije neupotrebljivih dokaza. Značajno je da ova odluka imenovanjem faktora za isključenje «*otrovnosti*», koji utiču na primenu «*teorije oslabljenje veze*» nagoveštava nameru Vrhovnog suda da razradi pravila i mehanizam *automatske konvalidacije* «*posrednih dokaza*» koji će praktično eliminisati sudsku ocenu.

---

[56] Gácsi, A.: A mérgezett fa gyümülcse doktrina és az ezüsttálca elve, Magyar jog, br.2/2015.str.78.

[57] O modelima krivičnog pravosuđa više:Davies-Croall-Tyrer.:Criminal justice, 3.ed.Harlow, London etc.2005.str.24-27.

Istu tendenciju odražava i evolucija «*teorije srebrnog poslužavnika*». Vrhovni sud je prvo zabranio primenu ove teorije u skladu sa *due process* modelom, sa obrazloženjem da ona u suštini podstrekava policiju u saveznim državama na povredu prava iz IV amandmana. Međutim, posle 14 godina, doduše sa drugim nazivom i samo za slučajeve sa velikom porotom , ipak opet dopustio federalnim sudovima korišćenje nelegalnih dokaza pribavljene od strane policije u saveznim državama. Zapravo, u suštini je rehabilitovao *«teoriju srebrnog poslužavnika*» samo pod drugim nazivom.

U svetlu tendencije jačanja broja izuzetaka u pravilima isključenja dokaza i nastojanja policije da pribavi dokaze i po cenu povrede nekih propisa, čini se da je cilj američkog postupka u procesu transformacije i približava se tradicionalnom cilju kontinetalnih postupaka: utvrđivanju materijalne istine.

Evropski pravnici su skloni da predimenzioniraju praktični značaj «*teorije otrovnog drveta*». Ne treba izgubiti iz vida da se ta teorija a priori ne primenjuje u slučajevima koji se rešavaju nagodbom između tužioca i okrivljenog. To je preko 95% svih predmeta u SAD. Pored toga, i u onom malom preostalom delu ukupnog broja krivičnih predmeta *teorija otrovnog drveta*» u «osnovnom» obliku,zbog svoje strogosti,krutosti i nepovoljnih efekata na suzbijanje kriminaliteta jedva da se primenjuje.Umesto nje,primenjuju se, u prvom redu, brojni izuzeci.To znači da se teorija u tim slučajevima zapravo ne primenjuje iako bi postojali uslovi za to.

Izučavanje gore izloženih pravila i izuzetaka američke sudske prakse je veoma značajno, jer je problematika nedozvoljenih dokaza,posebno «*posrednih dokaza*» od velike važnosti i za evropsku teoriju i praksu.

Ištvan I. Feješ, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

System of Exceptions to the Application of the Poisonous Tree Doctrine

Abstract: *The work is divided into five chapters.*

In the introduction, the author emphasizes that the issue of illegal evidence, especially the over-effect of the excluded evidence, one of the most complex problems of modern theory and practice of criminal proceedings.

The second chapter deals with the general issues of illegal evidence.

The third chapter summarizes the fruit of poisonous tree doctrine. Autor emphasizes that American jurisprudence has built a number of exceptions which seeks to limit the effects of rigidity and strictness of this theory.

Chapter four is the central part of the work and is dedicated to the processing of exceptions to the fruit of poisonous tree doctrine.

The fifth chapter is the conclusion to which the author notes that instead the fruit of poisonous tree doctrine in contemporary American jurisprudence almost exclusively exceptions apply and that its practical importance is far lower than most European theorists considered.

Key words: *poisonous tree doctrine, exceptions.*

Datum prijema rada: 29.09.2015.

Originalni naučni rad 347.922
doi:10.5937/zrpfns49-9034

Dr Marija M. Salma, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
msalma@pf.uns.ac.rs

EVENTUALNA KUMULACIJA TUŽBENIH ZAHTEVA[1]

Sažetak: *U radu su analizirana pravila o eventualnoj kumulaciji tužbenih zahteva. Ističe se da eventualna kumulacija nije prava, budući da sud o eventualnom, sekundarnom zahtevu odlučuje tek ako odbije primarni zahtev. Sledstveno tome kod eventualne kumulacije nema ravnopravnosti zahteva, tj. osude na više obaveza, kao kod prave kumulacije, već sud donosi odluku o samo jednom zahtevu, ili o glavnom, primarnom, ili o sekundarnom, eventualnom zahtevu. Kod eventualne kumulacije postoji zavisnost eventualnog zahteva od glavnog zahteva, u tom smislu što u slučaju da sud donese presudu povodom glavnog zahteva, neće postupiti po eventualnom zahtevu. Kod eventualne kumulacije redosled odlučivanja suda o zahtevima određuje tužilac po dispozicionoj maksimi.*

Ključne reči: *Kumulacija tužbenih zahteva, eventualna kumulacija kao neprava kumulacija, redosled odlučivanja o tužbenim zahtevima kod eventualne tužbe*

1. Osnovna obeležja eventualne kumulacije tužbenog zahteva

Pod eventualnom kumulacijom tužbenog zahteva podrazumevamo slučaj kada tužilac jedan zahtev podnosi kao *glavni* ili primarni, a njemu pridružuje i drugi zahtev kao *pomoćni* ili sekundarni (in eventu) o kome sud odlučuje samo u slučaju da glavni, primarni zahtev bude odbačen ili odbijen.[2]

---

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

[2]Upor. Walter Rechberger,Daphne-Ariane Simotta*, Zivilprozessrecht, Erkentnisverfahren*, 6. Auflage, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2003, 251. tač. 431.

Eventualno spajanje zahteva se od (običnog) kumulativnog razlikuje po tome, što su kod kumulativnog spajanja svi zahtevi *jednakog ranga*, tako da tužilac kod njih tužbom traži ostvarivanje svih zahteva (Kumulative Klagenheufung). Kod eventualnih zahteva (Eventualklageheufung – Eventualbegehren) međutim, *zahtevi nisu ravnopravni*, budući da je primaran glavni zahtev, a sekundaran sporedni. Sledstveno tome, kod eventualnih zahteva nema kumulacije zahteva, može se ostvariti *ili samo glavni ili samo sporedni zahtev*. [3]

Eventualnni zahtev tužilac podnosi kada nije siguran u postojanje relevantnih činjenica ili u pravnu osnovanost podnetih zahteva. Primarni i sekundarni zahtev treba da su u *međusobnoj pravnoj vezi*. Ta pravna veza postoji ako oba zahteva proističu iz *bitno identičnog činjeničnog stanja* i bitno *identičnog pravnog odnosa.* (Npr. ako je primarna tužba usmerena na predaju individualno određene stvari, a postoji verovatnoća da je u vreme podnošenja tužbe ona propala, tužilac podnosi eventualni zahtev radi naknade štete). Pravna veza između dva zahteva je takva da *jedan zahtev isključuje* drugi. (U navedenom primeru, ako se pokaže da zahtevana stvar ipak nije propala, eventualni zahtev za naknadu štete je bespredmetan).[4]

Osnovni razlog eventualnog zahteva je u *procesnoj ekonomiji*. Naime, tužilac ne zna unapred da li će njegov primarni zahtev biti usvojen, da li će ostvariti cilj zbog koga je pokrenuo postupak pred parničnim sudom, te stoga on u jednoj tužbi postavlja više zahteva prema tuženom koji su u međusobnoj vezi, ali drugi odn. sekundarni zahtev se podnosi samo eveventualno, samo za slučaj da prethodni zahtev ne bude usvojen. Eventualni zahtev je *uslovno* postavljen. Što znači da tužilac traži od suda usvajanje primarnog zahteva, pa ako se on ne usvoji, tek tada traži odlučivanje po eventualnom, sekundarnom zahtevu, ali ako je primarni usvojen to čini sekundarni zahtev bespredmetnim.

Radi ostvarivanja pravne sigurnosti rezultati postupka se ne mogu učiniti zavisnim od nastupanja određenih vanprocesnih uslova, ali se mogu usloviti *unutar procesnim uslovo*m. Eventualna kumulacija(kao i subjektivna) tužbenih zahteva predstavlja potvrdu ovog stava. Dejstvo ove parnične radnje može zavisiti od nastupanja raskidnog-rezolutivnog uslova. Ako sud usvoji zahtev koji prethodi eventualnom, parnica u pogledu sledećeg-eventualnog, prestaje da teče.

---

[3]Upor. W.Rechberger,D.-A. Simotta, *Zivilprozessrecht, Erkentnisverfahren*, 251, tač. 430-431.

[4]Upor. Siniša Triva, *Građansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb 1980, 324-325.

Eventualnom kumulacijom tužilac traži da sud usvoji samo jedan od više kumuliranih zahteva. Zbog toga se ona u literaturi označava kao *prividna kumulacija*[5]. Naime, ako pojedini zahtevi jedan drugog isključuju njihovo istovremeno postojanje je *prolaznog* karaktera.

Kod eventualnog zahteva *tužilac određuje redosled odlučivanja*. Usvajanjem prvog zahteva, raspravljanje o drugom postaje bespredmetno. Primarni-glavni i sekundarni-supsidijarni zahtevi se isključuju.[6]Da li se postavljeni zahtevi međusobno isključuju može biti stvar procene suda. Naime, u sudskoj praksi, u jednom slučaju, tužena protivtužilja je podnela stvarnopravni zahtev za utvrđivanje prava svojine i prava korišćenja sa drugačije označenim srazmerama suvlasničkim delova, ali i dva eventualna zahteva. Jedan radi isplate novčanog iznosa na ime tekućih ulaganja i drugi takođe radi isplate novčanog iznosa, ali na ime investicionih ulaganja u nepokretnost. Sud se nije upuštao u raspravnjanje o drugom eventualnom zahtevu, smatrajući da se postavljeni eventualni zahtevi, drugi i treći ne isključuju. Protivtužena je podnela predlog za dopunu presude. Višestepeni sud je raspravljajući o žalbi na rešenje o predlogu istu odbio, smatrajući predlog za dopunu presude osnovanim. Stav je višestepenog suda, da kada se tužbom traži plaćanje novčanog iznosa pa čak i u istoj visini, ali po različitim pravnim osnovama, radi se o zahtevima koji se međusobno isključuju, pa samim tim sud je u obavezi da postupa po eventuanom zahtevu.[7]Stav višestepenog suda se čini ispravnim. Kada se postave zahtevi koji se odnose na investiciono ulaganje i za tekuće održavanje reč je o različitim zahtevima, čak i kada se vrednost tih zahteva ne razlikuje. Investiciono ulaganje u nepokretnost se vrši u nadi da će se njena vrednost u budućnosti uvećati i da će se videti efekti ulaganja. Po pravilu efekat *ulaganja se ostvaruje u budućem periodu. Tekuća ulaganja pak, omogućavaju nesmetanu upotrebu, u skladu sa njenom svrhom.*

Međutim, ako se *zahtevi razlikuju samo po visini* ne mogu se formirati kao eventualani. To se obrazlaže time da je zahtev za isplatu nižeg iznosa sadržan u zahtevu za isplatu višeg, pa i nema odnosa primarnog i eventualnog.[8]„Eventualni“ zahtev u navedenom slučaju kojim tužilac pristaje i na isplatu nižeg iznosa je zapravo povlačenje zahteva u označenojsmanjenoj visini, te i nema eventualne kumulacije.

---

[5]Vid.Osztovits András, Pribula László, Szabó Imre, Udvary Sándor, Wopera Zsuzsa, *Polgári eljárásjog I* , HvgOrac, Budapest 2013, 188.

[6]Vid. Borivoje Poznić, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd 2009, 440.

[7]Vid. http://bilten.osns.rs/presuda/sentenca?uri=primarni-eventualni-tuzbeni..Web Propisi

[8]Vid.Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pž.1995/2011 od 15. 03 2011. *Sudska praksa privrednih sudova*- Bilten br.1/2012.

Kod eventualne kumulacije kao i kod ravnopravne kumulacije tužbenih zahteva tužilac svoj zahtev u istom parničnom postupku po pravilu u *istoj tužbi* podnosi protiv *istog tuženog*, s tim da kod ravnopravnih zahteva tužilac traži osudu na više obaveza, a kod eventualnog samo na jednu od dve ili više obaveza. Eventualni zahtev se razlikuje od *alternativnih* zahteva po tome što kod *eventualnog zahteva tužilac određuje redosled*, a kod alternativnih obaveza *izborno pravo* po pravilu ima tuženi, tj. dužnik, osim ako što drugo nije predviđeno materijalnim zakonom ili ugovorom.

2. Razlozi koji opravdavaju postavljanje eventualnog tužbenog zahteva

Razlozi koji opravdavaju podnošenje eventualnog tužbenog zahteva se mogu videti u težnji za efikasnijim i ekonomičnijim postupkom. *Tužiocu se omogućava da izbegne pokretanje druge parnice* ako sud odbaci ili odbije primarni tužbeni zahtev. Postavljanjem eventualnog zahteva se ostvaruje jedinstvena primena zakona, sprečava se donošenje protivrečnih odluka. Pravna sigurnost je samim tim veća.

Tužilac se opredeljuje za eventualni zahtev u slučajevima kada ostavlja mogućnost da sud utvrdi činjenično stanje drugačije nego što ga je on video i prezentovao sudu ali prihvata da iz takvog činjeničnog stanja može da proistekne pravna posledica koju je tužilac označio u eventualnom tužbenom zahtevu.

Razlog za podnošenje eventualnog tužbenog zahteva se može naći u različitoj pravnoj oceni iste činjenice.[9]

U praksi se ističe da bi podnošenje eventualnog tužbenog zahteva doprinelo da se stečajni postupci ubrzaju. Izbeglo bi se vođenje više parnica, smanjili bi se troškovi, što bi uticalo i na stečajnu masu. Tako bi se pored zahteva za utvrđivanje ništavosti ugovora o kupoprodaji mogli kao eventualni podneti zahtev za utvrđivanje da je bez pravnog dejstva prema stečajnoj masi tužioca, ugovor o kupoprodaji nepokretnosti. Tužilac bi mogao kao eventualni da postavi i kondemnatorni zahtev kojim nalaže tuženom da u stečajnu masu vrati određenu nepokretnost.

Institut eventualne kumulacije tužbenih zahteva je u skladu sa intencijom zakonodavca da se sa rešavanjem sporova ne odugovlači, da se oni reše u razumnom roku.

---

[9] Vid.Borivoje Poznić, Vesna Rakić Vodinelić, *Građansko procesno pravo, S*vremena administracija,Beograd 2010, 257.

3. Procesne pretpostavke za podnošenje eventualnog tužbenog zahteva

Da bi eventualni tužbeni zahtev bio dopušten moraju biti ispunjene sledeće procesne pretpostavke: 1. dva ili više zahteva moraju biti u međusobnoj vezi; 2.sud mora biti stvarno nadležan za svaki od tih zahteva; 3.za svaki zahtev mora biti određena ista vrsta postupka.[10]

Sud mora i povodom eventualnog zahteva voditi računa o urednosti tužbe. Ako se desi da tužilac postavi eventualni zahtev koji nije dovoljno određen, sud ne može odbaciti takav zahtev kao neuredan, pošto je primarni zahtev prethodno odbio kao neosnovan. Eventualni zahtev je samostalni zahtev pa je sud dužan da pozove tužioca da uredi eventualni zahtev tako da se po njemu može postupati.[11]

Zahtevi su **u *međusobnoj vezi*** kada proizilaze iz istog ili bitno istog životnog događaja- činjeničnog stanja i kada su usmereni na ostvarivanje bitno identičnog pravnog interesa[12]Prema stanovištu Vrhovnog suda Austrije *međuzavisnost* (Zusammenhang) ne podrazumeva postojanje identiteta pravnoproizvodnog činjeničnog stanja. Ali, traži se bitna istovrsnost osnova tužbenog zahteva. Pravna i činjenična pitanja bi trebalo u svojoj osnovi da budu istovetna.[13]

Međusobna veza postoji ako tužilac podnese tužbu za poništaj braka i kao eventualni zahtev za razvod braka. U navedenom primeru tužilac eventualnom kumulacijom zahteva otklanja rizik da sud zbog različite pravne ocene iste činjenice odbije tužbeni zahtev. Međusobna veza postoji i u slučaju kada tužilac podnese tužbu za povraćaj stvari i kao eventualni, zahtev za naknadu štete zbog neispruke iste.

Sud mora biti ***stvarno nadležan*** za svaki od postavljenih zahteva. Ako vrednost predmeta spora utiče na utvrđivanje stvarne nadležnosti, ona se određuje prema vrednosti glavnog zahteva.[14]Kod eventualne kumulacije u procesnoj literaturi prvo postavljeni zahtev se često označava kao glavni a ostali kao sporedni zahtevi. Ako bi se ovakva označenja doslovno shvatila vrednost eventualnih zahteva ne bi uticala na određivanje *vrednosti predmeta spora*. Ovakav stav je neprihvatljiv. Ako se pođe od

---

[10] Vid. čl. 197, st. 2-3 Zakona o parničnom postupku- ZPP-a, *Službeni glasnik RS*, br.72/2011.

[11]Vid.Presuda Višeg privrednog suda, Pž.7723/97 od 5. 2 1998.- *Sudska praksa privrednih sudova*- Bilten br.4/98-str.40.

[12]Vid. S. Triva,325.

[13]Upor. Georg E. Kodek-Peter G.Mayr*, Zivilprozessrecht*, 2. Auflage,facultas.wuv, Wien 2013,.223-224.

[14]Vid. čl.28. ZPP-a RSrbije.

toga da je glavni zahtev onaj zbog koga je pokrenut parnični postupak, kod eventualne kumulacije svi postavljeni zahtevi imaju taj značaj. Stoga bi vrednost trebalo odrediti prema svakom od postavljenih zahteva. Ispravnije je prvopostavljeni zahtev tretirati kao primarni, jer za tužioca ima prvenstveni značaj, a eventualne kao sekundarne. Zaštitu svog povređenog ili ugroženog subjektivnog prava tužilac će postići ako sud usvoji bilo koji od podnetih zahteva. Tužilac je u startu takvu mogućnost prihvatio. Posebna pravila ZPP-a o određivanju vrednosti spora koja se odnose na kumulaciju zahteva se ne primenjuju na eventualnu kumulaciju.[15]Kada je pak reč o posebnim pravilima ZPP-a o određivanju vrednosti spora kada se tužbeni zahtev ne odnosi na novčani iznos a tužilac u tužbi navede da pristaje da umesto ispunjenja tog zahteva primi određeni novčani iznos kao vrednost spora uzima se taj iznos(facultas alternativa).[16] U literaturi se ističe da je opšte usvojeno mišljenje da ovo pravilo treba analogno primeniti i na eventualno kumulirane zahteve ako se jedan od njih odnosi na novčani iznos.[17]

ZPP-om je predviđeno da isti sud mora biti *stvarno nadležan za svaki od postavljenih zahteva*. Priroda zahteva kod eventualne kumulacije je takva da bi tužilac umesto eventualne kumulacije, zahteve mogao da postavi u odvojenim tužbama. Ali i u takvoj situaciji, kada tužilac zasebno postavi zahteve, odluka o usvajanju jednog mora dovesti do odbijanja drugog zahteva. Sud ne bi mogao da usvoji sve zahteve. Bez obzira na koji način tužilac postupi, da li podnosi odvojene zahteve ili se opredeli za eventualnu kumulaciju zahteva, opšte je pravilo da stvarnu nadležnost sud ispituje na osnovu činjenica navedenih u tužbi, u vreme njenog podnošenja. Ako se u toku postupka *promene okolnosti na kojima je zasnovana nadležnost* ili ako tužilac *smanji* tužbeni zahtev sud koji je bio nadležan u vreme podnošenja tužbe *ostaje i dalje nadležan* iako bi usled ovih promena bio nadležan drugi sud iste vrste(perpetuatio fori)[18]. Ovo pravilo o zadržavanju naležnosti važilo bi i u slučaju eventualne kumulacije zahteva. Opšte pravilo o nadležnosti višeg suda prvog stepena koje predviđa da se on ne može oglasiti stvarno nenadležnim ni po službenoj dužnosti ni po prigovoru tuženog, posle njegovog upuštanja u raspravljanje, u pravnim stvarima iz nadležnosti nižeg suda prvog stepena iste vrste je primenljivo i u slučaju eventualne kumulacije zahteva.[19]

[15]Vid. čl.30. ZPP-a RSrbije.
[16]Vid. čl.33. ZPP-a RSrbije.
[17]Vid.S. Triva ,195.
[18]Vid.čl.15, st. 2. ZPP-a R.Srbije.
[19]Vid. čl.17, st. 2-4 ZPP-a RSrbije.

Za razliku od našeg prava, u *uporednom pravu* postoji i rešenje, prema kome u slučaju eventualne kumulacije više zahteva je *dovoljno da je postupajući sud stvarno i mesno nadležan samo za jedan od njih,* tačnije za tzv. glavni ili primarni zahtev. Prema tome, sud će raspraviti i eventualni zahtev, iako za njega nije ni mesno ni stvarno nadležan, ako nađe da glavni zahtev, za koji je nadležan, nije osnovan.[20] To rešenje se može obrazložiti procesnom ekonomijom.

Potpunoj atrakciji (forum atractionis*) nadležnosti* bi bilo mesta povodom *protivtužbe* sa eventualnim zahtevom. U ostalim slučajevima eventuane kumulacije, kada se ne radi o protivtužbi, ako je za sve zahteve isti sud stvarno nadležan i ako je predviđena ista vrsta postupka, tužilac ih može isticati ili zajedno pred sudom koji je mesno nadležan za jednog od njih ili samostalno, pred sudom mesno nadležnim za pojedine zahteve. Atrakcija je nepotpuna. Mesna nadležnost je elektivna.

Prorogacionom sporazumu bi bilo mesta samo ako se stranke u sporu saglase da se povodom eventualne kumulacije zahteva ugovori mesna nadležnost nekog drugog suda.

Za svaki zahtev mora biti određena ***ista vrsta postupka*.** Sud ne bi mogao povodom eventualne kumulacije zahteva da postupa ako bi na primer rešavanje primarnog zahteva trebalo da se odvija prema pravilima opšteg postupka, a povodom eventualnog, prema pravilima koja važe za neki od posebnih postupaka. Postavlja se pitanje da li bi sud trebalo da odbaci tužbu ako ova pretpostavka nije ispunjena, ili bi trebalo da donese rešenje o razdvajanju raspravljanja? Ako pođemo od toga da se radi o procesnoj pretpostavci, i da one po sebi, utiču na dopuštenost procesnopravnog odnosa, krajnja sancija njihovog nedostatka je odbacivanje tužbe. Sa druge strane, sud upravlja postupkom, (formalno i materijalno). On između ostalog odlučuje o spajanju i razdvajanju postupaka.[21]Obzirom da sud poznaje pravo trebalo bi mu ostaviti da povodom kokretnog zahteva odluči kako će postupiti, da li će zahtev odbaciti ili će dozvoliti odvijeno raspravljanje.

4. Litispedencija povodom tužbe sa eventualnim zahtevom

Zakon o parničnom postupku ne sadrži posebna pravila o postupku povodom eventualne kumulacije zahteva. Jedino je predviđeno da

[20]Naime, Vrhovni sud Mađarske u načelnom mišljenju Građanskog odeljelja br. 2/201o (od 28. VI. 2010. g.)je zauzeo stanovište prema kome, ako je za primarni zahtev sud stvarno i mesno nadležan, nema značaja da među daljim zahtevima ima i onih za koje sud nije nadležan. Vid. Osztovics. András, Pribula László, Szabó Imre, 189.

[21]Vid.čl. 327. ZPP-a RSrbije.

sud može da usvoji sledeći zahtev, ako nađe da prethodni zahtev nije osnovan. Zbog toga se u teoriji različito odgovara na pitanje *da li parnica teče o eventualnom zahtevu paralelno sa parnicom povodom primarnog zahteva,* ili pak sud zastaje sa raspravljanjem o eventulnom zahtevu sve dok ne odluči o primarnom zahtevu. U teoriji procesnog prava dominira stanovište da podnošenjem tužbe sa eventualnim zahtevom nastupa litispedencija u pogledu svih zahteva.O svim zahtevima sud simultano raspravlja. Dakle postupak po oba zahteva paraleno teče, ali je odlučivanje sukcesivno, odnosno litispedencija po eventualnom zahtevu je rezolutivno uslovljena. Parnica po eventualnom zahtevu će prestati da teče donošenjem pravosnažne presude kojom je usvojen primarni zahtev.[22] Ovo stanovište je u skladu i sa odredbom ZPP-a koja predviđa da parnica počinje da teče dostavljanjem tužbe tuženom.[23]Broj zahteva i kako su oni postavljeni ne utiče na početak toka parnice. Dok parnica teče ne može se u pogledu istog zahteva pokrenuti nova parnica, među istim strankama. Ako takva parnica ipak bude pokrenuta sud će tužbu odbaciti.[24] Iz formulacije odredbe ZPP-a koje se odnosi na eventualnu kumulaciju a koja predviđa da će sud usvojiti sledeći zahtev ako nađe da prethodni nije osnovan može se zaključiti da naš zakonodavac ne isključuje simultano vođenje postupka. Ako se eventualni zahtev postavi u toku postupka, na primer kroz eventualnu protivtužbu, parnica počinje da teče od časa kada je o tom zahtevu obaveštena protivna strana.[25]

Ako je u ranijoj parnici rešen kao glavni zahtev onaj koji je u drugoj parnici postavljen kao eventualni, pravnosnažna odluka doneta u ranijoj parnici bi proizvela dejstvo u parnici pokrenutoj po eventualnom zahtevu. U skladu sa principom Ne bis in idem sud ne bi trebalo da raspravlja o eventualnom zahtevu ako odbije primarno postavljeni zahtev. Bio bi vezan pravnosnažnom odlukom kojom je u ranijoj parnici eventualni zahtev rešen kao glavni. U nekim slučajevima, što zavisi od stepena međusobne povezanosti između glavnog i eventualnog zahteva, tužiocu se ne može priznati postojanje pravnog interesa za pokretanje nove parnice ni za primarni zahtev, iako o njemu sud nije olučivao, ako je o „eventualnom" zahtevu ranije pravnosnažno odlučio. To stoga što se ti zahtevi međusobno isključuju.

---

[22]Upor.B.Poznić, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, 442, S. Triva, 325.
[23]Vid. čl.203. ZPP-a RSrbije.
[24]Vid. čl.203, st. 3. ZPP-a RSrbije.
[25]Vid. čl.203 st. 2. ZPP-a RSrbije.

5. Dispozitivne radnje stranaka povodom eventualne kumulacije tužbenih zahteva

5.1. Preinačenje tužbenog zahteva dodavanjem eventualnog zahteva

Od svih vrsta preinačenja tužbenog zahteva relevantno je preinačenje putem dodavanja novog zahteva, u našem slučaju eventualnog zahteva uz postojeći primarni zahtev. Kod običnog preinačenja dodavanje novog zahteva je kumulativano sa inicijalnim, primarnim zahtevom, dok je dodavanje eventualnog zahteva uslovljeno uspehom tužioca u pogledu primarnog zahteva. U tom smislu, ako tužilac ne uspe sa primarnim zahtevom, onda on traži od suda da raspravi i reši *dodati*, eventualni zahtev.

Preinačenje tužbenog zahteva putem dodavanja drugog zahteva postojećem zahtevu bilo kao obično bilo kao eventualno je pre svega kavntitativne prirode, bez promene osnova tužbenog zahteva, npr. eventualni zahtev za isplatu rata potraživanja koje su u međuvremenu (od vremena podnošenja tužbe) dospele. Pravilo je, da se dospele rate traže kumulativno sa potraživanjem, ali se mogu tražiti i eventualno, ako je neizvesno da li su rate dospele.[26]

Preinačenje zahteva nije vezano samo za primarni zahtev. I eventualni zahtev se može preinačiti dodavanjem drugog eventualnog zahteva. Sud će o drugom eventualnom zahtevu odlučivati ako odbije prvopostavljeni eventualni zahtev.

5.2. Priznanje i odricanje od tužbenog zahteva kod eventualne kumulacije

Ako se tužilac *odrekne* tužbenog zahteva sud donosi presudu na osnovu odricanja. Postavlja se pitanje kako bi sud trebalo da postupi u slučaju kada bi se odricanje odnosilo samo na *primarni tužbeni zahtev*, da li bi sud raspravljao o eventualnom? Ovakva situacija je hipotetički postavljena. Teže je zamisliti tužioca koji će se odreći za njega važnijeg, prioritetnijeg zahteva, a da u takvom slučaju to ne učini sa tužbenim zahtevom u celini, dakle i sa eventualnim. Ali, ako bi takva situacija nastala, pitanje je da li je donošenjem presude na osnovu odricanja, kojom je sud odbio zahtev iz tužbe, ispunjen uslov predviđen zakonom za raspravljanje o eventualnom zahtevu, a to je, da se sud upušta u raspravlja o sekundarnom zahtevu pod uslovom da odbije primarni? U slučaju odricanja od primarnog zahteva

[26]Upor. Rechberger-Simotta, *Zivilprozessrecht*, 253-254; Kodek-Mayr, *Zivilprozessrecht,*224-226;A.Osztovics, *Polgári eljárásjog*, I.,186-187;Kengyel Miklós, *Magyar polgári eljárásjog*, Osiris Kiadó, Budapest, 2006, 208, tač.367.

parnica prestaje da teče. Ako je izjavu o odricanju tužilac dao na ročištu sud odmah, bez daljeg raspravljanja, zaključuje raspravu i izriče presudu, kojom odbija zahtev iz tužbe. Ono po čemu se razlikuju situacije kada se tužilac odrekne zahteva, u odnosu na situaciju kada sud raspravljajući o glavnom zahtevu konstatuje da on nije osnovan, je po tome, da se sud u slučaju odricanja od primarnog zahteva, od trenutka davanja izjave o odricanju dalje ne upušta u raspravljanje o primarnom zahtevu. Odricanjem od primarnog zahteva sud odmah donosi presudu kojom odbija primarni zahtev. Izostaje istovremeno raspravljanje o primarnom i eventualnom zahtevu.

Budući da se izjavom o odricanju zaključuje rasprava, po nama, sud više ne bi bio u prilici da raspravlja o eventualnom zahtevu.

Ako se pođe od stava da podnošenjem tužbe sa eventualnim zahtevom nastupa litispedencija u pogledu svih zahteva i da se odricanjem od glavnog zahteva parnica okončava, litispedencija prestaje i u odnosu na eventualni zahtev iako on nije obuhvaćen odricanjem.

Ako se tužilac *odrekne eventualnog zahteva* nakon što je sud odbio primarni zahtev, sud bi trebalo da donese presudu kojom odbija tužbeni zahtev u celini. Primarni zahtev na osnovu raspravljanja, a sekundarni na osnovu dispozitivne radnje tužioca, odricanja od tužbenog zahteva.

Priznanjem tužbenog zahteva, sud donosi presudu na osnovu priznanja kojom usvaja tužbeni zahtev. Ako tuženi prizna primarni zahtev, tužilac je ostvario cilj zbog koga je pokrenuo parnicu. Sud ne raspravlja o eventualnom, jer je usvojio primarni zahtev. Nakon što sud odbije primarni zahtev tuženi može da prizna eventualni. Parnica se okončava donošenjem presude u korist tužioca.

5.3. Povlačenje tužbe

Tužilac može do pravnosnažnog okončanja spora da povuče primarni ili sekundarno postavljeni zahtev, kao što može povući i tužbeni zahtev u celini, pod uslovima predvođenim ZPP-om za povlačenje, uz pristanak tuženog od momenta kada se upustio u raspravljanje. Povlačenjem tužbe bilo u delu koji se odnosi na glavni zahtev, bilo u delu koji se odnosi na sekundarni zahtev, eventualne kumulacije više nema. Ostaje samo jedan zahtev, ranije označeni primarni, ili zahtev koji je ranije označen kao eventualni. Postupak pred sudom će se nastaviti u pogledu zahteva koji nije obuhvaćen ovom parničnom radnjom, koji nije povučen.

5.4. Sudsko poravnanje

Zaključenjem poravnanja pred sudom parnica prestaje da teče po oba zahteva, ako se poravnanje odnosi na oba zahteva, tj. i primarni i se-

kundarni. Ako bi stranke poravnanje ograničile samo na primarni zahtev, u tom slučaju se može smatrati da je to analogna situacija sa onom kada sud usvaja primaran zahtev, pa eventualani zahtev postaje bespredmetan.

5.5. Eventualna protivružba

O eventualnoj protivtužbi govorimo, kada povodom tužbe tužioca tuženi podnese protivtužbeni zahtev, za slučaj određenog ishoda spora po tužbi. Npr. tužilac je postavio zahtev za predaju nepokretnosti. Tuženi je osporio taj zahtev a u protivtužbi je naveo da ako zahtev tužioca bude usvojen, on protivtužbom predlaže osudu na naknadu iznosa koji je u tu nepokretnost uložio dok je bila u njegovoj državini.[27]Odlučivanje o eventualnoj protivtužbi i protivtužbenom zahtevu uslovljeno je prethodnim odlučivanjem po tužbi i tužbenom zahtevu. Naime, prvostepeni sud je našao da je protivtužbeni zahtev ne dozvoljen i da se stoga po njemu ne može postupiti budući da je tuženi-protivtužilac postavio samo eventualni protivtužbeni zahtev a pri tome nije najpre podneo primarni protivtužbeni zahtev. Po mišljenju prvostepenog suda, raspravljanje po tužbi i tužbenom zahtevu i o ovako postavljenom eventualnom protivtužbenom zahtevu je nespojivo, jer se radi o zahtevima koji nisu koneksni. Drugostepeni sud je postupajući po pravnom leku smatrao da je žalba osnovana. Po njegovom mišljenju protivtužba može biti podneta i kao eventualna, te sud može da usvoji zahtev tuženog-protivtužioca pod uslovom da se spor po tužbi okonča na određeni način. Sud ne odlučuje o eventualnom protivtužbenom zahtevu dok prethodno ne odluči o tužbenom zahtevu. Po mišljenju suda eventualna je protivtužba a ne i protivtužbeni zahtev. Ona je koneksna, u vezi je sa tužbom i tužbenim zahtevom. Budući da je protivtužba samostalna tužba prvostepeni sud je trebalo da odluči da li će postupak po protivtužbi da izdvoji i u izdvojenom postupku da odluči o postavljenom protivtužbenom zahtevu ili će o njemu zajednički rešavati u postupku po tužbi i tužbenom zahtevu.[28]

6. Postupak suda povodom eventualnog zahteva

ZPP ne sadrži posebne odredbe o postupku povodom tužbe sa eventualnom kumulacijom zahteva. Stoga se primenjuju pravila koja važe za opšti parnični postupak.

Nakon prijema eventualno kumuliranog zahteva sud ceni njegovu *dopuštenost.* Ako ne postoje razlozi za odbacivanje zahteva sud eventual-

[27]Upor. B. Poznić*, Komentar Zakona o parničnom postupku*, 447.
[28]Vid. Rešenje Okružnog suda u Novom Sadu, Gž.1901/2006 od 5. 4 2006.

no kumulirani zahtev dostavlja tuženom na odgovor. Sud nakon toga zakazuje pripremno ročište ako za to postoje zakonski uslovi. Na glavnoj raspravi sud može istovremeno raspravljati o eventalno kumuliranim zahtevima. Mnogi od dokaza mogu biti relevantni kako za primarni tako i za sekundarni zahtev. Zaključenjem glavne rasprave sud pristupa donošenju odluke. Sud će pristupiti odlučivanju o eventualnom zahtevu ako nađe da je primarni zahtev neosnovan.

Dokazivanje povodom eventualnog zahteva se ostvaruje po opštim pravilima o dokazivanju, znači mogu da se preduzmu sva klasična dokazna sredstva kao što su saslušanje svedoka, da se preduzme dokaz putem stručnog mišljenja odn. nalaza veštaka, uvidom u isprave, uviđaj, kao i saslušanje stranaka.

Preciznija zakonska pravila o *odlučivanju* bi otklonila dileme koje imaju sudovi prilikom donošenja odluka. One se posebno odnose na pitanje sadržine izreke presude i postupanja drugostepenog suda povodom žalbe tuženog protiv presude kojom je usvojen eventualni zahtev.

Prilikom odlučivanja sud je vezan za redosled zahteva koji je odredio tužilac. Ako sud odstupi od redosleda prilikom odlučivanja to predstavlja prekoračenje zahteva.[29]

Ako sud nađe da ni osnovni ni eventualni zahtevi nisu osnovani dužan je da oba zahteva odbije a ne da odlučuje samo o eventualnom zahtevu.[30]

Izreka presude kod eventualno postavljenih tužbenih zahteva sadrži neke specifičnosti u odnosu na izreke presuda koja se najčešće izriču. Pošto sud prvo odlučuje o primarnom zahtevu, ako ga usvoji o eventualnim zahtevima ne odlučuje. On u presudi konstatuje da su eventualni zahtevi bespredmetni. Konstatacija suda izražena kroz deklaratorno rešenje da eventualni zahtev nije bio ni postavljen, ne bi odgovaralo stvarnoj situaciji. Takođe je neprihvatljiva izreka presude u kojoj bi nakon odluke o usvajanju primarnog zahteva sud označio da se odbija eventualni zahtev, sa obrazloženjem da se zahtevi međusobno isključuju, pa ako je primarni usvojen, eventualni mora biti odbijen. Ovakva odluka suda bi pružila mogućnost tužiocu da (nepotrebno) pokrene žalbeni postupak. Ako sud odbije primarni zahtev u prvom stavu izreke presude bi trebalo uneti odluku o odbijanju osnovnog zahteva, a u drugom, odluku da je eventualni zahtev usvajen ili odbijen.

---

[29]Vid.B.Poznić, *Komentar Zakona o parničnom postupku* 442.

[30]Vid. Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 5522/2003- *Sudska praksa trgovinskih sudova*- Časopis za privredno pravo, br. 4/2003-str12.

7. Presude koje se mogu izreći u parnici pokrenutoj eventualnom kumulacijom zahteva

Ako sud odbije kako primarni tako i eventualni zahtev presuda je deklaratorna. Ako usvoji primarni zahtev ili pod zakonom predviđenim uslovima ako usvoji eventualni, priroda presude zavisi od tužbenog zahteva. Može biti deklaratorna, kondemnatorna i konstitutivna.

Povodom eventualnog zahteva se *ne može doneti delimična presuda* kojom se odbija primarni zahtev. Specifičnost odlučivanja po eventualno kumuliranom zahtevu je u tome što se postupak po jednom zahtevu ne može odvojiti od postupka po drugom. Sud najpre ispituje osnovanost zahteva koji je prioritetno istaknut. I kada zaključi da je osnovan donosi presudu kojom ga usvaja. U tom slučaju ne odlučuje o eventualnom zahtevu. Ako utvrdi da osnovni zahtev nije osnovan, ispunjeni su zakonski uslovi za odlučivanje o drugom, eventualnom, tužbenom zahtevu. Sud ne donosi odmah odluku o neosnovanosti prvog tužbenog zahteva, već utvrđuje osnovanost drugog zahteva i istom presudom odlučuje o svim zahtevima.[31]

Pošto stranke mogu disponirati tužbenim zahtevom i u postupku povodom eventualne kumulacije, sud može doneti presudu na osnovu odricanja kao i na osnovu priznanja. Stranke se mogu poravnati pred sudom. Poravnanje proizvodi dejstvo pravnosnažne presude.

Ako se ispune zakonom predviđeni uslovi sud može i povodom eventualne kumulacije zahteva izreći presudu zbog propuštanja, kao i presudu zbog izostanka. I dopunskoj presudi bi bilo mesta ako sud propusti da odluči o eventualnom zahtevu nakon što je odbio primarni zahtev. Donošenje međupresude je stvar ocene celishodnosti u upravljanju postupkom. Sudovi je inače ne donose često. Njoj ima mesta u sporu o novčanom iznosu ili koji za predmet imaju predaju određene količine zamanljivih stvari. Tuženi osporava i osnov i visinu zahteva. Osporavanje iznosa je eventualno. Obzirom na specifičnosti presude koju sud donosi povodom eventualne kumulacije zahteva, čini se da bi donošenje međupresude bilo necelishodno.

8. Postupak po žalbi na presudu

U pogledu *pravnih lekova* u postupku povodom eventualnih zahteva, shodno važe opšta pravila o redovnim i vanrednim pravnim lekovima.

Pravni interes za podnošenje žalbe protiv presude kojom je *odbijen primarni zahtev* a *usvojen eventualni*, pored tuženog ima i tužilac, To se

[31] Vid. Rešenje Apelacionog suda u Beogradu, Gž.4597/2010 od 11.112010.

obrazlaže time da je tužilac određujući redosled zahteva sudu predočio koji je zahtev za njega prioritetniji.[32]Može se u označenoj situaciji razmišljati i tako da pravni interes na žalbu treba priznati samo tuženom. Tužilac se podnošenjem eventualnog zahteva pokazao spremnim da prihvati svaku po njega povoljnu presudu. Tačno je da je on odredio redosled zahteva o kojima sud treba da raspravlja, ali je istovremeno on pristao na to da sud usvoji makar eventualno postavljni tužbeni zahtev. U prilog stavu da bi trebalo pravni interes priznati i tužiocu ide činjenica da je sud pre toga odbio primarni zahtev i da tužilac, ako ne uloži žalbu na odluku o usvajanju eventualnog zahteva, rizikuje da sud rešavajući povodom žalbe tuženog preinači presudu na taj način što će odbiti i eventualni zahtev.

Ako je sud *usvojio osnovni-primarni zahtev* tuženi može žalbom tražiti ukidanje ili preinačenje presude. U teoriji, kao i u sudskoj praksi se postavilo pitanje da li može drugostepeni sud kao žalbeni, preinačiti presudu na taj način što će ukinuti odluku o primarnom zahtevu i sam odlučiti o eventualnom zahtevu? Jedno stanovište polazi od toga da je takva odluka nedopuštena. To se obrazlaže time da prvostepeni sud nije ni raspravljao o eventualnom zahtevu, te da to ne može biti predmet žalbe. Preinačenje presude je moguće samo na taj način što će sud odbiti primarni zahtev. U tom slučaju višestepeni sud mora presudom povodom žalbe ukinuti litispedenciju u odnosu na sekundarni zahtev i vratiti prvostepenom sudu da o njemu odluči[33]. Postoji i stanovište koje zastupa stav da bi žalbeni sud u navedenoj situaciji mogao sam da odluči o eventualnom zahtevu.[34]

Obrazloženje dato uz prvo stanovište se čini prihvatljivijim.

Ako je sud *usvojio eventualni zahtev* i ako se na presudu žalio samo tuženi sud bi trebalo da ispituje prvostepenu presudu samo u granicama određenim u žalbi, ne bi trebalo da ispituje presudu u delu u kome je odlučeno o glavnom zahtevu[35]. Po drugom mišljenju, pošto je sud pre toga odbio primarni zahtev, on bi trebalo da ukine presudu u celini i da vrati prvostepenom sudu na ponovno odlučivanje, jer se ne može smatrati da je tuženi uspeo u sporu u pogledu odbijenog zahteva.[36] Istovremenim odlučivanjem o oba zahteva otklanja se opasnost donošenja presuda koje jedna drugoj protivreče. U teoriji procesnog prava se ističe da se ne radi o protivrečnosti između presuda već razlozi presude o jednom zahtevu pro-

[32]U tom smislu B.Poznić, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, 442.

[33] Vid. B.Poznić*, Komentar Zakona o parničnom postupku*, 443.

[34]Vid. B. Poznić*, ibid*, 442-443.

[35] Vid. B.Poznić, ibid, 443

[36]V. Ranko Keča,*Građansko procesno pravo,* priručnik za polaganje pravosudnog ispita, Službeni glasnik , Beograd 2014, 200.

tivreče razlozima presude o drugom zahtevu. Ta protivrečnost pak nije po ZPP-u pravno relevantna.[37]

I u ovakvoj situaciji prvo izloženo stanovište je više u skadu sa pozitivnim pravom. Naime, ZPP ne predviđa mogućnost da se povodom žalbe presuda ispituje u delu koji nije obuhvaćen žalbom. Drugostepeni sud ispituje prvostepenu presudu u onom delu u kome se pobija žalbom, a ako se iz žalbe ne vidi u kom delu se presuda pobija, drugostepeni sud će da zaključi da se presuda pobija u delu u kome stranka nije uspela u parnici.[38]

ZAKLJUČNE NAPOMENE

U radu su na osnovu domaće i inostrane literature i izvora analizirana pravila o eventualnoj kumulaciji tužbenih zahteva. Istakli smo da eventualna kumulacija nije prava, budući da sud o eventualnom, sekundarnom zahtevu odlučuje tek ako odbije primarni zahtev. Sledstveno tome kod eventualne kumulacije nema ravnopravnosti zahteva, tj. osude na više obaveza, kao kod prave kumulacije, već sud donosi odluku o samo jednom zahtevu, ili o glavnom, primarnom, ili o sekundarnom, eventualnom zahtevu. Kod eventualne kumulacije postoji zavisnost eventualnog zahteva od glavnog zahteva, u tom smislu što u slučaju da sud usvoji glavni zahtev neće postupati po eventualnom zahtevu. Kod eventualne kumulacije redosled odlučivanja suda o zahtevima određuje tužilac po dispozicionoj maksimi. Zbog toga izreka presude mora da sadrži odluku o primarnom zahtevu. Ako ga usvoji sud konstatuje da su eventualni zahtevi bezpredmetni. Ako odbije primarni zahtev, u prvom stavu izreke presude se unosi odluka o odbijanju zahteva a u drugom odluka o eventualnom zahtevu. Delimičnoj presudi u postupku povodom eventualne kumulacije nema mesta. Donošenje međupresude bi pak, bilo necelishodno. Povodom žalbe tuženog na presudu kojom je sud usvojio eventualni zahtev mišljenja smo da bi drugostepeni sud trebalo da ispituje presudu samo u granicama određenim u žalbi, odnosno u delu u kome stranka nije uspela u sporu.

[37]Vid.B.Poznić, *Komentar zakona o parničnom postupku*,443.
[38]Vid. čl.386, st.1. ZPP-a RSrbije.

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

Accumulation of Subsequent Alternative Claims

***Abstract**: The paper examines rules governing accumulation of subsequent alternative claims in domestic and foreign procedural literature. We have pointed out that subsequent alternative claims are not genuine alternative claims since the court decides on secondary claim only after rejecting primary claim. Consequently, subsequent alternative claims are not equal as they are in the case of genuine accumulation of claims, because the court decides only on one claim, either on primary claim or on secondary, alternative claim. In case of subsequent alternative claims the subsequent alternative claim depends on the primary claim and if the primary claim is granted, the court shall not decide on the subsequent, secondary claim. The claimant decides on the order in which the court shall decide upon the claims as it is within the claimant's disposition.*

***Key words:** Accumulation of claims, accumulation of subsequent alternative claims, order of consideration of subsequent alternative claims by the court.*

Datum prijema rada: 10.09.2015.

Originalni naučni rad 343.132(497.11)"2011"(094.5)
doi:10.5937/zrpfns49-9046

Dr Snežana S. Brkić, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
sbrkic@pf.uns.ac.rs

KRITIČKI OSVRT NA UREĐENJE ISTRAGE U ZKP SRBIJE IZ 2011. GODINE[1]

Sažetak: *U radu se najpre ukazuje na argumente zagovornika sudske i tužilačke istrage. Potom se kritički razmatraju odredbe novog ZKP Srbije iz 2011. godine o uređenju istrage. Konstatuje se da je napravljeno nekoliko osnovnih koncepcijskih grešaka, od kojih su najteže dve: a) istraga se smatra delom opšte krivičnoprocesne forme iako ne postoje svi osnovni procesni subjekti; b) na dokaznim radnjama tužioca, pa čak i policije, može se zasnivati sudska presuda, usled čega su značajno potkopana načela kontradiktornosti i neposrednosti na glavnom pretresu. Pored toga, ističu se i sledeće primedbe: lice protiv koga se vodi istraga ima status osumnjičenog; mogućnost pokretanja istrage i protiv nepoznatog učinioca krivičnog dela; nizak standard dokazanosti i njegovo neadekvatno definisanje; neadekvatno formulisanje ciljeva istrage; nepostojanje kontrole tužiočeve naredbe o sprovođenju istrage; neadekvatno određivanje roka za donošenje naredbe o sprovođenju istrage; neobaveštavanje osumnjičenog i branioca o istrazi odmah nakon njenog otvaranja; neefikasno obezbeđivanje dokaza u korist odbrane; opasnost od izvitoperenja tužilačke istrage u policijsku; prenošenje istražne funkcije na organ potčinjen izvršnoj vlasti.*

Ključne reči: *zakonik o krivičnom postupku, istraga, osumnjičeni, osnovi sumnje, naredba o sprovođenju istrage*

U savremenim državama istraga može biti organizovana kao sudska ili kao nesudska delatnost. U anglosaksonskom pravu ona je poverena po-

[1] Rad je posvećen projektu "Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (Evropska unija i Srbija), koji finansira Pravni fakultet u Novom Sadu.

liciji. U evropskokontinentalnom pravu, počev od uvođenja mešovitih, optužno-istražnih krivičnih postupaka, dominirala je sudska istraga. Takvo stanje bilo je vladajuće do pre nekoliko decenija, od kada se može primetiti tendencija napuštanja sudskog modela istrage i prelaska na tužilačku ili tužilačko-policijsku istragu. Tako je, na primer, Nemačka još 1974. godine prešla sa sudske na tužilačku istragu, koja se u praksi brzo izvitoperila u policijsku. Italija je 1988. godine uvela čist tužilački model istrage, a u toku poslednje decenije tužilačku istragu su uvele i mnoge bivše jugoslovenske republike (Bosna i Hercegovina – 2003; Hrvatska – 2008; Crna Gora – 2009; Makedonija – 2010). Taj primer sledila je i Srbija tako što je najpre 2006. godine pokušala, a 2011. godine i uvela tužilačku istragu.[2]

U teorijskim raspravama o ovom pitanju danas dominiraju stanovišta o prednostima tužilačke istrage, dok su zagovornici sudskog modela danas retki. Prenećemo najpre argumente pristalica sudske istrage:[3]

_ nezavisni sud je najbolji garant građanskih sloboda i prava, koja se u istrazi više i češće ograničavaju nego u kasnijim fazama krivičnog postupka;

_ odlučivanje o slobodama i pravima građana po Ustavu mora biti rezervisano za sud; zato se i u slučaju tužilačke istrage sudski organi u jednom delu moraju zadržati, usled čega bi došlo do cepanja istrage na dva dela; da do toga ne bi došlo, istraga u celosti treba da ostane sudska;

_ istražni sudija je objektivniji istražitelj od javnog tužioca;

_ javni tužilac je nepogodan za prikupljanje podataka o ličnosti, što se smatra jednim od ciljeva istrage;

_ greške u istrazi često mogu biti uzrok pogrešnih presuda; kad je istraga sudska, uticaji na sudeći sud su po pravilu slučajni, a kad je u rukama upravnog organa, ti uticaji mogu biti i namerni;

_ nepoverenje u sudsku istragu je posledica brojnih slabosti u vršenju istrage (npr. kabinetski rad istražnog sudije); međutim, te slabosti nisu imanentne sudskom modelu istrage, već su posledica loše organizacije, koja se može popraviti;

---

[2] Neuspelim pokušajem smatramo poduhvat donošenja ZKP iz 2006. godine, koji u tom delu nikada nije počeo da se primenjuje a prestao je da važi 2009. godine. Novi ZKP iz 2011. godine je takođe specifičan po tome, što je najpre počeo da se primenjuje u postupcima za krivična dela za koja je posebnim zakonom određeno da postupa javno tužilaštvo posebne nadležnosti (15. januara 2012. godine), dok je početak njegove primene u ostalim postupcima odložen do 1. oktobra 2013. godine.

[3] Među ovim poslednjima nalaze se naročito Momčilo Grubač, *Krivično procesno pravo,* Beograd 2011, 373 – 374; Đorđe Lazin „Sudska istraga (dileme i problemi), *Revija za kriminologiju i krivično pravo* 2/2006, 73 – 90.

_ prelazak na tužilački model istrage zahtevao bi prethodno sprovođenje temeljne i skupe reforme policije i javnog tužilaštva, javno tužilaštvo bi moralo postati potpuno samostalan i nezavisan organ; kadrovski, tehnički i prostorni kapaciteti javnog tužilaštva bi se morali ojačati;

_ nepostojanje nijednog međunarodnog pravnog dokumenta koji bi obavezivao na uvođenje tužilačke istrage;

_ argument da je tužilački model istrage postao svetski trend, nije sam za sebe dovoljan;

_ priče o sporosti sudske istrage svode se na neproveren utisak, koji nije dokazan statističkim podacima;

_ nepostojanje empirijskih podataka o tome da je tužilačka istraga, koja je ranije uvedena u drugim zemljama, brža od sudske;

U prilog uvođenja tužilačke istrage navode se sledeći argumenti:[4]

_ stvaranje normativne osnove za efikasniji krivični postupak;

_ veći stepen aktivnosti javnog tužioca;

_ adekvatniji način regulisanja odgovornosti za neefikasnu istragu;

_ usaglašavanje sa savremenim komparativnim krivičnoprocesnim zakonodavstvom i međunarodnim krivičnim pravom;

_ kabinetski karakter rada istražnog sudije;

_ smanjenje mogućnosti nepotrebnog ponavljanja dokaza;

_ pravna priroda istrage kao tužilačke a ne sudske delatnosti;

_ doprinos tužilačke istrage potpunijoj realizaciji osnovnih krivičnoprocesnih načela (npr., načela neposrednosti);

_ važna uloga policije i u sudskoj istrazi;

_ dupliranje posla u sudskoj istrazi (istraga i glavni pretres);

_ negativni uticaj sudske istrage na svedoke, koji se više puta ispituju.

Smatramo da u ovoj borbi argumenata, pobedu može odneti tužilačka istraga, ali samo pod uslovom da su adekvatno rešena sva važna pitanja koja se odnose na njeno pokretanje, sprovođenje i okončanje. Iznad svega je važno da se prilikom prelaska na tužilački model istrage vodi računa o tome da se sa promenjenim konceptom istrage moraju uskladiti i sve druge odredbe ZKP. Naš ZKP iz 2011. godine o tome nije dovoljno vodio računa. Zbog niza pogrešnih rešenja i međusobno neusklađenih zakonskih odredaba, on je predmet veoma oštrih kritika naučne i stručne javnosti. U ovom radu ukazaćemo na neka zakonska rešenja u vezi sa istragom, koja se mogu kritikovati.

[4] Stanko Bejatović, „Radna verzija novog Zakonika o krivičnom postupku Republike Srbije i efikasnost postupanja u krivičnim stvarima“, *Pravna riječ* 29/2011, 502 – 505.

(1) Istraga se smatra prvom fazom opšte krivičnoprocesne forme. To proizlazi iz odredbe člana 2, tačke 14 ZKP, prema kojoj postupak označava predistražni postupak i krivični postupak; iz strukture drugog dela zakonika, u kojoj je istraga (glava XVI) prikazana kao deo toka postupka, kao i iz člana 7 ZKP, po kome je krivični postupak pokrenut (između ostalog) donošenjem naredbe o sprovođenju istrage. To je osnovna koncepcijska greška našeg zakonodavca u vezi sa istragom, koju karakteriše nizak standard dokazanosti, kao i mogućnost vođenja protiv nepoznatog učinioca. Takvo zakonsko rešenje nameće potrebu redefinisanja nekih tradicionalnih procesnih pojmova i načela, koji su opšteprihvaćeni u teoriji krivičnoprocesnog prava.[5] Problem se javlja, pre svega, sa shvatanjem pojma krivičnog postupka kao procesnopravnog odnosa koji se uspostavlja između osnovnih procesnih subjekata: suda, tužioca i okrivljenog. Kada je delatnost istraživanja u rukama javnog tužioca i/ili policije, onda se istraga više ne bi trebala smatrati fazom opšte krivičnoprocesne forme. Pri tome treba imati u vidu da je krivičnoprocesna forma samo dinamički pandan krivičnom postupku kao statičnom pojmu.[6] Dakle, svaka krivičnoprocesna forma bi podrazumevala pravni odnos između osnovnih procesnih subjekata (suda, tužioca i okrivljenog). U tužilačkoj istrazi, međutim, nema svih neophodnih procesnih subjekata: nema suda a nema ni okrivljenog. Čak ni sam javni tužilac nema svojstvo procesne stranke, već operativnog organa koji vrši istražnu delatnost u cilju fundiranja svog optužnog akta. Sudija za prethodnu istragu, koji se izuzetno pojavljuje u tužilačkoj istrazi, takođe ne predstavlja procesni subjekat, već zaštitnika osnovnih sloboda i prava čoveka. Prema našem zakoniku, lice protiv kojeg se vodi tužilačka istraga ima status osumnjičenog, a ne okrivljenog. Protiv njega postoje tek osnovi sumnje da je učinio krivično delo, što je niži stepen uverenja od do sada zahtevane osnovane sumnje, kao uslova za pokretanje sudske istrage. Vrhunac predstavlja odredba našeg ZKP, po kojoj se istraga može voditi i protiv nepoznatog lica. Nedopustivo je da se omogući vođenje krivičnog postupka protiv nepoznatog učinioca. Zbog toga bi se u uslovima javnotužilačke istrage trebalo smatrati da je istraga, zajedno sa predistražnim postupkom, sastavni deo pretkrivičnog postupka, a ne opšte krivičnoprocesne forme.[7] Dakle, u novim uslovima, pri pra-

[5] Više o tome Vojislav Đurđić, „Redefinisanje klasičnih procesnih pojmova u Prednacrtu ZKP iz 2010. godine“, *Arhiv za pravne i društvene nauke 3 – 4/2010.*

[6] Vid. Snežana Brkić, *Krivično procesno pravo II*, Novi Sad 2013, 3 – 5.

[7] Tako razmišljaju i drugi teoretičari krivičnog procesnog prava. Vid. npr., Momčilo Grubač, „Stranputice i zamke tužilačke istrage“ u: *Međunarodna naučna konferencija „Pravni sistem i društvena kriza“,* Pravni fakultet Priština - Kosovska Mitrovica, 22.06.2011. godine, 250 – 252; V. Đurđić, „Redefinisanje klasičnih procesnih pojmova u

vilnom sagledavanju ovog pitanja, opšta krivičnoprocesna forma iscrpljivala bi se u svom glavnom stadijumu, koji bi počinjao potvrđivanjem optužnice od strane suda, a završavao se stupanjem sudske presude na pravnu snagu, uz izuzetnu mogućnost oživljavanja pravnosnažno okončanog postupka putem vanrednih pravnih lekova. Takav stav bi trebalo zauzeti i zbog toga što radnjama preduzetim u javnotužilačkoj istrazi ne bi trebalo priznati dokazni kredibilitet na glavnom pretresu i na njima se ne bi mogla zasnivati sudska presuda. Međutim, naš zakonodavac se oglušio o tradicionalne pojmove i principe krivičnog procesnog prava i tužilačku istragu proglasio sastavnim delom opšte krivičnoprocesne forme. Osnovna koncepcijska greška našeg zakonodavca ogleda se u tome što je umesto ukidanja formalizovane sudske istrage, ona samo zamenjena jednako formalizovanom javnotužilačkom istragom, koja ponovo omogućava prodor dokaza koji potiču iz istrage, pa čak i predistražnog postupka na glavni pretres. Zakonodavac se naročito trudio da razgraniči predistražni postupak od istražnog, umesto da ih je regulisao zajedno i oba razgraničio od sudskog krivičnog postupka. To je bilo moguće a bilo je i potrebno, s obzirom na to da i predistražni i istražni postupak, kao nesudske delatnosti, imaju istu pravnu prirodu, po kojoj se razlikuju od sudskog postupka. Zbog toga su ove, kao i mnoge druge odredbe ZKP iz 2011. godine, dočekane sa oštrim kritikama u naučnoj i stručnoj javnosti.

(2) Lice protiv koga se vodi istraga više nije okrivljeni, kao što je to bilo do sada, nego osumnjičeni. Ovakva izmena je verovatno posledica sniženja kvantuma dokazanosti koji je potreban za pokretanje istrage. Međutim, nije opravdano da lice protiv kojeg se vodi krivični postupak nema status okrivljenog. Takođe, nije opravdano da lice protiv kojeg se vodi istraga bude izjednačeno sa licem protiv koga je nadležni državni organ preduzeo samo neku operativnu radnju u predistražnom postupku. Može se kritikovati i upotreba izraza okrivljeni kao opšteg naziva za osumnjičenog, okrivljenog, optuženog i osuđenog (član 2, tačka 2 ZKP). Podvođenjem osumnjičenog protiv koga se pokreće istraga pod pojam okrivljenog u širem smislu, zakonodavac je nastojao da mu obezbedi prava koja u krivičnom postupku ima okrivljeni kao stranka. Pri tome je ta prava obezbedio i osumnjičenom u predistražnom postupku, iako se zna da neko može imati položaj stranke samo u postupku a ne i izvan njega.

Prema članu 295 ZKP, istraga se može pokrenuti i protiv nepoznatog učinioca kada postoje osnovi sumnje da je učinjeno krivično delo.

Prednacrtu ZKP iz 2010", *Arhiv za pravne i društvene nauke* 3 - 4/2010, 197 – 204; Milan Škulić, Goran Ilić, *Reforma u stilu „jedan korak napred – dva koraka nazad",* Beograd 2012, 118.

Zato zahtevani osnovi sumnje mogu pokrivati samo učinjeno krivično delo, a ne moraju se odnositi i na mogućeg učinioca krivičnog dela. To nije u skladu ni sa krivičnoprocesnim ni sa kriminalističkim standardima koji su do sada važili. Do sada je tako nešto bilo nezamislivo: svaka faza krivičnog postupka mogla se voditi samo protiv poznatog učinioca (okrivljenog). Uostalom, posao na otkrivanju dela i učinilaštva je tradicionalni zadatak policijskih organa i svakako da bi bolje rešenje bilo da je ostao zadatak policije da svojom neformalnom i operativnom delatnošću radi na otkrivanju identiteta učinioca krivičnog dela, nego da se to radi formalizovanim radnjama u toku istrage, kao dela krivičnog postupka. Osim toga, to je u suprotnosti sa odredbom člana 14, stava 1 i 2 KZ RS, iz koje proizlazi da nema krivičnog dela bez krivice, a pitanje krivice može se posmatrati samo u kontekstu konkretnog, a ne nekog nepoznatog lica.

(3) Krivičnoprocesni odnos je sekundaran i instrumentalan. On pretpostavlja postojanje krivičnomaterijalnog pravnog odnosa, koji se uspostavlja između države i učinioca krivičnog dela u momentu izvršenja krivičnog dela. Međutim, postojanje tog krivičnomaterijalnog odnosa je samo hipotetičko. Krivični postupak se i vodi zato da se povodom tužiočevog zahteva raspravi da li u datom slučaju država zaista ima pravo na krivičnopravni zahtev prema učiniocu. To znači da bi se na kraju postupka moralo sa izvesnošću utvrditi da li je određeno lice učinilo određeno krivično delo, naravno ako su ispunjeni uslovi za meritorno presuđenje krivične stvari. Ali, da bismo mi mogli računati na krivični postupak, koji treba da izvrši pomenutu misiju, moramo za početak imati bar neke izvore saznanja koji govore o manjem ili većem stepenu mogućnosti da je dato krivično delo učinjeno. Ti izvori saznanja su najčešće nedovoljni ili nesigurni i obično se podvode pod određeni stepen sumnje. Sumnjati u nešto znači kolebati se, dvoumiti se u pogledu postojanja nekih činjenica ili okolnosti. Ako je sud sa stanovišta logike spoj pojmova kojima se nešto tvrdi ili poriče,[8] onda je sumnja izvestan niži stepen uverenosti prilikom suđenja kao misaone operacije. Dakle, sumnju bismo mogli odrediti kao jednu vrstu tzv. problematičkog suda,[9] kojim se određena veza između subjekta i predikata postavlja samo kao moguća ili verovatna. Celokupna problematika sumnje u pretkrivičnom i krivičnom postupku proizlazi iz stanja nepotpunosti relevantnih informacija i rezultat je protivrečnosti između neznanja odnosno nedovoljnog znanja o krivičnom događaju i novosaznatih činjenica koje se ne

[8] Gajo Petrović, *Logika,* Zagreb 1989, 42.
[9] *Ibid.,* 55.

uklapaju u verziju o nepostojanju krivičnog dela i učinioca.[10] Sa stanovišta krivičnog procesnog prava, sumnja predstavlja mogućnost da je određeno lice izvršilo krivično delo koje mu se stavlja na teret, koja mora biti određenog stepena i koja se zasniva na određenim činjenicama i okolnostima.[11] Dakle, sumnja je podložna stepenovanju a u našem zakonodavstvu se javlja u obliku osnova sumnje, osnovane sumnje i opravdane sumnje.

Prema ZKP iz 2011. godine, istraga kao prva faza krivičnog postupka može se pokrenuti kada postoje osnovi sumnje da je učinjeno određeno krivično delo ili da je određeno lice učinilo krivično delo. Kuriozitet je da zakonodavac prvi put definiše ovaj i druge srodne pojmove (član 2, stav 1, tačka 17 – 20 ZKP), kojima se do sada bavila samo procesna teorija. Tako se osnov sumnje određuje kao skup činjenica koje posredno ukazuju da je učinjeno krivično delo ili da je određeno lice učinilac krivičnog dela. Osnovana sumnja je skup činjenica koje neposredno ukazuju da je određeno lice učinilac krivičnog dela. Nama je u ovom kontekstu važna razlika između osnova sumnje i osnovane sumnje. Navedene odredbe mogu se kritikovati iz više razloga. Prvo, zakonodavac uopšte nije trebao da se bavi pomenutom regulacijom, jer je to zadatak sudske prakse i procesne teorije. Drugo, ovde nije reč o „skupu činjenica", već o određenom stepenu subjektivnog uverenja organa postupka da određene činjenice postoje ili da ne postoje.[12] Osim toga, razlika između pojedinih stepena uverenja nije u kvalitetu dokaza (posredni ili neposredni), već u kvantitetu razloga koji govore da određena činjenica stoji ili ne stoji.[13] I osnovi sumnje i osnovana sumnja mogu proizlaziti kako iz neposrednih, tako i posrednih dokaza. Rekli bismo da je osnovna razlika između osnova sumnje i osnovane sumnje u tome što osnovana sumnja pretpostavlja da su razlozi za i razlozi protiv postojanja neke činjenice u izvesnoj ravnoteži. Osnovi sumnje predstavljaju niži standard dokazanosti, odnosno takav stepen uverenja o postojanju neke činjenice, pri čemu razlozi protiv dominiraju nad razlozima za postojanje neke činjenice. Drugim rečima, osnovi sumnje podrazumevaju određen stepen mogućnosti da je neko učinio krivično delo, pri čemu je ta mogućnost još uvek manja od suprotne mogućnosti

[10] Vladimir Vodinelić, "Osnove sumnje i osnovana sumnja u nauci krivičnog procesnog prava", *Naša zakonitost* 9/1977, 70.

[11] Đorđe Lazin, *„In dubio pro reo" u krivičnom postupku,* Beograd 1985, 14.

[12] Snežana Brkić, „Novine u regulisanju skraćenog postupka u Zakoniku o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 2/2013,* 223.

[13] Momčilo Grubač, "Nove ustanove i nova rešenja Zakonika o krivičnom postupku Srbije od 26. septembra 2011. godine", *Pravni zapisi* 2/2011, 471.

da on to nije učinio. Svakako da ovde nije reč o nekoj matematičkoj kvantifikaciji sumnje, već o slobodnoj proceni organa postupka. Formiranje osnova sumnje mora se graditi na planiranju svih realno mogućih verzija, posle čije provere se eliminišu nesumnjivi i sužava krug osumnjičenih lica.

I do sada se u našem zakonodavstvu pravila razlika između osnova sumnje i osnovane sumnje i to tako što je ovo prvo bilo dovoljno za preduzimanje radnji u pretkrivičnom postupku, dok je za pokretanje krivičnog postupka bila neophodna osnovana sumnja (član 255, stav 1 ičlan 241, stav 1 ZKP iz 2001. godine). Međutim, ZKP iz 2011. godine zadržava isti stepen sumnje (osnove sumnje), kako za pretkrivični (predistražni) postupak, tako i za pokretanje krivičnog postupka. Time je u odnosu na ranije stanje neopravdano snižen standard dokazanosti koji se traži za pokretanje krivičnog postupka. Ova važi samo za one vrste krivičnih postupaka koji prolaze kroz fazu istrage. U slučaju skraćenog postupka ili neposredne optužnice, kod kojih izostaje faza istrage, potrebna je opravdana sumnja za podizanje optužnog akta.[14]

(4) Primarni cilj istrage jeste prikupljanje podataka i dokaza koji su potrebni za donošenje tužiočeve odluke o tome da li će podići optužnicu ili će obustaviti postupak. Dakle, primarni cilj istrage može biti pozitivan ili negativan. Pozitivan cilj istrage ogleda se u obezbeđivanju materijala koji će biti dovoljan za utemeljenje optužnice. Negativni cilj istrage ogleda se u obustavi postupka pre izvođenja okrivljenog pred sudeći sud, ako na tom putu stoje određeni stvarni ili pravni razlozi. U tom smislu, istraga na svojevrstan način štiti osumnjičenog jer sprečava njegovo neosnovano izvođenje na glavni pretres. Pored ovih primarnih ciljeva, istraga može imati i sekundarne ciljeve. Tu spada izvođenje dokaza za koje postoji opasnost da se neće moći ponoviti na glavnom pretresu ili bi njihovo izvođenje bilo otežano. Druga zakonodavstva radi ispunjenja ovog cilja istrage redovno predviđaju izuzetnu mogućnost da takve neponovljive dokazne radnje preduzme sudija za prethodni postupak na posebnom dokaznom ročištu u istrazi. Naš zakonodavac nije predvideo takvu odredbu, iako bi ona bila logična i korisna. Novi ZKP je iz starog zakonika preuzeo još jedan sekundarni cilj istrage: izvođenje i drugih dokaza koji mogu biti od koristi za postupak, a čije se izvođenje, s obzirom na okolnosti slučaja, pokazuje celishodnim. To, međutim, ne bi smeo biti cilj tužilačke istrage, jer je to posao koji treba da se

[14] S. Brkić, „Novine u regulisanju skraćenog postupka u Zakoniku o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 2/2013,* 222.

obavi na glavnom pretresu.[15] Zadržavanje ove odredbe u novom ZKP je još jedna potvrda činjenice da su naši zakonopisci smatrali da je dovoljno da se u istrazi ukine istražni sudija a da sve ostale odredbe o istrazi ostanu nepromenjene.

(5) Prema novom ZKP, istragu više ne pokreće istražni sudija, već nadležni javni tužilac. U toj ulozi ne mogu da se jave privatni i supsidijarni tužilac. Istraga se pokreće naredbom javnog tužioca. Krivični postupak je pokrenut donošenjem naredbe o sprovođenju istrage (član 7 ZKP). Dobro je što zakonodavac eksplicitno određuje šta se smatra momentom započinjanja krivičnog postupka, tako da o tome više nema dilema. Međutim, nije dobro što se pri tome napušta do sada opšteprihvaćena koncepcija o krivičnom postupku kao trostranom pravnom odnosu kao kriterijumu za rešavanje pitanja momenta pokretanja krivičnog postupka.[16] Naime, sud više nema nikakvu ulogu prilikom donošenja naredbe o sprovođenju istrage. Naredba se ne može pobijati žalbom, niti je osumnjičeni može osporavati na bilo koji drugi način. Odsustvo sudske kontrole tužiočeve naredbe o sprovođenju istrage može se kritikovati jer treba sprečiti ne samo osudu nevinog okrivljenog, već i njegovo neosnovano krivično gonjenje, pošto i samo vođenje krivičnog postupka podrazumeva značajno ograničavanje sloboda i prava.[17]

(6) Naredba o sprovođenju istrage donosi se pre ili neposredno posle prve dokazne radnje koju su preduzeli javni tužilac ili policija u predistražnom postupku, a najkasnije u roku od trideset dana od dana kada je javni tužilac obavešten o prvoj dokaznoj radnji koju je policija preduzela. Ovakvim određivanjem roka za donošenje naredbe o sprovođenju istrage, zakonodavac je hteo da što više pomeri demarkacionu liniju između predistražnog i istražnog postupka u korist ovog poslednjeg. Možda je zakonodavac imao najbolje namere, ali iz ovakve odredbe proizlazi da vlast odlučivanja o pokretanju istrage ne pripada samo javnom tužiocu, nego i policiji. Naime, policija praktično može da iznudi od javnog tužioca pokretanje istrage za određeno krivično delo, time što će preduzeti bilo koju dokaznu radnju (npr., pretresanje), da bi javni tužilac u roku od trideset dana od obaveštavanja o preduzimanju te rad-

[15] Tako i M. Grubač, „Stranputice i zamke tužilačke istrage" u: *Međunarodna naučna konferencija „Pravni sistem i društvena kriza",* Pravni fakultet Priština - Kosovska Mitrovica, 22.06.2011. godine, 235.

[16] Tako i Stanko Bejatović, „Radna verzija Zakonika o krivičnom postupku Republike Srbije i tužilački model istrage", *Revija za kriminologiju i krivično pravo 2/2010, 34.*

[17] M. Grubač, „Stranputice i zamke tužilačke istrage" u: *Međunarodna naučna konferencija „Pravni sistem i društvena kriza",* Pravni fakultet Priština - Kosovska Mitrovica, 22.06.2011. godine, 244.

nje bio dužan da donese naredbu o sprovođenju istrage.[18] Doduše, sistematskim tumačenjem zakonika, odnosno dovođenjem u vezu ove odredbe sa odredbom člana 295, stava 1 ZKP, ipak možemo zaključiti da javni tužilac treba da ceni i postojanje materijalnog uslova za pokretanje istrage, a to su osnovi sumnje. Ako nakon preduzimanja te dokazne radnje, osnovi sumnje ne postoje, svakako da javni tužilac neće biti prisiljen da u roku od trideset dana donese naredbu o sprovođenju istrage. Primera radi, ako je policija preduzela radnju pretresanja stana i tom prilikom nisu nađeni tragovi krivičnog dela ili predmeti važni za krivični postupak, bilo bi apsurdno da javni tužilac i tada mora doneti naredbu o sprovođenju istrage. U obrnutoj aituaciji, ako bi prilikom policijskog pretresanja bili nađeni takvi tragovi, odnosno predmeti, time bi se mogao steći onaj najniži stepen uverenja (osnovi sumnje), koji bi bio dovoljan za pokretanje istrage, što bi nalagalo tužiocu da u skladu sa načelom legaliteta krivičnog gonjenja ipak donese pomenutu naredbu u roku od trideset dana. Ali, i u tom slučaju bi ocena postojanja zakonskih uslova za pokretanje istrage pripadala javnom tužiocu, a ne policiji.[19] Ovo je jedini ispravan način tumačenja ove nespretno formulisane odredbe, jer bi se u protivnom dezavuisao rukovodeći položaj javnog tužioca u predistražnom postupku, što zakonodavac sigurno nije hteo. Umesto apsolutne podređenosti policije javnom tužiocu, policija bi se doslovnim tumačenjem pomenute odredbe stavila iznad javnog tužioca.

(7) Prema članu 297 ZKP, naredba o sprovođenju istrage dostavlja se osumnjičenom i njegovom braniocu, ako ga ima, zajedno sa pozivom odnosno obaveštenjem o prvoj dokaznoj radnji kojoj mogu prisustvovati. Dakle, naredba o sprovođenju istrage ne dostavlja se osumnjičenom odmah po njenom donošenju. Ova odredba je u skladu sa shvatanjem da osumnjičenog ne treba obaveštavati o otvaranju istrage, jer tužilačka istraga nije formalna i u njoj ne treba obezbeđivati princip jednakosti oružja procesnih stranaka. Istraga je tako i mnogo efikasnija. Osim toga, osumnjičeni se na taj način manje uznemirava i ređe mu se određuje pri-

[18] Tako i M. Grubač, "Nove ustanove i nova rešenja Zakonika o krivičnom postupku Srbije od 26. septembra 2011. godine", *Pravni zapisi* 2/2011, 492; Goran Ilić, „Položaj javnog tužioca prema novom ZKP-u" u: *Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva (normativni i praktični aspekt),* XLIX redovno godišnje savetovanje Srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd 2012, 164.

[19] Na sličan način razmišljaju i drugi autori, ali po našem mišljenju, to ipak ne obrazlažu na pravi način. „Rok od trideset dana treba da omogući javnom tužiocu dovoljno vremena da odluči da li će preduzetu dokaznu radnju od strane policije autorizovati ili će odbiti njenu autorizaciju" (Goran P. Ilić i drugi, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku,* Beograd 2012, 634).

tvor. Međutim, treba imati u vidu da je blagovremeno obaveštavanje o pokretanju istrage važno za pripremanje odbrane i zauzimanje povoljnijeg položaja okrivljenog u budućem sudskom postupku. Osumnjičeni i njegov branilac ne mogu prisustvovati svim dokaznim radnjama. Oni, na primer, mogu prisustvovati uviđaju, saslušanju svedoka i veštaka. Redosled preduzimanja dokaznih radnji u istrazi određuje sam javni tužilac. On pri tome može da taktizira i da za sam kraj ostavi saslušanje osumnjičenog, odnosno drugu dokaznu radnju kojoj osumnjičeni može da prisustvuje. Time osumnjičenog dovodi u situaciju da do samog kraja ne zna da se protiv njega vodi istraga. Međutim, treba imati u vidu da javni tužilac neće moći baš uvek da taktizira na ovaj način. Često su iskaz osumnjičenog, svedoka i veštaka najznačajnija dokazna sredstva o delu i učiniocu. Tada će javni tužilac biti prinuđen da u ranoj fazi obelodani činjenicu da protiv nekog lica vodi istragu.

(8) Jedno od važnih pitanja novog modela istrage jeste pitanje načina na koji će odbrana prikupljati dokaze. To pitanje se u uporednom pravu rešava na dva načina: a) prema jednom načinu, javni tužilac je isključivi organ za sprovođenje istrage, u kojoj su predviđeni mehanizmi obezbeđivanja prikupljanja dokaza, kako na štetu, tako i u korist okrivljenog (npr., nemačko pravo); b) prema drugom načinu, predviđa se tzv. paralelna istraga, što znači da pored javnog tužioca i odbrana može samostalno da izvodi dokaze (npr., italijansko pravo). Čini se da ovaj drugi način otvara mnogo više pitanja i problema. Da bi osumnjičeni bio ravnopravan sa javnim tužiocem, on bi morao imati branioca, a pitanje je da li bi ga mogao priuštiti. Takva branilačka istraga stvorila bi i velike razlike među osumnjičenim licima, čiji bi uspeh u istrazi zavisio od njihovog materijalnog stanja. Postavlja se i pitanje kako bi okrivljeni mogao prinuditi svedoka da da svoj iskaz. Moralo bi se pokrenuti i pitanje javnosti istrage javnog tužioca, jer je nezamislivo da okrivljeni razvija sopstvenu istragu ako ne zna da se ona protiv njega uopšte i vodi od strane javnog tužioca ili ako ne zna koje je radnje protiv njega preduzeo javni tužilac.

U našoj stručnoj i naučnoj javnosti se često mogu čuti kritike zbog navodnog uvođenja paralelne istrage.[20] Međutim, ne bi se moglo reći da je to prava paralelna istraga, koja bi podrazumevala ovlašćenje odbrane da samostalno preduzima dokazne radnje poput javnog tužioca. Osumnjičeni i njegov branilac imaju samo pravo na prikupljanje dokaza i materi-

[20] M. Škulić, G. Ilić, „Reforma u stilu „jedan korak napred – dva koraka nazad", Beograd 2012, 56 – 59; S. Bejatović, „Radna verzija novog ZKP Republike Srbije i efikasnost postupanja u krivičnim stvarima", *Pravna riječ 29/2011,* 511.

jala u korist odbrane, kao i pravo na predlaganje formalnih dokaznih radnji, koje preduzima javni tužilac.

Osumnjičeni i njegov branilac su prvi put dobili ovlašćenje da samostalno prikupljaju dokaze i materijale u korist odbrane i u tom cilju imaju pravo da: a) razgovaraju sa licem koje im može pružiti podatke korisne za odbranu i da od tog lica pribavljaju pisane izjave i obaveštenja, uz njegovu saglasnost, b) ulaze u privatne prostorije ili prostore koji nisu otvoreni za javnost, u stan ili prostore koji nisu povezani sa stanom, uz pristanak njihovog držaoca; v) od fizičkog ili pravnog lica preuzmu predmete i isprave i pribave obaveštenja kojima ono raspolaže, uz njegovu saglasnost, kao i uz obavezu da tom licu izdaju potvrdu sa popisom preuzetih predmeta i isprava. Dakle, ovde se radi o određenim oblicima slobodne i potpuno dobrovoljne komunikacije odbrane sa određenim fizičkim ili pravnim licima. Nema sumnje da bi odbrana imala pravo na ovakvu komunikaciju i da nema ove odredbe, pošto se sve tri mogućnosti zasnivaju na dobrovoljnom pristanku trećih lica. Isto tako, nema sumnje da je do takve komunikacije odbrane i do sada često dolazilo, iako ona nije bila ozakonjena. Zakonodavac je verovatno hteo da definiše funkciju ovakvih radnji i smanji mogućnost nedozvoljenih uticaja na svedoke. Pisane izjave i obaveštenja ne daju se u procesnom svojstvu svedoka i ne predstavljaju formalne dokazne radnje u u smislu glave VII ZKP. Oni imaju pripremnu, preventivnu i kontrolnu funkciju.[21] Oni se mogu koristiti od strane okrivljenog i njegovog branioca u toku ispitivanja svedoka ili provere verodostojnosti njegovog iskaza ili za donošenje odluke o ispitivanju određenog lica kao svedoka od strane javnog tužioca ili suda. Treba napomenuti da je isključeno pribavljanje takvih izjava i obaveštenja od oštećenog, kao i od lica koja su već ispitana od strane policije ili javnog tužioca. Bez obzira na to što se ovo ne može smatrati paralelnom istragom, stoji kritika da na ovaj način položaj osumnjičenog u istrazi zavisi od njegovog materijalnog statusa, odnosno da se na taj način pravi razlika među licima protiv kojih se vodi istraga prema kriterijumu njihovog imovnog stanja.[22] Osim toga, odbrani, za razliku od javnog tužioca i policije, ne stoje na raspolaganju prinudne mere, a po pravilu ni finansijska sredstva za vršenje te aktivnosti.[23]

---

[21] G. P. Ilić i drugi, „Komentar Zakonika o krivičnom postupku“, Beograd 2012, 646.

[22] S. Bejatović, „Radna verzija Zakonika o krivičnom postupku Republike Srbije i tužilački model istrage“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo 2/2010,* 35.

[23] M. Grubač, „Stranputice i zamke tužilačke istrage“ u: *Međunarodna naučna konferencija „Pravni sistem i društvena kriza“,* Pravni fakultet Priština - Kosovska Mitrovica, 22.06.2011. godine, 246.

Ako osumnjičeni i njegov branilac smatraju da je potrebno preduzeti određenu dokaznu radnju, predložiće javnom tužiocu da je preduzme. Ako javni tužilac odbije predlog za preduzimanje određene dokazne radnje ili o predlogu ne odluči u roku od osam dana od dana podnošenja predloga, osumnjičeni i njegov branilac mogu podneti prigovor sudiji za prethodni postupak, koji odluku o tome donosi u roku od osam dana. Ako sudija za prethodni postupak usvoji predlog osumnjičenog i njegovog branioca, naložiće javnom tužiocu da preduzme dokaznu radnju i odrediti mu za to rok. Predviđeni postupak je suviše komplikovan, dugotrajan, neefikasan i nedovoljan.[24] Ovom odredbom zakonodavac ipak nije u potpunosti zaštitio interese odbrane, jer nisu predviđene nikakve sankcije u slučaju da javni tužilac ne postupi po nalogu sudije za prethodni postupak. Čini nam se da bi bolje rešenje bilo da je zakonikom predviđeno da u slučaju tužiočevog odbijanja predloga odbrane, o izvođenju takvog dokaza definitivno odlučuje sudija za prethodni postupak.[25]

(9) Iako se odredbe o posrednom izvođenju dokaza na glavnom pretresu nisu bitno promenile u odnosu na ZKP iz 2001. godine, novim zakonikom postignuti su efekti sasvim suprotni od proklamovanog cilja. Jedan od argumenata u prilog uvođenja tužilačke istrage bila je i potreba da se potencira načelo neposrednosti na glavnom pretresu. Međutim, iz zakonskih odredaba proizlazi da se upoznavanje sa sadržinom zapisnika odnosi i na zapisnike sa iskazima svedoka i veštaka ispitanih u istrazi, što znači da su nesudski dokazi potpuno izjednačeni sa sudskim dokazima. Time se favorizuje samo jedna stranka – javni tužilac, kome se omogućava da posredno uvede u postupak dokaze koje je sam izveo u istrazi na nekontradiktoran način (nekad i bez prisustva osumnjičenog). Pri tome ništa ne menja na stvari činjenica što su te dokazne radnje u istrazi preduzete prema odredbama Zakonika o krivičnom postupku: to su nesudske radnje preduzete na nekontradiktoran način, sa ciljem prikupljanja dokaza i podataka koji su potrebni da bi se moglo odlučiti da li će se podići optužnica ili obustaviti postupak. Zbog toga nije logično da se na takvim radnjama zasniva sudska presuda. Osim toga, treba imati u vidu da prema

[24] M. Grubač, „Stranputice i zamke tužilačke istrage" u: *Međunarodna naučna konferencija „Pravni sistem i društvena kriza",* Pravni fakultet Priština - Kosovska Mitrovica, 22.06.2011. godine, 245.

[25] Ima autora koji smatraju da takvo rešenje ipak ne bi bilo dobro jer radnje dokazivanja koje preduzima sud u istrazi ne bi smele da budu u funkciji ostvarivanja osnovnog zadatka istrage. Drugim rečima, sud bi trebao da odlučuje samo o pitanjima vezanim za slobode i prava okrivljenog i drugih subjekata istrage, kao i o neponovljivim dokazima (ibidem, 36). Mislimo da bi u ovom slučaju efikasnoj zaštiti interesa osumnjičenog trebalo dati prevagu nad argumentom principijelnosti.

Ustavu i Evropskoj konvenciji o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda okrivljeni ima pravo da mu sudi nezavisni i nepristrasni sud. Ako se suđenje sastoji od utvrđivanja činjenica i primene prava na utvrđeno činjenično stanje, onda svi dokazi kojima se utvrđuje činjenično stanje moraju biti izvedeni pred sudećim sudom u kontradiktornom i neposrednom postupku. Osim toga i Ustav i Evropska konvencija garantuju okrivljenom pravo da se pred sudom suoči sa svedocima optužbe, tj. da ih sam ispita, odnosno da ih u njegovom prisustvu ispita sudeći sud. Navedene zahteve važeći ZKP ne ispunjava, pa bi se u tom smislu mogla osporavati i njegova ustavnost.[26] Jedini legitimni put kojim bi se određene dokazne radnje izvedene u istrazi mogle probiti na glavni pretres i predstavljati osnovu za donošenje sudske presude bi bio onaj put koji bi vodio preko sudije za prethodni postupak. Samo onda kada bi tzv. neponovljive dokazne radnje u istrazi izvodio na posebnom dokaznom ročištu sudija za prethodni postupak, a ne javni tužilac, te radnje bi se mogle posredno koristiti na glavnom pretresu. Iako takvu mogućnost redovno predviđaju zakonodavstva sa tužilačkim modelom istrage, takva odredba nije predviđena u našem novom Zakoniku o krivičnom postupku.

Kritikuje se i napuštanje izraza istražne radnje i upotreba izraza dokazne radnje u istrazi.[27] Pri tome se zaboravlja da se u istrazi dokazi ne bi trebali izvoditi, već samo prikupljati. Drugim rečima, dokazi u istrazi (izuzev neponovljivih dokaza koje bi izvodio sudija za prethodni postupak) ne mogu biti izjednačeni sa dokazima u pravom procesnopravnom smislu reči, kakvi se izvode na glavnom pretresu. Oni bi trebali da služe samo javnom tužiocu za odluku o podnošenju optužnice i u druge svrhe se ne bi trebali koristiti. Zbog toga je veliki propust zakonodavca što nije predvideo obavezu izdvajanja zapisnika iz tužilačke istrage, kako se sa njima ne bi mogao upoznati sudeći sud.

(10) Izvršenje pojedinih dokaznih radnji javni tužilac može da poveri i policiji. Ovde dolazi u obzir bilo koja dokazna radnja, pa čak i ona koju policija ne može samostalno da preduzima u predistražnom postupku (npr., saslušanje svedoka i veštaka).[28] Bitno je samo da su te radnje preduzete u skladu sa odredbama ZKP o dokaznim radnjama. Pri tome, zako-

[26] Snežana Brkić, „Neusklađenost Zakonika o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine sa drugim propisima“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 3/2014,* 176.

[27] M. Grubač, „Odredbe o organizaciji prethodnog krivičnog postupka Nacrta ZKP Srbije iz aprila 2010. godine upoređene sa odgovarajućim odredbama italijanskog ZKP“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine 12/2010,* 565.

[28] Tako i G. P. Ilić i drugi, „Komentar Zakonika o krivičnom postupku“, Beograd 2012, 640.

nik nije predvideo mehanizme koji bi mogli da spreče da se tužilačka istraga u praksi pretvori u policijsku, kao što se to desilo u Nemačkoj. Opasnost od takvog eventualnog izvitoperenja tužilačke istrage u našim uslovima bi bila utoliko veća, zato što naša policija nije tako visoko profesionalizovana i depolitizovana kao u Nemačkoj.[29] Od presudnog značaja za ostvarenje pomenutog cilja bilo bi formiranje pravosudne policije i istražnih centara.

(11) Već je rečeno da je javno tužilaštvo prema novom ZKP preuzelo i novu ulogu. Na njega je preneta istražna funkcija, koja se do sada nalazila u rukama istražnog sudije. Pitanje je, međutim, koliko će javno tužilaštvo biti u stanju da objektivno vrši navedenu funkciju, pošto on nije nezavisan organ, kao što je to sud.[30] Naime, prema čl. 159 Ustava, javnog tužioca bira Narodna skupština, na predlog Vlade. Oba ova organa konstituišu se na političkoj osnovi, čime je dovedena u pitanje nezavisnost javnog tužioca. Ako se pri tom ima u vidu da je mandat javnog tužioca ograničen na šest godina, nije teško zamisliti u kakvoj delikatnoj situaciji će se naći javni tužilac koji zna da njegova dalja sudbina, odnosno reizbor zavisi od odluka političkih tela. Ništa bolja situacija nije ni sa zamenicima javnog tužioca. Njih bira Narodna skupština, na predlog Državnog veća tužilaca, kada se prvi put biraju na tu funkciju. Posle isteka trogodišnjeg mandata, zamenike javnog tužioca bira Državno veće tužilaca za trajno obavljanje funkcije. Iako je Državno veće tužilaca organ koji treba da obezbeđuje samostalnost javnih tužilaca i njihovih zamenika, ono praktično predstavlja organ Narodne skupštine. Naime, od ukupno 11 članova, na čak devet njih neposredan uticaj vrši Narodna skupština: ona bira osam izbornih članova a deveti član je predsednik nadležnog odbora Narodne skupštine, koji u sastav Državnog veća tužilaca ulazi po položaju (čl. 164 Ustava). Iako se ovde ne radi o formalnopravnoj nesaglasnosti ZKP sa Ustavom, zakonodavac nije vodio računa o legitimnosti, kao jednom od kriterijuma za uspostavljanje racionalnog pravnog sistema.[31] Javno tužilaštvo se prema Ustavu potčinjava izvršnoj vlasti, a novi ZKP prenosi na njega ovlašćenja nezavisnog sudskog organa.

---

[29] M. Grubač, „Stranputice i zamke tužilačke istrage" u: *Međunarodna naučna konferencija „Pravni sistem i društvena kriza",* Pravni fakultet Priština - Kosovska Mitrovica, 22.06.2011. godine, 241.

[30] S. Brkić, „Neusklađenost Zakonika o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine sa drugim propisima", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 3/2014,* 177.

[31] Koncept racionalnog prava sadrži četiri komponente: efikasnost, efektivnost, ekonomičnost i legitimnost. Više o tome vid. kod Snežane Brkić, „O nekim pristupima racionalnosti u pravu", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nopvom Sadu 1-3/1996,* 244-253.

(12) Rezimirajući kritička razmatranja odredaba novog ZKP o uređenju istrage, možemo konstatovati da je napravljeno nekoliko osnovnih koncepcijskih grešaka, od kojih su najteže dve: a) istraga se smatra delom opšte krivičnoprocesne forme iako ne postoje svi osnovni procesni subjekti; b) na dokaznim radnjama tužioca, pa čak i policije, može se zasnivati sudska presuda, usled čega su značajno potkopana načela kontradiktornosti i neposrednosti na glavnom pretresu. Pored toga, mogu se istaći i sledeće primedbe: status osumnjičenog u istrazi; mogućnost pokretanja istrage i protiv nepoznatog učinioca krivičnog dela; nizak standard dokazanosti i njegovo neadekvatno definisanje; neadekvatno formulisanje ciljeva istrage; nepostojanje kontrole tužiočeve naredbe o sprovođenju istrage; neadekvatno određivanje roka za donošenje naredbe o sprovođenju istrage; neobaveštavanje osumnjičenog i branioca o istrazi odmah nakon njenog otvaranja; neefikasno obezbeđivanje dokaza u korist odbrane; opasnost od izvitoperenja tužilačke istrage u policijsku; prenošenje istražne funkcije na organ potčinjen izvršnoj vlasti.

Snežana S. Brkić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

A Critical Review of the Organization of Investigation in the 2011 Criminal Procedure Code of Serbia

Abstract: *At first, the author presents the arguments in favor of judicial and prosecutorial model of investigation. The main subject-matter of this paper is critical analysis of the prosecutorial model of investigation in Code of criminal procedure of Serbia from 2011. The main conclusion of this analysis is that legislator made two fundamental errors: a) investigation is the part of the general criminal procedural form; b) some exceptios from the principle of directness allow evidentiary actions taken in the investigation stage or pre-investigation proceedings to be considered equal to the actions undertaken in trial.*

In addition, some other provisions on investigation are also subjected to criticism: person who has been subject to investigation has the status of suspect; there is a possibility that public prosecutor opens investigation against unknown perpetrator of a crime; low evidentiary standard and its inadequate definition; inadequate formulation of investigation aims; absence of control of prosecutorial order of conducting the investigation; inadequate determination of time for opening the investigation; absence of duty to information the suspect about prosecutorial order of conducting the investigation; ineffective providing for evidence in favor of defense; a danger of distortion the prosecutorial investigation in police investigation; transmission of investigating function to organ which is submited to executive power.

Key words: *code of criminal procedure, investigation, suspect, basis of doubt, order of conducting the investigation*

Datum prijema rada: 11.09.2015.

Originalni naučni rad 341.24:340.132
doi:10.5937/zrpfns49-8831

Dr Sanja V. Đajić, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
sdjajic@pf.uns.ac.rs

O CILJNOM TUMAČENJU MEĐUNARODNIH UGOVORA O ZAŠTITI STRANIH ULAGANJA: OD PREAMBULE DO PREAMBULE[1]

Sažetak: *U radu se autor bavi pitanjem primene opšteg pravila o tumačenju međunarodnih ugovora iz Bečke konvencije o ugovornom pravu iz 1969. u praksi međunarodne investicione arbitraže. Na primerima nekoliko odluka (Simens protiv Argentine, Tokios Tokeles protiv Ukrajine, Malejžan Historikal Selvors protiv Malezije) autor želi da dokaže da se u međunarodnoj investiconoj praksi odstupa od opšteg pravila o tumačenju te da postoji tendencija davanja prednosti pojedinim metodima tumačenja kao što je to ciljno tumačenje. Autor kritikuje ovu tendenciju i smatra da nisu ubedljivi razlozi arbitražnih sudova koji prednost daju ciljevima iz preambule u odnosu na dispozitivni deo međunarodnih ugovora, i da su protivni opštem pravilu o tumačenju. Autor smatra da opredeljivanje arbitražnih sudova da ciljno tumače međunarodni ugovor o zaštiti stranih ulaganja uglavnom vodi ka proinvestitorskom stavu u njihovim odlukama.*

Ključne reči: *Bečka konvencija o ugovornom pravu iz 1969. godine, međunarodna investiciona arbitraža, ciljno tumačenje.*

1. Uvod

Međunarodni investicioni arbitražni sudovi u svojoj praksi vrlo često posežu za preambulom prilikom tumačenja međunarodnih ugovora o zaštiti investicija. Najvažnija odlika međunarodnog investicionog prava

[1] Rad je nastao kao rezultat rada na projektu „Teorijski i praktični problemi u stvaranju i primeni prava (EU i Srbija)“ čiji je nosilac Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu. Naziv prijavljene teme istraživača: *Uloga međunarodnog pravosuđa u rešavanju sporova*.

je bilateralnost: multilateralni ugovori su retki, a bilateralni ugovori već po svojoj definiciji označavaju saglasnost samo dve ugovorne strane o uzajamnim pravima i obavezama. Ovi ugovori su brojni, i po mnogo čemu slični, ali razlike među njima ipak postoje. Pitanje je kako pristupiti tumačenju jednog bilateralnog ugovora u okruženju velikog broja sličnih ugovora koji su ipak zaključeni između drugih ugovornih strana. Da li ovi drugi ugovori mogu i smeju imati uticaja na tumačenje osnovnog ugovora, te da li praksa drugih arbitražnih sudova koji su tumačili druge međunarodne ugovore može imati uticaj na njihovo tumačenje, ako znamo da prema načelu *pacta sunt servanda* ugovor obavezuje samo one ugovorne strane koje su ugovor zaključile i da je njihov sporazum pravilo koje obavezuje ne samo ugovorne strane već i arbitražni sud koji ga primenjuje. Ovaj specifičan kontekst određuje pravila o tumačenju, ili bi bar tako trebalo da bude. Cilj ovog rada je da ispita da li arbitražni sudovi poštuju opšte pravilo o tumačenju međunarodnih ugovora koje zahteva jednako ispitivanje teksta, konteksta i cilja ugovora radi utvrđivanja stvarne namere ugovornih strana, ili su arbitražni sudovi posegnuli za specifičnim pravilima i dali prednost nekom od elemenata tumačenja i na taj način odstupili od jedinstvenog pravila o tumačenju iz člana 31 Bečke konvencije o ugovornom pravu. Drugim rečima, da li je praksa dala prednost ciljnom tumačenju u odnosu na tekstualno, i do kakvih je posledica to dovelo u praksi primene međunarodnih investicionih ugovora. Davanje posebnog značaja preambuli međunarodnih ugovora, što je upravo čest slučaj u investicionoj arbitraži, može da potvrdi pretpostavku da je ciljnom tumačenju data izvesna prednost, o čemu će upravo biti reči u ovom radu.

2. Opšti okvir

Međunarodni ugovori o zaštiti investicija su danas nesumnjivo jedan od važnijih segmenata međunarodnog ugovornog prava, jer su doživeli punu ekspanziju i afirmaciju u poslednjih dvadeset godina zahvaljujući ne samo svojoj brojnosti već i brojnim arbitražnim predmetima u okviru različitih arbitražnih institucija kao što su IKSID (ICSID), SCC, LCIA, PCA. Prema podacima UNKTAD-a (UNCTAD) danas postoji 2279 važećih dvostranih međudržavnih sporazuma o zaštiti investicija i 278 ostalih, višestranih sporazuma.[2] Brojke su već impresivne. Ako se njima pridruži statistika međunarodnih investicionih sporova, koja je dosegla broj od

[2] Podaci preuzeti sa internet stranice UNKTAD-a: *http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA*, 19. maj 2015.

preko 600,[3] jasno je da je reč o vrlo aktivnoj međunarodnopravnoj oblasti. Investiciona arbitraža je poznata i po vrlo visokim odštetnim zahtevima koje tužioci ističu u ovim postupcima, ali i po vrlo visokim odštetama koje arbitražni sudovi dosuđuju: najviši ikada dosuđeni iznos u istoriji međunarodne arbitraže iznosi 50 milijardi američkih dolara koju je arbitražni sud u postupku po UNCITRAL pravilima dosudio vlasnicima udela u ruskoj kompaniji JUKOS zbog povrede multilateralnog Ugovora o energetskoj povelji (*Energy Charter Treaty*).[4] Arbitražni troškovi i troškovi zastupanja su izuzetno visoki.[5] Značaj međunarodnih ugovora o zaštiti stranih investicija je zato nesumnjivo veliki za obe strane, investitore i države domaćine. Kako primena investicionih ugovora i odgovornost za njihovu povredu zavisi od tumačenja ovih međunarodnih ugovora, koji su poznati i po vrlo šturim i opštim odredbama više nalik standardima nego preciznim ugovornim pravilima, svakako je korisno ispitati pravila o njihovom tumačenju. Pošto su međunarodni investicioni arbitražni sudovi najčešće u poziciji da tumače ove ugovore, to znači da je zapravo nemoguće odrediti tačno značenje većine investicionih standarda bez poznavanje investicione prakse.

Pitanje tumačenja međunarodnih investionih sporazuma odavno privlači pažnju stručne i šire javnosti, upravo zbog značaja samih ugovora i investicione arbitraže. Kako su odredbe opšte i neprecizne, jasno je da je arbitrima ostavljen prilično širok prostor za tumačenje.[6] Pitanje tumače-

---

[3] Podaci preuzeti sa internet stranice UNKTAD-a: *http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf*. Podaci su iz februara 2015. Pristupljeno 19. maja 2015.

[4] *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, PCA Case No. AA 226, UNCITRAL; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, PCA Case No. AA 227, UNCITRAL; *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation,* PCA Case No. AA 228, UNCITRAL. Odluke o nadležnosti u sva tri predmeta donete su istog dana, 30. novembra 2009, dok su odluke o meritumu donete 18. jula 2014. Odluke su dostupne na: http://pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1599.

[5] Arbitražni troškovi, koji u užem smislu uključuju troškove samog arbitražnog postupka i troškove zastupanja, su u investicionoj arbitraži izuzetno visoki i reč je o milionskim iznosima. Vid. Susan Franck, "Rationalizing Costs in Investment Treaty Arbitration", *Washington University Law Review* 4/2011, 769-852; UNCTAD, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration* (2010), UNCTAD/DIAE/IA/2009/11, 16-18. Dostupno na: *www.unctad.org* (30. juli 2015. godine.)

[6] „Međunarodni investicioni ugovoru po pravilu podrazumevaju široko postavljenje obaveze i visok stepen delegacije [nadležnosti za tumačenje međunarodnih ugovora], jer oni ustanovljavaju pravne obaveze i delegiraju nadležnost za njihovo sprovođenje arbitražnim sudovima, ali sa niskim stepenom preciznosti, jer su obaveze široke i nejasne (na primer, obećanje da će se investitor tretirati pošteno i pravično). Iako je nepreciznost uglavnom vezana za diskreciona ovlašćenja države, kada je prati široko postavljena obaveza i visok stepen delegacije [nadležnosti za tumačenje međunarodnih ugovora], ovde je

nja je zaista široko te će ovaj rad biti usmeren samo na njegova dva aspekta: da li se za tumačenje investicionih sporazuma koristi opšte pravilo o tumačenju iz Bečke konvencije o ugovornom pravu iz 1969. godine, ili su vremenom nastala posebna pravila o tumačenju ovih sporazuma, te kako se koristi preambula investicionih sporazuma za tumačenje investicionih standarda. Naime, u praksi se arbitri dosta često oslanjaju na preambulu, čini se češće nego druga sudska i arbitražna tela, te je pitanje da li je davanje takvog značaja preambuli u skladu sa opštim pravilima tumačenja i da li je tumačenje preambule sporazuma u ovim slučajevima bilo odgovarajuće.

3. Bečka konvencija o ugovornom pravu iz 1969. godine u investicionoj arbitražnoj praksi

Investicioni arbitražni sudovi se načelno pozivaju na Bečku konvenciju o ugovornom pravu (1969) prilikom tumačenja međudržavnih investicionih sporazuma.[7]

„Kako su to i drugi arbitražni sudovi činili, i mi tumačimo IKSID konvenciju i Ugovor Strana ugovornica u skladu sa pravilima iz Bečke konvencije o ugovornom pravu koja u većem delu odražava međunarodno običajno pravo. Član 31 Bečke konvencije uređuje da se 'ugovor tumači u dobroj veri u skladu sa uobičajenim značenjem izraza korišćenih u ugovoru i prema kontekstu, u svetlu njegovog predmeta i cilja'.“[8]

Takvo polazište je očekivano i poželjno. Pravilo o tumačenju međunarodnih ugovora se nalazi u odredbama čl. 31-33 Bečke konvencije. Kako neki autori to posebno naglašavaju, član 31, koji upućuje na više elemenata prilikom tumačenja („tekst, kontekst i predmet i cilj ugovora“[9])

---

suprotno tačno: telo koje je nadležno za tumačenje i primenu standarda je to koje uživa široka diskreciona ovlašenja. Konačan rezultat je u prenošenju nadležnosti za tumačenje međunarodnog ugovora sa država ugovornica na investicione arbitražne sudove.“ - Anthea Roberts, „Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: the Dual Role of States“, *American Journal of Interntional Law* 1/2010, 189-190.

[7] Prema jednom istraživanju rađenom na reprezentativnom uzorku za potrebe UNKTAD-a, članovi 31 i 32 Bečke konvencije o ugovornom pravu se pominju u 2/3 analiziranih odluka. Vid. Andrea Saldarriaga, “Investment Awards and the Rules of Interpretation of the Vienna Convention: Making Room for Improvement”, *Manchester Journal of International Economic Law*, 2/2013, 172; Petar Đundić, „Odredbe o odložnom roku za pokretanje arbitraže u međunarodnim ugovorima o zaštiti ulaganja i njihov uticaj na nadležnost arbitražnih sudova“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2012, 368.

[8] *Tokios Tokelės v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Odluka o nadležnosti od 29. aprila 2004., stav 27.

[9] Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 2nd edition, Cambridge 2007, 234.

zapravo predstavlja jedno i jedinstveno pravilo jer je naslov člana 31 dat u jednini (opšte pravilo o tumačenju) a ne u množini.[10] Ovo zapažanje je značajno za tumačenje investicionih ugovora jer govori protiv davanja prednosti jednom od metoda tumačenja nad drugim. Na primer, davanje prednosti cilju u odnosu na tekst bilo bi suprotno opštem i jedinstvenom pravilu o tumačenju koje zahteva jednaku primenu svih elemenata. Pošto se u ovom radu bavimo značajem preambule za tumačenje, a u njoj će se po pravilu naći ciljevi zaključivanja ugovora, davanje prednosti preambuli u odnosu na dispozitivni deo bi moglo da dovede do neravnoteže prilikom tumačenja i do odstupanja od opšteg pravila o tumačenju. Dakle, posebna pažnja će biti posvećena stavu investicionih arbitražnih sudova o tome da li je opšte pravilo o tumačenju jedinstveno.

Drugo pitanje koje je od značaja za tumačenje investicionih ugovora, u svetlu Bečke konvencije, jeste i stav pojedinih autora i sudova da je investiciona arbitražna praksa već dovela do formiranja specijalnih pravila tumačenja koja bi se primenjivala isključivo u ovoj oblasti.[11] Ova specijalna pravila se mogu identifikovati u onim predmetima gde su arbitražni sudovi bili izričiti da je reč o specijalnim pravilima, ali i tamo gde se načelno i dalje pozivaju na Bečku konvenciju iako zapravo primenjuju pravila koja odstupaju od opšteg pravila tumačenja.[12]

Upućivanje na specijalni investicioni ugovorni režim već na prvom koraku svedoči o nameri da se odstupi od opštih pravila ugovornog prava. Naravno, pitanje je da li je uopšte moguće govoriti o specijalnom ugovornom režimu. Pojedini autori, poput Švebela (Schwebel) i Salakjuza (Salacuse), zagovaraju ovu tezu. Dok Švebel smatra da je veliki broj bilateralnih

---

[10] „Imenica u jednini naglašava da ovaj član sadrži samo jedno pravilo, i to ono koje je navedeno u stavu 1." – A. Aust, 234; „Svaki od ova četiri elementa u članu 31 je izražen bezuslovnim terminima sa ciljem da budu primenjeni jedinstveno i kao integrisano tumačenje ugovora. Član 31 Bečke konvencije nosi naziv 'Opšte pravilo tumačenja' a ne 'Opšta pravila tumačenja'. Značaj ove razlike je često zanemaren." – Zachary Douglas, "The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails", *Journal of International Dispute Settlement* 1/2011, 106; „Ovo pokazuje da se elementi člana 31 moraju koristiti u jedinstvenoj operaciji a ne hijerarhijskim redosledom." – A. Saldarriaga, 170.

[11] Gary Born, Mitchell Moranis, "Should Investment Treaties Have Their Own Rules of Interpretation?", *Kluwer Arbitration Blog*, 3 February 2015, dostupno na:

http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/02/03/should-investment-treaties-have-their-own-rules-of-interpretation/, (25. maj 2015).

[12] „Arbitražni sudovi često ne postupaju na način koji sami zagovaraju; upućivanje na Bečka pravila je danas obavezno, ali takvo upućivanje ne znači da se ta pravila uzimaju u obzir i primenjuju ozbiljno." – Thomas Walde, "Interpreting Investment Treaties: Experiences and Examples" *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer* (eds. C. Binder *et al*.) Oxford 2009, 730.

investicionih ugovora doveo do formiranja specijalnih običajnih pravila,[13] pa i onih o tumačenju, Salakjuz smatra da u investicionoj oblasti nije reč o prostom tumačenju ugovora već o postojanju ugovornog režima koji nije pokriven Bečkom konvencijom o ugovornom pravu te je tako podvrgnut specijalnim pravilima o tumačenju.[14] Oni koji kritikuju ovakav pristup primećuju da veliki broj bilateralnih ugovora između različitih ugovornih strana ne može da zameni multilateralni režim:[15] reč je o fenomenu velikog broja ugovora ali da bi postojao ugovorni režim potrebno je da postoji i multilateralnost koja upadljivo nedostaje u investicionom pravu.

4. Preambula u fokusu: primeri ciljnog tumačenja u praksi međunarodne investicione arbitraže

Osnovno pravilo tumačenja u međunarodnom pravu jeste složeno. Ono podrazumeva tumačenje reči u njihovom osnovnom značenju (ako stranke nisu izričito terminima u ugovoru dale posebno značenje) u kontekstu ugovora i u svetlu predmeta i cilja ugovora.[16] Iz ovog opšteg pravila proizilazi da je svim ovim različitim metodama potrebno dati jednaku važnost, jer je svrha tumačenja da se ustanovi šta je stvarni sporazum

[13] Stephen Schwebel, "The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law", *Proceedings of the 98th Annual Meeting of the American Society of International Law*, 2004, 27-30.

[14] Salakjuz smatra da grupa od 3000 investicionih sporazuma predstavlja novi globalni ugovorni investicioni režim. – Jeswald Salacuse, "The Emerging Global Regime for Investment", *Harvard International Law Journal* 2/2010, 427-472.

[15] G. Born, M. Moranis; Z. Douglas.

[16] Član 31. Bečke konvencije o ugovornom pravu (Opšte pravilo o tumačenju)

1. Ugovor se mora dobronamerno tumačiti prema uobičajenom smislu koji se mora dati izrazima u ugovoru u njihovom kontekstu i u svetlosti njegovog predmeta i njegovog cilja.

2. U cilju tumačenja ugovora, kontekst obuhvata, osim teksta, uvoda i uključenih priloga:

a) svaki sporazum u vezi sa ugovorom koji postoji između članica prilikom zaključivanja ugovora;

b) svaki instrument koji sačine jedna ili više članica prilikom zaključenja ugovora a koji prihvate ostale članice kao instrument koji se odnosi na ugovor.

3. Kao i o kontekstu, vodiće se računa:

a) o svakom docnijem sporazumu između članica u pogledu tumačenja ugovora ili primene njegovih odredaba;

b) o svakoj docnijoj praksi u vezi sa primenom ugovora kojim je postignut sporazum između članica u pogledu tumačenja ugovora;

c) o svakom relevantnom pravilu međunarodnog prava koje se primenjuje u odnosima između članica.

4. Izraz se uzima u posebnom smislu ako se utvrdi da je takva bila namera strana ugovornica.

ugovornih strana. Pravilo *pacta sunt servanda* se zapravo operacionalizuje primenom ovog složenog pravila o tumačenju.

Međunarodni investicioni arbitražni sudovi nisu uvek dosledni prilikom utvrđivanja stvarne namere ugovornih strana. O tome svedoče odluke u kojima su oni davali prednost jednom od metoda tumačenja i tako konstruisali obaveze države.[17] Davanje prednosti nekom od metoda možda ne bi samo po sebi proizvelo neobičan rezultat tumačenja da se takvim izborom metoda istovremeno ne favorizuje jedan deo teksta ugovora u odnosu na drugi, i to onaj koji tradicionalno u sebi ne sadrži dispozitivne odredbe, tj. one odredbe koje sadrže prava i obaveze ugovornih strana. Dakle, pitanje je da li se preambuli ponekad daje i preveliki značaj u tumačenju prava i obaveza strana ugovornica, s osloncem na ciljno tumačenje, na način kojim se bitno menja ne samo ekvilibrijum ugovornih prava i obaveza, već i sam tekst i kontekst ugovora. Navešćemo neke primere takvih odluka.

4.1. Simens protiv Argentine (Siemens v Argentine Republic)

U predmetu Simens protiv Argentine tužilac je tvrdio da je raskidom ugovora o pružanju tehničkih usluga tužioca za potrebe izrade ličnih dokumenata tužene države, došlo do prikrivene eksproprijacije i drugih povreda nemačko-argentinskog BIT-a. U ovom predmetu donete su dve odluke, o nadležnosti i o meritumu.[18] U obe faze postupka preambula i ciljno tumačenje su opredelili neke od zaključaka arbitražnog tribunala.

U odluci o nadležnosti pravilo o tumačenju je bilo postavljeno kao prvo pitanje, od kojeg će zavisiti tumačenje i primena niza odredaba merodavnog BIT-a za pitanja nadležnosti, kao što su domašaj klauzule najpovlašćenije nacije (u daljem tekstu: MFN klauzule) i pojam investicije. Na samom početku arbitražni tribunal se poziva na opšte pravilo o tumačenju iz člana 31 Bečke konvencije.[19] Ipak, odmah će odstupiti od integri-

[17] „Nekoliko arbitražnih sudova selektivno pominje tek nekoliko načela tumačenja za razliku od logički organizovanih pravila kodifikovanih u Bečkoj konvenciji o ugovornom pravu. Arbitražni sud u predmetu Enkana, na primer, jednostavno izdvaja samo dva elementa tumačenja, načelo efektivnog tumačenja i načelo ciljnog tumačenja.“ – Trinh Hai Yen, *The Interpretation of Investment Treaties*, Leiden 2014, 42 (reference izostavljene).

[18] *Siemens A.G. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/8, Odluka o nadležnosti od 3. avgusta 2004.; Odluka o meritumu od 6. februara 2007.

[19] „Obe strane zasnivaju svoje argumente na tumačenju Ugovora u skladu sa članom 31, stav 1 Bečke konvencije. Ova odredba predviđa da se ugovor ima 'tumačiti u do-

sanog pristupa i opredeliti se samo za ciljno tumačenje osloncem na preambulu:

„Tribunal će se rukovoditi ciljem Ugovora kako je on određen u naslovu i preambuli. Ovo je ugovor kojim se 'štite' i 'podstiču' ulaganja. Preambula predviđa da su se strane sporazumele o odredbama Ugovora radi stvaranja povoljnih uslova za ulaganja državljana i kompanija druge države Ugovornice na njenoj teritoriji. Obe strane su saglasne da podsticanje i zaštita ovih ulaganja putem međunarodnog ugovora može podstaknuti privatnu ekonomsku inicijativu i poboljšati dobrobit naroda obe države. Namera strana je jasna. To je da se stvore povoljni uslovi za ulaganja i da se podstakne privatna inicijativa.“[20]

Namera strana je jasna, kaže tribunal, i tu nameru on nalazi u preambuli ugovora. Prvo, pitanje je da li se namera strana može izvesti samo iz preambule ili je potrebno ono što čini osnov svakog sporazuma izvesti iz celine teksta. Drugo, iako tribunal prvo navodi u celini šta stoji u preambuli, nakon zaključka da je namera jasna, za tu nameru vezuje samo povoljne uslove za ulaganja i podsticanje privatne inicijative, dok zanemaruje polovinu ciljeva predstavljenih u preambuli: dobrobit naroda obe države. Ovaj cilj na neki način izražava recipročnost ugovornih odnosa i potrebni ugovorni ekvilibrijum, ali će na njega tribunal vrlo brzo zaboraviti. Dakle, već na početku tribunal pravi dva propusta tako što se oslanja isključivo na preambulu, a ne na tekst u celini, da bi otkrio nameru strana kojoj će kao cilju dati prednost u odnosu na ostale metode tumačenja ugovora. Drugi propust je u tome što selektivno bira ciljeve da bi ustanovio nameru ugovornih strana.

Posledica ovakvog pristupa u tumačenju bilo je široko definisanje zaštite iz ugovora. Dok je klauzula najpovlašćenije nacije (MFN klauzula) bila formulisana tako da se odnosi samo na ulaganja, ali ne i na ulagače, tribunal je našao da bi ovakvo restriktivno tumačenje bilo protivno cilju ugovora. Iako je bilo odredaba koje su se jednako i izričito odnosile i na ulaganja i ulagače, dok su pojedine bile rezervisane samo za ulaganja, tribunal je našao da bi bilo protivno cilju ugovora, a to je zaštita investicija, ograničavati dejstvo odredaba samo na ulaganja, te je odlučio da celokupnu zaštitu proširi i na ulaganja i na ulagače.[21] Razlika nije bez znača-

---

broj veri u skladu sa uobičajenim značenjem reči i izraza u njihovom kontekstu i u svetlu njegovog predmeta i cilja.' Tribunal će se držati ovih pravila tumačenja prilikom razmatranja spornih odredaba Ugovora.“ - *Siemens v. Argentina*, Odluka o nadležnosti, stav 80.

[20] *Ibid.*, stav 81.

[21] „Ovo je međunarodni ugovor o podsticanju i zaštiti ulaganja. Načelo poštenog i pravičnog tretmana bi trebalo da bude rezervisano samo za ulaganja, dok bi uskraćivanje pravosuđa ulagaču tako bilo isključeno. Iako bi ovakva razmatranja mogla da proisteknu

ja, jer je moguće da pojedine aktivnosti države pogode samo ulagača iako njegovo ulaganje ne trpi negativne posledice takvih mera. U ovom slučaju tekst ugovora je bio vrlo precizan i predviđao je različite objekte zaštite u različitim odredbama. Tribunal je prešao preko ovih razlika u tekstu i oslanjajući se na preambulu je ciljnim tumačenjem proširio ovu zaštitu.

U odluci o meritumu tribunal je ponovio opšte pravilo o tumačenju iz člana 31. Bečke konvencije o ugovornom pravu.[22] Prilikom tumačenja načela poštenog i pravičnog tretmana iz merodavnog BIT-a, tribunal je pošao od uobičajenog značenja reči „pošten" i „pravičan" i zaključio da one znače isto što i „pravedno", „jednako", „nepristrasno", „legitimno."[23] Međutim, sama odredba, koja je po pravilu štura jer ne definiše precizno šta se smatra poštenim i pravičnim tretmanom, nije dodatno objašnjena ni terminima koje je tribunal odabrao kao sinonime. Dok je Argentina smatrala da se ovo načelo mora tumačiti u kontekstu ugovora i činjeničnih okolnosti slučaja, da bi se ustanovilo šta se smatra pravičnim u konkretnim okolnostima, tribunal se opredelio za preambulu i ciljno tumačenje nezavisno od činjenica slučaja. Tribunal je odmah nakon jezičkog tumačenja, koje očigledno nije dalo konkretne rezultate, prešao na ciljeve iz preambule i to one koji se odnose na podsticanje i zaštitu investicija. Pošto se, po mišljenju tribunala, Argentina obavezala da će podsticati strane investicije, to znači da se ovo načelo ne može tumačiti restriktivno (tako da se izjednači sa minimalnim međunarodnim standardom) već se ima tumačiti ekstenzivno:

„Tribunal je već ukazao na to da standard ponašanja na koji su ukazale strane ugovornice ukazuje na povoljan tretman stranih investicija. Cilj Ugovora je podsticanje i zaštita investicija. Bilo bi nesaglasno sa ciljevima i očekivanjima koja su nastala na osnovu takvog dokumenta zaključiti da strana Ugovora može da povredi načelo poštenog i pravičnog tretmana samo ako je postupala *mala fide*."[24]

Tribunal je ovo tumačenje podržao primerima iz arbitražne prakse da bi dokazao da je ovo pravilo evoluiralo od minimalnog međunarodnog standarda.[25] Međutim, takvo tumačenje nema oslonca u tekstu ugovora niti tekst ugovora upućuje na međunarodno običajno pravo niti na praksu

---

iz strogog logičkog tumačenja na osnovu izraza u Ugovoru, njihov rezultat nije u skladu sa njegovim ciljem." - *Ibid.*, stav 92.

[22] *Siemens A.G. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/8, Odluka o meritumu od 6. februara 2007., stav 80.

[23] *Ibid.*, stav 290.

[24] *Ibid.*, stav 300.

[25] *Ibid.*, stavovi 294-299.

međunarodnih arbitražnih tribunala. Pitanje je u kojoj meri odluke drugih tribunala, koje su donete između drugih strana i na osnovu drugih međunarodnih ugovora, mogu da budu obavezujuće za strane u sporu. Za tribunal je ranija arbitražna praksa tumačenja BIT-ova imala veću važnost od teksta merodavnog ugovora i okolnosti konkretnog slučaja. Okolnostima tribunal nije posvetio puno pažnje i vrlo lako je došao do zaključka da je Argentina raskidom ugovora povredila načelo poštenog i pravičnog tretmana. Čini se da je i ovde tribunal veći značaj dao ciljnom tumačenju i preambuli ugovora nego ostalim metodama tumačenja koji su jednako predviđeni Bečkom konvencijom o ugovornom pravu.

4.2. Tokios Tokeles protiv Ukrajine (Tokios Tokelės v Ukraine)

U predmetu Tokios Tokeles protiv Ukrajine jedno od pitanja u prethodnom postupku[26] bilo je da li je međunarodna investiciona arbitraža otvorena i u onim slučajevima kada su vlasnici stranog privrednog društva, koje je tužilac i koje ispunjava uslove da se smatra stranim ulagačem po merodavnom BIT-u, državljani države domaćina. Ovaj spor je pokrenut protiv Ukrajine na osnovu dvostranog međunarodnog ugovora o uzajamnoj zaštiti stranih ulaganja zaključenog između Litvanije i Ukrajine. Tužilac je bio litvansko privredno društvo u vlasništvu ukrajinskih državljana.

Pristup međunarodnoj investicionoj arbitraži je značajna beneficija koju uživaju strani ulagači. Pojedini arbitražni tribunali su čak smatrali da je pristup međunarodnoj investicionoj arbitraži deo materijalnopravne zaštite stranih investitora, te da ne predstavlja samo proceduralno pravo.[27] Pristup će postojati ako se država domaćin saglasila da strani investitor ima pristup nekoj od međunarodnih arbitražnih institucija, i takvu će saglasnost, po pravilu, garantovati dvostranim investicionim sporazumom. Ako se saglasnost odnosi na pristup nekoj od postojećih međunarodnih

[26] *Tokios Tokelės v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Odluka o nadležnosti od 29. aprila 2004.

[27] " Bez obzira na činjenicu da osnovni ugovor koja sadrži klauzulu (najpovlašćenije nacije – prim. S. Đ.) ne pominje izričito da se ova klauzula odnosi i na odredbe o rešavanju sporova, tribunal smatra da se opravdano može zaključiti da su današnji aranžmani za rešavanje sporova neodvojivi od zaštite stranih ulagača, jer se oni jednako odnose na zaštitu prava privrednika iz međunarodnih ugovora o trgovini. Konzularna nadležnost se u prošlosti, kao i drugi oblici ekstrateritorijalne nadležnosti, smatrala ne samo procesnim sredstvom već i aranžmanom koji je bio ugovoren radi bolje zaštite ovih lica u inostranstvu. Iz toga sledi da su takvi aranžmani, iako nisu striktno deo materijalnopravnog aspekata trgovine i investicione politike koju podstiču ugovori o trgovini i plovidbi, bili od suštinske važnosti za adekvatnu zaštitu prava koja su želeli da garantuju." - *Maffezini*, *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, Odluka tribunala o prigovorima nenadležnosti od 25. januara 2000., ICSID Case No. ARB/97/7, stav 54.

arbitražnih institucija, poput IKSID-a, merodavna će biti i pravila iz IKSID konvencije o tome da li se može pristupiti ovoj institutuciji (u slučaju IKSID-a, to će značiti da je potrebno ispuniti dve grupe uslova, iz merodavnog BIT-a i iz IKSID konvencije, što se u teoriji još naziva i „*double barrelled test*“[28]).

Prilikom tumačenja pojma ulagača većina se u arbitražnom tribunalu opredelila za ono tumačenje koje je tribunalu obezbedilo nadležnost, a stranom ulagaču pristup arbitraži. Da bi došao do takvog zaključka arbitražni sud je morao zapravo da pristupi restriktivnom tumačenju tako što se opredelio za definiciju pojma ulagača iz merodavnog BIT-a odbijajući da primeni tzv. test kontrole, odnosno test po kojem bi državljanstvo vlasnika privrednog društva moglo da bude odlučujuće prilikom određivanja pojma ulagača i prava pristupa investicionoj arbitraži. Zanimljivo je da se i prilikom restriktivnog tumačenja većina opredelila za preambulu, iako bi se moglo logično pretpostaviti da bi restriktivno tumačenje zahtevalo isključivo tekstualni pristup bez osvrta na ciljeve ugovora. U svom obrazloženju tribunal je, pošavši od tekstualnog tumačenja, ukazao i na preambulu primetivši da je cilj međunarodnog ugovora široka zaštita ulagača:

„Predmet i cilj ovog ugovora takođe potvrđuje da ne treba koristiti test kontrole da bi se ograničio pojam ‘ulagača’ iz člana 1 stav (2)b. Preambula izražava nameru ugovornih strana da ‘intenziviraju privrednu saradnju u cilju obostrane koristi država ugovornica’ i da ‘stvore i očuvaju povoljne uslove za ulaganja ulagača jedne države na teritoriji druge.’ Tribunal u predmetu SGS protiv Filipina tumačio je skoro identičnu preambulu iz Švajcarsko-Filipinskog BIT-a kao pokazatelj široke zaštite ulaganja koju pruža merodavni međunarodni ugovor. Mi se slažemo sa takvim tumačenjem i nalazimo da su predmet i cilj Ukrajinsko-Litvantskog BIT-a široka zaštita ulagača i njihovih ulaganja.“[29]

Dok je u predmetu Simens protiv Argentine preambula poslužila kao osnov za ekstenzivno tumačenje merodavnog BIT-a, u Tokiosu je preambula bila obrazloženje za restriktivno tumačenje međunarodnog ugovora. Uprkos ovoj kontradiktornosti ono što je zajedničko za oba slučaja je to što je pozivanje na preambulu poslužilo za proširenje zaštite ulagača.

Ipak, ostaje pitanje da li je arbitražni tribunal u predmetu Tokios Tokeles pravilno protumačio ciljeve iz merodavnih ugovora. Oba relevantna međunarodna ugovora, BIT između Ukrajine i Litvanije, i IK-

[28] Christoph Schreuer et al., *The ICSID Convention: A Commentary,* 2nd edition, Cambridge 2009, 117, stav 124.

[29] *Tokios Tokelės v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Odluka o nadležnosti od 29. aprila 2004., stav 31.

SID konvencija, govore o zaštiti stranih ulaganja. Zaštita stranih, a ne domaćih, ulaganja je osnovni cilj ne samo dvostranih i višestranih ugovora o ulaganju već i postojanja IKSID sistema. Zaštita domaćih ulagača je van domašaja ovog pravnog okvira. Kao što je već i rečeno, pristup međunarodnoj arbitraži predstavlja značajnu beneficiju za ulagače već i samo zbog toga što, na primer, u postupku po IKSID arbitražnim pravilima nisu u obavezi da iskoriste lokalne pravne lekove pre obraćanja međunarodnoj arbitraži. Pogrešno je pretpostaviti da države ugovornice žele da takvu zaštitu prošire i na domaće ulagače u odsustvu jasno izražene volje ugovornica. Konačno, da li je svrha i cilj jednog bilateralnog režima, zasnovanog na principu državljanstva, zaštita domaćih državljana u državi domaćinu? Čini se da je u takvim slučajevima bilateralni režim potpuno bespredmetan.

Na ovu činjenicu ukazao je i Prosper Vejl u svom izdvojenom mišljenju uz odluku u predmetu Tokios Tokeles.[30] Pored značaja ovog mišljenja već zbog same činjenice da je Prosper Vejl bio predsedavajući arbitar koji se našao u manjini, što je u praksi skoro bez presedana, mišljenje je značajno i zbog toga što se predsedavajući arbitar jednako pozivao na predmet i cilj međunarodnih ugovora kao osnov svog stava da je konkretnim tužiocima trebalo uskratiti pristup arbitraži. Već na samom početku svog mišljenja Prosper Vejl ukazuje da je odluka u celini suprotna predmetu i cilju IKSID konvencije i da može ugroziti kompletan sistem institucionalne zaštite stranih ulagača.[31] Čitavo izdvojeno mišljenje je o predmetu i cilju IKSID konvencije i o tome da je sistem ustanovljen za zaštitu stranih ulaganja i rešavanje međunarodnih sporova.[32] Zato Prosper Vejl i zaključuje da IKSID konvencija nije namenjena zaštiti domaćeg kapitala i da je takvo zaključivanje direktno suprotno predmetu i cilju Konvencije. Pozivajući se na predmet i cilj IKSID konvencije, ali i na tumačenje njenog člana 25 (koje upućuje na kriterijum strane kontrole pomoću kojeg će i domaće pravno lice steći status stranog ulagača, koji inače ne bi imao po Konvenciji), on zaključuje:

„Nesporno je, i zaista neosporeno, da predmet i cilj IKSID konvencije i, samim tim i postupci koji su njome predviđeni, nisu namenjeni rešavanju investicionih sporova između države i njenih državljana. Konvencije uređuje samo međunarodne investicije, što znači samo one inve-

[30] Izdvojeno mišljenje predsedavajućeg arbitra Prospera Vejla uz odluku o nadležnosti u predmetu Tokios Tokeles (ibid.). Mišljenje je dostupno na sledećoj internet stranici: *http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0864.pdf* (posećeno 14. juna 2015.)

[31] *Ibid*., stav 1.

[32] *Ibid*., stav 5.

sticije koje uključuju prekogranično kretanje kapitala. To proizilazi iz Konvencije, a naročito iz njene preambule, koja upućuje na 'ulogu privatnih međunarodnih investicija' i, naravno, iz člana 25."[33]

4.3. Malejžan Historikal Selvors protiv Malezije (Malaysian Historical Salvors v Malaysia)

Spor koji je nastao iz ugovora zaključenog između privrednog društva specijalizovanog za istraživanje morskog dna i pronalaženje olupina brodova, sa jedne strane, i vlade Malezije, sa druge, doveo je do dve odluke. Prva je bila odluka o nenadležnosti[34] koja je docnije bila poništena posebnom odlukom o poništaju.[35] Odluke su, dakle, bile različite i uzrok ovih razlika je upravo bio pristup tumačenju dvostranog sporazuma o zaštiti investicija između Malezije i Ujedinjenog Kraljevstva.

U prvom postupku postavilo se prethodno pitanje da li tužioci uopšte imaju ulaganje u smislu merodavnog BIT-a, od čega zavisi i nadležnost arbitražnog suda IKSID-a. Centralno pitanje je bilo da li potraživanje iz ugovora (isplata 70% vrednosti pronađenih artefakata koji su prodati na aukciji) i troškovi u vezi sa izvršenjem ugovora (koji su inače po ugovoru padali na teret kompanije) mogu da se kvalifikuju za investiciju koja bi uživala materijalnopravnu i procesnopravnu zaštitu iz BIT-a. Dok je tužilac tvrdio da postoji investicija jer postoji „novčano potraživanje", tuženi je smatrao da ovaj ugovor ne može da predstavlja investiciju jer je osnovna svrha ugovora bila arheološko istraživanje, te da ovaj pravni posao ne ispunjava uslove iz tzv. „Salinijevog testa", po svom trajanju, rizicima i ostalim obeležjima.

U ovom predmetu je postupao arbitar pojedinac koji je naglasio da je postojanje investicije ključno pitanje u ovom sporu. Arbitar je pomenuo da IKSID konvencija ne sadrži pojam investicije, ali da se u praksi ovo pitanje relativno često otvara upravo u kontekstu te konvencije. Arbitar se opredelio za član 31 Bečke konvencije i posebno naglasio ciljno tumačenje, ali ovaj put ne iz preambule BIT-a već iz preambule IKSID konvencije sa više puta ponovljenim navođenjem privrednog razvoja i obostrano korisne saradnje između država članica.[36] Pozivanjem na ove

[33] *Ibid*., stav 19.

[34] *Malaysian Historical Salvors SDN, BHD v. Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10,* Odluka o nadležnosti od 17. maja 2007.

[35] *Malaysian Historical Salvors SDN, BHD v. Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10,* Odluka o zahtevu za poništaj od 16. aprila 2009.

[36] *Malaysian Historical Salvors SDN, BHD v. Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10,* Odluka o nadležnosti od 17. maja 2007., stavovi 66-67.

ciljeve arbitar zaključuje: „Prema tome, pojam 'investicija' se mora tumačiti kao aktivnost koja podstiče neki od oblika pozitivnog privrednog razvoja države domaćina."[37] Ovom opštem uslovu koji arbitar izvodi ciljnim tumačenjem biće dodati i oni iz „Salinijevog testa" koji, između ostalog, uključuju i doprinos investicije privrednom razvoju države domaćina. Primenjeni na konkretan slučaj, dovešće do uskraćivanja nadležnosti zbog nepostojanja investicije i to upravo zato što nije bio ispunjen uslov doprinosa privrednom razvoju Malezije.[38]

Tužilac je pokrenuo postupak za poništaj arbitražne odluke pozivajući se na prekoračenje ovlašćenja arbitražnog suda prilikom tumačenja pojma investicije. *Ad hoc* komitet za poništaj je ovaj zahtev usvojio.[39] Centralni deo ove odluke o poništaju čine pravila o tumačenju ugovora. Zaista, komitet počinje svoju analizu sledećom rečenicom: „Ovo je spor o tumačenju međunarodnih ugovora."[40] U svojoj raspravi komitet se osvrće i na ciljno tumačenje, ali odabira drukčiji cilj kao odlučujući: „U svom kontekstu i u skladu sa predmetom i ciljem ugovora – a to je podsticanje kretanja privatnih investicija u države ugovornice putem obezbeđivanja mehanizma koji, omogućavajući međunarodno rešavanje sporova, pomaže obezbeđivanju takvih investicija..."[41] *Ad hoc* komitet za poništaj se u tumačenju pojma investicije oslonio isključivo na merodavni BIT i zamerio je arbitru prve odluke što to nije učinio već se nepotrebno bavio pojmom investicije u smislu IKSID konvencije. *Ad hoc* komitet je zaključio da tužioci imaju investiciju u smislu merodavnog BIT-a: „Sledi, dakle, da je prema odredbama Sporazuma, i u skladu sa njegovim ciljevima, ovaj ugovor investicija. Drugačijem zaključku ovde nema mesta."[42]

Zaista, u oba postupka je ključno pitanje bilo tumačenje međunarodnih ugovora, i u oba postupka je ciljno tumačenje bilo od suštinskog značaja. Ono što ih razlikuje jesu ciljevi koje su arbitri odabrali. U prvom su to ciljevi iz IKSID konvencije koji upućuju na doprinos privrednom razvoju države domaćina. U drugom su to ciljevi iz IKSID konvencije i merodavnog BIT-a sa naglaskom ne samo na zaštitu privatnih investicija već i na prirodu te zaštite koju komitet za poništaj vidi u procesnim arbitražnim mehanizmima. Iako *ad hoc* komitet za poništaj to ne govori izričito, čini se da je zasnivanje nadležnosti upravo cilj IKSID konvencije i BIT-a.

---

[37] *Ibid*., stav 68.

[38] *Ibid*., stavovi 124, 143.

[39] *Malaysian Historical Salvors SDN, BHD v. Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10,* Odluka o zahtevu za poništaj od 16. aprila 2009.

[40] *Ibid*., stav 56.

[41] *Ibid*., stav 57.

[42] *Ibid*., stav 61.

Ovaj arbitražni predmet prilično dobro ilustruje sve zamke i nedostatke ciljnog tumačenja – ono može biti preširoko, proizvoljno i, na kraju, kontradiktorno jer nisu ni svi ciljevi jednog ugovornog režima (a ovde imamo čak dva ugovorna režima) konvergentni.

5. Kritički osvrt na metod ciljnog tumačenja u praksi međunarodne investicione arbitraže

Navedeni predmeti nisu jedini u kojima su preambula ugovora i ciljno tumačenje imali odlučujući uticaj u donošenju odluke.[43] Oni pokazuju kako se u međunarodnoj investicionoj arbitraži poklanja neobično veliki značaj preambuli i ciljevima ugovora. Ove odluke ilustruju pristup arbitražnih sudova pravilima tumačenja[44] i, u poređenju sa drugim međunarodnim sudskim i arbitražnim telima, lakoću sa kojom se opredeljuju za samo jedan od metoda tumačenja. Ovi predmeti takođe pokazuju da će opredeljenje za ciljeve po pravilu za rezultat imati proinvestitorski stav arbitražnih sudova. Izuzetak od ovakvog zaključka mogla bi biti odluka u malezijskom predmetu, ali je *ad hoc* komitet za poništaj zapravo potvrdio vezu između opredeljenja za ciljno tumačenja i proinvestitorskog stava.

Ovi i slični predmeti otvaraju nekoliko pitanja. Prvo je da li je zaista opravdano prilikom tumačenja davati prednost preambuli i ciljnom tumačenju u odnosu na dispozitivni deo ugovora i tekst koji predviđa prava i obaveze. Drugo pitanje je odabir ciljeva jer ih u merodavnim ugovorima po pravilu ima više i mogu biti međusobno suprotni. Poslednje pitanje je, čak i ako je oslonac na ciljeve opravdan, kako arbitražni tribunali tumače tako odabrane ciljeve: da li je, na primer, zaštita privatne inicijative jednaka projurisdikcionom tumačenju? Dakle, poslednje pitanje je kako se dovode u vezu opšti ciljevi sa vrlo strogim i formalnim uslovima zasnivanja nadležnosti, te kako se to uvek dešava da se zaštita investitora na jednom opštem nivou svede na tumačenje u korist tužioca. Da li zaista postoji tako jasna logička korelacija između ova dva elementa?

Kako je već navedeno, međunarodna investiciona arbitraža jeste mesto gde se preambuli i ciljnom tumačenju ugovora daje veći značaj nego u drugim međunarodnim sudskim i arbitražnim forumima što odstupa od op-

[43] *SGS Societe Generale de Surveillance S.A.* v. *Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Odluka o nadležnosti od 29. januara 2004.; *Noble Ventures Inc v Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Odluka od 12. oktobra 2005, i dr.

[44] Postoje i primeri arbitražnih odluka koje su bile posvećene isključivo pitanju tumačenja (HEP protiv Slovenije). Vid. Maja Stanivuković, "State-Investor Disputes Connected to Foreign Investments in the Nuclear Energy Sector: A Review of the Two Cases Arising Under the Energy Charter Treaty", *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2011, 276-279.

šteg i jedinstvenog pravila o tumačenju međunarodnih ugovora. Ovo obeležje nije ostalo neprimećeno. Sornaradža, na primer, kritikuje ovaj trend:

„Selektivna upotreba različitih tehnika tumačenja zahteva objašnjenje. Objašnjenje koje je ovde dato zasniva se na sukobu dve ideološke pozicije pre nego na pravnim tehnikama tumačenja. Ekspeditivnost, a ne načelo diktira izbor pravila tumačenja. U sukobu dva suprotstavljena tabora tehnike tumačenja se koriste selektivno što ukazuje na alarmantno odstupanje od normi tumačenja propisanih međunarodnim pravom. Ovakvo odstupanje se može objasniti samo vanpravnim argumentima, kada u investicionim odlukama postoji takav stepen subjektivnosti koji najviše zavisi od ideološke predodređenosti arbitara koji čine arbitražno veće."[45]

Već je rečeno u ovom radu da član 31 Bečke konvencije zahteva jednaku primenu svih navedenih metoda tumačenja i tako isključuje davanje prvenstva nekom od metoda ili isključivanje nekog od njih. Prema tome, posebno naglašavanje preambule i davanje prednosti uvodu u odnosu na dispozitivni tekst je a priori odstupanje od osnovnog pravila o tumačenju međunarodnih ugovora.

Zakari Daglas smatra da je oslonac na ciljeve iz preambule pogrešan pristup koji odstupa od pravnih pravila, jer preambula navodi ciljeve (*policies*) dok ugovor u svojim odredbama sadrži pravna pravila i standarde. Politički ciljevi i standardi nisu isto jer, Daglas primećuje pozivajući se na Dvorkina, *policies* su zajednički cilj koji se želi postići, ali on postoji van pravnog režima koji je jasno utvrđen obaveznim standardima.[46] U tom smislu Daglas zaključuje:

„Međunarodni investicioni tribunal nema nadležnost da promoviše opšti cilj 'veće privredne saradnje' niti da 'stimulište protok privatnog kapitala i privredni razvoj [ugovornih] strana' ili da 'poveća efektivno korišćenje privrednih resursa i unapredi životni standard', da se poslužimo jezikom preambule model BIT-a SAD. Nadležnost investicionog tribunala nije ništa više i ništa manje od rešavanja konkretnog spora između dve ili više strana. Tužilac zahteva utvrđenje pojedinačnog prava na naknadu štete za akte države domaćina koje su u konkretnom slučaju dovele do povrede. Obe strane u sporu iznose argumente kojima tvrde da su njihovi akti u skladu sa načelima 'poštenog i pravičnog tretmana' i 'eksproprijacije' iz ugovora. Zajednički ciljevi koji su motivisali ugovorne strane da zaključe investicioni ugovor, kako je to formulisano u preambuli, ne ne

[45] Muthucumaraswamy Sornarajah, *Resistence and Change in the International Law on Foreign Investment*, Cambridge 2015, 149-150.

[46] Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge 2012, 82-83, pasusi 146-147.

mogu biti odlučujući za odluku tribunala o suprotnim tvrdnjama strana u sporu o individualnim pravima."[47]

Dakle, sprovođenje preambule, naročito u arbitražnom postupku u kojem postoje dve suprotstavljene strane koje traže utvrđenje individualnih prava, moglo bi se smatrati i kretanjem van nadležnosti arbitraže. Zaista, način na koji arbitražni sudovi ponekad tumače preambulu može izgledati upravo kao njeno sprovođenje. Čini se opravdanom opaska da tako nešto uopšte nije zadatak jednog arbitražnog suda.

Preambule će neretko sadržati više ciljeva, i pored podsticanja i zaštite stranih ulagača i njihovih ulaganja (na koji su se arbitražni sudovi u odabranim primerima i pozivali), vrlo često će tu svoje mesto pronaći i privredni razvoj države domaćina, ili razvoj privredne saradnje dve države. IKSID konvencija pominje upravo privredni razvoj država domaćina. U stvarnosti ciljevi i razlozi zaključivanja investicionih sporazuma zaista mogu biti različiti, čak i suprotstavljeni.[48]

Postoji još jedno pitanje u vezi sa ovakvim pristupom, a to je da li se zaista unapređuje privredna saradnja primenom preambule. Da li se na bilo koji način može dokazati da će se privredna saradnja poboljšati odabranim tumačenjem (bez obzira da li je ono u korist tužioca ili tuženog)? Isto tako, da li će široko tumačenje nekog načela kojim se, po pravilu, proširuje obaveza a samim tim i odgovornost države, zaista unaprediti privrednu saradnju? Posezanje za velikim rečima može ponekad delovati čak i površno i kao lakonsko opravdanje za neutemeljeno tumačenje merodavnog međunarodnog ugovora. Pitanje je da li postoji i ona druga veza, između investicionih ugovora i privrednog razvoja: „Preambule su viđene kao dozvola za promovisanje ciljnog tumačenja odredaba ugovora tako da se prednost daje investicionoj zaštiti. Veza između privrednog razvoja i investicionih ugovora je u teoriji oštro osporavana."[49]

Poslednje pitanje je šta opravdava stav pojedinih arbitražnih sudova da osloncem na cilj zaštite stranih investicija konkretan pravni zahtev tretiraju kao osnovan jer tako navodno ostvaruju željenu zaštitu. Ovako postavljen okvir zapravo stvara aksiom po kojem BIT svaki tužbeni zahtev čini osnovanim, ili bar za njegovu osnovanost postoji pretpostavka. Jedan

---

[47] *Ibid.*, 83-84, pasus 148.

[48] „Države koje zaključuju međunarodne investicione sporazume mogu imati različite ciljeve za takvo postupanje. Države koje su prvenstveno izvoznice kapitala su zainteresovane za njihovu zaštitu, dok su države koje su uvoznice kapitala zainteresovane za uvećanje koristi koje ostvaruju iz stranih investicija uz zaštitu suvereniteta." – Omar E. Garcia-Bolivar, "The Teleology of International Investment Law: The Role of Purpose in the Interpretation of International Investment Agreements", *The Journal of World Investment & Trade* 5/2005, 751.

[49] M. Sornarajah, 44.

od najpoznatijih citata koji dokazuju ovakav pristup međunarodnih investicionih arbitražnih sudova se može naći u odluci SGS protiv Filipina: „Predmet i cilj BIT-a podržava efektivno tumačenje člana X(2). BIT je međunarodni ugovor za podsticanje i uzajamnu zaštitu investicija. Prema preambuli njegova je svrha da 'stvori i održi povoljne uslove za investicije investitora jedne države ugovornice na teritoriji druge.' Opravdano je rešavati nejasnoće u tumačenju tako da se zaštite investicije."[50] Kako mnogi autori primećuju, ovakvo tumačenje favorizuje investitore već iz samog razloga što su tužioci.[51]

Tumačenje u korist investitora na osnovu opštih ciljeva jednog međunarodnog ugovora predstavlja tzv. vrednosno tumačenje i opasno je za opšti sistem međunarodnog prava: „Tumačenje zasnovano na vrednosnim ocenama verovatno predstavlja metod tumačenja koji je najrizičniji za fragmentaciju i sukobe između sudova: ako investicioni arbitražni sudovi tumače proinvestitorski, sudovi za ljudska prava *pro homine* i tribunali STO tumače protrgovački, time će rizik neusaglašenosti samo biti veći."[52] Ne samo da proinvestitorsko tumačenje rizikuje fragmentaciju već upravo to što je takav pristup suprotan ujednačenom i sistemskom tumačenju svedoči o njegovoj neadekvatnosti.

6. Zaključak

U međunarodnoj investicionoj arbitraži je pozivanje na preambulu i ciljeve međunarodnih ugovora o zaštiti stranih ulaganja relativno česta pojava. Iako Bečka konvencija o ugovornom pravu zahteva jednako poštovanje teksta, konteksta i ciljeva ugovora, u onim slučajevima u kojima su investicioni arbitražni sudovi narušili ovaj ekvilibrijum i tumačenje se našlo van ravnoteže i pretegnulo je ka proinvestitorskom tumačenju. Nekoliko predmeta koji su bili predmet istraživanja ilustruju blisku vezu između oslonca na ciljeve i jednostranog tumačenja međunarodnih ugovora u korist tužilaca. Iako ove odluke nisu jedine, i iako postoje odluke koje zagovaraju uravnotežen pristup tumačenju i primeni međunarodnih ugovora o zaštiti investicija, one ipak pokazuju jedan zabrinjavajući trend koji odstupa ne samo od opšteg pravila o tumačenju već i od opšte percepcije međunarodnog prava.

---

[50] *SGS v Philippine*s, stav 116.

[51] „U kontekstu međunarodnih investicionih sporova, upućivanje na ciljeve iz preambule prilikom tumačenja ugovornih odredbi je vodilo ka prihvatanju tužiočevog parničnog stava samo zbog toga što je tužilac bio investitor." - Z. Douglas (2012), 84, stav 149.

[52] Joost Pauwelyn, Manfred Elsig, *The Politics of Treaty Interpretation: Variations and Explanations Across International Tribunals*, 2011, 6. Dostupno na SSRN: *http://ssrn.com/abstract=1938618 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1938618*.

Sanja V. Đajić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

Teleological Interpretation of International Investment Agreements: From Preamble to Preamble

Abstract: *This article tackles the general issue of the general rule on treaty interpretation envisaged in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties as applied in investment treaty arbitration. Against the background of three notable cases (Siemens v Argentina, Tokios Tokeles v Ukraine, and Malaysian Historical Salvors v Malaysia) the author explores the ramifications of the method of teleological interpretation that was embraced by these three arbitral tribunals. The author argues that in all three cases the general rule on interpretation, which requires all elements (text, context, object and purpose) be treated equally, gave way to the teleological method which in turn disturbed the equilibrium of both the treaties under examination and the general rule of interpretation. This is further evidenced by the proinvestor result in all three cases. Therefore, it is arguable that preference of teleological method over the general and integrative approach will likely lead to proinvestor awards.*

Key words: *Vienna Convention on the Law of Treaties, investment treaty arbitration, treaty interpretation, teleological interpretation, Siemens v Argentina, Tokios Tokeles v Ukraine, Malaysian Historical Salvors v Malaysia.*

Datum prijema rada: 08.08.2015.

Originalni naučni rad 336.225.3
doi:10.5937/zrpfns49-9013

Dr Goran B. Milošević, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
G.Milosevic@pf.uns.ac.rs

Dr Mirko V. Kulić, glavni i odgovorni urednik
časopisa „Finansije i porezi"
mirkokulic@hotmail.com

NASTANAK I VREME ISPUNJENJA PORESKE OBAVEZE[1]

Sažetak: *Poreska obaveza predstavlja dužnost poreskog obveznika da plati utvrđeni porez. Poreski obveznik je odgovaran za ispunjenje poreske obaveze od momenta kada su nastale činjenice za koje je zakonodavac propisao da stvaraju poresku obavezu. Momenat nastanka poreske obaveze određuje se za svaki porez posebno, u skladu s odgovarajućim poreskim zakonom. Ispunjenje poreske obaveze sastoji se u plaćanju o dospelosti dugovanog iznosa poreza.*

Ključne reči: *porez, poreska obaveza, poreski obveznik, nastanak poreske obaveze, vreme ispunjenja, poreski događaj.*

1. UVODNE NAPOMENE

Poreska obaveza, odnosno obaveza plaćanja poreza predstavlja dužnost poreskog dužnika da plati utvrđeni porez i druge javne prihode, uključujući i sporedna poreska davanja, pod uslovima propisanim poreskim zakonom. Poreski dužnik odgovara za ispunjenje poreske obaveze od momenta kada su nastale činjenice za koje je poreskim zakonom propisano da stvaraju poresku obavezu. Te činjenice predstavljaju neki realni poreski događaj.

Kod *periodičnih poreza* (npr. porez na imovinu, porez na zarade, porez na dobit pravnih lica), jednom nastala, poreska obaveza traje više

[1] Rad je zasnovan na istraživanjima vršenim u okviru naučnoistraživačkog projekta pod nazivom „*Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)*" koji se finansira iz izvornih prihoda Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu.

godina, a prestaje izuzetno (npr. ako se sruši zgrada na koju se plaća porez na imovinu, likvidira se privredno društvo koje je plaćalo porez na dobit, prestane radni odnos fizičkom licu koje je plaćalo porez na zarade i sl.).[2] Kod ovih poreza predmet poreske obaveze (poreski dug) nastaje svake godine, svakog tromesečja, svakog meseca ili češće (npr. prilikom svake isplate prihoda) i gasi se prilikom svakog ispunjenja.

Kod *neperiodičnih poreza* (npr. porez na kapitalne dobitke, porez na prenos apsolutnih prava, porez na nasleđe i poklon i dr.) poreska obaveza traje samo dok se ne ugasi poreski dug (npr. dok se ne plati dugovani porez).

Nastala poreska obaveza mora se izmiriti od strane porekog dužnika u roku za izmirenje. Izmirenje poreske obaveze sastoji se u plaćanju o dospelosti dugovanog iznosa poreza.[3] Po pravilu, izmirenje poreske obaveze vrši neposredno poreski obveznik, osim u slučajevima propisanim zakonom kada je drugo lice odgovorno za izmirenje poreske obaveze poreskog obveznika. Ukoliko poreski obveznik ne izmiri poresu obavezu o dospelosti, pada u dužničku docnju. Posledice docnje po obveznika mogu biti: plaćanje zatezne kamate, prinudna naplata poreza i ustanovljenje založnog prava u korist Republike Srbije, odnosno jedinica lokalne samouprave - za izvorne javne prihode koje utvrđuje, naplaćuje i kontroliše u javnopravnom odnosu.[4]

2. NASTANAK PORESKE OBAVEZE

Nastanak poreske obaveze vezuje se za onaj momenat kada nastupe činjenice za koje zakonodavac vezuje stvaranje određenih poresko-pravnih odnosa. Momenat nastanka poreske obaveze određuje se za svaki porez posebno, u skladu s odgovarajućim poreskim zakonom.

2.1. Nastanak poreske obaveze kod poreza na dohodak građana[5]

Obaveza poreza na dohodak građana nastaje na nekoliko različitih načina, u zavisnosti od vrste prihoda koje obveznik ostvaruje. U tom smi-

---

[2] D. Popović, Poresko pravo, Beograd, 2010, str. 101.

[3] G. Milošević, M. Kulić, Poresko pravo, Novi Sad, 2015, str. 174.

[4] Član 86 Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji ("Službeni glasnik RS", br. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 61/07, 20/09 i 72/09 - dr. zakon, 53/10, 101/11, 2/12 - ispravka, 93/12, 47/13, 108/13, 68/14, 105/14) – u daljem tekstu: ZPPPA).

[5] Zakon o porezu na dohodak građana („Službeni glasnik RS", br. 24/01 , 80/02 - dr. zakon, 80/02, 135/04, 62/06, 65/06 - ispravka, 31/09, 44/09, 18/10, 50/11, 91/11 - US, 93/12, 114/12 - US, 47/13, 48/13 - ispravka, 108/13, 57/14, 68/14 - dr. Zakon – u daljem tekstu ZPDG).

slu treba razlikovati: 1) cedularne[6] periodične poreze, 2) cedularne neperiodične poreze i 3) godišnji porez na dohodak građana.

2.1.1. Nastanak poreske obaveze kod cedularnih periodičnih poreza

Kod *zarada* poreska obaveza nastaje danom zaključenja ugovora o radu. Poreski dug kod ovog poreza nastaje prilikom svake isplate zarade.

Kod *prihoda od samostalne delatnosti* poreska obaveza nastaje danom registrovanja te delatnosti, a ako delatnost nije registrovana, poreska obaveza nastaje danom otpočinjanja obavljanja delatnosti.

Kod *prihoda sportista i sportskih stručnjaka* poreska obaveza nastaje danom zaključivanja odgovarajućeg ugovora između sportske organizacije, odnosno organizacije za obavljanje sportske delatnosti, sportskog društava ili saveza, s jedne, i profesionalnog sportiste, sportiste-amatera, sportskog stručnjaka ili stručnjaka u sportu, s druge strane.[7] Poreski dug kod ovog poreza nastaje prilikom isplate svakog prihoda.

Kod *prihoda od kamata* poreska obaveza nastaje zaključenjem ugovora o zajmu ili ugovora o otvaranju štednog depozita, odnosno u momentu nabavke dužničke hartije od vrednosti (obveznice, komercijalnog zapisa, blagajničkog zapisa i dr.) Kod *prihoda od dividende ili udela* u dobiti poreska obaveza nastaje upisom člana privrednog društva u odgovarajući registar akcionara, odnosno članova. Kod *prihoda od primanja zaposlenih i članova uprave privrednog društva* po osnovu učešća u dobiti poreska obaveza nastaje danom sticanja svojstva zaposlenog, odnosno člana uprave. Kod *prihoda po osnovu uzimanja iz imovine i korišćenja usluga privrednog društva od strane vlasnika* privrednog društva za njihove privatne potrebe, poreska obaveza nastaje danom sticanja svojstva vlasnika privrednog društva. Kod *prihoda od primanja člana otvorenog investicionog fonda* po osnovu prava na srazmerni deo prihoda od investicione jedinice poreska obaveza nastaje danom sticanja svojstva člana otvorenog investicionog fonda, koje se stiče kupovinom investicione jedinice. Poreski dug kod svih oblika poreza na prihode od kapitala nastaje prilikom ostvarivanja odgovarajućeg prihoda. Za prihode od kapitala po osnovu kamate, poreski dug nastaje prilikom svake isplate, odnosno prilikom godišnjeg pripisivanja (obračuna) kamate.

---

[6] Cvjetana Cvjetković, „Specifičnosti oporezivanja dohotka fizičkih lica u evropskom i domaćem pravu“, Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2010. br. 1 str. 183.

[7] Član 84a st. 1. ZPDG.

Kod *prihoda od nepokretnosti*, kao i kod *prihoda od davanja u zakup pokretnih stvari* (opreme, transportnih sredstava i drugih pokretnih stvari) poreska obaveza nastaje danom predaje stvari zakupcu na korišćenje po osnovu zaključenog ugovora o zakupu nepokretnosti, odnosno pokretnih stvari. Obveznik poreza na prihode od nepokretnosti, kao i obveznik poreza na prihode od davanja u zakup pokretnih stvari, dužni su da podnesu poresku prijavu i u slučaju kada se ovaj porez plaća po odbitku, najkasnije u roku od 30 dana od dana zaključenja ugovora o zakupu, odnosno podzakupu.[8] Poreska prijava sa obračunatim porezom na prihode od izdavanja nepokretnosti i davanja u zakup pokretnih stvari za koji je utvrđena obaveza samooporezivanja, podnosi se u roku od 45 dana od dana ostvarivanja prihoda.[9] Obaveza podnošenja poreske prijave na navedeni način ima „kontrolni" karakter. Poreski dug kod ovih poreza nastaje prilikom svake isplate prihoda.

2.1.2. Nastanak poreske obaveze kod cedularnih neperiodičnih poreza

Kod prihoda od *autorskih prava*, prava srodnih autorskom pravu i prava industrijske svojine poreska obaveza nastaje danom ostvarivanja prihoda.

Kod *kapitalnih dobitaka* poreska obaveza nastaje danom prodaje ili drugim prenosom uz naknadu stvarnih prava na nepokretnostima, trajnog prava korišćenja i prava gradnje na gradskom građevinskom zemljištu, prava intelektualne svojine, udela u imovini pravnih lica, akcija i ostalih hartija od vrednosti, osim dužničkih hartija od vrednosti bez kupona, investicione jedinice otkupljene od strane otvorenog investicionog fonda, investicione jedinice dobrovoljnog penzijskog fonda i akumuliranih sredstava po osnovu programirane isplate sa računa člana dobrovoljnog penzijskog fonda.

Kod *dobitaka od igara na sreću* i kod *prihoda od osiguranja lica* poreska obaveza nastaje danom isplate.

Kod *drugih prihoda* poreska obaveza nastaje danom ostvarivanja prihoda. Drugim prihodima smatraju se oni prihodi koji po svojoj prirodi čine dohodak fizičkog lica, a naročito: 1) prihodi po osnovu ugovora o delu; 2) prihodi po osnovu ugovora o obavljanju privremenih i povremenih poslova zaključenih preko omladinske ili studentske zadruge sa licem do navršenih 26 godina života ako je na školovanju u ustanovama

[8] Član 95. st. 4. ZPDG.
[9] Član 95. st. 5. ZPDG.

srednjeg, višeg ili visokog obrazovanja; 3) prihodi po osnovu dopunskog rada; 4) prihodi po osnovu trgovinskog zastupanja; 5) primanja članova organa uprave pravnog lica; 6) naknada poslanicima i odbornicima 7) naknada u vezi sa izvršavanjem poslova odbrane, civilne zaštite i zaštite od elementarnih nepogoda; 8) primanja stečajnih upravnika, sudskih veštaka, sudija porotnika i sudskih tumača; 9) prihodi po osnovu prikupljanja i prodaje sekundarnih sirovina, uzgajanja i prodaje pečuraka, uzgoja i prodaje pčelinjeg roja (pčela), uzgoja i prodaje puževa, odnosno po osnovu prodaje drugih dobara ostvarenih obavljanjem privremenih ili povremenih poslova; 10) nagrade, novčane pomoći i druga davanja fizičkim licima koja nisu zaposlena kod isplatioca; 11) primanja koja su izuzeta iz dohodka za oporezivanje[10] iznad propisanih neoporezivih iznosa; 12) naknade troškova i drugi rashodi licima koja nisu zaposlena kod isplatioca; 13) uzimanje iz imovine i korišćenje usluga privrednog društva od strane vlasnika društva za njihove privatne potrebe; 14) primanja koja, saglasno zakonu kojim se uređuje rad, ostvari zaposleni po osnovu učešća u dobiti ostvarenoj u poslovnoj godini; 15) prihodi koje ostvari fizičko lice izdavanjem nepokretnosti u podzakup; 16) svi drugi prihodi koji nisu oporezovani po drugom osnovu ili nisu izuzeti od oporezivanja ili oslobođeni plaćanja poreza po zakonu, osim prihoda od prodaje poljoprivrednih i šumskih proizvoda, odnosno plodova i lekovitog bilja koje ostvare fizička lica: (1) nosioci poljoprivrednog gazdinstva; (2) koja doprinose za obavezno socijalno osiguranje plaćaju po rešenju u skladu sa zakonom kojim se uređuju doprinosi za obavezno socijalno osiguranje, i (3) korisnici poljoprivredne penzije.

2.1.3. Nastanak poreske obaveze kod godišnjeg poreza na dohodak građana

Poreska obaveza po osnovu *godišnjeg poreza na dohodak građana* nastaje istekom kalendarske godine u kojoj je ostvaren dohodak iznad predviđenog neoporezivog iznosa.[11] Ovaj porez plaćaju fizička lica – rezidenti, koji su u kalendarskoj godini ostvarili dohodak veći od trostrukog iznosa prosečne godišnje zarade po zaposlenom isplaćene u Srbiji u godini za koju se utvrđuje porez, prema podacima republičkog organa nadležnog za poslove statistike.[12]

[10] Član 9. ZPDG.
[11] Cvjetana Cvjetković, cit. delo, str. 193.
[12] Član 87. st 1. ZPDG.

2.2. Nastanak poreske obaveze kod poreza na imovinu[13]

Kod poreza na imovinu poreska obaveza nastaje u momentu sticanja nekog od stvarnih prava na nepokretnosti (zemljište, stambene i poslovne zgrade, stanovi, poslovne prostorije, garaže, zgrade i prostorije za odmor i rekreaciju i drugi građevinski objekti, odnosno njihovi delovi) koje predstavlja objekat oporezivanja – 1) pravo svojine, odnosno pravo svojine na zemljištu površine preko 10 ari; 2) pravo zakupa stana ili stambene zgrade konstituisano u korist fizičkih lica, u skladu sa zakonom kojim je uređeno stanovanje, odnosno socijalno stanovanje, odnosno zakonom kojim su uređene izbeglice, za period duži od jedne godine ili na neodređeno vreme; 3) pravo korišćenja građevinskog zemljišta površine preko 10 ari, u skladu sa zakonom kojim se uređuje pravni režim građevinskog zemljišta; 4) pravo korišćenja nepokretnosti u javnoj svojini od strane imaoca prava korišćenja, u skladu sa zakonom kojim se uređuje javna svojina; 5) korišćenje nepokretnosti u javnoj svojini od strane korisnika nepokretnosti, u skladu sa zakonom kojim se uređuje javna svojina; 6) državinu nepokretnosti na kojoj imalac prava svojine nije poznat ili nije određen; 7) državinu nepokretnosti u javnoj svojini, bez pravnog osnova, i 8) državinu i korišćenje nepokretnosti po osnovu ugovora o finansijskom lizingu.

Obaveza po osnovu poreza na imovinu, kada se *pravo svojine* stiče pravnim poslom *inter vivos* (među živim ljudima) nastaje danom zaključenja ugovora (o kupovini, poklonu ili razmeni), odnosno danom overe potpisa ugovornih strana na ugovoru.

Kod *nasleđivanja* prava svojine na nepokretnosti poreska obaveza nastaje u momentu smrti ostavioca (delacije). Ako bi se za momenat sticanja prava svojine uzeo dan pravosnažnosti rešenja o nasleđivanju, između dana ostaviočeve smrti i dana pravosnažnosti tog rešenja postojao bi *hereditas iacens* (ležeće nasledstvo), što bi, sa stanovišta poreskog prava, predstavljalo svojevrstan „vakum“ u oporezivanju

Poreska obaveza kod sticanja prava svojine *na osnovu odluke* (presude ili rešenja) nadležnog državnog organa (suda ili organa uprave) nastaje danom konačnosti, odnosno pravosnažnosti te odluke.

Određivanje momenta nastanka poreske obaveze u vezi imovine koja je stečena *održajem* ima određene specifičnosti zbog prirode samog održaja. Za sticanje prava svojine kod održaja relevantan je momenat isteka roka za održaj, koji za zakonitu i savesnu državinu iznosi 10 godina,

[13] Zakon o porezima na imovinu („Službeni glasnik RS“ br. 26/01, 45/02 - US, Sl. list SRJ br. 42/02 - US, Sl. glasnik RS br. 80/02 - dr. zakon, 80/02, 135/04, 61/07, 5/09, 101/10, 24/11, 78/11, 57/12 - US, 47/13, 68/14 - dr. Zakon – u daljem tekstu ZPI).

a za nezakonitu i savesnu državinu iznosi 20 godina.[14] U oba ova slučaja ispunjen je uslov da držalac (uzukapijent) opravdano veruje da je vlasnik imovine. Moglo bi se pomisliti da je dan isteka roka za održaj relevantan i za nastanak poreske obaveze. Međutim, i u vreme trajanja roka za održaj porez na imovinu se plaća. Ako to vrši vlasnik, on time vrši svoje pravo svojine, pa nema ni održaja. Proizilazi da porez na imovinu tokom roka za održaj plaća uzukapijent, jer on kao savesni držalac, ne zna za postojanje vlasnika koji ne vrši svoje pravo, pa momentom nastanka poreske obaveze, u ovom slučaju, treba uzeti dan sticanja uzukapione državine. U pravcu ovog stava ide i činjenica da održaj ima retroaktivno dejstvo, pošto istekom zakonskog roka uzukapijent postaje vlasnik, a njegovo pravo svojine postoji od momenta sticanja državine.

Kod *izgradnje ili dogradnje nepokretnosti* pravo svojine se, načelno, stiče upisom u zemljišne knjige. Međutim, da bi se sprečila poreska evazija, u Zakonu o porezima na imovinu predviđeni su i posebni uslovi nastanka poreske obaveze. Tako obaveza po osnovu poreza na imovinu nastaje danom: 1) konačnosti rešenja o izdavanju upotrebne dozvole i 2) danom omogućavanja korišćenja imovine na drugi način. Ovaj drugi uslov važi u slučaju kada je lice bez odobrenja nadležnog organa podiglo nepokretnost (pa zato uopšte ne može dobiti upotrebnu dozvolu), odnosno kada se građevinski objekat namenjen tržištu namerno ne dovršava da bi se odložilo (izbeglo) plaćanje poreza.

I kod *prava stanovanja* poreska obaveza nastaje u momentu sticanja tog prava.

Kod *prava zakupa stana ili stambene zgrade,* u smislu zakona kojim je uređeno stanovanje, na period duži od jedne godine ili na neodređeno vreme, poreska obaveza nastaje momentom zaključenja ugovora o zakupu, koji mora biti u pismenoj formi.

Kod *prava korišćenja gradskog građevinskog zemljišta*, odnosno javnog građevinskog zemljišta ili drugog građevinskog zemljišta u državnoj svojini površine preko 10 ari, poreska obaveza nastaje u momentu konačnosti rešenja nadležnog organa o davanju zemljišta na korišćenje.

Poreska obaveza kod *poreza na nasleđe i poklon* nastaje različito. Poreska obaveza u odnosu na *nasleđe* nastaje danom pravosnažnosti rešenja o nasleđivanju. Poreska obaveza u odnosu na *poklon* nastaje danom zaključenja ugovora o poklonu, a ako ugovor nije zaključen u pismenoj formi – danom prijema poklona. Ako je na nepokretnosti koja je predmet nasleđivanja ili poklona konstituisano pravo plodouživanja, poreska obaveza nastaje

[14] Član 28 Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa, ("Sl. list SFRJ", br. 6/80 i 36/90, "Sl. list SRJ", br. 29/96 i "Sl. glasnik RS", br. 115/2005 - dr. zakon).

danom prestanka tog prava, osim kada je naslednik, odnosno poklonoprimac lice koje je oslobođeno obaveze plaćanja poreza na nasleđe i poklon.[15]

Ako se prema zakonu, odnosno rešenju o nasleđivanju, prodaja nasleđenih, odnosno na poklon primljenih pokretnih stvari (npr. zaštićeni umetnički predmeti) može vršiti samo na osnovu odobrenja nadležnog organa ili po proteku određenog roka, poreska obaveza nastaje danom pravosnažnosti rešenja o dozvoli prodaje, odnosno danom prodaje stvari.

Ako ugovor o poklonu, rešenje o nasleđivanju ili odluka suda nisu prijavljeni poreskom organu u propisanom roku, ili su prijavljeni neblagovremeno, smatraće se da je poreska obaveza nastala danom saznanja nadležnog poreskog organa za nasleđivanje ili poklon stvari, prava ili novca ili priznavanje prava koja su predmet oporezivanja.

Kod *poreza na prenos apsolutnih prava* poreska obaveza nastaje danom zaključenja ugovora o prenosu apsolutnih prava, odnosno o davanju građevinskog zemljišta u zakup. Kad je predmet ugovora nepokretnost kao buduća stvar, poreska obaveza nastaje primopredajom, odnosno stupanjem u posed nepokretnosti. Kad nije sačinjen punovažan ugovor o prenosu prava na nepokretnosti, u smislu zakona kojim se uređuje promet nepokretnosti, smatraće se da je poreska obaveza nastala danom kada je sticalac prava na nepokretnosti stupio u posed nepokretnosti. Ako se prenos apsolutnih prava vrši po osnovu ugovora o doživotnom izdržavanju, poreska obaveza nastaje danom smrti primaoca izdržavanja, odnosno danom smrti saugovarača ako je doživotno izdržavanje ugovoreno u korist trećeg lica, a ugovorom nije određeno da svojina prelazi na davaoca izdržavanja u trenutku smrti trećeg lica. Ako se prenos apsolutnog prava vrši na osnovu odluke suda, odnosno rešenja nadležnog organa uprave, poreska obaveza nastaje danom pravosnažnosti te odluke, odnosno danom konačnosti tog rešenja. Kod sticanja prava svojine održajem, poreska obaveza nastaje danom pravosnažnosti sudske odluke kojom je to pravo utvrđeno. Ako ugovor o prenosu apsolutnog prava, ugovor o zakupu, odluka suda, odnosno rešenje nadležnog organa uprave ili drugi pravni osnov prenosa prava nisu prijavljeni ili su prijavljeni neblagovremeno, smatraće se da je poreska obaveza nastala danom saznanja nadležnog poreskog organa za prenos.[16]

2.3. Nastanak poreske obaveze kod poreza na dobit i poreza na dodatu vrednost

Obaveza *poreza na dobit pravnog lica* nastaje danom upisa pravnog lica u odgovarajući registar. Poreski obveznik je dužan da nadležnom po-

[15] Član 17. ZPI.
[16] Član 29. ZPI.

reskom organu podnese poresku prijavu u kojoj je obračunat porez, za period za koji se utvrđuje porez. Uz poresku prijavu poreski obveznik je dužan da podnese i poreski bilans[17] za period za koji se utvrđuje porez. Poreska prijava podnosi se u roku od 180 dana od dana isteka perioda za koji se utvrđuje porez. Izuzetno, u slučaju statusne promene koja ima za posledicu prestanak društva, poreska prijava podnosi se u roku od 60 dana od dana statusne promene. Obveznik poreza koji u toku godine otpočne sa obavljanjem delatnosti dužan je da podnese poresku prijavu u roku od 15 dana od dana upisa u registar nadležnog organa. U poreskoj prijavi obveznik daje procenu prihoda, rashoda i dobiti za poreski period koji, za obveznika registrovanog do 15. u mesecu, započinje mesecom u kome je registrovan, a za obveznika registrovanog od 16. do kraja meseca, prvim narednim mesecom.

Poreska prijava za porez po odbitku podnosi se na dan isplate prihoda na koji se obračunava i plaća porez po odbitku u skladu sa Zakonom o porezu na dobit pravnih lica.

Obveznik u postupku likvidacije, u postupku stečaja od dana donošenja rešenja o otvaranju stečajnog postupka do dana početka primene plana reorganizacije ili pravosnažnog rešenja o nastavljanju stečajnog postupka bankrotstvom, kao i u postupku reorganizacije, podnosi poresku prijavu i poreski bilans u roku od 60 dana od dana: (1) otvaranja postupka likvidacije sa stanjem na dan otvaranja postupka likvidacije; (2) okončanja postupka likvidacije sa stanjem na dan okončanja postupka likvidacije; (3) otvaranja postupka stečaja sa stanjem na dan otvaranja postupka stečaja; (4) početka primene plana reorganizacije sa stanjem na taj dan.

Obveznik sa pravosnažnim rešenjem o nastavljanju stečajnog postupka bankrotstvom do pravosnažnosti rešenja o zaključenju stečajnog postupka podnosi poresku prijavu i poreski bilans u roku od 60 dana od dana: (1) pravosnažnosti rešenja o nastavljanju stečajnog postupka bankrotstvom sa stanjem na dan pravosnažnosti tog rešenja; (2) pravosnažnosti rešenja o zaključenju stečajnog postupka bankrotstvom na dan pravosnažnosti tog rešenja.

Kod *poreza na dodatu vrednost* poreska obaveza nastaje danom dostavljanja potvrde o izvršenom evidentiranju za porez na dodatu vrednost. Ovo proističe iz člana 38. Zakona o porezu na dodatu vrednost,[18] gde se navodi, da je obveznik koji je u prethodnih 12 meseci ostvario ukupan

[17] Cvjetana Cvjetković, Utanjena kapitalizacija kao evazioni instrument, Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2010. br. 3 str. 524.

[18] Zakon o porezu na dodatu vrednost („Službeni glasnik RS“, br. 84/04, 86/04, 61/05, 61/07 93/12, 108/13, 68/14 - dr. zakon, 142/14)) – u daljem tekstu: PDV).

promet veći od 8.000.000 dinara dužan da, najkasnije do isteka prvog roka za predaju periodične poreske prijave, podnese evidencionu prijavu nadležnom poreskom organu. U istom roku ovu prijavu podnosi i obveznik koji pri otpočinjanju obavljanja delatnosti proceni da će u narednih 12 meseci ostvariti ukupan promet veći od 8.000.000 dinara. Nadležni poreski organ obvezniku izdaje potvrdu o izvršenom evidentiranju za porez na dodatu vrednost.

Poreska obaveza kod poreza na dodatu vrednost nastaje danom kada se najranije izvrši jedna od sledećih radnji: (a) promet dobara i usluga; (b) naplata, odnosno plaćanje ako je naknada ili deo naknade naplaćen, odnosno plaćen u novcu pre prometa dobara i usluga, i (v) nastanak obaveze plaćanja carinskog duga, kod uvoza dobara, a ako te obaveza nema, danom u kojem bi nastala obaveza plaćanja tog duga. Izuzetno, poreska obaveza za poreskog dužnika i to: (1) poreskog punomoćnika koga odredi strano lice koje u Republici Srbiji nema sedište ni stalnu poslovnu jedinicu, odnosno prebivalište, a koje obavlja promet dobara i usluga u Srbiji, i (2) primaoca dobara i usluga, ako strano lice ne odredi poreskog punomoćnika – nastaje danom kada se izvrši promet dobara i usluga.

2.4. Nastanak poreske obaveze kod poreza na pojedinačna dobra i usluge

Obaveza po osnovu *akcize* nastaje kada su akcizni proizvodi: (1) derivati nafte; (2) biogoriva i biotečnosti; (3) duvanske prerađevine; (4) alkoholna pića, i (5) kafa, - *proizvedeni* u Republici Srbiji, odnosno *uvezeni* u Republiku Srbiju. Uvezenim akciznim proizvodima smatraju se akcizni proizvodi koji su uvezeni u skladu sa carinskim, odnosno spoljnotrgovinskim propisima.

Poreska obaveza kod akciza, u principu, nastaje u momentu stavljanja akciznih proizvoda u promet (član 21. Zakona o akcizama[19]). Stavljanjem u promet akciznih proizvoda smatra se: (1) svako otpremanje akciznih proizvoda iz proizvodnog pogona od strane proizvođača akciznih proizvoda za koje nema akciznu dozvolu, osim otpremanja akciznih proizvoda iz proizvodnog pogona u carinsko skladište za koje je nadležni organ dao akciznu dozvolu, otvoreno u skladu sa carinskim propisima; (2) svako otpremanje akciznih proizvoda iz akciznog skladišta, osim otpre-

[19] Zakon o akcizama („Službeni glasnik RS“, br. 22/01, 73/01, 80/02 - dr. zakon, 80/02, 43/03, 72/03, 43/04, 55/04, 135/04, 46/05, 101/05 - dr. zakon, 61/07, 5/09, 31/09, 101/10, 43/11, 101/11, 93/12, 119/12, 47/13, 68/14 - dr. zakon, 142/14).

manja u sopstveno drugo akcizno skladište, odnosno u carinsko skladište za koje je nadležni organ dao akciznu dozvolu, otvoreno u skladu sa carinskim propisima; (3) iskazivanje manjka proizvoda u akciznom skladištu, osim manjka koji se može pravdati višom silom, i (4) iskazivanje rashoda (kalo, rastur, kvar i lom) u akciznom skladištu iznad količine utvrđene propisom koji donosi Vlada Republike Srbije. Ministar finansija može odobriti formiranje tzv. akciznih skladišta, u kom slučaju se poreska obaveza odlaže, odnosno ona nastaje tek u momentu otpremanja akciznih proizvoda iz tih skladišta.[20]

Obaveza obračunavanja akcize pri uvozu akciznih proizvoda nastaje danom nastanka obaveze obračunavanja uvoznih dažbina.

Zakonodavac je propisao i posebne slučajeve nastanka obaveze obračunavanja akcize.[21] U tom smislu obaveza obračunavanja akcize nastaje pri: (1) prodaji zaplenjenih akciznih proizvoda preko pravnog lica, ovlašćenog od strane državnog organa za prodaju tih proizvoda, i (2) prodaji preko carinskog, odnosno poreskog organa akciznih proizvoda koji su oduzeti u postupku kontrole, odnosno u postupku prinudne naplate.

Kod *poreza na upotrebu, držanje i nošenje dobara*[22] poreska obaveza nastaje u momentu: 1) registracije, odnosno izdavanja saobraćajne dozvole, odnosno registracione nalepnice za motorna vozila, koji se vrše u skladu sa propisima kojima se uređuje bezbednost saobraćaja na putevima, 2) upisa plovila u upisnik i kod svakog produžavanja važnosti brodskog svedočanstva, odnosno plovidbene dozvole, odnosno plutajuće dozvole, koje se vrši u skladu sa propisima kojima se uređuju plovidba i luke na unutrašnjim vodama, 3) upisa vazduhoplova u registar vazduhoplova Republike Srbije ili evidenciju vazduhoplova Republike Srbije i kod svakog produženja važenja potvrde o proveri plovidbenosti, koji se vrše u skladu sa propisima kojima se uređuje vazdušni saobraćaj, i 4) izdavanja odobrenja, odnosno oružnog lista, odnosno dozvole, za držanje, odnosno za držanje i nošenje oružja.

Kod *poreza na premije neživotnih osiguranja* poreska obaveza nastaje u trenutku zaključenja ugovora o neživotnom osiguranju[23].

---

[20] Član 20a. Zakona o akcizama.

[21] Član 22a Zakona o akcizama.

[22] Zakon o porezima na upotrebu, držanje i nošenje dobara („Službeni glasnik RS“, br. 26/2001, 80/2002, 43/2004, 31/2009, 101/2010, 24/2011, 100/2011 - usklađeni din. izn., 120/2012 - usklađeni din. izn., 113/2013 - usklađeni din. izn., 68/2014 - dr. zakon i 140/2014 - usklađeni din. izn. – u daljem tekstu ZPUDND).

[23] Član 7 st. 1 Zakon o porezu na premije neživotnog osiguranja („Službeni glasnik RS“, br. 135/04 – u daljem tekstu: ZPPNO)

3. VREME ISPUNJENJA PORESKE OBAVEZE

1. **Dospelost** u poreskom pravu označava svojstvo poreskog duga da mu je nastupio rok za ispunjenje. Porez i sporedna poreska davanja (novčane kazne, kamate po osnovu dospelog, a neplaćenog poreza, troškovi postupka prinudne naplate poreza i troškovi poreskoprekršajnog postupka) dospevaju za plaćanje u roku propisanom zakonom. Istekom dana dospelosti poreski dužnik pada u dužničku docnju, od kada počinju da teku rokovi za: 1) obračun kamate, 2) slanje opomene za plaćanje poreza, 3) početak postupka prinudne naplate poreskog duga i 4) donošenje rešenje o ustanovljenju zaloge (u određenim slučajevima).

Ispunjenje poreske obaveze vrši se, po pravilu, plaćanjem novčanog iznosa o dospelosti poreza na propisane uplatne račune javnih prihoda, u rokovima propisanim zakonom. Poresku obavezu ispunjava neposredno poreski obveznik, odnosno poreski platac, osim u slučajevima kada je poreskim zakonom propisano da je drugo lice odgovorno za ispunjenje poreske obaveze poreskog obveznika.[24] Te izuzetke čine slučajevi kada poresku obavezu:

1) pravnog lica u likvidaciji ispunjava likvidacioni upravnik iz novčanih sredstava pravnog lica, uključujući prihode od prodaje imovine[25];

2) pravnog lica u likvidaciji koje nema dovoljno novčanih sredstava da ispuni poresku obavezu u celosti, uključujući i prihode od prodaje imovine, preostali poreski dug plaćaju osnivači, odnosno članovi pravnog lica, ako su, u skladu sa zakonom, statutom ili osnivačkim aktom pravnog lica solidarno odgovorni za obaveze pravnog lica;[26]

3) pravnog lica u stečaju ispunjava stečajni upravnik iz deobne mase[27];

4) pravnog lica koje prestaje da postoji u statusnoj promeni ispunjava pravni sledbenik;[28]

5) preminulog lica ispunjavaju naslednici, u okviru vrednosti nasleđene imovine i u srazmeri sa udelom pojedinog naslednika, u momentu prihvatanja nasledstva;[29]

6) poslovno nesposobnog fizičkog lica ili odsutnog fizičkog lica kome se ne zna prebivalište ispunjava zastupnik iz imovine poreskog obveznika.[30]

---

[24] G. Milošević, M. Kulić, cit. delo, str.173.
[25] Član 20. st.1. ZPPPA.
[26] Član 20. st. 3. ZPPPA.
[27] Član 20. st. 4. ZPPPA.
[28] Član 21. st. 1. ZPPPA.
[29] Član 22. st. 1. ZPPPA.
[30] Član 22. st. 3. ZPPPA.

2. U pogledu nastupanja dospelosti u poreskom pravu moguće je razlikovati sledeće tri situacije:[31]

– kada se porez utvrđuje rešenjem poreskog organa;

– kada je u samom zakonu određeno vreme u kojem porez treba da se plati i

– kada se porez utvrđuje po odbitku.

a) Prva situacija postoji *kada se porez utvrđuje rešenjem poreskog organa*. Tada dospelost nastupa istekom roka koji je naveden u samom rešenju. Ovaj rok u kome treba izvršiti porsku obavezu naziva se *paricionim rokom*[32] i on, po pravili, iznosi 15 dana od dana dostavljanja rešenja. Poresko rešenje postaje *izvršno* pod uslovom da je istekao paricioni rok – što znači i pre nego što je postalo konačno. Poresko rešenje postaje *konačno* kada se protiv njega ne može izjavljivati žalba. Pošto se žalba podnosi u roku od 15 dana od dana prijema poreskog rešenja, ukoliko je poreski obveznik propustio da u roku izjavi žalbu, rešenje će postati konačno istovremeno sa nastupanjem izvršnosti (tj. istekom 15 dana od dana dostavljanja). Ukoliko je žalba uložena, ona nema suspenzivno dejstvo – tj. ne odlaže izvršenje rešenja. Izuzetno, drugostepeni poreski organ može odložiti izvršenje poreskog rešenja protiv kojeg je izjavljena žalba, ako poreski obveznik dokumentuje da bi plaćanjem poreza ili sporednih poreskih davanja pre konačnosti pobijanog akta pretrpeo bitnu ekonomsku štetu. Zaključak o odlaganju izvršenja, protiv kojeg žalba nije dopuštena, donosi po hitnom postupku drugostepeni poreski organ.

Poreska uprava utvrđuje porez donošenjem poreskog rešenja u dva slučaja: 1) u postupku poreske kontrole – ako poreski obveznik, suprotno zakonu, ne obavi utvrđivanje poreske obaveze ili to učini netačno ili nepotpuno i 2) kada je zakonom propisano da se ne sprovodi samooporezivanje ili kada je zakonom propisano da se, uprkos samooporezivanju poresko rešenje mora doneti.

U prvom slučaju, paricioni rok, čijim istekom nastupa dospelost, određuje se samim rešenjem donetim u poreskoj kontroli. Iako u ZPPPA nije određen taj rok, bilo bi celishodno da poreski organ određuje rok koji je poreskim zakonima propisan za drugi slučaj, a to je 15 dana od dana dostavljanja poreskog rešenja.

Kada je u pitanju drugi slučaj, poreskim zakonima predviđeno je da se više poreskih oblika utvrđuje rešenjem Poreske uprave, a paricioni rok je, kada se uopšte ne sprovodi samooporezivanje, po pravilu, određen u vremenu od 15 dana. Tako, godišnji porez na dohodak građana, dospeva

[31] D. Popović, cit. delo, str. 94-96.

[32] D. Popović, cit. delo, str. 94.

u roku od 15 dana od dana dostavljanja rešenja o utvrđivanju poreza.[33] Isti rok važi za porez na nasleđe i poklon, porez na prenos apsolutnih prava,[34] kao i porez na registrovano oružje.[35] Kod poreza na dohodak građana na prihode od samostalne delatnosti na paušalni prihod porez dospeva u roku od 15 dana po isteku svakog meseca.[36] Izuzetno, kod PDV i akcize pri uvozu, dospelost nastupa u roku od osam dana od dana prijema obaveštenja od strane nadležnog carinskog organa o iznosu duga.[37]

Obaveza plaćanja *novčane kazne* dospeva u roku od 15 dana od dana pravosnažnosti rešenja o izricanju novčane kazne.[38]

Porez na dobit pravnih lica utvrđen rešenjem nadležnog poreskog organa na prihode koje ostvari nerezidentno pravno lice od rezidentnog pravnog lica, drugog nerezidentnog pravnog lica, fizičkog lica, nerezidentnog ili rezidentnog ili od otvorenog investicionog fonda, na teritoriji Republike Srbije, po osnovu kapitalnih dobitaka nastalih u skladu sa zakonom, dospeva u roku od 15 dana od dana kada mu je rešenje dostavljeno.

b) Druga situacija javlja se kod onih poreza kod kojih je *u samom zakonu određeno vreme u kojem porez treba da se plati*. U tim slučajevima porez dospeva istekom toga dana, tj. *propisanog dana plaćanja.*

Kod poreza *na dohodak građana* na prihode od samostalne delatnosti koji se plaćaju u vidu mesečnih akontacija dospelost nastupa 15 dana po isteku svakog meseca,[39] a porez na prihode od autorskih prava, prava srodnih autorskom pravu i prava industrijske svojine, porez na prihode od izdavanja nepokretnosti i davanja u zakup pokretnih stvari i porez na ostale prihode, u slučajevima kada isplatilac prihoda nije pravno lice ili preduzetnik, dospevaju u roku od 45 dana od dana početka tromesečja.[40]

Porez *na imovinu* dospeva tromesečno u roku od 45 dana od početka tromesečja (15. februara, 15. maja, 15. avgusta i 15. novembra). Do donošenja rešenja o utvrđivanju poreza na imovinu za tekuću godinu, porez se plaća akontaciono u visini obaveze za poslednje tromesečje godine koja prethodi godini za koju se utvrđuje i plaća porez. Razliku između poreza utvrđenog rešenjem organa jedinice lokalne samouprave i akontaciono

[33] Član 110 ZPDG.
[34] Član 40. ZPI.
[35] Član 26. st. 3. ZPUDND.
[36] Član 110. st. 1. ZPDG.
[37] Član 23. st 2. ZA, čl. 58-59. Zakona o PDV i čl. 260. Carinskog zakona.
[38] Član 65. st. 3. ZPPPA.
[39] Član 114. st. 2. ZPDG.
[40] Član 114. st. 1. ZPDG.

uplaćenog poreza na imovinu za tromesečje za koje je poreska obaveza dospela, obveznik je dužan da uplati u roku od 15 dana od dana dostavljanja prvostepenog rešenja o utvrđivanju poreske obaveze.[41] Obveznik, kome poreska obaveza nastane u toku poreske godine, porez za tromesečje u kome je nastala poreska obaveza, plaća u srazmernom iznosu od nastanka poreske obaveze do isteka tog tromesečja, u roku od 15 dana od dana dostavljanja prvostepenog rešenja o utvrđivanju poreza, a za preostala tromesečja - u roku od 45 dana od dana početka svakog od njih. Ako rešenje za preostala tromesečja nije dostavljeno pre isteka roka od 45 dana od dana početka tromesečja - za ta tromesečja porez se plaća u roku od 15 dana od dana dostavljanja prvostepenog rešenja o utvrđivanju poreza.

Kod *poreza na dobit pravnih lica* mesečna akontacija dospeva za naplatu 15-og u mesecu za prethodni mesec.[42] Ako je obveznik poreza u vidu akontacije platio manje poreza nego što je bio dužan da plati po obavezi obračunatoj u poreskoj prijavi, dužan je da razliku uplati najkasnije do podnošenja poreske prijave.[43] Poreska prijava podnosi se u roku od 180 dana od dana isteka perioda za koji se utvrđuje porez.[44] Poreski obveznik koji nema obavezu plaćanja poreza na dobit u vidu mesečnih akontacija, porez na dobit plaća za poreski period u roku propisanom za podnošenje poreske prijave i poreskog bilansa za taj period.[45]

Kod PDV-a dospelost nastupa onog dana kada je propisano da se mora podneti poreska prijava. Obveznik za koga je poreski period kalendarski mesec podnosi poresku prijavu nadležnom poreskom organu na propisanom obrascu, u roku od 15 dana po isteku poreskog perioda. To znači da, ako je poreski period kalendarski mesec (što važi za obveznike koji su u prethodnih 12 meseci ostvarili ukupan promet veći od 50.000.000 dinara, ili koji procenjuju da će u narednih 12 meseci ostvariti ukupan promet veći od 50.000.000 dinara, kao i za obveznike koji prvi put započnu obavljanje delatnosti u tekućoj kalendarskoj godini, za tekuću i narednu kalendarsku godinu), dospelost PDV nastupa 15. dana u mesecu za prethodni mesec. Ako je poreski period kalendarsko tromesečje, obveznik podnosi poresku prijavu nadležnom poreskom organu na propisanom obrascu, u roku od 20 dana po isteku poreskog perioda. To znači da ako je poreski period tromesečje (što važi za obveznike koji su u pret-

[41] Član 39. st. 4. ZPI.

[42] Član 67. st. 2. Zakona o porezu na dobit pravnih lica („Službeni glasnik RS“, br. 25/01, 80/02, 80/02, 43/03, 84/04 i 18/10, 101/11, 119/12, 47/13, 108/13, 68/14 - dr. zakon, 142/14 – u daljem tekstu: ZPDPL).

[43] Član 66. st. 2. ZPDPL.

[44] Član 63. st. 3. ZPDPL.

[45] Član 68a ZPDPL.

hodnih 12 meseci ostvarili ukupan promet manji od 50.000.000 dinara, ili koji procenjuju da će u narednih 12 meseci ostvariti ukupan promet manji od 50.000.000 dinara), dospelost PDV nastupa 20. aprila za prvi kvartal, 20. jula za drugi kvartal, 20. oktobra za treći kvartal i 20. januara za četvrti kvartal. Izuzetno, PDV se plaća: 1) u roku od 15 dana od dana podnošenja poreske prijave za obveznika PDV koji u prethodnih 12 meseci nije ostvario ukupan promet veći od 8.000.000 dinara; 2) do dana podnošenja zahteva za brisanje iz registra za obveznika koji je dužan da pre podnošenja zahteva za brisanje iz registra obveznika podnese nadležnom poreskom organu zahtev za brisanje iz evidencije obveznika za PDV.

Kod *akcize* dan plaćanja je najkasnije poslednji dan u mesecu (za iznos akcize obračunat za period od 1. do 15. dana u mesecu), odnosno najkasnije 15. dana u mesecu (za iznos akcize obračunat za period od 16. do kraja prethodnog meseca). Obračunatu akcizu pri uvozu obveznik je dužan da plati u rokovima i na način predviđen za plaćanje uvoznih dažbina.[46] Obveznik akcize dužan je da poresku prijavu za obračun akcize podnese u roku od 15 dana po isteku meseca za taj mesec. (čl. 24. Zakona o akcizama).

Kod *poreza na premije neživotnih osiguranja* dospelost nastupa do desetog u mesecu za ugovore o osiguranju zaključene u prethodnom mesecu.[47]

v) Treća situacija javlja se *kod poreza koji se plaćaju po odbitku*, kada poreski dug dospeva istovremeno sa nastankom poreske obaveze.

Po odbitku od svakog pojedinačno ostvarenog prihoda plaća se *porez na dohodak građana* na sledeće prihode: 1) zarade; 2) od autorskih i srodnih prava i prava industrijske svojine, ako je isplatilac prihoda pravno lice ili preduzetnik; 3) od kapitala, ako je isplatilac prihoda pravno lice ili preduzetnik; 4) od davanja u zakup pokretnih stvari, ako je isplatilac prihoda pravno lice ili preduzetnik; 5) dobitke od igara na sreću; 6) od osiguranja lica; 7) prihode sportista i sportskih stručnjaka, i 8) ostale prihode, ako je isplatilac prihoda pravno lice ili preduzetnik. Dospelost kod ovih poreza nastupa u momentu isplate prihoda.[48]

Za prihode od kapitala po osnovu kamate, banka je dužna da obračuna i plati porez po odbitku u momentu isplate kamate, uključujući i pripisivanje kamate, odnosno da plati obračunati porez najkasnije prvog narednog dana kada radi platni promet ako u momentu isplate kamate, uključujući i pripisivanje kamate, platni promet nije radio. Izuzetno, kada

[46] Član 23. ZA.
[47] Član 7. st. 2. ZPPNO.
[48] Član 101. ZPDG.

se saldiranje novca po osnovu otuđenja ili otkupa dužničke hartije od vrednosti vrši preko Centralnog registra, depoa i kliringa hartija od vrednosti, Centralni registar u momentu saldiranja novca po osnovu otuđenja ili otkupa dužničke hartije od vrednosti, obračunava, obustavlja i uplaćuje na propisani uplatni račun porez na prihod od kapitala na ostvarenu kamatu za period od dana sticanja do dana otuđenja ili otkupa dužničke hartije od vrednosti.

Obveznik koji ostvaruje zarade i druge prihode u, ili iz druge države, kod diplomatskog ili konzularnog predstavništva strane države, odnosno međunarodne organizacije ili kod predstavnika i službenika takvog predstavništva, odnosno organizacije, dužan je da, roku za podnošenje poreske prijave, sam obračuna i uplati porez po odbitku, ako to ne učini isplatilac prihoda. Istu obavezu ima i obveznik poreza u slučaju ako porez po odbitku ne obračuna i ne uplati drugi isplatilac, kao i ako prihod ostvari od lica koje nije obveznik obračunavanja i plaćanja poreza po odbitku.

Porez na dobit pravnih lica po odbitku na prihode: 1) koje ostvari nerezidentno pravno lice od rezidentnog pravnog lica po osnovu – (1) dividendi i udela u dobiti u pravnom licu, uključujući i dividendu od likvidacionog ostatka, odnosno višak deobne mase u novcu, odnosno nenovčanoj imovini, iznad vrednosti uloženog kapitala koji se raspodeljuje članovima privrednog društva nad kojim je okončan postupak likvidacije, odnosno zaključen postupak stečaja, (2) naknada po osnovu autorskog i srodnih prava i prava industrijske svojine, (3) kamata, i (4) naknada po osnovu zakupa i podzakupa nepokretnosti i pokretnih stvari na teritoriji Republike Srbije; 2) nerezidentnog pravnog lica po osnovu izvođenja estradnog, zabavnog, umetničkog, sportskog ili sličnog programa u Republici Srbiji; 3) koje ostvari nerezidentno pravno lice iz jurisdikcije sa preferencijalnim poreskim sistemom po osnovu autorskih naknada, kamata, naknada po osnovu zakupa i podzakupa nepokretnosti i pokretnih stvari kao i naknada po osnovu usluga, bez obzira na mesto njihovog pružanja ili korišćenja, i 4) koji predstavljju isplaćenu naknadu rezidentnom, odnosno nerezidentnom pravnom licu za otkupljuje sekundarne sirovine i otpad − dospeva na dan kada je prihod ostvaren, odnosno isplaćen.

4. UMESTO ZAKLJUČKA

Pravno dejstvo primene načela zakonitosti u poreskom pravu sastoji se, s jedne strane, u obavezi poreskog organa da u poreskom postupku donosi na zakonu zasnovane poreske upravne akte, odnosno, s druge stra-

ne, u obavezi poreskog organa da se pridržava odredaba poreskih propisa prilikom vršenja kontrole, utvrđivanja i naplate poreza. Zato je važno da se u poreskom zakonodavstvu jasno definiše kada nastaju pojedine poreske obaveza i kada one dospevaju za plaćanje.

Poreski obveznik i pored namere da izmiri dospelu poresku obavezu u roku, može dospeti u docnju, odnosno u nemogućnost blagovremenog izmirenja poreske obaveze. Zakonodavac, može, pod određenim uslovima uvažiti položaj poreskog obveznika koji nije u stanju da u roku izmiri dospelu poresku obavezu. Shodno tome, odlukom nadležnog poreskog organa može se: odložiti plaćanje dospelog poreskog duga ili odobriti plaćanje poreskog duga na rate. Tako, poreski organ može, na pismeni i obrazloženi zahtev poreskog dužnika, u celosti ili delimično, da odloži plaćanje poreskog duga, pod uslovom da plaćanje poreskog duga na dan dospelosti: 1) za poreskog obveznika predstavlja neprimereno veliko opterećenje, i 2) da nanosi bitnu ekonomsku štetu poreskom obvezniku.

O odlaganju plaćanja poreskog duga, po ispunjenju navedenih uslova, odlučuje: ministar finansija ili lice koje on ovlasti (osim za izvorne javne prihode jedinica lokalne samouprave) i gradonačelnik, odnosno predsednik opštine, odnosno lice koje on ovlasti (za izvorne javne prihode jedinica lokalne samouprave).

Odlukom o odlaganju plaćanja poreskog duga može se odobriti jednokratno odlaganje ili plaćanje poreskog duga na rate, ali najduže do 24 meseci, uz mogućnost korišćenja odloženog plaćanja za prvih 12 meseci, pri čemu iznos najmanje rate ne može biti manji od 50 odsto od iznosa najveće rate. Ova odluka mora da sadrži obrazložene razloge zbog kojih se odlaganje odobrava.

Plaćanje poreskog duga odlaže se potpisivanjem sporazuma između poreskog organa i poreskog dužnika, odnosno rešenjem poreskog organa. U postupku odlučivanja o odlaganju plaćanja poreskog duga, od poreskog obveznika se zahteva davanje sredstava obezbeđenja naplate, koja ne mogu biti manja od visine poreskog duga čije se plaćanje odlaže. Sredstva obezbeđenja naplate su:[49]

1) hipoteka na nepokretnosti poreskog dužnika;

2) zaloga na pokretnim stvarima poreskog dužnika;

3) neopoziva bankarska garancija;

4) jemstvo drugog lica koje je vlasnik imovine na kojoj nema tereta;

5) trasirana menica, akceptirana od strane dva žiranta, iz čijih se zarada, na kojima se ustanovljava administrativna zabrana, poreski dug može naplatiti i

[49] Član 72. stav 2. ZPPPA.

6) menica avalirana od strane poslovne banke.

Ako se dugovani porez obezbeđuje sredstvima hipoteke, zaloge i jemstva, obezbeđena sredstva ne mogu biti manja od 120 odsto od dugovanog poreza čija se naplata obezbeđuje. U postupku odlučivanja o odlaganju plaćanja poreskog duga, poreski organ odlučuje iz kojih će se od predloženih sredstava obezbeđenja najefikasnije naplatiti poreski dug. Ako se poreski dužnik ne pridržava rokova iz sporazuma, odnosno rešenja o odlaganju plaćanja poreskog duga, poreski organ će po službenoj dužnosti poništiti sporazum, odnosno ukinuti rešenje i dospeli, a neplaćeni poreski dug, vodeći računa o efikasnosti naplate, naplatiti: 1) iz sredstava obezbeđenja, ili 2) u postupku prinudne naplate nad poreskim dužnikom. Poreski dužnik zbog koga je poreski organ po službenoj dužnosti poništio sporazum, odnosno ukinuo rešenje, nema pravo da ponovo podnese zahtev za odlaganje plaćanja tog poreskog duga.

Goran B. Milošević, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

Mirko V. Kulić, Chief Editor
of the Magazine „Finances and Taxes“

Tax Liability and Fulfillment of Tax Obligations

Abstract: *Tax liability is the duty of the taxpayer to pay the tax. The taxpayer is responsible for the fulfillment of tax obligations from the moment ofthe occurrence of taxable eventon wich the authority imposed the tax liablity. The moment of the occurrence of taxable event shall be determined separately for each tax, in accordance with the relevant tax law.The fulfillment of tax obligations is the payment of the amount owed for the tax.*

Key words: *tax, tax liability, taxpayer, taxable event, taxable period*

Datum prijema rada: 07.09.2015.

Pregledni članak 340.132:177.9(37)
doi:10.5937/zrpfns49-9073

Dr Magdolna I. Sič, vanredni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
magdas@pf.uns.ac.rs

TUMAČENJE PRAVA U SKLADU SA PRAVIČNOŠĆU U RIMSKOM PRAVU[1]

Sažetak: *Primena principa pravičnosti u tumačenju prava daje mogućnost da se uzimanjem u obzir okolnosti konkretnog slučaja odstupa od uopšteno formulisane pravne norme, a ako se ove okolnosti često javljaju i da se ona modifikuje. U ovom radu pratimo primenu i uticaj principa pravičnosti na razvoj prava u toku rimske istorije. Uopšteno možemo zaključiti da je primena ovog principa u pretklasičnom rimskom pravu putem aktivnosti pretora, pretklasičnih pravnika i sudija, zahvaljujući uvođenju iudicia bonae fidei, dovela do razbijanja strogih formi starog ius civilea i do usklađivanja prava sa potrebama republikanskog društva. U klasičnom periodu to je bio zadatak od strane princepsa ovlašćenih jurisconsulta da putem responsa ili kao članovi princepsovog saveta u vidu princepovih reskripata daju tumačenja u skladu sa pravičnošću. Mada se ovo tumačenje odvijalo pod carskom kontrolom, imajući u vidu da se ono odnosilo na sitne svakodnevne privatno pravne probleme građana, u ovom periodu su primenom pravičnosti razrađena ona pravno tehnička pravila privatno pravnih instituta, koja su i dan danas u primeni. U postklasičnom periodu, obzirom na opštu krizu u rimskom društvu, kao opšti interes (utilitas publica) bio je određen očuvanje carstva. Usled toga postklasični pravnici nisu više imali mogućnost kreativnog tumačenja prava, a počev od vremena Konstantina, izdavanje i kontrola pravične primene reskripata, koji su se sada odnosili na privilegije izuzeća od raznih tereta i obaveza, bila je rezervisana za samog cara. Najzad, Justinijan je i izričito naveo da je car jedini ne samo stvaralac nego i tumač prava. Šta je pravično određivao je car u skladu sa hrišćanskom ideologijom i opštim interesom Carstva.*

[1] Ovaj rad je nastao kao rezultat naučno istraživačkog rada na projektu: „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)“ Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu.

Ključne reči: *tumačenje prava; aequitas; responsa; reskripti; rimsko pravo.*

UVOD

Pravičnost kao ideja vodilja pri tumačenju prava javlja se u antičkoj Grčkoj i posebno u Aristotelovim delima. Aristotel u Nikomahovoj etici veoma jasno ukazuje na ulogu pravičnosti (epikija)[2] u tumačenju prava. Polazi od toga da su pisani zakoni opšti, stoga njihova striktna primena na konkretne slučajeve ne bi uvek dovela do pravedne odluke. Da bi odluka bila pravedna u onim slučajevima koji se ne mogu podvesti pod slovo zakona treba primeniti pravičnost, tj. uzimajući i obzir okolnosti konkretnog slučaja korigovati pisani zakon.

Aristotel, Nikomahova etika 1137b 5. „Čim se, dakle, pojavi takav jedinstven slučaj o kojem zakon govori samo uopšteno, a koji se ne može svesti pod uopštenu odredbu, onda je sasvim pravilno da se, ukoliko je zakonodavac nešto izostavio ili zbog uopštene formulacije netačno dao, njegov propust dopuni i ispravi onako kako bi to učinio i sam zakonodavac kada bi bio prisutan i kako bi i zakonom odredio da je mogao da predvidi dotični slučaj. 6...To je, dakle, suština pravičnog – da ispravlja zakon tamo gde je on zbog svoje uopštenosti nepotpun.“[3]

Prema Radbruhu (Radbruch) usled toga pravičnost se može shvatiti kao „pravda pojedinačnog slučaja.[4]“ Međutim, ako se rešenje pojedinačnog slučaja primenjuje i na druge slučajeve, jer posebne okolnosti slučaja koje su dovele do odstupanja od zakonskog teksta usled promena u društvu često ponavljaju, putem principa pravičnosti dolazi i do razvoja prava.

U ovom radu ćemo nastojati da damo opšti pogled na uticaj primene principa pravičnosti u tumačenju prava na promene u pravu u toku rimske istorije.

PRAVIČNOST I TUMAČENJE PRAVA U PRETKLASIČNOM I KLASIČNOM PERIODU

Ciceron je nepobitno bio pod uticajem Aristotelovog učenja. Tako je *aequitas* i u njegovim delima prisutan kao sredstvo tumačenja, kao korek-

[2] Aristotel, *Nikomahova etika* /prev. Radmila Šalabalić/, Novi Sad 2003, (predgovor Miloša N. Đurića), XXVII, Đurić pod epikijom podrazumeva pravednost u smislu pravičnosti višeg stepena, što se na latinskom označava kao *„iustum et aequum“*.

[3] Prevod R. Šalabalić.

[4] Gustav Radbruch (Radbruh), *Filozofija prava*, (prev. Dušica Guteša), Nolit, Beograd 1974. 48. „Pravičnost je pravda pojedinačnog slučaja…“.

cija striktne primene prava,[5] da pravo u primeni ne bi dovelo do nepravde *(summum ius, summa iniuria*[6]). Ciceron u tom smislu uvrstava i pravičnost među izvore prava građana.

Cicero, Topica, V, 28: *„Si quis ius civile dicat esse, quid in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iurisperitorum auctoritate, edictis magistratum, more, aequitate consistat."* (Ako hoćemo da kažemo šta je pravo građana, ono je sadržano u zakonima, mišljenjima senata, presuđenim stavima, mišljenjima poznavalaca prava, ediktima magistrata, običajima i pravičnosti).

Klasični pravnici kasnije u izvore prava više ne ubrajaju pravičnost i sudske presude, kao ni običaje. Da li je Ciceron ovim nabrajanjem izvora napravio grešku, ili je imao u vidu realnost sopstvenog vremena. Smatramo da je ovo poslednje tačno. Što se običaja tiče možemo samo reći da su bili poštovani u Ciceronovo vreme, jer strogo poštovanje običaja on u svojim govorima često čini predmetom podsmeha. Na ovom mestu je za nas od posebnog značaja posmatranje pravičnosti kao izvora prava. U periodu republike i krajem ovog perioda, u Ciceronovo vreme, ovaj princip je neposredno prisutan u praksi rešavanja konkretnih slučajeva i bitno je uticao na prilagođavanje starog civilnog prava novim potrebama društvenog života. Primena principa pravičnosti bila je pre svega zadatak rimskih magistrata. Putem pravičnosti oni su postepeno menjali stroga pravila starog civilnog prava i prilagodili promenjenim društvenim uslovima, potrebama sopstvenog vremena.

Prema Papinijanu (D. 1, 1, 7, 1): „*Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam*." (Pretorsko pravo je ono, koje su uveli pretori radi opšte koristi, poboljšavajući pravo građana proširivanjem, ili dopunama, ili ispravljanjem).

Primena pravičnosti je putem delatnosti pretora dovelo do usavršavanja prava građana u pretklasičnom periodu. Obzirom na to da su ove promene pretori najčešće uvodili putem svojih edikata, Ciceron u tom smislu nije morao da navede pravičnost kao izvor prava. Međutim, do primene ovog principa dolazilo je i u sudskoj praksi. Pod uticajem pravič-

[5] Cicero, *De re publica,* V, 2: „*Nihil esse tam> regale quam explanationem - aequitatis, in qua iuris erat interpretatio"*.; V. Tamás Nótári (Notari), *Jog, vallás és retorika*, Budapest 2008, 204 – 211.

[6] Cicero, *De officiis,* I, 33. *"Existunt etiam saepe iniuriae calumnia quadam et - nimis callida sed malitiosa iuris interpretatione. Ex quo illud "summum ius summa - iniuria" factum est iam tritum sermone proverbium."*

nosti uveden je sudski postupak *iudicia bonae fidei*[7] u kom je sudija bio obavezan da vodi računa ne samo o objektivnim okolnostima konkretnog slučaju nego i o principu savesnosti i poštenja *(bona fides)*. Pri tome sudije su mogle da zatraže mišljenje poznavalaca prava *(iurisperitorum auctoritate)* koji je prema Ciceronu poseban izvor prava, ali da li su uvek pribegli ovoj mogućnosti? Najverovatnije ne, stoga Ciceron pored mišljenja poznavalaca prava uvrstava i pravičnost kao i presuđene stvari, tj. sudke presude među izvore prava.

Prelaskom na monarhijski oblik vladavine, u periodu principata, već počev od vladavine Oktavijana Avgusta rešavanje pravnih problema u skladu sa pravičnošću bilo je rezervisano samo za juriskonsulte koji su za to dobili ovlašćenje od samog princepsa u vidu *ius publice respondendi ex auctoritate principis.*[8] Ovi pravnici su polazeći od postojećih pravnih pravila imajući u vidu i princip pravičnosti, tj. uzimajući u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja putem svojih odgovora *(responsa)* bili u mogućnosti i da koriguju, modifikuju postojeća pravna pravila da bi odluka bila u skladu sa Celzovom definicijom prava: *Ius est ars boni et aequi.* Obzirom na to da su samo oni bili ovlašćeni da primenom principa pravičnosti koriguju postojeća pravna pravila, njihova *responsa* su zamenila pravičnost kao izvor prava. S druge strane, sudije su svoje presude mogle da baziraju samo na odgovorima/mišljenjima *(responsa)* ovih pravnika. Počev od vremena Hadrijana ako su mišljenja više pravnika bila saglasna ona su obavezivala sudije da ih primene prilikom donošenja presude. Putem Hadrijanovog reskripta saglasna mišljenja *(responsa)* klasičnih pravnika posmatrana su kao izvori prava.[9] Na ovaj način su pravičnost i sudske presude bile potpuno pokrivene putem *responsa* klasičnih pravnika.

Shodno tome klasični pravnici među izvore prava imajući u vidu realnost sopstvenog vremena ne ubrajaju više pravičnost i sudske presude, nego: zakone, senatska mišljenja, princepsove konstitucije, edikte onih koji imaju pravo izdavanja edikata i odgovore učenih pravnika.[10] Možemo videti da kao novi izvori prava javljaju se princepsove konstitucije. Putem konstitucija, koje je princeps izdavao neposredno bez sazivanja

---

[7] Vid. Magdolna Sič, „Iudicia bonae fidei," *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu (Zbornik radova PFNS)*, 2/2014, 229 – 242.

[8] D. 1, 2, 2, 49; takođe, Marjan Horvat, „Napomene uz ius respondendi," *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 3/1965, 181 – 186; Tony Honoré (Onore), *Emperors and - Lawyers*, Oxford 1994, 4 – 5; Malina Novkirishka-Stoyanova (Novkiriška – Stojanova), „Ius publice respondendi ex auctoritate principis," *Ius Romanum*: http://iusromanum.eu/it/periodicum/numeri /2015/1#navigation (17. jun 2015).

[9] *Gaius, Inst*. 1, 7.

[10] *Gaius, Inst.* 1, 2.

skupštine i senata, princeps je težio k tome da kako stvaranje (u vidu edikata i mandata kao opštih normi) tako i tumačenje prava (u vidu dekreta, reskripata i epistula) preuzeme u svoje ruke. Naime, princeps nije nameravao da rešavanje pravnih problema putem tumačenja prava prepusti samo pravnicima, koji će istina pod njegovim autoritetom i kontrolom, ali ipak u sopstveno ime davati odgovore *(responsa)*, nego je nastojao na tome da i sam, putem svoje kancelarije neposredno daje tumačenja pravnih problema građana u vidu rekripata. Već je Oktavijan Avgust počeo da konkuriše juriskonsultima svojim reskriptima,[11] a Tiberije je ustanovio i posebnu službu, da bi počev od Hadrijanovog vremena bila uvedena opšta služba za ukupnu javnost radi davanja odgovora građanima koji su se obratili princepsu radi rešavanja njihovih pravnih problema.[12] Ova služba je bila prava konkurencija učenim pravnicima. Citirajući Onorea (Honoré): „Thus begins a movement by which written replies, at first predominantly letters but mainly private rescripts, come to rival the opinions of lawyers in private practice *(responsa)* and gradually to displace them".[13] U ovom nastojanju princepsu su bili neophodni juriskonsulti i u sopstvenoj službi.[14]

Ovi reskripti su bili pripremani u carskoj kancelariji od strane juriskonsulta koji su istovremeno bili i službenici pricepsovog saveta *(consilium principis)*[15] u svojstvu sekretara za zahteve/molbe (nazvanog *procurator a libellis*, a od Gordijana, *magister libellorum),* ili od strane njima određenih pomoćnika.[16] Onore ukazuje na to, da su reskripti u suštini takođe mišljenja klasičnih pravnika, njihova pravna stanovišta, a i njihove rasprave. Prema Ankumu (Ankum) reskripti su bili veoma slični *responsa*ma klasičnih pravnika. U njima se često razmatraju isti privatno pravni problemi građana koje su klasični pravnici rešavali putem svojih *responsa*.[17]

U oba slučaja rešenje pravnog prblema se odnosilo na konkretan slučaj. Međutim, počev od vremena Hadrijana kada su saglasna mišljenja

[11] Više o tome, T. Honoré, 5 i dalje.

[12] *Ibid*. 12.

[13] *Ibid*.

[14] U romanističkoj literaturi možemo čitati o bliskoj saradnji učenih pravnika i cara u klasičnom periodu. Onore (T. Honoré, 14 i dalje) ukazuje i na značajan uticaj pravne nauke na carske konstitucije u ovom periodu.

[15] O članovima i o nadležnosti konzilijuma v.: Francesco De Martino (De Martino), *Storia della costituzione Romana*, IV/1, Napoli 1962, 510 – 511, kao i 597 – 605.

[16] T. Honoré, 27 i dalje.

[17] Hans Ankum (Ankum), „Rescripts of Roman Emperors Promulgated until the end of the Reign of Diocletian in 305 A. D.", *Zbornik radova PFNS,* 1/2006, 12 – 13.

klasičnih pravnika dobila obavezujuću primenu[18] to se dogodilo i sa princepsovim reskriptima izdatim za pojedinačni slučaj.[19]

Možemo konstatovati da su princepsovi reskripti predstavljali ozbiljnu konkurenciju mišljenjima *(responsa*ma) klasičnih pravnika.[20] Mada su već i *responsa* davana pod autoritetom princepsa, ona su još nosila ime juriskonsulta čije je to mišljenje i bilo. Pozni klasičari, Papinijan, Paul, Ulpijan su istovremeno davali mišljenja o rešavanju pravnih problema pod svojim imenom, a takođe i kao članovi princepsovog saveta pod imenom princepsa u vidu reskripata. U ovom drugom slučaju princepsov autoritet je neposredno izražen, a pravnik koji je formulisao reskript ostaje u senci i može se samo posredno pretpostaviti njegov identitet, na osnovu vremena izdavanja reskripta i eventualno, stila pravnika. Posle Modestina reskripti potpuno zamenjuju *responsa*, mada postoji dilema, da li i Hermogenijan pripada plejadi velikana klasične pravne nauke?[21]

Prema tome tumačenje prava u skladu sa pravičnošću u konkretnim privatno pravnim slučajevima u klasičnom periodu se odvijalo ili putem *responsa* za to od strane princepsa ovlašćenih pravnika ili putem reskripata princepsa pripremljenih od strane klasičnih pravnika uključenih u carev činovnički aparat, ali objavljenih pod imenom princepsa. Ova tumačenja klasičnih pravnika u skladu sa pravičnošću odnosila su se na rešavanje svakodnevnih sitnih slučajeva, ponekad čak i izmišljenih primera. Čitajući tekstove *Digesta*, kako to primećuje Zlinski (Zlinszky), tamo gde možemo saznati kome je upućeno mišljenje pravnika, skoro je uvek reč o sitnim ljudima, o goničima stoke, obućarima, pekarima, vlasnicima štale, gostionice i iz njihovih radova se ne vidi uređivanje velikih investicija u kojima bi i javna vlast bila zainteresovana.[22] U rešavanju ovih privatno pravnih problema klasični pravnici su bili slobodni da uzimajući u obzir okolnosti konkretnog slučaja modifikuju postojeća pravila u skladu sa postojećim pisanim i moralnim normama, vodeći računa o tome da rešenje bude dobro kako za stranke, a takođe i za društvo u celini. Prema tome tumačenje u skladu sa pravičnošću nikako ne znači samovoljnu promenu postojećih pravila izvan ili

[18] *Gaius, Inst*. 1, 7.

[19] D. 1, 2, 2, 11; *Gaius, Inst*. 1, 5.

[20] U klasičnom periodu reskripti su masovno izdavani počev od vremena cara Hadrijana, ali je njihova brojnost bila najveća za vreme vladavine Dioklecijana i Maksimijana.

[21] T. Honoré, 183 – 184.

[22] János Zlinszky (Zlinski), *Ius publicum*, Budapest 1997, 19.

suprotno prihvaćenim normama ponašanja.[23] Uzimanjem u obzir novih okolnosti već od ranije postojećeg slučaja znači samo usklađivanje postojećeg pravila sa ovim novim okolnostima i njegovo usavršavanje.[24] Putem ovih tumačenja, u klasičnom periodu došlo je do razvoja, razrade, usavršavanja privatno pravnih pravila u detaljima.

Za vreme vojne anarhije i u Dioklecijanovo vreme izvorima može da se potvrdi samo kreativno tumačenje klasičnih pravnika u vidu carskih reskripata.

TUMAČENJE PRAVA U SKLADU SA PRAVIČNOŠĆU POČEV OD VLADAVINE KONSTANTINA VELIKOG I U JUSTINIJANOVO VREME

Nije poznato kada su carevi prestali da dodeljuju pravnicima *ius respondendi*. Prema Maseju (Massei) to se dogodilo između vremena Konstantina Velikog i Teodosija II.[25] U izvorima, međutim, nisu sačuvana *responsa* postklasičnih pravnika, prema tome ovo mišljenje je sporno. Počev od vremena Konstantina Velikog i broj reskripata je bio u opadanju. Onore kao razlog smanjenja boja reskripata navodi njihovo sakupljanje u Gregorijanovom i Hermogenijanovom kodeksu za vreme Dioklecijana. Posle ovih zbirki pravo se dalje razvijalo putem izdavanja carevih opštih zakona *(leges generales)* formulisanih od strane pravnika članova carevog saveta *(sacrum consistorium)*.[26]

Počev od vremena Konstantina Velikog došlo je do bitih promena u pogledu stvaranja i primena prava. Obzirom na to da se Carstvo već od ranije, a posebno posle pada dinastije Severa nalazilo u ozbiljnoj ekonomskoj i političkoj krizi, koju je Dioklecijan svojim reformama uspeo da zaustavljen i drži pod kontrolom, Konstantin Veliki, mada je u pogledu verskog pitanja i uticaja provincijskog prava na rimsku pravnu tradiciju krenuo u drugom pravcu, putem svojih prvenstveno ekonomskim mera nastavio je Dioklecijanovu politiku stabilizacije Carstva. U cilju očuvanja Carstva koji je tada postavljen kao opšti interes *(utilitas publica)* usredsređuje se na rešavanje problema u društvu putem opštih zakona *(leges*

[23] Vid. T. Nótári, 207.

[24] Kako je to izgledalo u praksi vid. Magdolna Sič, *Praktikum iz rimskog privatnog prava : Život i pravo u Rimskoj imperiji*, 4. izd. „Pravni fakultet, Centar za izdavačku delatnost“, Novi Sad 2013, 39 – 47.

[25] Massimo Massei (Masej), „Le citazioni della guirisprudenza classica nella legistazione imperiale,“ *Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini,* Milano 1946, 440—442.

[26] T. Honoré, 181 – 185.

generales). Počev od Konstantina Velikog vođeni tako shvaćenim „opštim interesom" uređuju se ne samo javno pravna pitanja, nego i privatno pravni odnosi. To je u pogledu regulisanja privatno pravnih pitanja značilo uvođenje putem opštih zakona raznih ograničenja i zabrana. U ovim novim uslovima, kreativnom tumačenju postklasičnih pravnika u vidu *responsa* nije bilo mesta. Ali šta se dogodilo sa reskriptima?

Videli smo da su putem reskripata kao i *responsa* u klasičnom periodu razrađena unutrašnja, pravno tehnička pravila privatno pravnih odnosa i stvorena su tzv. dogmatsko pravna pravila od kojih se mnoga primenjuju i dan danas. Bez obzira na to što su ovi reskripti bili izdati radi rešavanja jednog konkretnog pravnog problema, imajući u vidu njihov opšti značaj kao i princepsov autoritet, reskripti su počev od vremena Hadrijana (zajedno i sa drugim princepsovim za pojedinačni slučaj izdatim konstitucijama) dobili opštu primenu.

Opšta primena princepsovih konstitucija, se po pravilu, potvrđuje poznatom Ulpijanovom izrekom: "*Quod principi placuit, legis habet vigorem"*(Sve što princeps želi/odluči ima snagu zakona) /D. 1, 4, 1/. Prema tome bi i svi princepsovi reskripti imali opštu primenu. To, međutim, nije bio slučaj, jer prema drugom delu Ulpijanovog teksta, koji se najčešće zanemaruje, bilo je i druge vrste reskripata već u klasičnom periodu.

D. 1, 4, 1, 2: *"Plane ex his quaedam sunt personales nec ad exemplum trahuntur: nam quae princeps alicui ob merita indulsit vel si quam poenam irrogavit vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur."* (One /konstitucije/ koje su pak čisto lične ne treba da se primene kao precedenti: jer ono što je princeps garantovao nekome za njegove zasluge, ili ako je izrekao kaznu, ili je oslobodio nekog van prihvaćene prakse, ne treba proširiti i na druga lica).[27]

Ovaj deo fragmenta predviđa pravilo da carska odluka doneta za poseban specifičan slučaj ne može da se primeni kao precedent. Možda je ovaj fragment zanemaren, jer se smatra interpolacijom. Ipak ne mora biti sporno ni Ulpijanovo autorstvo, jer od svakog opšteg pravila postoje i izuzeci, a u ovim slučajevima se radi o princepsovim pojedinačnim odlukama kojima se ne rešavaju dogmatsko pravna pitanja, niti se ustanovljavaju opšte primenljiva pravila. Činjenica jeste da već za vreme dinastije Severa,[28] a posebno kasnije kada je kriza u društvu postala sve izraženija bi-

[27] Vid. Riccardo Orestano (Orestano), *Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali,* Torino 1937 (ristamp. 1962), 71.

[28] O reskriptima careva iz dinastije Severa u kojima su predviđene privilegije izuzeća od civilnih dužnosti *(munera)* vid. Jean – Pierre Coriat (Korja), *„Le prince législateur*, École Française de Rome, Palais Farnèse, 1997, 487 i dalje.

lo reskripata izdatih na molbu građana, posebno onih o privilegijama izuzeća od raznih obaveza, koji su ostali pojedinačne norme. Ovi reskripti nisu bili sačuvani u Gregorijanovom i Hermogenijanovom kodeksu, tako da njihovu učestalost ne možemo utvrditi.[29]

Počev od vladavine Konstantina Velikog nedostaju reskripti putem kojih bi se rešavalo neko pitanje pravne dogmatike,[30] dok postoji znatan broj konstitucija kojima se nastoje rešiti problemi vezani za primenu reskripata o privilegijama izuzeća od raznih obaveza. Većina ovih konstitucija se nalazi pod naslovom: *„De diversis rescriptis"*[31] Teodosijevog kodeksa. Ove konstitucije nam predočavaju da je izdavanje i primena ove vrste reskripata često dovelo do zloupotreba. Reskripti su izdavani na zahtev privatnih lica ili službenika, pri čemu je i sama molba mogla da sadrži lažne podatke. Bilo je i takvih slučajeva da je podnosilac zahteva bio toliko uticajan da je mogao izdejstvovati reskript koji je bio protivan postojećem pravu. Pored toga, tumačenje carevog reskripta pri primeni bilo je prepušteno podnosiocu zahteva i sudiji. Stoga Konstantin propisuje da ne važe reskripti ako su u molbi za njihovo izdavanje navedeni lažni podaci.[32] Čak, ako bi se kasnije otkrilo da je presuda doneta na osnovu reskripta izdejstvovanog od strane lažnog molioca *(mendax precator),* slučaj bi se ponovo razmotrio.[33] Ovo Konstantinovo pravilo nije sasvim novo. Za vreme vladavine Severa, možemo čitati od Ulpijana, da će reskript za koju je molbu podnelo privatno lice biti valjan samo *„si vera sunt exposita"* (ako su izložene činjenie istinite).[34] Ovo pravilo će biti ponovljeno i kasnije u konstitucijama iz 477. godine unetim u Justinijanov kodeks.[35]

Pored lica koja su tražila izdavanje reskripta na osnovu navođenja lažnih činjenica, postojao je i problem iznuđenih privilegija pod pritiskom udruženja ili privatnih lica.[36] I sam car priznaje, ponekad izričito, a

---

[29] Takvih reskripata, prema Onoreu pre Konstantina je još bilo u neznatnom broju, vid. T. Honoré, 137.

[30] Dietrich V Simon (Fon Simon), „*Konstantinisches Kaiserrcht. Studien anhand-der Rescriptenpraxis und des Schenkungsrechts,"* SDHI, 43/1977 (nav. Manlio Sargenti /Sarđenti), „Rescritti e constituzioni nella legislazione di Costantino," *Studi sul diritto del tardo impero*, Padova 1986. 380), kritikuje one autore koji, na osnovu podataka da su se reskripti proredili posle Dioklecijana, zaključuju da reskripti nisu više bili popularni.

[31] C. Th. 1, 2; C. 1, 23.

[32] C. Th. 2, 7, 1 (314); C. Th. 1, 2, 6 (333).

[33] C. Th. 1, 2, 6.

[34] D. 49, 1, 1, pr. 1.

[35] C. 1, 23, 7 pr (*si preces veritate nituntur* /ako je dokazana istinitost molbe/); C. 6, 21, 1 *(si liquido probatur)*; C. 8, 25, 2 *(si probaveris)*.

[36] Na primer: C. Th. 1, 2, 8 (382); C. Th. 1, 2, 9 (385).

drugi put prećutno, da iako je apsolutni vladar, ovom pritisku ne može odupreti.[37] Stoga Konstantin smatra nevažećim one reskripte koji su suprotni pravu, tj. opštim normama.[38] Ukazujući na problem da reskripti mogu biti izdati protivno volji cara, a istovremeno i protivno interesu Carstva, određuje da nisu valjani reskripti izdati *"contra ius",* podrazumevajući pod *ius*om opšte norme, u suštini *leges generales*.

C. Th. 1, 2, 2 (= Brev. C. Th. 1, 2, 1) /315. godine/: *Imp. Constantinus a. ad populum. Contra ius rescripta non valeant, quocumque modo fuerint impetrata. Quod enim publica iura praescribunt, magis sequi iudices debent. pp. iv. kal. sept. Romae, Constantino a. iv. et Licinio iv. caes. coss.* (Konstantin Avgust narodu. Reskripti koji su protivni pravu ne mogu imati valjanost, bez obzira na to kako su izdejstovani. Naime, ono što je javnim pravom propisano sudije su obavezne da poštuju u najvećoj meri.)

Interpretatio: *Quaecumque contra leges a principibus fuerint obtenta, non valeant.* (Bilo šta bi protivno zakonu bilo ispolovano od princepsa, nije valjano).[39]

Sledeća Konstantinova konstitucija daje detaljnija uputstva sudiji o primeni reskripata, ponavljajući nevažnost reskripata koji nisu u skladu sa opštim zakonima.

C. Th. 1, 2, 3 (316 ili 317/8): *Idem a. Septimio Basso praefecto Urbi. Ubi rigorem iuris placare aut lenire specialiter exoramur, id observetur, ut rescripta ante edictum propositum impetrata suam habeant firmitatem, nec rescripto posteriore derogetur priori. Quae vero postea sunt elicita, nullum robur habeant, nisi consentanea sint legibus publicis; maxime cum inter aequitatem iusque interpositam interpretationem, nobis solis et oporteat et liceat inspicere. Dat. III non. decemb. Sabino et Rufino conss.* (Tamo gde smo posebno zamoljeni da strogost prava umanjimo ili ublažimo, treba da se ima u vidu, da reskripti zahtevani pre /ovog/ edikta imaju svoju snagu, i da kasniji reskript ne ukida raniji. Međutim, oni koji su kasnije izdati, nemaju pravnu snagu, izuzev ako su u saglasnosti sa javnim /opštim/ zakonima; naročito ako se javi potreba za tumačenjem između pravičnosti i prava, to jedino mi treba i možemo da nadgledamo).

Prema tome, reskripti izdati pre ovog edikta imaju pravnu snagu, a oni koji bi bili izdati posle, valjani su samo onda ako su u skladu sa jav-

[37] Stoga se čak zabranjuje i podnošenje molbe caru, kao na primer, u slučaju molbe za izdavanje reskripta radi oslobađanja od obaveza u kuriji: C. Th. 12, 1, 17; 137; 156; 167; 172.

[38] C. Th. 1, 2, 2 (315) i 1, 2, 3 iz 316. god. pod naslovom: *De diversis rescriptis*.

[39] O problematici, da li je ova odredba suprotna carskom autoritetu izraženom u principu *"princeps legibus solutus est",* vid. Magdolna Sič, *Formiranje prava Rimske imperije i pozno rimsko zakonodavstvo – Harmonizacija prava i stvaranje jedinstvenog pravnog poretka u toku rimske istorije*, Novi Sad 2011, 104 – 105.

nim (opštim) zakonima. Pravilu sledi veoma bitan dodatak, da pri pojavi potrebe tumačenja prava prilikom primene u skladu sa pravičnošću, o tome samo car može da odlučuje. Tekst koristi reč *„inspicere"* nadgledati, ispitati, istražiti. To bi značilo da tumačenje reskripta pri primeni daje pravnik ili sudija,[40] ali car rezerviše za sebe pravo nadgledanja, kontrole o ispravnosti datog tumačenja. Kako ćemo videti dalje, ovaj deo konstitucije, bez toga što bi bio vezan za primenu reskripata, u Justinijanovom kodeksu je smešten pod naslov C. 1, 14: *De legibus et constitutionibus principum et edictis*, u opštoj formulaciji.[41] Usled toga Far smatra da deo teksta o zadržavanju nadleganja tumačenja prava pripada Justinijanovom vremenu i samo je kasnije pripojen uz ovu Konstantinovu konstituciju.[42] Solaci, mada primećuje da Konstantinova konstitucija u celini nije korektno formulisana, pa je čak logički i kontradiktorna (prvo određuje da su reskripti valjani samo ako su u skladu sa opštim normama i time ograničava carevo ovlašćenje idavanja reskripata, a zatim u zadnjem delu teksta zadržava pravo tumačenja reskripata za cara), ipak smatra, da je zadržavanje tumačenja prava u skladu sa pravičnošću odgovara Konstantinovoj politici. Za neispravnu formulaciju teksta Solaci nalazi tri objašnjenja: ili je tekst skraćen; ili je došlo do spajanja više konstitucija; ili su zadnji deo teksta *„maxime…inspicere"* konstituciji dodali sastavljači Teodosijevog kodeksa.[43]

Mi smatramo, da je sporni deo teksta Konstantinov, kao i to da nelogična formulacija teksta može da bude posledica jedino skraćivanja originalne konstitucije. Originalna carska volja morala je biti sačuvana.[44] Kako saznajemo iz naslova Teodosijevog kodeksa: *„De diversis rescriptis",*[45] reskripata je bilo različite vrste. Jedna od tih vrsta bila je ona o privilegijama, u smislu izuzeća od primene opšte norme. Na to ukazuje i po-

---

[40] Prvobitno tumačenje bi dali sudije u ekstraordinarnom postupku, a sve dok je i formularni postupak bio u primeni, do 342. godine, to su mogli biti i za davanje *responsa* upitani pravnici. Smatramo da je kontrola tumačenja reskripata od strane Konstantina (njegove kancelarije) ipak već ukinula obavezujuću snagu *responsa* postklasičnih pravnika.

[41] C. 1, 14, 1.

42 Clyde Pharr (Far), *The Theodosian Code and Novels and the Sirmondian Constitutions*, Princeton University Press, New Jersey 1952, 13 fn. 10.

[43] Siro Solazzi (Solaci), „Ancora glossemi e interpolazioni nel Codice Teodosiano," SDHI, vol. XIII-XIV, 1947/48, 199 – 200; Mario Antonio De Dominicis (De Dominićis), „Registro delle alterazioni (glossemi ed interpolazioni) nelle costituzioni del Codice Teodosiano e nelle Novelle Postteodosiane segnalate dalla critica," *Estratto da B. I. D. R. "Vittorio Scialoja,* Nuova Serie Vol. XII – LIII – LIV, Milano 1950, 23, fn. 2.

[44] Vid. Magdolna Sič, *Codex Theodosianus*, dokt. dis. Beograd 1991, 166 – 171.

45 C. Th. 1, 2; C. 1, 23.

četak konstitucije o interpretaciji reskripata: „Tamo gde smo posebno zamoljeni da strogost prava umanjimo ili ublažimo“ (*C. Th*. 1, 2, 3). Imajući u vidu ekonomsku krizu, kao i nastanjivanje varvarskih naroda na rimskom tlu, carevi su nastojali da zaustave ovu krizu nametanjem tereta i ograničavanjem slobode i prava građana u takozvanom opštem interesu tj interesu očuvanja Carstva.[46] Građani su na ove mere reagovali svojim molbama za izuzeće od tereta, ograničenja ili zabrana. Ovaj problem, po našem mišljenju došao je naročito do izražaja od vremena uvođenja Dioklecijanove reforme o jedinstvenom zemljišnom porezu, kao i Konstantinovih reformi za realizaciju ove reforme uz uvođenje novih ograničenja i zabrana, kao i ustanovljavanja novih tereta: kolone su vezali za zemlju, zanatlije za kolegij, kurijale za gradsku kuriju; zabranili su promenu zanimanja i prelazak iz jednog staleža u drugi itd. a sve to je bilo praćeno i zabranom ili ograničenjima raspolaganja imovinom.[47] Zahtevi za izdavanje ovih reskripata su mogli biti mnogo češći, nego što to potvrđuju sačuvani dokumenti. Potreba carske kontrole nad primenom reskripata o privilegijama na osnovu tumačenja, bila je dobar razlog Konstantinu da doda konstituciji sporni deo o njihovom tumačenju.

Mada se Konstantinu pripisuje lepa misao o prevagi pravde i pravičnosti nad striktnošću prava: C. J. 3, 1, 8 *Impp. Constantinus et Licinius AA. ad Dionysium* (314). *“Placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem.”* (Odlučeno je da u svim starima treba imati u vidu pre pravdu i pravičnost nego strogost prava), ipak, obzirom na to da se tumačenje, sa mogućnošću promene važećeg pravila u Konstantinovoj konstituciji odnosi na primenu reskripata o privilegijama, ne možemo to shvatiti u smislu usavršavanja pravnih pravila, kao što je to bio slučaj u pretklasičnom i klasičnom periodu, nego samo u smislu ublažavanja strogosti opštih zakona ako car proceni da je to opravdano u konkretnom slučaju i ne šteti interesu Carstva *(utilitas publica)*.

Sledeća mera usmerena na ograničavanje dejstva reskripata bila je zabrana da se njihova primena proširi i na druge slične slučajeve. Kako smo mogli videti već i Ulpijanov zanemareni fragment ukazuje na to, da

---

46 Interes carstva Teodosije II i izričito ističe, na primer u *Nov. Th*. 5, 3: „Zaista, u svakom slučaju javna dobrobit treba da se stavi ispred privatne koristi...“ *(In omnibus quidem rebus publicam convenit utilitatem privatis commodis anteponi...)*. Kako tvrdi Stanojević (Obrad Stanojević, *Rimsko pravo*, 3. izd., Beograd 1989, str. 73) sve mere donesene u „interesu države“ su u suštini štitile interese birokratije.

47 Vid. Magdolna Sič, “Persons Tied to the Land and to the City Service for *utilitas publica* in the Postclassical Roman West”, *Estudos em homenagem a Luiz Fabiano Corrêa*, São Paulo 2014, 239-260.

nije svaka princesova naredba bila opšta norma. Veliki broj reskripata sa različitom sadržinom, među kojima su bili i oni o privilegijama, nazjad nemiri koji su se pridružili krizi III veka, zahtevali su već tada ovakvu meru, ali će tek Arkadije i i Honorije krajem IV veka izričito i nedvosmisleno ograničiti primenu reskripata.

C. Th. 1, 2, 11(398): *„Rescripta ad consultationem emissa vel emittenda, in futurum his tantum negotiis opitulentur, quibus effusa docebuntur."* (Reskripti koji su izdati ili će biti izati radi savetovanja, ubuduće se odnose samo na onaj slučaj za koji su i izdati).

Prema preovladajućem mišljenju, putem serije ovih zakona, reskripti izdati u postklasičnom periodu svedeni su na pojedinačne norme i mogli su biti primenjivani samo ako su bili u skladu sa opštim normama.[48] Ovom mišljenju, međutim, treba dodati jednu bitnu korekciju. Naime u ovom periodu carski zakoni se ponovo dele na one sa opštom primenom – *leges generales* i na one sa pojedinačnom primenom – *leges speciales,* međutim, da li je zakon opšti ili pojedinačni više nije zavisilo od toga da li se radi o ediktu dekretu, reskriptu itd. jer se u konstitucijama ovi nazivi retko koriste, nego kako na to ukazuje Valentinijanov zakon, od toga: da li se na osnovu same konstitucije imajući u vidu kome je ona upućena ili njenu sadržinu može zaključiti da je namenjena opštoj ili pojedninačnoj primeni.[49] Prema tome, u toku ovog perioda, a posebno od vreme Valenitijana umesto reskripata kao pojedinačnih normi treba imati u vidu one carske zakone koji se primenjuju samo za slučaj za koji su izdati *(leges speciales).*

Smatra se, da je Justinijan, u svojoj opštoj težnji povratku starim idealima, vratio reskriptima opštu primenu.[50] Justinijan u konstituciji izdatoj 529. godine zaista konstatuje:

C. 1, 14, 12: *„... Definimus autem omnem imperatoris legum interpretationem sive in precibus sive in iudiciis sive alio quocumque modo factam ratam et indubitatam haberi..."*. (Određujemo, da je svaka carska interpretacija zakona, bilo da je data po molbi, ili u posupku, ili na bilo koji drugi način, valjana i nesumnjiva).

Međutim, u ovoj konstituciji nije reč o tumačenju i primeni reskripata o privilegijama, koje se javljaju pod nazivom *leges speciales*. Možda je ona nastala kao reakcija na dilemu o opštoj ili pojedinačnoj primeni car-

48 Pietro De Francisci (De Frančiši), *Storia del diritto romano,* Vol. III, parte I, Milano 1936, 185; Antonio Guarino (Gvarino), *Storia del diritto romano*, 4. ed. Napoli 1969, 581.

49 M. Sič, 2011, 110 – 112.

50 F. de Martino, 423.

skog tumačenja prava, usled prakse prethodnih vremena kada su građani u vidu tumačenja zahtevali izdavanje reskripata o privilegijama.

U ovoj konstituciji se uopšetno govori o tumačenju zakona pri primeni, a posebno ako je zakonski tekst nejasan. Svesni često komplikovanog uzvišenog i zbog toga nejasnog stila konstitucija, carevi su i pre Justinijana ukazivali na potrebu tumačenja od strane cara. Tako na primer, Valentinijan i Marcijan posebno ističu da zakoni koji se odnose na svakog, treba da budu formulisani jednostavnim jezikom, da bi ih svi upoznali i shvatili carsku odluku. Međutim, ako bi ipak bilo šta ostalo nerazumljivo, tumačnje mora da se zatraži od cara: *„duritiamque legum nostrae humanitati incongruam emendari"* (da bi nedosledna storgost zakona bila ispravljena našom humanošću).[51] Carevi Leon i Zenon 474. godine u pogledu tumačenja nejasnosti novih zakona, čija primena još nije bila potvrđena praksom, smatraju takođe bitnim kako mišljenje sudija tako i autoritet cara.[52]

Najzad je u Justinijanov Kodeks deo napred citirane Konstantinove konstitucije o tumačenju reskripata preuzeta u smislu tumačenja prava uopše.

C. 1, 14, 1: *Imp. Constantinus. „Inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere"*. (Tumačenje između pravičnosti i prava jedino mi treba i možemo da nadgledamo).

Napred rečeno o značaju carskog tumačenja prava lepo je rezimirano u Justinijanovoj konstituciji izdatoj 529. godine.

C. 1, 14, 12, 2 (1) *Imp. Iustinianus*. (529. god.): „Prema tome, kako smo našli i u pogledu starih zakona, postoji nedoumica o tome da ako je zakon tumačen carskim mišljenjem, da li ovo tumačenje treba da bude prihvaćeno kao obavezujuće, međutim, ovu neosnovanu nedoumicu zbog toga što je dostojna preziru namervamo otkloniti. Stoga određujemo da svaka carska interpretacija zakona bez obzira da li je data na zahtev građana ili u sudskom sporu ili u bilo kojoj drugoj prilici, treba da se poštuje i u pogledu toga nema nikakve dileme. Naime, ako je sada samo imperatoru dozvoljeno da stvara zakone, tumačenje zakona takođe pripada samo carskom visočanstvu. Jer ako se pojavi bilo koja nedoumica u sporu o suprostavljenim mišljenjima i oni (sudije) smatrajući da nisu kvalifikovani ili sposobni da odluče u sprovedenom postupku, zbog čega se obraćaju nama i zašto se sve nejasnosti spora koje nastaju povodom zakona prezentuju našim ušima, ako interpretacija zakona ne pripada isključivo nama? Ili ko je sposoban da rešava pravne enigme i da ih svima objašnjava

[51] C. 1, 14, 9 (454).
[52] C. 1, 14, 11.

ako to nije taj kome je jedinom dozvoljeno da stvara (predlaže) zakone? Prema tome, stavljajući na stranu ove neozbiljne nedoumice, imperator može biti u pravom smislu smatran jedinim stvaraocem i tumačem zakona (prava)..." *(Explosis itaque huiusmodi ridiculosis ambiguitatibus tam conditor quam interpres legum solus imperator iuste existimabitur)*.

Prema tome u vreme cara Justinijana car (njegova kancelarija) je postao ne samo jedini stavarlac nego i tumač prava. To, međutim, ne znači da nisu i dalje postojale pojedinačne norme *(leges speciales)*, koje su se mogle primeniti samo za slučaj za koji su izdate. To možemo videti i po tome što Justinijanov kodeks pored navedenog zakona sadrži i tzv. Valentinijanov zakon o pojedinačnoj primeni odluka izdatih radi rešenja jednog specifičnog slučaja po molbi, ili o dodeljivanju pogodnosti,[53] kao i zabranu primene reskripata o privilegijama.[54] Prema tome, konstitucije *ad consultationem ermissa*, kao i one izdate u korist *civitates, corpora*, provincije, legata ili kurije i one s kojima se rešava jedan poseban slučaj i nije izričito izražena careva volja da imaju opštu primenu, spadale bi i u Justinijanovo vreme u *leges speciales.*

Prema tome, pravičnost je u Justinijanovo vreme bio princip tumačenja kojim se ne samo što se ublažavala strogost zakona u vidu izdavanja pojedinačnih normi *(leges speciales)*, nego se i menjalo pravo u skladu sa novim okolnostima i potrebama društva. Pri tome sada se polazilo od hrišćanske ideologije. Stoga se za označavanje pravičnosti pored izraza *aequitas* kao sinonimi koriste se i termini *humanitas, benignitas, pietas, clementia, charitas.*[55] To je dovelo do mišljenja, da pravičnost u Justinijanovo vreme izražava svetu božansku volju.[56] Međutim, obzirom na to da su tumači božanske volje bili car i njegovi činovnici koji su bili vođeni i interesima Carstva sopstvenog vremena, mi smatramo da hrišćansku etiku treba shvatiti u tim granicama. Vođen pravičnošću u tako shvaćenom hrišćanskom smislu Justinijan (njegova kancelarija) je s jedne strane davao tumačenja postojećih zakona pri primeni na konkretne slučajeve, a sa druge strane je i kreirao nova pravna pravila u vidu carskih zakona ili pak unošenjem interpolacija u tekstove klasičnih pravnika sačuvanih u Digestama.

---

53 C. J. 1, 14, 2 i 3 *in fine*.

54 Na primer, C. Th. 12, 1, 17 = C. J. 10, 32, 19.

55 Biondo Biondi (Biondi), „Humanitas nelle leggi degli imperatori romano-cristiani." In: *Miscellanea Giovanni Galbiati.* Bd.2. Mailand 1951, 81-94; Luis Mariano Robles Velasco (Velasko), „Aequitas – equity," in: *Fundamenta Iuris. Terminología, Principios e Interpretatio* (ed. Pedro Resina Sola), Universidad Almería, 2012 199; Ante Romac, *Rječnik rimskog prava*, Zagreb 1983, 22 – 23; T. Nótári, 208.

56 L. M. R. Velasco, 199 – 200.

ZAKLJUČAK

Veoma uopšteno posmatrano, možemo zaključiti da je tumačenje prava u skladu sa pravičnošću u pretklasičnom i klasičnom pravu dovelo do usavršavanja pravila privatnog prava u skladu sa novim okolnostima u rimskom društvu i moralnim pravilima savesnog i poštenog ponašanja. U vreme krize a posebno počev od vremena vladavine cara Konstantina Velikog, imajući u vidu uvođenje raznih zabrana i ograničenja prava građana, princip pravičnosti se primenjivao prilikom tumačenja reskripata o privilegijama izuzeća od ovih pravila. Obzirom na to da je tada značio ublažavanje strogosti primene prava ona je bila rezervisana za samog cara, koji je pri tome imao u vidu opšti interes, tj. opstanak Carstva. U vreme Justinijana tumačenje prava je u potpunosti u rukama cara (tj. njegove kancelarije). U to vreme tumačenje prava u skladu sa pravičnošću znači ne samo ublažavanje strogosti postojećih pravila već i usklađivanje sa hrišćanskom ideologijom i opštim interesom carstva. U kojoj meri je to sprovedeno (pre svega u pogledu tekstova Digesta) još je uvek predmet istraživanja.

Magdolna I. Sič, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

The Interpretation of Law in Accordance with the Principle of *Aequitas* in Roman Law

Abstract: *The principle of aequitas allows to take into account circumstances of a particular case, going beyond the strict meaning of the applicable legal norm. Moreover, if these circumstances occur frequently, the principle opens the door for the modification of the norm in question. This paper follows the application of aequitas and its impact on the development of law during the Roman history. We can generally conclude that the application of aequitas in pre-classical Roman law led to breaking off with strict forms of the old ius civile harmonizing the law with the needs of the republican society. This can be attributed to the activities of praetor, pre-classical jurists and judges, and to the introduction of the iudicia bonae fidei. In the classical period, authorized jurisconsults interpreted the law in line with equity, through their responsa or as members of the consilium principis preparing rescripts of the princeps. Although this has been done under the emperor's control, interpreting small, private, everyday legal problems of citizens lead to the development of technical rules of private law. These rules are still valid today. In the post-classical period, given the general crisis of the Roman society, the preservation of the Empire was designated as the public interest (utilitas publica). Under these circumstances post-classical jurists had no longer the possibility to creatively interpret the law. Moreover, starting from Constantine, the issuance and control of equitable implementation of the rescripts was reserved for the emperor, these being referred to the privileges and exemptions from various burdens and obligations. Finally, Justinian proclaimed that the emperor is the only creator and interpreter of the law: "conditor et interpres legum". He determined what was equitable following Christian ideology and the interest of the Empire (utilitas publica).*

Key words: *interpretation of the law; aequitas; responsa; rescipts; Roman law*

Originalni naučni rad 343.852:616.89(497.11)
doi:10.5937/zrpfns49-9048

Dr Dragiša S. Drakić, vanredni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
ddrakic@pf.uns.ac.rs

PRINUDNO ZADRŽAVANJE LICA SA DUŠEVNIM POREMEĆAJIMA U KAZNENOM PRAVU SRBIJE[1]

Sažetak: *U radu se obrađuje pitanje prinudnog zadržavanja lica sa duševnim poremećajima u kaznenom pravu Srbije. Pri tom, autor se bavi analizom kao i odnosom odgovarajućih odredaba iz oblasti krivičnog prava, prekršajnog prava, kao i posebnog Zakona o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama, te naglašava da se odnosne odredbe ovog poslednjeg zakona samo uslovno i sa rezervom mogu podvesti pod izraz kazneno pravo.*

U prvom delu rada autor obrazlaže predmet istraživanja i navodi i objašnjava ciljeve do kojih želi da dođe u svom radu. U drugom, trećem i četvrtom delu rada autor razmatra pojedine oblike prinudnog zadržavanja u pravu Srbije, i to ono koje se ostvaruje u okviru krivičnog sankcionisanja, prekršajnog sankcionisanja, odnosno koje se ostvaruje u posebnom postupku na osnovu odredaba Zakona o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama.

U završnom delu autor na detaljan način najpre sumira ono o čemu je do tada govorio, potom daje konačnu ocenu i donosi svoj sud o sveobuhvatnosti i međusobnoj usklađenosti zakonskih odredaba koje se odnose na predmetnu problematiku a pripadaju različitim oblastima prava, i na kraju predlaže odgovarajuća rešenja u cilju poboljšanja pravnog položaja lica koja predstavljaju predmet proučavanja u ovom naučnom radu.

Ključne reči: *prinudno zadržavanje, lica sa duševnim smetnjama, kazneno pravo Srbije.*

---

[1] Rad je nastao kao rezultat naučnog angažovanja na projektu Pravnog fakulteta u Novom Sadu pod nazivom "Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)" u 2015. godini.

1. Uvodno izlaganje

Do prinudnog zadržavanja[2] duševno poremećenih lica[3] u pravu Srbije može doći na osnovu odredaba krivičnog prava, prekršajnog prava ili na temelju posebnog Zakona o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama. Iako se odredbe poslednjeg zakona u načelu ne mogu svrstati u kazneno pravo u užem smislu, nema sumnje da one odredbe ovog zakona koje se odnose na prinudno zadržavanje u zdravstvenoj ustanovi lica sa duševnim smetnjama nesumnjivo u sebi sadrže elemente represije, jer se zadržavanje, koje je po prirodi stvari povezano sa ograničenjem slobode kretanja, sprovodi još i bez pristanka konkretne osobe. Stoga smo predmetne odredbe, doduše samo uslovno i uz izraženu rezervu, prevashodno iz praktičnih razloga, u naslovu podveli pod zajednički izraz kazneno pravo (u širem smislu).

Zadatak koji smo pred sebe postavili svodi se na analizu uslova svakog konkretnog zakona koji se odnose na prinudno zadržavanje lica sa duševnih smetnjama, kao i njihovo dovođenje u međusobnu vezu, kako bi se utvrdilo da li su odredbe koje se tiču ovih uslova međusobno usklađene i povezane u jednu jedinstvenu logičko-pravnu celinu, ili su pak neusklađene a možda čak i protivrečne. Od odgovora na ovo pitanje zavisiće i sud o tome, da li naš zakonodavac vodi efikasnu i promišljenu politiku kada je u pitanju pravna zaštita ove naročito osetljive i ranjive populacije stanovništva, ali i populacije od koje se društvo ne može drugačije zaštititi osim njihovim prinudnim zadržavanjem u zdravstvenoj ustanovi u cilju lečenja, jer se procenjuje da će naškoditi sebi ili drugima ukoliko do toga ne dođe.

Prinudno zadržavanje duševno bolesnih i poremećenih osoba može se najpre izreći povodom izvršenog dela koje je u zakonu propisano kao krivično. Ukoliko ovo delo izvrši duševno bolesno i poremećeno lice njemu se pod određenim uslovima, ako su za to ispunjeni zakonski uslovi, mogu izreći specifične krivične sankcije - mere bezbednosti psihijatrijskog karaktera.

Zanimljivo je istaći da su mere bezbednosti kao posebna vrsta krivičnih sankcija prvi put uvedene u naše krivično pravo Krivičnim zakonikom

---

[2] Kada kažemo "prinudno zadržavanje" duševno bolesnih i poremećenih lica imamo u vidu svako prinudno stacioniranje u zdravstvenu ustanovu u dužem ili kraćem vremenu, na osnovu sudske odluke, bez pristanka ovih lica, s ciljem njihovog psihijatrijskog lečenja, bez obzira na to da li je ovakvo prinudno lečenje formalno proglašeno za kaznenu sankciju ili ne.

[3] U daljem tekstu ravnopravno ćemo koristiti sledeće izraze, koji u sebi obuhvataju identične pojmovne sadržaje: "duševno poremećena lica", "duševno bolesna i poremećena lica", "lica sa psihičkim smetnjama" i "lica sa mentalnim smetnjama".

Kraljevine Jugoslavije iz 1929. godine[4]. Ovaj Zakonik uveo je složen sistem mere bezbednosti (ukupno devet[5]), a jedna od njih je bila Upućenje u zavod radi čuvanja i lečenja[6]. Dakle, mera bezbednosti psihijatrijskog karaktera koja je povezana sa lišenjem slobode spada u najstarije mere bezbednosti u našem krivičnom pravu. Ona nije promenila svoj pravni status kroz celokupno vreme svoje egzistencije u domaćem krivičnom zakonodavstvu. Pored toga, treba napomenuti da se ista od samog početka primenjivala, kako na neuračunljive, tako i na bitno smanjeno uračunljive učinioce krivičnih dela, što je za ono vreme nesumnjivo predstavljalo progresivno rešenje. Naziv koji danas nosi – Obavezno psihijatrijsko lečenje i čuvanje u zdravstvenoj ustanovi, predmetna mera dobila je donošenjem Krivičnog zakona iz 1976. godine. Potrebno je istaći da je tim zakonom uvedena prvi put kod nas i mera bezbednosti Obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi. Uvođenje mere bilo je motivisano humanim razlozima, koji su u ono vreme bili obrazlagani naprednim psihijatrijskim saznanjima da se nekada bolji rezultati u lečenju duševno bolesnih i poremećenih osoba mogu ostvariti kada se to lečenje sprovodi ambulantno na slobodi, a u poređenju sa lečenjem u zdravstvenoj ustanovi zatvorenog tipa koje je neminovno povezano sa negativnim posledicama lišenja slobode. Kako i kod ove mere može pod određenim uslovima doći do prinudnog zadržavanja u zdravstvenoj ustanovi u kraćem vremenskom trajanju, to ćemo i njoj posvetiti odgovarajuću pažnju u kasnijem izlaganju. Inače, od ukupnog broja od jedanaest mera bezbednosti koje poznaje naš današnji Krivični zakonik[7] dve od njih su napred pomenute mere psihijatrijskog karaktera.

Do prinudnog zadržavanja duševno bolesnih i poremećenih lica u našem pravu može doći i povodom izvršenog prekršaja. S tim u vezi, ukoliko su ispunjeni određeni uslovi predviđeni našim novim Zakonom o prekršajima[8], može im se izreći prekršajna sankcija koja se naziva Obavezno

---

[4] O evoluciji ideje krivičnog sankcionisanja i razlozima uvođenja mera bezbednosti u savremena krivična zakonodavstva videti, Toma Živanović, Dualitet krivičnih sankcija, kazne i mere bezbednosti, *Osnovni problemi krivičnog prava i druge studije*, Beograd 1986, 219-253.

[5] Videti, *Krivični zakonik za Kraljevinu Jugoslaviju* od 27. januara, 1929. god., sa izmenama i dopunama od 9. oktobra 1931. god., Izdavačka knjižarnica Gece Kona, Beograd 1932, 25-30.

[6] Videti čl.53,56 Krivičnog zakonika, ibid., 27,28.

[7] *Krivični zakonik Republike Srbije*, Službeni glasnik Republike Srbije, br.85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012.

[8] *Zakon o prekršajima Republike Srbije*, Službeni glasnik Republike Srbije, br.65/2013. O nekim novinama u ovom zakonu videti, Ivan Milić, Novi zakon o prekršajima i stari problemi sa zaštitnom merom obaveznog lečenja zavisnika od alkohola i psihoaktivnih supstanci, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1/2014, 263-266.

psihijatrijsko lečenje. Ovakvu mogućnost raniji prekršajni zakon nije poznavao. Kao i kada je u pitanju ambulantna psihijatrijska mera kao krivična sankcija, tako se i ova prekršajna sankcija po pravilu izvršava na slobodi, s tim što je izuzetno zakonom propisana mogućnost da se ista sprovede prinudno u zdravstvenoj ustanovi u kraćem vremenskom trajanju. S obzirom na to da u ovim situacijama takođe dolazi do prinudnog zadržavanja, s tom razlikom što se sada prinudno zadržava duševno bolesni ili poremećeni učinilac prekršaja, i ovoj sankciji posvetićemo odgovarajuću pažnju u svom radu.

Konačno, do prinudnog zadržavanja duševno bolesnih i poremećenih lica u pravnom sistemu Republike Srbije može doći i kada nisu izvršili krivično ili prekršajno delo. Ovu mogućnost predviđa i reguliše naš novi Zakon o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama[9]. Stoga ćemo odredbama ovog zakona koje se odnose na materiju koja predstavlja predmet proučavanja u našem radu posvetiti dužnu pažnju u kasnijem izlaganju.

S obzirom na to da su, kako naš novi prekršajni zakon, tako i nekazneni zakon koji pruža pravnu zaštiti licima sa duševnim poremećajima doneti nedavno - tokom 2013. godine, nema sumnje da je ovde reč o veoma aktuelnoj problematici, kojoj međutim, barem do sada, nije posvećena odgovarajuća pažnja u našoj naučnoj i stručnoj, pravnoj i psihijatrijskoj literaturi.

2. Prinudno zadržavanje putem krivičnog sankcionisanja

a) Mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi može se izreći neuračunljivom, kao samostalna krivična sankcija, ili bitno smanjeno uračunljivom učiniocu krivičnog dela, jedino uz kaznu zatvora ako, s obzirom na učinjeno delo i stanje duševne poremećenosti, postoji "ozbiljna opasnost" da će učiniti "teže" krivično delo i da je radi otklanjanja ove opasnosti potrebno njegovo lečenje u takvoj ustanovi[10].

Može se zaključiti da se ova mera izriče ukoliko su ispunjena tri uslova: 1. Da je protivpravno delo koje je u zakonu predviđeno kao krivično, odnosno krivično delo, izvršilo neuračunljivo odnosno bitno smanjeno uračunljivo lice; 2. Da postoji ozbiljna opasnost da će izvršilac učiniti neko teže krivično delo; 3. Da je u cilju otklanjanja ove opasnosti neophodno njegovo lečenje u zdravstvenoj ustanovi. Kada su ispunjeni zakonski uslovi sud je u obavezi da izrekne ovu meru, a ne bi mogao po sopstvenom naho-

[9] *Zakon o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama*, Službeni glasnik Republike Srbije, br.45/13.

[10] Videti čl.81 KZRS.

đenju, kao što je slučaj kod većine drugih mera bezbednosti, odlučivati o celishodnosti njenog izricanja.

Što se tiče prvog uslova, potrebno je naglasiti da su predmetne mere bezbednosti jedine krivične sankcije u našem krivičnom pravu koje se kao samostalne sankcije mogu izreći neuračunljivim učiniocima. Kao što je poznato, neuračunljivost, a to važi i za bitno smanjenu uračunljivost, u osnovi kojih se nalazi neki zakonom propisani poremećaj, vezani su za vremenski trenutak izvršenja dela i za duševni konkretno delo. Duševna bolest ili teška poremećenost od koje je patio učinilac pre, ali ne i za vreme izvršenja dela, odnosno od kojih je učinilac oboleo nakon izvršenja dela, nisu s tim u vezi krivično-pravno relevantni i ne mogu dovesti do izricanja mere.

Drugi zakonski uslov za primenu ove mere zahteva da na strani učinioca u vreme izricanja iste postoji "ozbiljna opasnost" od vršenja "težeg" krivičnog dela. U našoj teoriji krivičnog prava zauzet je stav da se pod "ozbiljnom opasnošću" podrazumeva "visok stepen verovatnoće" vršenja dela u budućnosti, dok bi se pod izraz "teže delo" mogla podvesti sva očekivana krivična dela za koja bi se mogla izreći kazna zatvora od pet ili više godina[11]. Ističe se da priroda ove mere i njeno neograničeno trajanje ne daju osnova da se ista primeni kada ne postoji dovoljno visok stepen verovatnoće od vršenja dela u budućnosti, niti pak kada se očekuje vršenje bilo kakvih, ali ne i težih dela. U tom smislu ukazuje se da je "preciziranje i izvesno sužavanje uslova za primenu ove mere bezbednosti u KZ na liniji opravdane težnje jačanja i ostvarivanja garantivne funkcije krivičnog prava i u oblasti mera bezbednosti"[12].

U osnovi ovakve opasnosti nalazi se ista ona duševna bolest ili poremećenost koja je dovela do neuračunljivosti ili bitno smanjene uračunljivosti učinioca kojem se izriče mera. Drugim rečima, ne samo da je bolest ili poremećenost bila glavni uzročnik već izvršenog krivičnog dela, već je ona, po proceni suda, istovremeno i potencijalni uzročnik vršenja nekog težeg dela od strane istog učinioca u budućnosti. Ona se dakle kao kriminogeno izvorište javlja i u vreme suđenja u vezi sa još neizvršenim, ali očekivanim, budućim krivičnim delom konkretnog učinioca.

Procena ispunjenosti ovog uslova u prvom redu zahteva ispitivanje vrste i karaktera bolesti ili poremećenosti i njihovog uticaja na psihičko funkcionisanje učinioca u vreme izvršenja dela, a takođe i stanja njegovih psihičkih funkcija odnosno strukture psihopatoloških sindroma i doživljavanja

[11] Videti, Zoran Stojanović, *Krivično pravo – opšti deo*, dvadeseto izdanje, Beograd 2013, 354.

[12] Z.Stojanović, ibid., 354,355.

u vreme suđenja. Poželjno je pravilno proceniti i dinamiku razvoja dotičnog bolesnog procesa u bliskoj budućnosti. Sve to treba dovesti u vezu sa osobenostima, težinom i prirodom već izvršenog dela, kao i eventualnih, budućih dela. Ovo sve s ciljem pravilne procene kriminogenosti, kako onih psihopatoloških sadržaja koji su se već ispoljili, tako i onih čije se ispoljavanje tek očekuje. Za obavljanje ovog teškog zadatka može nam korisno poslužiti i analiza rezultata prepsihotične strukture ličnosti učinioca, ukoliko ovim podacima uopšte raspolažemo. Kao dopunski kriterijumi mogu se eventualno uzeti u obzir i mogućnost uvida učinioca u sopstvenu bolest i stepen njegove motivisanosti za lečenje. Ali i stanje njegove ličnosti kada je u pitanju poimanje moralnih normi, kao i njegov osećajni i nagonski segment. Mogu se naravno uzeti u obzir i razmotriti i sve druge okolnosti koje mogu biti značajne za svestrano i potpuno razjašnjenje konkretnog slučaja. Samo ukoliko se uzmu u obzir sve napred navedene okolnosti i dovedu na ispravan način u međusobnu vezu moglo bi se doći do odgovora na pitanje da li na strani učinioca u vreme suđenja postoji "ozbiljna opasnost" od vršenja "težeg" krivičnog dela, ili ovaj stepen i kvalitet predmetne opasnosti ne postoji.

Poslednji uslov za izricanje mere – "da je u cilju otklanjanja ove opasnosti neophodno njegovo lečenje u zdravstvenoj ustanovi", logički se nadovezuje na prethodni uslov, tako da njegovo eksplicitno zakonsko navođenje i nije neophodno. S tim u vezi, kako se ova mera izriče duševno bolesnom ili teško duševno poremećenom učiniocu, njegova psihopatološka svojstva ličnosti nesumnjivo zahtevaju lečenje. Dalje, zato što postoji visok stepen verovatnoće da će on usled takvog svog stanja u budućnosti izvršiti neko teže krivično delo, ne bi bilo kriminalno-politički, socijalno-etički a ni bezbednosno osnovano da se lečenje takvog učinioca sprovodi ambulantno na slobodi. Stoga se izricanje psihijatrijske mere stacionarnog tipa ovakvom učiniocu nameće kao logično i jedino moguće. Izričitim zakonskim propisivanjem "neophodnosti njegovog lečenja u zdravstvenoj ustanovi" opterećuje se zakonski tekst i stvara privid da je reč o novom formalnom zakonskom uslovu za izricanje mere, koji očigledno to nije, jer proističe iz prethodnih uslova i čije se postojanje, ako su ovi prethodni uslovi ispunjeni, nesumnjivo i bezuslovno pretpostavlja.

Bez obzira na to da li se ova mera izriče neuračunljivom učiniocu kao samostalna sankcija, ili bitno smanjeno uračunljivom učiniocu dela uz kaznu zatvora, ista je apsolutno neodređenog trajanja jer se unapred, ni u zakonu ni u sudskoj odluci, ne određuje koliko će ona trajati. Sud meru obustavlja kada prestane potreba za lečenjem i čuvanjem učinioca u zdravstvenoj ustanovi, a kada će ta potreba prestati ne može se po prirodi stvari unapred znati, niti se to može predvideti. Ovo dakle važi i ka-

da se mera izriče bitno smanjeno uračunljivom licu, jer ona može trajati i duže od kazne zatvora uz koju je ista izrečena. U ovom poslednjem slučaju, kako se vreme koje je učinilac proveo u ustanovi na lečenju uračunava u kaznu zatvora, ukoliko je učinilac u ustanovi za izvršenje ove mere proveo isto ili duže vreme u odnosu na vreme za koje mu je izrečena kazna zatvora, smatra se da je ovu kaznu na taj način izdržao. U suprotnom, sud će, nakom što uzme u obzir okolnosti o kojima je na osnovu zakonske obaveze dužan da vodi računa, odlučiti da li će ga uputiti na izdržavanje ostatka vremena za koje je izrečena kazna zatvora ili će ga pustiti na uslovni otpust[13].

b) Mera bezbednosti Obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi[14] može se takođe izreći neuračunljivom, kao samostalna krivična sankcija, ili bitno smanjeno uračunljivom učiniocu krivičnog dela, jedino ako mu je uz nju izrečena uslovna osuda ili je pušten na uslovni otpust u vezi sa izdržavanjem prethodne mere, uz uslov da postoji "ozbiljna opasnost" da će učiniti bilo koje krivično delo, kao i da je za otklanjanja ove opasnosto dovoljno njegovo lečenje na slobodi.

I za izricanje ove mere neophodno je da budu ispunjena tri zakonska uslova: 1. Da je protivpravno delo koje u zakonu predviđeno kao krivično, odnosno krivično delo, izvršilo u prvom slučaju neuračunljivo, a u drugom bitno smanjeno uračunljivo lice; 2. Da postoji ozbiljna opasnost da će učinilac izvršiti bilo koje krivično delo u budućnosti; 3. Da je radi otklanjanja ove opasnosti dovoljno njegovo lečenje na slobodi. I ovu meru sud je dužan da izrekne kada su ispunjeni svi zakonom propisani uslovi, te ne bi mogao po sopstvenom nahođenju odlučivati o celishodnosti njene primene u svakom konkretnom slučaju.

Pošto su uslovi za primenu predmetne mere, kao i njena sadržina, slični uslovima izricanja i sadržini stacionarne mere u daljem tekstu nećemo se upuštati u nepotrebna ponavljanja onoga o čemu smo već govorili kod prethodne mere, a što važi i za ovu. Akcenat ćemo staviti jedino na ona pitanja koja su relevantna za predmet naše rasprave u radu.

Shodno tome, dok se za izricanje psihijatrijske mere bezbednosti stacionarnog tipa u zakonu zahteva "ozbiljna opasnost" od vršenja "težih" krivičnih dela, kod ove mere dovoljna je "ozbiljna opasnost" od vršenja bilo kakvih krivičnih dela u budućnosti. Iz toga bi se mogao izvesti zaključak, da se zakonski uslovi za izricanje ovih mera ne razlikuju po stepenu opasnosti učinioca od vršenja krivičnih dela u budućnosti. U oba slučaja zahteva se da ta opasnost bude "ozbiljna". Da bi se

[13] Videti čl.81, st.3,4,5 KZ-a.
[14] Videti čl.82 KZ-a.

izrekla, bilo jedna bilo druga mera, potrebno je dakle da sud ustanovi da na strani učinioca postoji visok stepen opasnosti, u smislu velike verovatnoće da će on vršiti krivična dela u budućnosti. Po čemu se onda razlikuju uslovi za primenu ovih mera? Po tome što se kod stacionarne mere mora raditi o verovatnoći vršenja "težih", dok se kod ambulantne mere zakon zadovoljava verovatnoćom vršenja bilo kojih krivičnih dela, što po logici stvari može jedino značiti dela lakše ili eventualno srednje težine.

Za razliku od prethodne mere, mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi je relativno neodređenog trajanja. S jedne strane, sud u sudskoj odluci unapred ne određuje vreme njenog trajanja, s obzirom na to da se u trenutku njenog izricanja ne može znati kada će prestati potreba za lečenjem, a shodno tome ni kada će se otkloniti "ozbiljna opasnost" od vršenja krivičnih dela u budućnosti. S druge strane, međutim, zakon je ograničio vreme njenog najdužeg trajanja, tako da ista ne bi mogla trajati duže od tri godine. Ovde je zakonodavac očigledno bio mišljenja da je vreme od tri godine po pravilu dovoljno da se duševno bolesni ili poremećeni učinioci kojima se izriče ova mera izleče ili zaleče i kao takvi ne budu više opasni za svoju okolinu, uopšte ili svakako u meri koja zahteva njihovo lečenje u okviru krivične sankcije.

Ipak, zakonodavac je istovremeno bio svestan da je reč o jednoj veoma osetljivoj i delikatnoj situaciji, da je zdravstveno stanje pacijenta promenljiva kategorija, da su moguće sudsko-psihijatrijske greške u prvobitnoj proceni, te je predvideo da se ova mera u slučaju potrebe može zameniti merom stacionarnog tipa, pod uslovom da se zdravstveno stanje učinioca na slobodi pogoršalo i njegova opasnost uvećala, tako da je samim tim neophodno njegovo stacioniranje. To bi bio prvi slučaj prinudnog zadržavanja duševno bolesnih i poremećenih učinilaca, koji proizlazi iz prvobitne primene mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi, a sprovodi se u formalnim okvirima mere stacionarnog tipa.

Drugu mogućnost prinudnog zadržavanja u zatvorenoj zdravstvenoj ustanovi ovih lica zakon predviđa kada propisuje da se predmetna mera može zameniti merom obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi – "ako se učinilac bez opravdanih razloga ne podvrgne lečenju na slobodi ili lečenje samovoljno napusti"[15]. Za razliku od prethodne situacije gde za naknadno sprovođenje stacionarnog tretmana, nakon neuspelog pokušaja ambulantnog lečenja na slobodi, postoje objektivni krivičnopravno-psihijatrijski razlozi, ovde se stacioniranje vrši praktično jedino

[15] Videti čl.82, st.6 KZ-a.

radi "disciplinovanja" neposlušnog pacijenta koji ne sarađuje u procesu sopstvenog lečenja.

Konačno, zakon je polazeći od iskustava u lečenju psihijatrijskih pacijenata predvideo i mogućnost da se "obavezno psihijatrijsko lečenje na slobodi može povremeno sprovoditi u odgovarajućoj zdravstvenoj ustanovi, ako je to potrebno radi uspešnijeg lečenja, s tim da povremeno lečenje u ustanovi ne može neprekidno trajati duže od petnaest dana, niti ukupno duže od dva meseca"[16]. Ovo stacioniranje ne odvija se, kao u prethodna dva slučaja, u okviru mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi, već predstavlja modalitet u sprovođenju mere obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi. Premda je reč o veoma kratkom vremenskom trajanju stacioniranja duševno poremećenih učinilaca, i ovde možemo govoriti o njihovom prinudnom zadržavanju, jer kao prvo, ono ne zavisi od njihovog pristanka, a kao drugo, praćeno je ograničenjem slobode kretanja ovih lica.

3. Prinudno zadržavanje putem prekršajnog sankcionisanja

Prekršajna mera Obaveznog psihijatrijskog lečenja[17] može se izreći neuračunljivom, kao samostalna sankcija, ili bitno smanjeno uračunljivom učiniocu prekršaja, ako mu je kao glavna sankcija izrečena novčana kazna, rad u javnom interesu, opomena ili je pak oslobođen od kazne. Sud će izreći ovu meru ako utvrdi da postoji "ozbiljna opasnost" da učinilac ponovi prekršaj, a radi otklanjanja opasnosti potrebno je njegovo psihijatrijsko lečenje[18].

Obavezno psihijatrijsko lečenje na slobodi traje dok postoji potreba za lečenjem, ali ne može trajati duže od jedne godine. Tu se osnovano može postaviti pitanje, da li je rok od jedne godine dovoljan da se efikasno sprovede tretman lečenja od neke duševne bolesti ili poremećaja i time otkloni "ozbiljna opasnost" od vršenja prekršaja u budućnosti. Čini se da pomenuti rok u većini slučajeva neće biti dovoljan da se otkloni iole ozbiljnija bolest odnosno poremećaj. Šta je onda naše novo prekršajno pravo dobilo time što je uvelo ovu novu, nesumnjivo humanu meru, ako se njenim praktičnim sprovođenjem ne može po pravilu ostvariti unapred zacrtani cilj? Stoga bi bilo korisno kada bi se rok njenog maksimalnog trajanja produžio najmanje za još jednu godinu.

---

[16] Videti čl.82, st.4 KZ-a.

[17] Videti čl.60 Zakona o prekršajima.

[18] S tim u vezi videti, Stefan Samardžić, Ivan Milić, Kontradiktornosti zakona o prekršajima u oblasti sankcija prema maloletnicima sa posebnim osvrtom na mere medicinskog karaktera, *Zbornika radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3/2014, 381-393.

Kao što joj samo ime govori, ova mera sprovodi se ambulantno, na slobodi. Međutim, u cilju uspešnijeg lečenja može se odrediti da se lečenje povremeno sprovede u zdravstvenoj ustanovi, "s tim da neprekidno lečenje u ustanovi ne može trajati duže od petnaest dana, a može biti preduzeto najviše dva puta u toku godine"[19]. Iz toga sledi da za vreme maksimalnog trajanja mere od jedne godine ovakvo stacioniranje ne bi smelo neprekidno da traje duže od trideset dana.

Pored gorepomenutog prinudnog zadržavanja u kraćem vremenskom periodu s ciljem uspešnijeg sprovođenja terapije, naš Zakon propisuje još jednu mogućnost ovakvog kratkoročnog stacioniranja duševno bolesnog ili poremećenog učinioca prekršaja kojem je izrečena ova mera. Ona je propisana po ugledu na rešenje Krivičnog zakonika u vezi sa merom Obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi. S tim u vezi, ukoliko se učinilac ne podvrgne lečenju na slobodi ili ga samovoljno napusti sud može odrediti da se predmetna zaštitna mera sprovede u zdravstvenoj ustanovi u maksimalnim rokovima iz prethodnog pasusa[20]. Stacioniranju psihijatrijskih bolesnika iz čisto disciplinskih razloga može se uputiti prigovor sa sličnom argumentacijom kao kod ambulantne mere kao krivične sankcije, tako da sve što smo o tome rekli na odgovarajućem mestu u radu važi i ovde. I u svemu drugom važi ono što smo već govorili kod psihijatrijskih mera bezbednosti kao krivičnih sankcija, tako da se na ovom mestu nećemo upuštati u suvišna ponavljanja.

4. Prinudno zadržavanje po Zakonu o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama

Zakon o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama[21] ne zaokuplja našu pažnju samo zbog toga što je novijeg datuma, već pre svega i u prvom redu zato što predstavlja prvi zakon kod nas koji na jednom mestu, sistemski reguliše jednu veoma delikatnu i osetljivu materiju na koju se odnosi. "Ovim zakonom bliže se uređuju osnovna načela, organizovanje i sprovođenje zaštite mentalnog zdravlja, način i postupak, organizacija i uslovi lečenja i smeštaj bez pristanka lica sa mentalnim smetnjama u stacionarne i druge zdravstvene ustanove"[22]. Stupanjem na snagu Zako-

[19] Videti čl.60, st.5 Zakona o prekršajima.

[20] Videti čl.60, st.6 Zakona o prekršajima.

[21] Mišljenja smo da je tekst ovog zakona, stilističko-lingvistički ali i pravno-tehnički, veoma loš. Za ovu tvrdnju mogli bismo izneti na desetina primera. Ipak, kako to nije predmet našeg istraživanja u radu u daljem tekstu nećemo se u ovo dokazivanje upuštati, ostavljajući mogućnost da analizi ovog zakona i njegovoj usklađenosti sa srodnim odredbama drugih zakona posvetimo posebnu pažnju u nekom od naših narednih naučnih tekstova.

[22] Videti čl.1 Zakona o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama.

na o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama prestale su da važe one odredbe Zakona o vanparničnom postupku koje se odnose na deo materije koja je regulisana odnosnim zakonom[23]. Mi ćemo se u daljem izlaganju ograničiti samo na uslove i postupak prinudnog zadržavanja lica sa duševnim smetnjama.

S tim u vezi, "lice sa mentalnim smetnjama za koje doktor medicine ili psihijatar proceni da, usled mentalnih smetnji, ozbiljno i direktno ugrožava sopstveni život ili zdravlje ili bezbednost, odnosno život ili zdravlje ili bezbednost drugog lica, može se smestiti u psihijatrijsku ustanovu bez svog pristanka, samo ukoliko nisu na raspolaganju manje restriktivni načini za pružanje zdravstvene zaštite..."[24]. Ovakvo zadržavanje dolazi u obzir samo kada je to jedini način da se obezbedi neophodna medicinska mera i traje samo dok traju zdravstveni razlozi za zadržavanje[25].

Postupak za prinudno zadržavanje mogu inicirati gotovo sva zainteresovana lica. Prvobitnu odluku o zadržavanju donosi lekar specijalista iz oblasti psihijatrije, ako zadržavanje zahtevaju "zdravstveni razlozi"[26]. Konačnu odluku o zadržavanju, najkasnije prvog narednog[27] radnog dana nakon što je lice sa mentalnim smetnjama zadržano u zdravstvenoj ustanovi, donosi konzilijum zdravstvene ustanove. Svoju odluku o zadržavanju, zajedno sa celokupnom dokumentacijom, psihijatrijska ustanova dužna je da u roku od 24 časa od dana konzilijarnog pregleda dostavi nadležnom sudu na području na kojem se nalazi ta psihijatrijska ustanova[28]. Sud je dužan da u roku od tri dana od dana prijema obaveštenja o zadržavanju održi ročište u psihijatrijskoj ustanovi u kojoj je zadržano lice sa mentalnim smetnjama[29], te na osnovu nalaza i mišljenja veštaka-psihijatra donese meritornu odluku[30] o potrebi zadržavanja. Ukoliko donese odluku da se konkretno lice zadrži, u toj odluci sud određuje i vreme zadržavanja u psihijatrij-

[23] Videti čl.67 Zakona.

[24] Videti čl.21, st.1 Zakona.

[25] Videti čl.21, st.3 Zakona.

[26] Videti čl.24, st.1 Zakona.

[27] U zakonskom tekstu učinjena je omaška jer je izostavljena reč "narednog", pa se intencija zakonodavca po pitanju ovog roka može protumačiti na različite načine. Videti čl.24, st.4 Zakona.

[28] Videti čl.25, st.2 Zakona.

[29] Videti čl.29, st.1 Zakona.

[30] Bez obzira na to što sve odluke koje se tim povodom donose nemaju istu težinu i ne proizvode jednako pravno dejstvo, Zakon u sva tri slučaja koristi istu formulaciju - "odluka". Stoga bi se prvobitno odlučivanje lekara-psihijatra pre moglo nazvati *inicijativom*, odluka kolegijuma zdravstvene ustanove ima pravni značaj i funkciju *predloga*, dok bi se jedino sudsko odlučivanje konkretnom prilikom moglo nazvati *odlukom*.

skoj ustanovi[31], koje ne može biti duže od trideset dana, računajući od dana kada je psihijatar doneo privremenu odluku o zadržavanju nakon prvog prijema[32]. Sud ipak može, pre isteka vremena koje je određeno za zadržavanje, da odluči, na osnovu nalaza i mišljenja veštaka-psihijatra, da se zadržano lice otpusti iz psihijatrijske ustanove, "ako utvrdi da se zdravstveno stanje tog lica poboljšalo u tolikoj meri da su prestali zdravstveni razlozi za njegovo dalje zadržavanje bez pristanka"[33]. Ako međutim konzilijum zdravstvene ustanove u kojoj se izvršava mera proceni da lice treba da ostane na bolničkom lečenju i nakom isteka vremena zadržavanja koje je određeno sudskom odlukom, konkretna zdravstvena ustanova je dužna da pet dana pre isteka vremena određenog u rešenju suda predloži sudu donošenje odluke o produženju zadržavanja[34]. O ovom predlogu sud je dužan da odluči bez odlaganja, a najkasnije do isteka vremena određenog za zadržavanje. Ukoliko prihvati predlog zdravstvene ustanove, sud će doneti odluku o produženju zadržavanja kojom će odrediti vreme produženja koje ne može biti duže od tri meseca, počev od isteka vremena koje je određeno prvobitnom odlukom. Svako dalje zadržavanje može se takođe produžiti na isti način, s tim što u svakom novom slučaju produženja ono može trajati najduže šest meseci[35].

Zakon sadrži i glavu koja se odnosi na "postupak prema licima sa mentalnim smetnjama, učiniocima krivičnih dela ili prekršaja"[36], koja gotovo da i ne reguliše ništa od onoga što je u naslovu ove glave naznačeno i na šta bi ista trebalo da se odnosi. U ovih nekoliko odredaba uglavnom se, i to sasvim nepotrebno, upućuje na odredbe drugih zakona koje se u konkretnim situacijama imaju primeniti, odnosno na odredbe samog Zakona o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama. O onome o čemu je zakonodavac ovde morao da se izjasni i što je bilo od izuzetnog praktičnog značaja, a to je pitanje odnosa odredaba ovog zakona koje se odnose na prinudno zadržavanje i odredaba Krivičnog zakonika, odnosno Zakona o prekršajima, koje se odnose na neke specifične situacije koje mogu rezultirati (ne)izricanjem mera bezbednosti psihijatrijskog karaktera, odnosno zaštitne prekršajne psihijatrijske mere, u Zakonu nije ni pomenuto a kamoli rešeno. Stoga ćemo u završnom delu rada tim povodom izneti neke dileme i predložiti moguća rešenja. Konačno, odredbe ove glave su toliko lingvistički neprecizne, logički neusklađene i pravno-tehnički nekorektne, da je veoma teško doći do za-

[31] Videti čl.30 Zakona.
[32] Videti čl.33 Zakona.
[33] Videti čl.31 Zakona.
[34] Videti čl.34, st.1 Zakona.
[35] Videti čl.34, st.2,3,4 Zakona.
[36] Videti čl.58,59,60 Zakona.

ključka kakva je bila intencija zakonodavca kada je iste formulisao. Moglo bi se slobodno reći da je to primer kako zakonske odredbe ne bi trebalo da izgledaju[37]. Konačno, njihov opstanak može se dovesti u pitanje i sa aspekta načela zakonitosti.

5. Zaključna razmatranja

Može se primetiti da u našem pravnom sistemu postoje tri različite mogućnosti za prinudno lečenje putem stacioniranja duševno bolesnih ili poremećenih lica. Prve dve mogućnosti rezultiraju iz izvršenja krivičnog odnosno prekršajnog dela i pravno su utemeljene i uređene odredbama krivičnog odnosno prekršajnog prava. Treća mogućnost prinudnog zadržavanja ovih lica nije uslovljena izvršenjem kaznenog delikta i bazira se na odgovarajućim odredbama Zakona o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama. Dok se njihovo prinudno zadržavanje u krivičnom i prekršajnom pravu ostvaruje, obavezno ili fakultativno, u okvirima krivičnih sankcija (dve mere bezbednosti) odnosno, fakultativno, u vezi sa prekršajnom sankcijom (zaštitna mera), Zakon o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama poznaje specifičnu mogućnost prinudnog zadržavanja duševno poremećene osobe s ciljem predupređenja mogućeg samopovređivanja ili povređivanja drugih lica od strane ovakve osobe.

Krivičnopravna ambulantna mera bezbednosti, kao i prekršajnopravna zaštitna mera, sprovode se primarno na slobodi. Prinudno zadržavanje, stacioniranjem u svrhu lečenja, lica kojima su ove mere izrečene može uslediti jedino kao mogućnost, koja se realizuje samo u slučaju potrebe, na način i pod uslovima koji su određeni odnosnim zakonima. Za razliku od njih, krivičnopravna stacionarna mera bezbednosti, kao i zadržavanje bez pristanka kao mera pomenutog zdravstveno-socijalnog zakona, sprovode se stacionarno. Dok se kod prve mere vreme zadržavanja unapred ne određuje u sudskoj odluci, kod druge se vreme trajanja unapred utvrđuje, i to u kraćim vremenskim intervalima, na način i prema dinamici kako je to predviđeno Zakonom[38].

Za izricanje krivičnopravnih mera bezbednosti neophodno je da je duševno bolesni ili poremećeni učinilac u vreme suđenja, usled svoje bolesti

[37] Na neadekvatnu zakonsku upotrebu izraza unutar jedne grupe krivičnih dela ukazao je, Branislav Ristivojević, O opravdanosti ukidanja`uvrede i klevete: kriminalna (ne)politika srpskog zakonodavca, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1/2014, 157,158. O tome kako su se nekada kod nas donosili zakoni videti, Gordana Drakić, Unifikacija krivičnog prava u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca, *Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske Unije* (tematsko zbornik), Novi Sad 2013.

[38] Videti o tome u odgovarajućem delu rada.

ili poremećenosti bio "ozbiljno opasan" za druge, u smislu visokog stepena verovatnoće da će izvršiti neko "teže" krivično delo (stacionarna mera), odnosno bilo koje drugo krivično delo (ambulantna mera). Izricanje prekršajnopravne zaštitne mere nužno zahteva postojanje "ozbiljne opasnosti" da će učinilac ponoviti prekršaj. Kada je u pitanju preostala mera prinudnog zadržavanja, za njeno izricanje zahteva se da lice sa duševnim smetnjama, usled tih smetnji, "ozbiljno i direktno ugrožava" sopstveni ili tuđi život, zdravlje odnosno bezbednost.

Ono što novim Zakonom o zaštiti lica se mentalnim smetnjama nije regulisano to je upravo odnos odredaba koje se tiču zadržavanja bez pristanka koje je predviđeno ovim zakonom, sa odgovarajućim odredbama koje se odnose na ovakvo zadržavanje u okviru predmetnih krivičnih sankcija odnosno prekršajne sankcije.

S tim u vezi, ostalo je nejasno da li se zdravstveno-zaštitna mera prinudnog zadržavanja može izreći duševno bolesnim ili poremećenim učiniocima krivičnih odnosno prekršajnih dela, pod uslovom da nisu ispunjeni svi zakonski uslovi za izricanje mera bezbednosti psihijatrijskog lečenja u krivičnom, odnosno zaštitne mere u prekršajnom postupku. Takođe, Zakonom nije rešeno ni pitanje, da li bi se mera Zadržavanja bez pristanka lica sa mentalnim smetnjama mogla izricati nakon izdržane krivične sankcije odnosno prekršajne mere psihijatrijskog karaktera, ako su za njeno izricanje ispunjeni svi zakonski uslovi.

U prvoj situaciji, može se dogoditi da je duševno bolesno odnosno poremećeno, neuračunljivo odnosno bitno smanjeno uračunljivo lice izvršilo neko krivično delo, ali da u vreme suđenja ono nije "ozbiljno opasno" za druge - u smislu visokog stepena verovatnoće da će izvršiti neko krivično delo u budućnosti. Kako za izricanje psihijatrijskih mera kao krivičnih sankcija Krivični zakonik zahteva "ozbiljnu opasnost", ovakvim učiniocima, s obzirom na to da ovaj zakonski uslov nije ispunjen, ne bi se mogle izreći predmetne mere bezbednosti. Ovde se otvara dilema, da li je moguće pokrenuti sudski postupak pred nekrivičnim sudom po Zakonu o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama, ako su ovakvi, nedovoljno "društveno opasni" ili u tom smislu "bezopasni" učinioci i dalje duševno bolesni ili poremećeni, a našli su se na slobodi, bilo zbog toga što je doneta oslobađajuća presuda zbog njihove neuračunljivosti, ili ako to nije bio slučaj, zato što su osuđeni na neku krivičnu sankciju koja se izvršava na slobodi[39]. Ovo pitanje postaje aktuelno pre svega u situaciji kada bi postojala

[39] U ovim slučajevima trebalo bi rešiti i pitanje redosleda i načina njihovog izvršenja, jer na jednoj strani imamo krivičnu sankciju, a na drugoj nekrivičnu meru prinudnog zadržavanja u cilju lečenja. Premda bi pravna logika zahtevala da se najpre izvršava krivična sankcija, ovde bi prednost trebalo dati razlozima humanosti koji govore u prilog tome da se najpre izvršava nekrivična, zdravstveno-zaštitna mera, a potom krivična sankcija, čije bi se iz-

"ozbiljna opasnost" da će odnosni učinilac krivičnog dela koji se našao na slobodi ugroziti sopstveni život, zdravlje ili bezbednost, ali se ne procenjuje da postoji veća mogućnost da istovremeno ugrozi i život, zdravlje odnosno bezbednost drugih lica.

U vezi sa prethodno rečenim, može se zamisliti i takva situacija u kojoj se učiniocu krivičnog dela, koji uz to može čak biti i "ozbiljno opasan" za druge, ne može izreći psihijatrijska mera, ne zbog toga što ne postoji visok stepen verovatnoće da će izvršiti neko krivično delo u budućnosti, već zato što nije bio neuračunljiv ili bitno smanjeno uračunljiv u vreme izvršenja dela i u odnosu na delo. Potreba da se propiše mogućnost izricanja mere prinudnog zadržavanja po Zakonu o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama uračunljivom ili smanjeno uračunljivom duševno poremećenom učiniocu krivičnog dela, nakon što se krivični postupak okonča donošenjem osuđujuće presude[40], pod uslovom, naravno, da njome nije osuđen na kaznu zatvora, i ovde se nesumnjivo nameće kao humano i logično rešenje.

Slične dileme javljaju se i povodom izvršenog prekršaja od strane lica koje pati od nekog duševnog poremećaja. Tako, ukoliko nije ispunjen zakonski uslov koji mora biti ispunjen u vreme suđenja u prekršajnom postupku, da naime na strani učinioca postoji "ozbiljna opasnost" da će ponoviti prekršaj, ovakvom učiniocu ne bi se mogla izreći prekršajna zaštitna psihijatrijska mera. Moguće je da u tom smislu on uopšte, ili svakako u većoj meri nije "opasan za druge", ali da zbog psihičkog stanja u kojem se nalazi "ozbiljno i direktno ugrožava" sopstveni život, zdravlje ili bezbednost. Ovde bi takođe bilo opravdano da se Zakonom o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama i u takvom sledu događaja, nakon okončanja prekršajnog postupka, propiše mogućnost izricanja ovim licima predmetne zdravstveno-zaštitne mere[41].

Čini se da je potreba za propisivanjem mogućnosti izricanja Zadržavanja bez pristanka lica sa mentalnim smetnjama najveća u situacijama kada se okončava primena psihijatrijske ambulantne mere kao krivične sankcije, odnosno zaštitne psihijatrijske mere kao prekršajne sankcije, zbog isteka njihovog maksimalnog zakonskog trajanja. Kao što je poznato, ove sankcije traju relativno kratko – najduže tri (mera bezbednosti) odnosno jednu godi-

---

vršenje obustavljalo (ovo ne važi u slučaju ako je učiniocu krivičnog dela izrečena sudska opomena koja se izvršava faktički samim činom njenog izricanja) dok traje ova mera, i započinjalo odnosno nastavljalo kada se lečenje u okviru mere okonča.

[40] O redosledu njihovog izvršenja važi sve što smo rekli u prethodnoj fusnoti.

[41] O redosledu sukcesivnog izvršenja prekršajne sankcije i odnosne mere zadržavanja važi uglavnom ono što smo već o tome rekli u trideset osmoj fusnoti, tako da na ovom mestu nećemo to posebno obrazlagati.

nu (zaštitna mera), i ne mogu se više produžavati. Ovo vreme nekada nije dovoljno da se učinilac krivičnog dela odnosno prekršaja potpuno izleči ili zaleči i kao takav ne bude više uopšte opasan za druga lica, a naročito za samog sebe. Može se stoga dogoditi da ovakav učinilac, nakon isteka maksimalnog zakonskog trajanja ovih mera, nije više "ozbiljno opasan" – u smislu verovatnoće vršenja nekog krivičnog dela ili prekršaja, ali ova "opasnost" nije u potpunosti otklonjena. Bilo kakav rizik ponovljenog delinkventnog ponašanja ovde bi se eventualno mogao otkloniti propisivanjem mogućnosti izricanja ovim licima zdravstveno-zaštitne mere Zadržavanja po Zakonu o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama. No, sve i da je u konkretnom slučaju "opasnost za druge" u potpunosti otklonjena, moguće je da postoji procena da bi ova osoba mogla ozbiljno nauditi samoj sebi ukoliko se ne podvrgne daljem psihijatrijsko-psihološkom tretmanu u kraćem trajanju u zdravstvenoj ustanovi, te je i u tim slučajevima celishodno propisivanje navedene mogućnosti.

Na osnovu svega što smo do sada rekli moglo bi se zaključiti da u našoj zemlji postoje različite pravne mogućnosti prinudnog zadržavanja duševno bolesnih i poremećenih lica, kako onih koji su izvršili neki kazneni delikt, tako i onih koji nikada nisu došli u sukob sa zakonom, ali se na osnovu njihovog trenutnog zdravstvenog stanja osnovano može očekivati da će nauditi sebi ili drugom. Kako primarni cilj ovog zadržavanja nije da se oni izoluju, već da se leče - da bi se njihova "opasnost" po sebe i druge neutralisala ili barem svela na podnošljivu meru, moglo bi se govoriti o humanoj prirodi mera zadržavanja. Ovo se može reći bez obzira na to da li je u pitanju mera bezbednosti kao krivična sankcija, zaštitna mera kao prekršajna sankcija, ili posebna mera zadržavanja bez pristanka koja je predviđena Zakonom o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama.

Polazeći od činjenice da je reč o istoj kategoriji lica, koja se nalaze ili bi se mogla naći u sličnoj pravnoj situaciji, neminovno je da predmetne mere budu usklađene, da se dopunjuju, i po potrebi među sobom otklanjaju nedostatnost u rezultatima primene druge, odnosno drugih mera. Ovakvu, uslovno rečeno korektivnu i kohezionu ulogu posebno bi trebalo da odigra zdravstveno-zaštitna mera zadržavanja. Ipak, zakonodavac očigledno nije na adekvatan način uzeo u obzir i razmotrio srodnu materiju iz oblasti krivičnog i prekršajnog prava kada je koncipirao meru Zadržavanja bez pristanka lica sa mentalnim smetnjama prilikom donošenja odgovarajućeg Zakona, čime je propuštena šansa da se ovom merom u potpunosti ostvari napred pomenuta uloga. Jer, ona s jedne strane ima za cilj, da se lečenjem duševno bolesnih ili poremećenih lica putem njihovog kraćeg stacioniranja u psihijatrijskoj ustanovi preventivno utiče na njih, s ci-

ljem da njihove tek manifestovane agresivne tendencije prouzrokovane psihičkim poremećajem u budućnosti ne rezultiraju izvršenjem nekog kaznenog delikta. Međutim, to nije, ili barem ne bi trebalo da bude, njen jedini cilj. Ako je naime duševno bolesno ili poremećeno lice ipak izvršilo neko krivično ili prekršajno delo, tada bi cilj pomenute mere mogao biti da dopuni efekte krivičnopravnih mera bezbednosti ili prekršajnopravne mere, na način i pod uslovima kako smo to opisali u završnom delu rada. A upravo o ovom poslednjem zakonodavac nije vodio računa kada je koncipirao meru Zadržavanja bez pristanka lica sa mentalnim smetnjama. Stoga se može zaključiti da bi pravni položaj ove veoma osetljive kategorije lica, u oblasti jedne delikatne pravne materije kojom se reguliše pitanje njihovog prinudnog lečenja uz zadržavanje u psihijatrijskoj ustanovi, bio još bolji da je predmetni zakon u jednom svom delu bio obuhvatniji i usklađeniji sa srodnom materijom iz kaznenih zakona.

Dragiša S. Drakić, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

Forced Detention of Persons with Mental Disorders in the Serbian Criminal Law[42]

Abstract: *In this article the author deals with an issue of forced detention of persons with mental disorders in the Serbian criminal law. The author provides analysis of this issue as well as of the relationship between criminal law, misdemeanor law and the Law on Protection of Persons with Mental Disorders, and points out that provisions of this Law can only conditionally, and with reservation, be considered as part of the criminal law.*

In the first part of the article the author discuses the subject matter of his research and lists and explains the aims he wishes to attain by this article. In the second, third, and fourth part of the article the author examines individual forms of forced detention in the Serbian law, which covers detention prescribed by criminal law, misdemeanor law, as well as detention regulated by provisions of the Law on Protection of Persons with Mental Disorders.

In the last part of the article the author provides a detail summary of the issues he covered in the article, followed by his evaluation and judgment on the scope and correlation between legal norms that regulate this subject matter in different areas of the law, and finally gives certain proposals that would put persons with mental disorders in a more favorable legal position.

Key words: *forced detention, persons with mental disorders, Serbian criminal law.*

Datum prijema rada: 11.09.2015.

[42] This article is a result of participation in the project of the Novi Sad Faculty of Law titled "Theoretical and Practical Problems associated with Creation and Application of Law (EU and Serbia)" in 2015.

Originalni naučni rad 347.919.3(497.11)
doi:10.5937/zrpfns49-9137

Dr Nikola D. Bodiroga, vanredni profesor
Univerzitet u Beogradu
Pravni fakultet u Beogradu
bodiroga@ius.bg.ac.rs

NEKI PROBLEMI U PRIMENI ZAKONA O PARNIČNOM POSTUPKU U SPOROVIMA MALE VREDNOSTI

Sažetak: *Zakon o parničnom postupku predstavlja opšti proceduralni okvir za zaštitu subjektivnih građanskih prava od povrede ili ugrožavanja. Specifičnosti materijalnopravnih odnosa koji daju povoda vođenju parničnog postupka uslovljavaju postojanje različitih procesnih režima čija rešenja u većoj ili manjoj meri odstupaju od opšteg parničnog postupka. Samim zakonom o parničnom postupku, a sve češće i pojedinim materijalnim zakonima, uređuju se posebni parnični postupci čija se osobenost ogleda u neprimenjivanju svih instituta opšteg parničnog postupka ili pak primeni nekih instituta u suženom vidu. Upravo zbog toga, moraju postojati jasni kriterijumi na osnovu kojih se može odrediti koji procesni režim će se primeniti na suđenje u konkretnom sporu. Samo jasni kriterijumi sprečavaju stranke da same biraju procesni režim i time dovode u pitanje ostvarivanje prava na zakonitu, jedinaku i pravičnu zaštitu. U ovom radu razmatramo nedoumice u vezi sa primenom pravila parničnog postupka koja važe za sporove male vrednosti. U tom smislu, analiziramo rešenja važećeg zakona o parničnom postupku koja ostavljaju prostora za različita tumačenja, a time ugrožavaju pravnu sigurnost.*

Ključne reči: *parnični postupak, sporovi male vrednosti, polje primene, problemi.*

1. O DEFINICIJI SPORA MALE VREDNOSTI

Važeći Zakon o parničnom postupku[1] znatno je proširio definiciju sporova male vrednosti. Ovo proširenje se može posmatrati najpre iz ugla

[1] Zakon o parničnom postupku−ZPP, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013−odluka US, 74/2013−odluka US, 55/2014.

imovinskog cenzusa koji je znatno visok, uzimajući u obzir ekonomske prilike u zemlji. Sporovi male vrednosti, u smislu odredaba ove glave, jesu sporovi u kojima se tužbeni zahtev odnosi na potraživanje u novcu koje ne prelazi dinarsku protivvrednost od 3.000 evra po srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan podnošenja tužbe (čl.468, st. 1 ZPP). Kao sporovi male vrednosti smatraju se i sporovi u kojima se tužbeni zahtev ne odnosi na potraživanje u novcu, a tužilac je u tužbi naveo da pristaje da umesto ispunjenja određenog zahteva primi određeni novčani iznos, koji ne prelazi iznos iz stava 1.ovog člana (čl.468, st. 3 ZPP). U postupku u privrednim sporovima, sporovi male vrednosti su sporovi u kojima se tužbeni zahtev odnosi na potraživanje u novcu koje ne prelazi dinarsku protivvrednost od 30.000 evra po srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan podnošenja tužbe (čl.487, st. 1 ZPP). Kao sporovi male vrednosti smatraju se i sporovi u kojima se tužbeni zahtev ne odnosi na potraživanje u novcu, a tužilac je u tužbi naveo da pristaje da umesto ispunjenja određenog zahteva primi određeni novčani iznos koji ne prelazi iznos iz stava 1.ovog člana (čl.487, st. 2 ZPP). Ovako formulisane zakonske odredbe su postojale i u ranijim zakonima o parničnom postupku, jedino su iznosi bili niži.

Po važećem zakonskom režimu kao sporovi male vrednosti smatraju se i sporovi u kojima predmet tužbenog zahteva nije novčani iznos, a vrednost predmeta spora koju je tužilac u tužbi naveo ne prelazi iznos iz stava 1. ovog člana (čl.468, st. 4 ZPP). Na isti način je formulisan i čl.487, st. 3 ZPP koji se odnosi na postupke u privrednim sporovima. Na ovom mestu je zakonodavac značajno odstupio od ranijih zakonskih rešenja. Navedena zakonska odredba je ranije glasila bitno drugačije: „Kao sporovi male vrednosti smatrali su se i sporovi u kojima tužbeni zahtev nije novčani iznos već predaja pokretne stvari, čija vrednost, koju je tužilac u tužbi naveo ne prelazi iznos od 100.000 dinara.“[2] Raniji zakoni o parničnom postupku, kada je reč o tužbenim zahtevima koji ne glase na novac, dozvoljavali su primenu pravila parničnog postupka za sporove male vrednosti, samo kada se radi o tužbenim zahtevima koji glase na osudu na nenovčanu činidbu (tj.procesna *facultas alternativa*) i na predaju stvari. To je značilo da su se po ranijim zakonima o parničnom postupku pravila koja važe za sporove male vrednosti mogla primenjivati samo ako je tužbom bio istaknut kondemnatorni tužbeni zahtev. U slučaju da je tužbom bio istaknut deklarativni ili konstitutivni tužbeni zahtev, pravila

[2] Tako je glasio član 467, stav 3 Zakona o parničnom postupku iz 2004.godine, odnosno član 458, stav 3 Zakona o parničnom postupku iz 1976.godine, samo je iznos bio različit.

parničnog postupka koja važe za sporove male vrednosti se nisu mogla primeniti. [3]

Važeći ZPP je omogućio primenu odredaba ZPP koja važe za sporove male vrednosti i na postupke koji su pokrenuti deklarativnim i konstitutivnim tužbama. Tužilac bi mogao da podnese tužbu kojom ističe zahtev da sud utvrdi da je ugovor ništav, da navede vrednost predmeta spora manju od 3.000 evra, odnosno manju od 30.000 evra u privrednim sporovima i na taj način da spor podvede pod primenu odredaba ZPP koje se odnose na sporove male vrednosti. Na taj način bi tužilac u jednom skraćenom postupku, u kojem se bitno odstupa od opštih instituta ZPP ishodovao pravnosnažnu presudu kojom se utvrđuje da je ugovor apsolutno ništav, da bi potom iz istog činjeničnog osnova, u novom postupku, isticao i druge tužbene zahteve, pri čemu se pitanje apsolutne ništavosti ugovora ne bi moglo dovoditi u pitanje, jer je već pravnosnažno rešeno u sporu male vrednosti. Prvostepeni sud ima ovlašćenje da, u navedenim situacijama, na pripremnom ročištu, a ako pripremno ročište nije održano onda na glavnoj raspravi, pre početka raspravljanja o glavnoj stvari, brzo i na pogodan način proveri tačnost označene vrednosti i utvrdi vrednost predmeta spora (čl.33, st.3 ZPP), ali se ovakva mogućnost u praksi ne koristi toliko često.

Ovaj problem je uočila i sudska praksa. Na savetovanju sudija privrednih sudova se postavilo sledeće pitanje: „Da li se sporom male vrednosti ako vrednost predmeta spora u privrednom sporu ne prelazi 30.000 evra u dinarskoj protivvrednosti po kursu Narodne banke Srbije na dan podnošenja tužbe, a imajući u vidu odredbu čl. 468, st. 4 ZPP smatraju i sporovi za: utvrđenje ništavosti (punovažnosti) ugovora; utvrđenje da je ugovor raskinut; poništaj ugovora ili izricanje njegovog raskida zbog promenjenih okolnosti; proglašenje izvršenja nedopuštenim; utvrđenje povrede prava intelektualne svojine sa zahtevima za zabranu dalje povrede i uništenje proizvoda kojima je povreda izvršena?

Na savetovanju je usvojen sledeći odgovor:

„Odredbom čl.487 ZPP regulisano je da se u postupku o privrednim sporovima, sporovima male vrednosti smatraju sporovi u kojima se tužbeni zahtev odnosi na potraživanje u novcu koje ne prelazi dinarsku protivvrednost od 30.000 evra po srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan podnošenja tužbe. Kao sporovi male vrednosti smatraju se i sporovi u kojima se tužbeni zahtev ne odnosi na potraživanje u novcu, a tužilac je u

[3] Vid. Borivoj Poznić, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Beograd 2009, 1071.

tužbi naveo da pristaje da umesto ispunjenja određenog zahteva primi određeni novčani iznos koji ne prelazi iznos iz st.1 ovog člana.[4] Kao sporovi male vrednosti smatraju se sporovi u kojima predmet tužbenog zahteva nije novčani iznos, a vrednost predmeta spora koji je tužilac naveo u tužbi ne prelazi iznos iz st. 1 ovog člana. Odredbom čl.468, st. 4 ZPP predviđeno je da se kao sporovi male vrednosti smatraju i sporovi u kojima predmet tužbenog zahteva nije novčani iznos, a vrednost predmeta spora koji je tužilac naveo u tužbi ne prelazi iznos iz st.1 ovog člana. Odredbom čl.469 ZPP, predviđeno je da se ne smatraju sporovima male vrednosti u smislu odredaba ove glave zakona, sporovi o nepokretnostima, sporovi iz radnih odnosa i sporovi zbog smetanja državine. Iz gore navedenih odredbi proizilazi da se sporovi na koje se pitanje odnosi ne bi smatrali sporovima male vrednosti samo u situaciji ako je predmet ugovora, na koji se zahtev odnosi, nepokretnost, ili ako se traži proglašenje izvršenja nedopuštenim na nepokretnosti, odnosno ako se zahtevi odnose na ugovor o radu. Konkretno, sporovi za utvrđenje ništavosti ugovora, utvrđenje raskida ugovora, poništaj ugovora, ili izricanje njegovog raskida zbog promenjenih okolnosti koji za predmet imaju nepokretnost ne mogu se smatrati sporovima male vrednosti ni u situaciji kad je kao vrednost spora označen iznos koji ne prelazi 30.000 evra u dinarskoj protivvrednosti. Spor za utvrđenje povrede prava intelektualne svojine sa zahtevom za zabranu dalje povrede i uništenje proizvoda kojim je povreda izvršena i drugih povreda nije obuhvaćen odredbom čl.469 ZPP.“[5]

2. STVARNA NADLEŽNOST SUDA I SPOROVI MALE VREDNOSTI

U stavu koji je zauzeo, Privredni apelacioni sud je potvrdio da po važećem ZPP i postupci koji su pokrenuti konstitutivnim i deklarativnim tužbama se mogu podvesti pod sporove male vrednosti ako vrednost predmeta spora koju je tužilac naveo u tužbi ne prelazi iznos od 30000 evra u privrednim sporovima. Jedino ograničenje koje postoji jeste da se ne sme raditi o sporovima o nepokretnostima, sporovima iz radnih odnosa i sporovima zbog smetanja državine. Ukoliko je tužbom tužilac tražio da se utvrdi ništavost ugovora koji ima za predmet nepokretnost, bez obzira

[4] Više o ovom problemu vid. Ranko Keča, „O alternativnom, fakultativnom ovlašćenju tuženog u srpskom parničnom postupku“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu (Zbornik PFNS)*, 4/2014, 35−57

[5] Vid. Privredni apelacioni sud, *Dvadesetdrugo savetovanje sudija privrednih sudova Republike Srbije, Radni materijal,* Beograd 2014, 38-39.

na vrednost predmeta spora koju je naveo u tužbi taj spor ne može biti smatran sporom male vrednosti. Ako je tužilac tužbom tražio poništaj ugovora iz radnog odnosa, opet bez obzira na vrednost predmeta spora koju je tužilac naveo u tužbi, taj spor ne može biti smatran sporom male vrednosti. Osnov za ovakvo rezonovanje Privredni apelacioni sud je našao u odredbi čl.469 ZPP prema kojoj se ne smatraju sporovima male vrednosti sporovi o nepokretnostima, sporovi iz radnih odnosa i sporovi zbog smetanja državine. Član 469 ZPP se tako nameće kao ograničenje prava tužioca da manipulacijom u pogledu vrednosti predmeta spora „kupi" primenu pravila postupka za sporove male vrednosti.

Kada je reč o određivanju područja primene pravila parničnog postupka za sporove male vrednosti postoji još jedna zakonska odredba koja se često zaboravlja. U skladu sa čl.471 ZPP postupak o sporovima male vrednosti se sprovodi pred nižim sudovima prvog stepena, ako ovim zakonom nije drugačije propisano. Još od uvođenja posebnih pravila parničnog postupka za sporove male vrednosti ovakva zakonska odredba postoji, a njena sadržina nije privukla značajniju pažnju. Tako se tvrdilo da imajući u vidu koncentraciju prvostepenog postupka pred opštinskim, odnosno privrednim sudovima, ovakva odredba nema neki preterani značaj.[6] Prema drugom stanovištu, ova odredba je sasvim jasna: u prvostepenim postupcima koji su u nadležnosti viših sudova prvog stepena, pravila parničnog postupka koja važe za sporove male vrednosti se ne mogu primeniti.[7] Kada su uvedena posebna pravila parničnog postupka za sporove male vrednosti ova odredba nije mogla da nađe svoju primenu jer ona odgovora uređenju u kome je stvarna nadležnost za vođenje prvostepenog parničnog postupka bila podeljena, što ranije nije bio slučaj.[8]

Danas se pitanje primene čl.471 ZPP postavlja na sasvim drugačiji način. U prvostepenom parničnom postupku kada je reč o sudovima opšte nadležnosti mogu da sude osnovni i viši sudovi. Zakon o uređenju sudova[9] uspostavlja pretpostavku stvarne nadležnosti u prvostepenom postupku u korist osnovnih sudova. Osnovni sud u prvom stepenu sudi u građanskopravnim sporovima ako za pojedine od njih nije nadležan drugi sud i vodi izvršne i vanparnične postupke za koje nije nadležan neki drugi sud (čl.22, st. 2 ZUrS). Osnovni sud u prvom stepenu sudi u stambenim

[6] Vid. Siniša Triva, Velimir Bjelajec, Mihajlo Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb 1986, 671.

[7] Vid. Milka Janković, Života Janković, Hranislav Karamarković, Dragoljub Petrović, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Beograd 1977, 540.

[8] Vid. B. Poznić, 1074.

[9] Zakon o uređenju sudova−ZUrS, *Službeni glasnik RS*, br. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011-dr.zakon, 78/2011-dr.zakon, 101/2011, 101/2013.

sporovima; sporovima povodom zasnivanja, postojanja i prestanka radnog odnosa; o pravima, obavezama i odgovornostima iz radnog odnosa; o naknadi štete koju zaposleni pretrpi na radu ili u vezi sa radom; sporovima povodom zadovoljavanja stambenih potreba na osnovu rada (čl.22, st 3 ZUrS).

Viši sud u prvom stepenu sudi u građanskopravnim sporovima kad vrednost predmeta spora omogućuje izjavljivanje revizije; u sporovima o autorskim i srodnim pravima i zaštiti i upotrebi pronalazaka, industrijskog dizajna, modela, uzoraka, žigova, oznaka geografskog porekla, topografije integrisanih kola, odnosno topografije poluprovodničkih porizvoda i oplemenjivača biljnih sorti ako nije nadležan drugi sud; u sporovima o osporavanju ili utvrđivanju očinstva i materinstva; u sporovima za zaštitu od diskriminacije i zlostavljanja na radu; u sporovima o objavljivanju ispravke informacije i odgovora na informaciju zbog povrede zabrane govora mržnje, zaštite prava na privatni život, odnosno prava na lični zapis, propuštanja objavljivanja informacije i naknade štete u vezi sa objavljivanjem informacije (čl.23, st.1, t. 7 ZUrS). Viši sud u drugom stepenu odlučuje i o žalbama na presude u sporovima male vrednosti (čl.23, st. 2, t.3 ZUrS).

Razgraničenje stvarne nadležnosti između osnovnih i viših sudova u prvostepenom parničnom postupku je najpre izvršeno uzimajući u obzir vrednost predmeta spora: viši sud u prvom stepenu sudi imovinskopravne sporove gde vrednost predmeta spora omogućuje izjavljivanje revizije. Drugi kriterijum jeste vrsta spora, jer su u čl.23, st. 1, t.7 ZUrS navedeni sporovi koje u prvom stepenu bez obzira na vrednost predmeta spora sudi viši sud.

Imajući u vidu da je stvarna nadležnost u prvostepenom parničnom postupku podeljena između osnovnih i viših sudova, postavlja se pitanje primene čl.471 ZPP u tom kontekstu. S jedne strane, osnovni kriterijum za primenu pravila parničnog postupka za sporove male vrednosti jeste vrednost predmeta spora u skladu sa čl. 468 ZPP. S druge strane, postavlja se pitanje primene čl.471 ZPP, danas kada postoji značajan broj sporova koje u prvostepenom postupku sudi viši sud.

Uzmimo za primer tužbu radi zaštite od diskriminacije. Parnični postupak postupak u kojem se ostvaruje zaštita od diskriminacije je delom regulisan Zakonom o zabrani diskriminacije[10], a ako u ovom zakonu nisu propisane posebne odredbe primenjuje se ZPP. Svako ko smatra da je povređen diskriminatornim postupanjem ima pravo da podnese tužbu (čl. 40, st.1 ZZD). Tužbom iz čl. 41, st.1 ovog zakona može se tražiti: 1) za-

[10] Zakon o zabrani diskriminacije−ZZD, *Službeni glasnik RS*, br. 22/2009.

brana izvršenja radnje od koje preti diskriminacija, zabrana daljeg vršenja radnje diskriminacije, odnosno zabrana ponavljanja radnje diskriminacije; 2) utvrđenje da je tuženi diskriminatorski postupao prema tužiocu ili drugome; 3) izvršenje radnje radi uklanjanja posledica diskriminatorskog postupanja; 4)naknada materijalne i nematerijalne štete; 5) objavljivanje presude donete povodom neke od tužbi iz t. 1-4.ovog člana (čl. 43 ZZD). Tužilac može u svojoj tužbi da postavi tužbeni zahtev radi naknade nematerijalne štete u iznosu od 100.000 dinara. U pitanju je novčano potraživanje koje ne prelazi iznos od 3.000 evra po srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan podnošenja tužbe, pa bi primenom čl.468, st. 1 ZPP to bio spor male vrednosti. Međutim, kako se radi o sporu koji će u prvom stepenu da sudi viši sud (čl.23, st.1, t. 7 ZUrS), ako bi se primenio čl. 471 ZPP, onda ne bi bilo mesta primeni odredaba ZPP kojima se uređuje postupak u sporovima male vrednosti. Tužilac je mogao tužbom da traži utvrđenje da je tuženi prema njemu postupao diskriminatorski i da u tužbi navede vrednost predmeta spora 50.000 dinara. Tada bi, primenom čl. 468, st. 3 ZPP, pošto se radi o sporu u kojima predmet tužbenog zahteva nije novčani iznos, a vrednost predmeta spora koji je tužilac naveo ne prelazi iznos od 3.000 evra, to bio spor male vrednosti. Međutim, kako se radi o sporu za čije suđenje u prvom stepenu je nadležan viši sud, onda po čl. 471 ZPP ne bi mogle da se primene odredbe ZPP koje važe za postupke u sporovima male vrednosti.

Viši sud u prvom stepenu sudi sporove o autorskim i srodnim pravima. I u ovim sporovima se primenjuju posebne procesne odredbe koje sadrži Zakon o autorskim i srodnim pravima.[11] Nosilac autorskog prava, interpretator, proizvođač fonograma, proizvođač videograma, proizvođač emisije, proizvođač baze podataka i sticalac isključivih ovlašćenja na autorska i srodna prava može tužbom da zahteva naročito: 1) utvrđenje povrede prava; 2) prestanak povrede prava; 3) uništenje ili preinačenje predmeta kojima je izvršena povreda prava, uključujući i primerke predmeta zaštite, njihove ambalaže, matrice, negative i slično; 4) uništenje ili preinačenje alata i opreme uz pomoć kojih su proizvedeni predmeti kojima je izvršena povreda prava, ako je to neophodno za zaštitu prava; 5) naknadu imovinske štete; 6) objavljivanje presude o trošku tuženog (čl.205, st. 1 ZASP). Kada bi autor tražio naknadu imovinske štete u iznosu od 100.000 dinara, prema kriterijumu usvojenom u čl.468, st.1 ZPP to bi bio spor male vrednosti, ali kako je za suđenje stvarno nadležan viši sud, to se po čl.471. ZPP ne bi radilo o sporu male vrednosti.

[11] Zakon o autorskim i srodnim pravima− ZASP, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2009, 99/2011, 119/2012.

Navedeni primeri su samo ilustracija mogućih problema koji nastaju usled sukobljavanja kriterijuma definisanog u čl. 468 ZPP i pravila iz čl. 471 ZPP. Da bi se na postupak raspravljanja i odlučivanja u određenom sporu mogla primeniti pravila koja važe za sporove male vrednosti potrebno je da bude zadovoljen uslov u pogledu vrednosti predmeta spora. Ta vrednost ne sme da bude preko 3.000 evra u dinarskoj protivvrednosti po srednjem kursu Narodne banke Srbije. Moguće su promene u toku samog postupka. Ako tužilac preinači tužbu tako da vrednost predmeta spora prelazi dinarsku protivvrednost 3.000 po srednjem kursu Narodne banke Srbije, postupak će da se dovrši u skladu sa odredbama ovog zakona o opštem parničnom postupku (čl.476, st.1 ZPP). Ako tužilac do zaključenja glavne rasprave koja se vodi u skladu sa odredbama ovog zakona o opštem parničnom postupku smanji tužbeni zahtev tako da više ne prelazi dinarsku protivvrednost 3.000 evra po srednjem kursu Narodne banke Srbije, dalji postupak sprovešće se u skladu sa odredbama ovog zakona o postupku o sporovima male vrednosti (čl.476, st.2 ZPP).

Iz navedenih odredbi je jasno da je vrednost predmeta spora parametar od koga zavisi da li će se primenjivati opšti parnični postupak ili postupak koji važi za sporove male vrednosti. Promena vrednosti predmeta spora može u skladu sa čl. 476 ZPP da dovede do promene procesnog režima. Kao dopunski kriterijum služi zakonska odredba po kojoj se ne smatraju sporovima male vrednosti, u smislu odredaba ovog zakona, sporovi o nepokretnostima, sporovi iz radnih odnosa i sporovi zbog smetanja državine (čl. 469 ZPP).

Da bi neki spor mogao biti smatran sporom male vrednosti potrebno je da je u granicama novčanog limita za ove sporove i da se ne radi o nekom od sporova navedenih u čl. 469 ZPP. Postavlja se pitanje da li stvarna nadležnost suda pred kojim se vodi postupak može biti kriterijum kojim se derogira kriterijum vrednosti predmeta spora. Zakonska odredba prema kojoj se postupak u sporovima male vrednosti sprovodi pred nižim sudovima prvog stepena nastala je u vreme kada je prvostepeni parnični postupak inače bio koncentrisan u opštinskim sudovima. Danas postoji značajan broj sporova koje u prvom stepenu sudi viši sud. Ako se čl. 471 ZPP danas primeni, to bi značilo da nijedan od sporova koje sudi viši sud kao prvostepeni sud ne može biti spor male vrednosti, bez obzira na vrednost predmeta spora. Spor po tužbi radi naknade štete zbog povrede u saobraćajnoj nezgodi, pri čemu se traži iznos od 100.000 dinara bi bio spor male vrednosti, jer osim što je iznos manji od 3.000 evra, za suđenje u prvom stepenu će biti stvarno nadležan osnovni sud. Spor po tužbi radi naknade štete zbog povrede autorskog prava, iako se traži iznos od

100.000 dinara, ne bi mogao da bude spor male vrednosti, zato što je za suđenje u prvom stepenu stvarno nadležan viši sud.

Analizom navedenih zakonskih odredbi ne može se zaključiti da je zakonodavac hteo da primenu pravila postupka za sporove male vrednosti učini zavisnim od stvarne nadležnosti suda pred kojim se vodi postupak. U čl. 468 ZPP navedeno je šta se smatra sporom male vrednosti, a u čl. 469 ZPP je propisano koji se sporovi nikada ne mogu smatrati sporovima male vrednosti, a tu nisu navedeni sporovi za čije suđenje je u prvom stepenu nadležan viši sud. Ako je namera bila da se pred višim sudovima nikada ne mogu primeniti pravila koja važe za sporove male vrednosti, onda je redakcija zakonskih normi morala da bude drugačija. Trebalo je izričito reći da se pravila za sporove male vrednosti, pod uslovom da je vrednost predmeta spora manja od 3.000 evra mogu primenjivati samo pred osnovnim sudovima i to učiniti u zakonskoj odredbi koja definiše sporove male vrednosti. Kao primer može da posluži zakonska odredba kojom je određen domen primene pravila parničnog postupka u privrednim sporovima. Tako se odredbe ZPP koje uređuju postupak u privrednim sporovima primenjuju u svim sporovima u kojima sude privredni sudovi u skladu sa zakonom kojim se uređuje stvarna nadležnost sudova (privredni spor), ako za pojedine sporove nije propisana druga vrsta postupka (čl.480 ZPP). Na taj način je primena pravila parničnog postupka koja važe za privredne sporove učinjena zavisnim jedino od stvarne nadležnosti suda pred kojim se vodi postupak.

U sporovima male vrednosti to nije učinjeno na izričit i jasan način. Formulacija po kojoj se parnični postupak o sporovima male vrednosti sprovodi pred nižim sudovima prvog stepena (čl.471 ZPP), dopušta postojanje izuzetaka, ali te izuzetke mora da propisuje ZPP, tj. viši sud može primenjivati pravila za sporove male vrednosti, ako to dopušta ZPP. Tužilac je podneo tužbu radi duga, pri čemu je vrednost predmeta spora 42.000 evra po srednjem kursu Narodne banke Srbije. U skladu sa odredbom čl.23, st.1, t.7 ZUrS taj postupak se u prvom stepenu vodi pred višim sudom, jer vrednost predmeta spora omogućuje izjavljivanje revizije. U toku prvostepenog postupka tužilac smanji tužbeni zahtev na 2.000 evra, tj. povuče tužbu (čl.200, st. 4 ZPP) u delu tužbenog zahteva u iznosu od 40.000 evra. Vrednost predmeta spora nakon povlačenja tužbe je manja od 3.000 evra, pa pošto je tužilac smanjio tužbeni zahtev na iznos manji od 3.000 evra, dalji postupak bi morao da se sprovede po odredbama ZPP koje uređuju postupak u sporovima male vrednosti (čl.476, st.2 ZPP). Pri tome, viši sud bi zadržao stvarnu nadležnost, jer ako se u toku postupka promene okolnosti na kojima je zasnovana nadležnost suda ili ako tužilac smanji tužbeni zahtev (a to je ovde u pitanju), sud koji je bio nadležan u

vreme podnošenja tužbe ostaje i dalje nadležan i ako bi usled ovih promena bio nadležan drugi sud iste vrste (upravo u ovom primeru bi usled smanjivanja tužbenog zahteva bio umesto višeg suda stvarno nadležan bio osnovni sud, dakle drugi sud iste vrste). Ovo jasno proizilazi iz čl.15, st.2 ZPP. To bi značilo da samo kada sudi imovinskopravne sporove gde vrednost predmeta spora omogućuje izjavljivanje revizije, viši sud može doći u situaciju da primenjuje pravila za sporove male vrednosti, pod uslovom da tužilac toliko smanji svoj zahtev, da njegova visina bude ispod zakonom propisanog limita za sporove male vrednosti.[12] U drugim sporovima koje u prvom stepenu sudi viši sud, primena ovog pravila ne bi došla u obzir, jer se u tim drugim sporovima stvarna nadležnost višeg suda ne zasniva na vrednosti predmeta spora, već na vrsti spora (koliki god da je iznos naknade štete koji se potražuje zbog povrede autorskog prava, pravila za sporove male vrednosti se ne mogu primeniti pred višim sudom jer njegova stvarna nadležnost u tom slučaju ne zavisi od vrednosti predmeta spora).

Iz toga sledi da viši sud u sporovima male vrednosti može biti i prvostepeni sud (čl. 471 i 476 ZPP u vezi sa čl.15, st.2 ZPP), ali i drugostepeni sud, pri čemu drugostepena nadležnost se zasniva na odredbi čl.23, st.2, t.3 ZUrS. Kada je reč određivanju polja primene pravila parničnog postupka za sporove male vrednosti sukobljavanje kriterijuma vrednosti predmeta spora (propisan odredbama ZPP) i kriterijuma stvarne nadležnosti suda (takođe propisan odredbama ZPP) stvara pravnu nesigurnost. Ta nesigurnost se mora otkloniti inače će imati za posledicu neujednačenu sudsku praksu, a time i povredu prava na pravično suđenje. Da li će se primeniti odredbe opšteg parničnog postupka ili parničnog postupka koji važi za sporove male vrednosti bitno utiče na garantije zakonitog i pravilnog odlučivanja.

3. SPECIFIČNOSTI PARNIČNOG POSTUPKA U SPOROVIMA MALE VREDNOSTI

Parnični postupak koji se primenjuje u sporovima male vrednosti pokazuje značajna odstupanja u odnosu na institute opšteg parničnog postupka. Ta odstupanja čine ovaj postupak bržim, ali se tom brzinom ne bi smela dovesti i pitanje zakonitost i pravilnost odlučivanja, odnosno pravo stranaka na zakonitu, jednaku i pravičnu zaštitu svojih prava (čl. 2, st.1 ZPP).

[12] B.Poznić, 1077.

Ako u odredbama ove glave nije drugačije propisano, u postupku o sporovima male vrednosti shodno se primenjuju ostale odredbe ovog zakona (čl.467, st. 1 ZPP). Što je više odredaba kojima je drugačije propisano, to oprez u primeni zakona mora biti veći, u cilju poštovanja prava na pravično suđenje.

U postupku o sporovima male vrednosti ne dostavlja se tužba tuženom na odgovor (čl.472, st 1 ZPP). Uz poziv za glavnu raspravu tuženom će se dostaviti tužba (čl.472, st.2 ZPP). U ovim parnicama ne održava se pripremno ročište (čl.472, st.3 ZPP).

Posebno je uređena sadržina poziva za glavnu raspravu. U pozivu za glavnu raspravu navešće se, pored ostalog, da će se smatrati da je tužilac povukao tužbu ako ne dođe na ročište za glavnu raspravu, da će sud, ako tuženi izostane sa ročišta za glavnu raspravu, da donese presudu zbog izostanka pod uslovima iz čl. 351 ZPP. Sud će takođe upozoriti stranke da u ovom postupku treba da sve činjenice i dokaze iznesu do zaključenja prvog ročišta za glavnu raspravu, da u žalbi protiv presude ne mogu da se iznose nove činjenice i predlažu novi dokazi, kao i da odluka može da se pobija samo zbog bitne povrede odredaba parničnog postupka iz čl.374, st.2 ZPP i zbog pogrešne primene materijalnog prava (čl.473, st. 2 ZPP). Ovako uređena sadržina poziva za glavnu raspravu je u funkciji poučavanja stranaka u pogledu specifičnosti koja se primenjuju u ovom postupku.

U parničnom postupku u sporovima male vrednosti primenjuju se i posebna pravila o sadržini zapisnika o glavnoj raspravi. Pored podataka iz čl.116, st.1 ovog zakona, zapisnik o glavnoj raspravi sadrži: 1) izjave stranaka koje su od bitnog značaja, a naročito one kojima se u celosti ili delimično, priznaje tužbeni zahtev, preinačava ili povlači tužba, ili odriče od žalbe; 2) bitnu sadržinu izvedenih dokaza; 3) odluke protiv kojih je dozvoljena žalba i koje su objavljene na glavnoj raspravi; 4) da li su stranke bile prisutne objavljivanju presude i ako jesu, da li su poučene pod kojim uslovima mogu da izjave žalbu (čl.474 ZPP).

Ako tužilac ne dođe na ročište za glavnu raspravu, a uredno je pozvan, smatraće se da je povukao tužbu (čl.475, st.1 ZPP). Ako tuženi ne dođe na ročište za glavnu raspravu, a uredno je pozvan, sud će da donese presudu zbog izostanka (čl.351 ZPP). Ovde je bilo neophodno uputiti na čl.351 ZPP, jer bi se bez upućivanja mogao izvući zaključak kako je za donošenje ove vrste presude dovoljno da samo tuženi izostane sa ročišta za glavnu raspravu, bez obzira na to da li su ispunjeni drugi uslovi propisani zakonom.

U prilog tome navodimo i stavove sudske prakse: „Članom 475 ZPP propisano je da ukoliko su ispunjeni uslovi za donošenje presude zbog iz-

ostanka, odnosno ukoliko je tuženi izostao sa ročišta za glavnu raspravu na koje je uredno pozvan, sud može doneti ovu presudu kojom može usvojiti tužbeni zahtev ukoliko činjenice na kojima se tužbeni zahtev zasniva nisu u suprotnosti sa dokazima koje je tužilac podneo ili sa opštepoznatim činjenicama, kao i ako se radi o zahtevu kojim stranke mogu slobodno raspolagati. Iz navedenog proizilazi da je za donošenje presude zbog izostanka kojom se usvaja tužbeni zahtev procesni uslov da tuženi ne dođe na ročište za glavnu raspravu, a uredno je pozvan, ali i da tužbeni zahtev proizilazi iz činjenica koje su navedene u tužbi, a da dostavljeni dokazi nisu u suprotnosti sa njima, kao i na sa opštepoznatim činjenicama i da se ne radi o zahtevima kojima stranke ne mogu slobodno raspolagati. Kako je, prema stanju u spisima, predmet tužbenog zahteva isplata duga i kako ga je tuženi osporio i ukazao na nedostatak aktivne legitimacije tužioca, koji navodi prilikom donošenja pobijane presude, nisu bili predmet ocene prvostepenog suda, to po oceni Višeg suda, u konkretnom slučaju nisu ispunjeni uslovi za donošenje presude zbog izostanka. Ovo stoga što, shodno odredbama Zakona o parničnom postupku, sud presudu zbog izostanka donosi ocenom svih navoda stranaka i dokaza dostavljenih u dotadašnjem toku postupka, ceneći pritom da li su činjenice na kojima se tužbeni zahtev zasniva u suprotnosti sa dokazima koje je tužilac podneo ili sa opštepoznatim činjenicama, ali ceneći i navode tuženog iznete u toku postupka do donošenja presude zbog izostanka, u skladu sa raspravnim načelom, kao opštim principom parničnog postupka i zakonskom obavezom ocene svih dokaza, i to kako pojedinačno, tako i svih zajedno, jer samo na takav način sud može pružiti strankama jednaku i pravičnu zaštitu prava u smislu čl.2 ZPP."[13]

„Iz sadržine citirane norme proizilazi da je presuda zbog izostanka procesna odluka kojom se sankcioniše izostanak tuženog sa pripremnog ili prvog ročišta za glavnu raspravu pod predviđenim uslovima. Kako se radi o posebnoj vrsti presude, prilikom ispunjenosti uslova za donošenje ov odluke sud nije dužan da sprovodi dokazni postupak, nego će na pripremnom ročištu ili prvom ročištu za glavnu raspravu samo konstatovati postojanje uslova iz navedene norme. Naime, svrha presude zbog izostanka je da pasivni stav tuženog u propuštanju ročišta za preduzimanje procesnih radnji ne treba da usporava tok postupka dokazivanjem činjenica na kojima se tužbeni zahtev zasniva, već zakon u ovakvoj procesnoj situaciji nalažu sudu da u podlogu svoje odluke uzme samo navode prisutne stranke. S tim u vezi, sud ne izvodi dokazivanje činjeničnih navoda tu-

[13] Rešenje Višeg suda u Beogradu, Gž br. 11119/13 i presuda zbog izostanka Prvog osnovnog suda u Beogradu P br. 7954/10, Bilten Višeg suda u Beogradu 84/2014, 80-81.

žbe nego na iste, kako ih je izložio tužilac, primenjuje materijalno pravo primenjujući uslove iz čl.351 ZPP i može usvojiti tužbeni zahtev samo ako iz činjenica navedenih u tužbi proizilazi da je tužbeni zahtev materijalnopravno osnovan. Posebne nedoumice kada je u pitanju donošenje presude zbog izostanka unosi odredba čl.475, st.2 ZPP, jer je nejasno da li je u sporu male vrednosti jedini uslov za donošenje presude zbog izostanka da tuženi koji je uredno pozvan ne dođe na raspravu ili je potrebno da budu ispunjeni i ostali uslovi iz čl.351 ZPP. Obzirom da navedena norma sadrži uput na odredbu čl.351 ZPP, sledi da su uslovi za njeno donošenje jednaki kako u opštem tako i u sporu male vrednosti.“[14]

Posebne odredbe postoje i kada je reč o objavljivanju presude. Presuda u postupku o sporovima male vrednosti objavljuje se odmah po zaključenju glavne rasprave (čl.477, st.1 ZPP). Prilikom objavljivanja presude sud će ukratko da je obrazloži i pouči stranku o uslovima pod kojima može da izjavi žalbu (čl.477, st.2 ZPP). Pisano izrađena presuda u obrazloženju sadrži utvrđeno činjenično stanje, izvođenje dokaza na osnovu kojih je ono utvrđeno i propise na kojima je sud zasnovao presudu (čl.477, st. 3 ZPP).

Pravo na izjavljivanje posebne žalbe protiv rešenja je značajno redukovano. U postupku o sporovima male vrednosti dozvoljena je posebna žalba samo protiv rešenja kojim se okončava postupak (čl.478, st.1 ZPP). Ostala rešenja protiv kojih je po ovom zakonu dozvoljena posebna žalba mogu se pobijati samo žalbom protiv odluke kojom se postupak okončava (čl.478, st. 2 ZPP). Rešenja iz st. 2 ovog člana ne dostavljaju se strankama, već se objavljuju na ročištu i unose u pisani sastav odluke (čl.478, st. 3 ZPP).

Snažnom ograničenju je podvrgnuto i pravo na izjavljivanje žalbe protiv odluke kojom se prvostepeni postupak okončava. Presuda ili rešenje kojim se okončava parnica u postupku o sporovima male vrednosti može da se pobija samo zbog bitne povrede parničnog postupka iz čl.374, st.2 ovog zakona i zbog pogrešne primene materijalnog prava (čl.479, st.2 ZPP). Drugim rečima, pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjenično stanje kao žalbeni razlog ne postoji. Činjenično stanje kako ga je utvrdio prvostepeni sud se ne može izmeniti. Ovakvo rešenje se kritikuje kao suprotno Ustavu (čl. 32, st. 1 u vezi sa čl. 36, st.2), jer se tako onemogućava, odnosno drastično sužava, kontrola zakonitosti i pravilnosti prvostepene odluke u žalbenom postupku, a time i ostvarivanje prava na pravni lek.[15]

---

[14] Vid. Privredni apelacioni sud, *Dvadesetprvo savetovanje sudija privrednih sudova Republike Srbije, Radni materijal,* Beograd 2013, 28-29.

[15] Vid. Marko Knežević, „O žalbi protiv presude u postupku u sporu male vrednosti“, *Zbornik radova PFNS*, 4/2012, 385−402.

Povodom žalbe u postupku o sporovima male vrednosti ne primenjuju se odredbe čl.392 ovog zakona (čl.479, st.2). Tim članom čija je primena isključena dato je ovlašćenje drugostepenom sudu da ukine presudu prvostepenog suda i predmet vrati tom sudu na ponovno suđenje ako smatra da zbog novih činjenica i novih dokaza (čl.372) radi pravilnog utvrđivanja činjeničnog stanja treba da se održi nova glavna rasprava pred prvostepenim sudom (čl.392, st.1). Drugostepeni sud u postupku u sporovima male vrednosti ne bi imao ovlašćenje da rešenjem ukine prvostepenu presudu i vrati predmet prvostepenom sudu na ponovno suđenje i ako je zbog pogrešne primene materijalnog prava činjenično stanje bilo nepotpuno utvrđeno, kao i ako je to zakonom propisano (čl.392, st.2 ZPP).

Rokovi za preduzimanje pojedinih parničnih radnji su skraćeni u odnosu na opšti parnični postupak. Protiv prvostepene presude, odnosno rešenja iz stava 1.ovog člana stranke mogu da izjave žalbu u roku od osam dana (čl.479, st.3 ZPP). Rok za žalbu računa se od dana objavljivanja presude, odnosno rešenja, a ako je presuda, odnosno rešenje dostavljeno stranci, rok se računa od dana dostavljanja (čl.479, st.4 ZPP). U postupku o sporovima male vrednosti, rok iz čl.345, st.2, čl.356,st.1 i čl.380, st.1 ovog zakona je osam dana (čl.479, st.5 ZPP).

U pogledu prava na izjavljivanje vanrednih pravnih lekova, zakonodavac se bavio samo pravom na izjavljivanje revizije. Protiv odluke drugostepenog suda nije dozvoljena revizija (čl.479, st.6 ZPP).

4. POGREŠAN IZBOR PROCESNOG REŽIMA KAO BITNA POVREDA ODREDABA PARNIČNOG POSTUPKA

Videli smo da postoje važne razlike između procesnih odredaba koje uređuju opšti parnični postupak i onih kojima se uređuje postupak u sporovima male vrednosti. Te razlike imaju za posledicu da se u sporu male vrednosti prvenstveno ograničavaju prava parničnih stranaka kako bi postupak dobio na brzini. Kada se uzme u obzir za naše ekonomske prilike visok cenzus od 3.000 evra, jasno je da bi primenom tog kriterijuma značajan deo sporova bio rešavan po pravilima koja važe za sporove male vrednosti. S druge strane, nameće se i dilema povodom odredbe čl.471 ZPP po kojoj se parnični postupak u sporovima male vrednosti sprovodi pred nižim sudovima prvog stepena, tj.pred osnovnim sudovima, ako odredbama ZPP nije drugačije određeno.

Sukobljavanje ova dva kriterijuma: vrednosnog (čl.468 ZPP) i onog koji primenu pravila postupka u sporovima male vrednosti vezuje za stvarnu nadležnost suda (čl.471 ZPP), može izazvati probleme. Stranka-

ma su veća prava garantovana u opštem parničnom postupku, pri čemu prvenstveno mislimo na mogućnost izjavljivanja žalbe zbog pogrešnog ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja−ovlašćenje koje im je uskraćeno u sporovima male vrednosti. Zato se postavlja pitanje izbora pogrešnog procesnog režima od strane prvostepenog suda, npr. ako je vodio postupak po pravilima za sporove male vrednosti, a trebalo je da primeni odredbe opšteg parničnog postupka.

Ovakva greška prvostepenog suda nije odredbama ZPP propisana kao apsolutno bitna povreda parničnog postupka (čl.374, st.2 ZPP), pa stoga može biti tretirana samo kao relativno bitna povreda (čl.374, st.1 ZPP). Imamo u vidu i odredbu čl. 479, st.1 ZPP prema kojoj se presuda ili rešenje kojim se okončava parnica u postupku o sporovima male vrednosti može pobijati samo zbog bitne povrede odredaba parničnog postupka iz čl.374, st.2 ZPP i pogrešne primene materijalnog prava. Doduše, drugostepeni sud nije vezan kvalifikacijom nekog spora kao spora male vrednosti koju je učinio prvostepeni sud, ali ipak smatramo da bi pogrešan izbor procesnog režima izvršen od strane prvostepenog suda trebalo da bude normiran kao apsolutno bitna povreda parničnog postupka.

Analizom ovakvog propusta prvostepenog suda bavio se u svojim odlukama Ustavni sud. „Ocenjujući okolnosti konkretnog slučaja, Ustavni sud je pošao od odredbe člana 467. stav 1. Zakona o parničnom postupku iz 2004. godine, koji se primenjivao na predmetnu parnicu u trenutku podnošenja tužbe, kojom je bilo propisano da sporovi male vrednosti jesu sporovi u kojima se tužbeni zahtev odnosi na potraživanje u novcu koji ne prelazi iznos od 100.000 dinara, te novelirane odredbe istog člana iz decembra 2009. godine, kojom je predviđeno da se ovakvim sporovima smatraju oni u kojima se tužbeni zahtev odnosi na potraživanje u novcu koji ne prelazi dinarsku protivvrednost 3000 evra po srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan podnošenja tužbe. Kako je u konkretnom slučaju visina tužbenog zahteva koji je bio postavljen 2. juna 2006. godine bila određena na iznos od 320.000,00 dinara (koji je prelazio iznos od 3000 evra, imajući u vidu da je na dan podnošenja tužbe jedan evro vredeo 86,99 dinara po srednjem kursu NBS), što je činilo i vrednost predmeta spora, to parnica ni po ranijem ni po važećem Zakonu o parničnom postupku nije spadala u sporove male vrednosti, već sporove koji treba da se vode po opštim pravilima parničnog postupka. Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud je našao da su, najpre Apelacioni sud u Kragujevcu kada je ustupio spise žalbenom sudu nižeg stepena, a zatim i Viši sud u Kragujevcu koji je odlučio o žalbi podnosioca ustavne žalbe, predmetnu parnicu bez procesnopravnog osnova preobratili iz parnice koja se vodila po opštim pravilima parničnog postupka u spor male vrednosti, čime su podno-

siocu uskratili pravo da prvostepena presuda po žalbi bude ispitana i sa aspekta pravilnosti i potpunosti utvrđenog činjeničnog stanja, a što čini jedan od zakonskih osnova za izjavljivanje žalbe u opštem parničnom postupku.Saglasno iznetom, te odredbi člana 17. stav 1. Zakona o parničnom postupku, kojom je propisano da sud u toku celog postupka po službenoj dužnosti pazi na svoju stvarnu nadležnost, Ustavni sud je utvrdio da je Viši sud u Kragujevcu, postupajući kao žalbeni sud u konkretnom slučaju, osporenu presudu doneo van okvira svoje zakonom utvrđene nadležnosti, čime je na štetu podnosioca grubo povredio odredbe procesnog zakona. Polazeći od toga da jedan od elemenata prava na pravično suđenje čini i pravo da o pravima i obavezama učesnika u postupku odluči na zakonu zasnovan i za to nadležan sud, Ustavni sud je utvrdio da je osporenom presudom Višeg suda u Kragujevcu Gž. 1589/10 od 28. novembra 2011. godine povređeno pravo podnosioca na pravično suđenje iz člana 32. stav 1. Ustava.“[16]

Iz obrazloženja odluke Ustavnog suda jasno se može zaključiti kako je pogrešna primena odredaba ZPP koje važe za sporove male vrednosti, umesto primene opšteg parničnog postupka zapravo povreda prava na pravično suđenje (čl.32, st.1 Ustava). Time je nesporno dat putokaz zakonodavcu da ovu povredu propiše kao apsolutno bitnu povredu odredaba parničnog postupka.

5. UMESTO ZAKLJUČKA

Način na koji je definisano polje primene odredaba ZPP za sporove male vrednosti ostavlja prostora za različita tumačenja. Primetna je bila namera zakonodavca da što više sporova podvede pod primenu pravila koja važe za bagatelne sporove i na taj način posredno postigne efekat ubrzanja parničnog postupka. Zbog toga, pored visokog cenzusa od 3.000 evra, prvi put se suočavamo sa situacijom da se pravila koja važe za sporove male vrednosti mogu primeniti i na postupke koji su pokrenuti deklarativnim i preobražajnim tužbama. S druge strane, jedna odavno postojeća zakonska odredba po kojoj se postupak u sporu male vrednosti može sprovoditi samo pred nižim sudovima prvog stepena (u sistemu današnje sudske organizacije, to znači pred osnovnim sudovima) dobija sasvim novu konotaciju. Njena dosledna primena bi značila da nijedan od onih sporova koje shodno odredbama ZUrS u prvom stepenu sudi viši sud ne može biti spor male vrednosti.

[16] Odluka Ustavnog suda Už-472/2012 od 19.02.2015.godine, *http://www.ustavni.sud.rs/ page/jurisprudence/35/,* 24. avgust 2015.godine

Suprotstavljenost odredbe čl.468 ZPP (cenzus od 3.000 evra kao kriterijum) i čl.471 ZPP (stvarna nadležnost suda kao kriterijum) mora da bude razrešena u interesu pravne sigurnosti. Dokle god postoji nedoumica u pogledu toga da li će se primenjivati pravila opšteg parničnog postupka ili pravila za sporove male vrednosti, pravo stranaka na zakonitu, jednaku i pravičnu zaštitu neće biti garantovano. Greške su naravno moguće, ali mora postojati način za njihovo ispravljanje u granicama parničnog postupka−sistemom odgovarajućih pravnih lekova. To još uvek nije slučaj. U prilog tome govori odluka Ustavnog suda, čije smo obrazloženje citirali. Tako je Ustavni sud morao da poništi sudsku odluku koja je doneta primenom pogrešnog procesnog režima−primenjene su odredbe ZPP koje važe za sporove male vrednosti umesto odredaba opšteg parničnog postupka. Stoga zakonodavcu predstoji najpre da razreši dilemu u pogledu područja primene pravila za sporove male vrednosti uzimajući u obzir čl.468 i čl.471 ZPP u kontekstu jedne sasvim nove sudske organizacije i rasporeda stvarne nadležnosti između osnovnog i višeg suda. Potom bi zakonodavac morao da grešku suda koja se sastoji u tome što je primenio jedan procesni režim (pravila za sporove male vrednosti), a trebalo je drugi (pravila opšteg parničnog postupka), predvidi kao apsolutno bitnu povredu odredaba parničnog postupka.

Nikola D. Bodiroga, Ph.D., Associate Professor
University of Belgrade
Faculty of Law Belgrade

Some Problems Concerning the Application of Special Procedural Rules for Small Claims Litigations

Abstract: *The Serbian 2011 Civil Procedure Code has widened the scope of small claims litigations substantially. According to the Article 468 all monetary claims not exceeding the amount of 3.000 euros shall be treated as small claims. This also applies to the lawsuits where claim is not money but the plaintiff stated that he/she would accept to be paid an amount of money not exceeding the amount of 3.000 euros. Finally, small claims shall also include lawsuits where claim is not money but the value of claim stated by the plaintiff doesn't exceed the amount of 3.000 euros. This means that proceedings started by declaratory or constitutive lawsuits can also be treated as small claims under the Article 468 Civil Procedure Code. In this way the legislator tried to expand the application of small claims provisions to more disputes that would now have to be resolved in summary proceedings. However, the Article 471 of Civil Procedure Code has to be taken into account as well. According to the provision of Article 471 small claims litigations shall be conducted only before lower (basic) courts. This rule would mean that no claim that falls into jurisdiction of higher court can be treated as small claim, regardless of the claim value. The colision between the value criteria and the criteria of subject matter jurisdiction leads to legal uncertainty. The parties to the proceedings have to know in advance whether their claim is going to be adjudicated as small claim or pursuant to the provisions governing regular proceedings. Furthermore, the wrong choice of procedural rules made by the first instance court is still not properly sanctioned by the provisions of Civil Procedure Code.*

Key words**:** *small claims, litigation procedure, scope of application, problems.*

Datum prijema rada: 28.09.2015.

Originalni naučni rad 347.724
doi:10.5937/zrpfns49-9288

Dr Vladimir Ž. Marjanski, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
vmarjanski@pf.uns.ac.rs

STICANJE SOPSTVENOG UDELA DRUŠTVA S OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU OTKUPOM OD ČLANA DRUŠTVA

Sažetak: *Sopstveni udeo je udeo koji je društvo steklo od nekog svog člana. Moguće je da društvo stekne celokupan ili deo udela od svog člana. Razlikuju se pravne situacije i načini na koje društvo može sticati udele od svojih članova. Tako je moguće da društvo stekne sopstveni udeo teretnim pravnim poslom (otkupom udela ili dela udela od člana društva), besteretnim pravnim poslom (na osnovu ugovora o poklonu), prinudnim otkupom udela od naslednika preminulog člana (ukoliko je to pravo društva predviđeno osnivačkim aktom), u slučaju istupanja člana, u slučaju isključenja člana iz društva i u slučaju statusne promene.*

U radu će biti obrađeni sticanje sopstvenog udela uz isplatu naknade članu na osnovu teretnog pravnog posla i sticanje sopstvenog udela na osnovu prinudnog otkupa od naslednika preminulog člana društva. Teretni način sticanja sopstvenog udela postoji i u slučaju istupanja člana društva iz opravdanog razloga, ali je on posledica završenog postupka istupanja, na zahtev člana koji istupa, a ne izvorne volje društva.

Ključne reči: *Društvo s ograničenom odgovornošću, sopstveni udeo, statutarne rezerve, ugovor o prenosu udela.*

1. Uvodne napomene

Sopstveni udeo je udeo koji je društvo steklo od nekog svog člana. Moguće je da društvo stekne celokupan ili deo udela od svog člana.[1] S obzirom na to da društvo i njegovi članovi imaju odvojen pravni subjekti-

[1] Zakon o privrednim društvima – ZPD, *Službeni glasnik Republike Srbije* , br. 36/2011, 99/2011, 83/2014 i 5/2015, čl. 157, st. 2.

vitet, te da član ima pravo na udelu, moguće su različite pravne situacije u kojima može doći do prenosa udela sa člana na društvo.[2] Ukoliko do toga dođe udeo koji je društvo steklo od svog člana nalazi se u režimu sopstvenog udela („udeo društva u samome sebi"). Takav udeo nastavlja da pravno postoji kao udeo i nakon što ga je društvo steklo.[3] Pošto sopstveni udeo zadržava karakter udela, te i dalje predstavlja članski odnos iz njega i dalje proističu članska (imovinska i upravljačka prava). Članska prava po osnovu sopstvenog udela, međutim, miruju i društvo ih, po pravilu, ne može ostvarivati dok se udeo nalazi u režimu sopstvenog udela tj. u vlasništvu društva.

Kao što je istaknuto razlikuju se pravne situacije i načini na koje društvo može sticati udele od svojih članova. Tako je moguće da društvo stekne sopstveni udeo teretnim pravnim poslom (otkupom udela ili dela udela od člana društva), besteretnim pravnim poslom (na osnovu ugovora o poklonu), prinudnim otkupom udela od naslednika preminulog člana (ukoliko je to pravo društva predviđeno osnivačkim aktom), u slučaju istupanja člana, u slučaju isključenja člana iz društva i u slučaju statusne promene.

U radu će biti obrađeni sticanje sopstvenog udela uz isplatu naknade članu na osnovu teretnog pravnog posla i sticanje sopstvenog udela na osnovu prinudnog otkupa od naslednika preminulog člana društva. Teretni način sticanja sopstvenog udela postoji i u slučaju istupanja člana društva iz opravdanog razloga, ali je on posledica završenog postupka istupanja, na zahtev člana koji istupa, a ne izvorne volje društva.

2. Sticanje sopstvenog udela teretnim pravnim poslom

Sticanje sopstvenog udela teretnim putem način je sticanja koji podrazumeva da društvo izdvaja određena finansijska sredstva radi sticanja udela od člana društva. Društvo tada vrši otkup celokupnog ili dela udela od svog člana.

Da bi došlo do sticanja sopstvenog udela na ovaj način neophodno je da se poštuju određena ograničenja, procedure i uslovi.

2.1. Ograničenja sticanja sopstvenog udela

Pravni posao kojim društvo stekne sopstveni udeo suprotno zakonom utvrđenim ograničenjima ništav je.[4] Prema ZPD postoje sledeća ograničenja u vezi sa sticanjem sopstvenog udela teretnim pravnim poslom:

---

[2] Zoran Arsić, Vladimir Marjanski, *Pravo privrednih društava*, Novi Sad 2015, 165

[3] Stevan Šogorov, „Pravni status sopstvenog udela društva s ograničenom odgovornošću", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2010, 27.

[4] Vid. ZPD, čl. 157, st. 8.

1. Udeo mora biti u potpunosti uplaćen ili unet
2. Društvo usled sticanja sopstvenog udela ne može da ostane bez članova
3. Zabranjeno je sticanje sopstvenog udela kod jednočlanih društava
4. Isplata naknade za otkup sopstvenog udela može se izvršiti samo iz rezervi opredeljenih za tu namenu

ZPD iz 2011. godine više ne predviđa ograničenja u vezi sa procenutalnom vrednošću udela koje društvo može steći. Takođe, ZPD ne predviđa ni pravila o daljoj pravnoj sudbini sopstvenog udela. Ranije je bilo predviđeno da se stečeni sopstveni udeli ili delovi udela društva s ograničenom odgovornošću kojima se ne raspolaže u roku od godinu dana od dana sticanja, poništavaju.[5]

2.1.1. Udeo mora biti u potpunosti uplaćen ili unet

Društvo može teretnim putem steći udeo od svog člana samo ukoliko je obaveza proistekla iz tog udela u vezi sa izvršenjem obaveze uplate novčanog ili unosa nenovčanog uloga u potpunosti izvršena.[6] Dakle, ukoliko član društva nije u potpunosti ispunio obavezu uplate novčanog i, ili unosa nenovčanog uloga on ne može otuđiti svoj udeo društvu, niti društvo teretnim pravnim poslom takav udeo može steći. Ovakva odredba ima smisla ukoliko se uzme u obzir princip očuvanja osnovnog kapitala. Po opštem pravilu o solidarnoj odgovornosti prenosioca i sticioca za izvršenje neispunjenih obaveza po udelu koji je predmet prenosa[7] društvo bi nakon sticanja sopstvenog udela dugovalo ispunjenje obaveze uplate ili unošenja uloga „samome sebi". Drugim rečima, došlo bi do konfuzije potraživanja društva u vezi sa izvršenjem činidbe uplate ili unošenja uloga i istovremenog duga društva da izvši tu činidbu. Time bi, međutim, i dalje ostala odgovornost prenosioca udela za izvršenje činidbe uplate ili unošenja uloga, ali bi on imao pravo regresa prema društvu za deo za koji bi više platio, pa bi opet mogao biti narušen princip očuvanja osnovnog kapitala.[8]

---

[5] Vid. Zakon o privrednim društvima - ZPD, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 125/04", čl. 121, st. 7. O povlačenju i poništenju udela videti opširnije kod Stevan Šogorov, „Postupak i pravne posledice povlačenja i poništenja udela u društvu s ograničenom odgovornošću", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2009, 21-31.

[6] Prema ZPD, čl. 157, st. 3 „ako je udeo koji se stiče u celosti uplaćen (unesen)". Formulacija nije najpreciznija jer se ne uplaćuje i ne unosi udeo nego ulog.

[7] Vid. ZPD, čl. 49, st. 1.

[8] Vid. Zakon o obligacionim odnosima - ZOO, *Službeni glasnik RS*, br. 29/78, čl. 423, st. 1.

2.1.2. Društvo usled sticanja sopstvenog udela ne može da ostane bez članova

Društvo ne može sticati sopstveni udeo tako da ostane bez članova društva.[9] Društvo bez članova ne bi moglo da opstane.

2.1.3. Zabrana sticanja sopstvenog udela kod jednočlanih društava

Treće, jednočlano društvo ne može sticati udeo od svog jedinog člana.[10] Ovo ograničenje je novina koju uvodi ZPD iz 2011. godine. Ovo ograničenje je teorijski sporno. Pored toga, ono stvara i izvesne probleme koji se tiču poslovanja društva. Sticanjem celokupnog udela od jedinog člana, društvo bi ostalo bez članova pa bi time to već bilo obuhvaćeno prethodnim ograničenjem po kome društvo ne može sticati sopstveni udeo tako da ostane bez članova. Ipak, za razliku od akcija koje su nedeljive, udelima u društvu s ograničenom odgovornošću može se i delimično raspolagati. Stoga je nejasno zašto jedini član društva ne bi mogao da prenese deo svog udela društvu (npr. 10 % udela), kao što bi to mogao da učini prenosom na bilo koje treće lice. Sticanjem dela udela jedinog člana društvo ne bi ostalo bez članova. Zabranom sticanja sopstvenih udela kod jednočlanih društava sprečava se vršenje jedne transakcije koja može imati važnosti za dalji razvoj društva. Naime, ukoliko jedini član društva želi da primi novog člana u društvo pod uslovom da novi član trajno uloži finansijska sredstva direktno u imovinu društva kao jedina mogućnost mu ostaje postupak povećanja osnovnog kapitala. U tom postupku novi član bi izvršio upis novog udela i činidbu uplate ili unošenja uloga. U uslovima niske visine osnovnog kapitala (što je redovan slučaj kod društava s ograničenom odgovornošću), a u nedostatku sopstvenih finansijskih sredstava za učešće u postupku povećanja osnovnog kapitala radi očuvanja određenog stepena procentualnog učešća u osnovnom kapitalu društva i zadržavanja korporativne moći, jedini član ovakav postupak ne bi ni sproveo. S druge strane, prostom prodajom dela udela trećem licu finansijska sredstva od prodatog udela ne bi se „slila“ u imovinu društva, već bi postala deo lične imovine nekadašnjeg jedinog člana društva. Ostavljanjem zakonske mogućnosti da društvo stekne deo udela od svog jedinog člana, pa da ga nakon toga otuđi, olakšalo bi se direktno investiranje trećeg lica u društvo. Društvo bi na taj način imalo mogućnost da otuđenjem sopstvenog udela direktno dođe do trajnih finansijskih sredstava za svoje poslovanje.

[9] ZPD, čl. 157, st. 5.
[10] ZPD, čl. 157, st. 6.

2.1.4. Isplata naknade za otkup sopstvenog udela može se izvršiti samo iz rezervi opredeljenih za tu namenu

Isplatu naknade po osnovu sticanja sopstvenog udela otkupom udela ili dela udela od člana društva društvo može izvršiti samo iz rezervi koje se mogu koristiti za te namene.[11] Interesantna je formulacija odredbe. Postavlja se pitanje da li je sticanje sopstvenog udela teretnim putem uopšte uslovljeno prethodnim postojanjem sredstava rezervi? Iz zakonske formulacije proističe da se uslov postojanja sredstava rezervi odnosi samo na činidbu isplate naknade za sticanje sopstvenog udela, a ne i na mogućnost prethodnog sprovođenja postupka sticanja sopstvenog udela. Kada je reč o isplati naknade jasno je da je nju dopušteno izvršiti samo na teret sredstava rezervi koje su opredeljene za tu namenu. Pa ipak, iako je nesumnjivo da je reč o tzv. statutarnim rezervama[12] ZPD ne predviđa pravni mehanizam za njihovo formiranje. Stoga se je sporno kojim pravnim dokumentom formirati sredstva rezervi. Ovo je od posebne važnosti i za pravilno računovodstveno sprovođenje postupka sticanja sopstvenog udela. Kako je nesumnjivo da se navedena sredstva moraju formirati iz celokupne ili dela neraspoređene dobiti društva svakako je neophodno doneti odgovarajuću skupštinsku odluku. Sporno je, međutim, da li je reč o odluci koja ima opšti karakter tj. da li se sredstva rezervi mogu formirati a da to ne bude u kontekstu konkretnog sprovođenja postupka sticanja sopstvenog udela. Mišljenja smo da je moguće doneti odluku o formiranju sredstava rezervi namenjenih za otkup sopstvenog udela pa da se tek ukoliko se za to ukaže potreba eventualno izvrši otkup sopstvenog udela isplatom naknade iz sredstava opredeljenih za tu namenu. Postavlja se i pitanje da li odluka o formiranju sredstava rezervi mora da ima prethodno uporište u osnivačkom aktu gde bi na opšti način bilo propisano kako se formiraju sredstva rezervi za otkup sopstvenog udela. Član 200 ZPD u okviru nabrojanih nadležnosti skupštine ne pominje posebno donošenje odluke o formiranju statutarnih rezervi. Ipak, član 200 st. 1, tač. 26 ostavlja mogućnost da skupština odlučuje i o drugim pitanjima u skladu sa osnivačkim aktom. Zbog toga smatramo da bi bilo ispravno prethodno u osnivački akt uneti odredbu o tome da je skupština ovlašćena da donese odluku o formiranju rezervi i to prenosom dela ili cele neraspoređene dobiti u sredstva rezervi predviđena za otkup sopstvenog udela. Ukoliko se ne propiše posebna većina za donošenje te odluke smatramo da bi trebalo da se primeni pravilo o 2/3 kvalifikovanoj većini od ukupnog broja glasova člano-

[11] Vid. ZPD, čl. 157, st. 4.

[12] ZPD ne predviđa postojanje obaveznih zakonskih rezervi.

va društva jer je ista propisana i za donošenje odluke o raspodeli dobiti.[13] Ovo stoga što je i to jedan od načina raspoređivanja dobiti. Takođe, s obzirom na to da je u nadležnosti skupštine društva s ograničenom odgovornošću donošenje odluke o raspodeli dobiti[14], te da se formiranjem sredstava rezervi iz dobiti takođe vrši raspolaganje dobiti smatramo da odluku o formiranju sredstava rezervi može doneti jedino skupština društva

Ostaje takođe otvoreno pitanje da li se sredstva rezervi mogu formirati isključivo iz neraspoređene dobiti iz prethodnih poslovnih godina za šta postoji uporište u usvojenom i registrovanom godišnjem finansijskom izveštaju iz prethodne poslovne godine ili je moguće formirati sredstva rezervi i iz tekuće dobiti. Ukoliko bi se sredstva rezervi formirala iz tekuće dobiti morao bi se napraviti presek stanja sa određenim datumom, kroz usvajanje privremenog (kvartalnog ili polugodišnjeg finansijskog izveštaja) u kojem bi bila utvrđena tekuća dobit u poslovnoj godini koja još nije završena.

2.2. Postupak sticanja sopstvenog udela teretnim pravnim poslom

2.2.1. Opšti pravni režim

Postupak sticanja sopstvenog udela teretnim pravnim poslom odvija se u više koraka. Kao što je gore s pomenuto najpre bi trebalo formirati sredstva rezervi namenjena za otkup sopstvenog udela. U osnivački akt bi trebalo uneti odredbu o tome da je skupština ovlašćena da donese odluku o formiranju rezervi i to prenosom dela ili cele neraspoređene dobiti u sredstva rezervi predviđena za otkup sopstvenog udela. Ukoliko takva odredba nije predviđena još u trenutku osnivanja tj. u prvom osnivačkom aktu neophodno je doneti odluku o izmeni osnivačkog akta. Nakon toga potrebno je doneti odluku o formiranju sredstava rezervi. Reč je o odluci za koju nije predviđena posebna sadržina. Ipak, neophodno je da odluka sadrži apsolutni iznos sredstava koja se na osnovu odluke iz neraspoređene dobiti prenose u sredstva rezervi. Formiranje ovih namenskih rezervi treba da prati odgovarajuće računovodstveno bilansiranje. Izmene osnivačkog akta registruju se i objavljuju u skladu sa Zakonom o postupku registracije u Agenciji za privredne registre.[15] Prilikom podnošenja registracione prijave moguće su dve mogućnosti: podnošenje potpuno novog osnivačkog akta ili podnošenje izmena i dopuna osnivačkog akta zajedno sa prečišćenim tekstom.

[13] Vid. ZPD, čl. 211, st. 2, t. 4.
[14] Vid. ZPD, čl. 200, st. 1, t. 6.
[15] *Službeni glasnik RS*, br. 99/2011 i 83/2014.

Ukoliko se ne propiše posebna većina za donošenje te odluke smatramo da bi trebalo da se primeni pravilo o 2/3 kvalifikovanoj većini od ukupnog broja glasova članova društva jer je ista propisana i za donošenje odluke o raspodeli dobiti.[16] Ovo stoga što je i to jedan od načina raspoređivanja dobiti. Takođe, s obzirom na to da je u nadležnosti skupštine društva s ograničenom odgovornošću donošenje odluke o raspodeli dobiti, te da se formiranjem sredstava rezervi iz dobiti takođe vrši raspolaganje dobiti smatramo da odluku o formiranju sredstava rezervi može doneti jedino skupština društva.

Drugi korak podrazumeva donošenje skupštinske odluke o sticanju sopstvenog udela. Sadržina ove odluke takođe nije propisana u ZPD. Ova odluka po svojoj prirodi treba da sadrži podatke o procentualnoj vrednosti udela koju društvo želi da otkupi od svog člana, identifikaciju člana od kojeg se vrši otkup udela, iznos koji će članu biti isplaćen za otkup sopstvenog udela i naznačenje da će isplata biti izvršena iz sredstava rezervi koje su opredeljene za tu namenu na osnovu posebne skupštinske odluke koja je prethodila donošenju odluke o sticanju sopstvenog udela.

Odlukom o sticanju sopstvenog udela društvo izražava volju za sticanjem sopstvenog udela i ona ima karakter ponude za sticanjem sopstvenog udela pod uslovima predviđenim u sadržini odluke. Odluka ima karakter ponude jer njome izražava volja privrednog društva a ne volja člana da svoj udeo otuđi. Ovo nezavisno od činjenice što je i on sam verovatno glasao za donošenje takve odluke. Volju za prenos udela i svojevrsni prihvat ovakve ponude izraziće kroz zaključenje ugovora o prenosu udela koji će nakon donošenja pomenute odluke zaključiti sa društvom. Zbog ograničenja koje, po pravilu, postoji kod prenosa udela člana DOO, član bi prethodno trebalo da uputi ponudu za sticanje udela ostalim članovima društva. Naime, članovi društva imaju pravo preče kupovine udela koji je predmet prenosa trećem licu, osim ako je to pravo isključeno osnivačkim aktom ili zakonom.[17] S obzirom na to da društvo pre sticanja sopstvenog udela nije član, smatra se trećim licem, pa je neophodno poštovati ograničenje koje se odnosi na pravo preče kupovine. Postupak u vezi sa pravom preče kupovine regulisan je članom 162 ZPD. Ukoliko pravo preče kupovine ne bude iskorišćeno u rokovima propisanim ZPD ili osnivačkim aktom u skladu za zakonom[18] član društva slobodno može pristupiti zaključenju ugovora o prenosu udela sa društvom.

[16] Vid. ZPD, čl. 211, st. 2, t. 4.
[17] ZPD, čl. 161.
[18] Vid. ZPD, čl. 162.

Treći korak u postupku sticanja sopstvenog udela je zaključenje ugovora o prenosu udela između člana društva kao prenosioca i društva kao sticaoca. U vezi sa ovom vrstom ugovora ni po formi, a ni po sadržini ne postoje razlike u odnosu na ugovor o prenosu udela koji se zaključuje između članova društva ili člana i trećeg lica. Ugovor se zaključuje u pisanoj formi uz obaveznu overu potpisa člana koji prenosi udeo i lica koje je ovlašćeno da zastupa privredno društvo koje stiče sopstveni udeo. Iako ZPD ne predviđa bitne elemente ugovora o prenosu udela, on po svojoj pravnoj prirodi mora imati određene elemente kako bi registracija prenosa udela uspešno bila izvršena u Agenciji za privredne registre. Tako u ugovoru moraju biti određene ugovorne strane – prenosilac i sticalac, procentualna vrednost udela koji se prenosi (ceo ili deo udela). S obzirom na to da je ovde reč o teretnom načinu sticanja tj. sticanju udela uz naknadu neophodno je navesti visinu cene po kojoj član udeo prodaje društvu.

Kod sticanja sopstvenog udela, međutim, treba imati u vidu da je volja društva za sticanjem sopstvenog udela pod određenim uslovima već utvrđena u odluci o sticanju sopstvenog udela. Zbog toga elementi ugovora ne bi trebalo da budu u suprotnosti sa pomenutom odlukom kako u vezi sa procentom udela koji društvo stiče, tako i u vezi sa naknadom koju će društvo isplatiti prenosiocu udela. ZPD ovo izričito ne reguliše, ali bi registrator trebalo da insistira da se podaci iz odluke o sticanju sopstvenog udela i podaci u vezi sa pomenutim elementima iz ugovora o prenosu udela slažu. U suprotnom bi trebalo da odbaci registracionu prijavu za registraciju sticanja sopstvenog udela. Ukoliko registrator tada ipak usvoji registracionu prijavu, smatramo da bi članovi društva ili samo društvo imalo pravo da traže naknadu štete od odgovornog lica u okviru društva. Ukoliko bi time bilo povređeno pravo preče kupovine ostalih članova društva oni bi mogli da traže i utvrđivanje ništavosti ugovora o prenosu udela ili obavezivanje tuženog člana društva na prenos udela tužiocu, odnosno da presuda zameni ugovor o prenosu udela između tužioca i tuženog člana društva. .[19]

Postupak sticanja sopstvenog udela završava se registracijom novonastalih promena. Prilikom podnošenja registracione prijave obavezno se podnose odluka o sticanju sopstvenog udela i ugovor o prenosu udela. Danom registracije prenosa društvo stiče sopstveni udeo.

[19] Vid. ZPD, čl. 163, st. 1.

2.2.2. Sticanje sopstvenog udela prilikom vršenja prava na prinudni otkup udela od naslednika

U slučaju smrti člana društva naslednici tog člana stiču njegov udeo u skladu sa zakonom kojim se uređuje nasleđivanje.[20] S obzirom na to da je društvo s ograničenom odgovornošću društvo zatvorenog tipa, osnivačkim aktom može se predvideti pravo društva ili jednog ili više članova društva da u roku od šest meseci od smrti člana društva, a najkasnije u roku od tri meseca od dana registracije naslednika preminulog člana društva kao članova društva, izraze volju za vršenjem prava na prinudni otkup udela (ZPD govori „donesu odluku o prinudnom otkupu udela[21]“) od njegovih naslednika.[22] Ukoliko je pravo na prinudni otkup udela utvrđeno u korist društva, volja za prinudnim otkupom udela izražava se odlukom koju donosi skupština društva većinom glasova svih članova društva, pri čemu se za potrebe računanja kvoruma ne uračunava udeo preminulog člana, osim ako je osnivačkim aktom određena veća većina.[23] Ovde je takođe reč o sticanju sopstvenog udela teretnim putem tj. uz isplatu naknade. Odluka o vršenju prava na prinudni otkup udela od strane društva je zapravo odluka o sticanju sopstvenog udela. Uprkos tome, nije propisana 2/3 kvalifikovana većina za donošenje te odluke.

S obzirom na to da je ovde reč o prinudnom otkupu, nije neophodno da se naslednik preminulog člana sa tim saglasi. Sledstveno tome, registratoru je dovoljna odluka o prinudnom otkupu (sticanju sopstvenog udela) te nije neophodno zaključenje ugovora o prenosu udela. Ipak, sticanje sopstvenog udela prinudnim otkupom od naslednika podvrgnuto je određenim ograničenjima.

Prvo, ukoliko je osnivačkim aktom predviđen prinudni otkup udela, tim aktom mora se propisati i način utvrđivanja naknade za otkup udela, kao i rok za njenu isplatu, u suprotnom smatraće se da ovo pravo ne postoji.[24] Ako društvo ili član odnosno članovi društva odluče da vrše pravo na prinudni otkup udela, naslednici preminulog člana društva imaju pravo na isplatu naknade utvrđene u skladu sa osnivačkim aktom, u roku utvrđenom tim aktom.[25] Ako osnivačkim aktom ili odlukom skupštine o vršenju prava na prinudni otkup nije drugačije određeno, rok za isplatu naknade za otkup udela preminulog člana društva počinje da teče od dana

[20] ZPD, čl. 172, st. 1.
[21] Ako je reč o pravu članova njihova volja se ne izražava odlukom.
[22] Vid. ZPD, čl. 173, st. 1.
[23] ZPD, čl. 173, st. 2.
[24] ZPD, čl. 174, st. 1.
[25] ZPD, čl. 174, st. 2.

dostavljanja društvu pravnosnažnog ostavinskog rešenja kojim su oglašeni naslednici preminulog člana u pogledu njegovog udela.[26] Ove odredbe predviđene su radi zaštite interesa naslednika, ali su u izvesnoj meri ostale nedorečene. ZPD ne daje ni bliže kriterijume za određivanje načina za isplatu naknade. Takođe, ostavljanjem da se na autonomnoj osnovi utvdi rok za isplatu naknade, bez nekog krajnjeg zakonskog roka, moguće je u značajnoj meri prolongirati isplatu naknade naslednicima.

Drugo, društvo ne može doneti odluku o vršenju prava na prinudni otkup ako bi isplata naknade u skladu sa tom odlukom bila u suprotnosti sa odredbama ZPD o ograničenjima plaćanja.[27]

Interesantno je da ZPD prilikom sticanja sopstvenog udela prinudnim otkupom od naslednika ne predviđa ograničenje da udeo prethodno mora biti u potpunosti uplaćen ili unet (videti gore naslov 2.1.1.).

[26] ZPD, čl. 174, st. 4.
[27] Vid. ZPD, čl. 174, st. 3 u vezi sa ZPD, čl. 184 i 275.

Vladimir Ž. Marjanski, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

Aquiring of a Company's own Equity Interest through Redemption of a Company Member

Abstract: *A company's own equity interest is an equity interest acquired from one of its members. It possible for a company to acquire a whole or a part of an equity interest of its member. There are different legal situations and modes in which a company can acquire an equity interest from its members. It is possible for a company to acquire an equity interest against the compensation (through redemption of equity interest or part thereof from a company member), in an unencumbered transaction (based on the gift), through compulsory redemption of equity interest of a deceased member (if a company has this right under its instrument of incorporation), upon exit of a company member, upon exclusion of a company member and following a status change.*

The paper concentrates on acquisition of an equity interest against a compensation paid to a company member and through the compulsory redemption of equity from the heirs of a deceased member. Acquisition of an equity interest against the payment of a compensation exists in a case of an exit of a company member based on justifiable reasons. However, the acquisition in that case is a consequence of an exit of a member and not of the company's intent.

Key words: *Limited liability company, A company's own equity interest, statute reserves, share transfer contract.*

Datum prijema rada: 15.10.2015.

Originalni naučni rad 347.751:339.5
doi:10.5937/zrpfns49-9020

Dr Sandra S. Fišer-Šobot, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
sfiser@pf.uns.ac.rs

DUŽNOST OBAVEŠTAVANJA O PRAVNOM NEDOSTATKU KOD UGOVORA O MEĐUNARODNOJ PRODAJI ROBE

Sažetak: *Kupac gubi pravo da se poziva na pravne nedostatke isporučene robe ako o njima uredno i blagovremeno ne obavesti prodavca. Izostanak obaveštenja ima ozbiljne pravne posledice jer se isporuka smatra urednom, a kupac je, i pored nedostatka, dužan da isplati cenu. Osnovna funkcija obaveštenja je da omogući prodavcu da preduzme mere neophodne za otklanjanje nedostatka. Dužnost obaveštavanja ima veliki teorijski i praktični značaj. Predmet analize u ovom radu je dužnost obaveštavanja o pravnom nedostatku kod ugovora o međunarodnoj prodaji robe.*

Ključne reči: *ugovor o prodaji, pravni nedostatak, dužnost obaveštavanja, obaveštenje o pravnom nedostatku.*

1. Uvodna razmatranja

Prodavac je dužan da isporuči robu slobodnu od prava ili pretenzija trećih lica. U suprotnom kupcu na raspolaganju stoje određena pravna sredstva koja služe za zaštitu njegovih interesa. Međutim, da bi mogao da ostvari prava koja ima na osnovu isporuke robe sa pravnim nedostacima kupac treba da obavesti prodavca o nedostatku, odnosno da stavi *prigovor*. Naime, kupac gubi pravo da se poziva na postojanje pravnog nedostatka ukoliko o pravu ili potraživanju trećeg lica uredno i blagovremeno ne obavesti prodavca pošto je saznao ili morao da sazna za postojanje takvog prava ili potraživanja.[1]

[1] Vid. čl. 43(1) Konvencije UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe (*Službeni list SFRJ*, br. 10/1/84 od 31.12.1984; dalje u fusnotama: BK).

Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe (dalje u tekstu: konvencija, BK) predviđa dužnost obaveštavanja kada je roba opterećena pravnim nedostacima. Kao i kod isporuke nesaobrazne robe, obaveštavanje je pretpostavka za pozivanje na pravni nedostatak. Međutim, između dužnosti obaveštavanja o nesaobraznosti i o pravnim nedostacima postoje određene razlike. Prva, kod nesaobrazne isporuke krajnji rok za obaveštavanje o nedostacima je dve godine od stvarne predaje robe kupcu.[2] Nasuprot tome, takav rok kod obaveštavanja o pravnim nedostacima ne postoji što je i razumljivo jer se pravni nedostaci često pojave u dužem vremenskom periodu posle predaje robe kupcu. Druga, kod isporuke robe sa pravnim nedostacima kupac nema dužnost pregleda robe. Opravdanost ovog rešenja je u tome što su pravni nedostaci po svojoj prirodi takvi da se pregledom ni ne mogu utvrditi. I poslednje, kod isporuke nesaobrazne robe nestavljanje prigovora ne šteti kupcu kada se nedostatak saobraznosti odnosi na činjenice koje su bile poznate prodavcu ili mu nisu mogle biti nepoznate, a on ih nije otkrio kupcu.[3] Nasuprot tome, prodavac ne može da se poziva na izostanak obaveštenja o pravnom nedostatku ako je znao za pravo ili potraživanje trećeg lica i njihovu prirodu.[4] Dok u prvom slučaju izostanak prigovora ne šteti kupcu u slučaju grube nepažnje prodavca, dotle se u drugom slučaju zahteva znanja prodavca o nedostatku.

Obaveštavanje o nedostatku je dužnost (*die Obliegenheit*), a ne obaveza kupca. Dužnost znači „obavezu prema samom sebi“[5], a ne prema drugoj ugovornoj strani. Pravne posledice propuštanja obaveštenja su stroge jer kupac gubi pravo da se poziva na pravni nedostatak.

Obaveštenje o pravnom nedostatku proizvodiće pravno dejstvo ako ispunjava uslove u pogledu sadržine, forme i adresata kojima je upućeno. Pored toga, ono mora biti učinjeno blagovremeno. U razmatranjima koja slede biće razmotreni sadržaj obaveštenja, u kom roku i formi treba da bude učinjeno, kao i u kojim slučajevima kupac i pored toga što nije ispunio dužnost obaveštavanja ima pravo da se poziva na pravni nedostatak.

2. Slučajevi u kojima postoji dužnost obaveštavanja

U pravu međunarodne prodaje pravi se razlika između pravnih nedostataka. Naime, postoje opšti pravni nedostaci (čl. 41 BK) i pravni ne-

[2] Vid. čl. 39(2) BK.

[3] Vid. čl. 40 BK.

[4] Vid. čl. 39(2) BK.

[5] Max Hutter, *Die Haftung des Verkäufers für Nichtlieferung bzw. Lieferung vertragswidriger Ware nach dem Wiener UNCITRAL-Übereinkommen über internationale Warenkaufverträge vom 11. April 1980*, Allgäu, 1988, 70.

dostaci kada na robi postoji pravo industrijske ili druge intelektualne svojine (čl. 42 BK). Prema čl. 43(1) BK kupac gubi pravo da se koristi odredbama čl. 41 ili čl. 42 ukoliko uredno i blagovremeno ne obavesti prodavca o pravnom nedostatku.[6] Dakle, dužnost obaveštavanja postoji kod svih vrsta pravnih nedostataka.

Međutim, domašaj čl. 43(1) BK kada na robi postoji pravo intelektualne svojine trećeg lica ograničen je. Prema čl. 42 BK prodavac je dužan da isporuči robu slobodnu od svakog prava ili potraživanja trećeg lica koja se zasnivaju na industrijskoj ili drugoj intelektualnoj svojini, a bili su mu u trenutku zaključenja ugovora poznati ili mu nisu mogli biti nepoznati. Dakle, prodavac će za ovu vrstu pravnih nedostataka odgovarati samo ako je u vreme zaključenja ugovora znao za pravo intelektualne svojine trećeg lica ili mu ono nije moglo ostati nepoznato.

Ukoliko prodavac *zna* za postojanje prava intelektualne svojine trećeg lica postavlja se pitanje koja je svrha i smisao obaveštenja. Razlog je što prema čl. 43(2) BK prodavac ne može da se poziva na okolnost da nije obavešten o pravnom nedostatku ako je znao za pravo ili potraživanje trećeg lica i njihovu prirodu. Znanje prodavca, pored pozitivnog znanja prodavca da postoji pravo industrijske ili druge intelektualne svojine, podrazumeva da on zna i za prirodu prava trećeg lica. Eventualno bi obaveštenje moglo da bude korisno ukoliko bi u njemu kupac prodavca obavestio o merama koje je treće lice preduzelo. Međutim, čl. 43(1) BK ne predviđa da obaveštenje treba da sadrži te podatke.

Prema tome, čl. 43(1) BK ima smisla samo u slučaju kada je kupac za pravo trećeg lica saznao posle zaključenja ugovora, a prodavac ne zna za pravo ili zahtev trećeg lica, ali je za njega u trenutku zaključenja ugovora trebalo da zna, odnosno radi se nedostatku koji mu nije mogao ostati nepoznat.[7]

3. Obaveštenje o pravnom nedostatku

Obaveštenje o pravnom nedostatku proizvodiće pravno dejstvo ako ispunjava uslove u pogledu sadržine, forme i adresata kojima je upućeno.

---

[6] Vid. odluku u predmetu Germany 5 December 2006 District Court Köln (*Plastic faceplates for mobile telephones case*) dostupno na - *http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061205g1.html.* Sud je utvrdio da kupac ne može da se poziva na čl. 42 BK jer nije blagovremeno obavestio prodavca o nedostatku.

[7] Ruth M. Janal, „The Seller's Responsibility for Third Party Intellectual Property - Rights under the Vienna Sales Convention" u: Camilla B. Andersen, Ulrich G. Schroeter (eds.), *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2008, 224.

3.1. Predmet i sadržaj obaveštenja o pravnom nedostatku

U obaveštenju, prema čl. 43(1) BK kupac mora da navede da na robi postoji pravo ili potraživanje trećeg lica, kao i prirodu tog prava. Osnovni cilj obaveštenja je da prodavcu omogući da brzo reaguje i da se od zahteva trećeg lica odbrani.

Uopštena izjava da na robi postoji pravo trećeg nije dovoljna. U prigovoru priroda prava ili zahteva trećeg lica mora biti toliko precizno određena da prodavac bude u položaju da se od istih odbrani.[8] Stoga obaveštenje mora da sadrži barem podatke o trećem licu (ime i prezime, adresa...) i prirodu prava koje treće lice traži. Ukoliko je treće lice preduzelo i određene korake, u obaveštenju kupac treba da navede i podatke o tome.[9] Naravno, ako je potrebna brza reakcija prodavca, njemu to treba da bude jasno iz obaveštenja. Potom, ako je pravo trećeg upisano u određeni registar, potrebno je da kupac navede njemu poznate pojedinosti upisa.[10] Ako postoji više prava trećeg lica, kao i kod prigovora nesaobraznosti, prodavca treba obavestiti o svakom pojedinačno.

Prigovor učinjen u skladu sa pravilima sadržanim u Bečkoj konvenciji ne mora da sadrži i zahteve kupca. Međutim, iz praktičnih razloga najbolje je da kupac u obaveštenju navede pravna sredstva koja će koristiti. U svakom slučaju, nakon obaveštavanja prodavca o nedostacima, kupac u razumnom roku treba da se izjasni i o pravnim sredstvima.

Prigovor koji sadrži netačne podatke (npr. pogrešna procena pravne situacije) smatra se dovoljno određenim kada time mogućnost prodavca da se odbrani od zahteva nije značajno umanjena.[11] Ako prodavac može korektno da odreaguje, ispunjen je cilj obaveštenja i ne šteti ako pravo trećeg lica nije u potpunosti označeno.[12] Takođe, prema rašireno mišljenju, u slučaju paušalnog prigovora prodavac koji ima ne-

---

[8] Heinz Georg Bamberger, Herbert Roth (Hrsg.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3, München, 2003, 2837; Ingeborg Schwenzer (ed.), Peter Schlechtriem, - Ingeborg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, 2010³, 676.

[9] Vid. para 21(c) odluke u predmetu Germany 11 January 2006 Supreme Court (*Automobile case*) dostupno na *http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060111g1.html.*

[10] Vid. više kod Wolfgang Krüger, Harm Peter Westermann (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3, 4. Auflage, München, 2004, 2416; Ulrich Magnus, *J. von Staudingers Kommentar zum Burgerlichen Gesetzbuch: Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Sellier-de Gruyter, Berlin 2005, 449.

[11] W. Krüger, H.P. Westermann (Hrsg.), 2416.

[12] Vid. više kod U. Magnus, 449; Christoph Brunner, *UN-Kaufrecht – CISG – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980 – Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht,* Bern, 2004, 461.

doumice ne sme da bude pasivan nego je dužan da komunicira sa kupcem.[13]

Opšte je prihvaćen stav da u pogledu sadržine obaveštenja pred kupca ne treba postavljati prestroge zahteve. U suprotnom, kupac bi zbog manjih nedostataka u prigovoru trpeo drakonske posledice jer bi mogao da izgubi pravna sredstva iz čl. 45 BK, dok bi odgovornost prodavca bila značajno sužena.

3.2. Forma obaveštenja, adresat i rizik prenosa

Osnovni princip prihvaćen u Bečkoj konvenciji je *princip neformalnosti*[14]. Iz tog razloga ni obaveštenje kupca o prirodi nedostataka ne podleže posebnim zahtevima u pogledu forme. Prema tome, on može biti i neformalan, odnosno prodavcu saopšten i usmeno. Jedini uslov je da obaveštenje bude izvršeno na jeziku koji prodavac može da razume. To može biti jezik prodavca ili jezik koji su strane odredile kao jezik ugovora. Pošto kupac mora da dokaže da je blagovremeno i uredno obavestio prodavca o nedostatku u njegovom je interesu da postoji i pismena potvrda usmeno izjavljenog prigovora.

U srpskoj verziji čl. 43(1) BK predviđa se da kupac gubi mogućnost da se poziva na pravni nedostatak ako prodavcu *ne dostavi* obaveštenje. Iz toga bi se mogao izvesti zaključak da je potrebno da obaveštenje bude u pisanoj formi. Nejasno je zašto se ista formulacija (.. *if he does not give notice*...) kao i u čl. 39(1) BK prevodi na različit način, pri čemu ni čl. 39(1) ni čl. 43(1) BK nisu korektno prevedeni jer iz navedenog engleskog teksta ne proizlazi da obaveštenje treba da bude u pisanoj formi.

Obaveštenje mora biti upućeno pravom adresatu tj. prodavcu ili njegovom ovlašćenom zastupniku.

Kupac treba da obavesti prodavca o prirodi nedostataka na način koji se smatra odgovarajućim prema datim okolnostima.[15] U međunarodnoj trgovini nedostatak može da se saopšti putem e-maila, kao i telefona, telegrama, teleprintera i telefaksa. Sva ova sredstva su odgovarajuća. Upotreba obične pošte se smatra razumnom samo ako se prodavac i kupac nalaze u susednim regionima.[16] Kada se obaveštenje šalje poštom i izvesno je da će ono do prodavca putovati više dana, prema jednom mišljenju, obaveštavanje mora da se izvrši i bržim sredstvom komunikacije npr. e-mai-

[13] C. Brunner, 255; I. Schwenzer (ed.), 676.

[14] Vid. čl.11 BK.

[15] Vid. čl. 27 BK.

[16] Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer (eds.), *Commentary on the UN - Convention of the International Sale of Goods (CISG)*, 2nd (English) edition, New York 2005, 465.

lom ili telefonom.[17] U slučaju kada je obaveštenje učinjeno na način koji se smatra odgovarajućim u datim okolnostima, zadocnjenje ili greška u prenosu obaveštenja ili činjenica da ono nije stiglo prodavcu ne lišava kupca prava da se na to obaveštenje poziva.[18] Dakle, ako je pismeno obaveštenje poslato prodavcu, on snosi rizik prenosa.

4. Rok za obaveštavanje

Prigovor kupca mora biti blagovremen. Kod ugovora o međunarodnoj prodaji robe, kupac je dužan da prodavca obavesti u *razumnom roku* pošto je saznao ili morao da sazna za postojanje pravnog nedostatka. Dakle, konvencija određuje početak razumnog roka, dok je njegovo trajanje, pa samim tim i kraj prepušteno proceni sudova u svakom konkretnom slučaju.

Kod međunarodne prodaje norme kojima je regulisano vreme za obaveštavanje dispozitivne su, pa u praksi strane često ugovaraju i drugačiji rok.

4.1. Početak roka

Kod ugovora o međunarodnoj prodaji robe rok za obaveštavanje počinje da teče kada kupac sazna ili, alternativno, kada je morao da sazna za pravo ili potraživanje trećeg lica.

Stvarno *znanje* kupca o pravnom nedostatku postoji kada ga treće lice obavesti o svom pravu ili potraživanju, odnosno kada treće lice istakne svoj zahtev (npr. zahteva predaju robe), kao i kada kupac sa sigurnošću na drugi način sazna za pravo trećeg. Pritom za znanje kupca nije od značaja da li pravo ili potraživanje zaista i postoji.

S druge strane, kupac je *morao da sazna* za pravni nedostatak kada postoji dovoljno indicija na osnovu kojih prosečno pažljiv kupac treba da zaključi da postoji pravo trećeg lica.[19] Formulacija morao da sazna ne znači da kupac ima obavezu pregleda kao kod stvarnih nedostataka, nego je važno da kupac informacije i indicije kojima raspolaže ne zanemari (npr. ako iz reklame sazna da je roba zaštićena žigom ili ako je dobio informaciju od drugog kupca koji je kupio isti proizvod[20]). Međutim, kupac nije dužan da bez konkretnog povoda istražuje da li postoji pravo trećeg lica (npr. da li je ugovor o licenci koji je prodavac zaključio sa trećim licem i dalje na snazi[21]).

---

[17] Tako Karsten Schmidt (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München, 2004, 530.

[18] Vid. čl. 27 BK.

[19] K. Schmidt (Hrsg.), 449; W. Krüger, H.P. Westermann (Hrsg.), 2416; Heinrich Honsell (Hrsg.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, Berlin- Heidelberg, 2010, 461.

[20] C. Brunner, 255.

[21] Vid. odluku u predmetu Austria 12 September 2006 Supreme Court (*CD media case*) dostupno na *http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060912a3.html*.

Rok za prigovor, po pravilu, počinje da teče najranije sa momentom isporuke. U izuzetnim slučajevima, kada kupac sazna ili je morao da sazna za pravo trećeg pre isporuke, rok počinje da teče ranije.[22]

4.2. Trajanje roka

Obaveštavanje o pravnom nedostatku u međunarodnoj trgovini kupac ne mora da izvrši odmah, nego u *razumnom roku*. Dominantan stav u teoriji je da razuman rok, kao i kod obaveštavanja o isporuci nesaobrazne robe ne treba da bude duži od mesec dana.[23]

Trajanje razumnog roka je faktičko pitanje i zavisi od okolnosti pojedinačnog slučaja.[24] Pre obaveštavanja potrebno je da kupac stekne jasnu predstavu o svom pravnom položaju. Stoga kupac mora imati mogućnost da pre obaveštavanja eventualno izvrši uvid u određeni registar. Takođe kupcu, prema opštem mišljenju, treba ostaviti dovoljno vremena da stupi u kontakt sa trećim licem, kao i da potraži pravni savet od advokata.[25] Međutim, on ne sme da odlaže prigovor dok sa dovoljnom jasnoćom ne sagleda zahtev trećeg lica.[26]

U doktrini postoji mišljenje da prilikom odmeravanja razumnog roka treba razlikovati da li kupac obaveštava prodavca o stvarno postojećem pravu ili pretenziji trećeg. Ukoliko se radi o prigovoru zbog stvarno postojećeg prava razumni rok bi trebalo da traje duže. U tom slučaju kupac treba precizno da utvrdi svoj i pravni položaj trećeg lica, pa mu treba odobriti i vreme potrebno za dobijanje pravnog saveta. Nasuprot tome, ako kupac prodavca obaveštava o pretenziji trećeg lica rok treba da bude kraći, jer obaveštenje ne treba da sadrži pravnu procenu težnje trećeg lica.[27] Prema našem mišljenju, navedeni stav nije prihvatljiv jer vodi značajnom opterećenju kupca. Pored toga, nije zadatak kupca da procenjuje pravni položaj trećeg lica.

Rok se značajno skraćuje samo ukoliko je brzo obaveštavanje potrebno u cilju sprečavanja nastupanja nepovratne štete,[28] odnosno kada

---

[22] Vid. više kod W. Krüger, H.P. Westermann (Hrsg.), 2417; H. Honsell (Hrsg.), 462.

[23] O trajanju razumnog roka kod obaveštenja o nesaobraznosti isporučene robe videti više kod Sandra Fišer Šobot, „Rok za obaveštavanje o nesaobraznosti isporučene robe u međunarodnom i domaćem pravu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu (Zbornik radova PFNS) 2/2010*, 271-274.

[24] Vid. tač. 12 odluke u predmetu Germany 11 January 2006 Supreme Court (*Automobile case*) dostupno na *http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060111g1.html* - sud je utvrdio da se rok od dva meseca u kome je kupac obavestio prodavca ne može smatrati razumnim.

[25] P. Schlechtriem, I. Schwenzer (eds.), 507; W. Krüger, H.P. Westermann (Hrsg.), 2417.

[26] W. Krüger, H.P. Westermann (Hrsg.), 2417; U. Magnus, 449.

[27] Vid. više kod W. Krüger, H.P. Westermann (Hrsg.), 2417.

[28] *Ibid*.

prodavac može da izgubi svoja prava na robi. Ovo se, pre svega, odnosi na slučaj kada treće lice ostvari ili želi da ostvari posed na robi (npr. kad treće lice oduzme robu pozivajući se na svoje pravo svojine ili založno pravo na robi).

4.3. Krajnji rok za obaveštavanje

Bečka konvencija ne predviđa apsolutno vremensko ograničenje za obaveštenje o pravnim nedostacima.[29] Razlog leži u tome što tvrdnje o pravu trećeg lica često uslede nakon dužeg vremena. Predviđanjem krajnjeg roka za obaveštavanje odgovornost prodavca bi bila toliko ograničena da bi izgubila praktični značaj.

5. Slučajevi u kojima neobaveštavanje ne škodi

Kupac gubi pravo da se poziva na pravni nedostatak ukoliko uredno i blagovremeno ne obavesti prodavca o nedostatku u razumnom roku pošto je za njega saznao ili morao da sazna.[30] Navedeno je potvrdila i sudska praksa.[31]

Međutim, u dva slučaja kupac, i pored toga što nije uredno i blagovremeno obavestio prodavca, može da se poziva na pravni nedostatak. Prvi, ako je sam prodavac znao za pravo ili potraživanje trećeg lica i njihovu prirodu.[32] I drugi, ako kupac ima razumno opravdanje što nije obavestio prodavca o nedostatku.[33]

5.1. Znanje prodavca za pravo ili potraživanje trećeg lica

Ukoliko je prodavac znao za pravo ili potraživanje trećeg lica i njegovu prirodu ne može da se poziva na okolnost da ga kupac nije obavestio o nedostatku. Ovakvo rešenje je opravdano, jer u slučaju znanja prodavca obaveštenje o nedostatku gubi smisao i svrhu.

Izostanak obaveštenja kupcu ne škodi samo u slučaju kada je prodavac *znao* za pravni nedostatak, odnosno samo kod pozitivnog znanja o

---

[29] Na Bečkoj konferenciji nije prihvaćen predlog da se i za pravne nedostatke uvede prekluzivni rok od dve godine. Vid. više o tome kod P. Schlechtriem, I. Schwenzer (eds.), 509.

[30] Vid. čl. 43(1) BK.

[31] Vid. odluku u predmetu Germany 5 December 2006 District Court Köln (*Plastic faceplates for mobile telephones case*) dostupno na - *http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061205g1.html*; Germany 11 January 2006 Supreme Court (*Automobile case*) dostupno na *http://cisgw3.law. pace.edu/cases/060111g1.html.*

[32] Vid. čl. 43(2) BK.

[33] Vid. čl. 44 BK.

postojanju i prirodi prava ili potraživanja trećeg lica. Iz formulacije čl. 43(2) BK proizlazi da, za razliku od slučaja kada je isporučena nesaobrazna roba, neznanje prodavca iz nepažnje nije dovoljno.[34]

Prodavac mora da zna ne samo da postoji pravo ili potraživanje trećeg, nego i prirodu pravnog nedostatka. Postavlja se pitanje koje činjenice on treba da zna da bi se mogao primeniti čl. 43(2) BK. Svakako to treba da budu podaci koje bi prodavac saznao iz dovoljno konkretnog obaveštenja kupca, odnosno mora da zna koje lice ističe zahtev, kao i sadržaj zahteva. Međutim, nije potrebno i znanje o merama koje je već preduzelo treće lice. Razlog za ovakav stav leži u paraleli između znanja prodavca i sadržaja obaveštenja. Naime, ako je kupac prodavca obavestio o pravnom nedostatku, pre nego što je treće lice preduzelo određene mere, onda po prirodi stvari on to ne može navesti u prigovoru. Nasuprot tome, ako treće lice kasnije preduzme određene mere, kupac nije na osnovu čl. 43(1) BK dužan da o tome obavesti prodavca.[35] Kupac bi, prema našem mišljenju, na osnovu opšte obaveze savesnog postupanja trebalo i o tome da obavesti prodavca. Propuštanje takvog obaveštenja, međutim, ne bi vodilo gubitku svih prava kupca, nego prodavcu daje pravo da prema čl. 77 BK zahteva smanjenje zahteva za naknadu štete.[36]

Čl. 43(2) BK ne određuje u kom trenutku treba da postoji znanje prodavca. Vreme zaključenja ugovora je od značaja kada na robi postoji pravo industrijske ili druge intelektualne svojine.[37] Nasuprot tome, kod opštih pravnih nedostataka vreme zaključenja ugovora ne može biti relevantno jer će se priroda prava ili potraživanja trećeg lica samo retko znati u toj fazi.[38] Prilikom davanja odgovora na ovo pitanje treba imati na umu da čl. 43(2) BK predstavlja izuzetak od čl. 43(1) BK. Zbog toga je u teoriji dominantan stav da prodavac treba da zna za postojanje i prirodu prava trećeg lica najkasnije do isteka razumnog roka za obaveštavanje.[39] Prema drugom mišljenju, znanje o pravnom nedostatku iz čl. 41 BK treba da postoji u vreme isporuke.[40] Smatramo da prodavac može steći znanje o

[34] O izuzetku od dužnosti obaveštavanja kod isporuke nesaobrazne robe u slučaju znanja prodavca za nedostatak videti više kod Sandra Fišer-Šobot, „Izuzeci od dužnosti obaveštavanja o nesaobraznosti robe u pravu međunarodne prodaje“, *Zbornik radova PFNS* 2/2012, 340-344.

[35] Vid. više kod K. Schmidt (Hrsg.), 544.

[36] Vid. više kod U. Magnus, 452.

[37] Vid. čl. 42 BK.

[38] P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ed.), 510.

[39] Tako W. Krüger, H.P. Westermann (Hrsg.), 2418; P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ed.), 510; U. Magnus, 452; K. Schmidt (Hrsg.), 544; I. Schwenzer (ed.), 679.

[40] Fritz Enderlein, Dietrich Maskow, *International Sales Law*, Oceana Publications, 1992, 172.

pravnom nedostatku u svakom trenutku od zaključenja ugovora do isteka razumnog roka za obaveštavanje. To znači da treba prihvatiti prvo stanovište, jer je osnovni cilj obaveštenja da prodavac može da se odbrani od zahteva trećeg lica, pa je za znanje prodavca merodavno vreme kada bi obaveštenje stiglo do njega.

I na kraju, kasnije stečeno znanje prodavcu ne oduzima pravo da se poziva na okolnost da kupac nije izvršio dužnost obaveštavanja.

5.2. Razumno opravdanje za neizvršenje dužnosti obaveštavanja

Kod međunarodne prodaje robe, u još jednom slučaju kupac može da zahteva naknadu štete i pored toga što nije obavestio prodavca o pravnom nedostatku. Prema čl. 44 BK bez obzira na odredbe čl. 43(1) BK kupac može da snizi cenu u skladu sa članom 50 BK ili da zahteva naknadu štete, izuzev za izgubljenu dobit, ako ima razumno opravdanje što prodavca nije obavestio o pravnom nedostatku.[41]

U srpskoj verziji čl. 44 BK predviđeno je da kupac može da se koristi navedenim pravima ako ima razumno opravdanje što *nije poslao* traženo obaveštenje. Kao čl. 39(1) BK i čl. 43(1) BK, čl. 44 BK sadrži pogrešan prevod engleskog teksta, koji bi mogao da vodi zaključku da je primena ovog izuzetka moguća samo u slučaju slanja pismenog obaveštenja prodavcu. Tako nešto nikako ne proizlazi iz engleskog teksta BK (*If he has a reasonable excuse for his failure to give the required notice*.....). Prema tome, i u ovom slučaju prihvaćen je princip neformalnosti.

Prema čl. 44 BK kupac, pod uslovom postojanja razumnog opravdanja, zadržava određena pravna sredstva zbog pravnih nedostataka čak i kada prodavca nije obavestio o njihovom postojanju. Naime, kupac može da se koristi tzv. novčanim pravnim sredstvima, odnosno može da snizi cenu ili da zahteva naknadu štete, osim izgubljene dobiti.

Sama činjenica da kupac nije prigovorio pravnim nedostacima robe nije dovoljna za primenu čl. 44 BK. Potrebno je i da kupac ima *razumno opravdanje* za neobaveštavanje. Budući da na diplomatskoj konferenciji nisu dati primeri šta bi se moglo smatrati razumnim opravdanjem, odgovor na to pitanje dale su teorija i sudska praksa.

Postojanje razumnog opravdanja je faktičko pitanje, koje treba da se rešava prema okolnostima konkretnog slučaja. Pritom je važno da sudovi razumno opravdanje tumače autonomno i da njegovo postojanje ne procenjuju prema principima i institutima koji postoje u nacionalnim pravima. Nadalje, prilikom procene da li kupac ima razumno

[41] O nastanku čl. 44 BK, razlozima unošenja u konvenciju i njegovoj kompromisnoj prirodi videti više kod S. Fišer Šobot (2012), 346 i fn. 26.

opravdanje treba uvažiti princip pravičnosti. Naime, iako nije ispunio svoju dužnost da prodavca obavesti o nedostacima i iako se nije ponašao u skladu sa pravilima, u okolnostima konkretnog slučaja pravičnost može nalagati određen stepen razumevanja i blagosti prema kupcu.[42] Osnovi za postojanje razumnog opravdanja mogu pored objektivnih da budu i subjektivne okolnosti,[43] a naročito je potrebno da se uzmu u obzir sledeće okolnosti: težina povrede dužnosti obaveštavanja, trud koji je kupac uložio u obaveštavanje, posledice potpunog gubitka pravnih sredstava za kupca, štetu koju je pretrpeo prodavac i vrstu robe i nedostataka.

Sudska praksa je pozivanje kupca na čl. 44 BK kod neobaveštavanja o nesaobraznosti po pravilu odbacivala,[44] iako se strane u sporovima često pozivaju na čl. 44 BK. Takođe, u sudskoj praksi je zauzet stav da čl. 44 BK kao normu koja predviđa izuzetak od pravila treba tumačiti usko i u skladu sa strožijim pravilima.[45] Prema stavovima sudova ne postoji razumno opravdanje kada kupac tvrdi da u roku za prigovor nije mogao da dobije prodavca telefonom.[46] U jednom predmetu kupac se pozvao na čl. 44 BK ističući da obaveštenje o nedostatku nije bilo blagovremeno jer su postojale „komplikovane okolnosti sa upućivanjem na tri različita pravna sistema", kao i „jezičke teškoće". Sud nije prihvatio ove razloge kao dovoljno vredne za primenu čl. 44 BK.[47]

6. Zaključak

Prodavac je dužan da isporuči robu slobodnu od prava ili pretenzija trećih lica. U suprotnom kupcu na raspolaganju stoje određena pravna sredstva koja služe za zaštitu njegovih interesa. Međutim, da bi mogao da ostvari prava koja ima na osnovu isporuke robe sa pravnim nedostacima kupac treba da obavesti prodavca o nedostatku.

---

[42] Germany 11 January 2006 Supreme Court (*Automobile case*), para. 15 dostupno na *http://cisgw3.law.pace.edu/ cases/060111g1.html*.

[43] O postojanju razumnog opravdanja za neobaveštavanje o nesaobraznosti vid. više S. Fišer Šobot (2012), 349-350.

[44] Ova tvrdnja se naročito odnosi na nemačke sudove, jer su oni najčešće odbacivali pozivanje kupca na čl. 44 BK. Videti pozivanje na sudsku praksu kod C. Brunner, 258 i -fn. 1045.

[45] Germany 11 January 2006 Supreme Court (*Automobile case*), para. 15 dostupno na *http://cisgw3.law.pace.edu/ cases/060111g1.html*; CISG-online 380, Austria, *Oberster Gerichtshof,* 15 October 1998, 7.

[46] S. Fišer Šobot (2012), 350.

[47] Vid. odluku u predmetu Germany 11 January 2006 Supreme Court (*Automobile case*), para. 16 dostupno na *http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060111g1.html.*

Obaveštenje o pravnom nedostatku proizvodi pravno dejstvo ako ispunjava uslove u pogledu sadržine, forme i adresata kojima je upućeno.

Obaveštavanje prodavca o pravnim nedostacima mora biti blagovremeno, odnosno mora biti izvršeno u razumnom roku pošto je kupac saznao ili, alternativno, morao da sazna za pravo ili potraživanje trećeg lica.

Povreda dužnosti iz čl. 43(1) BK povlači za kupca stroge posledice jer gubi pravna sredstva zbog isporuke robe opterećene pravnim nedostacima. Pošto isporuka robe sa pravnim nedostacima predstavlja povredu ugovora od strane prodavca, konvencija u izuzetnim slučajevima, predviđa ublažavanje strogih posledica povrede dužnosti obaveštavanja. Naime, kupac može da se poziva na pravne nedostatke čak i ako nije obavestio prodavca o nedostacima u dva slučaja. Prvi, kada je prodavac znao za pravo ili potraživanje trećeg lica i njihovu pravnu prirodu. I drugi, kupac može da se koristi određenim pravnim sredstvima kada ima razumno opravdanje što prodavca nije obavestio o pravnim nedostacima.

Sandra S. Fišer-Šobot, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

Duty to Notify the Seller of Defects in Title in Contracts for the International Sale of Goods

Abstract: *The seller must deliver the goods which are free from any right or claim of a third party. If the seller fails to do so he will be liable for the breach of the contract. However, the buyer loses the right to rely on the provisions regulating seller's liability for defects in title if he does not give notice to the seller specifying the nature of the right or claim of the third party.*

In order to have legal effect, the notice must fulfill conditions regarding content, form and addressee. The buyer must notify the seller in a timely manner i.e. within a reasonable time after he has become aware or, alternatively, ought to have become aware of the right or claim.

Breach of the duty to notify the seller of the defects in title is followed by severe consequences for the buyer because he loses the right to rely on the defects. However, in international sales law the buyer can exercise rights arising out of defects in title even when he fails to notify the seller in two specific cases. First, the buyer retains his rights arising out of a breach of Art. 41 and 42 if the seller knew of the right or claim of the third party and the nature of it. And second, pursuant to Art. 44 of the CISG, the buyer may reduce the price in accordance with Art. 50 or claim damages, except for loss of profit, if he has reasonable excuse for his failure to give the required notice.

Key words: *sales contract, defect in title, duty to notify, notice of defect in title.*

Datum prijema rada: 08.09.2015.

Originalni naučni rad 061.1EU:34[502/504
doi:10.5937/zrpfns49-8923

Dr Atila I. Dudaš, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
a.dudas@pf.uns.ac.rs

NAČELO SUPSIDIJARNOSTI I PROPORCIONALNOSTI U STVARANJU KOMUNITARNOG PRAVA U OBLASTI ZAŠTITE ŽIVOTNE SREDINE*

Sažetak: *Načelo supsidijarnosti uvedeno je u primarne izvore prava Evropske unije Mastrihtskim sporazumom iz 1992. godine, kao opšti pravni osnov nadležnosti komunitarnih organa, u slučajevima u kojima ne postoji isključiva nadležnost Zajednice, tj. kada isto pitanje može da bude uređeno i komunitarnim aktima i propisima zemalja članica. Načelo supsidijarnosti se zasniva na nesporno pravičnoj ideji da bi probleme građana uvek trebalo rešavati na nivou koji im je najbliži. Ono omogućava delanje Zajednice u pitanjima u kojima nema isključivu nadležnost, ukoliko se cilj predložene mere ne može na zadovoljavajući način postići na nivou država članica, a imajući u vidu njen obim i očekivane efekte, efikasnije može postići na nivou Zajednice. Čak i ako postoji nadležnost Zajednice po ovom osnovu, ona je ograničena načelom proporcionalnosti, prema kojem organi Unije mogu da preduzimaju mere samo u okviru ciljeva utvrđenih osnivačkim ugovorima.*

Načelo supsidijarnosti daje osnova različitim tumačenjima, te predstavlja poligon za stalno sučeljavanja suprotstavljenih stavova Komisije i država članica. Međutim, vrlo je mali broj sporova (oko dvadesetak) pred Sudom pravde Evropske unije u kojima je zahtevan poništaj nekog komunitarnog pravnog akta pozivom na nepostojanje nadležnosti za njegovo

* Rad je nastao u okviru naučnoistraživačkog projekta br. 179079 pod nazivom *Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo* koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

usvajanje po osnovu načela supsidijarnosti. Prema dosadašnjoj praksi, Sud ne pokazuje naročitu spremnost da poništava komunitarne akte po ovom osnovu.

Lisabonski sporazum uvodi nekoliko bitnih novina u vezi sa načelom supsidijarnosti i proporcionalnosti. Jasno razlikuje postojanje nadležnosti od njene primene, i načelo supsidijarnosti vezuje za potonje. Protokol o primeni načela supsidijarnosti i proporcionalnosti, prilog Amsterdamskom sporazumu koji je Lisabonski sporazum preuzeo, utvrđuje postupak u kojem se narodnim skupštinama država članica mora omogućiti izjašnjavanje o tome da li su ispunjeni uslovi za primenu načela supsidijarnosti, ukoliko Komisija nadležnost za preduzimanje neke mere zasniva na njemu.

Vreme će pokazati da li će nova pravila o primeni načela supsidijarnosti povećati saradnju Komisije i država članica i približiti njihove stavove o postojanju nadležnosti Zajednice po ovom osnovu u konkretnim slučajevima.

Ovo pitanje dobija poseban značaj u oblasti zaštite životne sredine, u vezi sa kojom se nameću izazovi koji se teško mogu adekvatno sanirati isključivo na nivou država članica, i u kojoj je nadležnost gotovo uvek podeljena između Zajednice i država članica. Dosadašnja praksa je, međutim, pokazala da utvrđivanje postojanja nadležnosti Unije da preduzima mere neophodne radi zaštite životne sredine pokazuje izvesnu meru proizvoljnosti. Nova pravila Ugovora o Evropskoj uniji i Protokola o supsidijarnosti ovu vrstu dileme po prirodi stvari ne mogu da otklone, ali je za očekivati da će makar stvoriti efikasniji mehanizam za ujednačavanje stavova Unije i država članica o njima.

Ključne reči: *zaštita životne sredine, pravo Evropske unije, načelo supsidijarnosti i proporcionalnosti*

Uvodne napomene

Pravno uređenje zaštite životne sredine u Evropskoj uniji zasniva se na nekoliko načela, koja su manjim delom utvrđena Ugovorom o Evropskoj uniji, a većim delom Ugovorom o funkcionisanju Evropske unije.[1]

[1] Lisabonski ugovor od 2007. godine izmenio je strukturu osnivačkih ugovora Zajednice. On se zapravo sastoji iz dva ugovora, Ugovora o Evropskoj uniji (u daljem tekstu: UEU) i Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (u daljem tekstu: UFEU), čijim stupanjem na snagu 2009. godine prestali su da važe prethodni osnivački ugovori. Vid. čl. 191. st. 2. UFEU.

Načela zaštite životne sredine u pravu Evropske unije[2] u doktrini se tradicionalno dele na ona koja se tiču tzv. politike zaštite životne sredine[3], tj. načela koja projektuju ciljeve kojima treba težiti pravnom zaštitom životne sredine (načelo održivog razvoja i načelo visokog stepena zaštite), i ona koja se odnose na implementaciju prethodnih, na tzv. načela sprovođenja zaštite životne sredine. U potonju grupu spadaju načelo predostrožnosti, načelo preventivnog delovanja, načelo otklanjanja ekološke štete na izvoru njenog nastanka i načelo „zagađivač plaća"[4].

U kontekstu načela zaštite životne sredine u Evropskoj uniji ističu se i načelo supsidijarnosti i proporcionalnosti, kao i načelo integrisanosti, koja su opšta načela stvaranja i primene komunitarnog prava, ali se shodno primenjuju i na oblast zaštite životne sredine.[5] Najzad, jednim od načela zaštite životne sredine smatra se i načelo informisanja i učešća javnosti, koje nije utvrđeno osnivačkim ugovorima, ali proizilazi iz sadržine sekundarnih izvora prava.[6]

U ovom radu je predmet analize načelo supsidijarnosti i proporcionalnosti u funkciji utvrđivanja postojanja pravnog osnova primene nadležnosti komunitarnih organa radi usvajanja i preduzimanja mere radi zaštite životne sredine.

O načelu supsidijarnosti i proporcionalnosti

Načelo supsidijarnosti je uvedeno u primarne izvore prava Evropske unije Mastrihtskim sporazumom iz 1992. godine[7], s ciljem da se obuzdaju

[2] Detaljnije o načelima zaštite životne sredine u pravu Evropske unije vid. Danica Popov, Načela zaštite životne sredine u dokumentima Ujedinjenih Nacija, Evropske unije i Zakona o zaštiti životne sredine Republike Srbije, *Zbornik radova pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2013, 131-146; Bojan Tubić, Pravna načela u oblasti zaštite životne sredine u Evropskoj uniji, *Zbornik radova pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1/2012, 491-506; Bojan Tubić, Pravo na informisanje o životnoj sredini u međunarodnim pravnim aktima, *Zbornik radova pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2/2013, 343-363; Atila Dudaš, Načela politike zaštite životne sredine u pravu Evropske unije, *Zbornik radova pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2013, 377-390; itd.

[3] Vid. Ludvig Krämer, *EU Environmental Law*, 7th edition, Sweet & Maxwell, London 2012, u prevodu na mađarski jezik: *Az Európai Unió környezeti joga*, Dialóg Campus Kiadó 2012, 33-38.

[4] *Ibid.*, 39-52.

[5] *Ibid.*, 39-46.

[6] Vid. Aleksadnra Čavoški, *Osnovi ekološkog prava Evropske unije*, Službeni glasnik – Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd 2007, 21.

[7] Tačnije, načelo supsidijarnosti je u osnivački ugovor uneto 1987. godine Jedinstvenim evropskim aktom u nešto drugačijem smislu i formulaciji, u čl. 130r st. 4., u kontekstu zaštite životne sredine. Mastrihtskim sporazumom je ova odredba ukinuta, jer je pitanje supsidijarnosti postalo uređeno u čl. 5 na načelnom nivou. Vid. Krämer, 41.

federalističke struje u Zajednici.[8] Ono predstavlja pravni osnov da Zajednica preduzima mere u slučajevima kada ne postoji njena isključiva nadležnost, tj. kada isto pitanje može da bude uređeno i komunitarnim aktima i propisima zemalja članica.[9] U suštini, po ovom osnovu Zajednica može da usvoji određeni propis, samo ako, zbog obima i dejstva predložene akcije, njeni ciljevi ne bi u dovoljnoj meri mogli da budu ostvareni merama država članica.[10] Granica između situacija u kojima Zajednica može da dela na osnovu načela supsidijarnosti i, kada to ne može da čini, prilično je nejasna.[11] Ova nejasnost nije uklonjena ni Lisabonskim sporazumom, samo je ublažena. Lisabonski sporazum suštinski menja odredbe osnivačkih ugovora o načelu supsidijarnosti, pre svega u pogledu postupka usaglašavanja stavova Komisije i država članica o postojanju pravnog osnova primene nadležnosti Zajednice po osnovu načela supsidijarnosti, te je neophodno posebno analizirati i tumačiti ovo načelo u periodu pre i posle stupanja na snagu Lisabonskog sporazuma, kao i osvrnuti se na relevantnu praksu Suda pravde Evropske unije.

Načelo supsidijarnosti pre Lisabonskog sporazuma

Ugovor o osnivanju Evropske zajednice, s izmenama iz Mastrihtskog sporazuma, u čl. 5. uređuje načelo supsidijarnosti i proporcionalnosti. Najpre, proklamuje da će Zajednica delati u okviru nadležnosti prenetih na nju osnivačkim ugovorom i ciljeva utvrđenih tim ugovorom.[12] Ovim se potvrđuje da Zajednica ima ograničenu nadležnost: može da dela samo u oblastima u kojima su na nju prenete nadležnosti, tj. u kojima ima isključivu zakonodavnu nadležnost.[13] Pravo određenje načela supsidijarnosti sledi u drugom stavu člana 5, koji propisuje da u oblastima u kojima Zajednica nema isključivu nadležnost, može da preduzima mere, u skladu sa načelom supsidijarnosti, samo i ukoliko se njihovi ciljevi ne mogu na zadovoljavajući način ostvariti merama država članica, a bolje bi se ostvarili merama Zajednice, imajući u vidu njihov obim i očekivana dejstva.[14] Načelo supsidijarnosti je stoga merilo utvrđivanja postojanja nadležnosti Zajednice u onim oblastima u kojima ne postoji njena isključiva

[8] Vid. Paul Craig, Gráinne de Búrca, *EU Law*, 5th edition, Oxford University Press, Oxford 2011, 94.

[9] Vid. Rodoljub Etinski *et al*, *Osnovi prava Evropske unije*, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad 2010, 49.

[10] *Ibid.*

[11] *Ibid.*

[12] Vid. čl. 5. st. 1 Ugovora o osnivanju Evropske zajednice.

[13] Vid. P. Craig, G. de Búrca, 94.

[14] Vid. čl. 5. st. 2 Ugovora o osnivanju Evropske zajednice.

nadležnost, tj. u kojima se nadležnosti Zajednice i država članica preklapaju.[15] Čak i ako postoji nadležnost Zajednice po osnovu načela supsidijarnosti, prema stavu trećem, nijedna mera Zajednice usvojena po ovom osnovu ne sme da pređe okvire koji su neophodni za postizanje ciljeva osnivačkog ugovora.[16] Ovo je zapravo načelo proporcionalnosti koje ograničava primenu načela supsidijarnosti.

Uprkos tome što Ugovor o osnivanju Evropske zajednice izričito propisuje da se načelo supsidijarnosti primenjuje u oblastima u kojima Zajednica nema isključivu nadležnost, ono se uzimalo u obzir i u oblastima u kojima ju je imala, zbog toga što Ugovor u pre-lisabonskoj redakciji nije imao jasne kriterijume za utvrđivanje isključivih nadležnosti Zajednice.[17] Po pravilu je Komisija imala šire tumačenje isključivih nadležnosti Zajednice, dok države članice uže.[18]

Načelo supsidijarnosti ima tri komponente:

- Zajednica može da preduzme meru samo ako se njen cilj ne može na zadovoljavajući način postići na nivou država članica;
- pod uslovom da Zajednica može uspešnije da ostvari taj cilj imajući u vidu obim i očekivana dejstva mere;
- pri čemu ne sme da prekorači okvire neophodne za ostvarenje ciljeva utvrđenih osnivačkim ugovorom.

Utvrđivanje ispunjenosti prva dva uslova ostvaruje se primenom metoda koji je Komisija označila kao test uporedne efikasnosti (*test of comparative efficiency*)[19], dok treći elemenat podrazumeva primenu načela proporcionalnosti.[20]

Preciziranje sadržine načela supsidijarnosti je u periodu posle usvajanja Mastrihtskog sporazuma u nekoliko navrata bilo predmet komunitarnih akata. Tako je Međuinstitucionalnim sporazumom o postupcima implementacije načela supsidijarnosti od 1993. godine predviđeno da u stvaranju komunitarnog prava sva tri legislativna organa Unije moraju da uzimaju u obzir ovo načelo, što je potvrđeno i Protokolom o primeni načela supsidijarnosti i proporcionalnosti, dodatkom Amsterdamskom sporazumu iz 1997. godine, koji uređuje postupak usaglašavanja stavova Komisije i država članica o postojanju nadležnosti Zajednice po osnovu načela supsidijarnosti.[21]

---

[15] Vid. R. Etinski *et al*, 49.

[16] Vid. čl. 5. st. 3 Ugovora o osnivanju Evropske zajednice.

[17] Vid. P. Craig, G. de Búrca, 94.

[18] *Ibid.*

[19] Vid. Saopštenje Komisije Savetu i Evropskom parlamentu, Glasnik Evropske zajednice (Bulletin EC) 10/1992, 116.

[20] Vid. P. Craig, G. de Búrca, 94.

[21] Vid. Gráinne de Búrca, „Reappraising Subsidiarity's Significance after Amsterdam", *Jean Monet Working Paper* 7/1999 (*www.jeanmonetprogram.org*, 6. januar 2015).

Od njegovog uvođenja u komunitarno pravo, načelo supsidijarnosti je praćeno stalnom kritikom da je gotovo nemoguće ustanoviti ex ante merila na osnovu kojih bi se utvrdilo da li Zajednica ima nadležnost u odgovarajućoj oblasti, ili bi određeno pitanje trebalo urediti na nivou država članica. Zbog međusobne funkcionalne povezanosti oblasti uređivanja i zbog potrebe razvoja zajedničkog tržišta uvek je moguće tvrditi da je neophodna zakonodavna mera na nivou Zajednice, iako može da bude očigledno da postoji više razloga da se dotično pitanje uredi na nivou država članica, štaviše možda čak i na nivou regija ili lokalnih samouprava.[22] Uprkos tome, smatra se da je načelo supsidijarnosti samim svojim postojanjem promenilo način staranja komunitarnog prava. U svetlu ovog načela, Komisija uvek procenjuje da li je komunitarna mera opravdana ili se isti cilj može ostvariti i na nižem nivou, a i u onim slučajevima kada je test komparativne efikasnosti potvrdio celishodnost komunitarne mere, legislativni organi su se znatno češće opredeljivali za direktivu, nego za uredbu, ostavljajući više prostora za legislativnu delatnost država članica.[23]

Načelo supsidijarnosti posle Lisabonskog sporazuma

Lisabonski sporazum je zadržao načelo supsidijarnosti iz Mastrihtskog sporazuma, ali razlikuje postojanje nadležnosti i njenu primenu, pri čemu domen primene načela supsidijarnosti i proporcionalnosti ograničava na pitanje primene nadležnosti.[24]

Ugovor o Evropskoj uniji sa izmenama iz Lisabonskog sporazuma propisuje da u skladu sa načelom supsidijarnosti, u oblastima koje ne spadaju u njenu isključivu nadležnost, Unija će da preduzima mere samo i ukoliko se ciljevi predložene mere ne mogu na zadovoljavajući način postići od strane država članica, na centralnom, regionalnom ili lokalnom nivou, već bi se one bolje mogle ostvariti na nivou Unije, imajući u vidu obim ili očekivani efekat predložene mere. Ugovor dalje ističe da će organi Unije primenjivati načelo supsidijarnosti prema Protokolu o primeni načela supsidijarnosti i proporcionalnosti i da će narodne skupštine država članica obezbediti poštovanje ovog načela u skladu sa postupkom utvrđenim u Protokolu.[25] Nakon utvrđivanja načina primene načela supsidijarnosti, Ugovor propisuje da, u skladu sa načelom proporcionalnosti, sadržina i forma mera

[22] Vid. Antonio Estella, *The EU Principle of Subsidiarity and Its Critique*, Oxford University Press, Oxford 2002, 113-114.

[23] Vid. P. Craig, G. de Búrca, 95.

[24] *Ibid*.

[25] Vid. čl. 5 st. 3 UEU.

preduzetih od strane Unije moraju da budu u okvirima neophodnim za postizanje ciljeva utvrđenih osnivačkim ugovorima. Pri tome će organi Unije primenjivati načelo proporcionalnosti u skladu sa Protokolom.[26]

Pravila primene načela supsidijarnosti su, dakle, detaljnije uređena Protokolom o primeni načela supsidijarnosti i proporcionalnosti (Protokol o supsidijarnosti)[27] koji je objavljen 1997. godine, kao prilog Amsterdamskom sporazumu, a kasnije preuzet Lisabonskim sporazumom.[28] Odredbe Protokola o supsidijarnosti treba tumačiti zajedno sa odredbama još jednog priloga Lisabonskom sporazumu, Protokola o ulozi narodnih skupština država članica u Evropskoj uniji.[29]

Protokol o supsidijarnosti nameće obavezu Komisiji da sprovede opsežne konsultacije pre predlaganja zakonodavnog akta.[30] Akt komisije kojim se iniciraju konsultacije mora da bude detaljno obrazložen da bi se moglo proceniti da li su ispunjeni uslovi načela supsidijarnosti. Mora da sadrži podatke na osnovu kojih se mogu proceniti finansijski efekti predložene mere, kao i podaci na osnovu kojih se može utvrditi da li bi se njeni ciljevi bolje mogli ostvariti na nivou Zajednice.[31]

Najznačajnija novina Lisabonskog sporazuma, odnosno Protokola o supsidijarnosti, u pogledu primene načela supsidijarnosti je pojačana uloga narodnih skupština država članica u postupku utvrđivanja da li organi Unije imaju nadležnost da preduzmu određene mere po ovom osnovu.[32] Komisija mora u isto vreme, kada šalje zakonodavni predlog ostalim organima Unije, da isti pošalje i narodnim skupštinama država članica. Njima se moraju dostaviti i rezolucije Evropskog parlamenta i Saveta povodom predloga Komisije.[33]

Narodna skupština države članice ili njen odgovarajući dom (ukoliko je dvo- ili višedomna) može u roku od osam nedelja da uputi obrazloženo mišljenje predsednicima Komisije, Evropskog parlamenta i Saveta

---

[26] Vid. čl. 5 st. 4 UEU.

[27] Protocol (No 2) On the Application of the Principles of Subsidiarity and Proportionality.

[28] Vid. Krämer, 41.

[29] Protocol (No 1) on the Role of National Parliaments in the European Union.

[30] Vid. čl. 2 Protokola o supsidijarnosti.

[31] Vid. čl. 5 Protokola o supsidijarnosti.

[32] Vid. P. Craig, G. de Búrca, 96.

Detaljnije o postupku pokojem se utvrđuje da li Zajednica može da preduzme neku meru pozivom na načelo supsidijarnosti v. Nada Debeljački, „Načelo supsidijarnosti u zaštiti životne sredine u pravu Evropske unije“, *Klimatske promene : pravni i ekonomski izazovi* (ur. Stevan Lilić), Pravni fakultet u Beogradu – Centar za izdavaštvo i publikacije, Beograd 2011, 195-203, na str. 198-200.

[33] Vid. čl. 4 Protokola o supsidijarnosti.

koji treba da sadrži razloge zbog kojih smatra da se predložena mera ne može preduzeti po osnovu supsidijarnosti.[34] Komisija, Evropski parlament i Savet imaju obavezu da obrazloženo mišljenje države članice uzmu u razmatranje.[35] Posebne pravne posledice ima negativan stav većeg broja država članica. Ukoliko narodne skupštine više država članica, koje ukupno predstavljaju jednu trećinu glasova u Evropskom parlamentu, zauzmu stav da nisu ispunjeni uslovi supsidijarnosti, Komisija ima obavezu da preispita svoj zakonodavni predlog.[36] Po preispitivanju svoje odluke, Komisija slobodno odlučuje o tome da li će se i dalje držati svog inicijalnog predloga, izmeniti ili povući ga, ali je dužna da svoju odluku obrazloži.[37] Osim toga, ukoliko u redovnom zakonodavnom postupku narodne skupštine država članica koje raspolažu najmanje običnom većinom glasova smatraju da je zakonodavni predlog protivan načelu supsidijarnosti, Komisija mora da preispita svoj predlog. Ne mora da ga izmeni, niti da odustane od njega, ali u tom slučaju mora da dâ obrazloženo mišljenje. Evropski parlament većinom datih glasova ili Savet većinom od najmanje 55% ukupnog broja članova može da zauzme stav da predlog Komisije nije u skladu sa načelom supsidijarnosti, te ga više neće razmatrati.[38]

Važno je naglasiti da ovu značajnu ulogu narodne skupštine država članica imaju samo u pogledu supsidijarnosti, a ne i pogledu proporcionalnosti, tj. njihovo obrazloženo mišljenje može da se odnosi samo na supsidijarnost. Ovakvo rešenje Protokola nije najsrećnije, jer je teško razdvojiti ova dva načela, i ne postoji valjan razlog zašto države članice ne bi mogle da zauzmu stav u pogledu proporcionalnosti, kada to mogu da čine u vezi sa supsidijarnošću.[39]

Načelo supsidijarnosti u praksi Suda pravde Evropske unije

Od uvođenja načela supsidijarnosti u komunitarno pravo bilo je vrlo malo postupaka (nešto manje od dvadeset slučajeva) pred Sudom pravde Evropske unije po tužbama za poništaj nekog akta Evropske unije pozivom na nepostojanje nadležnosti zbog povrede pravila o supsidijarnosti.[40] Međutim, broj slučajeva u kojima je pitanje supsidijarnosti,

[34] Vid. čl. 6 Protokola o supsidijarnosti.
[35] Vid. čl. 7 st. 1. Protokola o supsidijarnosti.
[36] Vid. čl. 7 st. 2. Protokola o supsidijarnosti.
[37] *Ibid*.
[38] Vid. čl. 7 st. 3. Protokola o supsidijarnosti.
[39] Vid. Steven Weatherill, „Better Competence Monitoring", *European Law Review*, 30/2005, 23.
[40] Vid. P. Craig, G. de Búrca, 99.

sa procesno- ili materijalnopravnih aspekata, zaista razmatrano i u kojima su iznošeni novi pravni argumenti, nije veći od desetak, imajući u vidu da se u nekim postupcima ponavljaju navodi iz drugih slučajeva, u nekima je tužba očigledno bila neosnovana, dok u nekima nisu predloženi dokazi koji bi potvrdili tvrdnju o povredi načela supsidijarnosti.[41] To znači da je u protekle dve decenije od uvođenja načela supsidijarnosti usvojeno nekoliko desetina hiljada komunitarnih pravnih akata, od čega je samo oko desetak osporeno pozivom na povredu supsidijarnosti.[42] Drugim rečima, dok se u proseku svake druge godine pokreće samo jedan postupak za poništaj pravnog akta po ovom osnovu, po drugim osnovima više desetina mesečno.[43] Čak i od ovih desetak pravih slučajeva sudske kontrole primene načela supsidijarnosti, u većini se tužbi suprotstavio određeni broj država članica, koje su isticale da je osporavani komunitarni akt usvojen poštujući načelo supsidijarnosti. Stoga treba u potpunosti odbaciti tezu da podnošenje tužbe za poništaj zbog povrede načela supsidijarnosti od strane neke države članice predstavlja izraz opšteg mišljenja drugih država članica. Takođe, treba imati u vidu da određeni broj postupaka nisu pokrenule države članice, već subjekti privatnog prava, koji nisu dobili nikakvu podršku od država članica, što naravno još ne prejudicira da im navodi o pogrešnoj primeni načela supsidijarnosti nisu osnovani, ali je svakako dokaz da njihove stavove države članice zvanično nisu podržale.[44]

U onim malobrojnim slučajevima u kojima je Sud pravde Evropske unije odlučivao o pravilnoj primeni načela supsidijarnosti, Sud nije pokazivao naročitu spremnost da komunitarne akte poništava po ovom osnovu.[45] U nekim odlukama su podnosioci tužbe isticali da je načelo supsidijarnosti povređeno iz proceduralnih razloga, dok je u drugima isticana pogrešna primena načela. U prvoj grupi se po svom značaju ističe predmet Nemačka protiv Evropskog parlamenta i Saveta[46], u kojem je Sud zauzeo stanovište da dužnost obrazloženja akta ne zahteva od komunitarnog organa da se izričito pozove na načelo supsidijarnosti, ako svoju nadležnost zasniva na njemu. Dovoljno je da se iz obrazloženja jasno vidi da je organ zajednice bio ubeđen da se ciljevi predložene mere bolje mogu ostvariti na nivou Zajednice.[47] Druga grupa slučajeva pokazuje da je iz meritornih razloga još

[41] *Ibid*.
[42] *Ibid*.
[43] *Ibid*.
[44] *Ibid*., 100.
[45] *Ibid*., 98.
[46] Vid. Slučaj br. C-233/94 *Germany v European Parliament and Council*.
[47] Vid. P. Craig, G. de Búrca, 98.

teže ostvariti poništaj akta organa Zajednice, pozivom na povredu načela supsidijarnosti. U ovom smislu je eklatantan primer tužbe Ujedinjenog Kraljevstva protiv Saveta zbog Direktive o radnom vremenu[48]. Ujedinjeno Kraljevstvo je smatralo da je Direktiva protivna načelu supsidijarnosti, jer nije dokazano da bi komunitarna mera imala jasne prednosti u odnosu na mere preduzete na nivou država članica. Sud je eksplicitno odbio ovu tvrdnju, istaknuvši da Savet snosi odgovornost za usvajanje minimalnih standarda za poboljšanje zdravlja i bezbednosti ljudi, i ako Savet smatra potrebnim da se poboljša postojeći nivo zaštite i da se harmonizuju propisi u ovoj oblasti, uz zadržavanje standarda koji su već postignuti, postizanje ovog cilja pretpostavlja potrebu preduzimanja mere na nivou Zajednice, te se uslov supsidijarnosti smatra ispunjenim.[49]

Po usvajanju Lisabonskog sporazuma mehanizam pravnog sankcionisanja povrede načela supsidijarnosti dobio je jedan novi elemenat. Obaveza Komisije da postupa po Protokolu o supsidijarnosti i da omogući narodnim skupštinama država članica da se izjasne da li Zajednica ima nadležnost po osnovu načela supsidijarnosti, neposredno je pravno sankcionisana, jer u slučaju da je povredila odredbe Protokola, država članice mogu da podnesu Sudu pravde Evropske unije tužbu radi poništaja po osnovu čl. 263 UFEU.[50] Za očekivati je da će ovo pojačati dosadašnju sudsku kontrolu primene i tumačenja načela supsidijarnosti. Smatra se da ako će Sud nastaviti sa ovakvom blagom kontrolom načela supsidijarnosti i dalje naginjati prema tome da ne poništava akte komunitarnih organa, biće predmet opravdanih kritika da svojim stavom obesmišljava odredbe osnivačkog ugovora o načelu supsidijarnosti.[51]

Načelo supsidijarnosti i zaštita životne sredine

Načelo supsidijarnosti je opšte pravilo primenjivo na svaku komunitarnu meru, uključujući i mere koje se preduzimaju u oblasti zaštite životne sredine.[52] Štaviše, može se reći da je načelo supsidijarnosti dobilo najsnažniji pravni značaj upravo u domenu zaštite životne sredine, jer je to oblast u kojoj je podeljena nadležnost između Zajednice i država članica pravilo.[53] Ono je najpre uvedeno u komunitarno pravo 1987. godine u ve-

[48] Vid. Slučaj br. C-84/94 *United Kingdom v Council*.
[49] Vid. P. Craig, G. de Búrca, 98.
[50] Vid. čl. 8 Protokola o supsidijarnosti.
[51] Vid. P. Craig, G. de Búrca, 99.
[52] Vid. Krämer, 41.
[53] Vid. Stevan Lilić, Mirjana Drenovak-Ivanović, *Ekološko pravo*, drugo izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd 2014, 34.

zi sa materijom zaštite životne sredine, što je lako objasniti, jer su u oblasti životne sredine razlike u standardima između zemalja severne Evrope i zemalja južne Evrope bile najizrazitije.[54]

Postavljanje načela supsidijarnosti kao opšteg osnova delanja Zajednice u oblastima, u kojima ima konkurentnu nadležnost sa državama članicama, imalo je veliki uticaj na razvoj regulative o zaštiti životne sredine u Uniji. S jedne strane, gotovo odmah po usvajanju Mastrihtskog sporazuma javljaju se brojne političke inicijative da se postojeće direktive u oblasti zaštite životne sredine preispitaju u svetlu načela supsidijarnosti, u vezi sa kojima su države članice smatrale da im direktive nameću preterano velike finansijske obaveze. Ovaj trend je posebno bio izražen u domenu zaštite voda.[55] S druge strane, u preambulama direktiva i uredaba usvojenih posle Mastrihtskog sporazuma, kojima se uređuje neki segment zaštite životne, redovno se ističe da se akt zasniva na načelu supsidijarnosti.[56] Uprkos tome, međutim, što bi se razumno moglo pretpostaviti da bi svaka mera usmerena na zaštitu životne sredine bila bolje ostvarena na nivou Zajednice, praksa pokazuje da ni ova oblast nije pošteđena suprotstavljenih stavova Unije i država članica na čijom nivou bi se predložena mera najefikasnije mogla ostvariti. Jedan od možda najboljih primera u ovom pogledu može se istaći rasprava vođena u Evropskom ekonomskom i socijalnom odboru povodom predloga Direktive br. 96/61 o integralnom sprečavanju i kontroli zagađenja.[57] Odbor je razmatrao argumente za i protiv utvrđivanja jedinstvene dozvoljene granice emisije za industrijska postrojenja na teritoriji Unije i konstatovao da ispravno tumačenje načela supsidijarnosti nije u suprotnosti sa utvrđivanjem jedinstvenih dozvoljenih granica emisije na nivou Zajednice, jer se visoki nivo zaštite životne sredine, jedan od ciljeva zaštite životne sredine prema osnivačkim ugovoru, može ostvariti samo ako se granice dozvoljenih emisija utvrđuju komunitarnim aktima.[58] Međutim, osam članova odbora, koji su ostali u manjini, zauzeli su dijametralno suprotan stav. Smatrali su da je utvrđivanje graničnih vrednosti dozvoljenih emisija na nivou država članica u skladu sa ispravnim tumačenjem načela supsidijarnosti i da se visoki nivo zaštite životne sredine, proklamovani cilj osnivačkog ugovora, može ostvariti sa-

[54] Vid. Aleksandra Čavoški, *Pravni i politički poredak Evropske unije*, Pravni fakultet Univerziteta Union – Službeni glasnik, Beograd 2006, 123.

[55] *Ibid*.

[56] *Ibid*.

[57] Council Directive 96/61/EC of 24 September 1996 concerning Integrated Pollution Prevention and Control (IPPC), objavljen u Službenom glasniku Evropske unije br. L257/1996.

[58] Vid. Krämer, 42.

mo utvrđivanjem i poštovanjem graničnih vrednosti dozvoljenih emisija na nacionalnom nivou.[59]

Prema tome, vrlo je izazovan zadatak utvrditi opšta pravila na osnovu kojih bi se moglo učiniti verovatnim da bi se ciljevi politike zaštite životne sredine efikasnije postigli na nivou Zajednice. Države članice koje imaju razvijenu kulturu i sopstvenu politiku zaštite životne sredine, kao što su Danska, Holandija, Švedska, Austrija i Nemačka, s razlogom mogu da smatraju da se merama preduzetim na nivou država članica efikasnije čuva životna sredina.[60] S druge strane, u državama članicama koje nemaju tako razvijenu politiku zaštite životne sredine, kao što su Grčka, Portugal, Italija, Španija i nove države članice, usvajanje propisa kojima je cilj zaštita životne sredine neretko predstavlja običnu implementaciju komunitarnih propisa.[61] Stoga se po pravilu efekat donošenja i implementacije komunitarnih propisa o zaštiti životne sredine svodi na obezbeđenje da se u svim državama članicama utvrde minimalni, jedinstveni standardi zaštite životne sredine.[62]

Zaključna razmatranja

Nezaobilazno pitanje u vezi sa pravnim uređenjem zaštite životne sredine u Evropskoj uniji je da li ovu oblast treba prepustiti državama članicama ili omogućiti Zajednici da ona uredi što više pitanja. Čini se da se drugi pristup može braniti sa više argumenata. Sa zagađenjem reka i mora, vazduha, izazovima zaštite životinjskih i biljnih vrsta, problemima koje donose klimatske promene, zaštitom ozonskog omotača, tretmanom otpada, ne može se ozbiljno uhvatiti u koštac samo na nivou država članica, zbog toga što se često ekološki problem ne može po svojoj prirodi sanirati na teritoriji ili merama samo jedne države ili bi jedna država mogla da ih sanira, ali se sanacija ne bi mogla ostvariti zbog pasivnosti neke druge države čija bi saradnja bila neophodna.[63] Iz ovih razloga se ciljevi zaštite životne sredine, utvrđeni čl. 191. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, po pravilu brže i efikasnije mogu ostvariti merama Zajednice.

Nadležnost Evropske unije da dela nije sporna kada je ona izričito utvrđena i spada u njenu isključivu nadležnost. Situacija je međutim znatno delikatnija kada se radi pitanju koje na spada u njenu isključivu nadle-

[59] *Ibid*.
[60] *Ibid*.
[61] *Ibid*.
[62] *Ibid*.
[63] *Ibid*.

žnost, već u vezi sa kojom ima podeljenu nadležnost sa državama članicama, što je gotovo uvek slučaj u oblasti zaštiti životne sredine. Tada odgovor na pitanje da li Evropska unije može da usvoji odgovarajuće pravne akte zavisi od ispunjenosti uslova načela supsidijarnosti, koje je u komunitarno pravo uvedeno Mastrihtskim sporazumom, kao jedan od opštih osnova utvrđivanja postojanja nadležnosti Zajednice. Načelo supsidijarnosti se zasniva na inače nesporno pravičnoj i zvučnoj ideji da se problemi građana uvek rešavaju na nivou koji im je najbliži i da se odgovarajuće mere preduzimaju na širem, na nivou Evropske unije, samo ako se ciljevi predložene mere ne mogu efikasno ostvariti na nižem nivou.

Od svog uvođenja u komunitarno pravo, načelo supsidijarnosti neprestano trpi kritike da je nedovoljno jasno i određeno[64], zbog čega daje osnova za dijametralno suprotna tumačenja. To je i Evropski parlament uočio 1994. godine i konstatovao da su pojmovi u članu 5 osnivačkog ugovora namerno tako formulisani da budu neodređeni, s ciljem da povećaju mogućnosti diskrecione ocene organa Evropske unije u stvaranju prava.[65] Pred Sudom pravde Evropske unije pitanje pravilne primene načela supsidijarnosti razmatrano je samo u nekih desetak slučajeva u protekle dve decenije, u kojima Sud nije pokazivao naročitu spremnost da poništava akte Zajednice pozivom na nepostojanje nadležnosti za njihovo usvajanje zbog pogrešne primene načela supsidijarnosti.

Tenzije između Zajednice i država članica povodom načela supsidijarnosti učinile su neminovnim da se države članice i formalno uključe u procenu postojanja nadležnosti Zajednice po osnovu načela supsidijarnosti u postupku usvajanja komunitarnih akata. To je učinjeno Protokolom o primeni načela supsidijarnosti i proporcionalnosti, jednim od priloga Amsterdamskog sporazuma, koji je Lisabonski sporazum preuzeo i integrisao u Ugovor o Evropskoj uniji. Protokol obezbeđuje pravo narodnim skupštinama država članica da se izjasne o postojanju nadležnosti Zajednice po osnovu načela supsidijarnosti još u fazi pripremanja legislativnog predloga, ali i obavezu Komisije da im obezbedi mogućnost izjašnjavanja. Ova obaveza Komisije je i neposredno pravno sankcionisana, ustanovljavanjem mogućnostikontrole od strane Suda pravde Evropske unije.

Vreme će pokazati da li će novi čl. 5 osnivačkog ugovora o načelu supsidijarnosti povećati nivo saradnje između Komisije i država članica i približiti njihove stavove o postojanju nadležnosti Zajednice po ovom osnovu u konkretnim slučajevima.

---

[64] Vid. A. Čavoški (2007), 19.

[65] Vid. Mišljenje Evropskog parlament od 20. aprila 1994. godine, HL C 128/190, tačka 5.

Ovo pitanje dobija poseban značaj u oblasti zaštite životne sredine, u vezi sa kojom se nameću izazovi koji se teško mogu adekvatno sanirati isključivo na nivou država članica. Ponekad, međutim, utvrđivanje postojanja nadležnosti Unije da preduzima mere neophodne radi zaštite životne sredine, prema dosadašnjoj praksi, pokazuje izvesnu meru proizvoljnosti. Tako, na primer, zašto bi Unija po osnovu načela supsidijarnosti trebalo da ima nadležnost za sprečavanje uvoza krzna iz zemalja u kojima je dopuštena upotreba određenih vrsta zamki za divljač koje su zabranjene u Uniji, a ne bi trebalo da ima nadležnost za propisivanje zabrane koride (borbe sa bikovima), lova na lisice i borbe petlova. Ili, pak, zašto bi trebalo da ima nadležnost za propisivanje dozvoljene količine smoga u vazduhu u urbanim sredinama, a ne bi trebalo da je ima za propisivanje kvaliteta vode u javnim bazenima.[66] Nova pravila Ugovora o Evropskoj uniji i Protokola o supsidijarnosti ovu vrstu dileme po prirodi stvari ne mogu da otklone, ali je za očekivati da će makar stvoriti efikasniji mehanizam za ujednačavanje stavova Unije i država članica o njima.

[66] Vid. Krämer, 44.

Attila I. Dudás, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

Subsidiarity and Proportionality in the Shaping of EU Law on the Protection of the Environment

***Abstract**: The principle of subsidiarity was introduced into the primary sources of EU law by the Maastricht Treaty in 1992, as a norm of general application, in order to determine whether the Union can take action in areas that do not fall under its exclusive competence, that is in areas that could be governed both by the acts of the EU and that of the member states. The principle of subsidiarity is based on the undisputedly appropriate idea that the citizens' needs ought to be addressed at the level closest to them. It allows the Union to take action if and insofar the objectives of the proposed measure cannot be sufficiently achieved by action of member states, taking into account its scale and expected effects, while they could clearly be achieved more efficiently by measures of the Union. Even if the conditions of the use of competence based on the principle of subsidiarity are met, it is limited by the principle of proportionality, according to which the institutions of the EU may take action only within the confines of the objectives laid out in the primary sources of EU law.*

In concrete cases, however, the principle of subsidiarity is as a rule subject to differing interpretations, creating a constant field for confronting standpoints of the Commission and that of the member states. Yet, the number of cases in which the Court of Justice has decided on the application of principle of subsidiarity is very small (around twenty) so far, in which the Court demonstrated that it will not lightly overturn an EU action on the ground that it is not in compliance with the principle of subsidiarity.

The Protocol on the Application of Principles of Subsidiarity and Proportionality, introduced by and attached to the Amsterdam Treaty, and taken over by the Lisbon Treaty, sets out a procedure in which the national assemblies of the member states gain right to give reasoned opinion as to why they consider that a legislative proposal of the Commis-

sion does not comply with subsidiarity, if the Commission grounds the exercise of competence on this principle.

It is yet to be seen whether the new rules on the application of subsidiarity will enhance the cooperation between the institution of EU and member states and bring closer their, usually differing, opinions in concrete cases on the possibility of the Commission to use its competence based on subsidiarity.

This issue gains special relevance in the area of the protection of the environment, since environmental challenges could hardly be handled adequately solely by the actions of member states, hence Community action is usually required. Sometimes, however, determining the right of the EU institutions to use competence under subsidiarity demonstrates some degree of arbitrariness. The new rules of the Treaty on the European Union and the Protocol on subsidiarity cannot remove dilemmas of this kind, but it can be reasonably expected that they will create a more efficient mechanism for the approximation of opinions of the institutions of the EU and that of the member states.

Key words: *protection of environment, European Union law, subsidiarity and proportionality*

Datum prijema rada: 27.08.2015.

Pregledni članak 061.1EU:340.134]:502/504
doi:10.5937/zrpfns49-9074

Dr Bojan N. Tubić, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
tubic@pf.uns.ac.rs

ULOGA SUDA EVROPSKE UNIJE U OBLASTI ZAŠTITE ŽIVOTNE SREDINE[1]

Sažetak: *Propisi o zaštiti životne sredine su relativno kasno bili uključeni u osnivačke ugovore nekadašnjih Evropskih zajednica. Nakon stupanja na snagu Jedinstvenog evropskog akta, postojao je pravni osnov za donošenje sekundarnog zakonodavstva tadašnjih Zajednica i kasnije Evropske unije. U praksi nekadašnjeg Suda EZ, a kasnije i Suda EU pitanje zaštite životne sredine bilo je razmatrano u nekoliko važnih slučajeva. Sud je utvrđivao koji je to ispravan pravni osnov za donošenje uredbi i direktiva, koje se odnose na životnu sredinu. Posebno je značajna praksa o odnosu slobode kretanja robe i načela zaštite životne sredine jer je potrebno naći balansiran odnos između ova dva načela. Presuda u slučaju „Danskih boca" je značajna zbog toga što je potvrdila da je zaštita životne sredine jedan od osnovnih ciljeva Zajednice. Takođe, dodala je i još jedan obavezujući uslov na listu izuzetaka od slobode kretanja robe, koja je navedena u slučaju Kasis de Dižon. Sud EU je razmatrao i načela zaštite životne sredine, jer je razvojem ove oblasti došlo do afirmacije tih načela koja sada imaju značajan uticaj i na druge politike unutar Evropske unije.*

Ključne reči: *Sud EU, zaštita životne sredine, Evropska unija, osnovne slobode.*

1. UVOD

Zaštita životne sredine danas predstavlja jedan od osnovnih ciljeva Evropske unije. Odredbe o zaštiti životne sredine nisu bile uključene u

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

osnivačke ugovore Evropskih zajednica, već se one javljaju tek nakon izmena ovih ugovora u Jedinstvenom evropskom aktu i bile su uključene u sve kasnije osnivačke ugovore. Uloga Suda Evropske unije jeste da tumači i primenjuje primarno i sekundarno pravo Evropske unije, kao i da obezbedi da države članice poštuju i primenjuju pravo EU na ispravan način. On ne stvara pravo, ali su pojedine njegove presude korišćene kao sredstvo za popunjavanje praznina još u nekadašnjem pravu Evropskih zajednica, a kasnije u pravu EU i to u slučajevima kada nije bilo jasnog pravila u pravnim aktima ovih organizacija. Na ovaj način, Sud je igrao značajnu ulogu u stvaranju osnovnih politika EU. Jedna od oblasti u kojoj je uloga Suda bila izuzetno značajna jeste oblast zaštite životne sredine. Cilj ovog rada je upravo da prikaže ulogu Suda Evropske unije i njegovih prethodnika u stvaranju ove politike EU, odnosno kako je uveo zaštitu životne sredine kao jedno od legitimnih načela EU. Obim rada ne dozvoljava da se analzira veći deo prakse Suda EU, ali će biti prikazane osnovne zakonitosti, smernice po kojima se pravo EU razvija kada je u pitanju zaštita životne sredine. Posebno će biti analiziran odnos između slobodne trgovine u EU i načela zaštite životne sredine, koji su ponekad bili i suprotstavljeni.

2. RAZVOJ ZAŠTITE ŽIVOTNE SREDINE U EVROPSKOJ UNIJI

Na početku postojanja Zajednica nije bilo odredaba o zaštiti životne sredine u osnivačkim ugovorima. Tokom sedamdesetih godina prošlog veka, došlo je do promena, koje bi se mogle povezati sa Deklaracijom Konferencije UN o čovekovoj sredini iz 1972. godine. Naime, u članu 13 Štokholmske deklaracije se navodi da u cilju postizanja racionalnijeg rukovođenja resursima i na taj način unapređenja životne sredine, države treba da usvoje jedan integrisan i koordinisan pristup planiranju kako bi obezbedile da razvoj bude u skladu sa potrebom da se zaštiti i unapredi životna sredina za dobrobit njihovog stanovništva.[2]

Jedna od značajnih faza u razvoju zaštite životne sredine EU predstavlja Deklaracija Saveta Evropskih zajednica i predstavnika vlada država članica, koja je usvojena 1973. godine. U njoj se navodi da zadatak tadašnje Evropske ekonomske zajednice, da promoviše harmoničan razvoj ekonomskih aktivnosti, ne može da bude zamišljen bez efikasne kampa-

[2] Deklaracija Konferencije UN o čovekovoj sredini (Štokholmska deklaracija) od 16. juna 1972. godine, *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, Stockholm, 16 June 1972.*

nje za borbu protiv zagađivanja i unapređenje kvaliteta života i zaštitu životne sredine. Na taj način je uslov zaštite životne sredine integrisan u politiku ekonomskog razvoja.[3] Utvrđeni su akcioni planovi za životnu sredinu, koji su definisali ciljeve i načela u ovoj oblasti. Uspostavljene su regulatorne mere u oblastima kao što su zagađivanje vode i vazduha i to uglavnom kroz korišćenje odredaba Ugovora o osnivanju EEZ o unutrašnjem tržištu. Bila je neophodna harmonizacija nacionalnih mera o životnoj sredini, kako se ne bi narušavala trgovina unutar Zajednice, da bi se sprečili nejednaki uslovi konkurencije i kako bi se očuvala zaštita ljudskog zdravlja i životne sredine. U ovom periodu donet je veliki broj mera koje regulišu životnu sredinu i one su imale uticaja na skoro sve aspekte nacionalnih prava o životnoj sredini.

Jedinstveni evropski akt je izmenio Ugovor o osnivanju EEZ tako što je, između ostalog, izričito pomenuta životna sredina u članu 100a, koji se bavio unutrašnjim tržištem, a uveden je i poseban naslov o životnoj sredini – član 130R-T.[4] Ipak, zaštita životne sredine nije tada formalno uključena u ciljeve Evropske ekonomske zajednice.

Nakon stupanja na snagu Ugovora iz Mastrihta 1993. godine, zaštita životne sredine je konačno i formalno postala jedan od ciljeva EZ u članu 2 Ugovora o EZ. Ugovorom iz Amsterdama iz 1999. godine došlo je do promene numeracije članova Ugovora o EZ. Načelo integracije iz nekadašnjeg člana 130R je premešteno u prvi deo Ugovora. Član 6 je predviđao da zahtevi zaštite životne sredine budu integrisani u definisanje i primenu politika i aktivnosti Zajednice iz člana 3, a posebno u pogledu promovisanja održivog razvoja. U članu 95 (bivši član 100a)[5] koji reguliše unutrašnje tržište, predviđena je mogućnost za primenu strožijih nacionalnih uslova, u odnosu na evropska pravila. Ugovorom iz Nice nije došlo do velikih promena u oblasti zaštite životne sredine u EU.

Lisabonski ugovor uvodi velike promene u sistem EU ali ne i u odnosu na oblast životne sredine. Jedina promena u ovoj oblasti jeste dodatak članu 191, stavu 1 Ugovora o funkcionisanju EU. Ta odredba je već predviđala da EU može da promoviše mere na međunarodnom planu u cilju rešavanja regionalnih i svetskih ekoloških problema. Ugovor iz Lisabona dodaje da se takve mere posebno mogu baviti borbom protiv klimatskih promena. Ovo ipak nisu suštinske promene jer je Evropska unija i

[3] Jan H. Jans, „Stop the Integration Principle?“, *Fordham International Law Journal*, 33/2011, str. 1536.

[4] To su sada članovi 191-193 Ugovora o funkcionisanju EU (*Consolidated versions of the Treaty on European Union and The Treaty on the Functioning of the European Union, Official Journal of the European Union, Volume 51, 2008/C 115/01).*

[5] To je sada član 114 Ugovora o funkcionisanju EU.

pre stupanja na snagu ovog Ugovora imala ovlašćenja da preduzima mere u borbi protiv klimatskih promena. Takođe, nakon stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona, Povelja EU o osnovnim ljudskim pravima postaje obavezujuća i predstavlja ustavni okvir prava EU. Ona sadrži visok nivo zaštite životne sredine koji može da bude postignut poštovanjem načela integrisanosti politike životne sredine i načela održivog razvoja, što je predviđeno u članu 37 Povelje.

U članu 3, stavu 3 Ugovora o EU navode se ciljevi Evropske unije, među kojima se nalaze održivi razvoj i visok nivo zaštite i unapređenje kvaliteta životne sredine. U članu 21, stavu 2 (tačke d i f) navodi se da će Evropska unija u svojim spoljnim politikama poštovati načelo održivog razvoja i učestvovaće u promovisanju međunarodnih mera koje imaju za cilj očuvanje kvaliteta životne sredine.

U članu 11 Ugovora o funkcionisanju EU se navodi da Zahtevi zaštite životne sredine moraju da budu uključeni u definisanje i primenu politika i aktivnosti Evropske unije, a naročito sa ciljem promovisanja održivog razvoja. U Ugovoru o funkcionisanju EU, odredbe o životnoj sredini se nalaze i u članu 34 koji predviđa zabranu kvantitativnih ograničenja na uvoz, kao i članu 36 u kojem su sadržani izuzeci od zabrane iz člana 34, u pogledu zaštite zdravlja i života ljudi, životinja i biljaka. U članu 114 koji reguliše unutrašnje tržište se takođe pominje životna sredina, a član 191 je u potpunosti posvećen njenoj zaštiti. Član 192 sadrži pravni osnov za aktivnosti u oblasti zaštite životne sredine, dok član 193 sadrži pravila o strožijim nacionalnim merama u ovoj oblasti.

3. PRAKSA SUDA EU O PITANJU PRAVNOG OSNOVA U SLUČAJEVIMA ZAŠTITE ŽIVOTNE SREDINE

Pitanje pravnog osnova je razmatrano u praksi Suda EU u slučajevima zaštite životne sredine. U spojenim predmetima, u slučaju Komisija protiv Italije[6] Sud EZ je odobrio izbor Saveta u pogledu pravnog osnova za politiku životne sredine tadašnje Zajednice, iako nije postojalo izričito upućivanje na životnu sredinu u originalnom Ugovoru o osnivanju EEZ. Komisija je podigla tužbu protiv Italije zbog njenog propusta da primeni direktive o deterdžentima i količini sumpora u tečnim gorivima. Savet je odabrao član 100 tadašnjeg Ugovora o osnivanju EEZ kao pravni osnov za donošenje Direktive. Prema toj odredbi, Savet je, jednoglasno, na predlog Komisije, donosio direktive za usklađivanje

[6] Joined Cases 91 & 92/79 Commission v Italy, 1980, ECR 1099, 1115

onih odredaba utvrđenih zakonom i drugim propisima država članica koje neposredno utiču na uspostavljanje i funkcionisanje zajedničkog tržišta. Italija je tvrdila da nije bilo jasno iz samog Ugovora da li je Komisija nadležna da donosi propise o pitanjima zaštite životne sredine. Komisija je tvrdila da su direktive, koje su bile deo programa Saveta za uklanjanje prepreka trgovini, zasnovane na članu 100 jer su imale direktno dejstvo na uspostavljanje i funkcionisanje zajedničkog tržišta. Stav Suda je bio da je zasnivanje Direktiva na članu 100 bilo ispravno jer su one bile deo programa za uklanjanje prepreka slobodnoj trgovini. Međutim, Sud je takođe prihvatio argument Komisije da mere koje se odnose na životnu sredinu mogu da predstavljaju teret za preduzeća i da stoga mogu da naruše konkurenciju, u odsustvu harmonizacije nacionalnih odredbi. Ova odluka Suda je značajna, jer je ona posredno pozvala institucije tadašnjih Zajednica da razviju sveobuhvatniju politiku zaštite životne sredine, na osnovu člana 100.

U slučaju Komisija protiv Saveta, koji se još naziva i Slučaj Titanijum Dioksid,[7] Komisija je predstavila Savetu predlog Direktive o harmonizaciji programa država članica za smanjivanje otpada nastalog u industriji titanijum dioksida. Direktiva je bila zasnovana na članovima 100 i 235. U skladu sa Jedinstvenim evropskim aktom, Komisija je promenila pravni osnov predložene direktive u član 100a. Na osnovu člana 100 stav 4 doneti su određeni sekundarni akti tadašnjih Zajednica, kao na primer: Direktiva Saveta o zagađivanju prouzrokovanom emisijama iz vozila i izmenjeni Predlog za Direktivu Saveta o građanskoj odgovornosti za štetu nastalu od otpada. Razlika u odnosu na član 130s je u tome što se mere koje se odnose na funkcionisanje unutrašnjeg tržišta mogu usvojiti kvalifikovanom većinom i Parlament sarađuje sa Savetom u pogledu suštine tih propisa. Izbor odgovarajućeg pravnog osnova ima za posledicu ove proceduralne razlike kod donošenja određenog akta, a njime se ukazuje i na cilj i prirodu mere koju Zajednica želi da usvoji. Pojedini autori smatraju da je i bila namera da član 100a posluži kao potencijalni pravni osnov za donošenje mera Zajednice o zaštiti životne sredine.[8] Stav 3 ovog člana je predviđao da će predlozi o zaštiti životne sredine imati za osnov visok nivo zaštite, a stav 4 je dozvoljavao državama članicama određena diskreciona ovlašćenja u pogledu primene nacionalnih mera o zaštiti životne sredine. Ovo je ipak dozvoljeno samo u slučajevima kada se može

[7] Case C-300/89 Commission v. Council, 1991 ECR 2867.

[8] Mathew L. Schemmel, Bas de Regt, „The European Court of Justice and the Environmental Protection Policy of the European Community“, *17 Boston College International and Comparative Law Review* 53/1994, str. 59-60.

dokazati velika potreba za tim, kao na primer u slučaju zaštite javne bezbednosti.

Savet je odbio član 100a i njegov opšti karakter i odlučio je da Direktivu zasnuje na članu 130s.[9] On je konsultovao Evropski parlament u skladu sa ovim članom i Parlament je u dogovoru sa Komisijom zauzeo stav da je pravni osnov za donošenje Direktive trebalo da bude član 100a, a ne član 130s. Savet, je ipak jednoglasno usvojio Direktivu na osnovu člana 130s. Komisija je, uz učešće Parlamenta, pokrenula postupak za poništaj pomenute Direktive jer je bila usvojena na osnovu pogrešnog pravnog osnova. Savet i Komisija su se složili da je bilo neophodno ustanoviti težište date mere, kako bi Sud EZ mogao da utvrdi da li je pravni osnov zasnovan na objektivnom kriterijumu koji je podoban za sudsku kontrolu. Određivanje težišta određene mere pretpostavlja da mera u pitanju može da bude formulisana tako da služi postizanju više od jednog cilja Zajednice. U takvim slučajevima, pravni osnov mora da bude zasnovan na članu osnivačkog Ugovora koji je najviše u saglasnosti sa primarnim ciljem date mere. Komisija i Parlament su tvrdili da je primarni cilj Direktive bio da se uspostave jednaki uslovi za konkurenciju između proizvođača titanijum dioksida i da se na taj način poboljšaju uslovi za postizanje unutrašnjeg tržišta.[10] Savet je tvrdio suprotno, odnosno da iako je Direktiva 89/428 težila postizanju ciljeva u vezi sa politikom unutrašnjeg tržišta i konkurencije, njen primarni cilj je bilo smanjivanje i na kraju eliminisanje zagađivanja uzrokovanog proizvodnjom titanijum dioksida i da bi zbog toga trebalo da bude zasnovana na članu 130s.[11]

Sud je analizirao tekst Direktive 89/428 i utvrdio da se data odredba odnosi i na potrebu da se smanji ili eliminiše otpad iz industrije titanijum dioksida, ali i na potrebu da se harmonizuje proizvodnja titanijum dioksida kako bi se unapredili uslovi konkurencije. Sud je utvrdio da Direktiva nema težište ili primarni cilj, već da ima dvostruku, neraskidivo povezanu nameru da se zaštiti životna sredina i da se postigne efikasno unutrašnje tržište. Sud je zauzeo stav da bi u drugim okolnostima data Direktiva mogla da bude zasnovana na dva člana osnivačkog ugovora, ali da ona ne bi mogla da bude zakonito zasnovana na članovima 130s i 100a, jer bi tada Evropski parlament bio lišen osnovnih institucionalnih ovlašćenja koja ima na osnovu postupka saradnje predviđenog u članu 100a. Prema ovom

[9] Savet je usvojio važne mere u ovoj oblasti, zasnovane na članu 130s, kao što su Uredba Saveta o supstancama koje tanje ozonski omotač, zatim izmenjena Direktiva Saveta o otpadu i Direktiva Saveta o slobodi pristupa informacijama o životnoj sredini.

[10] Case C-300/89 Commission v. Council, 1991 ECR 2867, pasus 7.

[11] Ibid., pasus 9.

postupku, Savet samo treba da kvalifikovanom većinom usvoji izmene koje predlaže Parlament na zajedničku poziciju Saveta. Ukoliko ova pozicija Saveta bude odbijena od strane Evropskog parlamenta ili Savet želi da izmeni drugi predlog Komisije, koji je modifikovan u svetlu predloga Evropskog parlamenta, Savet mora da donese odluku jednoglasno. Sud je primetio da, ukoliko bi se oba člana navela kao pravni osnov za donošenje Direktive, Savet bi morao da donese odluku jednoglasno, u skladu sa zahtevima iz člana 130s i na taj način bi se izbegao uticaj Evropskog parlamenta u okviru postupka saradnje.[12] Ovaj postupak je povećavao mogućnost Parlamenta da utiče na suštinu akata Zajednice i odražavao je jedan od osnovnih principa učešća građana kroz direktno izabrane institucije tadašnjih Zajednica. Stoga, Sud EZ je zaključio da je u cilju očuvanja nadležnosti datih Evropskom parlamentu na osnovu Ugovora, bilo neophodno utvrditi koji od dva člana je odgovarajući pravni osnov za donošenje direktive u ovom slučaju.[13] Sud je doneo odluku da je Savet nepravilno zasnovao Direktivu 89/428 na članu 130s i da je trebalo da izabere član 100a kao odgovarajući pravni osnov. On je istakao da se u članu 100a, stavu 3, navodi da će mere usvojene kako bi se postiglo unutrašnje tržište sadržati visok nivo zaštite u pogledu zdravlja, sigurnosti i životne sredine. Stoga, Sud je zaključio da se cilj zaštite životne sredine naveden u članu 130s može efikasno postići na osnovu člana 100a. On je istakao da mere koje treba da zaštite životnu sredinu mogu, u odsustvu harmonizovanih nacionalnih propisa da negativno utiču na konkurenciju. Utvrdio je da mera kao što je Direktiva 89/428 koja treba da usaglasi nacionalne zakone u jednoj posebnoj industriji i na taj način izbegne narušavanje pravila o konkurenciji, doprinosi uspostavljanju i funkcionisanju unutrašnjeg tržišta i stoga treba da bude zasnovana na članu 100a. U skladu sa zaključcima do kojih je došao, Sud je proglasio datu Direktivu ništavom.[14]

Presuda u ovom slučaju je pokazala dinamičan pristup Suda tumačenju Ugovora i doprinela je jačanju politike Zajednice o životnoj sredini, u periodu kada nije bilo jasnog osnova te politike u osnivačkim ugovorima.

U još jednom slučaju Komisija protiv Saveta[15] povodom Direktive o otpadu raspravljano je o istom načelu koje je usvojeno u slučaju povodom titanijum dioksida. Naime, Komisija i Parlament su pokrenuli postupak za poništaj izmenjene Direktive EZ o eliminisanju otpada. Komisija i Parla-

[12] Ibid., pasus 18.
[13] Ibid., pasus 21.
[14] Ibid., pasus 25.
[15] Case 155/91 Commission v Council 1993 ECR 939.

ment su se pozvali na identične argumente sa kojima su uspeli u prethodnom slučaju, kako bi potvrdili da je Direktiva o otpadu trebalo da bude usvojena na osnovu člana 100a a ne člana 130s. Njihov stav je bio da je Direktiva trebalo da nametne zajednički sistem među državama članicama za uklanjanje i uništavanje otpada i da je zbog toga sadržavala dvostruke ciljeve: postizanje zaštite životne sredine i stvaranja unutrašnjeg tržišta. Savet je tvrdio da je izmenjena Direktiva o otpadu primarno bila usmerena na zaštitu životne sredine i da je stoga pravilno bila zasnovana na članu 130s.

Sud je, u svojoj odluci, naglasio da izbor pravnog osnova za donošenje direktive mora da bude zasnovan na objektivnom kriterijumu sadržaja i cilja i mora da bude podoban sudskoj kontroli. Analizirajući tekst preambule Direktive, Sud je utvrdio da je bilo predviđeno da se primeni na uklanjanje i uništavanje svih tipova otpada bez obzira na njegov izvor. Države članice su imale obavezu da kontrolišu uklanjanje otpada, koji je trebalo da bude uništen što je moguće bliže izvoru gde je nastao.

Argument Komisije da je Direktiva trebalo da bude zasnovana na članu 100a se u velikoj meri oslanjala na činjenicu da otpad mora da bude posmatran kao roba u skladu sa tadašnjim članom 30 Ugovora i da se stoga na njega primenjuju pravila o slobodnom kretanju robe. Međutim, Sud je zaključio da zaštita životne sredine predstavlja obavezan zahtev prava EZ i da je u takvim okolnostima ograničavanje slobodnog kretanja robe dopušteno. On je prihvatio da određeni delovi Direktive mogu imati određeno dejstvo na funkcionisanje unutrašnjeg tržišta, ali je zaključio da je to samo sporedni efekat preovlađujućeg cilja – uspostavljanja jednog efikasnog sistema za obrađivanje i uništavanje otpada. Sud je takođe zauzeo stav da zasnivanje Direktive na članu 100a nije opravdano samo zbog toga što neki elementi mogu da utiču na funkcionisanje unutrašnjeg tržišta. Na osnovu ovih argumenata, Sud je doneo odluku da je član 130s bio odgovarajući pravni osnov i odbio je tužbu.[16]

4. ODNOS ZAŠTITE ŽIVOTNE SREDINE I OSNOVNIH SLOBODA EU

Nacionalni propisi o životnoj sredini koji imaju uticaja na slobodu kretanja robe unutar EU, moraju da poštuju zabrane predviđene članom 34 Ugovora o funkcionisanju EU. Kvantitativna ograničenja uvoza ili mere

[16] Ibid., pasus 21.

koje imaju ekvivalentno dejstvo su u načelu zabranjene, osim ukoliko su neophodne za zaštitu zdravlja ljudi, životinja i biljaka , ili se preduzimaju u cilju zaštite životne sredine. Ove zabrane i ograničenja ne mogu da predstavljaju sredstvo arbitrerne diskriminacije, niti prikriveno ograničenje trgovine između država članica.

Posebno je važno pitanje pronalaženja ravnoteže između slobode kretanja i osnovnih prava unutar Evropske unije. Sud EU i njegovi prethodnici su raspravljali značajan broj slučajeva u kojima su se stranke pozivale na jedan od izuzetaka slobode kretanja predviđen osnivačkim ugovorima. Države članice se mogu pozvati na jedan od tih osnova kako bi izbegle primenu pravila o slobodi kretanja, pozivajući se na određeni neekonomski interes. U ovim slučajevima, načelo proporcionalnosti ima odlučujuću ulogu. Ono obično sadrži tri elementa. Najpre, mora da postoji uzročna veza između nacionalne mere i cilja koji se želi postići. Zatim, ne postoji dostupna alternativna mera, koja je manje restriktivna u pogledu trgovine ili uopšteno slobode kretanja. Takođe, mora da postoji odnos proporcionalnosti između prepreke koja postoji i cilja koji se želi postići i njegovog postignuća. Data mera će biti neproporcionalna ukoliko ograničenje nije u skladu sa ciljem kojem se teži ili rezultatom koji nastaje nacionalnim pravilom.[17]

Jedna od najznačajnijih sudskih odluka o ovom pitanju jeste presuda u slučaju „Danskih boca".[18] Sud je raspravljao o direktnoj tužbi koju je podnela Komisija protiv jednog nacionalnog propisa koji je predviđao da je trgovina pivom i sokovima u Danskoj dozvoljena samo u povratnim kontejnerima i zahtevao je od proizvođača i uvoznika da ustanove sistem depozita i povrata za prazne kontejnere. Sud je razmatrao pomenutu nacionalnu meru na osnovu tadašnjeg člana 28 Ugovora o EZ, u skladu sa presudom u slučaju Kasis de Dižon iz 1979. godine,[19] koja je uvela tzv. test obaveznih uslova. U skladu sa njim, u odsustvu pravila na nivou Zajednice koje se odnose na trgovinu pomenutim proizvodima, roba zakonito proizvedena u bilo kojoj državi članici može da bude uvezena u bilo koju drugu državu članicu. Prepreke slobodnom kretanju koje nastaju iz nesaglasnosti nacionalnih propisa moraju da budu prihvaćene, pod uslovom da su takva pravila primenjiva na domaće i uvozne proizvode bez razlikovanja, zatim da je neophodno zadovoljiti određene obavezne uslo-

[17] Sybe A. de Vries, „Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice", *Utrecht Law Review*, 9/2013, str. 169-192.

[18] Case 302/86 Commission v Denmark, 1988 ECR 4607.

[19] Case 120/78 Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein 1979 ECR 649.

ve prema pravu tadašnjih Zajednica, kao i da postoji proporcionalnost prema cilju koji se želi postići, odnosno da predstavljaju meru koja najmanje ograničava slobodu kretanja robe.[20] Obavezni uslovi koje je utvrdio Sud EU u to vreme su bili oni koji se odnose na efikasnost fiskalnog nadzora, zaštitu javnog zdravlja, pravičnost trgovačkih transakcija i zaštitu potrošača.

U ovom slučaju, Sud je zauzeo stav da zaštita životne sredine predstavlja jedan od osnovnih ciljeva Zajednice i smatrao je da stoga može da predstavlja jedan od prihvatljivih obaveznih uslova na koje se mogu pozvati nacionalni organi na osnovu prakse iz slučaja Kasis de Dižon, kako bi se ograničio ulazak robe iz drugih država članica. Ovaj uslov nije izjednačen sa izuzetkom sadržanim u nekadašnjem članu 30 Ugovora o EZ koji se odnosi na zaštitu zdravlja i života ljudi, životinja ili biljaka, već je prihvaćen kao poseban osnov. Pri donošenju odluke, kako bi podržao svoju argumentaciju, Sud se osvrnuo na odredbe o novoj politici životne sredine iz Jedinstvenog evropskog akta.

U kasnijoj praksi Suda EU potvrđeno je da se zaštita životne sredine razlikuje od drugih mogućih obaveznih uslova. U slučaju *Walloon Waste*,[21] iz 1992. godine bilo je reči o direktnoj tužbi za kršenje koju je Komisija podnela protiv Belgije. Sud je, između ostalog, razmatrao i zakonitost nacionalnih propisa koji su zabranjivali skladištenje i ispuštanje u Valoniji otpada koji je poticao iz druge države članice ili iz nekog drugog regiona Belgije, osim Valonije. Sud je smatrao da otpad, bez obzira da li može da bude recikliran, ili ne, mora da bude posmatran kao roba, u smislu tadašnjeg člana 28 Ugovora o EZ. On se složio da akumuliranje otpada predstavlja opasnost za životnu sredinu i zaključio je da su sporne mere bile opravdane pozivanjem na obavezni uslov zaštite životne sredine. Sud je potvrdio da ovi obavezni uslovi mogu da budu uzeti u obzir samo u slučaju mera koje se primenjuju bez razlikovanja domaćih i uvoznih proizvoda. Međutim, Sud je tvrdio i da pri procenjivanju da li je prepreka diskriminatorna, mora se voditi računa o posebnoj prirodi otpada, zatim o načelu iz Ugovora da se šteta načinjena životnoj sredini mora nadoknaditi na mestu gde je nastala, kao i načelu samodovoljnosti navedenom u Bazelskoj konvenciji o kontroli prekograničnog kretanja opasnih otpada i njihovom odlaganju. Imajući u vidu razlike između otpada proizvedenog na različitim

[20] Eric Engle, Environmental protection as an Obstacle to free Movement of Goods: Realist Jurisprudence in Articles 28 and 30 of the E.C. Treaty, *Journal of Law and Commerce*, 27/2008, 124.

[21] Case C-2/90 Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium 1992 ECR 4431.

mestima i vezu otpada sa mestom njegovog nastanka, Sud je doneo odluku da konkretna mera ne može biti smatrana diskriminatornom.

Pojedini autori smatraju da je ova odluka iznenađujuća, jer je konkretna mera zapravo predstavljala zabranu uvoza otpada proizvedenog u drugoj državi članici i da je zaključak Suda da je u pitanju nediskriminatorna mera neubedljiv, pošto je mera direktno diskriminatorna.[22]

U slučaju *Inter-Huiles* takođe je bilo reči o otpadu. Sud je doneo odluku da država ne može da organizuje sistem za prikupljanje i odlaganje prerađene nafte na svojoj teritoriji, na takav način da time zabranjuje izvoz u drugu državu članicu.[23] U drugom slučaju, *Brûleurs d'Huiles Usagées*, Sud je zauzeo stav da nacionalne mere moraju predstavljati razumna sredstva za postizanje dozvoljenih ciljeva. Međutim, ta sredstva moraju biti što manje restriktivna, iako je zaštita životne sredine prihvaćena kao jedan od osnovnih ciljeva tadašnje Evropske zajednice.[24]

5. SUD EU I NAČELA ZAŠTITE ŽIVOTNE SREDINE

Sud EU se u svojim odlukama pozivao na načela zaštite životne sredine.[25] Možda i najznačajnije od njih je načelo održivog razvoja, koje predstavlja i osnovu Ugovora o EU, a u sebi sadrži i neka druga načela kao što su: načelo predostrožnosti, prevencije, zagađivač plaća i druga. Ova načela su ikorporisana u sekundarno zakonodavstvo još nekadašnjih Zajednica a sada Evropske unije.[26]

U praksi Suda EU možemo naći slučajeve koji ukazuju na povezanost načela zaštite životne sredine. U odluci u slučaju *Raffinerie Mediterranee*[27] Sud je tumačio načelo zagađivač plaća na osnovu Direktive 2004/35/EZ koja se bavi pitanjem odgovornosti u pogledu sprečavanja i nadoknađivanja ekološke štete. U tom slučaju, italijanski sud je dosudio kazne zagađivačima koje su zahtevale aktivnosti izvan onih predviđenih

[22] Francis Jacobs, The Role of the European Court of justice in the Protection of the Environment, *Journal of Environmental Law*, 18/2006, str. 185-205, 189.

[23] Case C-172/82, Syndicat National des Fabricants Raffineurs d'Huile de Graissage v. Groupement dílnteret Economique Inter-Huiles, 1983 ECR I-555, 567-68.

[24] Case C-240/83, Procureur de la Republique v. Association de Defense des Brûleurs d'Huiles Usagées, 1985, ECR I-531.

[25] Videti: Atila Dudaš, „Načela politike zaštite životne sredine u pravu Evropske unije", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2013, 377-390.

[26] Luis A. Aviles, „Sustainable Development and the Legal Protection of the Environment in Europe", *Sustainable Development Law &Policy*, 12/3/2012, str. 33.

[27] Case C-378/08 Raffinerie Mediterranee (ERG) SpA, Polimeri Europa SpA and Syndial SpA v Ministero dello Sviluppo economico and Others, 2010 ECR I-1919.

Direktivom. Ove aktivnosti su bile primenjene bez sprovođenja bilo kakve procene, pre nametanja tih mera, u pogledu troškova i prednosti sa ekonomskog i ekološkog aspekta ili sa aspekta zdravlja. Takođe, Sud je doneo privremene mere u pogledu stranaka u sporu čija zemlja nije bila zagađena, ili je bila dekontaminirana pre stupanja na snagu Direktive. Ove mere su pružale viši stepen zaštite u odnosu na one koje je predviđala Direktiva. Sud je zauzeo stav da načelo zagađivač plaća može da bude inkorporisano i u nacionalne mere koje predviđaju viši stepen zaštite. Članovi 7 i 11(4) Direktive moraju da budu tumačeni tako da dozvoljavaju nadležnom državnom organu da značajno menja određene mere za nadoknađivanje ekološke štete. Da bi se takva odluka usvojila, državni organ mora da omogući proizvođaču na koga se mere odnose da bude saslušan, osim ako hitnost date ekološke situacije zahteva trenutnu i brzu akciju nadležnog državnog organa. Takođe, taj državni organ treba da pozove i lica na čijem zemljištu treba da se izvrši konkretna mera, kako bi oni podneli svoja zapažanja koja treba da budu uzeta u obzir. Na osnovu ovog rezonovanja, nacionalni državni organi mogu da nametnu viši nivo zaštite od onoga koji je prvobitno predviđen Direktivom, pod uslovom da daju zainteresovanim stranama priliku da budu saslušani, ako pozovu vlasnike susednog zemljišta da učestvuju i daju svoje komentare i ako je nacionalna mera odobrena zbog potrebe preduzimanja hitne preventivne akcije.

U slučaju *Afton Chemical Limited*,[28] Sud EU je dalje razjasnio ulogu načela predostrožnosti[29] u zakonodavstvu Evropske unije, time što je potvrdio postojanje sudske kontrole u odnosu na institucionalne aktivnosti koje se odnose na složena pitanja životne sredine. Afon, hemijska kompanija je tražila da se ukinu granice nametnute Direktivom 2009/30 za primenu MMT (supstance *Methylcyclopentadienyl manganese tricarbonyl*) na osnovu načela predostrožnosti, čekajući potpunu procenu uticaja na zdravlje i životnu sredinu. Sud je zauzeo stav da ispravna primena načela predostrožnosti pretpostavlja prvo utvrđivanje potencijalno negativnih posledica po zdravlje korišćenja MMT-a i drugo, sveobuhvatnu procenu rizika po zdravlje, zasnovanu na najpouzdanijim dostupnim naučnim podacima i najnovijim rezultatima međunarodnih istraživanja. U slučajevima kada je nemoguće da se sa sigurnošću utvrdi postojanje ili obim navodnog rizika zbog nedovoljnosti ili nepreciznosti rezultata sprovedenih studija, ali ako postoji verovatnoća da će nastati stvarna šteta po javno zdravlje ukoliko se rizik

[28] Case C-343/09 Afton Chemical Limited v Secretary of State for Transport. ECR 2010 I-7027.

[29] O načelu predostrožnosti vid: Bojan Tubić, „Načelo predostrožnosti u međunarodnom pravu životne sredine i međunarodnoj sudskoj praksi“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2014, 367-384.

materijalizuje, načelo predostrožnosti opravdava upotrebu restriktivnih mera, pod uslovom da su objektivne i da nisu diskriminatorne. U takvim okolnostima, zakonodavstvo Evropske unije može, na osnovu načela predostrožnosti, preduzeti zaštitne mere ne čekajući da ti rizici budu i ostvareni. U ovom slučaju, Sud je zauzeo stav da su privremena ograničenja dodavanja MMT u goriva za sagorevanje, čekajući potpunu naučnu procenu, objektivna i nediskriminatorna i stoga, predstavljaju pravilno korišćenje načela predostrožnosti.

6. ZAKLJUČAK

Sud EU je imao veoma značajnu ulogu u razvoju zaštite životne sredine u Evropskoj uniji. Ova njegova aktivnost je posebno bila značajna u slučajevima kada nije postojao pravni osnov u osnivačkim ugovorima za donošenje sekundarnog zakonodavstva nekadašnjih Zajednica i Evropske unije. U svojoj praksi, Sud je pokazao spremnost da promoviše politiku zaštite životne sredine i u slučajevima kada je ona mogla da dođe u sukob sa nekim drugim osnovnim načelom Evropske unije, kao što je slobodna trgovina. Ova dva suprotstavljena cilja treba da budu balansirana. Presuda u slučaju „Danskih boca" je značajna zbog toga što je potvrdila da je zaštita životne sredine jedan od osnovnih ciljeva Zajednice. Utvrđeno je da ona predstavlja poseban izuzetak od slobode kretanja robe i da nije izjednačena sa ostalima koji se odnose na zaštitu zdravlja i života ljudi i životinja. Ovo shvatanje je potvrđeno u kasnijoj praksi Suda. Može se reći da je Sud ekstenzivno tumačio mere koje se odnose na životnu sredinu, čak i pored veoma strogog restriktivnog stava Suda u pogledu ograničenja trgovine unutar EU. Sud je zauzeo stav da institucije EU imaju široka diskreciona ovlašćenja u pogledu toga kako da oblikuju politiku životne sredine i da treba da pronađu ravnotežu između značaja ekoloških ciljeva i drugih ciljeva EU.

Bojan N. Tubić, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

Role of the Court of Justice of the European Union in the Field of Environmental Protection

Abstract: *The rules on environmental protection were quite late included in the founding treaties of the former European Communities. After Single European Act entered into force, there was legal basis for the secondary legislation of the European Community and later European Union. In the practice of the Court of Justice of the European Communities and later Court of Justice of the European Union, the issue of environmental protection has been discussed in several important cases. The Court has established which legal basis is appropriate for enacting regulations and directives related to environment. The case law on relation between the freedom of movement of goods and principle of environmental protection is of special importance because it is necessary to find a balance between these two principles. The judgment in the case of "Danish bottles" is significant because it has confirmed that environmental protection is one of the primary objectives of the Community. Moreover, it has added one obligatory requirement to the list of exceptions from the freedom of movement of goods, which was mentioned in the case Cassis de Dijon. The ECJ has also discussed principles of environmental protection because by developing this area they were established and now have a significant influence on other EU policies.*

Key words: *ECJ, environmental protection, EU, fundamental freedoms.*

Datum prijema rada: 15.09.2015.

Pregledni članak 34.021(37+497.11)
doi:10.5937/zrpfns49-8408

Dr Vladimir Vuletić, docent
Univerzitet u Beogradu
Pravni fakultet u Beogradu
pfc@ius.bg.ac.rs

PRETOR NE ŠTITI KUKAVICE: O DVOSTRUKOM KARAKTERU PRINUDE U RIMSKOM I SAVREMENOM DOMAĆEM PRAVU

Sažetak: *O prinudi, koja je, u našem pravnom sistemu, institut privatnog i javnog prava, definisana Zakonom o obligacionim odnosima i Krivičnim zakonikom Republike Srbije, u domaćim okvirima nije se dovoljno pisalo. U radu se nastoji da se pravnoistorijski, uporednopravno i socijalno-politički, ali i normativno, oslanjajući se na filološku analizu tekstova, osvetli i analizira ovaj prilično kontroverzan pravni institut. Pri tom, osnovna namera autora je dvojaka.*

Prvo, teži se detaljnom predstavljanju nastanka i razvoja ove pravne ustanove u rimskom pravu, uz neophodno isticanje društveno-političkih okolnosti koje su do toga dovele. Autor potom problematizuje pitanje konsenzusa, kao temeljnog elementa za nastanak ugovora i odnosa unutrašnje i izjavljene volje, kritikujući dominantan stav u romanistici da je u klasičnom rimskom pravu preovlađivalo načelo coactus voluit tamen voluit. Istovremeno, posebnu pažnju posvećuje uslovima pod kojima oštećena strana može koristiti instrumente zaštite. Pri tom insistira na objektiviziranoj ulozi straha kao jednog od najvažnijih uslova postojanja prinude i nudi argumente u prilog tezi da je već rimsko pravo uspostavilo načelo opravdanog straha, koje je savremeno pravo dosledno usvojilo. Autor nastoji i da ukaže na međusobni odnos mehanizama zaštite od prinude u rimskom pravu, ističući tezu da restitucije i tužba nisu funkcionisale odvojeno, već da je tužba imala restitutivnu ulogu.

Drugo, u normativnoj analizi instituta prinude u savremenom domaćem pravu, autor pokušava da povuče liniju uticaja između rešenja rimske jurisprudencije i domaćeg zakonodavstva, ističući brojne i vidljive primere ove recepcije. Istovremeno se ukazuje na dvostruki karakter pri-

nude, u rimskom pravu kao mane volje i privatnog pretorskog delikta, a u domaćem kao javnopravnog i privatnopravnog instituta.

Rad predstavlja još jedan prilog autorovoj težnji da se rimsko pravo posmatra kao živ, dinamičan i aktuelan sistem, koji, u savremenim nastojanjima harmonizacije pravnog sistema Evropske unije, može još uvek biti od koristi.

Ključne reči: *Prinuda. – Strah. - Rimsko pravo. - Zakon o obligacionim odnosima. - Krivični zakonik Republike Srbije.*

1. UVOD

Prinuda (*metus*) je interesantan i kontroverzan pravni institut. Prema većini definicija, praćena je nasiljem (*vis*) i označava pravnu situaciju u kojoj jedna strana prisili drugu da zaključi neki štetan pravni posao, koji, inače, ne bi zaključila da prinude i sile nije bilo - *necessitas imposita contraria voluntati.*[1] Čitav jedan titulus četvrte knjige Justinijanovih Digesta, posvećen je ovom pitanju.[2] Pažnju romanista i uopšte civilista pobuđuje njen specifičan dvostruki karakter kako u rimskom, tako i u modernom pravu.

Prinuda je, pod određenim uslovima, jedan od oblika mane volje, koje se mogu otkloniti konvalidacijom ugovora. Međutim, u rimskom pravu ona je i jedan od tzv. pretorskih delikata koji je razvio posebnu zaštitu za oštećenu ugovornu stranu. Ta dvostruka pravna priroda ovog instituta preneta je u savremene evropske pravne sisteme ali i u domaće moderno pravo. Prinuda danas je u našem savremenom pravu hibridni, privatnopravni[3] i javnopravni[4] institut, za razliku od rimskog prava, gde su oba njena pojavna oblika zadirala samo u sferu privatnog prava.

Istorijska pozadina nastanka i razvoja ovog instituta vezuje se za I vek pre Hrista u Rimu, nakon reformi koje su izveli braća Grah. To je

---

[1] *D. 2. 4. 1.(Paulus libro quarto ad edictum),*Miroslav Milošević, *Rimsko pravo*, Beograd 2010, 398, Obrad Stanojević, *Rimsko pravo*, Beograd 2003, 400, Dragoljub Aranđelović, *Rimsko pravo* (beleške sa predavanja), Beograd 1912, 169, Janez Kranjc, *Rimsko pravo*, Ljubljana 2008, 287, Marijan Horvat, *Rimsko pravo*, Zagreb 1958, 357, Ivo Puhan, *Rimsko pravo*, Beograd 1977, 285, Dragomir Stojčević, *Rimsko privatno pravo*, Beograd 1973, 289, Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd 1981, 304, Oliver Antić, *Obligaciono pravo*, Beograd 2012, 336, Zoran Rašović, *Građansko pravo*, Podgorica 2006, 302, Živomir Djordjević, Vladan Stanković, *Obligaciono pravo - opšti deo*, Beograd 1986, 246.

[2] *D. 4. 2. Quod metus causa gestum erit*

[3] Zakon o obligacionim odnosima - ZOO, *Službeni list SCG, br.1/2003,* čl. 60.

[4] Krivični Zakonik Republike Srbije - KZ, *Službeni Glasnik RS, br. 85/2005, 88/2005*.. čl. 135.

vreme stalnih društvenih i političkih previranja, u kojem, kako neki autori navode, nasilje postaje svakodnevica, način života.[5] Nakon ubistva rimskog sposobnog i lukavog političara Pulhera (*Publius Clodius Pulcher*), koji je život izgubio u uličnoj tuči, namnožile su naoružane bande robova, oslobođenika i gradske sirotinje koje su bile spremne da se, za račun nalogodavaca, surovo obračunaju sa njihovim političkim protivnicima.[6] Ciceron ilustruje slučaj Gaja Vera (*Gaius Verres*), propretora Sicilije od 73. do 71. godine pre H. i njegovog sledbenika Apronija (*Apronius*), koji su, pretnjama krivičnim gonjenjem i šibanjem, iznudili od seljaka većinu njihovog godišnjeg roda kukuruza.[7]

Međutim, politička nestabilnost kulminirala je žestokim građanskim ratom između 90. i 80. godine p.H, iz kojeg je, kao pobednik, izašao general Kornelije Sula (*Lucius Cornelius Sulla Felix*), koji je ubrzo sebe proglasio za diktatora rimske Republike. U nameri da se obračuna sa ostacima svojih protivnika, organizovao je proskripcije u kojima su njihovi sledbenici stavljani van zakona a glave su im bile ucenjene.[8] U ovakvom stanju potpune pravne nesigurnosti i atmosferi straha, prostor za različite oblike prinude i prisile bio je široko otvoren. Sulini ljudi su, neretko, pod formom ugovora, iza koje je stajala nedvosmislena i ozbiljna prinuda, iznuđivali zemlju i ostalu imovinu. U provincijama stanje nije bilo ništa bolje. Guverneri rimskih provincija su, zloupotre-

[5] Glover (*Glover*) ističe da je ovo vreme obračuna sa političkim neistomišljenicima, sumnjivog napredovanja magistrata, brzih i nepravičnih suđenja, brutalnog zastrašivanja građana kako u Rimu tako i u provincijama, ugnjetavanja od strane vladajuće elite, Graham Glover, "Metus in the Roman Law of Obligations", *Fundamina* 10/2004, 31. Cimerman (*Cimmermann*) piše da je ovo vreme pada starog načina života i političkog poretka, a da su nasilje i strah zahvatili i izborni proces i sudski postupak, čime su dovedene u pitanje temeljne vrednosti rimskog društva, Reinhard Cimmermann, *The Law of Obligations - Roman Foundations of the Civilan Traditions*, Oxford - Kape Town 1995, 651. Prema Lintotu (*Lintott*), čak i visoki magistrati nisu bili pošteđeni, opisujući slučaj pretora Aselija, ubijenog od strane zelenaša, Andrew Lintott, *Violence in Republican Rome*, Oxford University Press 1968, 132. I jedan od prvih Ciceronovih govora - *Pro Sexto Roscio Amerino*, posvećen je odbrani sina jednog uglednog Rimljanina, kome su Suline pristalice pokušale da otmu očevinu.

[6] S vremena na vreme, proglašavano je, usled ovakvih pojava, vanredno stanje putem *senatus consultum ultimum*: *Videant consules ne quid res publica detrimenti capiat*, M. Milošević, 44, R. Zimmermann, 651.

[7] *Cicero, In Verem Oratio, 2, 2, 30, 71*

[8] U te svrhe, Sula je izvršio manumisiju preko deset hiljada robova, pretvarajući ih u svoju privatnu vojsku, poznatu pod imenom *Cornelii*. Ti ljudi, slikovito piše Lintot, osloboljeni konačno stega ropstva, opijeni novom snagom i moći pripadnosti najužem krugu Sulinih podanika, poput skakavaca su pustošili imanja seljaka, neretko iznuđujući pretnjama i prinudom čitave posede i sve plodove na njima, Lintott, 204-205.

bljavajući svoj politički položaj, prinudom dolazili do sredstava za izbornu kampanju, čime su uspevali da pridobiju i više funkcije.[9]

Tek nakon okončanja Suline diktature 79. godine p.H,[10] stvarali su se postepeno uslovi za pokušaj ostvarivanja svojevrsnog "povratka u pređašnje stanje". Namera novih lidera bila je da se usvoji jasna zakonska regulativa kojom će sva lica, koja su se, u vreme smutnih vremena Suline vladavine protivpravno obogatili, morati da vrate sve što su prinudom stekli. U tom kontekstu, suočili su se sa dvostrukim karakterom prinude. Naime, neposredna fizička prinuda je tretirana kao delikt, dok je prinuda ozbiljnom pretnjom, kako bi štetan ugovor bio zaključen, kvalifikovana kao mana volje.

Godine 77. p.H, peregrinski pretor Lukul (*Marcus Terentius Varro Lucullus*) pokušao je da zaustavi dalje pljačke i razbojništva, uvodeći novu tužbu *actio bonorum vi raptorum*. Ovom tužbom se od onih lica koja su silom došla do imovine, mogla zahtevati četvorostruka vrednost stvari.[11] Pokušaj sa uvođenjem *Lex Cornelia repentudarum*[12] nije doneo očekivane rezultate. Namera je bila da se guverneri provincija, koji su zloupotrebom svog položaja, došli do enormnog bogatstva prinudama i zastrašivanjem, budu procesuirani kako bi im bilo oduzeto sve što je na taj način stečeno. Međutim, provincije su daleko od Rima i nije bilo lako svakog pojedinačno guvernera brzo i efikasno procesuirati. Mnogi od njih su nalazili svoje bezbedno i dugo utočište u gradovima u provincijama širom države. To se posebno odnosi na slučaj propretora Vara koji je, kako Cimerman navodi, uspeo da se domogne luke Masilije (današnjeg Marseja) gde je mirno živeo narednih 26 godina, uživajući u bogatstvu do kojeg je prinudom došao za tri godine svog mandata na Siciliji.[13]

Ovom problemu se moralo energičnije i zahtevnije prići. Specifična, dvostruka pravna priroda prinude iziskivala je i složenija rešenja. U svim slučajevima, bilo je jasno da je volja kod lica koja su zaključivala štetne ugovore ili bila ozbiljno manljiva ili je uopšte nije bilo. Regulisanje tog pitanja, izgleda, bilo je ključ uspeha.

---

[9] Čak ni dotadašnja magistratura plebejskog tribuna više nije bila u mogućnosti da spreči ovakve zloupotrebe, Zimmermann, 652.

[10] Sula je umro godinu dana kasnije.

[11] Postoje izvesna neslaganja u vezi sa pravnom prirodom ove tužbe. Dok je u klasičnom pravu smatraju isključivo penalnom, Gaj navodi i drugačije miljenje, koje je i Justinijan usvojio - u njegovo vreme ovo je mešovita tužba (*actio mixta*) jer glasi na povratak stvari i kaznu u trostrukom iznosu, što ukazuje da, nakon godinu dana, postaje reipersekutorna, M. Milošević, 397.

[12] Termin "*repetundae*", u stvari, navodi Momzen (*Mommsen*), označava stvari ili novac koji je funkcioneru dat pod prinudom ili kao mito, a koji se, ovim zakonom, mogao zahtevati natrag (*repetere*), Theodor Mommsen, *Römisches Strafrechts*, Leipzig 1899, 705.

[13] Život mu je nasilno okončan 43. godine p.H, nakon što su Antonije i Oktavijan učvrstili svoju vlast u Rimu, R. Zimmermann, 652.

2. COACTUS VOLUIT, TAMEN VOLUIT?

Volja je neminovna pretpostavka postojanja svakog ugovora. Saglasnost volja obe ugovorne strane je, ne samo bitan element, već i svojevrsan intelektualni čin.U rimskom klasičnom pravu je za zaključenje konsensualnih kontrakata dovoljan samo postignuti sporazum, prosta saglasnost volja (konsensus) i to čak ne zahtevajući postojanje bilo svečanih reči, bilo kakvih pisanih akata:

"Consensu fiunt obligations in emptionibus et venditionibus, locationibus, conductionibus, societatibus, mandatis."[14]

Dovoljno je samo da se stranke ugovornice saglase oko bitnih elemenata ugovora:

"..qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, in est in unam sententiam decurrunt."[15]

Volja je, po svojoj prirodi, psihološki odnos prema određenom načinu ponašanja. Kako zaključenju ugovora prethodi izvesno odlučivanje i donošenje svesne odluke o zasnivanju prava i obaveza, svest o elementima preduzete radnje i namera da se ugovor zaključi, čine osnovne osobine pravno relevantne volje.[16] Međutim, svest nije dovoljna za zaključenje ugovora. Neophodno je i da stranke nedvosmisleno iskažu nameru za nastanak kontrakta (*animus contrahendi*). Tradicionalno se za atribute pravno relevantne volje zahtevaju uslovi da je ona ozbiljno mišljena, stvarna a ne prividna (simulovana), da je usmerena na nešto što je moguće ostvariti i da je slobodno iskazana.

Civilisti su, još od Savinjija, razvili dve teorije o pravnoj prirodi slobodno iskazane volje. Prema teoriji volje (*Willenstheorie*) bitna je tzv. unutrašnja volja koju lice zaista ima prilikom stupanja u ugovorni odnos. Spoljna manifestacija te volje je, navodi Perović tumačeći Savinjija, samo verna slika unutrašnje volje, kojoj valja dati prednost, jer izjavljena volja može imati dejstva samo u onoj meri u kojoj verno reprodukuje stvarnu volju.[17] Zagovornici tzv. teorije izjave (*Erklärungstheorie*) da, u slučaju nesklada između unutrašnje i izjavljene volje, prednost valja dati ovoj potonjoj. Razlozi za ovakvo tumačenje se obično nalaze u činjenici da je unutrašnja volja uglavnom hipotetička kategorija. Interes pravne sigurnosti i izvesnosti u pravnom prometu nalaže da se povede računa samo o onome što su su strane ugovornica izjavile a ne i o onome što su, eventualno, imale na umu, ali nisu ni na koji način to izrazile.[18]

---

[14] *Gai Inst. 3, 135.*
[15] *D. 2.14.1.3. (Ulpianus libro quatro ad edictum)*
[16] S. Perović, 253.
[17] S. Perović, 254.
[18] *Ibid.*

Međutim, tumačenje pravne prirode izjvljene volje ima smisla ukoliko je do izjave volje uopšte došlo. Rimsko pravo je, u početku, prinudu definisalo kao *vis ac metus* (sila i strah). Pandektisti su, tokom srednjeg veka, napravili distinkciju koja se i danas koristi u literaturi, razlikujući tzv. *vis compulsiva* - pretnju, stavljanje u izgled neke opasnosti ili ozbiljne neprijatnosti po stranku ukoliko ne postupi po volji onoga koji je pretnju izvršio, i tzv. *vis absoluta*, čistu prisilu, fizičku prinudu, kod koje stranka nije ni bila u mogućnosti da izjavi bilo kakvu volju.[19] Dakle, u ovom slučaju, nije ni reč o nedostatku volje, nego o potpunom odsustvu volje, budući da je fizička sila upravljena na nanošenje fizičkog bola (uvrtanje ruke u nameri potpisivanja ugovora, nasilno unošenje opojnih droga u organizam ne bi li se iznudio pristanak).[20] U rimskom pravu ovakva situacija i nije potpadala pod *metus*, pa je oštećena strana koristila tužbu iz injurije.

U slučaju *vis compulsiva*, rimsko staro civilno pravo stajalo je na stanovištu teorije izjavljene volje, pre svega imajući u vidu prevagu strogog formalizma i apstraktnosti u sklapanju poslova *iuris civilis*. Osim toga, poslovi su sklapani javno, na Forumu, pred građanima i magistratima, pa su efekti izgovorenih reči nastupali gotovo istovremeno sa izjavljenim svečanim rečima i učinjenim gestovima. Da bi pravni posao proizveo pravni efekat, merodavna je unapred stroga propisana forma koja u zapećak baca unutrašnju volju stranke.[21] Možda je odredba iz Šeste tablice Zakona 12 tablica dobar primer koji svedoči rimskom stavu o snazi javno izgovorene reči:

"Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto."[22]

Neretko se, kao potkrepljenje ovakvom rimskom mišljenju, ističe Pavlov tekst iz Digesta:

"Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui: sed per praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur."[23]

---

[19] Istini za volju, ova distinkcija nije dosledno sprovedena u svim modernim građanskim zakonicima (Srpski građanski zakonik (SGZ), čl. 28, 537, 937, Austrijski građanski zakonik (AGZ), čl. 870 i 874, Švajcarski zakonik o obligacijama, čl. 29.). Nasuprot ovome, u Opštem imovinskom zakoniku za Crnu Goru (OIZ) nedvosmisleno se razlikuju termini "nasilje" i "ozbiljno plašenje" kao dva posebna oblika prinude (OIZ, čl. 519, 908.). Međutim, u savremenom domaćem pravu termin "prinuda" izgleda da obuhvata oba slučaja: i čistu fizičku prinudu i stavljanje u izgled opasnosti (tako i naš Krivični zakonik, čl. 149.).

[20] S. Perović, 305, O. Antić, 336.

[21] U to staro primitivno doba strogog formalizma, piše Horvat, izgovorene svečane reči i gestovi proizvode pravni efekat, uprkos tome da li ga je stranka zaista i želela, M. Horvat, 223.

[22] *Lex duodecim tabularum, 6.1.*

U ovom fragmentu, izgleda, Pavle ne ostavlja mesta sumnji: ukoliko je neko bio prinuđen da se prihvati nasleđa, naslednik je i postao, budući da je, uprkos prinudi, izjavio pravno relevatnu volju. Dakle, *coactus voluit, tamen voluit*.[24] Izjavljena volja je relevatna volja, pravni posao nastaje, imajući u vidu svesni nesklad volje i izjave.[25] Ukoliko je izjavljena volja jasna i nedvosmislena, kaže Pavle, čak nema razloga ni upuštati se u motive stranke.[26] U slučaju dvosmisleno izjavljene volje, tumači se namera konkretnih stranaka u konkretnom pravnom poslu, a ne uobičajena namera u svim sličnim poslovima. Sledstveno ovome, stiče se utisak, koji posebno podvlače neki romanisti, da i u klasičnom periodu važi tumačenje *quod actum est* a ne *quid senserit*.[27]

Tendencija da se i klasičnom rimskom pravu pripisuje krutost i nedovoljan korpus značajnih promena, jedno je od opštih mesta romanistike u proteklim vekovima. Uglavnom se, tom prilikom, ističu doprinosi Justinijana i njegove izvanredne kodifikacije. Međutim, često se prenebregava i zanemarije doprinos klauzule *quidquid dare facere oportet ex fide bona*, koja je davala sudiji ovlašćenje da uzme u obzir ponašanje stranaka, u toku trajanja i izvršenja pravnog posla, kao i, kako Sič navodi, osnovanosti pokretanja samog postupka sa aspekta prihvaćenog etičkog ponašanja stranaka u datom slučaju i u datim društvenim uslovima.[28] Ta teza se može osporavati i po ovom pitanju,[29] suprotstavljajući joj jedan Pavlov fragment iz Digesta:

---

[23] *D. 4. 2. 21. 5.* (*Paulus libro 11 ad edictum)*

[24] Kao podrška ovakvom stavu, mogu se istaći i Celzov fragment iz Digesta, *D. 23. 2. 22. (Celsus libro 15 digestorum*): *Si patre cogente ducit uxorem, quam non duceret, si sui arbitrii esset, contraxit tamen matrimonium, quod inter invitos non contrahitur: maluisse hoc videtur,* kao i fragment iz Institucija, koji ističe valjanost stipulacije i ostalih formalnih ugovora u ovom slučaju *"...si metu coactus...stipulanti Titio promisisti, quod non debueras promittere palam est, iure civili te obligatum esse, et actio, qua intenditur dare te oportere efficax est." (Inst. IV, 13. 1).*

[25] M. Milošević, 338. Tako, za razliku od zablude, slikovito objašnjava Antić, kada je stranka bila u stanju "blaženog neznanja", kod prinude je situacija drugačija: upravo zbog kompletnog sagledavanja situacije, zbog "neprijatnog znanja", izjavljena volja nije jednaka unutrašnjoj volji, O. Antić, 335-336.

[26] *D. 32. 25. 1. (Paulus libro primo ad Neratium): "Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio."*

[27] M. Horvat, 224, I. Puhan, 285, D. Stojčević, 290.

[28] M. Sič, "Iudicia bonae fidei", *Zbornik radova Pravnog fakulteta,* Novi Sad 2014, 48/2, 239.

[29] U novije vreme ima pokušaja da se klasičnoj rimskoj jurisprudenciji i njenim dometima ukaže posebna pažnja. Takav je slučaj sa institutom latentnih fizičkih mana stvari kod ugovora o prodaji. Nasuprot nekim uvreženim stavovima o osobinama cene

"In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id dumtaxat quod volumus: itaque qui aliud dicit quam vult, neque id dicit quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur."[30]

U ovom fragmentu Pavle ističe, čini se, potpuno suprotan zaključak od onog koji se uglavnom iznosi u korist tvrdnje da *coactus voluit tamen voluit*. Kod dvosmislene izjave, veli ovaj klasični pravnik, mi ne govorimo i jedno i drugo, nego *jedino ono što hoćemo (sed id dumtaxat quod volumus)*. Prema tome, kada neko govori drugo, a ne ono što želi, onda on *ne kaže ni ono što reč sama po sebi znači*, jer on to ne želi, niti ono što želi - jer o tome ne govori. Deluje da već klasično rimsko pravo naslućuje unutrašnju volju stranke kao presudnu za nastanak pravnog efekta ugovora. U analiziranom fragmentu *D. 4. 2. 21. 5.* (*Paulus libro 11 ad edictum)* naslednička izjava pod prinudom, istina, stranku čini naslednikom, međutim, drugi deo ovog fragmenta ukazuje da manljiva volja, uprkos nastanku pravnog posla, omogućava relativizaciju njegovih stvarnih efekata. "*Sed per praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur"* nam jasno govori da će pretor dati restituciju i omogućiti *beneficium abstinentiae* nasledniku!

Štaviše, nastavak ovog fragmenta otkriva pravu prirodu uloge pretora i već jasniju naznaku da klasično rimsko pravo uvažava unutrašnju volju stranke:

"Si coactus hereditatem repudiem, duplici via praetor mihi succurrit aut utiles actiones quasi heredi dando aut actionem metus causa praestando, ut quam viam ego elegerim, haec mihi pateat."[31]

Ukoliko neko bude prinuđen da odbije prijem nasleđa (kojeg bi, inače, želeo da se prihvati) pretor mu može pomoći na dva načina: ili mu omogućavajući *actio utilis* kao da je postao naslednik ili tužbu *metus causa*. Izbor ova dva procesna sredstva u rukama je stranke koja je izjavila volju pod prinudom. Da li, imajući ovo u vidu, može da se, u klasičnom rimskom pravu, u potpunosti prihvati dominatnost načela *coactus voluit, tamen voluit*? Ne čini li se da je domašaj ovog načela relativizovan, čak potran stavom jurisprudencije i posebno značajnom ulogom pretora? Vredi pokušati to i dokazati.

(posebno o institutu *invicem se circumsribere*), obimu korpusa zaštite prava kupca i uloge klauzule *quidquid dare facere oportet ex fide bona,* ima stavova koji ukazuju na presudan značaj i domašaj upravo rimskog klasičnog prava u ovoj oblasti, kojoj Justinijan nije imao šta značajnije da doda, vid. više u V. Vuletić, *Zaštita prava kupca - doprinos rimskog klasičnog prava razvoju evropskog privatnog prava* (dok. disertacija), Beograd 2010, daktilografisano.

[30] *D. 34. 5. 3. (Paulus libro quatro decimo quaestionum)*

[31] *D. 4. 2. 21. 6.* (*Paulus libro 11 ad edictum)*

3. NIHIL CONSENSUI TAM CONTRARIUM EST, QUAM VIS ATQUE METUS

U Ulpijanovom fragmentu iz Digesta,[32] otkriva se nedvosmisleni stav da ništa nije u takvoj meri suprotno saglasnosti stranaka, kao prisustvo sile i straha. Štaviše, tvrdi Ulpijan, ove okolnosti se moraju uzimati u obzir prilikom suđenja poslova *bona fidei*, jer bi suprotno bilo protivno moralu. U okviru svoje nadležnosti *adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia*,[33] pretor je, imajući u vidu analizirane društvene i političke okolnosti, suočen sa brojnim primerima zloupotreba javno izražene volje, odlučio da interveniše i u ovom pogledu.

Tako je 79. godine p. H. pretor Oktavije prvi put formulisao mehanizam zaštite u situaciji "*per vim aut metum auferre*", tužbom koja je po njemu dobila ime *formula Octaviana (actio quod metus causa)*.[34] Ulpijan nam saopštava pretorovu nameru da ne dozvoli ni jedan pravni posao koji je sklopljen usled prinude – *quod metus causa gestum erit, ratum non habebo*.[35] Pretor je, izgleda, polazio od toga da, u slučaju prinude, nije samo reč o mani volje, odnosno o svesnom neskladu između mišljene i iskazane volje, već o pravno potpuno nedopuštenom formiranju volje,[36] čime je uspostavljen pretorski delikt - *metus*. Time je, na određeni način, prinuda oblikovala svoj dvostruki karakter: kao mana volje koja izaziva rušljivost ugovora, ali i kao pretorski delikt, zaštićen posebnim procesnim sredstvima.

Međutim, uslovi, pod kojima se može zahtevati procesna zaštita usled prinude, su restriktivno postavljeni. Kao što je moguć slučaj zloupotrebe javno iskazane volje, tako je moguća i zloupotreba zahteva za zaštitom, ukoliko nema osnovanih razloga. Prvi uslov sadržan je u Gajevom fragmentu iz Digesta:

"*Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat, ad hoc edictum pertinere dicemus."*[37]

---

[32] *D. 50. 17. 116 (Ulpianus libro undecimo ad edictum)*

[33] *D. 1. 1. 7. 1 (Papinianus libro secundo definitionum)*

[34] M. Milošević, 398, I. Puhan, 285, M. Horvat, 357, D. Stojčević, 290, R. Zimmermann, 653. Ovo je, tvrdi Kupiš (*Kupisch*) bila istorijski početna tačka od koje je započeto stvaranje sistema zaštite usled brutalne prinude, koja se, još jasnije i intenzivnije, može sagledati u Hadrijanovo vreme, Berthold Kupisch, *In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht*, Berlin-NewYork 1974, 158.

[35] *D. 4. 2. 1 (Ulpianus libro undecimo ad edictum)*

[36] Tako i I. Puhan, 285.

[37] *D. 4. 2. 6 (Gaius libro quarto ad edictum provinciale).*U istom smislu i Ulpijan, D. 4. 2. 7 *(Ulpianus libro 11 ad edictum)"…si quis meticulosus rem nullam frustra timuerit, per hoc edictum non restituitur, quoniam neque metus causa factum est."*

Vidi se da pravo na zaštitu ima ona stranka koja je pretrpela ozbiljan strah. To ne može biti strah koji bi inače plašljivog čoveka prinudio na zaključivanje pravnog posla, već onaj koji bi opravdano obuzeo i najhrabrijeg čoveka (*vir constantissimus*).[38]Ima mišljenja da je ovako restriktivno postavljen zahtev, u stvari, posledica rimskog poimanja osnovne ljudske vrline: hrabrosti i postojanosti.[39] Dakle, pod ovim terminom valja podrazumevati posebno jaku silu (Labeon bi rekao samo veće zlo – *timor quislibet*),[40] i onu koja je suprotna dobrim običajima i moralu.[41] Može se, sledstveno ovome, zaključiti da bi takav opravdani strah, usled kojeg pretor daje pravo na zaštitu, mogao biti strah od pretnje smrću,[42] zatvorom[43] ili ropstvom.[44] Ne može se, međutim, pod takvim strahom podrazumevati situacija u kojoj silu primenjuje magistrat u okviru svoje nadležnosti.[45] Takođe, pod takvu okolnost se ne može podvesti ni *metus reverentialis*, odnosno duboko poštovanje i strah koji sin oseća prema ocu, pa ga taj strah primora da deluje pod prinudom.[46] Jasno je da sila koja je pretila mora biti takva da bi pokolebala i najpostojanijeg i najhrabrijeg čoveka, jer, kako su to Rimljani formulisali: pretor ne štiti kukavice.[47]

Iz navedenog, ali i iz ostalih fragmenata iz Digesta, vidi se da je pretnja morala biti protivpravna, ozbiljno mišljena, neposredna i upućena saugovaraču lično ili članovima njegove najbliže porodice.[48] Sledstveno ovome, pravni poslovi, preduzeti *propter trepidationem mentis causa instantis vel futuri periculi*,[49] zbog straha i uznemirenosti usled sadašnje ili

---

[38] Ova karakteristika se u dobroj meri vezuje za standard *bonus vir*, a poznato je, kako veli Sič, da termin *bonus* prati i druge rimske koncepte koji su vremenom postali pravni standardi: *bonus pater familias, arbitrum boni viri, inter bonos bene agere, bonum et aequm,* M. Sič, "*Fides* i *bona fides* u procesu stvaranja rimskog opšteg prava (*ius gentium*)", *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, Novi Sad 2014, 46/2, 173.

[39] Cimerman ističe da bi svaki Rimljanin uobičajeno bio odgovoran za svoje izjave i dela, a da je društvo negativno gledalo na svaki pokušaj da se ta odgovornost prenebregne ili neopravdano odbaci, R. Zimmermann, 653.

[40] *D. 4. 2. 5(Ulpianus libro 11 ad edictum)*

[41] *D. 4. 2. 3.(Ulpianus libro 11 ad edictum)*

[42] *D. 4. 2. 3. 1 (Ulpianus libro 11 ad edictum)*

[43] *D. 4. 2. 7. 1(Ulpianus libro 11 ad edictum)*

[44] *D. 4. 2. 8. 1 (Paulus libro 11 ad edictum)*

[45] *D. 4. 2. 3.(Ulpianus libro 11 ad edictum)*

[46] Jacques E. du Plessis, *Compulsion and Restitution – A historical and comparative study of the treatment of compulsion in Scottish private law with particular emphasis on its relevance to the law of restitution or unjustified enrichment*, (dok. disertacija, daktilografisano), University of Aberdeen 1997, 166.

[47] O. Stanojević, 401, M. Milošević, 398, D. Stojčević, 290.

[48] *D. 2. 1-9.*

[49] *Ibid.*

buduće opasnosti, nisu pravno valjani. Od Hadrijanovog vremena, ugrađeno u Edikt,[50] prinuda predstavlja svaku protivpravnu radnju čiji je cilj da se druga strana prinudi na nešto što, inače, ne bi želela – *si liberum esset noluissem, sed coactus volui.*[51]

Ukoliko su ovi uslovi ispunjeni, *Formula Octaviana (actio quod metus causa)* bez sumnje je najmoćnije i najpoželjnije sredstvo u rukama tužioca, koje mu je pretor stavio na raspolaganje. Nekoliko je važnih prednosti, ali i osobenosti, na njenoj strani. Prvo, ovo je penalna tužba koja glasi na četvorostruku vrednost stvari, a, nakon godinu dana, postaje reipersekutorna.[52]

Drugo, ovo je tužba *in rem scripta*. Ona ne pogađa samo ono lice koje je izvršilo prinudu, nego i svako lice kod kojeg se predmet prinuđe nađe u rukama i od njega je imalo korist. To važi i za savesnog pribavioca.[53] Razlog ovakvom rešenju nam daje Ulpijan *"...in alterius praemium verti alienum metum non oportere."*,[54] zabranjujući da se prinudom deluje u korist bilo kog trećeg lica, odnosno ističe da cilj ove tužbe nije samo da se zaustavi lice koje prinudu čini, već da se njome vrati sve što je, usled prinude, dato.[55]

Treće, ovo je arbitrarna tužba.[56] Tuženi se može osloboditi plaćanja četvorostruke vrednosti stvari i pre donošenja presude, ukoliko jednostavno vrati tužiocu predmet koji mu je prinudom oduzeo ili naknadi

---

[50] Ulrich Von Lübtow, "Der Ediktstitel "Quod metus causa gestum erit", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (romanistische Abteilung) 43 (1922),* 171, Arthur Sverijn Hartkamp, "Der Zwang im römischen Privatrech", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (romanistische Abteilung) 43 (1922),* 214.

[51] *D. 4. 2. 21. 5 (Paulus libro 11 ad edictum)*

[52] *D. 4. 2. 14. 1 (Paulus libro 11 ad edictum)Si quis non restituat, in quadruplum in eum iudicium pollicetur: quadruplabitur autem omne quodcumque restitui oportuit. Satis clementer cum reo praetor egit, ut daret ei restituendi facultatem, si vult poenam evitare. Post annum vero in simplum actionem pollicetur, sed non semper, sed causa cognita.* Kazer (*Kaser*) navodi da je Justinijan izmenio obavezu plaćanja četvorostruke vrednosti stvari, pretvarajući ovu tužbu u restitutornu *in triplum*, Max Kaser, "Zur in integrum restitutio, besonders wegen metus und dolus", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (romanistische Abteilung)* 94 (1977), 123.

[53] Ukoliko, na primer, Petar prinudi Marka da preda svoju zlatnu vazu Pavlu, a, potom, Pavle proda tu vazu na forumu Komodu, jasno je da ni Pavle, a pogotovu ne Komod, nisu delovali *quod metus causa*. Međutim, Petrova tužba može da pogodi i Komoda, imajući u vidu da ona prati stvar koja je prinudom oduzeta. Ovako i R. Zimmermann, 654, J. du Plessis, 172, A. Hartkamp, 216.

[54] *D. 4. 2. 14. 5 (Ulpianus libro 11 ad edictum)*

[55] *D. 4. 2. 9. 8 (Ulpianus libro 11 ad edictum)*

[56] Između intencije i kondemnacije ona sadrži klauzulu *"neque ea res (arbitrio iudicis) restituetur"*, Hans Ankum, "Eine neue Interpretation von Ulpian Dig. 4. 2. 9. 5-6 über die Abhilfe gegen metus", *Festschrift für Heinz Hübner*, Berlin – New York 1984, 33, M. Kaser, 124.

štetu.[57] Pri tom, čak i ako ne postupi tako i bude osuđen, neće ga pogoditi infamija.[58]

Konačno, procesni položaj tužioca je povoljan. U slučaju podizanja *actio quod metus causa* nije neophodno dokazivati da je tuženi zaista vršio prinudu. Dovoljno je da tužilac dokaže da je prema njemu vršena prinuda i zastrašivanje, a da je tuženi, makar sam i ne vršio delikt, od njega imao koristi.[59]

Analiza ovog pretorovog procesnog sredstva pokazuje izvesne nedoslednosti u njenim osobinama.[60] Sa jedne strane, njena strogost se manifestuje kaznom u četvorostrukom iznosu vrednosti stvari, što je najviša imovinska kazna koja se u Rimu može izreći, pogađa čak i ona lica koja direktno nisu imala bilo kakve veze sa prinudom, ma i da su bila savesna. Sa druge strane, međutim, njena blagost, omeđena arbitrarnošću, omogućava tuženom da se vrlo jednostavno oslobodi optužbe ukoliko samo vrati predmet prinude, a infamija, čest pratilac osuda u rimskom pravu, ovde se ne pojavljuje čak i ako tuženi bude osuđen za prinudu. Važno je pitanje zašto je to tako?

Možda bi odgovor mogao naslutiti u specifičnom odnosu *actio quod metus causa* i još jednog pretorskog procesnog sredstva - *restitutio in integrum ob metum.* Na prvi pogled, ova dva procesna sredstva, omogućena od strane pretora licu koje je pretrpelo prinudu, u potpunoj su suprotnosti. Tužba je penalna a restitucija služi povraćaju u pređašnje stanje bez ikakve penalne prirode. Ovakva slika, međutim, deluje suviše pojednostavljeno. U romanistici se često navodi da u Digestama ima brojnih primera koji ukazuju na objedinjavanje funkcija tužbe i restitucije, što se, neretko, pripisuje Justinijanu.[61]

Ideja, od koje, čini se hrabro,[62] polazi Kupiš je da je osnovna namena tužbe *metus causa*, u stvari, *in integrum restitutio*.[63] Deluje da ova teza može da se brani. Valja, možda, promeniti ugao posmatranja. Ukoliko ne pođemo (samo) od penalnog karaktera ove tužbe i fokus usmerimo (i) na

---

[57] *D. 4. 2. 14. 4 (Ulpianus libro 11 ad edictum)*

[58] R. Zimmermann, 655, M. Horvat, 357.

[59] *D. 4. 2. 14. 3 (Ulpianus libro 11 ad edictum)*

[60] Cimerman ovu tužbu opisuje kao "slagalicu kombinacije strogosti i blagosti", R. Zimmermann, 655.

[61] M. Kaser, 126, B. Kupisch, 161, U.Von Lübtow, 180, Ernst Levy, "Zur nachklassischen in integrum restitutio", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (romanistische Abteilung)* 68 (1951), 361. Ankum i Du Plezi ističu da je to, možda, delo interpolatora, H. Ankum, 37, J. Du Plessis, 196.

[62] Čak revolucionarno, piše M. Kaser, 125.

[63] "Mi, zapravo, nemamo dva odvojena procesna sredstva, već samo tužbu, koja "igra ulogu" restitucije", B. Kupisch, 162-164.

njenu arbitrarnost, ustanovićemo da je njena osnovna uloga, u stvari, i bila da licu, koje je stvar prinudom izgubilo ili prinudom zaključilo neki pravni posao, ona bude vraćena, odnosno bude učinjen povratak u pređašnje stanje. Ekonomski, suštinski, civilizacijski, čak i logički je važnije da lice, koje je pretrpelo prinudu, dobije zadovoljenje povratkom u pređašnje stanje, a ne da "uživa" u potencijalnoj penalnoj osudi delinkventa. Ako tome dodamo i činjenicu da je delinkvent taj koji može da izabere da vrati stvar i time izbegne i penalnu osudu i infamiju, jasno je da je tužilac *volens nolens* morao da prihvati tu odluku. Opšte uzev, restitucija je, izgleda, bila primarni cilj ove tužbe da bude vraćeno ono što je *quod metus causa*-pribavljeno.[64] Jedino na taj način posmatrano, izgleda, ima smisla i osobina ove tužbe kao *rem scripta*, koja pogađa i savesnog pribavioca: iako direktno nikakve veze sa prinudom nije imao, i savesni pribavilac je u obavezi da stvar vrati. Naravno, nema ni govora o penalnoj kazni niti infamiji za takvog pribavioca, ali obaveza restitucije postoji, jer je, upravo, povraćaj u pređašnje stanje osnovni cilj ove tužbe.

Licu, koje je delovalo pod prinudom, na raspolaganju je još jedno procesno sredstvo: peremptorni prigovor zbog prinude (*exceptio metus*).[65] Može ga podići ukoliko ga lice, koje je prinudom iznudilo neko obećanje ili zaključenje pravnog posla, tuži da to obećanje ispuni ili deluje u skladu sa zaključenim poslom. Važno je ukazati da je ovo procesno sredstvo, takođe, poput tužbe *metus causa, in rem scripta*. Tako Ulpijan, pozivajući se na Kasija, ističe da je ovaj prigovor uveden jer, za razliku od *exceptio doli*, koja obuhvata samo lice koje je dolozno postupalo, *exceptio metus* deluje *in rem scripta*, odnosno ispituje se da li je u toj stvari vršena prinuda. Dakle, nije (samo) od značaja da li je tužilac vršio prinudu, nego da li je, makar tužilac bilo savestan, u tom predmetu uopšte bilo prinude.[66]

Međutim, nije lako ustanoviti na koji način su u praksi tužba i prigovor zbog prinude funkcionisali istovremeno. Još jedan Ulpijanov fragment iz Digesta pokazuje, u konkretnom primeru, nesaglasja rimske jurisprudencije:

"Sed et si quis per vim stipulatus, cum acceptum non faceret, fuerit in quadruplum condemnatus, ex stipulatu eum agentem adversus ex-

[64] Cimerman i Hartkamp navode i argument da je *actio quod metus causa* inkorporirana u titulus edikta pod nazivom *De in integrum restitutionibus*, pa se *in integrum restitutio*, u ovom kontekstu, opisuje i kao tužba, R. Zimmermann, 657, A. Hartkamp, 217.

[65] U *iudicia quidquid dare facere oportet ex fide bon*a, prisustvo i tužbe i prigovora je, faktički, bilo nepotrebno, imajući u vidu da se sudija morao obazirati na potencijalno prisustvo prinude, M. Horvat, 357.

[66] *D. 44. 4. 4. 33 (Ulpianus libro septuagensimo sexto ad edictum)*

ceptionem replicatione adiuvari Iulianus putat, cum in quadruplo et simplum sit reus consecutus. Labeo autem etiam post quadrupli actionem nihilo minus exceptione summovendum eum, qui vim intulit, dicebat: quod cum durum videbatur, ita temperandum est, ut tam tripli condemnatione plectatur, quam acceptilationem omnimodo facere compellatur."[67]

Uzmimo, za primer, ovakav slučaj: Marko je prinudio Pavla da se stipulacijom obaveže na izvršenje nekog pravnog posla. Pavle tuži Marka zbog prinude tužbom *quod metus causa*. Marko ima mogućnost da odustane od svojih zahteva, da učini Pavlu povraćaj u pređašnje stanje i time izbegne penalnu osudu iz tužbe. Međutim, Marko odluči da ostane pri svome, Pavle trijumfuje u procesu i Marko bude penalno suđen *quadriduplum*. Sad Marko tuži Pavla zbog nepoštovanja obaveze iz stipulacije, koja, uprkos prinudi, sudeći po tekstu, i dalje postoji. Postavlja se pitanje da li, pod ovakvim okolnostima, Pavle može da se odbrani od ove tužbe ulažući *exceptio metus*? Labeon kaže "da", očigledno dozvoljavajući kumulaciju tužbe i prigovora. Julijan, sa druge strane, tvrdi "ne", već unapred dajući replikaciju Marku u slučaju Pavlove ekscepcije. Cimerman i Libtov ovde staju uz Julijana, što, deluje, ima opravdanja. Ukoliko bi kumulativno funkcionisale tužba i prigovor, jedna strana bi dobila zadovoljenje i u restituciji i u penalnoj osudi druge strane, što, navodi se, nije bila primarna intencija pretora.[68]

Sa priličnom izvesnošću može se zaključiti je da je prinuda u rimskom pravu imala specifičan dvostruki karakter. Predstavljala je, pokazano je, manu volje usled koje dolazi do rušljivosti ugovora, ali i pretorski delikt, zaštićen posebnim procesnim sredstvima, među kojima tužba *quod metus causa* ima dominantno mesto. Uslovi za podizanje ove tužbe, čija je, izgleda, osnovna uloga ipak bila restitutorna a ne, kao što bi *prima facie* izgledalo, penalna, bili su jasno oivičeni, prevashodnom idejom da je pretnja i stavljanje u izgled straha, morala biti ozbiljna i neposredna, koja bi pokolebala i nadprosečno hrabrog čoveka. Savremeno domaće pravo, čini se, dosledno baštini ove domašaje rimske jurisprudencije.

4. IZ GRMENA VELIKOGA LAFU IZAĆ TRUDNO NIJE

Putevi recepcije rimskih dostignuća u naše savremeno domaće pravo ogledaju se u rešenjima modernih građanskih kodifikacija, koje su bašti-

[67] *D. 4. 2. 14. 9(Ulpianus libro 11 ad edictum)*

[68] R. Zimmermann, 658, U. Von Lübtow, 182.

nile ključne vrednosti rimskih jusriprudenata. Čini se da je, Njegoševim rečima, rimski veliki pravnički grmen omogućio modernom zakonodavcu relativno lak put stvaranja savremenih rešenja i u ovoj oblasti.

Tako Austrijski građanski zakonik, kao temeljni uzor potonjoj srpskoj građanskoj kodifikaciji, recipirajući rešenja rimskog prava, predviđa da, *"ukoliko je ugovorna stranka prisiljena na pogodbu strahom nepravednim i temeljitim, taj nije obavezan držati se pogodbe.*"[69] Primetno je i da Austrijska kodifikacija insistira, baš kao i rimsko pravo, na protivpravnom i ozbiljnom (temeljitom) strahu, usled kojeg postoji prinuda. Sledstveno ovome, prisiljena strana ima mogućnost da zahteva i "zadovoljenje usled štetne posledice koju je pretrpela."[70]

Građanski zakonik za Knjaževstvo Srbiju, iz 1844. godine, na osnovu rešenja austrijskog izvornika, poput rimskog uzora navodi da "*pri ugovoru strašenje, laž, prevara i obmana nikome ne pomaže, no, šta više, odmaže.*"[71] Bogišić je, u svojoj kodifikaciji, dosledno sproveo rimsku ideju, pišući da "*kad bi ko mu dragu jednu stranu nasiljem ili ozbiljnim plašenjem na ugovor nagnao, taki ugovor tu stranu nikako ne vezuje.*"[72]

Poput brojnih instituta građanskog prava, i naš zakonodavac se odlučio da, u definisanju instituta prinude, prati dostignuća rimskog prava oličenog u Justinijanovim Digestama. Prinuda je, u savremenom domaćem pravu, za razliku od rimskog, institut javnog i privatnog prava. Našim Zakonom o obligacionim odnosima, u sferi privatnog prava, definisana je kao mana volje:

"Ako je ugovorna strana ili neko treći nedopuštenom radnjom izazvao opravdani strah kod druge strane tako da je ova zbog toga zaključila ugovor, druga strana može tražiti da se ugovor poništi."[73]

Jasno je da je ovde reč psihičkoj, posrednoj prinudi, budući da je već konstatovano da fizička prinuda nije mana volje, nego odustvo bilo kakve volje.[74] Imajući u vidu prinudu kao manu volje, ona se mora posmatrati u kontekstu opravdanog straha (a izazvao ga je saugovarač ili neko drugi) koji je ugovornu stranu opredelio na zaključenje pravnog posla:

"Strah se smatra opravdanim ako se iz okolnosti vidi da je ozbiljnom opasnošću ugrožen život, telo ili drugo značajno dobro ugovorne strane ili trećeg lica."[75]

---

[69] Austrijski građanski zakonik (AGZ), čl. 870.
[70] AGZ, čl. 874.
[71] Srpski građanski zakonik (SGZ), čl. 537.
[72] Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru (OIZ), čl. 518.
[73] ZOO, čl. 60, st. 1.
[74] O. Antić, *Obligaciono pravo*, Beograd 2012, 336.
[75] ZOO, čl. 60, st. 2.

Paralele sa rezultatima do kojih je došla rimska jurisprudencija izgleda da se mogu lako povući. Izgleda da i naš zakonodavac, poput Ulpijana,[76] insistira na tome da strah mora biti opravdan. Takav je ukoliko je uperen protiv života, tela ili drugog značajnog dobra[77] ugovorne strane ili trećeg lica. Potpuno identično, analizirano je, tvrdi i rimsko pravo. Pretnja koja izaziva opravdani strah može biti i moralna pretnja (kada jedna strana preti drugoj da će u javnosti otkriti neku njenu posebno poverljivu tajnu) ili takva pretnja koja zloupotrebljava nuždu saugovarača (jedna strana insistra na tome da saugovarač kupi od njega kakvu stvar koja mu nije potrebna, jer mu, u suprotnom, on neće prodati neophodni lek, koji saugovarač ne može da nabavi u kratkom vremenskom intervalu, a hitno mu je potreban).[78]

Međutim, i savremena pravna teorija ima dilemu u pogledu ozbiljnosti pretnje koja se može prihvatiti kao osnov zaštite. Nemačko pravo liberalno usvaja subjektivni kriterijum, po kojem je važno da li se lice osetilo ugroženim i zastrašenim, dok švajcarsko pravo usvaja donekle objektivizirani kriterijum, budući da insistira na tome da li se lice *moralo* osetiti ugroženim.

Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru insistira na "pravom i zamašnom zlu":

"*Prijetnja, koja zadaje ozbiljan strah biva, kada je zlo kojim se prijeti pravo i zamašno zlo, i kad se onaj koga plaše može, prema prilikama, razložito bojati da će se zlo skoro dogoditi, njemu samome ili kome njegovu.*"[79]

Međutim, u oceni da li je reč o pravom i zamašnom zlu, Bogišić, izgleda, usvaja subjektivni kriterijum, kao da se oslanja na Njegoševe reči da *strah životu kalja obraz često*:

"*Razbirajući da li je prijetnja ozbiljna, treba gledati: ko je onaj ko prijeti, ko li je onaj kome se prijeti, je li muško ili žensko, kojih je godina, koje je snage i moći, kao i sve druge prilike, osobito prilike mjesta i vremena, veličine i blizine zla kojim se prijeti.*"[80]

Moderni građanski zakonici, u prvom redu francuski i italijanski, recipiraju i analizirani rimski institut *metus reverentialis*, izričito navodeći

---

[76] *D. 4. 2. 3.(Ulpianus libro 11 ad edictum)*

[77] "Drugo značajno dobro" se, piše Antić, ceni prema subjektivnom kriterijumu (npr. u cilju uticaja na volju saugovarača lice zapreti da će baciti u kamin jednu fotografiju njegovih predaka.), Antić, p. 336.

[78] B. Blagojević, V. Krulj*, Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Beograd 1983, 221.

[79] OIZ, čl. 909. Identično ovo pitanje reguliše i Francuski građanski zakonik (čl. 1112.) i Švajcarski zakonik o obligacijama (čl. 30.).

[80] *Ibid.*

da samo strahopoštovanje koje bi potomak imao prema pretku, nije dovoljan osnov za poništenje ugovora usled straha.[81]

Čini se da je, u određenoj meri, sporan Blagojevićev stav da bojažljivost stranke treba uzimati u obzir, jer "bojažljivo lice će se pre zastrašiti nego li junak."[82] Njegovo zastupanje subjektivnog kriterijuma izgleda da je u suprotnosti sa stavom zakonodavca, imajući u vidu da se, kao osnov zaštite, takstativno nabrajaju situacije u kojima se prihvata opravdana pretnja. Kao što u rimskom pravu pretor ne štiti kukavice, tako to ne čini ni domaći zakonodavac.[83]

Uticaj rimskog prava vidljiv je i u pogledu zahteva da pretnja bude protivpravna.[84] Kao što pretnja magistrata u okvirima njegove zakonom uređene nadležnosti nije tretirana kao osnov za zaštitu druge strane, tako to nije slučaj ni sa pretnjom jednog lica da će drugo tužiti ili protiv njega tražiti sprovođenje izvršenja.

U slučaju da je reč o prinudi kao mani volje, koja za posledicu ima rušljivost ugovora, oštećena strana može podnetu tužbu u subjektivnom roku od jedne godine od prestanka prinude, odnosno u objektivnom roku od tri godine od zaključenja ugovora.[85]

Prinuda je u savremenom domaćem pravu i javnopravni institut. Ovaj dvostruki karakter, nasleđen od rimskog poimanja, ogleda se u okolnosti da je, prema Krivičnom zakoniku Republike Srbije, definisana kao krivično delo:

"Ko drugog silom ili pretnjom prinudi da nešto učini ili ne učini ili trpi, kazniće se zatvorom do tri godine."[86]

Zaštitni objekt ovog krivičnog dela je sloboda odlučivanja i delovanja kao jedno od osnovnih prava čoveka, dok je radnja izvršenja upotreba sile ili ozbiljne pretnje upravljene na to da drugo lice nešto

---

[81] Francuski građanski zakonik, čl. 1114, Italijanski građanski zakonik, čl. 1437.

[82] Blagojević, Krulj, 222.

[83] To utvrđuje i Blagojević, pomirljivo konstatujući da "doduše naš zakonodavac utvrđuje neka objektivna merila", *Ibidem.* Uostalom, ma koliko plašljiv bio, pretnja deventaestogodišnjakinje tridesetpetogodišnjaku da će ga istući, ne može se uzeti kao opravdana pretnja i ozbiljan strah, premda se može zamisliti i takav slučaj ako tinejdžerka preti odraslom čoveku da će mu isključiti noću, u toku njegovog sna, aparat za disanje, a on boluje od opstruktivnog *sleep apnea*sindroma. Tako i Antić, 337.

[84] Pored našeg Zakona o obligacionim odnosima, isti zahtev postavlja i nemačko pravo (paragraf 123. Nemačkog građanskog zakonika) i švajcarsko pravo (čl. 29. Švajcarskog zakonika o obligacijama). Italijanski građanski zakonik definiše i pretnju isticanjem nekog prava, koja može biti osnov za poništenje ugovora isključivo ukoliko je usmerena na postizanje neopravdane koristi (Čl. 1438.).

[85] ZOO, čl. 117.

[86] KZRS, čl. 135, st. 1.

protiv svoje volje učini ili ne učini ili trpi.[87] Naš zakonodavac se, takođe, bavi opštim pitanjem vrste sile i straha koje mogu biti predmet inkriminacije. Tako se silom podrazumeva i upotreba hipnoze ili omamljujućih sredstava.[88] Primena sile i izazivanje straha da bi se lice prinudilo na neko činjenje, nečinjenje ili trpljenje u sferi krivičnog prava može biti izvršeno komisivno, aktivnim delovanjem, ili omisivno, pasivnim delovanjem.

Ozbiljnost pretnje se ovde podrazumeva, budući da je to konstitutivni element opšteg krivičnopravnog pojma pretnje. Premda je zamisliva situacija da neko preti malim, beznačajnim zlom u odnosu na ono što želi da postigne i da je, time, ostvareno biće krivičnog dela, tada bi se nastala situacija pre mogla tumačiti kao nepodoban pokušaj koji nije ni kažnjiv.[89]

Poput rešenja u rimskom pravu, naš zakonodavac i ovde insistira na posebnim oblicima prinude, koji izazivaju kod oštećenog lica opravdan osećaj straha, a predstavaljaju kvalifikovane oblike ovog krivičnog dela:

"Ko delo iz stava 1. ovog člana učini na svirep način ili pretnjom ubistvom ili teškom telesnom povredom ili otmicom, kazniće se zatvorom od šest meseci do pet godina.

Ako je usled dela iz stava 1. i 2. ovog člana nastupila teška telesna povreda ili druge teške posledice, učinilac će se kazniti zatvorom od jedne do deset godina.

Ako je usled dela iz stava 1. i 2. ovog člana nastupila smrt prinuđenog lica ili je delo izvršeno od strane organizovane grupe, učinilac će se kazniti zatvorom od tri do dvanaest godina."[90]

Iz navedenog se može zaključiti da je kvalifikovani oblik pretnja ubistvom, teškom telesnom povredom ili otmicom,[91] ili kada je delo učinjeno na svirep način. Teži oblik postoji kada je, usled ovog dela, nastupila teška telesna povreda ili druge teške posledice, a najteži oblik podrazumeva nastupanje smrti ili je delo učinjeno u organizovanoj grupi.[92]

---

[87]Za svršeno delo nije neophodno da lice, prema kome se sila ili ozbiljna pretnja primenjuje, do kraja dovrši ono na šta se prinuđava, dovoljno je da je tu radnju započelo, Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 2006, 373.

[88]KZRS, čl. 112, st. 12.

[89]Prema Stojanoviću, tada bi došla u obzir i primena instituta dela malog značaja, predviđenog u čl. 18. KZRS, Stojanović, 374.

[90]KZRS, čl. 135, st. 2-4.

[91]Baš kao što to predviđa i rimsko pravo imajući u vidu pretnju po život, telo ili slobodu lica: *D. 4. 2. 3. 1 (Ulpianus libro 11 ad edictum)***,** *D. 4. 2. 7. 1 (Ulpianus libro 11 ad edictum)***,** *D. 4. 2. 8. 1 (Ulpianus libro 11 ad edictum)*

[92] Stojanović, 374. Jasno je da, budući da se prinuda javlja kao radnja izvršenja niza drugih krivičnih dela, ovde pojavljuje prividni idealni sticaj, i to, opredeljuje se profesor Stojanović, po osnovu specijaliteta, Stojanović, 375.

5. ZAKLJUČAK

Vidljivo je da je naš zakonodavac u sferi privatnog i javnog prava nedvosmisleno opredeljen da baštini rezultate do kojih je doštlo rimsko pravo u pogledu pravnog uređenja instituta prinude. Način na koji su postavljeni uslovi inkriminacije, definisanje naročito opravdanog straha kao jednog od ključnih uslova, neposrednost, uzročno-posledična veza između radnje štetnika i oštećenog, protivpravnost delovanja, podjednako inkriminisane komisivna i omisivna radnja učinioca dela, te unapred ustanovljeni instrumenti zaštite, u znatnoj meri korespondiraju sa rešenjima rimske jurisprudencije.

Savremena domaća legislativa sledi rimsku dualnu prirodu prinude. Kao što je u rimskom pravu prinuda mana volje i osnov rušljivosti ugovora sa jedne strane, odnosno pretorski delikt, zaštićen posebnim procesnim sredstvima sa druge strane, tako je u savremenom domaćem pravnom sistemu ovaj institut definisan u sferi privatnog i javnog prava, kao mana volje i kao krivično delo. Gotovo su identični uslovi postojanja ovog instituta kao i u rimskom pravu, dugim recipiranjem rešenja rimskih jurisprudenata, od kojih su ona, oličena u modernim građanskim kodifikacijama, poslužila kao izvor domaćem zakonodavcu. Štaviše, u nastojanjima da uredi pravni okvir zaštite potrošača u pogledu tzv. nasrtljivog poslovanja, domaći zakonodavac se i u definisanju uslova, mehanizama zaštite i obima prava potrošača, u najvećoj meri poslužio domašajima rimske klasične jurisprudencije i recipiranih rešenja u našem ZOO.

Uostalom, savremeno domaće pravo je imalo najbogatiju riznicu istančanih rešenja rimskog prava pred sobom. Tako ni našem zakonodavcu, čini se, nije bilo teško da, recipirajući bogatstvo tradicije rimskog prava, stvori koherentan, zaokružen i logičan sistem pravnog uređenja prinude. Čini se da čak nije imao ni šta posebno novo da doda. Na ovom se nepresušnom izvorištu uvek može zahvatiti bistra voda. Potrebno je samo malo akademske kuraži i spremnosti da se poštuje tradicija na kojoj počiva čitav pravi sistem savremene Evrope.

Vladimir Vuletić, Ph.D., Assistant Professor
University of Belgrade
Faculty of Law Belgrade

Praetor does not Protect Cowards: about the dual Character of Duress in the Roman and Modern Domestic Law

Abstract: *It has not been written much about duress on the national level, which, in our legal system is the institution of private and public law, as defined by the Law of Obligations and the Criminal Code of the Republic of Serbia. The subject of this paper is an attempt to highlight and analyze one of the controversial legal institutions normatively, relying on a philological analysis of texts, historical legal, comparative and socio-political.*

In addition, the basic intention of the author is twofold.

First, the tendency is to present in detail the origin and development of this legal institution in the Roman law, with the necessary emphasis on the socio-political circumstances that led to it. In the following analysis, the author tackles the issue of consensus, as a fundamental element for the development of contracts and relationships between inside and declared will, criticizing the dominant position in the Roman studies that in classical Roman law prevailed the principle coactus voluit tamen voluit.

At the same time, special attention is paid to the conditions under which the injured party may use protection instruments. In this context, he insists on objectified role of fear as one of the most important conditions for the existence of duress and offers arguments supporting the thesis that the Roman law already established the principle of a reasonable fear that the modern law consistently adopted.

The author tries to point out the relationship of mechanisms of protection against duress in the Roman law, noting the argument that the restitution and statement of claim did not function separately, but that the statement of claim had restitution role.

Second, in the normative analysis of the legal duress institution in contemporary domestic law, the author tries to draw a line between the solution of the Roman jurisprudence and national legislators, pointing

out the numerous and visible examples of this reception. At the same time the dual character is highlighted of duress, in the Roman law as shortcomings of will and private praetorian tort, and in domestic as public law and private law institution.

It is in essence another contribution to the author's tendency to observe the Roman law as alive, dynamic and current system that in the modern efforts of harmonization of the EU legal system may be used worthily.

Key words: *Duress. - Fear. - Roman law. - The Law of Obligations. - Criminal Code of the Republic of Serbia.*

Datum prijema rada: 02.06.2015.

Originalni naučni rad 343.811(497.11)
doi:10.5937/zrpfns49-9049

Dr Darko Dimovski, docent
Univerzitet u Nišu
Pravni fakultet u Nišu
darko.dimovski@yahoo.com

Ivan D. Milić, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
i.milic@pf.uns.ac.rs

PRIVATNI ZATVORI I PENITENCIJARNI SISTEM SRBIJE*

Sažetak: *Autori su, polazeći od razloga kao što su: nedovoljno smeštajnih kapaciteta za sve zatvorenike, neophodnosti obezbeđenja rada zatvorenicima i potrebe uštede novca, naveli da postoji mogućnost davanja dozvole privatnim kompanijama da uđu sa svojim finansijskim sredstvima u penitencijarni sistem Republike Srbije. Nakon toga autori navode različite modele privatizacije zatvora, uz analiziranje prednosti i mana svakog od ovih modela ponaosob kroz pitanje legitimiteta, cene koštanja funkcionisanja (polu)privatnih zatvora, stope povrata, stepena bezbednosti i kvaliteta usluga. Na kraju rada autori, sagledavajući svako od ovih pitanja kroz prizmu funkcionisanja zatvora u Republici Srbiji, ističe koji je od modela privatizacije zatvora najviše kompatibilan našem penitencijarnom sistemu.*

Ključne reči: *privatni zatvori, modeli privatizacije, Republika Srbija.*

Uvod

Penitencijarni sistem u Republici Srbiji je takav da je neophodno izvršiti njegovu reformu. Naime, preveliki broj zatvorenika u odnosu na smeštajne kapacitete, što je neprihvatljivo, shodno odluci Evropskom Suda za ljudska prava, čime se krši član 3 Evropske konvencije za zaštitu

*Rad je realizovan u okviru projekta br. 179046, Ministarstva za prosvetu, nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

ljudskih prava i osnovnih sloboda,[1] loši proizvodni kapaciteti penitencijarnih uslova, kao i cenja koštanja jednog osuđenika po državu od 15 evra dnevno[2] osnovni su razlozi za razmatranje mogućnosti uvođenja privatnog kapitala u penitencijarni sistem Republike Srbije.

Davanje dozvole privatnim kompanijama da investiraju svoj novac u penitencijarni sistem Republike Srbije zahteva pre toga analizu različitih modela privatizacije zatvora, s ciljem pronalaženja sistema koji je najbolje primenjiv na penitencijarni sistem kod nas. Generalno govoreći postoje dva modela privatizacije zatvora. Naime, možemo govoriti o potpunoj privatizaciji penitencijarnih ustanova, odnosno o poluprivatizaciji istih. Potpuna privatizacija se otelotvoruje u potpunom upravljanju penitencijarnom ustanovom od strane privatne kompanije (privatni zatvori), dok se model poluprivatizovanih penitencijarnih ustanova ogleda u tome da privatne kompanije pružaju penitencijarnim ustanovama određene usluge (poluprivatni zatvori). Kako postoji tri modela privatnih zatvora, razvijenih u državama širom sveta, u narednom delu rada predstavićemo prednosti i nedostatke istih, kako bismo uvideli koji model privatnih zatvora je najviše kompatibilan za primenu u našem penitencijarnom sistemu.

1. Angloamerički model privatizacije zatvora – prvi model

O modelu potpune privatizacije penitencijarnih ustanova možemo istaći da je prihvaćen u državama poput Sjedinjenih Američkih Država, Kanade, Velike Britanije, Australije, Novog Zelanda itd. Ovaj model podrazumeva da privatne kompanije imaju obavezu, na osnovu ugovora zaključenim sa državom, da konstruišu, izgrade i upravljaju penitencijarnom ustanovom u potpunosti. Nakon proteka određenog vremena, najčešće 25-30 godina, vlasništvo i upravljanje konkretnim zatvorom se vraća u ruke države. Kod ovog modela svo osoblje, koje radi u privatnom zatvoru, biva zaposleo na osnovu ugovora sa privatnom kompanijom ili konzorcijumom. Drugim rečima, uloga države se svodi na kontrolu poštovanja ugovornih odredaba, uz postojanja izuzetka u određenim slučajevima da država odlučuje o disciplinskoj odgovornosti zatvorenika.[3]

---

[1] Case of Kalashnikov v. Russia, appl. nr. 47095/99.

[2] Više vid. Darko Dimovski, Privatni zatvori, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu,* 68/2014, 547-566. O nekim problemima u vezi sa izvršenjem kazne zatvora vid. Ivan Milić, Specifičnosti odlaganja izvršenja kazne zatvora i primene mere pritvora s obzirom na trudnoću i ličnost žene, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2014, 447–457.

[3] Allen, R., English, P., Public-Private Partnerships in Prison Construction and Management, *Justice and Development working paper series*, 2013, (Electronic version) p. 3. Retrieved 28, December 2014, from https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/16995/833470NWP0Web000Box304492B00PUBLIC0.pdf?sequence=1

Ujedno, model potpune privatizacije se prvi javio. Opšteprihvaćeno mišljenje da se početak privatnih zatvora vezuje za osamdesete godine prošlog veka, kada je tadašnji kandidat za američkog predsednika Ronald Regan istakao da je američka vlada problem i da je potrebno privatizovati sve što je moguće. Za Ronalda Regana se ne može reći da je prvi zastupao stav da je privatna lica bonje upravljaju velikim sistemima, nego država. Naime, još je treći američki predsednik Tomas Džeferson smatrao da država lošije upravlja određenim javnim sistemima u odnosu na privatne kompanije. Stoga je neophodno dozvoliti privatnim kompanijama da se nadmeću u upravljanju javnim sistemima[4] Drugi razlog za uvođenje privatnih zatvora je debata, koja se vodila u to vreme, u vezi primene strogih sankcija za počinjena krivična dela, umesto sprovođenja mera prevencija.[5] Izborom Ronalda Regana za predsednika Sjedinjenih Američkih Država došlo je do privatizacije brojnih kompanija i ustanova, koje su bili u vlasništvu države. Iako penitencijarne ustanove nisu bile namenjene za privatizaciju, došlo se do toga da država, pritisnuta povećanjem broja osuđenika, što je dovelo do pisanja podnesaka osuđenika sudovima, koji su prepunjenost zatvora okarakterisali kao kršenje amadmana 8 o zabrani okrutne i neobičajne kazne, i nemanjem dovoljno finansijskih sredstava za izgradnju novih penitencijarnih ustanova, prepusti privatnim kompanijama upravljanje već postojećim zatvorima, kao i izgradnju novih zatvora.[6]

2. Francuski model privatizacije zatvora – drugi model

Za razliku od modela pune privatizacije penitencijarnih ustanova koji je razvijen u državama anglosaksonske pravne tradicije, model poluprivatizacije je razvijen u brojnim državama kontinentalne Evrope. Naime, kod ovog modela privatne kompanije preuzimaju na sebe obavezu finansiranja izgradnje novih smeštajnih kapaciteta, pri čemu vrše određene usluge unutar penitencijarnih ustanova, kao što su održavanje čistoće, pružanje zdravstvenih usluga, ishrana zatvorenika ili vršenje određenih oblika tretmana.[7] Uprava, administrativna kontrola, pravna pomoć zatvo-

[4] Sellers, M., The History and Politics of Private Prisons: A Comparative Analysis, *Associated University Presses*, England, 1993.

[5] Selman, D., Leighton, P., *Punishment for Sale: Private Prisons, Big Business, and the Incarceration Binge*, Rowman & Littlefield Publishers, Maryland, 2010.

[6] Roth, M., *Prisons and Prison Systems: A Global Encyclopedia*, Greenwood Press, USA, 2006.

[7] Allen, Rob, English, Paul, Public-Private Partnerships in Prison Construction and Management, *Justice and Development working paper series*, 2013, (Electronic version) p. 3. Retrieved 28, December 2014, from https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/16995/833470NWP0Web000Box304492B00PUBLIC0.pdf?sequence=1

renicima, pružanje zdravstvenih usluga, kao i tzv. spoljno i unutrašnje obezbeđenje nalazi se pod ingerencijom države.[8]

Pionir u uvođenju poluprivatnih zatvorskih ustanova je Francuska. Posetom francuskog ministara pravde, Aliana Salandona (Alain Chalandon), penitencijarnom sistemu Sjedinjenih Američkih Država 1986. godine stvorena je ideja kod francuskih zakonodavaca za uvođenje privatnih kompanija u penitencijarni sistem.[9] Francuska vlada je naredne godine, rukovođenja željom rešavanja problema prevelikog broja osuđenika, donela tzv. Salandonaov zakon, te pokrenula projekat Programme 13.000, čijom realizacijom je planirana izgradnja 25 privatnih zatvora u roku od 5 godina, čime bi se podigli smeštajni kapaciteti penitencijarnog sistema za 13.000 osuđenika.[10] Kod 21 penitencijarne ustanove izgradnja i upravljanje, u vidu obezbeđenja smeštaja, zdravstvenih usluga, radni tretman i održavanje, dodeljena je privatnim kompanijama, dok je država zadržala nadležnost u pogledu obezbeđenja, integracije osuđenika i administracije.[11] Drugim rečima, na ovaj način je stvoren hibridni sistem poznat pod imenom poluprivatni zatvor.

3. Brazilski model privatizacije zatvora – treći model

Penitencijarni sistem u Brazilu sa zatvoreničkom populacijom od 549.577 osoba, uz veliku stopu recidivizma, pobuna, bekstava, korupcije, kao i prenatrpanosti, zahtevao je reakciju državu u vidu davanja dozvole privatnim kompanijama da sa svojim kapitalom uđu u penitencijarni sistem. U Brazilu država upravlja penitencijarnom ustanovom, pri čemu je ona odgovorna za tzv. spoljnu bezbednost. Takođe, vlada postavlja ljude koji upravljaju zatvorom, kao i načelnika službe obezbeđenja. Aktivnosti poput obezbeđivanja hrane, medicinske pomoći, pravne pomoći, organizovanja određenih oblika tretmana, unutrašnja bezbednost spadaju u domen nadležnosti privatnih kompanija.[12] Tokom 2012. godine postoji 26 penitancijarnih ustanova u kojima su pobrojane aktivnosti poverene privatnim kompanijama. U ovakvim ustanovama se nalazi 3,5% ukupnog broja zatvorenika u Brazilu.[13]

---

[8]Cabral, Sandro, Saussier, Stéphane, Organizing Prisons through Public-Private Partnerships: a Cross-Country Investigation, BAR - Brazilian Administration Review, Rio de Janeiro, 2013, (Electronic version). Retrieved 15, January 2014, from http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1807-76922013000100007&script=sci_arttext

[9] Mitar Kokolj, Efikasnost i odgovornost privatnog sektora u upravljanju privatnim zatvorima, *Nauka, Bezbednost, Policija*, 3/2005, 31-50.

[10] Darrin Grimsey, Mervyn Lewis, *Public Private Partnerships:* The Worldwide Revolution in Infrastructure provision and project finance, Edward Elgar Publishing, USA, 2004.

[11]*Ibid*., 127.

[12] Cabral et al., *op. cit.,* 105-106.

[13] Brazil to Open First Public-Private Prison.Retrieved 02, January 2014, from http://riotimesonline.com/brazil-news/front-page/the-first-public-private-prison-in-brazil/#

Ono što razlikuje brazilski model privatizacije zatvora od kontinentalnog primenjenog u Francuskoj je broj aktivnosti koje su poverene privatnoj kompaniji. U francuskim poluprivatizovanim penitencijarnim institucijama tek nekolicina aktivnosti je poverena privatnim kompanijama, dok je, ujedno, mnogo manji broj pripadnika formalnog sistema zaposleno u zatvorima od strane privatnih kompanija. Za razliku od francuskog modela privatizacije zatvora, u Brazilu je državi u nadležnosti ostala samo uprava i spoljna bezbednost. Sve ostalo je u rukama privatnih kompanija koji rukovode penitencijarnom ustanovom [14]

4. Upoređivanje modela privatizacije zatvora

U prethodnom delu rada smo naglasili da postoje tri modela privatizacije zatvora.Radi sagledavanja prednosti i mana sva tri modela privatizacije zatvora neophodno je uporediti određenje karakteristike, poput cene koštanja zatvaranja po jednom osuđeniku, kako bismo utvrdili koji je model privatizacije zatvora najviše primenjivkod penitencijarnog sistema Republike Srbije. Pored cene koštanja zatvaranja po jednom osuđeniku moguće je navesti i druge indikatore na osnovu kojih je moguće pratiti prednosti i mane različitih modela privatizacije zatvora: 1) stopu recidivizma, 2) bezbednost i obim kršenja pravila kućnog reda i 3) usluge koje su ponuđenja osuđenicima.[15]

Cena koštanja boravka jednog osuđenika u penitencijarnoj ustanovi u Sjedinjenim Američkim Državama je manja u privatnim zatvorima za 3.40$, nego u zatvorima pod upravom države.[16] Razlog jednom ovakvom stanju možemo naći u činjenici da privatni zatvori, rukovođeni samo ekonomskim kriterijumom, isplaćuju manje zarade zaposlenima u različitim službama formalnog sistema, uz korišćenja manjeg broja sati za njihovu obuku. Tako je jedno istraživanje od strane Čenga (Chang) i Tompkinsa (Thompkins) pokazalo da službenici formalnog sistema u privatnim zatvorima zarađuju 18.000 američkih dolara, dok ti isti službenici za isti posao u državnim zatvorima zarađuju

[14] Cabral et al., *op. cit*., 115.

[15] *Ibid*., 105-106.

[16] Perrone, D., Pratt, T., Comparing the quality of confiment and costeffectiveness of public versus private prisons: What we know, why we do not know more, and where to go from here, *The prison Journal*, (Electronic version). 2003, Retrieved 16, November 2013, from http://www.d.umn.edu/~jmaahs/Correctional%20Continuum/Online%20Readings/PerroneandPratt_privatization.pdf

23.000 američkih dolara.[17] Situacija u francuskim poluprivatnim zatvorima u pogledu visine plate službenika je bolja nego u Sjedinjenim Američkim Državama. Naime, plate službenika, koji rade u poluprivatnim zatvorima, se ne razlikuju od plate službenika u državnim zatvorima u Francuskoj. Na taj način položaj pripadnika formalnog sistema u poluprivatnim zatvorima je bolji od njihovog položaja u zatvorima u kojima je izvršena potpuna privatizacija.[18]

Upoređivanjem podataka u vezi cene koštanja u državnim i poluprivatnim zatvorima u Francuskoj možemo doći do neočekivanih podataka. Naime, u posmatranom periodu od 1999. do 2003. godine uvek je cena koštanja boravka osuđenika bila veća u poluprivatnom zatvoru nego u državnom. Tako je u početnoj godini posmatranog vremenskog perioda ta razlika na dnevnoj bazi po osuđeniku bila 23,05 centi. Naredne godine je porasla na 33,36 centi. Razlika je najmanja bila 2002. godina kada je iznosila 8,48 centi. Godine 2003. ta razlika u ceni koštanja po jednom osuđeniku dnevno je iznosila 16,23 centi u korist poluprivatnih zatvora.[19] Penolozi su se zapitali koji je razlog jednom ovakvom stanju da poluprivatni zatvori više koštaju nego državni zatvori. Kao odgovor su našli nekoliko činjenica: 1) dodatni porezi kod poluprivatnih zatvora, 2) povećan kvalitet usluga kao rezultat obaveza preuzetih iz ugovora sa državom, 3) profitna marža i 4) podjednaka visina plata pripadnika formalnog sistema, čime poluprivatni zatvori ne mogu na ovaj način uštedeti finansijska sredstva.[20]Istraživači Kablar (Cablar) i Azavedo (Azevedo) su 2008. godine, radi dolaženja podataka o ceni koštanja boravka zavorenika, upoređivali jedan državni zatvor i zatvor rukovođen privatnom kompanijom. Ove dve penitencijarne ustanove su bile iste po arhitekturi, kapacitetu (po 268 zatvorenika), lokaciji na kojima se nalaze (savezna država Bahia) i profilu osuđenika koji su se nalazila na izdržavanju kazne zatvora. Rezultati su pokazali da državni zatvor zapošljava za oko 20% više pripadnika formalnog sistema. Ujedno, izostajanje sa posla kod državnog zatvora je tri puta veće. Troškovi vode i električne struje su, takođe, u državnom zatvoru tri puta veći. Oko 60% više se izdvaja više na plata pripadnicima slu-

[17] Blakely, C., Bumphus, V. (2004). *Private and Public Sector Prisons—A Comparison of Select Characteristics*, Federal Probation – a journal of correctional phisolophy and practice, (vol. 68, number 1). (Electronic version). Retrieved 21, November 2013, from http://www.uscourts.gov/uscourts/federalcourts/pps/fedprob/2004-06/prisons.html

[18] Cabral et al., *op. cit.,* 112.

[19] Tanner W., The case for private prisons, Reform ideas, no 2, 2013, p. 20. Retrieved 08, January 2014, from http: http://www.reform.co.uk/wp-content/uploads/2014/10/Reform_Ideas_ No_2_-_The_case_for_private_prisons.pdf

[20] Cabral et al., *op. cit*., 108.

žbe za tretman. [21] Podatak o tome da pripadnici službe za tretman primaju veće plate ne treba automatski uzeti kao lošu stranu funkcionisanja državnog zatvora. Naime, ne treba sve podatke gledati kroz prizmu finansijska sredstva. Tako je potrebno uzeti kao negativnu činjenicu podatak da državni zatvor u Bahiaju troši tri puta veću sumu novca na vodu i električnu energiju, dok činjenicu da pripadnici službe za tretman zarađuju 60% veću platu treba uzeti kao pozitivnu, osim ako ta činjenica nije rezultat neke malverzacije. Slično istraživanje iz 2010. godine od strane Azaveda (Azevedo), Kablara (Cablar) i Lazarinija (Lazzarini) pokazalo je da zatvori rukovođeni privatnom kompanijom u Brazilu funkcionišu sa 10% manje finanansijskih sredstava nego državni zatvori.

Stopa povrata je u Sjedinjenim Američkim Državama je, prema istraživanju Bureau of Justice Statistics iz 2005. godine, u 30 saveznih država 67,8% kod onih osuđenika koji su izdržali kaznu zatvora u državnim penitencijarnim ustanovama. Naime, prema ovom istraživanju praćeno je 404.638 bivših zatvorenika koji su uhapšeni posle izlaska iz penitencijarne ustanove u roku od tri godine. Pet godina nakon izlaska iz penitencijarne ustanova stopa povrata je bila još veća i iznosila je 76,6%.[22] Stopa povrata zatvorenika iz privatnih zatvora je različita. Tako je neki privatni zatvori imaju stopu povrata svojih bivših zatvorenika koja je na istom nivou kao i kod državnih. [23] Neki drugi privatni zatvori pak ostvaruju znatno bolje rezultate. Tako na primer privatni zatvori u saveznoj državi Florida ostvaruju bolje rezultate prilikom primene tretmana, što rezultira manjom stopom povrata tih zatvorenika u odnosu na zatvorenike iz državnih zatvora ove savezne države. Ovo istraživanje je sprovedeno 1998. godine od strane Florida Correctional Privatization Commision, pri čemu je uzorak činilo 198 zatvorenika iz privatnih, odnosno državnih zatvora. Dobijeni rezultati su bili takvi da je svega 10% otpuštenih zatvorenika iz privatnih zatvora ponovo bilo uhapšeno nakon godinu dana, dok je stopa povrata kod državnih zatvora u istom vremenskom periodu bila 19%. Od tog broja svega 6% otpuštenih zatvorenika iz privatnih zatvora je ponovo osuđeno, pri čemu je stopa ponovo osuđenih bivših zatvorenika iz državnih zatvora 10%. Ujedno, 10% otpuštenih zatvorenika iz privatnih zatvo-

[21] *Ibid.,* 109.

[22] Durose, M., Cooper, A., Snyder, H., *Recidivism of Prisoners Released in 30 States in 2005*: Patterns from 2005 to 2010, U.S. Department Justice, 2014, (Electronic version). Retrieved 10, January 2014, from http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/rprts05p0510.pdf

[23] Austin, J., Irwin, J., It's About Time: *America's Imprisonment Binge*, Wadsworth, Belmont, 2011, 163-164.

ra je poslato na izdržavanje kazne zatvora. Taj procenat kod bivših zatvorenika iz državnih zatvora je iznosio 14%.[24] Ovo istraživanje je kritikovano zbog suviše malog uzorka. Takođe, kao zamerka istraživanju može se navesti činjenica da je jedan broj otpuštenih osuđenika iz privatnih zatvora jedan deo kazne izdržao u državnom zatvoru.[25]

Penitencijarni sistem u Francuskoj nije merio uspešnost privatnih kompanija u rukovođenju zatvora kroz prizmu povrata. Naime, tadašnji ministar pravde je priznao da niko nikada nije tražio da se vode podaci o uspešnosti poluprivatnih zatvora u smanjenju stope recidivizma.[26] Međutim, kako francuski poluprivatni zatvori imaju razvijene penitencijarne programe, sa naglašenom resocijalizacijom kao ciljem tretmana, može se zaključiti da oni ostvaruju bolje rezultate u smanjivanju stope povrata u odnosu na državne zatvore u Francuskoj. [27] Kao razlog ovakvom mogućem stanju treba navesti činjenicu da francuska država prilikom sklapanja ugovora sa privatnom kompanijom o upravljanju penitencijarnim ustanovama predviđa odredbe o novčanim bonusima, odnosno penalima u zavisnosti od postignutog uspeha u vezi smanjivanje stope povrata. Naime, privatnim kompanijama, koje upravljaju penitencijarnim ustanovama, je u interesu da sprovode efikasne penitencijarne programe, jer na taj način, ukoliko stopa povrata opada, zarađuju dodatna finansijska sredstva. Nepostizanje uspeha u smanjivanju stope povrata rezultira naplaćivanjem penala od strane države privatnim kompanijama. Na ovaj način se uspešno rešava, između ostalog, glavna kritika privatizovanim zatvorima da je njima u interesu da imaju konstantan „priliv" novih zatvorenika, kakao bi mogli da održavaju visok nivo proizvodnje u industrijskim pogonima unutar penitencijarnih ustanova.[28] Ipak, konačan zaključak o većoj uspešnosti poluprivatnih zatvora u Francuskoj u odnosu na državne u pogledu stope povrata treba doneti tek nakon empirijskog sagledavanja rezultata, te je neophodno da država Francuska što pre krene da prati stopu povrata u svim penitencijarnim ustanovama, kako bi na adekvatan način sagledao problem recidivizma i eventualno promenila neke stvari, s ciljem smanjenja istog.

---

[24] Austin, J., Covenrty, G., *Emerging Issues on Privatized Prisons*, U.S. Department of Justice, Washington, 2011, 32. (Electronic version). Retrieved 12, January 2014, from https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/bja/181249.pdf

[25] Austin, James, Covenrty, Garry*, Emerging Issues on Privatized Prisons*, U.S. Department of Justice, Washington, 2011, p. 32. (Electronic version). Retrieved 12, January 2014, from https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/bja/181249.pdf

[26] Nathan, S., *Privatisation Still Not Proven: A Snapshot of International Developments*, London, 2007, 5. (Electronic version). Retrieved 12, January 2014, from http://www.scccj.org.uk/ wp-content/uploads/2012/03/Edinburgh_21stSept07_nathan.doc

[27] Neda Savić, *Privatni zatvori* – master rad, Niš, 2014, 61.

[28] *Ibid.*

Situacija u Brazilu u pogledu podataka u vezi stope povrata onih zatvorenika koji su izdržali kaznu zatvora u penitencijarnim ustanovama kojima upravljaju privatne kompanije je slična situaciji u Francuskoj. Naime, kriminolog Bek (Beck) je isticao da ne postoje podaci o stopi povrata zatvorenika koji izdržali kaznu zatvora u ovakvim penitencijarnim ustanovama, te je stoga nemoguće uporediti uspešnost ovih penitencijarnih ustanova sa državnim zatvorima.[29] Koristeći istu analogiju kao kod privatnih zatvora u Francuskoj, a znamo da zatvori kojima upravljaju privatne kompanije u Brazilu pružaju brojne usluge bolje u odnosu na državne zatvore, jer je njima u dugoročnom interesu da obezbeđuju bolje oblike tretmana prema zatvorenicima, na osnovu čega zaključuju nove ugovore sa državom. Ipak, ova pretpostavka mora biti verifikovana empirijskim istraživanjem.

Stepen bezbednosti je bitan indikator stanja u privatizovanim, odnosno u državnim zatvorima. Obim nasilja u zatvorima u Sjedinjenim Američkim Državama je takva da se oko 40 napada izvrši među osuđenicima i 9 napada se izvrši od strane osuđenika na zatvorsko osoblje u privatnim zatvorima, dok se u državnim zatvorima dogodi 19 napada među osuđenicima i 10 napada na zatvorske osoblje (Blakely, Bumphus, 2004). Objašnjenje za ovakvo stanje se nalazi u odnosu broja osuđenika i broja službenika u privatnim i državnim zatvora. Naime, u privatnim zatvorima postoji 6,7 osuđenika na jednog zatvorskog službenika za prevaspitanje i 3,7 osuđenika na ostale zatvorske službenike. U državnim zatvorima ide 5,6 osuđenika na jednog zatvorskog službenika za prevaspitanje, dok 3,1 osuđenika postoji na ostale zatvorske službenike.[30] Stoga, možemo zaključiti da, zbog toga što privatni zatvori zapošljavaju manje pripadnika različitih službi, to dovodi do manjeg stepena bezbednosti u privatnim zatvorima u odnosu na državne. Ujedno, veći broj bekstava se događa u privatnim zatvorima. Tako je, na primer, tokom 1999. godine bilo 23 bekstva iz privatnih zatvora, dok je te iste godine iz zatvora pod upravom federalne vlade bilo samo jedno bekstvo.[31] Iz privatnog zatvora sa najvećim stepenom obezbeđenja u Ohaju (NortheastOhioCorrectionalCenter - NOCC) jula 1998. godine pobeglo je 5

[29]Cabral et al., *op. cit*., 106.

[30] Blakely, C., Bumphus, V. (2004). *Private and Public Sector Prisons—A Comparison of Select Characteristics*, Federal Probation – a journal of correctional phisolophy and practice, (vol. 68, number 1). (Electronic version). Retrieved 21, November 2013, from http://www.uscourts.gov/ uscourts/federalcourts/pps/fedprob/2004-06/prisons.html

[31] Arguments Against Private Prisons, Retrieved 21, November 2013, from https://sites.google.com/site/privateprisons2/cons

zatvorenika osuđenih za ubistvo.[32] Iz ovoga proizlazi da služba obezbeđenja u privatnim zatvorima ne obavlja svoj posao maksimalno dobro.

Do podataka o stepenu bezbednosti u poluprivatnim zatvorima u Francuskoj je nemoguće doći. Naime, nepostojanje ovih podataka u široj javnosti stvara probleme prilikom komparacije prednosti i mana tri modela privatizacije zatvora. Vlada Republike Francuske mora u narednom periodu da insistira na publikovanju ovih podataka, kako bi mogla stručna i opšta javnost da ustanove da li poluprivatni zatvori obezbeđuju visok stepen bezbednosti ne samo zatvorenika, već i pripadnika formalnog sistema.

Uporedni podaci stepena bezbednosti u državnim i privatnim zatvorima u Brazilu pokazuju da je u državnim zatvorima zabeleženo 8 bekstava, odnosno 25 pokušaja bekstva, dok u zatvorima rukovođenim privatnom kompanijom nije bilo zabeleženo nijedno bekstvo, kao i njihov pokušaj. Ujedno, broj napada na druge zatvorenika, kao i pripadnika formalnog sistema je do 15 puta veće u državnim zatvorima.[33] Stepen bezbednosti se ogleda i u prosečnom broju smrtnih slučajeva. Naime, od 2002. do 2005. godine bilo je u državnim zatvorima prosečno 6,8 smrtnih slučajeva, dok je u zatvorima rukovođenim privatnom kompanijom bilo prosečno 3 smrtna slučaja[34]

Poslovno orijentisana politika privatnih zatvora dovodi do smanjenja izdvajanja novca za primenu različitih oblika tretmana. U istraživanju profesora sociologije Logana na primeru penitencijarnog sistema Sjedinjenih Američkih Država, došlo se do rezultata da su državni zatvori ostvarili bolje rezultate u pogledu pružanja zdravstvenih usluga i savetovanja. [35] Ujedno, takvom stanju kvaliteta usluga u američkim privatnim zatvorima doprinosi i nepostojanje lica odgovornog za nadgledanje kvaliteta istih postavljenom od strane države, kao i nepostojanje pravilnika o kvalitetu pruženih usluga.[36]Istraživanje o kvalitetu usluga privatnih i državnih zatvora u Sjedinjenim Američkim Državama pokazalo je da određeni privatni zatvori obezbeđuju najlošiju hranu. Privatni zatvor TaftCor-

[32] Camp, Scott, Gaes, Gamp (2000). *Private Prisons in the United States, 1999: An Assessment of Growth, Performance, Custody Standards, and Training Requirements*, Federal Bureau of Prisons Office of Research and Evaluation, Washington, (Electronic version). Retrieved 23, November 2013, from http://www.bop.gov/news/research_projects/published_reports/prison_mgmt/oreprcg2000.pdf

[33] Cabral et al., *op. cit.,* 109.

[34] *Ibid.,* 110.

[35] Logan, C. *Well Kept: Comparing Quality of Confinement in Private and Public Prisons*, Journal of Criminal Law and Criminology, Chicago, vol. 83, 1992.

[36] Cabral et al., *op. cit.,* 111.

rectionalInstitution je svojim osuđenicima obezbeđivao hranu lošijeg kvaliteta, manje raznovrsnosti i manjih porcija u poređenju sa svim zatvorima koji su pod upravom federalne vlade.[37]

Istraživanje o kvalitetu usluga, koje vrše privatne kompanije, pokazalo je da privatizovani zatvori u Francuskoj pružaju bolje usluge održavanja zatvora i čišćenja, obezbeđuju bolji kvalitet hrane, kao i bolju zdravstvenu uslugu. U francuskim poluprivatnim zatvorima rad, kao oblik tretmana, je organizovan na takav način da zatvorenici mogu da usklade svoje obaveze vezane za radni tretman, kao i obaveze predviđene obrazovanjem kao oblikom tretmana. Tako, na primer, u poluprivatnom zatvoru Vald'Oise 65% zatvorenika je istovremeno angažovano u procesu proizvodnje određenih predmeta i u obrazovnom procesu. Ujedno, privatizovani zatvori u Francuskoj obezbeđuju na višem nivou sistem prevoza zatvorenika iz zatvora i u zatvor u odnosu na zatvore pod ingerencijom država.[38]Ipak, bolji kvalitet pružanja usluga u privatizovanim zatvorima u odnosu na državne treba povezati sa činjenicom da je cena koštanja po jednom osuđeniku u privatizovanim zatvorima veća u odnosu na cenu zatvaranja u državnom zatvoru.

Kvalitet pruženih usluga u zatvorima kojima rukovode privatne kompanije u Brazilu je bolji od kvaliteta usluga u državnim zatvorima. Naime, istraživanje iz 2008. godine pokazalo je da se u zatvorima kojima rukovode privatne kompanije pružaju medicinske usluge koje su 10 puta kvalitetnije u odnosu na takve usluge u državnim zatvorima. Takođe, usluge pravne pomoći zatvorenicima u zatvorima kojima rukovode privatne kompanije su kvalitetnije. Tako u državnim zatvorima postoji do 20 puta manje pravnih savetnika.[39] Bolji kvalitet usluga u u zatvorima kojima rukovode privatne kompanije potvrđen je i u istraživanju iz 2010. godine.[40]

5. Mogućnosti uvođenja (polu)privatnih zatvora u penitencijarni sistem Republike Srbije

Polazeći od činjenice da kod privatnih zatvora se izvršenje kazne zatvora nalazi u rukama privatnih kompanija, nameće se pitanje legitimiteta jednog ovakvog stanja. Još su određeni klasični krivičnopravni pisci, poput Bekarija, isticali da je pravo suverena na kažnjavanje zasnovano na nuždi da se depozit, koji je stvoren za opšte dobro, brani od uzurpacije

[37]Arguments Against Private Prisons, Retrieved 21, November 2013, from https://sites.google.com/site/privateprisons2/cons

[38] Cabral et al., *op. cit*., 108.

[39] *Ibid.*

[40] *Ibid.*

pojedinaca. Slično razmišljanje je imao i francuski filozof Žan Žak Ruso, koji je isticao da se pravo države na kažnjavanje može delegirati samo na osnovu pristanka samih građana.[41]

Pitanje legitimiteta se postavlja kod sva tri modela privatizacije.Naime, ovopitanje legitimiteta se postavlja u zemljama poput Sjedinjenih Američkih Država, koje se najviše odmakle u osnivanju privatnih zatvora. Naime, shodno odluci Vrhovnog suda SAD-a, država ne sme da dopusti, na osnovu amadmana V i XIV,[42] da privatne kompanije odlučuju o, između ostalog, i pravu na slobodu, pogotovo što su privatne kompanije osnovane radi ostvarivanja profita. Takođe, na pitanje legitimiteta utiče i činjenica da zaposleni u privatnim zatvorima često poseduju akcije određenje privatne kompanije. Ujedno, privatni zatvori svojim postojanjem preuzimaju diskreciono i ekskluzivno pravo države da kazni ljude za učinjeno krivično delo. Drugim rečima, američki model privatizacije zatvora podrazumeva situaciju u kojoj država ima malo mogućnosti u pogledu kontrole upravljanja penitencijarnom ustanovom. Naime, privatne kompanije same odlučuju o svim detaljima prilikom izgradnje zatvora, kao i prilikom upravljanja ustanovom. To dovodi do situacije da privatne kompanije smanjuju izdatke za neke aktivnosti vezane za oblike tretmana. Ujedno, neke aktivnosti unutar zatvora, poput upotrebe sile prema zatvoreniku, potreban nivo obrazovanja, kao i znanja određenih veština kod pripadnika formalnog sistema, nisu ujednačene na istom nivou sa državnim zatvorima. Kod druga dva modela privatizacije zatvora – kontinentalni i brazilski, situacija u pogledu pitanja legitimiteta je mnogo bolja. Postoji podeljena nadležnost u vezi upravljanja zatvorom između države i privatne kompanije. Ono što razlikuje ugovore o privatizaciji zatvora u Francuskoj i Brazilu je stepen delegiranja nadležnosti u vezi upravljanja zatvorom privatnim kompanijama.[43]

Pitanje legitimiteta uvođenja privatnog kapitala u penitencijarni sistem, takođe, postavlja i u Republici Srbiji. Ono što može predstavljati

[41]Zoran Kesić, Privatizacija kažnjavanja: način za prevazilaženje ili prodibljivanje krize zatvaranja, *Strani pravni život*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2010.

[42] Više o ovim amadmanima vid. Due process, Retrieved 18, November 2013, from http://www.law.cornell.edu/wex/due_process.

[43] U nekim državama, poput Nemačke, nije dozvoljeno privatnim kompanijama da rukovode zatvorima na osnovu ustava i zakona. Takođe, u Izraelu je Ustavni sud odlučio da izvršenje kazne zatvora u suštinskoj nadležnosti države, te ju je nemoguće delegirati. Vid. Harding, R., State Monopoly of „Permitted Violation of Human Rights": The Decision of the Suprime Court of Israel Prohibiting the Private Operation and Management of Prisons, *Punishment and Society-International Juornal of Penology* 14, no. 2/2012, 131-146.

problem jesu odredbe Ustava Republike Srbije[44] koji se odnose pravo na ličnu slobodu i bezbednost. Naime, kod ovog prava se radi o zaštiti fizičke slobode ličnosti od zatvaranja i drugih mera nezakonitih oduzimanja i ograničenja slobode.[45] Ujedno, neophodno je voditi računa o odredbama Zakona o izvršenju krivičnih sankcija[46] (u daljem tekstu ZIKS) koji se odnose na delatnost Uprave za izvršenje krivičnih sankcija (u daljem tekstu Uprava). Naime, u čl. 12 ZIKS-a propisano je da Uprava, između ostalog, organizuje, sprovodi i nadzire izvršenje kazne zatvora odnosno maloletničkog zatvora. Istovetno, Uprava je organ u sastavu ministarstva nadležnog za poslove pravosuđa. Iz ovih odredaba proizlazi zaključak da je izvršenje kazne zatvora i kazne maloletničkog zatvora u nadležnosti Republike Srbije i njenih organa. Stoga je, ukoliko se postigne konsenzus o potrebi uvođenja privatnog kapitala u penitencijarni sistem Republike Srbije, promeniti ustavne i zakonske odredbe koje se odnose na izvršenje krivičnih sankcija kako bi se dozvolilo privatnim kompanijama da rukovode industrijskim pogonima penitencijarnih ustanova.[47] S obzirom na to da nije u tradiciji izvršenja krivičnih sankcija u Republici Srbiji postojanje privatnih zatvora, moramo biti naročito oprezni. Polazeći od ove činjenice, američki model privatizacije zatvora je apsolutno neprihvatljiv, te je stoga potrebno razmišljati o implemetaciji jednog od dva preostala modela privatizacije zatvora.

Sledeće pitanje koje treba sagledati jeste cena koštanja izgradnje i upravljanja penitencijarnom ustanovom. Privatni zatvori u Americi imaju nižu cenu koštanja u odnosu na državne zatvore. Iako je bilo za očekivati da poluprivatizovani zatvori u Francuskoj imaju bolju efikasnost u odnosu na državne zatvore, situacija je drugačija – državni zatvori koštaju manje. Ipak, ovde treba naglasiti činjenicu da zaposleni u poluprivatizovanim zatvorima imaju isti nivo plata kao i zaposleni u državnim zatvorima i da, ujedno, poluprivatizovani zatvori pružaju bolji kvalitet usluga. Kako smo već napomenuli situacija u brazilskim privatizovanim zatvorima je takva da oni funkcionišu sa 10% manje finansijskih sredstava nego državni zatvori, pri čemu se mnogo efikasnije troši električna struja i voda. Gledano sa gledišta plata pripadnika službe za tretman oni ostvaruju 60% platu u državnim zatvorima. S ciljem poboljšanja finansijske situacija pri-

[44] Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik* 98/2006.

[45] Dragan Stojanović, *Ustavno pravo*, Niš 2013, 161.

[46] Zakon o izvršenju krivičnih sankcija, *Službeni glasnik RS*, 55/2014.

[47] Upotreba načela zakonitosti ne zahteva naročito složene misaone mehanizme, Branislav Ristivojević, O poretku načela u ciljnom (teleološkom) tumačenju u krivičnom pravu, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 4/2012, 248.

padnika službe za tretman u privatizovanim zatvorima u Brazilu neophodno je da država propiše da njihova plata ne može biti manja od one koji se isplaćuje u državnim zatvorima.

Na primeru Republike Srbije prejudicijalno pitanje je da li država želi ne samo da privatne kompanije vrše određene usluge unutar penitencijarne ustanove, već i da privatnim kompanijam poveri konstrukciju i izradnju istih. Na početku rada smo naveli podatak da postoji preopterećenost penitencijarnog sistema u Republici Srbiji, jer postoji znatno veći broj zatvorenika od kapaciteta svih zatvora. Rukovodeći se tom činjenicom, kao i željom da se smanje finansijska sredstva koja se izdvajaju za funkcionisanje penitencijarnog sistema, Republika Srbija može biti na korak od donošenja odluke o izgradnji zatvora od strane privatnih kompanija, te je stoga moguće primeniti bilo koji model privatizacije zatvora. Međutim, kako smo prilikom sagledavanja pitanja legitimiteta već naglasili da je neprihvatljivo dozvoliti primenu američkog modela privatizacije zatvora, ne bi bilo u skladu sa našom pravnom tradicijom dati dozvolu privatnim kompanijama za izgradnji zatvora, a ujedno im omogućiti da upravljaju zatvorom u potpunosti. Ovakav naš stav nam nameće odgovor da su druga dva modela privatizacije zatvora prihvatljivi u nas.

Nakon sagledavanja problema legitimiteta i cene koštanja upravljanja zatvorom, na donošenje odluke o dozvoli privatnim kompanijama da uđu u penitencijarni sistem Republike Srbije utiče i pitanje vezano za povrat zatvorenika iz privatizovanih zatvora. Stopa povrata punoletnih učinilaca krivičnih dela iznosi 65%. Iako je stopa povrata među maloletnicima drastično manja u odnosu na punoletna lica – 17% prema 65%, treba biti naročito oprezan, jer zbog kratkog trajanja maloletstva, a dugog trajanja krivičnih postupaka, stvara se privid da je stopa povrata kod maloletnika znatno manja, bez obzira na situaciju da primarni maloletni delinkvent učini krivično delo posle napunjenih 18 godina života. Drugim rečima, takvo lice se ne može smatrati maloletnim povratnikom, jer je naredno krivično delo izvršilo po sticanju punoletstva. Ukoliko bi se ova lica ipak posmatrala kao maloletni povratnici, stopa recidivizma maloletnika bi iznosila između 80 i 85%.[48] Iz prikazanih podakata možemo izvući zaključak da primena različitih oblika tretmana u zatvorima ne daje adekvatne rezultate te je potrebno nešto menjati.

Američki privatni zatvori ostvaruju različite rezultate u borbi za smanjene stope povrata. Moguće je naći primere znatno boljih rezultata

[48] Realan broj maloletnih prestupnika. Retrieved 05, January 2014, from http://www.b92.net/ info/vesti/index.php?yyyy=2008&mm=11&dd=17&nav_id=329257

u primeni tretmana, što rezultira manjom stopom povrata, ali se mogu naći i suprotni primeri. Zvanični podaci o stopi povrata zatvorenika iz poluprivatizovanih zatvora u Francuskoj ne postoji. Postoji pretpostavka o smanjenju stope povrata kod ovih zatvorenika, ali ona mora biti verifikovana kroz empirijsko istraživanje. Situacija u Brazilu u pogledi stope povrata je slična kao u Francuskoj. Stoga je nemoguće tvrditi koji je model privatizacije zatvora bolji posmatrajući ih kroz prizmu recidivizma.

Stepen bezbednosti je naredna osnova za odlučivanje o prednostima i manama različitih modela privatizacije. Gledajući stepen bezbednosti u američkim privatnim zatvorima možemo konstatovati da je bezbednost na nezadovoljavajućem nivou u američkim privatnim zatvorima. Manji broj pripadnika službe za obezbeđenje u privatnim zatvorima dovodi do toga da se u njima izvršava veći broj napada između osuđenika i između osuđena i pripadnika formalnog sistema. Kao i kod podataka o stopi povrata, i u vezi stepena bezbednosti u francuskim poluprivatizovanim podacima se ne mogu pronaći podaci koji su publikovani i poznati široj javnosti. U brazilskim poluprivatizovanim zatvorima stepen bezbednosti je mnogo bolji, jer se u njima izvršava znatno manji broj međusobnih napada osuđenika. Ujedno broj smrtnih slučajeva u poluprivatizovanim zatvorima je znatno manji. Kao zaključak se nameće stav da u poređenju sa ostalim modelima privatizacije zatvora u pogledu stepena bezbednosti najbolja je situacija u Brazilu.

Istraživanja u vezi stepena bezbednosti u različitim penitencijarnim ustanovama u Republici Srbiji pokazala su veliki broj napada. Tako je, na primer, u Kazneno-popravnom zavodu za maloletnike u Valjevu, prema izveštaju Helsinškog odbora za ljudska prava u Srbiji, tokom 2009. godine bilo 52 slučaja napada na osuđeno lice. Potrebno je naglasiti da je ova brojka verovatno i veća, ukoliko se zna podatak da uprava Kazneno-popravnog zavoda za maloletnike u Valjevu ne vodi statistiku o broju počinjenih disciplinskih prestupa na adekvatan način. Situacija po pogledu interne bezbednosti dosta je slična i u Okružnom zatvoru u Leskovcu. Naime, tokom 2009. godine bile su 22 tuče i međusobni konflikti između samih osuđenika, kao i 36 bekstava ili pokušaja bekstva.[49] Ujedno, moguće je navesti i dve presude tadašnjeg Okružnog suda u Nišu – br. 3/07 i 10/06. Naime, u oba slučaja radi se o pokušajima ubistva između osuđe-

[49] Helsinški odbor za ljudska prava u Srbiji, *Zatvori u Srbiji februar-mart 2010*. (Elektronska verzija),Vid. http://www.helsinki.org.rs/serbian/doc/zatvori2.pdf, pristup 11. februar 2014. godine. Svakako da se samo na osnovu jednog izveštaja ne može zaključiti kakvo je stvarno stanje. Stoga bi bio verodostojnije kada bi se došlo do stvarnih podataka iz zvaničnih evidencija ustanova za izvršenje sankcija.

nika Kazneno-popravnog zavoda u Nišu. Ovo nam nameće kao zaključak potrebu promene rada službe za obezbeđenje, kako bi se stvorili bolji uslovi po pitanju bezbednosti.

Naredni osnov za odlučivanje o manama i prednostima različitih modela privatizacije zatvora je kvaliteta usluga. Američki privatni zatvori u odnosu na državne pružaju mnogo manje kvalitetne usluge. U pogledu kvaliteta usluga u francuskim poluprivatizovanim zatvorima situacija je mnogo bolja u odnosu na državne. Isto tako, kvalitet pruženih usluga zatvorenicima u poluprivatizovanim u Brazilu je i do deset puta bolja.

Situacija u Republici Srbiji je takva da se nameće potreba daljeg rada na poboljšanju kvaliteta pruženih usluga, koji se može otelotvoriti u uvođenju privatnog kapitala u penitencijarni sistem Republike Srbije. Naime, kvalitet usluga u Kazneno-popravnom zavodu za maloletnike u Valjevu, prema poslednjom izveštaju Helsinškog odbora za ljudska prava u Srbiji iz 2010. godine, je na nezadovoljavajućem nivou.[50] Ne postoje adekvatni sanitarni uslovi u određenim delovima ustanove, te je potrebno uložiti dodatna finansijska sredstva. Ujedno, mnogo prostorije se zagušljive, uz nedostatak prirodne svetlosti. Za kvalitet hrane maloletnici se različito izjašnjavaju – od zadovoljavajućeg do katastrofalnog. Kvalitet usluga u Okružnom zatvoru u Leskovcu, je poboljšan u pogledu situacije u vezi poluotvorenog i otvorenog dela odnosu na raniji period, ali je i dalje nedovoljono dobar. Kvalitet usluga u zatvorenom delu Okružnog zatvora u Leskovcu je daleko od idealnog – nedovoljan broj smeštajnih kapaciteta, nedovoljan broj sanitanih čvorova, nedostatak svetlosti, star i ishaban nameštaj, nepostojanje trpezarije, loš kvalitet hrane, nepostojanje dvadesetčetvoročasovne medicinske usluge itd.

Zaključak

Uporedna analiza modela privatizacije je pokazala da svaki od pomenutih modela privatizacije ima određenje prednosti i mane u odnosu na druge modela. Pitanje legitimiteta je postavljeno kao suštinsko. Naime, prihvatanjem američkog modela privatizacije zatvora sve funkcije penitencijarnog sistema prilikom izdržavanja kazna zatvora bi se nalazilo u rukama privatne kompanije. Stoga se kao zaključak nameće da su preo-

[50] Međutim, najlakše je kritikovati zatečeno stanje, a pri tom ne uzeti u obzir sve ostale činioce u državi koji utiču i na ustanove u kojima se izvršava kazna zatvora. S tim u vezi, bilo bi više nego poželjno da se izvrše i slična istaživanja od strale relevantnih institucija u drugim ustanovama, kao što su bolniice, domovi za stare, ustanove za smeštaj osoba ometenih u razvoju, škola, školskih i sudentskih domovima, i videti kakvi su uslovi za život i boravak u tim ustanovama.

stala dva modela privatizacije zatvora – francuski i brazilski, prihvatljivi u odnosu na američki.

Iako privatni zatvori u Sjedinjenim Američkim Državama imaju nižu cenu koštanja u odnosu na državne zatvora, ovaj podatak nam nije relevantan zbog pitanja legitimiteta postojanja privatnih zatvora koje je u SAD-u dosta diskutabilno. Bez obzira na to da brazilski model privatizacije zatvora košta manje u odnosu na francuski, kod modela privatizacije primenjenim u Francuskoj zaposleni u poluprivatizovanim zatvorima imaju istu platu kao i pripadnici formalnog sistema u državnim zatvorima.

Iako se kod američkog modela privatizacije mogu naći primeri dobre prakse privatnih zatvora u pogledu smanjivanja stope povrata, kod istog modela privatizacije se mogu naći i suprotni primeri. Stoga, čak i kad bismo zanemarili pitanje legitimiteta, američki model privatizacije nije u potpunosti primenjiv u pogledu smanjivanja povrata, jer brojni privatni zatvori ostvaruju slave rezultate u pogledu ovog pitanja. Kod francuskog i brazilskog modela privatizacije zatvora ne publikuju se javno podaci o stopi povrata onih zatvorenika koji su kaznu zatvora izdržali u ovim zatvorima, te je stoga nemoguće vršiti upoređivanje o uspešnosti tretmana u poluprivatizovanim zatvorima u odnosu na državne. Polazeći od činjenice da u oba ova modela privatizacije poluprivatizovani zatvori obezbeđuju savremene penitencijarne programe, sa ciljem resocijalizacije zatvorenika. Razlika u pogledu ova dva modela je u tome što se u Francuskoj zaključuje takav ugovor u kojem privatna kompanija ima bonuse ukoliko ostvari dobre rezultate u smanjivanju stope povrata, dok u Brazilu privatne kompanije teže ovom cilju zarad zaključenja novog ugovora u budućnosti. Smatramo da postoji bolji pravni osnov u vezi ovog pitanja u Francuskoj, jer privatne kompanije imaju neposredniji finansijski interes da ostvare dobre rezultate u pogledu smanjenje stope povrata, dok je u Brazilu taj interes ostvariv na mnogo dužem vremenskom periodu.

Bezbednost u američkim privatnim zatvorima je lošija u odnosu na državne, te je to još jedan razlog zašto ne treba implementirati ovaj model privatizacije zatvora. Brazilski poluprivatizovani zatvori imaju bolji stepen bezbednosti u odnosu na državne. Smatramo da ne treba unapred odbaciti francusko model privatizacije, ali je pre toga neophodno empirijskim istraživanjem verifikovati pretpostavku o boljem stepenu bezbednosti u poluprivatizovanim zatvorima u odnosu na državne.

Kvalitet usluga, kao poslednji kriterijum za odlučivanje o najboljem modelu privatizacije, pokazao je da je stanje u američkim privatnim zatvorima u pogledu ovog pitanja lošije u odnosu na državne. Preostala dva

modela privatizacije zatvora pružaju bolji stepen usluge u poređenju sa državnim.

Pošto se kao opšti zaključak nameće činjenica da je američki model privatizacije neprihvatljiv iz već navedenih razloga i da je moguće implementiratu francuski ili brazilski model privatizacije, potrebno je odlučiti se koji je od preostala dva modela privatizacije više kompatibilan penitencijarnim sistemu Republike Srbije. Smatramo da je to francuski model privatizacije, pod uslovom da se empirijskim istraživanjem potvrdi da je stopa povrata manja, kao i bezbednost na višem nivou u poluprivatizovanim zatvorima, jer država zadržava veći broj ingerencija, kao što su upravljanje zatvorom, administrativna kontrola, pravna pomoć zatvorenicima, pružanje zdravstvenih usluga, spoljno i unutrašnje obezbeđenje, čime se obezbeđuje bolji pravni i faktički položaj zatvorenika i smanjuje se mogućnost zloupotreba od strane privatnih kompanija.

Ukoliko država Srbija smatra da nije potrebno poveriti privatnim kompanijama gradnju novih penitencijarnih ustanova, a želi da unapredi pružanje određenih usluga, uvek je moguće primeniti holandski model privatizacije zatvora tj. poveriti usluge, poput ishrane osuđenika, njihovog prevoza, održavanja higijene, kao i pružanje određenih aktivnosti vezanih za tretman privatnim kompanijama.

Darko Dimovski, Ph.D., Assistant Professor
University of Niš
Faculty of Law Niš

Ivan D. Milić, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

Private Prisons and Penitentiary System of the Republic of Serbia

Abstract: *The authors, starting from reasons such as lack of accommodation capacities for all inmates, the necessity of securing the labor needs of prisoners and saving money, said that there is the possibility of granting licenses to private companies to enter with their financial resources in the penitentiary system of the Republic of Serbia. After that, the authors list the various models of privatization of prisons, while analyzing the advantages and disadvantages of each model individually through the issue of legitimacy, cost of operation (semi) private prisons, rates of return, the level of security and quality of service. At the end the authors, looking at each of these issues through the prism of the functioning of the prison in the Republic of Serbia, said that the privatization model prison most compatible to our penitentiary system.*

Key words: *private prisons, privatization models, Republic of Serbia*

Datum prijema rada: 11.09.2015.

Pregledni članak 336.226.4:63]:502/504
doi:10.5937/zrpfns49-9069

Dr Cvjetana M. Cvjetković, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
ccvjetkovic@pf.uns.ac.rs

EKOLOŠKI POREZI I POLJOPRIVREDA[1]

Sažetak: *Iako se obavljanjem poljoprivredne delatnosti obezbeđuje ishrana čovečanstva, ne može se zanemariti ni činjenica da u ovom sektoru privrede nastaju negativne ekološke eksternalije. U radu je sagledana mogućnost njihove internalizacije uvođenjem poreza na pesticide i poreza na đubriva. Takođe, u radu su analizirana i ekološka obeležja poreza koji terete poljoprivrednike u Republici Srbiji.*

Ključne reči: *poljoprivreda; ekološki porezi; porez na pesticide; porez na đubriva.*

1. UVODNA RAZMATRANJA

Poslednjih nekoliko decenija savremeno društvo karakteriše ekološka kriza čije rešavanje zahteva multidisciplinarni pristup, uključivši i korišćenje ekonomskih instrumenata zaštite životne sredine. Njihovom upotrebom se realizuje princip „zagađivač plaća“ (eng. *rolluter pays principle*), čija suština je u tome da se proizvođači i potrošači putem tržišta (cena) podstiču da se okrenu ka potrošnji, odnosno proizvodnji, koja je „prijateljski“ nastrojena prema životnoj sredini. Ekonomski instrumenti zaštite životne sredine imaju dvojaku funkciju: fiskalnu i ekološku. Naime, njihovim korišćenjem se obezbeđuju finansijska sredstva, ali i podsticaj privatnom i poslovnom sektoru da svoje ponašanje, odnosno aktivnosti usklade sa ciljevima politike zaštite životne sredine. Dakle, oni imaju „i podsticajni i kazneni karakter“.[2]

[1] Rad je posvećen Projektu „Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo“ (evidencioni broj 179079), koji se u celosti finansira iz sredstava obezbeđenih od strane Ministarstva prosvete nauke i tehnološkog razvoja.

[2] Gordana Ilić-Popov, „Fiskalna odgovornost preduzeća u ekološkoj zaštiti u Republici Srbiji“, *Pravo i privreda* 10-12/2010, 18.

U finansijskoj literaturi ne postoji saglasnost u pogledu toga šta sve spada u ekonomske instrumente zaštite životne sredine. Tako, sreću se stanovišta da se tu svrstavaju: porezi shvaćeni u najširem smislu reči,[3] dozvole za zagađivanje životne sredine, uklanjanje tržišnih barijera i subvencija koje promovišu ekonomski neefikasno ponašanje i ponašanje koje nije „prijateljski nastrojeno" prema životnoj sredini.[4] Postoje i gledišta da se u ekonomske instrumente svrstavaju: ekološki porezi, subvencije, sistem povraćaja depozita (eng. *deposit refund system*), prenosive dozvole, takse za nepoštovanje ekoloških standarda i ekoloških poreza, kao i administrativne takse.[5] Često se navedenim ekonomskim instrumentima dodaju još i tzv. garancije izvršenja (eng. *performance bonds*) i tzv. odštete (eng. *liability payments*).[6] Većina ekonomista smatra da ključna determinanta prilikom izbora mere ekološke politike treba da bude *cost-benefit* analiza, odnosno polazi se od toga da mera ekološke politike treba da doprinese ne samo zaštiti životne sredine nego i povećanju dohotka.[7]

2. UTICAJ POLJOPRIVREDE NA ŽIVOTNU SREDINU

Svaka ljudska aktivnost može da naruši kvalitet životne sredine. Ni poljoprivreda u tom pogledu ne predstavlja izuzetak. Štaviše, u pitanju je „sektor privrede u kojem posebno dolazi do izražaja sprega između ekološkog i ekonomskog sistema".[8] Naime, i u ovom sektoru nastaju negativne ekološke eksternalije,[9] koje se najčešće vezuju za korišćenje agroteh-

[3] Vid. Cvjetana Cvjetković, „Ekološke naknade kao instrument zaštite životne sredine", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2014, 387-388.

[4] Vid. Robert N. Stavins, Bradley W. Whitehead, „Pollution Charges for Environmental Protection: A Policy Link between Energy and Environment", *Annual Review of Energy and Environment* 17/1992, 192.

[5] Vid. Gordana Ilić-Popov, *Ekološki porezi*, Beograd 2000, 77, 212-218.

[6] Suština tzv. garancija izvršenja je u deponovanju određenog novčanog iznosa od strane korisnika prirodnih resursa, koji predstavlja garanciju da će se poštovati ekološki zahtevi, a tzv. odšteta u formiranju odgovarajućih fondova iz kojih se nadoknađuje eventualna ekološka šteta. Vid. *Economic Instruments for Pollution Control and Natural Resources Management in OECD Countries: A Survey*, OECD, Paris 1999, 15-49.

[7] Vid. Đorđe Popov, „Politika zaštite životne sredine – ekonomsko-pravni aspekti", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2011, 25.

[8] Rudireg Pethig, „Agriculture, Pesticides and Ecosystem", *Agricultural Economics* 1/2004, 17.

[9] Eksternalije predstavljaju učinke koje za jednog subjekta proizlaze iz određene aktivnosti drugog subjekta, a, pri tome, nisu rezultat delovanja mehanizma cena. Vid. G. Ilić-Popov (2000), 28.

ničkih mera kojima se nastoji postići maksimalna produktivnost.[10] Postojanje negativnih ekoloških eksternalija upućuje na to da bi i u sektoru poljoprivrede mogla zaživeti implementacija ekoloških poreza kojima bi se sprovela njihova internalizacija.

Centralna strategija za povećanje prihoda u poljoprivredi je smanjenje gubitaka izazvanih delovanjem korova, bolesti i štetočina,[11] kao i povećanje plodnosti zemljišta, pa, otuda, ne iznenađuje činjenica da se sve više pribegava korišćenju pesticida[12] i đubriva.[13] Iako se upotrebom đubriva povećava plodnost zemljišta, neretko se pristupa inteziviranom đubrenju bez prethodno sprovedenih hemijskih analiza zemljišta, što može izazvati kontaminiranje zemljišta, biljaka i vode,[14] tj. negativne posledice po zdravlje ljudi, biljni i životinjski svet. Slična situacija nastaje i prilikom upotrebe pesticida, tj. iako su nastali kao izraz potrebe za većom količinom hrane i potrebe da se iskorene mnoge bolesti u kojima štetočine imaju ulogu prenosioca,[15] neretko dospevaju u površinske i podzemne vode, pa proizvode negativne posledice po zdravlje ljudi (koji rukuju pesticidima i koji koriste poljoprivredne proizvode u kojima su se zadržali pesticidi), biljni i životinjski svet koji može biti koristan u poljoprivredi (mikroorganizmi, insekti, biljke, ribe, ptice, sisari, itd.),[16] odnosno veoma često životna sredina biva ugrožena njihovim neadekvatnim korišćenjem. Dakle, prilikom korišćenja pesticida i đubriva treba voditi računa o tome da se ne pređe „bezbedni nivo" njihove upotrebe.[17] Zbog brojnih štetnih

[10] Vid. Dušan Kovačević, Branka Lazić, Vesna Milić, „Uticaj poljoprivrede na životnu sredinu", *Međunarodni naučni skup agrnoma „Jahorina 2011"*, 35.

[11] *Ibid*., 41.

[12] Pod pesticidima se podrazumevaju jedinjenja ili smeše jedinjenja namenjena za sprečavanje, uništavanje, odbijanje ili ublažavanje štetočina. Vid. Mirjana Čolović *et al*., „Organofosfatni insekticidi: toksični efekti i bioanalitički testovi za evaluaciju toksičnosti tokom procesa degradacija", *Hemijska industrija* 2/2013, 217.

[13] Pod đubrivima se podrazumevaju materije koje biljkama služe kao hrana, a unose se u zemljište kako bi se nadoknadili izneti hranljivi elementi i dopunio prirodni nedostatak zemljišta u hranivima, u cilju ubrzanja rasta i razvića biljaka, kao i ostvarenja visokog, kvalitetnog i ekonomski opravdanog prinosa, uz zaštitu životne sredine. Vid. Darinka Bogdanović, *Mineralna đubriva i đubrenje*, Univerzitet u Novom Sadu, Poljoprivredni fakultet, Novi Sad 2014, 8.

[14] Vid. R. Pethig, 38.

[15] Vid. Jugoslav Stajkovac, Branka Amidžić, Jelena Biočanin, „Pesticidi i izvori zagađenja u životnoj sredini i značaj remedijacije u sanaciji kontaminacije", *Ecological Safety in Post-Modern Environment, 26-27 June 2009 Banja Luka*, 1.

[16] Vid. D. Kovačević, B. Lazić, V. Milić, 41.

[17] Vid. Theodoros Skevas, Alfons Oude Lansink, Spiro Stefanou, „Designing the Emerging EU Pesticide Policy: A Literature Review", NJAS – Wageningen Journal of Life Science 64-65/2013, 95.

posledica koje nastaju njihovim korišćenjem razvijen je i ekološki sistem proizvodnje hrane – organska poljoprivreda.[18]

3. POREZI NA PESTICIDE I ĐUBRIVA

Od sredine 80-ih godina 20. veka pojačana je svest o mogućim štetnim efektima upotrebe pesticida. Zbog toga su države nastojale da preduzimanjem različitih mera (ulaganje sredstava u aktivnosti istraživanja i razvoja, edukacija poljoprivrednika o upotrebi i štetnim dejstvima pesticida, zahtevanje relativno strogih uslova za registraciju pesticida, itd.) stave pod kontrolu njihovo korišćenje. Jedan od instrumenata za postizanje tog cilja bili su i posebni porezi na pesticide, koji su plodno tlo našli u Skandinavskim zemljama, u kojima su uvedeni tokom 80-ih i 90-ih godina 20. veka, dok su socijal-demokratske partije bile na vlasti.[19] To pokazuje da na izbor mere zaštite životne sredine ne utiče samo njihova efikasnost, nego i faktori političke prirode.[20]

Jedna od dilema koja nastaje prilikom koncipiranja osnovnih elemenata poreza na pesticide odnosi se na izbor osnovice, tj. dilema postoji u pogledu toga da li ovaj porez koncipirati kao *ad valorem*, ili kao specifični porez. Uporednopravna analiza je pokazala da se u savremenim poreskim sistemima sreću oba rešenja. Tako, u Danskoj je 1996. godine uveden *ad valorem* porez na pesticide koji se isključivo koriste u poljoprivredi, čiju osnovicu predstavlja maloprodajna cena, dok je u Švedskoj 1995. godine uveden porez na pesticide čija je osnovica jedinica mere – kilogram aktivne supstance u pesticidima.[21] U Norveškoj se porez na pesticide zasniva na količini pesticida koja je namenjena za određenu površinu zemljišta, što pretpostavlja da je nadležni organ prethodno propisao maksimalno dopuštenu dozu po ha zemljišta.[22] Dakle, u ovom sistemu ne oporezuje se stvarna količina pestcida, odnosno stvarna površina koja se

[18] Vid. Svetlana Roljević, Vladana Hamović, Radojica Sarić, „Organska poljoprivreda u funkciji održivog razvoja", *Ekonomske teme* 3/2009, 99-109.

[19] Socijal-demokratske partije u to vreme nisu bile u koalicijama sa partijama koje su predstavljale interese poljoprivrednika. Vid. Carsten Daugbjerg, „Power and Policy Design: A Comparision of Green Taxation in Scandinavian Agriculture", *Scandinavian Political Studies* 3/1998, 254.

[20] *Ibid.,* 256.

[21] Vid. Study on Environmental Taxes and Charges in the EU, ECOTEC, Brussels 2001, 115.98, 108. 98, 108, 115.

[22] Vid. Experiences with Taxes/Levies on Fertilisers and Pesticides in Norway, - *http://www.foes.de/pdf/norwaystudy.pdf*, 7. avgust 2015.

tretira pesticidima, nego količina pesticida koja je „podesna" za ha zemljišta.

Opredeljenje za *ad valorem* porez na pesticide nosi sa sobom čitav niz teškoća. Jedna od najvećih vezana je za činjenicu da je određivanje maloprodajnih cena u rukama proizvođača/uvoznika, pa, samim tim, postoji opasnost da se, zbog manipulacija prilikom njihovog utvrđivanja, ne ostvare željeni efekti, tj. opasnost da porez ne utiče, odnosno da u neznatnoj meri utiče na obim tražnje. Problem je još izraženiji ukoliko na tržištu postoji izražena konkurencija između većeg broja proizvođača/uvoznika.[23] *Ad valorem* porez na pesticide može da dovede i do preorijentacija sa skupljih na jeftinije i manje kvalitetne proizvode.[24] Takođe, dugoročno posmatrano, postoji rizik da će usled napretka tehnologije doći do smanjenja troškova proizvodnje, tj. do pada cene pesticida, pa, samim tim, i do ohrabrivanja njihove dalje upotrebe.[25] U suštini, moglo bi se zaključiti da se kreatori poreske politike, u zavisnosti od toga da li prevashodno žele da smanje njihovu upotrebu ili da smanje njihove štetne efekte, mogu opredeliti za uvođenje poreza čiju osnovica je cena proizvoda, odnosno količina emitovanih zagađujućih materija.[26]

U zavisnosti od toga da li je porez na pesticide *ad valorem* ili specifični porez, stopa se iskazuje u procentima ili u apsolutnim iznosima. Tako, u Danskoj se stopa iskazuje u određenom procentu od maloprodajne cene,[27] s tim da njena visina zavisi od uticaja pesticida na zdravlje i životnu sredinu, tj. pesticidi sa najvećim negativnim uticajem su najviše oporezovani, a sve kako bi se obezbedio ekonomski podsticaj da se oni što racionalnije koriste.[28] U Italiji je 2000. godine uveden proporcionalni porez na pesticide čija stopa iznosi 0,5% (ako su pesticidi proizvedeni u Italiji), odnosno 1% (ako je reč o uvezenim pesticidima), čija primena sa sobom nosi određene rizike (rizik od kumulativnog, kancerogenog dejstva, itd.).[29] U Švedskoj porez je koncipiran tako da se određeni novčani iznos plaća po kilogramu aktivne supstance u pesticidima.[30]

---

[23] Vid. Study on Environmental Taxes and Charges in the EU, 348.

[24] *Ibid*., 355.

[25] Vid. David Pearce, Phoebe Koundouri, Fertilizer and Pesticide Taxes for Controlling Non-Point Agricultural Pollution, Agriculture and Rural Development 2003, 3.

[26] Vid. Jesper S. Schou, „Pesticide Taxes in Scandinavia", *Pesticide Outlook* 6/1999, 1.

[27] Visina stope zavisila je od toga da li su u pitanju herbicidi, insekticici ili - fungicidi. Vid. Study on Environmental Taxes and Charges in the EU, 348.

[28] Vid. Danish Ecological Council – Tax on Pesticides, *www.ecocouncil.dk/.../1732-150417-tax-on-pesticides*, 6. avgust 2015.

[29] Vid. Pesticide Taxes – Nationals Examples and Key Ingredient, http://www.pan-*europe.info/Archive/publications/PesticideTax.htm*, 6. avgust 2015.

[30] *Ibid.*

Porez na pesticide poseduje čitav niz nedostataka, pa se otuda sreće u malom broju zemalja. Jedan od osnovnih problema koji se vezuje za ovaj porez leži u činjenici da se negativni efekti koji nastaju korišćenjem pesticida ne mogu isključivo pripisati njihovom delovanju, već su posledica i drugih izvora zagađivanja (eng. *the non-point source pollution*).[31] Osim toga, nemogućnost merenja ekološke štete nastale upotrebom pesticida posledica je i činjenice da emisija štetnih materija, prvenstveno nitrata, zavisi i od tipa useva koji se gaji, tipa zemljišta, vremenskih uslova, itd.[32] Upravo zbog toga se u najvećem broju zemalja pažnja poklanja sprovođenju odgovarajućih kampanja o štetnosti prekomerne upotrebe pesticida, ulažu se sredstva u aktivnosti istraživanja i razvoja,[33] tj. u njima se odustaje od uvođenja poreza na pesticide, odnosno čak i u onim zemljama koje su ga implementirale, on se zasniva na pretpostavljenoj emisiji.[34]

Istraživanja sprovedena u zemljama koje su uvele porez na pesticide pokazuju da je teško izvesti nesporan zaključak da je ovaj porez doveo do smanjenja njihove upotrebe, prvenstveno, zato što to smanjenje nije bilo dramatičnije u odnosu na ona iz prethodnih godina, kada se porez na pesticide nije primenjivao.[35] To navodi na zaključak da bi se ovaj porez mogao tretirati više kao instrument prikupljanja prihoda,[36] dok su njegovi podsticajni efekti manji,[37] tj. njegovo dejstvo na dugoročnu promenu ponašanja potrošača je neznatno, i to, prvenstveno, zbog malog udela poreza u prodajnoj ceni pesticida (5-8%).[38] Otuda, ukoliko se želi povećati njegova ekološka efikasnost, tj. smanjiti potrošnja pesticida, povećanje stope je neminovno. Međutim, to je politički i ekonomski teško izvodljivo rešenje, jer bi do-

---

[31] Vid. Chang Woon Nam *et al*., „Taxation of Fertilizer, Pesticides and Energy Use for Agricultural Production in Selected European Countries", *European Environment* 17/2007, 268.

[32] Vid. Peter Sjoberg, *Taxation of Pesticides and Fertilizers*, Master thesis, Lulea 2005, 13.

[33] Vid. C. Woon Nam *et al*., 281-282.

[34] Vid. P. Sjoberg, 13.

[35] Vid. Study on Environmental Taxes and Charges in the EU, 354

[36] Porez na pesticide se ne može pohvaliti ni izdašnošću. Naime, njegov fiskalni značaj je skroman. Primera radi, u Danskoj je udeo prihoda od ovog poreza u 2013. godini, u ukupnim poreskim prihodima, iznosio svega 0.07%, pa se, otuda, ulažu napori da se što više smanje troškovi administriranja ovim porezom. Jedan od načina za to je propisivanje pravila da se u ulozi obveznika javljaju proizvođači i uvoznici, tj. registrovane kompanije čiji je broj relativno mali, tako da je olakšana kontrola. Vid. Danish Ecological Council – Tax on Pesticides; Study on Environmental Taxes and Charges in the EU, 356.

[37] Vid. Study on Environmental Taxes and Charges in the EU, 105.

[38] Neka istraživanja pokazuju da bi povećanje iznosa poreza tako da oni čine 25% maloprodajne cene pesticida smanjilo njihovu potrošnju za oko 4-8%. *Ibid*.,102.

velo do smanjenja prihoda poljoprivrednika, daljeg narušavanja njihove konkurentnosti, kao i do kupovine pesticida u drugim zemljama.[39]

Prilikom donošenja odluke o uvođenju poreza na pesticide ne može se zanemariti ni činjenica da ovaj porez nailazi na veliki otpor, kako poreskih obveznika (proizvođači/uvoznici), tako i onih koji će konačno poneti teret poreza (poljoprivrednici).[40] Pružanje mogućnosti poljoprivrednicima da imaju neki vid kontrole nad sredstvima prikupljenim od poreza na pesticide je dobar način za smanjenje njihovog otpora. Za razliku od Danske, u kojoj se jedan deo sredstva prikupljenih od ovog poreza sliva u poljoprivredne fondove koji su pod izvesnom kontrolom poljoprivrednika, u Švedskoj i Norveškoj se sredstva od poreza na pesticide slivaju u budžet.[41] Otpor će biti manji i ako postoji direktna veza između predmeta oporezivanja i zagađivanja životne sredine,[42] jer će tada porez na pesticide biti doživljavan kao pravičan porez, kao i ukoliko se prikupljena sredstva „vraćaju" sektoru poljoprivrede. Postoje dva načina da se „izgubljeni" prihodi vrate poljoprivredi. Prvi, namenski pristup, uslovljen je angažovanjem u ekološki prihvatljivim aktivnostima (npr. u Italiji sredstva od poreza na pesticide se koriste za razvoj organske poljoprivrede).[43] Drugi, nenamenski pristup,[44] podrazumeva da se poljoprivrednicima obezbeđuju različite subvencije čija namena nije unapred određena. Tako, u Danskoj se „izgubljeni" prihodi nadoknađuju svim poljoprivrednicima smanjenjem poreza na zemljište za 62-72 danskih kruna po ha.[45] Međutim, „vraćanje" sredstava prikuljenih od poreza na pesticide sektoru poljoprivrede smanjuje njegovu efikasnost. Otuda se zaključilo da bi, umesto direktnog subvencionisanja, ulaganje sredstava u dalja istraživanja ili ohrabrivanje promena u poljoprivrednoj praksi imalo daleko više smisla.[46]

Upravo zbog brojnih nedostataka poreza na pesticide, najveći broj zemalja smatra da su neka druga sredstva efikasniji mehanizam za sma-

---

[39] Tako, postoje indicije da jedan broj poljoprivrednika iz Danske kupuje pesticide u Nemačkoj i Poljskoj, iako je to zabranjeno. Vid. Study on Environmental Taxes and Charges in the EU, 348; Pesticide Taxes – Nationals Examples and Key Ingredient.

[40] Poljoprivrednici neće poneti konačni teret poreza, tj. neće se javiti u ulozi poreskih destinatara, ukoliko proizvođači/uvoznici preuzmu na sebe teret poreza, kako se njegovo uvođenje ne bi negativno odrazilo na tražnju.

[41] Uprkos tome u praksi se najveći deo sredstava „vraća" poljoprivredi finansiranjem aktivnosti istraživanja i razvoja, savetodavnih usluga i sl. Vid. Study on Environmental Taxes and Charges in the EU, 261,264, 347.

[42] Vid. Study on Environmental Taxes and Charges in the EU, 347.

[43] Vid. Pesticide Taxes – Nationals Examples and Key Ingredient.

[44] *Ibid*.

[45] Vid. Danish Ecological Council – Tax on Pesticides.

[46] Vid. D. Pearce, P. Koundouri, 2-3.

njenje njihove upotrebe, tj. ne uvodi ih u svoje poreske sisteme. Ni organi Evropske unije, rukovođeni, prevashodno, opasnošću od narušavanja konkurentnosti, ne zauzimaju drugačiji stav. Tako, Evropski ekonomski i socijalni komitet smatra „da bi u budućnosti Evropska komisija mogla da razmotri mogućnost da se mere za smanjenje upotrebe pesticida finansiraju putem dažbina na pesticide, ali da bi se, u cilju očuvanja konkurentnosti, prethodno moralo obezbediti da odgovarajuće dažbine budu uvedene i u nečlanicama".[47] Evropski savet je izneo stav da bi Evropska komisija „mogla da razmotri potencijal ekonomskih instrumenata kao sredstava za postizanje održive upotrebe pesticida", dok je Evropski parlament pozvao Komisiju „da razvije zakonodavni okvir za poreze i druge dažbine na pesticide".[48] Dakle, organi Evropske unije su u pogledu njihovog uvođenja prilično oprezni, iako još od 70-ih godina 20. veka na nivou Unije postoje odgovarajuće politike u pogledu primene pesticida,[49] tj. zauzeti stavovi ukazuju na to da njihovo uvođenje u državama članicama, barem u bližoj budućnosti, ne izgleda izvesno.

Što se tiče poreza na đubriva, retke su zemlje koje ga imaju u svojim poreskim sistemima (Danska, Švedska), jer manje-više ovaj porez karakterišu iste slabosti kao i porez na pesticide. To znači da je jedan od osnovnih problema vezan za nemogućnost merenja ekološke štete nastale njihovom upotrebom. Prisutne su iste dileme i u pogledu njihovog koncipiranje kao *ad valorem*, odnosno kao specifičnog poreza. Takođe, svako značajnije smanjenje njihovog korišćenja zahteva da poreske stope budu relativno visoke.[50] To bi, međutim, dovelo do povećanja troškova poljoprivrednika i narušavanja njihove konkurentnosti. Osim toga, države (sa izuzetkom Švedske) koje su imale, odnosno koje imaju porez na đubriva u svojim poreskim sistemima, ne mogu se pohvaliti ekološkom efikasnošću, tj. zadovoljavajućim ekološkim performansama ovog poreza. To je posledica činjenice da primarni cilj njegovog uvođenja nije bio ekološki,[51] odnosno činjenice da je tražnja za đubrivima relativno neelastična, tako da su njegovi direktni cenovni efekti mali. Neznatno smanjenje upotrebe đubriva nakon njegovog uvođenja, do kojeg je došlo u pojedinim

[47] Opinion of the European Economic and Social Committee on the 'Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee: Towards a thematic strategy on the sustainable use of pesticides', *Official Journal C 85/113* of 8 April 2003.

[48] Pesticide Taxes – Nationals Examples and Key Ingredient.

[49] Vid. T. Skevas, A. Lansink, S. Stefanou, 96.

[50] Vid. D. Pearce, P. Koundouri, 2.

[51] Vid. Patrik Söderholm, Anna Christiernsson, "Policy Effectiveness and Acceptance in the Taxation of Environmental Damaging Chemical Compounds", *Environmental Science & Policy* 3/2008, 245, 247.

zemljama, se pripisalo psihološkim efektima, tj. pojačanoj svesti poljoprivrednika o štetnim efektima njihove prekomerne upotrebe.[52]

U Danskoj se porez na đubriva plaća na sva veštačka đubriva koja sadrže više od 2% azota, i to u iznosu od 5 DKK po kg azota. Međutim, zbog širokog kruga poreskih oslobođenja, odnosno zbog obezbeđivanja prava na refundaciju plaćenog poreza, poljoprivrednici *de facto* nisu pogođeni ovim porezom, nego samo nepoljoprivredna domaćinstva (npr. kada koriste đubriva za održavanje vrtova i sl.).[53] To znači da je u Danskoj ekološki i fiskalni značaj ovog poreza potpuno beznačajan.

I u Švedskoj se porez na đubriva plaća po kilogramu aktivnih supstanci (fosfata i azota).[54] Iako prihodi od ovog poreza pripadaju centralnom budžetu, najveći deo sredstava se koristi za finansiranje ekoloških projekata u poljoprivredi. Ovaj porez ima zadovoljavajuće ekološke performanse, jer je u prvim godinama primene poreza, potrošnja đubriva smanjena za 2-3%.[55] Međutim, istraživanja pokazuju da navedeni porez ne ide u prilog konkurentnosti švedskih poljoprivrednika.[56]

Pojedine zemlje, poput Austrije i Finske, su ukinule porez na đubriva po učlanjenju u Evropsku uniju, jer se smatralo da je prepreka obavljanju poslovne aktivnosti na unutrašnjem tržištu,[57] tj. zbog očuvanja konkurentnosti,[58] odnosno zbog promene poljoprivredne politike,[59] dok je u Norveškoj do njegovog ukidanja došlo zbog nedovoljne efikasanosti.[60]

4. EKOLOŠKA OBELEŽJA POREZA KOJI TERETE POLJOPRIVREDNIKE U REPUBLICI SRBIJI

U Republici Srbiji, kao i u većini savremenih poreskih sistema, ne postoji poseban porez na pesticide, niti porez na đubriva, kojima bi se sprovodila internalizacija negativnih ekoloških eksternalija koje nastaju njihovim korišćenjem. Najvažniji porezi kojima su podvrgnuti poljoprivrednici[61] su porez na imovinu, porez na dohodak građana[62] i porez na dodatu vrednost (PDV).

---

[52] Vid. Study on Environmental Taxes and Charges in the EU, 151,
[53] Vid. P. Söderholm, A. Christiernsson, 245-246.
[54] Vid. C. Daugbjerg, 261; P. Söderholm, A. Christiernsson, 248.
[55] Vid. Study on Environmental Taxes and Charges in the EU, 136-137.
[56] Vid. P. Söderholm, A. Christiernsson, 249.
[57] *Ibid*., 245.
[58] Vid. Study on Environmental Taxes and Charges in the EU, 133.
[59] *Ibid*., 141.
[60] Vid. P. Söderholm, A. Christiernsson, 248.
[61] Pod poljoprivrednicima se podrazumevaju fizička lica koja obavljaju poljoprivrednu delatnost.

PDV

Sistem PDV-a u Republici Srbiji karakteriše postojanje opšte i posebne (snižene) stope. Opšta stopa iznosi 20% i propisana je za sva dobra i usluge, osim onih za koje je propisana posebna stopa.[63] Posebna stopa, koja iznosi 10%, predviđena je za čitav niz dobara i usluga, uključivši i đubriva i sredstva za zaštitu bilja.[64] Đubrivima se smatraju đubriva biljnog ili životinjskog porekla, nepomešana ili međusobno pomešana ili hemijski obrađena, đubriva dobijena mešanjem ili obradom proizvoda biljnog ili životinjskog porekla, mineralna, hemijska (azotna, fosforna, kalijumova i dr.), kao i mikrobiološka đubriva. Za razliku od većine drugih dobara i usluga koji su podvrgnuti posebnoj stopi, odgovarajućim podzakonskim aktom nije bliže određeno šta se smatra sredstvima za zaštitu bilja, već su ona samo definisana, i to kao hemijska i biološka sredstva kojima se sprečava pojava ili suzbijanje biljnih bolesti, štetočina i korova.[65]

Dakle, srpski zakonodavac uprkos mogućim negativnim ekološkim dejstvima, sredstva za zaštitu bilja i đubriva podvrgava sniženoj stopi. Navedeno rešenje ne odstupa od pravila koja su sadržana u Šestoj Direktivi, u čijem Aneksu H je propisano da se ona može primeniti na dobra i usluge koje se koriste u poljoprivrednoj proizvodnji (osim kapitalnih dobara poput mašina i zgrada).[66] Navedeno rešenje je u skladu i sa opšteprihvaćenim trendom obezbeđivanja privilegovanog tretmana poljoprivrednicima, ne samo na terenu PDV-a (stopa, poseban režim oporezivanja), nego i na terenu drugih poreza. Srpski zakonodavac ne obezbeđuje internalizaciju negativnih eksternalija koje nastaju upotebom pesticida i đubriva ni na terenu naknada, odnosno poreza shvaćenih u najširem smislu reči.[67]

---

[62] Najveći broj poljoprivrednika ne plaća porez na dohodak, odnosno samo oni koji su se opredelili za svojstvo preduzetnika biće obveznici poreza na prihode od samostalne delatnosti. Pravna lica koja obavljaju poljoprivrednu delatnost su obveznici poreza na dobit pravnih lica.

[63] Vid. čl. 23, st. 1 Zakona o porezu na dodatu vrednost – ZPDV, *Službeni glasnik RS*, br. 84/04, 86/04, 61/05, 61/07, 93/12, 108/13, 6/14, 68/14, 142/14, 5/15.

[64] Vid. čl. 23, st. 2, tač. 6 ZPDV.

[65] Vid. čl. 5a, st. 1-2 Pravilnika o utvrđivanju dobara i usluga čiji se promet oporezuje po posebnoj stopi PDV-a, *Službeni glasnik RS*, br. 108/04, 130/04, 140/04, 65/05, 63/07, 29/11, 95/12, 113/13

[66] Council Directive 77/388/EEC of May 1977 on the Harmonization of Laws of the Member States Relating to the Turnover Taxes – Common System of Value Added Tax: Uniform Basis Assessment, *Official Journal L 145* of 13 June 1977.

[67] Zakon o sredstvima za zaštitu bilja, *Službeni glasnik RS*, br. 41/09, u članu 70 ustanovljava obavezu plaćanja naknade samo u slučajevima registracije, pregleda, uzrokovanja, pregleda pošiljki, itd. Slična situacija je i sa Zakonom o sredstvima za ishranu

Porez na imovinu

Neretko se porez na imovinu koristi kao instrument zaštite životne sredine, propisivanjem različitih poreskih olakšica, najčešće za poljoprivredno zemljište, kako bi se sprečila dalja urbanizacija, odnosno konverzija poljoprivrednog i šumskog zemljišta u građevinsko.[68] Upravo ova poreska olakšica je primer kako jedna mera poreske politike, uprkos dobroj nameri zakonodavca, ne mora dati zadovoljavajuće efekte. Naime, pozitivni efekti po životnu sredinu, zbog sprečavanja konverzije poljoprivrednog i šumskog zemljišta u građevinsko, mogu biti anulirani neadekvatnom upotrebom pesticida i đubriva u poljoprivredi.

Srpski sistem oporezivanja imovine karakteriše postojanje brojnih poreskih olakšica. U osnovi njihovog propisivanja leže različiti razlozi, uključivši i ekološke. Tako, Zakon o porezima na imovinu – ZPI[69] propisuje poresko oslobođenje za poljoprivredno i šumsko zemljište koje se ponovo privodi nameni, u trajanju od pet godina, računajući od početka privođenja nameni.[70] U osnovi propisivanja navedenog poreskog oslobođenja ne leže samo ekološki, nego i ekonomski razlozi, odnosno njegovo propisivanje ima za cilj da stimuliše efikasno korišćenje zemljišta, ali i da doprinese ostvarivanju ekoloških koristi, koje su posebno izražene kada je reč o šumama koje imaju veliku ulogu u zaštiti i unapređivanju životne sredine (prečišćavanje vazduha od prašine i drugih čestica, smanjenje buke, ublažavanje klimatskih promena, itd.). Imajući u vidu definiciju šumskog zemljišta, poljoprivrednici bi poresko oslobođenje po ovom osnovu mogli ostvariti kada na zemljištu, koje je zbog svojih osobina podobno za gajenje šuma, podižu nove šume i sl.[71] Poresko oslobođenje je propisano i za poljoprivredno zemljište (njive, vrtovi, voćnjaci, vinogradi, livade, pašnjaci, ribnjaci, trstici i močvare) koje se, zahvaljujući preduzimanju odgovarajućih mera, ponovo koristi za poljoprivrednu proizvodnju. Može se očekivati da će navedena poreska olakšica u predstojećem periodu biti snažan podsticaj za obveznike da poljoprivredno i šumsko zemljište ponovo privedu nameni, s obzirom na to

---

bilja i oplemenjivačima zemljišta, *Službeni glasnik RS*, br. 41/09, koji u čl. 39 ustanovljava obavezu plaćanja naknade u slučaju ispitivanja, pregleda, laboratorijskog ispitivanja, itd.

[68] Vid. Richard W. Dunford, „Survey of Property Tax Relief Programs for the Retention of Agricultural and Open Space Land", *Gonzaga Law Review* 5/1979, 679-689

[69] *Službeni glasnik RS*, br. 26/01, *Službeni list SRJ*, br. 42/02 – odluka SUS i *Službeni glasnik RS*, br. 80/2002, 80/2002 – dr. zakon, 135/04, 61/07, 5/09, 101/10, 24/11, 78/11, 57/12 – odluka US, 47/13 i 68/14 – dr. zakon.

[70] Vid. čl. 12, st. 1, tač. 6) ZPI.

[71] Vid. čl. 5 Zakona o šumama, *Službeni glasnik RS*, br. 30/10.

da je radikalno promenjen način utvrđivanja osnovice za navedenu kategoriju zemljišta.

U ovom kontekstu važno je spomenuti i poresko oslobođenje za vodno zemljište i vodne objekte koji su upisani u odgovarajuće registre, osim na objekte za uzgoj riba (ribnjake).[72] Vodno zemljište je zemljište na kome stalno ili povremeno ima vode, zbog čega se formiraju posebni hidrološki, geomorfološki i biološki odnosi koji se odražavaju na akvatični i priobalni ekosistem.[73] U tom smislu, korita tekućih i stajaćih voda, priobalno zemljište, sprudovi i sl. bi se mogli kategorizovati kao vodno zemljište. Vodni objekti su građevinski i drugi objekti koji, zajedno sa uređajima koji im pripadaju, čine tehničku, odnosno tehnološku celinu, a služe za obavljanje vodne delatnosti.[74] U vodne objekte, shodno tome, bi se mogli svrstati objekti za odvodnjavanje, objekti za proizvodnju hidroelektrične energije, bunari, objekti za sakupljanje otpadnih voda, snabdevanje vodom, brodske prevodnice i dr. Pored navedenog, vremenski neograničenog, propisano je i poresko oslobođenje privremenog karaktera. Naime, od 1. januara 2014. godine do 31. decembra 2015. godine porez na imovinu se neće plaćati na vodno zemljište i vodne objekte za koje je izdata pravosnažna vodna saglasnost, odnosno za koje se vodna dozvola ne izdaje u skladu sa zakonom kojim se uređuju vode, osim na objekte za uzgoj riba (ribnjake).[75] Vodna saglasnost se izdaje pre početka izgradnje novih i rekonstrukcije postojećih objekata i postrojenja i izvođenja drugih radova koji mogu imati uticaj na vodni režim. Njome se utvrđuje da je tehnička dokumentacija za objekte i radove, kao i planska dokumenta za uređenje prostora i gazdovanje šumama urađena u skladu sa izdatim vodnim uslovima, dok se vodnom dozvolom utvrđuje način, uslovi i obim korišćenja voda, način, uslovi i obim ispuštanja otpadnih voda, skladištenja i ispuštanja hazardnih i drugih supstanci koje mogu zagaditi vodu, kao i uslovi za druge radove kojima se utiče na vodni režim.[76] Razlog zbog kojeg je uvedeno ovo privremeno poresko oslobođenje leži u tome što su u pitanju vodna zemljišta i vodni objekti koji nisu upisani u odgovarajuće katastre, ali je započeta odgovarajuća procedura u tom pravcu, pa po tom osnovu ne mogu ostvariti pravo na poresko oslobođenje.

---

[72] Čl. 12, st. 1, tač. 7a ZPI.

[73] Čl. 8, st. 1 Zakona o vodama, *Službeni glasnik RS*, br. 30/10.

[74] Čl. 13, st. 1 Zakona o vodama.

[75] Čl. 39, st. 2 (samostalni član) Zakona o izmenama i dopunama Zakona o porezima na imovinu, *Službeni glasnik* RS, br. 47/13.

[76] Vid. čl. 119, st.1-2, čl. 122, st. 1 Zakona o vodama.

Vodno zemljište i vodni objekti mogu biti u svim oblicima svojine. Ukoliko se nalaze u javnoj svojini, tretiraće se kao dobra od opšteg interesa, pa će, stoga, uživati posebnu zaštitu.[77] Međutim, to nije osnovni razlog za propisivanje navedenog poreskog oslobođenja, jer privilegovan poreski tretman ne uživaju druga dobra od opšteg interesa koja se nalaze u javnoj svojini (npr. poljoprivredno zemljište, šume i šumsko zemljište). Osim toga, da je to razlog njegovog propisivanja, poresko oslobođenje ne bi važilo i za vodno zemljište u privatnoj svojini i vodne objekte, koje su pravna i fizička lica izgradila za svoje potrebe. Očito je da su ekološki razlozi, odnosno njihov veliki značaj u zaštiti od štetnih dejstava voda, sprečavanju zagađivanja voda, tj. održavanju i zaštiti akvatičnog i priobalnog ekosistema, kao i druge značajne funkcije imali odlučujući uticaj na propisivanje poreskog oslobođenja za vodno zemljište i vodne objekte.

5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Potreba za povećanjem produktivnosti u poljoprivredi stvorila je ekološke probleme koji proističu iz neadekvatne upotrebe pesticida i đubriva, pa otuda ne iznenađuje činjenica da je i ovom sektoru nastala ideja o uvođenju posebnih ekoloških poreza. Iako idealni s teoretske tačke gledišta, implementacija „zelenih" poreza u poljoprivredi se suočava sa čitavim nizom teškoća, pa je, otuda, njihovo postojanje najbolji pokazatelj koliko su države istinski zainteresovane za sprovođenje ekološke poreske reforme.

Osnovna teškoća je vezana za činjenicu da nije moguće implementirati porez koji bi u potpunosti internalizovao negativne ekološke eksternalije koje nastaju upotrebom pesticida i đubriva. Jedina mogućnost je da se izvedu grube procene njihovih štetnih dejstava, i da se, shodno tome, postave poreske stope na odgovarajućem nivou. Iskustva zemalja koje su imale, odnosno koje imaju ove poreze u svojim poreskim sistemima pokazuju da je njihov uticaj na smanjenje korišćenja pesticida i đubriva minimalan, jer stopa nije postavljena na adekvatnom nivou. Iako bi se povećanjem stopa postigla ekološka efikasnost ovih poreza, to bi se negativno odrazilo nakonkurentnost, što je neprihvatljivo za najveći broj država. Osim toga, povećanje stopa bi naišlo na otpor poljoprivrednika, koji su značajno biračko telo i veoma često socijalno osetljiva kategorija stanovništva. Otuda ne iznenađuje činjenica da je uporednopravna analiza poka-

[77] Vid. čl. 10, st. 1 Zakona o javnoj svojini, *Službeni glasnik RS*, br. 72/11, 88/13, 105/14; čl. 23 Zakona o vodama.

zala da njihovo egzistiranje u poreskim sistemima može biti samo deklarativnog karaktera (postavljanjem stopa na niskom nivou, propisivanjem poreskih olakšica), odnosno da su oni uvedeni prvenstveno kako bi se ostvarili neki drugi ciljevi. Sve dok je tako, izostaće i fiskalna i podsticajna uloga ovih poreza. Dakle, trenutno stanje je odraz prevage ekonomskih, socijalno-političkih i administrativnih razloga nad ekološkim.

Što se tiče Republike Srbije, analiza ekoloških obeležja poreza kojima su podvrgnuti poljoprivrednici pokazala je da srpski zakonodavac prilikom uređenja njihovog poreskog tretmana, u načelu, nije imao u vidu ekološke zahteve. To najbolje dokazuje propisivanje snižene stope PDV-a za sredstva za zaštitu bilja i đubriva. Ekološki domet poreskih olakšica u sistemu poreza na imovinu je prilično skroman. Čak i kod onih poreskih olakšica čije postojanje se može objasniti ekološkim razlozima, ne možemo se oteti utisku da oni nisu bili odlučujući faktor njihovog propisivanja.

Cvjetana M. Cvjetković, Ph.D., Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

Environmental Taxes and Agriculture

***Abstract**: Although agriculture provides basic life and economic needs, it cannot be disregarded that it also creates negative environmental externalities. In this paper the author presents possibilities of their internalization trough tax on pesticides and tax on fertilizers, as well as analyses the ecological characteristics of taxes that burden farmers in the Republic of Serbia.*

***Key words**: agriculture; environmental taxes; tax on pesticides; tax on fertilizers.*

Datum prijema rada: 15.09.2015.

Pregledni članak 343.98:[343.232:502/504
doi:10.5937/zrpfns49-9082

Milana M. Pisarić, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
mpisaric@pf.uns.ac.rs

PRETPOSTAVKE ZA OTKRIVANJE EKOLOŠKOG KRIMINALITETA[1]

Sažetak: *Otkrivanje i dokazivanje ekološkog kriminaliteta zahteva posebna, specijalizovana znanja nadležnih organa, a rad policije na otkrivanju i dokazivanju podrazumeva saradnju sa nadležnim inspekcijskim službama i drugim organima. Od posebnog značaja za otkrivanje dela ekološkog kriminaliteta je pravovremeno i pravilno preduzimanje mera prvog zahvata, naročito uviđaja, te tzv. situacionih i rekonstruktivnih veštačenja. Da bi se pronašli odgovori na zlatna pitanja kriminalistike prilikom vršenja uviđaja, odnosno da bi se uočili, fiksirali i obezbedili tragovi i predmeti krivičnog dela, neophodno je angažovanje stručnjaka iz adekvatnih oblasti. Da bi pronađeni tragovi i predmeti mogli da se koriste u postupku, moraju biti obrađeni u skladu sa svim pravilima kriminalistike. Stoga su pravovremene konsultacije između policije, javnog tužioca i forenzičara od suštinskog značaja za uspešnu istragu i krivično gonjenje.*

Ključne reči: *Ekološki kriminalitet, otkrivanje, dokazivanje, metodika, uviđaj,*

1. Uvod

Pojava ekološkog kriminaliteta predstavlja predmet istraživanja više naučnih disciplina iz polja društveno-humanističkih nauka – sociologije, kriminologije, nauke o bezbednosti, krivičnog prava, te kriminalistike. Stoga postoji nemali broj definicija, koje u širem društvenom kontekstu

[1] Rad je rezultat istraživanja ostvarenih na Projektu „Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo“ (br.179079), a sredstva za njegovo ostvarivanje su obezbeđena od strane Ministarstva prosvete i nauke Republike Srbije.

određuju ovaj pojam. U kriminološkom smislu, ekološki kriminalitet se definiše kao svaki akt koji je suprotan ekološkopravnoj normi[2], iz čega proizlazi da je suština izložene definicije u postojanju pravom normiranih pravila ponašanja u oblasti zaštite životne sredine, koja su opšte obavezujućeg karaktera, unapred određena i za čije kršenje je propisana sankcija. No, zajedničko raznim shvatanjima jeste da se radi o štetnim radnjama kojima se povređuju, odnosno ugrožavaju određeni eko-medijumi. Ekološki kriminalitet predstavlja ozbiljan međunarodni problem, a manifestuje se u raznovrsnim oblicima, koji nisu ograničeni na zagađenje vazduha, vode i zemljišta, niti na dovođenje divljih biljnih i životinjskih vrsta do istrebljenja, već se odnose i na radnje koje ubrzavaju klimatske promene, drastično smanjenje zaliha ribe, pustošenje šuma i slično, i uopšte na uništavanje suštinskih prirodnih resursa. Oblici ekološkog kriminaliteta mogu se uslovno podeliti u dve kategorije:

1. Nezakonit promet prirodnih resursa, koji obuhvata trgovinu ugroženim biljnim i životinjskim vrstama, te eksploataciju i trgovinu mineralnim resursima; i
2. Nezakonit promet opasnih materija, koja obuhvata ilegalnu trgovinu supstanci koje oštećuju ozonski omotač i odlaganje i trgovinu otpadom[3].

Postojanje određenog broja kaznenih odredaba difuzno raspoređenih u različitim propisima ne znači samo po sebi da je suprotstavljanje ekološkom kriminalitetu nemoguće ili neefikasno. Suprotstavljanje ozbiljnom globalnom problemu kakav je ekološki kriminalitet i efikasno sprovođenje ekoloških propisa zahteva uključivanje što većeg broja relevantnih aktera. Ovakvo pristup je posledica shvatanja da se zaštita životne sredine, pre svega, ostvaruje kroz sistem preventivnih i represivnih zakonom propisanih mera u oblasti upravnog, građanskog, privrednog i finansijskog prava, koje u najvećoj meri sprovode inspekcijski organi. Krivičnopravna zaštita životne sredine je krajnja, ali veoma efikasna i nužna opcija, a efikasno sprovođenje ekološkopravne regulative je od vitalnog značaja za suzbijanje i sprečavanje ove vrste kriminaliteta[4].

---

[2] M. Kostić, „Ekološki kriminal i njegovo suzbijanje“, Pravni život 10/2009, 175.

[3] Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime (2010) Expert consultation on the use of the Convention for combating emerging forms of crime. Item 5 of the provisional agenda for the Fifth session. CTOC/COP/2010/3,
http://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/COP5/CTOC_COP_2010_1/CTOC_COP_2010_1_E.pdf

[4] Više o tome vid. T. Lukić, „Krivičnopravna zaštita životne sredine“, Zaštita prirode 1-2/2009, 683-691.

2. Nužnost saradnje između nadležnih organa

Primena ekoloških propisa je važan faktor zaštite životne sredine i smanjenja ekološke štete, a to se postiže radom nadležnih organa. Uloga policije u zaštiti životne sredine zavisi od specifičnih okolnosti, ali se policija može smatrati potencijalno važnim faktorom kontrole poštovanja propisa iz oblasti zaštite životne sredine, jer je obično mnogo veći broj ovlašćenih službenih lica zaposlenih u policiji nego inspektora zaštite životne sredine na određenom prostoru. Međutim, policija ima brojne zadatke u okviru svog delokruga rada, u smislu preventivne i represivne delatnosti u vezi sa kriminalnim radnjama u jednom društvu, a poštovanje ekloških propisa ne predstavlja prioritet u radu policije u načelu, dok god se u tom kršenju ne steknu elementi radnje kažnjivog dela u skladu sa kaznenim propisima jedne zemlje[5]. Stoga je radi uspešnosti kontrole nad primenom tih propisa neophodna saradnja državnih organa sa različitim nadležnostima i delokrugom rada na lokalnom, nacionalnom, regonalnom i međunarodnom nivou.

Nesporno je da otkrivanje, dokazivanje i suđenje u slučajevima krivičnih dela protiv životne sredine imaju svojih nesuminjivih specifičnosti u odnosu na druga krivična dela, koje se ogledaju u prirodi samih krivičnih dela, načinu izvršenja radnje (*modus operandi*) i karakteristikama izvršilaca, no, ipak ne postoji objektivna potreba za modifikacijom pravila krivične procedure kada su u pitanju ova krivična dela, jer su postojeća pravila odgovarajuća. Bez obzira da li se zastupa stav da postoji ili ne postoji evidentna potreba za specijalizacijom organa krivičnog postupka[6], potrebno je imati na umu metodiku otkrivanja, razjašnjavanja i dokazivanja krivičnih dela ekološkog kriminaliteta.

Specifičnost suzbijanja ekološkog kriminaliteta je raznolikost organa koji su nadležni i kompetentni za postupanje u najranijoj fazi postupka, pa je organizacija i međusobni odnosi organa koji se bave otkrivanjem i dokazivanjem krivičnih dela odražava se na uspešnost borbe protiv ekološkog kriminaliteta. Rad policije na otkrivanju i dokazivanju ekološkog kriminaliteta podrazumeva njihovu saradnju sa nadležnim inspekcijskim službama i drugim organima, sa veštacima, ali isto tako i otkrivanje, identifikovanje i hvatanje osumnjičenog lica[7]. Početak međusobne saradnje policije i tužilaštva, ali i drugih nadležnih organa u svakom konkretnom slučaju se vezuje, po

[5] T. Lukić, M. Pisarić, „Specijalizacija pravosudnih i drugih organa u borbi protiv ekološkog kriminaliteta“, Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu 4/2012, 231.

[6] Lukić, Pisarić, *op.cit,* 219.

[7] Vid. T. Lukić, „Krivičnopravna zaštita životne sredine“, Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu 2/2011, 289-308.

pravilu, za trenutak u kome postoji saznanje za izvršeno krivično delo i izvesnost o kom osumnjičenom licu se radi. Pre saznanja o krivičnom delu i izvršiocu, moguće su konsultacije, ali one su retke, jer javni tužilac nema znanja kojima raspolaže policija, nema tih veština i u suštini, pre tog saznanja, javni tužilac ne može policiji ni sugerisati ni zahtevati od nje, a ni pomoći joj u njenom radu.[8] Saradnja među nadležnim organima se, po pravilu, odvija dvojako - to je saradnja povodom konkretnog slučaja i saradnja koja se odnosi uopšte na pravila postupanja (taktiku i tehniku) kada su u pitanju uopšte slučajevi ekološkog kriminaliteta, uzimajući u obzir sve karakteristike ovog kriminaliteta.

Slučaj prekograničnog ekološkog kriminaliteta podrazumeva nelegalnu aktivnost u više od jedne zemlje, što, međutim, može izgledati manje očigledno za organe nadležene za otkrivanje takvih nelegalnih aktivnosti u pojedinim zemljama, odnosno saznanje o transnacionalnom karakteru konkretnog slučaja i o potrebi obaveštavanja, razmene informacija i saradnje sa nadležnim organima druge države može nastati tek u toku vođenja krivičnog postupka. Koje su to informacije koje se mogu razmenjivati i na koji način, zavisi od pravnog okvira za saradnju državnih organa u krivičnom stvarima. U principu, nadležni organi stiču sazanja o kriminalnim aktivnostima u okviru transnacionalnog ekološkog kriminaliteta ili reaktivno ili proaktivno. Reaktivno detektovanje podrazumeva da nadležni organi izvore sazananja o kriminalnoj delatnosti dobiju iz prijave građana ili drugih nadležnih organa u obavljanju poslova iz svoje nadležnosti (npr. od carinskih organa) ili država A započne kriminalističku obradu/ pokrene postupak u vezi sa krivičnim delima protiv životne sredine, pa od države B putem zatraži pravnu pomoć. Osim reaktivnog načina saznanja, nadležni organi mogu detektovati pojavne oblike ekološkog kriminaliteta proaktivno. U takvim slučajevima policija aktivno traga za informacijama o ekološkom kriminalitetu, u cilju pokretanja krivičnog postupka. Najpre, policija, često u saradnji sa drugim državnim organima, može prikupiti informacije putem kontrole, na primer, komercijalnih vozila, vozova i brodova koji transportuju otpad do odredišta u inostranstvu. Zatim, postoji mogućnost korišćenja policijskih saradnika iz kriminalnih krugova koji mogu da obezbede obaveštajne podatke o tekućim kriminalnim aktivnostima i o licima koja su uključena u realizaciju istih. Jedan od mogućih pristupa je da se sistematski prikupljaju i analiziraju informacije o određenom problemu o kom nadležni organi već poseduju određena saznanja. Iz svega navede-

[8] D. Novosel, D. Dundović, „Suradnja državnog odvjetnika u predistražnom (pretkaznenom) postupku“, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu broj 2/2006, 599.

nog, međutim, jasno je da aktivna i sistematska razmena informacija o prekograničnom organizovanom ekološkom kriminalu i dalje nasumična u najboljem slučaju, a međunarodne krivične istrage su retko rezultat koordiniranog napora od samog početka[9].

3. Značaj mera prvog zahvata

Policija kao državni organ uprave se bori protiv ekološkog kriminaliteta preventivnim i represivnim merama i radnjama i ostvaruje saradnju sa inspekcijskim službama i zavodima, koji vršeći nadzor i kontrolu poštovanja zakonskih propisa, kao i sprovodeći monitoring životne sredine, po pravilu, prvi nailaze na nezakonitosti koje su obavezni da prijave nadležnim organima (da podnesu krivične ili prekršajne prijave). Najveći broj krivičnih prijava za ekološka krivična dela podnet je na osnovu nalaza i mišljenja odgovarajućih veštaka, što instrumenatalnim kriminalističko-tehničkim metodama u dokazivanju ekoloških krivičnih dela daje poseban represivan značaj.[10] Osim toga, izvori saznanja za dela ekološkog kriminaliteta predstavljaju i sredstva javnog informisanja, delatnosti inspekcijskih službi i zavoda, operativna aktivnost policije, kao i prijave građana koji žive na ugroženim područjima, dok su samoprijave izvršioca ovih krivičnih dela retkost. Pri tome saznanja su veoma specifična, jer ni sami građani nisu sigurni šta je uzrok zagađivanja, da li je to radnja krivičnog dela ili posledica sveoptše industrijalizacije ili pak deo redovnih prirodnih procesa. Najčešće se prijava upućuje policiji, inspekcijskim službama, ali i tužilaštvu, pa i drugim nenadležnom organu.

Operativna delatnost policije na razjašnjavanju i dokazivanju krivičnih dela ekološkog kriminala počinje odmah od dobijanja prve informacije. U tom smislu se prikupljaju relevantne indicije, te sačinjavaju realne verzije događaja koje se proveravaju kroz uviđajne radnje, a kasnije kroz druge dokazne radnje. Operativni rad policije je posebno značajan kada se radi o krivičnim delima protiv životne sredine. On se sastoji od niza postupaka i aktivnosti koje se preduzimaju na osnovu raspoloživih podataka i informacija. U tom smislu je od presudnog značaja planiranje rada, prikupljanje, obrada i analiza podataka koji mogu biti različite vrste, potrebnog stepena pouzdanosti i verodostojnosti, a u određenim slučajevima mogu biti i određenog stepena tajnosti.

[9] M. Pisarić, „Suzbijanje prekograničnog ekološkog kriminaliteta“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 2/2011, 431.

[10] A. Ljuština, Z. Čvorović, „Sprečavanje i suzbijanje ekološkog kriminaliteta primenom kriminalističko-tehničkih metoda“, Nauka-bezbednost-policija 1/2003, 193.

Po saznanju za izvršeno krivično delo je potrebno je što pre izvršiti uviđaj na licu mesta, jer kada se radi o krivičnim delima protiv životne sredine glavni osnov za dalje postupanje nadležnih orana su uzeti uzorci zagađenog eko-medija sa lica mesta. Uviđaj je radnja koja se sastoji u neposrednom čulnom opažanju činjenica od strane organa postupka, a ima za cilj da se utvrde ili razjasne činjenice relevantne za krivični postupak. Radi se o hitnoj radnji koja ne trpi odlaganje, pa ukoliko se ne preduzme odmah, odnosno u najkraćem mogućem roku po saznanju da je izvršeno krivično delo, neće moći da se preduzme ili će to biti znatno otežano. Vrsta metoda kriminalističke tehnike koja će se primeniti u svakom pojedinom slučaju je različita jer je uslovljena konkretnim činiocima[11]. Specifičnost uviđaja ogleda se u lokalitetima koja predstavljaju lice mesta, a koji su neretko veliki i nepristupačni prostori, koje je teško praktično i temeljito obraditi, i preduzeti planirane mere i radnje (voda, zemlja, pod vodom, vazduh i drugo).

Prvo i najznačajnije pitanje koje se mora razjasniti na uviđaju jeste pitanje "Šta se dogodilo?" Odgovor na ovo pitanje traba da razjasni dilemu da li je u pitanju krivično delo ili kakav drugi događaj. Drugo pitanje se odnosi na mesto događaja, tj. lokaliktet, tj. mesto izvršenja krivičnog dela. Na uvidjaju se razjašnjavaju i druga relevantna objektivna i subjektivna kriminalistička pitanja (kada, kako, s kime, s čime, zašto), a naročito je u konkretnom momentu potrebno precizno utvtrditi posledice ugrožavanja i zagađivanja. Tokom sprovođenja uviđaja potrebno je, dakle, odgovoriti na sedam zlatnih pitanja kriminalistike, a kako bi se ostvarila svrha samog kriminalističkog procesa, a to uključuje razvijanje i testiranje hipoteza, te dobijanje odgovora na sva pitanja koja su neophodna kako bi se opisala priroda same kriminalne aktivnosti.[12] U tom smislu značajno je korišćenje kriminalističko-operativnog programa kao oslonca u sakupljanju relevantnih podataka. Program, primera radi, sadrži sledeća pitanja:

1. Šta je predmet zagađenja: vodena površina, atmosferski vazduh ili zemljišno tlo?

2. U čemu se konkretno izrazilo zagađenje: u povećanju koncentracije zagađujućih materija u vazduhu, vodi ili zemljištu; u povećanju (podizanju) temperature vode, njenoj zamućenosti, prisutnosti određenih mirisa, promeni ukusa i boje, te gubljenju i drugih svojstava vode pri nje-

[11] Vid. T. Bugarski, „Otkrivanje i istraživanje ekološkog kriminaliteta", Revija za kriminologiju i krivično pravo 1-2/2012, 219-234.

[12] Ž. Brincka, S. Raguž, „Procijena kao stadij obavještajnog procesa", Policija i sigurnost 1/2010, 47-48.

nom korišćenju, u pojavljivanju neprijatnog mirisa u vazduhu, promeni sastava zemljišta i pojavi određenih stranih supstanci u zemljištu; u izbacivanju štetnih supstanci za koje nije ustanovljena maksi- malna dozvoljena koncentracija u vodi, zemljištu ili vazduhu; u ispuštanju otpadnih voda u vodene objekte; u ispuštanju otpadnih voda, koje sadrže radioaktivne supstance, u veštačke kanale i jezera, ribogoilišta ili staništa vodenih ptica, te u potoke i druge vodene objekte iz kojih voda može dospeti u ta veštačka jezera; u ispuštanju štetnih materija u vazduh; u odlaganju otpadnih materija (najčešće u čvrstom stanju) na zemljišno tlo.

3. Kakve su druge štetne posledice zagađenja: oboljenja ili pomor ljudi, ribe, riblje ikre, domaćih životinja, drveća, voćaka, ugrožavanje useva i slično.

4. Koji su uslovi doprineli oboljenju ili uništenju ljudi, ribe, domaćih životinja, voćaka, ugrožavanju useva i drugih štetnih posledica; postoji li uzročno-posledična veza između zagađenja vazduha, vode ili zemljišta i nastupajućih štetnih posledica;

5. Gde, na kojoj teritoriji, akvatoriji ili vazdušnom prostoru su nastupile štetne posledice usled bačenih ili ispuštenih štetnih supstanci u vodene objekte, na zemljišno tlo ili u atmosferu (zagađenje, oboljenja ljudi ili pomor ribe, domaćih životinja, drveća, voćka, ugrožavanje useva i drugo)?

6. Kada je došlo do zagađenja vode, vazduha ili zemljišta i kada su nastupile druge štetne posledice?

7. Koji je put dolaska štetne supstance (supstanci) do mesta gde je nastupilo zagađenje i druge štetne posledice?

8. Gde se nalazi izvor zagađenja?

9. Šta se javlja kao izvor zagađenja?

10. Kada je nastupilo i koliko dugo je trajalo zagađenje vode, vazduha ili zemljišta?

11. Koje okolnosti su pogodovale izvršenju ekološkog delikta?

12. Koji su tehnički uslovi doveli do ispuštanja zagađujućih supstanci u vodu, vazduh ili zemljište?

13. Koje norme zaštite životne sredine nisu poštovane i da li su narušena pravila poslovanja, proizvodnje?

14. Koji je način izvršenja delikta, koje protivpravne aktivnosti su bile izvršene, koji zakonski propis nije bio poštovan?

15. Ko je odgovoran za zagađenje vode, vazduha ili zemljišta i nastu- panje drugih štetnih posledica?

16. Kada se pristupilo kršenju propisa (činjenje) ili kada se nije postupalo po propisima kada je to zakonski očekivano i propisano (nečinjenje)?

17. Postoje li uzročne veze između postojećih aktivnosti ili neaktivnosti (uzdržavanja od aktivnosti) sa zagađenjem vodenog objekta, vazduha, zagađenjem zemljišta i drugim štetnim posledicama?

18. Koji su motivi, ciljevi, protivpravne, štetne aktivnosti ili neaktivnosti, okrivljenog lica ili više lica?

19. Koji je karakter i obim koristi dobijene tim deliktom?

20. Koje su olakšavajuće, a koje otežavajuće okolnosti za učinioca ekološkog delikta? Koje su druge okolnosti koje karakterišu njegovu ličnost?

21. Koja je forma i stepen krivice subjekta ekološkog delikta (ukoliko se radi o više lica utvrditi odgovornost svakog pojedinačno)?

22. Koji je vid ekološkog delikta izvršen (krivično delo, privredni prestup, prekršaj)?[13]

Da bi se pronašli odgovori na navedena pitanja, neophodno je angažovanje stručnjaka iz adekvatnih oblasti i preduzeti tzv. situaciona i rekonstruktivna veštačenja. Naime, blagovremenim izlaskom na lice mesta događaja preduzimaju se se uviđajne mere i radnje koje imaju zadatak da se pronađu, fiksiraju i obezbede tragovi i predmeti krivičnog dela. Da bi pronađeni tragovi i predmet, mogli dalje da se koriste u postupku, moraju biti obrađeni u skladu sa svim pravilima kriminalistike i zbog toga to moraju da rade lica koja su posebno obučena.

4. Neophodnost angažovanja stručnog lica

Problemi sa kojima se susreća policija prilikom istraživanja ekološkog kriminaliteta zahtevaju angažovanje lica sa specijalizovanim tehničkim znanjem i veštinama i odgovarajući proceduralni okvir. Uviđaj vrši organ postupka koji upravlja aktivnostimana licu mesta koje faktički sprovode stručna lica forenzičke, saobraćajne, medicinske ili druge struke, u zavisnosti od konkretne potrebe i samog krivičnog dela. U vezi sa merama prvog zahvata, u policiji bi se mogao kao problem pojaviti neshvatanja težine i složenosti ovih delikata, kao i nepostojanja ili nedovoljnog broja kadra sa adekvatnih specijalističkim znanjima. Zbog toga je neophodno da se odmah angažuju stručnjaci iz drugih oblasti koji će zajedno sa policijom i tužiocem učestvovati u radnjama uviđaja, ali je potrebno i da organ postupka raspolaže potrebnim znanjem iz kriminalistike koje će mu omogućiti da upravlja radom stručnih lica i da bi mogao da postavi potrebne zahteve u vezi sa uviđajem.

[13]A. Ljuština, „Rasvetljavanje ekoloških delikata - opšti kriminalističko-operativni program“, Nauka, bezbednost, policija 3/2007, 87.

Kompleksnost prikupljanja i prezentovanja dokaza na sudu učiniće u velikom broju slučajeva nužnim prisustvo stručnih lica, čiji zadatak se sastoji u tome da organu postupka pruži objašnjenja. U Zakoniku o krivičnom postupku[14] se *stručno lice* pominje u nekoliko odredaba. Prilikom preduzimanja uviđaja organ postupka, po pravilu, traži pomoć stručnog lica forenzičke struke, koje, po potrebi, preduzima i pronalazi, obezbeđuje ili opisuje tragove, vrši potrebna merenja i snimanja, sačinjava skice, uzima potrebne uzorke radi analize ili prikuplja druge podatke (član 133. stav 2). Takođe, u članu 148. stav 1. je predviđeno da organ postupka pre oduzimanja predmeta, po potrebi u prisustvu stručnog lica pregledati predmete. Lica koja prisustvuju dokaznim radnjama mogu predložiti javnom tužiocu da radi razjašnjenja stvari postavi određena pitanja osumnjičenom, svedoku ili veštaku, a po dozvoli javnog tužioca mogu postavljati pitanja i neposredno. Ova lica imaju pravo da zahtevaju da se u zapisnik unesu i njihove primedbe u pogledu preduzimanja pojedinih radnji, a mogu i predlagati prikupljanje pojedinih dokaza (član 300. stav 8). Osim toga, Zakonik predviđa da ukoliko je to potrebno radi razjašnjenja pojedinih tehničkih ili drugih stručnih pitanja koja se postavljaju u vezi sa pribavljenim dokazima ili prilikom saslušanja osumnjičenog ili preduzimanja drugih dokaznih radnji, javni tužilac može zatražiti od stručnog lica odgovarajuće struke da mu o tim pitanjima da potrebna objašnjenja. Ako su prilikom davanja objašnjenja prisutni osumnjičeni ili branilac, oni mogu tražiti da to lice pruži bliža objašnjenja. U slučaju potrebe, javni tužilac može tražiti objašnjenja i od odgovarajuće stručne ustanove (član 300. stav 9). Takođe, ne postoji smetnja da stručno lice bude pozvano da u svojstvu svedoka da u iskazu prenese saznanja ili opažanja u vezi sa predmetom svedočenja (osim ukoliko bi svojim iskazom povredilo dužnost čuvanja tajnog podatka, dok nadležni organ, odnosno lice organa javne vlasti ne opozove tajnost podatka ili ga ne oslobodi te dužnosti u smislu člana 93. stav 1. tačka 1).

Kada policija ili javni tužilac procene da je u toku uviđaja potrebno prisustvo specijaliste, ključno pitanje u izboru tog lica je da li poseduje potrebna znanje ili iskustva da da svoje mišljenje o određenim pitanjima, a uz ovo treba ukazati na to da neposedovanje minimalnih znanja u određenoj, licu koji određuje kog stručnjaka je potrebno angažovati u konkretnom slučaju, može otežati procenu da li su znanja odgovarajuća i dovoljna za konkretan slučaj. Prilikom izbora „spoljnog konsultanta" - forenzičara, naročito u komplikovanim slučajevima kada je potrebno uže speci-

[14] Zakonik o krivičnom postupku („Sl. glasnik RS", br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014).

jalizovano tehničko znanje, potrebno je voditi računa da li lice poseduje odgovarajuće: *tehničko znanje* (veštine, odnosno kompetentnost da obavlja određene poslove, a obuhvata sledeće: relevantnu kvalifikovanost, veštine za obavljanje određenog posla, specifična znanja koje lice poseduje, da li se veština zasniva na tehničkim kvalifikacijama ili na vremenskom iskustvu (ili kombinaciji oba); *iskustvo* (vrsta poslova u kojima je stečeno iskustvo, broj i vrsta slučajeva u kojim je bio angažovan, vremenski period u kom se lice bavi ovim aktivnostima, da li postoji dokaz o posedovanju iskustva); *poznavanje propisa* (naročito nih koji uređuju predistražni postupak i istragu, naročito da bi bio svestan potrebe poverljivosti istrage i razlikovanje između informacija, indicija i dokaza, te postupak pred sudom, ulozi i odgovornostima u krivičnom postupku); *odgovarajuće komunikacione veštine* (da ume da objasni jasnim i razumljivim terminima prirodu specijalnosti, metode tumačenja, slabosti i prednosti određenih dokaza i da da alternativno objašnjenje).

5. Zaključak

Otkrivanje i dokazivanje ekološkog kriminaliteta zahteva posebna, specijalizovana znanja nadležnih organa, ali i posedovanje adekvatne opreme, a rad policije na otkrivanju i dokazivanju podrazumeva njihovu saradnju sa nadležnim inspekcijskim službama i drugim organima. Od posebnog značaja za otkrivanje dela ekološkog kriminaliteta je pravovremeno i pravilno preduzimanje mera prvog zahvata, naročito uviđaja. Da bi se pronašli odgovori na zlatna pitanja kriminalistike prilikom vršenja uviđaja, odnosno da bi se uočili, fiksirali i obezbedili tragovi i predmeti krivičnog dela, neophodno je angažovanje stručnjaka iz adekvatnih oblasti, a da bi pronađeni tragovi i predmeti mogli da se koriste u krivičnom postupku, moraju biti obrađeni u skladu sa svim pravilima kriminalistike. Stoga su pravovremene konsultacije između policije, javnog tužioca i forenzičara od suštinskog značaja za uspešnu istragu i krivično gonjenje, kako u pogledu toga da policija i tužioci treba da daju jasne instrukcije, tako i da upoznaju stručno lice sa potrebnim detaljima.

Milana M. Pisarić, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

Requirements for Detection of Environmental Crime

Abstract: *Detection and identification of ecological crimes requires specific, specialized knowledge of the competent authorities and the work of the police in detecting and proving involves cooperation with the competent inspection services and other organs. Of particular significance in detecting offenses of ecological criminal is timely and properly taking fisrt operation, in particular crime scene investigation and situational and reconstructive expertise. In order to find answers to the gold forensics issues when conducting investigation, and to identify, fix and secure traces and objects of the offense, it is necessary to engage experts in the appropriate field. In order found traces and objects to may be used in the criminal proceedings, they need to be processed in accordance with all the rules of criminalistics. Therefore, timely consultation between the police, the public prosecutor and the forensics are essential for the successful investigation and prosecution.*

Key words: *Environmental crime, detection, proving, crime scene investigation*

Datum prijema rada: 16.09.2015.

Pregledni članak 342.72/.73:364.69(497.11)
doi:10.5937/zrpfns49-9118

Nataša N. Rajić, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
nrajic@pf.uns.ac.rs

ZAŠTITA PODATAKA O LIČNOSTI I OSTVARIVANJE PRAVA IZ OBLASTI ZDRAVSTVENE ZAŠTITE – ANALIZA ODLUKE USTAVNOG SUDA SRBIJE[1]

Sažetak: *Zakon o ostvarivanju prava na zdravstvenu zaštitu dece, trudnica i porodilja osporen je pred Ustavnim sudom Srbije u delu koji se odnosi na obavezu dostavljanja odgovarajućih podataka iz zdravstvene evidencije Republičkom fondu za zdravstveno osiguranje. Ocena je zatražena u odnosu na član 42 Ustava Republike Srbije kao i u odnosu na član 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama. Dostupnost odgovarajućih podataka o zdravstvenom stanju kao uslov ostvarivanja prava na zdravstvenu zaštitu posebno izdvojenih kategorija stanovništva razmatrana je u kontekstu moguće povrede prava na zaštitu podataka o ličnosti odnosno prava na poštovanje privatnog i porodičnog života. Drugim rečima, otvoreno je pitanje kolizije dva prava koja imaju različitu pravnu prirodu: prava na zdravstvenu zaštitu i prava na zaštitu podataka o ličnosti. Predmet rada je analiza odluke Ustavnog suda o saglasnosti osporenih odredbi Zakona sa Ustavom i potvrđenim međunarodnim ugovorom, dok je cilj analize ukazivanje na problemska mesta u odluci kao i na relevantana ustavnopravna pitanja koja u postupku odlučivanja nisu otvorena.*

Ključne reči: *pravo na zaštitu podataka o ličnosti, pravo na zdravstvenu zaštitu, ustavnost, Ustavni sud Srbije*

[1] Rad je rezultat istraživanja u okviru Projekta „Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo“ br. 179079 koji se finansira sredstvima Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja.

1. UVOD

Ocena ustavnosti zakona predstavlja indirektan oblik zaštite ljudskih prava, budući da se odstranjivanjem neustavne zakonske norme iz pravnog poretka sprečava njena dalja primena koja bi posledično dovodila do povrede prava u individualnom, konkretnom slučaju. Ustavni sud, kao poslednja instanca u unutrašnjem pravnom poretku, putem ostvarivanja ove nadležnosti, proverava da li se zakonodavac kretao u okvirima ustavom postavljenih okvira prilikom regulisanja oblasti koja se tiče načina ostvarivanja ljudskih prava.[2] U novijoj praksi Suda osporene su odgovarajuće odredbe zakona iz oblasti zdravstvene zaštite kojima je, prema navodima predlagača, ugroženo ostvarivanje prava na zaštitu podataka o ličnosti, te je odluka kojom je okončan ovaj postupak predmet analize ovog rada.

Zakon o ostvarivanju prava na zdravstvenu zaštitu dece, trudnica i porodilja[3] je, kao svojevrsni *lex specialis* u oblasti zdravstvene zaštite rizičnih grupa stanovništva, usvojen na sednici Narodne skupština Republike Srbije 26. novembra 2013. godine. Zakon, koji sadrži svega nekoliko članova, uređuje pravo na zdravstvenu zaštitu i pravo na naknadu troškova prevoza u vezi sa korišćenjem zdravstvene zaštite za decu, trudnice i porodilje bez obzira na osnov po kome su zdravstveno osigurani, ako ta prava ne mogu da ostvare po osnovu obaveznog zdravstvenog osiguranja u skladu sa zakonom kojim se uređuje zdravstveno osiguranje.[4] Shodno završnoj odredbi, Zakon je stupio na snagu danom objavljivanja.

Pomenuti Zakon osporen je pred Ustavnim sudom Srbije u delu kojim se reguliše obaveza dostavljanja podataka iz zdravstvene evidencije Republičkom fondu za zdravstveno osiguranje (u daljem tekstu Republički fond) od strane lekara specijaliste ginekologije i akušerstva, lekara specijaliste pedijatrije odnosno zdravstvene ustanove.[5] Podaci iz zdravstvene evidencije, čija je obaveza dostavljanja regulisana ovim Zakonom, odnose se na činjenice utvrđivanja i prestanka trudnoće, zatim rođenja mrtvog deteta kao i smrti deteta do godine dana života, kao uslova za sticanje odnosno prestanak ostvarivanja prava na zdravstvenu zaštitu, shodno ovom Zakonu.

---

[2] O ustavnom sudu kao zaštitniku ljudskih prava videti: Slobodan Orlović, Promena položaja ustavnog sudstva, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* (Zbornik radova PFNS), 4/2013, 153-155.

[3] Zakon o ostvarivanju prava na zdravstvenu zaštitu dece, trudnica i porodilja (u daljem tekstu Zakon), *Službeni glasnik RS*, br. 104/13.

[4] Čl. 1 Zakona.

[5] Čl. 5 Zakona.

Način na koji je zakonodavac regulisao ostvarivanje prava u oblasti zdravstvene zaštite shodno ovom Zakonu otvorio je nekoliko spornih ustavnopravnih pitanja koja se oslanjaju na činjenicu da podaci iz zdravstvene evidencije, opredeljeni ovim Zakonom, nesporno pripadaju grupi podataka o ličnosti, čija je zaštita garantovana Ustavom Republike Srbije, kao i da se pomenuti podaci odnose na činjenice koje predstavljaju uslov za ostvarivanje odnosno prestanak ostvarivanja prava na zdravstvenu zaštitu koje je, takođe, garantovano Ustavom, ali po pravnoj prirodi pripada grupi tzv. socijalnih prava (prava čiji se sadržaj i uslovi pod kojima se ostvaruje regulišu zakonom). Drugim rečima, postojala je sumnja da su spornim zakonskim rešenjem dovedena u koliziju dva različita prava tj. da je zakonskim propisivanjem ostvarivanja prava na zdravstvenu zaštitu ugroženo ostvarivanje prava na zaštitu podataka o ličnosti. U tom smislu je predlogom ovlašćenog predlagača pokrenut postupak ispitivanja ustavnosti i saglasnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorom spornih odredbi ovog Zakona, nakon čega je Ustavni sud doneo konačnu odluku o tom pitanju.

Analiza spornih odredbi Zakona kao i odluke Ustavnog suda o ustavnosti tih odredbi i njihove saglasnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorom, pružiće uvid u nekoliko važnih pitanja koja imaju ustavnopravni značaj. To su sledeća pitanja. Da li ustavni organi vlasti (zakonodavac i ustavni sud) u vršenju svojih ustavom propisanih nadležnosti uočavaju i prave razliku koja postoji u pogledu pravne prirode ličnih i socijalnih prava? Čemu, u slučaju, kolizije ove dve vrste prava, daju prevagu? Da li se propisivanjem načina ostvarivanja (i sadržaja) socijalnog prava može i sme posledično ograničiti sadržaj i obim ostvarivanja ličnog prava i u kom obimu? Kakav je odnos, kao i ustavnopravne mogućnosti delovanja Ustavnog suda u pogledu zakonodavnih propusta u regulisanju načina ostvarivanja jednog (socijalnog) prava kojima se posledično ograničava ostvarivanje drugog, ličnog prava? Kakve su mogućnosti ustavnosudskog ispitivanja međusobne usklađenosti različitih zakona imajući u vidu postojanje sistemskih zakona iz odgovarajuće oblasti kao i ustavni princip jedinstva pravnog poretka? Zatim, pitanje proporcionalnosti ograničenja ljudskih prava, pitanje ustavnopravne i logičke utemeljenosti obrazloženja odluke i argumentovanog pobijanja navoda predlagača i druga.

Cilja analize je ukazivanje na eventualna problemska mesta u odluci, na relevantana ustavnopravna pitanja koja u postupku odlučivanja nisu otvorena kao i na pitanja koja jesu razmatrana, ali kojima nije posvećen odgovarajući značaj u ustavnosudskom odlučivanju.

2. OSPORENE ODREDBE ZAKONA I NAVODI OVLAŠĆENOG PREDLAGAČA

Pred Ustavnim sudom Srbije pokrenut je postupak za ocenu ustavnosti odredaba člana 5 Zakona o ostvarivanju prava na zdravstvenu zaštitu dece, trudnica i porodilja kao i njihove i saglasnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorom. Osporene odredbe Zakona glase:

„Lekar specijalista ginekologije i akušerstva dužan je da odmah po utvrđenoj trudnoći, odnosno po izvršenom prekidu trudnoće, trudnice koja ostvaruje pravo na zdravstvenu zaštitu u skladu sa ovim zakonom, o tome obavesti Republički fond.

Zdravstvena ustanova, u kojoj je porodilja rodila mrtvo dete, dužna je da odmah po porođaju o tome obavesti Republički fond.

U slučaju iz stava 2. ovog člana, porodilja ima pravo na zdravstvenu zaštitu u periodu od tri meseca posle porođaja, u skladu sa ovim zakonom.

Lekar specijalista pedijatrije dužan je da odmah po saznanju o smrti deteta do godine dana života, o tome obavesti Republički fond.

Na osnovu obaveštenja iz st. 1, 2. i 4. ovog člana, Republički fond utvrđuje prestanak ostvarivanja prava u skladu sa ovim zakonom."

Postupak je pokrenut na osnovu predloga ovlašćenog predlagača koji je u svom podnesku naveo razloge na kojima temelji sumnju o ustavnosti ospornih odredbi Zakona i njihove saglasnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorom. Predlagač je naveo da osporeni član 5. Zakona nije u saglasnosti sa članom 42. Ustava, kojim je garantovana zaštita podataka o ličnosti u smislu da odredbama osporenog člana Zakona nije propisana svrha prikupljanja podataka o trudnoći, prestanku trudnoće, mrtvorođenoj deci i deci umrloj u prvoj godini života, kao i da nije uređeno pitanje držanja i obrade ovih podataka, suprotno izričitoj ustavnoj odredbi koja nalaže da se kumulativno, a ne alternativno zakonom moraju regulisati „prikupljanje, držanje i obrada podataka". Predlagač, dalje, navodi da osporene odredbe člana 5 Zakona nisu u saglasnosti ni sa odredbom člana 8. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu Evropska konvencija)[6], budući da se prikupljanjem podataka o utvrđivanju i prekidu trudnoće u Republičkom fondu, a na osnovu obaveštenja dobijenih od lekara i medicinskih ustanova, povređuje pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, koje, između ostalog, uključuje donošenje odluka o rađanju ili prekidu trudnoće.

[6] Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu Evropska konvencija), *Službeni list SCG-Međunarodni ugovori,* br. 9/03, 5/05, 5/05-drugi propis, 7/05-ispravka i *Službeni glasnik RS-Međunarodni ugovori*, broj 12/10.

Pored odgovarajućih odredbi Ustava i Evropske konvencije, predlagač je u svom predlogu ukazao i na odgovarajuću kontradiktornost spornih odredbi Zakona sa drugim zakonima kojima se u celini ili delimično regulišu pitanja zaštite navedenih podataka. U tom smislu je predlagač je naveo da je osporeni član Zakona suprotan članu 16. Zakona o zaštiti podataka o ličnosti[7], „jer niti predviđa slobodan pristanak lica za obradu posebno osetljivih podataka, niti obezbeđuje posebne mere zaštite ovih podataka, kao i sa članom 8. ovog zakona, jer predviđa prikupljanje posebno osetljivih podataka, odnosno podataka o zdravstvenom stanju (trudnoći i prestanku trudnoće), ne navodeći jasno svrhu njihovog prikupljanja, pri čemu su ovi podaci, prema shvatanju predlagača, nepotrebni i nepodesni za svrhu obrade, kao i da su njihov broj i vrsta nesrazmerni svrsi obrade.“ Dalje, osporeni član Zakona, u delu koji se odnosi na prikupljanje podataka o mrtvorođenoj deci i deci umrloj u prvoj godini života, suprotan je članovima 48. i 62. Zakona o matičnim knjigama[8], kojim je regulisano prijavljivanje i čuvanje ovih podataka, pri čemu je predlagač posebno istakao činjenicu da su za prijavljivanje i čuvanje ovih podataka ovlašćeni posebni organi, a ne i Republički fond odnosno činjenicu da je čl. 2. Zakona o matičnim knjigama izričito propisano da su matične knjige osnovne službene evidencije o ličnom stanju građana i da se time ne ostavlja mogućnost da paralelnu evidenciju o njima vodi i neka druga institucija. Najzad, osporeni član Zakona, u delu koji se odnosi na obavezu dostavljanja podataka iz medicinske dokumentacije Republičkom fondu, suprotan je odredbama čl. 21. Zakona o pravima pacijenata, u pogledu propisane obaveze čuvanja ovih podataka, kao i čl. 44. i 46. istog Zakona u pogledu uspostavljanja prekršajne odgovornosti za stavljanje na raspolaganje ovih podataka.

Pored zahteva za ispitivanjem spornih odredbi sa stanovišta njihove saglasnosti sa Ustavom i Evropskom konvencijom, predlagač je zatražio da Ustavni sud, do donošenja konačne odluke u ovom predmetu, obustavi sve radnje prikupljanja i dostave podataka propisanih čl. 5. st. 1. 2. i 4. osporenog Zakona.

3. ANALIZA ODLUKE SUDA

Ustavni sud je, nakon sprovedenog postupka u ovom predmetu, doneo odluku kojom se odbija predlog za utvrđivanje neustavnosti i nesaglasnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorom osporenih odredaba Zakona o

[7] Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, *Službeni glasnik RS*, br. 97/08, 104/09-drugi zakon, 68/12-Odluka US i 107/12.

[8] Zakon o matičnim knjigama, *Službeni glasnik RS*, br. 20/09.

ostvarivanju prava na zdravstvenu zaštitu dece, trudnica i porodilja i odbacuje zahtev za obustavu izvršenja pojedinačnog akta ili radnje preduzete na osnovu osporenih odredaba ovog Zakona.[9] Analiza odluke Suda, koja će u daljem tekstu biti sprovedena, koncentrisaće se na normativni okvir koji je Ustavni sud opredelio kao okvir svog postupanja u ovom predmetu; zatim, na sporna ustavnopravna pitanja koja je opredelio kao težišna kao i na ustavnopravnu argumentaciju na kojoj je zasnovao svoju odluku.

3.1. Normativni okvir postupanja Suda[10]

Ustavni sud je, kao normativni okvir postupanja u ovom predmetu, opredelio najpre, odredbe Ustava Republike Srbije[11] kojima je zajemčena zaštita podataka o ličnosti, zatim odredbe kojima se jemči posebna zaštita izdvojenim, naročito osetljivim kategorijama stanovništva, kao i odredbe kojima se uspostavlja nadležnost Republike Srbije da uređuje i obezbeđuje sistem u oblasti zdravstva i društvene brige o deci. Ustavni Sud je pošao od toga da je Ustavom Republike Srbije „...zajemčena zaštita podataka o ličnosti, da se prikupljanje, držanje, obrada i korišćenje podataka o ličnosti uređuju zakonom, da je zabranjena i kažnjiva upotreba podataka o ličnosti izvan svrhe za koju su prikupljeni, u skladu sa zakonom, osim za potrebe vođenja krivičnog postupka ili zaštite bezbednosti Republike Srbije, na način predviđen zakonom, da svako ima pravo da bude obavešten o prikupljenim podacima o svojoj ličnosti, u skladu sa zakonom, i pravo na sudsku zaštitu zbog njihove zloupotrebe (član 42.); da porodica, majka, samohrani roditelj i dete u Republici Srbiji uživaju posebnu zaštitu, u skladu sa zakonom, da se majci pruža posebna podrška i zaštita pre i posle porođaja (član 66. st. 1. i 2.); da svako ima pravo na zaštitu svog fizičkog i psihičkog zdravlja, da deca, trudnice, majke tokom porodiljskog odsustva, samohrani roditelji sa decom do sedme godine i stari ostvaruju zdravstvenu zaštitu iz javnih prihoda, ako je ne ostvaruju na drugi način, u skladu sa zakonom, da se zdravstveno osiguranje, zdravstvena zaštita i osnivanje zdravstvenih fondova uređuju zakonom (član 68. st. 1. do 3.); da Republika Srbija uređuje i obezbeđuje, između ostalog, sistem u oblasti zdravstva i brige o deci (član 97. tačka 10.).“[12]

---

[9] Odluka Ustavnog suda IUz-421/2013 (u daljem tekstu odluka Suda), *Službeni glasnik RS*, br. 73/2014.

[10] U fus notama su navedeni propisi relevantni u vreme odlučivanja, kao što je navedeno u tekstu odluke Suda.

[11] Ustav Republike Srbije (u daljem tekstu Ustav), *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

[12] Odluka Suda, deo II obrazloženja.

Pored odredbi Ustava, Ustavni sud je kao neophodne za odlučivanje izdvojio i odredbe čl. 8 Evropske konvencije kojima je garantovano da svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske, te da se javne vlasti neće mešati u vršenje ovog prava, osim ako to nije u skladu sa zakonom i neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti, javne bezbednosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih, dok je u smislu sveobuhvatnijeg sagledavanja predmeta odlučivanja, imao u vidu i odgovarajuće odredbe Zakona o zaštiti podataka o ličnosti, Zakona o zdravstvenom osiguranju[13], Zakona o pravima pacijenata[14] kao i Zakona o evidencijama u oblasti zdravstva[15].

3.2. Obrazloženje odluke Suda

Ustavni sud Srbije je u prvom delu obrazloženja odluke razmotrio pitanje nadležnosti Narodne skupštine da uređuje pitanja zdravstvene zaštite i zdravstvenog osiguranja, pri čemu je, kao težišne, opredelio odredbe čl. 97. tač. 10. Ustava kojima je propisana nadležnost Republike da uređuje i obezbeđuje sistem u oblasti zdravstva, socijalne zaštite i brige o deci, odnosno i čl. 68. Ustava kojim je propisano da se zdravstveno osiguranje, zdravstvena zaštita i osnivanje zdravstvenih fondova uređuje zakonom.

Sud je potom razmotrio odredbe Ustava kojima je zajemčena zdravstvena zaštita iz javnih prihoda određenim kategorijama stanovništva, u skladu sa zakonom (deca, trudnice, majke tokom porodiljskog odsustva, samohrani roditelji sa decom do sedme godine i stari) kao i odgovarajuće odredbe drugih zakona kojima se ovaj ustavni nalog sprovodi u život, naročito odredbe Zakona o zdravstvenom osiguranju, te je konstatovao „.....da je Narodna skupština, na osnovu ovlašćenja iz Ustava da uredi i obezbedi sistem u oblasti zdravstva (član 97. tačka 10. Ustava), donela osporeni Zakon kojim je u potpunosti omogućila ostvarivanje Ustavom zajemčenog prava dece, trudnica i porodilja na zdravstvenu zaštitu iz javnih prihoda (član 68. stav 2. Ustava), jer to pravo do donošenja ovog zakona nisu mogli da ostvaruju na drugi način, tj. na osnovu Zakona o zdravstvenom osiguranju.“[16]

---

[13] Zakon o zdravstvenom osiguranju, *Službeni glasnik RS*, br. 107/05, 109/05-ispravka, 30/10-dr.zakon, 57/11, 110/12-Odluka US i 119/12.

[14] Zakon o pravima pacijenata, *Službeni glasnik RS*, broj 45/13.

[15] Zakon o evidencijama u oblasti zdravstva, *Službeni list SRJ*, br. 12/98 i 37/02 i *Službeni glasnik RS*, br. 101/05-dr. Zakon.

[16] Odluka Suda, deo III obrazloženja.

3.2.1 Obrazloženje odluke Suda u pogledu saglasnosti osporenih odredbi Zakona sa Ustavom Republike Srbije

Četvrti deo obrazloženja ustavnosudske odluke posvećen je pravnim argumentima kojima se potkrepljuje odluka u vezi sa ocenom ustavnosti osporenih odredbi Zakona. Ustavni sud je, dakle, u ovom delu obrazloženja izneo argumente na kojima je utemeljio svoju odluku da osporene odredbe Zakona (kojima je propisana obaveza dostavljanja podataka o utvrđenoj trudnoći, o izvršenom prekidu trudnoće, mrtvorođenom detetu i smrti deteta do godinu dana Republičkom fondu) nisu nesaglasne Ustavu.

Ustavni sud je svoju odluku utemeljio, najpre, na činjenici da podaci o utvrđenoj trudnoći, o izvršenom prekidu trudnoće, mrtvorođenom detetu i smrti deteta do godinu dana predstavljaju podatke o zdravstvenom stanju, odnosno podatke iz medicinske dokumentacije pacijenta, da ova vrsta podataka predstavlja naročito osetljive podatke o ličnosti pacijenata koji se štite zakonom kao i da, saglasno Zakonu o pravima pacijenata, obaveza čuvanja ovih podataka postoji, između ostalog i u odnosu na organizaciju obaveznog zdravstvenog osiguranja.[17] U tom smislu, prema mišljenju Suda, određeni podaci o zdravstvenom stanju pacijenta, odnosno podaci iz medicinske dokumentacije mogu biti dostupni i potrebni Republičkom fondu u obavljanju poslova iz njegove zakonom utvrđene nadležnosti.

Sud se u odlučivanju, takođe, oslonio na izuzetak od opšteg režima prikupljanja, korišćenja i zaštite naročito osetljivih podataka propisanim članom 16 stav 2 Zakona o zaštiti podataka o ličnosti koji dopušta obradu podataka o zdravstvenom stanju i bez pristanka lica o čijim podacima je reč, ukoliko je takva mogućnost propisana zakonom.[18] U tom smislu, Sud je konstatovao „...da upravo ove zakonske odredbe predstavljaju pravni osnov za dopuštenost prikupljanja naročito osetljivih podataka o zdravstve-

[17] Čl. 21 Zakona o pravima pacijenata: Podaci o zdravstvenom stanju, odnosno podaci iz medicinske dokumentacije, spadaju u podatke o ličnosti i predstavljaju naročito osetljive podatke o ličnosti pacijenta, u skladu sa zakonom. (stav 1) Podatke iz stava 1 ovog člana dužni su da čuvaju svi zdravstveni radnici odnosno zdravstveni saradnici, kao i druga lica zaposlena u zdravstvenim ustanovama, privatnoj praksi, organizacionoj jedinici visokoškolske ustanove zdravstvene struke koja obavlja zdravstvenu delatnost, drugom pravnom licu koje obavlja određene poslove iz zdravstvene delatnosti u skladu sa zakonom, organizaciji obaveznog zdravstvenog osiguranja, kao i pravnom licu koje obavlja poslove dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja, kod kojih je pacijent zdravstveno osiguran, a kojima su ti podaci dostupni i potrebni radi ostvarivanja zakonom utvrđenih nadležnosti. (stav 2)

[18] Čl. 16 st. 2 Zakona o zaštiti podataka o ličnosti propisano je da se izuzetno, podaci koji se odnose na pripadnost političkoj stranci, zdravsveno stanje i primanje socijalne pomoći, mogu obrađivati bez pristanka lica, samo ako je to zakonom propisano.

nom stanju trudnica i porodilja i podataka iz zdravstvene evidencije o mrtvorođenoj deci i smrti deteta do godinu dana života, jer je obaveza dostavljanja ovih podataka Republičkom fondu od strane lekara specijalista i zdravstvenih ustanova ustanovljena zakonom, kako je to propisano navedenim članom 16. stav 2. Zakona o zaštiti podataka o ličnosti."[19]

Ustavni sud je u svojoj odluci podvukao da „....osporenim odredbama člana 5. Zakona nije ustanovljeno nikakvo pravo Republičkog fonda da o dobijenim podacima vodi bilo kakakv registar ili evidenciju tako dostavljenih podataka, već da saznanje o određenom stanju ili činjenici iz zdravstvene evidencije samo upotrebi u precizno određenu svrhu, a to je da utvrdi da li porodilje i trudnice koje ostvaruju pravo na zdravstvenu zaštitu na osnovu osporenog Zakona, i to isključivo na osnovu tog zakona, a ne i Zakona o zdravstvenom osiguranju, imaju pravo na tu zaštitu ili ne, odnosno da li je dostavljeni podatak osnov za prestanak uživanja ovog prava po odredbama osporenog Zakona."[20] Ustavni sud je, takođe, istakao da je „...pravo na zdravstvenu zaštitu na osnovu ovog zakona ograničeno upravo trajanjem stanja u kome se subjekti zaštite mogu označiti kao dete, trudnica ili porodilja."[21] i da bi uskraćivanjem dostavljanja relevantnih podataka (izuzev podataka o punoletstvu), ovo pravo moglo biti zloupotrebljeno.

Konačno, „....Ustavni sud je ocenio da osporene odredbe člana 5. Zakona nisu u suprotnosti sa odredbama člana 42. Ustava, kojima je zajemčena zaštita podataka o ličnosti, jer je obaveza obaveštavanja Republičkog fonda o određenim podacima o zdravstvenom stanju pacijenata i o određenim podacima iz zdravstvene evidencije pacijenata ustanovljena Zakonom, da je svrha ovog obaveštavanja takođe određena Zakonom i da se izričito odnosi samo na utvrđivanje uslova za ostvarivanje, odnosno prestanak prava na zdravstvenu zaštitu propisanu osporenim Zakonom, radi ostvarivanja prava na zdravstvenu zaštitu i zaštite od zloupotrebe ovog prava, imajući u vidu da se sredstva za ostvarivanje ovog prava obezbeđuju iz javnih prihoda, koja su strogo kontrolisana, kao i da Republički fond nema ovlašćenje da vodi bilo kakvu službenu evidenciju, odnosno registar tako dostavljenih podataka, već samo da ih, nakon utvrđivanja prestanka prava na zdravstvenu zaštitu po osnovu osporenog Zakona**,** arhivira i obezbedi na način propisan u skladu sa Zakonom o zaštiti podataka o ličnosti."[22]

[19] Odluka Suda, deo IV obrazloženja.
[20] *Ibid.*
[21] *Ibid.*
[22] *Ibid.*

3.2.2. Obrazloženje odluke Suda u pogledu saglasnosti osporenih odredbi Zakona sa Evropskom koncencijom

Sud je u daljem tekstu izložio svoje razmatranje o saglasnosti osporenog člana Zakona sa čl. 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama u kontekstu dopuštenog ograničenja prava na poštovanje privatnog i porodičnog života.

Sud nije prihvatio navode predlagača da se dostavljanje podataka o utvrđivanju trudnoće odnosno prekida trudnoće može okarakterisati kao povreda slobode odlučivanja o rađanju u okviru čl. 8. Evropske konvencije, ali da se, shodno jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava, takva povreda može razmatrati u kontekstu podataka o ličnosti koji se odnose na zdravstveno stanje. U tom smislu, Sud je ispitao da li je ograničenje prava na privatnost zdravstvenih podataka o ličnosti, koje predstavlja obaveza dostavljanja podataka Republičkom fondu propisana osporenim čl. 5 Zakona, uspostavljeno na način koji zadovoljava zahteve derogativne klauzule čl. 8 Evropske konvencije. Redosled koraka koji je Ustavni sud primenjivao u ispitivanju dozvoljenog ograničenja prava na privatnost je sledeći: Sud je ispitivao da li je ograničenje prava opravdano; da li je u skladu sa zakonom; da li je neophodno i ako jeste da li je srazmerno legitimnom cilju kojem se teži uređivanjem određenih društvenih odnosa, nakon čega je utvrdio da je: „mešanje države u domenu zaštite privatnosti trudnica i porodilja koje ostvaruju pravo na zdravstvenu zaštitu na osnovu osporenog Zakona, a koja se ogleda u propisivanju obaveze zdravstvenih ustanova i lekara specijalista da Republičkom fondu dostave određena obaveštenja koja se tiču njihovog zdravstvenog stanja, opravdano, jer je u funkciji ostvarivanja njihovog prava na zdravstvenu zaštitu, odnosno očuvanja njihovog zdravlja, kao posebno zaštićenih kategorija stanovništva u oblasti zdravstvene zaštite.“[23]; zatim, da je obaveza dostavljanja podataka iz odredbi osporenog Zakona „...propisana zakonom, tj. upravo osporenim odredbama člana 5. st. 1, 2. i 4. osporenog Zakona, to je ograničenje prava na privatnost zasnovano na zakonu, odnosno vrši se u skladu sa zakonom,...“[24]; da je ograničenje prava na privatnost koje predstavlja ova obaveza zadovoljava uslov neophodnosti jer „...dostavljena obaveštenja od strane nadležnih organa predstavljaju osnov za utvrđivanje otpočinjanja i prestanka prava na ostvarivanje zdravstvene zaštite u skladu sa osporenim Zakonom...“[25] i najzad da uspostavljeno ograničenje zadovoljava uslov proporcionalnosti jer „...je uspostavljena obaveza obaveštavanja

[23] Odluka Suda, deo V obrazloženja.
[24] *Ibid.*
[25] *Ibid.*

Republičkog fonda o precizno određenim činjenicama iz zdravstvene evidencije trudnica i porodilja srazmerna legitimnom cilju osporenog Zakona, kojim se obezbeđuje zaštita zdravlja dece, trudnica i porodilja,...".[26] Ovim je Sud utvrdio da ograničenje, koje predstavlja obaveza dostavljanja podataka propisana osporenim odredbama Zakona, zadovoljava elemente koje propisuje derogativna klauzula odnosno da osporene odredbe Zakona nisu nesaglasne Evroskoj konvenciji.

U izdvojenom mišljenju u odnosu na odluku Suda ukazuje se da ovaj segment odluke nije dovoljno ispitan i na celovit način potkrepljen argumentima.[27] Sudija je kao sporno označila pitanje obaveze lekara specijaliste ginekologije i akušerstva da odmah po utvrđenoj trudnoći ili izvršenom prekidu trudnoće o tome obaveste Republički fond u kontekstu povrede prava čl. 8 Evropske konvencije. Sudija je, u tom smislu, ukazala na zahtev za uskim tumačenjem ograničenja prava garantovanih Evropskom konvencijom, i izrazila stav da je ispitivanje dopuštenosti ograničenja ovog prava nepotpuno, naročito u delu koji se odnosi na ispitivanje proporcionalnosti ograničenja prava.

4. KOMENTAR

U postupku ocene ustavnosti osporenog člana Zakona o ostvarivanju prava na zdravstvenu zaštitu dece, trudnica i porodilja kao i njegove saglasnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorom, pred Ustavnim sudom se otvorilo pitanje dostupnosti odgovarajućih podataka o zdravstvenom stanju kao uslova za ostvarivanje prava na zdravstvenu zaštitu posebno izdvojenih kategorija stanovništva. Drugim rečima, otvorilo se pitanje odnosa prava na zaštitu podataka o ličnosti i prava na zaštitu zdravlja odnosno ostvarivanja zdravstvene zaštite.

Nema sumnje da je reč o koliziji dva prava koja, iako garantovana Ustavom, imaju različitu pravnu prirodu i pripadaju različitim grupama prava. Pravno za zaštitu podataka o ličnosti predstavlja segment prava na privatnost, koje je tipičan predstavnih tzv. ličnih (ustavnih) prava čiji se sadržaj i uslovi ostvarivanja regulišu ustavom i koja se, po pravilu, ostvaruju neposredno na osnovu ustava, dok pravo na zdravstvenu zaštitu pripada grupi socijalnih prava čiji se sadržaj i uslovi ostvarivanja regulišu zakonom. Reč je, dakle, o kategoriji ustavnih i zakonskih prava koje prati različit način regulisanja, ostvarivanja kao i režim pravne za-

[26] *Ibid.*

[27] Izdvojeno mišljenje prof. dr Marije Draškić u predmetu IUz – 421/2013.

štite.[28] Lična prava, koja pripadaju kategoriji ustavnih prava, ostvaruju se neposredno na osnovu Ustava, pri čemu se zakonom može propisati način ostvarivanja ovih prava samo ako je to Ustavom izričito propisano ili ako je to neophodno za ostvarivanje pojedinog prava, uz uslov da zakon ni u kom slučaju ne utiče na suštinu zajemčenog prava.[29] Prava koja, pak pripadaju kategoriji socijalnih prava, zahtevaju zakonodavnu aktivnost kako bi njihova sadržina bila konačno uobličena. Ova prava se, dakle, ne mogu neposredno primenjivati na osnovu Ustava, iako su navedena u ustavnom tekstu.

Pred Ustavim sudom se u ovom predmetu otvorilo pitanje kolizije ove dve kategorije prava. Konkretno, Sud je morao da opredeli da li je zakonodavac, propisujući način ostvarivanja prava na zdravstvenu zaštitu određenih kategorija stanovništva (odnosno socijalnog prava) ograničio pravo na zaštitu podataka o ličnosti (odnosno ličnog, ustavnog prava) i ako jeste da li je to učinio u meri koja je dopuštena zahtevima koje postavlja Ustav Republike Srbije i Evropska konvencija. To bi, u kratkom, bila suština pitanja koje se u ovom predmetu postavilo pred Ustavnim sudom.

Analizom odluke stiče se utisak da Ustavni sud za polazište nije imao ustavnopravno razlikovanje ove dve kategorije prava i da tome nije pridao odgovarajući značaj u odlučivanju. Ustavni sud se koncentrisao skoro isključivo na oblast ostvarivanja zdravstvene zaštite, što je delom i razumljivo imajući u vidu sadržaj osporenih odredbi Zakona. Pravo na zaštitu podataka o ličnosti kao da nije dobilo odgovarajuće mesto u ustavnosudskom razumevanju spornih pitanja. Ovo je naročito izraženo u nepotpunom zakonskom regulisanju režima upotrebe podataka iz zdravstvene evidencije, na šta je ukazano predlogom, kao i nedorečenosti ustavnosudske odluke u vezi sa tim. Postoji, naime, zapitanost u odnosu na činjenicu da je u tekstu odluke Suda dva puta izričito podvučeno kako osporenim Zakonom „nije ustanovljeno nikakvo pravo Republičkog fonda“ da o dostavljenim podacima vodi bilo kakav registar ili evidenciju. Ostaje nejasno da li je regulisanje tog pitanja, po oceni Suda, stvar zakonodavne politike, a ne i obavezan element zaštite prava na privatnost zdravstvenih podataka ili da to, pak, predstavlja zakonodavni propust čiju ustavnost Sud nije nadležan da ocenjuje. Ovo sporno pitanje, na kojem je, uostalom, i utemeljen predlog ovlašćenog predlagača je, kao takvo, trebalo biti posebno razmotreno i obrazloženo u odluci Suda. Predlagač je, naime,

[28] Više o razlikovanju ustavnih i zakonskih prava videti: Nataša Rajić, Opravdanost uspostavljanja naležnosti Zaštitnika građana u pogledu pokretanja postupka ocene ustavnosti zakona, *Zbornik radova PFNS*, 2/2013, 485-487.

[29] Čl. 18 st. 1 i 2 Ustava.

osporio upravo činjenicu da se predmetnim Zakonom uređuje samo prikupljanje, ali ne i držanje, obrada i korišćenje, shodno ustavnoj odredbi u odnosu na koju je zatražena ocena. Sud se, međutim, na ovom mestu zadržao na zaključku da Republički odbor ima obavezu da takve podatke „...nakon utvrđivanja prestanka prava na zdravstvenu zaštitu po osnovu osporenog Zakona**,** arhivira i obezbedi na način propisan u skladu sa Zakonom o zaštiti podataka o ličnosti." čime je indirektno ukazao da se zaštita zdravstvenih podataka u ovom slučaju, praktično, obezbeđuje supsidijarnom primenom osnovnog zakona iz oblasti zaštite podataka o ličnosti.

Pravo na zaštitu podataka o ličnosti nije na odgovarajući način tretirano ni kada je reč o ustavnosudskom ispitivanju saglasnosti osporenih odredbi Zakona sa Evropskom konvencijom. Sud je u postupku ispitivao da li obaveza obaveštavanja Republičkog fonda, utvrđena osporenim odredbama Zakona, predstavlja dozvoljeno ograničenje prava na privatnost saglasno čl. 8 Evropske konvencije. Dopuštenost ograničenja prava garantovanih Konvencijom podrazumeva da je ono uspostavljeno u skladu sa zakonom kao i da je neophodno u demokratskom društvu radi ostvarivanja jednog od legitimnih ciljeva propisanih Konvencijom (u ovom slučaju, zaštite zdravlja). Uslov „neophodnosti u demokratskom društvu" saglasno stavu Evropskog suda, ispoštovan je ukoliko mešanje vlasti odgovara „hitnoj društvenoj potrebi" kao i ukoliko je „srazmerno legitimnom cilju kojem se teži".[30] U tom smislu, ovaj uslov predstavlja supstancijalni deo zahteva za dopuštenošću ograničenja prava, jer u konačnom opredeljuje da li je pravo ograničeno zaista u onoj meri koja je neophodno potrebno radi postizanja cilja, te ovaj uslov, kao takav, zahteva naročito pažljivu analizu i odmeravanje. Sud je, međutim, ovaj test dopuštenog ograničenja ispitivao u donekle svedenom obliku, budući da je uslov neophodnosti ograničenja prava na privatnost tumačio u svetlu uslova neophodnog za ostvarivanje prava na zdravstvenu zaštitu propisanog osporenim Zakonom, a ne u svetlu hitne društvene potrebe, dok je princip srazmernosti ograničenja obrazložio činjenicom da se radi o zakonskoj obavezi dostavljanja precizno određenih podataka iz zdravstvene evidencije, bez bližeg pojašnjenja. U tom smislu, moglo bi se reći da ovaj deo odluke trpi na uverljivosti i manjkavosti argumentacije, naročito kada je reč o principu srazmernosti koji neizostavno uključuje vaganje da li se legitimni cilj ograničenja mogao postići manjim ograničenjem prava nego onim propisanim osporenim Zakonom.

[30] Žil Ditertr, *Izvodi iz najznačajnijih odluka Evropskog suda za ljudska prava*, Beograd 2006, 273-275.

Obrazloženje odluke u celini pokazuje da se Sud u promišljanju više bavio mogućnošću zloupotrebe prava iz oblasti zdravstvene zaštite, a manje ili uopšte nimalo, mogućnošću zloupotrebe naročito osetljivih ličnih podataka iz zdravstvene evidencije, što predstavlja još jedan argumet više u prilog tvrdnji da pravu na privatnost nije pridat odgovarajući značaj, iako ono, kao lično tj. ustavno pravo zauzima hijerarhijski viši rang u odnosu na pravo na zdravstvenu zaštitu tj. zakonsko pravo.

Odluka Suda je dobro argumetovana i utemeljena u odnosu oblast ostvarivanja zdravstvene zaštite. Primedba bi se eventualno mogla uputiti u pogledu činjenice da Ustavni sud u okvir opredeljenih ustavnih odredbi relevantnih za odlučivanje nije uvrstio i načelo socijalne pravde iz čl. 1 Ustava, budući da upravo ovo načelo utemeljuje zahtev za društvenom brigom o svim kategorijama stanovništa, pa i brigom u pogledu zdravstvene zaštite osetljivih kategorija stanovništva koji tu zaštitu ne mogu da ostvare u okviru postojećih pravnih propisa koji regulišu tu oblast. Ozbiljniji argumenti su pak izostali kada je reč o pravu na privatnost i zaštiti ličnih podataka te je obrazloženje odluke Suda u tom delu ostalo nepotpuno i nedorečeno.

5. ZAKLJUČAK

Zakon o ostvarivanju prava na zdravstvenu zaštitu dece, trudnica i porodilja, kao svojevrsni *lex specialis* u oblasti zdravstvene zaštite rizičnih grupa stanovništva, osporen je pred Ustavnim sudom Srbije u delu kojim se reguliše obaveza dostavljanja podataka iz zdravstvene evidencije Republičkom fondu od strane lekara specijaliste ginekologije i akušerstva, lekara specijaliste pedijatrije odnosno zdravstvene ustanove; preciznije, podataka koji se odnose se na činjenice utvrđivanja i prestanka trudnoće, rođenja mrtvog deteta kao i smrti deteta do godine dana života.

Ustavni sud je, nakon sprovedenog postupka, doneo odluku kojom se odbija predlog za utvrđivanje neustavnosti i nesaglasnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorom nalazeći da osporene odredbe Zakona nisu u suprotnosti sa čl. 42. Ustava kao ni sa čl. 8. Evropske konvencije kojima se garantuje pravo na zaštitu podataka o ličnosti odnosno pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života.

Analizom odluke Suda došlo se do sledećih zaključaka. Odluka Suda je dobro argumetovana i utemeljena u delu koji se tiče oblasti ostvarivanja prava na zdravstvenu zaštitu. Isto se, međutim, ne može reći kada je u pitanju pristup Suda u oblasti ostvarivanja prava na privatnost odnosno pravo na zaštitu zdravstvenih podataka koje je osporenim odredbama Za-

kona ugroženo. U tom smislu, moglo bi se reći da Sud u odlučivanju nije posvetio u jednakoj meri pažnju dvema kategorijama prava odnosno pravu na zdravstvenu zaštitu (socijalno, zakonsko pravo) i pravu na privatnost (lično, ustavno pravo) niti je pošao od razlikovanja njihove pravne prirode, što je sa ustavnopravnog gledišta bitno budući da pravo na zdravstvenu zaštitu, iako garantovano ustavom, svoj pravni sadržaj crpi iz odgovarajuće zakonske regulative koja je neophodna da bi se ono u praksi ostvarivalo, te je po pravnoj prirodi bliže zakonskom nego ustavnom pravu. Zatim, može se zaključiti da je Sud u promišljanju bio koncentrisan na sprečavanje eventualne zloupotrebe prava iz oblasti zdravstvene zaštite, ali ne i zloupotrebe naročito osetljivih ličnih podataka iz zdravstvene evidencije; da u obrazloženju odluke nije posvetio dovoljno prostora osnovnom navodu predlagača postupka koji je bio usmeren na propust u zakonodavnom regulisanju režima zaštite podataka o ličnosti, i najzad, da nije na adekvatan način razmotrio princip proporcionalnosti ograničenja prava na privatnost kao esencijalnog zahteva koji postavlja derogativna klauzula niti pružio uverljivu argumetaciju da je ovaj princip ispoštovan. Konačno, odluka Suda ostala nedorečena u odnosu na navode predlagača u pogledu kontradiktornosti različitih zakona kojima se uređuje oblast zdravstvenih podataka, kao i njihovu usaglašenost sa osnovnim zakonom iz ove oblasti.

Nataša N. Rajić, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

The Protection of Personal Data and the Exercise of Rights relating to Health Care - Analysis of a Decision of the Constitutional Court of Serbia

Abstract: *The Law on the Right to Health Care of Children and Pregnant Women was challenged before the Constitutional Court of Serbia in the part which relating to the obligation of providing specified medical data to the Republic Fund for Health Insurance. The evaluation was requested in relation to Article 42 of the Constitution of the Republic of Serbia as well as in relation to Article 8 of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms.*

The availability of specified health information as a condition of exercising the right to health care of separated categories of the population was considered in the context of alleged violation of the right to protection of personal data and the right to respect for private and family life. In other words, the question which was opened was a matter of collision of two rights that have different legal nature: the right to health care and the right to protection of personal data.

The paper analyzes the decisions of the Constitutional Court on the conformity of the disputed provisions with Constitution and ratified international treaty, while the purpose of the analysis pointing to problematic places in the decision as well as the relevant constitutional issues in the decision-making procedure that have not been opened.

Key words: *right to protection of personal data, the right to health care, constitutionality, the Constitutional Court*

Datum prijema rada: 24.09.2015.

Pregledni članak 347.6: 613.95
doi:10.5937/zrpfns49-8963

Sandra O. Samardžić, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
sandra.samardzic@pf.uns.ac.rs

REGULATIVA PORODIČNOG PRAVA NA MEĐUNARODNOM I EVROPSKOM NIVOU, SA POSEBNIM OSVRTOM NA PRAVO DETETA NA ZDRAVLJE[1]

Sažetak: *Porodično pravo predstavlja specifičnu granu prava, s obzirom na osetljivost odnosa koje ono pretežno reguliše. Ono predstavlja rezultat različitih uticaja koji deluju na određenom području, te neretko, razlike u regulisanju pojedinih pitanja među državama, mogu biti izuzetno velike. Zbog svega toga, pokušaji da se pravila porodičnog prava harmonizuju, a naročito unifikuju, do sada su uglavnom bili bezuspešni.*

Ipak, pomaci mogu biti uočeni kako na međunarodnom, tako i na evropskom nivou. U ovom radu pokušaćemo da prikažemo najznačajnija međunarodna, odnosno evropska tela i u okviru njih, instrumente koji su doneti sa ciljem regulisanja pitanja koja spadaju u oblast porodičnog prava. Pored toga, u radu će poseban osvrt biti učinjen na deo porodičnog prava koji se odnosi na prava deteta, tačnije na pravo deteta na zdravlje, kao jednog od osnovnih prava, bez kojeg ostala dečja prava gube smisao.

Ključne reči: *porodično pravo, Evropska unija, međunarodna zajednica, pravo deteta na zdravlje.*

1. UVOD

Porodica predstavlja osnovnu jedinicu društva i kao takva zahteva punu zaštitu države. Gotovo sva dokumenta koja se bave zaštitom ljudskih prava ističu i pravo svakog čoveka na sklapanje braka i zasnivanje

[1] Rad je posvećen projektu „Dete u porodičnom pravu – komparativni i međunarodno- pravni aspekt“ koji finansira Pokrajinski sekretarijat za nauku i tehnološki razvoj AP Vojvodine.

porodice. Ti isti dokumenti, međutim ne teže da propišu koji se to oblici porodice, odnosno brakovi smatraju najprihvatljivijim, već da na uopšten način proklamuju navedena prava.

To je i sasvim opravdano imajući u vidu da su porodice rezultat različitih društvenih, ekonomskih i političkih uticaja, te da se oblici porodica u mnogome razlikuju u različitim državama. Pored navedenih prava, mnogi instrumenti teže da zaštitu pruže i majkama, odnosno da im obezbede adekvatnu zaštitu tokom porodiljskog odsustva, zatim da proklamuju osnovna prava dece, insistirajući pre svega na tome da se deci obezbedi roditeljska briga, odnosno ukoliko to nije moguće, da se zaštita pruži kroz razne druge vidove, poput institucija usvojenja ili hraniteljstva. Takođe, teži se obezbediti i jednakost između muškaraca i žena, ističući posebno jednakost prilikom sklapanja braka, odnosno davanja slobodnog pristanka za sklapanje braka.

Sa druge strane, kada govorimo o pravima deteta, primetno je da je vekovima, malo pažnje posvećivano pravima deteta kao posebnim individuama. Ustavi različitih država sadržali su brojne odredbe kojima su proklamovali zaštitu zdravlja, nepovredivost fizičkog i psihičkog integriteta, zaštitu dostojanstva i sigurnosti i dugih sličnih prava, ali je ta zaštita pružana svim licima, pa i deci, ali ne na poseban način.[2] Deca su, u najvećem broju slučajeva, posmatrana kao „odrasli u malom" i takav pristup bio je dominantan sve do 20. veka, kada je nekolicina zapadnih zemalja usvojilo legislativu kojom se posebno štite prava deteta.[3] Nakon Prvog svetskog rata, Liga naroda je 1924. godine usvojila Ženevsku deklaraciju, gde su dečja prava po prvi put uzdignuta na međunarodni nivo.[4] Posmatrano iz današnje perspektive možemo govoriti i o autonomiji dece kao posebnom pitanju.[5] Naime, dete je danas aktivan učesnik porodičnih odnosa, što se u

[2] Gordana Kovaček Stanić, Pravni izraz roditeljstva, Novi Sad 1994, 27.

[3] Sarah Ida Spronk – van der Meer, The right to health of the child. An analytical exploration of the international normative framework, Intersentia, Cambridge – Antwerp 2014, 40. Ovde bi trebalo pomenuti Zakona o dječjoj zaštiti Finske, koji je donet 1936. godine i bio prvi zakon u Finskoj koji se bavio isključivo zaštitom dece, a rad na njemu trajao je više od 30 godina. U Francuskoj je 1889. godine donet prvi zakon o zaštiti dece. Zakon o zaštiti mladih Nemačke iz 1922. godine, može se smatrati prekretnicom u ovoj oblasti, mada su i pre toga postojali pojedini zakoni na nivou pojedinih pokrajina koji su se ticali zaštite mladih. Takođe, u Portugalu je 1911. godine donet Zakon o zaštiti dece. Vid. Juha Hämäläinen, Brian Littlechild, Oldřich Chytil, Miriam Šramatá, Emmanuel Jovelin (Eds.), Evolution on of Child Protection on and Child Welfare Policies in Selected European Countries, Publisher University of Ostrava – ERIS with Albert Publisher, 2012.

[4] Ibidem.

[5] Gordana Kovaček Stanić, Autonomija deteta u savremenom porodičnom pravu, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 3/2010, 141-162.

mnogome razlikuje od perioda kada je fokus bio pre svega na roditeljima, odnosno na njihovim pravima i obavezama koje imaju prema deci.[6] Do 60-ih godina, dominantan je bio upravo tzv. „klasični model" koji je podrazumevao da roditelji nužno posreduju prilikom primene ustavnih normi koje su od značaja za decu. Takav odnos bio je odnos subordinacije, s obzirom na to da je podrazumevao pre svega dužnost dece prema roditeljima, dok su dužnosti roditelja postojala pre svega prema državi, a manje prema deci, čime je onemogućeno stvaranje dečjih prava. Nakon tog perioda, pojavili su se pokreti, koji su nastojali da prevaziđu ovakve zastarele odnose, te se javlja novi model, koji autor naziva „modelom trougla", prema kojem se dete prikazuje kao posebna ličnost, te prema kojem se pokušava opovrgnuti stav da se interesi roditelja i dece poklapaju i time održava pomenuti odnos subordinacije.[7]

Međunarodni pravni instrumenti mogu imati različit oblik, a mogu se razlikovati i po tome da li su obavezujući ili ne. Takođe, države mogu da stave jednu ili više rezervi na pojedine odredbe (koje kasnije mogu biti povučene), osim ukoliko to nije izričito zabranjeno. Sve to, čini da se uticaji pojedinih instrumenata mogu dosta razlikovati. Pored navedenog, status međunarodnih izvora u domaćim pravima nije isti. U nekim zemljama, međunarodni ugovori imaju prednost nad nacionalnim zakonima, u drugim može biti potreban poseban zakon kojim se potvrđenim međunarodnim ugovorima daje snaga nacionalnog zakona. Praktično, sve države koje su ratifikovale ili pristupile međunarodnim ugovorom moraju da donesu uredbe, promene postojeće zakone ili uvedu nove zakone kako bi odgovarajući međunarodni ugovor bio u potpunosti primenljiv na nacionalnoj teritoriji.

U okviru različitih organizacija već dugi niz godina donose se akti koji se, ili u potpunosti odnose na pitanja porodičnog prava, ili sadrže pojedine odredbe koje se odnose na ovu granu prava. Kao što je već napomenuto, njihov značaj, odnosno uticaj može se dosta razlikovati, ali ne bismo mogli zanemariti svaki, pa i najmanji uticaj, koji su pojedini instrumenti izvršili povodom pojedinih pitanja porodičnog prava na nacionalnim nivoima.

Ovaj rad će se fokusirati pre svega na akte koji su doneti u okviru Organizacije ujedinjenih nacija, kao svetskoj organizaciji čiji se uticaj ne može porediti ni sa jednom drugom institucijom. U okviru toga, posebna pažnja biće posvećena Konvenciji o pravima deteta, kao aktu koji na naj-

[6] Ibidem.

[7] Marina Janjić Komar, Pravo deteta na život i zdravlje, doktorska disertacija, Beograd, 1981, 34-35.

sveobuhvatniji način reguliše prava dece. Takođe, analiza će biti usmerena i ka aktima donetim u okviru Saveta Evrope, zatim Haške konferencije za međunarodno privatno pravo i na kraju, analiza će biti usmerena i na Evropsku uniju kao specifičnom entitetu, koji je u svom dosadašnjem radu, porodičnom pravu, sa razlogom, posvećivao malo pažnje, ali gde se u poslednjih par godina mogu osetiti izvesni pomaci.

Prilikom analize svakog od ovih tela, odnosno akata donetih pod njihovim pokroviteljstvom, naročito ćemo se zadržati i analizirati odredbe koje teže da pruže zaštitu detetovom zdravlju. Smatramo da je ovo jedno od osnovnih prava, kako odraslih, pa tim pre i dece, bez kojeg bi izlišno bilo govoriti o bilo kom drugom pravu.

Međutim, kada govorimo o pravu deteta na zdravlje, neizostavno se javljaju i dileme u određivanju pojma život. Čini se da ni posle nekoliko decenija ovo pitanje nije dobilo konačan odgovor. Dok se ranija, klasična teorija građanskog prava, oslanjala na momenat rođenja, napredak medicine izazvao je promene u posmatranju ovog problema, te se počelo raspravljati i o životu i zdravlju nerođenog deteta.[8] Tome naročito doprinosi i mogućnost zamrzavanja genetskog materijala, odnosno embriona.

Rad će se pre svega fokusirati na Konvenciju o pravima deteta, koja se najpotpunije bavi pravima dece. Ova Konvencija, naravno, prepoznaje međuzavisnost i nedeljivost svih prava sadržanih u njoj, te je jasno da je realizacija prava na zdravlje neophodna za uživanje svih ostalih prava, ali sa druge strane i postizanje prava na zdravlje zavisi od realizacije mnogih drugih prava iz Konvencije.

2. ORGANIZACIJA UJEDINJENIH NACIJA

Ujedinjene nacije su međunarodna organizacija osnovana nakon Drugog svetskog rata, 1945. godine, od strane 51 zemlje, sa ciljem očuvanja međunarodnog mira i bezbednosti, razvoja prijateljskih odnosa među narodima i promovisanju socijalnog napretka, boljeg životnog standarda i ljudskih prava.

Zbog svog jedinstvenog međunarodnog karaktera, kao i zbog ovlašćenja sadržanih u osnivačkoj povelji, organizacija može da preduzme mere u različitim sferama života i obezbedi državama članicama da izraze svoje stavove, preko Generalne skupštine, Saveta bezbednosti, Ekonomskog i socijalnog saveta i drugih organa i odbora.

[8] Gordana Kovaček Stanić, 1994, 30.

Rad Ujedinjenih nacija doseže u svaki kutak planete. Iako je najpoznatiji po očuvanju i izgradnji mira, prevenciji sukoba i po humanitarnoj pomoći, postoji mnogo drugih načina na koje Ujedinjene nacije, odnosno njihov sistem (specijalizovane agencije, fondovi i programi) utiče na naše živote. Organizacija radi na širokom spektru pitanja, od održivog razvoja, zaštite životne sredine, do zaštite izbeglica, pomoći u katastrofama, borbe protiv terorizma, razoružanja, zatim na promovisanju demokratije, ljudskih prava, rodne ravnopravnosti i napredovanju žena, i na još mnogo drugih pitanja kojima nastoji da svet učini daleko boljim mestom.

Ujedinjene nacije imaju četiri glavna cilja, a to su: održavanje mira u svetu; razvijanje prijateljskih odnosa među narodima; pomaganje nacijama da rade zajedno na poboljšanju života siromašnih ljudi, da rešavaju problem gladi, bolesti i nepismenost, kao i podsticanje nacije da poštuju prava i slobode jedni drugih; i na kraju usklađivanje akcija preduzetih za postizanje navedenih ciljeva.[9]

Analiza svih akata koji se odnose na oblast porodice, odnosno porodičnih odnosa, predstavlja poprilično obiman zadatak, te su u radu obrađeni samo pojedini akti, koji su se autoru učinili ključni, ne osporavajući značaj preostalih konvencija o kojima ovde nije bilo reči.

U okviru UN, još 1948. godine doneta je *Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima*. Iako ona nema obavezujući karakter, ona je uspostavila važne principe i vrednosti koje su kasnije razrađeni u pravno obavezujućim ugovorima UN. Tako se u članu 16 porodica definiše kao prirodna i osnovna jedinica u društvu i ističe se pravo muškaraca i žena na sklapanje braka i zasnivanje porodice; proklamuju se njihova jednaka prava u braku i navodi da pristanak na brak treba da bude slobodno dat. Pored toga, ovim aktom potvrđena je definicija zdravlja kao ljudskog prava, koje je pre toga prvi put bilo definisano Ustavom Svetske zdravstvene organizacije.[10] U Univerzalnoj deklaraciji u članu 25, navodi se da „svako ima pravo na standard života koji obezbeđuje zdravlje i blagostanje, njegovo i njegove porodice, uključujući hranu, odeću, stan i lekarsku negu i potrebne socijalne službe, kao i pravo na osiguranje u slučaju nezaposlenosti,

[9] O istoriji OUN, kao i o njenim ciljevima: http://www.un.org/un70/en/ content/history, 26.8.2015.

[10] U preambuli Ustava navodi se da je „Zdravlje je stanje potpunog fizičkog, mentalnog i socijalnog blagostanja, a ne samo odsustvo bolesti ili slabosti.

Uživanje najvišeg mogućeg standarda zdravlja je jedno od osnovnih prava svakog ljudskog bića bez obzira na rasu, veroispovest, političko uverenje, ekonomske ili socijalne prilike.“ (Constitution of the World Health Organization, http://www.who.int/ governance/eb/who_constitution_en.pdf, 15.8.2015.)

bolesti, onesposobljenja, udovištva, starosti ili drugih slučajeva gubljenja sredstava za izdržavanje usled okolnosti nezavisnih od njegove volje."

Navedena prava kasnije su razrađena u *Međunarodnom paktu o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima* iz 1966. godine[11] i u *Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima* iz iste godine[12].

Treba imati u vidu da u okviru UN, postoje posebna tela koja se bave primenom usvojenih konvencija i koje periodično donose izveštaje o pojedinim pitanjima na koje se konvencije odnose. U tom smislu, za potrebe pomenutog *Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima* obrazovan je tzv. Komitet o ekonomskim socijalnim i kulturnim pravima. U jednom od donetih izveštaja Komitet je upravo posebnu pažnju poklonio pravu na postizanje najvišeg standarda zdravlja.[13]

Za oblast porodičnog prava, odnosno dečjeg, svakako najvažniji akt koji je donet jeste Konvencija o pravima deteta iz 1989. godine.[14] Konvencija o pravima deteta predstavlja rezultat dugogodišnjeg rada. Početak rada na dokumentu koji će se baviti pravima deteta, bio je podstaknut sa jedne strane razvijanjem percepcije o deci kao posebnim individuama, a sa druge strane ubrzanoj konsolidaciji međunarodnog prava ljudskih prava.[15]

Prvi put su prava deteta, na međunarodnom nivou, proklamovana u Ženevskoj deklaraciji, usvojenoj od strane Lige Naroda, 1924. godine. Nakon Drugog svetskog rata, tačnije 1959. godine, doneta je Deklaracija o pravima deteta, pod uticajem velikog broja dece koja su propatila usled rata. Tokom 1979. godine, povela se polemika da li ova Deklaracija treba da postane pravno obavezujuća, te je kao rezultat toga, 1978. godine započet rad na Konvenciji koji je trajao do 1989. godine, da bi 1990. godi-

[11] Pogledati član 10 kao i član 12 koji se odnosi na pravo na zdravlje. Zakon o ratifikaciji Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, Službeni list SFRJ, br. 7/71).

[12] Pogledati član 23 (Zakon o ratifikaciji Međunarodnog pakta o građanskim i po-l-itičkim pravima, Službeni list SFRJ, br. 7/71).

[13] UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12 of the Covenant), 11 August 2000, E/C.12/2000/4, http://www.refworld.org /docid/4538838d0. html, 26 August 2015.

[14] UN General Assembly, Convention on the Rights of the Child, 20 November 1989, United Nations, Treaty Series, vol. 1577, http://www.refworld.org/ docid/3ae6b38f0.html, 10 August 2015. Pogledati takođe Zakon o ratifikaciji konvencije - ujedinjenih nacija o pravima deteta, Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori", br. 15/90 i Službeni list SRJ - Međunarodni ugovori, br. 4/96 i 2/97.

[15] Sharon Detrick, J. E. Doek, Nigel Cantwell, The United Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide to the "Travaux Préparatoires", Martinus Nijhoff Publishers, - 1992, 19.

ne, Konvencija o pravima deteta konačno stupila na snagu.[16] Pod uticajem raznih međunarodnih instrumenata u kojima se proklamuje pravo deteta i njegove majke na zdravlje, oblikovan je i konačan tekst člana koji se odnosi na pravo deteta na zdravlje. Kao takva, ova Konvencija, odnosno član 24, u odnosu sa drugim međunarodnim instrumentima, na najsveobuhvatniji način štiti pravo deteta na zdravlje.[17] Pravo na zdravlje, kao što je i pravo na život i nepovredivost integriteta ljudske ličnosti, predstavljaju primer prava koja nisu vezana ni za kakve posebne uslove, kao što je uzrast ili bilo kakvi drugi posebni kvaliteti koji bi se mogli zahtevati na strani titulara.[18] Otuda bismo mogli zaključiti da se ovo pravo, koje sadrže ustavi većina država može bez izuzetka i ikakvih ograničenja primenjivati i na decu. Međutim, kao osetljiva kategorija lica, deca ipak zahtevaju posebnu zaštitu, odnosno poseban pristup u zaštiti njihovih prava. Iako pravo na zdravlje ne formuliše i obavezu da se pravo aktivno vrši, situacija je donekle drugačija kada je u pitanju dete.[19] Iz tog razloga, država, odnosno društvo je u obavezi da, kada su deca u pitanju, stvori

[16] Vid. supra 9.

[17] Član 24 Konvencije glasi:

1. Države članice priznaju pravo deteta na najviši nivo zdravstvene i medicinske zaštite i na rehabilitaciju. Države članice će nastojati da nijednom detetu ne bude uskraćeno pravo na takvu zdravstvenu zaštitu.

2. Države članice će se zalagati za potpuno ostvarivanje ovog prava i, posebno, preduzimati odgovarajuće mere za:

(a) smanjenje smrtnosti odojčadi i dece;

(b) obezbeđenje neophodne medicinske pomoći i zdravstvene zaštite svoj deci, s naglaskom na razvoj primarne zdravstvene zaštite;

(c) suzbijanje bolesti i pothranjenosti, uključujući u okviru primarne zdravstvene zaštite, između ostalog primenu lako dostupne tehnologije i obezbeđujući adekvatne hranljive namirnice i čistu vodu za piće, uzimajući u obzir opasnosti i rizik zagađenja životne sredine;

(d) obezbeđenje odgovarajuće zaštite majke pre i posle rođenja deteta;

(e) omogućavanje svim segmentima društva, posebno roditeljima i deci, da budu informisani i da im se pruži podrška u korišćenju osnovnih znanja o zdravlju, ishrani deteta, prednostima dojenja, higijeni i higijenskim uslovima životne sredine, kao i s prečavanju nesreća;

(f) razvoj preventivne zdravstvene zaštite, savete roditeljima i obrazovanje i pružanje usluga u vezi s planiranjem porodice.

3. Države članice preduzimaju sve efikasne i odgovarajuće mere za ukidanje tradicionalne prakse koja šteti zdravlju dece.

4. Države članice preuzimaju na sebe obavezu da unapređuju i podstiču međunarodnu saradnju u cilju postepenog postizanja potpune realizacije prava iz ovog člana. U tom pogledu, posebno će se uzeti u obzir potrebe zemalja u razvoju.

[18] M. Janjić Komar, 1981, 35.

[19] Ibidem.

daleko bolje uslove za realizaciju tog prava, sa čime se započelo upravo putem Konvencije o pravima deteta.

Prema Konvenciji, države članice priznaju pravo deteta na najviši nivo zdravstvene i medicinske zaštite, koji se mora nastojati ostvariti i uz pomoć raznih nevladinih organizacija, međunarodne zajednice, ali i privatnog sektora. Veoma bitna je obaveza koja se nameće državama članicama, a to je da obezbede da nijednom detetu ne bude uskraćeno pravo na zdravstvenu zaštitu. To podrazumeva postojanje sveobuhvatnog sistema primarne zdravstvene zaštite, adekvatan pravni okvir i stalna posvećenost osnovnim faktorima koji određuju zdravlje dece.[20] Bilo kakve finansijske, institucionalne i kulturološke barijere, moraju biti uklonjene.

U skladu sa članom 24. stav 2, države treba da uspostave proces za identifikovanje i rešavanje drugih pitanja od značaja za prava dece na zdravlje. Ovo zahteva, između ostalog, detaljnu analizu trenutne situacije u smislu prioritetnih zdravstvenih problema, a zatim i identifikovanje i implementiranje onih postupaka, odnosno principa koji najbolje odgovaraju rešavanju identifikovanih zdravstvenih problema, uz konsultovanje dece onda, kada je to potrebno. U tom smislu, Konvencija navodi obavezu smanjivanja smrtnosti odojčadi i dece; obezbeđenje neophodne medicinske pomoći i zdravstvene zaštite svoj deci; suzbijanje bolesti i pothranjenosti; primenu lako dostupne tehnologije i obezbeđivanje adekvatnih hranljivih namirnica i čiste vode za piće; obezbeđenje odgovarajuće zaštite majke pre i posle rođenja deteta; omogućavanje svim segmentima društva, posebno roditeljima i deci, da budu informisani i da im se pruži podrška u korišćenju osnovnih znanja.

Ovde takođe treba imati u vidu da se Konvencija mora posmatrati kao jedan celovit i usklađen dokument, te da prava proklamovana u njoj predstavljaju sintezu napora ka obezbeđivanju što kvalitetnijeg života deteta. U tom smislu, četiri člana Konvencije su istaknuta kao osnovni stubovi na kojima počivaju svi ostali članovi. To su zabrana diskriminacije, obaveza promovisanja najboljeg interesa deteta u svim aktivnostima koji se tiču dece, pravo na opstanak i razvoj deteta i pravo deteta da bude saslušano i da se njegovom mišljenju pokloni dužna pažnja. Pored ova četiri člana, Komitet za prava deteta, istakao je važnost još nekoliko proklamovanih prava koja su neophodna za zdravlje.[21]

[20] Committee on the Rights of the Child, General comment No. 15 (2013) on the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (art. 24), 8.

[21] To su sledeći članovi: član 23 koji se odnosi na decu sa smetnjama u razvoju, zatim član 18.3 koji se tiče uloge roditelja, zatim član 26 koji se odnosi na socijalnu sigurnost i član 27 koji se bavi životnim standardom.

Ovde bismo se naročito istakli princip najboljeg interesa deteta, s obzirom na to da su se neki od najkomplikovanijih slučajeva primene ovog principa desila upravo u vezi sa donošenjem odluka u okviru medicinskih postupaka.[22] Naime, sa jedne strane, Konvencija ističe obavezu država članica da priznaju detetu pravo na najviši nivo zdravstvene i medicinske zaštite i na rehabilitaciju, kao i da nastoje da nijednom detetu ne bude uskraćeno pravo na takvu zdravstvenu zaštitu. Sa druge strane, u svakom postupku koji se tiče deteta, princip najboljeg interesa deteta mora biti poštovan. Ovde se može javiti problem, jer je ovaj princip ponekad teško definisati, a vrlo često može doći do konflikta između trenutnog i budućeg najboljeg interesa deteta.[23] Takođe, moguće je da se razlikuju stavovi roditelja i lekara po pitanju toga šta je u najboljem interesu deteta, a moguće je da različita viđenja imaju i roditelji i deca.[24] Slučajevi koji se javljaju u praksi povodom preduzimanja određenih medicinskih zahvata su značajni jer, između ostalog, daju i odgovor na to kako bi se sporovi između dece i roditelja trebali rešavati. Može se reći da, ukoliko ne postoji zabrana izdata od strane suda, doktor može da izvrši intervenciju nad detetom, za koju smatra da je u najboljem interesu samo ukoliko:

1. je dete sposobno za rasuđivanje i dalo je svoj pristanak ili
2. ukoliko postoji saglasnost roditelja (odnosno staratelja) ili
3. ukoliko sud dozvoli takav zahvat ili
4. ukoliko to opravdava stanje naročite hitnosti.[25]

Na osnovu navedenog, vidi se da za ostvarivanje prava deteta na zdravlje nije dovoljno samo isticanje ovog prava u odgovarajućem aktu, već se ono mora posmatrati u određenoj simbiozi sa ostalim proklamovanim pravima, što vrlo često može dovesti do kontradiktornih situacija, u kojima neretko, konačnu odluku donosi sud.

Promena u položaju deteta, koje sada postaje samostalan nosilac prava, predstavlja izuzetan doprinos, ali istovremeno ne predstavlja dovoljan pomak. Naime, sledeći korak mora biti i omogućavanje realizacije proklamovanih prava.[26] Autonomija koja se priznaje detetu, mora da do-

[22] Michael Freeman, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 3: The Best Interests of the Child, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 3.

[23] Ibidem.

[24] Poznati su i slučajevi kada su roditelji iz verskih razloga odbijali određene intervencije kod dece, kao i slučajevi gde su roditelji odbijali medicinski tretman kod dece koja su rođena sa ozbiljnim oštećenjima. Više o tome vid.: G. Kovaček Stanić, 1994, 31.

[25] Jonathan Herring, Family Law, Longman Law series, Fifth edition, 2011, 447.

[26] Gordana Kovaček Stanić, Autonomija deteta u savremenom porodičnom pravu, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 3/2010, 141-162.

živi i svoju praktičnu realizaciju. Upravo, govoreći o pravu deteta na zdravlje, svedoci smo da veliki broj država, poštujući Konvenciju o pravima deteta koja pored prava na zdravlje, govori i o autonomiji deteta, priznaje detetu i pravo na donošenje odluke o preduzimanju medicinski zahvata kada dostigne određeni uzrast. Međutim, kao što je i istaknuto, brojni slučajevi svedoče da u situacijama kada se ta odluka razlikuje o stava roditelja, konačnu odluku donosi sud. Smatramo da ovakva praksa može predstavljati samo izuzetak, ali nikako pravilo, s obzirom da se na ovaj način gubi značaj prava koje je detetu priznato.[27]

S obzirom na ograničenost obima ovog rada, nastojaćemo da se u budućem istraživanju posvetimo više ovom pitanju, odnosno da detaljnije analiziramo pravo deteta na zdravlje.

U okviru UN, svakako da je od velike važnosti pomenuti i Konvenciju o pristanku na brak, minimalnoj starosti za sklapanje braka i o registrovanju brakova[28] iz 1962. godine i uz nju Preporuka o pristanku na brak, donja starosna granica za brak i registrovanju brakova (1965)[29], uz pomoć kojih se nastoji sprečiti svako nasilno sklapanje brakova i obezbediti da se ustanovi starosni minimum za sklapanje braka, koji po navedenoj Preporuci ne treba da iznosi manje od 15 godina.

Za zaštitu žena, veliki doprinos ostvaren je donošenjem Konvencije o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena (CEDAW)[30] iz 1979. godine. Ova Konvencija, nalaže državama članicama da osude diskriminaciju žena u svim vidovima, kao i da sprovode politiku otklanjanja diskriminacije žena.[31] Takođe, ovom konvencijom, nastoji se obezbediti potpun razvoj i napredak žena, kako bi im se garantovalo ostvarivanje i uživanje prava čoveka i osnovnih sloboda, ravnopravno s muškarcima.[32] Vrlo bitno, položaj žena se popravlja i u bračnim i porodičnim odnosim, gde se takođe nastoji otkloniti svaki vid diskriminacije.[33]

---

[27] Ibidem.

[28] Convention on Consent to Marriage, Minimum Age for Marriage and Registration of Marriages, http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/MinimumAgeForMarriage.aspx, 8.8.2015. Vid. Uredba o ratifikaciji konvencije o pristanku na brak o minimalnoj starosti za sklapanje braka i o registrovanju brakova, Službeni list SFRJ - Među-narodni ugovori i drugi sporazumi, br. 13/64.

[29] Recommendation on Consent to Marriage, Minimum Age for Marriage and Registration of Marriages, http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/ RecommendationOnConsent ToMarriage.aspx, 8.8.2015.

[30] The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm, 8.8.2015.

[31] Vid. član 2 Konvencije o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena.

[32] Ibid., član 3.

[33] Ibid., član 16.

3. SAVET EVROPE

Savet Evrope predstavlja međunarodnu organizaciju koja nastoji da posmatranjem situacije u državama članicama otkrije, odnosno identifikuje pitanja koji su pogodna za saradnju na evropskom nivou. Među ovim predmetima, pravna saradnja u oblasti porodičnog prava igra važnu ulogu, uzimajući u obzir da se bavi pitanjima usko povezanih sa privatnim životima svih osoba. S druge strane, treba imati na umu da neki problemi koji se odnose na porodicu ne mogu biti rešeni samo u nacionalnim okvirima, jer po samoj svojoj prirodi, oni prevazilaze nacionalne granice.

Zbog važnosti ovih pitanja za članove porodice i za države, Savet Evrope je izvršio značajan broj aktivnosti u oblasti pravne zaštite porodice. Iako harmonizovanje oblasti porodičnog prava predstavlja vrlo zahtevan posao, koji podrazumeva susretanje sa velikim poteškoćama zahvaljujući različitim pravnim sistemima i tradicijama, Savet Evrope već dugi niz godina, nastoji da uskladi politiku i usvoji zajedničke standarde u državama članicama u oblasti porodičnog prava.

Savet Evrope je više od 40 godina radio na harmonizaciji politika i usvajanja zajedničkih standarda i prakse u državama članicama u oblasti porodičnog prava. Time je na odlučujući način doprineo na jačanju pravne zaštite porodice, a naročito na zaštiti interesa dece. Istovremeno sačinjen je i veliki broj međunarodnih instrumenata (konvencija i preporuka) na ovu temu.

Međunarodni instrumenti koji imaju formu preporuka bave se pitanjima kao što su: ravnopravnost supružnika, prava supružnika koja se tiču porodičnog doma, obaveze roditelja, hraniteljstvo, hitne mere u porodičnim stvarima, posredovanje i mnoga druga. Ove preporuke sadrže standarde koji se preporučuju vladama zemalja članica da ih usvoje. Iako takvi standardi nisu obavezujući, oni počinju da se odnose na sve države članice kada ih usvoji Komitet ministara.

Sa druge strane, međunarodni instrumenti koji imaju oblik konvencije bave se pitanjima kao što su usvajanje dece, status dece rođene van braka, starateljstvo nad decom, ostvarivanje prava deteta i kontakti sa decom. Ove Konvencije koje su obavezujuće za države koje su prihvatile da budu vezani njihovim odredbama sadrže ne samo standarde, već i odredbe o daljoj saradnji među državama.

Od posebnog značaja su odredbe Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda koja je doneta u okviru ove organizacije koja se svakako se smatra najvažnijim aktom. Takođe, osnivanje Evropskog suda za ljudska prava kao nadzorni mehanizam kojim se obezbeđuje poštovanje pomenute konvencije, predstavlja nemerljiv doprinos i ogroman korak u cilju zaštite ljudskih prava. Kao akt kojim se štite

osnovna ljudska prava i slobode, svoje mesto našle su i odredbe kojima se pruža zaštita porodici, odnosno braku. Tako se u članu 8 navodi da „Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske“ kao i da se „javne vlasti neće mešati u vršenje ovog prava sem ako to nije u skladu sa zakonom i neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti, javne bezbednosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih.“ Pored navedenog, Konvencija takođe ističe i pravo muškarca i žene odgovarajućeg uzrasta da stupaju u brak i zasnivaju porodicu u skladu s unutrašnjim zakonima koji uređuju vršenje ovog prava.[34] Iako Konvencija štiti privatni, odnosno porodični život, ona ne sadrži definicije navedenih instituta. Ipak, bogata praksa Evropskog suda, daje smernice koje nam pomažu da razumemo šta je sve zaštićeno ovim članom. Tako, nesporno je da zaštita privatnog života podrazumeva zaštitu verenika, homoseksualaca, transseksualaca, dok je dosadašnja praksa pokazala da se pod sintagmom *porodični život* podrazumeva zaštitu od nasilja u porodici, lično ime, porodični status deteta, usvojenje, prava deteta, prava i obaveze roditelja.[35]

Sa druge strane pravo na zdravlje (a samim tim i pravo deteta na zdravlje) kao takvo, nije sadržano u Konvenciji. Ipak, kako je već istaknuto, mešanje u vršenje prava zagarantovanog članom 8, dozvoljeno je, između ostalih slučajeva, u situaciji kada je to potrebno radi zaštite zdravlja. Na osnovu ovoga, čini se da zaštita zdravlja, pod određenim uslovima, uživa prioritet u odnosu na zaštitu porodičnog života.[36] Pa ipak, ovaj Sud je do sad bio u prilici da samo nekoliko puta odlučuje u slučajevima koji su se ticali prava deteta na zdravlje i to samo povodom proceduralnih pitanja koja su se odnosila na medicinsku negu prilikom rođenja deteta.[37] Ova činjenica samo potvrđuje stavove pojedinih autora, da se zaštita prava na zdravlje može bolje postići kroz neka druga klasična ljudska prava (kao što je pravo na život, pravo na slobodu od nehumanog i ponižavajućeg postupanja, pravo na zasnivanje porodice, koje doprinose i zavise od - ostvarivanje prava na zdravlje).[38] To sve zbog toga, što mehanizmi za

[34] Vid. član 12 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

[35] Marija Draškić, „Usklađenost domaćeg prava sa standardima Evropskog suda za ljudska prava u odnosu na član 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima“, u knjizi Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije, Centar za publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2006, 64-111.

[36] S. I. Spronk – van der Meer, 211.

[37] Ibidem.

[38] Aart Hendriks, The close connection between classical rights and the right to health, with special reference to the right to sexual and reproductive health, Med Law, 1999, 232.

zaštitu ovog prava nisu toliko razvijeni kao što je to slučaj sa klasičnim ljudskim pravima.[39]

Nikako, međutim, ne možemo reći da Savet Evrope, u okviru svoje nadležnosti, nije doneo akte kojima se i izričito štiti pravo na zdravlje, odnosno pravo deteta na zdravlje.[40]

Kao što je već i navedeno, Savet Evrope je veliki deo svoje aktivnosti usmerio kao regulisanju porodičnih odnosa. U tom smislu, neophodno je pomenuti **Evropsku konvenciju o usvojenju dece**[41], čiji je cilj bio da uskladi zakone država članica i da se izbegne sukob zakona u slučaju međunarodnog usvojenja. Takođe, prema ovoj Konvenciji, samo sudski ili upravni organ može da da dozvolu za usvajanje.[42] Pored toga, značajan

[39] Autor, u svom tekstu navodi da se pravo na reproduktivno zdravlje, smatra komponentom šireg prava, a to je pravo na zdravlje, koje je takođe usko povezano sa drugim ljudskim pravima. Prema definiciji prava na reproduktivno zdravlje, koja je data na međunarodnoj konferenciji o populaciji i razvoju 1994. godine u Kairu, uživanje ovog prava, jasno zahteva, između ostalog, poštovanje slobodnog i informisanog donošenja odluka, kao i poštovanje privatnosti i poverljivosti. Sa druge strane, klasična ljudska prava, pre svega pravo na privatni i porodični život, pravo na slobodu informacija i pravo na sklapanje braka i zasnivanje porodice, takođe podrazumevaju iste zahteve. Jasno je dakle, da je poštovanje prava na reproduktivno zdravlje (tim pre i samo pravo na zdravlje) neodvojivo od poštovanja klasičnih ljudskih prava. (A. Hendriks, 232-233.)

[40] Dva najvažnija akta SE jesu upravo Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kojima se štite građanska i politička ljudska prava i sa druge strane, Evropska socijalna povelja kojom se garantuju socijalna i ekonomska ljudska prava. Upravo ova povelja sadrži nekoliko članova koji se tiču zaštite zdravlja. Pored ostalih članova koji se odnose na javno zdravlje, bezbednost hrane, zaštitu životne sredine, programe vakcinacije, bezbednost i zdravlje na radu, zdravlje dece i mladih osoba posebno je zaštićeno članovima 7. i 17, dok je zdravlje trudnica pokriveno članovima 8 i 17. Takođe, potrebno je pomenuti i Konvenciju o ljudskim pravima i biomedicini. Ova konvencija više se bavi zaštitom ljudskog dostojanstva u oblasti biologije i medicine, ali takođe sadrži članove koji objašnjavaju kako postupiti u slučaju medicinskih istraživanja na licu koje je maloletno, odnosno u slučaju kad je donor organa maloletno lice. Pored posebnih uslova koji se traže, konvencija naročito ističe da se „mišljenje maloletnog lica uzima se u obzir kao sve značajniji činilac u skladu sa njenim ili njegovim godinama i stepenu zrelosti".

[41] European Convention on the Adoption of Children, http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/058.htm, 9.8.2015.

[42] Ova Konvencija je 2008. godine izmenjena kako bi se uskladila sa društvenim i pravnim promenama koje su nastupile. U tom smislu, novine koje je donela izmenjena konvencija ticale su se toga da je saglasnost oca potrebna u svim slučajevima, čak i kada je dete rođeno van braka. Zatim, saglasnost deteta je neophodna ako je dete sposobno da da svoje mišljenje. Revidirana Konvencija odnosi se i na heteroseksualne parove koji se nalaze u registrovanom partnerstvu u državama koje priznaju tu instituciju, kao i na lica bez partnera. Takođe ostavlja državama slobodu da prošire mogućnost usvajanja i istopolnim parovima koji žive zajedno u stabilnoj vezi. Unapređeno je i pitanje prava usvojene dece da saznaju svoj identitet, ali i pravo bioloških roditelja da ostanu anonimni. Minimalna starost usvojitelja sada mora biti između 18 i 30 godina, a razlika u godinama

doprinos ka izjednačavanju statusa dece rođene van braka sa decom rođenom u braku dala je **Evropska konvencija o izjednačavanju dece rođene van braka**.[43] Prema ovoj Konvenciji oba roditelja imaju istu obavezu da izdržavaju svoju decu bez obzira da li su rođena u braku ili ne, a isto tako razlika se ne pravi ni u pogledu nasleđivanja zaostavštine roditelja, ali i nasleđivanja zaostavštine ostalih članova porodice roditelja. **Evropska konvencija o vršenju dečjih prava[44],** za cilj ima zaštitu najboljeg interesa deteta. U Konvenciji se navode mere kojima se nastoji omogućiti unapređenje prava dece u porodičnim postupcima pred sudom.

Održavanje kontakata sa decom, kao i moguća ograničenja ovog prva u slučajevima kada je to u najboljem interesu deteta, svakako da su pitanja o kojima države članice Saveta Evrope poklanjaju dužnu pažnju, te je u skladu sa tim doneta i **Evropska konvencija o kontaktima koji se odnose na decu[45].** Problemi koji mogu nastati pri realizaciji prava na kontakt su brojni, a neki roditelji ostaju uskraćeni za mogućnost održavanja bilo kakvog kontakta sa svojom decom. Sporovi povodom ovog pitanja mogu trajati dosta dugo i izazvati probleme i prilikom sprovođenja sudske odluke koja se odnosi na kontakt. Osim toga, internacionalizacija porodice sa sobom donosi i probleme koji su posledica primene različitih pravnih sistema, različitih jezika i kulture. Cilj Konvencije je da se poboljšaju određeni aspekti prava na kontakte sa decom kako unutar jedne države, tako i u prekograničnim slučajevima. Takođe, ovo pravo može biti prošireno i na druga lica, naročito kada je dete uspostavilo porodične veze sa tim licima. Cilj je da se uspostave i odgovarajuće zaštitne mere, kako bi se obezbedio povratak dece kada protekne period predviđen za viđanje.[46]

Konvencija o zaštiti dece od seksualne eksploatacije i seksualnog zlostavljanja[47] predstavlja prvi instrument koji različite oblike seksual-

---

između usvojitelja i deteta bi trebalo da bude najmanje 16 godina. European Convention on the Adoption of Children (Revised), http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/202.htm, 9.8.2015.

[43] European Convention on the legal status of children born out of wedlock, - http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/085.htm, 11.8.2015.

[44] European Convention on the exercise of children's rights, http://conventions.coe.int/ Treaty/en/Treaties/Html/160.htm, 11.8.2015.

[45] The Convention on contact concerning children, http://conventions.coe.int/Treaty/ en/Treaties/Html/192.htm, 11.8.2015.

[46] Više o ovoj Konvenciji i o ovom pravu u uporednom pravu, pogledati: Gordana Kovaček Stanić, Održavanje ličnih odnosa deteta sa babom/dedom, drugim srodnicima i trećim licima u domaćem i evropskom porodičnom pravu, Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije, tematski zbornik, Novi Sad 2013, 155-174.

[47] Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/201.htm, 11.8.2015.

nog zlostavljanja dece definiše kao krivična dela, uključujući i takva zlostavljanja počinjena u kući ili porodici, uz upotrebu sile, prinude ili pretnje. Pored dela koja se tradicionalno svrstavaju u ovu oblast - seksualno zlostavljanje, dečija prostitucija, dečja pornografija – Konvencija se takođe se bavi pitanjem "pripremanja" dece za seksualne potrebe i potrebe "seksualnog turizma".

Među poslednjim, najbitnijim dokumentima, donetim u okviru ove organizacije je **Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici**[48] (poznata i pod nazivom Istambulska konvencija), koja je doneta 2011. godine, a stupila na snagu u avgustu 2014. godine[49] i predstavlja prvi pravno obavezujući dokument na evropskom kontinentu, koji se bavi prevencijom nasilja nad ženama, njihovom zaštitom i kažnjavanjem počinilaca.[50]

4. HAŠKA KONFERENCIJA ZA MEĐUNARODNO PRIVATNO PRAVO

Haška konferencija za međunarodno privatno pravo (u daljem tekstu Haška konferencija) je globalna međuvladina organizacija, koja nastoji da pomiri različite pravne tradicije. Pod njenim okriljem donet je veliki broj multilateralnih pravnih instrumenta koji predstavljaju rezultat globalnih potreba. Veliki broj država koje nisu članice ove organizacije, postaju potpisnice njenih konvencija i na taj način Haška konferencija objedinjuje više od 140 zemalja širom sveta.

Sasvim je uobičajeno da se u današnje vreme susrećemo sa poslovnim, porodičnim i drugim ličnim odnosima u kojima učestvuju lica iz dve ili više država. Razlike koje mogu postojati u pravnim sistemima tih drža-

[48] http://www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/210.htm, 1. septembar 2014.

[49] Konvecija je potpisana u Istambulu 11. maja 2011. godine, a za njeno stupanje na snagu bilo je neophodno deset ratifikacija. Srbija je bila jedna od deset država koja je aprila 2012. godine potpisala, a novembra 2013. godine i ratifikovala ovu Konvenciju. V-id. Zakon o potvrđivanju Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, Službeni glasnik RS - Međunarodni ugovori, br. 12/2013.) Konvencija je stupila na snagu 1. avgusta 2014. godine. U Crnoj Gori Konvencija je ratifkovana Zakonom o potvrđivanju Konvencije Savjeta Evrope o sprječavanju i suzbijanju nasilja nad ženama i nasilja u porodici, Službeni list Crne Gore - Međunarodni ugovori, br. 4/2013.

[50] Više o ovoj Konvenciji i o značaju koji ima domaći pravni sistem, kao i o njenom odnosu sa postojećim zakonodavstvom na nivou Republike Srbije, videti: Kovaček-Stanić Gordana, Samardžić Sandra, Novine koje donosi Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2/2014, 93-115.

va mogu biti veoma velike, a cilj ove organizacije je upravo premošćavanje i pojednostavljivanje tih razlika, progresivnom unifikacijom pravila međunarodnog privatnog prava.[51] Naime, radi se o pravilima koja se odnose na nadležnost sudova, merodavno pravo, kao i na priznavanje i izvršenje presuda u širokom spektru oblasti.

Imajući u vidu globalnu potrebu za prevazilaženjem pravnih prepreka, u okviru Haške konferencije donet je veliki broj konvencija iz različitih oblasti, pa je tako deo aktivnosti usmeren i ka međunarodnoj zaštiti dece, porodice i imovinskih odnosa. U ovom domenu, pored konvencija koje su se bavile problemom izdržavanja, zaštitom odraslih i regulisanju odnosa između sadašnjih i bivših supružnika, najbitnije je pomenuti delatnosti kojima je prevashodan cilj bio zaštita dece. U tom smislu, svakako je bitno istaknuti Hašku konvenciju o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece iz 1980. godine,[52] kao i Hašku konvencija o zaštiti dece i saradnji u oblasti međunarodnog usvojenja iz 1993. godine.

Naročito je značajan i projekat na kojem se trenutno radi u okviru Haške konferencije, a tiče se pokušaja prevazilaženja problema koji nastaju usled prekogranične (međunarodne) surogacije.[53] S obzirom na značaj i aktualnost pitanja prekogranične surogacije, odnosno potrebe hitnog regulisanja ovog fenomena, u ovom odeljku ćemo se fokusirati upravo na rad Haške konferencije u pogledu ove oblasti. Pravila prema kojima se utvrđivalo materinstvo, odnosno očinstvo, već dugi niz godina trpe promene kao rezultat napredovanja u oblasti medicine, ali i zbog promena u obrascima porodice. Upotreba vantelesne oplodnje, mogućnost doniranja

[51] Član 1 Statuta Haške konferencije. Statute Of The Hague Conference On Private International Law, http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=29, 20.-8.2015.

[52] Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=24, 20.8.2015. Više o primeni ove konvencije i problemima koji mogu nastupiti pogledati u: Gordana Kovaček-Stanić, Porodičnopravni aspekti međunarodne, roditeljske otmice dece, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 2012, vol. 60, br. 2, 74-94.

[53] Projekat pod nazivom „The "Parentage / Surrogacy Project", nastoji da reši - probleme koji nastaju u eri globalizacije, kada porodice sve češće prelaze granice i suočavaju se sa velikim razlikama u pogledu zakonskih rešenja pojedinih država, što sve dovodi do složenih pitanja međunarodnog privatnog prava, a u vezi sa formiranjem ili priznavanjem pravnog statusa dece. Ova pitanja naročito su značajna s obzirom da se tiču fundamentalnih dečja prava. Najčešći problemi, ipak, javljaju se u pogledu prekogranične surogacije, o čemu svedoči i činjenica da se dokumenti doneti u okviru ovog pro-jekta, najvećim delom odnose upravo na ovu problematiku. Više o pravilima surogat materinstva u Srbiji i uporednom zakonodavstvu vid. Gordana Koveček Stanić, Biomedicinski potpomognuto začeće i rođenje deteta: Surogat materinstvo u uporednom evropskom pravu i Srbiji, Stanovništvo, 1/2013, 1-21.

polnih ćelija, korišćenje surogat majki dovelo je do pravne nesigurnosti u pogledu toga ko će se smatrati ocem, odnosno majkom.

Sve češće, parovi se odlučuju da svoja reproduktivna prava ostvare u drugim državama, čija zakonska rešenja im više odgovaraju. Pojava reproduktivnog turizma postala je svakodnevnica, koja neminovno sa sobom nosi pregršt problema. U poslednjih par godina, čini se da upravo prekogranična surogacija, od svih tehnika asistirane reprodukcije, u najvećoj meri izaziva zabrinutost, jer dovodi u pitanje i neka osnovna ljudska prava, a pre svega prava deteta. Iako je primetan pomak, u smislu toga da države odakle potiču nameravani roditelji, sve češće dozvoljavaju upis tih lica kao roditelja, gotovo da ne postoji nijedna naznaka da je bilo koja država, koja do sad nije dozvoljavala, spremna da promeni svoju politiku i dozvoli postupak surogacije. Upravo ta činjenica govori u prilog tome da pojava prekogranične surogacije neće nestati, čak naprotiv, te da je u tom smislu od izuzetnog značaja rad na međunarodnom dokumentu koji će državama pomoći u prevazilaženju problema koji nastaju usled ovog postupka.

U skladu sa mandatom dobijenim od svojih članova, Stalna kancelarija Haške konferencije trenutno analizira probleme međunarodnog privatnog prava koji se javljaju u pogledu uspostavljanja roditeljstva ili "porekla" dece, kao i u pogledu prekogranične surogacije. Potreba za regulisanjem ovog pitanja istaknuta je još 2001. godine, ali su prvi dokumenti koji su sadržali određene zaključke i preporuke, doneti tek 2011. godine. Od tada, Stalna kancelarija Haške konferencije, je intenzivno radila na prikupljanju podataka o stanju u pojedinim državama, ali i o njihovoj spremnosti i volji u kreiranju jednog multilateralnog dokumenta koji će nastojati da reši probleme koji nastaju kao posledica prekogranične surogacije.[54] Poslednji dokument donet je 2015. godine, koji nastoji da države obavesti o nekim ključnim događajima koji su se dogodili u periodu 2014. godine, a značajni su za ovaj projekat.[55]

Pre svega, veoma značajne su dve presude Evropskog suda za ljudska prava,[56] u kojima je sud ustanovio kršenje Evropske konvencije, preciznije kršenje člana 8. U oba slučaja, Francuska je odbila da prizna sta-

[54] Od 2011. doneto je nekoliko preporuka i dokumenata. Više o aktivnosti Haške konferencije u okviru ovog projekta do 2015. godine, a pre svega o dokumentu „Poželjnost i izvodljivost dalje rada na projektu o roditeljstvu/surogat materinstvu“ iz 2014. godine, vid. Bernadet Bordaš, O potrebi međunarodnog regulisanja surogat materinstva - sudska praksa i aktivnosti u 2014. godini, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2/2014, 151-171.

[55] The Parentage / Surrogacy Project: an Updating Note, http://www.hcch.net/upload/wop/ gap2015pd03a_en.pdf, 21.8.2015.

[56] Mennesson v. France (application no. 65192/11) i Labassee v. France (no. 65941/11), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145389, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145180, 26.8.2015.

tus oca licima čije je očinstvo utvrđeno u SAD nakon sprovedenog postupka surogacije. Pored toga, Francuska nije omogućila nijedan drugi adekvatan postupak, putem kojeg bi očinstvo ovih lica na neki način moglo biti uspostavljeno. Sud je svoju odluku obrazložio i time što su u oba slučaja, muškarci bili genetski roditelji dece. Na ovaj način, sud je jasno stavio do znanja da nemogućnost uspostavljanja roditeljskih odnosa u ovakvim slučajevima, odnosno onemogućavanje deci prava na uspostavljanje identiteta, jasno krši pravo na poštovanje privatnog života koje je garantovano Konvencijom. Međutim, i pored ovih presuda, pojedina pitanja ostalu su bez odgovora. Naime, ostaje nejasno da li bi sud bio istog stava da se radilo o licima koja nisu genetski povezani sa detetom, i drugo, da li bi bilo koji postupak uspostavljanja roditeljstva zadovoljio poštovanje prava na privatan život ili ne. Naime, neke države bile su stava da postupak usvojenja ne predstavlja adekvatan put nakon sprovedene surogacije. Međutim, pitanje uspostavljanja roditeljstva samo je jedan od aspekata ovog fenomena, odnosno samo jedan u nizu problem koji mogu nastati. Nakon navedenih presuda Evropskog suda, pa samim tim i sve češće prakse država da priznaju status roditelja onim licima koja se po ugovoru o surogaciji i smatraju roditeljima, i dalje ostaju nerešeni brojni problemi koji se javljaju na nacionalnom nivou i koji pokazuju neophodnost donošenja internacionalnog dokumenta koji bi nastojao da ove probleme reši. Postavlja se pitanje da li države moraju uvek, zarad najboljeg interesa deteta, da priznaju nameravanim roditeljima status roditelja bez ikakvog izuzetka. Pored toga, postavlja se pitanje kako se odnositi prema drugim ljudskim pravima koja mogu biti dovedena u pitanje u slučaju prekogranične surogacije.[57]

Ključni problem leži u činjenici da države prijema nisu u mogućnosti da reaguju sve dok dete nije rođeno, što umnogome otežava stvari. Naime, bilo bi potrebno da se pitanja, koja se mogu pojaviti kao problem, rešavaju pre započinjanja bilo kakvog postupka. Na taj način, svaka država bi mogla da postavi pravila koja bi se morala ispuniti kako bi nameravani roditelji bez problema mogli da se ostvare u ulozi roditelja. Jedno od mogućih rešenja jeste i pravilo prema kojem bi surogacija parovima iz inostranstva bila dozvoljena, samo ukoliko postoje jasne i nedvosmislene indicije da će država porekla priznati nameravanim roditeljima priznati status roditelja, naravno, pod uslovima koje ona može postaviti. Na taj

[57] Neki od problema koji se ovde javljaju i koji svakako zahtevaju da im se pokloni dužna pažnja, jesu napuštanje dece od strane nameravanih roditelja, zatim podobnosti budućih roditelja i mogućnost trgovine decom, pravo deteta na saznanje porekla, zabrinutost u pogledu postojanja slobodnog i informisanog pristanka surogat majki na sam postupak i na kraju zabrinutost u pogledu beskrupuloznih posrednika.

način, nameravani roditelji bi bili sigurni da, pod uslovom da ispune zahteve koje postavlja njihov pravni sistem, dete koje bude rođeno putem surogat majke u inostranstvu, neće prolaziti ni kroz kakve probleme prilikom dolaska u državu odakle potiču nameravani roditelji. Uslovi koji bi matična država postavila, mogu da variraju, ali svakako da njihov glavni cilj jeste što potpunija zaštita svih učesnika, pre svega dece. Između ostalog, neophodno bi bilo ispitati podobnost nameravanih roditelja, zatim zahtevati jasan i informisan pristanak surogat majke i, sa druge strane, postaviti pravila koja će dati odgovor na pitanje da li makar jedan od nameravanih roditelja mora biti genetski povezan sa detetom ili to nije neophodno.

Korak dalje bilo bi stvaranje takvih pravila na međunarodnom nivou. Haška konferencija upravo nastoji da takav cilj i postigne. Međutim i pored urgentne potrebe za takvim aktom, čini se da još uvek ne postoji saglasnost među državama kako bi ova pitanja trebalo rešavati. Ipak, ne možemo zanemariti pomake i ustupke koje su u poslednjih par godina, pojedine države napravile, te se u tom smislu nadamo da će započeti projekat svoj konačni uspeh doživeti u što skorijoj budućnosti, kako oni, koji su to najmanje zaslužili, više ne bi ispaštali.

5. EVROPSKA UNIJA

Kao što je već n početku napomenuto, oblast porodičnog prava specifična je zbog svoje uske povezanosti sa tradicijom i kulturom određenog područja, pa više od svih drugih grana prava, oslikava duh naroda i samim tim, predstavlja veliki izazov za organe i institucije koje nastoje da harmonizuju ovu oblast prava. Ovo je naročito došlo do izražaja u okviru Evropske unije, gde je od njenog osnivanja do donošenja prvih akata iz oblasti porodičnog prava prošlo gotovo pola veka. Dugo je prepreka za bilo kakvu aktivnost, predstavljao nedostatak pravnog osnova. Naime, Evropska unija predstavlja rezultat težnji ka stvaranju slobodnog tržišta, tačnije ostvarivanje neometanog prometa robe i kapitala. U takvu koncepciju, bilo je gotovo nemoguće uključiti propise koji bi regulisali materiju porodičnog prava. Ipak, određeni koraci, ali i načini tumačenja, omogućili su značajne promene, koje predstavljaju značajan korak i umnogome olakšavaju život velikom broju ljudi čiji su porodični odnosi vezani za više država.

Potpisivanjem Lisabonskog ugovora 13. decembra 2007. godine, koji je na snagu stupio 1. decembra 2009. godine, izmenjena su dva osnovna ugovora – Ugovor o Evropskoj uniji (UEU) i Ugovor o osnivanju Evropske zajednice (UEZ), koji je promenio naziv u „Ugovor o funkcionisanju

Evropske unije" (UFEU) i članom 81 UFEU pružen pravni osnov za legislativnu aktivnost u građanskim stvarima koje imaju prekograniča dejstva.

Upravo tu je pronađeno uporište za legislativnu aktivnost, čiji predmet će biti porodica, odnosno porodični odnosi. Danas, na snazi su tri uredbe iz materije međunarodnog porodičnog prava i sve tri uredbe regulišu oblast međunarodnog privatnog prava.

Ove uredbe, kao i svi pravni akti EU moraju zadovoljiti zahtev proporcionalnosti i subsidijarnosti. Naime, svi akti moraju biti neophodni za funkcionisanje unutrašnjeg tržišta i istovremeno, u skladu su sa principom subsidijarnosti, takvi da se isti rezultati nisu mogli lako ostvariti od strane država članica.

Uredba 2201/2003 o nadležnosti i priznanju i izvršenju presude u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti (poznata kao Uredba Brisel II *bis*)[58] reguliše nadležnost sudova država članica EU u oblasti bračnih sporova, i u oblasti priznanja odluka iz iste oblasti. Ranije je ova oblast bila regulisana Uredbom br. 1347/2000 nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti za zajedničku decu oba supružnika, poznata i kao Uredba Brisel II.[59] Stupanje na snagu ove uredbe, predstavlja prekretnicu u pogledu harmonizacije međunarodnog privatnog prava na nivou EU, s obzirom na to da je to prvi instrument koji se odnosi na oblast međunarodnog privatnog prava u sferi porodičnih odnosa.[60]

I Uredba Brisel II i Uredba Brisel II *bis* regulišu pitanje nadležnosti i uzajamnog priznanja i izvršenja presuda, ali ne regulišu izbor merodavnog prava u slučaju razvoda, separacije ili poništenja braka. Uredbe se takođe bave nadležnošću i priznanjem presuda u oblasti roditeljskog prava. Ono po čemu se Uredba Brisel II *bis* razlikuje, jeste što se ona u oblasti roditeljskog prava, primenjuje u svim situacijama bez obzira na to da li su roditelju u braku, razvedeni ili im je brak poništen. Kako navedene uredbe ne sadrže pravila o merodavnom pravu za slučaj razvoda braka, to je 2006. godine Evropska komisija predložila dopunu Uredbe Brisel II *bis*, a

[58] Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003R2201:EN:HTML, 27.8.2015.

[59] Council Regulation (EC) No 1347/2000 of 29 May 2000 on jurisdiction and the - recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of parental responsibility for children of both spouses, http://eur-lex.europa.eu/ LexUriServ/LexUriServ.do?uri= OJ:L:2000:160:0019:0036:EN:PDF, 27.8.2015.

[60] Peter Stone, EU Private International Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton, 2010., 419.

2010. je i usvojena Uredba Saveta (EU) br. 1259/2010 o implementaciji pojačane saradnje u oblasti merodavnog prava za razvod i zakonsku separaciju (Uredba je poznata kao Uredba Rim III).[61]

Kao što se može primetiti, akti EU tiču se materije međunarodnog privatnog prava, odnosno pitanja nadležnosti, merodavnog prava i izvršenja presuda. Sa druge strane, u pogledu materijalnog porodičnog prava, generalno je prihvaćen stav da, prema UFEU, EU nema nadležnost za unifikaciju ili harmonizaciju ove oblasti. Pa ipak, oblast međunarodnog privatnog prava (koje se odnosi na porodično pravo) i materijalno porodično pravo, usko su povezani. Naime, što su razlike u pogledu materijalnih odredaba porodičnog prava između pojedinih država manje, to je veća verovatnoća i da će primena navedenih uredbi imati veće šanse za uspeh.[62]

Upravo je Evropska komisija za porodično pravo koja okuplja stručnjake iz cele EU ali i drugih evropskih zemalja, pred sebe stavila zadatak da postavi osnove za harmonizaciju porodičnog prava kroz teorijsko i praktično istraživanje.[63]

Iako je u skorijoj prošlosti delovalo da je harmonizacija, a naročito unifikacija porodičnog prava nemoguća, danas smo svedoci značajnih legislativnih poteza koji ulivaju nadu da stvari mogu da se promene[64].

Naime, Komisija nastoji da istraživanjem dosadašnjeg komparativnog rada u oblasti harmonizacije porodičnog prava, zatim razmenom iskustava i analizom pojedinačnih zakonskih rešenja pojedinih država, dođe do zajedničkog jezgra koje bi poslužilo kao osnova za eventualnu har-

---

[61] Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, - http://eur-lex.europa .eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:343:0010:0016:en:PDF, 27.8.2015. Pored navedene dve uredbe, na snazi je i Uredba Saveta (EZ) br 4/2009 od 18. decembra 2008. godine o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i o saradnji u materiji koja se odnosi na obaveze izdržavanja. Više o aktima EU koji regulišu materiju međunarodnog privatnog prava iz oblasti porodičnih odnosa, osnovu za njihovo donošenje, kao i o praksi Suda EZ u vezi sa uredbama, pogledati u: Bernadet Bordaš, Međunarodno porodično pravo Evropske Unije – pravni osnov, izvori i praksa suda EU, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 3/2012, 141-163.

[62] K. Boele-Woelki, F. Ferrand, C. González-Beilfuss, M. Jänterä-Jareborg, N. Lowe, D. Martini & W. Pintens, Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses, European family law series, vol. 33., Intersentia, Cambridge, 2013., 2.

[63] O istorijatu i ciljevima Evropske komisije vid. http://ceflonline.net/history/, 25.8.2015.

[64] Principi koji su doneti u okviru Komisije, poslužili su pojedinim državama, kao što su Portugal i Norveška, kao orijentir i inspiracija prilikom modernizacije domaćih zakona.

monizaciju. Kao što je napomenuto, Komisija nastoji da postavi polaznu osnovu za regulisanje pojedinih oblasti porodičnog prava. Kao svoj cilj, Komisija vidi donošenje Principa evropskog porodičnog prava, koji bi po svojoj prirodi bili najpodesniji za harmonizaciju ove oblasti u Evropi. Prilikom izrade pomenutih principa, Komisija je pre svega koristila „*common core*" metod uz pomoć kojeg su kreirana pravila koja su po svojoj funkciji najsličnija onim u većini pravnih sistema. Međutim, ukoliko su razlike među pravnim sistemima tolike da je nemoguće pronaći zajedničko jezgro, primenjuje se metod evaluacije, odnosno „*better law*" metod, putem kojeg se na osnovu pažljive analize i ocene, prednost daje određenom rešenju, odnosno određenom interesu.[65] Rezultati navedenih istraživanja su tri seta principa koji regulišu određene oblasti.

Komisija je svoj rad najpre započela u oblasti razvoda, dotičući tako i neke posledice razvoda, kao što je pitanje izdržavanja.[66] Naime, 2004. godine sačinjeni su Principi koji sadrže 20 članova, od čega se prvih deset odnosi na razvod, a drugih deset na pitanje izdržavanja između bivših supružnika.

Zatim, je aktivnost bila fokusirana na oblast roditeljskog prava, kao logičan sled posle Principa koji se odnose na razvod. Može se reći da je pitanje rodiljskog prava predstavlja jednu od posledica razvoda o kojoj treba odlučiti, a sa druge strane ova oblast je povezana sa odredbama Uredbe Brisel II *bis* koja između ostalog daje odgovore na pitanja međunarodnog privatnog prava u oblasti roditeljskog prava. Uz to, sve intenzivnija aktivnost međunarodnih organizacija u zaštiti dečjih prava, konačno su opredelili rad Evropske komisije, što je za rezultat imalo donošenje 38 principa podeljenih u osam poglavlja.[67]

Poslednji doneti su Principi koji se odnose na imovinske odnose koji su sačinjeni 2013. godine, a konačna odluka da će se treći set principa odnositi upravo na ovu oblast, doneta je 2006. godine, iako je o tome raspravljano još 2001., kada je Evropska komisija i osnovana. Tada je međutim zaključeno da je za rad na ovoj oblasti još uvek rano, imajući u vidu

[65] Katharina Boele-Woelki, Walter Pintens, Frédérique Ferrand, Cristina González-Beilfuss, Maarit Jänterä-Jareborg, Nigel Lowe, Dieter Martiny, Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses, Intersentia, Cambridge, 2004., p.2.

[66] Komisija se najpre za ovu oblast odlučila imajući u vidu velike razlike u zakonodavstvima pojedinih država, a koja se odnose na razvod i imajući u vidu uredbe koje su donete na nivou EU, odnosno najpre Uredbu Brisel II, a zatim i Uredbu Brisel II bis.

[67] Katharina Boele-Woelki, Frédérique Ferrand, Cristina González-Beilfuss, Maarit Jänterä-Jareborg, Nigel Lowe, Dieter Martiny, Walter Pintens, Principles of European Family Law regarding Parental Responsibilities, Intersentia, Cambridge, 2007.

prevelike razlike u pravnim režimima koji se odnose na datu oblast. Od tada je došlo do značajnih promena, pa je tako na nivou EU 2010. godine, donet predlog Uredbe koje će regulisati imovinska pitanja među supružnicima.[68] Takođe, u oblasti materijalnog porodičnog prava, 2010. godine zaključen je bilateralni ugovor između Nemačke i Francuske, čiji je glavni cilj unifikacija materijalnog prava. Pored toga, značajne su i presude donete u anglosaksonskom području, koje izražavaju stav ovog pravnog područja ka laganom približavanju kontinentalnom.[69] Sve navedeno uticalo je da se Evropska komisija fokusira na izradu principa koji će regulisati upravo imovinskopravne odnose. Tako je donet akt koji sadrži 58 principa, podeljenih u tri poglavlja, gde se prvo poglavlje odnosi na opšta prava i obaveze supružnika, drugo na bračni imovinski ugovor, a treće na bračne imovinske režime.

Kao što je istaknuto, principi koje je sačinila Evropska komisija nisu pravno obavezujući, već služe kao model koji bi države mogle da usvoje prilikom noveliranja svog zakonodavstva i na taj način postepeno započnu postupak unifikacije. Pojedine države su već napravile određene korake u tom smeru, pa se ideja o unifikaciji evropskog porodičnog prava, koja je do skora izgledala neostvariva, ne čini više tako dalekom.

Ipak, smatramo da ceo proces može da potraje dugo, sa neizvesnim završetkom, s obzirom na to, da oblast kao što je porodično pravo, neće nikada moći da postigne jednoglasnost po svim pitanjima. Pitanje je da li je tako nešto i neophodno ili su pravila međunarodnog privatnog prava dovoljna.

---

[68] U Izveštaju (EU Citizenship Report 2010: Dismantling the obstacles to EU citizens' rights, COM(2010) 603.) iz 2010. godine, predstavljenom od strane Komisije, istaknuto je da veliki broj prepreka i dalje onemogućava državljane EU u ostvarivanju svojih prava, naročito u ostvarivanju prava na slobodno kretanje. Među identifikovanim preprekama je svakako i neizvesnost u pogledu imovinskih prava i obaveza onih partnera koji imaju različito državljanstvo ili žive u državi različitoj od države njihovog porekla. Kao što je istaknuto, u slučaju kada supružnici koji imaju različito državljanstvo odluče da se razvedu (odnosno razdvoje), primenjuju se pravila Uredbe Brisel II bis koja određuje nadležnost suda, kao i na koji način će doneta odluka bit priznata u ostalim državama članicama. Pored toga, Uredba Rim II dopunjuje ova pravila nudeći supružnicima mogućnost da biraju merodavno pravo za njihov razvod. Navedene uredbe pružaju pravnu sigurnost, predvidljivost i veću fleksibilnost za supružnike na taj način što utvrđuju merodavno pravo i nadležnost suda, ali ovi instrumenti ne sadrže pravila međunarodnog privatnog prava koja se odnose na imovinske odnose među supružnicima. Upravo je to bio povod za donošenje Predloga za novu Uredbu (predlog je dostupan na adresi: http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/com_2011_126_en.pdf, 27.8.2015.)

[69] K. Boele-Woelki, F. Ferrand, C. González-Beilfuss, M. Jänterä-Jareborg, N. Lowe, D. Martini & W. Pintens, Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses, European family law series, vol. 33., Intersentia, Cambridge, 2013, 5-6.

6. ZAKLJUČAK

Zaštita porodice i njenih članova u najširem mogućem smislu, predstavlja imperativ koji ne poznaje izgovore. Sa jedne strane, tu zaštitu je potrebno pružiti na nacionalnom, a sa druge strane na međunarodnom nivou. Međutim, oblast porodičnih odnosa karakteriše specifičnost koja se ogleda u uskoj povezanosti sa tradicijom, kulturom i istorijom jednog naroda, što umnogome otežava bilo kakav legislativan rad na širem nivou od nacionalnog. Pa ipak, postalo je jasno da određenoj kategoriji najosetljivijih lica mora biti pružena zaštita, čemu su pojedine organizacije svetskog i regionalnog tipa, posvetile dobar deo svoje aktivnosti.

Ovde treba imati na umu, da je stepen razvijenosti država u svakom pogledu, pa i u pogledu zaštite porodice, odnosno dece, različit, te bi pronalaženje zajedničkih zakonskih rešenja za neke moglo da predstavlja regresiju, a za druge progresiju. Takođe, ono što se u nekim državama smatra prihvatljivim, pa i poželjnim, u drugim to može predstavljati čak i krivično delo. Međutim i pored razlika koje mogu da budu dijametralne, porodično pravo je oblast, gde se ipak određeni konsenzus mora postići, odnosno gde ne sme postojati opravdanje za pasivnost. Prepreke se međutim, nalaze u pitanju ko je nadležan i čija rešenja zaslužuju da budu stožer koji će služiti kao uzor svim državama. U radu su analizirane aktivnosti pojedinih organizacija, čiji je značaj nesporan.

U tom smislu, svakako da je najbitnija aktivnost Organizacije ujedinjenih nacija koja okuplja blizu 200 država iz celog sveta. Njen autoritet omogućio joj je veliku podršku za veliki broj akata koji je donet pod njenim okriljem, pre svega u pogledu Konvencije UN o pravima deteta, koja predstavlja jedan od četiri ključna dokumenta ove organizacije. U ovoj Konvenciji je pravo deteta na zdravlje, pod uticajem raznih međunarodnih akata, formulisano na konkretan način. Na taj način, obezbeđivanje detetu najvišeg nivoa zdravstvene i medicinske zaštite, postala je obaveza za gotovo sve države sveta. Takođe, Konvencija od država zahteva da deci budu obezbeđene osnovne potrebe, poput hrane i vode, što je za decu širom sveta, od nemerljivog značaja.

Od izuzetne važnosti je i rad pojedinih organizacija na nivou Evrope, kao što je Savet Evrope ili Haška konferencija, koje su takođe svojim radom nastojale da zaštite najosetljiviju kategoriju lica, bilo kroz konvencije koje regulišu pojedine oblasti porodičnog prava, bilo putem pravila međunarodnog privatnog prava. Ove organizacije pokazale su i da idu u korak sa vremenom, te tako nastoje da svoju pažnju fokusiraju na aktualne probleme, kako što je to slučaj sa radom Haške konferencije na polju prekogranične surogacije.

Potreba za regulisanjem oblasti porodičnog prava, jasno je uočena i na nivou Evropske unije, gde je tokom njenog dugog postojanja, tek u skorijoj prošlosti stvoren pravni osnov za legislativnu aktivnost u oblasti porodičnih odnosa. Istina, ta aktivnost se svodi na donošenje pravila međunarodnog privatnog prava, ali nikako ne bismo mogli umanjiti njen značaj. Naime, čini se kao da pravila međunarodnog privatnog prava, predstavljaju međukorak ka harmonizaciji ili čak unifikaciji pravila materijalnog prava čemu je svoj rad posvetila Evropska komisija za porodično pravo. Sve i da, unifikacija, kao krajnji cilj izostane, postojanje pravila koji daju odgovore na pitanja nadležnosti, merodavnog prava i priznanja stranih sudskih odluka, predstavlja izuzetan doprinos stabilnosti i pravnoj sigurnosti unutar EU.

Kao što se može zaključiti, bez adekvatnog učešća međunarodne zajednice, u polju porodičnih odnosa, koja nastoji da razlike premosti najsuptilnijim načinom, ne bismo mogli obezbediti zaštitu onih kojima je to najpotrebnije. Najveći uspesi uvek su rezultat zajedničkog, a ne individualnog rada, naročito ne puke slučajnosti.

Sandra O. Samardžić, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

Regulation of Family Law at the International and European Level, with a special focus on the Right to Health of the Child

Abstract: *Family law represents a specific branch of law, given the sensitivity of the relationships which it mainly regulates. It is the reflection of the various influences acting on a given area and often, the differences between countries in the regulation of certain issues can be extremely large. Consequently, attempts to harmonize the rules of family law, especially to unify them, so far have largely been unsuccessful.*

However, progress can be observed on both, the international and European level. This paper will try to show the most important international and European bodies and within them, instruments issued with the aim of regulating matters falling within the area of family law. In addition, the paper will be made special reference to the part of family law relating to children's rights, namely on the right to health of the child as a basic right, without which other children's rights are meaningless.

Key words: *family law, the European Union, the international community, the child's right to health*

Datum prijema rada: 01.09.2015.

Originalni naučni rad 343.121(44)”1808”(094.5)
doi:10.5937/zrpfns49-9283

Željko D. Mirkov, viši tužilački pomoćnik
Osnovno javno tužilaštvo u Kikindi
zeljko.mirkov@yahoo.com

POLOŽAJ OKRIVLJENOG U FRANCUSKOM KRIVIČNOM POSTUPKU (INKVIZITORSKI KRIVIČNI POSTUPAK I CODE D’ INSTRUCTION CRIMINELLE iz 1808. godine)

Sažetak: *Tema rada je položaj okrivljenog u francuskom krivičnom postupku. Prvi deo rada se odnosi na razvoj položaja okrivljenog u inkvizitorskom krivičnom postupku u periodu od XIII veka do 1808. godine i donošenja Zakonika o krivičnoj istrazi (Code d' instruction criminelle). Ukazano je na sve značajnije zakone tog perioda koji su uticali na prava okrivljenog tokom postupka. Drugi deo rada se bavi društvenim prilikama u Francuskoj uoči donošenja Zakonika o krivičnoj istrazi koje su uticale na promenu dotadašnjeg sistema krivičnog postupka. Treći deo rada je posvećen Zakoniku o krivičnoj istrazi i podeljen je na dva dela. Prvi analizira položaj okrivljenog tokom istrage, dok se drugi odnosi na njegov položaj na glavnom pretresu pred porotnim sudom. U završnim napomenama su istaknute dobre strane Zakonika o krivičnoj istrazi i ukazano je na njegov uticaj koji je imao u drugim zemljama.*

Ključne reči: *okrivljeni, Francuska, Code d' instruction criminelle, istraga, glavni pretres*

1. Položaj okrivljenog u francuskom krivičnom postupku do donošenja zakonika o krivičnoj istrazi iz 1808. godine

Francuski krivični postupak u periodu pre revolucije 1789. godine je bio regulisan kombinacijom pravila rimskog, kanonskog i običajnog prava.[1] U suštini, krivična procedura je bila uređena po inkvizitorskom načelu.[2]

[1] Ovakvo uređenje krivičnog postupka je bilo karakteristično za kontinentalne evropske zemlje tog perioda. (Thomas E. Towe, „Criminal pretrial procedure in France“, *Tulane law review* 38/1964, 471.)

[2] Inkvizitorski postupak se javio krajem XII i početkom XIII veka u krilu katoličke crkve koja je još ranije stekla pravo da vrši krivično pravosuđe u pogledu duhovnih lica i

Načelo tajnosti krivičnog postupka se po prvi put javilo u Francuskoj tokom XIII veka u postupcima protiv jeretika albigenza[3] na jugu zemlje, dok su se ostale pokrajine trajno odupirale njegovom uvođenju, sve do zakona iz 1539. godine, kojim je ovo načelo formalno prošireno na celo kraljevstvo.[4] U isto vreme je u francuski krivični postupak uvedeno pravilo da niko ne može biti osuđen, a da prethodno nije priznao krivicu. Ovo se postizalo kroz *question preparatoire*, ispitivanje kroz torturu kojom je od okrivljenog iznuđivano priznanje u situacijama kada je u očima suda postojao dovoljan dokaz koji je opravdavao njenu primenu.[5]

Francuski krivični postpak ovog perioda je svoje konačno pravno oformljenje dobio donošenjem zakona Luja XIV iz 1670. godine (*Ordonnance sur les matiéres criminelles*). Istrazi je posvećena posebna pažnja, a zakon je naziva „dušom postupka."[6] Sastojala se iz dva dela. Cilj prvog dela istrage (*information*) bio je da se utvrdi da li postoje stvarni i pravni uslovi za vođenje postupka. Kada su ove pretpostavke ostvarene, prelazilo se na drugi deo istrage (*récolement*), u kojem su prikupljani dokazi na osnovu kojih je donošena presuda. Ispitivanje okrivljenog tokom istrage je bilo tajno, a okrivljeni nije imao pravo da bude obavešten o delu koje mu se stavlja na teret, nije mogao biti suočen sa svedocima, nije imao pravo da izvrši uvid u spise predmeta, niti je imao pravo na branioca.[7]

---

krivičnih dela protiv religije. Crkveni inkvizitorski postupak je nešto kasnije počeo da ulazi i u svetovne sudove iz procesnih i političkih razloga. U početku, on je postojao paralelno sa optužnim postupkom, da bi krajem XIV veka u Evropi ostao definitvno jedina forma krivičnog sudskog postupka (Momčilo Grubač, *Krivično procesno pravo*, Beograd 2006, 72.). Najznačajnija kodifikacija srednjeg veka koja se zasnivala na istražnom načelu, *Constitutio Criminalis Carolina* iz 1532. godine, nastala na idejnim osnovama javnopravne prirode krivičnih dela i potrebe za sistematskim javnim progonom u javnom interesu, značila je važne radikalne korake u reformi krivičnog postupka (Ištvan Feješ, „Constitutio Criminalis Theresiana – Neki instituti opšteg dela krivičnog postupka", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2012, 266.).

[3] Albigenzi, nazvani po gradu Albi u južnoj Francuskoj, predstavljali su grupu jeretika poznatih pod opštim nazivom katari, čija su učenja bila identična stavovima starih manihejaca. Suština učenja sastojala se u „dualističkoj" tezi da su u osnovi svega dva potpuno ravnopravna principa, princip Dobra – Bog i princip zla – Sotona, kao i u potpunom odbacivanju Svetog pisma Starog zaveta (Vladimir Bayer, *Ugovor sa đavolom*, Zagreb 1982, 93-95.).

[4] „Criminal courts, criminal procedure and recent changes in the criminal laws of France", *The law Magazine or Quarterly review of jurisprudence* 8/1832 (for August and November), London, 291. Puno ime autora teksta se ne navodi u sadržaju časopisa, kao ni na početku, niti na kraju članka.

[5] *Ibid.*

[6] Dragan Nikolić, *Uporedna pravna istorija*, Niš 2005, 259.; Dragan Nikolić, *Fragmenti pravne istorije*, Niš 1997, 237.

[7] James W. Garner, „Criminal procedure in France", *Yale Law Journal* 4/1916 (February), 257.

Istražni spis je nakon istrage prelazio iz ruku inkvirenta u ruke sudskog veća koje je saslušavalo okrivljenog, dok je ostale dokaze ocenjivalo na osnovu spisa iz istrage, primenjujući zakonska dokazna pravila inkvizitornog postupka (pozitivna zakonska dokazna teorija).[8] Okrivljeni je pre pružanja svoje odbrane polagao zakletvu, a veliki značaj je pridavan priznanju. Radilo se o tzv. purgatornoj zakletvi ili „zakletvi očišćenja", kojom se na okriviljenog vršio pritisak da prizna izvršenje dela.[9] Formalno gledano, zakon je dozvoljavao mogućnost i da okrivljeni ne odgovara na postavljena pitanja, ali ne bez posledica. Ukoliko bi sudija tri puta bez uspeha pozvao okrivljenog da iskazuje i prilikom svakog puta mu predočio posledice njegovog ćutanja, zapisnički bi konstatovao da je okrivljeni odbio da odgovara. Međutim, nakon ove konstatacije okrivljeni više nije imao pravo da se naknadno izjašnjava o navodima optužbe. Isti postupak sa istim posledicama je primenjivan i prema okrivljenom koji je odbijao da položi zakletvu. Na ovaj način je okrivljeni indirektno primoravan da položi zakletvu.[10] Da bi se što lakše utvrdile sve okolonosti pod kojima je učinjeno krivično delo, u zavisnosti od cilja koji se želeo postići, primenjivana je tortura i to u dva oblika: prema *okrivljenom* od kojeg je trebalo iznuditi priznanje (prethodna tortura), ali i prema *osuđenom* kako bi otkrio saučesnike u izvršenju krivičnog dela (završna tortura).[11]

U zavisnosti od prikupljenih dokaza sudski postupak se završavao jednom od tri vrste odluka. Ukoliko su navodi optužbe dokazani, izricana je osuđujuća presuda. Međutim, u slučaju nedostatka dokaza moguće su dve situacije. Okrivljeni je mogao biti oslobođen optužbe, dok je u slučaju kada nema dokaza za osuđujuću, niti oslobađajuću presudu, sud puštao okrivljenog na slobodu, uz mogućnost da se krivični postupak nastavi kada se pojave novi dokazi (*absolutio ab instantia*). Ovom presudom pitanje krivične odgovornosti okrivljenog nije bilo konačno rešeno, već je ostajalo otvoreno, usled čega je ova presuda bila često teža i od osuđujuće. [12] Okrivljeni je strepeo da li će i kada protiv njega biti nastavljen krivični postupak, koji se sam po sebi dešavao u atmosferi u kojoj nije mogao na najbolji način da ostvari svoje pravo na odbranu.

---

[8] Vladimir Bayer, *Kazneno postupovno pravo (Prva knjiga: Poviestni razvoj)*, Zagreb 1943, 277.

[9] Korišćenje zakletve u ovu svrhu je predstavljalo relikt religioznog običajnog prava i iracionalnu pretpostavku da će okrivljeni u strahu od božije kazne priznati krivično delo i tako umiriti savest.

[10] Adhémar Esmein, *A history of continental criminal procedure with special reference to France* (translated by John Simpson), Boston 1913, 226.

[11] *Ibid.*, 234.

[12] Stanko Bejatović, *Krivično procesno pravo*, Beograd 2014, 78.

Sredinom XIX veka sistem ispitivanja okrivljenog predviđen u Zakonu iz 1670. godine postao je meta žestokih napada liberalnijih francuskih pravnika, a osvajanjem pune vlasti u parlamentu od strane republikanaca tokom sedamdestih godina, usmerena je pažnja ka reformi krivičnog postupka.[13] I do ovog momenta bilo je određenih izmena u krivičnom postpku kojima je poboljšan položaj okrivljenog. Najpre je 1780. godine Luj XVI delimično ukinuo *question preparatoire*, dok je 1788. godine zabeleženo više značajnih promena kao što je potpuno ukidanje torture, stav da sudske presude moraju biti obrazložene, ukidanje „stolice srama" na kojoj je okrivljeni sedeo za vreme ispitivanja, objavljivanje oslobađajuće presude o trošku prijavioca, kao i da se smrtna kazna može izreći samo većinom od najmanje tri glasa i da se ne sme izvršiti dok ne prođe mesec dana od pravnosnažnosti takve presude. Nažalost, one nisu primenjivane u praksi, jer pariški vrhovni sud nije dozvoljavao da se sprovedu, a kralj je bio preslab da se odupre njegovoj volji.[14]

Zakonom od trećeg septembra 1789. godine ukinuta je tortura i obaveza polaganja zakletve, a zakonom od osmog oktobra iste godine u krivični postupak su uvedeni načelo javnosti i pravo branioca da prisustvuje istrazi. Ovim aktima su samo unete izmene u važeći inkvizitorski krivični postupak koji je i dalje uređivao zakon iz 1670. godine. Prava reforma francuskog krivičnog postupka usledila je donošenjem zakona od 29. septembra 1791. godine. Zakonodavna skupština je prilikom rada na reformi imala u vidu dve vrste krivičnog postupka: optužni, javni i usmeni, koji je važio do XV veka i noviji tajni i pismeni postupak od XV do XVIII veka sa dokaznom teorijom i institutom državnog tužilaštva. To je dalo povoda kompromisu. Prihvaćena je mešovita procedura: optužno načelo sa institutom državnog tužilaštva, načelo usmenosti i javnosti za kontradiktornu raspravu, dok su u istrazi zadržani tajnost i pismenost; usvajanje engleske porote uz načelo slobodnog sudijskog uverenja; isključenje branioca u istrazi te odstranjenje instituta *absolutio ab instantia* i *poena extraordinariae* ili *suspicionis*.[15] Ovaj zakon je značio kraj inkvizitorskog krivičnog postupka i konačni prestanak važenja zakona iz 1670. godine posle sto dvadeset godina.

Zakon iz 1791. godine nije bio dugo na snazi, a umesto njega je trećeg brimera 1795. godine donet Zakon o kažnjivim delima i kaznama (*Code des délites et des peines*). Njegove odredbe nisu donele suštinske

[13] J. W. Garner, 258.

[14] V. Bayer (1943), 289.

[15] Glaser, *Handbuch des Strafprocess*, Leipzig 1880, 210, nav. prema: Nikola Ogorelica, *Kazneno procesualno pravo*, Zagreb 1899, str. 41-42.

promene, ali izmene su bile u detaljima[16], tako da je ovim zakonom samo tehnički usavršen krivični postupak od 1791. godine.[17] Međutim i ovaj zakon je bio predodređen da pretrpi korenite izmene, budući da se u praksi pokazao neefikasnim na polju krivičnog gonjenja.[18] Zakonom od sedmog plivioza 1800. godine je uvedeno načelo tajnosti postupka, a sudija okrivljenom nije otkrivao nikakve informacije o delu koje mu se stavlja na teret. Na kraju ispitivanja glavni porotnik je okrivljenom omogućavao da pročita svoju izjavu, nakog čega je okrivljeni mogao da traži da bude ponovo saslušan.

Od 1804. godine kada je Francuska postala carevina, učinjenim izmenama je krivični postupak postao organska celina i stvoren je temelj za francuski *Code d' instruction criminelle*, koji je objavljivan u periodu od novembra do decembra 1808. godine.[19]

2. Društvene prilike uoči donošenja francuskog zakonika o krivičnoj istrazi iz 1808. godine

Period dominacije inkvizitorskog krivičnog postupka vladao je u Evropi do sredine XVIII veka. Tada se ponovo kao način uređenja krivične procedure počinje primenjivati pretežno optužno načelo, uz zadržavanje nekih dobrih rešenja koje je sadržalo istražno načelo. U tom smislu se govori o savremenom ili mešovitom načelu koji će obeležiti krivičnu proceduru ne samo XIX veka, već *mutatis mutandis* i mnoga savremena zakonodavstva.

Novu etapu u evoluciji krivičnog postupka pokrenulo je više faktora. Pre svega treba ukazati na opštu klimu koja je postojala u sistemu društvenih i ekonomskih odnosa. Pojava i jačanje mlade građanske klase, buržoazije (*od burg – grad*) u okrilju feudalnog sistema, stvarala je sve snažnije pretpostavke za njegovu promenu.[20] Primetan je razvoj privrede, preduzetništva i privatne svojine. Nova geografska otkrića bila su od velikog značaja za razvoj najmoćnijih zemalja. Pronalazak novih teritorija otvarao je mogućnost stvaranja velikog tržišta, brzu razmenu proizvoda, razvoj saobraćaja i priliv velike količine novca i plemenitih metala.

Uticaj katoličke crkve iz koje je potekao inkvizitorski postupak je polako gubio značaj nakon reformacije koja je sprovedena u periodu od XIV do XVI u mnogim državama (Engleska, Češka, Francuska, Švajcar-

[16] A. Esmein, 429.
[17] V. Bayer (1943), 291.
[18] A. Esmein, 437.
[19] N. Ogorelica, 42.
[20] Sima Avramović, *Opšta pravna istorija (Novi vek)*, Beograd 2004, 12.

ska i Nemačka). Povod za nastanak pokreta reformacije predstavljale su brojne zloupotrebe i nemoral sveštenstva. Kao dodatni izvor sticanja prihoda katolička crkva je uvela indulgenciju, plaćanje za oproštaj grehova. Visoka cena oproštaja je pretila da oslabi ekonomsku moć države, pa je ova pojava bila i jedan od glavnih pokretača za pobunu protiv trenutnog stanja u katoličkoj crkvi.

Kulturnu i teorijsku podlogu uspeha građanstva u pogledu ukidanja feudalnog poretka i uspostavljanja buržoaskog kapitalizma, po pravilu ostvarivanih kroz buržoaske revolucije, stvorila je renesansa, a potom i škola prirodnog prava, kao jedno od njenih ishodišta.[21] Razvoj društvene svesti više nije mogao da prihvati shvatanje po kojem je okrivljeni samo objekt krivičnog postupka, od kojeg se primenom torture iznuđuje priznanje. Nesavršenosti krivičnog postupka, primena torture i neosnovane osuđujuće presude bile su predmet javne kritike kroz radove filozofa[22] i pisaca.[23] Svest o jednakosti svih ljudi pred zakonom razvijala se u radovima

[21] *Ibid.*, 13.

[22] Velikog francuskog pisca i filozofa Voltera (*Voltaire*) potresao je slučaj uglednog građanina Žana Kala, koji je 1761. godine u Tulonu optužen za ubistvo svog sina. Kal je bio protestant po veri, a njegov duševno oboleli sin je izvršio samoubistvo. Proneo se glas da je sin želeo da pređe u katoličku veru, ali da se otac tome usprotivio, te da ga je ubio kako bi ga sprečio da promeni veru. Iako je dokazivao da je potpuno nevin, optužili su ne samo njega, već i ostale članove njegove porodice. U nedostatku bilo kakvog dokaza proglašen je krivim, osuđen je na najtežu kaznu i izdahnuo je u najvećim mukama. Volter je žestoko ustao protiv ove presude svojim spisom o toleranciji i smrti Žana Kala. To je doprinelo tome da se slučaj ponovo razmotri, tako da je postupak obnovljen, a Žan Kal je 1765. godine oglašen nevinim, njegovoj porodici je vraćena imovina, ali učinjena nepravda (život nevino ubijenog čoveka) nije se više mogla ispraviti (Karlo Kovač, *Nevino osuđeni*, Novi Sad 1989, 113.). Volter je u ovom spisu optužio francuski sud za „sudsko ubistvo" i celo javno mnjenje privukao na svoju stranu. Pod tim pritiskom reforma krivičnog postupka je počela još pre Revolucije, pa je tortura ukinuta 4. avgusta 1780. godine za vreme vladavine Luja XVI (Božidar Marković, *Udžbenik sudskog krivičnog postupka Kraljevine Jugoslavije*, Beograd 1930, 26.).

[23] U čuvenom delu Viktora Igoa (*Victor Hugo*), Bogorodičina crkva u Parizu, opisana je situacija koja predstavlja kritiku francuskog pravosuđa XV veka. Suđenje se odvija 1482. godine u Šatleu, a tokom suđenja *gluvi* sudija Florijan Barbedijen ispituje *gluvog* okrivljenog Kvazimoda i na kraju mu izriče osuđujuću osudu. Autor ovu situaciju opisuje na sledeći način: "...No auditor beše gluv. Mala mana za sudiju. Magistar Florijan sudio je pri svemu kako valja i njegove presude su bile izvršne. Svaki zna da je dovoljno kad sudija izgleda da sluša; a poštovani auditor Florijan ispunjavao je ovu pogodbu, jedinu glavnu pogodbu kod dobra suda, utoliko bolje što njegovu pažnju ništa nije moglo odvratiti... Međutim, magistar Florijan, auditor, prelistavao je pažljivo akta po tužbi podnetoj protiv Kvazimoda, koju mu delovođa predade; pošto ih je letimice pregledao, on se kao za časak zamisli. Zahvaljujući ovoj meri, kojoj je uvek brižljivo pribegavao kad bi pristupao saslušanju, on je unapred znao ime i prezime, zanimanje i krivicu optuženoga, spremao je primedbe na predviđene odgovore, i tako mu je polazilo za rukom da pređe sve teškoće sa-

mnogih filozofa[24], a učenja klasične škole, koja se razlikuje od od učenja ranijih mislilaca "pre svega po obimu, a zatim i po dubini prilaza razmatranju problema krivičnog prava"[25], dala su znatan doprinos ne samo u razvoju nauke krivičnog prava, već i u oblasti sudskog postupka. Čezare Bekarija (*Cesare Beccaria*), jedan od najvažnijih predstavnika klasične škole, zalagao se za uvođenje striktnog legaliteta u pogledu inkriminacije, kazne i sudskog postupka.[26] Bekarija se radi zaštite individualne slobode okrivljenog zalagao da slučajevi u kojima dolazi do lišenja slobode pre suđenja moraju biti navedeni u zakonu, za ukidanje torture, javnost glavnog pretresa, sistem slobodnog sudijskog uverenja, ustrojstvo odbrane i nepristrasne sudije.[27]

Pod uticajem navedenih faktora, promena pravila krivične procedure, zasnovana na kanonskom inkvizitorskom pravu i uz primenu torture, bila je neminovna.

3. Zakonik o krivičnoj istrazi iz 1808. godine (Code d' instruction criminelle)

Prvi zakonik koji je krivični postupak uređivao po mešovitom (optužno-istražnom) načelu bio je francuski Zakonik o krivičnoj istrazi iz 1808. godine (*Code d' instruction criminelle*). Zakonik nosi pogrešan (preuzak) naziv, jer ne uređuje samo kaznenu istragu, nego čitav tok postupka.[28] Ujedno, ovo je i prvi procesni zakonik u pravom smislu reči, jer je sadržao samo odredbe procesnog karaktera.[29] Ideja vodilja ovog zakonika proizlazila je iz svih loših iskustava za vreme primene inkvizitorskog postupka.

---

slušanja, a da se mnogo ne primeti da je gluv. Akta krivice behu za nj što slepcu pseto. Kad bi se slučajno desilo da mu se gluvoća oda ovde-onde kakvom besmislicom ili kakvim nerazumljivim pitanjem, jedni su to smatrali za veliku učenost, a drugi za glupost." (Viktor Igo, *Bogorodičina crkva u Parizu*, Beograd 2005, 183, 185.)

[24] Tako je, na primer, Žan Žak Ruso (*Jean-Jacques Rousseau*) zastupao ideju da su *sloboda* i *jednakost* prirodna prava čoveka, neotuđiva u punom smislu te reči.

[25] Bora Čejović, *Krivično pravo: Opšti i posebni deo*, Dosije, Beograd 2006, 69.

[26] Žan Pradel, *Istorijat krivičnih doktrina*, Beograd 2008, 25-26.

[27] *Ibid.*, 26.

[28] V. Bayer (1943), 292.

[29] Na primer, *Constitutio Criminalis Carolina* je „po svom nazivu i obliku bio kazneni postupnik; po svom sadržaju je zakonik, koji u jednakoj meri sadrži i materijalno i formalno kazneno pravo" (*Ibid.*, 104.). I *Constitutio Criminalis Theresiana*, kodifikacija srednje generacije zakonika inkvizitorskog tipa postupka i važna etapa ka generaciji kasnih inkvizitorskih postupnika (I. Feješ, 261), sadržao je materiju opšteg i posebnog dela krivičnog prava, kao i pravila postupka (O sistematici ovog zakonika, Vid. *Ibid.*, 271-274.).

Moderni krivični postupak Francuske počinje donošenjem Napoleonovih zakona, koji su predstavljali vrhunac reformskih pokreta pokrenutih Revolucijom.[30] Donošenjem Zakonika o krivičnoj istrazi iz 1808. godine, popravljen je položaj okrivljenog tokom krivičnog postupka, iako je u istrazi i dalje preovladavalo inkvizitorsko načelo.

3.1. Položaj okrivljenog tokom istrage

Prvi korak u prevazilaženju navedenih nedostataka sastojao se u podeli procesnih funcija (optuženja, suđenja i odbrane) na tri odvojena i nezavisna procesna subjekta (tužilac, sud i okrivljeni). U francuskom pravu je institut državnog tužioca postojao i ranije[31], ali je njegov položaj sada uređen u skladu sa reformom krivičnog postupka. Njegova dužnost je bila da po službenoj dužnosti otkriva učinioce krivičnih dela i zastupa optužbu pred sudom.

Organizacija i nadležnost sudova bila je određena podelom krivičnih dela u Krivičnom zakoniku (*Code penal*) iz 1810. godine na zločine *(crimes)*, prestupe *(délites)* i prekršaje *(contraventions)*. U nadležnosti porotnog suda *(cour d'assisses)* bilo je suđenje za zločine. Ovaj sud se sastojao od troje sudija i dvanaest porotnika. Za prestupe bio je nadležan *tribunaux de police correctionelle*, sastavljen od troje sudija, dok je za istupe sudio sudija pojedinac *(tribunaux de simple police)*.

Prema Zakoniku iz 1808. godine, krivični postupak je bio podeljen na dva dela: prethodnu istragu (pripremni postupak) i glavnu raspravu. Prethodnu istragu je vodio istražni sudija *(juge d'instruction)*, na predlog državnog tužioca. Izuzetno, ukoliko bi osumnjičeni bio zatečen prilikom izvršenja krivičnog dela, tužilac je mogao da sprovede određene istražne radnje kao što su saslušanje svedoka, pretresanje i oduzimanje predmeta od osumnjičenog ili da osumnjičenog liši slobode. Cilj ovog dela postupka bio je da se ispitaju dokazi navedeni u predlogu tužioca, kao i navodi odbrane osumnjičenog, te da se odluči da li ima osnova za određivanje glavne rasprave. U ovoj fazi primetni su elementi inkvizitorskog načela: sud je bio dužan da dokaze izvodi po službenoj dužnosti kako bi utvrdio

[30] T. E. Towe, 470.

[31] U francuskom inkvizitorskom postupku je pored privatne, postojala i javna tužba. Začeci instituta javnog tužilaštva nalaze se još u XIV veku, kada je kralj postavljao tužioca radi zastupanja fiskalnih interesa krune (*procureurs de roi*). Stvaranjem moderne države se uvidelo da krivična dela pogađaju javni interes i da se moraju goniti po službenoj dužnosti. Zato je proširen delokrug rada tužilaca, čija nadležnost postaje dostavljanje krivičnih dela, učešće u istrazi, stavljanje predloga odnosno torture i kazne i samo izvršenje kazne. U ovoj ulozi dobili su ime *ministére public*, a ova ustanova je krajem XVI veka dobila svoj definitivni oblik (B. Marković, 21.).

pravo činjenično stanje, a odsustvo načela javnosti i kontradiktornosti u istrazi su otežavali odbranu okrivljenog. Saslušanje tokom istrage je bilo tajno, kao što je i ranije bio slučaj: osumnjičeni je, u prisustvu sudije, znao o dokazima koji stoje protiv njega samo onoliko koliko je sudija smatrao pogodnim da mu saopšti.[32] Tokom trajanja istrage osumnjičeni je mogao biti u potpunom neznanju u pogledu preduzetih radnji u ovom delu postupka. Nema sumnje da je sudija osumnjičenima mogao usmeno da saopšti šta im se stavlja na teret, suočavati ih međusobno ili sa svedocima, ali je to bilo samo diksreciono ovlašćenje sudije.[33] Branilac nije mogao prisustvovati njegovom saslušanju, niti je okrivljeni mogao prisustvovati saslušanju svedoka. Okrivljeni i branilac nisu imali pravo uvida u istražne spise sve dok traje istraga. Svrha ovih ograničenja, kao i obaveznog istražnog zatvora kada se mogla izreći stroga kazna, bila je da se istražnom sudiji omogući da ispita stvar pod najpovoljnijim okolnostima za istragu.[34] Međutim, izmenama zakona od 8. decembra 1897. godine (*Loi Constans*), položaj okrivljenog se za vreme trajanja istražnog postupka značajno poboljšao. Svi navedeni nedostaci su otklonjeni. Okrivljeni je od samog početka mogao da angažuje branioca koji je imao pravo da prisustvuje njegovom saslušanju i svim dokaznim radnjama. Branilac je imao pravo da vrši uvid u istražne spise, kao i da neograničeno opšti sa okrivljenim, dok je to ranije mogao činiti samo pod nadzorom istražnog sudije. Sudija je bio dužan da okrivljenog obavesti da ima pravo da uskrati svoj iskaz. Ipak, ove izmene su dovele do toga da je sudska praksa u velikom broju slučajeva zanemarivila prava okrivljenog.[35]

---

[32] Tajnost postupka je smatrana najslabijim mestom u sistemu francuskog krivičnog postupka. Sa pravom se smatralo da bi načelo javnosti postupka bilo dobro rešenje i za istražnog sudiju i za okrivljenog i da bi pomoglo u otklanjanju nepoverenja u postojanje represivne pravde, koja je bez sumnje i dalje postojala u Francuskoj tog vremena (Thomas Barclay, „The trial of crime in France", *Harvard law review* 1/1896, 48.).

[33] A. Esmein, 507, 508.

[34] V. Bayer, 294. U tom smislu je Zakon iz 1670. godine poslužio kao model za uređivanje istražnog postupka prema Zakoniku o krivičnoj istrazi iz 1808. godine (Thomas E. Towe, 471, fn. 18.).

[35] Najznačajniji oblik tog izigravanja su bili policijski izviđaji koji su se mogli voditi uvek kada je to tužilac smatrao shodnim. Izviđaji nisu bili regulisani zakonom i u njima okrivljeni nije imao nikakvih procesnih garancija. Upravo zbog toga što je istraga okrivljenom sada pružala povoljan položaj, u velikom broju slučajeva se pre pokretanja istrage vodila protivzakonita „*enquete officieuse*" u kojoj je okrivljeni neretko bio izložen policijskim brutalnostima. Kako su se po stanovištu judikature dokazi prikupljeni u toj fazi mogli upotrebiti na glavnoj raspravi, to je značaj istrage u velikom broju slučajeva spao na minimum (Mirjan Damaška, *Okrivljenikov iskaz kao dokaz u suvremenom krivičnom procesu*, Zagreb 1962, 27, 28.).

Po završetku istrage, posebno veće sudija *(chambre des mises en accusation)* je nakon razmatranja istražnih spisa donosilo odluku od koje je zavisio dalji tok postupka. Ukoliko se utvrdi da se radi o zločinu, predmet je prosleđivan porotnom sudu, tužilac je sastavljao optužni akt, a sud zakazivao glavnu raspravu.[36] Ako bi veće utvrdilo da nema odgovornosti okrivljenog ili da nedostaju druge pretpostavke za dalje gonjenje, postupak se obustavljao. Veće je moglo utvrditi i da se u konkretnom slučaju radi o prestupu ili prekršaju, pa je okrivljenog upućivao nadležnom sudu.

3.2. Položaj okrivljenog tokom glavnog pretresa pred porotnim sudom

Glavni postupak je bio usmen i javan. Okrivljeni je na glavni pretres dolazio slobodan, praćen samo stražarima radi sprečavanja bekstva. Predsednik veća je okrivljenog najpre pitao za lične podatke: prezime, ime, godine, zanimanje i mesto rođenja. Sud je branioca okrivljenog *(conseil de l'accusé)* obaveštavao da mora da se izražava pristojno i umereno i da ne mora da govori ništa protiv svoje savesti ili protiv poštovanja zakona. Sledilo je obraćanje predsednika veća poroti[37] i polaganje zakletve porotnika.

Predsednik veća je potom upozoravao okrivljenog da obrati pažnju na ono što će čuti, nakon čega je zapisničar čitao glasno čitao optužni akt tužilaštva. Posle čitanja optužnog akta, predsednik veća je podsećao optuženog šta je sadržano u optužnom aktu i upozoravao ga sledećim rečima: "Evo, za šta ste optuženi: vi ćete saslušati optužbe koje će biti iznete protiv vas." Glavni tužilac je potom izlagao predmet optužbe, a tužilac ili okrivljeni su mogli da predlože svedoke. Spisak svedoka je sadržao njihova imena i zanimanje, a saopštavan je protivnoj strani najmanje 24 sata pre ispitivanja. Ovo je omogućavalo strankama, a pre svega okrivljenom da pripremi pitanja koja će postaviti svedoku. Okrivljeni je imao pravo da

[36] Prethodno je veće donosilo *arrét de renvoi*, opširan akt koji je sadržao iznošenje osnova za gonjenje, kvalifikaciju radnje okrivljenog i naloge o lišenju slobode okrivljenog. Ipak, ovo nije bio optužni akt, već poseban izveštaj o krivičnom delu sa prikazom olakšavajućih i otežavajućih okolnosti (James W. Garner, 261.).

[37] Predsednik veća se porotnicima obraćao sledećim rečima: "Vi se zaklinjete i obećavate, pred Bogom i ljudima, da ćete sa najvećom pažnjom ispitati optužbe koje će biti iznete protiv N.; da ne izdate interese optuženog ni interese društva koje ga optužuje, da ne komunicirate ni sa kim dok ne date izjavu; da ne slušate ni mržnju ili zlobu, ni strah ili naklonost; da odlučite prema optužbama i sredstvima odbrane, sledeći svoju savest i lično ubeđenje, sa nepristrasnošću i odlučnošću koji odgovaraju jednom čestitom i slobodnom čoveku."

se protivi saslušanju svedoka koji nije bio naveden ili nije jasno naznačen u spisku svedoka.

Interesantno je da zakonik nije sadržavao posebna pravila o ispitivanju okrivljenog. Upadljivo je da u tom smislu nema ni traga o mnogobrojnim garancijama savremenog postupka.[38] U praksi je okrivljeni ipak saslušavan na glavnom pretresu, ali je prema mišljenju mnogih pravnika tog vremena ovakvo postupanje bilo nedozvoljeno, naročito ne u onoj formi kako su to praktikovale neke sudije.[39]

Posle svakog saslušanja svedoka, predsednik veća je najpre pitao svedoka da li se njegov iskaz odnosi na prisutnog okrivljenog, a zatim je okrivljeni mogao da odgovori na ono što je rečeno protiv njega. Tokom davanja iskaza svedok nije smeo biti prekidan, a tek nakon njegovog saslušanja okrivljeni i branilac su mogli da mu postavljaju pitanja preko preko predsednika veća, te da kažu "protiv njega, kao i protiv njegovog svedočenja, sve što može biti korisno za odbranu optuženog." Okrivljeni je pored učešća u izvođenju ličnih dokaza, imao to pravo i u pogledu materijalnih dokaza. Naime, u toku glavnog pretresa okrivljeni je imao pravo i da se izjašnjava o svim dokumentima koji su mu predočavani u vezi sa krivičnim delom i koja mogu poslužiti kao dokaz.

Sud je svoju odluku mogao zasnivati samo na onim dokazima koji su izvedeni na glavnom pretresu (načelo neposrednosti). U skladu sa načelom *"audiatur et altera pars"* stranke mogu iznositi svoja zapažanja o određenim činjenicama i izjašnjavati se o stavovima druge strane. Sud je bio dužan da istražuje materijalnu istinu i utvrdi sve činjenice i okolnosti bitne za presuđenje. Predsednik veća je stoga mogao da traži od svedoka i optuženog sva razjašnjenja za koja veruje da su neophodna za utvrđivanje istine. Takođe, sud je prikupljao dokaze i bez inicijative stranaka, a sudio je na osnovu slobodne ocene dokaza.

---

[38] I. Feješ, „Položaj okrivljenog u istrazi u nekim istorijskim modelima krivičnog postupka“, *Zbornik radova Pravnog fakuleteta u Novom Sadu* 4/2014, 126.

[39] Kriminalista *M. Poittevin* je zabeležio sledeći slučaj ispitivanja okrivljenog: Sudija: „Prvog dana u mesecu, kada je vaša ljubavnica čula prigušen plač kod gospođe V., vi niste čuli ništa?“ Okrivljeni: „Spavao samo. Imao sam groznicu.“ Sudija: „Ako ste imali groznicu, niste spavali.“ Okrivljeni: „Bio sam u polusnu, čuo sam samo da se vrata zatvaraju.“ Sudija: „*Ovo je nedopustivo*.“ Na ove reči se uključio branilac okrivljenog i rekao sudiji da mora biti nepristrasan i da nema pravo da tako nešto kaže okrivljenom (J. W. Garner, 264-265.). Za primer još jednog sličnog ispitivanja, Vid. „Criminal courts, criminal procedure and recent changes in the criminal laws of France“, 318-319. Zagovornici ispitivanja okrivljenog zastupali su stav da sudija ima diskreciono pravo da uradi sve što smatra neophodnim kako bi utvrdio istinu, te da, kao prilikom ispitivanja svedoka, i od okrivljenog ima pravo da traži objašnjenja i tumačenja (*Ibid.*, 265.).

Nakon završenog dokaznog postupka, reč su imale stranke, a nakon toga sledio je zaključak predsednika *(resumé)*, u kojem je upozoravao porotnike na njihove dužnosti. Porotnici su odgovarali samo da li su na osnovu izvedenih dokaza uvereni u krivicu okrivljenog. Od njih se ne traži obrazloženje, već samo potvrdan ili odričan odgovor.[40] U zavisnosti do stava porote, sud je izricao oslobađajuću ili osuđujuću presudu, koja je morala biti obrazložena. Okrivljeni je imao pravo da u roku od tri dana izjavi žalbu na presudu Kasacionom sudu, o čemu ga je sudija morao posebno upozoriti.

4. Završne napomene

Code d' instruction criminelle iz 1808. godine je svojim liberalnim novinama izvršio uticaj na mnoga evropska zakonodavstva. Podela procesnih funckija na tri različita procesna subjekta (sud, tužilac i okrivljeni) bila je jedan od preduslova za donošenje objektivne odluke suda. Zakonik nije dozvoljavao torturu tokom istrage. Ipak, u ovom delu postupka su i dalje bili prisutni inkvizitorski elementi u vidu odsustva načela javnosti i kontradiktornosti. Nakon zakona iz 1897. godine *(Loi Constans)* položaj okrivljenog u istrazi je znatno poboljšan i omogućeno mu je prisustvovanje izvođenju dokaznih radnji, uvid u istražne spise, kao i angažovanje branioca od samog pokretanja istrage. Ocena dokaza po slobodnom uverenju sudije i učešće porote, garantovali su pravičan postupak, koji je okrivljenom omogućavao da vrši svoju odbranu. Glavni pretres je postao centralni deo postupka. Okrivljeni je postao subjekt krivičnog postupka, a njegov iskaz je dobio funkciju sredstva odbrane.

Po uzoru na *Code d' instruction criminelle* su tokom XIX veka doneti krivičnoprocesni zakonici u Nemačkoj, Austriji, Italiji, Rusiji i drugim evropskim zemljama.

Zakonik o krivičnoj istrazi iz 1808. godine po standardima u pogledu zaštite prava okrivljenog nesumnjivo zaostaje za modernim krivičnim zakonicima. Ovo i ne čudi, imajući u vidu vremensku distancu od više od 200 godina od njegovog donošenja do danas, koju je pratio konstantan razvoj društvene svesti o tome da je procesni položaj okrivljenog odraz humanosti i demokratičnosti jednog društva. U tom smislu je metodološki

[40] "Zakon *ne* nalaže porotnicima: vi ćete ovu ili onu činjenicu koju potvrđuje ovaj ili onaj broj svedoka, uzeti za dokazanu. Tako isto im on ne kaže: vi ćete ovaj svaki dokaz, koji ne počiva na ovoj ili onoj ispravi, na ovoliko ili onoliko osnova podozrenja, smatrati nedovoljnim. Zakon, naprotiv, upravlja na njih samo ovo jedno pitanje, koje obeležava i sve njihove dužnosti: jeste li vi lično uvereni? (*Avez-vous une intime conviction?*)" (B. Marković, 42.).

pogrešno primenjivati današnja merila u davanju ocena.[41] Za uočavanje dobrih strana ovog zakonika se treba vratiti korak unazad i sagledati položaj okrivljenog u periodu koji je prethodio njegovom donošenju. Tada se najbolje vide njegove dobre strane, budući da je inkvizitorski krivični postupak postao „sinonim za stradanje ljudskih prava.“[42] Tako posmatran, Zakonik o krivičnoj istrazi iz 1808. godine predstavlja značajan izvor o evoliciji prava okrivljenog u krivičnom postupku, a mnoga savremena krivičnoprocesna zakonodavstva se i danas, uz nužne izmene diktirane društveno-ekonomskim i političkim prilikama, zasnivaju na postavkama ovog zakonika.

[41] I. Feješ, 128.
[42] Momčilo Grubač, 71.

Željko D. Mirkov, Higher Prosecutorial Assistant
Basic Public Prosecutor's Office in Kikinda

La situation de l'accuse a la procedure penale française (la procedure penale d'inquisition et le code d'instruction criminelle de l'annee 1808)

Résumé: *Le thème de ce travail est la situation de l'accusé à la procédure pénale française. La première part de ce travail concerne le cours de la situation de l'accusé à la procédure pénale d'inquisition dans la période du XIIIe siècle à l'année 1808 et la promulgation du Code d'instruction criminelle. On a indiqué à toutes les lois importantes de cette période qui avaient influence aux droits de l'accusé pendant la procédure. La seconde part de ce travail traite les circonstances sociales en France à la veille de la promulgation du Code d'instruction criminelle qui avaient influence sur la modification du système de la procédure pénale jusqu'alors. La troisième part de ce travail est consacrée au Code d'instruction criminelle et est divisée à deux parts. La première part analyse la situation de l'accusé pendant l'instruction, et l'autre se rapporte à sa situation au procès principal devant le cours d'assises. Dans les notes finales on a accentué les bons côtés du Code d'instruction criminelle est on a indiqué son influence dans les autres pays.*

Les mots-clés: *l'accusé, la France, le Code d'instruction criminelle, l'instruction, le procès principal.*

Datum prijema rada: 14.10.2015.

ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE

Pregledni članak 342.45(439+497.11)
doi:10.5937/zrpfns49-8862

Dr Laslo L. Heka, vanredni profesor
Univerzitet u Segedinu
Pravni fakultet
heka@juris.u-szeged.hu

PRAVOSUDNI SISTEM MAĐARSKE SA POSEBNIM NAGLASKOM NA PRINCIP NEZAVISNOSTI SUDIJA TE NJIHOVA UPOREDBA SA SUDSKIM SISTEMIMA BALKANSKIH I SLOVENSKIH DRŽAVA

Sažetak: *Zahtev za osiguravanje nezavisnosti i nepristrasnosti sudija jedan je od osnovnih principa sudovanja, ali i načela funkcionisanja država uopšte, pa ga stoga redovno garantuju ustavi demokratskih država. Uspešno delovanje pravosuđa i ostvarivanje ovog principa u velikoj je meri vezano i uz metod odabira sudija koji i danas predstavlja značajno pitanje unutar velikih svetskih pravnih sistema. Svi oni imaju za cilj pronaći rešenje za selekciju sudija koje bi najbolje realizovalo oživotvorenje principa nezavisnosti sudija i njihovog neopristrasnog suđenja.*

U vezi sa tim mogu da se zapaze značajne razlike između država koje primenjuju kontinentalno pravo i pravnih sistema država koje sude po principu common law-a, naročito imajući u vidu da u pojedinim političkim kulturama ne postoje ograničenja da se u donošenje sudske presude uključi i neki spoljni faktor. U ovom radu prikazujemo pravosudni sistem Mađarske i način selekcije sudija te ga metodom komparativne analize upoređujemo sa srpskim modelom, a zatim predočavamo rešenja u slovenskim i balkanskim državama te u engleskom, američkom, nemačkom i francuskom pravosuđu želeći prikazati danas preovlađujuće međunarodne trendove. Naime, problem selekcije sudija valja obazrivo regulisati imajući u vidu iskustva drugih država, što posebno važi za postsocijalističke zemlje u kojima je do 1990-ih godina važio jednopartijski sistem, karakterističan po tome da su sudije bili kadrovi odabrani od strane komunističke partije, ili kako se to u nekadašnjoj Jugoslaviji nazivalo "društveno-politički podobni".

Danas u Mađarskoj, Srbiji i brojnim drugim zemljama centralnu ulogu u selekciji sudija imaju pravosudni saveti u kojima su zastupljeni sudije i tužioci (u Srbiji postoje posebni saveti za sudije i za tužioce), te advokati i profesori prava. U Francuskoj se otišlo korak dalje te se selekcija sudija sprovodi putem konkursnog ispita.

Ključne reči: *Pravosudni sistem Mađarske i Srbije, izbor sudija u Mađarskoj i Srbiji, komparativni prikaz izbora sudija u slovenskim i balkanskim državama te u nekim zapadnim zemljama, pravosudni saveti, načelo nezavisnosti i nepristrasnost sudija u Mađarskoj i u svetu.*

I. UVOD

Često pominjani član 6. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda garantuje svakome građaninu pravo na pravično suđenje (*fair trial*) [1], naime, da on „tokom odlučivanja o njegovim građanskim pra-

[1] Usp. inter alia: Saša Knežević: Pravo na pravično suđenje. In: *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 44. 2004, str. 207-237.; Saša Knežević: Pravo na pravično suđenje u svetlu evropskih pravnih standarda. In: Evropsko zakonodavstvo. - Ministarstvo pravde RS : Institut za međunarodnu politiku i privredu, 2004. br. 9/10. str. 14-17.; Marina Carić: Pojam načela pravičnog postupka pred kaznenim sudom. In: *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 2006. br. 2. str. 55-73.; Momčilo Grubač: Presumpcija nevinosti kao element prava na pravično suđenje u odlukama Evropskog suda za ljudska prava. In: *Revija za kriminologiju i krivično pravo,* 2007. str. 3-39.; Slavoljub Carić: *Pravo na suđenje u razumnom roku.* Biblioteka Pravo, zakonodavstvo i sudska praksa / Međunarodni propisi i Evropsko pravo. Knjiga 2, Službeni glasnik. Beograd, 2008.; Nikola Matovski: Princip pravičnog postupka u kodifikacijama evropskih država. In: *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, 2011. br. 1. str. 59.; Ljuba Slijepčević: Član 6. st. 1. Evropske konvencije o ljudskim pravima u građanskim predmetima sa analizom presude Evropskog suda za ljudska prava Natalija Čeh protiv Republike Srbije (Analiza presude ECHR Natalija Čeh -Republika Srbija br 9906/04 od 1.jula 2008.) Tekst objavljen u biltenu sudske prakse Okružnog suda Novi Sad br 14 za 2009.godinu, ISSN 1452-3221); Monika Milošević: *Suđenje u razumnom roku-član 6. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*". In: *Srpsko pravo i međunarodne institucije*", Institut za uporedno pravo, Beograd, 2009. str. 311-320.; Badó Attila-Carine Guemar: *Le dispositif de distribution automatique des dossiers : une garantie moderne de l'indépendance des juges,* Revue Internationale de droit comparé, 2015,67:(2) pp. 567-589.; Badó Attila: *"Fair" selection of judges in a modern democracy* In: Badó Attila (szerk.) Fair Trial and Judicial Independence: Hungarian Perspectives, Berlin; Heidelberg; New York: Springer, 2014. pp. 25-51.. Samantha Cheesman: Tisztességes eljárás? Egy összehasonlító elemzés. In: Badó, Attila (szerk.): *A bírói függetlenség, a tisztességes eljárás és a politika.* Összehasonlító jogi tanulmányok. Gondolat Kiadó, Budapest, 2011. str. 65-90.; B. Ljubanović: Pošteno suđenje kao temelj sudačke etike. In:*Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu,* 2012. str. 105.; D. Krapac: Trajanje kaznenog postupka i pravo na kazneno suđenje u razumnom roku. In: *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu,* 2013, str. 13.; Davor Krapac: *Napomene o prirodi i ulozi*

vima i obavezama ili o krivičnoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim (*impartiality and independence*) sudom, obrazovanim na osnovu zakona".[2] Da bi se to ostvarilo potrebno je da sudija u vršenju svoje funkcije bude nezavisan i nepristrasan (to je njegova obaveza), kao i da država svoj sudski sistem uredi tako da garantuje da će ovo pravo biti zaista i ostvareno.[3] Sudstvo mora i prema građanima odavati dojam da vrši pravdu, ili kako se to u anglosaksonskom pravu kaže: *Justice must be done and be seen to be done*.[4] Isto kaže i stara latinska poslovica: *Justitia regnorum fundamentum!* Iz napred navedenog je vidljivo da u stvari načelo nezavisnosti i nepristrasnosti sudije predstavlja pravo građana te je ustanovljeno u njihovom interesu. Nezavisnost i nepristrasnost sudija postiže se pre svega regulisanjem pitanja izbora sudija, njihove odgovornosti i razrešenja, stalnosti njihove funkcije, kao i njihove nepremestivosti, imuniteta i materijalnog položaja.[5]

Nezavisnost sudske vlasti se obezbeđuje kroz pravnu, ali i socijalnu i socijalno-psihološku nezavisnost sudija kao neposrednih vršilaca te vlasti, te

---

načela pravičnog postupka pred međunarodnim kaznenim sudovima. In: Uzelac, Alan; Garašić, Jasnica; Maganić, Aleksandra (ur.).: *Djelotvorna pravna zaštita u pravičnom postupku. Izazovi pravosudnih transformacija na jugu Europe.* Liber amicorum Mihajlo Dika/ Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2013 (zbornik) str. 963-976.; Badó, Attila: *Az igazságszolgáltató hatalom függetlensége és a tisztességes eljárás*. Pólay Elemér Alapítvány. Szeged, 2013.; Badó, Attila ed.: *Fair Trial and Judicial Independence. Hungarian - Perspectives.* Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice. Vol. 27. Springer, Cham – Heidelberg– New York – Dordrecht – London, 2014.

[2] Usp. inter alia Van Dijk, P., Van Hoof, F., Van Rijn, A., Zwaak, L.: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights.* Intersentia, Antwerpen, 2007., str. 513.-623.; Jacobs & White: *The European Convention on Human Rights,* Oxford Univesity Press, Oxford, 2006., str. 158. – 191.; Harris, D. J., O'Boyle M., Warbrick, C., *Law of the European Convention on Human Rights,* London, Dublin, Edinburgh, Butterworths, 1995., - str. 163. – 248. Uzelac, Alan: Hrvatsko procesno pravo i jamstvo pravičnog postupka iz Europske konvencije o zaštiti ljudskih prava. In: *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci - Supplement: Spomenica prof. dr. Đuri Vukoviću,* 1998. br. 19. str. 1005-1030. Uzelac, Alan: Pravo na pošteno suđenje: opći i građanskopravni aspekti čl. 6. st. 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. In: *Usklađenost hrvatskih zakona i prakse sa standardima Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*. Radačić, Ivana (ur.). Centar za mirovne studije. Zagreb, 2011. str. 88-125.

[3] Marijana Pajvančić: O sudskoj vlasti u ustavnom sistemu Srbije u kontekstu međunarodnih standarda. In: *Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad*, vol. 45, br. 3. novi Sad, 2011. str. 7-21.

[4] Lejla Zilić: Pravo na pravično suđenje u krivičnom postupku. In: *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*

Zenica, 2014. br. 13. str. 187-206.

http://www.prf.unze.ba/docs/AnaliPFZEbr13god6/godina_6broj_13_10.pdf

[5] Omer Hadžiomerović: Put ka pravdi. http://www.tuzilastvorz.org.rs/html_trz/(CASOPIS)/SRP/SRP01/14.pdf (preuzeto: 14. jula 2015.).

kroz organizacionu nezavisnost sudstva i sudova od zakonodavne i izvršne vlasti.[6] U pravnom smislu, nezavisnost sudija počiva na principu *stalnosti sudijske funkcije* (naime, u slučaju reizbornosti sudija bi oni u cilju svoga ponovnog izbora mogli da padnu pod uticaj aktuelne vlasti), kao i na *različitim tipovima izbora ili imenovanja sudije,* a sem toga je bitno vezana i za *razloge prestanka sudijske funkcije i za pravne garantije u vezi sa prestankom funkcije,* te uz način na koji je uređeno izuzeće sudija i kontrola sukoba interesa sudije sa javnim interesom ili drugim privatnim interesom.[7]

Mađarska je u regulisanju svog pravosudnog sistema uzela u obzir sve gore navedeno.

II. ISTORIJSKI PREGLED MAĐARSKOG SUDOVANJA

Pravosudni sistem Ugarske vekovima se temeljio na Tripartitumu Istvána Werbőczyja štampanom 1517. godine.[8] Provalom Turaka je država 1541. podeljena na tri dela i od tada je centralno kurijalno sudovanje potisnuto, pa je naglašenu ulogu dobilo lokalno staleško sudovanje. Sudovi su sudili u većima kao sudski stolovi (*sedes*) i to kako oni na kraljevskom dvoru – kuriji, tako i oni u provinciji.[9] Na osnovu reforme sudstva

---

[6] Vidi: Aleksandar Fira - Đorđe Đurković: Nezavisnost sudstva i ustavni sud. In: *Arhiv za pravne i društvene nauke*, vol. 80, 1994. br. 3, str. 367-382.; Momčilo Grubač: Nezavisno sudstvo i pravna država. In: *Uspostavljanje moderne demokratske i pravne države u Srbiji* (zbornik radova SANU), Beograd 1997, str. 369-377. i *Izgradnja i funkcionisanje pravnog sistema Republike Srpske* (zbornik radova) , Banja Luka 1997, str. 549-558.; Momčilo Grubač: Nezavisno sudstvo. In**:** *Građanin u pravnom sistemu SR Jugoslavije*. Helsinški odbor za ljudska prava u Srbiji, Beograd 1999, str. 317-327.; Zoran S. Pavlović: Razmatranje o samostalnom i nezavisnom pravosuđu. In: *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, 2001. br. 7-8, str. 373.; Nihad Ukić: Pojam „nezavisan i nepristrasan sud" u praksi Evropskog suda za ljudska prava. In: *Pravo- teorija i praksa*, Novi Sad, 20-12, XXIX, broj 7-9/2012, str. 164-175.;

[7] Marijana Pajvančić. (1992) Garancije nezavisnosti suda u pravnoj državi. *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, 1992. br. 4-5, str. 17-31

[8] Vidi: Werbőczy István: *Tripartitum. A dicsőséges Magyar Királyság szokásjogának Hármaskönyve*. Budapest, 1990.

[9] O srednjevekovnom i modernom mađarskom sudskom sistemu vidi: Máthé, Gábor: *A magyar burzsoá igazságszolgáltatási szervezet kialakulása, 1867–1875.* Budapest, 1982. str. 35–62.; Mezey, Barna (szerk.): *Magyar alkotmánytörténet. (*Az igazságszolgáltatás szervei.), Osiris Kiadó, Budapest, 1995. str. 149-162.; Stipta, István: *A magyar bírósági rendszer története*. (2. kiadás) Debrecen, 1998. str. 138–153.; Antal, Tamás: Törvénykezési reformok Magyarországon (1890–1900). Ítélőtáblák, bírói jogviszony, esküdtszék. = *Dél-alföldi évszázadok* 23. Szeged, 2006. str. 137–169.; Antal, Tamás: A bírói hatalom gyakorlásának jogszabályi változásai a dualizmus korában (1890–1914). In: *Konferencia a bírói hatalomról és az állampolgárságról*. Szerk.: Homoki-Nagy Mária. Szeged, 2011. str. 9–21.; Tamás Antal: Reforms of the Judicial System in the Era of Dezső Szilágyi. In: *Ius et legitimatio. Tanulmányok Szilbereky Jenő 90. születésnapja*

sprovedene 1723. godine palatin je postao predsednikom Stola sedmorice i Kurije (*Curia*). Pored Kurije koja je sudila nezavisno od kraljevskog dvora, a bila je sastavljena od Stola sedmorice i Kraljevskog stola (*table, tabula*), sudilo je još isprva četiri, a kasnije pet okružnih sudova.[10]

Posle sloma revolucije 1848-49. je pravosuđe dospelo pod kontrolu ministra pravde sa sedištem u Beču. Izgrađen je novi carsko-kraljevski pravosudni sistem u kome je delokrug Stola sedmorice kao nekadašnjeg najvišeg pravnog foruma preuzeo Vrhovni sudbeni sto (*Oberster Gerichthof*) sa sedištem u Beču, nadležan za presuđivanje po žalbama protiv odluka najviših krunovinskih sudova.[11] Na zemaljskom nivou su na vrhu hijerarhije stajali zemaljski glavni sudovi (*főtörvényszékek, Districtual Obergericht*, od 1854. *Oberlandesgericht*) koji su bili nadležni za sve sporove u pet ugarskih okruga, dok su Erdelj, Srpska Vojvodina i Kraljevina Hrvatska dobili svoje sudske stolove. Pet okružnih sudova preuzelo je nadležnost ranijih meničnih sudova i kraljevskih sudišta. Međutim, 1861. je obnovljena organizacija staleške Ugarske kraljevske kurije kao vrhovnog suda sa sedištem u Pešti, pa je ona odmah počela sa sudovanjem. Umesto viših okružnih sudova 1868. godine su organizovana dva sudbena stola – u Pesti i Marosvásárhelyu - kao apelacioni sudovi. Ispod njih su se smestili županijski sudovi (*Landesgericht*), te opštinski (gradski) sudovi kao prvostepene sudske instance. U vojnim predmetima su sudili vojni sudovi, a postojali su i trostepeni urbarijalni sudovi. Zakonom broj 4. iz 1869. godine, nastalom po uzoru na belgijski Ustav iz 1831. godine, sprovedena je reforma kojom je propisano da u zemlji sude Kurija, sudbeni stolovi, osnovni sudovi te opštinski sudovi. Razdvojeni su sudstvo i uprava, proklamovan je princip nezavisnosti sudija koji sude isključivo na osnovu zakona, dok se se sudovi mogli organizovati samo zako-

---

tiszteletére. Szerk.: Szabó Imre. Szeged, 2008. str. 9–16.; Badó Attila: *La justice hongroise dans le cadre de l'Intégration européenne*, Paris: L'Harmattan, 2002. 328 p.

[10] O kraljevskom sudovanju i Kuriji vidi: Nyeviczkey, Antal: *A Budapesti Királyi Ítélőtábla története 1861. évi május 1-től 1891. évi május 4-ig.* Budapest, 1891.; Máthé, - Gábor: *A magyar burzsoá igazságszolgáltatási szervezet kialakulása*, 1867–1875. Budapest, 1982. str. 93–126.; Stipta, István: *A magyar bírósági rendszer története*. (2. kiadás) Debrecen, 1998. str. 126–130.; Antal, Tamás: Törvénykezési reformok Magyarországon (1890–1900). Ítélőtáblák, bírói jogviszony, esküdtszék. = *Dél-alföldi évszázadok* 23. Szeged, 2006. str. 19–136.; Antal, Tamás: A Szegedi Királyi Ítélőtábla története 1890 és 1914 között. = *Bíróságtörténeti könyvek*. Fejezetek a Szegedi Ítélőtábla történetéből I. Budapest–Szeged, 2014., Tamás Antal: Organisation of the Appeal Court in Temesvár (1890–1891). In: *Selfsame: A Hundred Years of Public Law in Hungary (1890–1990): Studies on the Modern Hungarian Constitution and Legal History*. Novi Sad, Serbia, 20-12. str. 37–53.

[11] Mezey, Barna (szerk.): *Magyar alkotmánytörténet*, str. 329.

nom.[12] Sudijom je mogao da bude imenovan samo mađarski državljanin besprekornog ponašanja, sa položenim pravosudnim ispitom, koji je napunio 26. godinu života, ako je govorio mađarski jezik i nije bio pod starateljstvom. Sudije nisu mogle biti otpuštene ili premeštene sem ako je protiv njih vođen disciplinski postupak. Penzionisati ih se moglo nakon 40 godina radnog staža, kada su napunili 65. odnosno 70. godinu života.[13] Zakon broj 8. iz 1871. propisao je odgovornost sudija za nehat ili za namerno počinjenu grešku u obavljanju posla.

Početkom 20. veka je usled decentralizacije u Ugarskoj delovalo jedanaest kraljevskih sudbenih stolova, a zatim je posle I. svetskog rata teritorijalno okljaštrena Mađarska uz Kuriju imala pet sudbenih stolova, 67 kraljevskih sudova i 150 opštinskih sudova.[14] Posle II. svetskog rata je u socijalističkom pravosudnom modelu došlo do velikih promena 1949. godine kada je ukinuta Mađarska Kurija. Ustavom iz 1949. godine (usvojenim kao Zakon br. XX. iz 1949.) su dotadašnji opšti ili osnovni sudovi (*törvényszék*) postali županijski sudovi, a sudbeni stolovi viši apelacioni sudovi, dok je Kurija nazvana Vrhovni sud Narodne Republike Mađarske. U to je vreme princip nezavisnosti sudija postao tek formalnost, vođeni su politički sudski sporovi (koncepcioni sporovi) posebno nakon revolucije 1956. godine. Zakon o organizaciji sudova broj II. iz 1954. i Zakon broj IV. iz 1972. propisali su da je Vrhovni sud nadležan da vrši davanje osnovnih smernica i principa, a da kontrolu i upravljanje nad radom sudova obavlija ministar pravde. Time je predstavnik izvršne vlasti trajno nadzirao stručno funkcionisanje sudova.

Do nove promene u sudskoj vlasti došlo je 1989. godine rušenjem jednopartijskog sistema i izmenama i dopunama Ustava kada je ukidanjem oznaka „socijalistička" i „narodna" iz naziva institucija, najviša sudska instanca nazvana Vrhovni sud Republike Mađarske. Sem toga je imenovanje sudija dospelo u nadležnost predsednika Republike, sudski saveti su postali organi sudijskog samoupravljanja, a organizovan je i Državni savet sudija kao partner ministra pravde u upravljanju sudovima. Detaljna reforma sudova provedena je paketom od tri zakona 1997. godi-

[12] Mezey, Barna: *Hatalommegosztás és jogállamiság*, Budapest, Osiris Könyvkiadó, 1998. str. 75. O principu nezavisnog sudstva u Francuskoj putem izbora sudija u trajno zvanje bez probnog roka (po ustavu iz 1815.), te SAD-u (po čl. III. Ustava), kao i o osnovnim zahtevima za nezavisno sudstvo vidi: Mezey, Barna – Szente, Zoltan: *Európai alkomány- és parlamentarizmus-történet*. Osiris Kiadó, Budapest, 2003. str. 268, 451. 603.

[13] Mezey, Barna (szerk.): *Magyar alkotmánytörténet.* str. 330.

[14] Radi uporedbe sistema ugarskog sudovanja sa sudovanjem u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca vidi: Drakić, Gordana: Sudska vlast i stanje u sudovima na području Vojvodine 1920-1921. godine. In: *Zbornik radova Pravnog fakulteta,* Novi Sad, 2009. vol. 43, br. 1, str. 189-202.; Drakić, Gordana: Odeljenje B. Kasacionog suda u Novom Sadu In: *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, Novi Sad, 2013. vol. 47, br. 2, str. 367-383.

ne: zakonom o organizovanju i upravljanju sudovima broj LXVI. iz 1997. (*a bíróságok szervezetéről és igazgatásáról szóló 1997. évi LXVI. törvény*), zakonom o pravnom položaju i primanjima sudija broj LXVII. (*a bírák jogállásáról és javadalmazásáról szóló 1997. évi LXVII. törvény*), te zakonom o pravnom odnosu pravosudnih službenika broj LXVIII. (*az igazságügyi alkalmazottak szolgálati viszonyáról szóló 1997. évi LXVIII. törvény*). Sudstvo je definisano kao od izvršne vlasti odvojena jedinstvena organizacija, a nezavisnost sudija je ostvarena i time što su ukinuta ovlašćenja ministra pravde u vezi sa organizovanjem sudstva. Njegovu ulogu preuzeo je Državni pravosudni savet sastavljen od dve trećine članova izabranih iz redova sudija i jedne trećine delegovanih članova. Sudstvo je organizovano kao četverostepeno time što su opet uvedeni sudbeni stolovi kao apelacioni sudski forumi. Zakonodavac je to obrazložio preopterećenošću Vrhovnog suda, pa je jedan deo njegovih nadležnosti u vezi postupanja po žalbama prenet na sudbene stolove. Zakonom broj LXIX. iz 1997. godine je od 1. januara 1999. propisano organizovanje sudbenih stolova u tri grada: u Budimpešti, Pečuju i Segedinu, sa tim da se najkasnije do 1. januara 2003. godine organizuju još dva takva suda u Debrecinu i Đeru. Međutim, parlament je koncem 1998. ukinuo pomenuti zakon smatrajući važnijim da se ojača uloga nižih sudova, a zatim je zakon broj CX. iz 1999. o sedištu i nadležnosti Državnog sudbenog stola (*Az Országos Ítélőtábla székhelyéről és illetékességi területének megállapításáról szóló 1999. évi CX. törvény*) je propisao da se od 2003. godine organizuje jedan sudbeni sto nadležan za teritoriju cele zemlje.[15] Međutim, Ustavni sud je svojom odlukom broj 49/2001. od 22. novembra 2001. godine izrekao da je parlament postupio protivustavno kada nije odredio da se organizuje više takvih sudova, budući da je član 45. stav 1. tadašnjeg Ustava propisao da u Mađarskoj deluju „sudbeni stolovi". Parlament je sledom toga doneo Zakon broj XXII. iz 2002. kojim je regulisao da se osnuje pet takvih sudova, tako da od 1. jula 2003. deluju sudbeni stolovi u Budimpešti, Pečuju i Segedinu, a od 1. januara 2005. i u Debrecinu te Đeru, te u njima sude 153 sudije.

Zadnja reforma pravosuđa provedena je nakon prihvatanja novog mađarskog Bazičnog zakona (reč je u suštini o Ustavu, ali akt nije tako nazvan) koji je na snazi od 1. januara 2012. te usvajanja zakona o organizaciji i upravljanju sudovima broj CLXI. iz 2011. godine (*A bíróságok szervezetéről és igazgatásáról szóló 2011. évi CLXI. törvény*) i zakona o

[15] Mezei, Péter: The Most Important Changes of the Hungarian Court System after the Transition. In: Balogh Elemér - Hegedűs Andrea - Mezei Péter - Szomora Zsolt - Traser Julianna Sára (szerk.): *Legal Transitions – Development of Law in Formerly Socialist States and the Challenges of the European Union*, Pólay Elemér Alapítvány. Szeged, 2007. str.. 123-134.

pravnom položaju i prihodima sudija broj CLXII. (*A bírák jogállásáról és javadalmazásáról szóló CLXII. törvény*) kao organskih zakona. Ovi se propisi primenjuju od 1. januara 2013. Do tada su u zemlji funkcionisali prvo- i drugostepeni lokalni sudovi (gradski i županijski), te Vrhovni sud, kao i posebni sudovi za radnopravne sporove. Reformom su uz preuređivanje i preimenovanje sudova (vraćeni su nazivi sudova koji su korišćeni u Zakonu o sudovima broj XXXI. iz 1871. godine), uvedeni upravni sudovi u sklopu upravnih i radnopravnih sudova, a sem toga je proširen i delokrug rada sudova. Po članu 25. važećeg Bazičnog zakona Kurija je najviša sudska instanca u Mađarskoj. Ona osigurava jedinstvenu primenu prava u zemlji, a njene odluke na tom polju su obavezne za sve sudove. Sem toga odlučuje i o sporovima u vezi lokalnih samouprava: proglašava ništavnim akte lokalne samouprave koji su u suprotnosti sa zakonima i drugim propisima te odlučuje i o tome da li je lokalna samouprava propustila izvršiti neku zakonsku obavezu na polju donošenja propisa.[16]

III. DANAŠNJI MAĐARSKI PRAVOSUDNI SISTEM I VRSTE SUDOVA

Kao što smo pomenuli mađarski pravosudni sistem je četverostepen. U prvom stepenu sude *opštinski te upravni i radnopravni sudovi* (ovi potonji deluju u Budimpešti i u 19 županija), dakle se najveći broj predmeta rešava na tim sudovima. Danas postoji 111 opštinskih sudova, koji se u Budimpešti zovu kvartovski sudovi (*kerületi bíróság*). U 23 budimpeštanska okruga deluje šest „ujedinjenih" sudova (*Központi Kerületi Bíróság*), na pr. u Pešti, Budimu itd. Opštinskim (kvartovskim) sudovima koji rešavaju krivičnopravne i građanskopravne sporove, rukovodi predsednik suda. Upravni i radnopravni sudovi postupaju samo u specijalizovanim sporovima kako to proizlazi i iz njihovog naziva. *Osnovni sudovi* (*törvényszékek*) sude u prvom stepenu (na primer u slučajevima kada vrednost spora iznosi barem trideset miliona forinti, ili kada se radi o specijalizovanim predmetima – o sporu radi demantovanja vesti objavljene u medijima, odnosno o posebno teškim kriminalnim radnjama – ubistvo, špijunaža, veleizdaja, terorizam itd.) te u drugom stepenu povodom žalbi na presude i rešenja opštinskih odnosno radnopravnih i upravnih sudova. Ovim sudovima rukovodi predsednik, a deluju u većima, grupama te krivičnim, građanskim, privrednim i upravno-radnopravnim kolegijima.[17]

[16] http://birosag.hu/birosagi-szervezetek (preuzeto: 27. juna 2015.).
[17] Isto.

Sudbeni stolovi (*ítélőtáblák*) kao regionalni apelacioni sudovi rešavaju o žalbama protiv presuda opštinskih sudova i opštih sudova, a postupaju i u drugim slučajevima iz sopstvene nadležnosti. Osnovani sa ciljem da se rastereti raniji Vrhovni sud (današnja Kurija), pa stoga sude i u trećem stepenu u krivičnim procesima u kojima opšti sudovi postupaju u drugom stepenu. Momentalno funkcioniše pet sudbenih stolova: Glavnogradski, Debrecenski, Đerski (Győr), Pečujski (Pécs) i Segedinski (Szeged). Na čelu suda nalazi se predsednik, a sud deluje u većima, ima građanski i krivični kolegij.[18]

Najviši sud je *Kurija* koja ima prevashodni zadatak da usmerava niže sudove na korišćenje ispravne i jedinstvene sudske prakse (putem po niže sudove obaveznih odluka koje donosi), a sudi po pravnim lekovima podnesenim protiv opštih sudova i sudbenih stolova.[19] Predsednika Kurije iz reda sudija sa najmanje petogodišnjim iskustvom, na predlog predsednika Republike bira parlament dvotrećinskom većinom poslanika na mandat od devet godina (čl. 26. stav 3. Bazičnog zakona).[20]

Između navedenih sudova nema subordinacije, viši sudovi ne mogu davati smernice nižima, a sudije odluke donose na osnovu zakona i sopstvenog ubeđenja.

Radi komparacije pomenimo da sudski sistem Republike Srbije čine sudovi opšte i posebne nadležnosti.[21] Sudovi *opšte nadležnosti* su osnovni sudovi (gradski i opštinski), viši, apelacioni i Vrhovni kasacioni sud. Prema Zakonu o sedištima i područjima sudova i javnih tužilaštava (ZSPJT) na teritoriji Republike Srbije („Sl. glasnik RS“, br. 101/2013.) donesenom 20. novembra 2013. godine, a primenjivim od 1. januara 2014.) u Srbiji postoje 34 osnovna suda, 26 viših sudova, četiri apelaciona suda (član 6. ZSPSJT-a) te Vrhovni kasacioni sud. Sudove *posebne nadležnosti* čine privredni sudovi (ukupno 16), Privredni apelacioni sud, prekršajni sudovi (njih 45), Viši prekršajni sud i Upravni sud iznad kojih stoji Vrhovni kasacioni sud kao najviša sudska instanca (član 15. stav1. ZUS-a).[22]

---

[18] Isto.

[19] Isto.

[20] Hatályos Jogszabályok Gyűjteménye. Magyarország Alaptörvénye - http://net.jogtar.hu /jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=A1100425.ATV (23. jula. 2015.). Opširnije o Osnovnom zakonu-Ustavu vidi: Heka, László: *Ustavnopravni poredak Mađarske u svjetlu Ustava iz 2011. godine*. Pravni vjesnik Osijek br 3-4., Osijek 2013. str. 157-185. http://vjesnik.pravos.hr/ preuzimanje/2013-3_4.pdf

[21] http://paragraf.rs/propisi/ustav_republike_srbije.html (6. jula 2015.).

[22] http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/pravosudje/atlas-pravosudja-republike-srbije/orga-nizacija-pravosudja.html (9. jula 2015.).

IV. ULOGA PRAVOSUDNOG SAVETA

Danas u velikom broju demokratskih država centralnu ulogu u pravosuđu dobivaju pravosudni saveti različitih naziva. Jedan od vodećih mađarskih komparatista prof. Attila Badó napominje da je u tom pogledu „valjda najdalje otišla Španija u kojoj je sve odluke počev od imenovanja sudija pa sve do pozivanja na disciplinsku odgovornost donosilo Pravosudno veće sastavljeno isključivo od sudija koje su same sudije birale iz svojih redova, a u čije funkcionisanje druga grana vlasti nije imala nikakvog uticaja."[23] Budući da ovaj sistem u sebi krije opasnost od korporativizma, stoga je 1985. godine pravo izbora članova Veća oduzeto iz ruku zbora sudija, pa tako danas Predstavnički dom parlamenta kandiduje buduće sudije tropetinskom većinom glasova, a samo imenovanje sudija je kraljevo ovlašćenje.[24] Sem toga je 2001. godine u okviru tzv. Pravosudnog pakta (*Pacto de la Justicia*) izmenjen način kandidovanja sudija time da je pojačana uloga stručnih organizacija sudija u sastavljanju liste kandidata.[25]

U Mađarskoj je takvo telo organizovano 1997. godine, pod nazivom Državni pravosudni savet (*Országos Igazságszolgáltatási Tanács, OIT*) i dobilo je centralnu ulogu u sudskoj vlasti. Njegov je predsednik ujedno bio i predsednik Vrhovnog suda (*Legfelsőbb Bíróság*), pa je kao predsednik Saveta sa jedne strane obavljao upravno-organizacionu funkciju, a sa druge je strane kao predsednik Vrhovnog suda bio stručni rukovodilac najvišeg sudskog tela u državi. Tako formulisani sistem organizovanja pravosuđa doživeo je i pohvale, ali i brojne kritike. Zoltán Fleck ističe da su zakoni broj LXVI. i LXVII. iz 1997. godine stvorili okvire za sudsku autonomiju, time što je najviše pravosudno telo (OIT) dobilo i u „međunarodnoj komparaciji posmatrano veoma široka ovlašćenja, tako da sudije daju dve treći-

---

[23] Badó, Attila: *Az igazságszolgáltató hatalom függetlensége és a tisztességes eljárás*. str. 65.

[24] V. Moreno-Catena – J. Pintos-Ager – H. Soleto-Munoz: *Espagne/Spain* In: Fabri et al. (ured.), str. 207. Saopštava: Badó, Attila: *Az igazságszolgáltató hatalom függetlensége és a tisztességes eljárás*. str. 65.

[25] Badó, Attila: *Az igazságszolgáltató hatalom alkotmányos helyzetének és egyes alapelveinek összehasonlító vizsgálata.* In: Tóth Judit – Legény Krisztián. (szerk.) Összehasonlító alkotmányjog, Complex, Budapest, 2006. str. 163-210; Badó Attila: *Die Vergleichsanalyse der konstitutionellen Lage der Recht sprechenden Gewalt und deren einzelner Grundsätze* FORUM: ACTA JURIDICA ET POLITICA, 2011 1:(1) pp. 5-54. ; Badó Attila: *Die Versuche zur Reform des ungarischen Justizwesens nach der Systemwende. Gerichtsebenen und zentrale Verwaltung* In: Badó Attila, Detlev W Belling (szerk.)Rechtsentwicklungen aus europäischer Perspektive im 21. Jahrhundert: European Perspectives on Legal Developments in the 21st Century. Potsdam: Universitätsverlag Potsdam, 2014. pp. 11-52. (Acta Iuridica Universitatis Potsdamiensis; 2.); Badó Attila: *La justice hongroise dans le cadre du systéme démocratique et le controle juridiciaire de l'administration publique*, TDP: La Tribune du droit Public, 2002 5:(2) Paper 1.

ne članstva u tome telu, a uz to su po oficijelnoj dužnosti njegovi članovi predsednik Vrhovnog suda (ujedno i predsednik OIT-a), glavni javni tužilac, predsednik Advokatske komore, ministar pravde, dva narodna poslanika i devet članova izabranih iz reda sudija".[26] Po njemu je sporno rešenje da njegov predsednik u jednoj osobi treba zastupati i interese najvišeg sudskog foruma i interese celokupnog pravosuđa. Péter Hack je sa druge strane izneo mišljenje da bi bolje rešenje za OIT moglo biti da njime predseda predsednik Republike koji bi mogao da predstavlja protivtežu sudskoj vlasti i njenu kontrolu.[27] Károly Bárd smatra da kod selekcije sudija treba imati u vidu da građani imaju pravo da im sude sudije i sudovi koji su nezavisni od drugih grana vlasti, koji su kompetentni i pošteni, raspolažu moralnim kvalitetima potrebnim za obavljanje sudijskog posla.[28] Zakonodavac je ocenio da su kritike delom opravdane, naročito imajući u vidu da su članovi OIT-a iz redova sudija bili rukovodioci sudova, pa takva organizacija nije ostvarila potreban stepen efikasnosti i operativnosti.[29] Novom reformom od 1. januara 2012. godine nastojalo se ostvariti efikasniji i moderniji pravosudni sistem pre svega razdvajanjem funkcije predsednika najvišeg sudskog upravljačkog tela, pa tako sada predsednik Državne kancelarije sudija vrši centralno upravljanje sudovima, a predsednik Kurije vrši stručno rukovođenje njima, dok kontrolu nad njihovim radom vrši Državni savet sudija sastavljen isključivo od sudija koje biraju same sudije.

Predsednik samostalne i od zakonodavne i izvršne vlasti nezavisne Državne sudske kancelarije (*Országos Bírósági Hivatal,* skraćeno: *OBH*), bira se između redovnih sudija sa najmanje petogodišnjim radnim iskustvom dvotrećinskom većinom glasova narodnih poslanika na devetogodišnji mandat (III. deo: Centralno upravljanje sudovima. Poglavlje VI. čl. 66. Zakona br. CLXI. iz 2011. godine)[30], ali on više ne ujedinjuje u sebi funkciju rukovodioca organizacije i stručnog rukovodioca najviše državnog suda (po novome zakonu Kurije – mađarski: Kúria) nego su ta dva delokruga razdvojena. Predsednik OBH preuzeo je upravne funkcije (imenovanje rukovodilaca sudova, odlučivanje o pristiglim prijavama na

[26] Fleck, Zoltán: A bírói függetlenség állapota. In: *Fundamentum,* 2002., 1.szám, str. 28-37. str. 30.

[27] Hack, Péter: A bíráskodás politikai függetlenségének garanciái Magyarországon, In: *Fundamentum*, 2002., 1. szám, str. 16-27. str. 25.

[28] Bárd, Károly: Bírói függetlenség az Európai Unió társult országaiban. Hol állunk mi, magyarok? In: *Fundamentum*, 2002. 1. szám, str. 5-15. str. 5.

[29] Vidi: Uzelac, Alan: Efikasnost pravosudja u europskom kontekstu: usporedba funkcioniranja europskih pravosudnih sustava. In: *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 55:3-4/2005, str.1101-1136

[30] Nemzeti Jogszabálytár. 2011. évi CLXI. törvény a bíróságok szervezetéről és igazgatásáról http://www.njt.hu/cgi_bin/njt_doc.cgi?docid=139695.225305#foot1 (23. jula 2015.).

konkurse za popunjavanje ispražnjenih sudijskih mesta itd.) predsednika ukinutog OIT-a, pa tako on rukovodi celom sudskom organizacijom (određuje dugoročne i srednjoročne zadatke sudova te donosi propise u vezi toga), rukovodi poslovima vezanim za budžete sudova, za prikupljanje statističkih podataka, za personalna pitanja, za stručne seminare i informacije, predstavlja sudove, nadzire rad predsednika opštih sudova i sudbenih stolova itd. Predsednik Republike na osnovu javnog konkursa, na predlog predsednika OBH imenuje na neodređeno vreme njegovog generalnog zamenika i više zamenika za pojedine resore. OBH je samostalni organ (član 86-87. pomenutog zakona) koji priprema predsednikove odluke i izvršava ih, vodi evidenciju sudija, nadzire delatnost predsednika sudova, priprema predloge budžeta sudova i izvršavanja budžeta te obavlja zadatke iz nadležnosti Državne sudske kancelarije. Rad predsednika OBH podvrgnut je strogoj kontroli koju kolektivno sprovode članovi Državnog sudskog saveta (*Országos Bírói Tanács, skraćeno: OBT*) koji su svi redom sudije sa barem petogodišnjim radnim iskustvom.[31] Ovo samostalno telo sa sedištem u Budimpešti počelo je s radom 15. marta 2012. godine i deo je sistema upravljanja pravosuđem. OBT obavlja nadzor nad radom OBH i daje savetodavno mišljenje OBH-u (član 103.). Ima petnaest članova, od kojih je predsednik Kurije član OBT po zvaničnoj dužnosti, a ostalih četrnaest članova biraju sudijski elektori tajnim glasanjem. Jedan od njih je sudija sudbenog stola, petorica su sudije apelacionih sudova, sedam ih je iz redova sudija opštinskih sudova, jedan je sudija upravnog, a jedan radnog suda. Predsednik suda menja se po sistemu rotacije svakih šest meseci, na način da je prvo predsednik sudija sa najdužim stažem, a zatim slede ostali sudije prema dužini svoga sudijskog staža. (Poglavlje VII. Nadzor nad centralnim upravljanjem sudovima čl. 88-91. Zakona bbr. CLXI. iz 2011. godine). Budući da je ovo telo sastavljeno isključivo od sudija stoga je istovremeno i protivteža OBT-u.

Sličan nezavisan i samostalan centralni pravosudni organ koji obezbeđuje i garantuje nezavisnost i samostalnost sudova postoji i u Srbiji. To je jedanaestočlani Visoki savet sudstva u koji su po svojoj funkciji uključeni predsednik Vrhovnog kasacionog suda, ministar pravosuđa i predsednik nadležnog parlamentarnog odbora Narodne skupštine te osam izbornih članova (od kojih šest trajno izabranih sudija i dva ugledna i istaknuta pravnika sa najmanje petnaest godina iskustva u struci) koje bira Narodna skupština na mandat od pet godina. Jedan od izabranih sudija mora da bude sa teritorije autonomnih pokrajina, dok je od dvojice istaknutih pravnika jedan advokat, a drugi profesor pravnog fakulteta. Ovo telo bira i razrešava sudije, predlaže parlamentu izbor sudija koji se prvi put biraju na sudijsku funkciju, kao i kandidate za izbor predsednika Vrhovnog ka-

[31] http://www.lb.hu/hu/mai-birosagi-rendszer (preuzeto: 27. juna 2015.).

sacionog suda i predsednika sudova, učestvuje u postupku za prestanak funkcije predsednika Vrhovnog kasacionog suda i predsednika sudova, te vrši i druge poslove određene zakonom (čl. 153-154.). Dakle, vidimo da je u srpskom pravosuđu u pogledu centralnog tela za selekciju sudija prisutan model koji donekle odudara od rešenja kakva postoje u drugim evropskim državama. Na primer, članovi srpskog Visokog saveta sudstva su i predstavnici izvršne te zakonodavne vlasti, pa je stoga razumljivo da je u procesu približavanja Srbije Evropskoj uniji jedna od sugestija EU da se provedu izmene ustavnog i zakonskog okvira koje bi ublažile uticaj politike na izbor sudija.

V. NEZAVISNOST SUDIJA I SUDOVA U MAĐARSKOJ

Prilikom analize pravosudnih reformi uglavnom se posmatraju dva osnovna ustavna načela: jedno od njih je načelo nezavisnosti sudstva od drugih grana vlasti, a drugo je načelo da u demokratskoj pravnoj državi nikakva vlast, pa tako ni sudska ne može delovati bez kontrole[32], stoga treba osigurati mehanizme koji garantuju funkcionisanje pravosuđa shodno javnom interesu.[33] Mi u ovom radu naglasak stavljamo na princip nezavisnosti sudija naročito u spektru njihove selekcije. Ovo pitanje je bilo aktuelno i pre osamdesetak godina, kada je dr. Adam P. Lazarević u svom predavanju održanom na Skupu sudija, prilikom Kongresa pravnika u Zagrebu, 7. septembra 1934. godine, među ostalim rekao: „… način regrutovanja sudija imao bi se podesiti tako, kako bi se sudijskom redu obezbijedio priliv najboljih snaga, ne samo u intelektualnom i stručnom, već i u etičkom pogledu. Međutim, dosadašnji sistem prostog imenovanja odnosno postavljanja sudija jednostranim aktom upravne vlasti, – izgleda da ne zadovoljava taj zahtjev, jer se do sudijskog položaja dolazi na jedan, tako reći, automatski način. Zato se danas predlaže sistem izbora sudija – *izborni sistem*, koji u stvari ima dve različite varijante, i to: biranje sudija na način sličan izboru narodnih predstavnika, i takozvani *kooptacioni sistem* (*système de cooptation*), po kome bi sistemu i same sudije na podesan način učestvovale u izboru budućih članova svoga staleža (analogno izboru univerzitetskih nastavnika i članova raznih akademija nauka i umjetnosti i t. d.). Ovaj pak sistem izgleda nam i najpodesniji i on bi, bez sumnje, mnogo doprineo podi-

[32] Fűrész Klára: *A bíróság.* In: Kukorelli István (szerk.) Alkotmánytan I. Osiris Kiadó Budapest, 2007. str. 528. Usp. Hack Péter, Majtényi László, Szoboszlai Judit: *Bírói függetlenség, számonkérhetőség, igazságszolgáltatási reformok*. str. 12. - http://www.ekint.org/ekint_files/File/tanulmanyok/biroi_fuggetlenseg.pdf str. 4. (preuzeto: 23. jula 2015.). Navodi: Hack Péter, Majtényi László, Szoboszlai Judit op. cit. str. 12.

[33] Hack Péter, Majtényi László, Szoboszlai Judit op. cit. str. 4.

zanju položaja i ugleda sudija, i u očima njih samih i u očima sredine u kojoj žive i kojoj treba da dijele pravdu. [...][34]

Prof. Badó kaže da „u pogledu najvažnijeg cilja pravosuđa postoji jasna saglasnost u pravnim propisima i uopšte u stručnoj literaturi. Taj cilj nije ništa drugo, nego donošenje pravovaljane i stručne presude od strane nezavisnog i nepristranog suda.“[35] Iako načelno velika većina pravnih sistema teži tome cilju, put do njegova ostvarenja različit. Opšti uslov za donošenje nepristrasne, objektivne sudske presude je taj da sudija pojedinac ili sudsko telo koje sudi budu nezavisni od bilo kakvog direktnog ili indirektnog uticaja koji može da bude spoljni ili unutrašnji. Nezavisnost od spoljnog uticaja znači da sudstvo kao organizacija treba biti nezavisno od uticaja zakonodavne i izvršne vlasti, političke partije, pravnih foruma, medija, organizacija civilnog društva, stranaka u sporu, ili bilo kojeg drugog uticaja,[36] dok unutrašnji uticaj znači da sudija koji sudi treba da bude nezavisan i od svojih kolega sudija, ali i od svojih nadređenih (rukovodilaca sudova).[37] Dakako, postavlja se pitanje da li je moguće da jedan sudija bude potpuno slobodan od bilo kog uticaja imajući u vidu da je deo društvene zajednice koji sluša vesti, gleda televiziju, čita novine, razgovara sa ljudima, pa je tako izložen i njihovom uticaju. U zadnje vreme se najčešće govori o snažnom pritisku medija na sudije koji

---

[34] Adam P. Lazarević: Položaj i uloga sudije u savremenoj državi. In: *Republika*. Gl. urednik: Nebojša Popov. Beograd, 2000. god. br. 250. http://www.yurope.com /zines/republika/ arhiva/2000/250/250_25.html (preuzeto: 12. avgusta 2015.).

[35] Badó, Attila: Izbor sudija – nepristrasnost i poltika. Komparativna analiza. In: *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, Novi Sad, 2014. str. 277-315. 277-278. str.; Badó, Attila: A bírák kiválasztása, a tisztességes eljárás és a politika. A pártatlanság megdönthető vélelme. In: Badó, Attila (szerk.): *A bírói függetlenség, a tisztességes eljárás és a politika.* Összehasonlító jogi tanulmányok. Gondolat Kiadó, Budapest, 2011. str. 39--64. str. 39.; Badó, Attila: *Az igazságszolgáltató hatalom függetlensége és a tisztességes eljárás*. Pólay Elemér Alapítvány. Szeged, 2013. str. 37.

[36] O pitanju deobe vlasti vidi detaljnije: Slobodan Orlović: *Načelo podele vlasti u ustavnom razvoju Srbije.* Izdavački centar Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, 2008.; Sári, János: *A hatalommegosztás történelmi dimenziói és mai értelme, avagy az alkotmányos rendszerek belső logikája*. Osiris Kiadó, Budapest, 1995. 254. str. Saopštava: Juhász Zoltán*:* Függetlenség és kontroll. A bíróságok és az ombudsmanok kapcsolata jogszociológiai nézőpontból. In: *Ünnepi konferencia az ELTE megalakulásának 375. évfordulója alkalmából*. Szerkesztette: Nagy Marianna. Eötvös Loránd Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar. Budapest, 2010. II. kötet. str. 91-106. 95. str. https://birosagokhatosagok.wordpress.com/ 2013/06/13/kozlemeny-a-birosagok-szervezeterol-es-igazgatasarol-valamint-a-birak-jogallasarol-es-javadalmazasarol-szolotorvenyek-alkotmanyossagi-vizsgalatarol (23. jula 2015.).

[37] Peter H. Russel – David M. O'Brian (eds.): *Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives from around the* World. University Press of Virginia, Charlottesville, Virginia and London 2001, str. 11. Saopštava: Juhász, Zoltán op. cit. 95. str.

može da utiče i na donošenje presuda. Sa druge strane valja imati na umu da sudije i sud u sistemu trodeobe vlasti predstavljaju jednu od grana vlasti, da u rukama imaju veliku vlast jer su ovlašćeni da presuđuju u pravnim sporovima, pa se stoga trebaju propisati i mehanizmi za njihov nadzor i kontrolu.[38] Prevashodno se ta kontrola i nadzor trebaju provoditi nad radom i transparentnošću (preglednošću) sudske vlasti.

Zahtev za nezavisnim i nepristrasnim sudstvom jedan je od osnovnih prohteva koji se stavljaju pred demokratsku pravnu državu, jer on znači važnu garanciju za zaštitu osnovnih ustavnih prava i sloboda.[39] Norme međunarodnog prava propisuju da se nezavisnost sudija ogleda se u njihovoj finansijskoj sigurnost (plate sudija obezbeđene su državnim budžetom), njihove odluke ne može ni jedno državno telo poništiti ili staviti van snage, odnosno izmeniti, nego samo viši sud u zakonom propisnom procesu, sudije uživaju nezavisnost i unutar zbora sudija. No, valja priznati i da je sud istovremeno i državni organ ustrojen da čuva pravni poredak.[40] Vesna Rakić-Vodinelić smatra da takva „ambivalentna pozicija preti da u kriznim društvenim situacijama dovede do prestanka harmonije između ova dva lica sudske vlasti" te tada po pravilu, preovlađuje funkcija zaštite pravnog poretka.[41]

Nezavisnost sudija osigurava se uvođenjem strogih pravila za kontrolu sposobnosti sudija, trajno imenovani sudije uživaju imunitet, oni su podložni samo zakonima, prilikom suđenja ih niko ne sme usmeravati, njihova funkcija je stalna (traje do penzije) i ne može ih se smeniti sa funkcije, sem u zakonom propisanim slučajevima i po zakonskoj proceduri, oni ne mogu da budu članovi političkih partija ili da obavljaju političke dužnosti.

U Mađarskoj je nakon uvođenja reforme 2012. godine došlo do penzionisanja sudija koji su napunili 62. godinu života, dakle životnu dob propisanu za odlazak u starosnu penziju, iako su do tada sudije mogle da ostanu na svome položaju do navršene sedamdesete godine života. Član 18. stav 1. Zakona o socijalnom i penzionom osiguranju broj LXXXI. iz 1997. (*az 1997. évi LXXXI. Törvény a társadalombiztosítási nyugellátásról*)[42] je

[38] O internacionalnoj komparaciji uloge sudske vlasti i procesa presuđivanja vidi: Pokol, Béla: *A bírói hatalom*. Századvég Kiadó, Budapest, 2003.

[39] Juhász Zoltán op. cit. 95. str. Usp. Ukropina, D.: Nezavisno pravosuđe, neki međunarodni okviri. *Glasnik Advokatske Komore Vojvodine*, 2001. br. 7-8, str. 386.

[40] Kukorelli, István szerk.: *Alkotmánytan I.* Osiris Kiadó, Budapest, 2007. str. 531.

[41] Dr Vesna Rakić-Vodinelić - Dr Ana Knežević Bojović - Dr Mario Reljanović: *Reforma pravosuđa u Srbiji 2008-2012.* Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu - Javno preduzeće Službeni glasnik. Knjiga 17. Beograd, 2012. str. 40.

[42] Jogtár. Hatályos jogszabályok gyűjteménye http://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=99700081.TV#lbj1param (8. jula 2015.)

propisao da je do 31. decembra 2009. godine pravo na starosnu penziju stečeno ako je osiguranik napunio 62 godine života i ima barem 20 godina staža osiguranja, dok je od 1. januara 2010. ta životna dob postepeno podizana (2016. godine 63 godine, 2019. godine 64 godine) sve do granice od 65 godina (koji rok nastupa 2022.). Uz to je član 12. st. 1. Prelaznih odredaba Bazičnog zakona (usvojene su 30. decembra 2011.) regulisao da „sudiji koji je pravo na starosnu penziju napunio pre 1. januara 2012. godine služba prestaje 30. juna 2012. godine, a ako je tu životnu dob napunio pomenute godine, onda mu funkcija prestaje 31. decembra 2012."[43] Budući da je Bazični zakon u članu 26. stav 2. regulisao da „izuzev predsednika Kurije služba svih ostalih sudija traje dok ne napune životnu dob za odlazak u starosnu penziju"[44], to su 2012. godine 231 sudija i 107 javnih tužilaca dobili rešenje o razrešenju sa dužnosti. Penzionisani sudije su procenili da su navedene odredbe diskriminativne budući da ne omogućuju diferencijaciju kakvu daje zakon o socijalnom i penzionom osiguranju (čl. 57. stav 2. tog zakona je do 31. decembra 2011. dozvoljavao sudijama da ostanu na svome položaju do navršene sedamdesete godine života), a sem toga novi propisi nisu uvedeni postepeno.

Istakli su i da su time povređene smernice EU broj 2000/78/EK, te da je uvođenjem nove granice za starosnu penziju povređeno ljudsko dostojanstvo sudija jer im se time prekida karijera, a sem toga gube i finansijski. Neki od njih su se pozivali i na princip nezavisnosti sudija.[45] Ombudman je zbog ovoga podneo ustavnu žalbu Ustavnom sudu koji je retroaktivno ukinuo spornu odredbu, delom i zbog principa nezavisnosti sudija, ali i zbog diskriminacije. Međutim, penzionisani sudije nisu vraćeni na svoja radna mesta. Zato je 7. juna 2012. pred sudom Evropske unije sa sedištem u Luksemburgu podneta tužba zbog povrede smernice broj 2000/78/EK te je posebnim podneskom zatraženo sprovođenje hitnog postupka. Attila Vincze daje opširnu analizu presude Suda Evropske unije broj C-286/12. od 6. novembra 2012. godine u sporu Evropske komisije protiv Mađarske kojom je utvrđeno da je kod penzionisanja sudija izvršena diskriminacija.[46] Sud navodi u obrazloženju presude da su penzionisa-

[43] Magyarország Alaptörvényének Átmeneti Rendelkezései http://www.complex.hu /kzldat/a1101231.htm/a1101231_3.htm (8. jula 2015.).

[44] Vincze. Attila: Az Európai Unió Bírósága a bírói nyugdíjazásról: a diszkrimináció tilalma és a bírói függetlenség. JeMa 2012/4. Luxembourgi joggyakorlat str. 65- - http://jema.hu/ article.php?c=205 (8. jula 2015.).

[45] Vincze Attila op. cit. str. 66.

[46] Presudu vidi na web stranici suda (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/): InfoCuria – Sudska praksa: http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?pro=&nat=or&oqp=&dates=&lg=&language=hu&jur=C%2CT%2CF&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%25

ni sudije „osnovano mogli očekivati" da će do 70. godine ostati u službi, ali je snižavanjem dobne granice to iznenada promenjeno, a da im nije ostavljen nikakav prelazni rok.[47] Pored toga sudije penzionisanjem trpe finansijsku štetu jer su njihove penzije barem za trideset odsto niže od njihovih plata. Posle ove presude je do aprila 2013. godine 165 sudija zatražilo da ih se vrati na raniji posao, 91 sudija je tražio da ga se vrati i na raniju rukovodeću dužnost. Njih 82 vraćeni su na posao, a trinaest i na rukovodeći položaj. U martu 2013. je (sa 263 glasa „za", 8 „protiv" i 38 „uzdržanih" glasova) „u skladu sa odlukom Evropskog suda" usvojen novi mađarski zakon kojim je određeno da se u intervalu od deset godina, postepeno ujednači životna dob za odlazak u starosnu penziju sudija i javnih tužilaca, tako da ona od 1. januara 2023. godine iznosi 65 godina koliko će tada iznositi i opšta granica za starosnu penziju svih zaposlenika.[48] Što se tiče razrešenih pravosudnih radnika (sudija i javnih tužilaca), oni mogu da traže da ih se vrati na raniju funkciju, ako ona još nije popunjena ili da budu stavljeni na raspolaganje uz primanje 80% prijašnje plate i razlike penzije, odnosno mogu da se odluče zatražiti da im se isplati odšteta u visini iznosa njihovih jednogodišnjih primanja.

Mađarski pravni sistem garantuje nezavisnost sudija i suđenja time da sudovi sude u većima, da su pred sudom svi ravnopravni, da su sudski pretresi javni, da na njima stranke imaju pravo koristiti svoj materinji jezik, da se niko ne smatra krivim dok nije osuđen pravosnažnom presudom, da svako ima pravo na sudsku zaštitu i pravno zastupanje pred sudom, garantuje se pravo na pravni lek. Sem toga se svakome obezbeđuje pravo na pravično suđenje od strane nezavisnog i nepristrasnog suda u razumnom roku, budući da neopravdano dugo trajanje postupka za stranku ima isti učinak kao da joj je sudska zaštita uskraćena (*Justice delayed – justice denied*).[49] Prof. Alan Uzelac pominje da je prvi hrvatski predmet pred Evropskim sudom u kojem je ustanovljeno kršenje ljudskih prava bio predmet Rajak koji se odnosio na povredu prava na suđenje u razumnom roku (*ratione temporis*). „U predmetu *Rajak (Rajak protiv Hrvatske*,

2C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&num=C-286%252F12&td=%3BALL&pcs=Oor&avg=&page=1&mat=or&jge=&for=&cid=632488 (preuzeto: 30. jula 2015. godine).

[47] Vincze, Attila op. cit. str. 68-69.

[48] 2013. évi XX. törvény az egyes igazságügyi jogviszonyokban alkalmazandó felső korhatárral kapcsolatos törvénymódosításokról http://www.complex.hu/kzldat/t1300020.htm/ t1300020.htm#kagy2 (preuzeto: 24. jula 2015.).

[49] Bóka, János: 'To delay justice, is injustice' – az ésszerű időtartam követelményének összehasonlító vizsgálata. In: Badó, Attila (szerk.): *A bírói függetlenség, a tisztességes eljárás és a politika.* Összehasonlító jogi tanulmányok. Gondolat Kiadó, Budapest, 2011. str. 134-155.

49706/99, presuda od 28. juna 2001.) proces je trajao 22 godine pre stupanja na snagu Konvencije,a zatim je trajao još oko četiri godine kada je Europski sud doneo svoju presudu."[50]

Bazični zakon iz 2012. u članu 26. stav 1. kaže da su sudije nezavisni, podložni su samo zakonima, u presuđivanju ih se ne može usmeravati niti uticati na njih. Mogu da budu razrešeni ili smenjeni samo iz razloga i uz proceduru propisanu organskim (dvotrećinskim) zakonom. Sudije ne mogu da budu članovi političkih partija i ne mogu da obavljaju političku delatnost. Dužni su da sude shodno principu pravičnog suđenja („*fair trial*") o čemu Bazični zakon u članu XXVIII. piše da svako ima pravo da se u sudskom sporu njegov slučaj rešava od strane nezavisnog i nepristrasnog suda u okviru pravičnog i javnog pretresa, u razumnom roku.[51] Članom 36. stav 4. već pomenutog Zakona o pravnom položaju i prihodima sudija broj CLXII. iz 2011. godine regulisano je da sudija u procesu mora prema strankama da postupa pravično i nepristrasno. [52]

Princip nezavisnost sudija s jedne strane označava nezavisnost suda kao celine, a s druge strane nezavisnost sudije koji sudi u određenom sporu. Sudije uživaju imunitet, što znači da se protiv njih ne može voditi krivični ili upravni postupak, niti pravno odgovaraju za odluke koje donose obavljajući funkciju sudija, jer su za to isključivo nadležni viši sudovi. Péter Hack kaže da se pod principom nezavisnosti suđenja podrazumeva pre svega nezavisnost od zakonodavne i izvršne vlasti, ali je za punu nezavisnost potrebno i da izvršna vlast ne može da utiče na donošenje presuda ni prilikom odabira sudija i prestanka njihove funkcije, u vezi sa platama i prihodima, u vezi njihovog nagrađivanja ili napredovanja, odnosno nagrađivanja.[53] Radi komparativne analize pomenimo da su gotovo istovetne odredbe sadržane i u srpskom pravu, u Zakonu o uređenju sudova (Sl. glasnik RS, br. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 - dr. zakon,

---

[50] Uzelac, Alan: O razvoju pravnih sredstava za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku. Afirmacija ili kapitulacija u borbi za djelotvorno pravosuđe? In: *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu,* 62, (1-2), Zagreb, 2012. str. 359-396. Usp. Uzelac, Alan: *Accelerating Civil Proceedings in Croatia - A History of Attempts to Improve the Effi ciency of Civil Litigation*", In: van Rhee, C. H. (ur.), *History of Delays in Civil Procedure*, Maastricht, 2004., str. 283 - 313.

[51] O proceni dokaza u okvirima pravičnog suđenja vidi: Bencze, Mátyás: A bizonyítékok értékelésének összehasonlító vizsgálata a tisztességes eljárás szempontjából. In: Badó, Attila (szerk.): *A bírói függetlenség, a tisztességes eljárás és a politika.* Összehasonlító jogi tanulmányok. Gondolat Kiadó, Budapest, 2011. str. 218-235.

[52] Jogtár. Hatályos jogszabályok gyűjteménye. http://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=A1100162.TV#lbj1param (preuzeto: 6. jula 2015.)

[53] Hack, Péter op. cit. str. 12.

78/2011 - dr. zakon, 101/2011 i 101/2013)[54] i u Zakonu o sudijama (Sl. glasnik RS, br. 116/2008, 58/2009 - odluka US, 104/2009, 101/2010, 8/2012 - odluka US, 121/2012, 124/2012 - odluka US, 101/2013, 111/2014 - odluka US, 117/2014 i 40/2015).[55]

VI. IZBOR SUDIJA U MAĐARSKOJ I U SVETU

Sistem selekcije sudija jedan od najosetljivijih elemenata, ali ujedno i najvažnijih garancija nezavisnosti i nepristrasnosti sudija. Za postizanje toga cilja potrebno je da pravosuđe u modernom, demokratskom društvu pokazuje najveći stepen neutralnosti prema politici sa ciljem da se u očima građana izbegne čak i pretpostavka da bi moglo doći do povrede principa nepristrasnosti. Michael J. S. Moran kaže da se u slučaju imenovanja sudija treba provesti jednako detaljno ispitivanja sposobnosti kandidata kakvo se provodi prilikom opozivanja sudije (koje se nastoji što više otežati), a to u sistemu common law-a nije slučaj.[56]

Komparacijom različitih pravnih sistema uočljivo je da se negde prednost kod izbora sudija daje konceptu „zasluga" (odabir najboljeg kandidata putem javnog konkursa i posebnog ispita), a u drugim pravnim sistemima su kod odabira kandidata važni faktori njegova ideološka i partijska privrženosti. U pogledu izbora ili imenovanja sudija vredi pomenuti mišljenje Rogera Perrota, koji smatra da pravni sistem pojedine države treba da se odluči kakvog sudiju želi. Ako naglasak stavlja na stručno znanje, onda sudije odabire putem konkursnog ispita, ako prednost daje iskustvu, onda treba odabir izvršiti između pravnika koji imaju veliko iskustvo u rešavanju problema unutar pojedinog pravnog područja.[57] Međutim, ako se naglasak želi staviti na odgovornost, a ne na pravničko znanje, onda se mora dozvoliti da narod bira sudije. Pitanje je samo od koga očekujemo da donese odluku o izboru sudija,

[54] http://paragraf.rs/propisi/zakon_o_uredjenju_sudova.html (6. jula 2015.).

[55] O odnosu uprave i sudova vidi: Dragan Milkov: Odnos uprave i sudova. In: *Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad,* vol. 43, br. 2. Novi Sad, 2009. str. 89-100.

[56] Michael J S. Moran: *Impartiality in Judicial Appointments: An Absent Concept?* Trinity College Law Review, 2007/5. str. 5-20.Saopštava: Badó, Attila (szerk.): *A bírói függetlenség, a tisztességes eljárás és a politika.* str. 42.; Badó, Attila: *Az igazságszolgáltató hatalom függetlensége és a tisztességes eljárás*. str. 39.; Badó, Attila: *Izbor sudija – nepristrasnost i poltika. Komparativna analiza*. str. 280.

[57] Roger Perrot: *Institutions judiciaires*. Montchrestien, Domat Droit privé, 13 e éd., 2008. str. 536. Saopštava: Badó Attila: *A bírói függetlenség, a tisztességes eljárás és a politika*. str. 62-63.; Badó, Attila: *Az igazságszolgáltató hatalom függetlensége és a tisztességes eljárás*. str. 39.; Badó, Attila: *Izbor sudija – nepristrasnost i poltika. Komparativna analiza*. str. 313.

posebno ako imamo u vidu da se mišljenja pravničke struke (koja ni sama nije jedinstvena oko načina izbora i ličnosti izabranog sudije) i predstavnika političkih partija u izvršnoj i zakonodovanoj vlasti o tome bitno razilaze.[58] U zadnje vreme i u sistemu common lawa i u kontinentalnom pravu prevladava mišljenje da izbor treba da se vrši prema zaslugama, te su time date jače garancije da sudija bude nezavisan, posebno od uticaja politike.[59] Zbog toga je naročito u kontinentalnim pravnim sistemima došlo do stvaranja nezavisno organizovanog sudstva, pa je upravljanje sudovima u većoj ili manjoj meri oduzeto iz ruke drugih grana vlasti te je sudijama povereno da odlučuju o selekciji novih sudijskih kadrova, o napredovanju sudija, odnosno o njihovom pozivanju na disciplinsku odgovornost. To je, međutim, pojačalo kritike zbog opasnosti od korporativizma i disfunkcije „jedne samokontrolišuće organizacije koja nije podložna društvenoj kontroli."[60]

U *Mađarskoj* sudije na predlog predsednika Državne kancelarije sudija (OBH) imenuje i razrešava predsednik Republike. Za sudiju može da se imenuje kandidat koji zadovoljava uslove propisane članom 4. Zakona broj CLXII., dakle da je: mađarski državljani sa navršenih trideset godina života, sa završenim pravnim fakultetom i položenim pravosudnim ispitom, koji se ne nalazi pod tutorstvom, koji se obaveže da će dati izjavu o imovinskom stanju shodno zakonskim propisima, a koji je pre imenovanja barem jednu godinu radio kao sudski sekretar, javni podtužilac, advokat, notar, pravnik u preduzeću, ili je u javnom sektoru obavljao pravne poslove, ili je ranije bio sudija Ustavnog suda ili redovnog odnosno vojnog suda ili javni tužilac, odnosno ako je učestvovao u donošenju presuda kod nekog tela Evropske unije ili je obavljao delatnost u vezi pravosuđa. Prvo imenovanje glasi na rok od tri godine, posle kojeg sledi trajno imenovanje (do navršenja dobne granice za odlazak u starosnu penziju). Za sudiju ne može da bude imenovano lice koje je osuđivano, kome je zabranjeno vršenje pravničke službe, koje je već penzionisano shodno napred pomenutom zakonu o socijalnom i penzionom osiguranju broj LXXXI. iz 1997. godine ili je pre za to propisanog vremena počelo primati penziju.

---

[58] Badó Attila, Halász Edina: *Az angol bírák "megfegyelmezése" a 21. században*, Pro Futuro – A jövő nemzedékek joga, Debrecen, 2012 2:(1) pp. 80-87.; Badó Attila, Nagy Zsolt: *Some aspects of legal training in Hungary*, University of Toledo Law Review, 2005, 37:(Fall) pp. 7-13.

[59] Isto.

[60] Vidi najpregledniju knjigu o ovom pitanju: Canivet, Guy – Andenas, Mads – Fairgrieve, Duncan (eds.): *Independence, Accountability and the Judiciary*. British Institute of International and Comparative Law. London, 2006. str. 492. Saopštava: Badó Attila: *A bírói függetlenség, a tisztességes eljárás és a politika*. str. 64.; Badó, Attila: *Az igazságszolgáltató hatalom függetlensége és a tisztességes eljárás*. str. 70.; Badó, Attila: *Izbor sudija – nepristrasnost i poltika. Komparativna analiza*. str. 314.

Dodatni uslov za imenovanje sudije vojnog suda jest taj da kandidat bude oficir mađarske vojske te da za kandidovanje dobije prethodni pristanak ministra odbrane (5. §). Imenovani sudija prilikom stupanja na dužnost (najkasnije u roku od osam dana posle imenovanja, ili u slučaju sprečenosti u roku od tri meseca) pred predsednikom suda polaže zakletvu propisanu Zakonom o zakletvama javnih službenika broj XXVII. iz 2008. (*az egyes közjogi tisztségviselők esküjéről és fogadalmáról szóló 2008. évi XXVII. törvény*) kako sledi: „*Zaklinjem se da ću poverene mi slučajeve rešavati u pravičnom procesu, savesno i nepristrasno, rukovodeći se isključivo zakonima, te da ću se u obavljanju dužnosti voditi samo istinom, pravdom i pravednošću*" (član 22. Zakona broj CLXII.). Obaveza nepristrasnog suđenja i pravičnog procesa propisana je i članom 36. pomenutog zakona. Sudije podležu obavezi redovnog vrednovanja njihovog rada i to lice imenovano za stalnog sudiju treba da bude ocenjeno nakon proteka tri godine od njegovog imenovanja, a sudija imenovan na neodređeno vreme se ocenjuje svakih osam godina, s tim da zadnji put bude vrednovan najkasnije šest godina pre ispunjenja uslova za odlazak u starosnu penziju. Rad sudije se vanredno vrednuje i onda ako se pojavi sumnja da zbog bilo kojeg razloga nije stručno sposoban da obavlja funkciju sudije, kao i ako to sam zatraži, ili ako spor koji presuđuje bez osnovanog razloga nije rešen ni nakon dve godine. Od kontrole su izuzeti rukovodioci koje imenuju predsednik OBH i predsednik Kurije, zamenici predsednika Kurije i predsednika OBH te sudije imenovani u ministarstvo i u Kuriju (68-69. §). Sprovođenje postupka ocenjivanja sudije naređuju predsednici osnovnih sudova, apelacionih sudova i Kurije i to ili po zvaničnoj dužnosti, ili na inicijativu drugostepenog (apelacionog suda), a ono mora da se u pismenoj formi saopšti sudiji koji je podvrgnut kontroli (70. §). Nakon sprovedene kontrole predsednik suda ocenjuje sudiju na osnovu prikupljenih podataka i mišljenja. Ocene mogu da budu: *izvanredan – sposoban za višu sudijsku dužnost, odličan, sposoban, nesposoban*. Predsednik suda treba u pismenom obliku podastreti obrazloženu ocenu kontrolisanom sudiji te predsedniku kolegija višeg (apelacionog) suda (74-76. §). Ako je sudiju ocenio nesposobnim predsednik suda će istovremeno sa davanjem ocene pozvati sudiju da podnese ostavku u roku od 30 dana. Na zahtev kontrolisanog sudije predsednik suda će lično saslušati sudiju omogućavajući mu da iznese svoje mišljenje o vrednovanju. Ako negativno ocenjeni sudija ne udovolji zahtevu predsednika suda, onda ovaj o tome obaveštava sud nadležan za ovakve slučajeve da shodno propisima disciplinskog postupka sprovede proces utvrđivanja nesposobnosti sudije da obavlja svoj poziv. Ako pomenuti sud nadležan za disciplinske postupke sudija i za njihovo

vrednovanje te za sporove u vezi toga oceni da je sudija nesposoban za vršenje funkcije, onda donosi rešenje o tome (81. §). Prvostepeni disciplinski sud sa sedištem u Budimpešti (uz sudbeni sto) ima najviše 75 članova, a drugostepeni disciplinski sud koji deluje uz Kuriju ima najviše 15 članova. Njegovog predsednika i članove imenuje OBT iz redova sudija Kurije, apelacionih sudova i opštih sudova, a zamenika predsednika imenuje predsednik toga suda. Članovi suda obavljaju ovaj posao uz istodobno vršenje svog osnovnog posla sudije na redovnim sudovima (101-103. §).

Funkcija sudije prestaje: *smrću* ili *opozivom* od strane predsednika Republike, *ostavkom*, ako zbog trajno narušenog zdravlja nije u mogućnosti da obavlja funkciju ili je u postupku ocenjivanja sposobnosti ocenjen nesposobnim, kao i ako mu je *pravosnažnom sudskom odlukom izrečena kazna* lišenja slobode, prinudnog lečenja ili obavljanja javnog rada, odnosno ako *nije položio zakletvu* ili je *izabran za poslanika* Evropskog parlamenta, poslanika lokalne skupštine, zastupnika manjina, rektora univerziteta ili direktora naučnog instituta, gradonačelnika, te ako je otišao u *prevremenu starosnu penziju* ili je napunio godine života za odlazak u *starosnu penziju* (89-90.).

U *Srbiji* sudije bira Narodna skupština, na predlog Visokog saveta sudstva, sa time da prvi izbor glasi na rok od tri godine.[61] Posle toga Visoki savet sudstva bira sudije za trajno obavljanje sudijske funkcije, u istom ili drugom sudu. te odlučuje o napredovanju i premeštanju sudija (147. § Zakona o sudijama). Funkcija sudije prestaje: *podnošenjem ostavke, nastupanjem zakonom propisanih uslova* ili *razrešenjem iz* zakonom predviđenih razloga, kao i ako ne bude izabran na stalnu funkciju. Odluku o prestanku sudijske funkcije donosi Visoki savet sudstva, a protiv te odluke sudija ima pravo žalbe Ustavnom sudu (148. §).

VI. 1. KOMPARATIVNI PRIKAZ PRAVOSUĐA BALKANSKIH I SLOVENSKIH DRŽAVA

U nastavku dajemo prikaz međunarodnih iskustava pre svega slovenskih (Rusija, Ukrajina, Belorusija, Poljska, Češka, Slovačka, Bugarska, Slovenija, Hrvatska, Bosna i Hercegovina, Srbija, Crna Gora, Make-

[61] O izboru sudija u vreme tranzicije vidi: Tatjana Lukić: Izbori i razrešenje sudija prema pozitivno-pravnom rešenju u SRJ. In: *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, Novi Sad, 2000-2001, vol. 34-35, br. 1-3, str. 225-236. Usp. Momčilo V. Grubač: Izbori i razrešenja sudija. In: *Arhiv za pravne i društvene nauke*, vol. 80, br. 1, 1994. str. 89-122.; Momčilo Grubač: Problemi sudstva u Srbiji - povratak dostojanstva. In: *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, 2000. br. 12, str. 453-462.

donija)[62] i balkanskih zemalja (uz postjugoslovenske države još i Turska, Grčka, Albanija, Bugarska i Rumunija).[63] Sve one propisuju princip deobe vlasti i nezavisnosti sudstva kao *conditio sine qua non* za funkcionisanje pravne države i garantiju za efikasno sudovanje, jer se bez nezavisnih sudova ne može ostvariti ni poštivanje ljudskih prava, kao ni prava manjina.[64] Zato je u njihovim pravnim sistemima ugrađena *lična garantija* nezavisnosti sudija (stalnost funkcije, nesmenjivost, imunitet, poseban režim disciplinske odgovornosti), *organizaciona garantija nezavisnosti sudova* (deoba vlasti, finansijska autonomija), te *elementi koji obezbeđuju nepristrasnost* (pravila za izuzeće sudija, zabrana komentarisanja nepravosnažnih presuda) itd. Međutim, samo postojanje ovih propisa ne znači da će sudija zaista biti nepristrasan, jer su za to potrebne i njegove lične kvalitete.[65]

U gotovo svim analizovanim sistemima sudovi vrše sudsku vlasti po principu subordinacije i to organizovani prema teritorijalnom i stručnom aspektu. Sudije su neovisni, njihov mandat je neograničen, ali je prvo imenovanje (izbor) u nekim državama vezano uz probni rok (u Grčkoj, Srbiji i na Kosovu tri, u Slovačkoj četiri, u Bugarskoj, Ukrajini i Hrvatskoj pet godina), a zatim sledi trajni izbor koji traje do penzije. Cilj je ovog rešenja da se tokom probnog roka ustanovi da li je sudija podesan za izabranu funkciju. U Bosni i Hercegovini te na Kosovu sem domaćih sude i internacionalni sudije (ne mogu da budu iz susednih zemalja).

U velikoj većini posmatranih država (izuzev u Češkoj, Rusiji i Belorusiji) postoji centralno pravosudno telo koje ili odabire sudije (Bosna i Hercegovina, Bugarska, Hrvatska, Srbija i Crna Gora), ili predlaže kandidate za sudije (Ukrajina, Poljska, Slovačka, Slovenija, Albanija, Grčka, Kosovo, Makedonija, Rumunija, Turska), odnosno sprovodi disciplinski postupak sudija (Ukrajina, Hrvatska, Srbija, Crna Gora, Makedonija, Ko-

---

[62] Vidi opširnije: Heka, Laslo (László): *Sudska vlast u slovenskim državama.* - Komparativna studija. *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*. Godina LXXX, Knjiga 68, br. 1/08. Novi Sad. 2008. str. 3-24. Usp. Heka, Ladislav: *Institucija predsednika Republike u pravnim sistemima slovenskih naroda.* In: *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*. Godina LXXXII, Knjiga 70, br. 7-8/2010. Novi Sad. 2010. str. 279-308.

[63] Detaljnije vidi: i Heka. László: *A Balkán országainak intézmény- és jogrendszere*. A Pólay Elemér Alapítvány Tansegédletei. Szeged, 2013.

[64] O pravosuđu slovenskih država vidi opširnije: Heka, László: *A szláv államok jogrendszerei.* JATEPress, Szeged, 2008. str. 199-214. i Heka, László: *A szláv államok jogrendszerei.* Acta Universitatis Szegediensis. Acta Juridica et Politica. Tomus LXX. - Fasc. 6. Szeged, 2007.

[65] Vladan Kutlešić: *Ustavi bivših socijalističkih država Evrope. Uporednopravna - studija.* JP Službeni list Srbije i Crne Gore. Fakultet političkih nauka. Beograd, 2004. str. 120.

sovo, Albanija, Rumunija). Ovo je telo preuzeto iz pravnih tekovina evropskih naroda (Francuza, Italijana, Španaca, Portugalaca) sa ciljem da se obezbedi samostalnost i nezavisnost pravosuđa u novostvorenim demokratskim državama. Pomenuti pravosudni saveti biraju se na mandat od četiri, a negde i pet godina (u Albaniji i na Kosovu), dok u Rumuniji njihov mandat traje šest godina. Sastavljeni su delom od sudija, delom od profesora prava i advokata, a u nekim državama su njihovi članovi prema funkciji koju obavljaju i predstavnici izvršne (ministar pravde) i zakonodavne vlasti (narodni poslanik, predsednik parlamentarne komisije itd.). Članove ovog tela biraju sudije i parlament, ili ih imenuje predsednik države (u Crnoj Gori dvojicu). U Sloveniji predsednik Republike predlaže petoricu od jedanaest kandidata parlamentu radi izbora.

U Grčkoj, Rumuniji, Albaniji, Kosovu, Češkoj, Poljskoj, Belorusiji i Rusiji sudije imenuje predsednik države, ali je za njihov izbor u Češkoj potrebna saglasnost Vlade, a u Poljskoj odobrenje Nacionalnog saveta sudija.[66] U Ukrajini je prvo imenovanje sudija u nadležnosti predsednika države, a trajno imenovanje je u ingerenciji parlamenta. Kao što smo već naveli u Srbiji je prvi izbor pravo parlamenta, a zatim je daljnja karijera sudija pod ovlašćenjem Visokog saveta sudstva, u Makedoniji i Sloveniji sudije bira parlament (na predlog pravosudnog veća), a u Bugarskoj i Hrvatskoj ih imenuju pravosudni saveti.

Sudija ne može da obavlja nikakvu poslovnu i prihodovnu delatnost, sem naučno-istraživačke. Funkcija mu prestaje *smrću, odlaskom u starosnu penziju, podnošenjem ostavke, izricanjem pravosnažne sudske presude zbog učinjenog krivičnog dela* (u Slovačkoj i Crnoj Gori), odnosno krivičnog dela sa *predumišljajem* (u Bugarskoj), ili krivičnog dela *koje ga čini nedostojnim da obavlja funkciju sudije* (u Hrvatskoj, Crnoj Gori, Albaniji i Turskoj), dok mu u Sloveniji funkcija prestaje ako je učinio krivično delo „protiv profesije". Funkcija mu prestaje i utvrđivanjem *nesposobnosti za rad* (u Hrvatskoj, Albaniji i Grčkoj) ili *nesposobnosti za rad u trajanju dužem od jedne godine* (u Bugarskoj), kao i ako je *teško povredio ustav ili zakon* (u Sloveniji). Utvrđivanje da je sudija nesposoban za rad ili da mu zbog toga prestaje funkcija spada pod ovlašćenje pravosudnih saveta. Protiv ovih odluka je u Srbiji i Hrvatskoj dozvoljena ustavna žalba čime je osnažen položaj sudija jer takva prava nemaju pripadnici drugih profesija.[67]

Radi prikazivanja što šire lepeze internacionalnih rešenja dajemo pregled izbora sudija u državama sa znatno dužom demokratskom tradici-

[66] Heka László: *A szláv államok jogrendszerei*. str. 201.

[67] Vladan Kutlešić op. cit. str. 120–121.

jom od napred navedenih i to po dve zemlje kontinentalnoga prva i common law-a.[68]

U *Engleskoj* je organizaciona razdvojenosti među granama vlasti provedena Zakonom o ustavnoj reformi (*Constitutional Reform Act*), 2005. godine organizovanjem jednog Vrhovnog suda te ograničavanjem Lord kancelarove ranije uloge (on je bio član Vlade te je učestvovao i u imenovanju sudija).[69] Od 2001. godine postoji stalna komisija za imenovanja sudija (*Commission for Judicial Appointments*) koja je dobila ovlašćenje da vrši kontrolu imenovanja sudija i da preispituje pojedinačne žalbe u vezi toga,[70] a 2006. je počela delovati Komisija za imenovanje sudija (*Judicial Appointments Commission*) koja je od izvršne vlasti praktički preuzela pravo kandidovanja koje prethodi imenovanjima. Ovo telo je sastavljeno od 15 članova (od predsednika laika i pet članova laika, zatim od pet predstavnika pravosuđa, dva člana koji predstavljaju ostale grane pravničke struke, te od jednog sudije i jednog mirovnog sudije) koje imenuje kraljica, a predlaže ih kancelar. Komisija daje predloge za imenovanje samo i jedino na osnovu zasluga (*merit*), dakle, umešnosti i sposobnosti kandidata, sa ciljem da se izabere najbolji od njih.[71] Nedostatak je ovog modela što nije u stanju zadovoljiti društvenu potrebu da zbor sudija bude ogledalo celokupne društvene strukture.

U *Sjedinjenim Američkim Državama* postoji koncept izbora sudija koji je suprotan svim drugim sistemima, a karakterističan je po tome da se u

---

[68] O pravosudnom sistemu EU vidi: Čavoški, Aleksandra: Pravosudni sistem Evropske unije u svetlosti reformskog ugovora. In: *Strani pravni život*. 2009, br. 1, str. 73-85

[69] Atiyah Summers je upoređujući engleski i američki pravosudni sistem istakao političku neutralnost engleskih sudija naglašavajući da je tradicionalno najvažniji uslov za imenovanje na tu funkciju bio taj da kandidat svojom stručnom delatnošću dobije priznanje od zajednice barristera i sudija te da raspolaže sposobnošću da se uspešno uklopi u njihovu zajednicu. Vidi: Atiyah P. S.: *Pragmatism and Theory in English Law*, Stevens and Sons, London, 1987. str.136. Saopštava: Badó Attila: *A bírói függetlenség, a tisztességes eljárás és a politika*. str. 46.; Badó, Attila: *Az igazságszolgáltató hatalom függetlensége és a tisztességes eljárás*. str. 45.; Badó, Attila: *Izbor sudija –nepristrasnost i poltika. Komparativna analiza*. str. 287.

[70] R. Stevens: *The Judges, Their Role in the Changing Constitution*. Hart Publishing, Oxford, 2002., str. 169.; V. Bogdanor (ured.): *The British Constitution in the Twentieth Century*. British Academy, London, 2003., str. 816.;ż Diana Woodhouse: *The Office of Lord Chancellor: Time to Abandon the Judicial Role – The Rest will Follow*. Legal Studies, March, 2002., str. 128-146. Saopštava: Badó Attila: *A bírói függetlenség, a tisztességes eljárás és a politika*. str. 42-43.; Badó, Attila: *Az igazságszolgáltató hatalom függetlensége és a tisztességes eljárás*. str. 40.; Badó, Attila: *Izbor sudija –nepristrasnost i poltika. Komparativna analiza*. str. 281.

[71] Kate Malleson: *Rethinking the Merit Principle in Judicial Selection*. Journal of Law and Society, March 2006.,str. 126-140. Saopštava: Badó, Attila: *Az igazságszolgáltató hatalom függetlensége és a tisztességes eljárás*. str. 45.; Badó, Attila: *Izbor sudija –nepristrasnost i poltika. Komparativna analiza*. str. 287.

njemu ispremrežuju sudovi i politika.[72] Sudije *US District Court, US Court of International Trade, US Court of Appeals Circuit Courts* i *Supreme Court of the United States* uživaju garancije doživotnog imenovanja (imenuje ih predsednik države uz odobrenje Senata, često iz redova članova ili barem simpatizera partije kojoj pripada predsednik) [73], dok se svi ostali sudije saveznih sudova obično imenuju na mandat od 15 godina uz mogućnost reizbora (*US Court of Federal Claims, US Bankruptcy Courts, US Tax Courts*).[74] Zapaženo je i da trajno imenovani sudije uglavnom ispoljavaju odanost partiji koja ih je imenovala (republikancima odnosno demokratama), ili joj ostaju ideološki bliski.[75]. Iako su u početku i sudije saveznih država uživali prednosti doživotnog imenovanja, ipak je kasnije njihov mandat promenjen na određeno vreme zbog opšteg stava da se odgovornosti sudija i njihovo razumevanje narodnog osećaja pravednosti bolje može obezbediti imenovanjem na jedan kraći i obnovljivi period.[76] Zato je na nivou saveznih država uz imenovanja od strane guvernera ili skupštine u praksu uveden i izbor sudija od strane naroda.[77] Mnogi zagovornici ovog

[72] Vidi na pr. Herbert Jacob: *Courts and Politics inthe United States*. In: Herbert Jacob – Erhard Blankenburg Herbert M. Kritzer – Doris Marie Provine – Joseph Sanders op. cit. str. 16-81. Saopštava: Badó Attila: *A bírói függetlenség, a tisztességes eljárás és a politika*. str. 47.; Badó, Attila: *Az igazságszolgáltató hatalom függetlensége és a tisztességes eljárás*. str. 55.; Badó, Attila: *Izbor sudija –nepristrasnost i poltika.Komparativna analiza*. str. 297.

[73] Badó Attila: *A bírói függetlenség, a tisztességes eljárás és a politika*. str. 48-49.; Badó, Attila: *Az igazságszolgáltató hatalom függetlensége és a tisztességes eljárás*. str. 56.; Badó, Attila: *Izbor sudija nepristrasnost i poltika. Komparativna analiza*. str. 299.

[74] C. Guarnieri – P. Pederzoli: *The Power of Judges . A Comparative Stufy of Courts and Democracy*. Oxford University Press, Oxford, 2002. str. 32. Saopštava: Badó Attila: *A bírói függetlenség, a tisztességes eljárás és a politika*. str. 47.; Badó, Attila: *Az igazságszolgáltató hatalom függetlensége és a tisztességes eljárás*. str. 55.; Badó, Attila: *Izbor sudija –nepristrasnost i poltika. Komparativna analiza*. str. 297.

[75] Jeffrey A. Segal – Albert D. Cover:.*Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices*. American Political Science Review, 1989. str. 557.; Theodore W. Ruger – Pauline T. Kim – Andrew D. Martin – Kevin M. Quinn: *The Supreme Court Forecasting Project: Legal and Political Science Approaches to Predicting Supreme Court Decisionmaking*. Columbia Law Review, 2004. str. 1150. Saopštava: Badó Attila: *A bírói függetlenség, a tisztességes eljárás és a politika*. str. 48.; Badó, Attila: *Az igazságszolgáltató hatalom függetlensége és a tisztességes eljárás*. str. 56.; Badó, Attila: *Izbor sudija –nepristrasnost i poltika. Komparativna analiza*. str. 299.

[76] Glenn R. Winters: *Selection of Judges. A Historical Introduction*. Texas Law Review, 1965. str. 1081-1085. Saopštava: Badó Attila: *A bírói függetlenség, a tisztességes eljárás és a politika*. str. 49.; Badó, Attila: *Az igazságszolgáltató hatalom függetlensége és a tisztességes eljárás*. str. 57.; Badó, Attila: *Izbor sudija nepristrasnost i poltika. Komparativna analiza*. str. 300.

[77] Craig F. Emmert – Henry R. Glick: *The Selection of State Supreme Court Justices*. American Politics Quarterly, 1988, 16. str. 445-465. Henry R. Glick – Craig F.

koncepta smatraju da je to najdemokratičniji sistem, te da najbolje garantuje nezavisnost sudija. [78] Izborne sisteme sudija u saveznim državama možemo da razlikujemo po tome da li se one smatraju partijskim (*partisan*), ili ne-partijskim (*non-partisan*), u zavisnosti od toga da li je pored imena kandidata navedeno u ime koje partije želi da dobije funkciju sudije. Pri selekciji sudija od 1950-ih godina sposobnost i umešnost kandidata ispituje i specijalna komisija Američkog bar saveza (*American Bar Association*) iz čega je vidljivo postepeno snaženje stručnih aspekata imenovanja.

Među zemljama kontinentalnog pravnog sistema *Nemačka* ostaje dosledna svojoj tradiciji.

U ovoj saveznoj državi se prvo imenovanje sudija početnika obavlja gotovo isključivo na osnovu njegovog znanja i sposobnosti, a kod kasnijih imenovanja i napredovanja je veoma vidljiv uticaj politike. Za razliku od engleskog i danas u Evropi preovlađujućeg modela izbora sudija putem centralnog saveta za pravosuđe, u Nemačkoj je ulogu regrutacije sudija zadržala izvršna vlast.[79] Izbor saveznih sudija spada u nadležnost komisije za odabir sudija (*Richterwahlausschuss*) sastavljene od nadležnih pokrajinskih ministara i od poslanika iz redova parlamentarnih partija proporcionalno njihovom udelu u skupštini, pa tako sem stručnih aspekata pri izboru saveznih sudija ulogu ima i ideološka preferencija kandidata.[80]

Valja napomenuti da u navedenoj komisiji nije zastupljen ni jedan sudija, dakle, odluke donosi političko telo, koje doduše treba da sasluša jedan organ sastavljen od sudija Saveznog vrhovnog suda koji je međutim, ovla-

---

Emmert: *Selection Systems and Judicial Characteristics: The Recruitment of State Supreme Court Judges*. Judicature, 1987, 70. str. 228-235. Saopštava: Badó Attila: *A bírói függetlenség, a tisztességes eljárás és a politika*. str. 50.; Badó, Attila: *Az igazságszolgáltató hatalom függetlensége és a tisztességes eljárás*. str. 57.; Badó, Attila: *Izbor sudija –nepristrasnost i poltika. Komparativna analiza*. str. 300.

[78] Vidi na pr. Kelly Shackelford – Justin Butterfield: *The Light of Accountability: Why Partisan Elections are the Best Method of Judicial Selection*. In: The Advocate, Texas, 2010. str. 73. Saopštava: Badó Attila: *A bírói függetlenség, a tisztességes eljárás és a politika*. str.50.; Badó, Attila: *Az igazságszolgáltató hatalomfüggetlensége és a tisztességes eljárás*. str. 58.; Badó, Attila: *Izbor sudija –nepristrasnost i poltika. Komparativna analiza*. str. 300.

[79] O nemačkim iskustvima vidi: Davor Krapac: Neovisnost sudaca kao postulat pravne države: njemačka iskustva, hrvatski problemi. In: *Politička misao*, Zagreb Vol XXXIV, br. 1, Zagreb, 1997. str. 63—111.

[80] J. Riedel: *Recruitment, Professional Evaluation and Careerof Judgesand Prosecutors in Germany*. In: Federico, GDi. Recruitment, Professional Evaluation and Careerof Judges and Prosecutors in Europe: Austria, France, Germany, Italy, the Netherlands and Spain. Editrice Lo Scarabeo, Bologna, 2005, str. 69-126. Saopštava: Badó, Attila: *Az igazságszolgáltató hatalom függetlensége és a tisztességes eljárás*. str. 47.; Badó, Attila: *Izbor sudija –nepristrasnost i poltika. Komparativna analiza*. str. 289.

šćen samo da iznese svoje mišljenje o kandidatima koje nije obavezno za komisiju. Razlikuje se ovaj model od onoga u drugim evropskim zemljama i po tome što imenovanom sudiji nije zabranjeno članstvo u političkoj partiji, a njegova ranija politička uloga ga ne isključuje iz izbora.

Na nivou pokrajine se imenovanje sudija obavlja na različite načine, ali opet uz snažnu ulogu političkih faktora (izvršne vlasti). U nekim pokrajinama ministarstva donose odluke uz veće ili manje uključivanje sudijskih tela, u drugima o imenovanju sudija odlučuju komisije većinom sastavljene od političara delegata političkih partija, ali mesto dobivaju i sudije. U osam saveznih država-pokrajina ulogu u izboru sudija imaju i izborna tela izabrana od strane zakonodavnog tela.[81] Politički kriterij je prisutan i kod izbora rukovodilaca sudova.

Za razliku od nemačkog modela u *Francuskoj* se primenjuje sistem odabira sudija putem konkursnih ispita, u kome je pravosudno veće centralna institucija, iako je izvršna vlast još uvek sačuvala određena ovlašćenja na polju upravljanja sudovima.[82] Reforma francuskog pravosuđa počela je 2005. godine i trajala je do konca decenije, a njome je ukinuta vodeća uloga predsednika Republike u Vrhovnom pravosudnom veću (od tada njime rukovodi predsednik Kasacionog suda). Više nije član ovoga tela koje provodi postupak imenovanja sudija ni ministar pravde, iako može da prisustvuje svim raspravama, sem disciplinskih postupaka. Reformom je s jedne strane osnažena nezavisnost ovog tela, ali je s druge strane povećanjem broja spoljnih članova koji ne pripadaju ni zakonodavnoj, ni izvršnoj, ni sudskoj vlasti (na pr. profesora prava), u njemu dokinuta sudska većina. Međutim, stvarna uloga veća je ograničena time što se svako zasnivanje radnog odnosa u francuskoj državnoj upravi i institucijama finansiranim iz državnih sredstava (tako i radnog odnosa profesora prava) odvija putem ispita sposobnosti (*concours*), uz uvažavanje principa jednakih mogućnosti. Ovi konkursni ispiti su danas sve rasprostranjeniji unutar karijernog sudskog sistema. Stavljanjem naglaska na objektivnost ovim se oblikom selekcije može na minimum svesti uticaj kapitala ili politike, pa se tako obezbeđuje dobar uvid u stručnu osposobljenost i sposobnosti kandidata.

---

[81] Riedel, op. cit. str. 71., 78., 79. Saopštava: Badó, Attila: *Az igazságszolgáltató hatalom függetlensége és a tisztességes eljárás*. str. 50.; Badó, Attila: *Izbor sudija – nepristrasnost i poltika. Komparativna analiza*. str. 292.

[82] Doris Marie Provine: *Courts in the Political Process in France*. In: Herbert Jacob – Erhard Blankenburg – Herbert M. Kritzer –Doris Marie Provine – Joseph Sanders op. cit. str. 177-249. Saopštava: Badó Attila: *A bírói függetlenség, a tisztességes eljárás és a politika*. str.61.; Badó, Attila: *Az igazságszolgáltató hatalom függetlensége és a tisztességes eljárás*. str. 67.; Badó, Attila: *Izbor sudija –nepristrasnost i poltika. Komparativna analiza*. str. 311.

Zbog toga danas mnogi smatraju da francuski model popunjavanja zbora sudija i njihovog napredovanja treba da posluži kao primer evropskim državama.

Zaključak

Danas su u demokratskim državama trodeoba vlasti, vladavina prava (*rule of law*) te načelo nezavisnosti sudija i prava na pravično suđenje osnovni principi funkcionisanja država, ali i garanti ustavom propisanih prava i sloboda građana. Nezavisno sudstvo nije samo obaveza sudija i sudova, nego je to temeljno očekivanje građana koji pred sudskim forumima žele da ostvaruju svoja građanska prava. Postizanje ovoga cilja osigurava se raznim sredstvima, među kojima se posebno izdvaja pitanje selekcije sudija. Različiti pravni sistemi i države nastoje da pronađu najbolje rešenje za odabir sudija, a u postupku selekcije centralno mesto u sve više država dobijaju pravosudni saveti. Negde su u njima pretežno zastupljeni sudije, drugde u njima mesto imaju i predstavnici izvršne vlasti. Obično se smatra da nije dobro rešenje da izvršna vlast učestvuje u selekciji sudija, ali nije optimalan ni onaj sistem u kome samo sudije odlučuju o tome bez ikakvog uticaja drugih grana vlasti, jer tada postoji opasnost od korporativizma. U Mađarskoj se posebna pažnja pridaje načelu nezavisnosti sudstva, pa su zato u prvoj reformi pravosuđa (1997. godine) provedenoj nakon uvođenja demokracije, ukinuta ranija ovlašćenja ministra pravde u vezi sa organizovanjem sudstva, a njegovu je ulogu preuzeo Državni pravosudni savet sastavljen od dve trećine članova izabranih iz redova sudija i jedne trećine delegovanih članova (predsednik Vrhovnog suda, glavni javni tužilac, predsednik Advokatske komore, ministar pravde, te dva narodna poslanika). Međutim, ni to se rešenje nije pokazalo optimalnim, pa je zadnjom reformom pravosuđa oživotvorenom 1. januara 2013. godine (nakon proglašavanja novog Bazičnog zakona) pokušano pronaći najbolje rešenje da sudstvo bude nezavisno. Razdvojena je funkcija predsednika vrhovnog sudskog foruma od funkcije predsednika sudskog upravljačkog tela, pa tako sada predsednik Državne sudske kancelarije vrši centralno upravljanje sudovima, a kontrolu nad njegovim radom vrši Državni savet sudija sastavljen isključivo od sudija koje biraju same sudije. Sudije imenuje i razrešava predsednik Republike na predlog predsednika Državne sudske kancelarije.

U komparaciji sa drugim sistemima vidimo da je mađarsko rešenje slično onima kod postsocijalističkih evropskih država, dok se od njega u većoj ili manjoj meri razlikuju naročito američko i nemačko rešenje. Dok je naime, u našoj regiji strogo zabranjena bilo kakav politički uticaj,

Nemci i Amerikanci to ne zabranjuju. Francuska ima model u kome sudije, kao i drugi državni službenici polažu tzv. konkursni ispit sa ciljem da se između kandidata izaberu najbolji i najsposobniji, a to nam se čini najboljim metodom izbora sudija.

Mađarsko sudstvo je organizovano kao četverostepeno. U prvom stepenu sude opštinski te upravni i radnopravni sudovi. *Osnovni sudovi* (*törvényszékek*) sude u prvom stepenu u slučajevima kada vrednost spora iznosi barem trideset miliona forinti, ili kada se radi o nekim specijalizovanim predmetima, te u drugom stepenu povodom žalbi na presude i rešenja opštinskih odnosno radnopravnih i upravnih sudova. *Sudbeni stolovi* (*ítélőtáblák*) kao regionalni apelacioni sudovi rešavaju o žalbama protiv presuda opštinskih sudova i osnovih sudova, a postupaju i u drugim slučajevima iz sopstvene nadležnosti.

Najviši sud je *Kurija* koja ima prevashodni zadatak da usmerava niže sudove na korišćenje ispravne i jedinstvene sudske prakse (putem po niže sudove obaveznih odluka koje donosi), a sudi po pravnim lekovima podnesenim protiv opštih sudova i sudbenih stolova. Ovaj sud dobija sve veći društveni značaj, jer donosi odluke kojima utiče na živote ljudi, ali i cele države, pa tako na primer o kreditima u švajcarskim francima itd.

László L. Heka, Ph.D., Associate Professor
University of Szeged
Faculty of Law and Political Sciences

The Hungarian Court System with special Emphasis on the Principle of the Independence of Judges

Abstract: *The question of ensuring the independence and impartiality of judges is one of the basic principles of justice, and basic principles of state functioning in general.*

Successful functioning of justice and the realization of this principle is largely linked to the method of selection of judges, which is, nowdays, an important issue in the world's major legal systems. They all aim to find a solution for the selection of judges that could implement reinforcement of the principle of independence of judges and their impartial trial.

Regarding this, significant differences are noticeable between countries which apply civil law and ones that judge by the principle of common law, especially bearing in mind that certain political cultures exist in which there are no limits that the court involve even an external factor to the trial verdict.

In this thesis we present the Hungarian justice system and methods of selection of the judges, comparing it with the Serbian model, and then presenting solutions in English, American, German and French judiciary, trying to display current prevailing international trends in countries that apply the legal system of Common law, or in those who judge by Civil law.

Finally, by the method of comparative analysis, we present our own view on this issue, being aware that the problem of selection of the judges should be cautiously regulated, given the experience of some other countries, which is especially reflected in post-communist countries in which, up to the 1990s, only one-party system existed, characterized by the fact the judges were selected by the communist Party personnel, that in former Yugoslavia used to be called "socio-politically suitable".

Nowdays in Hungary, Serbia and many other countries, judicial councils represented by judges, prosecutors, lawyers and law professors have a central role in the selection of the judges (in Serbia there are spe-

cial judge and prosecutor councils). In France, the election of judges is conducted by the competition exam.

Key words: *Judicial system of Hungary and Serbia, Election of judges in Hungary and Serbia, Comparative survey of the election of judges in some countries that use the Common law and the ones applying the Civil law, Judicial councils, The principle of independence and impartiality of judges in Hungary and abroad.*

Datum prijema rada: 17.08.2015.

ODELJAK ZA STUDENTE

Pregledni članak 347.440.14
doi:10.5937/zrpfns49-8383

Darija Z. Marić, student doktorskih studija,
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
darijamaric@hotmail.com

NAČELO EKVIVALENTNOSTI I PREKOMERNO OŠTEĆENJE U UGOVORNOM PRAVU

***Sažetak**: Suština načela ekvivalentnosti jeste u jednakosti uzajamnih prestacija ugovornih strana u dvostrano obaveznim ugovorima. Ovo načelo je u Zakonu o obligacionim odnosima apostrofirano kao jedno od osnovnih načela. Zakonom su predviđeni i instituti primene načela ekvivalencije, te je na taj način sloboda ugovaranja stranaka ograničena zakonskim okvirima. Zaštita ekvivalentne vrednosti prestacija ostvaruje se posebnim pravnim instrumentima, od kojih je jedan od najznačajnijih prekomerno oštećenje (laesio enormis). Nastanak ovog instituta se uglavnom vezuje za rimsko pravo u periodu dominata. Pravila o laesio enormis su se vremenom menjala. U srpskom pravu, pre donošenja Zakona o obligacionim odnosima, primenjivala su se pravila o prekomernom oštećenju iz austrijskog i srpskog Građanskog zakonika. U periodu od pedesetih do sedamdesetih godina dvadesetog veka posebna pravila su važila u domenu prometa nepokretnosti u društvenoj svojini. Sredinom sedamdesetih godina dvadesetog veka zakonima su uvedena pravila o apsolutnoj ekvivalentnosti prestacija pri prometu nepokretnosti. Zakon o obligacionim odnosima je prihvatio princip približne vrednosti prestacija. Srpski zakonodavac se odlučio za primenu elastičnog metoda utvrđivanja nesrazmere vrednosti prestacija, te u zakonskom opisu prekomernog oštećenja koristi opisni pojam „očigledna nesrazmera“. Kako bi postojalo prekomerno oštećenje, nužno je da je srazmera očevidna i nesumnjiva, a da li je to slučaj je faktično pitanje o kom odlučuje sud. Iako je na osnovu zakonskog rešenja jasno da očigledna nesrazmera prestacija mora da postoji u trenutku zaključenja ugovora, u teoriji i praksi su se javila brojna sporna pitanja u vezi sa primenom ovog pravila. U teoriji su takođe postojala oprečna mišljenja o tome da li je prekomerno oštećenje u suštini mana volje, te da li je njegova posledica apsolutna ili relativna ništavost ugovora.*

***Ključne reči**: načelo ekvivalentnosti, prekomerno oštećenje, metodi utvrđivanja nesrazmere vrednosti prestacija, kriterijumi utvrđivanja vrednosti prestacija, vreme procene vrednosti prestacija*

Uvod

Načelo ekvivalentnosti[1] je jedno od osnovnih načela obligacionog prava. Suština ovog načela jeste u tome da uzajamne prestacije ugovornih strana u dvostrano obaveznim ugovorima moraju biti jednake, ili bar približno jednake vrednosti. Ono je još u 13. i 14. veku uvedeno u kanonsko pravo, kroz pravila o pravičnoj ceni (iustum praetium). Po ugledu na Justinijanovu kodifikaciju, neki građanski zakonici sadržali su i pravila o prekomernom oštećenju, dok je zabrana zelenaških ugovora uvedena u novijim građanskim zakonodavstvima, poput nemačkog i italijanskog. Nasuprot tome, pravila o promenjenim okolnostima (clausula rebus sic stantibus) se mogu naći samo u najmodernijim zakonodavstvima.[2]

Pre nego što je Zakon o obligacionim odnosima stupio na snagu, u pogledu srazmere vrednosti uzajamnih prestacija važila su pravila iz austrijskog Građanskog zakonika, ali i srpskog Građanskog zakonika o prekomernom oštećenju.

U domenu prometa nepokretnosti u društvenoj svojini u periodu od 1954. do sedamdesetih godina dvadesetog veka ništav je bio ugovor čija je prestacija odstupala po vrednosti u odnosu na tržišnu cenu u iznosu od njene jedne trećine.[3]

Sredinom sedamdesetih godina, zakonima o prometu nepokretnosti uvedeno je *pravilo apsolutne ekvivalentnosti*, koje je bilo karakteristično za privredne sisteme centralizovanog karaktera sa centralnim planiranjem.[4] Pri prometu nepokretnosti u društvenoj svojini zahtevala se apsolutna jednakost između utvrđene i tržišne vrednosti nepokretnosti. U suprotnom, ugovor je bio ništav.[5]

Ovakvo rešenje je kritikovano u domaćoj pravnoj teoriji. Isticano je da insistiranjem na apsolutnoj ekvivalentnosti uzajamnih prestacija zakonodavac „izbrisao“ slobodu ugovaranja, te da je pravna sigurnost na taj

---

[1] Ovo načelo se još naziva i “načelo jednakih davanja“, a taj termin je upotrebljen i u Zakonu o obligacionim odnosima (član 15). – Ljubiša Milošević, „Obligacioni odnosi i osnovna načela prema saveznom Zakonu o obligacionim odnosima“, *Zbornik radova sa savetovanja o primeni Zakona o obligacionim odnosima, Zakona o autorskom pravu i Zakona o izvršnom postupku*, Novi Sad 1979, 43

[2] Jožef Salma, *Obligaciono pravo*, Novi Sad 2007, 134

[3] J. Salma, *Obligaciono pravo*, Novi Sad 2007, 135

[4] Ibid, 136

[5] Ibid, 135

način ugrožena, jer je i minimalno odstupanje ugovorene cene od tržišne za posledicu imalo ništavost ugovora".[6] Sa druge strane, sam pojam tržišne cene nije bio dovoljno egzaktan, a postojali su i različiti stavovi u teoriji i sudskoj praksi u vezi sa tim prema kom vremenu bi uzajamnu vrednost prestacija trebalo određivati.[7]

Kada se posmatraju savremena rešenja iz zakonodavstava zapadnih zemalja, nameće se zaključak da se u većini slučajeva pitanje ekvivalentnosti prestacija posmatra sa čisto ekonomskog aspekta i smatra se da spada u domen autonomije volje ugovornih strana.[8]

Srpski zakonodavac je načelo ekvivalentnosti apostrofirao kao jedno od osnovnih načela, prepustivši slobodnoj volji stranaka pravno ostvarivanje jednakosti uzajamnih prestacija. Ipak, Zakon o obligacionim odnosima[9] predviđa i institute primene načela ekvivalencije, omeđivši na taj način slobodu ugovaranja stranaka zakonskim okvirima.[10] Tako je članom 15. ZOO propisano da „u zasnivanju dvostranih ugovora strane polaze od načela jednake vrednosti uzajamnih davanja."[11] Premda bi se na osnovu navedene odredbe Zakona mogao izvesti zaključak da se zahtev za ekvivalentnošću primenjuje samo na dvostrano obavezne ugovore, iz ostalih odredbi ZOO proizlazi da se očekivanje ekvivalentnosti proteže i na vanugovorne izvore obligacija.[12]

Kada je reč o sankciji, postoji opšte pravilo, koje glasi da je ugovor koji je zaključen protivno ovom načelu ništav. Međutim, da bi se ovo pravilo primenilo, nužno je da je neekvivalentnost prestacija posebno izražena i očigledna[13]. Ukoliko to nije slučaj Zakon predviđa i druge, specifične sankcije,[14] koje se razlikuju u zavisnosti od toga na koji način ugovor vređa načelo ekvivalentnosti. Pored toga, posebna pravila se primenjuju kad su u pitanju vanugovorne obligacije. Treba napomenuti da je ovakvo, parcijalno regulisanje načela ekvivalentnosti u skladu sa načinom na koji je

[6] Ibid, 137

[7] Ibid.

[8] Ibid, 135

[9] Zakon o obligacionim odnosima, „Sl.list SFRJ" br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, "Sl. List SRJ", br. 31/93 i „Sl. List SCG", br. 1/2003 – Ustavna povelja); u daljem tekstu: ZOO.

[10] Konkretni instrumenti zaštite načela uzajamnih davanja su odgovornost za pravne nedostatke, odgovornost za materijalne nedostatke, prekomerno oštećenje, zelenaški ugovor, promenjene okolnosti. – Oliver Antić, *Obligaciono pravo*, Beograd 2008, 47

[11] Član 15. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima.

[12] J. Salma, (2007), 133

[13] Ibid, 135

[14] Na primer, ukoliko je reč o slučajevima gde se primenjuju pravila o prekomernom oštećenju ili pravila o promenjenim okolnostima. - Ibid, 133

primena ovog načela regulisana u „velikim građanskim kodifikacijama“, poput austrijske, nemačke, francuske i italijanske.

1. Pojam i razvoj prekomernog oštećenja kao pravnog instrumenta zaštite ekvivalentne vrednosti prestacija

1.1. Razvoj instituta prekomernog oštećenja od perioda dominata do 19. veka

Zaštita ekvivalentne vrednosti prestacija ostvaruje se posebnim pravnim instrumentima, od kojih je jedan od najznačajnijih prekomerno oštećenje (laesio enormis). Naziv „*prekomerno oštećenje*“ potiče iz novije literature i prihvaćen je, po ugledu na savremeno uporedno građansko pravo, i u Zakonu o obligacionim odnosima[15]. Međutim, pod uticajem rešenja iz austrijskog Građanskog zakonika ovaj pravni instrument se, uglavnom u literaturi starijeg datuma, nazivao i „*oštećenje preko polovine*“ (laesio ultra dimidium pars).[16] U pitanju nije samo terminološka, već i metodološka razlika, koja sa sobom nosi i određene pravne i praktične posledice.[17]

Postoje različite definicije prekomernog oštećenja u pravnoj teoriji. Dok jedan deo autora smatra da je laesio enormis „vrednosna razlika između uzajamnih prestacija u dvostrano obaveznim ugovorima, usled čega je jedna strana pretrpela štetu zbog toga što je nastala nesrazmera prešla granice slobode ugovaranja u pogledu utvrđivanja vrednosti prestacija“[18], drugi ovaj institut prosto definišu kao „poremećaj u kauzi“[19]. Kauza se, pri tome, shvata kao neposredni pravni cilj zaključenja ugovora.[20]

Kao što smo naveli, u pitanju je jedan od najstarijih i najznačajanijih instrumenata obligacionog prava, čije poreklo seže do Justinijanovog vremena[21], kada je uvedeno pravilo po kom pri kupoprodaji zemljišta cena ne sme biti niža od polovine njegove vrednosti[22]. Naime, institut preko-

[15] ZOO ovaj pravni instrument naslovljava kao „prekomerno oštećenje“, a njegovu pravnu suštinu označava naslovom „očigledna nesrazmera uzajamnih davanja“. - Ibid, 367

[16] Ibid, 366

[17] Dušan Nikolić, „Prekomerno oštećenje (laesio enormis) u pravnoj praksi“, *Glasnik Advokatske Komore Vojvodine*, Novi Sad, broj 9, 1989, 31

[18] J. Salma (2007), 369

[19] O. Antić, *Obligaciono pravo*, Beograd 2008, 405

[20] Dudaš Atila, „Shvatanja o kauzi ugovora u domaćoj civilistici po usvajanju Zakona o obligacionim odnosima“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, Novi Sad, broj 1, 2012, 478

[21] Jožef Salma, *Prekomerno oštećenje u obligacionopravnim ugovorima*, Novi Sad 1976, 1

[22] O. Antić, 405

mernog oštećenja nije bio poznat u klasičnom rimskom pravu[23], već je njegov nastanak rezultat krize rimskog carstva u periodu dominata.[24] U svojoj početnoj fazi, ovo pravilo primenjivano je samo u slučaju prodaje fiskalnih dobara i jedino u korist fiskusa.[25] Vremenom se njegov domen primene proširio, te je institut prekomernog oštećenja postao sredstvo zaštite siromašnih zemljoradnika koji su usled krize bili primorani da prodaju svoje posede daleko ispod cene.[26] U poznom rimskom pravu, laesio enormis je mogao isticati samo prodavac kod ugovora o kupoprodaji čiji je predmet nepokretnost, pod uslovom da je mogao da dokaže postojanje određene nesrazmere između cene prodate nepokretnosti i njene stvarne vrednosti.[27] Kupac je, međutim, imao mogućnost da održi ugovor na snazi tako što bi doplatio razliku do pune cene.[28]

U srednjem veku ovaj institut je prošao kroz dve različite faze. U prvoj fazi, varvarski zbornici izričito su propisivali da „niko ne može raskinuti utvrđenu prodaju … stoga što je za malu cenu prodao“.[29] Razlog je bio jednostavan: na snazi je bio feudalni sistem, u kom je dominirala naturalna privreda sa sporadičnom razmenom. U takvim uslovima institut prekomernog oštećenja teško da je mogao naći svoje mesto. Nova faza počela je u poznom srednjem veku, kada glosatori ne samo da su prihvatili pravila o prekomernom oštećenju, već su proširili domen njihove primene na sve ugovore slične kupoprodaji, a dopustili su da se na njih poziva ne samo prodavac, kao što je to bio slučaj u rimskom pravu, već i kupac. Za ovaj period karakteristično je i da je tad uveden i subjektivni element postojanja laesio enormis-a, te da su glosatori odstupili od onog što je predviđalo rimsko pravo i dozvolili da se stranke unapred odreknu primene pravila o prekomernom oštećenju.

---

[23] Tako se po rimskom pravu ranijeg doba smatralo da je ugovor o kupoprodaji sklopljen čim se stranke sporazumeju i predmetu i ceni, nezavisno od toga da li cena odgovara vrednosti stvari, odnosno da li je u pitanju tzv. pravična cena (precium iustum) – Ljubomir Vagner, „Prekomerno oštećenje (laesio enormis)“*, Glasnik Advokatske Komore za AP Vojvodinu*, Novi Sad, broj 4, 1957, 4

[24] Međutim, neki autori vide preteču ovog instituta u pokušaju rimskog prava da se osujeti lihvarenje na taj način što će se kod ugovora o propisati najviša dozvoljena kamatna stopa u iznosu od 12% godišnje (tzv. centisimae usure). – Novica Radonjić, Nesrazmera između ugovornih obaveza kao realnost iz klauzule laesio enormis u Zakonu o obligacionim odnosima, *Glasnik Advokatske Komore Vojvodine*, Novi Sad, broj 11, 1981, 27

[25] Slavko Carić, „Oštećenje preko polovine“*, Glasnik Advokatske Komore Vojvodine*, Novi Sad, broj 1, 1962, 6

[26] Sitni i srednji zemljoposednici su svoje nepokretnosti za sitne novce prodavali latifundistima, odnosno vlasnicima velikih poseda. Broj latifundista pri kraju perioda carstva nije prešao 1800, ali je u njihovim rukama bila ekonomska moć. – O. Antić, 404

[27] S. Carić, 7

[28] O. Antić, 405

[29] S. Carić, 7

Dalji razvoj pravila o prekomernom oštećenju usledio je u kanonskom pravu, u kom je domen primene lezije proširen na sve komutativne ugovore a ugovorno odricanje od primene ovih pravila je onemogućeno. Takođe, napravljena je razlika između oštećenja preko polovine i oštećenja preko dve trećine, za čiju primenu su predviđeni lakši uslovi. Ova shvatanja su preovladavala tokom čitavog srednjeg veka.

Dok je centralno načelo u kanonskom pravu bilo načelo pravičnosti, buržoaska zakonodavstva insistirala su na primeni autonomije volje. U skladu sa tim, institut prekomernog oštećenja je bio„proteran“ iz većine buržoaskih pravnih sistema. Izuzeci su bili francuski[30], austrijski, brazilski i srpski Građanski zakonik.[31]

1.2. Regulisanje nstituta prekomernog oštećenja u austrijskom i srpskom Građanskom zakoniku

Mi ćemo našu analizu ograničiti na austrijski Građanski zakonik iz 1811. godine i srpski Građanski zakonik, koji je nastao po njegovom modelu, ali nije preslikao i sva pravna rešenja. Naime, paragraf 934. AGZ-a propisuje da u slučaju da pri dvostranom obveznom poslu jedna strana nije primila ni polovinu redovne vrednosti onog što je drugoj strani dala, ta ugovorna strana ima pravo da zahteva raskid ugovora i povraćaj u pređašnje stanje. Druga ugovorna strana ima pravo da „održi posao u važnosti“ ukoliko pristane da nadoknadi razliku do redovne vrednosti prestacije oštećene strane, a nesrazmera vrednosti se određuje prema momentu zaključenja ugovora.[32]

Rešenje u SGZ – u je gotovo identično,[33] ali postoji jedna značajna razlika – u SGZ – u se govori o primeni instituta na teretne ugovore. Iako nije jasno da li je u pitanju pogrešan prevod termina iz AGZ – a ili prosto pogrešna interpretacija istog, ovakva zakonska formulacija dovodi do zaključka da se institut prekomernog oštećenja mogao primenjivati na sve

[30] Francuski građanski zakonik je posebno tretirao institut prekomernog oštećenja, ali je njegovu primenu ograničio na ugovore o kupoprodaji nepokretnosti, kada je oštećena strana prodavac i to za više od sedam dvanaestina cene. – LJ. Vagner, „Prekomerno oštećenje (laesio enormis)“*, Glasnik Advokatske Komore za AP Vojvodinu*, Novi Sad, broj 4, 1957, 6

[31] Dok su lezioni ugovori bili predmet regulisanja u austrijskom i srpskom građanskom zakonodavstvu tog vremena, Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru kao ni tadašnje mađarsko pravo koje je važilo na teritoriji današnje Vojvodine nisu regulisali institut prekomernog oštećenja. – S. Carić, 8

[32] S. Carić, 7

[33] Videti član 559 Srpskog građanskog zakonika (Građanski Zakonik za Kraljevinu Srbiju (tekst Zakona od 11. marta 1844. godine, sa izmenama i dopunama).

teretne ugovore. Stoga ostaje nejasno na koji način bi se to učinilo kod jednostranih teretnih ugovora, poput ugovora o zajmu sa kamatom ili naknadom, ili realnog ugovora o ostavi.[34]

Međutim, kako bi se mogla primeniti pravila o prekomernom oštećenju austrijski Građanski zakonik zahteva i postojanje subjektivnog elementa kod oštećenog, te u paragrafu 935. propisuje da ovom pravnom sredstvu nema mesta, između ostalog, „ako je na nesrazmernu vrednost pristao i pored toga što mu je prava vrednost poznata bila"[35]. Drugim rečima, kako bi se pravila o leziji mogla primeniti, zahteva se da oštećeni nije znao za nesrazmeru u momentu zaključenja ugovora. To nije slučaj sa SGZ – om, koji se u najvećem broju slučajeva ograničava na postojanje objektivnog elementa lezije u vidu postojanja oštećenja u određenoj srazmeri vrednosti prestacije.

U jednom delu domaće pravne teorije je kritikovano opredeljenje tvoraca austrijskog i srpskog Građanskog zakonika da ograniče primenu pravila o prekomernom oštećenju na teretne ugovore.[36] Drugi su pak smatrali da je ovakvo ograničenje nužno, jer se kod besteretnih ugovora osnov ne nalazi u ekvivalentnosti, već za prestaciju postoji drugi, afekcioni osnov (motiv) koji sa sobom povlači moralnu obavezu.[37] Mi smo bliži ovom drugom stanovištu, koje je u savremenoj teoriji i rasprostranjenije.

Takođe, kritikovano je kao neadekvatno rešenje kojim se ovom institutu daje dispozitivni karakter i omogućava da se saglasnom voljom stranaka derogira njegova primena, sa obrazloženjem da bi to dovelo do čestog izbegavanja laesio enormis u praksi, čak i u slučajevima kad je nužno primeniti taj pravni instrument.

Sa druge strane, domaća pravna teorija je uglavnom smatrala da su izuzeci od primene pravila o prekomernom oštećenju predviđeni AGZ – om i SGZ – om prilično precizno i jasno određeni i dobro utemeljeni.[38]

---

[34] Jožef Salma, „Prikraćenje preko polovine i ugovor", *Glasnik Advokatske Komore Vojvodine*, Novi Sad, broj 8, 1970 , 27

[35] Istim paragrafom je propisano da nema mesta primene ovom institutu i ako se strana koja se na njega poziva odrekla njegove primene ili izjavila da uzima stvar po vanrednoj vrednosti jer ta stvar za nju ima afekcionu vrednost, ili ukoliko se po odnosu lica može pretpostaviti da su htela zaključiti mešoviti ugovor, sa ili bez naknade, te ukoliko se ne može utvrditi prava vrednost stvari ili je ista bila predmet prodaje sudskim putem. Slična rešenja predviđena su i u članu 560. SGZ -a. – S. Carić S, 8

[36] Tako se navodi da je npr. Code civil prihvatio rešenje iz rimskog prava, u kom ovakvo ograničenje nije postojalo. – s. Carić, 9

[37] J. Salma, „Prikraćenje preko polovine i ugovor", *Glasnik Advokatske Komore Vojvodine*, Novi Sad, broj 8, 1970, 26

[38] Pored navedenih izuzetaka iz paragrafa 935. AGZ i člana 560. SGZ, primena instituta prekomernog oštećenja je ovim zakonicim isključena i kod aleatornih i ugovora o

1.3. Prekomerno oštećenje u domaćem pravu posle Drugog svetskog rata

Već smo pomenuli da su i u vreme FNRJ na određene vrste ugovora primenjivana pravila o prekomernom oštećenju. Primer za to je Zakon o prometu zemljišta i zgrada iz 1954. godine[39] kojim je propisano da je moguće poništiti ugovor kojim je privredna organizacija prodala zemljište ili zgradu privatnom licu ukoliko prodajna cena ne dostiže dve trećine prometne vrednosti nepokretnosti u vreme zaključenja ugovora[40], odnosno da se može poništiti ugovor kojim je privredna organizacija kupila zemljište ili zgradu od privatnog lica ako kupovna cena prelazi za više od jedne trećine prometnu vrednost kupljene nepokretnosti u vreme njene kupovine.[41] Istim zakonom je isključena mogućnost da se ugovorom derogira primena navedenih pravila.[42] Ipak, važno je napomenuti da pravna teorija nije bila jedinstvena u pogledu toga da li je u navedenim slučajevima reč o leziji.[43]

Institut prekomernog oštećenja regulisan je članom 139. Zakona o obligacionim odnosima, koji propisuje da „ukoliko je između obaveza ugovornih strana u dvostranom ugovoru postojala u vreme zaključenja ugovora očigledna nesrazmera, oštećena strana može zahevati poništenje ugovora, ako za pravu vrednost tada nije znala niti je morala znati.“[44] Iako to zakon ne precizira, jasno je da se institut prekomernog oštećenja može primeniti samo na dvostrano obavezne ugovore – to proizlazi iz same prirode dobročinih ugovora.[45]

---

doživotnom izdržavanju, te kod ugovora o poravnanju i u trgovačko – pravnom prometu. – S. Carić, 10

[39] *Službeni list FNRJ*, br. 26/54

[40] Član 26. Zakona o prometu zemljišta i zgrada, *Službeni list FNRJ*, br. 26/54, u daljem tekstu: Zakon o prometu zemljišta i zgrada.

[41] Član 27. Zakona o prometu zemljišta i zgrada.

[42] Član 40. Zakona o prometu zemljišta i zgrada.

[43]Tako dr A.Gams smatra da se u ovom slučaju ne radi o prekomernom oštećenju, već o uslovu postojanja navedenih ugovora, dok je dr Ž.Đorđević zastupao suprotno stanovište. – S. Carić, 8

[44] Član 139. stav 1. ZOO.

[45] Za razliku od teretnih ugovora na koja se primenjuju pravila o tzv. komutativnoj (korektivnoj) pravdi, kod dobročinih ugovora primenjuju se pravila o distributivnoj pravdi, koja ne podrazumevaju obavezu uzvraćanja protivprestacijom, ali podrazumevaju obavezu poklonoprimca da se uzdrži od činjenja koja vređaju poklonodavca. Takođe, u skladu sa pravilima o distributivnoj pravdi, ako poklonodavac osiromaši toliko da nema sredstava za život a poklonoprimac želi da održi ugovor o poklonu na snazi, poklonoprimac ima obavezu izdržavanja poklonodavca. – O. Antić, 406

2. Metodi utvrđivanja nesrazmere vrednosti prestacija

U uporednopravnom ali i domaćem zakonodavstvu, prisutna su dva osnovna metoda utvrđivanja nesrazmere vrednosti prestacija.

Prvi, *matematički metod*, podrazumeva da zakon tačno određuje dozvoljenu meru odstupanja vrednosti prestacija. Ta mera je varirala – austrijski i srpski Građanski zakonik su prihvatali kao meru oštećenje preko polovine, Francuski građanski zakonik oštećenje preko 7/12[46] a Zakon o prometu zemljišta i zgrada FNRJ iz 1954. godine predviđao je da se može tražiti poništenje ugovora ukoliko je kupac platio makar za jednu trećinu tržišne vrednosti stvari manje ili više.[47] Najmanju matematičku srazmeru zahtevao je rumunski zakonik Codul Civil – poništaj ugovora se mogao tražiti zbog prekomernog oštećenja ukoliko je ono iznosilo više od 1/20 stvarne vrednosti kupljene stvari.[48]

Primenom matematičkog metoda nesumnjivo je olakšan posao sudu – da bi utvrdio postojanje oštećenja dovoljno je da utvrdi tržišnu cenu i uporedi je sa ugovorenom cenom. Pored toga, strankama je zakonskom normom decidno omeđena zona u kojoj je moguća sloboda ugovaranja, a pod pretnjom ništavosti pravnog posla. Jasno je da što je manja srazmera oštećenja, veći je domen primene lezije.

Međutim, kritičari primene ovog metoda ističu da je on prilično rigidan, neelastičan, te da ne uzima dovoljno u obzir okolnosti konkretnog slučaja. Naime, nepobitno je manje oštećenje imovine jedne ugovorne strane kada se trguje robom manje vrednosti, nego što je to slučaj kada je u pitanju roba velike vrednosti, iako je matematički gledano srazmera vrednosti identična.[49] Posledično, rigidna primena ovog metoda mogla bi dovesti do toga da se ugovori napadaju zbog oštećenja čija je vrednost minimalna.[50] Pored toga, zamerka matematičkom metodu jeste i činjenica

---

[46] Vredi napomenuti da Francuski građanski zakonik predviđa različite razlomke za različite grupe slučajeva, te za prodaju nepokretnosti predviđa pravilo o oštećenju preko 7/12, a za ugovore o deobi zahteva oštećenje preko ¼. – O. Antić, 408

[47] J. Salma (2007), 370

[48] Iako ovakvo rešenje može delovati nelogično jer se njime znatno proširuje domen primene pravila o prekomernom oštećenju, rumunski zakonodavac je ova pravila predvideo samo i isključivo za ugovor o kupoprodaji, a i za njih je ova odredba dipozitivne prirode i može se drugačije ugovoriti. – J. Salma, „O srazmeri prekomernog oštećenja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu posvećen dvadesetogodišnjici Pravnog fakulte*a, Novi Sad, 1979, 378

[49] N.Radonjić upravo iz ovih razloga kritikuje krutost ovog metoda, jer može dovesti do apsurdne situacije sumum jus, suma injuria – odnosno „sa najviše zakona, najviše nepravde“. - N. Radonjić, 28

[50] J. Salma (2007), 371

da u praksi nije jednostavno egzaktno utvrditi tržišnu cenu predmeta ugovora[51].

Drugi, tzv. *metod elastičnog standarda*, za cilj je imao upravo da se izbegnu nedostaci primene matematičkog metoda, te da se sudu omogući da oceni na osnovu jednog šire koncipiranog merila da li je u datom slučaju reč o gruboj neekvivalentnosti.[52] Ovaj metod je našao svoju primenu, između ostalih, u švajcarskom, nemačkom i ruskom pravu.[53]

Ipak, kritičari primene elastičnog metoda podsećaju da njegova primena nije uvek jednostavna – protekom vremena menjaju se i okolnosti, te oni koji primenjuju zakon pri tumačenju opisno određenih pojmova neretko imaju veliku slobodu, što sa sobom nosi opasnost od zloupotreba i arbitrernosti.

Srpski zakonodavac se takođe odlučio za primenu elastičnog metoda[54], te u zakonskom opisu prekomernog oštećenja koristi opisni pojam „očigledna nesrazmera", koji je ranije bio rezervisan za zelenaške ugovore[55]. Kako bi postojalo prekomerno oštećenje, nužno je da je srazmera očevidna i nesumnjiva[56], a da li je to slučaj je faktično pitanje o kom odlučuje sud. Pozivajući se na samu prirodu dvostrano obaveznih ugovora, kao ugovora čiji je bitan elemenat kauza[57], pojedini autori su mišljenja da zakonom ustanovljena nesrazmera prestacija predviđena članovima 139. i 140. ZOO postoji u onim dvostrano obaveznim ugovorima u kojim je načelo jednake vrednosti uzajamnih davanja toliko povređeno da nije moguće da se ostvari cilj - kauza tog ugovora.[58]

---

[51] Primera radi, ona može biti objektivna, subjektivna, lokalna, regionalna, republička, svetska cena i slično. – Ibid, 372

[52] Pri tome sud može imati u vidu da je u pitanju velika realna vrednost oštećenja, iako je matematička srazmera odstupanja ugovorene od stvarne vrednosti mala, i obratno.

[53] LJ. Vagner, 6

[54] Zanimljivo je da je u Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima prof. Konstantinović leziju postavio na objektivan način: „Ako između obaveza strana ugovornica u dvostranom ugovoru postoji u vreme zaključenja ugovora tolika nesrazmera, da ono što je jedna strana primila ili treba da primi od druge strane ne predstavlja ni polovinu vrednosti onoga što je ona dala drugoj strani, ili se obavezala dati ili učiniti, onda ona može zahtevati poništenje ugovora u roku od jedne godine od njegovog zaključenja." Međutim, u ZOO ovo rešenje nije prihvaćeno. – O. Antić, 406

[55] Ibid, 408

[56] Slabosti opisnog pojma „očigledna nesrazmera" za koji se opredelio srpski zakonodavac N. Radonjić je obrazlažio na vrlo živopisan način: „... ali je u praksi, bez propisanog standarda, mere toliko tih i takvih nesrazmera da je u životu koliko očiju, toliko i očiglednih nesrazmera!" – N. Radonjić, 28

[57] Kauza se u ove svrhe shvata kao sredstvo uspostavljanja imovinske ravnoteže između obvezanih lica, i to u toj meri da se zadovolje zahtevi poštenog prometa, odnosno da jedna strana ostvari uobičajenu dobit a druga strana ne snosi veći gubitak od uobičajenog rizika. – Ibid, 31

[58] Ibid, 30

3. Kriterijumi određivanja vrednosti prestacija

Još jedno značajno pitanje jeste pitanje utvrđivanja *kriterijuma za određivanje vrednosti prestacija*, a u svrhu donošenja odluke da li u konkretnom slučaju ima mesta primeni pravila o prekomernom oštećenju. Tu ponovo postoje dve osnovne vrste kriterijuma: subjektivni i objektivni.

Subjektivni kriterijum podrazumeva da se procena vrednosti prestacija vrši ili prema volji stranaka (kada stvar ima za stranku afekcionu vrednost) ili po uverenju suda, na osnovu njegove slobodne procene[59]. Jasno je da nije prihvatljiva koncepcija po kojoj bi sama ugovorna strana odredila vrednost svoje prestacije, zbog brojnih mogućnosti zloupotrebe.

Objektivni kriterijum utvrđivanja vrednosti prestacija stranaka podrazumeva utvrđivanje tržišne vrednosti kao jedinstvenog standarda procene. Ovaj princip de facto obezbeđuje jednakost stranaka, jer se na isti način i prema istom standardu utvrđuje vrednost obe prestacije. Stoga je on nesumnjivo pravičniji i pogodniji za primenu od subjektivnog.[60]

4. Pojedina sporna pitanja u vezi sa vremenom procene vrednosti prestacija

Na osnovu zakonskog rešenja jasno je da očigledna nesrazmera prestacija mora da postoji u trenutku zaključenja ugovora[61]. Iako su o vremenu procene vrednosti prestacija, odnosno utvrđivanja eventualnog postojanja nesrazmere među prestacijama ugovornih strana postojale različite subjektivne teorije[62], naše mišljenje je da se zakonodavac s pravom opredelio za objektivno odrediv trenutak.

Međutim, kako u teoriji, tako i praksi su se u ovom pogledu javile brojne dileme i sporna pitanja.

---

[59] J. Salma, „O srazmeri prekomernog oštećenja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu posvećen dvadesetogodišnjici Pravnog fakulteta*, Novi Sad 1979, 380

[60] J. Salma (1979), 380

[61] U ovom pogledu nije postojala jednoglasnost u teoriji pre donošenja ZOO. Tako, na primer, S.Carić smatra da „nema osnova za zahtev oštećenja preko polovine ako oštećenje ne postoji u momentu podnošenja tužbe sudu. Samo u izuzetno opravdanim slučajevima trebalo bi se zadovoljiti predviđenom nesrazmerom samo u momentu zaključenja ugovora.“ Ovakav svoj stav on ilustruje rešenjima iz člana 1448. Italijanskog građanskog zakonika. – S. Carić, 10

[62] Prema subjektivnim teorijama, vreme procene mora biti trenutak u kome je nastao nedostatak volje. Ono što ove teorije čini problematičnim jeste to što je taj momenat teško odrediv i razlikuje se od slučaja do slučaja. Njihova primena bi dovela do nesigurnosti samih stranaka, ali i pravnog prometa u celini. Pored toga, u praksi bi bilo vrlo teško dokazati u kom je momentu tačno došlo do nedostatka volje. – J. Salma, (1979), 381

Jedno od njih glasi: *ako su stranke zaključile predugovor, a zatim i ugovor, da li vrednost prestacije treba ceniti prema momentu zaključenja predugovora, ili pak glavnog ugovora?* Oba stanovišta bi se mogla braniti – prvo sa obrazloženjem da oštećena strana ima pravo da zahteva lezionu zaštitu već od trenutka kada je zaključen predugovor, iako do zaključenja glavnog ugovora nije došlo[63], a drugo pozivanjem na činjenicu da je određivanje vrednosti prestacija u predugovoru sporedno, neprecizno i podložno izmenama prilikom zaključenja glavnog ugovora[64] (drugim rečima, glavnim ugovorom se mogu precizirati vrednosti uzajamnih prestacija i na taj izbeći laesio enormis koji je eventualno postojao u predugovoru). Nama je prihvatljivije drugo stanovište, jer bi se u suprotnom, kako to kaže J. Salma, „sankcionisalo oštećenje koje to još nije“.[65]

Još jedno pitanje na koje treba dati odgovor jeste: *da li postoji prekomerno oštećenje kod trajnih ugovora, ukoliko se vrednost prestacija vremenom promeni, nezavisno od volje stranaka*? Tu su moguća dva scenarija, za koja je teorija predvidela različita rešenja.

U prvom slučaju, ako nesrazmera prestacija nije postojala u trenutku zaključenja ugovora, ali kasnije dođe do odstupanja, nema mesta o primeni pravila o prekomernom oštećenju[66]. Drugo je pitanje da li postoji prekomerno oštećenje ukoliko je nesrazmera prestacija postojala u trenutku zaključivanja ugovora, ali su se nezavisno od volje ugovornih strana vrednosti prestacija u toku trajanja ugovora izjednačile? Dok jedan deo autora smatra da nema mesta zahtevu za poništaj ugovora, drugi smatraju da ima. Zastupnici prve teorije, koja zapravo podrazumeva mogućnost da se u izuzetnim slučajevima procena vrednosti prestacija vrši prema momentu nakon zaključenja ugovora, tj. prema momentu kada su se vrednosti uzajamnih prestacija izjednačile[67], kao osnovni argument navode pravičnost, s obzirom da je realni osnov za zahtev za lezionom zaštitom nestao. Stoga, smatraju oni, treba uzeti u obzir stanje de facto, a ne de iure. U suprotnom, otvorila bi se vrata šikanoznim tužbama i uopšte postupcima protivnim zabrani zloupotrebe prava, kao jednog od osnovnih načela obligacionog prava.

Oni koji zastupaju suprotan stav, navode da bi u suprotnom ugovorna strana čiji je spor okončan ranije neosnovano bila u lošijem položaju od one o čijem je sporu kasnije odlučeno[68], što nije u skladu sa pra-

[63] Ibid.
[64] Ibid.
[65] Ibid.
[66] J. Salma, (2007), 372
[67] J. Salma, (1979), 382
[68] Ibid.

vilom po kom u slučaju sukoba dva objektivno ista interesa, primat treba dati interesu onog kojeg pravo favorizuje, a to je u ovom slučaju oštećeni[69]. Takođe, mišljenje je ovih autora da bi se ugrozila pravna sigurnost ako bi se strani koja je u momentu zaključenja ugovora imala pravo da traži lezionu zaštitu to pravo oduzelo jer u međuvremenu došlo do izjednačenja vrednosti prestacija, iako rok da se zahteva poništaj ugovora još nije istekao[70].

5. Pravna priroda prekomernog oštećenja kao instituta ugovornog prava

U pravnoj teoriji su postojala i oprečna mišljenja o tome *da li je prekomerno oštećenje u suštini mana volje i da li je njegova posledica apsolutna ili relativna ništavost ugovora*?

Jedan deo pravne teorije smatra da je oštećenje preko polovine izgrađeno na mani volje (tzv.*subjektivna teorija* o koncepciji prekomernog oštećenja). Takvo stanovište su prihvatile starije građanske kodifikacije (na primer austrijski Građanski zakonik iz 1811. godine[71] i francuski Građanski zakonik iz 1804. godine[72]) sa namerom da se mogućnost da se ugovor pobija zbog prekomernog oštećenja ograniči na one slučajeve u kojim se može dokazati zabluda o vrednosti prestacije, odnosno zabluda o njenoj ceni. Pretpostavka od koje se polazilo jeste da je oštećena strana bila svesna razlike u vrednostima prestacija i da je na to pristala, te je teret dokazivanja ležao na onoj ugovornoj strani koja je tvrdila da je kod nje postojala mana volje u vidu zablude.

Druga, tzv. *objektivna teorija* o koncepciji prekomernog oštećenja je zahtev za ekvivalentnošću prestacija zasnivala na objektivnom činiocu, a u skladu sa načelom pravičnosti. Taj objektivni činilac podrazumeva ili primenu određenog matematičkog postupka, ili odgovarajućeg pravnog standarda[73]. Ova teorija, koja je prihvaćena i u srpskom Građanskom zakoniku iz 1844. godine, bila je dominantna među domaćim pravnim autorima[74], kao i u sudskoj praksi, pre nego što je ZOO stupio na snagu[75]. Njeno glavno preimućstvo je bilo što je oštećena strana na ovaj način uži-

[69] Ibid, 384

[70] Treba naglasiti da u ovom slučaju jedina posledica može biti poništaj ugovora i povraćaj u pređašnje stanje. Naime, ugovor se ne može održati na snazi ponudom dopune do prave vrednosti, jer je do iste već došlo. – Ibid.

[71] J. Salma, (2007), 369

[72] O. Antić, 405

[73] Ibid.

[74] N. Radonjić, 27

[75] Salma J., *Obligaciono pravo*, Novi Sad, 2007, 369

vala veću zaštitu, jer je umesto da bude prinuđena da dokazuje da je bila u zabludi o pravoj vrednosti prestacija - što je u praksi bilo vrlo teško i neizvesno – dovoljno da dokaže samo postojanje nesrazmere između prestacija.

Pravne posledice doslovnog i strogog prihvatanja podele na subjektivnu i objektivnu koncepciju ogledale bi se u različitom trenutku prema kome se lezija ceni – prema subjektivnoj teoriji, to je momenat nastupanja mane volje, a prema objektivnom, u pitanju je momenat zaključivanja ugovora[76].

Do izmena iz 1993. godine, Zakon o obligacionim odnosima predviđao je mešovito rešenje, prihvatajući objektivnu koncepciju kada je u pitanju promet društvenih sredstava u režimu osnovnih sredstava, a u svim ostalim slučajevima prometa subjektivnu koncepciju.[77] Ipak, navedenim reformama je za sve dvostrano teretne obligacione ugovore uvedeno jedinstveno pravilo: za sve vrste svojine u prometu, da bi se pobijao ugovor zbog prekomernog oštećenja, potrebno je da je ispunjen ne samo objektivni uslov (postojanje očigledne nesrazmere prestacija), već i subjektivni uslov (da je postojala zabluda kod oštećene strane o pravoj vrednosti prestacije).[78] Ove reforme su naišle na podeljena mišljenja stručne javnosti, ali je prevladalo mišljenje da su bile svrsishodne i dosledne.[79]

U skladu sa tim, treći konstitutivni element instituta „prekomerno oštećenje" je subjektivne prirode: zabluda oštećene strane o pravoj vrednosti prestacija[80].

Zabluda predstavlja pogrešno shvatanje o stvarnosti[81]. Kada je materija pravnih poslova u pitanju, Boris Vizner je smatrao da se suština ove

---

[76] O. Antić, 406

[77] Intencija zakonodavca je, čini se, bila da poveća intenzitet zaštite društvene svojine, jer su slučajevi prometa osnovnih sredstava u kojim su nosioci društvene svojine prenosioci, a fizičko ili građansko pravno lice sticaoci bili mnogo češći u praksi nego oni sa obrnutim ulogama. – O. Antić, 407

[78] J. Salma, (2007), 369

[79] S. Perović ističe da se pomenutim reformama tekst kodifikacije oslobodio „svih okvira koji su delovali kao antiteza tradicionalnoj tezi obligacije. Time je udovoljeno zahtevu života prava u odnosu na samovolju fakta." – S. Perović, „Skica za jedan portret", *Trideset godina Zakona o obligacionim odnosima - zbornik radova*, Kragujevac, 2008,1

[80] Uvođenjem subjektivnog elementa, zakonodavac je ograničio polje primene prekomernog oštećenja, a sa ciljem sprečavanja zloupotreba. Ovo se naročito odnosi na ugovore u privredi. – N. Radonjić, 31

[81] Prema mišljenju autora D. Hibera, pod ovaj pojam bi se moglo podvesti i odsustvo bilo kakve predstave o stvarnosti. – Dragor Hiber., *Pojam bitne zablude pri zaključenju ugovora*, Beograd 1991, 10

mane volje ogleda u sledećem: „Kod zablude se radi o nepodudaranju psihičkih predstava ugovorne strane o nekoj činjenici, o nekom faktičkom stvarnom stanju, jer je njena predodžba o toj činjenici neispravna u odnosu na stvarno postojeće stanje, zbog čega ona nesvesno izjavljuje nešto drugo od onoga što je stvarno nameravala izjaviti.“ [82] Kada to primenimo na institut laesio enormis, sledi da je stranka zaključila pravni posao jer nije bila svesna prave vrednosti prestacija, a u suprotnom to ne bi učinila.

6. Pravne posledice prekomernog oštećenja u ugovornom pravu

Premda ima i mišljenja po kojim su lezioni ugovori zapravo apsolutno ništavi[83], većina domaćih pravnih autora ih svrstava u kategoriju rušljivih[84]. Na to prevashodno upućuje globalna sankcija - dok povreda načela ekvivalencije povlači sankciju u vidu apsolutne ništavosti takvog pravnog posla[85], iz zakonske odredbe proizlazi da je posledica postojanja prekomernog oštećenja relativna ništavost ugovora[86]. Navedeno zakonsko rešenje je sasvim u skladu sa shvatanjima tradicionalne teorije, koja je suštinu instituta prekomernog oštećenja videla u zabludi o tržišnoj vrednosti prestacija ugovornih strana.[87]

Na to da su lezioni ugovori rušljivi upućuje i činjenica pravo na podnošenje zahteva za poništaj ugovora ima samo oštećena strana, a ne i neko treće lice, i to u zakonom određenom roku[88]. U Zakonu o obligacionim odnosima rok za podnošenje zahteva za poništaj ugovora je fiksiran na jednu godinu od dana zaključenja (tzv. objektivni rok). Nakon isteka tog

---

[82] Boris Vizner, „Pravno relevantno značenje zablude o motivu“, *Glasnik advokatske komore Vojvodine, časopis za pravnu teoriju i prak*su, Novi Sad, broj 1, 1977, 14

[83] O. Antić tako napominje da u zavisnosti od toga da li strogo prihvatamo subjektivno ili objektivno shvatanje prekomernog oštećenja, razlikuju se i njegove pravne posledice. Ukoliko leziju shvatamo subjektivno, onda su takvi ugovori rušljivi, a ukoliko je shvatimo objektivno, onda su apsolutno ništavi. – O. Antić, 406

[84] Danica Popov, *Građansko pravo, opšti deo,* Beograd 2005, 283

[85] U skladu sa tradicionalnim načelima ništavosti ugovora iskazanim u pravilima fraus omnia corrumpit (onaj ko je znao za razlog ništavosti snosi i njene odštetne posledice) i quod ab initio vitiosum est, tractu temporis non est convalescere (ono što je od početka nezakonito, neće postati zakonito ni protekom vremena), ugovor kojim je povređen javni poredak, dobri običaji ili imperativni propisi ništav je od početka (ex tunc). Osnovna pravna sankcija u slučaju apsolutne ništavosti jeste povraćaj u pređašnje, predugovorno stanje. – Salma Jožef, „Ugovorna odgovornost u evropskom, uporednom i domaćem pravu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, Novi Sad, broj 1, 2011, 90

[86] J. Salma napominje da u ovom slučaju sankcija rušljivosti ima „izvesnu primesu ništavosti“, jer se stranke ne mogu odreći prava na zaštitu. – J. Salma, (2007), 368

[87] Ibid.

[88] Članom 110. Zakona o obligacionim odnosima propisano je: „Pravo na isticanje ništavosti ne gasi se.“

roka prestaje pravo oštećene strane da zahteva poništenje ugovora.[89] Primećujemo da se ova pravila razlikuju u odnosu na ono što je zakonodavac propisao u vezi sa zabludom, koja je, ukoliko su ispunjeni odgovarajući uslovi da se smatra bitnom[90], jedan od razloga za podnošenje tužbe za poništaj rušljivog pravnog posla.

Naime, poništaj ugovora zbog bitne zablude može tražiti strana koja je u zabludi[91], pod uslovom da je pri zaključenju pravnog posla postupala sa odgovarajućim standardom pažnje. Rokovi za podnošenje tužbe su prekluzivni i iznose godinu dana od saznanja za zabludu (subjektivni rok), odnosno tri godine od momenta zaključenja pravnog posla[92](objektivni rok)[93].U suprotnom, dolazi do konvalidacije, odnosno osnaženja pravnog posla po sili zakona i pravni posao nastavlja da važi kao da mana volje nije ni postojala[94].

ZOO takođe decidno određuje da eventualno odricanje unapred od prava da se zahteva poništenje ugovora nema pravnog dejstva[95]. Mutatis mutandis, takva odredba u ugovoru bila bi ništava.[96]

---

[89] Član 139. stav 2. ZOO.

[90] Uslovi pod kojim se zabluda smatra bitnom su propisani članovima 61, 62. i 64. ZOO.

[91] Zakon o obligacionim odnosima u slučaju rušljivosti primenjuje princip subjektivne odgovornosti, u skladu sa kojim pravo na naknadu štete ima savesna strana. Iz odredbe člana 115. ZOO koja propisuje da je ugovarač na čijoj je strani uzrok rušljivosti odgovoran za štetu koju trpi zbog poništenja ugovora, ako ovaj nije znao niti je mogao znati za postojanje uzroka rušljivosti ugovora, sledi da dužnik naknade štete može biti kako strana koja je drugu navela na zaključenje pravnog posla prevarom, pretnjom ili prinudom, tako i strana koja je bez svoje krivice dovedena u stanje bitne zablude pod uslovom da je druga strana u pravnom poslu bila savesna.

[92] Član 117. ZOO.

[93] U uporednom pravu su rešenja u ovom pogledu vrlo različita. Nemački građanski zakonik propisuje da se zahtev za poništaj pravnog posla mora podneti odmah po saznanju za zabludu, a najkasnije u subjektivnom roku od 30 dana. Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru predviđa da je rok za podnošenje ovakvog zahteva 6 meseci od saznanja za zabludu. Nasuprot ovim relativno kratkim rokovima, italijanski Građanski zakonik propisuje subjektivni rok od 5 godina a u francuskom Građanskom zakoniku taj rok iznosi čak 10 godina. - S. Perović, *Obligaciono pravo,* Beograd 1980, 300

[94] Izuzetak od ovog pravila postoji u slučaju nesporazuma, koji nastaje usled postojanja „zabluda-prepreka“ usled kojih pravni posao ne nastaje. Zainteresovana lica u ovakvim slučajevima mogu da tužbom za utvrđenje traže od suda konstataciju da ugovor nije ni nastao. Za razliku od ostalih slučajeva u kojima se može tražiti poništaj ugovora zbog postojanja bitne zablude, za podnošenje ove tužbe ne postoji prekluzivan rok i pravo da se zahteva utvrđenje ništavosti takvog pravnog posla se ne gasi. – Ibid.

[95] Član 139. stav 3. ZOO.

[96] U tome neki autori, poput Jožefa Salme, vide „recidiv ništavosti“. – J. Salma, (2007). 373

Zanimljivo je rešenje ZOO po kom će ugovor ostati na snazi ako druga strana ponudi dopunu do prave vrednosti.[97] Zakon o obligacionim odnosima takođe izričito propisuje da se zbog očigledne nesrazmere uzajamnih davanja ne može tražiti poništenje ugovora na sreću[98], javne prodaje, kao ni onda kad je za stvar data viša cena iz osobite naklonosti[99].

Poništaj ugovora usled postojanja laesio enormis deluje ex tunc, odnosno smatraće se da do zaključenja ugovora nije ni došlo. Ukoliko ugovorne strane nisu izvršile svoje prestacije, poništenjem ugovora nestaće i pravni osnov da se izvrši činidba i zahteva činidba druge strane. Ukoliko je ugovor izvršen, vrši se restitucija, po mogućstvu naturalna. U slučaju da se vraćanje ne može izvršiti, izvršiće se civilna restitucija, odnosno strana koja ne može da ispuni civilnu restituciju će biti dužna da isplati novčanu naknadu stvari[100].

7. Primena pravila o prekomernom oštećenju na ugovore u privredi

Postoje mišljenja po kojim bi se domaći zakonodavac trebao ugledati na rešenja iz strane legislature, po kojim je se ovaj institut ne primenjuje na privredne ugovore[101]. Obrazloženje je da se od privrednika očekuje poseban nivo pažnje i stručnosti prilikom zaključivanja ugovora i procene vrednosti prestacija.[102]

Pored toga, navodi se da s obzirom na masovnost privredno – pravnog prometa velika odstupanja u vrednosti između prestacija ne mogu proći nezapaženo i mogu biti samo rezultat volje ugovornih strana. Takođe, nije retka pojava da poslovne organizacije prodaju određenu količinu robe ispod tržišne cene sa ciljem da privuku kupce, povećaju svoju konkurentnost na tržištu ili prosto da se oslobode robe od koje mogu imati štetu – na primer, robe kojoj je istek roka trajanja vrlo blizu, a ta privredna organizacija ima velike količine i po redovnoj ceni ne bi uspela da je proda u neophodnom roku.

---

[97] Član 139. stav 4. ZOO.

[98] Jožef Salma definiše ugovore na sreću kao takve ugovore kod kojih dobitak zavisi od, za ugovorne strane nepoznate, buduće neizvesne okolnosti ili događaja povodom čijeg pogađanja zavisi njena isplata ili neisplata onom licu čija tvrdnja odgovara izvlačenju ili događaju. Dobitak isplaćuje organizator igara, koji mora da ispuni posebne zakonske uslove, dok je obaveza igrača da prilikom zaključenja ugovora uplati određeni iznos. - J. Salma, (2007). 336

[99] Član 139. stav 5. ZOO.

[100] Aleksandar Radovanov, *Obligaciono pravo, opšti* deo, Novi Sad 2009,157

[101] Među brojnim primerima su i paragraf 280. bivšeg Trgovačkog hrvatskog zakonika, paragraf 380. bivšeg Trgovačkog zakonika Bosne i Hercegovine, član 286. Austrijskog trgovačkog zakonika, i drugi. – S. Carić, 11

[102] J. Salma, (2007), 370

Nisu retki autori koji ovakav svoj stav pravdaju i činjenicom da je u privredno – pravnom prometu snažno izražena aleatornost, kao i principi pravne sigurnosti, te savesnosti i poštenja. Drugi pak strahuju da bi primena pravila o prekomernom oštećenju u privrednoj sferi usporila i otežala promet, koji po prirodi stvari mora biti brz, efikasan, dinamičan i raznovrstan.

Nasuprot tome, u delu pravne teorije nailazi se na decidan stav da izuzeće privrednih ugovora od primene pravila o prekomernom oštećenju ne bi trebalo prihvatiti. Obrazloženje ovakvog stava jeste u tome da suština instituta laesio enormis leži upravo u zaštiti oštećene strane. Stoga, ne bi trebalo biti od značaja u kojoj sferi je ugovor zaključen, već treba postupati u skladu sa načelom pravičnosti koje je jedno od osnovnih i sveprožimajućih načela ugovornog prava.

Ovakvo mišljenje je u skladu i postojećom sudskom praksom. Međutim, sud je i u vreme kad je na snazi bilo čisto objektivno shvatanje instituta laesio enormis smatrao da kod ugovora u privredi mora biti dokazano i postojanje subjektivnog elementa ovog instituta. Tako je Vrhovni privredni sud u svojoj odluci Sl.491/58 od 6.novembra 1959. godine obrazložio: "Događa se da neka privredna organizacija iz posebnih svojih razloga plati za neku stvar dvostruko više nego što ona vredi, odnosno da je proda ispod polovine svoje vrednosti. U takvom slučaju ne može ona taj posao pobijati zbog oštećenja preko polovine, pozivajući se jedino na objektivnu činjenicu da je oštećena za toliko.To nije dovoljno. Da bi uspela sa zahtevom za pobijanje, stranka mora dokazati povrh te činjenice još i subjektivni momenat na strani saugovarača, i to činjenice koje se protive dobrim običajima u privredi."[103] Ovakav stav suda je, očekivano, žustro kritikovan od strane tadašnje teorije.[104]

Kako smatramo da je reč o vrlo kompleksnoj problematici, koja zahteva dublju i opširniju analizu, zadržaćemo se ovom prilikom na pregledu suprotstavljenih stavova po ovom pitanju.

8. Odnos između zelenaških i lezionih ugovora u domaćem pravu

Zanimljivo je da neka prava, među kojima su i italijansko, nemačko i švajcarsko, ne poznaju institut prekomernog oštećenja već lezione ugovore smatraju za jednu od vrsta zelenaških ugovora. Naša pravna teorija,

[103] S. Carić, 6

[104] Tako S. Carić ističe da je pravno stanovište po kom je objektivna okolnost oštećenja preko polovine uz druge pravno relevantna činjenica za privredno – pravni promet suprotno osnovnim principima privrednog prometa. Isti autor smatra da je stav Vrhovnog suda o subjektivnom elementu lezije u privredno – pravnom prometu „proizvoljan", te zaključuje da „specifičnosti privrednog poslovanja derogiraju institut oštećenja preko polovine u svim njenim oblicima". - Ibid, 13

predvođena prof. Konstantinovićem, zauzela je stav da je zakonikom o obligacijama nužno reglusati obe ustanove.

Obrazloženje leži u tome da kod zelenaških ugovora pored očigledne nesrazmere uzajamnih davanja postoji i dodatni element u vidu korišćenja lakomislenosti, nedovoljnog iskustva, teškog imovinskog stanja, zavisnosti ili neke druge slične okolnosti sa ciljem da se pribavi za sebe ili treće lice upravo ta, nesrazmerna imovinska korist[105]. Ovakav stav domaćih autora, koji je prihvatio i srpski legislator, po našem mišljenju je opravdan, jer su u pitanju dva različita i jasno odvojena pravna instituta, nesumnjivog značaja.

9. Zaključak

Iako je jasno da se primenom pravila o lezionim ugovorima, između ostalog, štiti savesnost i poštenje stranaka još od zasnivanja ugovornog odnosa[106], važno je napomenuti da značaj ovog instituta nije ograničen na usku sferu privatnih interesa. To postaje evidentno u vreme ekonomskih kriza, kada primena ovog instituta postaje alat za zaštitu poretka i pomaže da se robno – novčani odnosi stabilizuju.[107] Prekomerno oštećenje je jedan od posebnih instrumenata ostvarivanja ekvivalentnosti uzajamnih davanja, čime se sprečava špekulativno poslovanje, koje ima ozbiljne posledice po proizvodnju i planirani razvoj društva kao celine. Na taj način pravila o prekomernom oštećenju zapravo štite pravni poredak.

Pored toga, ne treba zanemariti ni moralnu i filozofsku komponentu pravila o leziji – njima se štiti slabija ugovorna strana, a u skladu sa načelom pravičnosti u obligacionim odnosima.

[105] U skladu sa navedenim, autor I. Simonović smatra da je „uzrok koji je doveo do nesrazmere činidaba ozbiljniji kod zelenaškog ugovora i, sa stanovišta javnog prava, nemoralan (iskorišćavanje nepovoljnog položaja saugovarača radi sticanja nesrazmerne koristi), pa takav ugovor ne može da proizvede nikakvo pravno dejstvo. U ugovoru sa prekomernim oštećenjem, ekvivalentnost je narušena zbog neznanja oštećenog za pravu vrednost činidaba čega, najčešće, druga strana nije ni svesna, pa se ne može govoriti o namernom sticanju prednosti ugovaranjem povoljnijih uslova za sebe, kao kod zelenaškog ugovora.“ – Ivana Simonović, *Restitucija u građanskom pravu – domašaj primene*, Niš 2012, 124

[106] Radonjić N., *Nesrazmera između ugovornih obaveza kao realnost iz klauzule laesio enormis u Zakonu o obligacionim odnosima*,Glasnik Advokatske Komore Vojvodine, Novi Sad, 1981, broj 11, 31

[107] Salma J., *Prekomerno oštećenje u obligacionopravnim ugovorima*, Novi Sad, 1975, 3

Darija Z. Marić, Ph.D. Student
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

The Principle of Equal Consideration and Laesio Enormis in the Law of Contracts

***Abstract**: The principle of equal consideration is one of the basic principles of the law of the contracts. Its essence lies in finding a fair balance in exchange between parties when establishing bilateral (consensual) contracts parties. In the Law of Contracts and Torts this principle has been apostrophed as one of the basic ones. The Law also limited the authonomy of choice and provided the legal instruments for protecting the principle of equal consideration. One of the most significants legal instruments which serve that purpose is laesio enormis. The doctrine of laesio enormis originates from the Roman law and it further developed with time. Before the Law of Contracts and Torts came into force, the rules on laesio enormis from both The 1844 Civil Code of the Kingdom of Serbia and the 1811 Austrian Civil Code applied in the territory of today's Serbia. However, in the period from mid-1950s to mid-1970s special rules applied to contract of sale of real estate in the public property regime. In mid-1970s the laws introduced the principle of absolute equality of mutual consideration when it comes to the sale of real estate property. The Law of Contracts and Torts accepted the principle of proportion between the commitments of contracting parties in a bilateral contract. The legislator opted for the elastic method of establishing the disproportion of the contracting parties' commitments. In order for the rules of laesio enormis to be applied, it is necessary that there is an "obvious disproportion" between commitments in contracting parties, i.e. disproportion which is evident and unquestionable. It is the Court's role to assess if that was the case in each individual case separately. Although the Law clearly states the obvious disproportion between the parties' commitments has to exist at the time of entering into contract, certain issues connected with the application of this rule have been heavily disputed both in legal theory and in judicial practice. Legal authors' opinion varies on the question if laesio enormis is essentially a deficiency of will, and of the nature of its legal consequences.*

***Key words:** the principle of equal consideration, laesio enormis, methods of establishing the disproportion of the contracting parties' commitments, criteria of establishing the disproportion of the contracting parties' commitments, time of establishment of value of contracting parties' commitments*

Datum prijema rada: 30.05.2015.

PRIKAZ KNJIGE

Prikaz 342.7(100)
doi:10.5937/zrpfns49-9191

Dr Darko Z. Simović, vanredni profesor
Kriminalističko-policijska akademija, Beograd
darko.simovic@kpa.edu.rs

Tijana Šurlan:
UNIVERZALNA MEĐUNARODNA LJUDSKA PRAVA – MEHANIZMI ZAŠTITE[1]

Ljudska prava predstavljaju jednu od najeksploatisanijih tema u našoj pravnoj književnosti. No, kvantitet ispisanih stranica nije iznedrio i odgovarajući kvalitet. Od obilja efemernih, neoriginalnih i prevashodno interpretativnih dela iz oblasti ljudskih prava, odabranom temom, metodološkim pristupom, kao i sadržajem izdvaja se studija prof. dr Tijane Šurlan „*Univerzalna međunarodna ljudska prava – mehanizmi zaštite*" u izdanju Kriminalističko policijske akademije 2014. godine.

Sadržina studije obuhvata pregled procesnih mehanizama koji se na međunarodnom nivou koriste za zaštitu ljudskih prava i teorijski prikaz obeležja metoda koji se koriste pred međunarodnim nadzornim telima. Saglasno tako postavljenoj sadržini ove monografske studije, struktura osnovnog teksta izložena je kroz četiri celine: (1) Opšta univerzalna međunarodna ljudska prava; (2) Ljudska prava kao deo običajnog međunarodnog prava; (3) Partikularna zaštita univerzalnih međunarodnih ljudskih prava; (4) Pravni alati. Strukturu studije prati i redosled izvora prava, budući da izlaganje teče od onih koji su opšti i univerzalni, ka onima koji su partikularni po svojoj pravnoj prirodi. U takvoj arhitekturi studije primarno se prikazuju organi pri Ujedinjenim nacijama, zaduženi za nadzor nad primenom kako Povelje UN, tako i ostalih pravnih akata usvojenih pod okriljem UN. Druga kategorija mehanizama za zaštitu predstavljaju ona tela koja su ustanovljena međunarodnim ugovorima o ljudskim pravima, njih ukupno deset. Celinu čine delovi knjige koji pojašnjavaju funkcionisanje različitih izvora međunarodnog prava i konkretno kojim se, kako autorka kaže, pravnim alatima može služiti u radu ovih mehanizama.

[1] Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2014, str. 194.

Nasuprot već uveliko uvreženom maniru domaćih autora da materiji ljudskih prava pristupaju bezrezervno apologetski, Tijana Šurlan teorijsku osnovu svoje studije zasniva na postulatima realističkog idealizma. „Realistički idealizam vidi pravnu normu, analizira njene stvarne efekte, primenu i sankcionisanje, ukazujući u idealističkom maniru kako bi sistem izgledao kada bi pravne norme dosledno bile primenjivane“ (str. 9-10). Kao posebna vrlina ove studije izdvaja se izostanak nekreativnog i suvoparnog iznošenja opštepoznatih činjenica, te zlehude pratilje pretežnijeg broja dela u domaćoj literaturi iz oblasti ljudskih prava. U njoj nema gotovo nezaobilaznih udžbeničkih izlaganja o evoluciji i prirodi ljudskih prava, nego je celokupno pripovedanje, od uvoda do zaključka, *in medias res*, strogo i konkretno vezano za temu studije. Autorka, pri tome, ni na jednom polju ne opterećuje čitaoca suvišnim informacijama, već čitav tekst deluje skladno i kompaktno, dok je izražavanje nenametljivo i suptilno.

U meri u kojoj je to bilo moguće, s obzirom na osnovnu temu studije koje se sve vreme dosledno drži, autorka sasvim diskretno ukazuje i na neke od aktuelnih trendova u razvoju međunarodnog javnog prava i na taj način nadahnjuje na odabir novih tema koje svaka za sebe mogu biti predmet posebne monografske studije. Kao jedna od takvih tema je i proces fragmentacije međunarodnog prava koji se posebno sistemski ogleda u ljudskih pravima. U tom smislu, teorijsko stanovište autorke počiva na uvažavanju samosvojnosti međunarodnih ljudskih prava, ali kao oblasti međunarodnog javnog prava. „Specifičnost ili samosvojnost međunarodnih ljudskih prava ogleda se u subjektima, u fokusu delovanja, u aspektu primene, o uticaju koji direktno vrši na unutrašnje pravne sisteme država, u nivoima sankcionisanja za kršenja, kako u pogledu koncepta odgovornosti tako i konkretizacije sankcije – ali ne u apsolutnom smislu različita od međunarodnog prava.“ (str. 8)

Ono što ovu studiju dodatno obeležava je izrazita aktuelnost. Knjiga je pisana, čini se, u jednom dahu, a u duhu trenutka. Ova karakteristika posledica je stalnog karaktera tela koja su analizirana i njihovog svakodnevnog postupanja. Aktulenost rada tela autorka približava čitaocu kroz bogat prikaz prakse i opštih i pratikularnih mehanizama. U teorijskom delu rada, autorka otvara niz teorijskih nedoumica i nepreciznosti, a koje mogu biti od velikog uticaja na praktičan rad nadzornih tela, ali i na primenu i shvatanje međunarodnih ljudskih prava. Problemske teme, kao i mane u radu ovih tela detaljno su prikazane i objašnjene. Ova pojašnjenja svakako doprinose boljem razumevanju rada nadzorih tela.

Impozantno deluje spisak korišćene literature na 12 stranica koji obuhvata pažljivo probrane najrelevantnije izvore iz oblasti ljudskih prava i

to prevashodno na engleskom jeziku. Spisak potpuno savremene i nove literature predstavlja besprekoran orijentir za sva buduća istraživanja i rukopise na ovom polju.

Tema koja je obrađena u ovoj knjizi, u našoj dosadašnjoj pravnoj književnosti posvećenoj međunarodnim ljudskim pravima, gotovo i da nije obrađivana. Čitava studija predstavlja novinu kako u sadržinskom smislu, tako i u načinu pripovedanja. Autorku odlikuje odnegovan jezik, a svaka ispisana rečenica potvrđuje da se i najtananiji analitički prodori u društvenim naukama mogu predstaviti ne samo jasnim, već i lepim stilom. To je uostalom i ona najočiglednija potvrda da Tijana Šurlan suvereno vlada materijom o kojoj piše i da je stala u red najeminentnijih poslenika međunarodnopravne nauke u nas. Stoga, ova knjiga, u kojoj se na jednom mestu nalazi pregled velikog broja međunarodnih nadzornih mehanizama u materiji ljudskih prava i metoda njihovog rada, predstavlja značajan doprinos u zaokruživanju materije ljudskih prava.

Sve iskazane vrline sugerišu na zaključak da je reč o odličnoj monografskoj studiji prof. dr Tijane Šurlan koja će, ukoliko nam je ovom prilikom uopšte dopušteno da izrazimo predviđanje, predstavljati rado čitano i neizostavno navođeno štivo pri svakom, iole ozbiljnijem, izučavanju ljudskih prava.

PRAVNI FAKULTET UNIVERZITETA U NOVOM SADU
ZBORNIK RADOVA

Dosadašnji glavni urednici:

Prof. dr Vladimir Kapor (1966), prof. dr Nikola Vorgić (1967–1968), prof. dr Miloš Stevanov (1969–1973), prof. dr Borivoje Pupić (1974–1976), prof. dr Milijan Popović (1977–1983), prof. dr Stanko Pihler (1984–1988), prof. dr Momčilo Grubač (1989–1990), prof. dr Jovan Munćan (1991–1997), prof. dr Milijan Popović (1998–2003), prof. dr Rodoljub Etinski (2004–2006), prof. dr Dragiša Drakić (2006–2013).

Članovi Uredništva:

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

Menadžer časopisa

Luka Baturan

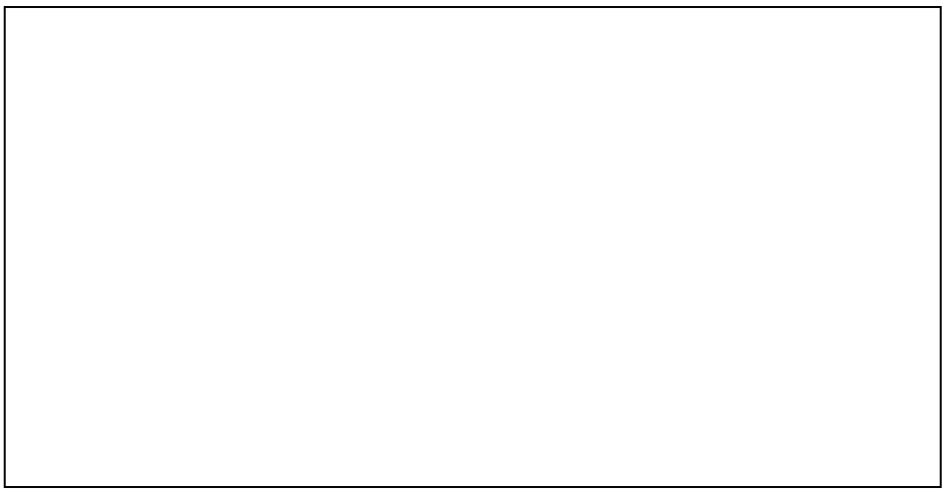
Sekretarijat Uredništva

Doc. dr Vladimir Marjanski, doc. dr Dragana Ćorić, doc. dr Bojan Tubić, Milana Pisarić, Nataša Rajić, Uroš Stanković, Sandra Samardžić, Luka Baturan, dr Cvjetana Cvjetković, Stefan Samardžić, Ratko Radošević

Kompjuterska obrada teksta

Goran Hajzler

Štampa:

„Futura“ Petrovaradin
Tiraž: 200 primeraka

2015