
UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

UNIVERZITET U NIŠU
PRAVNI FAKULTET

**ZBORNIK RADOVA PRAVNOG
FAKULTETA U NIŠU**

BROJ 68 | GODINA LIII | 2014

**COLLECTION OF PAPERS
FACULTY OF LAW, NIŠ**

Nº 68 | YEAR LIII | 2014

NIŠ, 2014.

ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU

Niš, 2014.

Izdavač

Pravni fakultet u Nišu

Za izdavača

Prof. dr Miroslav Lazić, dekan

Glavni i odgovorni urednik

Prof. dr Irena Pejić

Članovi Redakcionog odbora iz zemlje

Prof. dr Slobodanka
Konstantinović Vilić Prof. dr
Dragan Čorbić Prof. dr Mirko
Živković Prof. dr Nevena
Petrušić Prof. dr Srđan
Golubović Prof. dr Goran
Obradović

Članovi Redakcionog odbora iz inostranstva

Prof. dr Michael Geistlinger, profesor Univerziteta, Salzburg
Austrija
Prof. dr Ivanova Svetlana Anatoljevna, dekan
Pravnog fakulteta Finansijskog univerziteta Vlade
Ruske federacije
Prof. dr Sašo Georgijevski, profesor Pravnog
fakulteta Justinijan Prvi, Skoplje, Makedonija
Grucina Людмила Юрjevna, doktor pravnih nauka,
Katedra građanskog prava Finansijskog univerziteta
Vlade Ruske federacije
Prof. dr Anatolij Kapustin, profesor
Finansijskog univerziteta Vlade Ruske
federacije
Prof. dr Isabel S. Marcus, profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta Bafaloa, Bafalo, SAD Selivon Nikolaï
Fedosovič, akademik, predsednik Međunarodnog
trgovinskog arbitražnog suda pri Privredno-
industrijskoj komori Ukrajine
Prof. dr Šagieva Rozalina Vasiljevna, prorektor
Akademije advokature i notarijata Ruske federacije

Sekretar Redakcionog odbora: doc. dr Dušica Miladinović-Stefanović

Prevedi: Gordana Ignjatović

Lektura: Milena Jovanović

Tehnički urednik: Nenad Milošević

Štampa: Medinvest, Niš

Od 1. marta 2014. godine Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu
pod nazivom *Collection of papers, Faculty of Law, Nis* je u punom tekstu dostupan
u EBSCO bazi Legal Source.

CENTAR ZA PUBLIKACIJE Pravnog fakulteta u Nišu
18 000 Niš, Trg Kralja Aleksandra 11
tel. +381 18 200 501, www.prafak.ni.ac.rs

COLLECTION OF PAPERS, FACULTY OF LAW, NIS
NIŠ, 2014

Publisher:

Faculty of Law, University of Niš

For the Publisher:

Prof. dr Miroslav Lazić, Dean

Editor-in-Chief:

Prof. dr Irena Pejić

Editorial Board of the Law Faculty Journal

Editorial Board Members

(Faculty of Law): Prof.

dr Slobodanka

Konstantinović Vilić

Prof. dr Dragan Čorbić

Prof. dr Mirko Živković

Prof. dr Nevena Petrušić

Prof. dr Srđan Golubović

Prof. dr Goran Obradović

Editorial Board Members (international):

Prof. dr Michael Geistlinger, Department of Public International Law, University of Salzburg, Salzburg, Austria

Prof. dr Иванова Светлана Анатольевна, Dean, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation

Prof. dr Sašo Georgijevski, Faculty of Law "Iustinianus Primus", Ss. Cyril and Methodius University, Skopje, FRY Macedonia

Prof. dr Груцина Людмила Юрьевна, Civil Law Department, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation

Prof. dr Анатолий Капустин, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation

Prof. dr Isabel S. Marcus, Buffalo Law School, University of Buffalo, USA

Селивон Николай Федосович, Academician, Chairman of the International Trade Arbitration Court, Ukrainian Chamber of Commerce and Industry, Ukraine

Prof. dr Шагиева Розалина Васильевна, Vice-Rector, the Academy for Advocacy and Notary Services of the Russian Federation, Russian Federation

Technical Secretary of the Editorial Board:

Dušica Miladinović-Stefanović, LL.D.

Translation: Gordana Ignjatović

Proofreading: Milena Jovanović

Desktop publishing: Nenad Milošević

Print: Medinvest, Niš

PUBLICATION CENTRE, Faculty of Law, University of Niš

Trg kralja Aleksandra 11, Niš 18000, Serbia Telephone:

+381 18 500 201,

E-mail: zbornik@prafak.ni.ac.rs

Website: <http://www.prafak.ni.ac.rs>

SADRŽAJ

Predgovor	4
 JAVNOPRAVNA SESIJA	
Milan PETROVIĆ, O legitimitetu ustavnoga sudstva i institucionalizaciji prava na otpor	19
Miodrag N. SIMOVIĆ, Milena SIMOVIĆ, Granice ovlašćenja Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u postupku ocjene saglasnosti Zakona sa Ustavom Bosne i Hercegovine	49
Renata TRENESKA-DESKOSKA, Sloboda veroispovesti kao deo "ideologije" Evropske unije	71
Dragan MILKOV O potrebi usklađivanja srpskog upravnog postupka sa pravom Evropske unije	85
Vladan PETROV, Nekoliko predloga za reformu Ustava u delu koji se odnosi na pravosuđe (posebno: dilema o pravosudnoj akademiji kao obaveznom uslovu za prvi izbor sudija i tužilaca).....	99
Todor KALAMATIEV, Aleksandar RISTOVSKI Implementacija evropskog socijalnog modela u radno zakonodavstvo Republike Makedonije	111
Željko MIRJANIĆ, Značaj socijalnog dijaloga u procesu usklađivanja domaćeg prava sa pravom Evropske unije	131
Predrag DIMITRIJEVIĆ, Otvorena pitanja primene ZUP-a.....	145

Irena PEJIĆ,
Konstitucionalizacija sudske nezavisnosti: Uporedno i iskustvo Srbije..... 159

Dejan VUČETIĆ,
Evropska upravno-procesna pravila i
opšti upravni postupak Republike Srbije..... 179

Maja NASTIĆ,
Izborna pravila u Srbiji i evropski standardi-opšte pravo glasa 193

Natalija ŽUNIĆ,
Ka primeru dobre prakse: politička zastupljenost žena u EU 217

Miloš PRICA,
O pravnom karakteru održivog razvoja. da li postoji ekološko pravo?..... 241

GRAĐANSKOPRAVNA SESIJA

Rodna ŽIVKOVSKA,
Tina PRŽESKA,
Kodifikacija građanskog prava..... 265

Ivana SIMONVIĆ,
Miroslav LAZIĆ,
Građanskopravni aspekt zaštite prava ličnosti..... 281

Radenka CVETIĆ,
Usklađenost ekološke regulative u Republici
Srbiji sa evropskim standardima..... 305

Nevena PETRUŠIĆ,
Kolektivna pravna zaštita: evropski pristup 319

Nataša STOJANOVIĆ,
Opšti pravni okvir očuvanja evropske divlje faune i prirodnih staništa 343

Mihajlo CVETKOVIĆ,
Đorđe NIKOLIĆ,
Odgovornost za štetu prouzrokovanu zbog neposedovanja i
neprimene neophodnih medicinskih sredstava..... 371

Nina PLANOJEVIĆ,
Pojam kliničkog ispitivanja u pravnim sistemima Srbije i Evropske unije..... 393

Dejan JANIĆIJEVIĆ,
Koncept porodice u pravu EU..... 413

Jelena VIDIĆ TRNINIĆ,
Vanbračni partner kao zakonski naslednik u savremenim pravima Evrope..... 433

Anđelija TASIĆ,
Procesni položaj umešača u antidiskriminacionim parnicama..... 453

KRIVIČNOPRAVNA SESIJA

Vojislav ĐURĐIĆ,
Novi krivični postupak Srbije – novi razlozi za usklađivanje
sa evropskim pravnim standardima..... 473

Miloš BABIĆ,
Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu
Maktouf –Damjanović i njen uticaj na suđenje za međunarodna krivična djela 491

Elizabeta IVIČEVIĆ KARAS,
Osvrt na reformu Hrvatskog kaznenog postupka kroz prizmu
okrivljenikovog prava na pravični postupak..... 509

Dragan JOVAŠEVIĆ,
Primena neformalnih mera u maloletničkom krivičnom pravu Srbije..... 535

Zoran ĆIRIĆ,
Sudsko-psihijatrijski aspekt mentalnih
poremećaja nastalih zloupotrebom droga 553

Miomira KOSTIĆ,
Filip MIRIĆ,
Globalizacijske teorije o kriminalitetu575

Darko DIMOVSKI,
Privatni zatvori 589

Dušica MILADINOVIĆ-STEFANOVIĆ,
Krivičnopravna zaštita maloletnika od seksualnog iskorišćavanja i zlostavljanja –
evropski standardi i pravo Republike Srbije.....613

Ivan ILIĆ,
Reperkusije izmenjenih procesnih uloga na utvrđivanje
činjenica u krivičnom postupku 633

TRGOVINSKOPRAVNA SESIJA

Stefan PÜRNER,
The “Long And Winding Road” Of Serbian Law (back) to Europe657

Goran KOEVSKI,
Pravni i drugi metodi harmonizacije makedonskog trgovačkog
prava sa pravom Evropske unije677

Mile DMIČIĆ,
Duško GLODIĆ,
Usklađivanje pravnog sistema Bosne i Hercegovine sa *acquis*-em evropske unije u svjetlu
primjene privremenog Sporazuma o trgovini i trgovinskim pitanjima..... 709

Aleksandar ĆIRIĆ,
Predrag CVETKOVIĆ,
Karakteristike pravnog režima stranih direktnih investicija u pravu EU735

Milena Jovanović ZATTILA,
Otrovne pilule - mera odbrane od neprijateljskog
preuzimanja ili demonstracija moći ciljnog društva..... 755

Dragan VUJISIĆ,
Borko MIHAJLOVIĆ,
Ugovor o turističkom putovanju prema zakonu o zaštiti potrošača769

Aleksandra VASIĆ,
O celishodnosti uvođenja prigovora na prijavu žiga u srpsko zakonodavstvo787

Mileva ANĐELKOVIĆ,
Pravo obveznika na poverljivost i tajnost u međunarodnoj
razmeni poreskih informacija799

Marina DIMITRIJEVIĆ,
Proces evropskih integracija i budućnost nacionalnih poreskih sistema..... 815

Aleksandar MOJAŠEVIĆ,
Efikasnost (sudske) medijacije u Srbiji u odnosu na pojedine evropske zemlje 837

Marko DIMITRIJEVIĆ,
Institucionalni okviri novog ekonomskog upravljanja
u Evropskoj uniji (evropski semestar) 857

MEĐUNARODNOPRAVNA SESIJA

Zoran RADIVOJEVIĆ,
Vesna KNEŽEVIĆ-PREDIĆ,
Pravni lekovi u postupku pred Sudom pravde Evropske unije 875

Nebojša RAIČEVIĆ,
Dejstvo presude Evropskog suda pravde o rešavanju prethodnog pitanja 895

Tatjana JOVANIĆ,
Osmišljavanje i koordinacija javnih politika kao polazni
osnov harmonizacije domaćih propisa za zahtevima pravne tekovine EU 915

Slaviša KOVAČEVIĆ,
Nasleđe pravne kulture i evropske integracije Srbije 935

Sanja MARJANOVIĆ,

Uticaj Haških konvencija o međunarodnom privatnom pravu na
usklađivanje prava Srbije sa pravom EU u materiji zaštite dece951

Sanja ĐORĐEVIĆ,

Savetodavna nadležnost Evropskog suda za ljudska prava 971

CONTENTS

Editor's Introductory Note	5
---	---

Session 1: PUBLIC LAW

Milan PETROVIĆ,

On the Legitimacy of the Constitutional Courts and Institutionalization of the Right to Resistance	19
---	----

Miodrag N. SIMOVIĆ,

Milena SIMOVIĆ,

The Limits of Authority of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina in the Procedure for the Assessment of Compliance of Laws with the Constitution of Bosnia and Herzegovina.....	49
--	----

Renata TRENESKA-DESKOSKA,

Freedom of Religion as Part of EU "Ideology"	71
--	----

Dragan MILKOV,

On the Need to Harmonize the Serbian Administrative Procedure with the EU Law	85
--	----

Vladan PETROV,

Several Proposals for Constitutional Reform in the Part pertaining to the Judiciary: The Dilemma on the Judicial Academy as a Mandatory Condition for the First Election of Judges and Prosecutors	99
--	----

Todor KALAMATIEV,

Aleksandar Ristovski,

Implementation of The European Social Model in The Labour Legislation of Republic of Macedonia	111
---	-----

Željko MIRJANIĆ,

The Importance of Social Dialogue in the Process of Consolidation of the National Law with the European Union Law	131
--	-----

Predrag DIMITRIJEVIĆ, Disputable Issues in the Application of the Administrative Procedure Act	145
Irena PEJIĆ, Constitutionalization Of Judicial Independance: in Comparative Law and in Serbian Legislation	159
Dejan VUČETIĆ, The EU Administrative Procedure Rules and the General Administrative Procedure of the Republic of Serbia	179
Maja NASTIĆ, Electoral Rules in Serbia and the European Standards on Universal Suffrage	193
Natalija ŽUNIĆ, Political Representation of Women in the European Union: Towards an Example of Good Practice	217
Miloš PRICA, On the Legal Nature of Sustainable Development: Does “environmental law“ exist?	241
Session 2: CIVIL LAW	
Rodna ŽIVKOVSKA, Tina PRŽESKA, Codification of Civil Law.....	265
Miroslav LAZIĆ, Ivana SIMONOVIĆ, Protection of Personality Rights in Civil Law	281
Radenka CVETIĆ, The Conformity Of The Serbian Environmental Legislation With The European Environmental Standards	305
Nevena PETRUŠIĆ, Collective Legal Protection: The European Approach.....	319

Nataša STOJANOVIĆ,
General Legal Framework For The Preservation of
European Wildlife and Natural Habitats..... 343

Mihajlo CVETKOVIĆ,
Đorđe NIKOLIĆ,
Liability for Damage caused by Shortage and Failure to Use Necessary Medical Devices ... 371

Nina PLANOJEVIĆ,
The Concept of a Clinical Trial In the Serbian Law and in the European Union Law 393

Dejan JANIĆIJEVIĆ,
The Concept of Family in the EU Law 413

Jelena VIDIĆ TRNINIĆ,
A Civil Partner as an Intestate Successor in the Contemporary European Legislations.. 433

Anđelija TASIĆ,
The Procedural Position of An Intervener in Anti-Discrimination Lawsuits 453

Session 3: CRIMINAL LAW

Vojislav ĐURĐIĆ,
The New Serbian Criminal Procedure - New Reasons for
Harmonization with the European Legal Standards..... 473

Milos BABIĆ
The Judgment of the European Court of Human Rights in
Maktouf and Damjanovic, and its Impact on Ajudication of International Crimes..... 491

Elizabeta IVIČEVIĆ KARAS,
Reflections on the Reform of Croatian Criminal Procedure from the
Perspective of the Defendant's Right to a Fair Trial 509

Dragan JOVAŠEVIĆ, The Application Of Informal Measures In Serbian Juvenile Criminal Law	535
Zoran ĆIRIĆ, Forensic Psychiatry Approach to Mental Disorders Resulting from Substance Abuse	553
Miomira KOSTIĆ, Filip MIRIĆ, Theories on the Globalisation of Crime	575
Darko DIMOVSKI, Private Prisons	589
Dušica MILADINOVIĆ-STEFANOVIĆ, Protection of Minors from Sexual Exploitation and Abuse: The European Standards and the Criminal Law of the Republic of Serbia	613
Ivan ILIĆ, The Effects of the Modified Procedural Positions of Key Participants on the Process of Fact-Finding in Criminal Procedure	633
Session 4: TRADE LAW	
Stefan PÜRNER, "Дуг и кривудава пут" српског права (назад) у Европу	657
Goran KOEVSKI, Legal and Other Methods of Harmonization of the Macedonian Commercial Law with the Commercial Law of the European Union	677
Mile DMIČIĆ, Duško GLODIĆ, The Harmonization of the Legal System of Bosnia and Herzegovina with the EU Acquis In Light of the Application of the Interim Agreement on Trade and Trade Related Matters ...	709

Aleksandar ĆIRIĆ,
Predrag CVETKOVIĆ,
Characteristics of the FDI Legal Regime in the EU Law..... 735

Milena JOVANOVIĆ ZATTILA,
Poison Pills: A Defensive Measure against a Hostile Takeover
or a Demonstration of Power of the Target Company 755

Dragan VUJISIĆ,
Borko MIHAJLOVIĆ,
Tourist Travel Services Agreement under the Consumer Protection Act 769

Aleksandra VASIĆ,
The Relevance of Introducing Opposition Proceedings
into the Serbian Trademark Legislation 787

Mileva ANĐELKOVIĆ,
Taxpayers' Confidentiality and Privacy Rights
in the International Exchange of Tax Information..... 799

Marina DIMITRIJEVIĆ,
The European Integration Process and The Future of National Tax Systems 815

Aleksandar MOJAŠEVIĆ,
Efficiency of (Judicial) Mediation in Serbia as Compared to some European Countries..... 837

Marko DIMITRIJEVIĆ,
Institutional Framework of the New Economic Governance in the
European Union: the European Semester 857

Session 5: INTERNATIONAL LAW

Zoran RADIVOJEVIĆ,
Vesna KNEŽEVIĆ-PREDIĆ,
Legal Remedies in the Proceedings before the Court of Justice of the European Union .. 875

Nebojša RAIČEVIĆ, The Effects of a Preliminary Ruling of the European Court of Justice	895
Tatjana JOVANIĆ, Planned Development and Coordination of Public Policies as a Starting Point in the Harmonization of National Regulations with the EU Aquis.....	915
Slaviša KOVAČEVIĆ, The Legacy of Legal Culture and Serbia's European Integration	935
Sanja MARJANOVIĆ, The Impact of the Hague Conventions on Private International Law on Harmonizing the Serbian PIL with the EU PIL on Child Protection Matters.....	951
Sanja ĐORĐEVIĆ, Advisory Jurisdiction of the European Court of Human Rights	971

Predgovor

Zbornik radova koji je pred vama rezultat je učešća istraživača na međunarodnoj naučnoj konferenciji „Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske Unije“, koja je održana na Pravnom fakultetu Univerziteta u Nišu 16. - 17. maja 2014. godine.

Izbor teme konferencije opredelila je potreba da se, u svetlu otpočinjanja pregovora Srbije za članstvo u EU, sagledaju evropski principi i standardi u pojedinim oblastima prava, elaboriraju iskustva stranih država u procesu usklađivanja nacionalnog prava sa pravom EU i razmotre rezultati koje je Republika Srbija na ovom planu ostvarila. Ovakva tema konferencije omogućila je okupljanje stručnjaka iz različitih pravnih disciplina, što ukazuje na njenu aktuelnost.

Za učešće na konferenciji prijavilo se 66 autora sa 53 referata. Naročiti doprinos uspešnosti skupa dali su, pored domaćih autora, brojni radovi učesnika sa strane (26) koji su predstavili eminentne naučne institucije i pravne organizacije, poput: IRZ (Deutsche Stiftung für Internationalrechtliche Zusammenarbeit), Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Pravni fakultet Univerziteta u Banja Luci, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Pravni fakultet „Justinijan Prvi“ Univerziteta „Sv. Kiril i Metodij“ u Skoplju, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Fakultet političkih nauka Univerziteta u Beogradu, Odsjek za koordinaciju procesa stabilizacije i pridruživanja Direkcije za evropske integracije Savjeta ministara BiH u Sarajevu, Fakultet za bezbednost i zaštitu Univerziteta u Banja Luci, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu i Pravni fakultet u Prištini (sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici).

Rad konferencije otpočeo je plenarnim izlaganjima, a nastavljen je u pet odvojenih, simultanih sesija. Teme su bile aktuelne i raznovrsne, podeljene na javnopravnu, građanskopravnu, krivičnopravnu, trgovinskopravnu i međunarodnopravnu oblast. Objavljivanje ovog Zbornika izraz je nastojanja da se rezultati istraživanja učine dostupnim široj javnosti, kako bi se podstakla naučna i stručna rasprava o pojedinim teorijskim i praktičnim problemima vezanim za pojedina područja pravnog sistema, čime se ostvaruje i deo postavljenih ciljeva same konferencije.

Treba napomenuti da je konferencija održana u periodu kada je čitav region pogodilo nevreme ogromnih razmera, pa je na teritoriji Republike Srbije proglašena vanredna situacija zbog opasnosti od poplava. Ova okolnost onemogućila je, u poslednjem trenutku, dolazak jednog broja učesnika, ali nije uticala na uspešan rad konferencije.

Zahvalnost izražavamo svima koji su doprineli održavanju ove naučne konferencije, a naročito Ministarstvu prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije na finansijskoj podršci.

UREDNICI KONFERENCIJE

Prof. dr Milena Jovanović Zattila,

Upravnica Centra za pravna i društvena istraživanja

Prof. dr Miroslav Lazić,

Dekan Pravnog fakulteta u Nišu

Introductory Note

This Collection of Papers is a result of researchers' participation in the International Scientific Conference "Harmonizing the Serbian legislation with the Law of the European Union", which was held at the Faculty of Law, University of Niš, on 16 - 17 May 2014.

In light of opening the negotiation process for Serbia's prospective EU membership, the choice of the Conference theme was governed by the intention of legal scholars to consider the European principles and standards in subject-specific areas of law, elaborate on the experiences of other states in the process of harmonizing the national legislation with the EU law, and examine the results that the Republic of Serbia has accomplished so far. The Conference assembled expert from diverse legal disciplines, which confirms the contemporary appeal of the Conference topic.

The Conference was attended by a total number of 66 participants, 53 of whom submitted their conference papers. In addition to the Serbian researchers involved in this project, there was a significant number of participants (26) from eminent scientific institutions and legal organizations, such as the CDI (Deutsche Stiftung für Internationalrechtliche Zusammenarbeit), the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, the Faculty of Law at University of Banja Luka, the Faculty of Law at the University of Zagreb, the Faculty of Law "Justinian" at the University "St. Cyril and Methodius" in Skopje, the Faculty of Law at the University of Belgrade, the Faculty of Law at the University of Novi Sad, the Faculty of Political Science at the University of Belgrade, the Department for Coordination of Stabilisation and Association Agreement at the Directorate for European Integration of the Council of Ministers of Bosnia and Herzegovina in Sarajevo, the Faculty of Security and Protection at the Independent University of Banja Luka, the Faculty of Law at the University of Kragujevac, and the Faculty of Law in Priština (with a temporary seat in Kosovska Mitrovica). All the participants significantly contributed to the success of this international scientific conference.

The Conference proceedings included plenary sessions which were followed by subject-specific sessions running simultaneously in five separate groups. The various subject-specific topics were classified into five major areas of law: public law, civil law, criminal law, trade law and international law. The publication of the Conference Collection of Papers is an expression of an endeavour to make the scientific research results available to the general public and to encourage scientific and professional debate on various theoretical and practical issues related to certain areas of the contemporary legal system, which ultimately provides for accomplishing some of the Conference goals and objectives.

It should be noted that the Conference was held at a time when the entire region was hit by large-scale floods caused by storm and heavy rainfall. Due to the risk of flooding, the Republic of Serbia declared an emergency situation. These unfortunate circumstances prevented some of the participants from the region to attend the Conference but, otherwise, they did not significantly affect the Conference proceedings.

We wish to express our deepest appreciation and gratitude to all the participants and associates who contributed to the successful operation of this scientific conference. In particular, we extend our special tribute to the Ministry of Education, Science and Technological Development for providing financial support for this project.

Editors

Prof. Milena Jovanović Zattila, LL.D.

Coordinator of the Centre for Legal and Social Research,

Faculty of Law, University of Niš

Prof. Miroslav Lazić, LL.D.

Dean,

Faculty of Law, University of Niš

JAVNOPRAVNA SESIJA

Dr Milan Petrović,*
redovni profesor Pravnog fakulteta, u penziji
Univerzitet u Nišu

NAUČNI ČLANAK

UDK: 342.565.2:322

Rad primljen: 01.09.2014.
Rad prihvaćen: 01.12.2014.

O LEGITIMITETU USTAVNOGA SUDSTVA I INSTITUCIONALIZACIJI PRAVA NA OTPOR, S DODATKOM O LEGITIMITETU CRKVENIH VLASTI

Apstrakt: Legitimitet državne vlasti neodvojivo je vezan za pojam „zakona kao izraza opšte volje“. U ovom radu, „opšta volja“ je opredeljena kao ukupnost (normativnih) pravnih principa. Rad takođe dokazuje da je najadekvatniji „čuvar ustava“ staleško (sindikarno-profesionalno) predstavništvo kao drugi dom parlamenta. Razmatra se i pitanje „spoljašnjega legitimiteta“ crkvenih vlasti kao njihovo priznanje od strane države.

Ključne reči: legitimitet, opšta volja, pravni principi, staleško predstavništvo kao „čuvar ustava“, crkvene vlasti.

1. O legitimitetu ustavnoga sudstva i institucionalizaciji prava na otpor

O legitimitetu ustavnoga sudstva u pravnoj nauci se ne govori. Razlog za to najpre valja tražiti u njenom metodu koji se može nazvati „legalistički pozitivizam“. Po tom metodu, do saznanja prava isključivo se dolazi egzegezom ustavnih i zakonskih tekstova. Taj metod ima osobine „standardnog“ metoda pravne nauke. Do kakvih posledica njegova primena vodi, dočaraćemo na tekstu čl. 1. Ustava SFR Jugoslavije od 1974. godine. U tom tekstu stoji da je SFR Jugoslavija „zasnovana na vlasti i samoupravljanju radničke klase i svih radnih ljudi, i socijalistička samoupravna demokratska zajednica radnih ljudi i građana i ravnopravnih naroda i narodnosti“. Tadašnja pravna nauka, polazeći od tog teksta, takođe je tvrdila da je dotična država „socijalistička samoupravna demokratska zajednica“ itd. Međutim, ako bi se na tu državu

* milan@prafak.ni.ac.rs

primenio realistički metod, kojim se uz određene osobenosti služe istorija i sociologija, političke i ekonomske nauke, pokazalo bi se da ona nije bila nikakva „demokratska zajednica“, već tiranija nekoliko klanova unutar jedne političke stranke. Takođe, legalistički pozitivizam zloupotrebljava i pravne apstrakcije, po sebi nužne u pravnoj nauci. Tako se tvrdi da je država jedno pravno lice, što je jedna, verovatno nužna, apstrakcija. Samo, iz te apstrakcije izvodi se jedan realan zaključak, da je državna vlast zato jedinstvena i nedeljiva. Da li je državna vlast jedinstvena i nedeljiva, na to pitanje odgovor može dati samo posmatranje činjenica, i nikako ne dedukcija iz izvesnih apstrakcija. Zapravo, osnovna metodološka postavka legalističkoga pozitivizma je slepo povinovanje pravne nauke vlastodršcu. Tu postavku lepo izražava jedna misao nastala početkom 15. veka, da je vladar gospodar i reči i pojmova: „Caesar dominus et supra grammaticam.“

Nasuprot legalističkome pozitivizmu stoji shvatanje prirodnog prava. Ono uči da iznad pravnih tekstova stoje izvesne večite i nepromenljive pravne norme, zbog čega pozitivno zakonodavstvo mora da se sa njima uskladi; ako ne, onda je pozitivno zakonodavstvo pravno nevaljano ili nelegitimno. Samo, protiv shvatanja prirodnog prava govori najpre postojanje velikog mnoštva suprotstavljenih prirodnopravnih škola; Erik Wolf (Wolf, 1959: 21–153) uspeo je da razvije ništa manje nego devet pojmova prirode i devet pojmova prava kojima odgovara osamnaest osnovnih shvatanja prirodnog prava! To su: prirodno pravo kao ukupnost pravne egzistencije; prirodno pravo kao istorijski izvor reda; prirodno pravo kao predržavno društveno uređenje („status integritatis“); prirodno pravo kao „prirodni zakon“; prirodno pravo kao filozofsko učenje o „apsolutnom“ pravu; prirodno pravo kao teološko učenje o „relativnom“ pravu; prirodno pravo kao imanentni poredak životne prakse; prirodno pravo kao samoiživljavanje iracionalno-emocionalnih snaga; prirodno pravo kao princip reformi; prirodno pravo kao objektivni „lex“; prirodno pravo kao narodski, prenaučni nazor o pravu; prirodno pravo kao subjektivno „ius“; prirodno pravo kao individualno (ili kolektivno) osećanje prava; prirodno pravo kao „ideja“ prava; prirodno pravo kao „pravo na sreću“; prirodno pravo istovetno s „pozitivnim“ pravom; prirodno pravo shvaćeno kao „istorijsko pravo“; te prirodno pravo kao sociološka zakonitost. Pozitivna prava retko upućuju na prirodno pravo. Značajno je kako to čini jedan od

osnovnih pravnih tekstova romansko-germansko-slovenske pravne porodice, austrijski Opšti građanski zakonik od 1. juna 1811. godine, donesen dakle u vreme kada je pravna nauka prihvatila učenje o prirodnome pravu kao nespornu dogmu. U tom zakoniku, o prirodnome pravu je reč u tri paragrafa od ukupno 1.502, koliko ih sadrži. Pri tom je sasvim jasno propisano da pozitivno pravo ima prvenstvo pred prirodnim pravom. Jedino prirodno pravo koje se izrično imenuje, nalazi se u § 16: „Svaki čovek ima urođena prava, koja se samim umom saznaju, i s toga se ima smatrati licem. Ropstvo ili kmetstvo i vršenje vlasti koja se na to odnosi, u ovim zemljama nije dopušteno.“ A u § 17. stoji: „Ono što je primereno prirodnim pravima smatra se da dotle postoji, dok se ne dokaže zakonito ograničenje tih prava.“ Kada pak govori o tumačenju zakona, dotični zakonik u § 7. stavlja prirodno pravo, u hijerarhiji pravila tumačenja, na poslednje mesto: „Ako se neki pravni slučaj ne bi mogao presuditi ni po rečima niti po prirodnome smislu kakvoga zakona, onda se mora obazreti na slične, u zakonima jasno opredeljene slučajeve i na razloge drugih s njime srodnih zakona. Ostane li pravni slučaj i tada neizvestan, onda se mora presuditi po načelima prirodnoga prava s obzirom na brižljivo prikuljene i zrelo rasuđene okolnosti.“

No, postoji i treća oblast prava koja, po nama, ima i za pitanje legitimiteta presudan značaj: oblast pravnih principa. Pri tom valja razlikovati između normativnih principa, koji zauzimaju vrhovni položaj u jednom pravnom poretku, i informativnih principa, koji su sadržani u pojedinim pravnim normama i koji se, ne predstavljajući nikakav pravni novum, mogu pojmiti iz njih. Kada budemo govorili o pravnim principima, imaćemo u vidu samo one prve, normativne principe.

Pravno vrelo pravnih principa je rimsko pravo, kroz čiju su recepciju, koju Savigny (Savigny, I, 1840: 78) naziva „najvećim i najneobičnijim aktom običajnoga prava u početku novoga doba“, došlo i do njihovog preuzimanja u romansko-germansko-slovenska prava, s tim što ih je i tamo, gde te recepcije nije bilo, Crkva posredstvom hrišćanskoga i kanonskoga prava ulivala u pozitivna prava zemalja evropskoga kulturnog kruga; (v. Ripert, 1935: 34 idd.; Allen, 1958: 389 idd., 407). Pravni principi često se nalaze u pisanom zakonodavstvu. Navedimo samo neke od najznačajnijih te vrste. To su: Mojsijevih deset zapovesti, deklaracije o pravima zakonodavaca Francuske

revolucije, načelo poštenja i savesnosti iz § 242. Nemačkoga građanskog zakonika. Samo, u stvarnosti ih često izlažu i sudije u svojoj pretorskoj judikaturi. Tada one neposredno pitaju pravnu svest i prirodu stvari. Pravni principi su, zapravo, sinteze pravne svesti i prirode stvari. Kroz tu sintezu oni dobivaju objektivni karakter, postaju uistinu „društvene činjenice“ (faits sociaux) i „stvari“ (choses) shodno sociologiji E. Durkheim-a (Durkheim, 1956: 141 id.). Priroda stvari kao forma pravnoga mišljenja bila je poznata još u antičkom Rimu i u srednjem veku; (v.: Wolf, op. cit., 79 id.). Čuvena je i definicija koju je Montesquieu stavio na početak svoga „Duha zakona“ (Montesquieu, 1834: 3 id.): „Zakoni, u najširem značenju, jesu nužni odnosi koji proishode iz prirode stvari; i u tom smislu, sva bića imaju svoje zakone: Božanstvo ima svoje zakone, materijalni svet ima svoje zakone, inteligencije više od čoveka imaju svoje zakone, životinje imaju svoje zakone, čovek ima svoje zakone“.

Izraz „pravni princip“ („pravno načelo“) najpre se javio u nemačkom pravnom jeziku. Takođe da pravo nastaje i da se razvija kroz saobraćaj pravne svesti i prirode stvari, tekovina je nemačke istorijske pravne škole, što najpre očituje programski spis njenoga rodonačelnika, Savigny-ja (Savigny, 2002, passim). To dvoje ne treba da iznenađuje ako se ima u vidu da su nemačke zemlje izvršile recepciju rimskoga prava „in complexu“. Tako, između ostaloga, Savigny kaže da „osnovi nastanka“ prava počivaju neposredno na području prava „za sebe (jus scriptum i aequitas), ili istovremeno na sudelovanju takvih principa koji ne leže unutar granica tog područja, mada imaju sa njim zajednički opšti cilj (boni mores i svaka vrsta utilitas)“ (Savigny, I, 1840: 56). Puchta, drugi velikan istorijske pravne škole, zaključuje (Puchta, II, 1837: 61): „Postoje dakle tri razloga koji dovode do neegzistencije jednoga običajnog prava i time do rušenja autoriteta jednoga običaja. Ti razlozi su nespojivost primenjivanoga pravila: 1) s božanskim propisima, 2) s dobrim običajima, 3) s višim pravnim principima, u sledstvu kojih isto postaje nemoguće kao pravno pravilo“. Puchta takođe veli (Puchta, 1872: 22): „Ako se sudija nađe napuštenim od spoljašnjih izvora, onda pravno pravilo koje treba da primeni mora da nađe u principima pozitivnoga prava (i ne u takozvanome prirodnom pravu); polazeći od prirode stvari on to pravilo dobiva putem pravničke konsekvencije i analogije.“

Jhering ističe da su određeni principi „ishodišne tačke ili praelementi rimskoga prava“ (Jhering, I, 1878, 106 idd.).

Samo, izraz „pravni princip“ uskoro je našao mesta i u francuskom javnom pravu. Počev od 1887. godine, jedan od klasika upravnoga prava u Francuskoj, Edouard Laferrière, znakovito piše u uvodu svoga „Traité de la Jurisdiction administrative“ (Laferrière, I, 1887, 1896, p. VII): „Građansko, trgovinsko, krivično pravo je kodifikovano; upravno pravo nije, i postoji nedoumica može li uopšte biti... Judikatura je ovde zbiljski izvor doktrine, pošto jedino ona može izvesti principe iz nepovezanih odredaba u kojima su skriveni, ustanoviti hijerarhiju između tekstova, naći lek njihovu ćutanju, njihovoj nejasnosti ili njihovoj nedovoljnosti, pribegavajući opštim principima prava ili se uzdajući u pravičnost.“ I dalje (op. et loc. cit., p. XIII): „Istina je da Državni savet, obratno od Kasacionoga suda, nema običaj da u svojim judikatima izlaže sve pravne dedukcije koje opredeljuju njegove odluke; ali, te dedukcije ipak postoje; one su utoliko manje promenljive, čak i uprkos promena političkih režima, jer su se uvek nadahnjivale velikim poštovanjem „precedenata“ i jer su imale za osnov, kada tekstova nema, tradicionalne principe, pisane ili nepisane, koji su na neki način suštinski spojeni s našim javnim i upravnim pravom.“ Takođe, u teoriji prava L. Duguit-a, „normativna pravna pravila“, nasuprot „konstruktivnim pravnim pravilima“, jesu zapravo normativni pravni principi. On naime kaže da francuski Građanski zakonik (Code Napoléon), ako se ostavi po strani porodično pravo, sadrži samo tri normativna pravna pravila ili pravne norme: slobodu ugovaranja, poštovanje svojine i obavezu da se nadoknadi šteta prouzrokovana drugom, krivicom počinitelja, dok su sva ostala pravila koja taj zakonik sadrži tehnička ili konstruktivna; „ona svoju obaveznu snagu izvode iz onih triju normativnih pravila i njihov je cilj da obezbede ostvarenje tih triju pravila“ (Duguit, I, 1927: 109 id.).

Induktivni metod pronalaženja prava u angloameričkom „case law“ nije pogodovao razvijanju teorije pravnih principa u zemljama te pravne porodice. Međutim, uspostavljanje precedenta kao izvora prava u toj pravnoj porodici ne može se zamisliti bez primene određenih, premda prećutnih, pravnih principa; (v.: Esser, 1956: 198 idd. et passim). No, pojedini velikani angloameričke pravne teorije i te kako ukazuju na nužnost pravnih principa u obrazovanju prava. Tako Austin, rodonačelnik „analitičke pravne škole“, koju je na

evropskome kontinentu početkom 20. veka naročito zastupao austrougarski teoretičar prava F. Somló, veli (Austin, II, 2002: 1108): „Neki od principa, pojmova i razlika koji su predmeti opšte jurisprudencije, mogu se smatrati nužnim. Jer ne možemo koherentno zamisliti pravni sistem..., a da ih ne pojmimo kao njegov konstitutivni deo.“ Roscoe Pound, kojega se s pravom smatra najvećim severnoameričkim teoretičarem prava, ustvrdio je da se celosna pravna norma sastoji od četiri elementa: formalnoga elementa pravnoga pravila, materijalnoga elementa principa, tehničkoga elementa pravnoga pojma i sudskoga elementa standarda (Pound, 1934: 9 idd.; Pound, 1919: 445 idd.).

Nadovežimo se na temeljnu teoriju legitimiteta Max-a Weber-a (Weber, I, 1964: 22 idd., 157 idd.). Taj znameniti sociolog razlikuje tri tipa legitimne vlasti: tradicionalnu vlast, koja se legitimiše verovanjem podvlašćenih u ispravnost, štaviše svetost jednoga istorijski baštinjenoga, „odvajkada“ postojećeg poretka vlasti i u autoritet lica koja su u jednome takvom poretku pozvana da vladaju; harizmatSKU vlast, koja se legitimiše verovanjem podvlašćenih da pravo imaoca te vlasti da vlada proističe iz njegove „harizme“, doslovno „dara milosti“, to jest nesvakidašnjoj predanosti svetosti ili heroizmu, ili uzornosti te osobe i poretka koji je ova objavila ili stvorila; te racionalnu ili legalnu vlast, koja se zasniva na verovanju podvlašćenih u formalnu korektnost i ustanovljenost na uobičajeni način pravila koja imaoci vlasti primenjuju. Weber uz to izrično dopušta mogućnost mešanja različitih tipova legitimiteta (Weber, I: 27). Danas je zakonitost, legalitet daleko najzastupljeniji osnov legitimiteta.

No, kako može puki legalitet da bude legitimitet? Weber-ov je odgovor da je legalna, racionalna vlast povezana sa savremenom, racionalnom birokratijom (Weber, I: 160 idd.). Carl Schmitt, delimično Weber-ov sledbenik u oblasti pravne nauke, skovao je, s tim u vezi, rečitu formulu (Schmitt, 1985: 348): „Legalitet je jedan modus funkcionisanja birokratije...“ Samo, „načelo legaliteta“, veli Duguit (Duguit, II, 1928: 176), „preovlađuje u pravima svih civilizovanih zemalja“ i one takođe imaju racionalne birokratije, ali se vlast u nekima od njih teško može smatrati legitimnom. Uzmimo, kao primer toga, Tajvan, Afganistan, Bosnu i Hercegovinu, Ukrajinu.

Odavde sledi zaključak da legalitet sam po sebi ne može da bude osnov legitimiteta, da mu se zato mora pridružiti još neki drugi razlog. U traženju tog drugog razloga primetili smo da se Weber-ovo shvatanje o legalitetu kao legitimitetu dodiruje sa gledištem koje je još u 18. veku u svome „Društvenom ugovoru“ izneo Jean-Jacques Rousseau o zakonu kao izrazu „opšte volje“ (volonté générale). Legitimna je samo ona vlada koja je vođena zakonom kao opštom voljom. (Rousseau, 1964: liv. II, ch. VI). Tu čuvenu formulu preuzela je i francuska Deklaracija o pravima čoveka i građanina, usvojena 1789. na početku revolucije od strane Ustavotvorne nacionalne skupštine i koja je još uvek u Francuskoj pozitivno pravo. U pogledu nje, Duguit veli (Duguit, III, 1930: 607) da je ona bila „društveni ugovor novoga društva koje se rodilo iz Revolucije“ i da je ona, tako shvaćena, „istinski zakon, viši od običnih zakona, čak viša... od ustavnoga zakona i sasvim različita od njega“. U članu 6. Deklaracije stoji: „Zakon je izraz opšte volje. Svi građani imaju pravo da lično, ili preko svojih predstavnika, učestvuju u njegovom sačinjavanju. On mora biti isti za sve, bilo kada štiti, bilo kada kažnjava. Svim građanima, budući jednakim u njegovim očima, jednako su dostupna sva javna dostojanstva, mesta i zaposlenja, prema njihovoj sposobnosti, i bez druge razlike osim one koja proističe iz njihovih vrlina i njihovih talenata.“

Da bi dakle jedan pravni akt bio zakon, on mora biti donesen od svih građana ili njihovih predstavnika, mora biti jednak za sve i mora biti izraz opšte volje. Ako se pod imenom „zakonâ“, veli Rousseau (Rousseau, 1964: liv. IV, ch. I), donose pravni akti koji imaju za cilj poseban interes, onda su to samo „nepravične uredbe“. On drugde znakovito veli (ibid., p. 496): „Zakoni i vršenje pravosuđa među nama su samo veština da se moćnik i bogataš zakloni od pravednih represalija siromaha.“ Šta je uzrok tome? On ističe (Rousseau, liv. I: ch. VII): „U stvari, svaki pojedinac kao čovek može imati posebnu volju suprotnu ili različitu od opšte volje koju ima kao građanin. Njegov posebni interes može mu govoriti sasvim drugačije nego opšti interes;...“ Međutim, Rousseau nigde ne kaže šta je „opšta volja“. Po nama, ona je ukupnost pravnih principa koji važe u određeno vreme i na određenom mestu. Zakon je dakle legitiman ako izražava ili razrađuje izvestan pravni princip ili pravne principe. Državna vlast je legitimna ako su njeni zakoni, ili drugi izvori prava, glasnici ili konkretizacije pravnih principa. U jednom ranijem radu izneli smo mišljenje

(Petrović, 2004: 25) da je „opšte dobro“ osnov legitimiteta državnih vlasti, jer još uvek nismo imali u vidu pravne principe. Sada smatramo da je i „opšte dobro“ jedan od pravnih principa, pri čemu je u savremenoj državi opšte dobro ostvarivanje „javnih službi“ kako ih je shvatio Duguit. Po njemu (Duguit, II, 1928: 59, 61), ta država je „kooperacija javnih službi organizovanih i kontrolisanih od strane upravljača“. Javna služba, „to je svaka delatnost čije obavljanje mora biti obezbeđeno, uređeno i kontrolisano od strane upravljača, zato što je obavljanje te delatnosti neophodno za realizaciju i razvoj društvene međuzavisnosti, i zato što je ta delatnost takve prirode da ne može biti sasvim ostvarena bez intervencije upravljačke sile. Ta delatnost je od tolike važnosti za zajednicu da se ne može prekinuti nijednoga trenutka... Kontinuitet je jedno od suštinskih svojstava javne službe...“

Nelegitiman zakon je apsolutno ništavan. To znači da jedan zakon, opterećen apsolutnom ništavnošću, može da bude primenjivan i izvršavan, ali da u svako doba može da bude oglašen ništavnim: „Što se grbo rodi, vrijeme ne ispravi; – što je s početka nezakonito, to vremenom samim zakonito ne postaje.“ (V. Bogišić, Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru od 1888, čl. 1006). Dugo se smatralo da je pravnosnažnost pozitivnopravna ustanova nepromenljivosti presuda i, eventualno, upravnih akata koji se tiču subjektivnih prava. Tako Savigny kaže (Savigny, VI, 1847: 261) da „pravnosnažnost sudske presude“ nije „ništa drugo... doli fikcija istine kojom se pravnosnažna presuda obezbeđuje od svakoga budućeg pokušaja pobijanja ili obesnaživanja“. No, zahvaljujući izuzetnom pravnoteorijskom spisu bečkoga profesora upravnoga prava A. Merkl-a, (Merkl, 1923: 177 idd.) danas se zna da je pravnosnažnost suštinska osobina svih „pravnih pojava“, što će reći ne samo pojedinačnih, već i opštih pravnih akata, uključujući i zakon, kao „trajanje njihovog važenja“. Po našem mišljenju, kao što zakon opredeljuje pravnosnažnost presuda i upravnih akata, tako i materijalni izvori prava, institucije i pravna svest opredeljuju pravnosnažnost zakona.

Došavši do ove tačke naših razmatranja, možemo potražiti i naći i odgovor na pitanje o legitimitetu ustavnoga sudstva.

Nijedna ustanova javnoga prava nije u novije vreme bila toliko veličana i hvaljena posvuda kao ustavni sud. Doduše, još je Vrhovni sud Sjedinjenih

Američkih Država 1803. u slučaju „Marbury v. Madison“ prisvojio sebi pravo da ispituje saglasnost zakonâ sa Ustavom Sjedinjenih Država, a u tome su ga sledili i ostali sudovi te zemlje. No, trebalo je da prođe više od jednoga veka, pa da se u Evropi pojave državni organi slične nadležnosti. Obično se navodi da je prvi ustavni sud u Evropi ustanovljen Ustavom Republike Austrije od 1. oktobra 1920, koji je u pogledu organizacije i postupka pred Ustavnim sudom bio dopunjen saveznim zakonom od 18. decembra 1925. godine. Ustavni sud presuđuje o protivustavnosti pokrajinskih zakona na predlog Savezne vlade, o protivustavnosti saveznih zakona na predlog jedne pokrajinske vlade, a po službenoj dužnosti ako jedan takav zakon treba da obrazuje pretpostavku odluke Ustavnoga suda. Ukoliko nađe da je pobijani zakon protivustavan, Ustavni sud treba da ga ukine. Ustavni sud takođe ispituje zakonitost uredbate, ukoliko nađe da je uredba protivzakonita, ima da je ukine. Samo, već je ustav jedne nemačke federalne jedinice, Bavarske, od 14. avgusta 1919. propisivao u svome § 93. da svaki državljanin i svako pravno lice koje ima sedište u Bavarskoj imaju pravo žalbe Državnome sudu ako smatraju da su oštećeni u svojim pravima delatnošću nekoga državnog organa koja predstavlja povredu tog ustava. Ta žalba je dopuštena samo ako je prethodno bezuspešno upotrebljen pravni lek kod vlade ili je iscrpljen pravni put. Vidi se da je bavarski Ustav čak otišao korak dalje od austrijskog Ustava, jer je pojedincu priznao neograničenu ustavnu žalbu, rešenje koje je kasnije prihvatio i Osnovni zakon za SR Nemačku. Dodajmo da je i § 72. bavarskog Ustava od 1919. godine glasio: „Nadleštva kojima je povereno pravosuđe ispituju prilikom svojih odluka, da li zakon koji valja primeniti ne stoji u protivurečnosti s nekom od svojih odredaba sa Ustavom Nemačke države, ovim Ustavom ili nekim drugim ustavnim zakonom.“ Za ustavno sudstvo „zlatno doba“ nastupilo je posle Drugog svetskog rata. Ustav Italijanske Republike od 27. decembra 1947. ustanovio je Ustavni sud u okviru poglavlja o ustavnim garantijama, koji, između ostaloga, rešava i o ustavnosti zakona i drugih propisa imajućih snagu zakona, koji potiču od države i regionâ. Pitanje pokretanja postupka ispitivanja ustavnosti zakona Ustav nije rešio, već je to učinio zakon od 31. januara 1948. godine. Osnovni zakon za Saveznu Republiku Nemačku od 23. maja 1949. postavio je Savezni ustavni sud u deo o pravosuđu; sledstveno toj koncepciji on je i vrhovni sud te zemlje. On tumači ustav (Osnovni zakon) i rešava o ustavnim žalbama koje stoje svakome na

raspolaganju u slučaju da je javna vlast povredila neko njegovo osnovno ili ustavno pravo. Između ostaloga, on rešava i o zabrani političkih stranaka. No, da bi odluke Saveznoga ustavnog suda imale snagu zakona, to jest da bi taj sud mogao da poništi neustavan zakon, potrebno je, po slovu Osnovnoga zakona (čl. 94. st. 2, rečenica prva), da ga na to ovlasti savezni zakon, čime je pravno dejstvo tih odluka relativisano. Taj ovlašćujući zakon (Zakon o Saveznom ustavnom sudu) bio je donesen 1951. i od tada je više puta menjan.

Zanimljivo je da je i titoistička SFR Jugoslavija u svojim ustavima od 1963. i 1974. predvidela, u njihovim delovima o ustavnosti i zakonitosti, i ustavne sudove. Samo, oni se do napuštanja titoizma, krajem 1980-ih, nisu bavili ispitivanjem ustavnosti zakona, premda su neki zakoni, naročito oni o političkim krivicama, očigledno vredali ustavom zajamčena prava. Zapravo, ti ustavni sudovi bili su samo ukras jednoga sistema uglavnom virtuelne ustavnosti.

Otkuda potiče pojava ustavnih sudova i, uopšte, sudova koji odlučuju o saglasnosti zakonâ sa ustavom na pravnosnažan način? Osnovni razlog tome je suštinska degradacija pisanih zakona u višestranačkoj republici i pojava učenja počev od kraja 19. veka, među kojima je prednjačio nemački pokret „slobodnoga prava“ (Freirechtsbewegung), da je zakonsko pravo, naročito zbog svojih praznina, samo pokušaj pravnoga poretka, koji tek sudija, oslanjajući se na „društveno“ ili „slobodno“ pravo, koje stoji iznad državnoga prava, dovodi do ispunjenja. Ali i mnogo kasnije, ushićeni poklonik nemačkoga Saveznog ustavnog suda, austrijski pravni filosof i publicista R. Marčić (Marcic, 1957: 340), slavoslovi: „...monizam apsolutne parlamentarne demokratije istiskuje se dualizmom u kome Areopag i Parlament dele vlast i jedan drugoga drže u ravnoteži snaga (balance of power); umesto građanske pravne države i liberalne demokratije javlja se socijalna pravna država. To je linija: Država sudije malo-pomalo zamenjuje državu zakona.“

Degradacija pisanoga zakonodavstva izražava se kvantitativno i kvalitativno. Što se njenoga kvantitativnog izraza tiče, Ripert (Ripert, 1949: 7) veli: „Suverena vlast je prenesena na skupštinu izabranu univerzalnim glasanjem, dužnu na osnovu svog samog regrutovanja da zadovoljava interese i želje najvećeg broja, obaveznu da na kontinuiran način stvara novo pravo jer birači

od nje zahtevaju reforme. Pa kako nesrećno ova zemlja, i druge s njom, prolazi kroz ovo stoleće nereda stvorenog ratovima i krizama, zakonodavac se nalazi prinuđenim da bez zastoja vrši svoju vlast. On misli da samo on može naći leka toj kritičnoj situaciji. U svakom slučaju, ustanovilo se verovanje da od njega zavisi lek.“ Imajući u vidu slično stanje stvari, Carl Schmitt govori o „motorizovanom zakonodavstvu“ (Schmitt, 1985: 406 id.).

U kvalitativnome smislu, degradacija pisanoga zakonodavstva ispoljava se u potiskivanju pisanoga zakona kao opšte i jednake za sve pravne norme, zakonom koji se javlja kao puko sredstvo za ostvarivanje kakvoga konkretnog cilja, „zakonom-merom“, što će reći „zakonom-upravnom merom“. Izraz „zakon-mera“ (Massnahmegesetz) skovao je takođe Carl Schmitt (Schmitt, 1985: 347 id.). U francuskoj pravnoj i političkoj teoriji takav zakon se naziva „zakonom za sticaj okolnosti“ (loi de circonstance). „Na način da“, veli Bertrand de Jouvenel (de Jouvenel, 1972: 586 id.), „ti navodni zakoni, umnoženi, nisu uistinu ništa drugo do akti vlade, kojima se svakodnevno suprotstavlja svakodnevnim okolnostima. Čuvala ili ne to slabo prikrivanje, vlast u svakom slučaju pribegava samovoljnim odlukama... Ta samovoljna vlast, nošena strastima gomile i pokretana strastima pojedinaca koji je drže, bez pravila, bez kočnica i bez granica, uspostavlja, ma kakvim se lažnim sjajem pokrivala, despotizam kakav Zapad još nije doživeo.“

Postoje dva osnovna tipa ustavnih ili njima sličnih sudova.

Prvi tip predstavljaju oni ustavni sudovi koji isključivo ispituju da li zakon, ili podzakonski pravni akt čije im ispitivanje prinadleži, očevidno vređa neku ustavnu odredbu. Tada ustavni sud, koji tu povredu uz sve formalnosti izričito utvrđuje, zapravo vrši zaštitno pravosuđe, kao kad upravni sud ispituje zakonitost upravnoga akta tuženog nadležstva ili kad krivični sud utvrđuje da li je optuženi izvršio krivično delo krađe. Neka prava dozvoljavaju i redovnim sudovima da incidentno utvrđuju da li je zakon koji valja primeniti povredio ustavni propis, pa ako nađu da jeste, onda neće primeniti taj zakon, već neposredno ustavnu odredbu, a u skladu s pravilom: Lex superior derogat legi inferiori. Prirodna je, naime, posledica ustrojstva podele vlasti da sud određuje koju će od kolidirajućih pravnih normi primeniti u slučaju u kome kazuje pravo. Ovde takođe važe pravila koja se smatraju apriornim: Lex posterior

derogat legi priori; lex specialis derogat legi generali; lex posterior generalis non derogat legi priori speciali. Ovde je razlika između incidentne kontrole ustavnosti koju vrše redovni sudovi i kontrole ustavnosti koju vrše ustavni sudovi samo u tome što redovni sud može da odbije primenu protivustavnog zakona u datom slučaju, a ne može da dira u njegovo važenje uopšte uzev, dočim ustavni sud može da protivustavnu zakonsku odredbu stavi van snage, to jest da je poništi ili ukine. Legitimitet incidentne kontrole ustavnosti zakona od strane redovnih sudova počiva, kako izvršno primećuje Carl Schmitt (Schmitt, 1985: 92), u samoodbrani sudova kao čuvara nezavisnoga pravosuđa od zloupotrebe zakonske forme za nešto drugo nego što je normiranje saobrazno pravnome pravilu: od „pojedinačnih naredaba, oslobađanja od dužnosti, pomilovanja, kršenja propisa koji i dalje važe itd.“. Ustavni sudovi koji vrše takvu, defanzivnu, zaštitu ustavnosti u stvari su specijalni sudovi – kao što su upravni, vojni, komercijalni sudovi – s tim što imaju i izvesna ovlašćenja vrhovnih sudova.

Obrazac za drugi tip ustavnih sudova nudi Vrhovni sud Sjedinjenih Država. Naročito prilikom kontrole socijalnoga zakonodavstva i zakonodavstva o trustovima on je ispitivao saglasnost zakona sa poštenjem i savesnošću, ispravnim pravom, dobrim običajima, razumnošću (reasonableness, expediency) i sličnim pojmovima. To jest, on nije pribegavao samo pukom podvođenju pod sadržaj ustavne norme poput ustavnih sudova prethodnoga tipa, već je obesnaživao zakone i zbog njihove nesaglasnosti sa duhom i principima Ustava Sjedinjenih Američkih Država. Znakovit je, s tim u vezi, iskaz istaknutoga sudije Vrhovnoga suda Sjedinjenih Država, Felix-a Frankfurter-a, koji je tu službu vršio od 1939. do 1962. godine: „Vrhovni sud je Ustav“ (Nav. u: Krüger, 1966: 708). Prema tome, taj Vrhovni sud ima vlast da utvrđuje opštu volju, štaviše da pobija i tumačenja opšte volje od strane zakonodavnih činilaca (domova Kongresa). Ovaj tip ustavnih i njima sličnih sudova možemo nazvati „čuvarom ustava“ – izraz kojim je sebe nazvao nemački Državni sud u jednoj odluci od 15. oktobra 1927. (v.: Schmitt, 1985: 70).

Položaj ustavnoga suda „čuvara ustava“ ima i Savezni ustavni sud SR Nemačke. To kao pozitivnu osobinu ushićeno ističu savremeni nemački poznavaoци ustavnoga prava. Govore o njegovoj suprematiji u odnosu na druge ustavne organe, o njemu kao „četvrtoj vlasti“, „rezervnom zakonodavcu“, „parlamentu

odličnika“, „kabinetu u senci“, „superrevizionoj instanci“, „sudijskom suverenu“, „kontrakapetanu“; (v.: Simon, 1984: 1268).

Taj položaj nemačkoga Saveznog ustavnog suda kao „čuvara ustava“ osobito dolazi do izražaja u njegovom ovlašćenju da zabranjuje političke stranke. Prema čl. 21. st. 2. Osnovnoga zakona i § 43. i sl. Zakona o Saveznom ustavnom sudu, taj sud izriče protivustavnost stranaka koje po svojim ciljevima ili po ponašanju svojih članova smeraju da oštete ili odstrane „slobodarski demokratski osnovni poredak“ ili da ugroze „postojanje Savezne Republike Nemačke“. Ovlašćeni podnosioci predloga za izricanje protivustavnosti stranke jesu Savezna skupština, Savezno veće i Savezna vlada. Vlada savezne pokrajine može podneti takav predlog samo protiv stranke čija se organizacija ograničava na teritoriju odgovarajuće savezne pokrajine. „Slobodarski demokratski osnovni poredak“ i „postojanje SR Nemačke“ jesu generalne klauzule koje izražavaju pravne principe, dakle opštu volju.

Najspektakularniji proces zabrane jedne političke stranke koji je do sada vođen pred Saveznim ustavnim sudom bio je proces zabrane Komunističke partije Nemačke (KPD). Postupak je 22. novembra 1951. pokrenula Savezna vlada, a njen je veštak bio rimokatolički filozof poljskoga porekla, Dominikanac J. M. Bocheński. Presuda Saveznoga ustavnog suda kojom je KP Nemačke bila oglašena protivustavnom i njena celokupna imovina bila zaplenjena u korist države, izrečena je 17. avgusta 1956. i sadržavala je preko 400 stranica. Razlog tolikoga odugovlačenja bio je verovatno taj, što se očekivao povratak poslednjih nemačkih zarobljenika iz Sovjetskoga Saveza, najvećma ratnih zločinaca, koji je u oktobru 1955. i usledio, nakon što su SSSR i SR Nemačka uspostavili diplomatske odnose.

Ta presuda bila je, zapravo, ideološki obračun zapadnonemačkoga demohrišćanskog režima s marksističkim komunizmom. U njoj, između ostaloga stoji: „Liberalni ustavi do početka 20. veka jedva da su morali da računaju s političkim strankama koje su se borile protiv osnovâ slobodarskoga državnog uređenja; tako je njima bio primeren stav bezuslovne tolerancije i neutralnosti prema svim strankama. To se promenilo s pojavom ‘totalitarnih’ (!) stranaka nakon Prvog svetskog rata, koje nisu prihvatale prirodan unutrašnji pokrećući princip slobodarske demokratije, slobodnu igru političkih

snaga... Prema takvim strankama slobodarskoj demokratiji, koja mora da štiti i obezbeđuje dostojanstvo čoveka, nije više moguć neutralan stav, te nastaje ustavno-politički problem koja će pravna sredstva hteti da upotrebi da reši zadatak koji za nju proizilazi 'nema безусловne slobode za neprijatelje slobode'. Vajmarski je Ustav odustao od takvoga rešenja, zadržao svoju političku indiferentnost te je zato podlegao najagresivnijoj od tih totalitarnih stranaka... Stav Osnovnoga zakona prema političkim strankama je razumljiv samo na pozadini iskustava borbe s tim totalitarnim sistemom. Ugradnja delotvornih pravnih osiguranja protiv toga, da takvi politički pravci ne mogu ikada opet da poluče uticaj na državu, odlučno je zaokupljala mišljenje ustavotvorca. Ako, s jedne strane, Osnovni zakon još uvek sledi tradicionalnu slobodarsko-demokratsku liniju, koja prema političkim strankama nalaže načelnu toleranciju, on ipak ne ide dotele, da iz puke nepartijnosti uopšte odustane od isticanja i zaštite sopstvenoga sistema vrednosti... Osnovni zakon je dakle svesno preduzeo pokušaj sinteze između principa tolerancije prema svim političkim shvatanjima i pristajanja uz izvesne neprikosnovene osnovne vrednosti državnoga uređenja:... Radi rešenja jednoga graničnog problema slobodarskoga demokratskog državnog uređenja kao izraza iskustava ustavotvorca koji je u određenoj istorijskoj situaciji verovao da više ne sme da u čistom vidu ostvari princip neutralnosti države prema političkim strankama, kao pristajanja uz jednu – u tom smislu – 'ratobornu demokratiju'... Konačan cilj KP Nemačke je uspostavljanje socijalističko-komunističkoga društvenog uređenja na putu preko proletherske revolucije i diktature proleterijata. Kako proletherska revolucija tako i diktatura proleterijata nespojive su sa slobodarskim demokratskim osnovnim poretom. Oba državna uređenja međusobno se isključuju... Takođe su i zastupnici KP Nemačke u usmenoj raspravi potvrdili nespojivost obojih državnih uređenja. Doduše, KP Nemačke ne teži (!) proletherskoj revoluciji i diktaturi proleterijata kao aktuelnom, neposredno ostvarivom cilju. Ali put i način kako ona prolethersku revoluciju i diktaturu proleterijata čini predmetom svoga stranačko-političkoga školovanja, propagande i agitacije u političkoj borbi unutar Savezne Republike Nemačke, i njeno ukupno ponašanje kao stranke dokazuju da ona već sada stremi podrivanju slobodarskog demokratskog osnovnog poretka Osnovnog zakona.“

U ovoj presudi, nemački Savezni ustavni sud pribegava apstrakcijama kojima svesno iskrivljava činjenično stanje. Tako, Nemačka liberalni ustav ima tek od uspostavljanja Vajmarske republike. Do kraja Prvog svetskog rata ona je bila militokratska ustavna monarhija. Izraz „totalitarna stranka“ kao nadpojam koji treba da obuhvati fašističke i komunističke stranke nije naučan, već je proizvod doktrine severnoatlantskoga imperijalizma. Fašizam i komunizam, uprkos spoljašnjih sličnosti, predstavljaju krajnje antagonističke poglede na svet i političke prioritete. Liberalnu demokratiju u Nemačkoj nije srušio makar kakav „totalitarizam“, već fašistička Nacionalsocijalistička stranka. KP Nemačke bila je najžešći protivnik nacifašista i time zaštitnik liberalne ustavnosti. Posle velikog izbornog uspeha nacionalsocijalista 1930. centralni komitet KP Nemačke je 29. novembra 1931. pozvao na obrazovanje jedinstvenog fronta protiv fašizma. Razume se da komunisti nisu branili liberalni Ustav iz simpatija prema liberalizmu, već zato što su znali da će, ukoliko fašisti sruše slobodarsku demokratiju, najpre oni biti stavljeni van zakona. S druge strane, upravo je nemačka pravosudna birokratija bila jedan od glavnih oslonaca fašističkog režima. Savezni ustavni sud je utvrdio da KP Nemačke „ne teži“ proleterskoj revoluciji i diktaturi proleterijata „kao aktuelnom, neposredno ostvarivom cilju“. Pa ipak sudio je KP Nemačke zbog „delikta mišljenja“. Gde onda leži linija razdvajanja između severnoatlantske „ratoborne demokratije“ i fašističke ili komunističke diktature?

Druga po snazi politička stranka u SR Nemačkoj, Socijaldemokratska (SPD) kritički je reagovala na sudsku zabranu KP Nemačke; (v.: Marcic, 1957: 341). Takođe je Savezna delegatska konferencija Socijalističkog nemačkog studentskog saveza (SDS), koja je od 27. do 29. oktobra 1956. zasedala u Frankfurtu na Majni, zaključila da se zabrana KP Nemačke od strane Saveznog ustavnog suda može koristiti da bi se povredila „prava nemačkoga radničkog pokreta“ i proganjale druge opozicione grupe. Ujedno, time će se znatno otežati ponovno ujedinjenje Nemačke i sada se još lakše mogu suzbijati sve socijalističke pozicije pod izgovorom borbe protiv komunizma; (v.: Kraushaar (Hg.), I, 1998: 120). U SR Nemačkoj je 27. oktobra 1968. ponovo osnovana jedna komunistička stranka, „Nemačka komunistička partija“ (DKP).

Ustavni ili sličan sud koji potpada pod kategoriju „čuvara ustava“ ne može imati legitimnu volju. Samo je zakon kao – i kada je – izraz opšte volje

legitiman. Volja koju izjavljuje sud uopšte i ustavni sud napose može biti samo posebna, partikularna volja. Ustavni sud je samo jedan činovnički kolegijalni organ čije članove bira nosilac zakonodavne ili imenuje nosilac izvršne vlasti obično između političkih službenika, pravnih savetnika velikih preduzeća i stranački izuzetno podobnih profesora prava. Kada jednom takvom organu pripadne da svoju volju nameće kao opštu ili umesto opšte, on je, po rečima samoga Rousseau-a (Rousseau, liv. III, ch. X), uzurpator despotske vlasti.

Međutim, kritikom ustavnog sudstva ne rešava se problem „čuvara ustava“. Rešenje tog problema leži u kompleksu pitanja „prava na otpor ugnjetavanju“. Sam Rousseau izravno ne odgovara na to pitanje. Za one koji neće da se povinuju opštoj volji, on samo kaže „da će ih se prisiliti da budu slobodni“ (Rousseau, liv. I, ch. VII). No, pravo na otpor bilo je osveštana ustanova zapadnoevropskoga srednjeg veka, i kao takvo ušlo je i u francusku Deklaraciju o pravima čoveka i građanina od 1789. godine, čl. 2: „Svrha svakoga političkog udruženja je očuvanje prirodnih i nezastarivih prava čoveka. Ta prava su sloboda, svojina, bezbednost i otpor ugnjetavanju.“

Samo, pravo na otpor imade različita značenja i različit pravni značaj.

U kasnom srednjem veku, pristalice prosvetiteljskoga shvatanja prirodnoga prava naučavale su da je pravo na otpor u stvari „pravo na revoluciju“; (v.: Wolzendorff, 1916: 13 idd., 111 idd., 262 idd.). Takvo pravo ne može postojati. Revolucija je apsolutni prekid pravnoga kontinuiteta, „mrtva tačka“ prava, usled čega pravo ne može da sudi o onome gde ga nema. Zato revolucija nije ni legitimna ni nelegitimna. To dakako važi samo za uspele revolucije. Učesnicima neuspešnih revolucija, kakve su, na primer, bile mađarske revolucije od 1848. do 1849. i 1956. godine, sudiće se po starom pravu budući da nije došlo do prekida njegovoga kontinuiteta. Dakako, revolucionarna vlast koja je pobedila potpada za ubuduće sudu legitimiteta.

Ispravno shvaćeno pravo na otpor, takvo u pogledu koga se može postaviti pitanje legitimiteta, može biti korišćeno jedino u očuvavajućem smislu, to jest kao pravo iz nužde u svrhu održanja ili ponovnoga uspostavljanja narušenog pravnog poretka. Pri tom se ono javlja bilo kao defanzivno, bilo kao ofanzivno pravo na otpor.

Pravo defanzivnoga ili pasivnoga otpora sastoji se u neizvršavanju nelegitimnih zapovesti. Pod određenim uslovima, to pravo nije samo pravo, već je i moralna dužnost hrišćanina. Prema „Djelima apostolskim“, kada su jerusalimski sveštenici zabranili apostolima da propovedaju u Isusovo ime, ovi im odgovoriše (5, 29–32): „...Većma se treba Bogu pokoravati nego li ljudima. Bog otaca našijeh podiže Isusa, kojega vi ubiste objesivši na drvo. Ovoga Bog desnicom svojom uzvisi za poglavara i spasa, da dâ Izraelu pokajanje i oproštenje grijehâ. I mi smo njegovi svjedoci ovijeh riječi i Duh sveti kojega Bog dade onima koji se njemu pokoravaju.“ Potom su Jevreji optužili đakona Stefana da „huli na Mojsija i na Boga“ i kamenovali ga (Djela apostolska, 6, 11; 7, 58–60). Iza toga sledilo je mnoštvo hrišćanskih mučenika, koji su osuđivani na smrt jer su odbijali da rimskim carevima ukazuju božanske počasti, obaveza od koje su bili oslobođeni jedino Jevreji kao „stara religija“. To će potrajati do zime 312. na 313. godinu, kada Konstantin Veliki i Licinije izdaju u Milanu edikt o toleranciji. Ali, i glavni govornik ranoga francuskog liberalizma Benjamin Constant, posebno imajući u vidu revolucionarno zakonodavstvo iz 1793. godine, piše početkom 19. veka (Constant, 1957: 1075 id.): „Nikakva dužnost nas ne obavezuje prema tim navodnim zakonima, čiji korumpirajući uticaj ugrožava najplemenitije delove naše egzistencije, prema tim zakonima koji ne samo što skučavaju naše legitimne slobode, već takođe i naređuju radnje suprotne onim većitim principima pravde i milosrđa kojima čovek ne može da se ne povinuje, a da ne pokvari i porekne sopstvenu prirodu... Pozitivna, opšta dužnost, bez ograničenja, kad god zakon izgleda nepravednim, jeste da ne budemo njegov izvršilac. Ta snaga inercije ne povlači ni poremećaje, ni revolucije, ni nered. Ništa ne opravdava čoveka koji pruža pomoć zakonu za koji veruje da je nepravedan“.

Pravo na ofanzivan otpor u stvari je pravo pribegavanja samopomoći, ustanku protiv nelegitimnih vlasti i nelegitimnih zapovesti. To pravo takođe proishodi iz suštine nelegitimiteta. S tim što to pravo praktično ne može da vrši usamljeni pojedinac, već institucije. Jedan od vodećih pravnih i političkih teoretičara 18. veka, Švajcarac Burlamaqui (Burlamaqui, 2003/1: 91), piše: „Ako pretpostavimo opaku vlast; um, daleko od toga da je odobrava, ustaje protiv nje kao protiv neprijatelja koji je utoliko opasniji što je moćniji. Čovek ne bi mogao da prizna takvu vlast kao pravo; nasuprot tome, on je ovlašćen da na

svaki način ukloni od tako užasnoga gospodara, kako bi se sakrio od zala koja bi mogao da nepravедno pretrpi od njega.“ A u jednom drugom delu, on kaže (Burlamaqui, 2003/2: 130): „...kada kažemo da je narod u pravu da se odupre tiraninu, ili čak da ga svrgne, ne treba da pod rečju narod razumemo podlu svetinu ili zemaljski ološ, niti zaveru malog broja buntovnika, već najveći i najrazboritiji deo podanikâ iz svih staleža kraljevine. Tiranija... mora biti očigledna i praćena najtvrdim dokazima“.

Samo, vršenje ofanzivnoga prava na otpor može biti krajnje opasno po državno jedinstvo i dovesti i do intervencije stranih sila. Duguit, koji priznaje pravo na otpor u svoj njegovoj punoći, podrazumeva i takva povratna dejstva (Duguit, III, 1930: 805): „Ostaje pitanje agresivnoga otpora ili prava na ustanak. Teorijski, ni ovde odgovor ne može da izaziva sumnju. Svaka vlada (pod njom podrazumevam ukupnost vlasti postavljenih na vrh države) koja, na trajan način, donosi zakone vređajuće više pravo koje se nameće državi, koja preduzima ili dopušta da se preduzimaju samovoljni akti koji krše postojeće zakone, jeste tiranska vlada koja izneverava svoju misiju, i narod koji pribegava revoluciji (ispravnije bi bilo reći „ustanku“, M. P.) da bi je svrgnuo bez daljeg radi legitimno. Ne bi se moglo osporiti da je u istoriji bilo legitimnih revolucija (ispravnije bi bilo reći „legitimnih ustanaka“, M. P.). Ali, slažem se da u stvarnosti vršenje jednog takvog prava povlaći sa sobom velike opasnosti. Svi politićki filosofi, koji su od svetog Tome do Locke-a priznavali pravo na ustanak, imali su u vidu te opasnosti preporučivali da se taj lek koristi samo uz krajnji oprez.“ No, jedinu alternativu nudi institucionalizacija prava na ofanzivan otpor. Sam Duguit veli u drugoj knjizi (Duguit, II, 1928: 198): „S druge strane, ako su, kako verujem, društvene grupe na putu da se integrišu u unutrašnjost svakoga nacionalnog društva i naroćito u Francuskoj posredstvom sindikalnih formacija, one će moći da organizuju snažan i miroljubiv otpor primeni ugnjetavaćkih zakona.“

Misao o instituciji koja ostvaruje pravo na ofanzivan otpor i koja je legitiman „ćuvar ustava“ jer je sudeonik u opštoj volji, nije nova. Ovde iz epohe savremene države, koja poćinje s francuskom revolucijom, a prethodnici su mu bili spartanski eforat i starorimski tribunat, valja kao prvi primer istaknuti „Senat ćuvar“ (Sénat conservateur) iz Ustava Francuske Republike od 13. decembra 1799. Po tom ustavu, Senat ćuvar, ćiji je idejni tvorac najveći

ustavopisac iz doba Francuske revolucije E. J. Siéyès, održava ili poništava sve akte koji su mu kao neustavni dostavljeni od Tribunata ili Vlade. Popunjava se kooptacijom, ali njegov izbor novih članova mora se kretati u okvirima predloga koje su učinili Zakonodavno telo, Tribunat i Prvi konzul. Senator je nepokretan i njegova služba je doživotna. Kasnije je Senat čuvar, polazeći od svoje vlasti autentičnoga tumačenja Ustava, počeo da vrši i ustavotvornu vlast. Slično je bio postavljen i Senat po francuskome Ustavu od 14. januara 1852. Po njemu, Senat je čuvar osnovnoga društvenog ugovora (*pacte fundamental*) i javnih sloboda, i nikakav zakon ne može biti proglašen pre nego što mu je bio podastrt. On se suprotstavlja proglašenju: 1. zakona koji bi bili suprotni Ustavu ili ga vređali, ili vređali religiju, moral, slobodu veroispovesti, slobodu pojedinca, neprikosnovenost svojine i načelo nepokretnosti sudija; 2. zakona koji bi mogli da ugroze odbranu teritorije. Putem *senatus-konsulta* on uređuje: 1. ustav kolonija i Alžira; 2. sve što nije bilo predviđeno Ustavom, a nužno je za njegovu primenu; 3. smisao članova Ustava koji daju mesta različitim tumačenjima. Senat se sastoji: 1. od kardinalâ, maršalâ, admiralâ; 2. od građana za koje predsednik Republike smatra da ih treba uzdići na položaj senatora. Senatori su nepokretni i doživotni.

U času glasanja za francuski Ustav od godine III (1795), Siéyès je takođe izneo ideju reprezentacije društvenih elemenata različitih od stanovništva. Tom prilikom je rekao (*Moniteur, Réimpression, XXV, 294, cit. in: Duguit, II, 1928: 760*): „Ako bismo hteli ustanoviti nešto najbolje od te vrste, onda bismo, po mome mišljenju, usvojili kombinaciju podesnu da u zakonodavstvo uđe otprilike jednak broj ljudi posvećenih trima velikim radovima, trima velikim industrijama koje sačinjavaju pokret i život prosperitetnoga društva; govorim o seoskoj industriji, gradskoj industriji i o onoj čije je mesto svuda i čiji je predmet kultura čoveka, i doći će dan kada će se opaziti da su to važna pitanja.“ Francuski narodni poslanik i istaknuti pobornik hrišćanske demokratije Marc Sangnier u svojoj parlamentarnoj besedi 1920. izjavljuje: „Ono što zahteva veliki broj radnika, organizovani proleterijat ili radije organizovana profesija, kako manuelne profesije tako i intelektualne profesije,... to je da se sve te snage ne smatraju kao snage koje se konsultuju samo s vremena na vreme i čije se mišljenje ne mora prihvatiti, već kao integralni deo nacionalnih snaga, u smislu da pored političke reprezentacije koja smo ovde, bude

uspostavljena i reprezentacija ekonomskih interesa zemlje. Autentična reprezentacija kao i druga. Dualitet skupštine već postoji. Umesto našega političkog senata, zahtevam profesionalni senat... Zahtevam da postoji dvostruko predstavništvo: s jedne strane, politička reprezentacija i, s druge, reprezentacija ekonomskih interesa, svih interesa, kako onih poslodavaca tako i onih radnikâ.“ (Chambre des députes, 21. maja 1920: Journal officiel, 1605: cit. in: Duguit, II, 1928: 761 id.).

No, objedinjavanje koncepta staleškoga, sindikalno-profesionalnoga predstavništva i koncepta institucionalizacije prava na otpor, iz kog objedinjavanja proishodi pojam legitimnoga „čuvara ustava“, najvećma je zasluga Duguit-eva.

Staleži obrazuju osnov državnoga uređenja. Nemački pravni filosof i kriminolog W. Sauer (Sauer, 1961: 54 id.) veli: „U svakoj državi raste, nezavisno od državne forme i čak nezavisno od obrazovanja i uticaja političkih stranaka, s rastućom kulturnom zrelošću stanovništva naročito na ekonomskom, tehničkom i kulturnom polju značaj interesnih skupina i uopšte njihovih predvodnika, koje u svom smislu teže ‘opštem dobru’... One nadziru državne poslove i stranačke vođe, nastoje da na njih utiču putem ‘pogodbi’ i da iznude izvesne radnje putem svojih sredstava moći (štampa, štrajkovi). Ministarstva nisu zavisna samo od stranačkih vođa, nego i od predstavnika interesâ. Tako se izgrađuje, protivno svim zakonskim proceduralnim normama, društvena volja, opšte dobro. Vlast naposletku ne pripada, takođe u demokratijama, političkim strankama, već predstavnicima interesa. Ovi konačno opredeljuju opšte dobro, a ono važi kao pravda.“

No, zašto staleži, to jest profesionalne skupine, nemaju svoje predstavništvo u državnom parlamentu, kao jedan dom ravnopravan sa domom koji proishodi iz opštih izbora koje kontrolišu političke stranke, već su kao „skupine za pritisak“ gurnute u „prirodno stanje“? Naprosto zato, glasi odgovor, što to ne dozvoljavaju političke stranke, koje bi, u režimu postojanja staleškoga parlamentarnog predstavništva, uveliko izgubile ne samo svoju moć, već i razlog postojanja.

2. Dodatak o legitimitetu crkvenih vlasti

Spoljašnji legitimitet, to jest priznanje od druge države ili drugih država, nema uticaja na postojanje države. Smisao tog priznanja je volja priznavajuće države da uspostavi redovne odnose sa priznatom državom (v.: Novaković, I, 1936, 21). No, u odnosima države i Crkve spoljašnji legitimitet je neophodan uslov postojanja Crkve kao pravne zajednice. Drugim rečima, crkveno pravo na teritoriji jedne države nastaje tek kada država o čijoj se teritoriji radi prizna Crkvu, pri čemu to priznanje ne mora biti izrično; dovoljno je da državne i crkvene vlasti stupe u međusobne odnose. Doduše, Crkva je i u vreme kada je rimska država nije priznavala, štaviše, kada ju je proganjala, imala svoja pravila ponašanja. Tako su još u apostolsko doba apostoli i starešine jerusalimske Crkve propisivali uredbe („dogme“ ili „dogmate“ u starogrčkom i latinskom tekstu Biblije) kojih su bile dužne da se pridržavaju ostale crkve (Djela apostolska, 16, 4). Ujedno, hrišćanska Crkva je moralna zajednica, u kojoj vera i moral čine neodvojivo jedinstvo. Apostol Pavle u „Poslanici Rimljanima“ veli (1: 21–32): „Jer poznavši Boga, ne proslaviše ga kao Boga, niti mu hvalu dadoše, nego zaludeše u svojim mislima, i utonu u tamu nerazumno srce njihovo. Gradeći se mudri poludeše, i pretvoriše slavu besmrtnoga Boga u oblik smrtnoga čoveka i ptica i četvoronožnih životinja i gmizavaca. Zato ih predade Bog po žudnjama srca njihovih u nečistotu, tako da oni sami oskrvnjuju svoja sopstvena telesa, oni koji pretvoriše istinu Božju u laž, i dadoše veću čast i službu stvorenju nego stvoritelju, koji je blagosloven na sve vekove. Amin! Zato ih predade Bog sramnim strastima; jer ženske njihove pretvoriše prirodne odnose u protivprirodne, a tako isto i muškarci, napustivši prirodne odnose sa ženskim rodnom, raspališe se pohotom jedan na drugoga, čineći muškarci sa muškarcima stvari sramotne, i primajući na sebe same platu dostojnu svog zastranjivanja. I kako ne marahu da poznaju Boga, to ih Bog predade umu njihovome pokvarenome, da čine što ne valja, puni buduća svake nepravde, zloće, bluda, lakomstva, pakosti: puni zavisti, ubistva, svađe, lukavstva, zloćudnosti; klevetnici, opadači, neduševni, Bogu mrski, siledžije, hvališe, oholi, izmišljači zla, nepokorni roditeljima, nerazumni, neverni, neljubazni, neprimirljivi, nemilostivi; i koji, i poznajući pravdu Božju, po kojoj zaslužuju smrt oni koji to čine, ipak ne samo da to sami čine, nego i povlađuju onima koji to rade.“

Ta pravila bila su, naime, prvobitno etičke i konvencionalne norme, i ne pravna pravila. (O etičkim i konvencionalnim normama i njihovoj razlici od pravnih normi v.: Somló, 1917: 66–69, 72–75 et passim). No, sve se to promijenilo donošenjem navedenog edikta Konstantina Velikog i Licinija o toleranciji, jer je njime hrišćanska Crkva bila priznata od državne vlasti. Od tada ona postaju pravilima crkvenoga prava. S tim, što ta pravila ostaju potčinjena državnome pravu. To nedvosmisleno kaže i apostol Pavle u „Poslanici Rimljanima“ (13: 1–4): „Svaka duša da se pokorava vlastima koje vladaju; jer nema vlasti da nije od Boga, a što su vlasti, od Boga su postavljene. Tako koji se suprotstavi vlasti suproti se naredbi Božijoj; a koji se suprote primiće grijeh na sebe. Jer knezovi nijesu strah dobrijem djelima nego zlijem. Hoćeš li pak da se ne bojiš vlasti, čini dobro i imaćeš hvalu od nje; Jer je sluga Božij tebi za dobro. Ako li zlo činiš, boj se; jer uzalud ne nosi mača, jer je Božij sluga, osvetnik na gnjev onome koji zlo čini“.

U režimu odvojenosti Crkve i države, to jest slobode veroispovesti, crkvene vlasti su dužne da se pridržavaju opštih, jednakih za sve zakona, recimo onih koji se tiču pravne sposobnosti, zabrane retroaktivnosti, poštovanja ličnoga dostojanstva koje uključuje pravo na pošteno suđenje. Ako pravni akti ili radnje crkvenih vlasti vređaju neke od tih zakona, državni sud može da takve akte poništi i radnje zabrani, te da dosudi obeštećenje povređenim licima. No, država ne sme da ispituje unutrašnju legitimnost crkvenoga prava, to jest pitanje hijerarhije izvora crkvenoga prava. Ona posebno ne sme da ispituje važenje crkvenih dogmata, jer oni čine suštinu crkvene vere i slobode veroispovesti. Valja primetiti da se sloboda veroispovesti kao osnovno pravo upravlja protiv države, i ne protiv trećih lica, posebno ne protiv verskih zajednica, protiv Crkve. Ono zabranjuje državnu, ali ne i crkvenu netolerantnost. Ostaje i pod režimom slobode veroispovesti nedirnutu pravo Crkve da svoje pripadnike, kako duhovnike tako i laike, prinuđuje da izvršavaju svoje unutarcrkvene dužnosti primenom unutarcrkvenih sredstava; u tu svrhu Crkvi stoji na raspolaganju njena vlast stege i disciplinovanja (crkveno kazneno pravo). Razume se, to pravo ne sme stajati u suprotnosti sa državnim pravom.

U režimu državne crkve, koji je u pojedinim hrišćanskim zemljama postojao do u 20. vek, državna Crkva imala je mnoštvo povlastica. Crkvene nekretnine bile su neotuđive (princip „mrtve ruke“), tako da je Crkva vremenom postajala

najveći zemljoposjednik, Crkva je bila oslobođena poreza i plaćanja državne pošte i prevoza, državni poglavar mogao je da svojim podanicima nametne svoju veru („Cuius regio, eius religio.“), da prekršioce crkvenoga prava, posebno jeretike, goni kao zločince protiv državnoga prava, bio je u svakom pogledu dužan da štiti Crkvu na svojoj teritoriji („advocatus ecclesiae“). S druge strane, Crkva je pod ovim režimom imala i posebne dužnosti. Bila je obavezna da iz svoje imovine zbrinjava sirotinju i udovice. Zemaljski vladar bio je i crkveni poglavar (summus episcopus). S tim u vezi, on je mogao da postavlja i smenjuje crkvene velikodostojnike, te da se, štaviše, meša i u dogmatska pitanja. Tako je rimski car Teodosije I svojim znamenitim solunskim ediktom od 27. februara 380. (Codex Theodosianus, 16, 1, 2) proglasio hrišćanskom religijom samo onu hrišćansku veru koju ispovedaju na Zapadu rimski episkop Damaz i na Istoku aleksandrijski episkop Petar. Sazivajući vaseljenske sabore, vizantijski carevi mogli su da merodavno utiču na utvrđivanje dogmata i osuđivanje jeresi o kojim se pitanjima raspravljalo na tim saborima. Kako primećuje Mommsen (Mommsen, 1955, 597), „ali ispravno hrišćanstvo, pravoslavna vera, uvek je vera časovitoga cara“. Engleski kraljevi propisali su učenje i ustav anglikanske Crkve posle raskola sa Rimom; (v.: Jedin, IV, 2004: 271 idd.).

Kao podrazdeo „državne crkve“ javlja se „crkvena država“. Ona u Zapadnoj Evropi postoji u doba kada je rimski papa bio ne samo poglavar rimokatoličke Crkve, već i vrhovni vladalac rimokatoličkoga sveta; on je odlučivao o legitimitetu vladarâ njihovim krunisanjem i izopštenjem (ekskomunikacijom) koje je bilo ravno svrgavanju. To doba trajalo je od 11. do 13. veka.

Postoji i treća mogućnost uređenja odnosa između države i Crkve, koja se ispoljava kao njihova relativna ravnopravnost. Ta relativna ravnopravnost ogleda se u tome da država pristaje da svoje međusobne odnose sa Crkvom uredi ugovorom sa njom. Te ugovore naročito nastoji da zaključi papa kao državni poglavar Vatikana i prvosveštenik rimokatoličke Crkve. Ti ugovori nazivaju se „konkordatima“. No, postoje i sporazumi između pojedinih država i drugih hrišćanskih crkava. Tako je pravni položaj pravoslavne Crkve u Bosni i Hercegovini, a u okviru Carigradske patrijaršije, bio uređen konvencijom od 31. marta 1880. između carsko-kraljevske austro-ugarske vlade i carigradskoga patrijarha. Po toj je konvenciji vrhovni duhovni starešina

bosansko-hercegovačke Crkve bio carigradski patrijarh, a imenovanje episkopâ eparhija u njenom sastavu vršio je austrijski car. Pošto u SR Nemačkoj važi konkordat sa papskom stolicom, čija je materija posle donošenja Osnovnoga zakona od 1949. podeljena između Saveza i saveznih pokrajina, pojedine savezne pokrajine su zaključile ugovore sa pojedinim protestantskim crkvama, kao i sa jevrejskim opštinama. Na taj način su sve te crkve, odnosno verske zajednice, postale ustanove javnog prava. Ustav Italijanske republike od 27. decembra 1947. upućuje na konkordat sa papskom stolicom („Lateranski ugovori“) u svome čl. 7: (1) „Država i Katolička Crkva jesu, svaka u svome poretku, nezavisne i suverene. (2) Njihovi međusobni odnosi uređeni su Lateranskim ugovorima. Izmene tih ugovora, koje su obe strane prihvatile, ne zahtevaju postupak izmene Ustava“.

U pogledu pravne prirode konkordata iznećemo samo dva suprotstavljena gledišta istaknutih predstavnika nauke međunarodnoga prava. Po jednom, konkordat uopšte nije ugovor međunarodnoga prava (Triepel, 1958: 286, 166, podbeleška 1; Schmitt, 1985: 171, 204). Po drugom, konkordat je međunarodni ugovor sličan međunarodnom ugovoru koji država zaključuje sa nekom međunarodnom organizacijom (Dahm, III, 1961: 13 id.). No, bez obzira na pravnu kvalifikaciju konkordata, činjenica je da su države tokom istorije ukidale konkordate običnim zakonima; (v.: Milaš, 2004: 760 id.). Takođe, i nemački Savezni ustavni sud zauzeo je stav da je nemački konkordat običan savezni zakon, pri čemu nauka ne osporava to stanovište; (v.: von Campenhausen/de Wall, 2006: 46). Iz svega ovoga može se izvesti zaključak da postoji pravni običaj sledstveno kome država može svojim unutrašnjim zakonodavstvom da stavi van snage ranije zaključeni konkordat. Taj pravni običaj opravdan je iz dva razloga. Prvo, država nije dužna da neograničeno dugo i bezizuzetno trpi na svojoj teritoriji izvesnu ustanovu javnog prava. Drugo, konkordat je takav ugovor od kojega samo rimokatolička Crkva ima koristi, dok država njime samo preuzima obaveze na sebe. Dakle, konkordat je takav ugovor koji vređa princip komutativne pravde, koji mora da važi u celokupnome ugovornom pravu.

Literatura

Austin J., (2002). Lectures on Jurisprudence of the Philosophy or Positive Law, 4th Ed., rev. and ed. by R. Campbell, Reprinted, Bristol

Allen, Sir C. K. 1958). Law in the Making, 6th Ed., Oxford, The Clarendon Press

A. Freiherr von Campenhausen/H. de Wall, Staatskirchenrecht, 4. Aufl., München

Burlamaqui, (2003/1). The Principles of Natural Law By J. J. Burlamaqui, The Lawbook Exchange, Ltd., Clark, N. J.

Burlamaqui, (2003/2). The Principles of Politic Law By J. J. Burlamaqui, The Lawbook Exchange, Ltd., Clark, N. J.

Dahm, G. (1961). Völkerrecht, Stuttgart

De Jouvenel, B., (1972). Du Pouvoir. Histoire naturelle de sa croissance, Paris, Hachette

Duguit, L., (1927). Traité de droit constitutionnel, I, 3-e éd., Paris

Duguit, L., (1930). Traité de droit constitutionnel, III, 3-e éd., Paris

Duguit, L., (1928). Traité de droit constitutionnel, II, 3-e éd., Paris

Durkheim, E., (1956). Les règles de la méthode sociologique, 13-e éd., Paris

Esser, J., (1956). Grundsetz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen

Jedin, H., (2004). Velika povijest crkve, uređuje H. Jedin, IV, napisao E. Iserloh, Zagreb

Jhering, von R., I, (1878). Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, I, 4. Aufl., Leipzig

Constant, B., (1957). Oeuvres, par A. Roulin, Paris, Gallimard

Kraushaar (Hg.), W., (1998). Frankfurter Schule und Studentenbewegung 1946-1955, I: Chronik, Hamburg

Krüger, H., (1966). Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz

Laferrière, E., (1887, 1896). *Traité de la Juridiction administrative et des recours contentieux*, I, Paris, Berger-Levrault et Cie, 1887, 2-e éd

Marcic, R., (1957). *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, Wien

Merkel, A., (1923). *Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff*, Leipzig/Wien

Milaš, N., (2004). *Pravoslavno crkveno pravo*, fototipsko izdanje, Beograd/Šibenik

Mommsen, Th., (1955). *Römisches Strafrecht*, Photomechanischer Nachdruck, Berlin

Montesquieu, (1894), *Espirit des lois par Montesquieu, avec les notes de l'auteur*, Paris, Firmin-Didot et Cie

Novaković, M., (1936). *Osnovi međunarodnog prava*, I, Beograd

Puchta, G. F., (1837). *Das Gewohnheitsrecht*, II, Erlangen

Puchta, G. F., (1872). *Pandekten*, 11. Aufl., Leipzig

Pound, R., (1934). *Hierarchy of Sources and Formes in Different Systems of Law*, 7 *Harvard Law Review*, 475 sqq.; *Mémoires de l'Académie internationale de droit comparé*, II, 1934, 9 sqq. (prevod na francuski)

Pound, R., (1919). *Administrative Application of Legal Standards*, *American Bar Association Report*, 44/1919, 445 sqq

Ripert, G., (1935). *La règle morale dans les obligations civiles*, 3-e éd., Paris

Ripert, G., (1949). *Le déclin du droit. Etudes sur la législation contemporaine*, Paris

Rousseau, J.-J. (1964). *Oeuvres complètes*, III, sous la direction de B. Gagnebin/M. Raymond, Editions Gallimard

Savigny, von F. C., (1840). *System des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin, Veit und Comp

Savigny, von F. C., (1847). *System des heutigen Römischen Rechts*, VI, Berlin

Savigny, von F. C., (2002). *Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*, The Lawbook Exchange, Ltd., Union, N. J.

Sauer, W., (1961). *Einführung in die Rechtsphilosophie für Unterricht und Praxis*, 2. Aufl., Berlin

Simon, H., (1984). in: *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, herausg. von E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel, unter Mitw. von K. Hesse, II, Berlin/New York

Somló, F., (1917). *Juristische Grundlehre*, Leipzig

Schmitt, C., (1985). *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, 3. Aufl., Berlin

Triepel, H., (1958). *Völkerrecht und Landesrecht*, Nachdruck, Aalen

Weber, M., (1964). *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, herausg. v. J. Winckelmann, Erster Halbband, Köln/Berlin

Wolf, E., (1959). *Das Problem der Naturrechtslehre. Versuch einer Orientierung*, Karlsruhe

Wolzendorff, K., (1916). *Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes gegen rechtswidrige Ausübung der Staatsgewalt*, Breslau

Milan Petrović. LL.D.

Full Professor (retired),

Faculty of Law, University of Niš

**On the Legitimacy of the Constitutional Courts and Institutionalization of
the Right to Resistance, with reference to the Legitimacy of Church
Authorities**

Summary

The concept of legitimacy has a dual meaning: it is both the form of supreme power of the state and the justification of that power. Max Weber distinguishes three types of legitimate authority: traditional authority, charismatic authority, and the rational-legal authority. The prevailing form of power in the modern world is the third type of legitimate authority, which is reflected in the concept of “the legal state” or “the rule of law rather than the rule of people”. In that regard, the rational-legal authority is based on Jean-Jacques Rousseau’s idea on law as the expression of the “*general will*”. This idea was introduced into the French Declaration of the Rights of Man and the Citizen (1789): “Law is the expression of the general will. Every citizen has a right to participate, personally or through his representatives, in its foundation. It must be the same for all, whether it protects or punishes...” Consequently, except for the entire body of citizens (referendum legislation) and their representatives (parliamentary legislation), all other state authorities emerge as the holders of the *particular will*. In this original article, the author lays down the theoretical standpoint that “the general will” is in fact a totality of (normative) legal principles.

Today, the institution of a constitutional court (or some other equivalent institution) is recognized in almost all legislations of the European-Continental legal tradition falling into the Roman-Germanic-Slavic legal family. There is no dispute on whether such an institution may examine the compliance of by-laws with the Constitution and the applicable law because, in that case, the holder of one particular will controls the holder of another particular will. However, it is disputable whether the constitutional court, as the holder of particular will

(and the only administrative authority whose members are selected by the legislature), may invalidate the laws which it considers to be unconstitutional because, in that case, one particular will rises above the general will. According to Rousseau, this is despotism, which is indisputably a form of illegitimate power.

Yet, law need not necessarily be the expression of the general will. Rousseau clearly distinguishes between man as an individual (who is a holder of the particular will and the citizen (who is a holder of the general will). Thus, we cannot rule out the possibility that these particular wills may exercise different forms of oppression over the general will, under the shroud of law. Rousseau does not explicitly propose the solution for such a state of affairs but merely points out that the holders of the particular will “shall be forced to be free”.

This raises the question of the right to resist oppression. This right was a much debated issue at the turn of the Middle Ages and the New Age. The leading proponents of political philosophy, Monarchomachs and John Locke consider that this right does not belong either to an individual or to the masses of common people but to the nations organized in corporations. The ultimate message in this paper is the need for the revival of corporations as the holders of the right to resist oppression, in the best tradition of Roman *tribunes* and Spartan *ephors*.

The addendum deals with the “external legitimacy” of church authorities which entails their recognition by the state as an essential presumption for the existence of Church Law; in that context, the author elaborates on different types of relations between the state and the Church.

Key words: legitimacy, general will, legal principles, estate assembly (representatives of vocations) as “ the guardian of the constitution”, Church authorities.

Akademik dr Miodrag N. Simović*

Redovni profesor Pravnog fakulteta u Banjoj Luci
Dopisni član Akademije nauka i umjetnosti Bosne i
Hercegovine

Dr Milena Simović**

Docent na Fakultetu za bezbjednost i zaštitu
Univerzitet u Banjoj Luci

NAUČNI ČLANAK

UDK: 342.565.2(497.6)

Rad primljen: 01.09.2014.

Rad prihvaćen: 01.12.2014.

GRANICE OVLAŠĆENJA USTAVNOG SUDA BOSNE I HERCEGOVINE U POSTUPKU OCJENE SAGLASNOSTI ZAKONA SA USTAVOM BOSNE I HERCEGOVINE

Apstrakt: Ustavni sud Bosne i Hercegovine je u ustavnopravnom poretku Bosne i Hercegovine jedan od stubova vladavine prava i pravne sigurnosti i garant očuvanja i razvoja demokratskog poretka. On nije zakonodavna, nije izvršna, niti klasična sudska vlast, nego vlast posebne vrste sui generis, kao korektiv sve tri grane vlasti. U ovakvoj situaciji posebno je značajan odnos između Ustavnog suda i zakonodavne vlasti imajući u vidu da zakonodavna vlast putem, prije svega zakona, uređuje pravni poredak, a time definiše i društveno-politički sistem jedne države, te da, s druge strane, Ustavni sud pazi da ti zakoni budu saglasni Ustavu Bosne i Hercegovine i ako ocijeni da se izašlo van okvira Ustava, može intervenirati proglašenjem cijelog zakona ili pojedinih njegovih dijelova neustavnim i staviti ih van snage. Da li u ovakvoj situaciji Ustavni sud preuzima ulogu zakonodavca i kakvog? Šta ako zakonodavna vlast ne izvrši odluku Ustavnog suda? Treba li Ustavni sud preuzeti ulogu pozitivnog zakonodavca?

U teoriji i praksi manje je problematično djelovanje Ustavnog suda kao negativnog zakonodavca. U ovoj pravnoj situaciji Ustavni sud svojom odlukom utvrđuje neustavnost pojedine odredbe zakona (ili cijeli zakon) i

* miodrag.simovic@ustavnisud.ba

** milena.s@blic.net

eliminiše ga iz pravnog poretka tako što, u pravilu, nakon proteka određenog roka takve odredbe prestaju važiti, a u ostavljenom roku zakonodavac neustavne odredbe zamjenjuje novim. Međutim, puno je problematičnija situacija kada Ustavni sud djeluje kao pozitivni zakonodavac, tj. kada svojom odlukom proglašava važenje određenih zakonskih odredaba ili odlukom ukazuje zakonodavcu šta treba da uradi da bi zakon bio u skladu sa Ustavom. U tome je i razlika od djelovanja Ustavnog suda kao negativnog zakonodavca.

Ključne riječi: *Ustav Bosne i Hercegovine, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Evropski sud za ljudska prava, ustavnost, zakonitost.*

1. Uvodne napomene

U svojoj praksi Ustavni sud Bosne i Hercegovine¹ je djelovao i kao pozitivni zakonodavac. I pored toga, uvijek su postojale ozbiljne dileme da li Ustavni sud, makar i izuzetno, treba djelovati u ovoj ulozi. Treba naglasiti da postoji razlika između djelovanja Ustavnog suda kao pozitivnog zakonodavca i pozitivnog aktivizma Ustavnog suda. Pozitivnim aktivizmom se označava stvaralačko, razvojno i otvoreno tumačenje ustavnih odredaba u korist zaštite vladavine prava, demokratskog poretka i razvoja ljudskih prava. U stvari, pozitivni aktivizam Ustavnog suda se u konačnici manifestuje kroz njegove odluke kojima djeluje u ulozi negativnog zakonodavca, te kroz odluke kojima djeluje u ulozi pozitivnog zakonodavca. Ustavni sud je, od početka svoje prakse, nastojao da djeluje u skladu sa sudskim aktivizmom i tu, za razliku od djelovanja u ulozi pozitivnog zakonodavca, nije imao dileme.

Ustavnom sudu je puno lakše djelovati u ulozi negativnog zakonodavca. Tada Ustavni sud utvrđuje da li je određeni propis u saglasnosti sa Ustavom Bosne i Hercegovine², daje rok zakonodavcu da taj propis usaglasi sa Ustavom, te ukoliko se propis ne usaglasi sa Ustavom – on će, kao neustavan, prestati da važi. U toj ulozi Ustavni sud će dati razloge zašto smatra da je određeni propis

¹ U daljem tekstu: Ustavni sud.

neustavan, ali neće govoriti zakonodavcu kako će glasiti novi propis koji treba donijeti nakon odluke Ustavnog suda, niti će Ustavni sud ovakvom odlukom proglašavati važenje bilo kakvih zakonskih odredaba. Takva uloga se, prije svega, može pravdati dodijeljenim nadležnostima Ustavnog suda, prema kojima Ustavni sud utvrđuje da li je određeni pravni propis u saglasnosti sa Ustavom. U vezi s tim, naglašava se da je primarno funkcija zakonodavca da donosi propise, te da ne postoji ustavni osnov za preuzimanje ove funkcije od zakonodavca. Nadalje, zakonodavac je u boljoj poziciji da procijeni na koji način će se otkloniti utvrđena neustavnost, kao i da zakonodavac ima sve potrebne resurse koji će mu pomoći da na najbolji način utvrdi novi tekst zakona, itd. Na ovaj način Ustavni sud preuzima i manji rizik, jer neustavnost otklanja zakonodavac, a ne on.

Međutim, postavlja se pitanje kako djelovati kada zakonodavac ne otklanja neustavnost koju je Ustavni sud utvrdio, djelujući u funkciji negativnog zakonodavca. Ovdje je moguće više pravnih situacija, a najčešće su dvije:

a) Zakonodavac je postupio formalno saglasno odluci Ustavnog suda i donio novi zakon (izmjene ili dopune), ali nije postupio po uputama Ustavnog suda i *prima facie* je vidljivo da i novi zakon (odredba) nije saglasan Ustavu. U ovoj situaciji ne bi trebao postojati problem, jer nema nikakvih ograničenja da ovlašćeni subjekt pokrene novi postupak ocjene ustavnosti novog zakona pred Ustavnim sudom i time se rješava ovaj situacija.

b) Zakonodavac nije postupio po odluci Ustavnog suda, nije donio novi zakon i prestankom važenja osporenog zakona nastala je pravna praznina. U takvoj situaciji više ne postoje zakonske odredbe na osnovu kojih se može postupati u određenoj pravnoj stvari, a ta pravna stvar može biti od ključnog značaja za vladavinu prava i ostvarivanje ili zaštitu ljudskih prava građana. Zapravo, nedjelovanje zakonodavca prema odluci Ustavnog suda može dovesti u pitanje poštovanje osnovnih ljudskih prava i sloboda, te podstaknuti Ustavni sud da djeluje u funkciji pozitivnog zakonodavca. Slobodno se može reći da Ustavni sud ne bi (ni) razmišljao da li će djelovati kao pozitivni zakonodavac kada bi nadležni zakonodavac izvršavao njegove odluke, kojima je utvrđena neustavnost određenih pravnih akata ili zakonskih odredbi. Ova vrsta

² U daljem tekstu: Ustav.

izuzetnog i neuobičajenog djelovanja Ustavnog suda mogla bi se opravdati pozivanjem na relevantne odredbe Ustava BiH. Naime članom I/2 Ustava je utvrđeno da je „Bosna i Hercegovina demokratska država koja funkcioniše *saglasno zakonu* i na osnovu slobodnih i demokratskih izbora“. Nadalje u članu II Ustava je utvrđen katalog ljudskih prava i ostale odredbe u vezi s ljudskim pravima, uključujući i direktnu primjenu i supremaciju Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda³ nad domaćim zakonima.

Dakle, na osnovu posebnog značaja koji ljudskim pravima daje Ustav i odredbe o „...demokratskoj državi, koja funkcioniše saglasno zakonu...“, Ustavni sud bi mogao, ali samo u izuzetnim slučajevima kada je nedjelovanjem zakonodavca nakon njegove odluke dovedena u pitanje vladavina prava (jer nema zakona) i poštovanje osnovnih ljudskih prava i sloboda, odstupiti od uobičajene uloge negativnog zakonodavca i preuzeti ulogu pozitivnog zakonodavca. Ovome bi se mogla dodati i opšta premisa da sudije Ustavnog suda treba, naravno ukoliko to mogu, da rješavaju ustavne probleme, a ne da ih izbjegavaju ili ignorišu njihovo postojanje.

2. Praksa Ustavnog suda

S ovim problemom Ustavni sud se suočio 2004. godine, kada je donio odluku kojom je utvrdio da su neustavni dijelovi zakonske odredbe kojom su utvrđeni nazivi pojedinih gradova i opština u Bosni i Hercegovini. Tom odlukom ostavljen je rok zakonodavcu za usaglašavanje ove neustavne odredbe. Nakon što zakonodavac, u ostavljenom roku od šest mjeseci, nije otklonio utvrđene neustavnosti, Ustavni sud je donio odluku o prestanku važenja neustavnih odredbi. Tako su nazivi pojedinih gradova i opština prestali da egzistiraju u pravnom poretku, što je imalo posebne implikacije na vladavinu zakona i na ljudska prava i slobode građana u tim mjestima jer, na primjer, nisu mogli izvaditi ili produžiti lične dokumente na osnovu kojih su ostvarivali svoja prava, kao što je liječenje, kretanje i sl. Stoga je Ustavni sud donio odluku kojom je privremeno utvrdio, dok se utvrđene neustavnosti ne otklone, nove nazive gradova i opština. U ovoj odluci Ustavni sud je naglasio: „...kako ima u vidu činjenicu nastanka pravne praznine prestankom važenja osporenih

³ U daljem tekstu: Evropska konvencija.

odredbi, kao i za nesmetanim funkcionisanjem gradova i opština čiji nazivi su određeni odredbama zakona koje su prestale važiti...“. Ovdje je bitno napomenuti da je odluku Ustavnog suda, kojom se utvrđuje neustavnost naziva pojedinih gradova i opština, zakonodavac izvršio tek 2009. godine - donošenjem odgovarajućeg zakona.

Sličan problem Ustavni sud je imao (i) 2011. godine, kada je donio odluku kojom je utvrdio neustavnost zakonske odredbe koja je propisivala imena registracionih područja za određivanje jedinstvenog matičnog broja. Ni u ovom slučaju zakonodavac, u ostavljenom roku od šest mjeseci, nije izvršio odluku Ustavnog suda, te je Ustavni sud donio odluku o prestanku važenja neustavnih odredbi. Nakon toga više nije postojala zakonska odredba kojom se propisuju imena registracionih područja za određivanje jedinstvenog matičnog broja. U realnom životu to je značilo da se jedinstveni matični broj više ne može odrediti, te se tako ne mogu (ni) izdati lična dokumenta kao što je npr. pasoš, lična karta itd. Posljedice svega toga bile su demonstracije građana. Ukazivalo se na težak položaj tek rođene djece. Posebno djece kojima je ugrožen život, jer im je onemogućen odlazak na liječenje u inostranstvo zbog toga što nisu mogla izvaditi putnu ispravu, a koja im se nije mogla izdati zato što im prethodno nije mogao biti određen jedinstveni matični broj. Bilo je očigledno da se ljudska prava građana značajno krše, a toga je svakako bio svjestan (i) Ustavni sud. U takvoj situaciji, Ustavni sud je ozbiljno razmišljao da preuzme ulogu pozitivnog zakonodavca i, na privremenoj osnovi, proglasi imena registracionih područja za dobijanje jedinstvenog matičnog broja. Zakonodavac je, u međuvremenu, prvenstveno pod pritiskom javnosti, donio odgovarajuće izmjene zakona, te utvrdio imena registracionih područja.

Sličnu situaciju Ustavni sud ima i sa još jednom svojom odlukom koja nije izvršena, a odnosi se na Izborni zakon i Statut grada Mostara, gdje su neke odredbe proglašene neustavnim, prestale da postoje u pravnom poretku, a nove nisu donesene i tako ne može da ostvaruje jedno od ustavnih prava iz člana 1/2 Ustava da je „BiH demokratska država koja funkcioniše saglasno zakonu i na osnovu slobodnih i demokratskih izbora“. Dakle, ostvarivanje jednog osnovnog ustavnog prava je onemogućeno. Ustavni sud ovdje još nije reagovao iako su davno prošli svi rokovi za usklađivanje neustavnih odredbi i postoje inicijative za intervenciju Ustavnog suda.

Ulozi pozitivnog zakonodavca Ustavni sud se približio u dvije specifične situacije kada je donio dvije odluke kojima je utvrdio da relevantni zakoni nisu u skladu sa Ustavom BiH, ali tako što je zakonodavac propustio da reguliše određenu oblast koja se odnosi na ustavna prava građana. Tako, u jednom slučaju zakon nije sadržavao odredbe koje omogućavaju delegaciju nadležnosti kada se sudi na osnovu državnog zakona o parničnom postupku i stranci je onemogućen pristup sudu, odnosno u drugoj situaciji nema odredbi koje propisuju određene naknade iz radnog odnosa samo za jednu kategoriju uposlenih, a za sve druge ima. U tim odlukama Ustavni sud je jasno ukazao šta zakonodavac treba da uradi da bi se predmetni zakoni uskladili sa Ustavom BiH, ne ulazeći u to kakva će rješenja biti.

Može se reći da je Ustavni sud djelovao kao pozitivni zakonodavac (i) kada je donio odluku kojom je poništio odluke o izboru opštinskih vijećnika za gradsko vijeće Grada Sarajeva, jer su izbori izvršeni na osnovu neustavnih odredaba kojima u gradskom vijeću nije omogućena minimalna zastupljenost svih konstitutivnih naroda. Ovom odlukom Ustavni sud je opštinskim vijećima naložio da u roku od 30 dana izvrše novi izbor vijećnika za gradsko vijeće, ali u skladu sa odredbama Ustava, a ne na osnovu neustavnih odredaba gradskog statuta, kako je to rađeno prije odluke Ustavnog suda.

3. Autonomija i nezavisnost Ustavnog suda (ustavnost člana 2 Pravila Ustavnog suda)

U predmetu broj U 7/13 od 27. septembra 2013. godine podnosilac zahtjeva je smatrao da je osporeni član 2. Pravila Ustavnog suda⁴ suprotan članu VI/1d) Ustava kojim je propisano da Parlamentarna skupština BiH može zakonom predvidjeti drugačiji način izbora trojice sudija koje bira predsjednik Evropskog suda za ljudska prava. S obzirom na tu ustavnu odredbu, podnosilac zahtjeva smatra da se osporenom odredbom Pravila Ustavnog suda onemogućava Parlamentarna skupština BiH da „reguliše drugačiji način izbora trojice sudija“.

Jedno od pitanja na koje je Ustavni sud morao odgovoriti pri ocjeni dopustivosti predmetnog zahtjeva, jeste da li je Ustavni sud nadležan da

⁴ „Službeni glasnik BiH“ br. 60/05, 64/08 i 51/09.

ispituje ustavnost Pravila Ustavnog suda, odnosno da li se radi o „sporu“ u vezi sa nekim „zakonom“ u smislu člana VI/3a) Ustava. U vezi sa postojanjem „spora“, Ustavni sud u svojoj jurisprudenciji ukazao je na to da, uzimajući u obzir samo jezičko značenje prve rečenice člana VI/3a) Ustava, jasno proizlazi da je postojanje „spora“ uslov dopustivosti za ove vrste postupaka. Međutim, „spor“ ne može proizlaziti iz redovnih pozitivnopravnih propisa već se mora ticati određenog pitanja koje je regulisano samim Ustavom⁵.

Dalje, u vezi sa pitanjem da li se konkretni zahtjev odnosi na „zakon“ u smislu člana VI/3a) Ustava, najprije je trebalo razmotriti pitanje pravne prirode Pravila Ustavnog suda. U vezi s tim, Ustavni sud ukazuje na svoje ranije stavove da Ustav dodjeljuje Ustavnom sudu opšti zadatak „podržavanja Ustava“ (član VI/3) i široke nadležnosti kontrole ustavnosti. Ti zadaci, koji se vrše i u odnosu na druge ustavne organe, a naročito zakonodavca, i koji se reflektuju u konačnim i obavezujućim odlukama za sve javne organe, jasno impliciraju garancije čvrste nezavisnosti i autonomije Ustavnog suda⁶. U vezi s tim, Ustavni sud podsjeća da je odredbom člana VI/2b) Ustava utvrđeno da će Ustavni sud, većinom glasova svojih članova, donijeti vlastita pravila o radu (*rules of court*). Ovakvo ustavno rješenje ukazuje na namjeru ustavotvorca da osigura nezavisnost Ustavnog suda i onemogući bilo kakvo miješanje u način vršenja nadležnosti koje su mu dodijeljene Ustavom. Ovo, takođe, ukazuje i na naročit položaj koji Ustavni sud ima prema Ustavu⁷. U istoj odluci Ustavni sud je naglasio i da „[u] nedostatku ustavnih zakona, Ustavni sud mora biti u stanju potpuno nezavisno odlučivati o vlastitoj organizaciji i funkcionisanju“⁸.

Dakle, nadležnost Ustavnog suda da samostalno reguliše „pravila suda“ proističe direktno iz Ustava, s jasnim ciljem očuvanja autonomije i nezavisnosti Ustavnog suda u punoj mjeri. Upravo zbog toga, Pravila Ustavnog suda i imaju specifičnu ustavnu poziciju i posebnu ustavnu prirodu. To, takođe, znači da ne postoji bilo kakav način da takvu nadležnost može vršiti bilo koja druga institucija, uključujući i Parlamentarnu skupštinu BiH, jer tako nešto Ustav ne

⁵ Vidi, Ustavni sud, Odluka o dopustivosti broj U 12/08 od 30. januara 2009. godine, objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 62/09, tačka 7.

⁶ Vidi, *mutatis mutandis*, Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu broj U 6/06 od 29. marta 2008. godine, tačka 29, objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 40/08.

⁷ *Ibid*, tačka 24.

propisuje. Na taj način Ustavom se uspostavlja i jasna razlika između pozicije Ustavnog suda, koji svoje nadležnosti crpi direktno iz Ustava, i redovnih sudova u odnosu na koje zakonodavna vlast na odgovarajućim nivoima ima nadležnost da donosi odgovarajuće zakone, kako one koje regulišu organizaciju i rad tih sudova, tako i procesne zakone prema kojima ti sudovi postupaju. Ovakva razlika je, između ostalog, rezultat toga što je zadatak Ustavnog suda da podržava Ustav putem vršenja nadležnosti koje su upravo Ustavom date isključivo Ustavnom sudu.

Naravno, Ustavni sud ukazuje da je Ustavom propisana nadležnost Parlamentarne skupštine BiH da zakonom može drugačije urediti „način izbora trojice sudija koje bira predsjednik Evropskog suda za ljudska prava“, kako to propisuje član VI/1d) Ustava. Međutim, iz teksta navedenog člana jasno proizlazi da nadležnost da donese takav zakon omogućava Parlamentarnoj skupštini BiH da drugačije reguliše isključivo način izbora sudija Ustavnog suda, i to ograničeno – samo u odnosu na trojicu sudija koje bira predsjednik Evropskog suda za ljudska prava. Međutim, to se nikako ne može tumačiti šire, kako to čini podnosilac zahtjeva, zato što se tom odredbom ni na koji način ne dovodi u pitanje isključiva nadležnost Ustavnog suda iz člana VI/2b) da potpuno samostalno propiše „pravila suda“.

Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud smatra da Pravila Ustavnog suda, koja su propisana Ustavom, kao akt čije je donošenje u isključivoj nadležnosti Ustavnog suda, imaju specifičnu ustavnu prirodu koja je rezultat potrebe i namjere da se u punoj mjeri očuvaju i zaštite autonomija i nezavisnost Ustavnog suda. S obzirom na takvu ustavnu prirodu ovog akta, te na činjenicu da taj akt svoje izvorište ima direktno u Ustavu, Ustavni sud smatra da se „pravila suda“ mogu smatrati *sui generis* „zakonom“ u smislu člana VI/3a) Ustava. Međutim, s obzirom na jasno propisanu isključivu nadležnost Ustavnog suda da donese „pravila suda“, Ustavni sud smatra da u odnosu na to pitanje ne može doći do bilo kakvog „spora“ između dvaju entiteta ili između Bosne i Hercegovine i jednog ili oba entiteta, te između institucija Bosne i Hercegovine, čiju bi ustavnost Ustavni sud bio nadležan da ocjenjuje u smislu člana VI/3a) Ustava.

⁸ *Ibid*, tačka 30.

Imajući u vidu odredbe člana 17. stav 1. tačka 1. Pravila Ustavnog suda, zahtjev je odbačen kao nedopušten, jer je utvrđeno da Ustavni sud nije nadležan za odlučivanje.

4. Princip nezavisnosti pravosuđa (kompatibilnosti Zakona o platama i drugim naknadama u sudskim i tužilačkim institucijama na nivou Bosne i Hercegovine sa Ustavom)

Princip nezavisnosti pravosuđa, mada nije eksplicitno naveden u Ustavu, predstavlja opšti princip koji mora biti poštovan, jer je neodvojiv od principa vladavine prava izraženog u članu I/2 Ustava. Međutim, princip vladavine prava i nezavisnost sudske vlasti kao njegov neodvojiv dio, a naročito princip podjele vlasti, ne znači da zakonodavac ne može zakonima i propisima regulisati pitanja koja su od važnosti za funkcionisanje državnih institucija, čak i ako se radi o sudovima, ali samo onako kako je to predviđeno i u skladu sa Ustavom⁹. Dakle, vladavina prava počiva na dva bitna obilježja, a to su jednakost svih pred zakonom i trodioba vlasti. Nezavisnost pravosuđa je osnov diobe vlasti, a pravosuđe jedna od tri grane vlasti u svakoj demokratskoj državi. Ono zauzima posebno mjesto i značajnu ulogu u svakom demokratskom društvu. Pravosuđe nije samo u jednakom položaju sa ostale dvije grane vlasti (izvršnom i zakonodavnom) već je posebna grana i zbog toga što kontroliše odluke druge dvije grane vlasti. Dalje, nezavisnost pravosuđa je osnov garancije vladavine prava, demokratije i poštovanja ljudskih prava. Ostvareni stepen nezavisnosti pravosudnog sistema predstavlja ključni indikator dostignutog nivoa vladavine prava u demokratskom društvu.

Pravosudni sistem ima vrlo važnu ulogu i u zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda u čemu ključnu ulogu ima i princip nezavisnosti sudova. Ovaj princip je zagaranтован i odredbom člana 6 Evropske konvencije, koji zahtijeva da svaku odluku mora donijeti nezavisni i nepristrasni sud uspostavljen u skladu sa zakonom. S tim u vezi je i zahtjev Evropskog suda za ljudska prava¹⁰ da „sud mora biti nezavisan i od izvršne vlasti i od stranaka“¹¹. Takođe, Osnovni

⁹ Vidi Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu broj U 6/06 od 29. marta 2008. godine, tač. 22 i 23, objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 40/08.

¹⁰ U daljem tekstu: Evropski sud.

¹¹ Vidi Evropski sud, *Ringelsen protiv Austrije*, presuda od 16. jula 1971. godine, stav 95.

principi Ujedinjenih nacija o nezavisnosti pravosuđa od 1985. godine propisuju da država garantuje nezavisnost sudstva, što će biti zagantovano ustavom ili zakonom zemlje. Dužnost vladinih i drugih institucija je da poštuju nezavisnost sudstva.

Pitanje nezavisnosti pravosuđa je bilo i predmet Mišljenja Evropske komisije za demokratiju kroz pravo (Venecijanska komisija) o pravnoj sigurnosti i nezavisnosti pravosuđa u Bosni i Hercegovini od 15. i 16. juna 2012. godine¹². Mišljenje je pripremljeno na zahtjev Evropske komisije u kontekstu Strukturiranog dijaloga Evropske unije i Bosne i Hercegovine o radu pravosuđa. U Mišljenju je istaknuto da je Venecijanska komisija u svom izvještaju o vladavini prava naglasila da princip pravne sigurnosti ima osnovnu ulogu u očuvanju povjerenja u pravosuđe i vladavinu prava. Postojanje pravne sigurnosti (ili nepostojanje) ima bitan ekonomski uticaj, te treba da je promovišu sva tri oblika državne vlasti. Ona apeluje na zakonodavca da osigura kvalitetne zakone i ostale pravne instrumente koje usvaja. Venecijanska komisija ukazuje na to da pravna sigurnost nalaže izvršnoj vlasti da je poštuje kada primjenjuje te pravne instrumente i donosi odluke, bilo uopšte ili u pojedinim stvarima. Takođe, sudska vlast mora da se pridržava ovog principa kada primjenjuje pravne instrumente na konkretne predmete i tumači zakonske odredbe.

U Mišljenju je ukazano na to da postoje dva osnovna oblika nezavisnosti pravosuđa: institucionalni i individualni. Institucionalna nezavisnost pravosuđa se odnosi na pitanje sposobnosti pravosuđa da djeluje bez pritiska ostalih organa vlasti – izvršne i zakonodavne. Institucionalna nezavisnost sudstva se fokusira na nezavisnost sudstva od ostalih grana državne vlasti (vanjska institucionalna nezavisnost). Odnos između sudova unutar istog pravosudnog sistema takođe treba uzeti u obzir (unutrašnja institucionalna nezavisnost). Institucionalna nezavisnost se može ocijeniti kroz četiri kriterija. Jedan od tih kriterija je i zahtjev da sudstvo mora biti nezavisno u finansijskim pitanjima. S tim u vezi je istaknuto da pravosuđe mora dobiti dovoljna sredstva za pravilno obavljanje funkcija i imati ulogu u odlučivanju kako se ta sredstva doznačavaju. Individualna nezavisnost odnosi se na nezavisnost koju imaju

¹² U daljem tekstu: Mišljenje.

sudije kao pojedinci u izvršavanju svojih profesionalnih dužnosti. Sudije moraju biti nezavisni i nepristrani. Ti uslovi su integralni dio osnovnog demokratskog principa podjele vlasti: sudija ne smije biti podložan političkom uticaju, a pravosuđe mora uvijek biti nepristrasno. Naglašeno je da individualna nezavisnost ima više aspekata, te da je jedan od njih i sigurnost mandata i finansijska sigurnost.

Iz navedenog proizlazi da je bitan preduslov za nezavisnost pravosuđa finansijska nezavisnost sudstva uopšte, kao i finansijska sigurnost sudije kao pojedinca. S tim u vezi, Ustavni sud upućuje i na Preporuku Vijeća ministara Vijeća Evrope zemljama članicama o sudijama: nezavisnost, efikasnost i odgovornosti, od 17. novembra 2010. godine, u kojoj je u tački 11. istaknuto da vanjska nezavisnost sudija nije prednost niti privilegija dodijeljena sudijama zbog njihovih ličnih interesa, već interesa vladavine prava i lica koja traže i očekuju nepristrasnu pravdu. Na nezavisnost sudija treba gledati kao na jemstvo slobode, poštovanja ljudskih prava i nepristrasne provedbe zakona. Nepristrasnost i nezavisnost sudija su ključne za jemstvo jednakosti stranaka pred sudom. U tački 33. Preporuke se navodi da svaka država treba dodijeliti sudovima odgovarajuća sredstva, objekte i opremu kako bi im omogućili djelovanje u skladu sa standardima određenim članom 6. Evropske konvencije.

Prema tome, nesporno je da finansijska nezavisnost sudstva predstavlja važan preduslov za sudsku nezavisnost uopšte. Ustavni sud primjećuje da se sudska vlast finansira iz budžeta o kojem odlučuju druge dvije grane vlasti, zakonodavna i izvršna, a bez učešća sudske vlasti. S druge strane, nedovoljna sredstva i ograničavanje finansijskih sredstava pravosuđu mogu dovesti u pitanje i princip nezavisnosti pravosuđa. Na navedeno upućuje i *Magna carta* sudija u kojoj se u tački 4. propisuje da će nezavisnost sudstva biti garantovana i kroz njegovo finansiranje. Takođe, i Osnovni principi Ujedinjenih nacija o nezavisnosti pravosuđa (UN 1985) utvrđuju obavezu svake države članice da obezbijedi neophodna sredstva kako bi se osigurao pravilan rad pravosuđa.

Razmatrajući zahtjev u predmetu broj U 7/12 od 30. januara 2013. godine u kontekstu svega navedenog, Ustavni sud primjećuje da je zakonodavna vlast spornim zakonom onemogućila sudijama, tužiocima i ostalim zaposlenim u Sudu BiH pravo na naknade na ime troškova prevoza, toplog obroka i

odvojenog života. Pri tome, Ustavni sud naglašava da je materijalni osnov ujedno i osnov očuvanja nezavisnosti pravosuđa, na što upućuju brojni međunarodni dokumenti. Prema mišljenju Ustavnog suda, onemogućavanjem prava sudija, tužioca i ostalih zaposlenih u Sudu BiH na uživanje spomenutih naknada, u situaciji nepostojanja samostalnih sudskih i tužilačkih budžeta, zakonodavna vlast utiče na strukturu materijalne osnove i naknada, a time i na ulogu pravosuđa koje ono ima u svakom demokratskom društvu. Neosiguranje spornih naknada predstavlja očiglednu regresiju u garantovanju pojedinačne nezavisnosti sudija i tužilaca i slabljenje uloge koju ima pravosuđe koje služi građanima i čiju poziciju, posebno u ovim vremenima, treba ojačati, a ne oslabiti. Dakle, od velike je važnosti da se ne dopusti marginalizacija pravosuđa na bilo koji način.

Imajući u vidu standarde propisane međunarodnim instrumentima, na koje se poziva podnosilac zahtjeva, a koji se tiču statusa sudija i imaju intenciju da se pravosudni sistem dovede na najviši nivo, kao i činjenicu da Ustavni sud u spornom zakonu nije mogao naći razumno i objektivno opravdanje za različito postupanje u pogledu strukture primanja, niti mu je takvo opravdanje dostavio zakonodavac, ovaj sud je mišljenja da sporni zakon nije proporcionalan cilju kojem se težilo prilikom njegovog donošenja. Takođe, nije proporcionalan ni sa uspostavljenim evropskim standardima u pogledu statusa sudija. Na osnovu navedenog, Ustavni sud zaključuje da sporni zakon nije u skladu ni sa članom II/4 Ustava, u vezi sa članom 14. Evropske konvencije, članom 1. Protokola broj 12. uz Evropsku konvenciju i članom 26. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima.

5. Pravo na pristup sudu (plaćanje sudskih taksi)

Kako su Evropski sud i Ustavni sud u svojoj jurisprudenciji konzistentno ukazivali, pravo na pravično suđenje iz člana 6. stav 1. Evropske konvencije osigurava, između ostalog, svakome pravo da svoj zahtjev u vezi sa građanskim pravima i obavezama iznese pred sud ili „tribunal“. Na ovaj način ova odredba sadrži „pravo na sud“ iako ono nije eksplicitno navedeno u odredbi člana 6. stav 1. Evropske konvencije, a „pravo na pristup sudu“ samo je jedan element tog prava bez kojeg ne bi bilo moguće uživanje u drugim garancijama propisanim navedenom odredbom. Naime, principi pravičnosti, javnosti i

ekspeditivnosti sudskog postupka ne bi imali nikakve vrijednosti ukoliko se sudski postupak ne bi mogao pokrenuti. Osim toga, teško bi bilo zamisliti vladavinu prava, kao temeljni princip prava na pravično suđenje, bez mogućnosti pokretanja postupka pred sudom ili "tribunalom", pa se neće smatrati da je pravo na pristup sudu djelotvorno ako u nacionalnom pravu postoje procesne smetnje kojima se *de facto* lice onemogućava da podnese tužbu sudu¹³.

Međutim, pravo na sud nije apsolutno. Ono može biti podvrgnuto određenim ograničenjima, budući da ovo pravo, po svojoj prirodi, zahtijeva da bude uređeno na odgovarajući način. Garantovanjem pojedincima prava na djelotvoran pristup sudu, radi odlučnja o njihovim građanskim pravima i obavezama, član 6. stav 1. Evropske konvencije ostavlja državama slobodan izbor sredstava koje će koristiti u tom pravcu, pa države članice imaju određen stepen diskrecione ocjene u tom pogledu. Ipak, odluka o tome ne može biti na štetu prava garantovanih Evropskom konvencijom¹⁴.

Evropski sud u svojoj praksi nikada nije isključio mogućnost da interesi pravičnog postupka mogu opravdati nametanje finansijskih ograničenja prava na pristup sudu. U vezi s tim, Evropski sud je zaključio da obaveza garantovanja djelotvornog prava na pristup sudu ne znači samo odsustvo miješanja već može zahtijevati od države preduzimanje različitih oblika pozitivne akcije, ali da se iz toga ne može zaključiti da se svakome mora osigurati pravo na besplatan postupak pred sudom ili pravo na besplatnu pravnu pomoć. Imajući to u vidu, Evropski sud je zaključio da se zahtjev za plaćanje sudske takse, kada se od suda traži da odluči o nekom građanskom pravu, ne može *per se* smatrati inkompatibilnim sa članom 6. stav 1. Evropske konvencije. Međutim, visina te takse, uključujući i mogućnost stranke u postupku da tu taksu plati, te faza postupka u kojoj se takvo ograničenje

¹³ Vidi, Evropski sud, *Kreuz protiv Poljske*, presuda od 19. juna 2001. godine, aplikacija broj 28249/95, tačka 52, sa daljnjim referencama i Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu, broj U 6/12 od 13. jula 2012. godine, tačka 26, objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 75/12.

¹⁴ Vidi citiranu presudu *Kreuz protiv Poljske*, tač. 52 i 53.

pristupa sudu nameće – faktori su koji se moraju uzeti u obzir kada se odlučuje o tome da li je lice imalo pravo na pristup sudu.¹⁵

Dalje, pri ocjenjivanju da li je prekršeno pravo na pristup sudu Evropski sud procjenjuje da li su nametnuta ograničenja takva da se njima umanjuje sama suština prava na pravično suđenje. U vezi s tim, Evropski sud naročito ističe da ograničenja prava na pristup sudu ili tribunalu neće biti u skladu sa članom 6. stav 1. Evropske konvencije ako nemaju legitiman cilj i ako ne postoji proporcionalnost između sredstava ograničavanja tog prava i cilja koji se želi postići¹⁶. Cilj ovakve analize je zasnovan na principu da Evropska konvencija garantuje prava koja su praktična i djelotvorna, a ne teoretska i iluzorna, koji ima naročit značaj za pravo pristupa sudu s obzirom na prominentno mjesto koje pravo na pravično suđenje ima u demokratskom društvu¹⁷.

U predmetu broj U 8/12 od 23. novembra 2012. godine Ustavni sud je ukazao da se osporenim članom 4. Zakona o sudskim taksama Kantona Sarajevo¹⁸ propisuje „uzajamnost plaćanja sudske takse i preduzimanja radnji u postupku“, i to tako što se u stavu 1. navedenog člana eksplicitno propisuje da „sud neće preduzimati bilo kakve radnje ako takseni obveznik nije platio taksu propisanu ovim zakonom“. Dalje, ovom odredbom se propisuje i da će sud pozvati stranku da uplati taksu u roku od osam dana, uz upozorenje da će joj podnesak biti vraćen, a ako stranka „ne ispoštuje određeni rok, sud će podnesak vratiti, uz obavijest da je vraćen zbog neplaćanja sudske takse i smatraće se kao da nije bio podnesen“. Iz ovakve odredbe proizlazi da Zakon o sudskim taksama eksplicitno onemogućava postupanje suda po podnescima, uključujući i tužbe, ukoliko uz njih nije dostavljen dokaz o unaprijed plaćenju taksi, a stranka nije oslobođena plaćanja troškova postupka.

Pri analizi pitanja da li je ovakva odredba u skladu sa pravom na pristup sudu, Ustavni sud, najprije, zapaža da sudske takse propisane Zakonom o sudskim taksama predstavljaju javne prihode koji se plaćaju u korist budžeta Kantona Sarajevo, a plaća ih lice po čijem zahtjevu ili u čijem interesu se preduzimaju radnje u postupku. U vezi s tim, Ustavni sud ukazuje da je ubiranje javnih

¹⁵ *Ibid*, tač. 59 i 60.

¹⁶ *Ibid*, tačka 55.

¹⁷ *Ibid*, tačka 57.

prihoda u korist budžeta, u konkretnom slučaju sudskih taksi, te poštovanje propisa u vezi s tim, svakako legitiman cilj koji zakonodavac slijedi. Međutim, postavlja se pitanje da li je propisivanjem ograničenja prava na pristup sudu, na način da se stranci onemogućiti vođenje sudskog postupka zbog neplaćanja sudske takse u vrijeme dostavljanja podneska, odnosno tužbe sudu, uspostavljena proporcionalnost između legitimnog cilja koji se želi postići i prava pojedinaca na pristup sudu.

U vezi s tim, Ustavni sud naglašava da regulisanje plaćanja sudskih taksi kao javnih prihoda mora biti u skladu sa ustavnim principima zaštite ljudskih prava i sloboda, što znači, između ostalog, da se propisivanjem načina izvršenja obaveze građana na plaćanje sudske takse ne smije derogirati sudska zaštita ustavnih prava i sloboda. Imajući u vidu sve navedeno, Ustavni sud smatra da se ograničavanje prava na pristup sudu za koji se zakonodavac opredijelio radi redovne i uredne naplate sudskih taksi kao javnih prihoda, onemogućavanjem vođenja postupka po podnesenoj tužbi zbog neplaćanja sudske takse unaprijed – ne može smatrati sredstvom koje je proporcionalno ostvarenju legitimnog cilja. Naprotiv, ovakvim normiranjem se narušava sama suština prava na pristup sudu kao neodvojivog dijela prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava i člana 6. stav 1. Evropske konvencije. Na osnovu navedenog Ustavni sud smatra da je odredba člana 4. Zakona o sudskim taksama suprotna pravu na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava i člana 6. stav 1. Evropske konvencije.

6. Diskriminisanje u uživanju prava na imovinu (pravo na penziju)

Ocjenjujući ustavnost Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju Federacije BiH¹⁹, Ustavni sud je u predmetu broj U 2/13, od 24. maja 2013. godine, ukazao da osporeni zakon u članu 141a propisuje mogućnost ostvarenja prava na penziju kod nosioca osiguranja u Federaciji BiH za dvije kategorije penzionera, i to za povratnike koji su se vratili u Federaciju iz Republike Srpske i povratnike koji su se vratili u Federaciju i nakon toga se odselili u inostranstvo, pod uslovima koje propisuju relevantne odredbe

¹⁸ „Službene novine Kantona Sarajevo“ br. 21/09, 29/09 i 14/11.

¹⁹ „Službene novine Federacije BiH“ br. 29/98, 49/00, 32/01, 61/02, 73/05, 59/06, 4/09 i 55/12.

osporenog zakona. Ustavni sud smatra da pitanje diskriminacije ne pokreće činjenica da osporeni zakon ne propisuje mogućnost da penzioneri koji žive u Republici Srpskoj, dakle, oni koji se nisu vratili u Federaciju BiH, a koji su penziju (do početka rata) ostvarili kod Društvenog fonda za penzijsko i invalidsko osiguranje BiH Sarajevo i kojim je isplata penzije vršena na teritoriji današnje Federacije – mogu podnijeti zahtjev za ostvarivanje penzije kod nosioca osiguranja u Federaciji BiH. S tim u vezi, osporeni zakon je u odnosu na navode iz zahtjeva saglasan članu II/4 Ustava i članu 1. Protokola broj 1. uz Evropsku konvenciju.

7. Ljudska prava i nediskriminacija (starosna penzija profesionalnih vojnih lica)

Ustavni sud često podsjeća na svoj stav da „donošenje entitetskih zakona suprotno proceduri koja je propisana državnim zakonima, pokreće pitanje ustavnosti takvih zakona u smislu odredaba člana III/3b) Ustava, te da se obaveze koje nameću državni zakoni moraju poštovati“²⁰. Dalje, Ustavni sud ukazuje na svoj stav da se „zakoni Bosne i Hercegovine koje je usvojila Parlamentarna skupština BiH smatraju [...] ‘odlukama institucija Bosne i Hercegovine’ iz člana III/3b) Ustava, te donošenje zakona od entiteta ili drugih administrativnih jedinica u Bosni i Hercegovini, suprotno proceduri koju propisuju državni zakoni, može dovesti u pitanje poštovanje odredaba člana III/3b) Ustava, prema kojima su entiteti i druge administrativne jedinice u Bosni i Hercegovini dužni da se pridržavaju, između ostalog, (i) odluka institucija Bosne i Hercegovine. Kada bi se smatralo suprotno, osim što bi se u potpunosti doveo u pitanje autoritet institucija Bosne i Hercegovine, doveo bi se u pitanje i princip iz člana I/2 Ustava prema kojem će ‘Bosna i Hercegovina biti demokratska država koja će funkcionisati prema slovu zakona...’. Dakle, entiteti (ili druge administrativne jedinice Bosne i Hercegovine) moraju poštovati obaveze koje im se nalažu zakonima koje su donijele institucije Bosne i Hercegovine. Činjenica da te obaveze nisu ispoštovane, može dovesti do kršenja odredaba Ustava“²¹.

²⁰ Vidi, *mutatis mutandis*, Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu, broj U 14/04 od 29. oktobra 2010. godine, objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 23/05.

²¹ Vidi, *mutatis mutandis*, Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu, broj U 2/11 od

Rukovodeći se navedenim stavovima Ustavni sud je u predmetu broj U 25/13, od 23. januara 2014. godine, zaključio da član 8. Zakona o ostvarivanju prava na starosnu penziju profesionalnih vojnih lica²² nije u suprotnosti sa čl. II/1, II/4, III/3b) i III/5a) Ustava.

8. Kompatibilnost entitetskih zakona sa zakonima BiH

Zadatak Ustavnog suda je, između ostalog, da u smislu odredbe člana VI/3c) Ustava odgovori na pitanje podnosioca zahtjeva da li je zakon o čijoj valjanosti zavisi njegova odluka kompatibilan sa zakonima BiH. U ovoj odluci Ustavni sud neće davati redovnom sudu bilo kakva mišljenja i upute u pogledu rješavanja konkretnog predmeta povodom kojeg je podnesen zahtjev, budući da je pitanje primjene i tumačenja materijalnog prava u nadležnosti redovnih sudova²³.

9. Naknada troškova prevoza i dnevnica advokata u parničnom postupku i naknada sudskih troškova s obzirom na uspjeh u sporu

Dosadašnja praksa Ustavnog suda je bila generalnog stava da je utvrđivanje činjeničnog stanja i primjena materijalnog, odnosno procesnog prava u nadležnosti redovnih sudova, izuzev ukoliko okolnosti predmeta ne ukazuju na očiglednu proizvoljnost postupanja sudova. Polazeći upravo od tog generalnog stava, Ustavni sud je, u situacijama kada se bavio ispitivanjem navoda apelacija u kojima su apelanti pokretali pravno pitanje sudskih troškova, zaključivao da su takvi navodi očigledno neosnovani²⁴, odnosno da je sud dao jasne razloge na kojima je zasnovao svoju odluku u smislu standarda člana 6. stav 1. Evropske konvencije²⁵. U navedenim primjerima apelanti su smatrali da su sudovi pogrešno primjenjivali pravo kada su odbijali da im priznaju troškove na ime prevoza i odsustva iz kancelarije za advokata čije je sjedište kancelarije van sjedišta suda, obrazlažući, između ostalog, svoje odluke u tom dijelu da je izbor

27. maja 2011. godine, tačka 52, objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 99/11.

²² „Službeni glasnik Republike Srpske“ broj 26/13.

²³ Vidi odluku Ustavnog suda, broj U 5/13 od 5. jula 2013. godine.

²⁴ Vidi Ustavni sud, odluke o dopustivosti, AP 2757/06, od 14. oktobra 2008. godine, st. 3 i 8; AP 548/09, od 25. oktobra 2011. godine, stav 5 i AP 1753/07 od 17. decembra 2009. godine.

²⁵ Vidi Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu, AP 2472/07, od 11. marta 2010. godine, stav 26.

takvog advokata lični izbor, te da je onaj ko angažuje takvog advokata, dužan i da mu snosi te troškove, odnosno da su izdaci za advokata iz drugog mjesta troškovi koji nisu bili potrebni za vođenje parnice i da u sjedištu suda ima dovoljno advokata. Na drugoj strani, Ustavni sud je u svojoj odluci u predmetu broj AP 3882/10²⁶ utvrdio da nema povrede prava na pravično suđenje u pogledu načina na koji su redovni sudovi primijenili relevantne odredbe Zakona o parničnom postupku Republike Srpske u pogledu odluke o troškovima, odbijajući preko dosuđenog iznosa zahtjev apelanta na ime naknade šest dnevnica punomoćnika (advokata iz Beograda) koji ga je zastupao, jer nije dokazao vrijeme boravka duže od 12 sati van sjedišta svoje kancelarije.

Ustavni sud se bavio i ispitivanjem navoda u kojima je problematizovano ne samo priznavanje putnih troškova i dnevnica advokata za zastupanje van sjedišta njegove kancelarije (u drugom entitetu), već i pitanje koju tarifu primijeniti u takvoj situaciji: da li prema sjedištu suda (jednog entiteta) ili advokatske kancelarije (drugog entiteta)²⁷. Ustavni sud je utvrdio da ne postoji proizvoljnost u primjeni materijalnog prava od strane nadležnog suda koji je zaključio da se ima primijeniti advokatska tarifa koja se primjenjuje na prostoru gdje je sjedište suda, a ne ona koja se primjenjuje sa prostora odakle dolazi advokat.

Ustavni sud se u svojoj praksi često bavio apelacijama koje su za predmet imale troškove postupka. Bez obzira na ograničenja koja je sebi postavio kada je riječ o tumačenju i primjeni pozitivnog prava, Ustavni sud se, nezavisno od toga da li je apelant bio tužilac ili tuženi koji je zahtijevao dosuđivanje troškova postupka ili osporavao dosuđene troškove, u svojim odlukama²⁸ upuštao u ocjenu načina na koji su redovni sudovi tumačili i primijenili relevantno procesno pravo, podsjećao na princip rizika, odnosno držanje onoga ko je doveo do potrebe da se parnica vodi, te utvrđivao da li postoji kršenje prava na imovinu iz člana II/3k) Ustava BiH i člana 1 Protokola broj 1. uz Evropsku

²⁶ Vidi Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu, AP 3882/10 od 23. decembra 2013. godine, stav 47.

²⁷ Vidi Ustavni sud, AP 1753/07, st. 5 i 6.

²⁸ AP 2422/07 od 11. novembra 2009. godine, AP 961/08, od 15. juna 2010. godine, AP-3508/09 od 10. oktobra 2012. godine i AP 3653/09 od 18. aprila 2012. godine.

konvenciju, odnosno prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava BiH i člana 6. stav 1. Evropske konvencije.²⁹ Na drugoj strani, u pojedinim predmetima Ustavni sud je primarno polazio od stanovišta da nezadovoljstvo apelanata odlukom o troškovima postupka ne pokreće, samo po sebi, pitanja u vezi sa zaštićenim ustavnim pravima ili pravima iz Evropske konvencije u situaciji kada apelanti ne navode nikakve proceduralne greške, niti su takve greške očigledne³⁰.

Međutim, potrebno je ukazati i na noviju praksu Evropskog suda³¹ u predmetu u kojem je aplikant tužio državu za naknadu štete koju je pretrpio usljed policijskog premlaćivanja, postavljajući pritom previsoko svoj tužbeni zahtjev, što je za posljedicu imalo da nadležni sudovi djelimično usvoje njegov tužbeni zahtjev i obavežu ga da tuženoj naknadi troškove postupka koji su iznosili 79 odsto od naknade koja mu je dosuđena. U tom smislu je Evropski sud zaključio da pravilo „gubitnik plaća” i s njim povezano pravilo prema kojem jedna stranka plaća troškove druge stranke (uključujući advokatsku nagradu) u omjeru koji odgovara njihovom uspjehu u postupku, pri čemu će iznos troškova zavisiti od visine tužbenog zahtjeva – potencijalne parničare odvrćaju od podnošenja (preuveličanih) zahtjeva pred sudovima. To se može smatrati ograničenjem koje ometa pravo na pristup sudu, ali koje se ne može smatrati nespojivim *per se* sa članom 6. stavom 1. Evropske konvencije. Na kraju je odlučeno da se ne može reći da su odluke domaćih sudova u ovom predmetu bile srazmjerne legitimnom cilju kojem smjera pravilo navedeno u odredbi člana 154. stav 2. Zakona o parničnom postupku Hrvatske, koja od jedne stranke zahtijeva da protivnoj stranci naknadi troškove zavisno od njihovog uspjeha u sporu, a koji se troškovi utvrđuju srazmjerno visini tužbenog zahtjeva, te da je njegova primjena u ovom predmetu rezultirala ograničenjem koje je umanjilo samu bit aplikantovog prava na pristup sudu, slijedom čega je došlo do povrede člana 6. stav 1. Evropske konvencije³².

²⁹ Vidi, Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 2405/09 od 14. februara 2013. godine, stav 31.

³⁰ Vidi, Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 1281/06 od 11. marta 2008. godine, stav 29.

³¹ Vidi Evropski sud, *Klauz protiv Hrvatske*, presuda od 18. jula 2013. godine, broj aplikacije 28963/10

³² *Ibid*, stav 97.

10. Zaključna stanovišta

Može se izvesti zaključak da je Ustavni sud djelovao kao pozitivni zakonodavac samo u „krajnjem slučaju“ – da bi osigurao vladavinu prava i spriječio ozbiljno kršenje ljudskih prava. Međutim, legitimna težnja da se zaštite ljudska prava ne bi trebalo da umanjiti opreznost u ovakvim slučajevima. Kao što je već ukazano, djelovanje u funkciji pozitivnog zakonodavca bilo je zapravo isprovocirano (ne)djelovanjem nadležnog zakonodavca u cilju izvršenja odluka Ustavnog suda. S druge strane, ne postoji apsolutna garancija ni da će se na ovakav način osigurati poštovanje ljudskih prava, jer (i) odluku Ustavnog suda kojom je djelovao kao pozitivni zakonodavac, javna vlast treba da izvrši, i to ista ona javna vlast koja nije izvršila odluku Ustavnog suda kada je djelovao kao negativni zakonodavac. Zato je opreznost u ovim slučajevima uvijek potrebna. Bez obzira na sve, Ustavni sud treba imati ulogu pozitivnog aktivizma, a u izuzetnim situacijama, radi očuvanja vladavine prava i pravne sigurnosti, ljudskih prava i razvoja demokratije – ulogu i pozitivnog zakonodavca, ali samo na privremenoj osnovi.

Literatura

Ademović, N., Marko, J., Marković, G. (2012). *Ustavno pravo Bosne i Hercegovine*. Sarajevo: Fondacija Konrad Adenauer, Predstavništvo u Bosni i Hercegovini.

Banović, D., Muharemović, S., Kapo, Dž. (2014). *Jačanje kapaciteta Ustavnog suda Bosne i Hercegovine. Kako poboljšati primjenu i izvršavanje odluka?* Sarajevo: Centre for Political Studies – Centar za političke studije.

Conference of European Constitutional Courts. *Constitutional justice: Function and relationship with the other public authorities*. 2011. Retrieved 10. March 2014, from <http://www.confueconstco.org/reports/rep-xv/BELARUS%20eng.pdf>.

Dimitrijević, V, Paunović, M, u saradnji sa Đerić, V. (1997). *Ljudska prava*. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava.

Hanušić, A. (2010). *Mali koraci – veliki efekti: Optimiziranje izvršenja odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine*. Sarajevo: Fond otvoreno društvo Bosne i Hercegovine.

Harris, D., O'Boyle, M., Colin, W. (2009). *Law of the European Convention on Human Rights*. London, Dublin, Edinburgh: Butterworths.

Jacobs, White and Ovey (2010). *The European Convention on human rights*. Oxford: Oxford University Press, Fifth edition.

Nowak, M. (2005). *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*. Kehl am Rein: NP Engel.

Paunović M. (1996). *Pravo ljudskih prava*. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava.

Academician Miodrag N. Simović, LL.D.

Full Professor of the Faculty of Law of
Banja Luka,
Corresponding Member of the Academy
of Sciences and Art of Bosnia and
Herzegovina

Milena Simović, LL.D.

Assistant Professor at the Faculty of
Security and Protection in Banja
Luka

**The Limits of Authority of the Constitutional Court of Bosnia and
Herzegovina in the Procedure for the Assessment of Compliance of Laws
with the Constitution of Bosnia and Herzegovina**

Summary

The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina is one of the pillars of rule of law and legal security as well as guarantee for preservation and development of democratic order in the constitutional framework of Bosnia and Herzegovina. It is not legislative, neither executive nor classical court

authority, but a special kind of *sui generis* authority, acting as corrective factor for all three authority branches. In such a situation, the relationship between the Constitutional Court and legislative authority has a special significance, having in mind that legislative authority regulates, primarily through the law, legal order and, thereby, also defines social and political system of one state and that, on the other side, the Constitutional Court ensures that those laws are in accordance with the Constitution of Bosnia and Herzegovina and that, if it finds such a law has gone out of the framework of the Constitution, it may intervene by declaring the whole law or parts of it unconstitutional and put them out of force. Does the Constitutional Court in such a situation takes the role of legislator and what kind of legislator? What if the legislative authority does not comply with the decision of the Constitutional Court? Should Constitutional Court take the role of positive legislator?

It is less problematic activity of the Constitutional Court as negative legislator in theory and practice. In such legal situation, the Constitutional Court in its decision finds unconstitutionality of a law provision (or the whole law) and eliminates it from legal system generally after expiration of certain period of time when such provisions cease to be valid and the legislator replaces unconstitutional provisions with new ones within set time limit. However, we have a much more problematic situation when the Constitutional Court acts as positive legislation, i.e. when it makes a decision declaring *validity* of certain provisions of the law or instructing the legislator *which actions should it take* for a law to be in accordance with the Constitution of Bosnia and Herzegovina. And that is the difference from actions of the Constitutional Court as negative legislator.

Key words: The Constitution of Bosnia and Herzegovina, the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, the European Convention for the Protection of Human Rights and fundamental freedoms, the European Court of Human Rights, the constitutionality, legality.

Dr Renata Treneska-Deskoska,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta „Justinijan Prvi,
Univerzitet „Sv. Kiril i Metodij,, – Skoplje, Makedonija

NAUČNI ČLANAK

UDK: 342.731(497.7)

Rad primljen: 01.09.2014.

Rad prihvaćen: 01.12.2014.

SLOBODA VEROISPOVESTI KAO DEO „IDEOLOGIJE,, EVROPSKE UNIJE

Apstrakt: Ovaj rad analizira značaj i sadržaj slobode veroispovesti u skladu sa standardima Evropske unije. Akcenat je stavljen na član 9. Evropske konvencije o ljudskim pravima i njegovo tumačenje od strane Evropskog suda za ljudska prava. Analizirani su najvažniji slučajevi u kojima je uspostavljeno kršenje člana 9. Evropske konvencije. Značaj pitanja slobode veroispovesti za EU se može videti i u usvojenim smernicama EU o promovisanju i zaštiti slobode veroispovesti ili verovanja.

Takođe, u ovom radu analizira se ustavni i pravni okvir slobode veroispovesti u Makedoniji, kao i tumačenje slobode veroispovesti od strane Ustavnog suda Republike Makedonije. Makedonija je bila tužena pred Evropskim sudom za ljudska prava u vezi sa članom 9, pa stoga sudska praksa Makedonije pred Evropskim sudom za ljudska prava takođe predstavlja predmet analize.

Ključne reči: sloboda veroispovesti, religija, Evropski sud za ljudska prava, Evropska konvencija o ljudskim pravima, Evropska unija, Povelja o ljudskim pravima, Ustavni sud Republike Makedonije.

1. Uvod

Već je napisano da Evropa nije geografski entitet, nego „zamišljen prostor,, stvoren iz naših mentalnih mapa. To znači da je Evropa entitet sa fluidnim

* renatadeskoska@gmail.com

granicama koje „su stvar ideologije i politike, a ne kartografije,“ (Wallace, 1990: 5). Kada je Evropska unija pokrenula zajedničku spoljnu i bezbednosnu politiku, ona je stavila ljudska prava u srce ove ideologije i politike. Individualna prava, vladavina prava i ustavna demokratija, uslov su za ulazak u EU za sve zemlje kandidate za članstvo. Evropska unija je uključena u dijalog o ljudskim pravima u brojnim zemljama. Ovi dijalozi su sami po sebi instrumenti spoljne politike Unije. Sloboda veroispovesti je jedno od ljudskih prava koja su od posebnog interesa za Uniju. U junu 2013. godine Savet za spoljne poslove Evropske unije usvojio je smernice za promociju i zaštitu slobode veroispovesti i uverenja, što ukazuje na značaj koji Unija daje ovom pravu i na ozbiljnost problema njegove zaštite. Deo spoljne politike EU je i promocija religiozne tolerancije, poštovanje različitosti i uzajamno razumevanje kako bi se obezbedilo potpuno uživanje svih ljudskih prava.

Poštovanje slobode veroispovesti je posebno važno za zemlje kandidate za članstvo u EU, koje treba da ispune kopenhavske kriterijume da bi mogle da napreduju u procesima evrointegracije. Zbog toga ove zemlje treba da u svoj pravni sistem uvedu evropske standarde za zaštitu slobode veroispovesti i efikasne mehanizme za implementaciju ove slobode.

2. Koncept slobode veroispovesti

Religija, kao sistem verovanja koji se odnosi na važna egzistencijalna pitanja koja generišu veliki emocionalni naboj, bila je razlog i inspiracija najimpresivnijih etičkih i kulturnih dostignuća, ali u isto vreme i najžešćih sukoba, ratova i nepravdi od drevnih vremena do danas. Mnoga prava, uključujući slobodu veroispovesti, bila su povređena i kršena u ime religije i verovanja. Borba za verske slobode ima dugu istoriju. Pod maskom religije bili su proganjani jeretici i nevernici, desila se inkvizicija, a pod njenom maskom izrođeni su fundamentalistički i ekstremistički pokreti. I u bližoj prošlosti, ratovi koji su se desili u bivšoj Jugoslaviji imali su ne samo etničke, već i verske karakteristike.

Stoga nisu slučajni zahtevi za toleranciju u savremenom svetu koji traže prvenstveno versku toleranciju, jer različita verska uverenja i dalje izazivaju razdor i netrpeljivost, progon i diskriminaciju. Imajući u vidu različite obrasce

odnosa države, religije i verskog pluralizma, od velikog značaja je da se uspostave standardi za poštovanje slobode veroispovesti koji bi bili široko prihvaćeni. Zato su naponi međunarodne zajednice usmereni ne prema stvaranju obrazaca za odnos države i religije, već prema uspostavljanju garancija u cilju zaštite slobode veroispovesti.

Sloboda veroispovesti podrazumeva slobodu ljudi „na„ i slobodu „od„ određene religije ili slobodu da imaju ili da nemaju religiju, da upražnjavaju ili da ne praktikuju određenu veru (Haris, O'Bojl i Varbrik, 2009: 430).

Međutim, nijedan međunarodni dokument ne sadrži definiciju religije i koja verovanja spadaju pod ovaj termin. Pitanje da li su određena uverenja verska ubeđenja ili ne, ostavljeno je međunarodnim organima ili domaćim sudovima prilikom odlučivanja o slobodi veroispovesti.

Evropski sud za ljudska prava smatra da religiozna verovanja imaju moralnu, etičku, natprirodnu ili simboličku ulogu u životima ljudi. Da bi određena verovanja uživala zaštitu Evropskog suda potrebno je da imaju „određeni nivo ubedljivosti, ozbiljnosti, koherentnosti i značenja.,“¹

Član 9. Evropske konvencije reguliše slobodu veroispovesti zajedno sa slobodom misli i savesti. Prema članu 9. Evropske konvencije svako ima pravo na slobodu misli, savesti i veroispovesti. Ovo pravo uključuje slobodu promene veroispovesti i uverenja i slobodu ispovedanja vere ili ubeđenja, nasamo ili zajedno sa drugima, javno ili privatno, kroz nastavu, propoved, verske obrede i rituale. Sloboda ispoljavanja vere ili uverenja može biti podvrgnuta samo onim ograničenjima koja su propisana zakonom i neophodna u demokratskom društvu u interesu javne bezbednosti, javnog reda, zdravlja i morala, ili zaštite prava i sloboda drugih.

Evropski sud za ljudska prava je naglasio da, iako je sloboda veroispovesti prvenstveno stvar lične savesti, to takođe znači slobodu pojedinca da ispoveda svoju veru. Ispovedanje vere može se vršiti u zajednici sa drugima, ali je to isto tako moguće i nasamo i privatno. Sloboda veroispovesti obuhvata i pravo da se ubede drugi ljudi da promene svoju veru i ubeđenja.

¹ Campbell and Cosans v. United Kingdom, Judgment of 25 February 1982, Series A, No. 48; (1982) 4 EHRR 293, para. 36.

Jedna od najvažnijih odluka Evropskog suda za ljudska prava u vezi sa članom 9. Evropske konvencije je u slučaju *Kokkinakis v. Greece*.² Minos Kokkinakis je Jehovin svedok koji je od grčkih sudova bio osuđen nekoliko puta za prozelitizam (insistiranje na sticanju što više novih sledbenika bilo koje vere), koji je zabranjen lokalnim zakonima. Na primer, u jednom slučaju Kokkinakis je osuđen jer je u kući svojih komšija čitao odlomke iz Biblije i tumačio prema učenju Jehovinih svedoka. Evropski sud je presudio da pravo na religijsko uverenje uključuje pravo da se ubede drugi da promene svoju veru ili uverenje, inače će član 9. ostati „mrtvo slovo na papiru“.

3. Pravo veroispovesti i radnih obaveza

Praktikovanje vere može ponekad doći u sukob sa ostvarivanjem obaveza zaposlenih. Nekoliko takvih slučajeva došlo je pred Evropski sud za ljudska prava.

U nekim slučajevima, kada su neki pojedinci tražili od strane poslodavaca da im omoguće slobodno vreme za obavljanje određenih verskih obreda, sud je smatrao da nije bilo kršenja slobode veroispovesti, jer su ljudi „slobodni da daju otkaz“. Na primer, u jednom slučaju, zaposlena u turističkoj agenciji – hrišćanka, tražila je da ne radi nedeljom.³ U drugom slučaju, musliman nastavnik tražio je produženu pauzu za ručak u petak da bi mogao da ide da se moli u džamiji.⁴ U oba slučaja, sud ili komisija smatrali su da su podnosioci predstavke bili slobodni da odu ili da daju otkaz ukoliko je njihov posao u sukob sa njihovim verskim uverenjima ili dužnostima.

Postojanje verskih praznika koji su neradni dani samo za članove određene religije dovelo je do zanimljivog slučaja pred Evropskim sudom za ljudska prava protiv Republike Makedonije. U slučaju *Kosteski protiv Makedonije*, Vasko Kosteski kao podnosilac predstavke se žalio da ga je njegov poslodavac kaznio jer nije došao na posao na muslimanski praznik. Sud je zaključio da podnosilac predstavke nije dokazao da je zaista musliman.⁵

² *Kokkinakis v. Greece*, No. 14307/88, Judgment from 25/05/1993

³ *Stedman v UK*, No. 29107/95 hudoc (1997); 23 EHRR CD.

⁴ *Ahmad v UK*, No 8160/78; 22 DR 27 (1981); 4 EHRR.

⁵ *Kosteski v Macedonia*, Hudoc (2006); 45 EHRR 712.

Kosteski je pre podnošenja aplikacije vodio postupak pred Ustavnim sudom Republike Makedonije, koji je primetio da je on tražio ostvarivanje prava u vezi sa slobodom veroispovesti, ali nije dostavio i odbio je da podnese dokaze o svojim verskim uverenjima. Inicijalno pitanje je da li je dovoljno pri ostvarivanju prava na plaćeno odsustvo za vreme verskog praznika da građanin samo subjektivno izrazi religiozno uverenje. Sud je smatrao „da ne postoje objektivni kriterijumi za utvrđivanje da li građanin pripada hrišćanskoj i islamskoj veri,, i da „se nužno moraju utvrditi objektivne činjenice vezane za ostvarivanje bilo kog prava i da se trebaju podneti dokazi o njima u situaciji kad se traži neko pravo.,,

Ustavni sud Republike Makedonije je utvrdio da sadržaj verskih uverenja Kosteskog (ili čak forma) objektivno ne odgovaraju onima iz islamske vere (pa i njene forme), iz različitih razloga (npr. nerazumevanje osnovnih, najvažnijih principa te religije kroz koje se izražava suština verovanja ... nepoznavanje puta „ulaska u redove muslimanske vere,, i sl.).⁶

U postupku pred Evropskim sudom za ljudska prava, između ostalog, Kosteski se žalio da je jedina osoba od koje se tražilo da dokaže svoju pripadnost određenoj religiji. Sud je konstatovao da svaka razlika u tretmanu može da se zasniva na objektivnom i razumnom opravdanju. U tom slučaju zahtev za dokazivanje verske pripadnosti bio je opravdan i proporcionalan, jer je podnosilac tražio pravo koje pripada članovima određene vere, a postojale su okolnosti koje su rađale sumnju o njegovoj pripadnosti islamu.

U slučaju Kalaç v. Turkey,⁷ turski vojni sudija je prerano penzionisan zbog toga što je prihvatio „nezakonite stavove integracionista,, pružao pravnu pomoć organizaciji integracionista, pohađao obuku njenih članova, dobio naređenje od čelnika te organizacije i prekršio vojnu disciplinu. Sud u Strazburu je smatrao da država može da donosi disciplinske propise za svoje oružane snage i u ovom slučaju je smatrao da nema kršenja člana 9. jer penzionisanje nije rezultat načina na koji je podnosilac vršio svoje verske dužnosti, već zbog njegovog ponašanja prema službi, koje prema turskim vlastima predstavlja kršenje vojničke discipline i principa sekularizma.

⁶ U. Broj: 220/1999-0-0, od 12.07.2000.

⁷ Kalaç v. Turkey, Reports 1997 –IV.

Pred Evropskim sudom pravde u Luksemburgu pojavio se slučaj o slobodi veroispovesti u kontekstu podnošenja zahteva za posao. U slučaju Prais v Council⁸ Sud je smatrao da postoji kršenje slobode religije Jevrejke koja se prijavila za posao, jer je bilo potrebno da polaže za posao u subotu. Sud je konstatovao da je ona, zbog svojih verskih dužnosti, isključena iz apliciranja za posao koji će biti obavljan u toku radne nedelje (od ponedeljka do petka).

Pitanje slobode veroispovesti i radnih obaveza postavljeno je i kod nošenja verskih simbola na poslu.

4. Nošenje verskih simbola

U savremenom uporednom pravu uređuje se nošenje verskih simbola na javnim mestima i nošenja verskih simbola u javnim institucijama. U početku u pojedinim zemljama koje insistiraju na strogom sekularizmu bile su postavljene zabrane nošenja verskih simbola u javnim ustanovama, ali kasnije je zabrana počela da se proširuje na sva javna mesta, ali ne i za sve verske simbole (obično se zabrana odnosi na pojedinu muslimansku žensku odeću – burku ili nikab, koji pokrivaju lice tako da se ne može prepoznati osoba o kojoj se radi).

Strah od islamskog terorizma nakon 11. septembra 2001. u SAD, 11. marta 2004. u Madridu, 7. jula, 2005. u Londonu, kao i od velikog broja muslimanskih imigranata u zemljama Zapadne Evrope, doprinose izgradnji negativnog odnosa prema nikabu i burki. Suočen sa ovim trendom, Savet Evrope je u 2010. godini doneo pravno neobavezujuću Preporuku br. 1927 „Islam, islamizam i islamofobija u Evropi,, koja preporučuje državama članicama da ne donose opštu zabranu muslimanskog potpunog vela ili druge verske odeće, jer će narušiti slobodu veroispovesti garantovanu članom 9. Evropske konvencije u slučaju kada ih žene koriste po slobodnom izboru.

Zabrana nošenja punog vela na javnim mestima opravdava se javnom bezbednošću i „minimalnim socijalnim životom,, kao deo javnog poretka (objašnjenje je da potpuno pokrivanje lica isključuje žene iz društvenog života). Političari su pri obrazloženju zakona kojim je uvedena zabrana

⁸ (1976) ECR 1589, ECJ.

potpunog vela naglasili da „nošenje vela stavlja žene u inferiorni položaj, što je nespojivo sa principom jednakosti,, (obrazloženje Vlade Francuske) i sa „dostojanstvom žena,, (objašnjenje predsednika Francuske Nikole Sarkozyja) (Hill, 2013: 425).

Francuska i Belgija su zabranile nošenje punog vela na javnim mestima (ulicama, parkovima, objektima, itd., odnosno svim javnim prostorima i mestima gde se pružaju javne usluge). U Belgiji je 2011. godine stupila na snagu zabrana nošenja punog vela na javnim mestima. Ustavni sud Belgije je podržao ustavnost zabrane.

U Francuskoj od 2004. godine postoji zabrana nošenja vidljivih verskih simbola (turbani, krstovi, islamske marame) u školama i na univerzitetima. U 2010. godini usvojena je zabrana nošenja odeće koja pokriva lice na javnim mestima. Izuzetak je dozvoljen zbog medicinskih ili profesionalnih razloga ili ako je to neophodno u okviru sportskih aktivnosti, festivala i tradicionalnih umetničkih formi (ali ovi izuzeci ne uključuju punu muslimansku maramu) (Corral, 2013: 283).

U Nemačkoj ne postoji opšta zabrana nošenja verskih simbola, ali u nekim državama postoji zabrana nošenja islamskih marama u školama. Što se tiče punog islamskog vela, on je zabranjen za vreme javnih skupova, jer sprečava identifikaciju, kao i prilikom vožnje jer to ograničava vidno polje vozača i njegovu sposobnost za manevrisanje.

Pitanje o nošenju verskih simbola u javnim ustanovama u više navrata je razmatrano pred Evropskim sudom za ljudska prava.

U slučaju Dahlab v Switzerland⁹ Sud je zaključio da nije bilo kršenja člana 9. sa zabranom nošenja muslimanske marame koja je nametnuta učiteljicama osnovnih škola. Zabrana je opravdana zbog potencijalnog mešanja i uticaja na verska osećanja učenika i kršenja verske neutralnosti u školama. Prepoznajući maramu kao „jak verski simbol,, Sud je istakao da je nametanje verskih pravila teško pomirljivo sa rodnom ravnopravnošću, jednakošću i nediskriminacijom (Hill, 2013: 435).

⁹ Dahlab v Switzerland, No. 42393/98, 29.06.2004.

Slučaj *Leyla Sahin v. Turkey*¹⁰ pokrenut je od strane jedne studentkinje kojoj je zabranjeno da na fakultetu nosi tradicionalnu islamsku maramu. Ona je uprkos zabrani nosila maramu i zbog toga je bila disciplinski kažnjena, čak i suspendovana jedan semestar studija. Evropski sud je smatrao da je u ovom slučaju postojalo zadiranje u pravo aplikantice, ali je to zadiranje opravdano svojom svrhom – zaštita javnog reda i prava i sloboda drugih. Pored toga preduzete mere su bile proporcionalne cilju, jer je Sud utvrdio da nema povrede člana 9. Evropske konvencije. Sud navodi odluku turskog Ustavnog suda u kojem je on naglasio sekularnu prirodu države, kao garanta demokratskih vrednosti i tačke u kojoj se susreću sloboda i jednakost. Evropski sud za ljudska prava je primetio da je sekularni princip najvažniji razlog koji je doveo do uvođenja zabrane verskih simbola na univerzitetima. U ovoj odluci Sud je fokusiran na odnos između islamske marame i ženskih prava, koji polazi od stava da islamska marama nameće za žene normu koja je „teško pomirljiva sa principom rodne ravnopravnosti i nediskriminacije„. Ova sudska odluka je u akademskim krugovima izazvala debatu i bila je kritikovana zbog nametanja „sekularnog fundamentalizma„, zbog negativnog uticaja na prava muslimanskih žena u obrazovanju, zbog promovisanja islama kao pretnje demokratiji itd. (Haris, O’Bojl i Varbrik, 2009: 439).

U nekoliko drugih slučajeva, Sud nalazi da nema povrede slobode veroispovesti studenata koji su proterani iz državnih škola, jer oni nisu hteli da uklone maramu za vreme časova fizičkog vaspitanja.¹¹

Nošenje verskih simbola može biti ograničeno iz bezbednosnih ili drugih razloga. Na primer, u Engleskoj je uvedeno obavezno nošenje kacige i zabrana nošenja turbana Sika prilikom vožnje motorcikla,¹² ili postoji obaveza da se pojedinci identifikuju golglavi kada koriste određene administrativne usluge, prilikom bezbednosne kontrole na aerodromima i tako dalje.¹³

¹⁰ *Layla Sahin v. Turkey*, ECHR 2005 – XI.

¹¹ *Kervanci v France* No. 31645/04, Judgment of 4th December 2008 i *Dogry v France* App. No. 27058/05, Judgment of 4 December 2008.

¹² *X v UK* (1978) 14 DR 234.

¹³ *Phull v France*, App. No. 35753/03, Judgment of 11 January 2005.

Što se tiče pitanja nošenja verskih simbola, interesantan je i slučaj Ahmet Arslan v Turkey,¹⁴ u kome je Sud utvrdio da zakon o zabrani nošenja verske odeće na javnim mestima bez jasnog i dovoljnog opravdanja za to predstavlja mešanje u slobodu veroispovesti. Slučaj se odnosi na 127 aplikanta koji su se 1996. godine sreli u Ankari zbog verske svečanosti. Hodali su ulicama odeveni u versku odeću koja se sastojala od turbana, vrećastih pantalona, tunike i štape. Zbog toga su osuđeni, a njima su nametnute krivične sankcije za nošenje verske odeće na javnim mestima (ulicama i trgovima), suprotno zakonu. Sud je zaključio da nema dokaza da su podnosioci predstavke predstavljali pretnju za javni red ili da su bili uključeni u prozeltizam i vršili pritisak na prolaznike tokom njihovog skupa. Sud je smatrao da je ograničeno njihovo pravo da slobodno izražavaju svoja verska uverenja bez dovoljnog razloga za to.

Pored nošenja verskih simbola, značajan problem u pogledu slobode veroispovesti je i pitanje prikazivanja verskih simbola u javnim institucijama.

5. Isticanje verskih simbola u javnim ustanovama

Kada je u pitanju isticanje verskih simbola u javnim ustanovama, to se obično odnosi na isticanje krstova u javnim školama.

Debate oko isticanja krstova u školama su vođene u Nemačkoj. Savezni ustavni sud Nemačke je smatrao da se postavljanjem krstova u učionice krši negativna sloboda veroispovesti učenika, zbog toga što slobodu veroispovesti definiše kao pravo da se pojedinac kloni verskih aktivnosti ili da ne izražava bilo koju religiju, uključujući i slobodu da ostane daleko od simbola određene religije.¹⁵ Svakako u pluralističkom društvu nemoguće je u potpunosti se kloniti od događaja drugih religija, ali učionica je mesto gde pojedinac izložen verskim simbolima ne može da pobegne od njih. S obzirom na činjenicu da je osnovno obrazovanje obavezno, Savezni ustavni sud je istakao da su učenici prinuđeni da uče „ispod krsta„. Sud je primetio da je isticanje krstova u suprotnosti sa neutralnošću države u odnosu na religiju i filozofiju života. Sa takvim

¹⁴ App. No. 41135/98, Judgment of 23 February 2010.

¹⁵ BVegGE 93, 1

argumentima Savezni ustavni sud Nemačke naredio je uklanjanje raspeća iz javnih škola u Bavarskoj.¹⁶

Slična odluka doneta je u Španiji, gde je Viši sud Kastilje, na zahtev roditelja, naredio da se uklone raspeća sa zidova javne škole (Corral, 2013: 292).

Prema praksi Evropskog suda za ljudska prava, velika kontroverza je bila odluka u predmetu *Lutsi v Italy*¹⁷ u kojoj je Sud prvo konstatovao da je isticanje krstova u školama u suprotnosti sa Evropskom konvencijom, dok je Veliko veće Suda ukinulo tu odluku i izrazilo suprotan stav, podržavajući italijanske sudove i ističući da krstovi imaju prvenstveno kulturni smisao i značaj, koji dominira nad njihovim verskim značajem. Veliko veće Evropskog suda u ovom predmetu konstatuje da prisustvo krsta na školskim zidovima, kao „suštinski pasivnog simbola,, ne dovodi do indoktrinacije studenta. Uvođenje termina „pasivan simbol,, pokrenulo je više debata i dilema. „Za simbol uvek možete da kažete da je pasivan. Oni nas podsećaju na određenu religiju, brend ili na naciju. Ali oni nikada ne govore aktivno. Nakon odluke Velikog veća, može se postaviti pitanje da li postoji nešto kao „aktivni simbol,, i ako postoji, kakve posledice bi to moglo imati na odluke u sličnom slučaju, ili da li je termin „pasivan simbol,, čista „tautologija,, (Lock, 2012: 354).

Ako ovo objašnjenje uporedimo sa obrazloženjem datim u drugim slučajevima kada muslimansku maramu Sud smatra „jakim spoljnim simbolom,,¹⁸ postavlja se pitanje zašto je marama jači verski simbol od krsta, posebno što marame nose pojedinci koji su nosioci ljudskih prava, a isticanje krstova na zidovima čini država, koja nije nosilac ljudskih prava (Lock, 2012: 354).

6. Veronauka i molitva u školama

Pitanje verske nastave u javnim školama je takođe izvor kontroverzi, posebno jer postoji potreba da se deca zaštite od indoktrinacije i da se obezbedi pravo roditelja da odlučuju o moralnom i verskom vaspitanju svoje dece, kao i o kvalitetu opšteg obrazovanja, što može da uključi informacije o pitanjima koja su moralno ili religiozno kontroverzna (Merrills, 2001: 90).

¹⁶ Presuda od 16. maj 1995, BVegGE 93, 1.

¹⁷ App. No. 30814/06, Grand Chamber Judgement of 18 March 2011.

¹⁸ Dahlab v Switzerland, No. 42393/98, 29.06.2004.

Prema stanovištu Evropskog suda, država nije sprečena da u obrazovnom sistemu predstavlja versku ili filozofsku materiju, ali mora da obezbedi da kontekst u kome je prezentirana bude „objektivan, kritičan i pluralan,“. Ovo će sprečiti indoktrinaciju, bez da se krše prava dece i roditelja i bez stvaranja problema za obrazovne vlasti (Merrills, 2001: 92).

Što se tiče verske nastave, to treba da bude stvar dobrovoljnog izbora učenika i roditelja. Ne bi trebalo da bude nametnuta. Ako se uvede veronauka u škole, za one koji žele da prisustvuju mora se obezbediti ili nastava iz njihove vere ili da budu oslobođeni pohađanja nastave religije. Uvođenje nastave koja se bavi istorijom svih religija ili verskom etikom smatra se da ne ugrožava slobodu veroispovesti.

Što se tiče molitve u školama, nemački Savezni sud smatra da svakodnevna molitva pre početka časova ne predstavlja kršenje negativne slobode veroispovesti (sloboda da se nemaju ili da se ne izražavaju svoja verska uverenja), jer su učenici bili u mogućnosti da izbegnu molitvu bilo napuštanjem prostorije, bilo putem neučestvovanja u molitvi.¹⁹

7. Versko udruživanje, priznanje i autonomija verskih zajednica

Verska pripadnost dovodi do formiranja verskih zajednica čije postojanje dovodi u pitanje njihovo priznanje, kao i njihovo unutrašnje uređenje.

Jedan od najpoznatijih slučajeva u ovoj oblasti je slučaj Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova²⁰, koji se odnosi na odbijanje da se prizna crkva. Postupak je podigla Metropolitan Church of Bessarabia i 12 pojedinaca, članova te crkvene zajednice, koji su 1992. godine osnovali pravoslavnu crkvu, kanonski povezanu sa Patrijaršijom u Bukureštu i zatražili registraciju iste. Tokom 1993. godine Vlada je registrovala Moldavsku eparhiju, kanonski povezanu sa Moskovskom patrijaršijom, i odbacila zahtev za registraciju Besarabijske eparhije, navodeći da njeni sledbenici mogu ispoljavati svoja verska uverenja unutar Moldavske eparhije.

¹⁹ BVerfGE 52, 223, 248

²⁰ Judgment of 13 December 2001, Application No. 45701/99, ECHR 2001-XII.

U ovom slučaju Sud je konstatovao: „... jer crkva nije priznata – podnosiocu zahteva, ona nije mogla da počne raditi. Posebno njeni sveštenici nisu mogli da obavljaju bogoslužbu, njeni članovi nisu mogli da se okupljaju zbog verskih obreda, a s obzirom da nemaju pravni subjektivitet, ona nema pravo na sudsku zaštitu svoje imovine.“ Što se tiče tolerancije, koju je navodno Vlada pokazala prema Crkvi – podnosiocu, Sud je smatrao da takva tolerancija nije zamena za priznanje, jer samo sa priznanjem mogu da im se dodele prava koja su u pitanju, zbog čega je Sud utvrdio da je povređen član 9. Evropske konvencije.

Sud je takođe smatrao da ozbiljno i neobrazloženo odlaganje priznanja verskih organizacija predstavlja kršenje člana 9. Evropske Konvencije.²¹

U slučaju *Mirolubovs and others v. Latvia*²², Sud je konstatovao da je autonomija verskih zajednica suštinska komponenta pluralizma u demokratskom društvu, gde istovremeno postoji nekoliko religija ili denominacija iste religije. Zemlje treba da budu neutralne u odnosu na verske zajednice. Ne treba da koriste izraze sa kojima se povređuje neutralnost. Tako, u jednom slučaju, Sud je našao da je upotreba izraza „psihosekte“, ili „pseudoreligije“, predstavljala kršenje člana 9. Konvencije.²³

Ovlašćenje države da određuje mesta za bogoslužbu ne treba da se vrši proizvoljno ili da se koristi protiv manjinskih grupa. Na primer, Sud je smatrao da je čekanje od jedne decenije grupe Jehovinih svedoka da im se dozvoli da koriste određenu prostoriju u jednoj zgradi za verske obrede u suprotnosti sa članom 9. Evropske konvencije.²⁴ Pritom, zakon je predviđao učešće grčke pravoslavne crkve u davanju saglasnosti na utvrđenje verskih objekata, što je korišćeno za ograničavanje prava manjinskih verskih grupa.

Zbog nesmetanog ostvarivanja slobode veroispovesti, država ne treba da se meša u unutrašnju organizaciju verskih zajednica. Takođe, verske organizacije treba da imaju autonomiju u izboru svojih lidera.

²¹ *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others v. Austria*, pp. 40825/98, HUDOC (2008).

²² *Mirolubovs and others v. Latvia*, App. No. 798/05, Judgment of 15 September 2009

²³ *Leela Förderkreis E.V. and Others v. Germany*, app. 58911/00, HUDOC (2009).

²⁴ *Manoussakis v Greece*, 1996-IV; 23 EHRR 387.

Ipak, u zemljama sa zvaničnom religijom, država može uspostaviti kriterijume za zapošljavanje u državnoj crkvi ili za određenu poziciju,²⁵ ili čak da se meša u organizaciju i u religiozne zahteve državne religije (Merrills, 2001: 86). U laičkim državama (bez zvanične religije) to nije dozvoljeno. U slučaju Hasan and Chaush v. Bulgaria²⁶, Evropski sud ukazuje da države ne treba da se mešaju u unutrašnje odnose verskih zajednica. Hasan je bio bivši glavni muftija Islamske zajednice u Bugarskoj, a Čauš sekretar njegove kancelarije. U okviru Islamske zajednice u Bugarskoj dolazi do cepanja i podela, pri čemu država nije ostala neutralna i priznala je za legitimno vođstvo jednu od grupa, bez navođenja razloga za to. Pritom, domaći zakon nije predviđao opipljive kriterijume po kojima se registruju promene u rukovodstvu verskih zajednica kada dođe do oprečnih zahteva za priznavanje legitimnosti. Takođe, bugarsko pravo nije predviđalo nikakve procesne garancije u ovoj situaciji, odnosno za ovo pitanje nije moglo da odlučuje nezavisno telo. Iz tih razloga, Sud je smatrao da je prekršen član 9. Konvencije. Relevantni autori ističu da čak i ako vlada smatra da je imenovala vođu određene verske grupe sa (navodno) legitimnim ciljem, da bi se izbegla unutarreligijska bitka, ta tvrdnja bi gotovo sigurno mogla biti opovrgnuta (Haris, O'Boyl i Varbrik, 2009: 430).

Iz odluke Evropskog suda mogu se izvući i pozitivne obaveze države. Sud je naglasio da uloga države nije da ukloni uzroke napetosti kroz ukidanje pluralizma, već da obezbedi da se „međusobno suprotstavljene grupe tolerišu.“²⁷ Dakle, uloga države je da svima obezbedi uživanje verskih sloboda i da osigura toleranciju različitih verskih grupa.

8. Ograničenja slobode veroispovesti i ograničenja drugih prava zbog slobode veroispovesti

Sloboda veroispovesti nije neograničeno pravo. Ograničenje slobode veroispovesti je dozvoljeno kada to nalaže zakon, da bi se zaštitio legitimni cilj i kada je to neophodno u demokratskom društvu.

²⁵ X v. Denmark, App. No. 7374/76, 5 Eur. Comm'[n H.R. Dec & Rep. 157 (1976).

²⁶ Hasan and Chaush v. Bulgaria, ECHR 2000-XI.

²⁷ Serif v. Greece, Reports, 1999-IX.

Dr Dragan Milkov,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Novom Sadu

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 342.9:35.077.3](497.11:4-672EU)

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

O POTREBI USKLAĐIVANJA SRPSKOG UPRAVNOG POSTUPKA SA PRAVOM EVROPSKE UNIJE**

Apstrakt: U tekstu se analizira potreba usklađivanja Zakona o opštem upravnom postupku Republike Srbije sa pravom Evropske unije. Konstatuje se da ovaj propis ne spada u kategoriju opštih pravnih akata koji se moraju usklađivati. Donošenje procesnih propisa za rad državne uprave spada u sferu slobode država članica Evropske unije, a neke od njih uopšte nemaju Zakon o opštem upravnom postupku. Pri tome, i na upravni postupak zemalja članica Evropske unije primenjuju se određena načela utvrđena od strane Evropskog suda pravde, koja imaju primat u odnosu na nacionalno zakonodavstvo. S druge strane, postojeći ZUP Srbije spada u veoma kvalitetan i u praksi proveren propis. U njemu su već ugrađena sva načela Evropskog suda pravde.

Ključne reči: Upravni postupak, pravo Evropske unije, harmonizacija.

1. Uvodne napomene

Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije je potreba koja se javlja u mnogim oblastima. Štaviše, Evropska unija i formalno traži od zemalja kandidata da svoje pravo dovedu u sklad sa pravom Evropske unije. Ukupnost propisa Evropske unije čini njene pravne tekovine, tzv. *Acquis communautaire* i svaka država kandidat za članstvo u Evropskoj uniji mora da uskladi svoje pravne propise sa tekovinama. Ta činjenica je nesporna i niko je ne dovodi u pitanje. No, postavlja se pitanje o kojim propisima je reč i na koje oblasti se to odnosi? Da li se to odnosi na sve oblasti, na sve pravne propise, ili neki propisi mogu da budu isključivo nacionalno obojeni?

* dmilkov@pf.uns.ac.rs

** Овај текст је део ауторових истраживања у оквиру научноистраживачког пројекта Министарства просвете и науке Републике Србије на тему „Биомедицина, заштита животне средине и право“.

U onim slučajevima u kojima u pravu Evropske unije nema unificiranog modela, zemlje članice Unije uživaju relativnu slobodu u pogledu nacionalnog zakonodavstva. Izuzev određenih principa koji moraju biti eksplicitno ili implicitno ugrađeni u sve propise svih zemalja, za neke oblasti ne postoji obaveza jedinstvenog uređivanja pravnim propisima.

Republika Srbija je početkom 2014. godine dobila status kandidata za članstvo u Evropskoj uniji, i kao takva nalazi se u procesu usklađivanja svog pravnog sistema sa pravom Evropske unije. S jedne strane, Srbija će morati da donese neke nove propise koje u ovom momentu nema. S druge strane, istovremeno sa donošenjem novih, nedostajućih propisa Srbija će morati i da neke od svojih postojećih propisa izmeni i dopuni, kako bi ih prilagodila pravu Evropske unije.

U tom kontekstu, može se posmatrati i potreba usklađivanja srpskog upravnog postupka sa pravom Evropske unije. U kojoj meri se proces usklađivanja srpskih pravnih propisa sa pravom Evropske unije prostire i na osnovni procesni propis kojim se uređuje način rada državne uprave i javnih službi prilikom odlučivanja u konkretnim situacijama? Da li Zakon o opštem upravnom postupku odstupa od evropskog prava i da li mu je potrebno usklađivanje sa evropskim pravom? Sve su to pitanja na koja želimo da damo odgovor u ovom tekstu.

2. O evoluciji upravnog postupka

Upravni postupak predstavlja za upravu ono isto što za sudove predstavljaju parnični i krivični postupak. Međutim, kodifikacija upravnog postupka je izvršena znatno kasnije od kodifikacije parničnog i krivičnog postupka. Naime, kodifikacija upravnog postupka je u pravom smislu reči izvršena tek početkom 20. veka.

Istorijski posmatrano, Španija je još 19. oktobra 1889. godine donela Zakon o osnovama upravnog postupka (*Ley de Bases de Procedimiento Administrativo*), koji španski autori smatraju prvom kodifikacijom upravnog postupka u Evropi (Puigpelat, 2006: 481). Međutim, makar što neki španski autori žele ovo da predstave kao prvu kodifikaciju upravnog postupka na svetu, a tako misle i neki usamljeni francuski autori (Braibant, 1974–1975: 379), ovo se ipak ne može prihvatiti kao kodifikovan upravni postupak već samo kao prvi procesni

propis kojim se regulišu neka osnovna pitanja upravnog postupka.¹ U tom smislu, ovaj propis jeste značajan, no, „istina je, međutim, da je taj zakon samo okvir koji je sama uprava trebalo da popunjava svojim propisima“ (Langrod, 1959: 75). Naime, tim zakonom je predviđen pravni osnov koji je omogućavao pojedinim ministarstvima da uredi proceduralna pitanja svojim opštim aktima i, u tom smislu, ovaj zakon je samo definisao opšte okvire u kojima su ministarstva mogla da se kreću. Celovit, kodifikovan upravni postupak, u pravom smislu reči, u Španiji je nastao tek nakon drugog svetskog rata, tj. 17. jula 1958. godine. Tada je donet Zakon o upravnom postupku, a ne o „osnovama“ upravnog postupka (*Ley de Procedimiento Administrativo*). Danas je u Španiji na snazi Zakon o pravnom režimu javne uprave i zajedničkom upravnom postupku (*Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo*) od 26. novembra 1992. godine. Taj propis predstavlja jedinstven propis koji se primenjuje na čitavoj teritoriji države, kako u centralnim organima, tako i u organima uprave pojedinih pokrajina Kraljevine Španije.

Posmatrano u pravom smislu reči, kodifikacija upravnog postupka je po prvi put izvršena u Austriji 1925. godine. Austrijski Zakon o opštem upravnom postupku predstavlja, u stvari, zbir od četiri zakona: Uvodni zakon za upravno-procesne zakone, Zakon o opštem upravnom postupku, Upravno-kazneni zakon i Zakon o administrativnom izvršenju. Značaj ovoga Zakona je, pre svega, u tome što je to prvi takav kodeks u svetu, ali i u njegovom kvalitetu. U pitanju je celovit propis procesnog karaktera, ali sastavljen veoma koncizno i usklađeno (ima ukupno 93 paragrafa, ako se zajedno računaju Zakon o opštem upravnom postupku i Zakon o administrativnom izvršenju). Taj zakonik je bio uzor za mnoge druge zemlje, pa i za predratni jugoslovenski Zakon. Nakon drugog svetskog rata ovaj Zakon je ponovo proglašen u prečišćenom tekstu 1950. godine.

Značaj prvog kodifikovanog Zakona o opštem upravnom postupku bio je u tome što je on predstavljao model za donošenje ovakvog procesnog propisa u zemljama centralne i istočne Evrope, posebno u zemljama nekadašnje

¹ Već iz naziva ovog propisa („osnove“) vidi se da se ovo ipak ne može smatrati celovitim, kodifikovanim upravnim postupkom u pravom smislu.

Austrougarske monarhije, pri čemu je zanimljivo da je to izostalo u drugoj važnoj članici Dvojne monarhije – Mađarskoj.

Nakon Austrije svoj prvi Zakon o opštem upravnom postupku tadašnja Čehoslovačka je donela 1928. godine i taj propis je u vreme socijalističkog uređenja zamenjen novim propisom, najpre 1955. godine, a zatim 1960. godine. Zbog promena koje su u političkom sistemu Čehoslovačke nastupile, novi čehoslovački Zakon o opštem upravnom postupku je doneo i odstupanja od izvornog austrijskog modela. Novi ZUP Čehoslovačke je sadržao takva rešenja koja je teorija i upravna praksa ove zemlje negativno ocenila, tako da se tek nakon sedam godina Čehoslovačka vratila proverenim rešenjima. Naime, 1967. godine je ova zemlja donela novi Zakon i to se smatra „renesansom“ klasičnog upravnog postupka (Hendrych, 2004: 258). Nakon razdvajanja sa Slovačkom, Češka republika je donela svoj novi samostalni Zakon o opštem upravnom postupku 2004. godine, koji je i danas na snazi. U Slovačkoj važi i dalje Zakon iz 1967. godine, jer je ova zemlja nakon razdvajanja sa Češkom nastavila da primenjuje poslednji zajednički Zakon o opštem upravnom postupku.

Iste godine kada i Čehoslovačka, 1928. godine, svoj prvi Zakon o opštem upravnom postupku donela je i Poljska. U istovetnim okolnostima, za vreme sovjetske dominacije, Poljska je iste godine kada i Čehoslovačka, 1960. godine, donela novi Zakon. Međutim, za razliku od Čehoslovačke, odnosno današnje Češke, Poljska nije suštinski menjala svoj Zakon iz 1960. godine. Taj propis je još uvek na snazi, pri čemu su vršene neke izmene i dopune.²

Srbija je svoj prvi upravni postupak dobila kao članica tadašnje Kraljevine Jugoslavije, koja je svoj Zakon o opštem upravnom postupku donela 25. novembra 1930. godine.³ Može se slobodno reći da je prvi jugoslovenski Zakon o opštem upravnom postupku rađen gotovo u potpunosti po austrijskom modelu, s tim što se već na prvi pogled vidi da je naš ZUP imao gotovo dvostruko više članova od austrijskog (176). S jedne strane u naš ZUP su unete brojne odredbe iz parničnog postupka, s druge strane, za razliku od

² Poslednje izmene i dopune poljskog Zakona o opštem upravnom postupku su izvršene 2002. godine.

austrijskog propisa, naš Zakon o opštem upravnom postupku je u sebi objedinio i dostavljanje i izvršenje u isti tekst. Naime, iako čine jednu suštinsku celinu, u Austriji su to odvojeni zakoni.

Nakon drugog svetskog rata svi pravni propisi doneti pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije prestali su da važe, pa tako i Zakon o opštem upravnom postupku. Izuzetak od tog pravila se odnosio na pojedine odredbe ranijih propisa koje nisu bile u suprotnosti sa novim uređenjem. One su mogle da se primenjuju i nadalje, tako da su neke upravno-procesne norme iz predratnog ZUP-a nalazile svoju primenu u praksi. Prvi posleratni jugoslovenski Zakon o opštem upravnom postupku donet je 19. decembra 1956. godine. Taj propis, makar zbog toga što je donet u novim okolnostima, predstavlja suštinski kontinuitet u odnosu na prvi jugoslovenski ZUP. Jedino što se uočava, to je da su dodate nove odredbe koje bi trebalo da odražavaju promene u političkom sistemu, tako da je gotovo udvostručen broj članova. Može se reći da naš ZUP spada u grupu najobimnijih propisa takve vrste u svetu. Karakteristično za ovaj propis je, a to je možda i razlog obimnosti, da su u njemu detaljno regulisana ne samo strogo procesna pitanja već i pitanja koja se odnose na organe ovlašćene za vođenje postupka, njihovu nadležnost, ovlašćenja službenih lica, kao i administrativno izvršenje. U odnosu na predratni Zakon, uočava se da novi ZUP sadrži i opšta načela na kojima čitav propis počiva. Ova „normativna moda“, nastala u periodu socijalističkog uređenja, zadržana je do danas. Posmatrajući odgovarajuće strane propise u ovoj oblasti, može se konstatovati da oni nemaju izdvojena načela u uvodnom delu propisa (sa izuzetkom nekih zemalja), već su načela ugrađena u pojedine norme zakona. Naš Zakon o opštem upravnom postupku sadrži izdvojena osnovna načela na početku propisa, pri čemu postoje i načela za čiju povredu ne postoji nikakva sankcija. Načela koja nisu razrađena konkretnim normama zakona i čija primena nije obezbeđena sankcijom, nemaju nikakvu sadržinu već predstavljaju puku deklaraciju i lepu želju, a ona „načela“ koja su konkretizovana predstavljaju suviše normiranje. U stranim zemljama su načela sadržinski ugrađena u pojedine norme propisa i kao takva zaštićena sankcijom.

³ Prvi jugoslovenski Zakon o opštem upravnom postupku je imao *vacatio legis* od tri meseca, tako da je, stupio na snagu 26. februara 1931. godine.

Zakon o opštem upravnom postupku Jugoslavije je menjan i dopunjavan više puta (1965. godine, 1977. godine, zatim 1986. godine, pa 1996–1997. godine i 2001. godine). Promene koje su vršene imale su za cilj prilagođavanje ovoga propisa promenama koje su se inače odvijale u društvu, pa i u pravnom sistemu (promenama iz 2001. godine su samo promenjeni iznosi novčanih kazni). Nakon odvajanja Crne Gore, samostalna Republika Srbija nije donela svoj novi Zakon o opštem upravnom postupku već su izvršene samo manje terminološke promene u nekadašnjem jugoslovenskom Zakonu. To je učinjeno Zakonom o izmenama Zakona o opštem upravnom postupku maja 2010. godine.⁴ Stoga se može reći da se u Srbiji i danas primenjuje nekadašnji jugoslovenski Zakon o opštem upravnom postupku, nastao na modelu austrijskog Zakona o opštem upravnom postupku.

Proces kodifikacije upravnog postupka se nastavio posle drugog svetskog rata. Svoj Zakon o opštem upravnom postupku su najpre donele Sjedinjene Američke Države 1946. godine, zatim jedanaest godina kasnije Mađarska. Mađarska nije sledila primer Austrije, iako počiva na istoj tradiciji, već je svoj prvi Zakon o opštem upravnom postupku donela tek u doba „socijalizma“ 1957. godine. Taj propis je zamenjen novim Zakonom koji je donet 1981. godine i menjan je 1991. godine. Potpuno novi Zakon o opštem upravnom postupku donet je 2004. godine i taj propis je i danas na snazi u ovoj zemlji, pri čemu su vršene i određene izmene i dopune.

Nakon Španije 1958. godine, zakon o upravnom postupku je doneo i Izrael iste godine, a zatim su to učinili Norveška 1967, Švajcarska 1968, Bugarska 1970, Savezna Republika Nemačka 1976, Luksemburg 1978, Finska 1982, Danska 1987. godine. U Holandiji je 1963. godine donet Zakon o pobijanju upravnih rešenja, koji samo delimično odgovara onome što predstavlja upravni postupak, dok je Opšti zakon o upravnom pravu (*Algemene wet bestuursrecht*) donet 1992. godine, i on u sebi sadrži upravno-procesne norme. U Norveškoj postoji Zakon o javnoj upravi od 1967. godine, koji obuhvata brojne proceduralne norme o načinu postupanja organa uprave. U Švedskoj je 1971. godine donet Upravni zakon, koji se po naslovu razlikuje, ali po svojim odredbama u potpunosti predstavlja upravni postupak u pravom smislu reči.

⁴ „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 30 od 7. maja 2010. godine.

Zakon o upravnom postupku je donet 1986. godine. U Italiji je upravni postupak kodifikovan 1990. godine, Portugaliji 1991, a u Grčkoj 1999. godine. Litvanija je 1999. godine donela Zakon o javnoj upravi, koji u sebi sadrži i procesne norme (deo treći Zakona, član 19–36, posvećen je upravnom postupku). Međutim, to nije opšti upravni postupak kakav poznaju druge zemlje. Jedan od najdetaljnijih Zakona o upravnom postupku donela je Letonija 2001. godine (sa izmenama i dopunama ima ukupno 385 članova!). Estonija je svoj Zakon o upravnom postupku donela iste godine.

Pored država koje imaju propis o upravnom postupku, bez obzira na njegov karakter i sadržinu, postoje i zemlje koje imaju određene procesne propise koji se odnose na upravu, ali ti propisi nisu kodifikovani, niti su njima obuhvaćena sva upravno-procesna pitanja. Za ove zemlje se ne može reći da uopšte nemaju propise o postupanju uprave, jedino to nije učinjeno celovito tako da ne postoji čitav i kodifikovan upravni postupak. Ovoj grupi pripadaju Irska, Velika Britanija i druge zemlje pod njenim uticajem, zemlje Latinske Amerike (naročito one španskog govornog područja) i dr. Nastale na drugačijoj pravnoj tradiciji, ove zemlje ne poznaju kodifikaciju upravnog postupka kakva je izvršena u Austriji.

Isto tako, postoje i zemlje koje nemaju posebne upravno-procesne propise. Predstavnikom ove grupe se obično smatra Francuska, a pod francuskim uticajem je bila i Belgija, mada se i tu u poslednje vreme dešavaju određene promene.

Dugo vremena se smatralo u Francuskoj da kodifikacija upravnog postupka pomoću opštih pravnih pravila nije moguća, a ima čak i stavova da su procesna pravila samo kočnica za upravu. Uprava se prevashodno angažuje na realizaciji javnog interesa i taj cilj treba da ostvari bez obzira na način. Stoga je za ovu zemlju dugo vremena bilo karakteristično da su postojala jedino procesna pravila za rad upravnih sudova, ali ne i propisi o postupanju uprave. Međutim, bilo bi pogrešno ovo protumačiti kao mogućnost procesne samovolje uprave. I u ovoj zemlji već odavno postoje procesna pravila koja se odnose na rad uprave, ali su sadržana u internim aktima uprave, a ne u zakonima. Isto tako, otklanjanje procesne samovolje se obezbeđuje kroz kontrolu zakonitosti rada uprave koju vrše sudovi u upravnom sporu, a naročito imajući u vidu shvatanja

Državnog saveta o načinu postupanja uprave, koja služe kao kriterijum za kontrolu. Pored toga, u Francuskoj se u poslednje vreme javljaju i pojedini zakoni kojima se regulišu određena formalna pitanja rada uprave. Tako se Zakonom od 6. januara 1978. godine o informatici, dosijeima i slobodama garantuje pravo pristupa građana svim informacijama u javnim i privatnim dosijeima, bez obzira na to da li su automatski obrađeni, o čemu odlučuje Nacionalna komisija za informatiku i slobode. Zakonom od 17. jula 1978. o slobodi pristupa upravnim dokumentima se garantuje pravo razgledanja spisa, osim onih koji predstavljaju vojnu i diplomatsku tajnu ili se odnose na privatni život, medicinske dosijee i sl., o čemu se stara Komisija za pristup upravnim dokumentima. Ovo pravo je Zakonom od 3. januara 1979. prošireno i na podatke u dosijeima deponovanim u arhivima. Zakonom od 11. jula 1979. je predviđena obaveza obrazloženja za veliki deo upravnih akata, a Zakonom od 17. januara 1986. je regulisano da negativan upravni akt mora imati uvek obrazloženje, izuzev ako bi se time povredila određena tajna ili zakonom zaštićen javni interes. Stoga se Francuska više ne može smatrati zemljom u kojoj uopšte ne postoje formalni zakoni koji se odnose na rad uprave, mada su to tek prvi koraci koji su još uvek daleko od stanja koje postoji u zemljama koje su izvršile kodifikaciju upravnog postupka (Milkov, 2013: 74). Međutim, u Francuskoj se i danas smatra da kodifikacija upravnog postupka, onakva kakva postoji u Austriji i zemljama koje su to učinile pod njenim uticajem, nije uopšte ni potrebna.

3. Evropska unija i upravni postupak

Pregled nastanka i razvoja upravnog postupka omogućio nam je da steknemo istovremeno i sliku oko kodifikacije upravnog postupka u Evropskoj uniji. Situacija u pogledu upravnog postupka u Evropskoj uniji je takva da ne postoji jedan jedinstven model upravnog postupka već zemlje članice imaju svoje posebne propise o upravnom postupku, koji su međusobno različiti. S druge strane, ima čak i zemalja Evropske unije koje uopšte nemaju kodifikovan upravni postupak, pa čak uopšte nikad nisu ni pokušavale da normativno celovito uredi upravno-procesna pitanja (Francuska, Belgija, Ujedinjeno Kraljevstvo).

Tokom procesa učlanjenja u Evropsku uniju proverava se da li postoje razlike po pojedinim poglavljima između zakonodavstva države kandidata i pravnih tekovina EU, što se ostvaruje kroz postupak analitičke ocene i pregleda usklađenosti nacionalnog zakonodavstva države kandidata sa pravnim tekovinama Evropske unije. Postupak se sprovodi posebno za svako poglavlje pregovora, a od države kandidata se očekuje da pokaže da li će moći da u celosti usvoji pravne tekovine EU po pojedinim poglavljima i uskladi uočene razlike ili će zatražiti prelazni period za potpuno usvajanje i sprovođenje nakon stupanja u punopravno članstvo.

Međutim, s druge strane se ponekad ova objektivna potreba zloupotrebljava kao opravdanje za nepotrebne izmene određenih propisa. U onim slučajevima i u onim sferama u kojima zemlje članice Unije uživaju normativnu samostalnost, a to se odnosi na procesne propise, pozivanje na usklađivanje sa pravom Evropske unije ne može da bude okarakterisano drugačije nego kao prikrivanje iza Unije radi ostvarivanja nekih drugih ciljeva. Ta karakteristika u punoj meri važi za upravni postupak.

Evropska unija nema ovlašćenja, formalno posmatrano, u pogledu normativnog uređenja upravnog postupka (Fábián, 2009: 11). To znači da zemlje članice Evropske unije nemaju obavezu usklađivanja svog upravno-procesnog zakonodavstva sa propisima Evropske unije. U tom pogledu važi princip „procesne autonomije država članica“ (*ibid*, str. 13), pri čemu treba konstatovati da na nivou Unije nikada nije ni bila prisutna ideja o bilo kakvom jedinstvenom propisu o upravnom postupku. Istina, ne može se poreći da postoje i autori koji priželjkuju unifikaciju upravno-procesnog zakonodavstva među zemljama članicama Evropske unije, ali to za sada ipak predstavlja samo želju, a ne i stvarnost. „Put ka zajedničkom evropskom upravno-procesnom pravu, jednom *ius commune europaeum*, je zakoračen, ali je cilj još veoma udaljen, uvažavajući nacionalne posebnosti, koje počivaju na veoma različitom razvoju država članica u pogledu osnovne strukture i osnovnih principa njihovog pravnog sistema“ (Pünder, 2011: 392). To praktično znači da u Evropskoj uniji važi primat materijalnog prava u odnosu na nacionalno zakonodavstvo, ali da u procesnom smislu postoji autonomija država članica.

Suštinski posmatrano, zemlje članice Evropske unije imaju neke obaveze u pogledu upravnog postupka, ali koje su više vezane za to da i u nacionalnom zakonodavstvu moraju biti zastupljena određena načela. U skladu sa principima Evropske unije, i u upravnom postupku treba obezbediti primenu dva načela, a to su zabrana diskriminacije i načelo efikasnosti (Fábián, 2009: 13). Naravno, zemlje u čijim propisima o upravnom postupku su ovi principi odavno ugrađeni, nemaju obavezu da bilo šta u vezi sa ovim menjaju.

S druge strane, u Evropskoj uniji se smatra da u propisima o upravnom postupku treba da budu zastupljena i određena načela koja je utvrdio Evropski sud pravde. To su sledeća načela (*ibid*):

- Načelo zakonitosti,
- Načelo srazmernosti,
- Načelo supsidijarnosti,
- Načelo nepristrasnosti,
- Načelo savesnog i potpunog utvrđivanja činjenica,
- Načelo saradnje organa i stranke,
- Pravo predstavljanja i pristupa informacijama,
- Načelo saslušanja,
- Pravo na pristup podacima o predmetu,
- Načelo obrazloženja odluke,
- Zaštita podataka,
- Zaštita *bona fide* prava.

Međutim, ova načela moraju biti poštovana u zemljama članicama Evropske unije bez obzira na to da li su ugrađena u nacionalno procesno zakonodavstvo (Thienel, 2002: 65). To znači da postoji primat ovih načela bez obzira na to da li su ugrađena u nacionalno zakonodavstvo. Ova načela se moraju u svakom slučaju primenjivati i na to ne može da ima nikakav uticaj bilo koje rešenje u nacionalnom zakonodavstvu. U slučaju da ova načela nisu eksplicitno ugrađena u odgovarajući nacionalni propis ili da im nacionalna rešenja u bilo čemu protivreče, načela imaju primat i moraju se primenjivati.

4. Upravni postupak Srbije

Zakon o opštem upravnom postupku Republike Srbije predstavlja propis za koji se može reći da je veoma kvalitetan opšti pravni akt, kako u pogledu njegove strukture, u nomotehničkom smislu, tako i u pogledu pojedinih rešenja u sadržinskom smislu. Njegova struktura i sadržina ispunjavaju skoro sve ono što se od ovakvog propisa očekuje. Pri tome imamo u vidu i načela koja je utvrdio Evropski sud pravde. Nijedno od dvanaest navedenih načela nije takvo da nedostaje u našem Zakonu o opštem upravnom postupku. Sva ta načela su već ugrađena u naš Zakon.

Nesporno je, s druge strane, da svaki propis treba da prati promene koje se dešavaju u društvu, pa se ta karakteristika, naravno, odnosi i na Zakon o opštem upravnom postupku. U tom smislu, ovaj propis bi se mogao modernizovati u nekim delovima, a mogli bi se otkloniti i neki nedostaci, odnosno neke nejasnoće, koje se javljaju u njegovom tekstu. Bilo bi korisno kada bi se u ovaj propis unela definicija upravne stvari, koja bi bila u skladu sa definicijom iz Zakona o upravnim sporovima. U okviru odredbi o pravnosnažnosti rešenja, bilo bi dobro predvideti da se u slučaju odbijanja zahteva takođe ne može doneti novi akt sa drugačijom sadržinom (načelo pravnosnažnosti), osim ako dođe do promene u činjeničnom ili pravnom stanju. Trebalo bi vanbračnu zajednicu izjednačiti sa bračnom u pogledu razloga za izuzeće službenog lica. Isto tako, bilo bi dobro uneti odredbe koje predviđaju savremene načine uspostavljanja kontakta organa sa strankama preko elektronskih računara, kao i korišćenje drugih elektronskih uređaja (elektronski podnesci, da se zapisnik može sačiniti i snimanjem, da se dostavljanje može vršiti i elektronskim putem, odredbe o blagovremenosti predaje elektronskog podneska, kao i odredbe o elektronskom potpisu). U odredbe o dostavljanju bi se mogle uneti određene novine koje bi obezbedile efikasniji postupak dostavljanja i sprečile eventualno izbegavanje stranke da primi pismeno koje joj je upućeno. Trebalo bi predvideti i bolju zaštitu podataka o ličnosti i poboljšati položaj trećih zainteresovanih lica (pravni interesenata). Naime, u praksi se često događa da zainteresovana lica uopšte nemaju saznanja o pokretanju i vođenju upravnog postupka u kojem bi mogli njihovi interesi da budu ugroženi. Što se tiče javnih isprava, trebalo bi predvideti da imaju vremenski neograničenu dokaznu snagu ako se odnose na

činjenice i okolnosti koje su po prirodi nepromenljive. Time bi trebalo da se onemogući da organi svaki put prilikom podnošenja istovetnog zahteva stranke traže ponovno podnošenje već ranije podnetih javnih isprava. U određenoj meri, mogle bi se poboljšati i neke odredbe o pravnim sredstvima. Konačno, od do sada uočenih slabosti postojećeg Zakona o opštem upravnom postupku, trebalo bi precizirati nadležnost za sprovođenje izvršenja u slučaju kada nije moguće da to učini prvostepeni organ, a nije određeno ko je nadležan. Prema važećem Zakonu, ako je posebnim propisima predviđeno da prvostepeni organ ne može da sprovodi administrativno izvršenje, ali nije istovremeno određeno koji je organ za to ovlašćen, tada izvršenje sprovodi nadležni „državni organ na čijem se području nalazi prebivalište, odnosno boravište ili sedište izvršenika, ako zakonom nije drugačije uređeno“ (član 267, stav 2). Do Zakona iz 1996. godine bilo je predviđeno da to radi opštinski organ uprave nadležan za poslove opšte uprave, a u važećem Zakonu je ovo ostalo nejasno.⁵ S obzirom na formulaciju, da je to državni organ, moglo bi se zaključiti da je to republički organ. No, ako se ima u vidu da je to organ čija se nadležnost određuje spram prebivališta odnosno boravišta, onda bi takva formulacija upućivala na zaključak da to nije republički organ (svi imaju prebivalište na području Republike Srbije). Stoga ostaje nejasno koji je organ u pitanju.

Potreba za izmenama i dopunama Zakona o opštem upravnom postupku nije potreba koja proizlazi iz činjenice da je Srbija kandidat za članstvo u Evropskoj uniji. Sve ove neophodne izmene mogle su biti još odavno učinjene i još 2004. godine grupa domaćih i stranih stručnjaka je sačinila Nacrt izmena i dopuna Zakona o opštem upravnom postupku (u vidu integralnog teksta), ali taj tekst nikada zvanično nije ušao u proceduru. „Nažalost, u tadašnjoj Srbiji nije postojala volja da se Zakonu o opštem upravnom postupku doda novi kvalitet, da se otklone neki nedostaci i unesu neke neophodne novine. Istina, ni sadašnji Zakon o opštem upravnom postupku nema mnogo nedostataka, ali ne postoji nikakav razlog da se u njemu nalazi makar jedan jedini! No, zalaganja stručnjaka i naučnika, pravnih teoretičara, nemaju nikakav značaj u situacijama kada izostane politička volja“ (Milkov, Reforme upravno procesnog zakonodavstva: 41).

⁵ Ni ova norma nije menjana izmenama ZUP-a iz 2010. godine.

U tom smislu, može se reći da Srbija u suštini ima Zakon o opštem upravnom postupku koji ne zaostaje za prosekom zemalja članica Evropske unije, a moglo bi se reći i da u mnogim elementima ima kvalitetnije upravno-procesno rešenje od mnogih članica Unije. Može se slobodno konstatovati da postojeći Zakon o opštem upravnom postupku Republike Srbije nije prepreka na putu ka Evropskoj uniji. Potreba za modernizacijom upravnog postupka Srbije je potreba koja je nastala prvenstveno zbog promena koje su u srpskom pravnom sistemu i srpskom društvu nastale. Međutim, kada se pojavi politička volja, onda se umesto dobrog i proverenog zakona, donosi potpuno novi zakon, koji može da unese konfuziju, probleme i zastoje u radu, pa i kaos.

Tokom 2013. i 2014. godine jedna grupa autora je za potrebe ministarstva nadležnog za poslove državne uprave sačinila tekst potpuno novog Zakona o opštem upravnom postupku. Taj tekst je i formalno kao predlog utvrđen od strane prethodne Vlade Republike Srbije, ali nije ušao u zakonodavnu proceduru zbog vanrednih parlamentarnih izbora. Posmatrajući ovaj tekst, može se slobodno reći da se njime odstupa od svih dosadašnjih proverenih rešenja, te „da bi Srbija sa ovakvim Zakonom učinila deset koraka u stranputicu“ (Milkov, 2013: 98). Tekst predstavlja kombinaciju preuzimanja rešenja iz hrvatskog Zakona o općem upravnom postupku, odnosno modela ZUP-a koji su stvorili jedan nemački i neki hrvatski autori, a koji je Hrvatska prihvatila, pri čemu su u ovaj tekst ugrađeni i teorijski stavovi jednog srpskog autora iz okvira nauke upravnog prava. Ni za jedno ni za drugo ne postoji valjano opravdanje. U Sloveniji se još uvek primenjuje Zakon o opštem upravnom postupku, koji predstavlja deo zajedničkog nasleđa, sa određenim izmenama i dopunama, ali uz zadržavanje starog kostura. To Sloveniji nije bila nikakva prepreka da postane punopravni član Evropske unije. Stoga se može jednostavno zaključiti da takav propis ni Srbiji ne bi bio prepreka za članstvo u Uniji. Ako i bude donet potpuno novi Zakon o opštem upravnom postupku Republike Srbije, to sigurno neće biti zbog usaglašavanja sa pravom Evropske unije, već isključivo radi ostvarivanja nekih privatnih, pojedinačnih interesa.

5. Zaključak

Potreba za usklađivanjem srpskog prava sa pravom Evropske unije predstavlja nužnost objektivne prirode i predstavlja bitan uslov koji Srbija mora da ispuni

pre stupanja u punopravno članstvo. Kao kandidat za članstvo u Evropskoj uniji Srbija se nalazi u procesu usklađivanja propisa sa pravom Evropske unije. Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije je potreba koja se javlja u mnogim oblastima i svaka država kandidat za članstvo u Evropskoj uniji mora da uskladi svoje pravne propise sa pravnim tekovinama Evropske unije (Acquis communautaire). Međutim, ta potreba se javlja uglavnom u odnosu na materijalno-pravne propise, dok za upravni postupak ta obaveza ne važi.

Situacija u pogledu upravnog postupka u Evropskoj uniji je takva da ne postoji jedan jedinstven model upravnog postupka, već zemlje članice imaju svoje posebne propise o upravnom postupku, koji su međusobno različiti. S druge strane, ima čak i zemalja Evropske unije koje uopšte nemaju kodifikovan upravni postupak, pa čak uopšte nikad nisu ni pokušavale da normativno celovito uredi upravno-procesna pitanja.

Srbija je četvrta zemlja na svetu koja je, kao sastavni deo tadašnje Jugoslavije, kodifikovala Zakon o opštem upravnom postupku još 1930. godine. Taj propis je više puta menjan i dopunjavan i u praksi se pokazao kao veoma kvalitetan procesni propis. Može se reći da Srbija u suštini ima Zakon o opštem upravnom postupku koji ne zaostaje za prosekom zemalja članica Evropske unije, a moglo bi se reći i da u mnogim elementima ima kvalitetnije upravno-procesno rešenje od mnogih članica Unije. Slobodno se može konstatovati da postojeći Zakon o opštem upravnom postupku Republike Srbije nije prepreka na putu ka Evropskoj uniji.

Literatura

Braibant, G. (1974–1975). *Institutions administratives comparées*. Fondation Nationale des sciences politiques fasc. II. Paris

Fábián, A. (2009). The linking points of EU law and the member state's administrative procedure. *Juridical Current*. 2009, Petru Maior University. Tirgu-Mures, Vol. 12. Issue 3

Hendrych, D. (2004). „Das Verwaltungsverfahren in Tschechien“. u: *Vergleichendes Verwaltungsrecht in Ostmitteleuropa*. red. Bernd Wieser/Armin Stolz. Wien

Langrod, G. (1959). La vie administrative à l'étranger – la codification de la procédure administrative non contentieuse en Espagne. *La Revue administrative*. 12e Année. No. 67 (JANVIER FÉVRIER 1959). 74–86

Milkov, D. (2012). *Upravno pravo 2 – upravna delatnost*. Izdavački centar Pravnog fakulteta u Novom Sadu

Milkov, D. (2012). Reforme upravno procesnog zakonodavstva u Srbiji. *Zbornik Radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*. br. 4. 33–43

Milkov, D. (2013). Povodom nacrta Zakona o opštem upravnom postupku. *Zbornik Radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*. br. 1. 85–99

Puigpelat, O.M. (2006). Das Verwaltungsverfahren in Spanien: Eine Einführung. *Die Öffentliche Verwaltung, Kohlhammer*. Stuttgart. 6p. 20. 841–848

Pünder, H. (2011). *y Allgemeines Verwaltungsrecht*. H.U. Erichsen, D. Ehlers, W. Gruyter

Thienel, R. (2002). *Verwaltungsverfahrenrecht*. Verlag Österreich. Wien

Dragan Milkov, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Novi Sad

**On the Need to Harmonize the Serbian
Administrative Procedure with the EU Law**

Summary

At the beginning of 2014, the Republic of Serbia has become a candidate for membership in the European Union. As such, it is in the process of harmonizing its legal system with the EU legislation. On the one hand, Serbia will have to make some new regulations which are currently missing. On the other hand, along with the adoption of the new (missing) regulations, Serbia will have to amend or supplement some of the existing regulations, in order to make them comply with the EU law.

In this context, we may observe the need to harmonize the Serbian administrative procedure with the EU legislation. The key issue is to which

extent the process of harmonizing the Serbian regulations with the EU law extends to the basic administrative procedure regulations governing the work of public administration and public services in deciding on particular cases. Does the General Administrative Procedure Act diverge from the EU law and does it have to be harmonized with the EU law?

EU member states are not obliged to harmonize their administrative procedure legislations with EU regulations as the applicable principle in this respect is the principle of procedural autonomy of each Member State. Moreover, there are member states that do not have a codified administrative procedure. On the other hand, there are significant differences among the EU member states which have codified their administrative procedures. Some countries have regulated only general procedural issues, while other countries have enacted detailed administrative procedure acts.

Serbia has had the General Administrative Procedure Act since 1930 (as a member of the former Yugoslavia) and this legislative act falls into the category of high-quality procedural laws. All the principles established by the European Court of Justice are already built into the current Serbian General Administrative Procedure Act. Therefore, Serbia has a legislative act which is by no means inferior to those enacted in many EU member states; moreover, the quality of some administrative procedure solutions may be said to be superior to the legal solutions enacted in many EU member states. Therefore, we may conclude that the existing General Administrative Procedure Act of the Republic of Serbia is not an obstacle on the road to the European Union.

Key words: Administrative Procedure, EU Law, Harmonization.

Dr Vladan Petrov,*
Vanredni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Beogradu

NAUČNI ČLANAK

UDK: 342.4:342.56](497.11)

Rad primljen: 01.09.2014.

Rad prihvaćen: 01.12.2014.

PREDLOZI ZA REFORMU USTAVA U DELU KOJI SE ODNOSI NA PRAVOSUĐE – PREISPITIVANJE NACIONALNE STRATEGIJE**

Apstrakt: Nacionalna strategija za reformu pravosuđa (za period 2013–2018) usvojena je u Narodnoj skupštini jula 2013. godine. U njoj se navodi da „pojedina opredeljenja ove strategije zahtevaju promenu Ustava“. Autor analizira deo Strategije koji se odnosi na promenu tzv. ustavnog okvira o pravosuđu. Među definisanim ciljevima, koje treba ostvariti do 2018. godine, on naročito spornim smatra predviđanje Pravosudne akademije kao obaveznog uslova za prvi izbor na sudijsku i tužilačku funkciju. Ne osporavajući značaj Pravosudne akademije i neophodnost njene reforme, autor je mišljenja da Akademija ne može biti ustavna kategorija, kao što ni uslovi za izbor sudija i javnih tužilaca nisu ustavna materija. S druge strane, on se zalaže za vraćanje u Ustav osnova za prestanak sudijske i javnotužilačke funkcije, kao i razloga za njihovo razrešenje, što je, prema važećem ustavnom rešenju, zakonska materija.

Ključne reči: Reforma pravosuđa, Visoki savet sudstva, izbor sudija i prestanak sudijske funkcije, izbor javnih tužilaca i prestanak javnotužilačke funkcije, Pravosudna akademija, Odluka Ustavnog suda o neustavnosti odredaba Zakona o Pravosudnoj akademiji.

1. Uvod

U Nacionalnoj strategiji reforme pravosuđa (za period 2013–2018), koju je usvojila Narodna skupština 1. jula 2013, stoji: „Pojedina opredeljenja ove strategije zahtevaju promenu Ustava. Reč je o rešenjima poput: isključenja Narodne skupštine iz procesa izbora predsednika sudova, sudija, javnih

* vpetrov@ius.bg.ac.rs

** Rad je prilog Projektu “Конституционализам и владавина права у изградњи националне државе – случај Србије” Правног факултета Универзитета у Београду и Факултета политичких наука у Београду.

tužilaca/zamenika javnih tužilaca, kao i članova VSS-a i DVT-a; promene sastava VSS-a i DVT-a u pravcu isključenja predstavnika zakonodavne i izvršne vlasti iz članstva u ovim telima; predviđanja pravosudne akademije kao obaveznog uslova za prvi izbor na sudijsku i tužilačku funkciju. S obzirom na to da je promena Ustava dugotrajan i složen proces na koji nosioci ovlašćenja u procesu kreiranja i sprovođenja Strategije reforme pravosuđa imaju ograničen uticaj, to se ovom strategijom izražava snažna i odlučna posvećenost navedenim ciljevima, a proces njihovog sprovođenja će podrazumevati pripremne radnje neophodne za promenu Ustava. S tim u vezi, Komisija za sprovođenje Strategije će formirati posebnu podgrupu radi formulisanja predloga u vezi sa izmenama odredaba Ustava kojima su regulisane pomenute oblasti. Za period koji prethodi ustavnim promenama, Strategija predviđa čitav niz izmena normativnog okvira kao prelaznog rešenja koje, u saglasnosti sa postojećim ustavnim okvirom, treba da pruži adekvatniju potporu efikasnijem funkcionisanju pravosuđa.“¹

Iako se objavljuje u „Službenom glasniku“, strategija pripada grupi političkih, a ne pravnih akata. Ona nije pravno obavezujuća, već je politički plan koji treba da bude ostvaren pravnim sredstvima. Pojmovnik Narodne skupštine definiše strategiju kao „planski akt najšireg opsega koji sadrži analizu postojećeg stanja i vremenski oročen plan akcije za postizanje određenih ciljeva“.² Strategija se, prema tome, ne može smatrati političkim „Svetim pismom“, kojeg se treba slepo pridržavati. Ona definiše pravce reforme, ali ne znači da je u svakoj rečenici nepogrešivo tačna i realno primenjiva. U eventualnoj budućoj promeni Ustava bilo bi pogrešno, štaviše štetno, po naše ustavno pitanje u vezi sa pravosuđem da ono bude rešavano isključivo sa osloncem na Strategiju. Ako bi se išlo tim putem, postojala bi opasnost da sprovođenje Strategije bude samo sebi svrha. Rezultat takve aktivnosti, odnosno eventualna promena Ustava u delu o pravosuđu, bio bi još jedan ustavni promašaj.

¹ [http://www.mpravde.gov.rs/files/Nacionalna-Strategija-reforme-pravosudja- za-period-2013.-2018.-godine.pdf](http://www.mpravde.gov.rs/files/Nacionalna-Strategija-reforme-pravosudja-za-period-2013.-2018.-godine.pdf)

² Pojmovnik Narodne skupštine, Beograd 2012, 45.

2. Isključenje Narodne skupštine iz procesa izbora predsednika sudova, sudija, javnih tužilaca i članova vss-a i dvt-a

U delu o kojem se u Strategiji govori o promeni Ustava, najpre se spominje isključenje Narodne skupštine iz procesa izbora predsednika sudova, sudija, javnih tužilaca i članova VSS-a i DVT-a. Prema važećem ustavnim rešenjima, Narodna skupština, neposredno ili posredno, bira sve nosioce navedenih funkcija. Tako dominantna uloga Narodne skupštine u izboru nosilaca pravosudnih funkcija, nesporno je osnov za politizaciju pravosuđa. Stoga je opredeljenje donosioca Strategije, formalno Narodne skupštine, da isključi „samog sebe“ iz procesa izbora nosilaca pravosudnih funkcija sasvim opravdano.³

Kad je reč o načinu izbora sudija, Ustav pravi razliku između izbora lica koje se prvi put bira na funkciju i izbora za trajno obavljanje sudijske funkcije. Ovo razlikovanje zasnovano je na čl. 146, koji proklamuje stalnost sudijske funkcije (st. 1) i izuzetak od ovog načela, kad je reč o licu koje se prvi put bira za sudiju na tri godine (st. 2). Narodna skupština, na predlog VSS-a, bira za sudiju lice koje se prvi put bira na funkciju. VSS, u skladu sa zakonom, bira sudije za trajno obavljanje sudijske funkcije, u istom ili drugom sudom, i odlučuje o izboru sudija koji su na stalnoj sudijskoj funkciji u drugi ili viši sud.

Najpre, sporan je izbor sudija na ograničeni mandat od tri godine. Stalnost sudijske funkcije koja je bila apsolutna prema Ustavu od 1990. prestala je to da bude, što je slabljenje važne institucionalne garantije sudijske nezavisnosti. U većini međunarodnih dokumenata o statusu sudija, na probni mandat gleda se sa velikom rezervom. Uporedni pregled ustava država u regionu (bivšoj Jugoslaviji) pokazuje da, osim Ustava Srbije, nijedan ne predviđa probni mandat za sudije koje se prvi put biraju (Petrov, 2013: 49–54).

Ako je već predvideo probni period za sudije koje se prvi put biraju na sudijsku funkciju, ustavotvorac nije trebalo da nadležnost za prvi izbor poveri Narodnoj

³ „Ovaj sistem čini se katkad obezbeđuje veću demokratsku legitimnost, ali takođe može voditi uključivanju sudija u političku kampanju i politizaciji procesa...Opasnost da će politički razlozi prevagnuti u odnosu na objektivne vrednosti kandidata ne može se isključiti“. Venice Commission, *Judicial appointments, March 14, 2007*, <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JD%282007%29001-e>.

skupštini. „Odluka o izboru je diskrecioni akt parlamenta u čijem donošenju pretežnu ulogu imaju politički (stranački) razlozi umesto onih objektivnih i suštinskih“ (Marković, 2012: 523). To važi kako za izbor sudija na stalnu funkciju, tako i za izbor sudija na ograničeni vremenski period. Izbor svih sudija treba da bude poveren VSS-u.

Najbolje bi bilo brisati ustavno rešenje o prvom izboru sudija na ograničen period i vratiti se apsolutnoj stalnosti sudijske funkcije, kakva je postojala u Ustavu od 1990. To bi značilo i ponovno konstitucionalizovanje osnova za prestanak sudijske funkcije i razloga za razrešenje sudije koji se, prema sadašnjem ustavnom rešenju, sasvim neprimereno nalaze u zakonu. Ako se ostane pri tome da je probni mandat sudija neophodan, potrebno je uvesti određene institucionalne garantije. Prva garantija bila bi ograničavanje ovlašćenja „privremenih“ sudija tako da one ne mogu samostalno donositi konačne odluke. Druga garantija je da „privremene“ sudije bira i o drugim statusnim pitanjima odlučuje VSS, protiv čijih odluka bi se mogla izjaviti žalba Ustavnom sudu.⁴

Posebno je sporno to što Narodna skupština bira predsednika Vrhovnog kasacionog suda i predsednike sudova. Prema čl. 144. Ustava, „predsednika Vrhovnog kasacionog suda, na predlog Visokog saveta sudstva, po pribavljenom mišljenju opšte sednice Vrhovnog kasacionog suda i nadležnog odbora Narodne skupštine, bira Narodna skupština. – Predsednik Vrhovnog kasacionog suda bira se na period od pet godina i ne može biti ponovo biran“. U osnovi, isti način izbora predviđen je za sudije koje se prvi put biraju na sudijsku funkciju i za predsednika Vrhovnog kasacionog suda. „Ovde je teško razumeti logiku po kojoj se predsednik najvišeg suda u zemlji, sudijski prvosveštenik, i sudija početnik, sudijski đakon, biraju po gotovo istom postupku“ (Marković, 2006: 42). Isto važi i za predsednike ostalih sudova, koje Narodna skupština bira na predlog VSS-a. Dakle, Narodna skupština u sve tri situacije (izbor sudija koje se prvi put biraju, izbor predsednika VKS-a i

⁴ Venice Commission, *Opinion on the Provisions on the Judiciary in the Draft Constitution of the Republic of Serbia*, adopted by the Commission at its 64th plenary session (Venice, 21-22 October 2005), <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD%282005%29023-e>.

predsednika ostalih sudova) „raspolože punim kapacitetom ovlašćenja vezanih za izbor sudija, dok je kvalitet ovlašćenja VSS-a ograničen samo na podnošenje predloga za izbor sudija“ (Pajvančić, 2011: 175). Predsednike sudova, kao i predsednika najvišeg suda, treba da bira VSS. Kad je reč o izboru predsednika najvišeg suda, VSS bi odluku trebalo da donosi kvalifikovanom većinom glasova (npr. 2/3 većinom).

3. Promene u sastavu vss-a i dvt-a u pravcu isključenja izvršne i zakonodavne vlasti iz članstva u ovim telima

Uparedno posmatrano, nema jedinstvenog modela pravosudnog saveta. U svakom slučaju, sastav ovog tela mora biti uravnotežen, tako da „suštinski element ili većina članova pravosudnog saveta bude izabran od strane samog sudstva“, ali „da bi se obezbedila demokratska legitimnost pravosudnog saveta, ostali članovi treba da budu izabrani između ličnosti sa adekvatnom pravnom kvalifikacijom imajući u vidu mogući sukob interesa“.⁵ Konkretno, to znači da članovi Saveta koji nisu sudije, moraju imati pravne kvalifikacije, ali ne bi trebalo da istovremeno vrše drugu javnu funkciju (npr. poslanik ili predsednik parlamentarnog odbora za pravosuđe).

U vezi sa VSS-om u Ustavu iz 2006. postavljaju se dva načelna pitanja. Prvo pitanje se odnosi na pravnu prirodu VSS-a. VSS nije organ sudske vlasti, jer ne vrši sudsku vlast, ali nije ni organ sudijske samouprave, jer ga ne čine isključivo sudije, niti ga biraju sudije. Imajući u vidu njegovu ustavnu definiciju, kao i činjenicu da obavlja deo poslova pravosudne uprave, što nije dovoljno da bi se smatrao organom državne uprave, načelno bi se moglo reći da je VSS autonomni državni organ *sui generis* (Marković, 2012: 526).

Drugo pitanje je da li je ustavotvorac pogrešio što je raniji Visoki savet pravosuđa podelio na dva organa, onaj koji je nadležan za status sudija (VSS) i onaj koji je manje nadležan za status javnih tužilaca, a više zamenika javnih tužioca (DVT). U odgovoru na ovo pitanje mora se poći od očigledne težnje ustavotvorca da status sudija i javnih tužilaca postavi na različite osnove. Dovoljno je navesti to da se sudije, posle prvog izbora, biraju za trajno vršenje funkcije, a da se javni tužioci biraju na ograničen mandat (šest godina, uz

⁵ Venice Commission, *Judicial appointments*, CDL-JD(2007)001rev.

mogućnost neograničenog reizbora), kao i da sudije za trajno vršenje funkcije bira VSS, a javne tužioce bira Narodna skupština na predlog Vlade. Ipak, ključno je to što javnotužilačka funkcija ima svojih osobenosti u odnosu na sudijsku funkciju. Premda neraskidivo povezani, javno tužilaštvo i sud imaju zasebne uloge u ostvarivanju pravde. Stoga bi postojanje dva državna organa VSS-a i DVT-a kao ustavno rešenje moglo da opstane, ali bi se moglo razmisliti i uspostavljanju jednog državnog organa, koji bi se sastojao od dva odeljenja: jednog nadležnog za sudije, jednog za tužioce (takva je struktura francuskog Visokog saveta magistrature posle ustavne revizije od 2008).

Ozbiljni prigovori mogu se uputiti na račun sastava VSS i načina određivanja njegovih članova. VSS ima 11 članova. U njegov sastav ulaze predsednik Vrhovnog kasacionog suda, ministar nadležan za pravosuđe i predsednik nadležnog odbora Narodne skupštine, kao članovi po položaju i osam izbornih članova koje bira Narodna skupština, u skladu sa zakonom. Izborne članove čini šest sudija sa stalnom sudijskom funkcijom, od kojih jedan sa teritorije autonomnih pokrajina, i dva ugledna i istaknuta pravnika sa najmanje 15 godina iskustva u struci, od kojih je jedan advokat, a drugi profesor pravnog fakulteta. Predsednici sudova ne mogu biti izborni članovi VSS-a. Mandat članova VSS-a traje pet godina, osim za članove po položaju, kojima mandat prestaje sa prestankom funkcije po osnovu koje su postali njegovi članovi.⁶

Zahtev da pravosudni savet bude telo uravnoteženog sastava je, naizgled, ostvaren. Od 11 članova, sedam su sudije i dva su „ugledna i istaknuta“ pravnika. Samo su ministar nadležan za pravosuđe i predsednik nadležnog skupštinskog odbora predstavnici političkih vlasti, izvršne i zakonodavne. Uporedno posmatrano, ima pravosudnih saveta u čiji sastav ne ulaze ministri pravde. Stoga bi trebalo razmisliti o isključenju ministra pravde iz sastava Saveta ili bar o rešenju s ministrom u sastavu VSS-a koji bi bio član „ograničenog kapaciteta“. On ne bi imao ovlašćenja da odlučuje u stvarima koje se odnose na premeštaj sudija i izricanje disciplinskih mera.⁷

Što se tiče predsednika nadležnog skupštinskog odbora, njegovo članstvo u VSS-u je suvišno. Bivši parlamentarci, zbog svojih pravnih kvalifikacija, mogu

⁶ Čl. 153. Ustava Republike Srbije, Sl. glasnik RS 98/06.

⁷ Venice Commission, *Judicial appointments*, CDL-JD(2007)001rev.

biti izabrani u pravosudni savet, ali to ne bi trebalo da bude slučaj sa aktivnim parlamentarcima. Stoga bi, pri ustavnom redefinisaju sastava VSS-a, trebalo ukloniti iz članstva predsednika nadležnog skupštinskog odbora.

Kad je reč o trećem članu po položaju, predsedniku Vrhovnog kasacionog suda, mogao bi da ostane. Nije, međutim, dobro sadašnje zakonsko rešenje, prema kojem je predsednik Vrhovnog kasacionog suda i predsednik VSS-a po položaju. VSS nije sudski organ, pa da predsednik najvišeg suda mora da bude na čelu ovog organa. Predsednika VSS-a treba da biraju članovi VSS-a. Venecijanska komisija preporučuje da „predsednik saveta treba da bude izabran od strane saveta između ne-sudijskih članova saveta“, čime bi se „postigla ravnoteža između neophodne nezavisnosti predsednika i potrebe da se izbegnu moguće korporativističke težnje unutar saveta“.⁸

Što se tiče izbornih članova VSS-a, dve su stvari koje bi trebalo korigovati. Najpre, Ustav treba da predvidi da u sastav VSS-a ulaze sudije različite vrste i stepena (od najnižeg do najvišeg suda, sudije sudova opšte i posebne nadležnosti). Takođe, trebalo bi razmisliti o povećanju broja istaknutih pravnika koje bira Skupština. S pravom se može primetiti da je među istaknutim pravicima favorizovana advokatska profesija. „Na ovaj način Ustav je izričito propisao da nosioci lukrativne delatnosti, advokati, koji se bave pružanjem pravne pomoći za nagradu, pored političkih funkcija u ministarstvu pravde, skupštinskom odboru za pravosuđe i drugim političkim telima, što je politički izbor i kao takav danas nije sporan, budu nosioci funkcije u organu koji 'garantuje nezavisnost i samostalnost sudova i sudija', Visokom savetu sudstva. Ukoliko je, pak, namera bila da Savet još više pravno ojača, onda ne vidimo razlog za diskriminaciju drugih 'istaknutih i uglednih pravnika' sa položenim pravosudnim ispitom koji, ako nisu advokati, ne mogu biti članovi ovog organa. Kako ne pripadamo pravnoj tradiciji zemalja gde se sudije imenuju iz reda advokata (Engleska, iz reda baristera), ostaje neodgovoreno pitanje zbog čega je Ustav istakao zvanje advokata“ (Orlović, 2010: 183). Stoga, nova ustavna formulacija ne bi trebalo da ograniči izbor istaknutih pravnika samo na dve pravničke profesije, profesorsku i advokatsku.

⁸ *Ibidem.*

Takođe, sporna je i odredba prema kojoj od šest izabranih članova – sudija sa stalnom sudijskom funkcijom, jedan mora biti sa teritorije autonomnih pokrajina. VSS treba da bude visoko stručni organ, koji počiva na jasnim principima: 1) profesionalni kredibilitet članova; 2) njihov visok moralni ugled u profesionalnoj zajednici i društvu; 3) sposobnost strateškog razmišljanja i donošenja odluka (Perić, 2013: 8). Nijedan od ovih principa nema nikakve veze sa pripadnošću članova određenoj teritorijalnoj jedinici. Čak i kad bi Srbija bila federacija, a ne unitarna država, priroda VSS ne bi nalagala zastupljenost federalnih (teritorijalnih) jedinica u ovom organu. Uostalom, sudski sistem u Republici Srbiji je jedinstven i nema opravdanog razloga da se jedinicama teritorijalne autonomije, koje nemaju svoje sudove, priznaje posebno mesto u organu zaduženom da garantuje nezavisnost i samostalnost republičkih sudova. Pre bi se reklo da je reč o još jednoj „licemernoj“ odredbi Ustava kad je reč o položaju autonomnih pokrajina (slična postoji i kod sastava Ustavnog suda). Stoga bi trebalo razmisliti o brisanju ovakvog rešenja.

Najzad, čak i kad bi sastav VSS-a ostao isti, način izbora članova ovog organa morao bi se promeniti kako bi se otklonio dominantan uticaj Narodne skupštine (a preko skupštinske većine i Vlade) u ovoj oblasti. „Članove Visokog saveta sudstva bira, neposredno ili posredno, Narodna skupština, što je povod za kritiku, jer na taj način telo koje treba da bude sasvim autonomno i visoko profesionalno u celini zavisi od Narodne skupštine u kojoj narodni poslanici donose odluke vođeni nalogima političke stranke ili stranačke koalicije sa čije su liste izabrani za narodne poslanike“ (Marković, 2012: 526). Ovakvo rešenje pokazuje da se ustavotvorac nije sasvim distancirao od modela izbora sudija iz Ustava iz 1990. Ono je, bez sumnje, potvrda da je ustavna definicija VSS-a kao „nezavisnog i samostalnog organa“ proklamacija bez realne sadržine. U svakom slučaju, kritika ovakvog rešenja izbora članova VSS-a ne bi trebalo da dovede do prihvatanja drugog krajnjeg rešenja prema kojem bi Skupština bila sasvim isključena iz postupka izbora. Uravnotežen sastav VSS-a podrazumeva i uravnotežen način izbora njegovih članova, tako što bi sudije članove birale sudije, a članove koji nisu sudije birala bi Skupština iz redova istaknutih pravnika na predlog profesionalnih i strukovnih organizacija. Skupština članove VSS-a ne bi trebalo da bira običnom, kvorumskom, već kvalifikovanom

većinom, koja bi podrazumevala kompromisno iznalaženje kandidata između većine i opozicije.

4. Pravosudna akademija kao obavezni uslov za prvi izbor na sudijsku i tužilačku funkciju?

U delu koji se odnosi na buduću promenu Ustava, Strategija je najviše sporna kad je reč o Pravosudnoj akademiji kao obaveznom uslovu za prvi izbor na sudijsku i tužilačku funkciju. Najpre treba odlučiti da li opstaje prvi izbor sudija ili ne. Ako opstane to rešenje, treba razmisliti da li Pravosudna akademija da postane jedini „izvor“ regrutovanja budućih sudija na probni mandat, odnosno javnih tužilaca kad se prvi put biraju na funkciju.

Drugo, način izbora sudija je ustavna, a propisivanje uslova za izbor sudija je zakonska materija. Dakle, promena Ustava nije neophodna da bi se propisali drukčiji uslovi za izbor sudija od postojećih. Oni ni sada nisu propisani Ustavom. Ne postoji nijedan ozbiljan argument da Pravosudna akademija postane ustavna kategorija. Uvesti nju u Ustav bilo bi podjednako legitimno koliko isto učiniti i sa Kriminalističko-policijskom, Vojnom ili Akademijom za nacionalnu bezbednost. Ni u državama u kojima je Pravosudna akademija tradicionalno jedini izvor regrutovanja novih sudija, ona nije ustavna kategorija. Čini se da je pitanje o mestu Pravosudne akademije u Ustavu sasvim izlišno, u stvari, veštački stvoreno. To stanovište zauzela je i Radna grupa za izradu smernica za reformisanje i razvoj Pravosudne akademije. Ova radna grupa, formirana od strane Komisije za nacionalnu strategiju reforme pravosuđa, izradila je niz smernica, u kojima se zahteva dosledno poštovanje važećeg zakona o Pravosudnoj akademiji, i preporuka za poboljšanje postojeće zakonske regulative.⁹

Poseban značaj za rešavanje ovog pitanja ima i Odluka Ustavnog suda od 6. februara 2014.¹⁰ Ovom odlukom su ukinute odredbe Zakona o Pravosudnoj akademiji koje su propisivale obavezu VSS-a i DVT-a da prilikom predlaganja kandidata za izbor sudija prekršajnog i osnovnog suda, odnosno zamenika

⁹ <http://www.mpravde.gov.rs/tekst/5891/smernice-za-reformisanje-i-razvoj-pravosudne-akademije-.php>

¹⁰ Sl. glasnik RS, 32/2014.

javnih tužilaca predlože kandidata koji je završio početnu obuku na Akademiji. Ustavni sud je stao na stanovište da je odredbom člana 40. stava 8. Zakona, propisan posebni uslov za izbor lica na sudijsku funkciju u određenim vrstama sudova i da je „u postojećem zakonskom okviru završena početna obuka ne samo presudna za vrednovanje stručnosti i osposobljenosti kao opštih uslova za izbor, već da se pretvara i u suštinski opredeljujući uslov za dostupnost sudijske, odnosno javnotužilačke funkcije, koji zapravo potire i sprečava adekvatno vrednovanje ostalih propisanih uslova za obavljanje javnih funkcija o kojima je ovde reč“. Time su stavljeni u nejednak pravni položaj kandidati koji dolaze iz redova sudijskih i tužilačkih pomoćnika, koji nisu završili početnu obuku na PA, i oni kandidati koji su tu obuku završili. Drugima se daje apsolutna prednost. Ustavni sud je ocenio da se time „krši načelo jednakosti građana koji se nalaze u istoj pravnoj situaciji (ispunjavaju Zakonom o sudijama ili Zakonom o javnom tužilaštvu propisane uslove) iz člana 21. Ustava i povređuje Ustavom zajemčeno pravo na stupanje na javne funkcije pod jednakim uslovima iz člana 53. Ustava“. Pored ovog, navodi se još jedan argument: „Ustavni sud nalazi i da se osporenim odredbama ograničava Ustavom utvrđena nadležnost VSS-a...i DVT-a... a koji kao samostalni i nezavisni državni organi samostalno utvrđuju predlog kandidata za prvi izbor sudija i zamenika javnih tužilaca.“ Takođe, ovim odredbama osporena je i ustavna funkcija VSS-a i DVT-a da odbezbude i garantuju nezavisnost i samostalnost sudija i samostalnost javnih tužilaca i njihovih zamenika. „Ostvarivanje ove funkcije narušeno je time što Ustavom ustanovljene nezavisne organe obavezuje ocena kojom je određen uspeh kandidata kandidata na početnoj obuci, a koju daje Pravosudna akademija itd.“

U drugoj polovini marta 2014. godine, Ustavni sud je pokrenuo postupak za utvrđivanje neustavnosti druge rečenice člana 50. stava 4. Zakona o sudijama i druge rečenice člana 75. stava 2. Zakona o javnom tužilaštvu. U Zakonu o sudijama stajalo je:

„Visoki savet sudstva predlaže Narodnoj skupštini jednog kandidata za izbor na jedno sudijsko mesto. Visoki savet sudstva dužan je da prilikom predlaganja kandidata za izbor sudije prekršajnog ili osnovnog suda, predloži kandidata koji je završio početnu obuku u Pravosudnoj akademiji, u skladu sa posebnim zakonom.“

U Zakonu o javnom tužilaštvu stajalo je:

„Državno veće tužilaca predlaže Narodnoj skupštini jednog kandidata za izbor na jedno mesto zamenika javnog tužioca. Državno veće tužilaca dužno je da prilikom predlaganja kandidata za izbor zamenika osnovnog javnog tužioca, predloži kandidata koji je završio početnu obuku u Pravosudnoj akademiji, u skladu sa posebnim zakonom.“

S obzirom na ranije donetu odluku o neustavnosti pojedinih odredaba Zakona o Pravosudnoj akademiji, bilo je za očekivati da će Ustavni sud utvrditi neustavnost gore navedenih odredaba.¹¹

5. Zaključak

U Nacionalnoj strategiji reforme pravosuđa za period 2013–2018, naznačena su tri moguća pravca promene Ustava. To su: 1) isključenje Narodne skupštine iz procesa izbora predsednika sudova, sudija, javnih tužilaca/zamenika javnih tužilaca, kao i članova VSS-a i DVT-a; 2) promene sastava VSS-a i DVT-a u pravcu isključenja predstavnika zakonodavne i izvršne vlasti iz članstva u ovim telima; 3) predviđanja Pravosudne akademije kao obaveznog uslova za prvi izbor na sudijsku i tužilačku funkciju. Prva dva pravca su dobro postavljena. Treba samo raditi na iznalaženju pravih ustavnih rešenja koja ne bi samo apstraktno garantovala nezavisnost i samostalnost pravosuđa već bi vodila računa i o društveno-političkoj stvarnosti u kojoj su uslovi za ostvarivanje proklamovane nezavisnosti još uvek nestabilni.

Treći pravac koji se odnosi na Pravosudnu akademiju mogao bi se definisati kao strateški cilj na duži rok. Za njegovo ostvarenje nije neophodna promena Ustava, već poboljšanje zakonske i podzakonske regulative i uspostavljanje u praksi Pravosudne akademije kao vrhunske institucije za obuku budućih i aktivnih sudija i javnih tužilaca.

¹¹ Što je Ustavni sud učinio nekoliko dana po dostavljanju ovog rukopisa u štampu (jun 2014).

Literatura

Marković, R. (2006), Predgovor: Ustav Republike Srbije od 2006. – kritički pogled. *Ustav Republike Srbije*. Beograd: Justinijan

Marković, R. (2012). *Ustavno pravo*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

Orlović, S. (2010). Stalnost sudijske funkcije vs. opšti reizbor sudija u Republici Srbiji. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 2. 163–186

Pajvančić, M. (2011). Ustavne kontroverze o sudskoj vlasti. *Spomenica akademiku Gaši Mijanoviću*. 173–180

Petrov, V. (2013). Izbor sudija uporedno i u Republici Srbiji –predlozi za promenu Ustava. *Sudije u pravnom sistemu*. Sarajevo: Fondacija Centar za javno pravo

Internet

Nacionalna strategija za reformu pravosuđa, <http://www.mpravde.gov.rs/files/Nacionalna-Strategija-reforme-pravosudja-za-period-2013.-2018.-godine.pdf>

Pojmovnik Narodne skupštine, <http://www.parlament.gov.rs/upload/documents/activities/Pojmovnik%20-%20web.pdf>

Perić, B. (2013). Tenzije između pravosuđa i politike: da li najavljene izmene Zakona o VSTV rješavaju probleme?

http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Branko_Peric4.pdf

Smernice i preporuke za reformisanje i razvoj Pravosudne akademije, <http://www.mpravde.gov.rs/tekst/5891/smernice-za-reformisanje-i-razvoj-pravosudne-akademije-.php>

Venice Commission, *Opinion on the Provisions on the Judiciary in the Draft Constitution of the Republic of Serbia*, October 21-22, 2005

<http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD%282005%29023-e>

Venice Commission, *Judicial appointments, March 14, 2007*,
<http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JD%282007%29001-e>

Vladan Petrov, LL.D.

Associate Professor, Faculty of Law,
University of Belgrade

**Proposals for Constitutional Reform in the Part relating to the Judiciary –
The Review of the National Strategy**

Summary

The National Strategy for the Reform of the Judiciary (2013 – 2018) is adopted in the National Assembly in June 2013. It is said that “some commitments of this Strategy demand the revision of the Constitution“. The author analyzes the part of the Strategy relating to the change of so-called constitutional framework of the judiciary. Among defined goals, which should be realized by 2018, he considers particularly disputable the prediction of the Judicial Academy as a mandatory condition for the first election of judges and prosecutors. Without denying the importance of the Judicial Academy and the necessity of its reform, the author believes that the Academy should not be a constitutional category, just as the conditions for the election of judges and prosecutors are not a constitutional matter. On the other hand, the author advocates a return of the basis for the termination of judicial and prosecutorial functions, as well as the reasons for their dismissal, into the Constitution which are currently in the law.

Keywords: The Judicial reform, The High Judicial Council, The election of judges and dismissal of judges, The election of public prosecutors and the termination of their function, The Judicial Academy, The Decision of the Constitutional Court on the unconstitutionality of the legal provisions on the Judicial Academy.

Dr Todor Kalamatiev,*

Redovni profesor Pravnog fakulteta „Justinijan Prvi“,
Univerzitet „Sv. Kiril i Metodij“ Skoplje, Makedonija

NAUČNI ČLANAK

Mr Aleksandar Ristovski,*

Asistent Pravnog fakulteta „Justinijan Prvi“,
Univerzitet „Sv. Kiril i Metodij“ Skoplje, Makedonija

UDK: 349.3(497.7:4-672EU)

Rad primljen: 01.09.2014.

Rad prihvaćen: 01.12.2014.

IMPLEMENTACIJA EVROPSKOG SOCIJALNOG MODELA U RADNO ZAKONODAVSTVO REPUBLIKE MAKEDONIJE**

Apstrakt: *Evropski socijalni model predstavlja kompleksan sistem vrednosti, mera i propisa kojima se unificiraju karakteristike socijalne politike zemalja članica Evropske unije. Rad ilustruje nekoliko grupa definicija kojima se analiziraju ključne komponente Evropskog socijalnog modela. U nastavku, autori daju osvrt na evropske industrijske odnose i evropski socijalni *acquis communautaire*. Evropski industrijski odnosi prikazani su kroz četiri integralna modela (korporativni, liberalni, mediteranski i tranzicioni), koji objedinjuju karakteristike kolektivnih radnih odnosa u različitim zemljama članicama Evropske unije. Evropski socijalni *acquis* je prikazan kroz ključne primarne izvore evropskog komunitarnog radnog prava, dok je harmonizacija sekundarnih izvora evropskog komunitarnog radnog prava sa makedonskim zakonodavstvom prikazana kroz dve direktive Evropske unije. Prva direktiva (Direktiva 91/533/EZ o informisanju radnika o uslovima ugovora o radu) može se klasifikovati u sveru individualnih radnih odnosa, dok druga (Direktiva 2002/14/EZ o opštim uslovima informisanja i konsultovanja zaposlenih u Evropskoj uniji sa makedonskim radnim zakonodavstvom) spada u domen kolektivnih radnih odnosa.*

* tonikalamatiev@yahoo.com

* alek272@yahoo.com

** Rad je prezentovan u formi usmenog referata na međunarodnoj stručnoj konferenciji *Socijalni dijalog u procesu proširivanja i integracije Evropske unije*, odružanoj u periodu od 13. do 16. marta 2014. godina, u organizaciji Unije nezavisnih i autonomnih sindikata Makedonije (УНАСМ) и Европског центра за радничка питања (ЕЗА).

Ključne reči: *Evropski socijalni model (ESM), evropski industrijski odnosi, socijalni acquis communautaire, evropsko komunitarno radno pravo.*

1. Umesto uvoda (pojam i osnovne karakteristike Evropskog socijalnog modela – ESM)

Osnovna tendencija evropskih zemalja nakon Drugog svetskog rata predstavljala je uzajamnu integraciju i delimično ustupanje suvereniteta novom supranacionalnom entitetu (Evropskoj ekonomskoj zajednici). Na osnovu ovoga, ugovorom iz Mاستrihta iz 1992. godine, formirana je Evropska unija. Evropska unija predstavlja najveće dostignuće u institucionalizaciji i harmonizaciji zajedničkih ekonomskih, no i socijalnih, politika evropskih zemalja. Zajedničke politike zemalja članica EU poznaju i tzv. *Evropski socijalni model (ESM)*.

Evropski socijalni model predstavlja kompleksan sistem vrednosti koji su svojstveni demokratijama zemalja članica Evropske unije. Teorijski nalazi ukazuju da se ovaj koncept pojavljuje u periodu osamdesetih godina prošlog veka, u okvirima debate o objedinjavanju dva kontradiktorna cilja, kao što su ekonomski razvoj i socijalna zaštita (Rogowski, 2008:8). Evropski socijalni model karakteriše nedovoljna preciznost u definisanju i polisemija (polivalentnost) u objašnjavanju njegovih ključnih elemenata. Obeležje unifikacije koje proizilazi iz različitih definicija ESM polazi od činjenice da ovaj model sadrži više suprotstavljenih komponenta sa socijalnim modelom SAD (Visser, 2005:1). Osnovna razlika u socijalnim modelima SAD i EU sastoji se u stepenu inkorporisanosti neoliberalne doktrine. Dok se socijalni model SAD zasniva na ideji da ekonomski razvoj automatski vodi ka poboljšanju socijalnih parametara, osnovne pretpostavke ESM su solidarnost, uvećanje socijalnih prava i pravičnija distribucija nacionalnog dohotka. Otud, Evropski socijalni model stiče atribut „paneuropskog” modela socijalne politike EU ili „evropske države blagostanja” (Wisniewski, 2005:3).

U teoriji se razlikuje nekoliko pravaca u definisanju ESM. Prva grupa definicija predviđa da ESM predstavlja model koji *inkorporiše određene zajedničke karakteristike* (institute, vrednosti i sl.) koje su saglasne sa ključnim

parametrima socijalne politike zemalja članica EU. Druga grupa definicija polazi od pretpostavke da je ESM *ugrađen u različite modele socijalnih politika zemalja članica EU*, apstrahujući stepen saglasnosti pojedinih socijalnih modela. Treća grupa definicija se zasniva na poistovećivanju ESM sa tzv. „*Evropskim projektom*” kao mehanizmom za modernizaciju i adaptaciju socijalnih politika zemalja članica EU u promenljivim ekonomskim okolnostima. Konačno, poslednja grupa definicija identifikuje koncept ESM kao *instrument za ekonomsko-socijalnu koheziju* u okvirima procesa proširivanja EU novim zemljama članicama, pri čemu utvrđuje pojavu novih i različitih socijalnih modela.

Zajednički imenitelj definicija iz prve grupe predstavlja utvrđivanje zajedničkih karakteristika koje proizilaze iz ovog socijalnog modela. U tom smislu, različiti teoretičari upućuju na nekoliko zajedničkih karakteristika ESM. Prema Vaughan-Whitehead Evropski socijalni model sadrži kompleksnu enumeraciju konstitutivnih elemenata kao što su: fundamentalna socijalna prava radnika, zapošljavanje, jednake mogućnosti za sve i antidiskriminacijsko zakonodavstvo (Vaughan-Whitehead, 2014:10). Prema Hay, Watson i Wincott, osnovne „identitetske karakteristike” ESM su ekstenzivna socijalna zaštita, tendencija ka jednakom polnom zapošljavanju, pravno regulisanje instituta tržišta rada i mirno i uz konsenzus rešavanje industrijskih sporova (Jepsen, Pascual, 2005:7).

Druga grupa definicija ESM apstrahuje razlike između različitih socijalnih modela zemalja članica EU, koje karakterišu različite specifičnosti i obeležja. Grupisanje pojedinih socijalnih modela zemalja članica kao integralni deo ESM, proizilazi iz nekoliko parametara kao što su: regionalna lokacija i geografski položaj zemalja članica, tradicionalne i kulturne vrednosti, istorijsko nasleđe i stepen industrijske demokratije i sl. U tom smislu, Esping-Andersen definiše nekoliko evropskih socijalnih modela preko kojih mogu da se identifikuju njihova osnovna socijalna obeležja (Mathieu, Sterdyniak, 2008:3). Takvi modeli su: liberalni i anglosaksonski model (koji je karakterističan za Veliku Britaniju i Irsku), socijalno-demokratski ili nordijski model (karakterističan za nordijske zemlje), korporativni ili kontinentalni model (koji zapažamo u Španiji, Portugaliji, Italiji i Grčkoj). Pored ova četiri socijalna modela koji izražavaju specifičnosti ESM, teorija i empirija ilustruje i prisustvo tzv. tranzicionog

socijalnog modela, koji sublimiše zajedničke karakteristike post-komunističkih zemalja koje su članice EU ili koje se nalaze u procesu integracija u EU (European Commission, 2012:60).

Treća i četvrta grupa definicija uzdiže ideju ESM na nadnacionalni nivo, potencirajući različitu percepciju tradicionalnog sudara između cilja koji se odnosi na ekonomski rast i kompetitivnost, s jedne strane, i cilja koji se odnosi na veći stepen socijalne pravde s druge strane. Definisane ESM kao *Evropskog projekta* suprotstavlja se postojanju pojedinačnih socijalnih modela koji će egzistirati u nacionalnim sistemima u različitim zemljama članicama. Ova grupa definicija ističe transnacionalnu dimenziju Evropskog socijalnog modela, koja se stiče i normativnim karakterom. Prvi oficijalni dokument koji definiše ESM je „Bela knjiga evropske socijalne politike“.¹ Prema ovom dokumentu, Evropski socijalni model definiše se kao zajednički sistem vrednosti koje uključuju demokratiju i ljudska prava, slobodno kolektivno pregovaranje, tržišnu ekonomiju, jednake mogućnosti za sve i socijalnu zaštitu i solidarnost.

Evropski socijalni model upućuje na institucionalizaciju pojmova *fleksigurnosti* i *tranzicionog tržišta rada* koji predstavljaju autentičnu doktrinu poboljšanja ekonomsko-socijalne kohezije. Krucijalno značenje fleksigurnosti i tranzicionog tržišta rada podstiču određenu grupu autora da formiraju petu grupu definicija Evropskog socijalnog modela (Jepsen et al., 2005:15). Ove definicije polaze od pretpostavke da je osnovna funkcija socijalne politike ojačavanje individualnih kapaciteta građana da se adaptiraju ekonomskim okolnostima. Otuda, ESM treba da obuhvata produktivnu socijalnu politiku koja će se zasnovati na konceptima fleksigurnosti i tranzicionog tržišta rada.

U teoriji fleksigurnost može da se definiše kao politička strategija, situacija na tržištu rada ili analitički koncept (Kulušić, 2009:205). Druga definicija objašnjava fleksigurnost kao socijalnu zaštitu fleksibilnosti radne snage ili kao međusobno supstituisanje fleksibilnosti i sigurnosti na tržištu rada (Tangian, 2008:14).

Tranziciono tržište rada predstavlja relativno novu regulatornu ideju koja može da se supstituiše u okvire ESM i analitičke doktrine koja je

komplementarna sa fleksigurnošću. Osnovni cilj tranzicionog tržišta rada je uspostavljanje institucionalne i normativne infrastrukture radi podrške individualnoj tranziciji radnika sa različitim radnopravnim statusom. Koncept tranzicionog tržišta rada utvrđuje pet osnovnih tranzicija radnika i to: tranzicija od obrazovanja ka zapošljavanju (tržište rada); tranzicija između porodice (domaćinstvo) i rada (tržište rada); tranzicija između rada (tržište rada) i sticanja uslova za starosnu penziju ili nastupanja invalidnosti; tranzicija između zaposlenosti i nezaposlenosti i tranzicija u okviru tržišta rada (kroz promene radnopravnog statusa od subordiniranog radnog odnosa ka samozapošljavanju ili od radnog odnosa sa punim radnim vremenom ka radnom odnosu sa nepotpunim ili fleksibilnim radnim vremenom) (Rogowski, 2008:12). Socijalni modeli koji razvijaju uspešne tranzicije tržišta rada predviđaju i saglasne regulatorne i institucionalne okvire za upravljanje socijalnim rizicima koji proizilaze iz same tranzicije. Koncept *tranzicionog tržišta rada* predviđa pet različitih grupa politika (politika prihodnog koncepta, prihodna sigurnost, prihodna podrška, održavanje prihoda i zamena prihoda) kojima se utiče na stabilnost prihoda, kao osnovnog socijalnog rizika radnika.²

Evropski socijalni model možemo ilustrovati kroz dve suštinske dimenzije i to: evropski industrijski odnosi i socijalni *acquis communautaire* Evropske unije.

¹ Commission of the European Communities, *European social policy – a way forward for the Union / White Paper*, COM (94) 333, Brussels, 27. 07. 1994.

² Prva grupa politika se usmerava ka održavanju i poboljšavanju *prihodnog koncepta* (ili mogućnosti zapošljavanja) radnika. Ova grupa obuhvata i mere i aktivnosti koje se odnose na uspešnu tranziciju pojedinaca od obrazovanja ka zapošljavanju ili od obuke (prekvalifikacije, dokvalifikacije) ka zasnivanju radnog odnosa. Druga grupa obuhvata *prihodnu sigurnost* radnika u uslovima tranzicije između radnika sa različitim radnopravnim statusom (od statusa zaposleni ka statusu samozaposleni), Različiti pravni režimi organizacije i trajanja radnog vremena (od punog ka nepunom radnom vremenu) i sl. Treća grupa politika se odnosi na *prihodnu podršku* radnika u specifičnim fazama njihovog životnog ciklusa i radnog odnosa. U ovoj fazi, radnici se suočavaju sa umanjnim sposobnostima za ostvarivanje prihoda zbog bioloških ili socijalnih obaveza koje proizilaze iz brige za decu ili druga zavisna lica. Četvrta grupa politika obuhvata mere i aktivnosti koje su usmerene ka *održavanju prihoda* radnika u periodu tranzicije između zaposlenih i nezaposlenih. Konačno, peta grupa politika uspostavlja mogućnost *zamenе i osiguranja prihoda* radnika u uslovima privremene ili trajne nesposobnosti za rad ili određenih faza životnog i radnog ciklusa u kojem radnici stiču uslove za zamenu za penziju.

2. Evropski socijalni model i evropski industrijski odnosi

Period nakon Drugog svetskog rata predstavlja *zlatni period* razvoja radnog prava i industrijskih odnosa, odnosno sindikalizma u Evropi.³ Ovaj period karakteriše stabilnost i socijalni protekcionizam individualnih i kolektivnih radnih odnosa. Individualni radni odnosi u najvećem delu su se zasnivali zaključivanjem ugovora o radu na neodređeno vreme i sa punim radnim vremenom, dok je kolektivne radne odnose (industrijske odnose) karakterisala relativno visoka sindikalna gustina koja se kretala od 40 do 50% od ukupnog broja zaposlenih (Lensch, 2004:13). Ovo su ujedno bili osnovni parametri koji su započeli da definišu socijalni model zemalja članica EU u odnosu na socijalne modele ostalih regiona u svetu.

Zlatni period kapitalizma završio se sa prvom naftnom krizom 1974. godine, koja je *inter alia* označila kraj jeftine energetske ere. Ona je inicirala i promene u kursu ortodoksne ekonomske ideologije, što je izazvalo otvorenu debatu usmerenu ka modeliranju Evropskog socijalnog modela, uključujući tu i radno zakonodavstvo zemalja članica EU.

Novo ekonomsko okruženje je bilo razlog za veće promene u pojedinačnom socijalnom modelu zemalja članica EU, kao refleksije na globalizaciju, promene u strukturi ekonomskih delatnosti, tehnološke promene, promene u organizaciji proizvodnje i rasta nezaposlenosti (Kalamatiev, Ristovski, 2013:77).

Evidentna promena u ekonomskom okruženju na globalnom planu utiče na transformaciju evropskih industrijskih odnosa kao komponente Evropskog socijalnog modela. Evropski industrijski odnosi i sindikati zemalja članica EU se suočavaju sa drastičnim padom sindikalne gustine.⁴ Otuda, evropski sindikati će morati da odgovore na izazove novog vremena, kao što to predviđa prepoznavanje potreba i interesa tzv. *atipičnih radnika*, tj. radnika koji su zasnovali radne odnose na određeno vreme ili skraćeno radno vreme, kao i samozaposlenih radnika.

³ Termin „Zlatni period kapitalizma“ je upotrebljavan prema francuskom ekonomisti i sociologu J. Fourastié, u eseju *„Les Trente Glorieuses“* (Paris, les Editions Fayard, 1979).

⁴ Prema podacima sa internet strane www.worker-participation.eu, prosečna sindikalna gustina na nivou EU iznosi 23 %.

Evropski socijalni model inkorporiše više različitih grupa industrijskih odnosa koji mogu da se grupišu u nekoliko osnovnih modela: korporativni model, anglosaksonski model, mediteranski model i tranzicioni model (Bagič, 2009: 27).

Korporativni model predstavlja uniformni okvir koji obuhvata modele industrijskih odnosa nordijskih zemalja (Danska, Švedska i Finska) i određenih zemalja centralne i zapadne Evrope (Nemačka, Austrija, Belgija i Holandija) (Directorate General for Enterprise, 2003:28). Korporativni model industrijskih odnosa obeležava partnerski odnos između sindikata radnika i države. Sindikati i radnici održavaju redovne pregovore na nacionalnom nivou, bez obzira da li se pregovori odvijaju zajednički za sve grane (nordijski pristup) ili posebno u svakoj grani (nemački pristup). U tom procesu, socijalni partneri zaključuju kratkoročne i dugoročne kolektivne ugovore koji se primenjuju na dominantnom delu radnika iz određene grane, odnosno sektora. To osigurava socijalni mir radnika i pretpostavlja uvećanje angažovanosti radnika u ostvarivanju što veće produktivnosti. Ovaj model karakteriše visoka formalno-pravna zaštita individualnih i kolektivnih prava radnika iz radnog odnosa.

Liberalni ili anglosaksonski model je karakterističan za Veliku Britaniju i Irsku. Odlika ovog modela je relativno niski nivo formalno-pravne regulisanosti individualnih i kolektivnih prava radnika iz radnog odnosa. Kolektivni pregovori najčešće se odvijaju na nivou poslodavac, odnosno grupa povezanih (udruženih) poslodavaca. Štrajkovi, odnosno industrijski konflikti imaju isključivo interesni karakter. Sindikati imaju poslovne orijentacije i njihov osnovni cilj predstavlja ostvarivanje neposredne materijalne koristi za svoje članove, a ne političku borbu za transformaciju društva.

Mediteranski model industrijskih odnosa obuhvata zemlje južne Evrope (Španiju, Portugaliju, Francusku, Italiju i Grčku) i karakteriše se krajnjom politizacijom sindikata. Ovaj model se odlikuje sindikalnim pluralizmom i ideološkim podelama između sindikalnih konfederacija koje doprinose značajnijem umanjenju prostora za uspostavljanje i održavanje socijalnog mira (Kalamatiev, Ristovski, 2012:392). Štrajkovi se često pojavljuju i traju dugo.

Kolektivni ugovori imaju siromašnu sadržinu i proizilaze iz tendencije država za pojačanim socijalnim dijalogom.

Tranzicijski model industrijskih odnosa obuhvata bivše socijalističke zemlje centralne i istočne Evrope. Karakteriše se dominantnom ulogom države u sferi kolektivnih prava iz radnih odnosa i socijalnog dijaloga. Pri tome, sindikati se suočavaju sa redukovanjem svoga članstva i umanjivanjem sindikalne gustine koja utiče na kvalitet kolektivnog pregovaranja.

3. Evropski socijalni model i socijalni *acquis communautaire* EU

Acquis Communautaire Evropske unije predstavlja francuski termin koji kumulira propise evropske zajednice koji su saglasni sa njenim ciljem, suštinskim pravilima i politikom. On se prvenstveno svodi na primarno i sekundarno zakonodavstvo Evropske unije, uključujući i pravo koje kreira Evropski sud pravde. Tesna specijalizacija evropskog *acquis* u oblasti socijalnih prava i radnog zakonodavstva vodi ka institucionalizaciji posebnog termina koji se naziva socijalni *acquis Communautaire* (Giubboni, 2006:29).

Pravni izvori socijalnog *acquis* mogu da se poistovete sa izvorima evropskog komunitarnog radnog prava. Oni se klasifikuju na: orginarne (primarne) i sekundarne (derivatne) izvore, opšta pravna načela komunitarnog prava, uključujući i sudsku praksu Evropskog suda pravde i evropske kolektivne ugovore, koji predstavljaju *sui generis* izvor evropskog komunitarnog radnog prava.

Analiza izvora socijalnog *acquis* navodi nas na zaključak da razvoj evropskog socijalnog modela podleže konstantnim promenama. Prvenstveno, započinje sa propisima kojima se reguliše zajedničko tržište i slobodno kretanje radnika, da bi produžila sa donošenjem propisa koji pripadaju domenu individualnog i kolektivnog radnog prava. Socijalni *acquis* sastoji se iz više primarnih izvora koji utiču na oblikovanje evropskog socijalnog modela, među kojima izdvajamo: Ugovor o osnivanju Evropske zajednice za uglj i čelik,⁵ Ugovor o

⁵ Ugovor o osnivanju Evropske zajednice za uglj i čelik, zaključen u Parizu, dana 18. aprila 1951. godina, a stupio na pravnu snagu 23. jula 1952. godina.

osnivanju Evropske zajednice za atomsku energiju (EVROATOM),⁶ Ugovor o osnivanju Evropske ekonomske zajednice,⁷ Jedinštveni evropski akt,⁸ Ugovor o Evropskoj uniji,⁹ Ugovor iz Amsterdama,¹⁰ Ugovor iz Nice¹¹ i Ugovor iz Lisabona.¹²

4. Socijalni *acquis communautaire* Evropske unije i harmonizacija makedonskog radnog zakonodavstva sa evropskim komunitarnim radnim pravom

Evropsko komunitarno radno pravo zadržava kontinentalno radnopravnu tradiciju, koja određuje dve šire oblasti u sferi proučavanja radnih odnosa na osnovu kriterijuma da li oni pripadaju individualnom ili kolektivnom radnom pravu. *Individualno komunitarno radno pravo* predstavlja najrazvijeniji deo evropskog komunitarnog radnog prava. Ipak, određeni instituti koji regulišu bitnu oblast radnih odnosa su izuzeti iz nadležnosti komunitarnih organa. Takvi instituti su: plate i druge materijalne naknade radnika, disciplinska odgovornost radnika, odsustvo sa rada za period državnih praznika, materijalna odgovornost za štetu i prestanak radnog odnosa, odnosno otkazivanje ugovora o radu koji je predmet parcijalnog regulisanja sekundarnog zakonodavstva EU (Lubarda, 2004:177). Argumentum a contrario individualno komunitarno radno pravo reguliše nekoliko aspekata radnih odnosa, između ostalih, možemo navesti: slobodno kretanje radnika, zapošljavanje i fleksibilni oblici zapošljavanja, načelo zabrane diskriminacije,

⁶ Ugovor o osnivanju Evropske zajednice za atomsku energiju (EVROATOM), zaključen u Rimu, dana 25. marta 1957. godine, a stupio na pravnu snagu 1. januara 1958. godine.

⁷ Ugovor o osnivanju Evropske ekonomske zajednice (EEZ), zaključen u Rimu, dana 25. marta 1957. godine, a stupio na pravnu snagu 1. januara 1958. godine.

⁸ Jedinštveni evropski akt, *Sl. glasnik Evropske zajednice br. L 169*, zaključen u Luksemburgu i Hagu, dana 17. februara 1986. i 28. februara 1986. a stupio na pravnu snagu 1. jula 1987. godine.

⁹ Ugovor o Evropskoj uniji, *Sl. glasnik Evropske zajednice br. C 191*, zaključen u Matrihtu, dana 7. februara 1992. godine, a stupio na pravnu snagu 1. novembra 1993. godine.

¹⁰ Ugovor iz Amsterdama, *Sl. glasnik Evropske zajednice br. C/340*, zaključen 2. oktobra 1997. godine, a stupio na pravnu snagu 1. maja 1999. godine.

¹¹ Ugovor iz Nice, *Sl. glasnik Evropske zajednice br. C/80*, zaključen 26. februara 2001. godine, a stupio na pravnu snagu 1. februara 2003. godine.

¹² Ugovor iz Lisabona, *Sl. glasnik Evropske zajednice br. C/306*, zaključen 13. decembra 2007. godine, a stupio na pravnu snagu 1. decembra 2009. godine.

uslovi za rad i zaštitu zdravlja i bezbednosti pri radu, radno vreme, odmor i odsustvo, zaštita dostojanstva zaposlenih na radu i pitanja vezana za reorganizaciju poslodavaca i prava zaposlenih. *Kolektivno komunitarno radno pravo* se nalazi na nižem stepenu institucionalnog razvoja u poređenju sa individualnim komunitarnim radnim pravom. Područje radnog prava koje je u isključivoj nadležnosti komunitarnih institucija je: sloboda udruživanja i pravo na kolektivnu (industrijsku) akciju, kao što su: štrajk i *lok aut* (Lubarda, 2004:305). Trenutno, evropsko kolektivno radno pravo stavlja akcenat na regulisanje participacija zaposlenih u upravljanju društvima.

Razvoj radnog zakonodavstva u Republici Makedoniji možemo pratiti kroz Zakon o radnim odnosima iz 1993. godine¹³ i Zakon o radnim odnosima iz 2005. godine.¹⁴

Zakon o radnim odnosima iz 1993. godine verifikuje vlasnički pluralizam i uspostavlja ugovornu koncepciju na polju radnih odnosa. Zakonom o radnim odnosima iz 2005. godine izvršena je druga kodifikacija u sferi rada. U vreme njegovog donošenja, ovaj Zakon se najavljuje kao revolucionaran i kao rešenje koje je sinhronizovano sa evropskim pravom, kao Zakon koji će odgovarati aktuelnim potrebama tržišta rada i savremenim uslovima prisutnim u evropskom radnom zakonodavstvu (Kalamatiev, 2009: 125). Od momenta njegovog donošenja do danas, Zakon o radnim odnosima pretrpeo je 15 izmena i dopuna, pri tome, deo izmena predstavljao je direktno usaglašavanje sa evropskim direktivama.

Evropske direktive koje su inkorporisane u radno zakonodavstvo Republike Makedonije mogu se klasifikovati prema kriterijumu da li one spadaju u domen individualnih ili kolektivnih radnih odnosa. Najpreglednija ilustracija direktiva koje su harmonizovane sa makedonskim radnim zakonodavstvom jeste ona koja ih klasifikuje na: direktive iz oblasti diskriminacije i jednakog tretmana,¹⁵

¹³ Zakon za rabotni odnosi, („*Sl. vesnik na R Makedonija*“ br. 80/93 od 30.12. 1993. godine).

¹⁴ Zakon za rabotni odnosi, („*Sl. vesnik na R Makedonija*“ br. 62/05 od 28.07.2005. godine).

¹⁵ U okvirima *direktiva iz oblasti diskriminacije i jednakog tretmana* makedonsko radno zakonodavstvo harmonizovano je sa sledećim evropskim direktivama: Direktivom 2000/43/EZ o jednakom tretmanu ljudi bez obzira na rasnu i etničku pripadnost; Direktivom 2000/78/EZ o opštim okvirima za jednaki tretman pri zapošljavanju i izboru zanimanja; Direktivom 2006/54/EZ o implementaciji principa jednakih mogućnosti

direktive iz oblasti zdravlja i bezbednosti pri radu¹⁶ i direktive iz oblasti radnih odnosa uopšte.

Harmonizacija radnog zakonodavstva Republike Makedonije sa direktivama iz oblasti radnih odnosa obuhvata različite aspekte individualnih i kolektivnih radnih odnosa. Harmonizacija u okvirima tzv. *individualnih radnih odnosa* može se ilustrovati kroz sledeće direktive: Direktiva 91/533/EZ o informisanju radnika o uslovima ugovora o radu; Direktiva 94/33/EZ o zaštiti mladih na radnom mestu; Direktiva 96/71/EZ o položaju radnika u okvirima davanja usluga; Direktiva 96/34/EZ o okvirnom ugovoru za roditeljsko odsustvo; Direktiva 1999/70/EZ o okvirnom ugovoru o radu na određeno vreme i Direktiva 2003/88/EZ koja se odnosi na izvesne aspekte organizovanja radnog vremena. Transponiranje odredaba iz oblasti *reorganizacije poslodavaca* (koje obuhvata i individualne i kolektivne aspekte iz radnog odnosa) vrši se preko sledećih propisa: Direktiva 2001/23/EZ o zaštiti prava zaposlenih za slučaj promene vlasništva preduzeća ili njegovih delova i Direktiva 98/59/EZ o kolektivnom otpuštanju. Konačno, harmonizacija propisa kojima se regulišu *kolektivna prava iz radnih odnosa* u makedonskom radnom zakonodavstvu vrši se Direktivom 2002/14/EZ o opštim okvirima o informisanju i konsultovanju zaposlenih u Evropskoj uniji i Direktivom 2009/38 o evropskom radničkom savetu.

Proces harmonizacije i stepen usaglašenosti makedonskog radnog zakonodavstva sa socijalnim „acquis”, razlikuje se od jednog do drugog slučaja, u zavisnosti od sadržine akata koji su predmet harmonizacije i kvaliteta

muškaraca i žena o pitanjima vezanim za zapošljavanje i profesionalno angažovanje; Direktivom 2002/73/EZ o sprovođenju principa jednakog tretmana muškaraca i žena u odnosu na pristup zapošljavanju, stručnoj obuci i unapređivanju radnih odnosa; Direktivom 86/378/EZ o jednakom tretmanu muškaraca i žena u sistemu socijalnog osiguranja pri zapošljavanju; Direktivom 86/613/EZ o primeni principa jednakog tretmana među muškarcima i ženama angažovanim u nekoj aktivnosti, uključujući zemljoradnju, samozapošljavanje i zaštitu samozaposlenih žena za vreme bremenitosti i majčinstva i Direktivom 97/80/EZ o teretu dokazivanja za slučaj polne diskriminacije.

¹⁶ U okvirima *direktiva iz oblasti zdravlja i bezbednosti pri radu* makedonsko radno zakonodavstvo harmonizovano je sa sledećim direktivama: Direktiva 89/391/EZ o uvođenju mera podsticanja i poboljšanja, odnosno bezbednosti i zdravlja radnika i Direktiva 91/383/EZ o dopunjavanju mera za podsticanje i poboljšanje bezbednosti i zdravlja na

njihove implementacije. U tom smislu, analiziraćemo harmonizaciju dve evropske direktive u makedonskom radnom zakonodavstvu. Prva direktiva se odnosi na individualne radne odnose, a druga obuhvata problematiku kolektivnih radnih odnosa.

4.1. Usaglašenost Direktive 91/533/EZ o informisanju radnika o uslovima iz ugovora o radu sa makedonskim radnim zakonodavstvom (primer dobre harmonizacije)

Direktiva 91/533 o informisanju radnika o uslovima iz ugovora o radu¹⁷ predstavlja sekundarni izvor evropskog komunitarnog radnog prava, koji je usmeren ka uspostavljanju određenih formalnih i obavezujućih odredbi u aktima na osnovu kojih se zasniva radni odnos. Osnovni cilj ove direktive je zaštita zaposlenih od mogućnosti zloupotrebe njihovih prava i uvećanje transparentnosti tržišta rada. Otuda, ona služi za informisanje radnika o pravima iz radnog odnosa koja su obavezno inkorporisana u okvire ugovora o radu ili u drugim formama kojima se dokazuje zasnivanje radnog odnosa. Personalni obim direktive odnosi se na sve „plaćene – subordinisane“ radnike, koji su zasnovali radni odnos i kojima sleduje ugovor o radu ili drugi formalni akt, čija namena je informisanje radnika o uslovima iz zasnovanog radnog odnosa. U tom smeru postoje i određeni izuzeci od ove kogentne odredbe, koji se odnose na radnike koji su zasnovali radni odnos na vreme koje nije duže od jednog meseca (određeno radno vreme), radnike koji su zasnovali radni odnos čije nedeljno radno vreme ne prelazi osam radnih časova (marginalno nepotpuno radno vreme), kao i na privremeno zaposlene radnike.¹⁸ Jedna od obaveza poslodavca je da izvesti radnika o suštinskim aspektima ugovora o radu ili radnog odnosa, a to su: strane iz ugovora; mesto rada; vidovi, stepen ili priroda poslova koji će se obavljati (odnosno kratak opis radnih zadataka); datum stupanja na rad; vreme trajanja ugovora o radu na određeno vreme; o plaćenom odmoru i odsustvu; vreme trajanja otkaznog roka u slučaju

radnom mestu radnika zaposlenih na određeno radno vreme ili privremeno zaposlenih, izmenjena i dopunjena Direktivom 2007/30/EZ.

¹⁷ COUNCIL DIRECTIVE of 14 October 1991 on an employer's obligation to inform employees of the conditions applicable to the contract or employment relationship, *Official Journal L 288*, 18/10/1991 P. 0032 - 0035

¹⁸ O ovome vidi: Direktiva 91/533/EZ, član 1. stav 1. i 2.

prestanka radnog odnosa, odnosno otkazivanja ugovora o radu; iznos inicijalne (početne) osnovne plate, ostalih materijalnih naknada i period isplaćivanja; trajanje redovnog radnog vremena; kao i kolektivni ugovori i drugi akti koji se primenjuju na radnika ukoliko postoji potreba.¹⁹ Ugovor o radu može da sadrži upućujuće odredbe u odnosu na odredbe koje se odnose na plaćeni odmor i odsustvo, otkazni rok, plate i radno vreme.²⁰ Nadalje, Direktiva utvrđuje akt kojim poslodavac može da informiše radnike o uslovima iz radnog odnosa, istovremeno navodeći vremenski period u kojem je poslodavac dužan da izvrši svoju obavezu o informisanju. Poslodavac mora da izvesti radnika o uslovima rada najkasnije dva meseca nakon zasnivanja radnog odnosa i to u formi: pismenog ugovora o radu; pisma o angažovanju ili jedanim odnosno više pismenih dokumenata od kojih barem jedan treba da sadrži odredbe koje se odnose na suštinske aspekte radnog odnosa.²¹ Konačno, za ovu prigodu, napominjemo i odredbu kojom se utvrđuje način izmene (modifikovanja) ugovora o radu ili radnog odnosa. U ovom smeru, direktiva utvrđuje obavezu dostavljanja pismenog dokumenta kojim se menjaju bitni – suštinski elementi ugovora o radu.²²

Direktiva 91/533 je harmonizovana sa Zakonom o radnim odnosima. Zakon implicira da ugovor o radu predstavlja pravni odnos zasnivanja radnog odnosa.²³ On utvrđuje i posebnu Glavu (Glava II), koja nosi naslov „Ugovor o zapošljavanju“. Nadalje, Zakon reguliše i formu ugovora o radu, ugovorne strane, ali i sadržinu ugovora o radu.²⁴ Konačno, Zakon o radnim odnosima utvrđuje i institut *izmene ugovora o radu*, koji može da se realizuje aneksom ugovora, koji je potpisan od strane radnika i poslodavca. Ovim institutom se supstituiše institut *raspoređivanja radnika na rad*, koji se tretirao kao jednostrani akt poslodavca i predstavljao recidiv iz prethodnog radnog zakonodavstva.

¹⁹ O ovome vidi: Direktiva 91/533/EZ, član 2. stav 1. i 2.

²⁰ Direktiva 91/533/EZ, član 2. stav 3.

²¹ Direktiva 91/533/EZ, član 3.

²² O ovome vidi: Direktiva 91/533/EZ, član 4.

²³ O ovome vidi: ZRO, član 13. stav 1.

²⁴ O ovome vidi: ZRO, članovi 15, 16. i 28.

Izmene i dopune Zakona o radnim odnosima iz januara 2013. godine²⁵ idu korak napred u produbljivanju određenih aspekata harmonizacije navedenih direktiva sa postojećim radnim zakonodavstvom. U tom smislu, prednjači obaveza za utvrđivanje visine osnovne plate koja se izražava u novčanom iznosu, kao sastavnog dela sadržine ugovora o radu. Osnovni tekst Zakona o radnim odnosima predviđao je više elemenata koji su predstavljali obavezni deo ugovora o radu. Zakon je predviđao da je sastavni element svakog ugovora o radu, *inter alia*, treba da bude i odredba o visini osnovne plate, koja pripada radniku za obavljanje poslova prema zakonu, kolektivnom ugovoru i ugovoru o radu. Praksa je pokazala da ugovori o radu koji sadrže odredbu koja utvrđuje visinu osnovne plate radnika su češće izuzetak nego pravilo.²⁶ Najčešće, ugovori o radu sadrže generalne odredbe u odnosu na regulisanje plata, upućujući na kolektivne ugovore ili opšte akte poslodavca. Ovakva praksa utiče na neinformisanost radnika o osnovnim pravima iz radnih odnosa (pravo na platu) i predstavlja mogućnost zloupotrebe isplate. Otuda, ugovor o radu kao pravni osnov za zasnivanje radnog odnosa ima snagu neposrednog dokumenta preko koga radnici imaju uvid u sopstvena prava i obaveze iz radnog odnosa. U tom smislu, izmene i dopune Zakona o radnim odnosima iz februara 2013. godine predvidele su prevazilaženje ove situacije iz prakse. Zakon o izmenama i dopunama Zakona o radnim odnosima je utvrdio da sastavni deo ugovora o radu treba da bude i odredba *o visini osnovne plate, koja se izražava u novčanom iznosu* koji pripada radniku za vršenje rada prema zakonu, kolektivnom ugovoru i ugovoru o radu.²⁷ Smatramo da ova odredba ima funkciju produbljivanja informisanosti radnika o uslovima iz ugovora o radu, što u krajnjoj liniji znači i produbljivanje harmonizacije Zakona sa Direktivom 91/533/EZ.

Navedene izmene i dopune Zakona sadrže i odredbe koje se odnose na javni oglas za zasnivanje radnog odnosa. Javni oglas za zasnivanje radnog odnosa mora u sebi da sadrži i odrednice kojima se navodi početak i završetak dnevnog i nedeljnog radnog vremena, raspored radnog vremena i novčani

²⁵ Zakon za izmenuvanje i dopolnuvanje na Zakonot za rabotnite odnosi, („*Sl.vesnik na R Makedonija*“ br.25/13 od 19.02.2013. godine)

²⁶ O ovome vidi: osnovni tekst ZRO, član 28. stav 9.

iznos osnovne plate za radno mesto za koje se traži radnik.²⁸ Najkarakterističniji segment od tretiranih odredbi predstavlja obavezu navođenja novčanog iznosa osnovne plate kao sastavnog dela javnog oglasa. Osnovni cilj ove odredbe je povećanje izvesnosti i sigurnosti lica koja se prijavljuju na javni oglas u odnosu na ostvarivanje prava na platu u okvirima radnog odnosa. Ova odredba otvara i druge dileme, kao što su mogućnosti negativnih implikacija objavljivanja iznosa osnovne plate u javnom oglasu. Prva dilema se odnosi na uticaj koji nameće objavljivanje iznosa osnovne plate u odnosu na inicijativu radnika da se prijave na javni oglas za zasnivanje radnog odnosa. Dok druga dilema uspostavlja relaciju između objavljivanja osnovne plate i privlačenja kvalitetnijih kadrova za zasnivanje radnih odnosa. Učesnici oglasa sa boljim kvalifikacijama istovremeno imaju i viša očekivanja u pogledu iznosa svojih plata. Konačno, treća dilema se odnosi na potencijalnu mogućnost narušavanja konkurentskih odnosa između kompanija i koliziju između obaveze objavljivanja novčanog iznosa osnovnih plata u javnom oglasu i prava na utvrđivanje plate kao poslovne tajne.

4.2. Usaglašenost sa Direktivom 2002/14/EZ o opštim okvirima o informisanju i konsultovanju zaposlenih u Evropskoj uniji sa makedonskim radnim zakonodavstvom (primer za nedorečenu harmonizaciju)

U okvirima prava Evropske unije, participacija radnika predstavlja jedan od najfragmentarnijih instituta, koji se disperzuje u više različitih akata. Pored Direktive o opštim okvirima o informisanju i konsultovanju zaposlenih u Evropskoj uniji 2002/14, socijalni *acquis* obuhvata i druge sekundarne izvore.²⁹ Pored njih, komunitarno zakonodavstvo Evropske unije beleži i druge posebne direktive koje instrumentalizuju pravo na informisanje i konsultovanje u specifičnim okolnostima.³⁰

²⁷ Zakon za izmenuvanje i dopolnuvanje na Zakonot za rabotnite odnosi („*Sl.vesnik na R Makedonija*“ br.25/13 od 19.02.2013. godine), član 5.

²⁸ Zakon za izmenuvanje i dopolnuvanje na Zakonot za rabotnite odnosi, član 3.

²⁹ Direktivata o uspostavljanju mera za poboljšanje zdravlja i bezbednosti radnika na radnim mestima (89/391/EZ); Direktivata o evropskim radničkim savetima (2009/38/EZ) i Direktivata o uključivanju radnika u Evropsko društvo (2001/86/EZ).

³⁰ Direktivata o kolektivnim otpuštanjima (98/59/EZ); Direktivata o insolventnosti poslodavaca (80/987/EZ) i Direktivata o prenošenju preduzeća (2001/23/EZ).

U zakonodavstvu, teoriji i praksi zemalja članica EU, postoji više vidova participacije zaposlenih, a to su: radnička participacija vezana za proces rada (*work related participation*); radnička participacija u upravljanju društvima (*board-level participation*); radnička participacija u evropskim društvima, prvenstveno preko tzv. evropskih radničkih saveta (*European - level representation*); radnička participacija u funkciji zdravlja i bezbednosti pri radu (*health and safety at work participation*) i finansijska participacija radnika (*financial participation*) (Kalamatiev, Ristovski, 2012:509). Koncept *radničke participacije u upravljanju društvima* obuhvata predstavnike radnika koji učestvuju u upravnim i nadzornim odborima, ili odborima direktora društava, u zavisnosti od sistema upravljanja predviđenih korporativnim pravima pojedinih zemalja. Predstavnici radnika mogu da budu direktno ili indirektno izabrani od radnika u određenim društvima. *Radnička participacija u evropskim društvima* (prvenstveno preko tzv. evropskih radničkih saveta), generiše pravo na informisanje i konsultovanje radnika na evropskom nivou, u uslovima postojanja transnacionalnih evropskih kompanija koje zapošljavaju radnike iz različitih zemalja članica. Kompanije iz određenih zemalja članica EU već su etablirale sistem transnacionalnog informisanja i konsultovanja još pre usvajanja direktive. Multinacionalne kompanije iz Francuske i Nemačke (BSN, Bull, Elf – Aquitaine, Pechiney, Rhon – Poulenc, Saint Gobain, Thomson, Nestlé, Allianz, Volkswagen, Mercedes – Benz) raspolagale su različitim tipovima ugovornih aranžmana o informisanju i konsultovanju na evropskom nivou, između kojih je dominirao model zajedničkih godišnjih sastanaka uprava sa radnicima o trošku poslodavca (Bernard, 2006:708). U tom smislu, osnovni cilj Direktive o evropskim radničkim savetima 2009/38 jeste omogućavanje radnicima, iz različitih zemalja članica, koji su, saglasno korporativno-pravnoj strukturi, zaposleni kod istog poslodavca, da budu informisani o ključnim delovima politike koja je od značaja za njihov radnopravni status i sigurnost njihovih radnih mesta. *Radnička participacija u funkciji zdravlja i bezbednosti pri radu* predstavlja značajni aspekt upravljanja u odnosu na bezbednost i zdravlje pri radu. Ovaj oblik participacije predstavlja predmet regulisanja i evropskog humanitarnog zakonodavstva. Direktiva 89/391 predstavlja okvirnu direktivu koja reguliše zaštitu radnika pri radu u okvirima EU. Konačno, *finansijska participacija* definiše se kao alternativni oblik standardnog sistema plaćanja, koji omogućava radnicima da učestvuju u

profitu i poslovnom uspehu preduzeća, odnosno poslodavca. Ovaj oblik participacije obuhvata sve modele dopunskog plaćanja (kao dopunu na osnovnu platu iz radnog odnosa) i uključuje varijabilni deo prihoda radnika koji je uslovljen i direktno povezan sa profitom ili ostalim pozitivnim performansama poslodavca.

Osnovni cilj Direktive o opštim okvirima informisanja i konsultovanja radnika u Evropskoj zajednici 2002/14 predstavlja uspostavljanje minimalnih uslova u odnosu na informisanje i konsultovanje radnika u okvirima preduzeća ili trgovačkih društava.³¹ Pri tome, pod pojmom „preduzeće“ podrazumeva se javno ili privatno preduzeće koje izvršava određenu profitabilnu ili neprofitabilnu poslovnu aktivnost. Dok se pojam „trgovačkog društva“ odnosi na poslovne jedinice koje izvršavaju poslovne aktivnosti uključujući ljudske i materijalne resurse.³² Okvirna direktiva o informisanju i konsultovanju 2002/14, obuhvata mehanizme participacija radnika vezanih za proces rada. Ti mehanizmi pretpostavljaju involviranje radnika u poslovnu politiku preduzeća i učestvovanje u sprovođenju određenih odluka koje direktno utiču na radne odnose. Informisanje predstavlja prenos podataka preko kojih poslodavci omogućavaju predstavnicima radnika upoznavanje sa poslovnim informacijama koje su predmet njihovog interesovanja, dok konsultovanje predstavlja razmenu mišljenja i uspostavljanje dijaloga između predstavnika radnika i poslodavaca.³³ Ova odredba Direktive 2002/14 implicira da radnici ostvaruju pravo na informisanje i konsultovanje preko njihovih predstavnika koji mogu da budu pojedinci ili tzv. saveti zaposlenih. Pravo na informisanje i konsultovanje obuhvata više sadržaja, a među njima navodimo: informisanje o aktuelnom i mogućem razvoju ekonomske situacije i poslovnih aktivnosti poslodavca; informisanje i konsultovanje u odnosu na situaciju, strukturu i moguće tendencije u odnosu na zapošljavanje kod poslodavca, kao i sve opasnosti koje mogu da ugroze radni odnos postojećih radnika i informisanje i konsultovanje o odlukama koje mogu da vode ka suštinskim promenama u organizaciji radnika ili ugovornom odnosu između radnika i poslodavca.³⁴

³¹ Direktiva 2002/14, član 1. stav 1.

³² O ovome vidi: Direktiva 2002/14, član 2. stav 1. tačka a) i b)

³³ Direktiva 2002/14, član 2. stav 1. tačka f) i g)

³⁴ O ovome vidi: Direktiva 2002/14, član 4. stav 2.

Zakon o radnim odnosima je delimično usaglašen sa Okvirnom direktivom 2002/14. Zakon predviđa posebnu odredbu (član 94a), koja definiše pojmove *informisanja i konsultovanja* saglasno definiciji koja proizilazi iz direktive. Ipak, osnovna pretpostavka za funkcionisanje ove zakonske odredbe predstavlja uvođenje nekoliko drugih instituta koji definišu više prejudicijalnih pitanja vezanih za prava na informisanje i konsultovanje radnika. To su instituti: definisanje pojma „predstavnik radnika“, odnosno „saveta zaposlenih“; utvrđivanje načina njihovog izbora, njihove funkcije i njihova prava i razgraničavanje njihovog odnosa sa sindikatom čija osnovna nadležnost predstavlja kolektivno pregovaranje i organizovanje štrajka. Umesto pravilnog anticipiranja pravnih praznina koje proizilaze iz prava na informisanje i konsultovanje u radnom zakonodavstvu Republike Makedonije, zakonodavac se odlučio za kozmetičko prenošenje određenih odredbi iz okvirne direktive. U tom smislu, Zakon o radnim odnosima nudi definiciju pojma predstavnika radnika. Pod *predstavnicima radnika* podrazumevaju se predstavnici radnika koji su predviđeni zakonom i zakonima zemalja članica Evropske unije.³⁵ Analizirajući ovu odredbu, možemo utvrditi da je njena sadržina nejasna i neprimenljiva u makedonskom radnom zakonodavstvu. Otuda je zaključak da Republika Makedonija ne predviđa systemske participacije radnika u procesu rada. Radno zakonodavstvo sadrži određene odredbe koje upućuje na mogućnost realizovanja prava na informisanje i konsultovanje radnika, no one nisu dovoljno jasne i obrazložene.

Usaglašavanje makedonskog radnog zakonodavstva sa socijalnim *acquis communautaire* predstavlja nužnu obavezu koja je uslovljena makedonskim evrointegracionim procesom. Otuda, temeljna harmonizacija Direktive 2002/14 o opštim okvirima informisanja i konsultovanja radnika u Evropskoj zajednici ostaje otvorena dilema i izazov za buduće izmene i dopune radnog zakonodavstva Republike Makedonije.

5. Zaključak

Uspostavljanje evropskog socijalnog modela (ESM) i njegovo identifikovanje kao autohtonog socijalnog modela, predstavlja rezultat višegodišnjih

³⁵ Zakon za radničke odnose, član 5. stav 14.

integracija i zajedničkih ekonomskih i socijalnih politika zemalja članica Evropske unije. Evropski socijalni model integriše zajedničke politike industrijskih odnosa evropskih zemalja i zajedničko socijalno zakonodavstvo inkorporisano u socijalni *acquis communautaire*.

Republika Makedonija je zemlja kandidat za članstvo u Evropskoj uniji. Zaključujući ugovor o stabilizaciji i asocijaciji sa Evropskom unijom 2001. godine, Republika Makedonija obavezala se da izvrši harmonizaciju svog zakonodavstva (uključujući i socijalno zakonodavstvo) sa pravom Evropske unije. Otuda, jedan od ključnih razloga za donošenje novog Zakona o radnim odnosima iz 2005. godine bio je potreba za usaglašavanjem makedonskog radnog zakonodavstva sa socijalnim *acquis* Evropske unije.

Harmonizacija radnog zakonodavstva predstavlja dinamičan i kompleksan proces. Dinamičnost može da se prepozna kroz obiman korpus direktiva koje treba transponovati u nacionalnu legislativu, dok kompleksnost proizilazi iz potrebe kvalitetnog adaptiranja tih direktiva u nacionalni pravni poredak.

Usaglašavanje radnog zakonodavstva Republike Makedonije sa evropskim komunitarnim radnim pravom ispunjava kriterijum dinamičnosti, ali se sukobljava sa potrebom za kvalitetnom i upotrebljivom primenom. U tom smislu, analize i direktive koje se obrađuju u ovom radu ukazuju na prednosti i slabosti koje proizilaze iz procesa harmonizacije Zakona o radnim odnosima sa socijalnim *acquis communautaire* Evropske unije.

Literatura

- Barrow. C, (2002). *Industrial Relations Law (Second Edition)*. Cavendish Publishing Limited
- Bagič. D, (2009). *Industrijski odnosi u Hrvatskoj (Društvena integracija ili tržišni sukob)*. TIM press. Zagreb
- Bernard. C, (2006). *EC Employment Law*. Oxford University Press
- Blainpain. R, (2012). *European labour law (Thirteenth Revised Edition)*. Wolters Kluwer
- Bronstein. A, (2009). *International and Comparative Labour Law (Current Challenges)*. Palgrave Macmillan, ILO

European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, (2012). *Industrial relations in Europe*

European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, (2007). *Varieties of flexicurity: reflections on key elements of flexibility and security*. Dublin. March 2007

Fenger. H.J.M, (2007). Welfare regimes in Central and Eastern Europe: Incorporating post-communist countries in a welfare regime typology, Contemporary Issues and Ideas in Social Sciences. August 2007

Giubboni.S., (2006). *Social rights and market freedom in the European Constitution – A Labour law perspective*. Cambridge University Press

Hardy.S and M.Butler, (2011). *European Employment Laws: a comparative guide (second edition)*. Spiramus Press

Jepsen.M and A.S.Pascual, (2005). *The European social model: an exercise in deconstruction*

Kalamatiev.T, (2009). Zakon o radnim odnosima Republike Makedonije – dorpinos procesu harmonizacije radnog zakonodavstva sa pravom Evropske unije. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*

Kalamatiev. T i A. Ristovski, (2012). Participacija radnika u savremenim industrijskim odnosima. *Pravni život* (časopis za pravnu teoriju i praksu). Beograd

Kalamatiev. T i A. Ristovski, (2013). Fleksibilnost i sigurnost radnog odnosa u radnom zakonodavstvu Republike Makedonije (razvoj i perspektiva). *Radno i socijalno pravo*. Beograd

Kenner. J, (2003). *EU Employment Law (From Rome to Amsterdam and Beyond)*. Hart Publishing

Kulušič. J, (2009). *Isplati li se fleksibilnost*. TIM press. Zagreb

Lesnsch. H, (2004). *Trade Union Density in International Comparison*. Institut der deutschen Wirtschaft (IW)

Lubarda. B, (2004). *Evropsko radno pravo*. CIP. Podgorica

Mathieu. C and H. Sterdyniak, (2008). *European social model(s) and Europe*. OFCE. Document de travail. N° 2008-10

Meenan. H, (2007). *Equality Law in an Enlarged European Union (Understanding the Article 13 Directives)*. Cambridge University Press

- O’Leary. Siofra, (2002). *Employment Law at the European Court of Justice (Judicial Structures, Policies and Processes)*. Hart Publishing
- Rogowski. R, (2008). *The European Social Model and Transitional Labour Markets (Law and Policy)*. Ashgate Publishing Limited
- Summers. J and Hyman. J, (2005). *Employee participation and company performance – A review of the literature*. University of Aberdeen
- Tangian. A, (2008). *Towards Consistent Implementation of Flexicurity*. IPSE (Institut de Protection Sociale Européen)
- Visser. J, (). *The Five Pillars of the European Social Model of Labor Relations*
- Vaughan-Whitehead, (2014). *Is Europe Losing Its Soul? The European Social Model in Times of Crisis*. ILO
- Wilhagen. T, (2007). *Flexicurity Pathways, Turning hurdles into stepping stones*
- Wisniewski. J, (2005). Convergence toward the European Social Model? Impact of EU accession on Polish social policy. *Review of European and Russian Affairs*. vol. 1. no. 1

Todor Kalamatiev, LL.D.

Full Professor, Faculty of Law “Iustinianus Primus”,
Univerisity “Stc. Cyril and Methodius”, Skopje

Aleksandar Ristovski, LL.M.

Teaching Assistant, Faculty of Law “Iustinianus Primus”,
Univerisity “Stc. Cyril and Methodius”, Skopje

**European Social Model and the Harmonization of Macedonian Labour
Legislation with the European Union Community Labour Law**

Summary

The European integration process accompanied by the harmonization of the EU member states’ legislation will inevitably lead to the establishment of a European social model which has a “sui generis” legal nature. European social model forms a part of the common legal heritage of the European countries and it can be defined as a system of values that include democracy and individual rights, free collective bargaining, market economy, equal opportunities for all, and social protection and solidarity.

Subject of analysis in this paper are both, the essential components of the European social model such as: the social “acquis communautaire” and the European industrial relations. The social “acquis communautaire” is an integral part of the general “acquis communautaire” and it encompasses the regulations arising from the primary and secondary labour law legislation of the EU, decisions of the European Court of Justice and other legal measures of the European Union with a binding or non-binding legal nature. European industrial relations encompass the key features of the European trade union models as well as the types of social dialogue in different EU member states.

This paper pays attention to a profound elaboration of the harmonization of two EU labour law directives with the Macedonian employment legislation. The first Directive (Directive 91/533/EEC of 14 October 1991 on an employers’ obligation to inform employees of the conditions applicable to the contract or employment relationship) may be classified in the field of individual employment relations, while the second one (Directive 2002/14/EC of 11 March 2002 establishing a general framework for informing and consulting employees in the European Community) can be subsumed within the field of collective employment relations.

Finally, the authors illustrate the advantages and disadvantages of the Macedonian labour legislation in the process of harmonization with the relevant EU directives, indicating the possible areas for improvement of the quality of the labour regulations governing the individual and collective employment relations.

Key words: European social model (ESM), European industrial relations, social “acquis communautaire”, European union community labour law.

Dr Željko Mirjanić,*

Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Banjoj Luci

UDK: 349.3(497.11:4-672EU)

Rad primljen: 01.09.2014.

Rad prihvaćen: 01.12.2014.

ZNAČAJ SOCIJALNOG DIJALOGA U PROCESU USKLAĐIVANJA DOMAĆEG PRAVA SA PRAVOM EVROPSKE UNIJE

Apstrakt: U radu je analiziran značaj socijalnog dijaloga kao načina usklađivanja domaćeg (radnog) prava zemlje sa pravom Evropske unije, kao zahtjeva koji EU postavlja zemljama u procesu evropske integracije i kao dijalog između socijalnih partnera koji učestvuju u postizanju socijalnog konsenzusa.

Ključne reči: socijalni dijalog, socijalni partneri, evropska integracija.

1. Uvod

Usklađivanje domaćeg prava sa pravom Evropske unije (u daljem tekst: EU) je aktuelno normativno, a posebno zakonodavno pitanje za države učesnice u procesu evropske integracije.¹ Države u regionu kao kandidati za prijem u članstvo EU i Bosna i Hercegovina (u daljem tekstu: BiH) koja nastoji steći taj status, pojedinačnim sporazumima sa EU preuzele su obavezu usklađivanja domaćeg prava sa pravom Unije. Kao države sa (ne)dovršenim procesom tranzicije društva, one nastoje da završe proces tranzicije domaćeg prava tako što će pravni sistem uskladiti sa pravom EU i pojedinih njenih članica. Istorijsko-pravni metod pokazuje da globalne promjene društvenog poretka, kao što je tranzicija iz jednog u drugi poredak i tranzicija unutar samog

*zemirjanic@gmail.com

¹ Evropske integracije obuhvataju proces političke, pravne i ekonomske integracije pod kojim se u pravilu, podrazumjeva integracija u Evropsku uniju, u Savjet Evrope, u druge organizacije, kao što je Organizacija za evropsku bezbjednost i saradnju (OEBS) i razne regionalne inicijative.

poretka, započinju u razvijenim zemljama koje imaju vodeću ulogu u međunarodnim odnosima. Promjene u drugim zemljama nezavisno od karaktera promjena, ne mogu objektivno imati globalni značaj (Mirjanić, 2012: 4).

Obaveza usaglašavanja domaćeg prava se nastavlja i poslije prijema u članstvo budući da se pravo EU neprestano razvija. Država članica je dužna da u potpunosti usvoji i primjenjuje pravne tekovine EU (*acquis communautaire*). Usklađivanje prava predstavlja neprekidan, organizovani, programirani, koordinisani proces u kome pored institucija vlasti učestvuju drugi važni subjekti u političkom, ekonomskom i pravnom poretku. Iskustvo novih država članica EU pokazuje da je neizbježan konstruktivni društveni dijalog usmjeren na kompromis između subjekata koji podržavaju proces evropske integracije i subjekata koji mu se protive. Dinamika i obim usklađivanja prava objektivno zavise od mogućnosti pojedine države da se približi stepenu ekonomskog i socijalnog razvoja EU, a subjektivno zavisi od kapaciteta institucija vlasti i društvenih partnera da prema dostignutom stepenu razvoja kreiraju promjene određenih grana prava.

U ovoj kratkoj sociološko-pravnoj analizi se pod usklađivanjem domaćeg prava sa pravom EU podrazumijeva promjena pravnog poretka kroz promjene (reformu) određenih grana prava, posebno radnog i socijalnog prava, a u cilju ispunjenja uslova za prijem u članstvo. Usklađivanje domaćeg prava se posmatra kao dugogodišnji proces u kome se postepeno i djelimično obavlja prenošenje, primjena i sprovođenje komunitarnog prava i odabranih normativnih pravila pojedinih država članica EU, a zavisno od posebnih obilježja domaćeg pravnog poretka i pravne tradicije. Prilikom izrade i donošenja zakona koji imaju za cilj usklađivanje prava, stvaraoci zakona proučavaju pravo EU i zakone u njenim članicama i traže rešenja koja odgovaraju domaćim pravnim, ekonomskim, socijalnim i drugim društvenim okolnostima i kapacitetu institucija vlasti.

Usklađivanje radnog prava sa odgovarajućim pravom EU jeste pitanje kojim se pored institucija vlasti bave socijalni partneri što podrazumijeva i socijalni dijalog kao način postizanja socijalnog kompromisa, uspostavljanja i čuvanja socijalnog mira. Polazi se od teze da uspješnost usklađivanja domaćeg radnog

prava zavisi od kapaciteta i volje socijalnih partnera i institucija vlasti da vode dijalog u oblasti ekonomske i socijalne politike, radnog i socijalnog zakonodavstva, ali i van tog okvira. Razvoj i unapređenje socijalnog dijaloga, odnosno drugih oblika partnerstva neposredno utiče na donošenje i primjenu radnog zakonodavstva i zaključivanje kolektivnih ugovora, odnosno drugih pretpostavki za ispunjavanje obaveza u procesu evropske integracije. U oblasti radnog i socijalnog prava u tom procesu reprezentativni socijalni partneri neizbježno učestvuju u okviru institucionalnog tripartitnog socijalnog dijaloga, ali i van njega zajedno sa drugim predstavnicima radnika i poslodavaca i predstavnicima drugih društvenih grupa. Proširenje socijalnog dijaloga na sindikate i udruženja poslodavaca izvan Ekonomsko-socijalnog savjeta, udruženja građana, predstavnika nevladinog sektora i civilnog društva, predstavlja izazov za učesnike u tripartitnom institucionalnom dijalogu.

Socijalni dijalog je neophodan za radnike i poslodavce, ali i za društvenu zajednicu. U zemljama koje su prošle ili još uvijek prolaze neoliberalnu tranziciju i uporedo s tim učestvuju u procesu evropske integracije, razvoj socijalnog dijaloga slijedi razvoj društvenog dijaloga i promjene u oblasti rada u procesu harmonizacije prava. U tom vremenu se pred radno zakonodavstvo postavlja pitanje kako obezbijediti garancije za primjenu ekonomsko-socijalnih prava i voditi procese putem kojih će se ovi principi i prava ostvarivati (Mirjanić, 2009: 105). Socijalni dijalog se može posmatrati uporedo, kao proces u kome partneri učestvuju u rješavanju konkretnih pitanja koja ne utiču na promjenu poretka, ali i kao dugotrajni kontinuirani proces u kome partneri utiču na postepene promjene poretka.

Evropska unija je prepoznala značaj socijalnog dijaloga. Tako se u Izvještaju o industrijskim odnosima koji je usvojila Evropska komisija 2011. navodi da snažan socijalni dijalog i veza između socijalnih partnera omogućavaju uspješno provođenje strategije EU 'Evropa 2020' koja vodi održivom rastu. Izvještaj za 2012. godinu podvlači značaj adekvatnog socijalnog dijaloga, posebno kolektivnog pregovaranja u prevazilaženju krize.² Nezavisno od toga u kojoj se fazi procesa evropske integracije nalazi pojedina zemlja, na razvoj socijalnog dijaloga povoljno utiče to što je ideja socijalnog partnerstva

² European Commission, Industrial relations in Europe 2012 – report, str. 15

razvijena kao sastavni dio evropskog socijalnog modela, a koji omogućava da predstavnici poslodavaca i radnika mogu dati aktivan doprinos u izradi evropske socijalne politike (Ugovor o funkcionisanju Evropske unije, članovi 151. do 156). Cilj socijalnog dijaloga je poboljšati upravljanje uključivanjem socijalnih partnera u postupak donošenja odluka i njihove primjene. Sindikati i poslodavci su upućeni da mjere, koje treba preduzeti u okviru ekonomske i socijalne politike, određuju kroz socijalni dijalog i međusobno uvažavanje (Mirjanić, 2013: 575).

Vrijednosti socijalnog dijaloga ističe i Međunarodna organizacija rada (u daljem tekstu: MOR). U Deklaraciji o socijalnoj pravdi, u cilju pravedne globalizacije, socijalni dijalog i tripartizam su definisani kao jedan od četiri strateška cilja MOR-a. Unapređenje socijalnog dijaloga i tripartizma se definišu kao najdosljedniji metod za: prilagođavanje primjene strateških ciljeva potrebama i okolnostima u svakoj zemlji posebno; pretvaranje ekonomskog razvoja u društveni napredak, a društvenog napretka u ekonomski razvoj; lakše postizanje konsenzusa o relevantnim nacionalnim i međunarodnim politikama koje utiču na strategije i programe zapošljavanja i ostvarenja pristojnog rada; i djelotvornost radnog zakonodavstva i institucija, kao i u pogledu priznavanja radnog odnosa, razvoja dobrih radnih (industrijskih) odnosa, i izgradnje uspješnih sistema inspekcija rada.³

Evropsko radno pravo ima karakter regionalnog međunarodnog radnog prava, jer se njegov teritorijalni domen važenja ograničava na države članice Evropske unije – Evropsko komunitarno radno pravo – EEA), odnosno na države članice Savjeta Evrope – Evropsko nekomunitarno radno pravo. No, bez obzira na uži teritorijalni domen važenja evropskog radnog prava u odnosu na univerzalno međunarodno radno pravo, treba istaći da je evropsko radno pravo umnogome inspirisano univerzalnim međunarodnim radnim pravom (Lubarda, 2004: 21).

³ Deklaracija MOR-a o socijalnoj pravdi u cilju pravedne globalizacije (*ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization*), usvojena 2008. godine.

2. Usklađivanje radnog prava sa pravom EU i zakonodavna djelatnost

Proces usklađivanja radnog prava Republike Srpske sa međunarodnim i evropskim standardima rada je počeo prije potpisivanja Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između EU i BiH.⁴ U okviru nadziranog procesa primjene Dejtonskog sporazuma, zaključenog 1995. godine, usljed primarnog uticaja institucija i predstavnika EU, započela je harmonizacija radnog i socijalnog zakonodavstva. Istraživački projekti organizovani i finansirani od strane EU imali su karakter postepenog ispunjavanja obaveza koje će biti predviđene kasnije zaključenim Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju. U tim uslovima Vlada Republike Srpske je donijela Odluku o postupku i načinu usklađivanja zakonodavstva Republike Srpske sa zakonodavstvom Evropske unije (*acquis communautaire*)⁵ i utvrdila postupak i način pripreme nacрта i prijedloga zakona i podzakonskih akata kojima se vrši usklađivanje zakonodavstva Republike Srpske sa zakonodavstvom Evropske unije.⁶

Sprovođenje Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju se zasniva na koordinaciji institucija u BiH prema ustavnoj podjeli nadležnosti po kojoj Republici Srpskoj pripada nadležnost za donošenje zakona iz oblasti radnog i socijalnog prava. Usklađivanje radnog zakonodavstva Republike Srpske sa odgovarajućim pravom EU predstavlja *conditio sine qua non* u ispunjavanju obaveza preuzetih ovim sporazumom. Za usklađivanje je važna činjenica da su potpisivanjem ovog sporazuma preuzete određene obaveze u ovoj oblasti, kao što su: obezbjeđenje uslova zaposlenja i rada državljanima druge ugovorne strane na način koji ne smije biti diskriminatorski u odnosu na vlastite državljane (načelo zabrane diskriminacije na osnovu državljanstva) (čl. 47–49.

⁴ Proces stabilizacije i pridruživanja je institucionalni okvir dugoročne politike EU prema zemljama zapadnog Balkana, a Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju sadrži program reformi koje je država dužna da sprovede. Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između BiH i EU je potpisan 2008. godine.

⁵ Odluka o postupku i načinu usklađivanja zakonodavstva Republike Srpske sa zakonodavstvom Evropske unije (*acquis communautaire*), "Službeni glasnik Republike Srpske", broj 81/07

⁶ Pomenuta odluka zamijenjena je Odlukom o postupku usklađivanja zakonodavstva Republike Srpske sa pravnom tekovinom Evropske unije i pravnim aktima Savjeta Evrope („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 46/11, 1/14)

SSP); postepeno usklađivanje zakonodavstva u BiH sa pravnom tekovinom EU u oblasti uslova rada, zdravlja i sigurnosti na radu (član 77); razvoj saradnje ugovornih strana u cilju jačanja vladavine prava i institucija na svim nivoima uprave, a naročito u provođenju zakona i izvršavanju sudskih presuda; obezbjeđenje nezavisnosti sudstva i razvoj odgovarajućih struktura policijskih, carinskih i drugih organa za provođenje zakona (čl. 78. SSP).

Usklađivanje radnog prava, kao i drugih grana prava, prati niz problema, od kojih se po značaju u zakonodavnoj djelatnosti mogu izdvojiti problemi vezani za formulisanje zakonodavne politike, upravljanje procesom usklađivanja i izradu zakona kojim se vrši usklađivanje. Problemi u procesu izrade zakona potiču od toga što u pravilu, izrada zakona počinje prije nego što je strateškim dokumentima formulisana zakonodavna politika za određene oblasti ili se ona formuliše tek u toku izrade zakona i to tako da se odnosi samo na pitanja koja su obuhvaćena novim zakonom ili izmjenama i dopunama važećeg zakona. U tom slučaju zakonopisac, u cilju ispunjavanja obaveza preuzetih u procesu evropske integracije, nastoji da utvrdi da li je moguće unošenje određenih odredaba prava EU u domaće pravo, kao i da li su akti prema kojima se vrši usklađivanje i sami predmet izmjena i/ili dopuna u EU u vrijeme iz-ra-de i donošenja zakona ili drugog propisa. Pored toga, dešava se da evropske organizacije podstiču ili finansiraju projekte da bi inicirale izradu i donošenje određenih zakona, uključujući zakone iz radnog i socijalnog prava, te se stoga izrada zakona poistovjećuje sa projektom. Pojedini ciljevi u ovim projektima mogu biti suprotni ciljevima utvrđenim u strateškim dokumentima. Usklađivanje prava bez strateških dokumenata za konkretne oblasti ili na drugi način prethodno formulisane zakonodavne politike može dovesti do narušavanja društvenih interesa ili do odstupanja od okvira za usklađivanje domaćeg prava sa pravom EU, koji čine opšti principi kao što su: demokratija, vladavina prava, tržišna ekonomija, zaštita ljudskih prava. Pored prethodnog definisanja zakonodavne politike, za izbjegavanje improvizacije u zakonodavnoj djelatnosti je važna ocjena o usklađenosti nacrtu i prijedloga zakona sa propisima EU. Nadležno ministarstvo daje ocjenu da li je zakon usklađen ili djelimično usklađen, odnosno neusklađen sa određenim propisima EU. Ova obaveza Vlade kao ovlašćenog predlagača za donošenje zakona uređena je Pravilima za izradu zakona i drugih propisa, a u dijelu koji se odnosi

na pisanje obrazloženja nacrtu i prijedloga zakona.⁷ U pitanju je objašnjenje razloga za unošnje ili neunošenje u odgovarajuće zakone pravila sadržanih u primarnim i sekundarnim izvorima prava EU i obima izvršavanja obaveza preuzetih Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju.

Kod formulisanja zakonodavne politike koja se odnosi na usklađivanje radnog prava dominiraju zahtjevi da se obezbijedi da zakoni budu u skladu sa standardima, propisima i praksom EU i konvencijama i preporukama MOR-a, kao i da budu prihvatljivi za subjekte radnih odnosa. U tom procesu, pored interakcije državnih organa sa institucijama EU, važna je i interakcija među organima vlasti, interakcija između institucija vlasti i partnera u okviru tripartitnog socijalnog dijaloga, ali i drugih oblika socijalnog dijaloga.

Za pristup usklađivanju radnog prava je značajno opredjeljenje EU da unapređuje skladan i uravnotežen privredni razvoj, visok nivo zaposlenosti i socijalne zaštite, da podiže nivo i kvalitet života, jača privrednu i društvenu povezanost i solidarnost među državama članicama. U okviru tog pristupa se mogu posmatrati pitanja postavljena u socijalnom dijalogu posvećenom donošenju novog Zakona o radu i drugih zakona iz oblasti radnog zakonodavstva, a od kojih se po značaju za socijalne partnere mogu izdvojiti sljedeća pitanja: stalnost radnog odnosa i trajanje ugovora o radu; upućivanje radnika na rad kod drugog poslodavca; određivanje zarade i minimalne zarade u kolektivnom ugovoru, uticaj statusne promjene poslodavca na radnopravnu sigurnost radnika; zaštita zaposlenih u slučaju pokretanja stečajnog postupka; slučajevi otkaza ugovora o radu od strane poslodavca; vrste i trajanje kolektivnih ugovora; kriterijumi za utvrđivanje reprezentativnosti sindikata i udruženja poslodavaca; kaznene odredbe kod nezakonitog štrajka; trajanje i isplata naknade za vrijeme porodiljskog i drugih oblika plaćenog odsustva, obaveza isplate i visina otpremnine radniku kome je prestao radni odnos. U osnovi različitih i suprotstavljenih stavova socijalnih partnera jeste problem njihovog dogovora o podjeli socijalnog tereta u nastavku procesa reformi, u prevladavanju posljedica ekonomske i socijalne krize, a koji je važan za donošenje i primjenu zakona. Problemi u primjeni zakona stvorenih bez

⁷ Pravila za izradu zakona i drugih propisa Republike Srpske («Sl. glasnik Republike Srpske, br. 24/14), čl. 41 i 46.

socijalnog dijaloga, pokazuju da je dijalog važan i da se ne može izostaviti. Isto pokazuju problemi u primjeni zakona napisanih samo ili pretežno primjenom uporednopravnog metoda, uz zanemarivanje sociološkog i politikološkog metoda i bez analize ekonomskih, socijalnih i drugih okolnosti. U pitanju su zakoni čije se odredbe primjenjuju djelimično, koji su više puta mijenjani ili su zamijenjeni novim zakonom u kratkom vremenu, za čiju primjenu institucije vlasti i socijalni partneri nisu pripremljeni ili postoje drugi razlozi koji dovode do "sukoba između normativnog i stvarnog" (Mirjanić, 2013: 573).

3. Usklađivanje radnog prava sa pravom EU i socijalni dijalog

Najvažniji oblik demokratskog uticaja sindikata i poslodavaca na institucije vlasti jeste aktivno učešće u socijalnom dijalogu kao dijelu zakonodavnog procesa i učešće u zakonodavnom postupku u fazi javne ili stručne rasprave o nacrtu zakona. Za razliku od učešća sindikata i udruženja poslodavaca, drugi učesnici u zakonodavnom procesu se mijenjaju prema tome da li se zakon donosi za oblast kojom se bavi pojedino udruženje građana ili druga organizacija ili se primjenjuje na članove pojedinog udruženja i u kojoj mjeri ono može da predstavi i zaštititi interese građana na koje se zakon primjenjuje.⁸

Značaj socijalnog dijaloga u procesu usklađivanja domaćeg prava sa pravom EU pokazuje se kroz pitanja razvijenosti institucionalnog tripartitnog dijaloga, razvoja socijalnog dijaloga kao zahtjeva koji se postavlja pred zemlje u procesu evropske integracije i načina usklađivanja radnog prava. Autentično zastupanje radnika i poslodavaca u cilju zaštite njihovih prava i interesa predstavlja osnovni razlog za aktivno učešće socijalnih partnera u procesu usklađivanja prava, kako u oblasti radnog i socijalnog prava tako i u drugim granama prava

⁸ Pomenuta udruženja su pored članova Ekonomsko-socijalnog savjeta uticala na sadržaj odredbi Zakona o penzijsko-invalidskom osiguranju u Republici Srpskoj donijetog 2011. godine u toku krize. Socijalna kriza je uvećala pritisak članova ovih organizacija na institucije vlasti, tako da je usvojeni tekst zakona različit u odnosu na prijedlog zakona usljed kompromisa učesnika u socijalnom dijalogu. Pod uticajem sindikata i udruženja poslodavaca zadržani su isti uslovi za sticanje starosne penzije koji se odnose na godine života i godine penzijskog staža, pod uticajem udruženja penzionera uređena je obaveza godišnjeg usklađivanja penzija sa promjenom troškova života i promjenom visine prosječne plate u Republici, a pod uticajem udruženja boraca uređeno je finansiranje iz republičkog budžeta prava stečenih po osnovu posebnog staža (Mirjanić, 2013: 31).

značajnim za njihova prava i interese. Proces usklađivanja radnog prava u cilju dostizanja evropskih standarda u oblasti rada i radnog prava po prirodi radnih odnosa uključuje socijalni dijalog. Od obima i dometa socijalnog dijaloga u značajnoj meri zavisi donošenje i sadržaj radnog zakonodavstva i u kojoj mjeri će novi zakoni biti u funkciji postepenog usklađivanja prava u procesu evropske integracije. U pitanju je socijalni dijalog čiji su predmet pitanja vezana za primjenu Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju. U tom okviru se u toku aktuelne faze razvoja radnog zakonodavstva postavlja niz pitanja, od kojih se kao najvažniji predmet socijalnog dijaloga mogu izdvojiti: zahtjevi i nastojanja sindikata da se ne ukidaju ili ograničavaju postojeća prava radnika i zahtjevi i nastojanja poslodavaca da se ograniče prava radnika, kao što su, na primjer, zahtjevi za većom fleksibilnosti kod zapošljavanja, povećanjem konkurencije za radno mjesto, lakše otpuštanje radnika koji su ekonomski ili drugi višak, smanjivanje isplata za minuli rad.⁹ Socijalni dijalog je uslovljen karakterom društvenih i ekonomskih odnosa u kojima se međusobno nalaze radnici i poslodavci i sadrži klasne elemente koji utiču na zahtjeve socijalnih partnera. Otuda stalno nastojanje sindikata da se zaštite prava i interesi radnika, kao što su uslovi rada, plata i naknada plate, radnopravna sigurnost i zahtjevi udruženja poslodavca da se zaštita prava i interesi vlasnika kapitala koji se odnose na investicije i profit. Sindikat se bori za očuvanje dostignutog nivoa prava i zaštite prava radnika i nezaposlenih lica ako već nije moguće donošenje pravnih propisa koji će poboljšati prava tih lica i omogućiti efikasnije ostvarivanje i zaštitu tih prava. Poslodavci se bore za povećanje konkurentnosti na tržištu, uvećanje profita i brži obrt kapitala (Mirjanić, 2013: 26). Socijalni dijalog omogućava socijalnim partnerima realizaciju ciljeva kako u kolektivnim radnim odnosima, ekonomskoj i socijalnoj politici, tako i,

⁹ Djelovanje članova Ekonomsko-socijalnog savjeta Republike Srpske pokazuje da su u osnovi tih pitanja razlike o konkretnim pitanjima o tome kako zadržati: da se ugovor o radu na neodređeno vrijeme zadrži kao pravilo, da zaposleni koji je zaključio ugovor o radu na određeno vrijeme ima ista prava, obaveze i odgovornosti iz rada, kao i zaposleni koji je zaključio ugovor o radu na neodređeno vrijeme, da je poslodavac dužan da isplati otpremninu koja ne može biti niža od iznosa predviđenog sadašnjim propisima, a da se kolektivnim ugovorom može utvrditi veći iznos. Pitanje trajanja porodiljskog odsustva zbog nepovoljne demografske tendencije zaslužuje posebnu pažnju i traži da se zadrži sadašnje rješenje da za vrijeme trudnoće, porođaja i njege djeteta, zaposlena žena ima pravo na

uporedo, realizaciju dugoročnih ciljeva društvenih grupa koje predstavljaju. Dugoročni ciljevi kod sindikata se odnose na uspostavljanje društva u kome se poštuje vrijednost socijalne pravde i gradi socijalna harmonija, a kod poslodavaca se odnose na veći obim učešća na domaćem i stranom tržištu i veći profit.

Granice socijalnog dijaloga ne mogu se ograničiti na prava i interese radnika u radnim odnosima, već ponekad obuhvataju druga pitanja koja su van užeg predmeta dijaloga predviđenog zakonskim propisima. Uloga i djelokrug rada Ekonomsko-socijalnog savjeta određeni su posebnim zakonom nabrajanjem poslova različitog značaja, u rasponu od učešća u procesu donošenja zakona i drugih opštih pravnih akata (savjet razmatra i daje mišljenja na nacрте i prijedloge zakona i ostale propise od značaja za ekonomski i socijalni status i položaj zaposlenih i poslodavaca), preko zauzimanja stavova o pitanjima: razvoja i unapređivanja kolektivnog pregovaranja; uticaja ekonomske politike na socijalni razvoj i stabilnost politike zapošljavanja; zarada i cijena; konkurencije i produktivnosti; privatizacije i drugih pitanja strukturnog prilagođavanja; zaštite radne i životne sredine; obrazovanja i profesionalne obuke; zdravstvene i socijalne zaštite i sigurnosti; demografskih kretanja; ostvarivanja i unapređivanja ekonomske i socijalne politike.¹⁰ Od navedenih poslova Ekonomsko-socijalnog savjeta, najvažniji su dijalog i konsenzus o nacrtima i prijedlozima zakona i godišnjoj projekciji ekonomske i socijalne politike koja prati donošenje republičkog budžeta. Formalne zakonske pretpostavke kojima su utvrđeni osnov i okvir socijalnog dijaloga polaze od definicije Međunarodne organizacije rada (MOR) po kojoj socijalni dijalog uključuje sve oblike pregovora, konsultacija ili razmjene informacija između predstavnika vlade, poslodavaca i radnika o temama od zajedničkog interesa u vezi s ekonomskom i socijalnom politikom. Pored uređenog institucionalnog tripartitnog socijalnog dijaloga, formalno su mogući i drugi oblici socijalnog dijaloga: u obliku tripartitnog ili bipartitnog dijaloga, kao neformalni ili

odsustvo u trajanju od jedne godine, kao i da otac djeteta može da koristi ovo pravo u slučaju kad to ne može majka djeteta.

¹⁰ Djelovanje savjeta je uređeno donošenjem Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o radu. Poseban Zakon o Ekonomsko-socijalnom savjetu donijet je 2008. godine ("Službeni glasnik Republike Srpske" broj 110/08).

institucionalizovani i njihova kombinacija, na republičkom i na nivou jedinice lokalne samouprave, na nivou preduzeća, kao međusektorski, sektorski ili njihova kombinacija, ali se u praksi dijalog svodi na funkcionisanje Ekonomsko-socijalnog savjeta. Zastoj ili blokada funkcionisanja ovog savjeta iz razloga što se njegovi članovi ne mogu dogovoriti oko određenih pitanja ili što nisu spremni ili voljni da učestvuju u institucionalizovanom dijalogu, povlači prekid socijalnog dijaloga ili ga svodi samo na monolog.¹¹ I pored toga, nije sporna pretpostavka da će tok razvoja socijalnog dijaloga kod nas, a posebno u oblasti usklađivanja radnog prava sa pravom EU slijediti tok razvoja socijalnog dijaloga u EU.

Tok razvoja socijalnog dijaloga u EU pokazuje može se koristiti kao pretpostavka kako će teći razvoj socijalnog dijaloga u zemljama uključenim u proces evropske integracije.¹² Socijalnom dijalogu u zemljama EU u početku je pripadala savjetodavna uloga, da bi se tokom vremena uloga mijenjala ka socijalnom dijalogu kao načinu upravljanja društvenim poslovima. Socijalni dijalog sada vodi do institucionalnih dogovora kojima su socijalni partneri uključeni u oblikovanje javnih politika i odlučivanje, pored procedure koja omogućava neposredni dijalog i pregovore između socijalnih partnera (Mirjanić, 2013: 575). Značaj tripartizma ogleda se u činjenici da se odgovarajućim oblicima tripartitne saradnje i dijaloga državi pomaže da ne ostane usamljena u vođenju politike u navedenim oblastima, s obzirom na to da u uslovima tripartitne saradnje i socijalni partneri preuzimaju dio odgovornosti za uspješnost njenog vođenja, što je ključni preduslov za razvoj i dalje jačanje industrijske demokratije, koja je u interesu svih (Kulić, 2007: 93).

¹¹ Osnovni problem u funkcionisanja savjeta jeste nemogućnost postizanja saglasnosti o donošenju novog Zakona o radu i donošenju Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu. Svi relevantni akti dostupni na: internet stranicama www.savezsindikatars.org i www.unijauprs.org.

¹² Evropska Komisija je u izvještaju o odnosima poslodavaca i radnika u Evropi 2010. godine potvrdila da su u prevladavanju krize najuspješnije bile države članice u kojima je socijalno partnerstvo najsnažnije. Evropski parlament je u rezoluciji o zapošljavanju i socijalnim aspektima Godišnjeg pregleda rasta za 2013. naglasio važnost socijalnog dijaloga i pozvao na to da se reforme tržišta rada temelje na ojačanoj koordinaciji socijalnog dijaloga na nivou EU. Evropski parlament stao je na stajalište da je socijalni dijalog ključni element tradicija država članica i podržava razvoj socijalnog dijaloga. Ugovorom iz Lisabona uvedeno je pravo Evropskog parlamenta da bude obaviješten o primjeni kolektivnih ugovora zaključenih na nivou Unije (član 155. UFEU-a).

Vlada zajedno sa socijalnim partnerima i predstavnicima osjetljivih grupa i nezaposlenih lica treba odrediti razvoj zapošljavanja i socijalni razvoj zemlje. Kroz dijalog, oni zajedno moraju odlučiti hoće li zemlja ubrzati svoj razvoj u skladu sa Lisabonskom strategijom EU i Planom za rad dostojan čovjeka (MOR) kako bi ostvarila trostruki cilj: potpunu i pristojnu zaposlenost, visoku produktivnost radne snage i socijalnu koherentnost i uključenost ili hoće i dalje biti predvođena uglavnom ekonomskim ciljevima (Cazes, Nesporova, 2007: 254).

Za sindikat i udruženje poslodavaca predstavlja izazov da pored ostvarivanja svoje uloge u zaštiti interesa i prava radnika ili poslodavaca, učestvuju u kreiranju društvenih odnosa i definisanju ciljeva i politike razvoja društvene zajednice. U tom procesu socijalni partneri uspostavljaju odnose sa političkim strankama, drugim političkim organizacijama, udruženjima građana i drugim nevladinim organizacijama. Dijalog socijalnih partnera može biti dio tranzicije i dijaloga o promjeni poretka tako što će se socijalni partneri pojaviti kao subjekti šireg društvenog dijaloga u kome im pripada značajno mjesto, tako da pređu granice svoje uloge u industrijskim odnosima. U tom procesu predmet dijaloga nije određen radnim i socijalnim zakonodavstvom i autonomnim pravom i obuhvata druga pitanja koja se tiču ekonomskog, socijalnog, pravnog i ukupnog društvenog položaja radnika i poslodavaca. Dijalog između društvenih grupa koje imaju različite i suprotstavljene interese i pozicije nije sam za sebe dovoljan za tranziciju sistema, budući da ključne odluke za tranziciju donose institucije vlasti na ustavom propisan način (Mirjanić, 2012: 5, 6).

Razumijevanje i poštovanje uloge institucija vlasti i partnera u procesu demokratskog odlučivanja predstavlja važan izazov za učešće socijalnih partnera u zakonodavnom procesu i dijalog sa institucijama vlasti. Socijalni dijalog u procesu donošenja zakona zasniva se na istim ili sličnim pretpostavkama kao i proces stvaranja prava: traži se da partneri poznaju ekonomsku, socijalnu ili drugu posebnu politiku, da razumiju ekonomske, socijalne i druge društvene probleme, da poštuju demokratske procedure i nadležnost institucija vlasti. To su osnovne pretpostavke da se odredi domet i obim socijalnog dijaloga: da li dijalog obuhvata pitanja važna samo za pojedine društvene grupe ili za cijelu društvenu zajednicu, da li u dijalogu učestvuju

samo predstavnici izvršne vlasti ili obuhvata i predstavnike zakonodavne vlasti; da li učestvuju samo članovi Ekonomsko-socijalnog savjeta ili učestvuju i drugi partneri, itd. Odlučivanje o karakteru ekonomskog i socijalnog sistema pripada zakonodavnoj vlasti koja u propisanom postupku samostalno donosi i mijenja ustav i zakone (Mirjanić, 2013: 31).

Analiza ciljeva i uloge Ekonomsko-socijalnog savjeta kao tripartitnog tijela namijenjenog za vođenje socijalnog dijaloga i partnerstva pokazuje da socijalno partnerstvo ima ograničen obim i domet uticaja i ne može zamijeniti druge oblike partnerstva i društvenog dijaloga u procesu promjene društvenog poretka (Mirjanić, 2012: 5).

Literatura

Lubarda, B. A., (2004). *Evropsko radno pravo*. Podgorica: CID.

Cazes, S., Nesporova, N., (2007). *Fleksigurnost – relevantan pristup za srednju i istočnu Evropu*. Zagreb: TIM pres

Mirjanić, Ž. (2013). *Socijalni dijalog i kriza*. Beograd: Udruženje za radno pravo i socijalno osiguranje

Mirjanić, Ž. (2013). Pretpostavke za socijalni dijalog. *Pravna riječ*, br.35. Banja Luka

Mirjanić, Ž., Čošabić, J., (2012). Influence of European Trade Union Confederation to Development of Trade Unions in a Transition Country. *Journal of SEER*, 2012

Mirjanić, Ž. (2012). *Social partnership challengend by crisis*. Capitalism in transition. The 3rd International Scientific Conference. Belgrade

Mirjanić, Ž. (2009). Razvoj zakonskog uređivanja radnih odnosa u Bosni i Hercegovini i posebno u Republici Srpskoj. *Tendence v razvoju delovnega prava*. Maribor: Pravni fakultet

Mirjanić, Ž. (2013). Socijalni dijalog – izazovi u toku krize. *Radno i socijalno pravo*. br. 2. Beograd

Kulić, Ž. (2007). *Industrijski odnosi*. Beograd: Megatrend univerzitet

Željko Mirjanić, LL.D.

Full Professor of the Faculty of Law,
University of Banja Luka

**The importance of Social dialogue in The Process of Consolidation of
Domestic law with The European Union Law**

Summary

The importance of a social dialogue in the process of consolidation of domestic law with the European Union law is hereby analyzed through the issues of level of development of institutional tripartite dialogue, development of social dialogue as a prerequisite that is ahead for the countries in the process of joining European integration and the mode of consolidation of domestic labour law with the EU law.

Social dialogue in the countries that have passed through or are still under the process of transition of legal order, is being developed according to relevant model of the EU countries, which have recognized the social dialogue as an efficient way of reaching compromise and preserving social peace. The key importance in our country is given to tripartite dialogue within the economic social council. The functioning of the economic social council of the Republika Srpska can be a model of social dialogue, and its role is to consolidate labour and social laws as well as other laws that are at stake for social partners, with the European Union law. At the same time, the subject matter of the dialogue in this council is wider than the issue of the law consolidation, and covers a number of other areas, corresponding to trends of development of social dialogue that is prevailing in the EU countries. On the contrary, the absence or flaws in institutional social dialogue regarding its functioning especially at the local level, and having in mind unfavorable circumstances regarding the employees' associations in private companies and forming of the council of employees, are a limiting factor to development of autonomous labour law, as a part of the process of consolidation.

In the process of joining the EU, the request for consolidation of labour legislature with the EU law has come out, which includes the necessity of

further providing legal prerequisites for social dialogue. The greatest problem in that process, apart from enactment of new labour law, is defining relations between the governing institutions and social partners. In our country there is a trend of constantly widening the subject of social dialogue to matters outside of regulating rights and interests of employees and employers, as well as the widening of dialogue to non-governmental sector. In the last decade, social partners are having more and more participation in the government and a growing influence to participation of the country in the process of joining European integrations, through the economic social council and other forms of institutional tripartite dialogue, which leads to the change of traditional relations between the institutions of government and representatives of employees and employers.

Key words: social dialogue, social partners, European integration.

Dr Predrag Dimitrijević,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

NAUČNI ČLANAK

UDK: 342.9:35.077.3

Rad primljen: 01.09.2014.
Rad prihvaćen: 01.12.2014.

NEKA OTVORENA PITANJA PRIMENE ZUP-a**

Apstrakt: Reforma upravnog postupka i važećeg Zakona o opštem upravnom postupku pretpostavlja utvrđivanje „otvorenih“ i „spornih“ pitanja primene ZUP-a. Reformisanje upravnog zakonodavstva ne znači samo uzimanje u obzir EU standarda, nego i složene, bogate i raznolike domaće upravne i upravno-sudske prakse. Domaća upravna praksa ukazuje na „otvorena“ pitanja u primeni važećeg ZUP-a, koja treba da budu polazna osnova za njegovu reformu. Treba poći od važećeg upravnog zakonodavstva i upravne prakse, pa ga onda reformisati. Pri tome, ZUP već doživljava permanentu reformu kroz posebne materijalne propise, koji regulišu posebne upravne procedure. Takvu praksu treba nastaviti jer je to „živo“ polje gde se ZUP modelira u posebnim upravnim materijama, vodeći računa o osnovnim načelima ZUP-a. Sam ZUP treba minimalno reformisati i to samo na onim procesnim mestima koja su proverena na domaćem i komparativnom iskustvu, dakle na „sigurnim“ tačkama, koje unapređuju postupak u duhu osnovnih načela i u što većoj meri, nasuprot drugim alternativnim predlozima procesnih rešenja. Funkcionalna analiza nacrtu ZUP-a pretpostavka je uspeha reforme istog.

Kao „otvorena“ pitanja mogu se navesti: pitanje šta je predmet ZUP-a, donošenje upravnih akata ili i zaključivanje upravnih ugovora. Proširivanje predmeta ZUP-a obavezuje zakonodavca da reguliše konkretno i postupak zaključivanja upravnih ugovora, kao upravni postupak. Tu se nude dva načelna puta, putem ZUP-a ili posebnog zakona, a u prvom slučaju imamo više mogućih rešenja (hrvatski ZUP ili fantomski nacrt srpskog ili uvesti shodnu primenu zakona o javnim

* peca@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja autora na projektu „Zaštita ljudskih i maњinskiх права у европском правном простору“, бр. 179046, који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

nabavkama, itd.). Prethodno i/ili sa tim povezano pitanje je za kakav se koncept postuka opredeljujemo, uži – austrijski, ili širi – nemački, gde je svako postupanje uprave upravni postupak. Druga pitanja, da li se javna ovlašćenja mogu poveravati samo zakonom ili i ugovorom, i ko će to kontrolisati; kakav je odnos upravnog i inspeksijskog postupka (opšti i posebni postupak ili upravni postupak „posebne vrste“); da li se instituti upravnog postupka mogu shodno primeniti na inspeksijski postupak (npr. „ćutanje“ inspekcije), rok važenja privremenih rešenja, opravdanost vanrednih pravnih lekova; da li je realno skratiti rok za donošenje rešenja, održivost pozitivnog koncepta „ćutanja“ uprave, pravne posledice elektronskog postupka, itd.

Ključne reči: *reforma ZUP-a, predmet upravnog postupka, „ćutanje uprave“, upravni ugovori, vanredna pravna sredstva.*

1. Metodološka pitanja

Reforma upravnog postupka je opšti zahtev i jedan od uslova za reformisanje javne uprave. Ako se hoće reformisati uprava, mora se to učiniti ne samo kroz rešavanje organizacionih, kadrovskih pitanja ili pitanja kontrole, nadzora i odgovornosti za (ne)rad uprave, već se treba pozabaviti procesnim pitanjima, odnosno načinom na koji uprava radi i obavlja brojne i raznorodne poslove iz svoje nadležnosti.

Reformisati upravni postupak je odgovoran posao s obzirom na dugu tradiciju primene Zakona o opštem upravnom postupku (ZUP) od 1931. godine, kada je izvršena recepcija austrijskog ZUP-a iz 1926. godine. Kraljevina Jugoslavija je bila druga zemlja u Evropi koja je preuzela austrijski ZUP, čime smo i prihvatili austrijski koncept upravnog postupka. Ovaj zakon je preuzela bivša socijalistička Jugoslavija (SFRJ) kao savezni zakon, da bi nakon njenog raspada ovaj zakon preuzele socijalističke republike, sada samostalne države kao svoje republičke ZUP-ove. To pokazuje kvalitet ovog zakonskog teksta, koji je uz nužne terminološke korekcije, zbog promene političkog sistema i državnog uređenja, ostao da važi do danas u tehničko-proceduralnom smislu. Iako je po svom obimu postao skoro duplo veći u odnosu na izvorni austrijski ZUP, on je pokazao svoju nespornu vrednost. Otuda se i danas može čuti stav, naročito

onih koji ZUP primenjuju u organima državne uprave i van nje (upravna praksa), kao i od strane sudija upravnih sudova, koji primenjuju Zakon o upravnim sporovima (ZUS), da je važeći ZUP odličan i da predstavlja svojevrsni manastir iz koga ne treba ništa iznositi, već ga treba proširivati i dograđivati (prof. dr Slavoljub Popović).

Međutim, moderno vreme traži nove procedure koje treba da pojačaju doslednost u primeni postojećih, ali i novih osnovnih načela ZUP-a (npr. načelo legitimnih očekivanja, načelo srazmernosti), kao ideja vodilja za upravnu praksu. Međutim, reforma postupka traži postupnost jer je to način na koji radi jedna ogromna, brojna i komplikovana upravna mašinerija. Zato se treba uzdržavati od radikalnih i neproverenih rešenja u ZUP-u, čak iako su kao ideje dobra (npr. pozitivni koncept „ćutanja“ uprave), ali u implementaciji stvaraju sporne situacije pa ih zato treba imati kao normativna rešenja samo u specijalnim situacijama. Nova rešenja treba „testirati“ u posebnim upravnim procedurama gde priroda materije to najviše iziskuje. Ako se to pokaže kao vredno da dobije status „opšteg pravila“ u ZUP-u, onda ga treba naknadno postaviti tamo.

Domaća upravna praksa ukazuje na „otvorena“ pitanja u primeni važećeg ZUP-a, koja treba da budu polazna osnova za njegovu reformu. Smatramo da ZUP treba reformisati samo na onim procesnim mestima, koja su proverena na domaćem i komparativnom iskustvu, dakle na osnovu „sigurne“ i proverene prakse i iskustva. Jedino se tako može unaprediti postupak u duhu osnovnih načela. Funkcionalna analiza nacrtu ZUP-a pretpostavka je uspeha njegove reforme. Pri tome, ZUP već doživljava permanentu reformu kroz posebne materijalne propise, koji regulišu posebne upravne procedure. Takvu praksu treba nastaviti jer je to „živo“ polje gde se ZUP modelira u posebnim upravnim materijama, u skladu sa osnovnim načelima ZUP-a.

Ukazaćemo samo na neka od mnogobrojnih „otvorenih“ pitanja koja se pojavljuju u upravnoj i upravno-sudskoj praksi.

2. Proširivanje predmeta ZUP-a

Prvo pitanje je šta je predmet ZUP-a, odnosno da li se ZUP-om reguliše postupak za donošenje upravnih akata ili se u upravnom postupku mogu zaključivati i upravni ugovori.

Ovde se kao predhodno pitanje otvara i pitanje šta su to upravni ugovori i da li oni spadaju u materiju upravnog ili građanskog prava. Upravni ugovori su u mnogim evropskim državama (Francuska, Nemačka) deo upravnog (javnog), pre svega, zbog javnog interesa koji angažuju. Međutim, kod nas se ovi ugovori smatraju građansko-pravnim ugovorima, jer ugovor je najpre ugovor i to određuje njegovu suštinu (način i trenutak zaključivanja). To što se kao ugovorna strana pojavljuje uprava (resorno ministarstvo – država ili organ lokalne samouprave) to je sporedno za suštinu (prirodu) odnosa. Međutim, izgleda da se zaboravlja da ni ugovor više nije ugovor kakav je ranije postojao i kakvim ga mi tradicionalno posmatramo. Danas uglavnom imamo posla sa adhezionim ugovorima, s tim da kod upravnih ugovora uprava (javna vlast) bira ugovornu stranu, rukovođena kriterijumima zakonitosti i celishodnosti.

Tradicionalno predmet ZUP-a je samo donošenje rešenja i zaključaka u upravnom postupku.¹ To je klasičan austrijski koncept koji godinama važi na našim prostorima. Međutim, u novije vreme javlja se ideja o proširenju predmeta ZUP-a i na donošenje ne samo rešenja i zaključaka kao pojedinačnih jednostranih akata već i na zaključivanje upravnih ugovora, pa i na vršenje javnih usluga (službi). Tako se Zakon o opštem upravnom postupku u Hrvatskoj primenjuje u postupanju u svim upravnim stvarima, ali se on primenjuje „na odgovarajući način“ na sklapanje upravnih ugovora i na svako drugo postupanje javno-pravnih tela iz područja upravnog prava, koje ima neposredan učinak na prava, obaveze ili pravne interese stranaka.² Najzad, ZUP se primenjuje na odgovarajući način i u postupcima zaštite prava, odnosno pravnih interesa stranaka u predmetima u kojima pravne osobe koje obavljaju javne službe, pružajući javne usluge, odlučuju o njihovim pravima, obavezama ili pravnim interesima, ako zakonom nije propisana sudska ili druga pravna zaštita. Slične odredbe sadrži i nacrt ZUP-a u Srbiji, tako što propisuje da

¹ Član 1. *Zakon o opštem upravnom postupku* («Sl. list SRJ», br. 33/97, 31/01).

² Član 3. *Zakon o opštem upravnom postupku*, («Narodne novine», br. 47/09).

„upravna stvar, u smislu ovog zakona, jeste pojedinačna nesporna situacija od javnog interesa u kojoj organ, neposredno primenjujući propise, pravno ili faktički, utiče na položaj stranke tako što donosi upravne akte, zaključuje upravne ugovore, preduzima upravne radnje i pruža javne usluge. Upravna stvar je i svaka druga situacija koja je zakonom određena kao upravna stvar“.³

Drugim rečima, time se i proširuje pojam upravne stvari. To je nemački koncept koji je utemeljen na ideji pravne države. Pretpostavka ovog koncepta je da se svako postupanje uprave smatra upravnim postupkom. Upravni postupak je svaki oblik rada uprave. Smisao ove koncepcije je da se sve aktivnosti uprave podvedu pod upravni postupak, odnosno da se svaki postupak uprave smatra upravnim postupkom. Time se želi podvođenje svih upravnih funkcija pod propisanu upravnu proceduru – upravni postupak, čime se obezbeđuje princip zakonitosti i zaštita stranaka u postupku, odnosno svih koji su u pravnom odnosu sa upravom.

Međutim, proširivanje predmeta ZUP-a obavezuje zakonodavca da reguliše konkretno i postupak zaključivanja upravnih ugovora, kao upravni postupak. Drugim rečima, ako se odlučimo da proširimo predmet ZUP-a i na upravne ugovore, onda je sasvim logično očekivati da se u tom procesnom zakonskom tekstu (ZUP-u) nađu odredbe koje regulišu postupak zaključenja ovih javno-pravnih ugovora, ili će se ta posebna upravna procedura regulisati u posebnom procesnom zakonu kao *lex specialis* ili će se pak upravni postupak primeniti („shodno“) i na zaključivanje upravnih ugovora, odnosno isti postupak i za upravne akte i ugovore uprave.

Za klasičnog upravno-procesnog pravnika to je, bar na prvi pogled, potpuno apsurdno. Međutim, ako se zapitamo da li je to moguće, onda počinjemo lagano pomerati svoj stav. Dakle, može li se upravni postupak koristiti i za zaključenje ugovora ili možda posebno u predugovornoj fazi – predzaključenja, kada se ispituju zakonski uslovi pa možda i uslovi celishodnosti (da li je ispunjen javni interes) u konkretnoj stvari (npr. u Hrvatskoj).⁴ Ako se utvrdi da uslova ima, odnosno da će zaključenje ugovora biti zakonito i celishodno, a što smo utvrdili u (predhodnom) upravnom postupku, onda se pristupa zaključenju ugovora,

³ Član 2. *Nacrt ZUP-a Republike Srbije* (od 23.08.2014).

⁴ Član 150–154. *Zakon o opštem upravnom postupku*, Narodne novine, br. 47/09.

odnosno njegovom potpisivanju, što pretpostavlja saglasnost volja uprave i druge strane. Dakle, davno je prošlo vreme kada su se ugovori zaključivali na klasičan način slobodne i saglasne izjave volja. Ovde toga nema i zbog jednog drugog razloga, a to je prisustvo javnog interesa u konkretnoj stvari.⁵

Koji postupak treba koristiti za zaključivanje upravnog ugovora? Prethodno i/ili sa tim povezano pitanje je za kakav se koncept postuka opredeljujemo, uži – austrijski, ili širi – nemački, gde je svako postupanje uprave upravni postupak.

U pravno-tehničkom smislu tu se nude dva načelna procesna puta. Jedan je put sam ZUP, odnosno u njemu regulisati posebnu proceduru „ugovaranja“ ili regulisanje ove procedure posebnim zakonom (*lex specialis*) kao posebnog upravnog postupka. U prvom slučaju imamo više mogućih rešenja (hrvatski ZUP ili nacrt srpskog ZUP-a). U drugom slučaju mi već imamo takav jedan zakon – zakon o javnim nabavkama, pa se može uvesti shodna primena ovog zakona (iako smo svesni svih njegovih normativno-tehničkih nedostataka, zloupotreba u praktičnoj primeni, posebno kada se radi o direktnoj pogodbi i sl.). Dakle, to što proširujemo predmet ZUP-a i na upravne ugovore, ne znači da treba propisivati ovim zakonom postupak. Mi ga već imamo propisanog u Zakonu o javnim nabavkama, koji je poseban upravni postupak. On se svakako treba dograditi i primenjivati i na javno-pravne ugovore.

Međutim, ono što je suštinski pomak jeste promena upravno-pravne svesti, koja nam pokazuje da se u upravnom postupku može potpuno pod pravnom kontrolom izvršiti zaključenje ugovora. U Hrvatskoj je prihvaćeno kompromisno rešenje. Najpre se vodi upravni postupak unutar organa u kome se ceni da li su ispunjeni uslovi zakonitosti, pa i celishodnosti za zaključenje javno-pravnog ugovora. Ovaj se postupak okončava rešenjem, koje ukoliko je pozitivno predstavlja „zeleno svetlo“ za sklapanje upravnog ugovora.⁶

⁵ Javnopravno telo i stranka sklapaju upravni ugovor o izvršenju prava i obaveza utvrđenih u rešenju kojim je rešena upravna stvar, ako je zakonom propisano sklapanje takvog ugovora. Upravni ugovor ne smije biti protivan izreci rešenja, prinudnim propisima, javnom interesu, niti smije biti sklopljen na štetu trećih osoba. Član 150. *Zakon opštem upravnom postupku*, Narodne novine, br. 47/09.

⁶ Član 150. *Zakon o opštem upravnom postupku*, Narodne novine, br. 47/09.

Najzad, argument da upravnom ugovoru nema mesta u ZUP-u jer je ugovor uvek ugovor, bezobzira što je država ili lokalna samouprava (uprava) jedna ugovorna strana, nema više tu težinu, jer ni ugovor više nije ugovor kakvim smo ga poznavali. Danas više nema slobode ugovaranja u smislu sporazumevanja i ravnopravnosti volja. Ugovara se tako što se prihvataju unapred propisani uslovi ugovora ili ne. Razlika je samo ovde jer kod javno-pravnih ugovora, javno telo (uprava) bira ugovornu stranu, ocenjujući ko ispunjava uslove koje postavlja javna vlast. To prilično modifikuje „ugovornu“ atmosferu i vodi nas ka upravnom odnosu i upravnom postupku. Dakle, dolazimo na početak priče da se ugovaranje sa upravom može urediti procedurom koja je postupak uprave, odnosno upravni postupak (nemački koncept ZUP-a).

Podvođenje ugovaranja javne vlasti pod upravni postupak stvara drugačiji ambijent kontrolnih subjekata (upravna inspekcija, žalba, upravni sud i dr.).

3. Poveravanje javnih ovlašćenja

Jedno od otvorenih pitanja, koje se naslanja na predhodno i tiče se ugovora, jeste da li se javna ovlašćenja mogu poveravati samo zakonom ili i odlukama organa lokalnih samouprava, odnosno odlukama skupština lokalne samouprave (kao u nekim predhodnim ZUP-ovima) ili i ugovorom (npr. ZUP Brčko distrikta).⁷ Drugo pitanje je ko će kontrolisati ugovorno prenošenje javnih ovlašćenja ili će to biti „politička stvar“, odnosno politička odluka državne ili lokalne vlasti. Naime, zakon kao pravni osnov za poveravanje javnih ovlašćenja, pa i odluka lokalne skupštine, s obzirom na način donošenja, pretpostavlja pravnu proceduru koja garantuje zakonitost, pa i celishodnost pravnog osnova. Međutim, ugovor stvara prostora za privatne aranžmane javnih vlasti koji izmiču pravnoj kontroli i pogodan su instrument za korupciju.

Unošenje ugovora kao pravnog osnova za poveravanje javnih ovlašćenja znači unošenje privatno-pravnih elemenata u upravno pravo i otvara pitanje prirode ovih ugovora. Da li su to upravni ugovori i ko kontroliše njihovu zakonitost i celishodnost i po kojem se postupku oni zaključuju.

⁷ Član 1. *Zakon o upravnom postupku Brčko distrikta BiH*, (Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, br. 48/11)

Smatramo, da se ovde takođe radi o jednom posebnom ugovoru javnog prava, koji ima sva obeležja upravnog ugovora, i koji treba načelno da bude pokriven ZUP-om i svim njegovim osnovnim načelima. To je i smisao proširivanja predmeta ZUP-a.

4. Upravni i inspekcijski postupak

Sledeće otvoreno i sporno pitanje jeste kakav je odnos upravnog i inspekcijskog postupka. Naime, da li je odnos ova dva postupka odnos opšteg i posebnog, tako da je ZUP opšti upravni postupak, a inspekcijski postupak je posebni postupak (*lex specialis*)⁸, ili je inspekcijski postupak „posebno propisani postupak“ (Lilić, 2008: 366), nešto kao postupak „posebne vrste“ (*sui generis*), na koga se instituti upravnog postupka mogu shodno primeniti. Na tu „shodnu“ primenu često i eksplicitno ukazuju članovi zakona o inspekcijama (Blažić, 1995: 809–822). Oko ovog pitanja postoje teorijska razmimoilaženja koja se u praksi još više osećaju tako da izazivaju pravu konfuziju.

Inspekcijski postupak je poseban postupak vršenja inspekcijskog nadzora. Inspekcijski pregled predstavlja niz različitih aktivnosti koje su usmerene na kontrolu zakonitosti poslovanja i postupanja pojedinaca i pravnih lica. Postupak vršenja inspekcijskog nadzora sprovodi se prema odredbama Zakona o opštem upravnom postupku (ZUP), osim ako posebnim inspekcijskim zakonom pojedina pitanja nisu drugačije uređena. Takođe, u postupku obavljanja poslova posebnog inspekcijskog nadzora, upravna inspekcija primenjuje zakon kojim se uređuje opšti upravni postupak, ako ovim ili posebnim zakonom nije drukčije određeno.⁹

⁸ To otvara i dilemu da li na inspekcijski postupak (npr. „ćutanje“ inspekcije), primeniti ZUP ili se toga treba uzdržati? Da li postoji „ćutanje“ inspekcije. Ne može se primeniti koncept ćutanja inspektora iako inspektor ima rok za sprovođenje pregleda i donošenje rešenja. Međutim, negativni koncept „ćutanja“ iz ZUP-a nema smisla jer nema pokretanja inspekcijskog postupka po zahtevu stranke, već se isti pokreće samo ex officio! Zbog toga, propuštanjem roka za rad inspektora stranka ne stiče pravo jer ga nije ni tražila, jer to nije svrha inspekcijskog postupka i sl. Tako se jasno i vidi različita priroda inspekcijskog i upravnog postupka. Nema „ćutanja“ inspekcije u pravno-tehničkom smislu kako je to propisano u ZUP-u, ni negativnog ni pozitivnog „ćutanja“ ali zato postoji nečinjenje, nerad ili propuštanje (omisija) obaveze inspektora da „ćini“, a što ima za posledicu disciplinsku odgovornost istog. Detaljnije vidi (Dimitrijević, 2005: 35)

⁹ Član 4. stav 4. Zakona o upravnoj inspekciji, („Sl. glasnik Republike Srbije“ broj 87/11).

Odredbe ZUP-a imaju karakter opšteg zakona (*lex generalis*). Postupanje inspekcija kao organa državne uprave u inspekcijskom nadzoru ima svojstvo vršenja uprave u posebnim „nadzornim“ situacijama. Međutim, inspekcijski nadzor kao posebna vrsta postupanja uprave razlikuje se od opšteg upravnog postupanja prvenstveno po metodama vršenja, ovlašćenjima inspektora, potpunoj dominaciji načela oficijelnosti i specijalizovanosti kadrova za obavljanje inspekcijskih poslova. Priroda i karakter inspekcijskog postupka daje mu obeležja postupka posebne vrste na koga se „shodno“ primenjuju odredbe ZUP-a.

Cilj inspekcijskog nadzora je kako kontrola primene zakona i drugih propisa od strane građana i pravnih lica, tako i kontrola primene zakona i drugih propisa od strane organa uprave (npr. upravne inspekcije). Inspekcijskim nadzorom nadležni organi državne uprave (inspekcije, inspektorat, službe)¹⁰ ispituju specifičnim inspekcijskim metodama, a na osnovu posebnih inspekcijskih ovlašćenja, sprovođenje zakona i drugih propisa, neposrednim uvidom u poslovanje i postupanje fizičkih i pravnih lica, i zavisno od rezultata nadzora izriču mere na koje su ovlašćeni.

Nasuprot tome, upravni postupak predstavlja proces rešavanja o pravima i obavezama i pravnim interesima pojedinaca i pravnih lica, korišćenjem prerogativa državne vlasti (javna ovlašćenja), a koje se ispoljava u donošenju posebne vrste pojedinačnih akata – upravnih akata (rešenja i zaključaka), kojima se individualizuje opšte normativno pravilo putem rešavanja o konkretnom pravu, obavezi ili pravnom interesu.

Inspekcijski postupak je poseban postupak koji se od opšteg upravnog postupka razlikuje po metodama vršenja, po ovlašćenjima inspektora, po prirodi inspekcijskih rešenja i dr. Specifikum inspekcijskog postupka, vidi se pre svega, u metodama njegovog obavljanja jer se inspekcijski postupak sprovodi inspekcijskim pregledom.

Međutim, problem nastaje u inspekcijskoj praksi, da li primeniti jedan (Zol) ili drugi zakon (ZUP), odnosno do kada važi jedan, a od kada se može primeniti drugi. U praktičnoj primeni ova dva procesna zakona mogu nastati dve moguće situacije. Jedna je kada u Zakonu o inspekcijama nemamo nikakvih odredaba za neki konkretan slučaj u pitanju, što predstavlja svojevrsnu procesnu pravnu prazninu. Istovremeno, Zakon o inspekcijama upućuje u prelaznim odredbama

¹⁰ Inspekcijski nadzor preduzimaju ministarstva ili organi u njihovom sastavu, odnosno područni organi ili organizacione jedinice ministarstava, odnosno inspektorata, uz mogućnost njegovog poveravanja organima teritorijalnih zajednica. Vršioци inspekcijskog nadzora se uobičajeno nazivaju inspekcijske službe, nadležne, kvalifikovane i kompetentne za te poslove.

na ZUP u primeni Zakona o inspekcijama. Tako su nam „otvorena“ vrata za primenu ZUP-a i stvar je mnogo čistija. Naime, nema norme u ZoI i možemo bez problema primeniti shodnu odredbu ZUP-a.

Drugi slučaj je kada Zakon o inspekcijama ima jasnu normu za slučaj u pitanju uz istovremeno pozivanje putem prelaznih i završnih odredaba istog zakona na primenu ZUP-a u inspekcijskom postupku. U tom slučaju problem nastaje u odnosu na to koji zakon primeniti, jer su norme u pitanju različite, tako što jedna ima uže, a druga šire značenje (npr. pojam „stranke“ u inspekcijskom i upravnom postupku), ili su norme čak suprotne (npr. žalba nema suspenzivno dejstvo u ZoI, a ima ga, po pravilu, u ZUP-a).

Zbog toga se postavlja pitanje šta znači „shodna“ primena, odnosno kada prestaje jedan, a kada počinje drugi zakon, i da li uopšte primeniti drugi zakon supsidijarno (ZUP) kada imamo normu u zakonu koji primarno primenjujemo (ZoI) u datom konkretnom slučaju. Zar ne važi princip *lex specialis derogat generali*?! Stvar se dodatno komplikuje ukoliko imamo neujednačenu inspekcijsku i upravnu praksu, odnosno kada jedan organ, po pravilu niži, primenjuje restriktivno Zakon o inspekcijama, a drugi organ, viši – ministarstvo ili nadležni sud u upravnom sporu, primenjuje šire tumačenje pozivajući se upravo na ZUP. Takav je slučaj u vezi sa pojmom „stranke“ u ova dva procesna zakona, odnosno kod pitanja ko ima aktivnu legitimaciju za izjavljivanje žalbe protiv rešenja inspektora. Ko je stranka i da li i neko ko nije stranka prema zakonu o inspekcijskom postupku može izjavljivati žalbu na rešenje inspektora, kao što je to npr. zainteresovano lice.¹¹

U slučaju rešavanja ko ima aktivnu legitimaciju za izjavljivanje žalbe protiv rešenja inspektora, koristi se pojam stranke iz ZUP-a jer u zakonima o inspekcijama po pravilu se ne određuje ko može izjaviti žalbu. Zbog nedostatka izričite norme u zakonu (ZoI) preuzima se pojam stranke iz ZUP-a, gde se strankom smatra svako lice po čijem zahtevu je pokrenut postupak, ili protiv koga se postupak vodi, ali i svako lice koje ima interesa za rešavanje konkretne stvari (zainteresovano lice). To znači da žalbu u inspekcijskom postupku može izjaviti i zainteresovano lice iako ono nije stranka prema zakonu o inspekcijama. Prema Zakonu o inspekcijama samo se subjekt nadzora ima smatrati strankom, tj. strankom u užem smislu.

¹¹ Pojam stranke u ZoI je „uži“ i ograničen je samo na subjekt nadzora. Pojam stranke prema ZUP-u je „širi“ i obuhvata sva lica po čijem se zahtevu pokreće i vodi postupak, protiv kojih se postupak vodi, kao i sva lica koja imaju interes da učestvuju u postupku – zainteresovano lice. Ovo se lice javlja u inspekcijskom postupku kao inicijator nadzora.

Shodnom primenom ZUP-a na inspekcijski postupak, mi omogućavamo da inicijator nadzora može tražiti i Zapisnik o izvršenom inspekcijskom pregledu, iako mu inspektor nije dužan dati isti prema ZoI. Inicijator se može pozvati na Zakon o slobodnom pristupu informacija od javnog značaja, ali to može zahtevati i pozivajući se na ZUP, i to na odredbe o pravu na uvid u spise predmeta, i u tom slučaju treba dokazati svoj pravni interes, odnosno položaj zainteresovanog lica. Inicijatoru se omogućava žalba u svojstvu zainteresovanog lica ne smo kada postoji rešenje inspektora kojim se nalažu mere, već i onda kada rešenja nema, jer je inspektor okončao postupak inspekcijskog nadzora zapisnikom kojim se konstatuje da nisu utvrđene nepravilnosti kod subjekta nadzora. Iako je takva praksa inspektora, postupak se ne može okončati zapisnikom, koji je javna isprava kojom se konstatuje samo hronologija radnji inspektora i utvrđuje stanje stvari. I u takvim slučajevima treba doneti zaključak ili deklarativno rešenje, shodno primeni ZUP-a, kojim se konstatuje da nisu utvrđene nepravilnosti na osnovu zapisnika i da se postupak okončava. Tri su argumenta za ovo. Iako se ZoI predviđa obaveza donošenja rešenja ako su utvrđene nepravilnosti i ako se utvrđuju mere, zakon ne zabranjuje donošenje rešenja, a pogotovu zaključaka u ovim situacijama nepostojanja povreda. Drugo, pošto nemamo izričitu normu o tome u ZoI, aktivira se shodna primena ZUP-a, i najzad, takvim aktima (zaključkom ili rešenjem) omogućava se eventualna dalja pravna zaštita (žalba ili tužba) inicijatoru ili kakvom drugom zainteresovanom licu i postupku inspekcijskog nadzora.¹² Uz to da dodamo da zainteresovano lice u svojstvu žalioca nije dobilo (nije mu dostavljen) ni zapisnik, ni zaključak, niti rešenje, jer to se po zakonu i ne čini.¹³ Zbog nedostavljanja ovih akata, ne može utvrditi blagovremenost žalbe, bez ozbiljnih pravnih akrobacija u formuli pravne fikcije, koju je teško „smisliti“.

¹² Nasuprot tome imamo nakaradnu praksu da se zainteresovanim licima od strane ministarstava dopušta žalba čak i onda kada imamo samo zapisnik o neutvrđenim nepravilnostima. Dakle, formalno zainteresovano lice izjavljuje žalbu na zapisnik iako nije stranka u postupku, ali se koristi „širok“ pojam stranke iz ZUP-a i tako rešava drugostepena zaštita.

¹³ Sem ukoliko zainteresovano lice to traži i u svom zahtevu naznači da to traži pozivajući se na odredbe ZUP-a o pravu na uvid u spise predmeta.

5. Umesto zaključka

Reformisanje upravnog zakonodavstva ne znači samo uzimanje u obzir EU standarda nego uzimanje u obzir i složene, bogate i raznolike domaće upravne i upravno-sudske prakse. Reforma upravnog postupka i važećeg Zakona o opštem upravnom postupku pretpostavlja pre svega utvrđivanje „otvorenih“ i „spornih“ pitanja primene ZUP-a. Identifikovanje otvorenih pitanja je pretpostavka za suštinsku, potrebnu i klavitetnu promenu ZUP-a. Takva reforma u metodološkom smislu treba da reši probleme upravne i sudske prakse i da je unapredi, a ne da nam stvori nove probleme. Naravno, da to ne znači da treba ignorisati „dobru praksu“ drugih upravnih sistema.

Literatura

Blažić, Đ. (1995), *Prilog teoriji o inspekcijском nadzoru*, Beograd, Pravni život, br. 9, str. 809–822.

Dimitrijević, P. (2005), *Odgovornost uprave za nečinjenje sa posebnim osvrtom na „ćutanje“ uprave*, Pravni fakultet Istočno Sarajevo.

Lilić, S. (2008), *Upravno pravo-Upravno procesno pravo*, Pravni fakultet – Službeni glasnik, Beograd.

Zakon o opštem upravnom postupku («Sl. list SRJ», br. 33/97, 31/01).

Zakon o opštem upravnom postupku, («Narodne novine, br. 47/09).

Zakon o upravnom postupku Brčko distrikta BiH, (Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, br. 48/11).

Zakon o upravnoj inspekciji, („Sl. glasnik Republike Srbije“ broj 87/11).

Nacrt ZUP-a Republike Srbije (od 23.08.2014).

Predrag Dimitrijević, LL.D.

Full Professor,
Faculty of Law,
University of Niš

**Disputable Issues in the Application
of the Administrative Procedure Act**

Summary

The reform of administrative procedure and the applicable General Administrative Procedure Act (GAPA) calls for determining the “open” and “disputable” issues in the application of this Act. The process of reforming the administrative legislation does not only imply taking into account the EU standards but also considering the complex, abundant and diverse national administrative practice and case law. The Serbian administrative practice points to some “open” questions in the application of the current GAPA which should be the cornerstones in the reform of administrative legislation. In that course, it is crucial to start from the current administrative legislation and administrative practice. It is worth noting that the GAPA is already subject to permanent reform through the process of amending the subject-specific substantive provisions governing special administrative proceedings. Such practice should be upheld because the area of special administrative procedure is a dynamic environment where the APA is actually being modeled by amending the special administrative proceedings but in full compliance with the fundamental GAPA principles. Thus, the GAPA should be subject to minimal reform, primarily in the regulation of those procedural matters which have already passed the application test in both national and comparative practice; these “safe points of reference” significantly improve the process in line with the basic administrative principles and largely contribute to its efficiency, as opposed to other alternative proposals on procedural solutions. The basic presumption for a successful APA reform is the functional analysis of the Draft GAPA.

Some of the disputable issues include the subject matter of the GAPA, the enactment of administrative acts and concluding administrative agreements. In

case of expanding the scope of the GAPA subject matter, the legislator is obliged to expressly regulate the administrative proceeding for concluding administrative agreements under the GAPA rules. This can be achieved either by amending the APA or by enacting a subject-specific act. The former option includes a number of possible solutions that we may consider (the Croatian APA, the ghastly Serbian draft GAPA, or the relevant application of the Public Procurement Act, etc.). Another previous and/or related question is what kind of concept of administrative procedure we shall opt for: the narrow (Austrian) or the broader (German) concept, where any action of the public administration is regarded as an administrative proceeding. There is a number of other disputable issues open for further discussion: shall the public authority be delegated only by means of a legislative act or agreement, and who is to scrutinize these processes; what is the inter-relation between the administrative procedure and the inspection procedure (in terms of general and subject-specific administrative procedures, or special administrative proceedings); can the administrative procedure institutes be accordingly applied in the inspection procedure (e.g., "silence" of the inspection); what is the statutory time limit for the validity of interim administrative decisions; are the extraordinary legal remedies justifiable; is it practicable to shorten the time limit for issuing a decision; is the favorable concept of administrative silence sustainable; what are the legal effects of the E-governance procedure, etc.

Key words: GAPA reform, subject matter of administrative procedure, administrative silence, administrative agreements, extraordinary legal remedies.

Dr Irena Pejić,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

NAUČNI ČLANAK

UDK: 342.4:342.56](497.11)

Rad primljen: 01.09.2014.
Rad prihvaćen: 01.12.2014.

KONSTITUCIONALIZACIJA SUDSKE NEZAVISNOSTI: UPOREDNO I ISKUSTVO SRBIJE**

Apstrakt: Cilj ovog rada je da se ukaže na garancije sudske nezavisnosti koje treba ustavom urediti i koje u sistemu vladavine prava stvaraju de iure okvir sudske nezavisnosti. Autorka je svesna da ustavne garancije nisu same po sebi dovoljne i da njihova primarna svojstva mogu izazvati različita dejstva u zavisnosti od političkog okruženja i kulturološkog obrasca u kome se one ostvaruju. Sudski sistem funkcioniše u uslovima podele vlasti, koja podržava nezavisnost sudstva kao garanciju pravne države. Otuda se mora paralelno izlagati o institucionalnim i personalnim garancijama sudske nezavisnosti, ali i o odgovornosti, najpre političkih vlasti za stvaranje društvenog ambijenta u kome će sudstvo nezavisno delovati, kao i o odgovornosti sudske vlasti za samostalno obavljanje funkcije. Namera je da se u radu komparativno istraže garancije nezavisnog sudstva i minimum pravila koja čine koheziono jezgro oko koga se okupljaju ne samo članice Evropske unije, već sve zemlje u sistemu kontinentalnog prava, u nastojanjima da obezbede nezavisnost sudstva kao primarni uslov pravne države.

Ključne reči: sudstvo, nezavisnost sudstva, ustavne garancije.

* irena@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu: "Uklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije", koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, u periodu 2013–2018. године.

1. Uvod

Uprkos tome što u prvim pravno-političkim raspravama nije viđeno kao posebna grana vlasti, sudstvo je sa razvojem pravne države obezbedilo poziciju „trećeg“, politički neutralnog činioca u funkcionalnoj raspodeli vlasti. To je zahtevalo konstantnu ustavnu pažnju radi njegove zaštite od naraslih uticaja drugih grana vlasti, te su garancije nezavisnosti sudstva razvijane na nekoliko nivoa. Prvi je nivo unutrašnje zaštite, koji treba da osigura nepristrasnost sudije da odlučuje u određenoj pravnoj stvari u skladu sa starom maksimom *sine spe ac metu* („bez straha i očekivanja“). Dakle, najpre je trebalo isključiti arbitrarnost i samovolju u subjektivnom smislu, odnosno obezbediti da sudija postupi bez predrasuda i pristrasnosti u presuđivanju. Drugi je nivo spoljašnje zaštite, koji isključuje svaki oblik političkog ili drugog uticaja i pritiska od strane drugih grana vlasti na ostvarivanje sudske funkcije (Lič, 2007: 267; Smith, 2003: 255).

Evropski sud za ljudska prava koristi u svojim odlukama odvojeno pojmove „nepristrasan sud“ i „nezavisan tribunal“.¹ Nepristrasnost suda može se utvrditi na osnovu dva kriterijuma: „prema subjektivnom testu“, koji je zasnovan na ličnom uverenju sudije, i „prema objektivnom testu“, koji je zasnovan na uverenju da je sudija pružio garancije kojima isključuje „legitimnu sumnju“ u konkretnom slučaju.² Kako ideja nepristrasnosti može biti dovedena u pitanje pod uticajem spoljnih faktora, to se garancije nezavisnosti moraju primeniti kako u odnosu na organe političke vlasti, tako i u odnosu na strane u sporu.³ Svaki od ovih aspekata nezavisnosti počiva na institucionalnim i personalnim garancijama kojima se štiti status sudija i

¹ Evropski sud za ljudska prava je, štiteći čl. 6. Evropske konvencije, u brojnim odlukama dao svoje viđenje nezavisnog i nepristrasnog suda, pri čemu su glavni kriterijumi za određivanje stepena nezavisnosti sledeći: izbor sudija, dužina trajanja njihovog mandata, ustavne garancije od spoljnih pritisaka, kao i da li sud može da deluje kao nezavistan kako u odnosu na izvršnu vlast, tako i u odnosu na stranke u postupku. Videti: Slučaj Ringeisen v. Austria, presuda od 16. jula 1971, serija A br. 13.

² Slučaj Saraiva de Carvalho v. Portugalia, presuda od 22. aprila 1994, serija Abr. 286-V, s. 38.

³ Slučaj Campbell IFell v. Ujedinjeno Kraljevstvo, presuda 28. jun 1984, serija Abr. 80, s. 39.

vršenje sudijske funkcije, među kojima pravila o izboru sudija predstavljaju ne samo pravnu, već i moralnu premisu na kojoj počiva pravna država.⁴

2. Nezavisnost sudstva

Stvaranje korektnog pravnog okvira za funkcionisanje sudske grane vlasti izvire iz osnovnih, ustavom utemeljenih garancija sudske nezavisnosti. Kao primarni uslov pravne države, ustavne garancije izražavaju načelan stav ustavotvorca o osnovnim vrednostima pravnog poretka. Međutim, nezavisnost sudstva često je svedena na garancije nezavisnosti koje su izraz pukog kopiranja uporednih i/ili međunarodnih izvora, bez jasne predstave o njihovim refleksijama u nacionalnom pravnom poretku. Ovaj trend „ugledanja“, odnosno kopiranja ustavnih modela, postao je gotovo univerzalan u savremenim konstitucionalnim tokovima. Prema rečima akademika M. Jovičića (Jovičić, 1977: 300) ova situacija bila je poznata i ranije, prilikom donošenja prvih ustava nekadašnjih kolonija, koje su se ugledale na ustavne akte metropole.⁵ „Ugledanje“ na tuđa ustavna rešenja izazvalo je dvostruke posledice: jedne sa negativnim, a druge sa pozitivnim učinkom. Sa jedne strane, prosto preuzimanje rešenja u odsustvu pravne originalnosti i neprilagođenosti političkom i društvenom okruženju izaziva posledice suprotne onima koje ustavni institut treba da proizvede. Na ovaj način, međutim, dostignuća demokratske ustavnosti proširuju se na nove demokratije, u kojima postoji težnja da se permanentnom ustavnom interpretacijom projektuje novi vrednosni poredak. Danas je teško govoriti o postojanju univerzalnih i uspešnih formula o načinu izbora sudija, o formiranju pravosudnog saveta i o drugim segmentima organizacije i funkcionisanja sudske vlasti. Zato bi bilo svrsishodnije formirati „minimalna“ pravila na univerzalnom planu, koja bi

⁴ Pored Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava, najznačajniji dokument u pogledu afirmacije nezavisnog i nepristrasnog sudstva predstavljaju Preporuke 94 (12) o nezavisnosti, delotvornosti i ulozi sudija, koje je usvojio Savet ministara oktobra, 1994. godine. (Recommendation No. R (94) 12 of the Committee of Ministers to Member States on the Independence, Efficiency and Role of Judges, Adopted by the Council of Europe, Committee of Ministers on 13 October 1994, at the 518th meeting of the Ministers' Deputies, <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=534553&SecMode=1&DocId=514386&Usage=2>)

⁵ Na primeru postkolonijalnih ustava druge polovine dvadesetog veka može se govoriti o procesu „globalizacije konstitucionalizma“ (Go, 2003: 72).

činila srž vladavine prava i obezbedila nezavisnost sudstva *in abstracto*. Razrada ovih pravila u nacionalnom zakonodavstvu mogla bi da dovede do stvaranja garancija *in concreto* koje bi odražavale sliku određenog sistema, uvažavajući njegove posebnosti u istorijskom i u kulturološkom smislu.

Konstitucionalizacija sudske nezavisnosti ne treba da bude shvaćena kao „crveni tepih“ koji obezbeđuje isključivo „ceremoniju“ formiranja ustavnih organa. Upravo obrnuto, cilj je stvoriti i razviti (samo)svest kod sudija o njihovoj nezavisnosti i samostalnosti u odlučivanju. Put kroz koji prolazi Srbija poslednjih godina nije nepoznat zemljama Istočne Evrope. One su u nastojanju da sprovedu reformu sudstva često nailazile na sličnu institucionalnu mimikriju u pokušaju da se prikrije ono što se zaista dešava u funkcionisanju sudske vlasti.

S obzirom na to da je većina istočnoevropskih zemalja prošla neki oblik „revolucije“, češki autor M. Bobek (Bobek, 2008: 100) objašnjava odnos nezavisnosti i odgovornosti sudstva na sledeći način: u kratkom periodu posle revolucije nastaje situacija „minimalne nezavisnosti i maksimalne odgovornosti“, a potom se prelazi u stanje „maksimalne nezavisnosti i minimalne odgovornosti“. Međutim, važno je pronaći dobru meru u proporciji između ova dva segmenta, kao što je to zaključio italijanski komparativista M. Kapeleti: „Sudovi vrše vlast. Sa vlašću dolazi i odgovornost. U racionalno organizovanom društvu morala bi postojati proporcija između njih“ (Capelletti, 1985: 556).

Kao legitimni cilj u stvaranju vrednosnog poretka, nezavisnost sudstva može biti ostvarena samo kroz saglasje svih elemenata: korektan normativni okvir (ustavne garancije); društveni ambijent u kome se nezavisnost sudstva razvija i štiti; razvijena (samo)svest sudije o samostalnosti u odlučivanju i razrađen mehanizam odgovornosti kako političkih, tako i sudske vlasti za ostvarivanje ustavnih funkcija. Nezavisno sudstvo ne može biti shvaćeno kao ultimativna vrednost pravne države, tj. vrednost sama po sebi, ona treba da ima instrumentalni karakter. Stoga, ustavne garancije nezavisnosti ne treba tražiti samo u pravnom oblikovanju treće grane vlasti, već one moraju biti sadržane u svim ustavnim pravilima kojima se obezbeđuje kako funkcionisanje vlasti, tako i zaštita ljudskih prava sa materijalnim i procesnim garancijama.

U literaturi postoje različiti pokušaji definisanja sudske nezavisnosti: nezavisnost u odlučivanju, administrativna nezavisnost i lična ili individualna nezavisnost (Bobek, 2008: 101); personalna naspram strukturalne nezavisnosti (Russel, 2001: 6), kolektivna naspram lične, nezavisnost u odlučivanju, unutrašnja nezavisnost i druge (Shetreet, 2001: 234). Najčešće se nezavisnost izražava kroz sledeća dva pojavna oblika: 1) institucionalna, koja obuhvata supstancijalnu i personalnu nezavisnost; 2) bihevioralna ili nezavisnost sudija u ponašanju i postupanju (Russel, 2001: 7). Za razliku od *de iure* garancija, koje obezbeđuju oblast institucionalne nezavisnosti, bihevioralna nezavisnost je *de facto* nezavisnost, koja se može dostići i mimo formalnog okvira, a može biti merena različitim parametrima (društveni sistem, istorijsko nasleđe, kulturološki obrazac i dr.). Ista podela se ponekad označava kao „negativna nezavisnost sudstva“ kada je reč o formalnim garancijama, dok je „pozitivna nezavisnost“ ona koja se ogleda u realnom ponašanju sudija, nosilaca ove funkcije.

3. Izbor sudija i garancije nezavisnosti

Način izbora sudija predstavlja okosnicu institucionalnih garancija sudske nezavisnosti.⁶ Mada se postupak izbora razlikuje po svojim bitnim elementima u nacionalnim pravnim sistemima, ipak su te različitosti najuočljivije između dva dominantna pravna sistema: anglosaksonski (*common law*) i evropski kontinentalni sistem (*civil law*). Njihovo zajedničko obeležje je nastanak ustavnosti na temelju vladavine prava u osamnaestom veku i njegov razvoj saglasno tokovima ustavne demokratije dvadesetog veka. Ovakav put zahtevao je prilagođavanje garancija sudske nezavisnosti, što je podrazumevalo veći uticaj građana na vršenje javnih poslova u ustavnoj državi. To se u kontinentalnom pravu (*civil law*) nije direktno odrazilo na način izbora sudija, kao što je to slučaj sa anglosaksonskim sistemom (*common law*) u kome je neposredan izbor sudija prihvaćen kao model. Međutim, osnovni postulati

⁶ U praksi, međutim, postoje slučajevi u kojima personalnu nezavisnost sudija treba odvojiti od institucionalne nezavisnosti sudstva, jer ima primera da se ova dva nivoa ne moraju uvek i bezuslovno poklapati. Tačnije, postoje primeri „nezavisnog“ sudije u „zavisnom“ sistemu, i obrnuto.

ustavne demokratije uticali su na snaženje principa javnosti prilikom selekcije i imenovanja sudija, ali i kasnije, u postupku presuđivanja.

Od nastanka podele vlasti imperativ nezavisnog sudstva bio je da se izbor sudija učini što je moguće više „politički neutralnim“. Ovaj zahtev je bilo teško ostvariti u potpunosti, jer su postupak izbora i prestanak sudijske funkcije bili pretežno u nadležnosti parlamenta. Time je zakonodavnoj vlasti bilo omogućeno da vrši uticaj, mada se ne može reći da su na ovaj način bile potpuno uskraćene institucionalne garancije nezavisnog sudstva.⁷ Potrebu da se sudije učine nezavisnim u svakom pogledu, ne samo od uticaja političkih vlasti, već i od svakog oblika pritiska ili korupcije, odlično je opisao Benžamin Konstan (Konstan, 2000: 149) u uslovima političke nestabilnosti Francuske na početku 19. veka: „Hrabrost kojom se, u bici, prkosi smrti, lakša je od javnog propovedanja nezavisnog mišljenja usred pretnji tirana i stranačkih smutljivaca.“⁸ U zemljama koje su očuvale ustavni kontinuitet u primeni vladavine prava, prvenstveno na temelju principa ustavnosti i zakonitosti, zakonodavna i izvršna vlast nisu uspele da sudstvo zadrže na „političkoj uzici“. Tome je doprinela i garancija stalnosti sudijske funkcije, što je obezbedilo da sudije u obavljanju svoje funkcije postupaju u skladu sa pravilima profesije, koja predstavlja najsnažniju branu od upliva politike.⁹

Nastala na temelju potrebe odvajanja sudstva *vis-à-vis* izvršne vlasti u devetnaestom veku (preciznije, da sudovi ne odlučuju u strahu od vladinih

⁷ Ima primera da se „politizacija“ sudstva može razviti kroz različite forme, koje nisu direktno vezane za izbor sudija ili ustavne garancije njihove nezavisnosti. U Italiji, na primer, od sedamdesetih godina prošlog veka postoji porast broja sudija koji se kandiduju na nacionalnim ili evropskim parlamentarnim izborima. Mada je pravno ova situacija potpuno rešiva, može se samo pretpostaviti na koji način sudije vrše svoju funkciju, ulažući u svoju buduću političku karijeru, što je svojevrsan oblik prikrivene politizacije koja eskalira i u drugim sistemima (Gallagher, Laver, Mair, 2001: 31; Federico, 2004: 15).

⁸ B. Konstan je nadalje opisao sudsku nezavisnost ovim rečima: „Sudija koji se može smeniti ili opozvati opasniji je od sudije koji je kupio svoju funkciju. Kupiti svoje nameštenje je manje korumpirajuća stvar nego se stalno pribojavati da se ova ne izgubi“ (Konstan, 2000: 149).

⁹ Stalnost sudijske funkcije temelji se na tradiciji engleskog pravnog sistema, gde je Act of Settlement iz 1711. godine po prvi put zaštitio ovu funkciju od upliva monarha i omogućio sudijama nesmetano obavljanje i nezavisno od volje kralja (*durante bene placito nostro*), dok je funkcija zavisila samo od dobrog ponašanja sudije (*quam diu bene gesserint*) (Dika, 1992: 518).

naloga), nezavisnost sudstva se tokom dvadesetog veka morala razvijati i u drugim pravcima, kao na primer, u pravcu jačanja zaštite od uticaja viših sudova. U evropskom kontinentalnom modelu ovaj oblik uticaja naročito je došao do izražaja, jer je sudstvo organizovano po modelu državne službe gde su razne forme upliva unutar aparata skrivene, ali uvek prisutne. Zbog toga je izbor sudija od posebnog značaja kako za personalne, tako i za institucionalne garancije nezavisnosti. Ono predstavlja osnovu na kojoj niče i razvija se samopouzdanje i moralna predstava sudije o sopstvenoj vrednosti u pravnoj državi. Stoga je najteže govoriti o moralnom aspektu nezavisnosti u državama koje još nisu razvile institucionalne mehanizme i koje ovom pitanju pristupaju strogo pozitivistički: „dokle god nema povrede pozitivnog prava, dotle se može smatrati da je ponašanje sudije moralno“ (Bobek, 2008: 109). Razlog tome treba tražiti u izvoru i načinu sticanja sudijske funkcije, koje počiva pretežno na (tehnički proverljivom) pravničkom znanju, a u skladu sa Monteskieovom predstavom o sudstvu: „Oni nisu ništa više nego usta koja izriču reči zakona, pasivna bića koja ne mogu da promene ni njegovu snagu ni njegovu strogost“ (Montesquieu, 1914: 14). Međutim, ideja o „beživotnom telu“ sudstva i o sudijama, kao „ustima“ kroz koja progovara zakon promenila se i evoluirala na isti način na koji se razvijala ustavna država i organizacija vlasti u njoj. Uprkos brojnim raspravama, danas se ne može sporiti „duh“ aktivizma i potreba da se zakonu udahne život kroz svaku pojedinačnu presudu. Pri tome, ovo je sve manje isključivo obeležje *common law* sistema, a sve više predstavlja seme na kojem niče nova sudska praksa u kontinentalnom pravu, prvenstveno pod uticajem Evropskog suda za ljudska prava.

U najvećem broju zemalja kontinentalnog prava sudije započinju svoju profesionalnu karijeru nakon univerziteta, sa položenim stručnim ispitom, a na osnovu kratkog profesionalnog iskustva. Napredovanje u sudijskoj karijeri najčešće je posledica „staža i zasluga“, a za usavršavanje i specijalizaciju ne zahtevaju se posebni uslovi, osim onoga što se pretpostavlja kao profesionalno iskustvo u obavljanju sudijske funkcije. Pojava specijalizovanih škola, tzv. pravosudnih akademija, najpre u Francuskoj, a potom i u drugim evropskim zemljama, predstavljala je dodatni impuls u profesionalizaciji i specijalizaciji sudskog kadra.

Izbor sudija u kontinentalnom pravu počiva na prioritetu poznavanja prava ili tehničkom znanju, dok se u anglosaksonskom sistemu na prvom mestu nalazi iskustvo sudije i ocena njegovog pristupa u primeni prava.¹⁰ Mada se u kontinentalnom pravnom sistemu obeshrabruje kretanje iz drugih profesija u sudstvo, ima primera da se iskusnim pravnicima dopušta ulazak u sudijsku profesiju, tj. da u nekoj kasnijoj fazi svog profesionalnog staža pravnici mogu da konkurišu za izbor sudije. U Francuskoj, na primer, postoji mogućnost da za Nacionalnu školu magistrata konkurišu kako diplomirani studenti prava do određenih godina života, tako i javni službenici sa najmanje četiri godine iskustva i praktičari iz drugih pravnih profesija sa najmanje osam godina iskustva. Sa druge strane, Nemačka je zadržala tradicionalni model po kome sudstvo „samo sebe proizvodi“, što znači da se sudije regrutuju iz redova diplomiranih pravnika, sa izuzetkom specijalizovanih sudova u kojima mogu biti angažovani profesori.

Postupak izbora sudija u kontinentalnom pravu sprovodi se na tri načina: sistemi u kojima zakonodavna ili izvršna vlast vrše izbor sudija (eksplicitni uticaj političke vlasti), sistemi u kojima nezavisno pravosudno telo, sastavljeno pretežno od sudija, vrši selekciju kandidata i izbor sudija (onemogućen uticaj političke vlasti) i treći, tzv. kombinovani sistem, gde nezavisna tela vrše selekciju kandidata, a postupak imenovanja sprovodi zakonodavna ili izvršna vlast. Treći model se primenjuje sve ređe, ali je još uvek zadržan u Nemačkoj, gde ministar pravosuđa imenuje sudije na predlog nezavisnog pravosudnog saveta, koji ima svojstvo konsultativnog tela. U nemačkoj jurisprudenciji smatra se da je savet odigrao značajnu ulogu u odbrani sudstva od političkog uticaja, jer je obezbedio stručno i kolektivno odlučivanje prilikom selekcije kandidata. Nadležni ministar samo potvrđuje predloge saveta i svoje ustavno ovlašćenje koristi retko, te izuzetno zaustavlja neke od predloga ovog nezavisnog tela (tzv. neformalni veto).

U cilju jačanja institucionalnih garancija nezavisnog sudstva danas su u velikom broju evropskih zemalja obrazovana posebna pravosudna tela koja

¹⁰ Zato se unutrašnja organizacija sudstva u evropskim zemljama može definisati kao „hijerarhijsko činovništvo“, dok u *common law* sistemu ono funkcioniše kao „koordinirano činovništvo“ (Bobek, 2008: 113).

imaju ulogu posrednika između političkih vlasti i sudstva.¹¹ Prvi pravosudni saveti formirani su u Francuskoj i Italiji pedesetih godina, a potom su Španija i Portugalija formirale iste savete nakon raskida sa autoritarnim sistemom kao značajnu pravnu garanciju kojom je trebalo učvrstiti vladavinu prava. Krajem prošlog i početkom ovog veka nezavisni pravosudni saveti ustanovljeni su u najvećem broju zemalja Istočne Evrope i u zemljama Severne Evrope, kao što su Irska (1998), Danska (1999) i Holandija (2003), (Voermans, 2003: 2134). Ustanovljavanje pravosudnog saveta predstavljalo je lakmus papir za institucionalnu reformu sudstva, jer se smatralo da on obezbeđuje osnovna svojstva podele vlasti: balans, koji treba postići između zakonodavne i izvršne vlasti, ne mešajući ih u domen sudske, kao nezavisne grane, kao i odgovornost u funkcionalnoj raspodeli, kojoj podležu sve tri grane vlasti, uključujući i sudsku vlast. Međutim, iako sastav i ovlašćenja pravosudnog saveta predstavljaju jaku garanciju nezavisnosti sudstva, još uvek nije pronađena ustavna formula o odgovornosti ovog tela, što bi omogućilo da se jasnije sagleda njegova pozicija u ustavnoj podeli vlasti.

4. Ustavne garancije nezavisnog sudstva u Srbiji

Osnovna pitanja na koja bi trebalo tražiti i pronaći odgovor u nedovršenoj pravnoj državi su sledeća: kako osigurati sudsku vlast od direktnih i indirektnih pritisaka izvršne vlasti i kako ograničiti zakonodavnu vlast u pokušaju da potčini pravosuđe arbitrarnosti onih koji odlučuju o njihovom izboru i statusu?¹² Ova pitanja se permanentno postavljaju ne samo u „novim“ ustavnim demokratijama, već i u onim u kojima postoji dugogodišnji pravni kontinuitet u ostvarivanju postulata vladavine prava.¹³

¹¹ Istorijski posmatrano, koreni ovog tela mogu se naći u francuskom zakonodavstvu od 1883. godine, koje je predviđalo posebnu nadležnost saveta u pogledu „disciplinovanja“ sudija (Dika, 1992: 529).

¹² Istorijski koreni sudske nezavisnosti u Srbiji sežu u devetnaesti vek, a pravi kvalitativni pomak u garancijama predstavljao je Zakon o sudijama iz 1881. godine (Stojičić, 1977: 293–316).

¹³ Tako se u francuskom Ustavu 1958. godine prvi put pojavljuju različiti izrazi kojima se označavaju političke vlasti (zakonodavna i izvršna) i sudska vlast. Dok se za prve dve koristi izraz vlast (*pouvoir*), dotle se za sudstvo koristi izraz autoritet (*autorité judiciaire*), čime se želi ukazati da je ova treća nastala kao grana *per se* i da ona ne zavisi od moći i uticaja političkih vlasti (Triva, 1989: 226).

Ustav Republike Srbije u okviru uređenja vlasti jedan odeljak posvećuje sudovima, mada se time ne završava uređenje ove grane vlasti jer se posebna pažnja posvećuje Visokom savetu sudstva. Prema broju ustavnih odredaba i širini pravnog prostora, koji je posvećen sudovima i Visokom savetu sudstva, reklo bi se da je donosioc Ustava posebno zanimala odbrana nezavisnosti sudstva u „mladoj“ pravnoj državi. Međutim, normativna nedoslednost i sistemska protivurečnost odredaba Ustava izazvala je brojne rasprave i kritike stručne javnosti. Problem institucionalnih garancija nezavisnog sudstva dobio je na značaju tek kasnije, tokom procesa reforme sudstva i „opšteg“ (re)izbora sudija u Republici. Ne samo domaća, već i evropska stručna javnost ukazale su na nedostatke u procesu izbora sudija, ukazujući na brojne probleme vezane za postupak pred Visokim savetom sudstva, kao i u pogledu njegove strukture i sastava (Rakić-Vodinelić, Knežević Bojović, Reljanović, 2012; Ivošević, 2010).¹⁴

Osnovna načela sudstva (*čl. 142*) nalaze se na početku sedmog odeljka Ustava Republike Srbije (2006) o uređenju sudske vlasti. Nameri ustavotvorca da se jednom odredbom obuhvate svi principi na kojima počiva organizacioni i funkcionalni kapacitet ove grane u sistemu podele vlasti ne može se prigovoriti, ali mora se reći da se u tome nije uspelo. U navedenom članu Ustava proklamovana su sledeća „načela sudstva“: nezavisnost i samostalnost sudova, zakonitost, tj. vezanost sudova pravom, javnost u radu, načelo zbornosti (suđenje u veću) i načelo porote. Ovakav pristup u regulisanju ne pruža jasnu sliku o tome kakav koncept nezavisnosti zastupamo, s obzirom na to da je nezavisno sudstvo u osnovnim odredbama Ustava (*čl. 3*) proglašeno za temeljnu vrednost pravne države. Sistemsko tumačenje Ustava podrazumeva da se moraju načelno urediti kako institucionalne, tako i personalne garancije. Stoga se ne mogu samo ove prve (institucionalne) smatrati načelima, dok se drugima prepušta nivo ustavnog pravila kojim se uređuje vršenje sudijske funkcije. Načelni karakter personalnih (individualnih) garancija treba da ostvari isti cilj kao i kod institucionalnih garancija: uobličiti fizionomiju nezavisnog sudstva kao primarne vrednosti vladavine prava.

¹⁴ O spornom prvom sastavu Visokog saveta sudstva, videti i: Izdvojeno mišljenje O. Vučić, sudije Ustavnog suda Srbije, u predmetu VIIIU-413/2012, i u predmetu VIIIU-402/2012.

Ustavne garancije personalne nezavisnosti, kao što su: stalnost sudijske funkcije (čl. 146), nezavisnost sudije (čl. 149), nepremestivost sudije (čl. 150), nepredvidivim redosledom razbacane su po čitavom odeljku o uređenju sudstva. S obzirom na to da struktura pravnog akta proističe iz redosleda prioriteta uređivanja i značaja pojedinih instituta, ostaje neobjašnjivo zašto je garancija individualne „nezavisnosti sudije“ u vršenju sudske funkcije smeštena iza (nepotrebno detaljne) odredbe o predsedniku Vrhovnog kasacionog suda, zatim odredbe o sudskim odlukama i o prestanku sudijske funkcije. Upravo obrnuto, nezavisnost sudije u obavljanju sudske funkcije čini primarni uslov za samostalno odlučivanje i zaslužuje poziciju u načelnom uređenju ove grane vlasti. Pitanje sistematike ustavnih garancija nije samo tehničkog karaktera, ono direktno utiče na „duh“ ustavnih garancija i može dovesti u pitanje oblikovanje sudstva kao nezavisne grane vlasti. Stoga je od posebnog značaja da osnovna načela sudstva budu koncipirana tako da se na početku odeljka navedu temeljne ustavne garancije, institucionalne i personalne, kojima će biti načelno uređen položaj suda i nosilaca sudske funkcije.

Posebne odredbe Ustava (čl. 143. i 144) posvećene su organizaciji sudova, pri čemu je potpuno nepotrebno gotovo polovinu „pravnog prostora“ zauzelo uređenje izbora, mandata i prestanka funkcije predsednika Vrhovnog kasacionog suda. Ne treba posebno obrazlagati stav da iz naziva najvišeg redovnog suda treba izbaciti prefiks „kasacioni“, koji ne samo da ne odgovara prirodi ovog organa, nego može stvoriti zabludu prilikom tumačenja njegovih osnovnih nadležnosti. Način izbora predsednika Vrhovnog kasacionog suda ne samo da je nepotrebno detaljno uređen Ustavom, već je u osnovi kontradiktoran i navodi na sumnju da postoji namera da se ovaj izbor učini „važnim“ da bi se sakrio uticaj političke vlasti. Ni u jednom drugom izbornom procesu koji Ustav uređuje (izbor sudija Ustavnog suda, članova Visokog saveta sudstva i članova Državnog veća tužilaštva, Republičkog javnog tužioca i dr.) nije predviđeno toliko subjekata u postupku, a naročito nije predviđena procedura u kojoj se ne može sa sigurnošću utvrditi pravni kapacitet svakog od njih.

Izbor sudija (čl. 147) uređen je Ustavom na kratak i koncizan način, te se ovo pitanje može u potpunosti sagledati samo u korelaciji sa ustavnim odredbama

o Visokom savetu sudstva. Sa izuzetkom prvog izbora, sudije se biraju na stalnu sudsku funkciju od strane Visokog saveta sudstva. Ovde se mora otvoriti pitanje: kako sudije postaju i kako napreduju u svojoj karijeri? Da li je ovde reč o ustavnoj mimikriji kojom se pokušava sakriti politički uticaj prilikom odabira sudija time što „svaki“ prvi izbor mora da prođe parlamentarnu instancu, da bi se potom Visokom savetu sudstva prepustila „široka“ nadležnost, koja se suštinski može kretati samo u granicama „prvog“ odabira, prethodno učinjenog od strane Skupštine? U osnovi, izbor „svakog“ sudije počiva na odluci parlamentarne većine koja se, uprkos svim mehanizmima u procesu selekcije kandidata, uvek rukovodi političkim razlozima. Iskustvo zemalja u svetu, kao na primer, istočnoevropskih i latinoameričkih država, koje prolaze ili su prošle sličan put u procesu demokratizacije, pokazuje da je opasnost od političkog uticaja parlamenta daleko veća od opasnosti uticaja organa izvršne vlasti (Šef države ili nadležni ministar). Prvi izbor sudija na ograničeno vremensko trajanje može se obrazložiti argumentima „za“ i „protiv“. U kontinentalnom pravnom sistemu, čije vrednosti delimo, prilikom izbora sudija prioritet je dat kriterijumu stručnog obrazovanja i poznavanja pozitivnog prava. Sudije započinju svoju profesionalnu karijeru nakon univerziteta sa položenim stručnim ispitom, a na osnovu kratkog profesionalnog iskustva. Stoga se može reći da prvi izbor na ograničeno vreme ima utemeljeni razlog i da on služi svrsi u smislu provere sposobnosti kandidata da se bave ovim pozivom. Međutim, ograničeno trajanje prvog izbora dovodi u ozbiljnu opasnost koncept podele vlasti u kome je sudstvu obezbeđen status nezavisne grane, jer odstupanje od stalnosti sudske funkcije prilikom prvog izbora može poslužiti kao opasan izvor za kasnije, permanentno vršenje uticaja na rad sudstva.

Sa druge strane, prestanak sudske funkcije (*čl. 148*) normiran je u jednom članu Ustava, kojim se generalno navode osnovi za prestanak funkcije, nadležnost Saveta i pravo na pravni lek kandidata u postupku izbora. Zakonodavcu je prepušteno da bliže uredi osnove i razloge za prestanak sudske funkcije, kao i razloge za razrešenje od dužnosti predsednika suda. Međutim, ova pitanja predstavljaju važne elemente u kompoziciji sudske nezavisnosti, pa je neprimerena ovako široka enonsijacija zakona. Obezbeđivanje institucionalne nezavisnosti i garantovanje individualne samostalnosti sudija u jednakoj meri je uslovljeno razlozima za prestanak

funkcije, kao i načinom njihovog izbora. Može se reći da u dvopolnosti objektivne nezavisnosti preteže sigurnost i zaštita od arbitrarnosti u pogledu prekida funkcije, čak i više nego što je to sam inicijalni čin izbora. Zadatak je Ustava da zaštiti sudsku granu vlasti i od „samovolje“ samog zakonodavca, utoliko pre što se njihove nadležnosti prostiru u istoj, horizontalnoj ravni podele vlasti. Zato razlozi za prestanak sudske funkcije i razrešenje sudija moraju biti Ustavom detaljno uređeni.

Imunitet i nespojivost funkcija (čl. 151. i 152) poslednje su u nizu ustavnih garancija nezavisnosti sudstva. Garantovana je imunitetska zaštita sudija materijalnog i procesnog karaktera. Materijalni imunitet sudija trebalo bi preciznije urediti, jer postojeća pravna formulacija unosi zabunu i otvara pitanje: da li su sudije zaštićene od odgovornosti za izraženo mišljenje samo prilikom odlučivanja ili se ova zaštita prostire na ceo postupak presuđivanja? U skladu sa ciljevima imunitetske zaštite sudija, odredbu bi trebalo pojasniti unošenjem sintagme „za izraženo mišljenje u sudskom postupku i za glasanje prilikom donošenja sudske odluke“. Konačno, nespojivost sudske funkcije je institut koji proizilazi iz načela podele vlasti i trebalo bi ga Ustavom detaljno urediti. Zabrana političkog delovanja sudija je važna garancija institucionalne i personalne nezavisnosti sudstva i ona traži precizno uređen pravni sadržaj.

5. Visoki savet sudstva i izbor sudija

Srbija je odabrala model izbora sudija koji nije nepoznat u evropskom kontinentalnom pravu. Sudije bira na stalnu sudijsku funkciju Visoki savet sudstva, osim u slučaju prvog izbora koji vrši Narodna skupština i koji je vremenski ograničen na tri godine. Uticaj zakonodavne vlasti u postupku prvog izbora i ograničeno trogodišnje trajanje bili su predmet brojnih kritika u domaćoj pravnoj literaturi.¹⁵

¹⁵ Najviše kritika izazvao je „politički“ stav da je reč o ustavnom diskontinuitetu, kojim je trebalo „opravdati“ opšti reizbor sudija. Domaća pravna teorija stala je na stanovište da je reč o ustavnom kontinuitetu, odnosno, da izmene Ustava u celosti ne predstavljaju isključivi uslov da bi se stvorili uslovi za diskontinuitet i na taj način opravdala potreba potpunog „prekida“ sa nosiocima sudske funkcije iz prethodnog ustavnog razdoblja (1990–2006) (Marković, 2008; Hasanbegović, 2008; Marinković, 2009: 287).

Institucionalizacija pravosudnog saveta u Republici Srbiji započela je 2001. godine i sprovedena je na osnovu Zakona o Visokom savetu pravosuđa, koji je prerastao u Visoki savet sudstva sa snažnim pravnim garancijama u okviru sistemskih jemstava nezavisnosti i samostalnosti sudstva predviđenih Ustavom 2006. godine. Nadležnost i struktura Visokog saveta sudstva uređeni su Ustavom, dok je izbor njegovih članova u celosti prepušten Narodnoj skupštini. Na ovaj način, otvoreno je pitanje legitimacijskog osnova nezavisnog pravosudnog tela, jer njegova i nezavisnost sudstva mora biti obezbeđena u izvoru, prilikom izbora ili imenovanja članova Saveta. Ako se za veličinu, tj. postojeći broj članova (jedanaest) Saveta može reći da je odgovarajući, dotle se način njihovog izbora mora značajno promeniti kako u pogledu članstva po položaju, tako i u pogledu predstavnika struke.

Tri člana po položaju u strukturi Visokog saveta sudstva bitno narušavaju osnovne institucionalne pretpostavke za samostalno delovanje nezavisnog pravosudnog tela. Narodni poslanik, u svojstvu predsednika nadležnog skupštinskog odbora, u najmanju je ruku nekorektno političko članstvo u strukturi Saveta. Njegova pozicija je takva da on, po prirodi svoje funkcije i u skladu sa ustavnim ovlašćenjima zakonodavnog organa, učestvuje u ostvarivanju garancija nezavisnosti sudstva kao član parlamenta. S obzirom na to da skupštinski Odbor daje mišljenje o predlogu odluke za izbor predsednika Vrhovnog kasacionog suda i Republičkog javnog tužioca, sledi da se u funkciji predsednika nadležnog odbora stapa više ovlašćenja koja bi trebalo da budu funkcionalno razdvojena i koja dovode u pitanje druga ustavna pravila o podeli vlasti (nespojivost funkcija i sukob interesa). Jasno je da preko ove, na prvi pogled, tanke personalne veze Narodna skupština uspeva da koordinira i obezbedi političku kontrolu nad radom Saveta. S obzirom na parlamentarnu praksu da partije potpuno „raspolazu“ poslaničkim mandatima, nema nikakvih garancija da će predstavnik zakonodavne vlasti nastupati sa pozicija opšteg interesa. Upravo obrnuto, uvek će postojati opasnost da prilikom selekcije i izbora sudija dođe do „nagodbe“ i „preraspodele“ funkcija između političkih partija.

Drugi član po položaju je ministar pravosuđa kome se ne može osporiti ustavna kompetencija da se stara o garancijama nezavisnosti sudstva (prvenstveno u domenu sudske administracije i budžetiranja), ali se ne može

ni afirmisati njegovo aktivno sudelovanje u ovom telu jer je ovde politički upliv sasvim jasan. Ministar pravosuđa bi mogao da bude uključen kada se raspravlja o budžetskim pitanjima, čime bi se obezbedila ravnoteža između finansijskih potreba sudstva i ukupnih finansija, koje Vlada predlaže parlamentu. Uprkos političkoj odgovornosti vlade za stvaranje ambijenta u kome će funkcionisati nezavisno sudstvo, prisustvo ministra u ovom telu može biti protokolarno i bez prava glasa. Konačno, predsednik Vrhovnog kasacionog suda, kao treći član po položaju je prihvatljivo rešenje, pod pretpostavkom da odredbe o izboru predsednika najvišeg suda budu izmenjene. Pozicija Saveta i njegova ustavna ovlašćenja predstavljaju utemeljenu pretpostavku da je ovo telo sposobno da izabere „svog“ predsednika među „svojim“ članovima, ali bez pravnog automatizma u pogledu predsedavanja pravosudnim savetom.

Ukidanje članstva po položaju značilo bi da se broj predstavnika struke poveća, a ukoliko se želi ojačati profesionalnost i samostalnost, onda sudije – članovi Saveta treba da budu birani direktno od strane sudske vlasti. Aktivno pravo glasa treba da imaju sve sudije koje su izabrane na stalnu sudijsku funkciju, dok bi u pogledu pasivnog prava bilo neophodno precizirati uslove koje treba da ispunjavaju kandidati za položaj člana Visokog saveta sudstva. Proces selekcije kandidata predstavljao bi dodatnu garanciju sa aspekta profesionalnosti i zaštite struke, jer bi bilo omogućeno da sudije biraju najbolje među sobom. Struktura članova Saveta treba da bude zasnovana na funkcionalnom kriterijumu, koji u potpunosti odražava postojeću organizaciju sudova u Republici. Korekcija ovog principa dopustiva je u meri u kojoj bi bio afirmisan legitimni cilj ravnomerne zastupljenosti svih sudova. Tako na primer, teritorijalnu zastupljenost, koja se u pozitivnom pravu pojavljuje kao politički korektiv zasnovan na uvažavanju pokrajinske autonomije, trebalo bi zameniti i obezbediti zastupljenost predstavnika sve četiri republičke apelacije u sastavu Saveta.

Na kraju, trebalo bi potražiti odgovor na pitanje o odgovornosti Visokog saveta sudstva u ustavnoj organizaciji vlasti. *In rerum natura* podele vlasti je pravilo da svaka grana polaže račun, što uključuje i funkcionisanje sudske grane, sa ciljem odbrane primarnog izvora suverene vlasti. Ovde nije reč o paradoksu podele vlasti, već o „negativnim“ garancijama institucionalne nezavisnosti sudstva. Nezavisnost je u osnovi negativan pojam, njegovoj prirodi ne

odgovara taksativno pobranje ili *explicite* određenje oblika „zavisnosti“. Stoga se mora osigurati da neko polaže račun ako nisu ispunjene pretpostavke za „ambijent“ u kome treba da funkcioniše nezavisno sudstvo. Funkcionalna raspodela vlasti podrazumeva da se o tome stara vlada, te je resorni ministar prvi na udaru u slučaju da nisu ispunjeni osnovni uslovi za funkcionisanje nezavisnog sudstva. Međutim, ostaje otvoreno pitanje: kome odgovara pravosudni savet? S obzirom na to da direktna kontrola od strane nadležnog ministra ne bi bila u skladu sa prirodom ovog tela, poželjna je kontrola od strane građana koja se može ostvariti jačanjem javnosti u radu Saveta, što bi značilo njegovu obavezu da publikuje godišnje izveštaje, predlog budžeta i ostale akte. Javnost u radu pravosudnog saveta treba da pruži dvostruki učinak: u pogledu građanske, tj. civilne kontrole i u pogledu strukovne, tj. profesionalne kontrole. Pored toga, potrebno je urediti pravni put i mogućnost žalbe na odluke pravosudnog saveta, čime bi sistem dobio zaokruženu celinu nezavisnosti i odgovornosti. U najširem smislu, ovde se može primeniti pravilo o pravu na zakonitog sudiju, kao garanciju za sve one na koje se odnosi jurisprudencija specijalnog pravosudnog organa: garancija da se zahteva sudska odluka i garancija od neovlašćenog uplitanja u rad sudstva. Odgovornost Visokog saveta sudstva može biti obezbeđena i ograničenim mandatom njegovih članova, koji treba da traje duže od mandata predstavnika političkih vlasti (najmanje šest godina), a po proteku mandata članovi Saveta bi trebalo da polože račun građanima i pravnoj struci.

6. Zaključak

Konstitucionalizacija sudske nezavisnosti predstavlja okosnicu svakog sistema koji počiva na vrednostima pravne države, uz puno uvažavanje razloga koji ukazuju da normativna realnost nije dovoljna da bi sistem bio sveukupno pozitivno ocenjen. Sudski sistem funkcioniše u uslovima podele vlasti koja je, kao i nezavisnost sudstva, primarna garancija pravne države. Otuda je potrebno paralelno razmatrati systemske garancije sudske nezavisnosti i pravila o odgovornosti, najpre političkih vlasti za stvaranje društvenog ambijenta u kome će sudstvo delovati kao nezavisno, kao i o odgovornosti sudske vlasti za samostalno obavljanje funkcije.

S obzirom na to da su sudovi nosioci vlasti, a vlast sa sobom nosi i odgovornost, zadatak je pronaći racionalnu i proporcionalnu vezu između njih.

U procesu izgradnje ustavne demokratije u Srbiji donošenje ustava trebalo bi da predstavlja izraz poštovanja tradicionalnih vrednosti vladavine prava, uz uvažavanje savremenog političkog okvira za funkcionisanje parlamentarne demokratije. Pronalaženje dobre mere između ova dva, ponekad suprotstavljena, područja predstavlja težak zadatak, naročito u uslovima prekinute tradicije građanske ustavnosti. Načelo podele vlasti treba ustavom urediti kao temeljno načelo, koje ostvaruje zahteve ustavne demokratije i u potpunosti podržava garancije vladavine prava. Stoga je neophodno izvršiti konstitucionalizaciju nezavisnog sudstva na način koji će garantovati vladavinu prava kroz podelu vlasti u kojoj nema mesta „međusobnoj kontroli“ političkih vlasti u odnosu na sudski autoritet.

Literatura

Bobek, M. (2008). The Fortress of Judicial Independence. *European Public Law*. 14 (1). 99–123

Voermans, W. (2003). Councils for the Judiciary in Europe: Trends and Models, in F.F.Segado (ed.), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*, Madrid: Dykinson, S.L. 2133–2144

Gallagher, M., Laver, M., Mair, P. (2001). *Representative Government in Modern Europe*. New York: McGraw Hill

Go, J. (2003). A Globalizing Constitutionalism? Views from the Postcolony, 1945–2000. *International Sociology*. 18 (71). 71–95

Guarnieri, C. (2004). Appointment and career of judges in continental Europe: the rise of judicial self-government, *Legal Studies*. Vol. 24. Iss. 1–2. 169–187

Dika, M. (1992). O razvitku instituta sudske (sudačke) nezavisnosti u zapadnoevropskom civilizacijskom krugu. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu*. 42. 511–531

Ivošević, Z. (2010). Mane opšteg izbora sudija. *Peščanik*. Preuzeto 18.6.2014. sa: <http://pescanik.net/2010/01/mane-opsteg-izbora-sudija>

Jovičić, M. (1977). *O ustavu*. Beograd: Institut za uporedno pravo

Konstan, B. (2000). *Principi politike i drugi spisi*. Beograd: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva

Lič, F.(2007). *Obraćanje Evropskom sudu za ljudska prava* (knjiga I). Beograd: Beogradski centar za ljudska prava

Marinković, T. (2009). O ustavnosti opšteg reizbora sudija. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 1. 283–291

Marković, R. (2008). Obraćanje na okruglom stolu „Pravosudni zakoni“.(održanom 8. novembra 2008. u Beogradu). *Informator Društva sudija Srbije*. 2. 5–14

Montesquieu, Ch.S. (1914). *The Spirit of Laws*. (Translated by Thomas Nugent, revised by J. V. Prichard). London: G. Bell & Sons, Ltd

Pajvančić, M. (2009). *Komentar Ustava Republike Srbije*, Beograd: Konrad Adenauer Stiftung

Rakić-Vodinelić, V., Knežević Bojović, A., Reljanović, M., (2012). *Reforma pravosuđa u Srbiji 2008–2012*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union, JP Službeni glasnik

Russell,P.H. (2001).Toward a General Theory of Judicial Independence. In Russell,P.H., O`Brien D.M. (eds.). *Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives from around the World*. Virginia: University Press of Virginia. 1–24

Russell,P.H., O`Brien D.M. (eds.). *Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives from around the World*. Virginia: University Press of Virginia. 233–250

Smith, R.K.M. (2003). *International Human Rights*. Oxford: Oxford University Press

Стојичић, С. (1977). Закон о судијама у Србији 1881. године. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 17. 293–316

Shetreet, S. (2001). The Critical Challenge of Judicial Independence in Israel. In P.H.Russell, D.M.O`Brien (eds.). *Judicial Independence in the Age of Democracy*,

Critical Perspectives from around the World. Virginia: University Press of Virginia. 233–250

Triva, S. (1989). Profesionalni sudci u Francuskoj: Obrazovanje, regrutiranje, napredovanje i odgovornost sudaca. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*. 39/2. 1989. 223–251

Federico, G. (2004). Independence and accountability of the judiciary in Italy. The experience of a former transitional country in a comparative perspective. in A.Sajo and R.Bentch (eds.). *Judicial Integrity*. Leiden: Brill. 1–15

Хасанбеговић, Ј. (2008). Обраћање на округлом столу „Правосудни закони“. (одржаном 8. новембра 2008. у Београду). *Информатор Друштва судија Србије*. 2.19–27

Capelletti, M. (1985). Who watches the Watchmen? A Comparative Study of Judicial Responsibility. In Shetreet, D. Deschenes, J. (eds.). *Judicial Independence: The Contemporary Debate*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publisher. 550–589

Irena Pejić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

**Constitutionalization of Judicial Independence:
in Comparative Law and in Serbian Legislation**

Summary

The aim of this paper is to point out that the guarantees of judicial independence have to be regulated by the Constitution as they create *de iure* framework for the independence of the judiciary in the rule of law system. The author is aware that the constitutional guarantees are *per se* insufficient and that their primary features may yield different effects depending on the political environment and cultural matrix in which they take effect. The judicial system operates in the circumstances of the separation of powers, where the independent judiciary is corroborated a guarantee of the rule of law. Hence, it is important to concurrently elaborate on the institutional and personal guarantees of judicial independence, focusing on the responsibility of the political authorities to create a relevant social environment for the operation of the independent judiciary as well as on the responsibility of the judiciary to independently exercise their judicial function.

The author's intention in this paper is to provides a comparative analysis on the guarantees of independent judiciary and the minimum rules that constitute the cohesive core which serves as the common meeting grounds not only for the EU member states but also for all countries of the European-Continental legal system in their efforts to ensure the judicial independence as the primary condition for exercising the rule of law. The corpus of constitutional guarantees on independent judiciary includes the following elements: the judicial appointments and termination of a judicial office; the permanence of the judicial office and impartiality in decision-making processes; the professional responsibility and judicial immunity; as well as the recently established judicial councils, which have been given the constitutional authority to protect the independence of the judiciary.

Key words: Judiciary, Independence Judiciary, Constitutional guarantees.

Dr Dejan Vučetić,*
Docent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

NAUČNI ČLANAK

UDK: 342.9:35.077.3](4-672EU)

Rad primljen: 01.09.2014.

Rad prihvaćen: 01.12.2014.

EVROPSKA UPRAVNO-PROCESNA PRAVILA I OPŠTI UPRAVNI POSTUPAK REPUBLIKE SRBIJE**

Apstrakt: U prvom delu rada autor daje sveobuhvatnu analizu pravnih izvora evropskog upravnog procesnog prava, osnovnih standarda, principa, preporuka i direktiva u ovoj oblasti. Sledeći deo rada bavi se uticajem navedenih izvora na nacionalna zakonodavna rešenja u ovoj oblasti kao i povratnim dejstvom nacionalnih upravno-procesnih zakona na upravno-procesno pravo EU. Poslednji deo rada procenjuje stanje u ovoj oblasti u kontekstu reforme srpske javne uprave i Zakona o opštem upravnom postupku Republike Srbije.

Ključne reči: pravo na dobru upravu, upravni postupak, principi evropskog upravno-procesnog prava.

1. Uvod

Prema istraživanju javnog mnjenja „Eurobarometer“ iz 2011. godine, a koje se za potrebe Evropske komisije obavlja još od 1973. godine, za 33% građana EU pravo na dobru upravu je njihovo najvažnije građansko pravo (Evropski parlament, 2012: 17). Isto istraživanje pokazalo je da su građani nezadovoljni nedostatkom transparentnosti u radu institucija EU. Ove činjenice jasno ukazuju na značaj upravno-procesnih pravila za pravilno funkcionisanje Unije, kao i na činjenicu da se verovatnoća donošenja dobrih upravnih odluka značajno povećava ako organi uprave postupaju u skladu sa određenim procesnim pravilima.

* dvucetic@prafak.ni.ac.rs

** Oвај чланак је резултат рада у оквиру пројекта под називом „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који је финансиран од стране Министарства просвете и науке Републике Србије (референтни број 179046).

To potvrđuje i podatak da se broj država koje su propisima uredile svoj upravni postupak prilično povećao u poslednjih nekoliko decenija, tako da ustaljena podela, prisutna u nekim udžbenicima Upravnog prava, na tri pravna sistema regulisanja upravnog postupka sve više poprima teoretski karakter. Prema toj podeli, u zavisnosti od toga da li imaju kodifikovan upravni postupak, države se mogu podeliti u tri grupe. Prvu grupu čine one koje su upravni postupak u potpunosti kodifikovale. Drugu, zemlje tzv. mešovitog sistema, koje imaju procesne propise koji se odnose na upravu, ali nekodifikovane. Treću grupu čine zemlje koje uopšte nemaju procesne upravne propise (Dimitrijević 2013, 292; Milkov 2012: 71; i dr.).

Od 28 država članica Evropske unije 21 članica ima usvojen zakon o opštem upravnom postupku (Evropski parlament, 2012: III-12). Prema podacima nekih autora „od evropskih država danas svega nekoliko nemaju posebne zakone o opštem upravnom postupku“, od kojih su najznačajnije Francuska i Velika Britanija (Lončar, 2013: 319), premda se i u Francuskoj u poslednje vreme javljaju pojedini zakoni kojima se regulišu određena formalna pitanja rada uprave. Tako se Zakonom od 6. januara 1978. godine o informatici, dosijeima i slobodama garantuje pravo pristupa građana informacijama u javnim i privatnim dosijeima na osnovu čega pojedini autori zaključuju da se Francuska „više ne može okarakterisati kao zemlja u kojoj uopšte ne postoje formalni zakoni koji se odnose na rad uprave“ (Milkov, 2012: 74).

2. Pravni izvori evropskog upravno-procesnog prava i njihov odnos sa nacionalnim upravno-procesnim regulama

Dve glavne pokretačke snage u formulisanju pravila evropskog upravnog prava, u sklopu zajedničkog evropskog upravnog prostora, jesu Evropska unija i Savet Evrope (Kavran, 2004; Dimitrijević, 2010; Lilić, Golubović, 2011; Koprić, Musa, Lalić, 2011, Davinić, 2013).

Na prvom mestu, najviši pravni akti Evropske unije sadrže odredbe upravno-procesnog karaktera. Na primer, odredba člana 296. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije sadrži pravila o objavljivanju akata, obaveštenja i stupanja na snagu. Odredbe članova 10, 18. i 19. Ugovora o funkcionisanju EU razrađuju opšti princip nediskriminacije. Odredbe članova 15. i 16. sadrže

norme o transparentnosti (javnosti) upravnih radnji organa EU, pristupu dokumentima (spisima) i obradi ličnih podataka. Iz ugla upravno-procesnog prava, najvažnija je odredba člana 298. Ugovora o funkcionisanju EU, budući da ona naglašava procesnu dimenziju prava na dobru upravu (koja je takođe sadržana u članu 41. Povelje o osnovnim pravima EU usvojene u Nici 2000.) kao prava svakog na nepristrasan i pošten tretman njegove upravne stvari, u razumnom roku (Davinić, 2013: 110). Međutim, ove odredbe uspostavljaju principe upravnog postupanja na previše uopšten način što nužno zahteva njihovu razradu kroz propise sekundarnog zakonodavstva.

Pored Povelje, najvažniju ulogu u „oblikovanju“ upravno-procesnog prava evropskih država ima Evropski ombudsman čiji je „Evropski kodeks dobrog upravnog postupanja“ (The European Code of Good Administrative Behaviour, Louxemburg, European Communities, The European Ombudsman) usvojen od strane Evropskog parlamenta.

Savet Evrope, sa druge strane, stvara upravne standarde kao manje stroge izvore prava (tzv. meko pravo ili „soft law“), prvenstveno putem preporuka i rezolucija, ali i putem međunarodnih ugovora (Lilić, Golubović, 2011: 45, 94–100). Najvažniji takav ugovor je Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda koju je ratifikovala i Srbija. I Evropski sud pravde primenjuje tu Konvenciju, odnosno štiti osnovna prava kao deo evropskog prava, premda EU nije potpisala Konvenciju. U preporuke Saveta Evrope od značaja za upravno postupanje ubrajaju se i Preporuka (1977) 31 o zaštiti pojedinca od akata upravnih organa, Preporuka (2003) 16 o izvršavanju upravnih i sudskih odluka, Preporuka (2007) 7 Komiteta ministara države članicama o pravu na dobru upravu i Preporuka (2010) 3 o efektivnim pravnim lekovima u slučaju postupaka koji predugo traju. Prema Preporuci 31 iz 1977. godine, cilj ovih preporuka nije unifikacija međusobno različitih zakona o opštem upravnom postupku država članica, već unapređenje opšte prepoznatljivosti određenih načela u pravu i praksi država članica. Njima se ne definišu detaljne obaveze uprave, već se daje putokaz u pravcu postizanja pravičnosti u odnosima uprave i građanina (Vučetić, 2008: 176–177).

Nezaobilazan izvor evropskog upravnog prava je i Direktiva 2006/123 od 12. decembra 2006. o uslugama na unutrašnjem tržištu (Directive 2006/123/EC

on services in the internal market), koja sadrži zahteve u pogledu: pojednostavljena upravnog postupanja, propisivanja jednog mesta za kontakte s upravom (pružanje usluga na jednom mestu), elektronskog upravnog postupka, tj. elektronske komunikacije, i instituta ćutanja uprave (njegovih pravnih posledica).

Međutim, detaljno poređenje odredbi Evropskog kodeksa dobrog administrativnog ponašanja i relevantnih odredbi Ugovora, Povelje o osnovnim pravima, kao i formulacija odgovarajućih rešenja u hijerarhijski nižim izvorima, pokazuje da izvori evropskog upravnog procesnog prava nemaju neophodnu jasnoću i preciznost, kao i da neke od odredbi Kodeksa nisu praćene odgovarajućim obavezujućim zakonskim normama (Ziller, 2012: II-15)! Zbog toga je, 2012. godine, Komitet za pravna pitanja predložio Evropskoj komisiji da, na osnovu ovlašćenja iz člana 298. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, inicira usvajanje opšteg evropskog zakona o upravnom postupku, koji će biti obavezujući za uprave svih institucija EU, organa i organizacija!

Na kraju, pre nego što pređemo na analizu drugih pitanja, napomenimo i to da postoji još jedan način za evropeizaciju nacionalnih upravno-procesnih pravnih sistema, i to kroz rad Sige, organizacionog dela OECD-a, kojeg finansira Evropska komisija. Ona je utvrdila niz standarda opšteg upravnog postupka, a 2005. godine razvila je i detaljnu listu pitanja za proveru sadržaja zakona o opštem pravnom postupku (Checklist for a General Law on Administrative Procedure). Sigma prati i nadgleda postupak izgradnje administrativnih kapaciteta, kao jednog od osnovnih uslova za pridruživanje EU, pri čemu su njeni standardi i zahtevi sve stroži tokom vremena (Sigma, 1998a; Sigma, 1998b; Sigma, 1999). Njene ocene ulaze u skraćenom obliku u izveštaje o napretku pojedine države kandidata za članstvo u EU i u velikoj meri utiču na odluke evropskih organa tokom procesa pridruživanja.

Kada je odnos prava EU sa nacionalnim zakonodavstvima u pitanju, on je prvenstveno regulisan u skladu sa principom subsidiarnosti: odredba člana 298. Ugovora o funkcionisanju EU daje procesnu autonomiju zakonodavcima država članica (European Parliament, 2012: 6). Dakle, odnos između upravnog procesnog prava EU i nacionalnih zakona u ovoj oblasti je potrebno analizirati

iz perspektive indirektnog uticaja (Statskontoret, 2005: 93) evropskih regula na nacionalna zakonodavstva. Međutim, valjalo bi uzeti u obzir da je prava priroda ovog odnosa njegova interaktivnost! Naime, nacionalna upravno-procesna zakonodavstva (zakoni) imaju značajno povratno dejstvo na upravno-procesne regule EU, s obzirom na to da u njima postoje značajna procesna prava i pravila kojih nema u pravilima EU o upravnom postupanju (Ziller, 2012: II-25-26).

3. Reforma upravnog postupka u Republici Srbiji

Prema novoj Strategiji reforme javne uprave iz 2014. godine, neophodan korak u poboljšanju postojećeg zakonskog okvira u ovoj oblasti je da se poveže proces upravne reforme sa procesom evropskih integracija, u skladu sa Nacionalnim programom za usvajanje pravnih tekovina EU (2013–2016), sa ciljem usvajanja pravnih tekovina EU i usklađivanja sa zakonodavstvom EU (Vlada Republike Srbije, 2014: 9). Aktivnosti neophodne za dalje usklađivanje propisa navedene su u Nacionalnom programu, od kojih se poboljšanje kapaciteta državne uprave, kako bi se uspešno sprovedli pregovori i proces harmonizacije propisa, izdvaja po svojoj važnosti.

Deo ovog procesa je reforma upravnog postupka (Vlada Republike Srbije, 2014: 38), koja predstavlja preduslov za veću efikasnost i predvidivost rada srpske uprave. Pored toga, donošenjem novog Zakona o opštem upravnom postupku povećala bi se pravna zaštita legitimnih očekivanja stranaka, smanjio broj posebnih upravnih postupaka koji značajno odstupaju od opšteg upravnog postupka (od kojih neki uključuju dodatne, nepotrebne troškove i produžuju trajanje postupka, čime se smanjuje pravna sigurnost i zaštita legitimnih očekivanja stranaka), uskladilo odlučivanje u upravnom postupku sa principima evropskog upravnog prostora i drugim savremenim tendencijama u okviru evropskog upravnog prava. Ova potreba je više puta istaknuta i u radovima naučno-stručnog karaktera (Dimitrijević, 2010; Lončar, 2010; Milkov, 2012).

Uprkos tome, reforma upravno-procesnog zakonodavstva u Srbiji još uvek je na samom početku. Zakon o opštem upravnom postupku Savezne Republike Jugoslavije iz 1997. godine i dalje je na snazi. On u velikoj meri prati strukturu

starog jugoslovenskog Zakona o opštem upravnom postupku iz 1956. godine, koji je neznatno menjan tokom više decenija svog važenja, a koji je konceptualno u saglasnosti sa Zakonom o opštem upravnom postupku Kraljevine Jugoslavije od 9. novembra 1930. godine. Umesto donošenja novog Zakona o opštem upravnom postupku, nakon usvajanja novog Ustava iz 2006. godine, izmenama i dopunama Zakona iz 2010. godine izvršeno je njegovo formalno (uglavnom terminološko) usklađivanje sa Ustavom. Nacrta novog Zakona o opštem upravnom postupku sačinjavani su 2004, 2012.¹ i 2013. godine. Poslednjoj verziji Nacrta iz 2013. godine deo stručne javnosti uputio je izrazito oštre kritike (Milkov, 2013; Lončar, 2013; itd.). Stiče se utisak da su u pomenuti, poslednji Nacrt iz 2013. godine, u velikoj meri samo formalno ugrađene evropske tekovine upravnog postupanja navedene u prvom delu rada. Time je u priličnoj meri napuštena skoro jednovjekovna tradicija u ovoj oblasti, a da tom prilikom nisu otklonjeni nedostaci postojećeg Zakona o opštem upravnom postupku. Detaljnu analizu svog stava u vezi sa Nacrtom zakona o opštem upravnom postupku autor ovog teksta dao je na javnoj raspravi o Nacrtu zakona o opštem upravnom postupku održanoj na Pravnom fakultetu u Nišu maja 2013. godine.

Posle niza javnih rasprava deo primedbi stručne javnosti je uvažen i Vlada Republike Srbije je, na sednici održanoj 18. decembra 2013. godine, usvojila Predlog zakona o opštem upravnom postupku.² Ipak, i u toj poslednjoj, decembarskoj verziji ovog dokumenta, ključne novine ostale su iste. Sve one, prema autorima Predloga, imaju za cilj modernizaciju „procesnih mehanizama ZUP-a“, i „usklađivanje ZUP-a sa proverenim aktuelnim uporedno-pravnim rešenjima i međunarodnim standardima, posebno sa načelima i pravilima Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda“.

Pogledajmo sada o kojim strateškim novinama je konkretno reč. Na prvom mestu to je proširivanje predmeta ZUP-a pored upravnog akta i na upravne

¹ Nacrt zakona o opštem upravnom postupku je usvojen, ali je zbog izbora nove vlade 26. jula 2012. godine povučen iz skupštinske procedure.

² Predlog zakona o opštem upravnom postupku, takođe nije prošao skupštinsku proceduru zbog izbora održanih 16. marta 2014. godine.

ugovore³, upravne radnje⁴ i pružanje javnih usluga⁵, uz prošireno definisanje upravne stvari⁶. Potom, tu su uvođenje instituta garantnog akta⁷, procesnog rešenja⁸ (uz zadržavanje zaključka kojim se do sada odlučivalo o pitanjima procesnog karaktera) i prigovora kao novog pravnog sredstva⁹, te stvaranje pretpostavki za osnivanje službe za pružanje usluga na jednom mestu¹⁰. Dalje, to su: uvođenje novih načela upravnog postupanja – srazmernosti,¹¹ predvidivosti (zaštite legitimnih očekivanja stranaka), i pristupa podacima i zaštite podataka; detaljnije normiranje elektronske komunikacije organa i stranke uz uvođenje kategorije obaveštavanja stranke¹², čija vrsta je sada dostavljanje; davanje svojstva stranke zastupnicima kolektivnih i širih interesa; smanjivanje broja vanrednih pravnih sredstava i dr. Očigledno je udaljavanje od austrijskih korena upravnog postupanja i približavanje

³ Upravni ugovori bi se zaključivali između javnih i privatnih subjekata i bili bi osnova za zasnivanje javno-privatnog partnerstva.

⁴ Upravne radnje su definisane kao materijalne radnje sa faktičkim dejstvima (član 27) i razlikuju se od pojma datog u odredbi člana 14. Zakonu o državnoj upravi iz 2005. godine prema tome one mogu imati i pravno dejstvo.

⁵ Prema Predlogu organ ne bi neposredno obezbeđivao javne usluge, već bi se starao da ih nadležni subjekti iz javnog i privatnog sektora, vršeći ih kao javnu službu, pruže na optimalan način i u javnom interesu (član 31).

⁶ Upravna stvar se definiše kao pojedinačna nesporna situacija od javnog interesa u kojoj organ, neposredno primenjujući propise, pravno ili faktički utiče na položaj stranke tako što donosi upravne akte, zaključuje upravne ugovore, preduzima upravne radnje i pruža javne usluge.

⁷ Prema obrazloženju Predloga garantni akt je uvod u budući pravni akt, instrument pravne sigurnosti kojim organ na zahtev stranke „jemči postojanje određenog pravnog stanja u budućnosti“ i „unosi izvesnost u buduće (predstojeće) odnose organa i stranke i omogućava stranci da se, pod uslovima iz garantnog akta, pripremi za donošenje upravnog akta kojim se rešava o njenom pravu, obavezi ili pravnom interesu“.

⁸ Rešenjem se više ne bi odlučivalo samo o upravnoj stvari, već i o određenim, zakonom definisanim, procesnim pitanjima, čime se napušta dosadašnja podela na rešenja i zaključke kao oblike glavnih i sporednih procesnih odluka u upravnom postupku.

⁹ Prigovor bi se izjavljivao protiv upravnog ugovora, zaključenog poravnanja, preduzete ili nepreduzete upravne radnje i pružene javne usluge, pod uslovom da njegovom podnosiocu na raspolaganju ne stoje druga pravna sredstva.

¹⁰ Služba za pružanje usluga bi omogućila da se na jednom mestu preda sva dokumentacija potrebna za donošenje više rešenja po zahtevima stranaka, čime bi se skratio postupak i izbeglo „šetanje od šaltera do šaltera“.

¹¹ Ovo načelo nije novo jer je već predviđeno Zakonom o državnoj upravi iz 2005. godine (Lončar, Vučetić, 2013: 1632).

¹² Obaveštavanje je radnja kojom organ izveštava stranku i drugog učesnika o postupanju u upravnoj stvari (član 81. st. 1).

određenim nordijskim rešenjima sa ciljem pojednostavljenja i ubrzanja upravne procedure. Koliko je takva nadgradnja umešno urađena, pokazaće vreme (pod uslovom da aktuelni tekst bude usvojen).

U Predlog su ugrađena i rešenja većine dokumenata kojima su regulisana pravila evropskog upravnog postupanja. Na primer, ako pođemo od standarda koje je ustanovila Sigma, videćemo da su svi oni našli svoje mesto u Predlogu zakona. Pored onih rešenja koja već postoje u važećem zakonu kao što su: jasno određivanje nadležnosti subjekata koji ga primenjuju (koliko je to moguće u procesnom zakonu), zakonsko regulisanje osnovnih faza postupka, sticanje svojstva pravnosnažnosti upravnog akta i propisanost rokova za njegovo donošenje, obavezno navođenje činjeničnih i pravnih razloga u obrazloženju donetog upravnog akta, razgledanje spisa od strane stranke, obavezno uputstvo o pravnom leku i jasno uređivanje razloga za ukidanje i poništavanje upravnog akta i dr., u Predlogu su svoje mesto našli standardi Sigmę kojih do sada (u takvom obliku) nije bilo u srpskom opštem upravnom postupku, kao na primer: pravo na izjašnjavanje stranke pre donošenja upravnog akta i pravo na obaveštavanje o procesnim odlukama (protiv kojih je dozvoljeno korišćenje pravnog leka) pre završetka upravnog postupka. Vrlo je moguće da će ti novousvojeni standardi biti u koliziji sa proklamovanim ciljem pojednostavljenja i ubrzanja upravnog postupka, jer predstavljaju dodatne korake koji prethode donošenju upravnog akta! Dalje, Predlog je pokušao da odgovori na sve zahteve iz Direktive 2006/123 od 12. decembra 2006. o uslugama na unutrašnjem tržištu, a naročito na: pojednostavljenje upravnog postupanja, propisivanje jednog mesta za kontakte s upravom (pružanje usluga na jednom mestu), elektronsko upravno postupanje, i dr.

Ako izuzmemo primedbe konceptualne prirode, u Predlogu su i dalje prisutni neki nomotehnički nedostaci koji kvare zamišljenu logiku budućeg novog upravnog postupka. Stiče se utisak da su tvorci Predloga prenebregli sistemski pristup prilikom njegove izrade, pa su se u njemu našle i norme organizacione prirode, poput odredbe o službi za pružanje usluga na jednom mestu, koje bi trebalo da se nalaze u Zakonu o državnoj upravi. Nadalje, predviđeno je da se dopunskim rešenjem odlučuje o troškovima postupka, iako je prethodno propisano da se njime odlučuje o svim nerešenim pitanjima koja su predmet postupka, pri čemu troškovi ne spadaju u tu kategoriju. U Predlogu su i dalje

prisutne privremene mere i protivizvršenje iako su ti instituti primereniji parničnom, a ne upravnom postupku. Takođe, predviđeno je da se postupak obustavlja kada organ oceni da nema uslova za dalje vođenje postupka, čime je otvorena mogućnost zloupotrebe ovog diskrecionih ovlašćenja u praksi. Potom, rešenje se može izuzetno izvršiti i pošto je žalba izjavljena, ako je to zakonom predviđeno, ako je potrebno preduzeti neodložne hitne mere u javnom interesu ili ako bi usled odlaganja izvršenja stranci bila naneta nenadoknativa šteta. Namerno ili ne, time je otvorena mogućnost, koja do sada nije postojala, da organ koji vodi upravni postupak odstupa od suspenzivnog dejstva žalbe u zavisnosti od sopstvene procene neodložnosti preduzimanja hitne mere u javnom interesu.

4. Zaključna razmatranja

Dobro je poznato da su problemi u funkcionisanju javne uprave uzrok pada njene efikasnosti, što se negativno odražava na funkcionisanje države, privrede ali i društva u celini. Zbog toga je, između ostalog, nužno sačiniti nove, odnosno poboljšati postojeće upravno-procesne norme tako da one propisuju proaktivan pristup u radu uprave, štede vreme, eliminišu prepreke, i smanjuju broj mogućih sporova koji mogu proisteći iz lošeg upravljanja institucijama, i to kako na nivou evropskih, tako i na nivou nacionalnih institucija i zakonodavstava. U tom smislu bi horizontalno obavezujući minimalni standardi upravnog postupanja na nivou cele Evropske unije i svih njenih institucija omogućili primenu procesnih pravila u svim oblastima delovanja EU i, u isto vreme, garantovali viši stepen zaštite osnovnih prava u svim oblastima, a posebno kada su u pitanju oblasti u kojima stranke trenutno ne uživaju jake proceduralne garancije i prava, kao što je to na primer slučaj u oblasti prava konkurencije (Ziller, 2012: II-30, Leino-Sandberg, 2012: I-7).

Sa druge strane, jedan takav opšti propis vršio bi dodatni uticaj na nacionalna upravno-procesna zakonodavstva, uključujući i srpsko, jer će biti teško objasniti građanima zašto imaju manje prava u svojim državama, nego na nivou Evropske unije (Statskontoret, 2005: 93)!

Prilikom reforme srpskog propisa o opštem upravnom postupku, analizirane evropske standarde treba do kraja precizirati i razraditi, kako ne bi ostali samo

puke proklamacije koje svoje ostvarenje neće moći da dožive u svakodnevnoj upravnoj praksi. Tom prilikom treba voditi računa da je za procenu ispunjenosti evropskih standarda u ovoj oblasti, pored njihovog zakonskog regulisanja, važno i kako se i na koji način ostvaruju. Zbog toga, svaki standard ponaosob treba prilagoditi realnim okolnostima u kojima domaća uprava obavlja svoju delatnost uz očuvanje pravila proverenih u višedecenijskoj praksi (vezanih za podelu upravnih akata na rešenja i zaključke, skraćeni upravni postupak, dokazivanje, dostavljanje itd.). I na kraju, treba voditi računa o mestu koje ovakav procesni propis ima u upravnom sistemu naše države i njegovoj usklađenosti sa ostalim propisima kojima se reguliše rad uprave.

Literatura

Vlada Republike Srbije. *Strategija reforme javne uprave u Republici Srbiji*. Beograd: Ministarstvo pravde i državne uprave (2014)

Vučetić, D. (2008). Evropski standardi zaštite ljudskih prava prilikom upravnog postupanja iz ugla Republike Srbije. U: Z. Radivojević (ur.), *Ustavne i međunarodnopravne garancije ljudskih prava* (175–190). Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta

Davinić, M. (2013). *Evropski ombudsman i loša uprava (maladministration)*. Beograd: Zaštitnik građana

Dimitrijević, P. (2013). *Upravno pravo – opšti deo*, Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu

Dimitrijević, P. (2010). U susret novom Zakonu o opštem upravnom postupku. U: P. Dimitrijević (ur.), *Aktuelne tendencije u razvoju i primeni evropskog kontinentalnog prava, sv. 1* (19–32). Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta

European Parliament. *European Added Value Assessment: Law of Administrative Procedure of the European Union*. Luxembourg: Publications Office (2012)

Kavran, D. (2004). Evropski upravni prostor, reforma i obrazovanje državne uprave. *Beograd: Pravni život br. 53*. 1059–1075

Koprić I., Musa A., Lalić N. G. (2011). Good Administration as a Ticket to the European Administrative Space. *Proceedings of Zagreb Faculty of Law* 6 (5). 1515–1560

Koprić, I. (2010). *Upoznavanje sa novim Zakonom o općem upravnom postupku*. Zagreb: Municipalities Association

Leino-Sandberg, P. (2012). Annex I – Aspects Relating to Added Value for Citizens and Economic Operators. In: European Parliament. *European added value assessment on a law of administrative procedure of the European Union*. Luxembourg: Publications Office

Lilić, S., Golubović K. (2011). Evropsko upravno pravo: sa osvrtom na upravno pravo Srbije u kontekstu evropskih integracija. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

Lončar, Z. (2013). Neka pitanja reforme upravno-procesnog zakonodavstva u Srbiji. *Beograd: Pravni život, br. 10*. 319–333

Lončar, Z. (2010). Modernizacija upravnog postupka. *Budva: Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva: zbornik radova*. 351–362

Lončar Z., Vučetić, D. (2013). Princip srazmernosti u evropskom i srpskom pravu – upravno-pravni aspekti. *Teme, sv. 37, br 4*. 1617–1642

Milkov, D. (2012). Reforme upravno-procesnog zakonodavstva u Srbiji. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, broj 4*. 33–43

Milkov, D. (2012). *Upravno pravo, II*. Novi Sad: Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu

Milkov, D. (2013). Povodom Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku – Korak napred ili deset u stranu?. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, broj 1*. 85–95

Tomić, Z. (2009). *Opšte upravno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

Ziller, J. (2012). Annex II – Aspects Relating to Added Value for Citizens and Economic Operators. In: European Parliament. *European added value*

assessment on a law of administrative procedure of the European Union.
Luxembourg: Publications Office

Statskontoret. (2005). *Principles of good administration in the member states of the European Union.* Stockholm: Swedish Agency for Public Management

Sigma. (1998a) *Preparing Public Administrations for the European Administrative Space*, Paper No 23. Paris: OECD Publishing

Sigma. (1998b). *European Principles for Public Administration, Paper No 27.* Paris: OECD Publishing

Sigma. (1999). *Sigma Baselines, Control and Management System Baselines for European Union Membership.* Paris: OECD Publishing

Dejan Vučetić, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš, Serbia

**European Rules of Administrative Process and General Administrative
Procedure of The Republic of Serbia**

Summary

This paper show why the standardization of administrative procedure is important for the state legal system that, in the last two decades, the administrative procedure codes were adopted in almost all of the European states.

Afterwards author analyzed main driving forces for development of administrative procedural law at the level of the European Union and the Council of Europe. The most important legal sources of European administrative procedural law (basic standards, principles, recommendations and guidelines in this area) are concisely presented but it is clearly indicated that there are certain ambiguities, that these sources don't apply equally to all institutions of the Union, and that they still don't make finished, complete and forever given system that can be automatically transferred to jurisprudence of

the member states and candidate countries. Moreover, often administrative process laws of the member states contain rules that are not existing in this kind of regulation at European Union level and that is why the process of adopting the first European Union general law on administrative procedure was initiated, which would further improve the standards of European administrative process in general.

When it comes to the general administrative procedure of the Republic of Serbia it has been shown that in spite of the strategic orientation towards the reform of the Law on Administrative Procedure expressed in numerous strategies, our executive authorities in this area have not yet moved beyond the development of the third version of the Draft Law on General administrative Procedure which was afterward adopted by the Government as the Bill. In his final remarks the author concludes stating that the largest number of European standards of administrative process are included in the final version of the Draft, but without eliminating the shortcomings of the existing Law, and without normative adjusting to the circumstances in which the Serbian administration operates, and with unnecessary abandonment of some solutions that have proved to be right in the decades-long practice of administrative authorities.

Key words: Right to good administration, Administrative procedure, Principles of European administrative procedural law.

Dr Maja Nastić,*
Docent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

NAUČNI ČLANAK
UDK: 342.821(497.11)

Rad primljen: 01.09.2014.
Rad prihvaćen: 01.12.2014.

IZBORNA PRAVILA U SRBIJI I EVROPSKI STANDARDI: OPŠTE PRAVO GLASA**

Apstrakt: *Izbori predstavljaju najznačajnije učešće građana u procesu političkog odlučivanja u jednoj državi. Izborna pravila oblikuju izbornu demokratiju kao jednu od osnovnih komponenti demokratije. Izbori su osnov legitimnosti vlasti i kamen temeljac demokratije pod uslovom da su organizovani na principima opšteg i jednakog prava glasa, slobodnog, tajnog, ličnog i neposrednog glasanja. Predmet rada jeste ostvarivanje principa opšteg prava glasa u izbornom pravu Srbije i njegova usaglašenost sa evropskim izbornim standardima. Izborni zakonodavstvo Srbije nije homogeno, već je predmet više zakona. Osnovni izborni zakon je Zakon o izboru narodnih poslanika, koji najvećim delom reguliše oblast parlamentarnih izbora. Predsednički i lokalni izbori predmet su regulisanja posebnih zakona. Ovim zakonima, uz Zakon o jedinstvenom biračkom spisku, uređuje se materijalno i procesno izborni pravo. U okviru evropskih izbornih standarda razmatraćemo odredbe Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (čl. 3. Protokola br.1), Dokumente OEBS-a (prvenstveno Kriterijume iz Kopenhagena), kao i Kodeks dobre prakse u izbornim stvarima, koji je usvojila Venecijanska komisija. Namera nam je da analiziramo u kojoj meri nacionalna izborna pravila omogućuju ostvarivanje prava svakog građanina da bira i da bude biran, uz eventualna ograničenja koja postoje. Polazeći od toga da opšte pravo glasa može biti ostvareno ukoliko je obezbeđena ažurnost u vođenju biračke evidencije, posebna pažnja biće posvećena biračkim spiskovima. Takođe, ostvarivanje opšteg prava glasa biće razmotreno i u kontekstu kandidovanja predstavnika. Sprovedena analiza treba da nam ukaže na stepen usaglašenosti naših*

* maja@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu "Uklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije", koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu od 2013. do 2018. godine

pravila sa evropskim izbornim standardima, odnosno na eventualne nedostatke i na moguće načine njihovog otklanjanja.

Ključne reči: *izbori, izborno pravo, opšte pravo glasa, Evropska konvencija, Venecijanska komisija.*

1. Uvod

Izborna pravila u svakoj državi oblikuju njenu izbornu demokratiju, kao jednu od osnovnih komponenti demokratije. Naime, doslovno prevedena reč demokratija označava vladavinu naroda (demos – narod, kratos – vlast), ali se u praktičnom životu ostvaruje kao vladavina izabranih predstavnika u ime naroda. To znači da demokratija može da se razvije samo u poretku koji karakteriše legitimnost vlasti zasnovanoj na volji naroda. To nas vodi izborima, kao najznačajnijem učešću građana u procesu političkog odlučivanja u jednoj državi. Izbori sami po sebi ne znače demokratiju. Oni nisu cilj, već korak, doduše važan i često suštinski na putu ka demokratizaciji društva i ostvarenju prava da se učestvuje u upravljanju zemljom. Samim tim, “funkcija izbora nije u tome da demokratiju učine više demokratskom, već da je učine mogućom” (Pajvančić, 2003: 6). Poštovanje izbornih procedura smatra se indikatorom demokratije i političke reprezentacije, a od toga zavisi i stabilnost demokratskih političkih sistema. “Da se u izborima nalaze veoma značajne demokratske potencije ukazuje već jednostavna i uočljiva činjenica da se upravo u činu izbora, u izbornom procesu shvaćenom kao proces odlučivanja, društvo na najširoj osnovi uključuje u politiku i sa njom spaja. To je tačka susretanja demokratske participacije i reprezentacije zašto što se izborni zakoni često označavaju kao osnovni zakoni demokratije” (Matić, 1974: 111).

Demokratski su samo oni izbori koji odgovaraju određenim načelima, i jedino demokratski izbori mogu dati legitimnost političkoj vlasti. Zato izborne procedure moraju biti takve da “prema merilima potrebne kompleksnosti stvore neizvesnost i alternative; i moraju sadržati regulativ podrške i kontrole, koji omogućuje da se o ovim problemima odlučuje” (Luhman, 1992: 142). Legitimnost nosilaca političkog predstavljanja je značajna za procenu karaktera i uloge političke vladavine i instituciju predstavljanja u njoj. Izbori se mogu transformisati u svoju suprotnost: u moćna sredstva koja pribavljaju

prividnu legitimnost ili pak, "politički teatar za prikrivanje nominacije i kooptacije opštom participacijom" (Matić, 1974: 97). Ako vlast nema legitimnost, onda sve forme demokratije, i prava, i slobode, postaju i ostaju samo lep dekor na političkoj pozornici na kojoj drugi subjekti, a ne građani, imaju glavnu ulogu i odlučujuću reč u političkom procesu i vršenju vlasti.

Sa druge strane, svako glorifikovanje izbora, izdvojeno tumačenje njihove legitimizirajuće funkcije otvara opasnost za pretvaranje izbora u "plebiscitarni ritual obnavljanja periodične podrške vlasti od strane birača" (Jovanović, 2004: 12). Izbori su neophodan, ali ne i dovoljan uslov demokratije. Izbori će voditi reprezentativnoj i odgovornoj vladi, ako se pravni sistem zasniva na vladavini prava, podeli vlasti, nezavisnom sudstvu, zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, kao i efektivnoj primeni socijalnih i ekonomskih prava.

2. Evropska izborna pravila

Izborna pravila su dugo bila regulisana isključivo na nacionalnom nivou. Kako proces internacionalizacije ljudskih prava nije mimoišao ni izborno pravo, kao elementarno političko pravo, ono je postalo predmet brojnih međunarodnih ugovora i konvencija univerzalnog i regionalnog karaktera. Kao relevantni izvori izbornog prava na nivou Organizacije ujedinjenih nacija mogu se navesti: Univerzalna deklaracija o pravima čoveka, Pakt o građanskim i političkim pravima (u daljem tekstu: PGP), Deklaracija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije i Konvencija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena.

Imajući u vidu proces pridruživanja Srbije Evropskoj uniji i predstojeći "skrining" postupak u smislu ocene usaglašenosti našeg pravnog sistema sa evropskim, u fokusu našeg interesovanja biće regionalni dokumenti, koji svoju primenu nalaze na području EU i koji formiraju evropske izborne standarde. To su Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Povelja osnovnih prava, Kodeks dobre prakse u izbornim standardima, Dokumenti OEBS-a. Naime, načelo demokratskog društva predstavlja suštinsku odliku evropskog poretka. Pitanja koja se tiču demokratije zauzimaju centralno mesto u odnosima Evropske unije i njenih partnera, a učvršćivanje demokratskih institucija i ljudskih prava je prepoznato kao zajednička

vrednost i zajednički interes. Demokratija je sa Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda postala norma koju države moraju poštovati da bi bile dostojne članice međunarodne zajednice. To neophodno podrazumeva poštovanje određenih standarda kada je reč o izborima. Naravno, svaka država ima slobodu da svojim pravilima uredi svoj izborni sistem i izbore, ali to ne znači da je svaki izborni sistem ili praksa odabrane zemlje prihvatljiva. Sloboda svake države u pogledu odabira izbornog sistema i svega onoga što taj sistem prati nije neograničena, već bi trebalo da se sprovodi u skladu sa minimumom propisanih standarda. Međunarodnim ugovorima i nizom drugih dokumenata međunarodno-pravnog karaktera regulisan je niz pitanja u vezi sa održavanjem izbora, ali tako da izostaju konkretna pravila, već je sve regulisano na nivou principa, standarda i ciljeva koje treba postići.

Naime, članom 3. Protokola br. 1 Evropska konvencija obavezuje visoke strane ugovornice da, u primerenim vremenskim razmacima, održavaju slobodne izbore sa tajnim glasanjem, pod uslovima koji obezbeđuju slobodno izražavanje mišljenja naroda pri izboru zakonodavnog tela. Ovim se, međutim, ne stvara bilo kakva obaveza uvođenja određenog izbornog sistema, proporcionalnog ili većinskog.¹ Evropski sud priznaje državama ugovornicama širok stepen slobodne procene, imajući u vidu da se njihovo zakonodavstvo po tom pitanju razlikuje od mesta do mesta i od vremena do vremena. Stoga, u smislu čl. 3. Protokola br. 1, svaki izborni sistem mora biti razmatran u svetlu političke evolucije dotične države, jer osobenosti koje su neprihvatljive u jednom sistemu mogu biti opravdane u drugom, sve dok izborni sistem obezbeđuje slobodno izražavanje mišljenja pri izboru zakonodavnih tela. Primenu člana 3. Protokola broj 1 Evropski sud je ograničio na legislativne organe, ali taj pojam treba tumačiti u svetlu ustavne strukture same države.

Na nivou Evropske unije usvojena je Povelja osnovnih prava (2000), kojom se kodifikuju prava građana zemalja članica. Povelja je danas sastavni deo Ugovora iz Lisabona i ima obavezujuću pravnu snagu. U smislu teme kojom se bavimo najznačajnije je peto poglavlje, koje nosi naziv "Prava građana". U

¹ Case of Matheu-Mohin and Clerfayt v. Belgium, decision of 22 October 1985, Series A no. 113

ovom delu su pobrojana politička prava građana EU, a to su pravo glasa i pravo kandidovanja na izborima za Evropski parlament, pravo glasa i pravo kandidovanja na lokalnim izborima u državi članici u kojoj su nastanjeni pod istim uslovima kao i državljani te države. Upravo, uvođenje principa prebivališta kod izbora za Evropski parlament i za lokalne izbore u državama članicama predstavlja srž državljanstva. To omogućava državljanima EU da imaju aktivno i pasivno biračko pravo u svakoj državi članici EU, iako nisu državljani te države.

U Savetu Evrope posebnu ulogu ima Evropska komisija za demokratiju posredstvom prava, odnosno Venecijanska komisija². Osnovana je 1990. godine, a njen neposredni zadatak bio je "pružanje stručne savetodavne pomoći bivšim socijalističkim država u procesu demokratske tranzicije, uspostavljanje parlamentarne demokratije i višepartijskog izbornog sistema" (Vuksanović, 2010: 8). Venecijanska komisija je u oktobru 2002. godine usvojila Kodeks dobre prakse u izbornim pitanjima.³ Ovim dokumentom definisani su osnovni standardi evropskog izbornog nasleđa, zasnovani na najboljoj praksi i standardima u zemljama članicama Evropske unije i šire, a koji se odnose na finansiranje izborne kampanje, ostvarivanje opšteg biračkog prava i identifikaciju birača na biračkom mestu tokom izbora.

Evropski izborni standardi svoje značajno uporište nalaze i u dokumentima usvojenim u okviru Organizacije za evropsku bezbednost i saradnju. Na vrhu ove liste nalazi se Završni dokument iz Kopenhagena⁴, u kome su sadržani osnovni principi i mere koje države članice treba da poštuju i da ih primene u zaštiti ljudskih prava. Većina principa koji se odnose na izbore sadržana je u članovima 6. do 8. pomenutog dokumenta. Iako je princip demokratskih izbora postavljen još Univerzalnom deklaracijom i PGP, međunarodna zajednica nije bila u stanju da se ozbiljnije bavi time sve do skora. Tek sa angažovanjem OEBS-a postižu se konkretni rezultati. Snažan podstrek tome je dao upravo Dokument iz Kopenhagena, u kome su prvi put naglašene obaveze države u izbornom procesu i koji predstavlja svojevrsnu kompilaciju međunarodnih standarda u oblasti izbora. Ovaj dokument uz Univerzalnu deklaraciju, PGP,

² European Commission for Democracy through Law

³ Mišljenje br. 190/2002 . CDL-AD (2002)023 rev. Strazbur, 30. oktobar 2002. godine

⁴ Dokument sa II sastanka Konferencije o ljudskoj dimenziji (Kopenhagen, 1990).

predstavlja primarni izvor minimuma standarda, kojim se OEBS rukovodi u analizi i oceni izborne regulative u jednoj zemlji.

Imajući u vidu navedene dokumente, kao osnovne izborne principe evropskog izbornog nasleđa možemo prepoznati: opšte, jednako, tajno i neposredno pravo glasa, uz obavezu redovnog održavanja izbora.

3. Izborna pravila u Srbiji

Analiziranje izbornih pravila u Srbiji počinjemo Ustavom, kao najvišim pravnim aktom. Naime, Ustav Srbije već u članu 2. utvrđuje da "suverenost potiče od građana koji je vrše referendumom, narodnom inicijativom i preko svojih slobodno izabраниh predstavnika. Nijedan državni organ, politička organizacija, grupa ili pojedinac ne može prisvojiti suverenost od građana, niti uspostaviti vlast mimo slobodno izražene volje građana." Vladavina prava, kao osnovna pretpostavka Ustava, ostvaruje se slobodnim i neposrednim izborima, ustavnim jemstvima ljudskih i manjinskih prava, podelom vlasti, nezavisnom sudskom vlašću i počinovanjem Ustavu i zakonu. Izborno pravo, kao osnovno političko pravo, sadržano je u drugom delu Ustava, u okviru kataloga ljudskih prava i sloboda. Naime, svaki punoletan poslovno sposoban državljanin Republike Srbije ima pravo da bira i da bude biran. Ustav koristi termin "izborno pravo", ali govori samo o aktivnom i pasivnom biračkom pravu, kao suštinskim elementima izbornog prava, prepuštajući zakonodavcu detaljniju razradu. Ustavom su utvrđeni osnovni principi izbornog sistema: opšte i jednako izborno pravo, slobodni i neposredni izbori, tajno i lično glasanje.

Osnovni izborni zakon je Zakon o izboru narodnih poslanika⁵, koji najvećim delom reguliše oblast parlamentarnih izbora. Predsednički izbori regulisani su Zakonom o izboru narodnih poslanika⁶, dok su lokalni izbori predmet posebnog, Zakona o lokalnim izborima⁷. Ovim zakonima, uz Zakon o

⁵ Zakon o izboru narodnih poslanika, *Sl. glasnik*, 35/2000 i dr.

⁶ Zakon o izboru predsednika Republike, *Sl. glasnik*, 111/2007, 104/2009

⁷ Zakon o lokalnim izborima, *Sl. glasnik*, 129/2007, 34/2010, odluka Ustavnog suda I 54/200

jedinstvenom biračkom spisku⁸, uređuje se materijalno i procesno izborno pravo, kao i pravila izborne matematike i izborne tehnike.

Osnovni izborni principi i izborno pravo u Srbiji regulisani su Ustavom, kao najvišim pravnim aktom čime su zaštićeni od mogućih učestalih promena. Neophodna fleksibilnost obezbeđuje se time što se detaljna razrada izbornih pravila prepušta izbornom zakonodavstvu. Tehnička pravila za sprovođenje izbora utvrđena su administrativnim propisima Republičke izborne komisije. Izborna pravila sadržana u navedenim pravnim aktima su lako dostupna javnosti, transparentna su i obrađuje sve komponente izbornog sistema neophodne za obezbeđenje demokratičnosti izbora.

Namera nam je da analiziramo u kojoj meri izborna pravila u Srbiji omogućavaju ostvarivanje prava svakog građanina da bira i da bude biran, uz eventualna ograničenja koja postoje, kao i u kojoj meri su ona usklađena sa evropskim izbornim standardima.

4. Opšte pravo glasa

Opšte biračko pravo je ključni element savremenih demokratija. Ovo pravo ima svojstvo "univerzalne civilizacijske tekovine" (Đukić-Veljović, 1995: 90) i opšteprihvaćeni je princip izbornog sistema. Pravo glasa je imalo proći više stadijuma u svom razvoju; od prava koje je dostupno užim slojevima društva, uz propisivanje najrazličitijih cenzusa do konačnog priznanja prava glasa svim muškarcima i svim ženama, bez obzira na rasu, jezik, veru, etničko poreklo, prethodnu ili trenutnu političku pripadnost, pismenost, imovinski status. "Uvođenje opšteg prava glasa unelo je velike promene u izborni i predstavnički sistem. U političku arenu pušteni su svi slojevi naroda, svi interesi, sva idejna stremljenja" (Grol, 1938: 273).

Značaj opšteg prava glasa jasno se ističe u evropskim izbornim pravilima. Opšte pravo glasa u načelu znači da svaki pojedinac ima pravo da bira i da bude biran. (Kodeks dobre prakse u izbornim stvarima, 1.1). Da bi obezbedile da volja naroda bude osnova autoriteta vlasti, države učesnice će, između ostalog, garantovati opšte i jednako pravo glasa svim punoletnim građanima (Dokument iz Kopenhagena, 7.3). Centralna pitanja koja se danas pojavljuju

⁸ Zakon o jedinstvenom biračkom spisku, *Sl. glasnik*, 104/2009, 99/2011

povodom ostvarivanja opšteg prava glasa odnose se na realizaciju ovog prava u pogledu osetljivih kategorija birača. Takođe, i dalje su aktuelne dileme da li i u kojoj meri treba zadržati određena ograničenja, posebno kada je reč o počiniocima krivičnih dela, ili osobama koje su pod starateljstvom.

Opšte biračko pravo može i treba da bude podvrgnuto ograničenjima kakva su: starosna dob, državljanstvo i prebivalište, uz mogućnost oduzimanja prava da se bira i bude biran. Pravo da se bira i bude biran mora biti uslovljeno minimalnom starošću, pri čemu, pravo da se bira mora da se stiče najkasnije punoletstvom. Pravo da se bude izabran trebalo bi da se stiče kada i pravo da se bira, a najkasnije sa 25 godina starosti, uz mogućnost propisivanja više starosne dobi za određene javne funkcije, npr. šefa države ili člana gornjeg doma (Kodeks dobre prakse, 1.1 a). U svim državama članicama Evropske unije (EU) minimalna starosna dob za pravo glasanja je 18 godina, osim u Austriji, gde iznosi 16 godina. Za sticanje poslaničke sposobnosti starosna dob je od 18 do 25 godina starosti, a za članove Gornjeg doma i predsednika države i do 50 godina (Italija). Državljanstvo je prihvatljiv uslov za sticanje biračkog prava. Međutim, preporuka je omogućiti strancima, koji žive na nekoj teritoriji izvesno vreme, pravo glasa na lokalnim izborima, u skladu sa Konvencijom Saveta Evrope o učešću stranaca u javnom životu na lokalnom nivou ⁹. U svim državama članicama EU državljanstvo je uslov sticanja biračkog prava, i najčešće se odnosi i na naturalizovane državljane. Prebivalište može biti propisano kao uslov, ali se pravo da se bira i bude izabran može garantovati državljanima koji žive u inostranstvu. Minimalni period prebivališta ne bi trebalo da bude duži od šest meseci, sem da bi se zaštitili pripadnici nacionalnih manjina, a koji se može uvesti kao uslov samo za lokalne ili regionalne izbore (Kodeks dobre prakse, 1.1.c). Prebivalište, kao uslov za ostvarivanje biračkog prava, podržan je u praksi Evropskog suda za ljudska prava¹⁰. Naime, Sud je pošao od pretpostavke da građanin koji nema prebivalište na području svoje države manje je zainteresovan i nedovoljno upućen u svakodnevne probleme društva. Sud prihvata i da se postave stroži

⁹ ETS 144. Convention on the Participation of Foreigners in Public Life at Local Level (Strasbourg, 5.2. 1992)

¹⁰ Hilbe v. Lieschstein (dec.), no. 31981/96, ECHR 1999-VI

uslovi za uživanje prava na kandidovanje za parlament, nego za uživanje glasačke sposobnosti.

Pravo da bira i da bude biran za poslanika ima punoletan, poslovno sposoban državljanin Republike Srbije sa prebivalištem u Republici Srbiji (čl. 10. Zakona o izboru narodnih poslanika). Pravo da bira predsednika Republike i da bude biran za predsednika Republike ima svaki punoletan i poslovno sposoban državljanin Republike Srbije (čl. 2. Zakona o izboru predsednika Republike). Pravo da bira odbornika ima punoletan, poslovno sposoban državljanin Republike Srbije koji ima prebivalište na teritoriji jedinice lokalne samouprave u kojoj ostvaruje izbornu pravu. Za odbornika može biti izabran punoletan, poslovno sposoban državljanin Republike Srbije koji ima prebivalište na teritoriji jedinice lokalne samouprave u kojoj je predložen za odbornika (čl. 6. Zakona o lokalnim izborima). U pogledu minimalnog perioda prebivališta navedeni izborni zakoni se ne izjašnjavaju.

Izorno zakonodavstvo Srbije prepoznaje kao birače i one građane koji imaju boravište u inostranstvu, a koji glasaju u diplomatsko-konzularnim predstavništvima Srbije i na posebnim biračkim mestima. Strancima, koji izvesno vreme žive na teritoriji naše države, međutim, nije omogućeno da glasaju ni na lokalnim izborima. Izorno zakonodavstvo sadrži posebne odredbe, koje se tiču realizacije biračkog prava osoba koje nisu u mogućnosti da na biračkom mestu glasaju lično (slepo, invalidno ili nepismeno lice), birača koji nisu u mogućnosti da glasaju na biračkom mestu (nemoćno ili sprečeno lice), birača koji su na odsluženju vojnog roka, na vojnoj vežbi, kao i birača koji se, na dan glasanja, nalaze u pritvoru ili na izdržavanju zavodske sankcije. Zakon o jedinstvenom biračkom spisku omogućava da birač glasa i prema mestu svog boravišta, čime se omogućava glasanje i osobama smeštenim u zdravstvenim i ustanovama socijalne zaštite. Takođe, u kontekstu realizacije proklamovanog opšteg prava glasa vrlo je važno osobama sa invaliditetom omogućiti dostojanstveno, slobodno i tajno glasanje. To se prvenstveno odnosi na uklanjanje fizičkih prepreka koje onemogućavaju pristup biračkom mestu. Naime, učešće građana u političkom i javnom životu je od suštinskog značaja za razvoj demokratskog društva. Društvo mora da reflektuje različitost svojih građana i da ostvari benefit iz njihovih različitih

iskustava i znanja. Stoga, važno je i da osobe sa invaliditetom ostvaruju pravo glasa¹¹.

Kodeks dobre prakse u izbornim stvarima dopušta mogućnost da biračko pravo bude oduzeto, ali tako da bude zakonom predviđeno, uz poštovanje principa proporcionalnosti i zasnovano na mentalnoj nesposobnosti ili odgovornosti za teško krivično delo. Oduzimanje političkih prava može se utvrditi samo izričitom odlukom suda. U Preporuci Rec (2004) 10 od 22. 9. 2004. godine u članu 4. se ističe da osobe sa mentalnim poteškoćama treba da ostvaruju sva građanska i politička prava. Bilo kakvo ograničenje ovih prava treba da bude u skladu sa Evropskom konvencijom i ne može se zasnivati samo na činjenici da osoba ima mentalni poremećaj. Veliki broj država članica EU poriče pravo političkog učestvovanja svim osobama koje su pod starateljstvom, delimičnim ili potpunim, nezavisno od njihovog individualnog nivoa, funkcionalne sposobnosti ili mentalnih problema. Odredbe o "automatskom" isključivanju takvih osoba nalazimo u ustavima i izbornom zakonodavstvu Bugarske, Danske, Estonije, Mađarske, Poljske, Grčke i drugim. Manji broj država osobama sa mentalnim problemima i intelektualnim poteškoćama obezbeđuje puno učešće u izbornom procesu. Takav primer nalazimo u Austriji.¹² Evropski sud za ljudska prava je stava da apsolutna zabrana biračkog prava osobama koje su pod starateljstvom, bez posebnog sudskog vrednovanja stvarnog stepena invaliditeta konkretne osobe, predstavlja povredu prava na slobodne izbore.¹³

Kada je reč o počinocima, pre svega, teških krivičnih dela, nije neuobičajeno da oni budu lišeni biračkog prava. Međutim, lišenje prava glasa ne može biti nezavisno od prirode i težine učinjenog dela. Takva blanketna norma može biti nesaglasna sa Evropskom konvencijom. Evropski sud je prihvatio da osuđenici mogu biti lišeni prava glasa, u smislu prevencije izvršenja krivičnih dela i kako bi se ojačala građanska odgovornost i poštovanje vladavine prava.¹⁴ Sud

¹¹ Preporuka Saveta ministara Saveta Evrope Rec (2006) 5 od 5. aprila 2006.

¹² European Union Agency for fundamental rights, *The right to political participation of persons with disabilities*, retrieved 09, June, 2014 from <https://fra.europa.eu/en/publication/2014/right-political-participation-persons-disabilities-summary>

¹³ Case of Alajos Kiss v. Hungary (2010)

¹⁴ Case of Hirst. Stav 74 i 75, case of Frodl, stav 30

smatra da standard tolerancije ne sprečava demokratsko društvo da preduzima korake radi zaštite od aktivnosti koji uništavaju prava i slobode postavljene Konvencijom. Član 3. Protokola broj 1 ne garantuje pojedincu mogućnost da utiče na sastav legislativnog organa, ne isključuje mogućnost ograničenja izbornog prava pojedinca koji je npr. ozbiljno zloupotrebio svoju javnu poziciju ili čije ponašanje predstavlja pretnju osnovama vladavine prava. Oduzimanju prava glasa ne sme se, međutim, pristupiti olako, a u skladu sa principom proporcionalnosti neophodno je da postoji primetna i dovoljna veza između kazne i ponašanja pojedinca. U tom smislu, Evropski sud prihvata preporuku Venecijanske komisije da se oduzimanje političkih prava obavlja samo uz izričitu sudsku odluku. Rešenja u uporednom pravu u tom pogledu su vrlo različita. Neke države (Albanija, Hrvatska, Češka, Slovenija i dr.) u svom pravu ne utvrđuju nikakva ograničenja za osuđenike u ostvarivanju prava glasa. Druge, (Mađarska, Bugarska, Rusija, Ujedinjeno Kraljevstvo), automatski diskvalifikuju ove osobe. U nekim državama donošenje odluke o tome je prepušteno krivičnim sudovima, ili zavisi od vrste krivičnog dela i dužine izrečene kazne.

Ustav Republike Srbije i prateće izborno zakonodavstvo, kao uslove za sticanje biračkog prava, utvrđuju poslovnu sposobnost. Lica lišena poslovne sposobnosti lišena su i izbornog prava. Postupak lišenja poslovne sposobnosti je regulisan Zakonom o vanparničnom postupku¹⁵. U ovom postupku sud ispituje da li je punoletno lice prema stepenu sposobnosti za normalno rasuđivanje u stanju da samo brine o sebi i svojim interesima i pravima. Shodno tome, sud donosi odluku o potpunom ili delimičnom lišenju poslovne sposobnosti, što za posledicu ima nemogućnost uživanja prava glasa. Kada je reč o osuđenima, u našem pravu nisu utvrđena nikakva ograničenja u pogledu ostvarivanja izbornog prava. Osuđenici nisu lišeni pasivnog biračkog prava, a aktivno biračko pravo mogu realizovati na biračkom mestu u ustanovi za izvršenje krivičnih sankcija.

¹⁵ Zakon o vanparničnom postupku, *Sl. glasnik* br. 46 (95)

5. Birački spiskovi

Birački spisak nastao je u uslovima kada nije postojalo opšte pravo glasa, a evidentiranje birača imalo je za cilj da onemogući glasanje onima koji nemaju pravo glasa, ali i da spreči razne zloupotrebe i izborne prevare. Danas, pravilno uspostavljanje i održavanje biračke evidencije je od vitalnog značaja u primeni i ostvarivanju opšteg prava glasa. Biti upisan u birački spisak je od suštinskog značaja za ostvarivanje biračkog prava. Evidencija birača, međutim, jedan je od najkompleksnijih i često najmanje uspešnih delova izborne administracije, posebno u novim demokratijama i postkonfliktnim situacijama sa velikim brojem izbeglica i interno raseljenim licima. Najčešći problemi koji dovode do nedovoljno pouzdanih biračkih spiskova jesu nedovoljno iskustvo vlasti, promene stanovništva i činjenica da mali broj građana proverava biračke spiskove. To ima za posledicu nekompletan birački spisak, u kome nisu upisani svi birači, ili neažuran spisak sa netačnim podacima.

Značaj adekvatnog vođenja biračkih spiskova prepoznaje se i u Kodeksu dobre prakse u izbornim stvarima. Da bi birački spiskovi bili pouzdani, preporuka je da budu stalni, da se redovno ažuriraju i da se objavljuju. Stalna registracija pretpostavlja da jednom upisano ime ostaje u biračkom spisku do promena okolnosti vezanih za ostvarivanje biračkog prava. U sistemu periodične registracije, za svake nove izbore sastavlja se novi spisak birača. Stalna registracija ima prednost u tome što pruža veće mogućnosti kontrole i zahteva manji personal i manja sredstva. Dobra strana stalnog vođenja biračkog spiska je u tome što se izmene u biračkom spisku uglavnom vrše van konkretnih izbora i omogućavaju kraći razmak između dana raspisivanja i dana održavanja izbora. Ukoliko se registracija birača ne vrši automatski, mogućnost prijavljivanja mora da postoji u toku relativno dužeg perioda. Birači koji nisu registrovani ili u pogledu kojih postoje upisani netačni podaci treba da imaju mogućnost upisa u birački spisak u upravnom postupku, koji podleže sudskoj kontroli, ili u sudskom postupku. Upis u birački spisak, međutim, ne sme se dozvoliti na dan izbora i na biračkom mestu (Kodeks dobre prakse 1.2). Od velike važnosti je obezbediti i transparentnost biračkih spiskova. To podrazumeva da birački spiskovi, kao javni dokumenti, moraju biti dostupni kontroli i proveriti zainteresovanim licima. Transparentnost biračkih spiskova

mora se ostvarivati tako da se omogućava zaštita ličnih podataka i informacija koje su prikupljene u toku registracije birača.

U pogledu ostvarivanja prava na upis u birački spisak, značajna je presuda *Labita protiv Italije*¹⁶. U ovoj odluci, Evropski sud je zauzeo stav da lica koja podležu posebnom policijskom nadzoru, ili za koje se sumnja da pripadaju mafiji, mogu se automatski brisati iz biračkog spiska pošto gube građanska prava i jer predstavljaju opasnost po društvo. Sud ne sumnja da se privremenim uskraćivanjem glasačkih prava licima protiv kojih postoje dokazi da pripadaju mafiji teži legitimnom cilju.

U oblasti biračke evidencije bili su приметni značajni nedostaci našeg izbornog zakonodavstva. Oni su se odnosili na nepostojanje jedinstvenog biračkog spiska, kao i nedovoljnu transparentnost i javnost biračkih spiskova. Navedeni nedostaci, u velikoj meri, otklonjeni su početkom primene Zakona o jedinstvenom biračkom spisku. Jedinstveni birački spisak, kao javna isprava u kojoj se vodi jedinstvena evidencija državljana Republike Srbije koji imaju biračko pravo prvi put je primenjen povodom izbora održanih 2012. godine. Formirana je jedinstvena baza podataka koja se vodi po jedinstvenoj metodologiji, dok su u pogledu vođenja biračkih spiskova zadržana načela stalnosti i ažurnosti. Zakonom je jasno utvrđeno kome je dozvoljeno da zahteva izmene u biračkom spisku kao i način postupanja po takvim zahtevima. U pogledu vođenja biračkih spiskova primenjuju se pravila upravnog postupka, a skladu sa preporukom iz Kodeksa dobre prakse obezbeđena je sudska kontrola u postupku pred Upravnim sudom.

U smislu ostvarivanja transparentnosti biračkih spiskova, zakon sadrži izričita pravila o izlaganju delova biračkih spiskova za područje jedinice lokalne samouprave. Kada se birački spisak izlaže na uvid javnosti, po preporuci Poverenika za zaštitu podataka o ličnosti, ne bi trebalo da sadrži podatke koji pripadaju sferi privatnosti pojedinaca, pre svega JMBG.¹⁷ To ima za posledicu da se izvodi iz biračkih spiskova ne objavljuju, pozivanjem na Zakon o zaštiti ličnih podataka. Međutim, time je u značajnoj meri ograničena transparentnost

¹⁶ Case of *Labita vs. Italy*, appl. no 26772/95

¹⁷ Izvor veb sajt Poverenika za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti <http://www.poverenik.rs/>

biračkog spiska, što ne može biti pozitivno ocenjeno. Dobro je što pravo na uvid u birački spisak ima svaki građanin u cilju provjere ličnih podataka. Uvid u deo biračkog spiska može se izvršiti neposredno u opštinskoj, ili gradskoj upravi u kojoj građanin ima prebivalište, ili elektronskim putem na zvaničnoj internet adresi Ministarstva nadležnog za poslove državne uprave, u skladu sa zakonom koji uređuje zaštitu podataka o ličnosti. Od proglašenja izborne liste, pravo na uvid i na podnošenje zahteva za promenu u biračkom spisku ima i podnosilac izborne liste ili lice koje on ovlasti, po istom postupku po kome to pravo imaju građani. Političkim strankama nije direktno priznato pravo uvida u birački spisak, ali podnosilac izborne liste, uključujući stranačke, može to da čini.

Iako je birački spisak u tehničkom smislu značajno unapređen nakon 2012. godine, ima mesta za poboljšanja u suštinskom smislu, odnosno u pogledu informacija koje su u njemu sadržane. Dodatna poboljšanja su neophodna jer birački spisak i nakon izbora održanih 2014. godine sadrži izvesni broj duplih upisa i podataka preminulih birača. Takođe, sva imena i prezimena birača koja pripadaju nacionalnim manjinama moraju se uneti i na ćirilici i izvorno na jeziku birača¹⁸. Imajući u vidu da "kvalitet podataka u biračkom spisku predstavlja ogledalo rada čitave državne administracije", tek značajne promene u toj oblasti mogu proizvoditi promene u kvalitetu informacija u samom biračkom spisku (Vuković, Vučetić, 2013: 21).

6. Kandidovanje predstavnika

Pasivno biračko pravo realizuje se u postupku kandidovanja, kao jedne od najznačajnijih faza izbornog procesa. Proces kandidovanja treba da bude postavljen tako da odgovara svojoj osnovnoj funkciji-konstituisanju države na demokratskoj osnovi. Predlaganje kandidata je pravo birača, ali i političkih partija, koje igraju ključnu ulogu u ovoj fazi izbornog postupka. U postupku predlaganja kandidata mogu se postaviti određeni uslovi za isticanje kandidature, kao što su prikupljanje određenog broja potpisa, podnošenje depozita, ali tako da bude isključena bilo kakva diskriminacija mogućih

kandidata. Prihvatljiva ograničenja odnose se na dostizanje određene starosne dobi, posedovanje državljanstva i prebivalište. Da bi obezbedile da volja naroda bude osnova autoriteta vlasti, države učesnice će poštovati pravo građana da budu birani na političke odnosno javne funkcije, pojedinačno ili kao predstavnici političkih stranki ili organizacija, bez diskriminacije (član 7.5. Dokumenta iz Kopenhagena). U pomenutom dokumentu naglašava se da je neophodno poštovati i pravo pojedinaca i grupa da slobodno osnivaju svoje političke stranke odnosno druge političke organizacije, i da tim organizacijama treba obezbediti neophodne pravne garancije kako bi se one mogle međusobno nadmetati na bazi ravnopravnog tretmana pred zakonom i vlastima (čl. 7.6).

Kodeks dobre prakse u izbornim pitanjima utvrđuje da prijavljivanje kandidature može biti uslovljeno obavezom da se sakupi određeni broj potpisa, što je teoretski kompatibilno sa načelom opšteg prava glasa. Ali, preporučuje se da zakonski uslov bude najviše 1% birača registrovanih u izornoj jedinici. Pri tom, moraju se ustanoviti javna pravila u postupku provere potpisa, naročito u odnosu na rokove i da se primene na sve potpise, a ne samo na uzorak. Kada se proverom pokaže da je prikupljen neophodan broj potpisa, preostali potpisi ne moraju se proveravati. Nevažeći potpis treba takav i da ostane, ali ne bi trebalo da poništava ostale potpise. U svakom slučaju, kandidatura mora da se verifikuje pre početka izborne kampanje, jer kašnjenje u pogledu verifikacije stavlja neke stranke i kandidate u nepovoljniji položaj u izornoj kampanji. U Kodeksu se prepoznaje i druga procedura, kada kandidati ili stranke moraju da polože depozit koji se vraća samo ako kandidat ili stranka dobiju određeni procenat glasova. Međutim, iznos depozita i broj glasova koji je neophodan da bi se depozit vratio ne treba da budu preterani. Time treba sprečiti samo neozbiljne kandidature.

Polaganje depozita, kao uslov prihvatanja kandidature na izborima, prepoznato je i u praksi Evropskog suda za ljudska prava. Utvrđivanje iznosa depozita je u diskrecionoj vlasti političkih organa i nije u nadležnosti Evropskog suda, ali depozit ne treba da bude prekomeran ili takav da stvara

¹⁸ OSCE/ODHIR: Final report: Republic of Serbia- Early Parliamentary Elections 16 March 2014, Retrieved 10, June 2014, from <http://www.osce.org/sr/odihir/elections/serbia/119405?download=true>

“neprobojne administrativne ili finansijske barijere za kandidate, koji žele da se uključe u izbornu trku, da je prepreka pojavljivanju dovoljno reprezentativnim političkim strujama, ili da predstavlja smetnju pluralnom principu”.¹⁹ Uvođenje izbornog jemstva, u navedenim okvirima, ne znači diskriminaciju potencijalnih kandidata prema imovinskom stanju, već je cilj da doprinese da na strani potencijalnih kandidata postoji razuman stav i da se spreči zloupotreba izbornog prava.

Evropski sud, takođe, podržava diskvalifikaciju nekih lica da se kandiduju na izborima za članove parlamenta. Naime, član 3. Protokola br. 1 podrazumeva subjektivno pravo nekog lica da glasa i da se kandiduje na izborima, ali ma koliko ta prava bila važna ona nisu apsolutna i postoji prostor za “prećutna ograničenja”. U svojim unutrašnjim pravnim sistemima, države ugovornice podvrgavaju izbornu pravo i kandidaturu na izborima uslovima koji nisu načelno zabranjeni po članu 3. Protokola br. 1. U ovoj oblasti države uživaju široko pravo na procenu, ali Sud insistira da se postavljenim uslovima ne poništava suština pomenutih prava, da su oni postavljeni u težnji da se postigne legitimni cilj i da upotrebljena sredstva nisu nesrazmerna. Države uživaju veliku slobodu pri donošenju pravila u svom ustavnom poretku, kojim regulišu status članova parlamenta, uključujući i kriterijume za njihovu diskvalifikaciju. Iako proističu iz opšteg interesa koji obezbeđuje nezavisnost članova parlamenta, ali i slobodu opredeljenja biračkog tela, ovi kriterijumi zavise od istorijskih i političkih činilaca koji su svojstveni svakoj državi. Neke situacije predviđene ustavnima i zakonskim propisima, koji regulišu pitanje izbora u državama članicama Saveta Evrope pokazuju da postoje velike mogućnosti izbora kada je reč o ovom pitanju. Nijedan od ovih kriterijuma ne treba smatrati vrednijim od bilo kog drugog, pod uslovom da se njime garantuje izražavanje volje naroda putem slobodnih, pravičnih i regularnih izbora. Diskvalifikacija ima za cilj da se kandidatima različitih političkih ubeđenja obezbedi uživanje podjednakih sredstava uticaja, pošto oni koji vrše javne funkcije mogu ponekad imati nepravičnu prednost u odnosu na druge kandidate. Istovremeno, time se štiti izbornu telo od pritisaka zvaničnika koji bi se pojavljivali u ulozi kandidata na predstojećim izborima (slučaj *Gitonis i drugi protiv Grčke*, predstavka br. 9267/81). Evropski sud podržava i

¹⁹ Case of *Sukhovetsky v. Ukraine* (appl.no 13716/02)

diskvalifikaciju lica koja su zauzimala odgovarajuće mesto u lokalnoj vladi u relevantno vreme pre izbora. Naime, nije samo legitimno, već i neophodno, posebno u demokratskom društvu, da se što je moguće više osigura privrženost službenika državnoj službi i da se biračima dopusti sloboda izbora svojih predstavnika. Zato, osoblju u državnoj službi ne treba dozvoliti da se kandiduje za predstavnička tela jer bi im to omogućilo da se okoriste svojim položajem. Osobe koje žele raditi u državnoj službi, moraju se odreći politike, što jeste ograničenje slobode izražavanja, slobode udruživanja i izbornih prava, ali to je inherentno poziciji koji zauzimaju.²⁰

Neizbornost, kao pravna smetnja za izbor jednog lica za predstavničku funkciju, a čiji je smisao da se birači zaštite od nedozvoljenog uticaja koji može vršiti pojedinac kao nosilac javne funkcije, nije izričito pomenuta ni u Dokumentu iz Kopenhagena, niti u Kodeksu dobre prakse u izbornim pitanjima. Neizbornost ne poznaje ni naše važeće izbornu zakonodavstvo, mada, interesantno je pomenuti da su se odredbe o tome mogle naći još u Ustavu Srbije iz 1869, a posebno razrađene odredbe o tome imao je Ustav Srbije iz 1888. godine.

Ograničenju prava kandidovanja mogu voditi i restriktivni zahtevi u pogledu registracije stranaka. Poseban problem predstavlja deregistracija, odnosno naknadno povlačenje prijavljenih kandidatura. Preporuka je izbegavati neodgovarajuću i nekonzistentnu deregistraciju kandidata u poslednjem trenutku²¹. Ukoliko se dopušta povlačenje kandidature, ona mora biti podvrgnuta strogim uslovima, kako ne bi izazvala konfuziju kod birača. Takve situacije treba posebno izbegavati kada su glasački listići već odštampani.

U Srbiji, primena proporcionalnog izbornog sistema povlači postojanje izbornih lista kandidata. Kandidate za narodne predstavnike mogu predlagati registrovane političke stranke, koalicije stranaka, kao i grupe građana.²² Kada je reč o parlamentarnim izborima, svaka lista mora biti podržana potpisima 10.000 birača, pri čemu svaki potpis mora biti overen u sudu. Kako je istaknuto u OEBS/ODHIR izveštajima, "preteran je zahtev i za prikupljanje potpisa

²⁰ Case of Ahmed and others v. the United Kingdom

²¹ European Commission for democracy through law, Electoral Law, CDL-EL (2013) 006, Strasbourg, 3 July 2013

podrške i za plaćanje overe tih potpisa, jer se time može limitirati mogućnost učestvovanja što je suprotno članu 7.5. Dokumenta iz Kopenhagena.” Međutim, političke partije nisu do sada insistirale na korekciji ovog uslova, što implicira da plaćanje overe nije preterani finansijski izdatak za njih, ili, one kojima je to predstavljalo finansijsku poteškoću nikada nisu mogle doći do relevantne podrške birača kako bi nešto suštinski menjale u izbornom procesu. Tako da, iako se izbornim zakonima ne postavljaju diferencirani uslovi prema tome da li se u svojstvu predlagača pojavljuje parlamentarna ili vanparlamentarna stranka, jasno je da ova pravila idu više naruku parlamentarnim strankama sa stabilnim izvorima finansiranja. Posebno, ta nejednakost naglašena je zbog istovremenog odigravanja izborne kampanje i registracije kandidata, čime kandidati sa ranije proglašenih lista odmah započinju kampanju i dobijaju početnu prednost u odnosu na liste kandidata koje će biti kasnije proglašene, a iza kojih po pravilu, ne stoje etablirane političke partije. Stoga, preporuka je OEBS-a da zakonom propisani krajnji rok za registraciju kandidata treba utvrditi pre zvaničnog početka izborne kampanje.

Birač, pak, svojim potpisom može podržati samo jednu izbornu listu, mada zakonom nisu utvrđene konkretne sankcije ukoliko bi birač iz neznanja ili iz drugih razloga podržao više izbornih lista. U praksi je relativno čest slučaj da jedan birač podrži više lista, ali se njegova podrška računa samo jednom i samo listi koja je prva proglašena. Dobro je što nevalidni ili nedostajući potpisi ne utiču na validnost ostalih potpisa i što Republička izborna komisija dozvoljava otklanjanje ovih nedostataka u naknadno ostavljenom roku. Izborni zakoni u Srbiji se opredeljuju za prikupljanje potpisa, kao vid podrške prijavljenih lista kandidata. Obaveza polaganja izbornog jemstva pojavljuje se u vezi sa finansiranjem predizbornih aktivnosti političkih subjekata. Naime, politički subjekat koji namerava da koristi sredstva iz javnih izvora za pokriće troškova izborne kampanje ima obavezu polaganja izbornog jemstva u odgovarajućem iznosu. Izorno jemstvo se vraća političkom subjektu ukoliko na izborima osvoji najmanje 1% važećih glasova, odnosno najmanje 0,2 % važećih glasova ako zastupa interese nacionalnih manjina.

²² Čl. 40. ZINP i čl. 18. Zakona o lokalnim izborima

U procesu kandidovanja prisutne su mere afirmativne akcije. Naime, na izbornoj listi među svaka tri kandidata po redosledu na listi (prva tri mesta, druga tri mesta i tako do kraja liste) mora biti najmanje po jedan kandidat-pripadnik onog pola koji je manje zastupljen na listi.

Izborni zakon, međutim, ne upušta se u način na koji političke partije određuju svoje kandidate, prepuštajući to unutarstranačkom regulisanju i dogovoru. Nema sumnje da je proces nominovanja kandidata najvažnija izborna aktivnost stranke, a da pravila po kojima se odvija imenovanje kandidata predstavljaju važan indikator demokratičnosti političke stranke. Naime, zakonodavac uređuje formalne i procesnopravne aspekte kandidovanja. Međutim, ko će se i kako naći na izbornoj listi, zakonodavac uređuje samo na nivou opštih jemstava. Odsustvo ovakvih pravila, odnosno njihovo regulisanje statutima stranaka, pogodovalo je razvijanju i jačanju oligarhijskih tendencija u organizaciji i funkcionisanju političkih stranaka. Posebno povoljan milje za to bila su zakonska rešenja koja su partijama dopuštala da određuju kojim kandidatima sa izborne liste treba dodeliti poslanički mandat. Intervencijom Ustavnog suda²³ ovakvo rešenje je izmenjeno i sada se dobijeni mandati, kako na parlamentarnim, tako i na lokalnim izborima, dodeljuju kandidatima po redosledu na izbornoj listi počev od prvog kandidata sa liste. Uvođenje zatvorenih lista pojačalo je dejstvo izborne volje građana, a time i vezu između birača i predstavnika na uštrb uticaja političkih partija.

7. Zaključne napomene

U celini posmatrano, izložena rešenja u našem pravnom sistemu pokazuju visoki stepen kompatibilnosti sa evropskim izbornim standardima u pogledu ostvarivanja opšteg prava glasa. Pravo glasa kao pravo pojedinca da bira i da bude biran podleže ograničenjima koja su u smislu navedenih standarda prihvatljiva. To su starosna dob, državljanstvo i prebivalište. Međutim, naše izborni zakonodavstvo uopšte ne prepoznaje mogućnost da stranci, koji su integrisani u lokalnim sredinama, budu uključeni u izborni proces, bar na lokalnom nivou.

²³ Odluka Ustavnog suda IUz 52/2008 od 21.4.2010., *Sl.glasnik* br. 34 (2010)

Donošenjem Zakona o jedinstvenom biračkom spisku u velikoj meri su otklonjeni nedostaci koji su bili vezani za nepostojanje jedinstvene evidencije o biračima i nedovoljne transparentnosti biračkih spiskova, a otvorene su mogućnosti i za glasanje birača van prebivališta.

Nedostaci postojećeg izbornog zakonodavstva, međutim, još uvek dolaze do izražaja u fazi kandidovanja predstavnika. Uvođenje zatvorenih lista je predstavljao prvi korak ka ojačavanju veze između građana i kandidata, ali se mora nastaviti. Iako se evropski izborni standardi tim pitanjem bave samo na nivou principa, rešenja u nacionalnom zakonodavstvu treba da budu detaljnija i da kreiraju ambijent u kome će birači aktivno moći da učestvuju u kandidovanju predstavnika.

Literatura

Vuković, Đorđe. Vučetić, Dejan. (2013). *Izbori 2012: (ne)pravilnosti u izbornom procesu*. Niš: Nacionalna koalicija za decentralizaciju

Vuksanović, Predrag (2010). Venecijanska komisija i njeno bavljenje Srbijom, *Strani pravni život 1/2010*, 7–30

Grol, Vojislav (1938). *Evolucija izbornog prava u Francuskoj* (doktorska disertacija). Beograd: Pravni fakultet

Đukić-Veljović, Zlatija (1995). *Ogledi o političkom predstavništvu i izborima*. Beograd: Pravni fakultet

Jovanović, Milan (2004). *Izborni sistemi post-komunističkih država*, Beograd: Službeni list SRJ, Institut za političke studije

Luhman, Niklas (1992). *Legitimacija kroz proceduru*, Zagreb: Naprijed

Matić, Milan (1974). *Političko predstavljanje u oblasti političke teorije*, Beograd: Radnička štampa

Pajvančić, Marijana (2003). *Uvod u izborne sisteme*, Niš: Odbor za građansku inicijativu

Pravni izvori

Dokument sa II Sastanka Konferencije o ljudskoj dimenziji (Kopenhagen, 1990)

European Commission for democracy through law, *Code of Good Practice in Electoral Matters: Guidelines and Explanatory Report*, CDL-AD (2002)023 rev. Starzbur, 30. oktobar 2002. godine retrieved from 05 May 2014 [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDLAD\(2002\)023rev-bos](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDLAD(2002)023rev-bos)

European Commission for democracy through law, *Electoral Law*, CDL-EL (2013) 006, Strasbourg, 3 July 2013, retrieved 13, May 2014, from [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-EL\(2013\)006-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-EL(2013)006-e)

OSCE/ODHIR: Final report: Republic of Serbia- Early Parliamentary Elections 16 March 2014, Retrieved 10, June 2014, from <http://www.osce.org/sr/odihr/elections/serbia/119405?download=true>

Preporuka Saveta ministara Saveta Evrope Rec (2006) 5 od 5. aprila 2006

ETS 144. Convention on the Participation of Foreigners in Public Life at Local Level (Strasbourg, 5.2. 1992)

Case of Alajos Kiss v. Hungary (2010)

Case of Ahmed and others v. the United Kingdom

Case of Matheu-Mohin and Clerfayt v. Belgium, decision of 22 October 1985, Series A no. 113

Hilbe v. Lieschstein (dec.), no. 31981/96, ECHR 1999-VI

Case of Labita vs. Italy, appl. no 26772/95

Case of Sukhovetskyy v. Ukraine (appl.no 13716/02)

Zakon o izboru narodnih poslanika. *Sl. glasnik*, br.35 (2000), br. 57 (2003-odluka Ustavnog suda, br.72 (2003), br. 18 (2004), br.101 (2005), br. 85 (2005), 28 (2011) odluka Ustavnog suda I 36/2011 i 194/2009

Zakon o izboru predsednika Republike. *Sl. glasnik*, br. 111 (2007), br. 104 (2009)

Zakon o lokalnim izborima. *Sl. glasnik*, br. 129 (2007), 34 (2010), odluka Ustavnog suda I 54/200

Zakon o jedinstvenom biračkom spisku. *Sl. glasnik*, br.104 (2009), br. 99 (2011)

Zakonom o vanparničnom postupku, *Sl. glasnik*, br. 46 (95)

Maja Nastić, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Electoral Rules in Serbia and the European Standards on Universal Suffrage

Summary

Elections are the most important form of citizens' participation in political decision-making processes in every state. Electoral rules shape the electoral democracy as an essential component of democracy. Elections are the basis for government legitimacy and the cornerstone of democracy, providing that they are organized on the following principles: universal and equal suffrage; free, personal and direct voting by secret ballot. The subject matter of this article is the principle of universal suffrage in the electoral rules in Serbia and its compliance with the European standards. The electoral legislation in Serbia is not homogeneous and it is contained in several legislative acts. The Act on the Election of Members of Parliament is the basic legislative act which regulates the matter of parliamentary elections. The Presidential and local elections are regulated by separate legislative acts, which (along with the Act on the Unified Register of Voters) regulate the substantive and procedural framework of Serbian electoral law.

Within the framework of European electoral standards, the author explores the relevant provisions of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Article 3 of Protocol No. 1), the OSCE documents (primarily the Copenhagen Criteria) and the Code of Good Practice in Electoral Matters, adopted by the Venice Commission. The author analyzes the national electoral rules and how they provide for the exercise of

the principle of universal suffrage, i.e. the right of each citizen to vote and to stand for election, including the envisaged restrictions to this right. Bearing in mind that the universal suffrage right may be exercised only if the state ensures that the electoral register is regularly and efficiently updated, the author specifically focuses on the voters' registration. The exercise of the universal suffrage right will also be considered in terms of candidacy for an MP position. The provided analysis should point out to the degree of compliance of the national electoral rules with the European electoral standards. After identifying the deficiencies, the author will discuss possible ways of eliminating the shortcomings.

Key words: elections, election law, universal suffrage, ECHR, Venice Commission.

Mr Natalija Žunić*
Asistentkinja Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

NAUČNI ČLANAK

UDK: 305.342.53](4-672EU)

Rad primljen: 01.09.2014.
Rad prihvaćen: 01.12.2014.

EVROPSKA UNIJA: ROD I POLITIKA**

Apstrakt: U radu se analizira rodna priroda demokratskog odlučivanja i politička zastupljenost žena u parlamentima država Evropske unije. Naime, socijalna, istorijska i politička dimenzija sticanja i razvoja građanskog statusa žena i političkih prava žena predstavljaju okvir iz koga će nastati model jednakosti muškaraca i žena (gender equality), kao jedan od fundamentalnih principa razvoja i unapređivanja Evropske unije. Ekspanzija formalne političke reprezentacije žena spada u red najznačajnijih trendova u politici za poslednjih sto godina. Od osvajanja političkih prava, odnosno jednakog prava glasa i prava na izbor tokom 19. i 20. veka, prošlo je više od jednog veka, a rodne razlike u političkim pravima nastavljaju i dalje da budu supstancijalni segment rasprava. Sve do danas realizacija političke moći žena, kroz političku reprezentaciju žena, još uvek nije u značajnom (ili, proporcionalnom) broju ostvarena u većini država Evropske unije kroz aktualnu parlamentarnu reprezentaciju. U istraživanjima dominira stav da su post-industrijske demokratije deficitarne, zato što nisu uspele da adekvatno predstavljaju ženske interese i potrebe. Izveštaj Eurobarometra o ravnopravnosti polova, u različitim segmentima društva, koji je marta 2012. godine objavila Evropska komisija, pokazuje da su žene slabo zastupljene i u politici. U nacionalnim parlamentima, na četiri člana parlamenta dolazi tek jedna žena. U Evropskom parlamentu, od deset poslanika, samo tri su žene, takođe, ima i velikih razlika među zemljama Evropske unije (Švedska, 45,0% / Kipar, 12,5% / Rumunija 13,3%)

Ključne reči: rod, politika, politička zastupljenost žena, rodna demokratija, Evropska unija.

* natalija@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu "Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije", koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu od 2013. do 2018. године

1. Uvodne napomene

Reprezentativnost je centralni problem u današnjim debatama o demokratskom nivou političkih institucija i procesa u Evropskoj uniji. Naime, nedovoljna zastupljenost pojedinih specifičnih, socijalnih grupa u političkim institucijama u procesu donošenja odluka i definisanju politika smatra se demokratskim problemom pravde, legitimnosti i efikasnosti. Jedna od tih socijalnih grupa, koja je dug niz godina bila uskraćena za temeljna građanska i politička prava, su žene. Učešće žena u politici i njihova parlamentarna reprezentacija u dugom nizu godina predmet su mnogih debata. Posmatrajući rodnu jednakost (gender equality)¹ iz istorijske perspektive vidimo da socijalna, istorijska i politička dimenzija razvoja građanskog statusa žena i političkih prava žena predstavljaju okvir iz koga će nastati „paradigma o jednakosti muškaraca i žena“, kao jedan od temeljnih principa (razvojni ili/i osnivački princip) Evropske unije.²

Ekspanzija formalne političke reprezentacije žena spada u red najznačajnijih trendova u politici za poslednjih sto godina. Od osvajanja političkih prava žena, odnosno jednakog prava glasa i prava na izbor tokom XIX i XX veka, prošlo je više od jednog veka, a rodne razlike u političkim pravima su i dalje supstancijalni segment rasprave. Sve do danas realizacija političke moći žena, kroz političku reprezentaciju žena, još uvek nije u značajnom (ili, proporcionalnom) broju ostvarena kroz aktuelnu parlamentarnu reprezentaciju. Tokom više od jednog veka žene su se u Evropi prvi put se pojavile u parlamentu Finske 1907. godine, da bi u XXI veku, 2014. godine, dostigle 45% u parlamentu Švedske. Put političke participacije i reprezentacije žena započeo je borbom za pravo glasa žena, i on jasno ilustruje kako žene, iako politički važna demografska činjenica, nisu imale građanski i politički

¹ Rodna ravnopravnost se u anglosaksonskoj, sociološkoj i pravnoj literaturi i pravnim dokumentima prepoznaje kao sintagma (gender equality), koja označava da muškarci i žene imaju jednaka prava i mogućnost da „koriste“ jednak tretman države u svim oblastima života.

² Od sedamdesetih godina XX veka Evropska komisija aktivno promoviše, u različitim oblastima, mnoge mere za unapređenje rodne ravnopravnosti. Ravnopravnost je jedna od pet vrednosti na kojima počiva Evropska unija (EU). Prvobitna posvećenost članica Evropske unije principu „jednaka zarada za isti rad“ proširena je na progresivno

status u društvu. Politička prava su po pravilu pripadala muškarcima u istorijskom kontinuitetu sve do XIX veka. Evolucija političkih prava žena otpočinje borbom ženskog pokreta za prava žena u XIX veku i početkom XX veka, kada je jasno definisano pojmovno utemeljenje i kada se artikulisala ideja oko zahteva za žensko pravo glasa, kao osnovno političko pravo modernog doba. Istorija definisanja i priznavanja političkih prava žena odvijala se u dugotrajnoj borbi žena tokom poslednja dva veka za političko pravo da glasom, kao političkim sredstvom i simbolom političke slobode, iskažu svoj stav i opredele se za određen društveni/politički interes. Istorijska činjenica je da su se žene borile za politička prava vekovima.

Danas možemo reći da je pravni status žena u Evropi početkom XXI veka očigledno unapređen. U današnje vreme svi građanski ustavi zastupaju jednaka prava muškaraca i žena u javnom i političkom životu. Dakle, ne postoje pravne barijere da žene glasaju ili budu birane. Po demografskoj statistici žene obuhvataju više od 50% onih koje imaju pravo da budu birane i osvoje političku vlast, ali je, takođe, jasno da participacija žena i dalje nailazi na značajne prepreke. U nekim zemljama Evropske unije priznavanje političkih prava ženama nije bitno promenilo još uvek tradicionalnu političku scenu, niti dovelo do (radikalne) transformacije političke aktivnosti žena. Danas imamo žene premijerke, liderke političkih partija i žene predsednice mnogih važnih parlamentarnih tela, ali to ne podrazumeva i da su urušeni svi oblici muške dominacije ili da možemo naći rodno balansirane parlamente u većini starih demokratija (Dahlerup, Leyenaar, 2013: 1).³

2. Učešće žena u politici država Evropske unije

U poslednjim decenijama XX veka i prvoj deceniji XXI veka svedoci smo da "lice politike se menja" i da njena bitna odlika postaje porast broja žena na mestima odlučivanja (Krook, Child, 2010: 3). To, dakle, znači da su žene danas, više nego

priznavanje jednakosti između muškaraca i žena, kao fundamentalni princip demokratije za celu EU.

³ Stare demokratije su definisane kao države ili zemlje koje dele dugu tradiciju demokratske prakse, visoko razvijenu socioekonomsku strukturu, gde je ustanovljeno žensko pravo glasa početkom XX veka i gde su univerzalna politička prava jedna od karakteristika koja definiše demokratiju (Dahlerup, Leyenaar, 2013: 3).

ikada u prošlosti, ušle zajedno sa muškarcima u javnu sferu politike, dospele do izbornih položaja i zauzele "izvesno" mesto na lestvici političke moći. Očigledno je da se u XXI veku menja slika rodne strukture u političkim institucijama i organizacijama, što ukazuje na novu rodnu dinamiku u političkom životu. Politikolozi i sociolozi u teorijskim i empirijskim istraživanjima modernih političkih procesa ukazuju na postepeno i stalno poboljšanje položaja žena u politici (Krook, Child, 2010; Inglehart, Norris, 2003; Ballington, Karam, 2005).

U XX veku je učešće žena u politici, kao biračica i kao članica parlamenta, bilo jedna od najvećih tekovina demokratskih promena u Evropi i svetu. U starim demokratijama Evrope politički život je bio ustanovljen sa svojim institucionalnim normama i praksama pre nego što su žene dobile pristup političkoj sferi. Politička reprezentacija žena se u njima kretala postupnom putanjom, dok su države nove demokratije i one iz postkonfliktnih zemalja na kraju XX veka išle bržim putem, uz upotrebu zakonom određenih kvota (Dahlerup, Leyenaar, 2013: 1). Sva relevantna istraživanja takođe naglašavaju društvenu činjenicu nedovoljne vidljivosti žena u političkom životu, odnosno, njene još uvek marginalne pozicije po broju i uticaju. Analize i statistički podaci, iz nekoliko uporednih izvora još od pedesetih godina XX veka, pokazuju da je politika, kao javno polje participacije i rada, oblast u kojoj je društvena promocija žena najmanja. Prisutnost žena u političkom životu, na relaciji od formalnog manifestovanja do suštinskog ostvarivanja političkih prava žena, po pravilu se smanjuje ukoliko se ide od dna ka vrhu političke piramide, odnosno od glasačkog tela do vladinih institucija (Ballington, 2008).

Politička zastupljenost žena na mestima odlučivanja u svim državama Evropske unije pokazuje da i dalje, uprkos formalno pravnim mogućnostima, kao što su politička prava žena i načelo zabrane diskriminacije, nije prestala da postoji „piramidalna zakonitost“ o učešću žena političkom životu. Naime, sa porastom količine političke moći i nivoa odlučivanja u nekim državama Evropske unije opada učešće žena u javnom i političkom životu. Indikator tog stanja je broj imenovanih i prisustvo izabranih žena u parlamentu i drugim organima vlasti, a najvidljivije na mestima predsednika država ili vlada. Podaci pokazuju da su muškarci činili ogromnu većinu premijera država između 1945. godine i 2014. godine, dok je broj žena premijerki u ukupnom broju evropskih

izvršnih rukovodilaca samo 4,5% (Muller-Rommel, Kubbe, Vercesi, 2014: 20). Dakle, na reprezentativnim političkim mestima, gde se vlada i odlučuje, „stakleni plafon” ograničava žene i dovodi do minimalnog i/ili nesrazmernog predstavljanja žena u odnosu na njihov broj u ostalim segmentima politike. Na primer, u maju 2013. godine žene su zauzimale 27% ministarskih mesta u vladama država Evropske unije (EU). Reprezentacija žena na ministarskim mestima u nacionalnim vladama bila je po istoj stopi kao i u parlamentima tih država. Muškarci su i dalje na tim pozicijama više zastupljeni, i odnos ministarskih mesta je tri prema jedan u korist muškaraca. Tri zemlje članice EU imaju paritet vlade u kojoj je broj muškaraca i žena skoro jednak – Francuska, Danska i Finska, zatim slede Island i Norveška. Rodna ravnoteža vlade (najmanje 40% svakog pola), takođe, postoji i u Švedskoj, gde žene čine više od polovine ministara, a takav je slučaj i u Austriji i Lihtenštajnu. Vlade Belgije, Holandije i Nemačke su takođe blizu postizanja ravnopravne zastupljenosti žena i muškaraca. Međutim, žene čine manje od jednog na deset članova kabineta u Grčkoj, Slovačkoj, Estoniji, Kipru i Mađarskoj (European Commission – Directorate-General for Justice, 2013).

Kada se istražuje rodna parlamentarna struktura vidi se da raste učešće žena u parlamentima država članica Evropske unije u poslednjih deset godina, tako da se broj žena u parlamentima od 17,7% u 2004. godini povećao na 25,5% žena u 2014. godini (Inter-Parliamentary Union, 2014). Nordijske zemlje su svojim odnosom prema ženskim pravima i konceptu rodne ravnopravnosti doprinele povećanju prisustva žena u parlamentu i zapravo postale mera demokratskog inputa u razvoju političkih prava žena.

1. Procenat žena u nacionalnim parlamentima Evropske unije, 29. 2. 2004.

Nordijske zemlje	39.7%
Evropa – OSCE zemlje članice, uključujući nordijske zemlje	17.7%
Evropa - OSCE zemlje članice, isključujući nordijske zemlje	15.6%

Izvor: Percentage of women in National Parliament in EU, Situation as of 29st February 2004, Inter-Parliamentary Union, IPU, 2014. Pristup: april, 2014.

2. Procenat žena u nacionalnim parlamentima Evropske unije, 1. 2. 2014.

Nordijske zemlje	42.1%
Evropa - OSCE zemlje članice, uključujući nordijske zemlje	25.1%
Europe - OSCE zemlje članice, isključujući nordijske zemlje	23.5%

Izvor: Percentage of women in National Parliament in EU, Situation as of 1st February 2014, Inter-Parliamentary Union, IPU, 2014. Pristup: april, 2014.

Naravno, postoje značajne razlike između zemalja i regiona. U ovoj 2014. godini statistika pokazuje uočljivu razliku između parlamenta sa najvećim brojem žena i onog sa najmanjim brojem žena u Evropskoj uniji. Švedska, kao prva na toj rang listi političke zastupljenosti žena u parlamentu, ima 45% žena, dok Kipar sa 12,5% ima najmanji broj žena u parlamentu. Posle Švedske, dolazi Finska, 42,5%; Španija, 39,7%; Belgija, 39,3%; Danska 39,1%; Holandija, 38,7%; Nemačka, 36,5%; Slovenija, 33,3%; Austrija, 32,2%; Italija, 31,4%; Portugalija, 31,3%; Francuska, 26,2%; Latvija, 25,0%; Bugarska, 24,6%; Hrvatska, 23,8%; Velika Britanija, 22,6%, Grčka, 21,0%; Češka, 19,5%; Estonija, 19,0%; Slovačka, 18,7%; Irska, 15,7%; Rumunija, 13,5%; i Kipar, 12,5%. (Inter Parliamentary Union, 2014.)

Izveštaj Eurobarometra o ravnopravnosti polova u različitim segmentima društva, koji je marta 2012. godine objavila Evropska komisija, pokazuje da su žene slabo zastupljene i u politici. Građanke i građani Evropske unije nedvosmisleno veruju da takva situacija treba da se promeni: 88% njih smatra da žene sa jednakim kvalifikacijama treba da budu barem jednako zastupljene na ključnim pozicijama. Oko tri četvrtine ispitanica/ka veruje da žene imaju potrebne veštine. Isto toliko Evropljana/ki podržava ideju da se zakonom reguliše broj žena na ključnim pozicijama, s tim da 49% predlaže novčane kazne kao najadekvatniji način za primenu tih zakona. Istraživanje, koje je sprovedeno u septembru 2011. godine na više od 26.000 ispitanica/ka, pokazalo je da 76% Evropljanki/a misli da u poslovnoj zajednici dominiraju muškarci koji nemaju dovoljno poverenja u žene. Znatno manje ispitanika, oko 29%, smatra da su žene manje spremne nego muškarci da se bore za karijeru. Isto toliko građana smatra da su žene nezainteresovane za pozicije koje nose

odgovornost. Oko petina ispitanika smatra da žene nemaju potrebne kvalifikacije za ključne pozicije u firmama. U odnosu na istraživanje iz 2009. godine danas više građana smatra da u biznisu dominiraju muškarci. Takođe, skoro četvrtina Evropljana smatra da mere za ravnotežu polova treba doneti i na nacionalnom i na nivou EU. Relativna većina ispitanika, njih 43%, smatra da kvote treba da budu 50% za muškarce, 50% za žene (Special Eurobarometer 376, Report). Poslednji izveštaj Evropskog ženskog lobija (EWL) kritički se osvrće na sastav nove Evropske komisije, koji je donet na sastanku čelnika i čelnica država članica EU. Kako su i pre toga bili poznati kandidati i kandidatkinje većine država za članstvo u Komisiji, pri čemu su od ukupno 28 osoba, bile predložene samo 4 žene, 28. avgusta 2014. godine Evropski ženski lobi objavio je svoju reakciju na mogućnost da u novoj Evropskoj komisiji samo oko 15% članstva čine žene, što je upola manje nego u odlazećoj Komisiji kojom je predsedavao H. M. Barozo. Pitanje koje postavlja Evropski ženski lobi u vezi sa ovom situacijom glasi: da li je ovo Evropska unija kakvu želimo? (European Women Lobby, 2014)

Kada pogledamo istraživanje stavova o rodnoj ravnopravnosti u Srbiji vidimo da većina ispitanika/ispitanica smatra da rodna ravnopravnost nije važno političko pitanje. Polovina žena koje su glasale na poslednjim izborima nije razmišljala o rodnoj ravnopravnosti u vreme glasanja (u poređenju sa 46% muškaraca), 20% žena i 35% muškaraca to nisu smatrali važnim pitanjem. Ispitanici su takođe upitani da li bi izabrali muškarca ili ženu istih kvalifikacija i sposobnosti na izborima. Polovina je rekla da ne bi mogli da biraju na osnovu pola. Druga polovina je podeljena prema polu: žene bi pre odabrale kandidatkinju (19%) nego kandidata (8%), a muškarci obrnuto - 14% bi odabralo kandidata, a 7% kandidatkinju (Građanke i građani Srbije o rodnoj ravnopravnosti; Javno mnjenje Srbije o rodnoj ravnopravnosti, 2010: 11).

Dakle, različiti kulturni prostori centra i poluperiferije Evrope kao da podupiru stavove P. Norris i R. Inglehart o "oskudici" žena u politici i na liderskim pozicijama. Oni je, naime, vide kao posledicu kulturnih barijera, odnosno tradicionalnih stavova koji postoje prema rodnim ulogama muškaraca i žena, a koji doprinose smanjenju ili povećanju rodne ravnopravnosti (Norris, Inglehart, 2001). Takođe, istraživanja IPU pokazala su da u mnogim zemljama postoje izrazito negativni stavovi prema političkoj participaciji žena i da je to

jedna od glavnih prepreka za uključivanje žena u politički život (IPU, 2000). Nejednakost u političkom pojavljivanju i uticaju muškaraca i žena ima kako kulturološke korene i objašnjenja, tako i institucionalne i strukturne razloge. U okviru feminističkih istraživanja roda i politike nailazimo na mišljenje koje predstavlja žižnu tačku ideje uključivanja žena u sferu politike – da kada žene nisu zastupljene u predstavničkim telima srazmerno njihovom broju u opštoj populaciji, onda je njihova isključenost nepravedna, na taj način se smanjuje ukupni kvalitet debate i podriva smisao demokratskog legitimiteta (Phillips, 2004).

Takođe je u okviru feminističkih istraživanja roda, politike i države započeta rasprava o različitim dimenzijama političke reprezentacije žena. Ona se koncentrisala oko pitanja: šta donosi povećanje prisustva žena u politici; da li će povećanje broja žena u parlamentu promeniti po sebi i samu prirodu politike (sa idejom da se tim putem mogu artikulirati ženska pitanja, ženska perspektiva i problemi); da li žene prave razliku u političkom životu, ako je to tako, u kojim okolnostima i kakvoj vrsti razlike treba da se nadamo? (Lovenduski, 2005: 140)

3. Rod i politika

Obimna istraživanja i empirijska evidencija pokazuju da „muškarci i žene ulaze u politički život sa različitim vrstama informacija, iskustva i prioriteta“ (*Tolleson-Rinehart, Josephson, 2000: 3*). Stav da politika treba da bude polje u kome su muškarci posebno moćni spada u predrasude koje su utemeljene u mnogim kulturama. Otuda se na tom nivou percepcije određena područja poziva označavaju kao „tipično ženska“ ili „tipično muška“ (Wisniewski, Kunst, 1988: 480). U tom smislu politika je tradicionalno najzatvorenija oblast za angažovanost žena i u njoj su najmanje prisutne žene. Politika je, dakle, par excellence maskulinizirana delatnost. Ona je to kako po razlici koja postoji u načinu i intenzitetu regrutovanja muškaraca i žena u političke institucije, tako i po modelima političke kulture koja se na takav diferenciran način pokazuje i artikuliše. Političku kulturu u ovom kontekstu razumemo kao akumuliranu zalihu simbola, verovanja, vrednosti, stavova, normi i ostalih proizvoda kulture, koji oblikuju politički život i njime u društvu upravljaju. Odnosno, rekli bismo da „politička kultura određuje opšte vrednosti i norme u društvu, kao

što su stavovi naspram uloge žena u porodici, radnom mestu i javnom životu“ (Norris, 1997: 7). Mehanizmi kojima raspolaže politička kultura mogu se prepoznati na nivou različite percepcije i načina pristupa žena i muškaraca politici, kao i stava javnosti/kulture prema angažovanju žena u politici.⁴ Odnosno, rečju, patrijarhalna paradigma o poželjnim ulogama za muškarce i žene (koje oni obavljaju u različitim društvenim sferama), definiše i distribuira subjektivne i objektivne polne/rodne pretpostavke i mogućnosti za bavljenje politikom.

Mnoga istraživanja koja je Pipa Norris navela u svojoj knjizi *Žene, mediji i politika*⁵ pokazuju da u medijima dominira slika žene političarke u koju se ima manje poverenja, pogotovo kada je reč o tradicionalno „rodno-tipiziranim“ pitanjima kao što su odbrana i kriminal. Mada, u isto vreme žena političarka može biti predstavljena i kao osoba u koju se može imati više poverenja kada se radi o tzv. pitanjima „saosećanja/brige“, kao što su porodica, socijalno staranje i obrazovanje (Norris, 1997: 12). U tom smislu se uvek može očekivati, kao što je i praksa, da rodni stereotipi budu posebno istaknuti u političkoj areni, minimizirajući tako status žena u javnom životu. Zato su, veoma dugo, mnoge teoretičarke feminizma bile kritične prema dominirajućem načinu predstavljanja žena političarki, dokazujući da to podržava i ohrabruje stereotipe polnih uloga i na taj način održava nemoć žena. Više nego bilo koja druga oblast društvene prakse, politika je obeležena, u istorijskom smislu, jasnim muškim identitetom. Dakle, rodne uloge i društveno odobrena pozicija žene u političkom svetu deo su vrednosti svakog društva i duboko su usađene u njegovu strukturu. Postojanje realne razlike između muškaraca i žena u socijalnom kontekstu pokazuje da je svet u kome živimo još uvek podeljen. To se najbolje uočava u postojanju različitih orijentacija rodnih uloga, kao i u socijalnoj distribuciji rodnih uloga u porodici/privatno i politici/javno. Rodne

⁴ Možemo se zapitati, na primer, kakva se slika o ženi u savremenom društvu i/ili ženi na javnim funkcijama promovise? Odnosno, da li se u javnosti žena najčešće prikazuje kao supruga, majka ili žrtva, a sasvim retko kao ekspertkinja za politiku, liderka ili osoba od autoriteta. Da li je portret žene fokusiran na njen izgled ili na njeno postignuće, na njenu ličnost ili na njenu političku opciju, na pol ili na status? Kakva je slika (koliko negativna i kakva se poruka političke prirode šalje) koju u javnosti imaju žene političarke, feminizam i/ili ženski pokret? Ovakav socio-kulturni okvir percepcije društvene grupe žena možemo da identifikujemo u skoro globalnim razmerama.

⁵ Norris, P. ed. (1997). *Women, Media and Politics*. New York: Oxford University Press.

razlike koje postoje s jedne strane kada je u pitanju odnos samih žena prema politici, i s druge strane rodno negativno obeležen socijalni konsenzus prema ženama u politici i na mestima odlučivanja, jasno govore kolika je rasprostranjenost stereotipa povezanih sa tradicionalnim stavovima o ženama u politici. Kako navode L. Fox i J. Lawless teorije socijalizacije rodnih uloga ukazuju na značaj tradicionalnih kulturnih obrazaca u okviru paradigme privatno-javno i predrasuda o ženi, koje utiču na odluke žena o političkom angažmanu, ali i na prihvatanje njihove političke karijere od strane političara i medija. Negativan odnos prema kandidovanju žena za političke funkcije je velika psihološka prepreka, koja za posledicu ima gubitak samopouzdanja i značajnih političkih ambicija (Lawless, Fox, 2005: 54). Na takvom ideološkom konceptu muškarci dominiraju političkim poljem u velikom broju zemalja sveta i to uprkos ogromnim razlikama u političkim sistemima, kulturama, religijama ili porodičnim vrednostima određenog nacionalnog prostora. Statistički značajne rodne razlike postoje u okviru psihološkog uključivanja u politiku (Burns, Schlozman, Verba, 2001: 99). Sa tim u vezi je činjenica, o kojoj u svojoj studiji govore N. Burns, K. L. Šlocman i S. Verba, da su „žene u poređenju sa muškarcima manje zainteresovane i manje obavestene o politici i da sebe doživljavaju politički manje efikasnim“ (Burns, Schlozman, Verba, 2001: 100). Mogli bismo u ovom kontekstu da parafraziramo Kerol Giligan i da se upitamo da li žene govore „različitim jezikom“ u politici? Uprkos ovim razlikama, ženski „različiti glasovi“ kako ih je K. Giligen nazvala, mogu biti potpuno nemi, prigušeni, zato što se žene manje bave javnim političkim govorom. Žene ne razgovaraju tako često o politici sa prijateljima i porodicom, i nađeno je da značajno manje od muškaraca pokušavaju da ubede druge kako da glasaju. Odgovor na pitanje razlike i pitanje rodnog disbalansa u politici je pitanje zašto se razumevanje politike muškaraca razlikuje od razumevanja politike žena? Rodne uloge i društveno odobrena pozicija žene u političkom svetu deo su vrednosti svakog društva i duboko su usađene u njegovu strukturu.

Za istraživače koji se bave pitanjima roda i politike, socijalizacija tradicionalnih polnih uloga igrala je istaknutu ulogu u objašnjenju slabe uključenosti žena u izbornu politiku. Po tim analizama „tradicionalna porodična struktura i socijalizacija polnih uloga imaju uticaja na muškarce i žene koji učestvuju u

izborima“ (Fox, Lawless, 2003: 22). Mišljenje da politika treba da bude polje u kome su muškarci posebno moćni, predrasuda je utemeljena u mnogim kulturama i naslanja se na činjenicu da momci i devojke, muškarci i žene, više vrednuju muškost od ženskosti. Tako se karakteristike rodno obeležene političke participacije dovode u vezu sa rodnom socijalizacijom. Naime, ona može da proizvede devojke koje imaju manje samopoštovanja prema mogućnostima samorealizacije, pa su upućene na „život od dužnosti“, dok je dečacima dopušten nezavistan, samostalan i aktivan život (Fox, Lawless, 2003: 22). Rezultati istraživanja, koje je obavljeno među pripadnicima/cama različitih kultura, govori o tome da „dečaci i devojčice prikazuju svoje očeve kao mnogo bolje obavешtene o politici, čak i onda kada su majke dominantne u drugim ne-političkim aspektima socijalizacije“ (Mayer, Schmidt, 2004: 398).

Žene političarke se percipiraju po njihovim „tipično“ femininim osobinama, kao što je biti topla i senzibilna, i stoga se pretpostavlja da su žene eksperti za tzv. ženske oblasti, kao što je obrazovanje i/ili ženska pitanja. Za muškarce političare se smatra da poseduju „tipične“ maskuline crte, kao što je biti pouzdan i snažan, i pretpostavlja se da je dobro da upravljaju tzv. muškim pitanjima – kriminal i odbrana. „Problem“ nastaje kada se jave predrasude prema ženama liderkama koje rade u profesijama koje ne odgovaraju njihovim rodnim ulogama. Po teoriji uloge podudarnosti predrasuda prema ženama liderkama, nepodudarnost između ženskih rodnih uloga i uloga liderstva dovodi do dva oblika predrasuda: (a) nepovoljnije prihvatanje žena od muškaraca kao potencijalnih nosilaca liderskih pozicija i (b) onda kada se radi o propisima za lidersku ulogu nepovoljnije se vrednuje ponašanje žena. Jedna od posledica je da su stavovi prema liderima i potencijalnim liderima manje pozitivni kada su u pitanju žene, nego onda kada se radi o muškarcima (Eagly, Karau, 2002: 573-598).

Sa druge strane, u zakonodavnom i institucionalnom smislu, status žena kao političkih subjekata je poboljšan – žene imaju pravo glasa u bezmalo svim državama sveta, imaju pravo da se kandiduju na izborima, pravo da se takmiče za bilo koju političku funkciju, da budu deo izvršne vlasti, predsednice političkih stranaka, ali je implementacija načela jednakosti političkih prava još uvek daleko od potpunog ostvarenja. Dakle, danas je žensko pravo glasa rasprostranjeno širom sveta i nema, skoro, nikakvih nedoumica oko njegove

primene, dakle, generalno je nesporno. Međutim, formalno pravno sticanje političkih prava nije bitno promenilo političku scenu, niti dovelo do (radikalne) transformacije političke aktivnosti žena. Čini se da deklarativno prihvatanje nekog prava, sve i da je ono postalo deo pravnog poretka, nikako ne znači da je ono postalo deo zajednice i da ga zajednica prihvata. Ravnopravna „upotreba“ ili „korišćenje“ političkih prava muškaraca i žena je globalni problem i tiče se bezmalo svih država.

4. Rod i parlament – politička reprezentacija žena

Sa numeričke tačke gledišta možemo da ustvrdimo da su parlamenti otvoreni za žene, pre svega kada pogledamo približavanje ka rodnom balansu u nordijskim zemljama. Kada parlamente uporedimo sa drugim sferama političkog odlučivanja onda problem muške dominacije u politici postaje vidljiviji, naime, samo su dve (2) žene i devetnaest (19) muškaraca predsednici država, odnosno žene zauzimaju 27%, a muškarci 73% ministarskih mesta u državama Evropske unije (European Commission, National Governments, 2014). Ovi podaci koji govore iz rodne perspektive o političkoj dinamici unutar vlada država EU, pružaju mogućnost da ustvrdimo kako su parlamenti otvoreniji za žene. Kaže se da su parlamenti ogledalo društva u kojem živimo, da se oni suočavaju sa svakodnevnom realnošću na koju traže odgovore, na taj način ulaze u probleme i dileme života građana/građanki i to postaje mera njihovog razvoja. Moderni parlamenti su oni u kojima građani/građanke prepoznaju svoje potrebe i pronalaze odgovore na pitanja. Jedno od pitanja je zašto žene u XXI nisu zastupljene u parlamentima država EU na jednak način i istom broju kao muškarci, i kako su zastupljeni interesi žena? Koncept rodne ravnopravnosti⁶ je u zemljama EU priznat kao centralni element razvoja i napretka. Iz ove perspektive politika rodne ravnopravnosti bi mogla da se definiše kao skup mera pomoću kojih vlade mogu ubrzati ili usporiti napredak ka ravnopravnosti muškaraca i žena s obzirom na ovaj ideal. Kako smo još uvek daleko od tog idealnog modela političke jednakosti, E. Filips tvrdi da su

⁶ Rodnu ravnopravnost (*gender equality*) možemo konceptualno razumeti kao idealno stanje u kojem svi muškarci i sve žene imaju jednake mogućnosti da učestvuju u političkim, ekonomskim i društvenim aktivnostima; gde se jednako vrednuju uloge i status muškaraca i

postindustrijske demokratije deficitarne i zato što nisu uspele da adekvatno predstavljaju ženske interese i potrebe (Lovenduski, 2005: 2).

„Ugaoni kamen“ u debati o političkoj reprezentaciji žena, koja se odvija u okviru feminističke teorije roda i politike, predstavlja rad Hane Pitkin. „Kritičku promenu“ u teoretisanju političke zastupljenosti žena i praksi političke reprezentacije žena čine sa jedne strane istraživanja H. Pitkin o političkoj reprezentaciji, a sa druge E. Filips o značaju razlika između broja izabranih žena, efekta prisustva žena u parlamentu i delovanja u interesu žena. Kada H. Pitkin definiše koncept reprezentacije i kaže da predstavljati ili reprezentovati znači „učiniti da se ponovo bude prisutan“ (Pitkin, 1967: 8), ona pod tim podrazumeva nekoliko aspekata. Dakle, da je političko zastupanje aktivnost koja podrazumeva „glas građana“, zatim da se odnosi na (njihovo) mišljenje, a onda pretpostavlja i perspektivu „biti prisutan“ u procesu razvoja javnih politika. Političko predstavljanje/zastupanje nastaje kada politički akteri govore, zalažu se, simbolizuju procese/odnose i deluju u ime drugih u političkom javnom prostoru. H. Pitkin govori o četiri dimenzije političke reprezentacije – formalna, deskriptivna, substantivna i simbolička reprezentacija.⁷ H. Pitkin tvrdi da najvažnija linija razdvajanja postoji između dva oblika reprezentacije – sa jedne strane to je deskriptivna (opisna) reprezentacija „*stojeći za*“ („standing for“), a sa druge substantivna (suštinska) reprezentacija „*delujući za*“ („acting for“).⁸ Po njoj mnogo je važnije fokusirati se na ono šta predstavnici rade nego ko su oni. Političko zastupanje, dakle,

žena; gde muškarci i žene ne snose posledice rodno zasnovane diskriminacije; i gde su muškarci i žene autonomna i slobodna bića, koja imaju prava i uživaju dostojanstvo.

⁷ Iako prema H. Pitkin postoje značajne razlike između ove četiri dimenzije reprezentacije, ona tvrdi da su one, ipak, zamišljene kao koherentna celina. Međutim, politički teoretičari/ke su skloni da previde ovo konceptualno jedinstvo, pa govore o različitim dimenzijama reprezentacije kao odvojenim konceptima.

⁸ Dve istaknute teoretičarke političke reprezentacije žena E. Filips i Dž. Mejnbridž slažu se sa tvrdnjom H. Pitkin da deskriptivna reprezentacija ima ograničenu vrednost, s tim što je za njih način na koji politički predstavnici artikulišu i sprovode interese onih koje predstavljaju mnogo komplikovaniji nego kako to opisuje H. Pitkin. Više o tome u: Phillips, A., (1995). *The Politics of Presence*. Oxford: Oxford University Press; Phillips, A., (2004) „Feminism and Democracy«. in: Phillips, A., ed., *Feminism and Politics*. New York: Oxford University Press; Mensbridge, J., (2004). „Should Blacks Represent Blacks and Women Represent Women? A Contingent »Yes««. in: Phillips, A., ed., *Feminism and Politics*. New York: Oxford University Press.

mora da se izrazi na suštinski način i ona ga definiše kao „delanje u interesu onih koji se predstavljaju“ (Pitkin, 1976: 11).

Političko predstavljanje grupe najčešće se razume kao prisustvo članova/ca grupe u formalnim institucijama politike. Ukratko, u teorijskom smislu to znači da predstavnici rade za grupu koju predstavljaju. Međutim, većina predstavnika/ca radi za mnoge različite grupe i većina, takođe, pokušava da prevaziđe grupne interese i da deluje za naciju ili zajednicu kojoj institucija služi. Moguće je pretpostaviti da će, na primer, žene poslanice raditi za svoju političku partiju, izbornu jedinicu, region, naciju i/ili svoju rasu. Ili će, takođe, nastojati da izbalansiraju različite stavove unutar opšteg razumevanja »nacionalnog« interesa. Neki autori kažu da višedimenzionalna priroda reprezentacije komplikuje argumente za reprezentaciju žena. Nekoliko decenija u feminističkim istraživanjima najveći broj debata o reprezentaciji žena u politici bio je fokusiran na utvrđivanje uzajamnih veza i rezultata odnosa između deskriptivne i substantivne reprezentacije žena, odnosno na pitanje – da li određeno povećanje broja ženskih predstavnica (tada je reč o deskriptivnoj – „u ogledalu“, opisnoj – reprezentaciji žena) rezultira povećanjem zainteresovanosti za zastupanjem političkih interesa žena (što je substantivna – stvarna – reprezentacija žena). Naime, posle 2000. godine istraživači (većina njih su bile žene) se usredsređuju na pitanja: da li fokus na ženske predstavnike zanemaruje važne razlike među ženama i, takođe, da li politički formulisane promene u parlamentu ograničavaju stvarnu reprezentaciju žena na jednu grupu učesnica i određeni vid političke reprezentacije.⁹ Opisna, deskriptivna reprezentacija žena često se naslanja na substantivnu reprezentaciju, naime, to znači da ako bude izabrano više žena, onda će javne politike biti definisane u interesu žena. Očekuje se da se žene drugačije ponašaju od svojih muških kolega, što potvrđuju i istraživanja. Naime, žene na zakonodavnim mestima imaju tendenciju da podrže javne politike u interesu žena (Stokes, 2005: 27). Dva ključna pitanja koja se tiču političke reprezentacije žena – „Da li žene zastupaju žene?“ i „Proizvode li žene

⁹ Više o tome u: Childs, S. (2006). The Complicated Relationship between Sex, Gender and the Substantive Representation of Women. *European Journal of Women's Studies*. 13 (1); Childs, S., Krook, M. L. (2006). Should Feminists Give Up on Critical Mass? A Contingent Yes. *Politics & Gender*. 4.; Lovenduski, J. (2005). *Feminizing Politics*. Cambridge: Polity Press.

u politici razliku?“, možemo naći u korpusu ideja koje tvrde da samo žene mogu suštinski zastupati žene, da se stvarno zastupanje pojavljuje samo u izabranim političkim telima i da reprezentacija žena zahteva da žene budu „različite“ od muškaraca.

Dve teorije koje se preklapaju i dominiraju debatom o efektima povećanja političke participacije i reprezentacije žena razvijaju se u okviru koncepata „kritične mase“ i „politike prisustva“. Srž pretpostavke ovih istraživanja je da su sa jedne strane „brojevi važni“, a sa druge da će rast očigledne, „vidljive“ reprezentacije žena u parlamentima rezultirati povećanjem zastupanja stvarnih ženskih političkih interesa. “Teorija kritične mase”, koja je prethodila “teoriji politike prisustva”, ukazuje na jače i suštinskije veze između „biti žensko“ i „delovanja za žene“. Dž. Lovenduski kaže da „prisustvo“ pruža osnove za teoriju rodne razlike i političke reprezentacije, dok je pojam kritična masa, kao deskriptivni indikator, potreban da se napravi substantivna politička razlika (Lovenduski, 2005: 141). Današnji nivo žena predstavnica od oko 25% u nacionalnim parlamentima daleko je od mogućeg pariteta. Takav rast na globalnom nivou rezultat je širenja rodnih kvota, koje se oslanjaju na koncept „kritične mase“. Pojam „kritične mase“ u čestoj je upotrebi u javnom diskursu. Smatra se da je kvota od 30% onaj potreban minimum za žene da bi vršile značajan uticaj na politiku. Veliki broj istraživača prespituje efektivnost i relevantnost sistema kvota za ponašanje žena u telima političke reprezentacije i jedan od glavnih argumenta je da će primenom teorije kritične mase žene napraviti razliku ako imaju brojčanu snagu. Primena kvota u parlamentu zasniva se na konceptu primene teorije kritične mase u društvenim naukama i onda se govori o tome da od veličine grupe zavisi priroda grupnih interakcija. Naime, onda kada je jedna grupa izrazita manjina u brojčano većem društvu, njene članice će nastojati da se prilagode okruženju u skladu sa preovlađujućim pravilima igre. Ali, kada grupa dostigne određenu veličinu odnosi se menjaju. Teorija kritične mase objašnjava da će biti kvalitativnih promena u prirodi grupne interakcije i onda će nekadašnja manjinska grupa početi da se „nameće“. To je put koji pokazuje kako se transformiše institucionalna kultura, norme i vrednosti. Dakle, sastav parlamenta može imati značajan uticaj na artikulaciju i odbranu grupnih interesa u okviru predstavničke demokratije. Prisustvo žena kao izabranih predstavnica

signalizira legitimnost njihovih problema i može da donese i veće priznanje tih interesa (Krook, 2010).

U knjizi „Politika prisustva“¹⁰ En Filips govori o dva odvojena načina politike: „politika ideja“ i „politika prisustva“. Za nju „politika ideja“ odgovara onim modelima reprezentacije gde se predstavljaju interesi i gde ko te interese predstavlja ili ko treba da bude predstavljen – nije važno. U ovom modelu se predstavljaju ideje, a ne ljudi. Drugi model je „politika prisustva“ i on naglašava – ko! Dakle, nisu u pitanju samo interesi koji se predstavljaju već postoji grupa ljudi koja ima te interese. „Politika prisustva“ ističe „iskustvo i identitet“ koji predstavljaju te interese i zahteva „uključivanje pripadnika takvih grupa“ (Phillips, 1995: 6). E. Filips ipak prihvata mešavinu dva režima politike, ističući da problemi nastaju ne onda kada se „politika ideja“ praktikuje već kada se „ideje tretiraju kao potpuno odvojene od ljudi koji ih nose... To je u odnosu između ideje i prisustva, gde treba da se nadamo najboljem, odnosno pravednijem sistemu reprezentacije, a ne lažnoj opoziciji između jedne ili druge“ (Phillips, 1995: 25). Ona smatra da prisustvo ranije isključenih signalizuje njihovu političku jednakost i utoliko teorija „politike prisustva“ ukazuje na to da žene političarke najbolje predstavljaju interese žena, što povezuje deskriptivnu i substantivnu reprezentaciju. E. Filips svoj koncept izgrađuje iz perspektive feminističke teorije roda i politike koja uzima u obzir razliku svakodnevnog života muškaraca i žena oko nege i brige o deci, obrazovanja, zanimanja, razlike u plaćenom i neplaćenom radu, izloženosti nasilju i seksualnom uznemiravanju. Činjenica je, kako kaže, da žene političarke, bar u izvesnoj meri, dele iskustva drugih žena (Phillips, 1995: 22).

5. Koncept „ženskih interesa“ u politici

Za feminističku političku teoriju o učešću žena u politici ključno je pitanje razgraničavanja „ženskih interesa“ i načina na koji su viđeni odnosi između deskriptivnog i substancijalnog predstavljanja žena. L. Vagnerund kaže da teorija politike prisustva služi kao polazište. Cilj je da se empirijski podupre – ili da se empirijski testira – tvrdnja da žene političari, u većoj meri nego muškarci političari, zastupaju interese žena. Bez obzira na to što je koncept

¹⁰ Phillips, A. (1995). *Politics of Presence*. Oxford University Press.

„ženskih interesa“ dugo prisutan i ustanovljen u feminističkim raspravama, on je i dalje kontroverzan. Problem „ženskih interesa“ uključuje odnose između „objektivnih“ i „subjektivnih“ interesa, kao i odnose između roda i ostalih socijalnih podela kao što su rasa i klasa. Postavlja se pitanje gde su granice ženskih interesa? Definisano široko, ako se ženski interesi shvate tako da se uključe sva politička pitanja u kojima muškarci i žene mogu da se ne slažu, na primer, u stavovima prema raspoređivanju oružanih snaga ili zaštiti životne sredine, onda postaje nejasno kako definisati granice „ženskih interesa“ (Wängnerud, 2000: 68). P. Noris i Dž. Lovendaski na tragu istraživanja koje je obavila L. Vagnerund, razumeju zajednički interes žena kao proces koji se tiče pitanja koja povećavaju autonomiju žena, i koji može da bude tretiran kroz određeni broj koraka u kojem su: 1. žene prepoznate kao socijalna kategorija, čime se osporava rodna neutralnost politike, 2. priznate nejednakosti u moći između polova, i 3. ustanovljene politike koje povećavaju autonomiju žena kao građanki (Lovenduski, Pippa, 2004: 4). L. Vagnerund je analizom podataka dobijenih u intervjuima sa političarima pokazala kako svaki korak utiče na politički proces i da je, zapravo, prisustvo žena u švedskom parlamentu (Rigstag) dovelo do toga da su ženski interesi postali centralni u politici. Utvrdila je da su razlike u stavovima između žena i muškaraca u širokom spektru pitanja dovele do veće osetljivosti za ženske interese, a samim tim postale i izazov za političke promene. Ona je ustanovila da je artikulacija i mobilizacija takvih interesa u švedskom Rigstagu rad žena političara. Proces feminizacije parlamentarne reprezentacije švedskog Rigstaga je primer dobre prakse za ostale zemlje Evropske unije, zapravo njihovog puta ka rodnoj jednakosti u politici. Dobra istorijska praksa, na primeru Švedske, pokazuje kako su se od dvadesetih godina prošlog veka u Švedskoj žene angažovale unutar i izvan političkih partija da bi obezbedile izbor kandidatkinja za parlament. Vremenom se postepeno povećavao udeo koji svaka partija smatra neophodnim za adekvatnu zastupljenost žena, i to počev od jedne žene na listi, pa do jednakog broja žena i muškaraca kakav je slučaj danas. Devedesetih godina prošlog veka neformalniji ciljevi, pravci i preporuke su u mnogim partijama popločali put formalnijim politikama kvota. Iako su porasti omogućeni zahvaljujući primeni izbornog sistema proporcionalne zastupljenosti, partijske strategije su takođe bile od izuzetnog značaja. Danas skoro sve švedske partije prihvataju načelo naizmeničnosti (ili eng. *zippering*)

što znači da naizmenično ređaju muška i ženska imena na partijskim listama kako bi obezbedili ne samo da žene čine 50% kandidata već i da skoro 50% njih bude i izabrano. Zbog toga se ova zemlja nalazi na drugom mestu u svetu u pogledu zastupljenosti žena sa 45% mandata u parlamentu (Noris, Kruk, 2010: 34).

Kako broj studija raste, očigledno je da ne postoji nijedan univerzalni odnos između procenta žena izabranih na političku funkciju i prolaza zakonodavnih inicijativa koje su u korist interesa žena kao grupe. U nekim slučajevima čini se da su žene sposobne da efikasnije rade kada njihov broj raste, ali u drugim, iako su žene činile manjinu u zakonodavnim telima, razlika je, ponekad, bila veća. Kako razrešiti protivrečnost: treba li da feministkinje odustanu od kritične mase, ili, da li postoje razlozi – teoretski ili praktični – za zadržavanje ovog koncepta u raspravama o političkoj zastupljenosti žena (Wängnerud, 2000:68)? Prostor javne debate u koju su uključene međunarodne organizacije, transnacionalne mreže, političari, ženski aktivisti, pa čak i obični građani, tvrde da žene treba da čine 30% svih političkih tela – „magični broj“ koji su žene zakonodavci odredile kao osnovu da bi razlika mogla da se napravi. Rekli bismo da je efektivnost nesumnjivo veća kada su žene prisutne nego kada ih nema u zakonodavnim telima ili političkim institucijama. Jedan od glavnih argumenata je da više žena poslanika i strukturno prisustvo pažnje za interese žena ne samo da doprinose pravednoj i demokratskoj politici već će poboljšati kvalitet demokratskog odlučivanja i donošenja politika na substantivnom nivou (Celis, 2009: 98).

Međutim, postoji i jedan nimalo optimističan stav o mogućem institucionalnom uticaju žena i mogućnostima substancijalne reprezentacije žena. Naime, A. Filips smatra da su očekivanja od političarki da utiču na politiku na specifičan način „pucanj u prazno“ (Phillips, 1995 : 83), s obzirom na to da su političke institucije rigidne, odnosno da parlamenti ne menjaju lako svoje obrasce ponašanja. Slično misle i S. Čajld i Dž. Lovendaski za koje je isključenost žena iz politike sveprisutna. Po njima, isključenost žena se uspostavlja kroz slojeve institucija u kojima dominiraju muškarci i gde su žene izolovane po formalnim i neformalnim pravilima o isključenju. Zadaci koji su uključeni u postizanje rodnog pariteta u političkim institucijama su ogromni. Ne postoji nijedan razuman razlog da žene budu podpredstavljene, stoga nema jednog ili

jednostavnog rešenja. Štaviše, nije dovoljno da se obezbedi jednostavan paritet prisustva u zakonodavnim telima, same institucije moraju biti orodnjene ili biti feminizirane, odnosno da teže ka onom što se u literaturi naziva „feminizacija političke elite“ (Childs, Lovenduski, 2012).

6. Završna razmatranja

Kada je rod postao centralna kategorija u istraživačkim poljima sociologa, pravnika, politikologa, feminističkih teoretičarki i svih ostalih koji su bili zainteresovani za reprezentaciju žena, bilo je jasno da će takva istraživačka perspektiva promeniti konvencionalni pristup studijama politike, menjajući na taj način metod i konceptualni okvir. Dakle, promenjeni diskurs političkih prava žena nije bio samo deo promena u teorijskim istraživanjima politike koje smo dotakli u ovom pregledu, već je omogućio dalji društveni i pravni razvoj, kao i dinamičnu institucionalnu legitimizaciju političkih prava žena na međunarodnom i nacionalnom nivou. Od Pekinške deklaracije iz 1995. godine ostvaren je vidljiv napredak u učešću žena u nacionalnim parlamentima i rodni balans je postao globalna norma. Teorijske debate u okviru feminističke teorije roda i politike koje su se razvile na evropskom akademskom prostoru, insistirale su i na promenama institucionalnog i strukturnog okvira žena u politici. Naime, zahtevi za političkom jednakošću muškaraca i žena ugrađeni su u višedecenijsko izgrađivanje pravnog okvira na prostoru Evropske unije. Postojanje međunarodnih konvencija, deklaracija, opcionih protokola, strategija, akcionih planova i drugih preporuka za donošenje političkih odluka na različitim nivoima vlasti, dovelo je do značajnog pomeranja ka političkoj ravnopravnosti muškaraca i žena u nekim državama EU, dok su druge zemlje ostale izvan tokova koji idu ka rodnoj ravnopravnosti u politici. Konsekventno pitanje je – zašto je to tako? Pred zemlje Evropske unije, njene nove članice i one koje su u fazi priključivanja, postavljaju se jasni zahtevi aktivne politike uvođenja i sprovođenja politike rodne jednakosti na mestima odlučivanja u politici. Razvijeno zakonodavstvo iz te oblasti nije garancija efikasne i efektivne implementacije tih zakona, pa se događaja da nizak nivo primene zakona održava stvarnu nejednakost i dovodi u pitanje teško postignute standarde u zastupljenosti žena u politici u zemljama razvijene (stare) demokratije.

Literatura

- Ballington, J., Karam, A. (2005). *Women in Parliament: Beyond Number*. Stockholm: International Institute for Democracy and Electoral Assistance
- Burns N., Schlozman K. L., and Verba, S., (2001). *The Private Roots of Public Action: Gender, Equality, and Political Participation*. Harvard University Press
- Childs, S., and Krook, M. L. (2006). Should Feminists Give Up on Critical Mass? A Contingent Yes, *Politics & Gender*. 2 (4)
- Childs, S. and Lovenduski, J. (2012). „Political Representation“. in: Waylen, G., Celis, K., Kantola, J. and Weldon, L. eds. *The Oxford Handbook of Gender and Politics*. Oxford: Oxford University Press. Dostupno na: http://www.bbk.ac.uk/politics/our-staff/academic/joni_lovenduski/PoliticalRepresentation.pdf. Pristup: 20. 12. 2012
- Celis, K. (2009). Substantive Representation of Women (and improving it). What is and should it be about? *Comparative European Politics*. 7
- Dahlerup, D., Leyenaar, M. ed. (2013). *Breaking Male Dominance in Old Democracy*. Oxford: Oxford University Press
- Građanke i građani Srbije o rodnoj ravnopravnosti. Javno mnjenje Srbije o rodnoj ravnopravnosti*. (2010). Beograd: Institut društvenih nauka – Centar za politikološka istraživanja i javno mnjenje
- Lovenduski, J. „Introduction: state feminism and political representation of women“. in: Lovenduski, J., ed., (2005). *State Feminism and Political Representation*. Cambridge: Cambridge University Press
- Lovenduski, J. (2005). *Feminizing Politics*. Cambridge: Polity Press
- Lovenduski, J., Norris, P. (2004). Westminster Women: The Politics of Presence. *Political Studies*. Dostupno na: <http://www.hks.harvard.edu/fs/pnorris/Acrobat/Westminster%20women.pdf>. Pristup: 25. 5. 2012
- Eagly H. A., Karau, J. S. (2002). Role congruity theory of prejudice toward female leaders
Psychological Review. (109) 3

European Women Lobby. (2014). Dostupno na: <http://womenlobby.org/news/ewl-news/article/open-letter-to-newly-designated-ec?lang=en>. Pristup, 7. 9. 2014

European Commission, National Government. (2014). Dostupno na: http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/gender-decision-making/databases/politics/national-governments/index_en.htm. Pristup, 15. 7. 2014

Fox, R. L., Lawless, J. L. (2003). Family Structure, Sex-Role Socialization, and the Decision to Run for Office. *Women & Politics*. 24

Inglehart, R., Norris, P. (2003). *Rising Tide: Gender Equality and Cultural Change around the World*. Cambridge: Cambridge University Press

Karen C. (2009). Substantive Representation of Women (and improving it). What is and should it be about? *Comparative European Politics*. 7

Kurki, H. (1986). *Women's Suffrage 80 Years*. Publication of the Council for Gender Equality. 1. Dostupno na: www.aanoikeus.fi/pdf/kurki_en.pdf

Krook, M. L. (2010). *Quotas for Women in Politics: Gender and Candidate Selection Reform Worldwide*. Oxford: Oxford University Press Inc

Krook, M. N., Child, S. ed. (2010). *Women, Gender, and Politics: A Reader*. Oxford: Oxford University Press

Martha, F., Woodward, A., Cabó, A., Barbara, M., Bagilhole, B. M. ed. (2009). *Teaching Intersectionality: Putting Gender at the Centre*. ATHENA3 Advanced Thematic Network in Women's Studies in Europe. University of Utrecht and Centre for Gender Studies. Stockholm University

Muller-Rommel, F., Kubbe, I., Vercesi, M. (2014). *How Women Become Prime Minister in Europe: Pathways to Power*. Paper presented at the ECPR Joint Session Workshop on „Gender, Representation and Power in the Executive Branch“. University of Salamanka, Spain. Dostupno na: <https://ecpr.eu/Filestore/PaperProposal/878e5764-cd4e-4ce4-925e-3c234fc402b8.pdf>

Mayer, J. D., Schmidt, H. M. (2004). Gendered political socialization in four contexts: political interest and values among junior high school students in China, Japan, Mexico, and the United States. *The Social Science Journal*. 41

Norris, P. ed. (1997). *Women, Media and Politics*. New York: Oxford University Press

Noris, P., Kruk, M. L. (2010). *Rodna ravnopravnost na izabranim funkcijama: akcioni plan u šest koraka*. Dostupno na: <http://www.osce.org/hr/odihr/107917?download=true>. Pristup, 10. 5. 2012

Pitkin, H. F. (1967). *The Concept of Representation*. University of California Press

Phillips, A. (1995). *Politics of Presence*. Oxford: Oxford University Press

Phillips, A. (2004). "Democracy and Representation: Or, Why Should it Matter Who our Representative Are?". in: Phillips, A., ed. *Feminism and Politics*. New York: Oxford University Press

Rees, T. L. (1998). *Mainstreaming Equality in the European Union: Education, Training and Labour Market Policies*. Routledge

Russell M., Lovenduski, J., Stephenson, M.A. (2003). *Women's Political Participation in the UK*. The British Council

Stokes, W. (2005). *Women in Contemporary Politics*. Cambridge: Politiy Press

Tolleson- Rinehart, S., Josepshon, J. J., (2000). "Introduction. Gender, Sex, and American Political Life". u: Tolleson-Rinehart, S., and Josepshon, J. J., ed., *Gender and American Politics – Women, Man and The Political Process*. New York: Armonk

Wängnerud, L. (2000). Testing the Politics of Presence: Women's Representation in the Swedish Riksdag. *Scandinavian Political Studies*. (23) 1

Wisniewski, R., Kunst, H., eds., (1988) *Handbuch für Frauenfrage: Zur Stellung der Frau in der Gegenwart; Informationen – Analysen – Anregungen*. Stuttgart: Verlag Bonn Aktuell GmbH

Women in National Parliament. Situation as of 1st June 2014. Inter Parliamentary Union, IPU. Dostupno na: <http://www.ipu.org/wmn-e/classif.htm> Pristup: 9. 6. 2014

Women in decision-making position. (2011). Special Eurobarometer 376. Report. European Commission. from: ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_376_en.pdf

Natalija Žunić, MA

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

European Union: Gender and Politics

Summary

Political representation is the central issue in contemporary debates on the level of democracy in political institutions and processes in the European Union. Underrepresentation of particular groups in political institutions, decision-making and policy-making processes is perceived as the problem of justice, legitimacy and effectiveness in democratic societies. In this paper, the author analyzes the gender aspects of democratic decision-making processes and political representation of women in the EU member states. The social, historical and political dimension of women's efforts to obtain and promote their civil status and political rights have been the framework for developing the principle of gender equality as one of the founding EU principles. In the past hundred years, one of the most significant trends in politics has been the expansion of formal political representation of women. Yet, even though it has been more than a hundred years since women won their political rights in the 19th and the 20th century (the right to vote and the right to be voted), gender differences in political rights are still a substantial part of debate. Today, women's political representation is still inadequate and their political capacity and power have not been exercised to a sufficient extent (or proportionally) through their actual representation in parliament. In March 2012, the European Commission published a report on gender equality in different areas of social life; the Eurobarometer survey shows that women are generally underrepresented in politics. In national parliaments, only one out of four MPs is a woman. In the European Parliament, three out of ten parliamentarians are women. The statistics shows a huge discrepancy among the EU Member States in terms of women's representation in parliament (44.7% in Sweden as contrasted to 13.3% in Romania). The prevailing view in many studies is that post-industrial democracies are deficient as they have failed to provide for an adequate representation of women's needs and

interests. The legal standards on political equality of men and women have been incorporated into the international and regional legal frameworks. Yet, the international conventions, declarations, optional protocols, strategies, action plans and recommendations for policy-makers at different levels have not generated a significant change in the general attitude to political equality of men and women. Why is it so? Women are underrepresented whenever the number of women in the elected bodies of authority is unproportional to the total number of women in the general population; such exclusion of women from politics is unjust because it diminishes the quality of political debate and undermines the essence of democratic legitimacy.

For the past ten years, the academic community has been involved in a debate on different aspects of women's political representation. Within the framework of feminist research on gender, politics and state, the discussions have focused on the following issues: what are the benefits of increasing the number of women in politics; will the increase of female MPs in parliament change the nature of politics (given that it may be a chance to articulate women's perspective and discuss women's problems and interests); do women MPs make a difference in political life (and, if so, in what circumstances); and what kind of changes may be expected from their participation in politics? Most discussions have focused on establishing and analyzing the mutual relations between the descriptive and substantive women's representation in politics, primarily concerning the issue whether the increase in the number of female MPs contributes to increasing their interest in representing women's political interests. The quota system, which has been applied in the EU countries as a response to the problem of women's underrepresentation in politics, and the introduction of women's policy agencies (aimed at supporting and promoting the gender equality policy) have proven to be examples of good practice in addressing the "democratic deficit" in the modern Western European societies.

Key words: gender, politics, women's political representation, gender democracy, EU.

Miloš Prica,*
Asistent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

NAUČNI ČLANAK

UDK: 502/504"20"

Rad primljen: 01.09.2014.
Rad prihvaćen: 01.12.2014.

O CILJEVIMA I ZBILJSKOJ UTEMELJENOSTI ODRŽIVOG RAZVOJA NA POČETKU 21. VEKA**

*„Zakoni i vršenje pravosuđa među nama su samo veština
da se moćnik i bogataš zakloni od pravednih represalija
siromaha.“*

Žan Žak Ruso

Apstrakt: Članak predstavlja produžetak našeg rada „O pojmu i pravnom karakteru održivog razvoja: Da li postoji ekološko pravo“, koji je objavljen u Zborniku radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 67/2014, str. 291–318. Naša razmatranja ovde se usredotočuju na pitanje teleološke uobličivosti i zbiljske utemeljenosti održivog razvoja na početku 21. veka. U pravnoj književnosti cilj održivog razvoja uglavnom je istaknut kao brana prekomernom trošenju prirodnih resursa, u cilju međugeneracijske solidarnosti. Takvo poimanje teleologije održivog razvoja protivreči istini, jer bi se u protivnom dalo zaključiti da je mana postojećih globalnih ekonomskih procesa samo to da mogu ugroziti potrebe budućih pokolenja. Zapravo, to što se uprkos razmerama ekonomskih, socijalnih i ekoloških problema današnjice teleološko razmatranje održivog razvoja uglavnom svodi na cilj međugeneracijske solidarnosti, očevidno predstavlja odvlačenje pažnje na pogrešnu stranu. Naše poimanje održivog razvoja očituje se u prožimanju njegove ekonomske, ekološke i socijalne dimenzije, pri čemu nastojimo da utvrdimo etički minimum iz kojeg bi izviralo i kome bi se potčinjavalo celokupno ljudsko delanje. Rečju, u sagledavanju etičke dimenzije održivog razvoja valja poći od najugroženijih vrednosti u životu

*pricamilos@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu: „Uklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu u periodu 2013–2018 godine.

sadašnjih generacija (iskorenjivanja gladi i bede, socijalne sigurnosti, socijalne pravde, milosrđa), da bi se uopšte moglo postaviti pitanje međugeneracijske solidarnosti. Imajući to u vidu, u članku je razmotrena zbiljska utemeljenost ekološke, ekonomske i socijalne dimenzije ideje održivog razvoja u sistemu neoliberalnog globalizacijskog kapitalizma (imperijalizma), sa posebnim osvrtom na tehniku vladanja tajnih vlastodržaca.

Ključne reči: *održivi razvoj, čovečanstvo, ekološko pravo, ekološka politika, pravna načela, ideologija, grana pravnog sistema, elita krupnog finansijskog kapitala, umeće vladanja, solidarna pravda.*

1.Uvod: postavljanje problema

U članku „O pojmu i pravnom karakteru održivog razvoja: Da li postoji ekološko pravo“, izložili smo pojam, opseg, legitimitet i pravni karakter ideje održivog razvoja. Razmatranja o teleologiji i zbiljskoj utemeljenosti održivog razvoja zahtevaju da ovde u glavnim potezima ponovimo naša zapažanja o pojmu, domašaju i pravnom karakteru ideje održivog razvoja.

Široku poznatost održivi razvoj stekao je pod okriljem politike zaštite životne sredine, u sledstvu nastojanja da se obuzda mahnito razaranje prirodnih resursa nastalo kao posledica težnje za ostvarivanjem ekonomskog bogatstva. U ovoj raspravi održivi razvoj sagledavamo sadržinski i ciljno, rukovodeći se, pri tome, osnovnim poimanjem održivog razvoja pod kojim podrazumevamo blagostanje (progres) čovečanstva, zasnovano na dugoročno zdravoj životnoj sredini i usmereno podjednako ka potrebama sadašnjih i budućih generacija. Povrh toga, sadržajna i terminološka višeznačnost ideje održivog razvoja rasprostiru se od okvira jedne zasebno posmatrane društvene delatnosti do najviše zamislive ukupnosti koja se čovečanstvom naziva, sledstveno čemu kad god se istakne pretenzija ka dugoročno organizovanom i svrhovitom ljudskom delanju, održivi razvoj se pojavljuje kao standard poželjne srazmere između teleologije, resursa i tehnike. Imajući to u vidu, ideja održivog razvoja po svom opsegu itekako nadilazi granice ekološke politike i ekološkog prava, iz čega proishode izvesna uža i šira značenja u odnosu na predočeno osnovno poimanje održivog razvoja (Prica, 2014: 292–293).

Za celi misaoni tok naše rasprave ključna je misao o prožimanju ekonomske, ekološke i socijalne dimenzije održivog razvoja, pri čemu osnovno značenje održivog razvoja može voditi čak do pojma globalne međunarodne politike u svom totalitetu. Saglasno sa tim, veoma je važno ustanoviti da se socijalni supstrat održivog razvoja ne očituje samo u obuzdavanju nekontrolisanog trošenja prirodnih resursa – u cilju zaštite interesa budućih pokolenja. Zapravo, u sagledavanju ideje održivog razvoja – njegove etičke opravdanosti – treba poći od najugroženijih vrednosti u životu sadašnjih generacija (iskorenjivanja gladi i bede, socijalne sigurnosti, socijalne pravde, milosrđa), da bi se uopšte moglo postaviti pitanje međugeneracijske solidarnosti. To uistinu znači da je legitimitet održivog razvoja determinisan vrednosnom utemeljenošću ljudskog delanja, a prevashodno etičkom zasnovanošću tehnike vladanja, kako u ravni državne vlasti, tako i spram globalnog međunarodnog političkog poretka. Sledstveno tome, u traganju za uzrocima postojeće svekolike krize valja poći od etike, to jest od činjenice da trenutni pluralističko-sekularizovani proces globalizacije iskazuje krajnju netrpeljivost prema Bogu i hrišćanskom moralu. Imajući to u vidu, polazište i ishodište naših razmatranja jeste misao o moralnom i duhovnom sunovratu čovečanstva, kao određujućem razlogu za buktanje globalne krize današnjice (Prica, 2014: 293–297).

Okolnost da ideja održivog razvoja u međunarodnom pravu egzistira više od četrdeset godina, sa pratećim nezanemarljivim obimom ekološke pravno-književne građe, već naoko bi vodila očekivanju da će čovečanstvo u treći milenijum ući sa razvijenom ekološkom svešću i etabliranim pravnim garantijama zdrave životne sredine. Ako je tako, kako onda objasniti da su na početku 21. veka ekološki problemi u toj meri narasli da su čovečanstvu obznanjene dramatično nepovoljne procene o daljem opstanku i razvoju? Do ovog složenog i suštinskog pitanja pravna nauka gotovo da ne doseže, naposletku i zbog zarobljenosti pravne misli prostim normno-funkcionalnim datostima razmatranih pojmova, što je dokaz duboke krize u kojoj se nalazi pravna nauka. Belodano je da ideja održivog razvoja na međunarodnom planu nije zadobila rang i domašaj pravnog načela, niti je uspostavljen sistem ekološkog prava u normativnom smislu, a činjenica da načelo održivog razvoja u unutardržavnom pravu nije ukorenjeno u judikaturi niti u pravnoj svesti,

navela nas je da utvrdimo njegovo svojstvo čisto deklarativnog – više ideološkog, nego pravnog – načela (Prica, 2014: 296–309). Nasuprot postojećem čisto proklamativnom svojstvu, zbiljski pravni karakter održivog razvoja uslovljen je stepenom vlastite ukorenjenosti u judikaturi, što znači da samo kao postojani element i nadahnuće jurisprudencije – u okviru pravnih shvatanja koja zauzimaju sudovi i drugi državni organi kada rešavaju pojedinačne pravne stvari – održivi razvoj može steći jako „zračće“ dejstvo na oblikovanje pravne svesti i na tokove misli i shvatanja poslanika pravne nauke i pravnih praktičara. Uz to, održivi razvoj sa svojstvom pravnog načela jeste jedini legitiman vid ispoljavanja „pogleda na svet“ u oblasti prava, imajući u vidu da – u sledu vlastitog ciljnog pravno-logičkog karaktera – pravna načela definišu pravnu teleologiju u sistemu prava. U protivnom, proklamativni karakter određenih ideja, bez njihove jasne i zaokružene normativne sadržine u sistemu prava, pouzdan je dokaz uticaja ideologije na pravo, što je nespojivo sa pravnom teleologijom pravne države (Prica, 2014: 309–314).

Naša razmatranja ovde se usredotočuju na pitanje teleološke uobličivosti i zbiljske utemeljenosti održivog razvoja na početku 21. veka. Kako je održivi razvoj sastavljen od ekološke, ekonomske i socijalne komponente, teleološka dimenzija održivog razvoja nužno počiva na sadejstvu ekoloških, ekonomskih i socijalnih ciljeva čovečanstva, sledstveno čemu je nedopustivo teleološku dimenziju održivog staviti samo pod okrilje zaštite životne sredine. Uz to, vrednosno usmeravanje ciljeva održivog razvoja prihvatljivo je samo u meri u kojoj vodi svekolikom progresu čovečanstva shvaćenom u totalitetu pa je samim tim progres čovečanstva tačka u kojoj se ukrštaju pomenute dimenzije i ciljevi održivog razvoja. Kako institucionalizacija ideje održivog razvoja na međunarodnom planu vremenski potpuno korespondira sa nastankom i razvojem procesa tzv. globalizacije, putokazna intelektualna misao ovde je ostvariva samo pod uslovom ako se održivi razvoj i progres čovečanstva sagledaju saobrazno zbiljskim ekonomskim, socijalnim i ekološkim obeležjima i ciljevima procesa globalizacije. Samo, paradoks je u tome što će nas razmatranje zbiljske utemeljenosti održivog razvoja današnjice navesti da se zapitamo da li za čovečanstvo u 21. veku postoji „neki bolji razvoj od samouništenja“ (Marković, 2013: 11–13.).

2. Ciljevi održivog razvoja: ekološka, ekonomska i socijalna dimenzija održivog razvoja

Ekološka, ekonomska i socijalna dimenzija održivog razvoja jesu različiti spratovi istog pojmovnog zdanja. No, kao da se u pravnoj književnosti pomenuta neodvojivost ne uviđa, dočim je održivi razvoj mahom istaknut kao brana prekomernom trošenju prirodnih resursa, u cilju međugeneracijske solidarnosti. Da je predočeno poimanje međugeneracijske solidarnosti jednostrano i površno upečatljivo dokazuju slučajevi veštački održavanih ekonomija (putem nepovoljnih inostranih kredita) ne malog broja postojećih država, iz čega proizlazi realno očekivanje da će obaveza vraćanja dotičnoga duga padati na teret dolazećih generacija, što protivreči zahtevu međugeneracijske solidarnosti. Saglasno sa tim, svaka generacija nema samo zadatak i odgovornost da sačuva prirodno okruženje budućim generacijama, već istodobno da bilo kojim svojim delanjem buduća pokolenja ne dovode u situaciju da ne mogu da zadovolje sopstvene potrebe.

Osobito je važno imati u vidu da teleološka dimenzija održivog razvoja umnogome nadilazi princip međugeneracijske solidarnosti, jer bi se, u suprotnom, dalo zaključiti da je jedina mana postojećih međunarodnih ekonomsko-socijalnih procesa to što mogu ugroziti potrebe budućih pokolenja, što bi, razume se, bilo posve neosnovano. Sasvim obrnuto, ako se uprkos razmerama ekonomskih, socijalnih i ekoloških problema današnjice teleološko razmatranje održivog razvoja uglavnom svodi na cilj međugeneracijske solidarnosti, očevidno se time navlači zavesa kojom se nastoji sakriti prava priroda aktuelnih globalnih ekonomskih i političkih tokova. Zapravo, ako je progres čovečanstva vodilja održivog razvoja, onda je održivi razvoj opravdan samo u meri u kojoj je prožet nastojanjem ostvarivanja osnovnih dobara čovekoljublja (iskorenjivanje gladi i bede, umanjenje siromaštva, socijalna solidarnost, milosrđe i dr.). Saobrazno tome, da bi istaknuto sadejstvo ekonomske, socijalne i ekološke dimenzije održivog razvoja doista bilo zbiljsko i opravdano, neophodno je utvrditi etički minimum, iz kojeg bi izviralo i kome bi se potčinjavalo celokupno ljudsko delanje. Takav minimum mi vidimo u ideji opšteg dobra, pod čijim se okriljem, po našem mišljenju, jedino mogu proklamovati ciljevi održivog razvoja. Odavde dalje proizlazi da su struktura i delotvornost održivog razvoja itekako uslovljeni

hijerarhijom ekoloških, ekonomskih i socijalnih ciljeva čovečanstva, pod kojom (hijerarhijom) bi trebalo podrazumevati režim pravnog prevashodstva između ekološke, ekonomske i socijalne dimenzije održivog razvoja, što je uslov za institucionalizaciju održivog razvoja sa moralnim i socijalno-pravednim likom. S druge strane, ne može biti govora o uspostavljanju zbiljskog (regulativnog) pravnog karaktera načela održivog razvoja bez propisivanja primata njegove ekološke i socijalne komponente u odnosu na njegovu ekonomsku komponentu. U odnosu na zaštitu životne sredine, minimum istaknutog primata podrazumevao bi zabranu svake ljudske delatnosti kojom se neobnovljivo troše prirodni resursi, jer bez toga načelo održivog razvoja, kako na međunarodnom planu, tako i u unutardržavnom pravu, pravno ne može premašiti nivo proklamacije bez jasnog pravnog značenja.¹ Da je primat ekološke dimenzije održivog razvoja danas zbilja neophodan, belodano proizlazi iz činjenice postojanja i razvoja ljudskih delatnosti za koje nije teško zaključiti da grubo i trajno narušavaju životnu sredinu² (Prica, 2014: 307–309). Imajući sve ovo u vidu, razumevanje ciljeva održivog razvoja nije moguće bez utvrđivanja osnovnog uzroka u uslovima tzv. autoritarne globalizacije izraženog nesaglasja između važećih ekonomskih datosti, s jedne, i zahteva za ostvarivanjem ekonomske i socijalne pravde te zdrave životne sredine, s druge strane.

Ključ odgovara na postavljeno pitanje mi vidimo u činjenici da u osnovi ekonomske internacionalizacije, to jest u njegovom totalitarnom obliku – tzv. autoritarnoj globalizaciji³, leži nakana elite krupnog finansijskog kapitala da

¹ Pravu sliku o tome daje nam pravni poredak Evropske unije, u kome naporedo egzistiraju cilj uspostavljanja i unapređenja unutrašnjeg tržišta, što podrazumeva potrebu što lakšeg i bržeg puštanja u promet proizvoda, i načelo predostrožnosti, prema kojem je proizvođač dužan da ispita moguće štetne efekte proizvoda na životnu sredinu pre njegovog puštanja u promet. Premda predočeni ciljevi formalno-pravno ne stoje u odnosu nadređenosti i podređenosti, odnos snaga de facto uvek pretegne na stranu ekonomskog razloga.

² Primerice, to je slučaj sa privrednom upotrebom nuklearne energije; razume se, zbog radioaktivnog otpada. O sličnim takvim delatnostima vidi (Dudaš, 2013: 382).

³ „Želja vladajuće svetske finansijske i političke elite je zarobiti ljudsku svest i srce u većitom iščekivanju skorog dolaska raznih „idealnih“ društava i socijalno „pravednih“ (=utopijskih) koncepcija, a svet se konstantno nalazi u vrtlogu stalnih suprotnosti, u ratovima materijalističkih i makijavelističkih filozofija, u kojima čovečanstvo treba držati svezano do kraja vremena. Nagon za stvaranjem takvih, duhovno obogaljenih društava je star koliko i čovečanstvo. To je želja za novcem (ujedno i glavnim sredstvom za ostvarivanje

obezbedi nesmetano i nepravedno prisvajanje tuđeg rada i resursa, kako bi učvrstila vlastiti monopolski položaj u globalizovanoj strukturi finansijske, medijske, vojne i geopolitičke moći (Despotović, Đurić, 2014: 1). S obzirom na to, da bi se videlo u kojoj meri se može danas govoriti o ekonomskom rastu, odnosno o održivom ekonomskom razvoju, valja pristupiti analizovanju ekonomskih trendova unutar postojećih država i na međunarodnom (univerzalnom i regionalnom) planu.

No, na putu utvrđivanja realnih ekonomskih procesa današnjice važno je imati u vidu dijemetralno suprotstavljena gledišta o pouzdanosti zvaničnih ekonomskih statističkih pokazatelja, sledstveno čemu se neretko ističe da ekonomska statistika govori jedno, a da je zbiljsko stanje ekonomije drugo. Tome svakako doprinosi činjenica da države i međunarodne organizacije ne koriste istu metodologiju praćenja i izražavanja ekonomskih rezultata, iz čega proishodi mnoštvo najopštijih makroekonomskih pokazatelja (agregata); primerice: BDP (bruto domaći proizvod), BND (bruto nacionalni dohodak), BNP (bruto nacionalni proizvod), DBP (društveni bruto proizvod), DP (društveni proizvod), ND (nacionalni dohodak), platni bilans, spoljnotrgovinski bilans, indeks ljudskog razvoja i dr.

Doista je uverljivo zapažanje da ekonomski rast zasnovan na ekonomskoj statistici često nije dokaz porasta opšteg blagostanja, o čemu upečatljivo svedoči iskustvo sa BDP (bruto domaćim proizvodom) u istočnoevropskim državama članicama Evropske unije (Mirović, 2008: 125; 133; 168; 191; 332).⁴ Isto tako, mnogo činjenica ide u prilog stavu da ekonomski statistički pokazatelji predstavljaju važno sredstvo tehnologije vlasti; primera radi: 1) kada realna vrednost domaćeg novca opada uprkos stabilnom kursu i kontrolisanoj tzv. baznoj inflaciji koja ne prelazi projektovanu stopu; 2) ako usled strogih administrativnih uslova zvanični podaci o nezaposlenosti ne

cilja) i apsolutnom i neprikosnovenom moći i kontrolom (kao krajnjim ciljem). Uz zloupotrebu informatičkih i drugih tehničkih dostignuća, sve ovo karakteriše savremenu globalizaciju – globalizaciju bezumlja“ (Tvrđišić, 2010: 12).

⁴ „Željno očekivana demokratija i slobodno tržište, kod naroda bivšeg komunističkog bloka, umjesto slobode i blagostanja, donijeli su ovim narodima razočarenje. Efekti neoliberalizma, sa sveobuhvatnom i brzom privatizacijom i deregulacijom u državama bez vladavine prava, stvorili su sistem sveopšte, i od njih legitimisane pljačke državne imovine“ (Marković, 2013: 17).

obuhvataju sva nezaposlena lica; 3) ukoliko se prilikom utvrđivanja prosečne zarade u jednoj zemlji u obzir uzimaju samo isplaćene zarade, a ne, što bi bilo logično, odnos između ukupnih sredstava za zaradu i ukupnog broja zaposlenih u jednoj državi, itd. (Mirović, 2008: 191–212). Ako pođemo od toga da laički um po pravilu ne doseže do tajni ekonomske politike, onda zvanični ekonomski pokazatelji nesumnjivo predstavljaju važno sredstvo za očuvanje socijalnog mira. Uostalom, zar najbolji dokaz postojanja tehnologije vlasti u savremenoj državi nije to što vladinu ekonomsku politiku pred javnim mnjenjem zastupaju naizgled nezavisne snage civilnog društva – mediji, nevladine organizacije i „javni analitičari“. Pritom, u poretku savremene pravne države tehnologija vlasti ne teži toliko tome da održi na vlasti političke stranke određene ideološke provenijencije, već pre svega da obezbedi kontrolu nad sprovođenjem državne politike. Zato ne čudi to što savremene demokratske političke sisteme odlikuje pravilo da se političke stranke bez ograničenja smenjuju i udružuju na vlasti, ali da vladina politika – prvenstveno ekonomska – ostaje nepromenjena.⁵ S tim u vezi je Krastev u pravu, kada kaže: „Naša prava više nisu zaštićena našom kolektivnom moći kao glasača, već su podređena logici finansijskog tržišta i postojećim ustavnim uređenjima. Glasaci mogu da promene vlade, ali je gotovo nemoguće da promene ekonomsku politiku. Elite su se oslobodile ideoloških i nacionalnih lojalnosti i postale globalni igrači, ostavljajući društvo u razlomljenoj ljušturi nacionalne države“ (Krastev, 2013: 11).

Imajući sve ovo u vidu, u razmatranju održivog ekonomskog razvoja današnjice valja poći od činjenica i logike, dok se apstrakcijama može priznati verodostojnost samo u meri u kojoj su realno zasnovane. S te tačke gledišta, pod održivim ekonomskim razvojem podrazumeva se unapređenje materijalnog blagostanja (javnih finansija i životnog standarda stanovništva) zasnovano na realnim ekonomskim resursima (realnoj produkciji) koji garantuju dugoročnu ekonomsku održivost. Pojmovna suprotnost od održivog

⁵ Ovde je znakovita Tokvilova misao: „Moć javnog mnjenja goni pojedince da više nastoje da se prilagođavaju uslovima i okolnostima svoga života nego da ih menjaju. Celokupan život pojedinca pretvara se u težnju da se ispunjavanje ličnih interesa i sitnih zadovoljstava uskladi sa društvenim i moralnim zahtevima većine. Ovakav način života vodi gubljenju ličnosti i strahovitom uticaju javnog mnjenja i opšteprihvaćenih vrednosti“ (Marković, 2013: 162).

ekonomskog razvoja jesu dugoročno neodržive ekonomije, pod kojim se podrazumevaju ekonomski sistemi koji se – usled zasnovanosti na neobnovljivim izvorima finansiranja i bez oslonca u realnoj produkciji i resursima – veštački održavaju.

Samo, uticaj ideologije na kategoriju ekonomskog rasta je u toj meri izražen da zasenjuje ali, u značajnoj meri, i obuzima ekonomsku nauku, iz čega, uopšte uzev, proishodi „konfuzna“ makroekonomska misao – rastrgnuta između naučnih i ideoloških formula – o određujućim globalnim ekonomskim procesima. Znakovito je u tom pogledu pomenuti „ideološku formulu o privatizaciji kao preduslovu ekonomskog rasta“ – konstruisanu u okviru tzv. Vašingtonskog konsenzusa – koja je kao vodilja ekonomskih promena u istočnoevropskim državama, u periodu posle raspada Sovjetskog Saveza, jasno pokazala da ciljevi privatizacije mogu biti skroz-naskroz suprotstavljeni cilju ekonomskog blagostanja zemalja koje su u pitanju (Obradović, 2012: 66–84).⁶ Ovo je samo jedan dokaz da bogaćenje i siromašenje naroda i država nisu uslovljeni samo objektivnim unutardržavnim determinantama ekonomskog rasta, već su itekako vezani prirodom i snagom interesa krupnog finansijskog kapitala, u toj meri da (ne)razvijenost unutardržavnih ekonomija može da bude rezultat (cilj) pažljivo osmišljenog delovanja geopolitičkih centara moći.⁷

⁶ Indikativan pokazatelj propagande bila je tvrdnja da će privatizacija dovesti do izjednačavanja prosečnih prihoda istočnoevropskih država sa Evropskom unijom. Obradović, s tim u vezi, veli: „Prema jednoj proceni početkom 90-ih godina, istočnoevropskim zemljama bilo je potrebno 420 milijardi dolara godišnje da bi se izjednačili prosečni prihodi sa EU u periodu od deset godina. Međutim, u periodu 1991–1995. ta suma bila je manja od 80 milijardi dolara (Obradović, 2012: 71). Usled „gorkih“ posledica privatizacije u istočnoevropskim državama, danas se čuju glasovi o zbiljskim ciljevima privatizacije u pitanju. Tako, Ramanadham cilj privatizacije u Istočnoj Evropi vidi kao „prerastanje političke oligarhije ranijeg socijalizma u finansijsku oligarhiju obnovljenog kapitalizma“, dok Obradović tvrdi da „insistiranje međunarodnih institucija ka sprovođenju politike masovne privatizacije ima za cilj preraspodelu političke i ekonomsko-finansijske moći i na međunarodnom i na nacionalnom planu, kao i ostvarivanje kapitalističke akumulacije“ (Obradović, 2012: 71).

⁷ Despotović, Đurić navode da je industrijalizacija neophodan uslov za postojanje uspešnog ekonomskog razvoja, a da je, pri tome, odluka o tome koje će se zemlje i regioni specijalizovati za razvoj ili siromaštvo, u najvećem broju slučajeva odluka geopolitičkih centara moći. „Drugim rečima: industrijalizacija jača održivost jedne zemlje. Činjenica da do gladi dolazi samo u državama koje su skoro isključivo specijalizovane za poljoprivredu,

Bilo kako bilo, ako se zauzme stanovište o potrebi utvrđivanja realnog karaktera ekonomskih kretanja današnjice, čini se da su ekonomski rast i održivi ekonomski razvoj odlika država sa visoko produktivnom (ekonomski realno zasnovanom) industrijom i država koje raspolažu bogatim resursima – u prvom redu izvorima energije. S druge strane, danas su znatno zastupljenije razorene unutardržavne (nacionalne) ekonomije koje se nalaze na veštačkom održavanju. Ta okolnost da je danas broj siromašnih država značajno nadmašio broj ekonomski razvijenih zemalja, po sebi bi bila dovoljna da se postavi pitanje odistinske utemeljenosti ideje o progresu čovečanstva, što je prethodno pitanje za analizu problema održivog razvoja. Jer, u tom slučaju, problem čovečanstva nije u tome što je razvoj neodrživ, nego to što razvoj ne postoji.

3. Zbiljska utemeljenost održivog razvoja: održivi razvoj i progres čovečanstva

Razmatranje postavljenog pitanja o postojanju progressa čovečanstva valja povinovati činjenicama s kraja 20. i na početku 21. veka – u jeku tzv. autoritarne globalizacije – koje rečito izražavaju suštinu postojeće ljudske civilizacije: 1) Prema podacima Svetske organizacije za prehranu i poljoprivredu, od 7.23 milijardi ljudi, koliko trenutno živi na zemlji, oko 0.9 milijardi ljudi je gladno, a oko 4 miliona ljudi svake godine umre od gladi. Pritom, 90 % nacija koje gladauju izvoze hranu razvijenim zemljama; 2) Sjedinjene Američke Države rat u Iraku košta 87 milijardi dolara, dok Ujedinjene nacije procenjuju da bi za manje od polovine te sume mogli omogućiti čistu vodu, odgovarajuću ishranu, sanitarne usluge i osnovno

ističe značaj industrije, podele rada i sinergijskih efekata u stvaranju blagostanja“ (Despotović, Đurić, 2014: 12). Spram ovde istaknute uloge geopolitičkih centara moći u pogledu planskog stvaranja i održavanja zona bogatstva i siromaštva, pažnje je zaslužna misao o tome da se u zonama primarnog geopolitičkog interesa bogatih stvaraju tzv. „pilot države“ kojima se omogućava kontrolisano bogaćenje i razvoj, imajući u vidu da je njihova uloga od stožernog značaja za interese geopolitičkih centara moći (npr. Turska, Japan, Južna Koreja, Singapur, Tajvan, Indonezija, Tajland i dr.). Geopolitička uloga „pilot država“ zapravo je u tome da čuvaju interese geopolitičkih centara moći u određenim zonama sveta (Despotović, Đurić, 2014: 9–10; Milanović, 2012: 173). Naposletku, da interesi geopolitičkih centara moći itekako mogu odrediti ekonomsku sudbinu jedne zemlje, belodano pokazuje primer Nemačke u periodu nakon 1945. godine, koja je prešla put od „Morgentauovog“ do „Maršalovog plana“ (vidi o tome: Bukvić, 2012: 19–24).

škولstvo svim ljudima na svetu. Dnevni iznos potreban da bi se nahranili gladni iznosi 18 miliona američkih dolara; 3) Odnos prihoda jedne petine najbogatijih država naspram prihoda jedne petine najsiromašnijih je skočio sa 30:1 u 1960. na 74:1 u 1995, sa trendom daljeg produbljivanja do dana-današnjeg; 4) Sjedinjene Američke Države su u periodu posle pada Berlinskog zida izvršile preko dvadeset jednostranih-direktnih vojnih intervencija bez osnova u međunarodnom pravu; 5) Na snazi je nekontrolisano širenje nuklearnog oružja; 6) Na početku 21. veka transnacionalne kompanije kontrolišu direktno ili indirektno 2/3 svetske proizvodnje i trgovine i 3/4 međunarodnog transfera tehnologije; 7) Po podacima Ujedinjenih nacija iz 1998. godine, 225 najbogatijih ljudi sveta poseduje kapital koji je jednak ukupnom kapitalu koji poseduje dve i po milijarde ljudi siromašnijeg dela planete, dok tri najbogatija čoveka poseduju kapital u vrednosti zbira bruto društvenih proizvoda 50 najsiromašnijih država sveta; 8) Globalna međunarodna ekonomija je poprište širenja fiktivnog kapitala neslućenih razmera, bez pokrića u realnoj proizvodnji ili štednji (o čemu više nešto niže); 9) Porast globalne planetarne temperature vodi klimatskim promenama čije će posledice značajno izmeniti uslove života na Zemlji – u vidu suša, poplava, podizanja nivoa mora i nestanka biljnih i životinjskih vrsta – već oko 2100 godine; 10) Naftne kompanije bezobzirno ispumpavaju otrove u reke koje protiču rezervatima sa tropskim šumama, svesno ubijajući ljude, životinje i rastinje, čineći genocid nad starim kulturama; 11) Na delu je stalni razvoj informacionog društva, ali i razvoj njegovog izopačenog oblika – informacionog kontrolisanog društva.

Naša vezanost obimom rasprave ne dozvoljava nam da bliže objasnimo, niti da iscrpno izložimo ekonomske, političke i vrednosne postavke procesa tzv. autoritarne globalizacije (vidi o tome: Pečujlić, 2001: 413–436), ali predočene činjenice poslužiće nam kao osnov za iznošenje osnovnih premisa o prirodi današnjih globalnih procesa, u pravcu formiranja konačne ocene o zbiljskoj utemeljenosti ideje o održivom razvoju. Prvo, u periodu nakon sloma Sovjetskog Saveza međunarodnu geopolitičku pozornicu kontinuirano zapljuskuje talas intervencionizma Sjedinjenih Američkih Država, koji očito ide za tim da postigne punu vladavinu svetom. Sledstveno postavljenom cilju, dotični intervencionizam ispoljio se kao permanentno opsadno stanje u vidu rata ili pretnje vojnom silom, sa perfidnom tehnologijom i prefinjenom

ideologijom.⁸ Drugo, mišljenja smo da svekolika kriza čovečanstva izvire iz toga što se pod kontrolom elite krupnog finansijskog kapitala odvija proces međunarodne političke i ekonomske integracije, zamišljen kao sistem u kojem će dotična elita krupnog finansijskog kapitala vladati preko lokalnih oligarhija, multinacionalnih korporacija i vojne moći Sjedinjenih Država (Marković, 2013: 223). Preduzimanje koraka u pravcu etabliranja pomenutog sistema vodilo je prenošenju moći sa država na multinacionalne korporacije, a preko međunarodnih finansijskih institucija (MMF, Svetska banka i dr.) i pod kontrolom elite krupnog finansijskog kapitala došlo je do bezobzirne eksploatacije nerazvijenih i siromašnih zemalja („akumulacija otimanjem“), što je narode nerazvijenih i siromašnih zemalja dovelo u stanje duboke i dugoročne ekonomske (kolonijalne) zavisnosti. Povrh toga, umesto stalnog ekonomskog rasta i, u sledstvu tog rasta, podizanja životnog standarda svih stanovnika koji žive na kugli zemaljskoj, na snazi je nezapamćeni jaz između bogatih i siromašnih, a nehumani lik postojeće ljudske civilizacije razotkriva broj onih koji umiru od gladi, kao i broj ljudi koji žive u bedi.⁹

Osobito je važno imati u vidu da proces tzv. globalizacije verovatno predstavlja najsavršenije umeće imperijalističkog vladanja u povesti sveta. Poučena lošim iskustvom sa žigosanim ideologijama 20. veka (fašizam i komunizam), elita

⁸ „Taj totalitarizam odgovora onome što je bivši predsednik Domikanske Republike Huan Boš (Juan Bosch) nazvao „pentagonizam“. Iznutra, Sjedinjene Američke Države, zbog svojih horizontalnih i vertikalnih podela vlasti, zbog svojih grupa za pritisak, odaju gotovo idealnu sliku netotalitarnog, liberalnog političkog sistema. Ali, njihova spoljna politika faktički je monopolisana od strane institucija ministarstva odbrane, Pentagona i ekonomskih grupacija koje ulaze u njegov orbit. To je posledica okolnosti što vojna vlast dobija znatno veća budžetska sredstva nego civilna i što vojni vrh može da se organizuje – upravo zahvaljujući osobenostima američkog liberalizma – kao zasebna interesna grupa. Tako, po Bošu, Sjedinjene Američke Države predstavljaju politički sistem sa dve vlade: sa civilnom vladom za unutrašnju politiku i vojnom vladom za spoljnu politiku. „Sredstva pentagonizma“, piše Boš u svojoj kratkoj, no mislima bogatoj raspravi, „izuzetno nalikuju sredstvima imperijalizma;...“ Tradicionalna spoljna politika nema više nikakvo egzistencijalno opravdanje. Šefovi stare međunarodne politike, predsednik i državni sekretar, danas imaju još samo ograničenu funkciju, koja se svodi na odobravanje planova pentagonizma. A pentagonizam ima plan: stalno održavati u bilo kom delu sveta ratno stanje, sa ciljem da se sadašnja vojna sila podupire i po mogućstvu uvećava; rečju – da se posredstvom permanentnog rata (!) obezbeđuje vojno tržište (podvlačenje je moje)“ (Petrović, 1996: 470).

krupnog finansijskog kapitala sopstvenu tehniku vladanja zasnovala je na obesmišljavanju, a ne na poricanju osnovnih političkih i pravnih dobara zapadnoevropske civilizacije. Imajući to u vidu, elita krupnog finansijskog kapitala formalno ne teži poništavanju državnog suvereniteta; baš naprotiv, javna diplomatija tajnih vlastodržaca bila bi potpuno nedelotvorna bez proklamacije ljudskih prava, demokratskog političkog sistema i vladavine prava. Tehnika vladanja koja je u pitanju nesumnjivo ide za tim da razori pravnu državu i demokratiju i da ih stavi pod potpunu kontrolu elite krupnog finansijskog kapitala,¹⁰ ali umeće vladanja i jeste u tome da, snagom novca oblikovana „ljuštura“ pravne države i demokratskog političkog sistema, eliti krupnog finansijskog kapitala posluži kao idealan „legitimacijski plašt“. U sledstvu toga, za tehniku vladanja u pitanju veoma je važno da pojedincu, u svetlu njegovih formalno priznatih sloboda, stvori privid o postojanju suverenosti građanina, birača i potrošača, s tim što patronažom nad državom i demokratskim političkim sistemom elita krupnog finansijskog kapitala nastoji da uspostavi sistem u kome su priznate slobode pojedinca bez imalo kolektivne moći, što dovodi do potpune podređenosti radnika poslodavcu, potrošača proizvođaču, birača političkim strankama, te autonomije (privatnosti) pojedinca državnom intervencionizmu. Na koncu, zvuči paradoksalno da elite nerazvijenih i siromašnih zemalja za budućnost svojih

⁹ Produblivanje jaza između bogatih i siromašnih izazvalo je uznemirujuće glasove upozorenja da je na delu stvaranje „dualističkog društva“ na kugli zemaljskoj – društva „zlatne milijarde“ i mase koja je eksploatisana (vidi, na primer, Kostić, 2011: 271).

¹⁰ „Kada difuzija državne vlasti pređe izvesne granice, kada neformalne vlasti sebi potpuno potčine formalne, kada „direktne“ vlasti postanu puko sredstvo „indirektnih“, onda pravna država postaje izopačena. Još je Aristotel normalnim tipovima državnih uređenja suprotstavljao njihove izopačene oblike: monarhiji tiraniju, aristokratiji oligarhiju, politeji, kao ograničenoj demokratiji, ohlokratiju kao masovnu demokratiju... Izopačenu pravnu državu nazivamo politkratijom (podvučeno u izvorniku). Čim stranke uzmu glavnu reč u državi, politkratija je tu. ...Zato je idealan tip politkratije dvostranački sistem, u kome se dve stranke bliznakinje smenjuju na vlasti, budno pazeći da se ne pojavi neka treća stranka koja bi ugrožavala njihov politički kartel. Neophodan činilac obezbeđenja tog kartela je politička policija, koja s toga nekada dobiva presudnu ulogu u režimu. Može se, s tim u vezi, govoriti o politkratskom četvorouglu (podvučeno u izvorniku), čija dva ugla zauzimaju ukartelisane stranke, jedan javni i tajni, često i strani, finansijeri, i jedan politička policija. Forme pravne države ostaju i dalje, naročito podela vlasti, ali samo kao „gola forma“, jer su u dovršenoj politkratiji parlamentarni demokratski izbori trik s trima kartama koje drže finansijski i policijski bosovi (Petrović, Prica, 2014: 30; 74.).

zemalja uzimaju put tržišnog (neo)liberalnog kapitalizma, što je bespovratan put u propast. Ali, to što već na oko predstavlja ugasnuće elementarne ekonomske logike, zapravo je deo tehnike vladanja koja je u pitanju i belodano dokazuje tezu o lokalnoj oligarhiji kao delu dotične strukture globalizovane ekonomske i političke moći.

Pri svemu tome, ogledalo zbiljske utemeljenosti postavke o održivom razvoju čovečanstva nalazi se pod okriljem globalne međunarodne ekonomije, sledstveno čemu realni karakter održivog razvoja u svemu odgovara mogućnosti u kojoj se realno može održati „fiktivni kapital“, koji danas zaposeda jezgro svetske ekonomije. Vrelo „fiktivnog kapitala“ – kapital koji nije zasnovan u realnoj produkciji ili štednji – bila je nemogućnost globalnog neoliberalnog kapitalizma da ostvaruje profit u realnoj privredi, što je dovelo do preusmeravanja ekonomskih tokova prema finansijskom sektoru, u kojem je zamišljeno stvaranje virtuelnog rasta putem mahinacija od strane bankarskih giganata i hedž fondova (Marković, 2013: 21).

Zapravo, stvaranje međunarodnog ekonomskog sistema sa „fiktivnim kapitalom“ neodvojivo je od angloameričke dominacije, utoliko što je iz nemogućnosti ostvarivanja profita u realnoj privredi proizlazila izvesnost da Sjedinjene Američke Države neće uspeti da ostvare geopolitičku dominaciju. Uopšte uzev, „fiktivni kapital“ nastaje (sedamdesetih godina 20. veka, a njegov akutni oblik posle raspada „sovjetskog bloka“) štampanjem novca i hartija od vrednosti od strane Sjedinjenih Američkih Država i njihovim plasiranjem na svetska finansijska tržišta. Razvijanje dotičnog sistema nadalje je značilo utemeljivanje finansijskog (bankarskog) sistema u kojem su banke izdavale kredite bez kontrole državnih banaka, iz čega će proizaći i to da će banke sopstvene kredite pretvarati u hartije od vrednosti i tako ih dalje prodavati. Naduvani balon „fiktivnog kapitala“, omogućiće Sjedinjenim Američkim Državama da kupuju robu drugih naroda i uvoz plaćaju dolarima koje centralna banka Sjedinjenih Američkih Država, Federalne rezerve, štampa po svojoj volji. Posledica je toga da je sredinom devedesetih godina tek svaka šesta zelena novčanica koja je bila u opticaju bila pokrivena realnom proizvodnjom ili štednjom, pri čemu je vrednost „fiktivnog kapitala“ 2008. godine dostigla neverovatatan iznos od ukupno 863 biliona dolara (Elzeser, 2009: 33; 35). Povrh toga, kreditiranje država u nevolji od strane banaka pod

kontrolom Sjedinjenih Američkih Država, tokom sedamdesetih i osamdesetih godina prošloga veka, bez svake sumnje bilo je deo tehnologije rušenja „sovjetskog bloka“ i u sledstvu toga korak u pravcu uspostavljanja unipolarnog poretka.

Za misaoni tok naše rasprave ovde se uočava okolnost od fundamentalnog značaja, a naime da se cirkulacija „fiktivnog kapitala“ na svetskim tržištima ostvaruje vojnom silom i na korist industrije vojne. Sledstveno tome, u osnovi dotičnog „fiktivnog kapitala“ leži ekonomski imperativ rata: „Ono što izgleda kao ludost, ima prihvatljivu osnovu: dolar više nije pokriven samo zlatom, već i vojnom snagom. Sjedinjene Američke Države daju više za svoje naoružanje od sledećih 17 država (uključujući Rusiju i Kinu) zajedno. Zbog toga vlada SAD, za razliku od vlade svake druge dužničke države, može da obeća svojim kreditorima da će svakog u svako doba i na svakom mestu vojnom silom prisiliti da se, po sebi bezvredni papiri nominirani u dolare, zamene robom. Što dublje SAD tonu u dugove i što očiglednija postaje prevara s hartijama od vrednosti, to očajnije pokušavaju da svoje ekonomske promašaje nadoknade vojnim uspesima. I obrnuto, ratove bi bez „fiktivnog kapitala“ finansijske industrije bilo teško finansirati. Drugim rečima: pomoću vojne sile SAD i njeni uslužni koalicioni partneri sprovode zahteve o pravu na posed, sa sumom od 863 biliona dolara u vidu „fiktivnog kapitala“, kojoj su dali značaj realne vrednosti. Ovim „konfeti“ novcem finansira se veliki deo američkih ratnih ambicija. Kako kriza napreduje, tako se ovaj čarobni krug sve brže okreće“ (Elzeser, 2009: 40–43).

Imajući sve ovo u vidu, belodano je da gorući problemi čovečanstva na prelazu iz drugog u treći milenijum proishode iz „pentagonizma“, s jedne, i dominacije krupnog finansijskog kapitala, s druge strane, imajući u vidu njihovu žed za eksploatacijom prirodnih resursa i porobljavanjem čovečanstva. Samo, valjalo bi imati u vidu da geopolitički poredak od unipolarnog može da zadobije multipolarni karakter, a da se time nimalo ne okrnji moć krupnog finansijskog kapitala, što samo po sebi govori da održivi razvoj nije moguć dok se ne uspostavi zbiljsko preimućstvo države nad multinacionalnim korporacijama.

Zbog svega izloženog, u pravcu već ranije istaknutog stava o neophodnosti moralnog i duhovnog preobražaja čoveka 21. veka – kao uslovu za opstanak

čovečanstva, ne treba nikako zaboraviti da su pokolji u velikim ratovima 20. veka, pored ostalog, bili podstaknuti težnjom za osvajanjem novih tržišta i prirodnih resursa. Odavde se sasvim osnovano može govoriti o ekonomskom pokretaču fašizma, kao glavnom, i nacionalizmu, kao pokrenutom pokretaču fašizma, što vrelo fašizma od nacionalnog vraća ka ekonomskom razlogu. Elzesser je, s tim u vezi, sasvim u pravu, kada kaže: „Antifašizam je definisan kao glavna osovina levičarske politike, i to ne iz nekih razloga iz prošlosti, već i zato što se prilikom zaoštavanja kapitalističke krize javio strah od povratka fašizma. Ova misao apsolutno je tačna, problem je samo što su po pravilu levičari pogrešno definisali pojam fašizma. On se pogrešno shvata kao u korenu ideološka pojava, kao razbuktali nacionalizam sa antisemitizmom kao glavnim momentom. Tako se fenomenološki dolazi do nemačkog nacizma, ali da bi se priča o singularitetu jednom ozbiljno shvatila, u ovom obliku neće se vratiti. Jer, nacionalizam je za kapital postao disfunkcionalan u svetu u kojem profit može da realizuje samo onaj nacionalni kapital koji se podredi globalnoj komandi američkog imperijalizma. Nemačka privreda, kad se radi o izvozu, zavisi od dolarskog prostora, a vrednost američkog dolara koji više nije ni pokriven realnom produkcijom zavisi od sposobnosti američke vojske da kontroliše svetsko tržište (pre svega izvore energije). ...Zbog toga je umesnije da se fašizam ne definiše kao primarno fenomenološki, već kao ekonomski, dakle da se vrati oznaci koju je Kominternu uvela na svom 7. Svetskom kongresu 1935. godine pod vođstvom Georgija Dimitrova – kao „diktatura uglavnom reakcionarnih, šovinističkih i imperijalističkih elemenata finansijskog kapitala“. Ovi elementi su pre 75 godina bili najviše zastupljeni u Nemačkoj, a danas se sreću u SAD; u oba slučaja dotični kapital na slobodnom svetskom tržištu više nije bio konkurentan i moralo je da dođe do bežanja ka napred, ka vojnom ovladavanju svetskim tržištem“ (Elzesser, 2009: 49–51). Izloženom se nema šta oduzeti, zato na kraju samo dodajmo da odistska institucionalizacija održivog razvoja nije moguća bez razvlašćivanja elite krupnog finansijskog kapitala.

4. Umesto zaključka

Jako je znakovito da postanak i uobličavanje ideje održivog razvoja na međunarodnom planu vremenski potpuno korespondira sa nastankom i

razvojem procesa tzv. globalizacije. U toj činjenici – mada je naizgled nelogično – mi vidimo odgovor na pitanje zašto institucionalizacija ideje održivog razvoja na međunarodnom planu nije doprinela usmeravanju globalizacije ka osnovnim ljudskim vrednostima. Da su vodeće države početkom 70-ih godina 20. veka doista imale svest o potrebi obuzdavanja ekonomije ekologijom, održivi razvoj bi na početku 21. veka zasigurno dosegao zbiljski pravni karakter, sa čvrstom i jasnom refleksijom na ekonomska i socijalna kretanja čovečanstva. Okolnost da države nisu, nikako ne znači da su pokretači institucionalizacije održivog razvoja bili naučni poslenici i javno mnjenje, jer je njihova uloga na međunarodnom planu i kasnije izgledala kao „grudvanje sa mećavom“. To što ekološki problemi početkom 70-ih godina 20. veka najednom dobivaju veliki međunarodni publicitet, kao i to što docnije nije ostvarena pravna institucionalizacija ideje održivog razvoja, daju nam pravo da se zapitamo da li je, kao i u slučaju globalizacije, odistinski pokretač i kontrolor ideje održivog razvoja bila elita krupnog finansijskog kapitala.

Jer to što naoko izgleda nelogično, u stvari može da izražava blistavo umeće vladanja tajnih vlastodržaca. Kao što su demokratija, ljudska prava i zaštita „slobodnog sveta“ Sjedinjenim Američkim Državama poslužili kao paravan za utemeljivanje vlastitog imperijalizma, tako se iza zavese međunarodne institucionalizacije održivog razvoja pripremalo prenošenje ekonomske i političke moći sa država na multinacionalne korporacije, a ujedno se ekološkim problemima opravdavala potreba prenošenja suvereniteta sa država na globalne međunarodne institucije. Uostalom, zar poimanje o tehnici vladanja u ovom slučaju ne potvrđuje činjenica da se i danas o održivom razvoju najvećma govori kao o problemu međugeneracijske solidarnosti, čime se očevidno odvlači pažnja na pogrešnu stranu. Utemeljitelji globalizacijskog neoliberalnog kapitalizma ne poriču potrebu održivog razvoja, kao što uostalom ne osporavaju ni demokratiju niti pravnu državu. Ali, tehnika vladanja elite krupnog kapitala nije utoliko u poricanju osnovnih vrednosti zapadnoevropske civilizacije, koliko je u njihovom obesmišljavanju. Izumi dotične tehnike obesmišljavanja danas jesu održivi razvoj bez pravog značenja, ljudska prava bez zbiljske slobode, stranačka predstavnička demokratija bez demokratskog društva i vladavina zakona bez vladavine prava.

Imajući sve ovo u vidu, mi ne mislimo da je održivi razvoj isto što i ravnoteža globalne moći velikih sila na geopolitičkoj pozornici. Konstituisanje multipolarnog sveta i reforma međunarodnog prava u tom pogledu predstavljaju važan, ali ne i dovoljan uslov za celovitu institucionalizaciju održivog razvoja. Zapravo, da bi održivi razvoj zbilja zadobio svojstvo osnovne vrednosne postavke čovečanstva, a ujedno i za opstanak čovečanstva u 21. veku, neophodno je razvlašćivanje elite krupnog finansijskog kapitala i napuštanje materijalističko-potrošačke filosofije savremenog čoveka, u pravcu obrazovanja sistema sa moralnim i socijalno pravednim likom. Štaviše, razvlašćivanje krupnog finansijskog kapitala je nužno i zbog vraćanja legitimiteta vladavini prava i demokratskom političkom sistemu.

Literatura

- Bžežinski, Zbignjev (1999), *Velika šahovska tabla*, Podgorica, CID
- Breban, Gi (2002), *Administrativno pravo Francuske*, Podgorica, CID
- Bukvić, Rajko (2012), *Vašingtonski konsenzus i deindustrijalizacija istočne i jugoistočne Evrope*, Nova srpska politička misao, br. 1–2, str. 7–28
- Velimirović, Nikolaj (2001), *Zemlja Nedodija*, Pirot, Pi Press
- Vukadin, Emilija (2011), *Ekonomska politika u uslovima globalizacije*, Zbornik radova: Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom Evropske unije, Beograd, str. 42–57
- Vučić, Mihajlo (2013), *Načelo održivog razvoja kao osnovna norma savremenog međunarodnog prava*, Zbornik radova: Basic Concepts of Public International Law, Beograd, str. 359–372
- Despotović, Ljubiša, Đurić, Živojin (2014), *Geopolitika siromaštva – ekonomski identitet nacionalne države u procesima njene deindustrijalizacije i pauperizacije*, Kultura polisa, br. 23, str. 1–14
- Dudaš, Atila (2013), *Načela politike zaštite životne sredine u pravu Evropske unije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 3, str. 377–390
- Elzeser, Jirgen (2009), *Nacionalna država i fenomen globalizacije*, Beograd, Jasen

- Kostić, Aleksandar (2011), *Upravljanje globalizacijom i nacionalni identiteti (pravni i političko-sociološki aspekti)*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Nišu
- Krasev, Ivan (2013), *S verom u nepoverenje – Može li demokratija da opstane kada ne verujemo svojim liderima*, Beograd, CLIO
- Lilić, Stevan, u saradnji sa Mirjanom Drenovak (2010), *Ekološko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
- Marković, Saša (2013), *Manifest protiv imperije*, Sremski Karlovci-Novı Sad, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića
- Milanović, Branko (2012), *Bogataši i siromasi*, Beograd, Službeni glasnik
- Mirović, Dejan (2008), *Argumenti protiv Evropske unije*, Beograd, Srpski sabor Dveri
- Nikolić, Dušan (2012), *Pravna zaštita životne sredine i održivi razvoj: civilizacija na pogrešnom putu*, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, br. 12, str. 781–789
- Obradović, Marija (2012), *Ciljevi privatizacije: ekonomski rast ili profit?*, Nova srpska politička misao, br. 1–2, str. 65–92
- Palačković, Dušica (1998), „Održivi razvoj“ – *Savremena pravna regulativa i značenje*, Srbija i evropsko pravo, knjiga 3, Kragujevac, str. 264–277
- Petrović, Milan (1996), *Pojam totalitarizma (totalitarizam kao permanentno opasno stanje i kao permanentna revolucija odozgo)*, Arhiv za pravne i društvene nauke, br. 1–3, str. 463–471
- Petrović, Milan, u saradnji sa Milošem Pricom (2013), *Uvod u velike pravne i upravne sisteme*, Niš, Sven
- Petrović, Milan, u saradnji sa Milošem Pricom (2014), *Posebno upravno pravo s međunarodnim upravnim pravom*, Niš, Sven
- Pečujlić, Miroslav (2001), *Lavirinti političke globalizacije*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1–4, str. 413–436
- Prica, Miloš (2014), *O pojmu i pravnom karakteru održivog razvoja: Da li postoji ekološko pravo*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 67, str. 291–318
- Salma, Jozef (1995), *Načela i sistem ekološkog prava*, Pravni život, br. 9, str. 267–280

Salma, Jozef (2011), *Smernice i uredbe Evropske unije o životnoj sredini*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 2, str. 29–44

Tvrđišić, Danilo (2010), *Globalizacija bezumlja*, Beograd, Srpski sabor Dveri

Tubić, Bojan (2013), *Načelo održivog razvoja u međunarodnim pravnim aktima i praksi međunarodnog suda*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 3, str. 391–411

Miloš Prica, LL.M.

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

On the Objectives and the Factual Basis of Sustainable Development in the early 21st Century

Summary

It is highly indicative that the genesis and development of the principle of sustainable development on the international scale fully corresponds (time-wise) with the genesis and development of the so-called globalization process. As illogical as it may sound, this fact may provide an answer to the question why the institutionalization of the idea of sustainable development at the international level has not contributed to guiding the globalization process towards the basic human values. Had the leading states in the early 1970s been really aware of the need to control the global economy via ecology, the legal nature of sustainable development at the beginning of the 21st century would have its definite and clear reflection on the economic and social developments of humankind. The fact that the states had no such awareness certainly does not entail that the institutionalization of sustainable development was initiated by scholars and the general public, primarily because their role on the international scene has always been perceived as “having a snowball fight with

a blizzard". Considering the fact that environmental issues were suddenly given a huge international publicity in the early 1970s, as well as the fact that the idea of sustainable development was not legally institutionalized at a later stage, we are fully entitled to explore the following issue: whether the idea of sustainable development (just like the idea of globalization) was actually initiated and controlled by the corporate elite in possession of huge financial capital.

For, what appears to be illogical may actually be an expression of the brilliant art of ruling demonstrated by the covert power-holders. Just as democracy, human rights and protection of the "free world" have been employed by the United States as a screen for establishing their own imperialisms, the transfer of economic and political power from the state level to the domain of multinational corporations has ensued behind the shroud of international institutionalization of sustainable development; concurrently, environmental issues have been put into the service of justifying the need to transfer the sovereignty from the state to global international institutions. After all, such an understanding of this ruling method is indeed confirmed by the fact that the issue of sustainable development is nowadays largely regarded as a problem of intergenerational solidarity, which is an obvious distraction that leads us off track. The founders of the global neo-liberal capitalism do not dispute the need for sustainable development, just as they do not dispute either democracy or the rule of law. Yet, the ruling method employed by the corporate capital elite is not so much exemplified in the denial of the fundamental values of the Western civilization as it is embodied in making these values inconsequential. The latest developments underlying this method today are the sustainable development without a substantial meaning, human rights without actual freedom, the system of representative democracy without a democratic society, and the rule of regulations without the rule of law.

Bearing all this in mind, sustainable development may not be equated with the balance of global power of the leading forces on the geo-political scene. The creation of a multi-polar world and the international law reform are important but insufficient conditions for a comprehensive institutionalization of sustainable development. Actually, in order to ensure the capacity of sustainable development as a value-based cornerstone for the survival and

development of mankind in the 21st century, it is necessary to disempower the corporate capital elite, encourage the modern man to abandon the materialistic consumption-oriented viewpoint, and move towards creating a system based on ethics and social justice. Moreover, the disempowerment of the corporate capital elite is a necessary precondition for restoring the legitimacy of the rule of law and democracy.

Key words: sustainable development, humankind, environmental law, environmental policy, legal principles, ideology, a branch of law, corporate capital elite, art of ruling, social justice.

GRAĐANSKOPRAVNA SESIJA

Rodna Zivkovska, LL.D.*

Full professor,

Faculty of Law "Iustinianus Primus",

University "Sts Cyril and Methodius" Skopje, Macedonia

NAUČNI ČLANAK

UDK: 347(497.7)

Tina Przeska, LL.D.**

Assistant professor,

Faculty of Law "Iustinianus Primus",

University "Sts Cyril and Methodius" Skopje, Macedonia

Rad primljen: 01.09.2014.

Rad prihvaćen: 01.12.2014.

CODIFICATION OF THE CIVIL LAW IN THE REPUBLIC OF MACEDONIA

Abstract: *This paper analyses the process of codification in Europe in 19th century and its influence on the codification of civil law in post-socialistic countries. In light of the analysis of the codification process in post-socialistic countries, the paper puts the accent on the ongoing process of codification of the civil law in Republic of Macedonia.*

The idea for codification of Macedonian civil law was introduced for the first time in a project prepared by the Ministry of Justice in 2009. However, the first official activities in regard of the codification started in 2011 when a Commission for drafting the Civil Code of Republic of Macedonia was instated by decision of the Government of the Republic of Macedonia. During 2012 the Commission held a meeting where the main point of discussion was the systematization and content of the Civil Code. It was concluded that the pandect system should be accepted regarding the draft of the code. After the meetings separate working groups started with the preparation (the draft) of three parts of the code - property, obligations and succession. At the moment the process of drafting the property law is still ongoing.

Key words: *civil law, civil codes, codification, obligations, property law, successions.*

* r.zivkovska@yahoo.com

** communicationperpetua@yahoo.com

1. Introduction

In Europe today there are two different legal traditions Common Law and the Civil Law (continental). Scholars point out that these two legal traditions have crucial differences as a result of different conditions in which Common Law and the Civil Law system have emerged and developed in the past. The crucial differences between the common law and the civil law system, according to civil doctrine, are found in their structure, the manner that legal statutes are classified, the basic principle of the legal systems and the legal terminology (Pejović, 2001:819–820).

The common law legal system has started developing during the 11-th century in England. The development of this legal system was a result of political changes that followed in the period after 1066 (the Norman conquest of England). In the legal history of England this period is marked as time when the central authority of the king has been very strong. As governing authority, the king issued royal orders that functioned as laws. However, the courts found the royal orders to rigid and inapplicable in certain cases especially regarding the achievement of the principle of justice. That was the reason why courts have begun to apply the principles of equity in their judgments derived from Roman law or natural law. In time the decisions of the higher courts were regarded as precedents and as such were followed in the courts legal practice, creating the so called “precedent law”. The existence of precedent law as legal source is one of the main characteristics of the common law legal system that differ it from the civil law legal systems based on written law. However, as scholars point out, the common law legal system, besides the precedent law is partly based on statute law passed by the Parliament (Hale, 1971: 11; Pejović, 2001: 820; O’Connor, 2012: 11).

The civil law (continental) legal tradition is considered as dominant type of legal system in Europe since it was accepted in most European countries. This legal tradition has developed by reception and modernization of Roman law. According to historians this process has began in the period of the 11th century in the Italian city-states (Merryman, 1985:10). By accepting the Roman law in the period of the 11th until 15th century the European countries gradually abandoned the customs that served as law, and oriented towards written law – legal statutes that in certain degree incorporated the customs from that time period (Glenn, 2004: 135).

The main characteristic of civil law traditions is the written law that contains abstract legal rules (articles) that can be applied in different legal situations (cases). The role of the courts in countries that have accepted civil law legal tradition is not to pass law, only to apply the written law.

Other important characteristic of civil law legal tradition is the tendency for the written law to be systematically classified in one integral legal text – codification. The process of codification of civil law in European countries, according to historians began during the 18th and 19th century when the so called “modern codifications” have emerged¹. Among the first codifications of civil law in these period are: the Prussian Code from 1794; the French Civil Code from 1804, the Austrian Civil Code from 1811, the German Civil Code from 1896 (that came into force in 1900), the Swiss Civil Code from 1907, the Italian Civil Code from 1942, the Serbian Civil Code from 1944, the Greek Civil Code from 1946 and others. As most important and influential civil codes in legal history are considered to be the French Civil Code, the Austrian Civil Code and the German Civil Code (Murillo, 2001: 5–6)². The French Civil Code, according to civil doctrine had significant influence during the draft of the Italian Civil Code, the Portuguese Civil Code and the Spanish Civil Code. The Austrian Civil Code influenced the draft of the Serbian Civil Code. And the influence of the German Civil Code is recognized in the draft of the Greek Civil Code and the Swiss Civil Code. The German Civil Code is considered to have influenced the revision of the Austrian Civil Code.

In counties from Western Europe the process of codification of civil law become a pressing issue during the 19th century, however in 20th century the economic and political development of countries in the European Union demanded the harmonization and unification of laws in the European Union. The need for harmonization in the European Union brought on a process of de-codification, creation of international law, and necessity for re-codification of civil law. The process of de-codification, according to scholars, resulted from social, economical and political changes during the 20th in the European Union. All the changes on social, economical and political level demanded regulation that was enforced by passing special laws to regulate the new legal relations. These special laws are enforced together with the enforcement of the civil codes, and they usually refer to matters not regulated by the civil codes. The creation of international laws in the European Union, or more precisely European laws such as: conventions, covenants, international agreements, directive and other legal documents that bind the European countries also influenced the application of the existing

1 Historians point out that the term “codex” in the past was used to express law written in wooden tables. Although, historians consider that the codification of civil law is a process that started in the period of 18th and 19th century, they point out that in history of law early codifications are known such as the Hammurabi Codex, Codex Theodosianus and others (Zimmerman, 2012).

2 Some authors consider that the draft of the German Civil Code is inspired by the French Civil Code regardless of the fact that the two codes are different in their content, the approach in regulating civil law relations, and the manner of regulation of certain civil law institutes (Murillo, 2001: 5)

civil codes (Murillo, 2001:12–13). The changes in the legislation of European countries lead to the process of re-codification of civil law. According to civil doctrine, the process of re-codification is a process that provides new legal solutions (the modernization of law) that need to be implemented in existing civil codes dating from the 19th century. The process of re-codification will ensure the modernization of the law by taking articles from recently passed special laws and incorporating such articles in the civil codes³.

Although, the process of codification in Western Europe is considered as finished, and the European countries now-days face the challenges of de-codification, creation of international laws and re-codification, the civil doctrine notes that for some European countries the process of codification is just starting. Therefore, the issues regarding codification are still in the spot light in legal theory and practice, especially in the legal system of the countries from East Europe (post-socialistic countries). Most of the East European countries, due to the changes (transitions) in their economic and political system have not codified the civil law in the past, and have only recently started the process of codification of civil law (Zimmermann, 2003: 21).

The codification of civil law in the so called post-socialistic countries, as some authors have noted, is one stage during the transition process that involves more than codification. It is pointed out that transitions process also includes crucial changes in economic development, legal regulations, politics and other areas. Some of the most significant changes deriving from the process of transition are the acceptance of parliamentary democracy, civil society, political pluralism, free market and etc. The codification of civil law is the next logical step in the process of transition where all of these crucial changes will reflect directly or indirectly in the structure and content of the new civil codes in these countries. In legal system of countries in transition the changes in legislation during the process of transition are in some degree inspired by the aspirations of these countries for membership in the European Union. Regarding the pos-socialistic countries that are already member of the European Union, it is pointed out that their primary goal is to harmonize their national laws with the legislation of the European Union⁴.

In some countries in transition such as Estonia, Poland and the Czech Republic the codification of the civil law was done by revision and restatement of civil

3 The process of re-codification, according to some author, already began in countries such as France, Italy, Germany and others. These countries have made changes in the civil codes relating personal rights, property relations and family law. Ibid,14.

4 More on the process of harmonization, and its effects in legal system of post-socialistic countries see: P. Cserne, (2011) at <http://www.propublicobono.hu/pdf/Cserne%20P%20Tamop%201.pdf>.

codes from the past. Other countries such as Latvia and Romania have promulgated the old civil codes without any revision (Cserne, 2011). The countries from the former Socialistic Federal Republic of Yugoslavia, have also gone forward with the process of transition, some already become member of the European Union – Slovenia since 2004 and Croatia since 2013. However, the process of codification of civil law in the present moment is officially started only in Republic of Macedonia⁵ (candidate for EU membership) and Republic of Serbia⁶ (also candidate for EU membership).

2. The Process of Codification in the Republic of Macedonia

The idea for drafting a Civil Code of Republic of Macedonia was initially presented in 2009 in the Project for Drafting the Civil Code of Republic of Macedonia prepared by the Ministry of Justice of the Republic of Macedonia. However, almost 3 years have passed since the idea for codification of Macedonian civil law was first presented, until the Government undertook decisive steps in direction of its realization. In 2011 a Commission for drafting the Civil Code was promulgated with Decision of the Government of Republic of Macedonia. The first meetings of the Commission were held in 2012. These meetings were dedicated to discussions regarding the systematization of the Civil Code of Republic of Macedonia, and there were also discussions regarding the content of the Civil Code.

The discussion regarding the systematization of the Civil Code ended with the conclusion that the Macedonian Civil Code will be drafted according to the pandect system rather than the institutional system. This conclusion is derived from the fact that in Republic of Macedonia the pandect system is already accepted in the drafting of laws. For example the pandect system was followed during the drafting of the Macedonian Law of Ownership and Other Real Rights (1999–2001)⁷. This Law was drafted following the example of the Croatian Law of Ownership and Other Real Rights from 1996⁸, and the Croatian Law of Ownership and Other Rights was drafted following the pandect system evident in the German Civil Code from 1896.

5 Decision for constituting a Commission for drafting the Civil Code of Republic of Macedonia (Одлука за формирање на комисија за изготвување на граѓански законик на Република Македонија, Сл. весник на РМ, бр. 4/2011).

6 Decision for constituting a Commission for drafting the Civil Code (Одлука о образovanju Komisije za izradu Građanjskog zakonika, Službeni glasnik 104/06).

7 The Law of Ownership and Other Real Right after a three year drafting period was passed by the Parliament of Republic of Macedonia on the 20th of February 2001, and came into force after a six month vacation legis.

8 Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Narodne novine», broj 91/96.

The other important issue subject to discussion in the meetings of the Commission in 2012 was regarding the content of the Civil Code of Republic of Macedonia. The Discussion showed that there are many different opinions regarding the question what parts should constitute the future civil code. There was a consensus among the working groups that the future civil code should consist of general part, property law, obligations and successions. However, suggestions were given that family law and commercial law should also be integrated in the Civil Code. These suggestions were given mainly by working groups consisted of professors and experts in the area of family law and commercial law. The civil law professors, among whom professor Rodna Zivkowska (one of the authors of this paper) considered that the suggestions for incorporating family law and commercial law in the Civil Code will burden the content of the Civil Code. Incorporation of family law and commercial law in the civil Code will mean that the first part of the code (the general part) should be supplemented with articles regulating these independent areas of the law. If such articles found their place in the general provisions, they would not be fully applicable regarding property, obligations and successions since the family law and commercial law are governed by different principles of regulation that are not completely compatible with the principles for regulating civil law (property, obligations and successions).

Considering the fact that family law in Republic of Macedonia is already regulated by single integral law – the Law of Family⁹ most of the professors in the working groups opposed the idea for family law to be incorporated in the Civil Code. In their arguments they pointed out that the Law of Family already codifies (to some extent) the family law in Republic of Macedonia. The Law of Family use to contain articles regarding the marital property but those articles were taken out of the Law of Family and incorporated in the Law of Ownership and Other Real Rights during its drafting. If family law is to become a part of the Civil Code that will mean reversing this process and putting those articles back in the Law of Family. Such action will undoubtedly cause confusion in the legal practice. The professors also advised that the Law of Family regulates the civil procedure regarding family disputes (parental rights, divorce etc.) which, if family law is incorporated in the Civil Code, will become part of the Civil Code. The possibility for incorporation of articles regulating civil procedure in the Civil Code was opposed by civil procedure professors who also consider that family law should remain as it is now – regulated by the Law of Family as special law.

Regarding commercial law the majority of members of the working groups took the stand that it also should not be integrated in the civil code mainly because commercial law regulates relations between juridical persons, and civil

9 Службен весник на РМ, бр. 80/92, 9/96, 38/2004, 33/2006, 84/2008, 67/10, 156/10, 39/12, 44/12 и 38/14.

law regulates relations between natural persons, or relations between natural persons on one side and juridical persons on the other. It was recommended that commercial law should be codified but in Commercial Code of Republic of Macedonia separate from the Civil Code of Republic of Macedonia.

2.1. The General Part of the Civil Code of Republic of Macedonia

The working group authorized for drafting the General Part of the Civil Code of Republic of Macedonia is intended to start on the draft after the drafts of the special parts of the Civil Code (property, obligations and successions) are finished. However, in spite of that the working group has undertaken some preparatory work such as comparative analysis of the modern civil law legislation in order to determine the content of general part in the existing civil codes. It was decided that the comparative analysis should involve the civil codes with significant influence in the process of codification in Europe such as the German Civil Code (drafted according to the pandect system) and the French Civil Code (drafted according to the institutional system). The working group considered that in the comparative analysis it would be beneficiary to take in consideration a civil code drafted in a former socialistic country which is why the Russian Civil Code was also analyzed. Civil Codes from neighboring countries such as the Greek Civil Code and the Albanian Civil Code were also a part of the comparative analysis made by the working group.

1. The analysis of the GERMAN CIVIL CODE, as main representative of the pandect system, is showing that the articles from the General Part are placed in BOOK I of the code. The General part consists of seven divisions: Persons (division 1); Things and animals (division 2); Legal transactions (division 3) Periods of time and fixed dates (division 4); Limitation (division 5); Exercise of rights, self-defense, self-help (division 6); Provision of security (division 7).

As the analysis has shown the general part of the German Civil Code regulates the presumptions for civil law relations (the persons, the object and the legal facts). Also, as it can be concluded, the general part of the German Civil Code regulates the exercise of rights and limitation.

2. The FRENCH CIVIL CODE consists of four books: BOOK I - Of persons; BOOK II- Of Property and of the various modifications of ownership; BOOK III - Of the various ways how ownership is acquired; BOOK IV - Of securities.

The analysis of the French Civil Code (as representative of the institutional system) has shown that this code does not contain civil law articles like those found in the German Civil Code. However, it is notable that BOOK I – Of persons contains some general provisions divided in 11 titles: TITLE I - Of civil rights;

TITLE II- Of records of civil status; TITLE III - Of domicile; TITLE IV- OF Absentees; TITLE V- Of marriage; TITLE VI - Of divorce; TITLE VII - Of parent and child; TITLE VIII - Of adoption; TITLE IX - Of parent and child; TITLE X - Of minority, of guardianship and of emancipation; TITLE XI - Of majority and of adults who are protected by the law.

It may be concluded that the French Civil Code contains general provisions regarding civil rights and civil status.

3. THE CIVIL CODE OF THE RUSSIAN FEDERATION as an example of civil code drafted in former socialistic country is consisted of three parts, and the general provisions are in the first part of the civil code. The First part of the code is divided into three sections: SECTION I - The general provisions; SECTION II - The right of ownership and the other rights of estate; SECTION III - The general part of the law of obligation.

It was noted that the Civil Code of the Russian Federation has one distinguishing feature – the first section named General provisions contains articles regulating: persons (natural and juridical), objects of civil law relations; legal transactions, period of time and limitation. The code also contains articles regulating property and general provisions regarding obligation which is also specific when compared with the German Civil Code¹⁰.

4. The GREEK CIVIL CODE, as a civil code from a neighbor country contains general provisions found in BOOK I of the Code. The general provisions regulate international private law, natural and juridical persons, representations, limitation and abuse of rights. The systematization of the Greek Civil Code shows that the general provisions primarily regulate personhood and realization of civil rights.

5. The ALBANIAN CIVIL CODE as another civil code of a neighbor country also contains general provisions found in BOOK I of the code, and it is consisted of four titles: TITLE 1 - Subjects; TITLE 2 - Representation; TITLE 3 - Legal transactions and TITLE 4 – Prescription.

It can be concluded that the Albanian Civil Code in the general provisions regulates personhood, also legal transactions and prescription.

The analysis of the content of civil codes shows that the civil codes contain general part – general provision that regulate: personhood, exercise of rights, limitation, representation, and in certain cases object of civil law relations (primarily things). Taking in consideration the present state of the civil legislation in Republic of Macedonia it is imperative that the Civil Code contains general

¹⁰ The contracts are regulated in the Second part of the Civil Code of the Russian Federation.

part – general provisions. The question emerging from this conclusion is: What should be regulated by the general provisions of the Civil Code?

The working group authorized for the draft of the general part of the Civil Code, after evaluating the results of the comparative analysis, made their suggestion regarding the possible content of the general part of the Civil Code. The opinion of the working group is that the general provisions should regulate personhood (of natural and juridical persons), exercise of rights, representation, limitation, preclusion and legal transactions. In the legal system of Republic of Macedonia provisions regulating personhood, representation, preclusion and legal transaction are regulated in different laws, mostly in the Law of Obligations¹¹, but relevant provisions are found and other special laws as well. The working group considers that the codification in this part will require to some extent incorporation of some articles from the Law of Obligations. Since the Law of Obligation regulates special types of civil law relations the incorporation of some articles from the Law of Obligation in the general part of the Civil Code will require change and adaptation of those articles so they may serve as general provision regarding all legal transactions not just obligations. Regarding the content of the Civil Code, the working group also considered the possibility for incorporation of general provisions in each part of the code (property, obligations and succession). Such general provisions would relate to the specific nature of different civil law relations (the property relations, the obligations and the succession).

In respect of the draft of the general part of the Civil Code of Republic of Macedonia the question remains should a small number of articles regulating juridical persons from the Law of Commercial Juridical Persons¹² so that the personhood of juridical persons may be precisely defined in the general provisions.

2.2. Property Law in the Civil Code of the Republic of Macedonia

During the process for drafting the Civil Code of the Republic of Macedonia it was undisputed that the Civil Code should regulate property law. The same conclusion could also be derived by comparative analysis of the existing civil codes (regardless whether they accepted the institutional or pandect system) because they all regulate property law.

1. The GERMAN CIVIL CODE regulates property relations in BOOK III of the code. The BOOK III consists of eight divisions Possession (Division 1); General provisions on rights in land (Division 2); Ownership (Division 3); Servitudes

11 Службен весник на РМ, бр. 18/01, 4/02, 84/08 и 161/09.

12 Службен весник на РМ, бр. 28/2004, 84/2005, 25/2007, 87/2008, 42/2010, 48/2010, 24/2011, 166/2012, 70/2013, 119/2013, 120/2013 и 27/14.

(Division 4); Right of preemption (Division 5); Charges on land (Division 6); Mortgage, land charge, annuity land charge (Division 7) and Pledge of movable things and over rights (Division 8).

2. The FRENCH CIVIL CODE regulates property relations in BOOK II - OF PROPERTY AND OF THE VARIOUS MODIFICATIONS OF OWNERSHIP and BOOK III - OF THE VARIOUS WAYS HOW OWNERSHIP IS ACQUIRED. The second book of the civil code is consisted of four titles: Of the various kinds of property (Title 1); Of ownership (Title 2); Of usufruct, of use and of habitation (Title 3) and Of servitudes or land services (Title 4). The third book regulates the ways for acquiring ownership by succession, by legal transaction (contract, will) and on the bases of law. This part of the code also regulates possession.

3. The right of ownership and other real rights are regulated in the first part of the CIVIL CODE OF THE RUSSIAN FEDERATION, more precisely in SECTION II - THE RIGHT OF OWNERSHIP AND THE OTHER RIGHTS OF ESTATE.

4. The GREEK CIVIL CODE regulates right of ownership and other real rights in BOOK III of the Code named – PROPERTY LAW. This part of the code regulates: right of ownership, other real rights, servitudes and pledge.

5. In the ALBANIAN CIVIL CODE regulates property in BOOK II - OWNERSHIP AND PROPERTY. This part of the Code consists of eight titles: Definitions of Property (Title 1); Ownership (Title 2); Co-ownership (Title 3); Usufruct (Rights to beneficial possessions of

non-owned property) (Title 4); Usage and Habitation Rights (Title 5); Servitudes (Title 6); Remedies for ownership (Title 7) and Beneficial Possession (Title 8).

Codifying property law in the legal system of Republic of Macedonia would be a difficult process considering the present state of the legislation regulating property relations.

The working group authorized to draft the part – Property Law of the Civil Code of the Republic of Macedonia has started the first phase in the process of codification by drafting a new Law of Ownership and Other Real Rights. In this phase of the codification process the working group took up a task to harmonize the new Law of Ownership and Other Real Rights with the vast number of special laws regulating property law that were passed after the enforcement of the Law of Ownership and Other Real Rights from 2001. Some of the laws that will be taken into account during the harmonization process are: the Law

of Construction Grounds from 2011¹³, Law of Construction from 2009¹⁴; Law of Agricultural Land from 2007¹⁵, Law of Real-estate Cadastre from 2013¹⁶. The harmonization process between the new Law of Ownership and Other Real Rights and the special laws involves incorporation of articles from the special laws in the new Law of Ownership and Other Real Rights¹⁷. The incorporation of articles from the special laws in the new Law of Ownership and Other Real Rights is accompanied with modification of such articles which is necessary for their adjustment as an integral part of the property law, and also for harmonization with the laws in the European Union.

During the draft of the new Law of Ownership and Other Real Rights the working group found it necessary to supplement the part of the general provisions of the law with new principles for property relations that are not found in the present Law of Ownership and Other Real Rights such as the principle of superficies solo cedit, priority and other. Also there are changes in the legal terminology. The term “ownership and other (limited) real right” is abandoned, and instead the term “real rights” is used. It is considered that the term “real rights” is a general term that relates to ownership and other real rights as well.

In the process of drafting the new Law of Ownership and Other Real Rights changes are also made in regard of the regulation of things as object of property relations. The changes involve reformulation of present articles, and incorporation of new articles that regulate legal regime of future things, buildings, infrastructural objects, temporary objects, urban equipment and etc.

The draft of the new Law of Ownership and Other Real Rights contains novelties regarding regulation of the right of ownership and other real right. Also contemporary articles are incorporated in the regulation relating to neighbors rights.

13 Службен весник на РМ, бр. 17/11, 53/11, 144/12, 25/2013, 137/2013 и 163/13.

14 Службен весник на РМ, бр. 130/09, 124/10, У.бр. 262/2009, 18/11, 36/11, 54/11, 13/12, 144/12, 25/13, 79/2013, 137/13, 163/13, 27/14 и 28/14.

15 Службен весник на РМ, бр. 135/07, 18/11 и 42/11 – Исправка, 148/11, 95/12, 79/13, 87/13, 106/13 и 164/13.

16 Службен весник на РМ, бр. 55/13.

17 At the beginning of the codification process of civil law in Republic of Macedonia, the author of this paper professor Rodna Ziviovska stated that in the current state of Macedonian property law the more rational approach in the process of codification would be to first harmonize the property law. Professor Rodna Zivkovska, also suggested that in the process of gradual harmonization of property law it may be possible for smaller codes to be drafted in certain areas of property law such as urbanism, agriculture and etc. However, this issue was not debated during the first discussions regarding the draft of the Civil Code of the Republic of Macedonia.

Important novelty in the draft of the new Law of Ownership and Other Real Rights is abandonment of the present concept where the right of ownership had main (private ownership, ownership of the state and ownership of municipalities) and sub-types (co-ownership, joint ownership and condominium) of ownership. In this regard the concept of the Croatian Law of Ownership and Other Real Rights was followed. According to the Croatian Law of Ownership and Other Real Rights ownership is indivisible category, and the right may be acquired by natural and juridical persons (and in sense of the law the term “juridical persons” involves the state and the municipalities).

Changes are drafted regarding co-ownership, joint ownership and condominium. As it was said before, ownership is considered as indivisible category, so co-ownership, joint ownership and condominium are not considered as sub-types of ownership, instead they are considered as situations when the right of ownership is acquired by several persons together. The working group, considering the need for harmonization, proposed changes in the manner of acquiring ownership. In this regard the Law of Real-estate Cadastre must be taken into account because it prescribes that the ownership of real-estate is acquired in the moment of its registration in the real-estate cadastre (art.143).

Regarding other real rights in the new Law of Ownership and Other Real Rights, the working group considers that all real right should be regulated by the Law of Ownership and Other Real Right and not by special laws. That means that the new Law of Ownership and Other Real Right besides the servitudes, pledge and real charges should also regulate the right of long-term lease presently regulated by the Law of Construction Ground. This will ensure the full implementation of the principle – numerus clausus. The working group also decided that the real right presently know as long-term lease should be renamed as right of construction (on land owned by some else) in order to avoid the confusion between this real right and the right of long-term lease regulated in the Law for Privatization and Lease of Construction Ground Ownership of the State from 2005¹⁸ which is an obligation by its nature¹⁹.

In the process of drafting the new Law of Ownership and Other Real Rights the working group planes to incorporate more articles regulating servitudes and

18 Службен весник на РМ, бр. 4/05, 13/07, 156/08, 146/09, 18/11, 51/11 и 27 /14.

19 Mean vile, the right of long-term lease regulated by the Law of Privatization and Lease of Construction Grounds Ownership of the State also underwent some changes and the right of long-term lease was renamed as right of lease with the same purpose – avoiding confusion between the obligation and the real right. See: The Law for Amendment and Supplementation of the Law for Privatization and Lease of Construction Grounds Ownership of the State (Службен весник на РМ, бр. 27/14).

especially the right of pledge since so few articles regulate pledge in the present Law of Ownership and Other Real Rights.

The draft of the new Law of Ownership and Other Real Rights, as the first phase in the process of codification of property law, is ongoing at the moment. The goal of the working group authorized to draft the new Law of Ownership and Other Real Rights, (whose members are the authors of this paper) is primarily concentrated in harmonization of all law regulating property in the legal system of the Republic of Macedonia. In the same time, another goal of the working group is to modernize the Macedonian property law so it could respond to the changes in civil law relations. The termination of the first phase of the codification of property law is a condition for starting the second phase of the codification – merging the property law, obligations and successions in integral legal text.

In the same time the working groups authorized to draft the other two parts of the Civil Code – obligations and successions submitted their proposals regarding the existing regulation. The proposals given by the working groups regarding obligation and successions should be taken into consideration during the draft of the new Law of Ownership and Other Real Rights so there are no inconsistencies in the regulation. However, during the incorporation of all parts of the civil code in one integral text further revisions might be needed.

References

Cserne, P. *Drafting Civil Codes in Central and Eastern Europe a Case Study on the Role of Legal Scholarship in Law-Making*. <http://www.propublicobono.hu/pdf/Cserne%20P%20Tamop%201.pdf>

Glenn, H. P. (2004). *Legal Traditions of the World*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press. 135

Hale, M. (1971). *The History of the Common Law in England*. University of Chicago Press

Merryman, J.H. (1985). *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. 2nd ed. Stanford: Stanford University Press. 10

Murillo, M. (2001). *Evolution of Codification*. J. Transnational Law & Policy, Vol. 11:1.5–6.12–13

O'Connor, V. (2012). *Practitioner's guide: Common Law and Civil Law Traditions*. INPROL - International Network to Promote the Rule of Law. 11. 1–35

http://inprol.org/sites/default/files/publications/2012/common_law_civil_law_pg_final.pdf

Pejovic, C. (2001). *Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal*. VUWLR, Vol. 32. 819–820. 817–842

Zimmermann, R. (2003). *The Civil Law in European Codes, Regional Private Laws and Codification in Europe*, Cambridge: University Press. 21

Zimmermann, R. (2012). *Codification, The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law*, Congress of the International Academy of Comparative Law, Taiwan, 24 May 2–5

Dr Rodna Živkovska,

Redovni profesor Pravnog fakulteta „Justinijan Prvi“,
Univerzitet „Sv. Kiril i Metodij, Skoplje

Dr Tina Pržeska,

Docent Pravnog fakulteta „Justinijan Prvi“,
Univerzitet „Sv. Kiril i Metodij, Skoplje

Kodifikacija građanskog prava

Rezime

Predmet ovog rada su stanovišta u vezi načina kodifikacije opšteg dela i stvarnopravnog dela Građanskog zakonika Republike Makedonije, koji je u fazi izrade. Autori ovog rada smatraju da u Republici Makedoniji i dalje treba zadržati tradiciju pandektnog sistema na terenu uređivanja građanskopravnih odnosa. U tom kontekstu, autori smatraju da, osim Opšteg dela zakonika, njegovi sastavni delovi treba da budu: Stvarno-pravni deo, Obligacije i Nasleđivanje.

1. U pogledu Opšteg dela Građanskog zakonika, autori ovog rada iznose svoje stanovište da veći broj opštih odredaba iz postojećeg Zakona o obligacionim odnosima treba preuzeti u Opšti deo Građanskog zakonika. Reč je o izdvajanju najopštih karakteristika sledećih instituta: sposobnosti, zastupanje, opšti pojam pravnog posla, klasifikacije, opšta razmatranja o uslovu i roku, mane volje, forma ugovora, obezbeđenje, zastarelost, prekluzija, tumačenje i njihovo „preseljenje“ u Opšti deo Građanskog zakonika. Pri tome autori se zalažu za pravu meru u kom obimu ove institute treba obraditi u Opštem delu, a u kom obimu u delu koji se odnosi na obligacione odnose. U pogledu izradnje Kodeksa sve radne grupe, kao i autori ovog rada, smatraju da Opšti deo treba izraditi nakon izrade posebnih delova Kodeksa.

2. U pogledu izrade Stvarnopravnog dela Građanskog kodeksa, u ovom radu autori se zalažu da druga knjiga naslovljena „Stvarnopravni odnosi“ treba da sadrži sledeće glave: stvari, državina, pravo svojine, službenosti, zalog, realne garancije, građenje na tuđem zemljištu i stvarna prava stranih lica. Autori ovog

rada prikazuju da u Republici Makedoniji od 2001. godine (od donošenja Zakona o svojini i drugim stvarnim pravima) do danas je donet ogroman broj specijalnih zakona koji uređuju stvarnopravne odnose (u vezi stvari od opšteg interesa, založnog prava, dugotrajnog zakupa građevinskog zemljišta i drugi). Kodifikacija, prema autorima, treba ostvarivati na način da opšte odredbe sadržane u ovim specijalnim zakonima treba „preseliti“ u drugu knjigu zakonika (stvarnopravni deo), a deo njih treba i dalje da ostane u specijalnim zakonima (s obzirom da tranzicioni period koji još traje).

Autori (kao tvorci novog Zakona o svojini i drugim stvarnim pravima), isto tako smatraju da treba dopuniti listu osnovnih načela koja se odnose na stvarnopravne odnose. U ovom pogledu autori podižu princip savesnosti, princip *superficies solo cedit* i princip upisivanja stvarnih prava na nivo osnovnih načela Stvarnopravnog dela zakonika. Autori ukazuju da u vreme donošenja Zakona o svojini i drugim stvarnim pravima nije bilo detaljno uređeno pravo zaloge, pravo građenja i etažna svojina pa je zato i u ovom pogledu potrebno uneti detaljne odredbe. Proizlazi da će Zakon o svojini i drugim stvarnim pravima, tj. Stvarnopravni deo Građanskog zakonika sadržati duplo veći broj odredaba u poređenju sa brojem odredaba u postojećem Zakonu o svojini i drugim stvarnim pravima.

Na kraju, autori ukazuju na činjenicu da se u Republici Makedoniji istovremeno radi na izradi knjige iz oblasti Obligacija i Naleđivanja koje su intergralni deo Građanskog zakonika.

Ključne reči: građansko pravo, građanski kodeks, kodifikacija, obligacije, pravo svojine.

Dr Ivana Simonović,*

Docent Pravnog fakulteta,

Univerzitet u Nišu

Dr Miroslav Lazić,*

Redovni profesor Pravnog fakulteta,

Univerzitet u Nišu

NAUČNI ČLANAK

UDK: 347.5

Rad primljen: 01.09.2014.

Rad prihvaćen: 01.12.2014.

GRAĐANSKOPРАВNA ZAŠTITA PRAVA LIČNOSTI

Apstrakt: *Napuštanje dogme o imovinskom karakteru činidbe omogućilo je primenu građanskopravne sankcije i radi zaštite prava ličnosti kao neimovinskih prava. Građanskopravna zaštita je usmerena na titulara povređenog prava, a njeni metodi takvi da se učinci ostvare u njegovoj sferi (imovinskoj i neimovinskoj) radi uspostavljanja pređašnjeg stanja ili davanja odgovarajućeg zadovoljenja. Analizirana je odštetna odgovornost zbog povrede ličnih prava koju autori, zajedno sa odgovornošću iz neosnovanog obogaćenja, nazivaju opštom građanskopravnom zaštitom. Ona je deo šire, privatnopravne zaštite ličnih prava sprovodive i po posebnim propisima koji se dotiču određenih aspekata ličnih prava (npr. prava pacijenata) ili ustanovljavaju nove oblike njihove zaštite (npr. zaštita zaposlenih od mobinga). Opšti i poseban režim zaštite povezuju ciljevi njihovih metoda (sprečavanje povrede, ako je zaštita predupređujuća, ili otklanjanje posledica povrede, ako je ona naknadna) i činjenica da su u najvećem broju slučajeva predmet njihovog uređenja pravni odnosi zasnovani na klasičnim načelima građanskog prava.*

Ključne reči: *prava ličnosti, privatnopravna i građanskopravna zaštita, imovinska sankcija, nadoknada štete, neosnovano obogaćenje, restitucija.*

* ivana@prafak.ni.ac.rs

* lazic@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu *Усклађивање права Србије са правом Европске уније*, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2013–2018. године.

1. Uvod

Građansko pravo, kroz ruho subjektivnih prava, tradicionalno, još od rimskog prava¹, štiti pretežno imovinske interese pravnih subjekata. Priznanjem ličnih prava kao novih građanskih subjektivnih prava u buržoaskim evropskim kodifikacijama građanskog prava 19. i 20. veka stvoreni su uslovi da za povredu neimovinskog interesa pravnih subjekata, pored već uspostavljene zaštite u oblasti javnog prava – ustavnog, krivičnog i upravnog, nastane i obligacionopravna odgovornost, pre svega za prouzrokovanu štetu. U novijem pravu dogma o imovinskom karakteru činidbe², vladajuća i u pandektnom pravu, u značajnoj meri biva napuštena, tako da se sredinom 20. veka najpre probija, a zatim uspostavlja i stalno razvija zaštita neimovinskih interesa i ličnih dobara kao objekata građanskopravnih odnosa.

Priznanjem subjektivnih prava pojedincima, kao entitetu – fizičkom licu, i kao organizaciji – pravnom licu, pravni poredak im određuju krug slobode i sferu privatnopravne vlasti, slobodan prostor u kome treba da su zaštićeni od nedopuštenog uticaja svih trećih lica, uključujući i državu, koja raspolaže suverenom silom i vlašću. Ličnim subjektivnim pravom se garantuje određeno ponašanje povodom pravnog objekta – ličnog dobra (život, telesni integritet, duhovni integritet, slobode, čast i ugled itd.), a, ukoliko je potrebno, i sankcijom osigurava.

Ideja o ličnim pravima i njihovoj zaštiti proizlazi iz shvatanja o postojanju univerzalnih vrednosti, prostorno i vremenski neuslovljenih, pripadajućih

¹ Klicu građanskopravne zaštite ličnih prava ipak možemo naći i u rimskom pravu, u institutu *iniuriae* iz Zakonika XII tablica (VIII, 2). Njime je prvobitno bilo sankcionisano nasilje na telu drugog čoveka radi zaštite njegovog telesnog integriteta (realna *iniuriae*), a kasnije, uvođenjem verbalne *iniuriae*, bivaju sankcionisane i povrede časti i slobode. Telesna povreda bila je kažnjavana talionom ili novčanom otkupninom. Pretorskim ediktom je uvedena tužba *actio iniuriarum aestimatoria*, po kojoj su sudije utvrđivale novčanu kaznu, a osuda je kao dodatnu kaznu povlačila i infamiju. (Stojčević, 1983: 284–285; Horvat, 1973: 306)

² Zasnovana na tezi o postojanju imovinskog interesa poverioca koji želi da ostvari u svakoj činidbi ugovaranoj sa dužnikom. Ukoliko takvog interesa nema ili je on neimovinski, nije bilo moguće ostvariti ga ugovorom. Sa jedne strane, imovinski interes postaje kriterijum razdvajanja obligacionopravnih od drugih vrsta pravnih odnosa, a sa druge – isključuje odštetnu odgovornost zbog povrede neimovinskih interesa poverioca. Takav interes ne može biti predmet ugovora, niti zaštićen odgovornošću za štetu. (Klarić, 2003: 232)

svakom pojedincu kao ljudskom biću, i stara je gotovo kao i čovečanstvo. Šta je predmet zaštite najstarijih moralnih vrednosti i Božjih zapovesti do zaštita života i integriteta čoveka, najpre iskonski, a kasnije i pravno uobličena. Te univerzalne vrednosti³ u savremenom pravu (ustavnom i međunarodnom pre svega) označavamo terminom osnovna ljudska prava i slobode, i definisana su u najvišim pravnim dokumentima: međunarodnim, regionalnim i unutrašnjim. Ustavom garantovana prava i osnovne slobode (ljudska prava i slobode) treba da su ustavna garancija zaštite pojedinca od vlasti i njenog neopravdanog zadiranja u sferu garantovane mu slobode. Na neposrednijem pravnom nivou od ustavnog, pravnim subjektima se povodom ovih prava priznaju i krivičnopravna, upravna i građanskopravna zaštita. Nijedna od njih nije apsolutna garancija nepovredivosti ljudske ličnosti, ali se čini da građanskopravna pravila mogu u tome najdalje otići.

Tema našeg rada je ukazivanje na karakteristike i oblike građanskopravne zaštite ličnih prava pravnih subjekata, preventivno i reaktivno, od posledica povrede ličnih dobara i garantovanih ličnih subjektivnih prava; ukazivanje na uporednu prednost građanskopravne zaštite i razrada prvenstveno odštetne građanskopravne zaštite.

2. Vrste i oblici pravne zaštite prava ličnosti

U sistemu subjektivnih prava prava ličnosti ili lična prava (*Persönlich-keitsrechte, droits de la personnalité, personality rights*) su najmlađa građanska subjektivna prava, čijim se priznanjem u tradicionalno imovinski okvir građanskog prava uvodi nova kategorija prava, nastalih povodom neimovinskih – ličnih dobara (života, zdravlja, dostojanstva, ugleda, imena, lika, privatnosti). Naime, povreda ličnih dobara može prouzrokovati posledice izrazive u novcu, što ih čini podesnim objektom zaštite po pravilima građanskopravne odgovornosti i njene (imovinske) sankcije. Međutim, povreda ličnih dobara prouzrokuje i posledice koje se ne mogu izraziti u novcu (fizički i duševni bol, strah), pa se vremenom, posebno u drugoj polovini 20.

³ Reč je o nematerijalnim dobrima čije je očuvanje uslov postojanja čoveka kao biološkog i kulturnog bića. Terminom vrednost, u koji je učitana moralno-etička komponenta, želimo istaći važnost njihovog poštovanja i uspostavljanja valjane (pravne) zaštite.

veka, najubojitije oruđe građanskopravne sankcije – imovinska odgovornost, počelo primenjivati i radi njihovog otklanjanja.

Zaštita prava ličnosti je kompleksna. Pored javnopravne, postoji i privatnopravna i, kao jedan od njenih oblika – građanskopravna zaštita.

*Javnopravna zaštita se obezbeđuje prema javnoj vlasti (u odnosu građanin – država), u kome ona istupa kao nosilac imperijuma, kao *potentior persona*, ali i u pravnim odnosima subjekata privatnog prava (međusobni odnosi fizičkih i pravnih lica), štiteći pojedinca kao građanina od neosnovanog upliva javne vlasti ili drugog lica u njegovo ustavom i zakonom garantovano područje slobode i lične vlasti.⁴ Uređena je normama javnog prava (ustava, krivičnopravnim i upravnoopravnim propisima, ili kombinacijom propisa, npr. o zaštiti podataka o ličnosti, koji su kombinacija upravnih i građanskopravnih propisa), i na tom terenu se ostvaruje. Ovde se ne radi neposredno o zaštiti ličnih prava kao posebne vrste građanskih subjektivnih prava već pre svega o zaštiti ustavom garantovanih ljudskih prava i sloboda. (Riemer, 1995: 119)*

U savremenoj teoriji prava ističe se i tzv. posredno dejstvo javnopravnih normi – dejstvo prema trećim licima u privatnopravnim odnosima. Zasnovano je na ideji o primenljivosti ustavnih jemstava nepovredivosti ljudske ličnosti i dostojanstva kao valjanog temelja pravne zaštite ličnih prava i u građanskim sudskim postupcima (građanskopravnim sporovima).⁵ Takva sveobuhvatna zaštita naročito je važna u sistemima u kojima pravo ličnosti nije garantovano

⁴ Zaštita po pravilima javnog prava, „s obzirom na načela i sastav kojima raspolaže, nema previše interesa za zaštitu ličnosti“ već se primenjenom sankcijom istovremeno obraća i prekršiocu norme (individualna prevencija) i ostalim članovima zajednice (opšta prevencija). (Dropulić, 2002: 4)

⁵ Dolazi nam iz prakse Saveznog ustavnog suda Nemačke. Širom interpretacijom čl. 1. (neprikosnovenost ljudskog dostojanstva) i čl. 2. (pravo na slobodan razvoj ličnosti) Osnovnog zakona, Sud je nadomestio nepostojanje u BGB-u građanskopravne osnove za zaštitu onih ličnih prava koja nisu uređena ni njime ni posebnim zakonom (zakonikom je garantovano pravo na ime i obligacionopravna zaštita samo onih ličnih prava i ličnih dobara u njemu pobrojanih; KunstUrhGesetz uređuje zaštitu autorskih i pronalazačkih prava). Mada opšte pravo ličnosti u Zakoniku nije izričito navedeno kao subjektivno pravo (poput prava svojine), temeljem takvog tumačenja, postaje moguće njegovu građanskopravnu zaštitu izvesti neposredno iz ustavnih garancija dostojanstva i slobode ličnosti. (Više: Rösler, 2008: 168 i Gajin, 2012: 81–125)

kao opšte pravo već u formi pojedinih ličnih prava.⁶ Zahvaljujući ovim jemstvima, sva lična dobra postaju podesan objekat zaštite, svejedno da li su povodom njih priznata posebna lična prava.

Neposredan objekat zaštite jesu život, telesni integritet, tajna i intimna sfera, čast i zdravlje čoveka.

Građanskopravna zaštita zasnovana je na pravnim garancijama građanskih subjektivnih prava priznatih fizičkim i pravnim licima, što omogućava uspostavljanje građanskopravne imovinske sankcije kao sredstva njihove zaštite. Ova zaštita se primenjuje i kod povrede ličnih subjektivnih prava. Subjektima zaštite ličnih dobara na raspolaganju stoje sredstva preventivne i represivne građanskopravne zaštite.

Preventivna (predupređujuća) zaštita ostvaruje se zahtevima za propuštanje radnje od koje pretila opasnost povrede (1) i za okončanje one koja je u toku, ili je već izvršena ali pretila da bude ponovljena (2). U ovom poslednjem slučaju preventivno usmerenje zahteva ostvareno je ukoliko se okončanjem aktuelne radnje povrede spreči uvećanje (ili pogoršanje) posledica, tj. ako se otkloni realna opasnost od ponavljanja povrede koja je već stvorila posledice.

Naknadna – postventivna, reaktivna zaštita, pruža se po okončanju povrede i nastupanju posledica radi njihovog uklanjanja i, u meri u kojoj je moguće, uspostavljanja pređašnjeg stanja. Ostvaruje se zahtevima za nadoknadu štete (materijalne ili nematerijalne), naturalnim i novčanim sredstvima, i zahtevom za vraćanje neosnovano stečene koristi.

Građanskopravna zaštita, za razliku od javnopravne, prvenstveno je usmerena ka privatnopravnoj zaštiti pojedinca; u poređenju sa drugim oblicima zaštite,

⁶ Ideje o posrednom dejstvu ustavnih normi ima i u švajcarskoj pravnoj književnosti (tako Riemer: 119), mada čl. 28 tamošnjeg građanskog zakonika garantuje opšte pravo ličnosti (od protivpravnog delovanja ličnost subjekta je zaštićena na opšti način, i u svim aspektima svoga ispoljavanja). Kao da njene obrise možemo naći i kod naših teoretičara (Cigoj, 1980: 430) kritički nastrojenih prema u Zakonu o obligacionim odnosima preuskom određenju pojma nematerijalne štete (o čemu više u nastavku). Mogućnost zaštite ličnosti i kada posledice njene povrede nisu fizički i duševni bol i strah, već drugačija trpljenja oni izvode iz odredaba (tadašnjeg Ustava) o nepovredivosti ljudske ličnosti i garancije zaštite njenih prava i sloboda, neposredno na osnovu Ustava, pa i građanskopravnom sankcijom. Na oslanjanje građanskopravne zaštite neposredno na ustavne odredbe bilo je pledirano i mnogo pre nego što je donet ZOO (Finžgar, 1964: 5–6).

pokazuje prednosti za samog oštećenog, jer svojom sadržinom treba da zaštiti interese prikraćenog subjekta, u čijoj je imovini ishod primenjene sankcije građanskog prava upravo i vidljiv. Mogući imovinski učinak javnopravne zaštite (oduzimanjem imovinske koristi, izricanjem novčane kazne i sl.) ostvaruje se u budžetu zajednice kao javni prihod.

Obe navedene vrste pravne zaštite, kako smatra teorija, mogu biti deo jedinstvene zaštite ličnosti, posebne – za svako pojedino lično pravo, i opšte – garantovane ostalim subjektivnim pravima.⁷

Polazeći od važećih pravnih izvora u srpskom pravu i njihovog međusobnog odnosa, mogli bismo odredbe o pravnoj zaštiti prava ličnosti – građanskopravnoj i drugim vrstama koje je dopunjuju ili na nju upućuju – podeliti na opšte i posebne. Smatramo da bi se obe vrste mogle objediniti nazivom *privatnopravna zaštita*⁸.

Opštim odredbama se ustanovljava pravni okvir zaštite podesan za njeno pružanje svakom ugroženom ili povređenom ličnom pravu. One su sadržane u Zakonu o obligacionim odnosima⁹, pre svega u odeljcima o prouzrokovanju štete i njenoj nadoknadi (čl. 154–209), ali su ovde primenljive i druge njegove norme, poput onih o sticanju bez osnova (čl. 210–219), koje neće biti predmet analize u ovom radu. Svakako, ovim izvorima pripadaju i viši opšti akti od zakona, poput Ustava RS¹⁰, čije je jemstvo neotuđivih prava i sloboda polazište i ishodište svih oblika pravne zaštite ličnih prava, pa i građanskopravne. Takođe, nadnacionalni propisi, poput Evropske konvencije za zaštitu ljudskih

⁷ Hubman kao sredstva zaštite navodi: tužbu radi naknade štete, tužbu za propuštanje, zahtev zbog neosnovanog obogaćenja, zahtev za samožrtvovanje i zahtev na odgovor. (Hubmann, 1984: 349–375, cit. po Dropulić, 2002: 195) Prof. Vodinečić navodi: tužbu za propuštanje, za uklanjanje (koja obuhvata i tužbu za opoziv tvrdnje i ispravku informacije), utvrđivanje, povraćaj neosnovanog obogaćenja, naknadu štete i tužbu za simboličnu naknadu neimovinske štete. (Vodinečić, 1978: 926–936)

⁸ Osim Zakona o zaštiti podataka o ličnosti (*Sl. glasnik RS*, br. 97/08, 104/09, 68/012, 107/012), kojim je propisana pravna zaštita po pravilima upravnog postupka i upravnog spora.

⁹ Zakon o obligacionim odnosima, *Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93.

¹⁰ Ustav Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, br. 98/06.

prava i osnovnih sloboda¹¹, Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima iz 1949. g. i čitavog niza međunarodnih i regionalnih dokumenata, zato što su njima utvrđeni standardi i opšteprihvaćena načela garancije univerzalnih vrednosti kakva su lična prava pravnih subjekata.

Posebna pravna zaštita prava ličnosti nastaje pod uticajem novih zakona (i međunarodnih dokumenata) kojima se u korist ličnosti ustanovljavaju nova prava ili se postojeća detaljnije uređuju u vezi sa onim situacijama čije je regulisanje osnovni predmet tih propisa. Posebno značajnim za prava ličnosti smatramo propise o javnom informisanju; o zaštiti podataka o ličnosti; o zabrani diskriminacije; propise iz oblasti zdravstvene zaštite i, u okviru njih – o pravima pacijenata i zaštiti osoba sa mentalnim smetnjama; o transplantaciji organa, tkiva i ćelija; o začecu uz biomedicinsku pomoć, kojima se omogućava ostvarenje reproduktivnih prava i osobama koje ih ne mogu ostvariti prirodnim putem; naposljetku, važni su i propisi o zaštiti životne sredine, jer njeno stanje i očuvanost neposredno utiču na kvalitet ostvarenja prava na život i razvoj. Ova pravila su uvek *lex specialis* u odnosu na opšti građanskopravni režim zaštite.

U savremenom pravu primećujemo tendenciju širenja posebne privatnopravne zaštite izražene u povećanju broja zakona koji se dotiču prava ličnosti, uređivanju posebnih postupaka njihove zaštite i subjekata zaduženih da ih štite (poput Poverenika za zaštitu podataka o ličnosti, ovlašćenog da štiti prava na privatnost, tajnost ličnih podataka i privatne prepiske građana u situacijama u kojima se o njima prikupljaju i obrađuju podaci o ličnosti) ili osvetljavanjem pojedinih njihovih aspekata (poput pacijentovih prava). To je i posledica širenja mogućih opasnosti po prava ličnosti koje sa sobom nosi naučno-tehnološki razvoj, a na koje pravo (pa ni građansko pravo) svojim klasičnim instrumentima pravne zaštite nije uvek u stanju da odgovarajuće reaguje.¹²

¹¹ Za našu temu značajna su tumačenja konvencijskih članova o pravu na život (čl. 2), na dostojanstvo (garantovano je posredno, zabranom mučenja, ropskog odnosa i prinudnog rada (čl. 3 i 4), na suđenje u razumnom roku (čl. 6), pravu na poštovanje ličnog i porodičnog života (čl. 8), na slobodu izražavanja (čl. 10) i o zabrani diskriminacije (čl. 14).

¹² Genetski inženjering, razvoj transplantacionih tehnologija, dostupnost podataka na internetu, gde se gubi granica između privatnog i javnog, upotreba lekova radi moralnog

Opšti i posebni propisi međusobno se ne isključuju, tako da je moguće da prethodna primena posebnih pravila bude uslov opštoj građanskopravnoj zaštiti (odnos supsidijarnosti), kao što je moguće i kumuliranje ovih, različitim propisima uređenih pravozaštitnih zahteva.

3. Opšta građanskopravna zaštita prava ličnosti

U našem je pravu opšta građanskopravna zaštita prava ličnosti uređena Zakonom o obligacionim odnosima, usled čega joj se često dodaje atribut *obligacionopravna zaštita* (Na primer, Vodinelić, 1989: 127–148). U okviru opšte zaštite, analiziramo pravo na naknadu štete (odštetnopravna odgovornost), dok drugi njen oblik – odgovornost po pravilima o sticanju bez osnova, ovde ne analiziramo. Reći ćemo samo da se njome sankcioniše neovlašćena i povrediocu korisna upotreba tuđeg ličnog prava, radi vraćanja koristi njegovom titularu (Simonović, 2014: 426, 440).

3.1. Odštetnopravna odgovornost zbog povrede prava ličnosti

Prema Zakonu o obligacionim odnosima sredstva zaštite od ili zbog prouzrokovanja štete, pa i štete nastale povredom ličnih prava, mogu se upotrebiti preventivno, radi predupređenja povrede otklanjanjem izvora opasnosti, ili postventivno – represivno, za otklanjanje posledica povrede, ponekad i sprečavanje njenog ponavljanja, pa ćemo ih tako i razmatrati.

3.1.1. Preventivna – predupređujuća zaštita prava ličnosti

Svrstana u odeljak *Prouzrokovanje štete*, sredstva preventivne zaštite u čl. 156. i 157. ZOO navode na zaključak da se imaju primeniti pod opštim uslovima deliktnog prava, u situacijama kada je povreda ličnog prava ishodila štetom.¹³ Ipak, njihovo tumačenje (i u čl. 157. ZOO izričito pominjanje integriteta ljudske ličnosti) kazuje nam da je ličnost zaštićena i od opasnosti nastanka štete ili njenog uvećanja zahtevima za uklanjanje izvora opasnosti i propuštanje

poboljšanja čoveka, samo su neke opasnosti po osnovne vrednosti na kojima je sistem prava ličnosti ustrojen.

¹³ Čl. 155. ZOO: „Šteta je umanjeње nečije imovine (obična šteta) i sprečavanje njenog povećanja (izmakla korist), kao i nanošenje drugome fizičkog ili psihičkog bola ili straha (nematerijalna šteta)“.

moguće povređujuće delatnosti (čl. 156. ZOO), kao i zahtevom za prestanak povređujuće radnje (čl. 157. ZOO).

Usvajanjem ovih kvazinegativnih zahteva sud pruža preventivnu zaštitu u dvema različitim situacijama, ali radi postizanja istovetnog cilja – osujećenja nastanka štete i sprečavanja ponavljanja radnje kojom se ugrožavaju tuđa lična dobra.

a) Zahtev da se ukloni opasnost štete, po čl. 156. ZOO, iako prava ličnosti nisu izričito pomenuta, takođe može poslužiti njihovoj zaštiti. (Vodinić, 1989: 136–137; Nikolić, 1992: 2055)

Zahtevima iz čl. 156. ZOO prvenstveno je namenjena uloga zaštite od imisija,¹⁴ jer zakonodavac ne govori samo o opasnosti od štete već i o uznemiravanju, dakle o neugodnostima nekvalifikovanih uvek kao šteta.¹⁵ Zakonska formulacija ipak ne svodi ovu preventivnu zaštitu isključivo na objekte stvarnih prava, čime se i omogućava zaštita od ugroženosti ličnih dobara.

Imalac je zaštićen od ugrožavanja svojih ličnih prava ustanovljavanjem prava na preventivno delovanje, ostvarivo zahtevima da se ukloni izvor opasnosti od znatnije štete ili zabrani delatnost od koje proizlazi uznemiravanje ili opasnost od štete. Ovim zahtevima mogu se štititi ne samo vlastita lična dobra već i ona drugih osoba izloženih škodljivom uticaju (npr. svih koji se snabdevaju vodom iz zagađenog izvora), čime oni dobijaju obeležja popularne tužbe (*actio popularis*). Za realizaciju zahteva da se ukloni izvor opasnosti štete (koju ne bi trebalo svesti isključivo na njeno zakonsko određenje, posebno pojma nematerijalne štete) dovoljno bi bilo ukazati na opasnost od povrede nekog ličnog prava, koja – nepredupređena – može dovesti do znatnije povrede nekog

¹⁴ U teoriji su ove odredbe ocenjene kao značajno proširenje zaštite ličnosti od imisija, do tada svedene na susedskopravne odnose i zasnovane na teoriji o zabrani zloupotrebe prava svojine. (Salma, 1989: 33–35) Uvođenjem obligacionopravne zaštite od opasnosti od štete, omogućeno je da se zaštita pruži na samom početku ili u toku nastanka imisija svim građanskim subjektivnim pravima (klasična, stvarnopravna imisiona zaštita obuhvata stvarna prava na zemljištu), pa i čovekovom psihičkom integritetu i životnoj sredini.

¹⁵ Klasičnom stvarnopravnom imisionom zaštitom težimo omogućavanju svrsishodnog korišćenja nepokretnosti, uklanjanjem nepovoljnih uticaja koji je remete, preterano otežavajući njenu upotrebu ili prouzrokujući joj znatniju štetu.

neimovinskog interesa.¹⁶ Tako shvaćena opasnost mogla bi zadovoljiti potrebne uslove za primenu čl. 156. ZOO. Da ova norma nije isključivo odštetnopravna¹⁷, vidi se i po tome što je već i uznemiravanje dovoljno za preventivno delovanje (Vodineć, 1989: 136). Obuhvaćene su radnje čije se posledice uopšte ne mogu izraziti kao šteta (materijalna ili nematerijalna), ali nisu ništa manje tegobne za onoga ko ih podnosi i od kojih ima pravo da se štiti (Vodineć, 1989: 136). Pravnorelevantno uznemiravanje stvar je ocene suda, pa bi šire tumačenje pojma omogućilo zaštitu od svakojakih nepovoljnih uticaja na čovekovu ličnost, telo, zdravlje, psihu, intimu.¹⁸

Ugroženim ličnim dobrima zaštita se pruža uklanjanjem izvora opasnosti od znatnije štete ili nalogom potencijalnom počiniocu da se uzdrži od radnje kojom stvara opasnost od štete za druge ili ih njome uznemirava (čl. 156. st. 1. ZOO). Primena ovih mera trebalo bi da bude supsidijarna – ukoliko druge preduzete mere ne budu dale rezultate ili ukoliko drugih mera nema.¹⁹

b) Zahtev da se prestane sa povredom prava ličnosti iz čl. 157. ZOO, koji usmeren na prestanak već započete povređujuće radnje takođe spada u preventivno sredstvo zaštite. Osoba koja smatra da se tuđom radnjom povređuje njen integritet, lični i porodični život, ali i sva ostala lična prava, može zahtevati od suda ili drugog nadležnog organa da naloži prestanak takve radnje kako bi se okončalo stanje povrede i sprečilo uvećanje štete.

¹⁶ Načelo prevencije, u osnovu odgovornosti za opasnost od štete, tako ostvaruje svoju funkciju zaštite i kada do štete nije došlo, ali je stepen ugrožavanja takav da pretilo njeno nastupanje. (Salma, 1989: 31)

¹⁷ Odstupilo se od zahteva za ispunjenost svih uslova građanskopravne odgovornosti za štetu, posebno da je šteta već nastupila; izmene su pretrpeli i drugi važni pojmovi, poput protivpravnosti, a promenjen je i redosled primene sredstava sankcije. Da bi norma imala preventivno dejstvo, uslov, pa i osnov odgovornosti postaje opasnost od štete, dakle, ugrožavanje, koje se otklanja društveno opravdanim merama za sprečavanje štete. Nadoknada štete, kao osnovno sredstvo realizacije odgovornosti, u prvi plan izbija tek ako ove mere ne dadu rezultate, pa se ostvari opasnost štete. (Salma, 1989: 29–32)

¹⁸ U literaturi je predloženo da se uz „štetu“ i „uznemiravanje“, u čl. 156. ZOO unese i „povređivanje ličnih dobara“, čime bi se obuhvatile i radnje koje ih povređuju ili ugrožavaju, a da ne stvaraju ni štetu ni uznemiravanje. (Vodineć, 1989: 136)

¹⁹ Na to upućuje redosled po kome su navedene u st. 2. čl. 156, ZOO i sudu dato ovlašćenje da ih naredi o trošku delatnika, tj. držaoca izvora opasnosti. Tako i: Vodineć, 1989: 135, i Crnić, u saradnji sa Matić, 2008: 33.

Radi pravilne i smisaone primene člana 157. ZOO nije potrebno da je šteta, i to u svom zakonskom određenju, već nastala, u suprotnom – ova odredba ne bi mogla da odigra svoju predupređujuću ulogu. Zahtev iz ovog člana nije odštetnopravni; njime se ne traži nadoknada, pre svega nematerijalne štete, inače bi sud morao ispitati da li povređujuća radnja izaziva fizički ili duševni bol ili strah, intenziteta i trajanja dovoljnih da učine opravdanim dosuđivanje pravične novčane nadoknade (Crnić, u saradnji sa Matić, 2008: 43). Naglasak je na drugačijoj vrsti posledice – na samoj povredi integriteta ličnosti i njenih ličnih prava, dovoljnoj da učini osnovanim zahtev da se prekine radnja koja ih povređuje. Sud će se baviti samo činjenicom da li označena radnja povređuje ili ne povređuje neko lično pravo tužioca, a ovaj, ukoliko trpi i nematerijalnu štetu, može tražiti da mu bude nadoknađena dokazujući ispunjenost uslova iz čl. 200. ZOO. Ova dva zahteva se međusobno ne isključuju (Crnić et al., 2008: 43).

3.1.2. Naknadna – reaktivna zaštita prava ličnosti

Pravozaštitni zahtevi iz ove grupe jesu negatorni i restitutivni – njima se traži uklanjanje ili ublažavanje posledica povrede. Povreda ličnog prava na koju se nadovezala pravnorelevantna šteta otkloniće se njenom nadoknadom, radi reparacije (materijalne štete) ili satisfakcije (ako je pričinjena nematerijalna šteta). Sredstva nadoknade su naturalna ili novčana. Zahtevi za naknadnu zaštitu prava ličnosti su ili odštetnopravni ili kondikcioni – za vraćanje koristi pribavljene pravno neosnovanim zadiranjem u tuđu ličnu sferu (Simonović, 2014: 427). U nastavku, bavimo se zahtevima za nadoknadu štete – materijalne (imovinske) i nematerijalne (neimovinske).

a) Novčana nadoknada materijalne štete. Prema čl. 155. ZOO materijalna šteta je umanjeње nečije imovine (obična, stvarna ili pozitivna šteta, *damnum emergens*) ili izostanak njenog, po redovnom toku stvari ili naročitim okolnostima, opravdano očekivanog uvećanja (izmakla korist, izgubljena ili propuštena dobit, *lucrum cessans*), koji će se nadoknaditi po pravilima čl. 185–198. ZOO. Zakonodavac je posebnim odredbama uredio pitanja u vezi sa nadoknadom materijalne štete usled smrti, telesne povrede i oštećenja zdravlja (čl. 193–198 ZOO). Fizički i psihički bol u kasnijim odredbama označen kao duševni, i strah, pravno su relevantni oblici ispoljavanja nematerijalne štete,

nadoknadive po pravilima čl. 200–205. ZOO. U biti ovog pojma jeste imovinski karakter interesa čijom povredom nastaje šteta.²⁰

Vidovi materijalne štete zavise od vrste povređenog ličnog dobra, te su tako i zakonom uređeni – posebno zbog povrede prava na život, prava na telesni integritet i zdravlje, a posebno zbog povrede dostojanstva, časti i ugleda fizičkog lica. Čini se da pravna lica nisu obuhvaćena pojmom oštećenog, što ne odgovara stvarnosti: i njihova imovina može biti umanjena povredom prava na poslovni ugled, ime (firmu) ili nelojalnom konkurencijom, kao pandana pravima fizičkih lica na ugled, čast i na ime, pa nema razloga da ne bude nadoknađena shodnom primenom ovih pravila.

Osim kategorije neposredno oštećenog (čije je lično dobro povređeno), zakonodavac ovde, kao i kod nematerijalne štete, prepoznaje i posredno oštećene subjekte: osobe koje je oštećeni izdržavao, bio dužan izdržavati ili ih je redovno pomagao.²¹ Gubitak koji oni trpe, iako posledica povrede tuđeg ličnog prava, direktno se odražava u njihovoj imovini. On se nadoknađuje novčanom rentom²², čiji se iznos odmerava prema okolnostima slučaja, ali ne viši od onog što bi poginuli, da je poživeli, njima zaista davao.

Materijalni izdaci nadoknadivi kao imovinska šteta prouzrokovana neposredno oštećenom uslovljeni su, dakle, vrstom povređenog ličnog dobra i nastalim posledicama (čl. 193–198. ZOO).

²⁰ „Reći imovinski interes znači reći – interes izraziv u novcu.“ (Stanković, 1972: 23)

²¹ Nematerijalna šteta za pretrpljene duševne bolove zbog smrti ili naročito teškog invaliditeta može se nadoknaditi trećim licima u bliskom srodstvu sa umrlim ili povređenim: bračnom supružniku, roditeljima, deci, a vanbračnom supružniku - samo ako je između njega i poginulog/telesno povređenog postojala trajnija zajednica života. Isti dodatni uslov predviđen je i za braću i sestre, koji mogu postati poverioci nadoknade jedino zbog smrti (svoga brata ili sestre). V., čl. 201. ZOO.

²² Novčana renta je karakterističan oblik nadoknade materijalne štete u slučaju smrti, telesne povrede i oštećenja zdravlja, čije se sve posledice ne mogu sagledati u vreme prouzrokovanja ili odlučivanja o njima. Zato što se ne može predvideti trenutak nastupanja posledica i njihovo trajanje, rentom se omogućava doživotno ili (prema trajanju posledica) vremenski ograničeno zbrinjavanje oštećenog, po pravilu periodičnom isplatom istih novčanih iznosa. Primenom klauzule *rebus sic stantibus* visina rente će se prilagođavati promenama okolnosti na osnovu kojih je prvobitno bila određena (čl. 196 ZOO). (Toroman, 1980: 512–514)

U slučaju smrti nadoknađuju se: uobičajeni troškovi sahrane – onom ko se pobrinuo za sahranu poginulog, troškovi lečenja od zadobijenih povreda, drugi potrebni troškovi u vezi sa lečenjem i zarada izgubljena zbog privremene nesposobnosti za rad – ukoliko je smrti prethodilo lečenje²³.

U slučaju telesne povrede ili oštećenja zdravlja nadoknađuju se: troškovi lečenja i u vezi sa lečenjem od zadobijenih povreda i zarada izgubljena zbog privremene nesposobnosti za rad. Oni se nadoknađuju u jednokratnom iznosu, jer je ova šteta poznata u vreme presuđenja.

Drugačije je sa gubitkom u zaradi kao posledici potpune ili delimične nesposobnosti povređenog za rad, trajnog povećanja njegovih potreba, uništenja ili smanjenja mogućnosti da napreduje i razvija se. Ovaj gubitak je izmakla korist, manifestovana u nemogućnosti povećanja imovine, i to verovatnog, određenog prema redovnom toku stvari ili posebnim okolnostima i stvarne namere oštećenog da stiče korist svojim radom. Uzima se u obzir svaki oblik zarade koji bi oštećeni ostvario radom u radnom odnosu ili dopunskim radom, pod uslovom da ga je ostvarivao do povrede ili bi ga ostvarivao da mu povredom nije umanjena radna sposobnost. Nadoknađuje se periodičnom isplatom novčane rente, jer obuhvata izgubljenu zaradu od momenta presuđenja pa za ubuduće. Izgubljena zarada od okončanja lečenja do donošenja sudske odluke jeste stvarna šteta, sudu poznata u vreme presuđenja, pa će se nadoknaditi kao i troškovi lečenja, jednokratno (Petrović, 1992: 1393–1394; Čolić, 1992: 1400–1403).

Umanjenje imovine nastalo kao posledica povrede časti (uvredom) ili ugleda (klevetom – iznošenjem ili prenošenjem neistinitih navoda o prošlosti, znanju, sposobnosti drugog), jeste pravnorelevantna materijalna šteta, nadoknadiva po pravilima čl. 198. ZOO. Za nastanak obaveze nadoknade bitno je da su povređujući navodi neistiniti, da je štetnik to znao ili je morao znati, da nikakvog interesa da ih drugome saopšti nije imao ni on, niti onaj kome ih je saopštio²⁴, i da je tim navodima povređen neki materijalni interes oštećenog (npr. gubitak zarade zbog otkaza, smanjenje dobiti zbog gubitka klijenata).

²³ Ukoliko je povređeni platio troškove lečenja, poverioci naknade su njegovi naslednici.

Obim štete se procenjuje i njena nadoknada odmerava po principima važećim i za ostale slučajeve nadoknade materijalne štete.

b) Novčana nadoknada nematerijalne štete. Određivanje pojma nematerijalne štete, za razliku od materijalne, teže je i nije jedinstveno, ali je od prvorazrednog značaja za shvatanje njene pravne prirode, uslova pod kojima se ima nadoknaditi, sredstava kojima se nadoknađuje i cilja koji se želi ostvariti pružanjem nadoknade.²⁵

Iako nema saglasnosti o opravdanosti novčane nadoknade nematerijalne štete, ima saglasnosti, makar među njenim pristalicama, o cilju koji treba postići: po prirodi stvari, to može biti samo satisfakcija (zadovoljenje), ne i reparacija. Oštećenom treba omogućiti da od dobijene novčane nadoknade pribavi dobra i ugodnosti koja bi mu donekle povratila narušenu psihičku ravnotežu i izgubljeno zadovoljstvo življenja, i pomogla da lakše podnese duševnu krizu prouzrokovanu štetnom radnjom (Dedijer, 1992: 1447; Crnić et al., 2008: 642).

Zakonodavac je pojam nematerijalne štete odredio prilično usko. Prihvaćena je subjektivna koncepcija, pa se pravnorelevantnom štetom ne smatra povreda (gubitak ili oštećenje) ličnog dobra (tzv. primarna šteta), već njene posledice – fizički i duševni bol i strah (sekundarna šteta) neophodni za osnovanost zahteva za nadoknadu (čl. 200. ZOO).

O posledicama povrede ličnih prava kao konstitutivnom elementu pravnog pojma štete izjasnila se i sudska praksa²⁶ i značajan deo pravne teorije (Stanković, 1972: 26; Klarić, 2003: 358²⁷; Pešić, 1992: 1483–1484). Tako prof. O. Stanković bitnim vidi subjektivno trpljenje oštećenog, isključivo ispoljeno

²⁴ Dobra vera štetnika u pogledu iznetih navoda (isključivo ako *nije znao* da su neistiniti) i njegov ozbiljan interes da ih saopšti (ili onog kome su saopšteni) isključuju odgovornost za prouzrokovanu štetu, i nju, naposljetku, mora da podnese sâm oštećeni.

²⁵ Upućujemo na prof. Stankovića, čija je monografija *Novčana naknada neimovinske štete* neizbežno štivo za svakog ko se želi pozabaviti bilo kojim aspektom nematerijalne štete. Posebno upućujemo na uporednopravni pregled definicija, na stranama 23–26.

²⁶ Videti važeći Zaključak Savetovanja predstavnika Saveznog suda, vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina i Vrhovnog vojnog suda o problemima nematerijalne štete od 15. i 16. oktobra 1986. koji je sudovima razrešio dileme o pravno priznatoj i pravno nepriznatoj nematerijalnoj šteti.

²⁷ Suprotnu interpretaciju, prilagođenu hrvatskom ZOO iz 2005, autor daje u: *Naknada neimovinske štete* (2005: 30–31).

kao bol (fizički i psihički) i strah, a drugačije neugodnosti koje on trpi ili je trpeo nisu dovoljne za obeštećenje. Drugačijeg je mišljenja prof. Cigoj, jer svaku povredu ličnih prava smatra *nadoknadivom* (pod. aut.) nematerijalnom štetom, bez obzira na dalje posledice inače važne za izbor metoda njihovog otklanjanja. Povredu ovih prava praćenu bolovima i strahom, navodi, moguće je sankcionisati i pravičnom novčanom nadoknadom i nenovčanim sredstvima (čl. 199. i 200. ZOO); drugačije iskazano trpljenje i neugodnosti otklonjive su isključivo sredstvima naturalne restitucije iz čl. 199. ZOO (izvinjenjem, povlačenjem uvredljive ili klevetničke izjave, objavljivanjem presude) (Cigoj, 1980: 430–431, 535, 536–538 i dr.).

Određivanje nematerijalne štete u čl. 155. ZOO, makar u vezi sa povredom prava ličnosti, nije potpuno, i to se vidi u narednim zakonskim odredbama kojima su uređeni načini da se ova povreda otkloni.²⁸

Ukazali smo da je zakonska definicija nematerijalne štete nanošenje drugome fizičkog ili psihičkog (duševnog) bola ili straha. U delu odredaba o nadoknadi štete ovi njeni vidovi pominju se samo u vezi sa pravičnom novčanom nadoknadom, koju sud može dosuditi ukoliko smatra da je opravdavaju okolnosti slučaja, posebno jačina bolova i straha i njihovo trajanje (čl. 200. st. 1 ZOO), značaj povređenog dobra, cilj kome ona služi i nepogodovanje težnjama nespojivim sa prirodom i društvenom svrhom novčanog zadovoljenja (čl. 200. st. 2 ZOO). Upotrebu tipične građanskopravne – imovinske sankcije, zbog neimovinske prirode oštećenih dobara, moraju da opravdaju dodatni, jači razlozi. Upravo ovde vidimo značaj bola i straha (odgovorajućeg intenziteta i trajanja), jer su oni ti jači razlozi.

U čl. 199. ZOO, kojim su uređena neka od sredstava naturalne satisfakcije, sekundarne posledice se ne pominju. Sama povreda prava ličnosti dovoljna je da sud naloži da se štetnik izvini, povuče povređujuću izjavu, da se o njegovom

²⁸ Već je u prvim komentarima ZOO-a ukazano da svođenje nematerijalne štete na bolove i strah jeste usko tumačenje ovog pojma, posebno ako se imaju u vidu odredbe (tadašnjeg) ustava o nepovredivosti integriteta ljudske ličnosti i garancijama ljudskih prava i sloboda, koja mogu da se štite neposredno na osnovu ustava, pa utoliko pre i građanskopravnom sankcijom. (Cigoj, 1980: 430). Podsetimo na to da je i u Nemačkoj za širenje građanskopravne zaštite prava ličnosti zaslužna praksa Saveznog ustavnog suda u tumačenju čl. 1. i 2. Osnovnog zakona o neprikosnovenosti ličnosti i njenog dostojanstva.

trošku objavi presuda ili ispravka ili da se učini nešto drugo čime se može ostvariti svrha koja se postiže nadoknadom. Ovakvo objektiviziranje pojma nematerijalne štete otvara put za sankcionisanje svake povrede prava ličnosti.

Svrha nadoknade štete jeste otklanjanje štetnih posledica. Usled specifične, neimovinske prirode povređenih ličnih prava i interesa, njihova potpuna reintegracija nije moguća, ali jeste ublažavanje trpljenja oštećenog. Na moralnom planu to se postiže, npr. izvinjenjem ili drugim oblikom nenovčanog zadovoljenja, koje osnovanim čini već povreda ličnih prava oštećenog – stanje njihove povređenosti, bez ispitivanja postojanja drugih posledica. Dosuđivanjem novčane nadoknade (ili kumuliranjem sa naturalnim sredstvima) mogu se ublažiti posledice štetnog događaja – bol i strah, odgovarajuće jačine i trajanja.

Objektivna koncepcija pojma nematerijalne štete važna je novina hrvatskog odštetnog prava. Pravni pojam nematerijalne (neimovinske) štete čini povreda prava osobnosti; nekadašnji njeni konstitutivni elementi – fizički i duševni bol i strah – ovde su izgubili značaj, ali su ga zadržali pri izboru načina popravljavanja štete, posebno ako se želi dosuditi pravična novčana nadoknada.²⁹ Povreda ličnih prava, kao objektivna činjenica, iako uvek znači štetu, ne podrazumeva da će oštećeni apriori imati pravo na njeno popravljavanje. U skladu sa pretpostavkama iz čl. 1099. ZOO (nenovčani oblik popravljavanja štete) i čl. 1100–1102. ZOO (pravična novčana nadoknada), povreda prava ličnosti kao nematerijalna šteta je dovoljna za primenu nenovčanih sredstava (za objavljivanje presude ili ispravke, izvinjenje, povlačenje povređujuće izjave). Za dosuđivanje novčane nadoknade potrebne su dodatne kvalifikatorne okolnosti iz kojih sud zaključuje da svojom vrstom (fizički i duševni bol, strah), trajanjem i intenzitetom opravdavaju jedno nekonvencionalno - novčano sredstvo zaštite moralnih dobara pravnih subjekata. (Crnić at al., 2008: 556, 643–644³⁰)

²⁹ Videti čl. 1046. (pojam štete) i 1100. (pravična novčana nadoknada) Zakona o obveznim odnosima, *Narodne novine*, br. 35/05.

³⁰ Ukazuje da nova zakonska definicija nematerijalne štete nije sasvim u duhu odštetnog prava. Odštetom bi trebalo popraviti ili umanjiti učinke štetne radnje ili dati satisfakciju za nastale posledice - pretrpljeni bol i doživljeni strah. Mišljenja je da će novo uređenje

Merilo određivanja visine novčane nadoknade izraženo je pravnim standardom *pravična novčana nadoknada*, kojim se objašnjava i njena svrha: nadoknada nipošto nije ekvivalent povređenog dobra i posledičnih trpljenja, jer se ni pretrpljeni bol i doživljeni strah ne mogu proceniti objektivnim (tržišnim) merilima. Njihova opisna kvantifikacija, ako i moguća (npr. bolovi srednjeg ili jakog intenziteta, zabrinutost, panični strah, stid, trauma), nemaju ekvivalent u novcu, iako pomažu kod određivanja visine iznosa nadoknade. Opređeljujući se da štetu otkloni novčanom nadoknadom i određujući njenu visinu, sud će voditi računa o trima važnim okolnostima: jačini i trajanju bolova i straha, značaju povređenog dobra i svrsi nadoknade.³¹

Nadoknada buduće nematerijalne štete dosudiće se na zahtev oštećenog ukoliko je po redovnom toku stvari izvesno njeno trajanje i sukcesivno uvećanje ili tek nastajanje u budućnosti (ali iz već postojećeg začetka štete). Ova šteta nije eventualna, niti je neizvesna, inače ne bi mogla da bude uključena u iznos pravične novčane nadoknade koji sud određuje na osnovu činjenica i okolnosti u vreme presuđenja (dan presuđenja). Buduća šteta je ona koja će verovatno nastupiti i priznaje se u skladu sa odredbom iz čl. 203. ZOO.³²

Svakako, visina naknade se određuje sa važnim ograničenjem, da ona ne sme pogodovati težnjama nespojivim sa prirodom i društvenom svrhom nadoknade. U suprotnom poslužila bi neetičkoj komercijalizaciji najvažnijih čovekovih vrednosti: života, zdravlja, dostojanstva, integriteta, ugleda, slobode, i dala za pravo onima koji joj osporavaju moralnu utemeljenost.

v) *Otklanjanje povrede prava ličnosti nenovčanim sredstvima*. Sudeći po zakonskoj odredbi iz čl. 199. ZOO, za otklanjanje štetnih posledica nenovčanim sredstvima dovoljna je povreda prava ličnosti – primarna šteta.

nematerijalne štete, u kome pravni osnov nadoknade predstavlja već sama povreda ličnih prava, biti veliki izazov za hrvatsku sudsku praksu (str. 557–559).

³¹ Bolovi zbog lake telesne povrede se nadoknađuju samo ako su bili jakog ili srednjeg intenziteta ili su duže trajali. Pretrpljeni strah treba da je intenzivan i trajan. Manje intenzivna neprijatna osećanja, poput zebnje ili plašnje, očigledno ne ispunjavaju ovaj zahtev. (Pešić, 1992: 1484, 1489–1490)

³² „Sud će na zahtev oštećenog dosuditi naknadu i za buduću nematerijalnu štetu ako je po redovnom toku stvari izvesno da će ona trajati i u budućnosti.“, čl. 203. ZOO.

Čini se da je zakonodavac, svrstavši i povredu prava ličnosti pod naslov „Naknada *nematerijalne štete*“ (pod. aut.), ovu već video kao nematerijalnu štetu, mada otklonjivu isključivo *in naturam*, ne i u novcu. Na osnovu sredstava naturalnog obeštećenja navedenih u čl. 199. ZOO – objavljivanje presude ili ispravke, povlačenje izjave kojom je povreda učinjena, zaključujemo da se za njima najčešće poseže ako su uvredom ili klevetom povređeni čast, ugled ili dostojanstvo oštećenog. Osim ovih, sud može naložiti da štetnik (ili da se o njegovom trošku) učini i što drugo, podesno za ostvarivanje svrhe koja se nadoknadom postiže. Uz ovaj zahtev, oštećeni može zatražiti i novčanu nadoknadu nematerijalne štete, jer se ova dva vida nadoknade međusobno ne isključuju.³³

Uvreda ili kleveta učinjene u sredstvima javnog informisanja sankcionišu se po posebnim pravilima iz Zakona o javnom informisanju i medijima³⁴ – pravom na odgovor, demanti, izvinjenje, ali, ukoliko oni povredu ne otklanjaju u potpunosti – i dosuđivanjem novčane nadoknade, po pravilima iz ovog zakona. Ovim odredbama se upotpunjuje zaštita postojećih ličnih prava, posebno prava na identitet (autentičnost), privatnost, lik i glas, u naročitoj situaciji u kojoj ona dolaze u dodir sa javnošću putem sredstava javnog informisanja. Imajući u vidu društveni uticaj medija i širinu publike kojoj se obraćaju, većina zemalja (uključujući i Srbiju) smatra neophodnim da posebnim propisima dodatno naglasi odgovornost medija i obavezu poštovanja prava ličnosti osoba o kojima izveštavaju.

4. Zaključak

Pravna zaštita prava ličnosti izvodi se iz sazrevanja shvatanja da se čovek ne svodi samo na svoju biološku pojavnost, već da je kao pripadnik društvene

³³ „Kada je oštećeni zbog povrede prava ličnosti (ugleda, časti, slobode i drugih prava ličnosti) trpeo duševne bolove, sud mu, pored sankcija iz čl. 199. ZOO, može dosuditi i pravičnu novčanu naknadu kada zbog okolnosti slučaja samo na taj način može dati oštećenom punu satisfakciju u skladu sa ciljem kojem naknada nematerijalne štete služi.“, Zaključak Savetovanja građanskih i građansko-privrednih odeljenja Saveznog suda, vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina i Vrhovnog vojnog suda od 15. i 16. oktobra 1986: „O mogućnosti kumulativnog izricanja više sankcija za istu nematerijalnu štetu“, nav. prema: Andrejević, Milutinović, Petrović, 2008: 279.

³⁴ *Službeni glasnik RS*, br. 83/014.

zajednice i socijalno biće. Radi opstanka i duhovnog razvoja čoveka, kao društvenog i kulturnog bića, neophodno mu je garantovati određena prava, pre svega pravo na dostojanstvo i nepovredivost ličnosti, iz koje garancije se zatim izvode i sva ostala lična prava. Ona su apsolutna po dejstvu, tako su i zaštićena – prema državi i prema svakom trećem licu. Očigledno je da lična prava jednog lica ograničavaju prava svih ostalih, jer deluju *erga omnes*, ali je uzajamna i obaveza poštovanja ličnih prava drugih. Ovakvo dejstvo svih apsolutnih prava stvara sistem povezanosti ljudi i njihove međuzavisnosti.

Lična prava su građanska subjektivna prava novijeg datuma priznanja; u stalnom su previranju i razvoju, posebno njihova zaštita, njen predmet i oblici. Dinamičan naučno-tehnološki razvoj je zaštitu prava ličnosti učinio toliko složenom da su joj, radi usaglašenog uređenja i efikasnosti, neophodni multidisciplinarni pristup i saradnja, ne samo pravnika iz različitih oblasti prava, već i svih ostalih koji se bave čovekom i nekim aspektom njegovog postojanja. Pravna garancija i zaštita prava ličnosti jesu pravna pitanja kroz koja se prelamaju raznovrsni činioci i interesi, neretko, međusobno suprotstavljeni. Malo je oblasti društvenog i pravnog života koje tako često nalažu zakonodavcu i primeniocima prava da izaberu kome će od konkurišućih interesa dati prednost – zaštiti prava ličnosti ili drugom, nekada pretežnijem interesu, poput slobode govora, slobode štampe, akademskih sloboda, slobode okupljanja i sličnih (takođe ustavnih) garancija, kao neophodnih elemenata u svakom demokratskom društvu.

Građanskopravna zaštita ličnosti jeste izraz napuštanja dogme o imovinskom karakteru građanskopravne sankcije koja se usredsređuje na zaštitu čovekove imovine, ostavljajući nezaštićenom ličnost njenog titulara. Dugo se smatralo da je javnopravna zaštita (u oblasti ustavnog, krivičnog i upravnog prava) sasvim dovoljna za očuvanje nepovredivosti ljudske ličnosti, pre svega u odnosu prema javnoj vlasti, iako ova zaštita (ishodom – kazna i prevencija) nije isključivo usredsređena na ličnost čija prava i interese štiti. Suprotno tome, građanskopravna norma je usmerena na titulara povređenog ličnog prava, a ponuđeni metodi zaštite takvi da se učinci ostvare u njegovoj sferi (imovinskoj i neimovinskoj), ne bi li se uspostavilo pređašnje stanje ili dalo odgovarajuće zadovoljenje. Otuda nam se nameće zaključak da je ona najprimerenija karakteru povrede i da njenu žrtvu najbolje moguće zbrinjava.

Najčešći model građanskopravne zaštite jeste odgovornost za prouzrokovanu štetu, materijalnu i nematerijalnu. Obligacionopravnoj odgovornosti pripada i restitutivna naknada iz neopravdanog obogaćenja kojom se nismo bavili u ovom radu – i obe smo nazvali opštom građanskopravnom zaštitom prava ličnosti. Ova zaštita je oduvek trpela uticaj drugih zakona koji se dotiču ličnih prava, bilo njihovom konkretizacijom u situacijama u kojima je opasnost povrede veća ili moguće posledice teže otklonjive ili neotklonjive, bilo uređenjem oblika zaštite koji upotpunjuju građanskopravnu. Sve te propise – opšte i posebne – možemo posmatrati kao delove šire, privatnopravne zaštite ličnih prava kao građanskih subjektivnih prava. U najvećem broju slučajeva predmet njihovog uređenja jesu pravni odnosi zasnovani na klasičnim načelima građanskog prava. Izuzetak predstavlja zaštita podataka o ličnosti, koja se sprovodi po pravilima upravnog kao javnog prava. _

Povezujuću nit opšteg i posebnog režima zaštite čine i ciljevi njihovih metoda: sprečavanje povrede, što je cilj preventivne (predupređujuće) zaštite, ili otklanjanje posledica povrede, ako je zaštita reaktivna (naknadna). Naknadna zaštita ima i svoje uže usmerenje, određeno prema mogućnosti otklanjanja posledice u celosti (a ovu uslovljavaju vrsta i karakteristike posledice), pa će ono biti ili uspostavljanje stanja kakvo je bilo pre povrede ili bi trebalo da bude (reparacija ili restitucija), ili omogućavanje povređenom da sebi pribavi neku radost i zadovoljstvo za koje smatra da će mu najviše pomoći u ublažavanju pretrpljenih posledica (zadovoljenje, satisfakcija).

Literatura

Andrejević, S., Milutinović, Lj., Petrović, Z. (2008). Promene stavova sudske prakse prema naknadi nematerijalne štete. U R. Vukadinović (prir.) *Trideset godina Zakona o obligacionim odnosima – de lege lata i de lege ferenda* (str. 273–299). Kragujevac: Nemačka organizacija za tehničku saradnju (GTZ) GmbH. Otvoreni regionalni fond za jugoistočnu Evropu – Pravna reforma. Jugoslovenski pregled

Vodineć, V. (1989). Obligacionopravna zaštita ličnosti (Decenija ZOO: malo ali dobro?). *Pravni život. Tematski broj Zakon o obligacionim odnosima 1978–1988. Prouzrokovanje štete i sticanje bez osnova*. 1 (XXXIX). 127–148

Vodinelic, V. (1978). Lično pravo. U *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada* (str. 926–936). Beograd: NIU Službeni list SFRJ

Gajin, S. (2012). *Ljudska prava, pravno-sistemska okvir*. Drugo izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union. Centar za unapređenje pravnih studija. Institut za uporedno pravo

Dedijer, M. (1992). Nenovčana i novčana naknada nematerijalne štete. *Pravni život. Tematski broj Šteta i njena naknada*. I tom. 9–10 (XLII). 1475–1481

Dropulic, J. (2002). *Pravo na privatni život i duševni integritet*. Zagreb: Vizura

Zaključak Savetovanja predstavnika Saveznog suda, vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina i Vrhovnog vojnog suda o problemima nematerijalne štete od 15. i 16. oktobra 1986. Nav. prema: Andrejević, S., Milutinović, Lj., Petrović, Z. (2008). Promene stavova sudske prakse prema naknadi nematerijalne štete. U R. Vukadinović (prir.) *Trideset godina Zakona o obligacionim odnosima – de lege lata i de lege ferenda*. (str. 273–299). Kragujevac: Nemačka organizacija za tehničku saradnju (GTZ) GmbH. Otvoreni regionalni fond za jugoistočnu Evropu – Pravna reforma. Jugoslovenski pregled
Zakon o zaštiti podataka o ličnosti. *Sl. glasnik RS*. Br. 97(2008), 104(2009), 68(2012), 107(2012)

Zakon o javnom informisanju i medijima. *Sl. glasnik RS*. Br. 83(2014)

Zakon o obveznim odnosima. *Narodne novine*. Br. 35(2005)

Zakon o obligacionim odnosima. *Sl. list SFRJ*. Br. 29(78), 39(85), 45(89) i 57(89), *Sl. list SRJ*. Br. 31(1993)

Klarić, P. (2003). *Odštetno pravo*, Zagreb: Narodne novine

Klarić, P. (2005). Naknada neimovinske štete. U M. Kuzmić, A. Šumelj (ur.). *Zakon o obveznim odnosima, najznačajnije izmjene, novi instituti* (str. 27–49). Zagreb: Inženjerski biro d. d.

Nikolić, D. (1992). Pravnorelevantne povrede časti i ugleda. *Pravni život. Tematski broj Šteta i njena naknada*. I tom. 9–10 (XLII). 2054–2064

Petrović, D. (1992). Novčana naknada materijalne štete prouzrokovane smrću ili povredom tela. *Pravni život. Tematski broj Šteta i njena naknada*. I tom. 9-10 (XLII). 1384–1394

Pešić, N. (1992). Odmeravanje novčane naknade nematerijalne štete za telesnu povredu. *Pravni život. Tematski broj Šteta i njena naknada*. I tom. 9-10 (XLII). 1482–1497

Riemer, H. M. (1995). *Personenrecht des ZGB, Studienbuch und Bundesgerichtspraxis*. Bern: Verlag Stämpfli+Cie AG

Rösler, H. (2008). Dignitarian posthumous personality rights – an analysis of US and German constitutional and tort law. *Berkeley J. Int'l. L.* (vol. 26). (Electronic version). Retrieved 17, July 2013, from <http://heinonline.org>

Salma, J. (1989). Odgovornost za opasnost od štete (obligacionopravna zaštita čovekove sredine). *Pravni život. Tematski broj Zakon o obligacionim odnosima 1978-1988. Prouzrokovanje štete i sticanje bez osnova*. 1 (XXXIX). 27–38

Simonović, I. (2014). Vraćanje neosnovano stečenog povredom ličnih prava. *Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Tematski broj Usklađivanje prava Srbije sa pravom EU*. 423–446

Stanković, O. (1972). *Novčana naknada neimovinske štete*. Knjiga prva. Beograd

Stojčević, D. (1983). *Rimsko privatno pravo*. Trinaesto izdanje. Beograd: Savremena administracija

Toroman, M. (1980). Naknada u obliku novčane rente. U B. Blagojević i V. Krulj (red.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima I* (str. 512–514). Beograd: Savremena administracija

Ustav Republike Srbije. *Sl. glasnik RS*. Br. 98(2006)

Finžgar, A. (1964). Zaštita ličnosti u građanskom pravu. *Arhiv za pravne i društvene nauke*. 1-2 (L). 1-15

Horvat, M. (1973). *Rimsko pravo*. Zagreb

Hubmann, H. (1984). *Das Persönlichkeitsrecht*. Köln–Graz. Cit. po: Dropulić, J. (2002). *Pravo na privatni život i duševni integritet*. Zagreb: Vizura, str. 195

Cigoj, S. (1980). Pojam neimovinske štete u ZOO. U B. Blagojević i V. Krulj (red.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima I* (str. 430–431). Beograd: Savremena administracija

Cigoj, S. (1980). Naknada nematerijalne štete. U B. Blagojević i V. Krulj (red.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima I* (str. 534–544). Beograd: Savremena administracija

Crnić, I. (u saradnji sa J. Matić). (2008). *Odštetno pravo. Zbirka sudskih rješidbi o naknadi i popravljanju štete s napomenama i propisima*. Zagreb: Zgombić & Partneri, d. o. o.

Čolić, B. (1992). Naknada štete u obliku novčane rente i uticaj promjenjenjih okolnosti na visinu novčane rente. *Pravni život. Tematski broj Šteta i njena naknada*. I tom. 9–10 (XLII). 1395–1407

Ivana Simonović, LL.D.

Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Miroslav Lazić, LL.D.

Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Protection of Personality Rights in Civil Law

Summary

Personality rights have long been described as the youngest member of the civil law family of absolute subjective (individual) civil rights. By establishing these rights, an individual is guaranteed full and direct legal authority and control over one's personal assets, which include the most important human values such as: life, integrity, dignity and privacy. The ultimate importance of these personal assets is supported by appropriate legal protection of personality rights, which have been guaranteed in numerous provisions of constitutional law, civil law, criminal law and administrative law.

The legal protection of personality rights stems from the understanding that a human being cannot be reduced to a biological entity; being part of the community, man is also a social being. Taking into account constant interactions and mutual relations between members of the society, man should be guaranteed certain rights. It primarily implies the guaranteed right to inviolability of one's personality, which is the basis for generating other personality rights. These rights are inherent, inalienable and absolute in terms of their effects; as such, they provide protection from the interference of the state and any third party. Focusing on the rules of civil law, the authors have explored the potentials and the scope of legal protection of personality rights provided by awarding a civil sanction. Although civil sanction is basically monetary sanction, it is deemed to be quite appropriate for the protection of personal (non-patrimonial) assets.

Key words: personal rights, protection in private and civil law, civil sanction, damage liability, unjustified enrichment, restitution.

Dr Radenka Cvetić,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Novom Sadu

NAUČNI ČLANAK

UDK: 347.5:502/504

Rad primljen: 01.09.2014.
Rad prihvaćen: 01.12.2014.

ODRŽIVI RAZVOJ I EKOLOŠKA ŠTETA**

Apstrakt: U radu se polazi od stava da je naglašenost javnog interesa za zaštitu životne sredine dovela do razvoja prava na zdravu životnu sredinu u pravcu njegove transformacije u obavezu zaštite i stavljanja u fokus samog zaštitnog objekta. Autor ističe opštost i neodređenost pojma održivog razvoja i upućuje na osobenost i kompleksnost razloga koji dovode do različitih pristupa u njegovom postizanju. Zatim se razmatra pojam ekološke štete, koja podrazumeva tretiranje životne sredine kao neposrednog zaštitnog objekta i postojanje odgovornosti i u odsustvu povrede nečijeg subjektivnog prava ili privatnog zahteva za naknadu štete. Nakon toga, u radu se čini osvrt na pravni okvir odgovornosti za ekološku štetu.

Кljučne reči: životna sredina, održivi razvoj, ekološka šteta, povreda privatnog interesa, pravni okvir.

1. Uvod

Opstanak čovečanstva, već duže vremena, posmatra se neizbežno iz ugla očuvanja zdrave životne sredine. Međutim, u ne tako davnoj prošlosti, naglasak se stavljao na pravo na zdravu životnu sredinu, kao jedno od osnovnih ljudskih prava. Životna sredina nije tretirana kao neposredni zaštitni objekt, već je posredno šticećena kroz zaštitu ovog prava.¹ To je bilo tako dok nisu postale očigledne moguće razmere opasnosti koja pretila od narušavanja, zagađenja i

* rcvetic@pf.uns.ac.rs

** Овај чланак садржи резултате истраживања у оквиру пројекта који финансира Министарство за науку и технолошки развој, са темом *Биомедицина, заштита животне средине и право* (број пројекта 179079).

oštećenja životne sredine, te u tom smislu, pre svega, javni interes da se vrši njena zaštita.

U poslednjih dvadesetak godina ovoj temi pridaje se prvorazredni značaj kako u medijima, tako i u sferi regulisanja društvenih odnosa na nacionalnom, regionalnom i globalnom nivou. Uzrok tome je spoznaja do koje mere je životna sredina, a posebno neki njeni segmenti, ugrožena galopirajućim privrednim razvojem. Kada se društvo suočilo na krajnje dramatičan način sa situacijom da ono što je opštekorisno može imati katastrofalne posledice, sa deklaracijom prešlo se na zabrane i naredbe, u potrazi za efikasnom zaštitom prirode od čoveka, koja neće biti kočnica daljeg razvoja. Obezbediti usklađenost interesa zaštite životne sredine i interesa ekonomskog razvoja, upravo je imperativ koji proističe iz načela održivog razvoja.

2. Održivi razvoj

Termin ili, preciznije rečeno, sintagma *održivi razvoj* (*sustainable development*) lansiran je 1987. godine,² od kada postaje neizostavni deo političkih rasprava, prodirući nakon toga u sve struke, a sve više i u svakodnevni govor. Nakon početne površne saglasnosti o značenju ovog pojma, njegov razvoj je tekao u pravcu paralelnih distinktivnih rasprava o održivosti (Redclift, 2005: 212).

Do krajnjih granica simplifikovano određenje pojma održivog razvoja kao "...razvoja koji zadovoljava potrebe sadašnjih generacija bez ugrožavanja mogućnosti budućih da zadovolje svoje sopstvene potrebe" (*The Brundtland's Report*, 1987) jeste "...varljivo i zaklanja naglašenu kompleksnost i kontradiktornost" (Redclift, 2005: 213).

Sam razvoj i razlikovanje potreba među generacijama (sadašnjim i budućim), kao i različiti prioriteti u različitim sredinama (kulturama, državama, regijama), sa istog polazišta vode različitim zaključcima i saobraznim

¹ O evoluciji ustavne garancije prava na zdravu životnu sredinu, videti više u: Cvetić, 2013: 118–120.

² Te godine publikovan je *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future* (conspect.nl/pdf/Our_Common_Future-Brundtland_Report_1987.pdf), poznatiji kao *The Brundtland's Report*, nazvan po Gro Harlem Brundtland, koja je bila na čelu Komisije tokom trogodišnje pripreme Izveštaja.

aktivnostima. U tom smislu, vrlo je teško pomiriti potrebe i mišljenja onih čiji je prioritet svež vazduh i onih koji streme materijalnim bogatstvima i po cenu zagađenja (Redclift, 2005: 213–214). Na sličan način mogu se suprostaviti stavovi bogatih i siromašnih država. Prvi mogu stavljati naglasak na potrebu zaštite ozonskog omotača, atmosfere, biodiverziteta, okeana, dok drugi vode borbu za iskorenjivanje siromaštva, smanjenje nepismenosti i izgradnju infrastrukture (Stone, 2010: 115–116).

Sve navedeno ukazuje da je neophodan visok nivo apstrahovanja da bi se došlo do opšteg pojma održivog razvoja koji podrazumeva usklađenost svih aktivnosti u ukupnom razvoju, zasnovanih na takvom odnosu prema životnoj sredini koji obezbeđuje da se sačuva i unapredi njen kvalitet za sadašnje i buduće generacije.³ S druge strane, takva (neophodna) početna opštost dovela je do različitog poimanja održivog razvoja i različitih koncepata njegovog sprovođenja.⁴ Brojnost razloga različitog pristupa, sama za sebe čini složenim odgovor na pitanje šta je održivi razvoj i kako ga obezbediti. Kada se tome doda još uvek veoma nizak nivo svesti o značaju životne sredine, kao posledica najrazličitijih razloga smeštenih između dve krajnosti, nemaštine i pohlepe,⁵ jasno je da tu počinje začarani krug.

3. Ekološka šteta

Razvoj prava na zdravu životnu sredinu išao je u pravcu transformacije u obavezu njene zaštite i doveo do stavljanja u fokus samog zaštitnog objekta

³ O kompleksnosti samog pojma i koncepcijama održivog razvoja, te brojnim pitanjima koja se mogu postaviti u pogledu adekvatnosti termina i definisanju suštinskih elemenata održivog razvoja, videti: Todić, 2007: 429–443; o brojnosti, prirodi i domašaju odredaba o održivom razvoju u pravu o zaštiti životne sredine u Republici Srbiji, autor govori na str. 437–441.

⁴ Kao adekvatno poređenje, podsećamo na Platonov stav da je opštost najveća vrednost zakona, ali ujedno i njegova bitna slabost, budući da između osobenosti svakog konkretnog slučaja i opštosti zakonske norme pod koju se on podvodi, postoji neprestana napetost.

⁵ Nikolić, 2009: 14: „... veoma je važno da u društvu postoji adekvatan nivo ekološke i pravne svesti. ... Nažalost, čovečanstvo je daleko od tog ideala. Raspoloživi resursi su nedovoljni za zadovoljavanje potreba svih ljudi na Planeti. Osim toga, oni su neravnomerno raspoređeni. U uslovima materijalne oskudice, siromašni narodi žrtvuju principe održivog razvoja i zaštite životne sredine, radi golog opstanka. Bogati to često čine zbog težnje za većim profitom.“

(Stone, 1972: 450–501),⁶ kao i do bitno drugačijeg načelnog pristupa pitanju odgovornosti za štetu pričinjenu samoj životnoj sredini. Nasuprot antropocentričnom konceptu, po kojem je povreda čovekovog okruženja relevantna samo ako se time vređa pravo čoveka na zdravu životnu sredinu, „savremeno pravo životne sredine je zasnovano na *ekocentričnom* pristupu. Zabranjeni su postupci kojima se nanosi *šteta samom okruženju* ugrožavanjem ili povređivanjem zaštićenih dobara“ (Nikolić, 2009: 51).⁷ Stoga, nadležni državni organi treba da pruže zaštitu životnoj sredini i u odsustvu privatnopravnog zahteva za naknadu štete. Drugačije rečeno, naglašeni javni interes očuvanja životne sredine opravdava pružanje zaštite samoj životnoj sredini od strane nadležnih državnih organa i u odsustvu povrede nečijeg subjektivnog prava. Prisutnost javnog interesa u navedenoj meri zahteva da se zaštita ne prepušta privatnoj inicijativi, odnosno da njeno ostvarivanje ne zavisi od privatnopravnog zahteva za naknadu štete.

Tretiranje životne sredine kao dobra koje uživa samostalnu pravnu zaštitu zasnovano je na načelu „zagađivač plaća“ (*polluter-pays principle*) i „korisnik plaća.“ Kroz naknade za zagađivanje životne sredine i za korišćenje prirodnih vrednosti, formiraju se posebni namenski fondovi. Sredstva fondova se koriste za finansiranje preventivnih ili restitutivnih mera usmerenih na sprečavanje nastupanja ili otklanjanje štetnih posledica nastalih zbog opterećenja ili

⁶ Ovaj članak je u osnovi zbirke eseja od istog autora: *Should Trees Have Standing? Law, Morality and the Environment*, Third Edition, Oxford University Press, 2010. U navedenom radu, pre više od četrdeset godina, na originalan način se pristupilo narastajućem problemu zaštite životne sredine. Naime, uočavajući nedovoljnost posredne zaštite životne sredine kroz zaštitu interesa pravnih subjekata, tj. njeno tretiranje kao zaštitnog objekta, dat je predlog da se životnoj sredini kao takvoj prizna svojstvo imaoća prava. Treba istaći da nije samo originalan pristup ovog autora problemu zaštite životne sredine, već i okolnosti pod kojima je došao na takvu ideju. Pokušavajući da održi pažnju sudenata na uvodnom času iz stvarnog prava, objašnjavajući kako su promene u pravnoj regulativi dovodile do promena u društvenoj svesti, glasno se zapitao kakve bi promene izazvalo priznavanje prava prirodi. Ovaj njegov rad je nastao u traženju odgovora na postavljeno pitanje, prioritarno u nameri da povrati svoj kredibilitet. Po rečima autora, bilo je mukotrпно, ali se pokazalo kao početak nečeg novog i velikog. Videti veoma interesantan Uvod u izdanju iz 2010. godine, str. XI–XII.

⁷ Autor kao jedno od načela prava životne sredine (str. 50–52) navodi i *načelo zabrane nanošenja štete životnoj sredini*.

zagađenja životne sredine, odnosno za sanaciju ili rekultivaciju prirodne sredine u cilju održivog razvoja i zaštite životne sredine (Nikolić, 2009: 52).⁸

3.1. Zakonski okvir zaštite životne sredine u Republici Srbiji

Opšti zakonski okvir zaštite životne sredine u Republici Srbiji čine četiri zakona, usvojena 14. decembra 2004. godine:⁹ *Zakon o strateškoj proceni uticaja na životnu sredinu*,¹⁰ *Zakon o proceni uticaja na životnu sredinu*,¹¹ *Zakon o integrisanom sprečavanju i kontroli zagađivanja životne sredine* i *Zakon o zaštiti životne sredine*.¹² Pored ovih, na snazi su brojni zakoni koji uređuju upotrebu i zaštitu pojedinih dobara (Nikolić, 2009: 59–60; Popov, 2013: 140).

Zakonom o zaštiti životne sredine uređen je integralni sistem zaštite životne sredine kao skup mera, uslova i instrumenata za održivo upravljanje prirodnim vrednostima i sprečavanje, kontrolu, smanjivanje i sanaciju svih oblika zagađivanja životne sredine. Među jedanaest izričito propisanih osnovnih načela na kojima se temelji zaštita životne sredine, za prevenciju i otklanjanje štetnih posledica, najznačajnija su sledeća: načelo prevencije i predostrožnosti, načelo „zagađivač plaća“,¹³ načelo „korisnik plaća“,¹⁴ načelo odgovornosti zagađivača i njegovog pravnog sledbenika i načelo supsidijarne odgovornosti

⁸ Za pravno uređenje ovih pitanja videti čl. 83–101. Zakona o zaštiti životne sredine (propisani su ekonomski instrumenti za finansiranje zaštite životne sredine: naknade koje plaćaju korisnici i zagađivači, sredstva budžeta i međunarodne finansijske pomoći, fond za zaštitu životne sredine i ekonomske podsticajne mere).

⁹ Sva četiri Zakona objavljena su u *Sl. glasniku RS*, br. 135/2004.

¹⁰ Izmene i dopune Zakona, *Sl. glasnik RS*, br. 88/2010.

¹¹ Izmene i dopune Zakona, *Sl. glasnik RS*, br. 36/2009.

¹² Izmene i dopune Zakona, *Sl. glasnik RS*, br. 36/2009, 36/2009-dr. zakon, 72/2009-dr. zakon, 43/2011-odluka Ustavnog suda Srbije.

¹³ U Zakonu o zaštiti životne sredine ono je određeno na sledeći način: „Zagađivač plaća naknadu za zagađivanje životne sredine kada svojim aktivnostima prouzrokuje ili može prouzrokovati opterećenje životne sredine, odnosno ako proizvodi, koristi ili stavlja u promet sirovinu, poluproizvod ili proizvod koji sadrži štetne materije po životnu sredinu. Zagađivač u skladu sa propisima, snosi ukupne troškove mera za sprečavanje i smanjivanje zagađivanja koji uključuju troškove rizika po životnu sredinu i troškove uklanjanja štete nanete životnoj sredini“ (čl. 9, t. 6).

¹⁴ U Zakonu o zaštiti životne sredine ono je određeno na sledeći način: „Svako ko koristi prirodne vrednosti dužan je da plati relnu cenu za njihovo korišćenje i rekultivaciju prostora“ (čl. 9, t.7).

državnih organa.¹⁵ Sama načela i brojna pravila zasnovana na njima, usmrena su na obezbeđivanje adekvatnih mera zaštite životne sredine da do štete ne dođe (preventivno delovanje i predostrožnost), a ako dođe, da se njeno otklanjanje učini efikasnim i sigurnim (Karanikić Mirić, 2007: 455–479). Dodatni korak se sastoji i u predviđanju mehanizma zaštite životne sredine kada njeno oštećenje ne znači istovremeno i povredu privatnopravnog interesa (tzv. ekološka šteta). Kompleksnost pitanja vidljiva je iz činjenice da iz jednog faktički ostvarenog ponašanja protivno propisima o zaštiti životne sredine, mogu nastati različite kvalifikacije koje treba na odgovarajući način razrešiti, primenom pravila tradicionalno različitih grana prava.

3.2. Međunarodni okvir odgovornosti za ekološku štetu

Na načelu „zagađivač plaća“ zasnovana su tri međunarodna akta, koji su u velikoj meri, svaki na svoj način, doprineli da se na nacionalnom nivou razvije regulativa koja se odnosi na pitanja odgovornosti za štetu nanetu životnoj sredini ili građanskopravnu odgovornost za štetu prouzrokovanu drugome uticajima na životnu sredinu. Hronološki, to su: Konvencija Saveta Evrope o građanskoj odgovornosti za štetu prouzrokovanu aktivnostima opasnim po životnu sredinu,¹⁶ Bela knjiga Komisije Evropskih zajednica o odgovornosti za ekološku štetu iz 2000. godine¹⁷ i Direktiva Evropske unije o odgovornosti za ekološku štetu iz 2004. godine.¹⁸

Konvencija Saveta Evrope o građanskoj odgovornosti za štetu prouzrokovanu aktivnostima opasnim po životnu sredinu iz 1993. godine, iako nije stupila na

¹⁵ Načela su određena čl. 9 Zakona o zaštiti životne sredine. Više o načelima prava životne sredine, videti: Nikolić, 2009: 50–52; Popov, 2013: 141–145.

¹⁶ *Convention on Civil Liability for Damage resulting from Activities Dangerous to the Environment*, CETS No.: 150; izvor: <http://conventions.coe.int>. Konvencija je doneta 1993. godine u Luganu.

¹⁷ *White paper on Environmental Liability* COM (2000) 66 final, 9 February 2000; izvor: <http://ec.europa.eu>.

¹⁸ Direktiva o ekološkoj odgovornosti u vezi sa prevencijom i otklanjanjem ekološke štete; *Directive 2004/35/CE on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage*, doneta 21. aprila 2004. godine; izvor: <http://eur-lex.europa.eu>. Detaljnije o režimu koji je ustanovljen ovom Direktivom u Evropskoj uniji i njenoj implementaciji u pojedinim državama članicama (Nemačka, Francuska, Velika Britanija, Španija), videti: Pajtić, 2011: 520–530.

snagu,¹⁹ značajna je zbog propisivanja objektivne odgovornosti lica koja obavljaju ili kontrolišu opasnu delatnost (operator), zasnovane na riziku nastupanja štete obavljanjem takve delatnosti. Zbog činjenice da zagađenja životne sredine ne znaju za državnu granicu, uniformno postupanje na nacionalnom nivou bilo bi višestruko korisno, i u smislu odvratanja zagađivača od akata kojima se može prouzrokovati šteta ili angažovanja da se ona izbegne ili redukuje, i u smislu obezbeđivanja mehanizma odgovornosti za nastalu štetu, uz što manji teret dokazivanja na strani oštećenog.²⁰

Bela knjiga Komisije Evropskih zajednica o odgovornosti za ekološku štetu iz 2000. godine, imala je za svrhu da se istraži kako princip „zagađivač plaća“ može najbolje služiti ostvarivanju ciljeva koje je Zajednica opredelila u politici zaštite životne sredine, imajući na umu da je osnovni cilj te politike izbegavanje ekološke štete.²¹ Ostvarenje željenog dejstva ovog principa zasnovano je na ekonomskim aspektima zaštite životne sredine. Naime, uključivanje troškova zaštite životne sredine u razvoj, pre svega, industrije, a time i ekonomije u širem smislu, dovodi do toga da se kroz obavezu plaćanja tih troškova podstiču potencijalni zagađivači da smanje zagađenje ili da traže nove metode koji će do toga dovesti (Pozzo, 2001, str. 17, 19. i str. 15 Bele knjige).

Direktiva Evropske unije o odgovornosti za ekološku štetu iz 2004. godine,²² je skup pravila usmerenih na prevenciju i sanaciju «štete na životnoj sredini, nasuprot tradicionalnoj šteti koja se u ovom kontekstu manifestuje kao šteta

¹⁹ Konvenciju je potpisalo devet država (Kipar, Finska, Grčka, Island, Italija, Lihtenštajn, Luksemburg, Holandija i Portugalija) 1993. godine (izuzev Portugalije koja je to učinila 1997. godine), ali nijedna nije izvršila ratifikaciju. Budući da su, kao uslov za stupanje na snagu, neophodne 3 ratifikacije, Konvencija nije stupila na snagu. Izvor: <http://conventions.coe.int>, preuzeto 30.09.2014.).

²⁰ Videti Preambulu Konvencije, naročito st. 6 i 10. O pravilima sadržanim u Konvenciji detaljnije u: Arsić, 2014: 91–103.

²¹ Bela knjiga je bila pokazatelj trenda, i na nacionalnom i na međunarodnom nivou, usmerenog na ponovnu procenu građanske odgovornosti kao instrumenta prevencije šteta koje nastaju zagađivanjem, a koje su potencijalno opasne za čovečanstvo i životnu sredinu. Kao dobar primer navodi se rešenje nemačkog zakonodavstva koje predviđa objektivnu odgovornost za ekološku štetu i mogućnost njenog uticaja na potencijalnog zagađivača da preduzme neophodne mere radi izbegavanja nastupanja štete ili barem njenog ograničavanja koliko god je to moguće. Videti: Pozzo, 2001: 1 i 9–10.

²² Direktivom je uređena odgovornost za štetu nanetu zaštićenim vrstama i staništima i odgovornost za zagađenje vode i zemljišta (čl. 2. st. 1 Direktive).

od (zagađene) životne sredine» (Karanikić Mirić, 2007: 465). Ovo razlikovanje zasnovano je na spoznaji da se zaštita životne sredine ne sme vezivati za zaštitu privatnog interesa, jer se ona na taj način ne može dovoljno zaštititi. Ne manje značajan razlog je i taj što se sredstva ostvarena po principu „zagađivač plaća“ strogo namenski usmeravaju dok je „oštećenik slobodan da iznos koji je primio na ime naknade štete potroši onako kako sam želi“ (Karanikić Mirić, 2007: 465). Obezbeđenje prevencije i reparacije ekološke štete prevazilazi nacionalne interese i zbog toga je predmet regulative ove Direktive.²³ Državama članicama se, s druge strane, prepušta samostalno uređenje građanskopravne odgovornosti štete shvaćene u tradicionalnom smislu (Karanikić Mirić, 2007: 463).

3.4. Zakonski okvir odgovornosti za ekološku štetu u Republici Srbiji

U Zakonu o zaštiti životne sredine Republike Srbije usvojeno je razlikovanje zagađivanja životne sredine, kao štete po sebi,²⁴ od štetnih posledica zagađenja koje se manifestuju kao povreda građanskih subjektivnih prava. To se vidi iz posebnog regulisanja *odgovornosti za zagađivanje* i *odgovornosti za štetu od zagađenja* (odnosi se na štetu koja je naneta životnoj sredini), od *obaveze naknade štete* koju od zagađivača može tražiti svako ko je štetu pretrpeo.

Fizička i pravna lica dužna su da pri vršenju svojih aktivnosti obezbede zaštitu životne sredine poštujući zakonske obaveze.²⁵ Obaveze su propisane na način da njihovo ispunjavanje treba da omogući preventivno delovanje, svođenje rizika na neophodnu meru koju pretpostavlja održivi razvoj, otklanjanje posledica kada do zagađivanja dođe, kao i predostrožnost, koja podrazumeva

²³ Pajtić, 2011: 521: „Direktiva ima za cilj da ustanovi neke opšte okvire koji bi se ticali zagađivanja okoline, kako bi sprečila preduzetnike da svoje poslove dislociraju – sele u druge države članice zato što su tamo zakonske odredbe koje se tiču životne sredine fleksibilnije ili ne postoje.“

²⁴ O nedoslednosti zakonodavca u razlikovanju zagađivanja životne sredine od prouzrokovanja štetnih posledica po životnu sredinu i zdravlje ljudi, videti više: Karanikić Mirić, 2007: 459–460.

²⁵ Član 102. Zakona o zaštiti životne sredine.

praćenje potencijalno opasnih procesa i obaveštavanje nadležnih organa, radi pravovremenog i adekvatnog delovanja.

Zagađivač koji prouzrokuje zagađenje životne sredine, odgovoran je po načelu objektivne odgovornosti.²⁶ To znači da za zasnivanje odgovornosti postojanje ili nepostojanje krivice nije pravno relevantno, kao ni činjenica da li je to posledica protivpravnog ili nepravilnog delovanja odgovornog lica. Utvrđivanje da li je delovanje određenog subjekta nezakonito ili nepravilno relevantno je samo kada se postavlja pitanje odgovornosti za omogućavanje ili dopuštanje zagađivanja životne sredine.

Kada do zagađivanja dođe, prioritetno je uspostavljanje ranijeg stanja, a kada ono nije moguće ili ne otklanja štetu u potpunosti, odgovornost se proširuje na obavezu novčane naknade štete.²⁷ Šta sve treba da obuhvati novčana naknada štete (troškovi procene štete i njenog uklanjanja) predviđeno je samim Zakonom o zaštiti životne sredine.²⁸

Pored zaštite same životne sredine, izričito je regulisana i zaštita subjekata koji trpe štetu u vezi sa zagađenjem životne sredine.²⁹

4. Zaključak

Veoma je teško reći nešto novo o zaštiti životne sredine u uslovima višegodišnjeg intenzivnog raspravljanja o svim relevantnim pitanjima i njihovog sveobuhvatnog regulisanja. Svi su već odavno uočili opasnost koja nam pretila ako ne nađemo adekvatan način da se suprostavimo načinu života

²⁶ Član 103. Zakona i u vezi s njim čl. 104. koji uređuje obavezu zagađivača koji prouzrokuje zagađivanje životne sredine.

²⁷ O primarnoj, komplementarnoj i kompenzatornoj naknadi, u smislu Direktive Evropske unije o odgovornosti za ekološku štetu iz 2004. godine, videti više: Karanikić Mirić, 2007: 467–468.

²⁸ Član 105. Zakona uređuje odgovornost za štetu nanetu životnoj sredini i prostoru, propisujući koje sve troškove u tom slučaju snosi zagađivač i njegovu dužnost da pruži garancije za obezbeđenje plaćanja tih troškova.

²⁹ Član 107. Zakona. U vez s njim i čl. 106. kojim je predviđena obaveza osiguranja od odgovornosti za slučaj štete pričinjene trećim licima usled udesa. Takvu obavezu ima zagađivač čije postrojenje ili aktivnost predstavlja visok stepen opasnosti po zdravlje ljudi i životnu sredinu. Na sva pitanja o odgovornosti za štete nanete životnoj sredini, koja nisu posebno uređena Zakonom o zaštiti životne sredine, primenjuju se opšta pravila Zakona o obligacionim odnosima (čl. 108. Zakona o zaštiti životne sredine).

kojim ugrožavamo i uništavamo prirodno okruženje, uz nužno prilagođavanje prirodi.³⁰ Nameće se pitanje, šta nas sprečava da to zaista i učinimo? Možda je odgovor u činjenici da sticanje odgovarajuće svesti i smirivanje savesti nisu komplementarni procesi. Kada znamo da dalji razvoj društva nosi opasnost od urušavanja, onda izlaz tražimo u održivom razvoju, a da pri tome ne vodimo previše računa da adekvatan izraz i elaboracija teme, sami po sebi neće ništa promeniti. Kada utvrđujemo određena pravila ponašanja ne vodimo dovoljno računa o njihovoj sprovodljivosti i onda nam se kao bumerang vrati neefikasan pravni sistem. U tom kontekstu, težište treba prebaciti na delovanje u postavljenom normativnom okviru, odnosno na efikasno sprovođenje postojećih pravila, uz neophodne izmene uslovljene razvojem društvenih odnosa i društvene svesti.³¹

Poseban problem u Republici Srbiji postoji zbog činjenice da se većina aktivnosti usmerenih na zaštitu životne sredine završava na pravopolitičkom i regulativnom nivou. Pokazatelj nedomaćinskog odnosa je i nedoslednost u organizaciji ovog segmenta na nivou izvršne vlasti. Pri tome, neprestano premeštanje nadležnosti za zaštitu životne sredine iz jednog u drugo ministarstvo, više liči na premeštanje problema, nego na traženje odgovarajućeg rešenja.³²

³⁰ O neizbežnom redefinisaju prava svojine u budućnosti, radi prilagođavanja klimatskim promenama, videti više: Nikolić, 2013: 61–80.

³¹ Nikolić, 2013: 62: „Da bi se postigao viši stepen društvene kohezije u kriznim situacijama, pravna regulativa bi morala da bude u većoj meri usaglašena sa moralnim pravilima. Društvo će morati da stvara pravednije pravo, a pojedinci da ga ostvaruju uz više uzajamnog razumevanja i solidarnosti.“

³² Radi ilustracije navedenog, skrećemo pažnju da prema važećem Zakonu o ministarstvima (*Sl. glasnik RS*, 44/2014) postoji Ministarstvo poljoprivrede i zaštite životne sredine, dok je od 2012 do 2014. godine (Zakon o ministarstvima, *Sl. glasnik RS*, 72/2012) postojalo Ministarstvo energetike, razvoja i zaštite životne sredine. Pre toga ((Zakon o ministarstvima, *Sl. glasnik RS*, 16/2011) imali smo Ministarstvo životne sredine, rudarstva i prostornog planiranja, pre toga (Zakon o ministarstvima, *Sl. glasnik RS*, 65/2008) Ministarstvo životne sredine i prostornog planiranja, pre toga ((Zakon o ministarstvima, *Sl. glasnik RS*, 43/2007) Ministarstvo zaštite životne sredine ... Nije bez značaja istaći činjenicu da smo posebno Ministarstvo zaštite životne sredine imali 1991. godine. Agencija za zaštitu životne sredine obrazovana je kao stručna služba Vlade RS 2003. godine (Uredba o dopuni Uredbe o Generalnom sekretarijatu i drugim službama Vlade RS, *Sl. glasnik RS*, 130/2003). Prema važećem Zakonu o ministarstvima (član 5), Agencija za zaštitu životne sredine je

Literatura

Arsić, Z. (2014). Konvencija o građanskoj odgovornosti za štete nastale usled delatnosti opasnih po životnu sredinu. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*. 1. 91–103

Directive 2004/35/CE on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage, Retrieved 30, September 2014, from <http://eur-lex.europa.eu>

Karanikić Mirić, M. (2007). Odgovornost za zagađivanje životne sredine. *Pravni život*. 9. 455–479

Nikolić, D. (2013). Klimatske promene i građansko pravo (Elementi za strategiju prilagođavanja). *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*. 4. 61–80

Osnove prava životne sredine. (2009). Novi Sad: Univerzitet u Novom Sadu – Pravni fakultet; kolektivno autorstvo, redaktor Dušan Nikolić

Pajtić, B. (2011). Ekološka odgovornost. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*. 3. 517–531

Pozzo, B. (2001). Towards Civil Liability for Environmental Damage in Europe: the “White Paper” of the Commission of the European Communities. *Global Jurist Topics*. (vol.1). (article 2). 2. 1–34

Popov, D. (2013). 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. 131–146

Redclift, M. (2005). Sustainable Development (1987-2005): An Oxymoron Comes of Age, 212-227 [Electronic version]. Retrieved 30, September 2014, from <http://www.homepages.ucl.ac.uk/~ucessjb/S3%20Reading/redclift%202005.pdf>

organ uprave u sastavu Ministarstva poljoprivrede i zaštite životne sredine, sa svojstvom pravnog lica i zakonom propisnom nadležnošću radi zaštite životne sredine.

Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future, Retrieved 30, September 2014, from conspect.nl/pdf/Our_Common_Future-Brundtland_Report_1987.pdf

Stone, C. D. (3rd ed.) (2010). *Should Trees Have Standing? Law, Morality and the Environment*. Oxford University Press

Stone, C. D. (1972). Should Trees Have Standing? - Toward Legal Rights for Natural Objects, *Southern California Law Review*. 2. 450–501

Todić, D. (2007). Održivi razvoj i principi politike i prava životne sredine. *Pravni život*. 9. 429–443

Cvetić, R. (2013). Zaštita životne sredine – pomeranje težišta ka zaštitnom objektu. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*. 4. 117–129

Convention on Civil Liability for Damage resulting from Activities Dangerous to the Environment, Retrieved 30, September 2014, from <http://conventions.coe.int>

White paper on Environmental Liability, Retrieved 30, September 2014, from <http://ec.europa.eu>

Radenka Cvetić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Novi Sad

Sustainable Development and Environmental damage

Summary

The system of environmental protection which enables sustainable development primarily rests on the prevention in order to remove or reduce probability of damage as well as on the strict liability of the polluter for environmental damage even in the absence of private claims for damages. Environment is perceived as a good that *per se* enjoys legal protection through the *polluter pays* principle. Environmental legislation in the Republic of Serbia

should provide for adequate measures of environmental protection in order to prevent any harm, and in case of environmental damage to provide for an efficient and secure removal of its consequences. In line with the set standards, there is a special mechanism of environmental protection for environmental harm which can be triggered even in the absence of private claims for damages (so-called environmental damage).

Key words: environment, sustainable development, environmental damage, private claims, legal frame.

Dr Nevena Petrušić,*
Redovna profesorka Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

NAUČNI ČLANAK

UDK: 347.921.2(4-672EU)

Rad primljen: 01.09.2014.
Rad prihvaćen: 01.12.2014.

KOLEKTIVNA PRAVNA ZAŠTITA: EVROPSKI PRISTUP**

Apstrakt: U radu su razmotreni zajednički evropski principi koji se tiču mehanizama kolektivne pravne zaštite u slučajevima masovnih povreda prava. Izložena su i kritički analizirana rešenja sadržana u Preporuci o zajedničkim principima za mehanizme kolektivne zaštite u pogledu ostvarivanja zahteva za propuštanje i zahteva za obeštećenje u državama članicama, koja se tiču povrede prava garantovanih propisima Unije (2013/396/EU) iz 2013. godine. Ciljevi, polje primene i sadržina preporuka sagledana je u kontekstu aktivnosti koje se u EU preduzimaju u cilju obezbeđivanja jednakosti u pristupu pravdi i stvaranja uslova za efikasno i ekonomično rešavanje prekograničnih sporova. Centralni deo rada posvećen je principima ustanovljenim Preporukom, koji čine aktuelni evropski horizontalni okvir za razvoj nacionalnih mehanizama namenjenih kolektivnoj zaštiti prava. Analizirana su rešenja koja se odnose na postupak po tužbama za propuštanje/zabranu i postupak po tužbama za obeštećenje. Razmotreni su aktivna procesna legitimacija, način distribucije informacija, snošenje troškova postupka, kao i specifični principi koji se tiču alternativnih metoda za rešavanje kolektivnih sporova.

Ključne reči: kolektivna zaštita prava, postupak po kolektivnoj tužbi za zabranu, postupak po kolektivnoj tužbi za naknadu štete.

* nevena.petrusic@gmail.com

** Rad je rezultat istraživanja na projektu „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2013–2018. године.

1. Uvodna razmatranja

Kompanija za distribuciju električne energije obračunavala je potrošačima utrošak električne energije po ceni većoj od one utvrđene tarifom; U prodajnim objektima na području sedam država EU jedna trgovinska firma prodala je sedam hiljada telefona sa tehničkom greškom; Fabrika boja i lakova, zbog zastarelosti opreme za prečišćavanje, pune tri godine emitovala je štetne supstance iznad dozvoljenog maksimuma, što je ugrozilo zdravlje ljudi sa kontaminiranog područja; Kompanija za izradu softvera sa sedištem u Nemačkoj, koja ima ekspoziture u sedam država, objavila je interni oglas za posao direktora, kojim je nemačko državljanstvo kandidata predviđeno kao jedan od uslova.

Navedeni primeri nezakonitog postupanja veoma su različiti. Razlikuju se po tome u kojoj su sferi pravnih odnosa nastali, koja su pravna dobra povređena, koji zahtevi pripadaju oštećenim licima, šta je osnov odgovornosti za nastalu štetu, po tome da li je došlo do povrede samo privatnih ili i javnog interesa itd. Uprkos svim ovim razlikama, navedene primere povezuje jedno zajedničko obeležje po kojem se mogu svrstati u istu kategoriju - radi se o masovnim povredama prava, tj. o povredama prava velikog broja lica do kojih je došlo protivpravnim postupanjem jednog istog pravnog subjekta.

U navedenim primerima svakom oštećenom licu na raspolaganju su procesni instrumenti namenjeni individualnoj zaštiti prava. Iskustvo je, međutim, pokazalo da ovi instrumenti, kreirani prema modelu individualnog građanskopravnog spora, nisu sasvim adekvatni jer, zbog velikog disbalansa u moći i resursima kojima strane raspolažu, ova individualna „borba za pravo“, često nalikuje borbi Davida i Golijata. Razlog tome su, pre svega, brojne teškoće sa kojima se oštećena lica suočavaju – nedostaju im informacije, nemaju finansijskih sredstava, niti vremena za vođenje skupih i dugotrajnih sudskih postupaka, a zbog velike nesrazmere između visine odštetnog zahteva i troškova postupka, kao i zbog straha od posledica eventualnog gubitka parnice, najčešće i ne traže sudsku zaštitu.

Sve ove okolnosti uticale su da u raznim delovima sveta zakonodavci tragaju za mehanizmima zaštite koji bi omogućili da se veći broj istovrsnih zahteva koji se zasnivaju na istim ili sličnim činjenicama ostvari u jednom postupku. U

zemljama *common law*-a rešenje je pronađeno u mehanizmu klasne tužbe (*class action*).¹ U državama kontinentalnog prava razvijeni su različiti tipovi grupnih tužbi (*Group actions*), reprezentativnih tužbi (*Representative actions*), specijalne procedure za testiranje (*Test-case procedures*), procedure za oduzimanje profita u slučajevima nelojalne konkurencije (*Procedures for skimming off profits*) i slični mehanizmi namenjeni kolektivnoj zaštiti prava (*Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union, Final Report, 2008: 6–9*).

U nekim državama kolektivni pravozaštitni mehanizmi imaju dugu tradiciju, kakav je slučaj sa Amerikom, Kanadom, ili, na primer, sa Austrijom, u kojoj je još 1923. godine organizacijama za zaštitu potrošača priznato ovlašćenje da podnose tužbe za kolektivno obeštećenje. U drugim državama, kao što su Holandija, Švedska, Španija, Danska i Bugarska, instrumenti namenjeni kolektivnoj zaštiti prava iz pojedinih sektora društvenih odnosa relativno su novi. Uvođenje nekih od ovih instrumenata imalo je karakter „legislativnog eksperimenta“ čiji su rezultati poslužili za konačno normativno uobličavanje kolektivnih pravozaštitnih mehanizama (*Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union, Final Report, 2008: 6–9*).

Na području Evropske unije, koja od stupanja na snagu Amsterdamskog ugovora,² ubrzano gradi evropski prostor slobode, sigurnosti i pravde, ovako velike razlike među pravnim sistemima država članica predstavljale su očiglednu prepreku za ostvarivanje jednakosti u pristupu pravdi i delotvornu pravnu zaštitu prava priznatih pravom EU u slučajevima njihovih masovnih povreda. S druge strane, iako su mnoge države EU uvele mehanizme za kolektivnu zaštitu prava, ne postoje zadovoljavajuća rešenja kada su u pitanju prekogranični slučajevi masovnih povreda.

¹ O klasnim i grupnim tužbama, šire: *The International Comparative Legal Guide*, 2013; Dika, 2011: 52/53; Janićijević, 2006: 109–122; Yeazell, 1977: 866-896; Andrews, 2001: 249–268.

² *Treaty of Amsterdam*, potpisan je 2. oktobra 1997. godine, a stupio je na snagu 1. maja 1999. godine. Jedan od posebnih ciljeva utvrđenih ugovorom jeste izgradnja evropskog prostora slobode, bezbednosti i pravde (čl. 61. i 69. Ugovora), koji se ostvaruje harmonizacijom civilne procedure i merama na planu pravosudne saradnje u građanskopravnim stvarima sa prekograničnim implikacijama.

Brojne studije i analize pokazale su da su za delotvornu i efikasnu zaštitu prava garantovanih zakonima EU od ključne važnosti kolektivni pravozaštinski mehanizmi (Voet, 2014: 97–128). Važan korak u stvaranju uslova za brzu i efikasnu zaštitu prava u slučajevima masovnih povreda predstavlja *Preporuka o zajedničkim principima za mehanizme kolektivne zaštite u pogledu ostvarivanja zahteva za propuštanje i zahteva za obeštećenje u državama članicama, koje se tiču povrede prava garantovanih propisima Unije*, koju je Evropska komisija usvojila juna 2013. godine.³

Srbiji, koja je nedavno stekla status kandidata za članstvo u EU⁴ i obavezala se da svoje pravo harmonizuje sa pravom EU i obezbedi njegovu doslednu primenu, predstoji ponovno uspostavljanje pravnog okvira za sudsku kolektivnu zaštitu prava, budći da je Ustavni sud Republike Srbije proglasio neustavnim⁵ odredbe sadržane u čl. 494–505. Zakona o parničnom postupku, kojima je bio regulisan „Postupak za zaštitu kolektivnih prava i interesa građana“, kao jedan od posebnih parničnih postupaka (Petrušić, Simonović, 2011: 890–903).⁶ Zbog toga postoji potreba da se Preporuka o zajedničkim principima za mehanizme kolektivne zaštite bliže razmotri i kritički analiziraju principi koji se njome promovišu.

2. Preporuka o zajedničkim principima za mehanizme kolektivne zaštite

2.1. Pregled rada na pripremi Preporuke

Na području EU unapređivanje pristupa pravdi ostvaruje se realizacijom niza aktivnosti utvrđenih okvirnim programima i akcionim planovima u oblasti

³ *Commission recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law (2013/396/EU)*, Official Journal L 201/60, 26/7/2013. skr. «*Collective Redress Recommendation*», [Electronic version]. Retrieved 4 April 2014 from <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=uriserv:OJ.L.2013.201.01.0060.01.ENG>. U daljem tekstu “Preporuka” i “Preporuka o zajedničkim principima za mehanizme kolektivne zaštite”.

⁴ Septembra 2013. godine, stupanjem na snagu Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, Republika Srbija je stekla status države pridružene EU. (Nacionalni program za usvajanje pravnih tekovina Evropske unije, 2014: 1-3).

⁵ Odluka Ustavnog suda Republike Srbije, IUz-51/2012 od 23. 05. 2013, „Službeni glasnik RS“, br. 49/2013.

⁶ Na isti način ovaj postupak je regulisan i u hrvatskom pravu, Videti: (Dika, 2011: 52–53).

slobode, bezbednosti i pravde, koje je EU u kontinuitetu usvajala počev od 1998. godine. Realizacijom *Bečkog akcionog plana*,⁷ *Programa Tampere* 1999–2004. godina,⁸ *Haškog programa: jačanje slobode, bezbednosti i pravde u EU*⁹ (Petrušić, 2009: 10–124) i aktuelnog *Štoholmskog programa – otvorena i sigurna Evropa za građane* iz 2009. godine,¹⁰ znatno je unapređen kapacitet EU i država članica da u rešavanju prekograničnih sporova pravnim subjektima garantuju osnovna procesna prava i delotvoran pristup pravdi, uz poštovanje standarda pravičnog suđenja. Tome su doprineli horizontalna harmonizacija pojedinih sektora civilne procedure i ojačana institucionalna saradnja država članica u oblasti civilnog pravosuđa, kao i niz evropskih procesnih mehanizama (Petrušić, 2009: 101–124). Povećanju efikasnosti u rešavanju sporova doprinele su i brojne direktive u oblasti zaštite prava potrošača,¹¹ vansudskog rešavanja potrošačkih¹² i drugih građansko-pravnih

⁷ *Akcion plan od 3. decembra 1998. o tome kako najbolje implementirati odredbe Amsterdamskog ugovora o kreiranju prostora slobode, bezbednosti i pravde (Action Plan of the Council and the Commission on How Best to Implement the Provisions of the Treaty of Amsterdam on an Area of Freedom, Security and Justice - «Vienna Action Plan»)*, 3 December 1998, 1999/C 19/01, [Electronic version]. Retrieved 4 April 2014 from http://europa.eu/legislation_summaries/other/l33080_en.htm. Akcioni plan je prvi put predstavljen na Cardif summit-u održanom juna 1998. godine. Sadrži 51 specifičan cilj, čije je ostvarivanje oročeno na dve do pet godina. Detaljno: McClean, 2002: 21-57.

⁸ *Tampere Summit Conclusions*, 15–16 October 1999. [Electronic version]. Retrieved 4 April 2014 from http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.html.

⁹ *The Hague programme: strengthening freedom, security and justice in the European Union*, (2005/C 53/01), Official Journal of the European Union C 53/1, 3/3/2005, [Electronic version]. Retrieved 4 April 2014 from <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:053:0001:0014:EN:PDF>.

¹⁰ *The Stockholm Programme — an open and secure Europe serving and protecting citizens* (2010/C 115/01, [Electronic version]. Retrieved 4 April 2014 from <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010XG0504%2801%29>.

¹¹ Videti napomenu br. 8.

¹² Galič, A., Vansudsko rešavanje potrošačkih sporova – sa primerima iz zemalja članica EU, [Electronic version]. Retrieved 4 April 2014 from www.zap-serbia.com; Howells, G.,

sporova putem medijacije (Galič, 2009: 685–699; Petrušić, 2011: 751–770).¹³ Značajni rezultati postignuti su i na planu ojačavanja i pojednostavljivanja institucionalne saradnje država članica u oblasti civilnog pravosuđa kroz uspostavljanje internet mreža i servisa, uključujući i instrumente za *online* rešavanje sporova¹⁴ (Cvetković, 2010: 201–224).

Ipak, uprkos pozitivnim pomacima, među državama članicama još uvek postoji veliki jaz u pogledu mogućnosti pristupa sudu i stepena efikasnosti u rešavanju građansko-pravnih sporova ("*justice gap*"), a kao jedan od razloga navodi se nedostatak jasne vizije o funkciji koju građansko procesno pravo ima u evropskom pravnom poretku (Vernadaki, 2013: 297–312). Evidentne su i razlike među nacionalnim sistemima u pogledu rešavanja kolektivnih sporova, koje otežavaju ostvarivanje jednakosti u pristupu pravdi i pružanje delotvorne pravne zaštite u slučajevima masovnih povreda prava.

Ideja o uvođenju kolektivnih pravozaštitnih mehanizama u pravo EU postoji već više od dve decenije (Hodges, 2008: 155–184), a ključnu ulogu u njenom promovisanju ima Evropski ekonomski i socijalni komitet.¹⁵ U međuvremenu,

Access to justice for consumers, [Electronic version]. Retrieved 4 April 2014 from iaclaw.web.its.manchester.ac.uk/Research.../ecaccesstojustice.pdf.

¹³ Videti *Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters*, Official Journal of the European Union L 136, 24/5/2008. [Electronic version]. Retrieved 4 April 2014 from <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:En:PDF>.

¹⁴ Videti: P7_TA(2013)0066 *Alternative consumer dispute resolution*, Committee on the Internal Market and Consumer Protection PE487.749 *European Parliament legislative resolution of 12 March 2013 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Directive on consumer ADR) (COM(2011)0793 – C7-0454/2011– 2011/0373(COD))*.

¹⁵ Videti: *Opinion of the European Economic and Social Committee on the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress COM(2013) 401 final*, Official Journal C 170, p. 68–72 Rapporteur: Mr Frank Von Fürstenwerth [Electronic version]. Retrieved 24 April 2014 from http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2014.170.01.0068.01.ENG

nizom direktiva u oblasti zaštite prava potrošača (Hodges, 2008:165),¹⁶ zaštite konkurencije, pružanja finansijskih usluga, zaštite životne sredine i dr., ustanovljeni su zajednički evropski principi na kojima države članice normativno uobličavaju nacionalne mehanizame za kolektivnu zaštitu prava u pojedinim oblastima.

Donošenju Preporuke prethodile su obimne aktivnosti, koje jasno ilustruju u kojoj je meri pristup bio studiozan i ozbiljan kako bi se pronašla adekvatna i izbalansirana rešenja. Priprema Preporuke započela je oktobra 2010. godine, objavljivanjem zajedničkog saopštenja tri evropska komesara o planiranim koracima u izgradnji koherentnog evropskog okvira za kolektivnu zaštitu.¹⁷ Od februara do aprila 2011. godine sprovedena je široka javna konsultacija,¹⁸

¹⁶ *Council Directive 84/450/EEC of 10 September 1984 relating to the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning misleading advertising*, Official Journal L 250, 19/09/1984; *Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts*, Official Journal L 095 , 21/04/1993; *Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts - Statement by the Council and the Parliament re Article 6 (1) - Statement by the Commission re Article 3 (1), first indent*, Official Journal L 144 , 04/06/1997; *Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC*, Official Journal L 271/16, 9/10/2002, *Directive 2009/22/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on injunctions for the protection of consumers' interests*, Official Journal L 110/30, 1/5/2009 i dr. O teorijskim i praktičnim problemima koji se tiču mehanizama za kolektivnu zaštitu potrošača, videti: Hodges, C., Current discussions on consumer redress: collective redress and ADR, Annual conference on European consumer law, Trier, 13 october 2011, [Electronic version]. Retrieved 24 April 2014 from <http://www.csls.ox.ac.uk/documents/1109TrierCOLLECTIVEREDRESSANDADR.pdf>.

¹⁷ *Towards a Coherent European Approach to Collective Redress: Next Steps*. Saopštenje su objavili Evropski komesar za zaštitu potrošača, Evropski komesar za pravdu i Evropski komesar za konkurenciju. Videti: *SEC (2010) 1192 (Oct. 5, 2010)*. [Electronic version]. Retrieved 14 April 2014 from http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/01_2011/ec_redress.pdf.

¹⁸ U javnoj diskusiji učestvovalo je 310 zainteresovanih subjekata, koji su dali svoje komentare odgovarajući na pitanja iz posebnog upitnika, a na javnom slušanju 5. aprila 2011. godine učestvovalo je 300 ljudi. Pored toga, pristiglo je i 19 000 odgovora građana,

a februara 2012. godine Evropski parlament usvojio je *Rezoluciju „Ka koherentnom evropskom pristupu za kolektivnu zaštitu“*.¹⁹ U Rezoluciji je izražen stav da svi predlozi u oblasti kolektivnog obeštećenja treba da budu usmereni „ka stvaranju horizontalnog okvira kroz skup zajedničkih principa koji obezbeđuju jednakost u pristupu pravdi u okviru EU“. Posebno je apostrofirano da EU treba da se suzdrži od uvođenja kolektivnih pravozaštitnih mehanizama po američkom modelu, koji, po oceni Evropskog parlamenta, pruža širok prostor za zloupotrebe,²⁰ te da je potrebno „uzeti u obzir pravnu tradiciju i pravni poredak država članica i obezbediti koordinaciju dobrih praksi među državama članicama“.²¹

Junu 2013. godine Evropska komisija usvojila je Preporuku o zajedničkim principima za mehanizme kolektivne zaštite i objavila je zajedno sa

uglavnom iz Francuske i Nemačke. Podaci preuzeti iz *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 'Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress'*, Strasbourg, 11. 6. 2013 COM(2013) 401 final, [Electronic version]. Retrieved 14 April 2014 from http://ec.europa.eu/consumers/archive/redresscons/docs/com_2013_401_en.pdf.

¹⁹ European Parliament resolution of 2 February 2012 on "Towards a Coherent European Approach to Collective Redress" (2011/2089(INI)) [Electronic version]. Retrieved 14 April 2014 from <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0021+0+DOC+XML+V0//EN>.

²⁰ Videti: *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 'Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress'*, COM(2013) 401 final, [Electronic version]. Retrieved 14 April 2014 from http://ec.europa.eu/justice/civil/files/com_2013_401_en.pdf. Slično mišljenje izrazila je i Komisija za zaštitu konkurencije Međunarodne privredne komore. Videti: *ICC Commission on Competition Comments in response to the Commission's study of the general principles applying to collective redress*, Document No. 225/678 – 30 April 2011, [Electronic version]. Retrieved 14 April 2014 from <http://www.iccwbo.org/Data/Policies/2011/Comments-in-response-to-the-Commission%E2%80%99s-study-of-the-general-principles-applying-to-collective-redress/>.

²¹ Videti tač. M st. 2. Preambule par. 15. i 16. dokumenta.

dokumentom „*Ka evropskom horizontalnom okviru za kolektivnu zaštitu*“,²² u kojem se zajednički principi detaljno obrazlažu i razjašnjavaju.

2.2. Ciljevi i polje primene Preporuke

Preporuka o zajedničkim principima za mehanizme kolektivne zaštite iz 2013. godine predstavlja pravno neobavezujući dokument, čijim je donošenjem Evropska komisija preuzela inicijativu u unapređivanju nacionalnih mehanizama namenjenih kolektivnoj zaštiti prava koja EU garantuje pravnim subjektima.

Preporuka je doneta sa ciljem da se na području EU pravnim subjektima olakša pristup pravdi žrtvama masovnih povreda prava, obezbede instrumenti za sprečavanje i suzbijanje nezakonitih praksi i stvore uslovi za delotvorno obeštećenje. Smisao Preporuke nije u tome da se izvrši unifikacija nacionalnih propisa o kolektivnoj zaštiti prava već da se uspostavi evropski horizontalni pravni okvir za razvoj nacionalnih pravozaštitnih mehanizama. Od država članica, čija se pravna tradicija u punoj meri uvažava, očekuje se da normativno uobliče mehanizme za kolektivnu zaštitu prava, koji će obezbediti ravnopravnost strana, biti pravični, brzi i ne previše skupi²³ i omogućiti efikasno rešavanje prekograničnih slučajeva masovne povrede prava.

Sadržina preporuke pokazuje da je ona rezultat dobro izbalansiranog pristupa. Njome se, s jedne strane, obezbeđuju procesni mehanizmi koji omogućavaju da se u jednom postupku ostvari veći broj odštetnih zahteva, što je posebno značajno kada je pojedinačna šteta tako niska da oštećena lica nisu motivisana za pokretanje pojedinačnih postupaka. Sama mogućnost primene kolektivnih mehanizama zaštite ojačava pregovaračku moć oštećenih lica i doprinosi efikasnijem sprovođenju pravde u slučajevima masovnih povreda prava. S druge strane, Preporuka nudi rešenja koja treba da spreče podnošenje

²² *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 'Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress', COM(2013) 401 final*, [Electronic version]. Retrieved 14 April 2014 from http://ec.europa.eu/justice/civil/files/com_2013_401_en.pdf.

²³ Tak 2. Preporuke.

spekulativnih i očigledno neosnovnih tužbi čiji je cilj narušavanje ugleda i reputacije tuženog, kao i druge moguće zloupotrebe u ostvarivanju sudske zaštite.²⁴

U konsultacijama koje su tokom pripreme Preporuke sprovedene, Evropski ekonomski i socijalni komitet izrazio je rezervu u pogledu mogućnosti da se instrumentom neobavezujućeg karaktera, kakav je Preporuka, obezbedi neophodna ujednačena implementacija zajedničkih principa u državama članicama, posebno imajući u vidu veliku raznolikost nacionalnih kolektivnih pravozaštitnih mehanizama. Zbog toga što bi, po mišljenju Komiteta, samo direktiva mogla da pruži stvarni osnov za usklađivanje, ostavljajući državama članicama mogućnost da sagledaju posebnosti svojih nacionalnih pravnih sistema.²⁵ Iako Evropska komisija nije odustala od svog opredeljenja, ipak je očigledno da je i sama imala izvesnu dozu sumnje u pogledu potencijala Preporuke da obezbedi implementaciju zajedničkih principa. Zato je Preporukom utvrđen rok od dve godine tokom koga države treba da ugrade zajednička načela u svoje nacionalne sisteme, s tim što je predviđeno da će u roku od četiri godine od usvajanja Preporuka Evropska komisija razmotriti potrebu za dodatnim normativnim merama.²⁶

Preporuka o zajedničkim principima za mehanizme kolektivne zaštite oslanja se na pravne tekovine EU u domenu kolektivne zaštite prava iz pojedinih sektora društvenih odnosa, pre svega, u oblasti zaštite potrošača. Preporuka se, međutim, odnosi na mehanizme kolektivne zaštite u situacijama masovnih povreda prava u svim oblastima društvenih odnosa, uključujući prava u oblasti zaštite potrošača, zaštite konkurencije, očuvanja životne sredine, zaštite ličnih podataka, zaštite od diskriminacije, pružanja finansijskih usluga, investicija i

²⁴ Čl. 1. Preporuke.

²⁵ Videti šire: *Opinion of the European Economic and Social Committee on the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress* COM(2013) 401 final 2014/C 170/11. [Electronic version]. Retrieved 4 April 2014 from <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52013AE5439&from=EN>.

²⁶ Čl. 41. Preporuke.

dr. „Situacija masovne povrede prava“ definisana je kao „situacija u kojoj dva ili više fizičkih ili pravnih lica pretenduju da su pretrpeli povredu nezakonitim delovanjem jednog ili više fizičkih ili pravnih lica“.²⁷ Pozitivna strana ovakvog pristupa jeste da čini nepotrebnim donošenje višestrukih regulativa i olakšava primenu prava. S druge strane, Preporuka je univerzalnog karaktera jer su njome utvrđeni principi koji se odnose kako na sudske, tako i na vansudske (alternativne) mehanizme kolektivne zaštite.

Preporuka ne nudi principe u pogledu sudske nadležnosti i merodavnog prava u slučajevima masovnih povreda prava. S obzirom da postoji paralelna nadležnost nacionalnih sudova i da su nacionalni mehanizmi kolektivne zaštite različiti, otvoren je veliki prostor za oportunistički izbor jurisdikcije (tzv. *forum-shopping*) što je trebalo izbeći propisivanjem odgovarajućih pravila,²⁸ kako bi se sprečila pojava „*magnet jurisdictions*“, tj. podnošenje tužbi sudovima onih država koje imaju najatraktivnija pravila o otkrivanju dokaza pre parnice (*pre-trial discovery*) i koji u praksi dosuđuju najveće iznose naknada (Comments in response to the Commission’s study of the general principles applying to collective redress, 2011:4).

3. Vidovi kolektivnih pravozaštitnih mehanizama

Dva su osnovna procesna mehanizma čije se uvođenje preporučuje: kolektivna tužba za propuštanje/zabranu (*injunctive collective action*) i kolektivna tužba za naknadu štete (*compensatory collective action*).

²⁷ Odeljak II, tač. 3 b) Preporuke. U vreme javne rasprave Evropski pravni institut je izrazio rezervu u pogledu ove definicije, ukazujući da ona ne obuhvata slučajeve aktivnosti koje su zakonite ali izazivaju opasnost, kao što su slučajevi skladištenja ili korišćenja opasnih proizvoda. Videti Statement of the European Law Institute on Collective Redress and Competition Damages Claims, [Electronic version]. Retrieved 14 April 2014 from http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/General_Assembly/2014/Draft_Statement_on_Collective_Redress_Competition_Damages_Claims.pdf.

²⁸ O problemima koja Preporuka otvara na terenu međunarodnog privatnog prava, videti: Stadler, A. Focus on Collective Redress, Cross-border Problems, [Electronic version]. Retrieved 14 April 2014 from <http://www.collectiveredress.org/collective-redress/cross-border-problems>.

Kolektivna tužba za propuštanje/zabranu predstavlja poseban vid kondemnatorne tužbe, koja je usmerena na sprečavanje, odnosno prestanak nedozvoljenog postupanja. Njome se traži da se tuženom zabrani da preduzme radnju od koje pretil opasnost od povrede, odnosno da ponovi radnju kojom je povređeno pravo većeg broja subjekata, tako da je ona usmerena na ostvarivanje preventivne zaštite.

Kolektivna tužba za naknadu štete je instrument koji pruža mogućnost da veći broj lica oštećenih istom nezakonitom radnjom u jednom sudskom postupku ostvari naknadu štete, što je posebno značajno kada postoji velika nesrazmera između visine štete i troškova postupka, koja demotiviše pravne subjekte da traže sudsku zaštitu.

4. Procesna legitimacija

U Preporuci je izražen stav da države članice treba da regulišu koje su organizacije i pod kojim uslovima ovlašćene na podnošenje tzv. reprezentativnih tužbi, tj. tužbi koje se podnose u ime i za račun dva ili više lica koja pretenduju da su izložena riziku od povrede ili da su njihova prava povređena u situaciji masovne povrede, s tim što sama ta lica nisu stranke u sudskom postupku.²⁹

Preporukom su utvrđeni minimalni uslovi koje organizacije treba da ispune da bi bile sertifikovane kao reprezentativne organizacije. Pre svega, organizacija mora imati neprofitne ciljeve delovanja, a između ciljeva organizacije i prava povodom čije se povrede tužba podnosi mora da postoji neposredna veza. Pored toga, organizacija mora imati dovoljno finansijskih sredstava i ljudskih resursa, kao i iskustvo u pravnoj ekspertizi kako bi mogla da predstavlja oštećena lica u njihovom najboljem interesu. Od država članica očekuje se da svojim propisima garantuju da će organizacija izgubiti status reprezentativne organizacije ako više ne ispunjava propisane uslove.

U vezi uslova za sticanje statusa reprezentativne organizacije evidentno je da su kriterijumi koji se tiču finansijskih i ljudskih resursa i pravne stručnosti

²⁹ Odeljak II, tač. 3 g).

veoma strogi, što je i ocena Evropskog ekonomskog i socijalnog komiteta,³⁰ te da, s druge strane, ne postoje jasna merila na osnovu kojih bi se moglo objektivno proceniti da li su ovi uslovi ispunjeni. Zbog toga ostaje da se vidi kako će države članice tumačiti uslove za sertifikaciju.

Preporukom je državama sugerisano da svojim propisima omoguće sticanje statusa reprezentativne organizacije sertifikacijom pred nacionalnim organom javne vlasti ili *ad hoc* sertifikacijom, po proceduri koju sprovodi sud.

U postupku po kolektivnim tužbama tužilac mora imati status reprezentativne organizacije jer je to jedna od procesnih pretpostavki. Radi sprečavanja mogućih zloupotreba, preporučeno je da se provera ispunjenosti ove pretpostavke vrši po službenoj dužnosti, u najranijoj fazi sudskog postupka, kao i da sud bude ovlašćen da po službenoj dužnosti odbacuje očigledno neosnovane tužbe.³¹

Preporuka sadrži posebna pravila o ovlašćenju reprezentativnih organizacija da pokreću postupke koji se tiču prekograničnih masovnih povreda. Predviđeno je da svaka reprezentativna organizacija, sertifikovana u bilo kojoj državi članici, može da se obrati nadležnom nacionalnom sudu bilo koje države.³² Od država se očekuje da u slučajevima masovnih povreda koje pogađaju lica iz većeg broja država omoguće reprezentativnim organizacijama iz tih država da jednom sudu zajednički podnesu kolektivnu tužbu (*multinational collective actions*).

Državama članicama preporučeno je da aktivnu legitimaciju priznaju i određenim organima javne vlasti, ali samo kao dopunu i alternativu,³³ imajući u vidu da je prevashodna uloga ovih organa da izriču kazne.

³⁰ Tač. 4.3. *Opinion of the European Economic and Social Committee on the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress* COM(2013) 401 final 2014/C 170/11 [Electronic version]. Retrieved 4 April 2014 from <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52013AE5439&from=EN>.

³¹ Čl. 8. Preporuke.

³² Čl. 18. Preporuke.

³³ Čl. 7. Preporuke.

5. Principi postupka po kolektivnim tužbama

5.1.1. Principi postupka po kolektivnim tužbama za propuštanje/zabranu

Preporuka sadrži samo nekoliko specifičnih pravila u pogledu postupka po tužbama za propuštanje/zabranu.

Pre svega, ustanovljeno je načelo hitnosti u postupanju, kako bi se blagovremeno sprečilo preduzimanje, odnosno ponavljanje radnje od koje pretil povreda. Takođe, u cilju efektivnog izvršenja sudskih odluka, državama članicama upućena je preporuka da predvide sankcije za tuženog kojem je zabranjeno preduzimanje određene radnje, kako bi se povinovao sudskoj zapovesti, što podrazumeva plaćenje sudskih penala, fiksiranog iznosa novca za svaki dan zakašnjenja ili nekog drugog iznosa predviđenog nacionalnim propisima.

5.1.2. Principi postupka po kolektivnim tužbama za obeštećenje

Analiza principa utvrđenih Preporukom pokazuje da je postupak po kolektivnim tužbama za obeštećenje zasnovan na modelu *opt in* postupka, koji je utvrđen kao pravilo, s tim što je otvorena mogućnost primene *opt out* postupka, kao izuzetak. Ključna razlika između ovih modela ogleđa se u tome što model *opt in* postupak sledi princip „mogućnost učešća“, koji podrazumeva da se pojedincima pruža mogućnost da se pridruže kolektivnim tužbama, dok kod *opt out* procedura podrazumeva se da su oštećena lica automatski uključena u postupak, osim ako izričito ne izjave suprotno (princip „odjave“) (Voet, 2014: 12).³⁴

Saglasno čl. 21. Preporuke, *opt in* postupak garantuje svakom licu pravo da odluči da li će u postupku učestvovati jer se traži njegova izričita saglasnost, čime se poštuje princip autonomije. S druge strane, ovaj model omogućava da se lakše definiše sam predmet postupka, jer ga čini zbir svih pojedinačnih zahteva, a sud je u boljoj poziciji da odluči i o dopuštenosti i o osnovanosti zahteva. Takođe, jedna od ključnih prednosti *opt in* modela jeste što on sprečava potencijalne zloupotrebe i istovremeno garantuje da presuda neće

³⁴ O modelima postupaka za rešavanje klasnih sporova u američkom pravu, šire (Janićijević, 2006: 112-114)

proizvesti dejstvo u odnosu na ovlašćene subjekte koji se nisu pridružili zahtevu (Voet, 2014: 12).

U čl. 21. Preporuke predviđena je mogućnost da države članice uvedu i *opt out* postupak, ali kao izuzetak, koji mora biti propisan zakonom ili odlukom suda, i to samo u interesu ostvarivanja pravde. Prema oceni Ekonomskog i socijalnog komiteta ovakvo rešenje je korisno u slučajevima velikog broja oštećenih lica i veoma malih šteta, ali je ozbiljan nedostak što Preporuka ne precizira kada se *opt out* postupak može primeniti.³⁵ Činjenica je da ovaj postupak dovodi u pitanje slobodu pravnih subjekata da na osnovu informacije odluče da li žele da ostvare zahtev za naknadu štete. S druge strane, primena *opt out* model postupaka ne ostvaruje osnovni cilj kolektivnog obeštećenja jer ne omogućava da se oštećenim licima naknadi šteta, budući da ta lica nisu ni identifikovana (Voet, 2014: 12).

Preporukom se promoviše princip potpune naknade štete, pri čemu je naglašena potreba da dosuđena naknada bude raspodeljena oštećenim licima srazmerno visini individualne štete koju su pretrpeli. Da bi se sprečile zloupotrebe, preporučeno je da države isključe mogućnost da se licima odgovornim za masovne povrede prava nalaže isplata kaznenih obeštećenja, kakva postoji u američkom pravnom sistemu.³⁶

6. Distribucija informacija

Dostupnost informacija o slučajevima masovnih povreda prava i postupcima za njihovo rešavanje od ključnog je značaja za zaštitu prava oštećenih lica. Zato je u čl. 10. Preporuka državama članicama sugerisano da reprezentativnim organizacijama i grupama lica garantuju široku mogućnost distribucije informacije o masovnim povredama prava, o pokrenutim postupcima, odnosno o onima koje maneravaju da pokrenu. Time se licima koja su pretrpela štetu omogućava da se pridruže zahtevu za obeštećenje, što je posebno značajno u slučajevima prekograničnih masovnih povreda. Imajući, međutim, u vidu da

³⁵ Tač. 4.5.4. *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress*, p. 6).

³⁶ Čl. 15. Preambule Preporuke.

informacije o pokrenutim postupcima mogu ugroziti reputaciju tuženog i štetiti njegovim ekonomskim interesima, državama je sugerisano da prilikom regulisanja načina informisanja uspostave balans između prava oštećenih na pristup informacijama i prava druge strane na zaštitu reputacije.

Preporukom se predviđa dužnost država da uspostave nacionalni javni registar kolektivnih tužbi³⁷ koji bi bio besplatno dostupan svim zainteresovanim licima putem interneta, sa preporukom da sajt na kojem je registar publikovan sadrži iscrpne i objektivne informacije i o načinu ostvriavanja prava na obeštećenje, uključujući i primenu alternativnih metoda za sporazumno rešavanje kolektivnih sporova.³⁸ Ovaj registar je u funkciji sprečavanja paralelnog vođenja postupaka protiv istog tuženog, što može dovesti do donošenja različitih odluka i otvoriti pitanje njihovog dejstva. S druge strane, ovaj registar omogućava da se oštećena lica informišu o pokrenutim postupcima i pridruže tužiocu. Nije međutim, predviđeno uspostavljanje registra tužbi na evropskom nivou, iako je Evropski i socijalni komitet preporučio njegovo uvođenje, ocenjujući da bi takav registar bio od koristi u ostvarivanju prava u prekograničnim slučajevima masovnih povreda.³⁹

7. Finansiranje, naknada troškova, advokatski honorari

Da bi se sprečile moguće zloupotrebe i sukob interesa, državama članicama preporučeno je da obezbede potpunu transparentnost u pogledu izvora finansiranja, što podrazumeva propisivanje dužnosti tužioca da prilikom pokretanja postupka navede izvor sredstava kojima će pokriti troškove

³⁷ Čl. 35-37. Preporuke.

³⁸ Čl. 35-37. Preporuke.

³⁹ Videti: Tač. 4.6. *Opinion of the European Economic and Social Committee on the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress COM(2013) 401 final*, Official Journal C 170, p. 68–72 Rapporteur: Mr Frank VON FÜRSTENWERTH [Electronic version]. Retrieved 24 April 2014 from http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_2014.170.01.0068.01.ENG.

postupka.⁴⁰ Iako je dopuštena mogućnost da vođenje postupka finansira treće lice, državama je preporučeno da sudu omoguće obustavljanje postupka kada ocene da postoji sukob interesa trećeg lica i tužioca i njegovih članova. S aspekta sprečavanja zloupotrebe kolektivnih mehanizama zaštite, značajna je i preporuka da države članice spreče mogućnost da treće lice koje finansira vođenje postupka vrši bilo kakav uticaj na tužioca u pogledu radnji koje u postupku preduzima, te da ostvaruje prekomernu kamatu na uložena sredstva.⁴¹

U pogledu naknade troškova postupka, preporučena je primena klasičnog principa „gubitnik plaća“.⁴² Preporučeno je, takođe, propisivanje pravila prema kojem je sud ovlašćen da obustavi postupak ako oceni da tužilac ne raspolaže sredstvima koja su dovoljna da tuženom naknadi troškove postupka, za slučaj da izgubi parnicu.⁴³

Evidentno je da pravila sadržana u Preporuci ne omogućavaju da organizacije mogu unapred da sagledaju finansijski rizik vođenja postupka. S druge strane, ne postoje pravila koja ograničavaju visinu troškova postupka. Zbog toga gubitak parnice može dovesti do prestanka organizacije, što se može biti demotivirajući faktor u korišćenju mehanizama kolektivne zaštite. U konsultacijama tokom izrade Preporuke Ekonomski i socijalni komitet preporučio je da se visina troškova postupka ograniči, kao i da se razmotri mogućnost da se uspostavi sistem isplate dela dobiti neprofitnim organizacijama,⁴⁴ ali ovi predlozi nisu prihvaćeni.

⁴⁰ Čl. 14. Preporuke

⁴¹ Čl. 16. Preporuke.

⁴² Čl. 13. Preporuke.

⁴³ Čl. 15. Preporuke.

⁴⁴ Tač. 4.9.2. *Opinion of the European Economic and Social Committee on the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress COM(2013) 401 final,*

Official Journal C 170, p. 68–72 Rapporteur: Mr Frank Von Fürstenwerth [Electronic version]. Retrieved 24 April 2014 from http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2014.170.01.0068.01.ENG.

U cilju sprečavanja zloupotreba i podnošenja spekulativnih tužbi, državama članicama upućena je preporuka da svojim propisima garantuju da advokatski honorari i metod njihovog obračuna ne stimuliraju pokretanje sudskih postupaka koji nisu usmereni na zaštitu oštećenih lica.⁴⁵ Isti cilj ima i preporuka da države članice isključuju mogućnost da se advokatski honorari određuju prema visini ukupnog obeštećenja, a da one u kojima takva mogućnost načelno postoji, propišu posebna pravila o visini advokatskih honorara. Ova pravila su izraz stava da je američki model klasnih parnica, karakterističan po enormno visokim advokatskim honorarima (Janićijević, 2006: 112), neprihvatljiv i suprotan principima evropske pravne kulture.

8. Odnos postupka pred organom javne vlasti i postupka po kolektivnoj tužbi

Preporukom su predviđena posebna pravila u pogledu načina postupanja u onim slučajevima u kojima je organ javne vlasti nadležan da utvrdi povredu. Opšte je pravilo da se u tim slučajevima kolektivna tužba podiže tek kada se pravosnažno okonča postupak pred organom javne vlasti. Ukoliko je, međutim, pred organom javne vlasti postupak otpočeo posle podizanja kolektivne tužbe, sud bi trebalo privremeno da obustavi postupak do okončanja postupka pred organom javne vlasti, kako bi se sprečilo donošenje protivrečnih odluka.⁴⁶

Da bi se oštećenim licima omogućilo da ostvare svoje pravo na obeštećenje, preporučuje se pravilo da se licima koja pretenduju da su pretrpela povredu garantuje da će imati mogućnost da pred sudom ostvare svoje pravo na obeštećenje i kada su prekluzivni rokovi i rokovi zastarelosti istekli pre okončanja postupka pred organom javne vlasti.⁴⁷

9. Aletrnativni metodi za sporazumno rešavanje kolektivnih sporova

Preporuka se zasniva na stavu da u slučajevima masovnih povreda mehanizmi alternativnog rešavanja kolektivnih sporova mogu biti efikasan metod za brže i

⁴⁵ Čl. 29. Preporuke.

⁴⁶ Čl. 33. Preporuke.

⁴⁷ Čl. 34. Preporuke.

jeftinije ostvarivanje pravne zaštite. Iako primena ovih metoda najčešće zavisi od volje odgovornih lica, ocenjuje se da uspostavljanje delotvornog sistema sudske zaštite može biti dodatni podsticaj da pristanu na sporazumno rešavanje spora, što može smanjiti broj sudskih postupaka. Zato je državama članicama preporučeno da alternativne kolektivne metode za sporazumno rešavanje sporova predvide ili kao paralelnu mogućnost ili kao mehanizam koji se primenjuju u okviru postupka po kolektivnim tužbama, u skladu s načelom dobrovoljnosti,⁴⁸ pri čemu primenu ovih metoda ne bi trebalo postavljati kao uslov za dopuštenost kolektivne tužbe.

U Preporuci se, s pozivanjem na Direktivu 2008/52/EU o nekim aspektima medijacije u građanskim i trgovinskim stvarima,⁴⁹ ukazuje na potrebu da rokovi zastarelosti ne teku od trenutka kada se strane sporazumeju da pristupe procesu sporazumnog rešavanja spora, do trenutka kada jedna ili obe strane izričito izjave da odustaju od daljeg učešća u ovom postupku.

Kada je reč o sporazumu kojim stranke uređuju prava i obaveze, u čl. 28. Preporuke sadržano je pravilo da sud ocenjuje njegovu sadržinu uzimajući u obzir prava i interese svih učesnika, što je primereno i zadovoljavajuće rešenje.

10. Zaključne napomene

Brojne studije i analize pokazale su u slučajevima masovnih povreda prava, posebno onih prekograničnog karaktera, da su od ključnog značaja kolektivni pravozaštitni mehanizmi, čija primena omogućava uspešno suzbijanje nezakonitih praksi i efikasno obeštećenje. U nastojanju da obezbedi jedinstveni evropski okvir za razvoj kolektivnih mehanizama zaštite, juna 2013. godine Evropska komisija je usvojila Preporuku o zajedničkim principima za mehanizme kolektivne zaštite u pogledu ostvarivanja zahteva za propuštanje i zahteva za obeštećenje u državama članicama, koje se tiču povrede prava garantovanih propisima Unije. Ovim neobavezujućim pravnim aktom

⁴⁸ Čl. 16. Preporuke.

⁴⁹ *Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters*, Official Journal of the European Union L 136, 24/5/2008. [Electronic version]. Retrieved 4 April 2014 from <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:En:PDF>

uspostavljen je evropski horizontalni pravni okvir za razvoj nacionalnih kolektivnih pravozaštitnih mehanizama.

Dva su osnovna procesna mehanizma čije se uvođenje preporučuje: postupak po kolektivnoj tužbi za zabranu/propuštanje, koji se vodi radi prestanka nedozvoljenog postupanja, i postupak po kolektivnoj tužbi za obeštećenje, koji omogućava da množina lica čija su prava povređena istim nezakonitim postupanjem u jednom sudskom postupku ostvari pravo na obeštećenje.

Analiza predloženih principa pokazuje da, uprkos izvesnim nedostacima koja je u radu ukazano, Preporuka nudi valjan okvir za razvoj kolektivnih pravozaštitnih mehanizama u evropskom pravnom prostoru, u duhu jedinstvene evropske pravne kulture, ali uz puno uvažavanje posebnosti nacionalnih pravnih sistema. Od posebne važnosti je činjenica da je evropski pristup u oblikovanju kolektivnih pravozaštitnih mehanizama bitno različit u odnosu na američki model klasne tužbe, za koji je ocenjeno da ne odgovara evropskoj pravnoj tradiciji i da pruža isuviše širok prostor za zloupotrebe.

Zakonom o parničnom postupku iz 2011. godine Republika Srbija je 2011. godine ustanovila postupak za zaštitu kolektivnih prava i interesa građana, kao omnibus postupak namenjen rešavanju kolektivnih sporova iz različitih oblasti pravnih odnosa. Kako je Ustavni sud Republike Srbije proglasio neustavnim odredbe kojima je ovaj postupak bio regulisan, potrebno je što pre pristupiti ponovnom uspostavljanju pravnog okvira za kolektivnu zaštitu prava. Imajući u vidu da je Srbija preuzela obavezu da svoje pravo harmonizuje sa pravom EU i obezbedi njegovu doslednu primenu, rešenja sadržana u Preporuci o zajedničkim principima za mehanizme kolektivne zaštite predstavljaju dobar putokaz u normativnom uobličavanju nacionalnih kolektivnih pravozaštitnih mehanizama.

Literatura

Andrews, N. (2001), Multi-party proceedings in England: representative and group actions, 11 *Duke Journal of Comparative & International Law* 249–268 [Electronic version]. Retrieved 24 April 2014 from <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1199&context=djcil>

Galič, A. (2009) Vansudsko rešavanje potrošačkih sporova: poređenje predloga zakona o zaštiti potrošača sa preporukama Evropske unije, *Pravni život*, knj. 533, br. 13, str. 685–699.

Galič, A., Vansudsko rešavanje potrošačkih sporova – sa primjerima iz zemalja članica EU, [Electronic version]. Retrieved 4 April 2014 from www.zap-serbia.com

Dika, M. (2011) Postupak za zaštitu kolektivnih interesa i prava, u: *Novela zakona o parničnom postupku iz 2011.* Slovinčić Jerko (ur.), Novi informator, Zagreb, str. 52–53

Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union, Final Report, Part I: Main Report, Civic Consulting (Lead) and Oxford Economics European Commission – DG SANCO, [Electronic version]. Retrieved 14 April 2014 from http://ec.europa.eu/consumers/archive/redress_cons/finalreportevaluationstudy/part1-final2008-11-26.pdf

Hodges, C. (2008) *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems, A New Framework for Collective Redress in Europe*, Hart Publishing, Oxford, 2008, pp. 155–184

Hodges, C. (2011) Current discussions on consumer redress: collective redress and ADR, Annual conference on European consumer law, Trier, 13 October 2011, [Electronic version]. Retrieved 24 April 2014 from <http://www.csls.ox.ac.uk/documents/1109TrierCOLLECTIVEREDRESSANDADR.pdf>

Howells, G., *Access to justice for consumers*, [Electronic version]. Retrieved 4 April 2014 from iaclaw.web.its.manchester.ac.uk/Research.../ecaccesstojustice.pdf

Voet, S. (2014) European collective redress: a status quaestionis, *International Journal of Procedural Law*, vol. 4 /01, p. 97–128

Janićijević, D. (2006), Rešavanje tzv. klasnih sporova u parničnom i arbitražnom postupku, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 2006, br. 47, str. 109–122

Yeazell, S. C., *Group Litigation and Social Context: Toward a History of the Class Action*, *Columbia Law Review*, Vol. 77, No. 6, 1977, p. 866–896

The International Comparative Legal Guide to: Class & Group Actions (2013), Global Legal Group, London

Vernadaki, Z. (2013). *Civil Procedure Harmonization in the EU: Unravelling the Policy Considerations*, *Journal of Contemporary European Research* 9 (2), pp. 297–312

Stadler, A. *Collective Redress, Cross-border Problems* [Electronic version]. Retrieved 24 April 2014 from <http://www.collectiveredress.org/collective-redress/cross-border-problems>

Petrušić, N. (2008), *Evropski standardi i principi rešavanja sporova putem medijacije*, u: *Evropska zajednica naroda i univerzalne vrednosti* (ur. Gordana Vukadinović, Agneš Katrag Odri), Sremski Karlovci, str. 45–55

Petrušić, N. Simonović, D. (2011), *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Glasnik, Beograd, str. 890-903

Petrušić, N. (2011) *Vansudsko rešavanje potrošačkih sporova u pravu Srbije - nova zakonska rešenja u svetlu evropskih standarda*. *Pravni život*, 549(11): 751–770

Petrušić, N (2009) *Standardi EU o pružanju pravne pomoći u prekograničnim sporovima*, u: *Pravo Republike Srbije i pravo Evropske unije - stanje i perspektive*. Sv. 2 Nataša Stojanović, Srđan Golubović (ur.) Pravni fakultet, Centar za publikacije, Niš, str. 101–124

Cvetković, M. (2010) *Online rešavanje sporova kao oblik medijacije u građanskim stvarima*, u: *Nevena Petrušić (ur.) Pristup pravosuđu - instrumenti za implementaciju evropskih standarda u pravni sistem RS*, str. 201–224

McClellan, D. (2002) *International Co-operation in Civil and Criminal Matters*, Oxford University Press Inc, New York, pp. 21–57

Statement of the European Law Institute on Collective Redress and Competition Damages Claims, [Electronic version]. Retrieved 14 April 2014 from

http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/General_A

ssembly/2014/

Draft_

Statement_on_Collective_Redress_Competition_Damages_Claims.pdf

Comments in response to the Commission's study of the general principles applying to collective redress, (2011) ICC Commission on Competition, Document No. 225/678 – 30 April 2011 [Electronic version]. Retrieved 14 April 2014 from <http://www.iccwbo.org/Data/Policies/2011/Comments-in-response-to-the-Commission%E2%80%99s-study-of-the-general-principles-applying-to-collective-redress/>

Nevena Petrušić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Collective Legal Protection: The European Approach

Summary

One of the basic goals of the EU justice policy is to ensure an efficient and effective legal protection, particularly in cross-border disputes and cases concerning the violation of rights guaranteed under the EU legislation. In order to accomplish this goal, the EU embarked on a horizontal harmonization of civil procedure in some sectors and reinforced the institutional cooperation of Member States in the field of civil justice. Concurrently, there were some legal interventions in the field of civil procedure, which contributed to establishing a number of European procedural mechanisms, such as: the European Small Claims Procedure (2007), the European Payment Order Procedure (2006), etc. Many studies and analyses show that procedural mechanisms of collective legal protection are essential for ensuring an efficient and effective legal protection of rights guaranteed by the EU law.

The idea of introducing the collective legal protection instruments into the EU law has been present for more than two decades. It has been endorsed by the European Economic and Social Committee, which has played the key role in its promotion. In June 2013, after extensive consultations, the European

Commission adopted the *Recommendation on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Members States concerning violations of rights guaranteed under the EU law*. This document has provided a coherent horizontal framework for the collective legal protection at the EU level by establishing the common European principles for collective redress mechanisms which the Member States should incorporate into their national systems. Analysis of the common principles governing the collective legal protection shows that the European approach to shaping the collective redress claims is significantly different from the American class action model, which is considered to be incompatible with the European legal tradition and deemed to provide a wide margin for abuse.

The common European principles are universal because they refer to the collective protection of all rights guaranteed under the EU law, including the rights in the area of consumer protection, unfair competition, environment protection, etc. On the other hand, these principles are significant not only for the collective judicial protection but also for the collective protection which is exercised by using out-of-court (alternative) dispute resolution methods. Within the framework of collective judicial protection, the Recommendation includes two basic procedural mechanisms: *the injunctive collective action* and *the compensatory collective action*. The former is aimed at prohibiting the harmful or unlawful conduct; the latter enables a number of persons affected by the commission of an unlawful act to seek redress (damages) in a judicial proceeding, which is particularly important in cases where the damage is disproportional to the costs of the proceedings. The Member States are expected to incorporate the common European principles into their national systems within a period of two years. After four years, in order to ensure a uniform implementation of the Recommendation, the European Commission will assess the need for introducing additional legislative measures.

Keywords: collective legal protection, injunctive collective action, compensatory collective action.

Dr Nataša Stojanović,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

NAUČNI ČLANAK

UDK: 349.6:502.211](497.11:4-672EU)

Rad primljen: 01.09.2014.
Rad prihvaćen: 01.12.2014.

OPŠTI PRAVNI OKVIR OČUVANJA EVROPSKE DIVLJE FAUNE I PRIRODNIH STANIŠTA**

Apstrakt: Na području Evropske unije u primeni je više pravnih izvora kojima se štiti divlja fauna i njena prirodna staništa. S jedne strane, postoje pravni dokumenti sa različitom pravnom snagom, kojima se na opšti način pruža zaštita svim divljim životinjskim vrstama i njihovim prirodnim staništima. S druge strane, ima više propisa, opet sa različitom pravnom snagom, kojima se štite samo pojedine komponente divlje faune ili se tretiraju samo pojedini aspekti iz domena njihove pravne zaštite.

Predmet pažnje autora u radu jesu pravni izvori kojima Evropska unija, pravilima opšteg karaktera, obezbeđuje zaštitu divlje faune i prirodnih staništa na njenoj teritoriji: Konvencija o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa; Konvencija o očuvanju migratornih vrsta divljih životinja i Direktiva 92/43 EEZ o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore.

Budući da Republika Srbija, kao kandidat za članstvo u Evropskoj uniji, mora i na planu očuvanja divlje faune da usaglasí svoje propise sa zakonodavstvom Evropske unije, cilj rada jeste da se ustanovi u kojoj meri je do sada ta usaglašenost postignuta i šta je sve potrebno učiniti u pravcu ostvarivanja potpune saglasnosti.

Ključne reči: divlja fauna, prirodna staništa, zakonodavstvo Evropske unije, propisi Republike Srbije.

* natasa@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу од 2013. до 2018. године.

1. Uvodne napomene

Iako Evropa kao jedan od sedam kontinenata na planeti Zemlji zauzima samo 2% njene površine i prostire se na 10.390.000 km²,¹ nju odlikuje veliko bogatstvo biljnih i životinjskih vrsta.² Prema procenama eksperata, na području Evrope živi 270 vrsta sisara (od toga su 78 endemične), 75 vrsta vodozemaca (od toga su 56 endemične), 344 vrste slatkovodnih riba (od toga su 200 endemične) (Lévêque – Mounolou, 2003: 49), 188 vrsta gmizavaca, 800 vrsta ptica,³ i 100.000 vrsta beskičmenjaka, uključujući i insekte (Wieringa, 1995).

Najviše zahvaljujući destruktivnom delovanju čoveka na životnu sredinu, manifestovanom, u prvom redu, kroz: prekomernu eksploataciju njenih komponenti (najčešće, putem lova i ribolova); zagađivanje; promenu namene staništa ili njihovu degradaciju (prvenstveno močvara, šuma i pašnjaka); demografski rast stanovništva; vojne konflikte i unošenje invanzivnih vrsta, veliki broj životinjskih vrsta je nestao ili pred izumiranjem na evropskom kontinentu.⁴ Za migratorne vrste divljih životinja posebnu opasnost predstavljaju: putevi, ograde, brane i strujni vodovi.^{5 6}

Na teritoriji Evropske unije u primeni je više pravnih izvora kojima se divlja fauna i njena prirodna staništa štite. S jedne strane, postoje pravni dokumenti sa različitom pravnom snagom, kojima se na opšti način pruža zaštita svim

¹ *Ugrožene i zaštićene vrste na teritoriji Evrope i Srbije*. Preuzeto 10. jula 2013. godine, sa sajta

http://ekospark.com/info/06_biodiverzitet/biodiverzitet/ugrozene_vrste_u_eu/Index.html.

² Zbog nepostojanja prirodne biogeografske granice između Evrope i Azije, na severu i istoku, sam termin „fauna Evrope“ nije u potpunosti precizan i naučno određen. Opširnije o tome, videti: *Fauna of Europe*, Retrieved 30, April 2014, from http://en.wikipedia.org/wiki/Fauna_of_Europe.

³ *Fauna Europaea: Name Search*, Retrieved 11, April 2014, from <http://www.faunaeur.org>.

⁴ O razlozima koji mogu negativno uticati na divlju faunu i njena prirodna staništa, detaljnije videti kod: Stojanović, 2013a: 172–173.

⁵ *Threats to Migratory Species*, Retrieved 30, April 2014, from <http://www.cms.int/en/species/threats>.

⁶ Tako, na prostoru Evropske unije oko 15% sisara je izumrlo, a 27% ovih životinja se nalazi u konstantnom opadanju, 13% vrsta ptica smatra se ugroženim, a 1/3 svih slatkovodnih riba je pod rizikom od izumiranja. *Ugrožene i zaštićene vrste na teritoriji Evrope i Srbije*. Preuzeto 10. jula 2013. godine, sa sajta http://ekospark.com/info/06_biodiverzitet/biodiverzitet/ugrozene_vrste_u_eu/Index.html.

divljim životinjskim vrstama i njihovim prirodnim staništima (npr. Konvencija o biološkoj raznovrsnosti, Konvencija o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa, Konvencija o očuvanju migratornih vrsta divljih životinja, Direktiva 92/43/EEZ o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore). S druge strane, ima više propisa, opet sa različitom pravnom snagom, kojima se štite samo pojedine komponente divlje faune (npr. Međunarodna konvencija o zaštiti ptica, Konvencija o močvarama koje su od međunarodnog značaja, naročito kao staništa ptica močvarnica, Direktiva 2009/147/EZ o očuvanju divljih ptica) ili se tretiraju samo pojedini aspekti iz domena njihove pravne zaštite (npr. Konvencija o međunarodnom prometu ugroženih vrsta divlje faune i flore, Uredba, br. 338/97/EZ o zaštiti vrsta divlje faune i flore uređenjem trgovine njima, Direktiva 1999/22/EZ o držanju divljih životinja u zoološkim vrtovima).

U radu pažnju fokusiramo na pravne izvore kojima Evropska unija, putem opštih pravila, obezbeđuje zaštitu, u prvom redu, divlje faune i prirodnih staništa na njenoj teritoriji: Konvencija o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa; Konvencija o očuvanju migratornih vrsta divljih životinja i Direktiva 92/43/EEZ o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore.

Budući da Republika Srbija, kao kandidat za članstvo u Evropskoj uniji, mora i na planu očuvanja divlje faune da usaglasa svoje propise sa zakonodavstvom Evropske unije, cilj rada jeste da se ustanovi u kojoj meri je do sada ta usaglašenost postignuta i šta je sve potrebno učiniti u pravcu ostvarivanja potpune saglasnosti.

2. Konvencija o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa

Konvencija o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa,^{7 8} sačinjena je i otvorena za potpisivanje u Bernu, 19. septembra 1979. godine, a stupila je na pravnu snagu 1. juna 1982. godine. Do sada je ovu Konvenciju

⁷ Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats (No 104). Retrieved 30. April 2014, from <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/104.html>.

⁸ O ovoj Konvenciji opširnije, na primer, videti kod: Gajić, 2008, 521–532; Petković, 2006, 533–539.

ratifikovalo ukupno 50 država, kao i Evropska unija.⁹ Republici Srbiji je, nakon prijema u članstvo Saveta Evrope, ovo prva konvencija iz oblasti zaštite životne sredine koju je ratifikovala.¹⁰

Države, potpisnice ove Konvencije, potpuno svesne činjenice da divlja fauna, pored flore, ima presudnu ulogu u očuvanju ekološke ravnoteže i da je značajna za ljudski rod zbog svoje naučne, ekonomske, kulturne, estetske i rekreacione vrednosti, ali da je, najviše zahvaljujući delanju čoveka, veliki broj njenih komponenti ugrožen, istrebljen ili je pred istrebljenjem,¹¹ pokrenule su pravni mehanizam njene zaštite na evropskom prostoru.

Iako naslov Konvencije potencira očuvanje divlje faune u Evropi, njena sadržina zapravo prostire se na sve divlje životinjske vrste koje žive na evropskom području, ali i izvan njega, kao i na sve migratorne vrste, čije kretanje nije ograničeno granicama evropskih država.¹²

Bernska konvencija postavlja tri cilja: očuvanje divlje faune i flore i njihovih prirodnih staništa, a naročito očuvanje ugroženih i osetljivih divljih životinjskih vrsta i migratornih vrsta koje borave na području država potpisnica, kao i unapređivanje saradnje između država na tom polju.¹³ Za postizanje navedenih ciljeva od država ugovornica zahteva se preduzimanje adekvatnih mera (aktivnosti) na nacionalnom nivou (npr. unapređivanjem nacionalnih politika o očuvanju divlje faune i njenih prirodnih staništa, potenciranje, u obrazovnom procesu i u medijima, neophodnosti očuvanja divljih životinjskih vrsta).¹⁴

Kada je u pitanju zaštita prirodnih staništa divlje faune, od država potpisnica Konvencija posebno zahteva da preduzimaju odgovarajuće zakonodavne i

⁹ Retrieved 30. April 2014, from <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/Cherches...>

¹⁰ Zakon o potvrđivanju Konvencije o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, 102/2007.

¹¹ Alarmantno zvuči podatak da je samo u periodu od 1992. do 2011. godine biološka raznovrsnost smanjena za 12%. „*Natura 2000*“ u Srbiji 2013. Preuzeto 6. marta 2014. godine, sa sajta <http://glassrbije.org/privreda/%E2%80%9Enatura-2000>.

¹² Videti: Izveštaj sa objašnjenjima, uz čl. 1 Konvencije o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa (Explanatory Report). Preuzeto 30. aprila 2014. godine, sa sajta <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/HTML/104.html>.

¹³ Videti: čl. 1 Konvencije o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa.

¹⁴ Videti: čl. 3 Konvencije o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa.

administrativne mere u pravcu očuvanja ugroženih prirodnih staništa, staništa onih životinjskih vrsta koje su navedene u njenom Dodatku II, koji se odnosi na strogo zaštićene vrste fauna,¹⁵ i staništa koja su od značaja za migratorne vrste, navedene dodacima II i III Konvencije.¹⁶ Posebna obaveza država, potpisnica Bernske konvencije jeste koordiniranje aktivnosti na planu zaštite prirodnih staništa koja se nalaze u graničnim oblastima.¹⁷ Područja od posebne važnosti za zaštitu biološke raznovrsnosti (Areas of Special Conservation Importance – ASCI), prirodna staništa koja su predmet zaštite ove Konvencije čine evropsku ekološku mrežu – Smaragdnu (Emerald) mrežu,¹⁸ utemeljenu na kriterijumima sadržanim u Preporuci Bernske konvencije.¹⁹

Konvencija o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa uzima u zaštitu strogo zaštićene životinjske vrste, navedene u Dodatku II, i zaštićene vrste divlje faune, sadržane u Dodatku III, ne definišući pritom i jednu i drugu komponentu divlje faune.

Kada je reč o strogo zaštićenim životinjskim vrstama, od država potpisnica zahteva se preduzimanje odgovarajućih administrativnih mera u pravcu njihove zaštite. Pri tome, Bernska konvencija strogo zabranjuje: namerno hvatanje, držanje ili ubijanje ovih životinja;²⁰ namerno uništavanje ili oštećivanje mesta za odmor ili razmnožavanje ovih vrsta; namerno uništavanje ili uzimanje jaja od divljih životinja, i ako su ona prazna; namerno uznemiravanje ovih životinja, posebno u vreme njihovog parenja, podizanja mladih i hibernacije; držanje ovih životinja, kao i trgovina istim, uključujući i njihovo prepariranje.²¹

¹⁵ Videti: čl. 4, st. 1 Konvencije o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa.

¹⁶ Videti: čl. 4, st. 3 Konvencije o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa.

¹⁷ Videti: čl. 4, st. 4 Konvencije o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa.

¹⁸ Ekološki značajna područja koja čine Emerald mrežu u Srbiji pobrojana su u Prilogu I Ekološki značajna područja Republike Srbije, u okviru Uredbe o ekološkoj mreži (*Službeni glasnik RS*, 102/2010).

¹⁹ Recommendation on the Status of Candidate Emerald Sites and Guidelines on the Criteria for their Nomination, No 157 (2011), Retrieved 3, May 2014, from <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command...>

²⁰ Osim u slučaju samoodbrane. Videti: Izveštaj sa objašnjenjima, uz čl. 6 Konvencije o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa (Explanatory Report).

²¹ Videti: čl. 6. Konvencije o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa.

Za zaštićene vrste faune, Konvencija ima drugačija merila u pogledu očuvanja njihove populacije, budući da im ne pretil istrebljenje. Od država potpisnica zahteva se preduzimanje zakonodavnih i administrativnih mera koje odgovaraju zaštiti ovih životinjskih vrsta. Konvencija o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa ne zabranjuje njihovo hvatanje, držanje ili ubijanje, ali ove aktivnosti moraju da budu do granice koja ne ugrožava opstanak zaštićenih vrsta divlje faune. Kao mere kojima se to može postići Konvencija predlaže: lovostaj, zatvorene zone za lov ili druge postupke koji se odnose na njihovu eksploataciju, kako bi se obnovio odgovarajući nivo populacije određene zaštićene divlje životinjske vrste, kao i regulisanje njihove prodaje, razmene²² i transporta.²³ Konvencija strogo zabranjuje upotrebu svih sredstava za hvatanje i ubijanje divljih životinja, posebno onih navedenih u Dodatku IV, kojima se može izazvati „lokalno nestajanje populacije jedne vrste ili ozbiljno uznemiravanje istih“.²⁴

Od pravila kojima se štite strogo zaštićene i zaštićene vrste divlje faune, Konvencija o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa propisuje nekoliko izuzetaka, pod uslovom da se time ne ugrožava opstanak populacije određene životinjske vrste. U tom smislu, dozvoljeno je hvatanje, držanje, korišćenje ili ubijanje jedinki te vrste, kao i uništavanje ili oštećivanje njihovih staništa u cilju: zaštite flore i ostalog dela faune; radi sprečavanja ozbiljnih šteta koje mogu biti nanete usevima, šumama, ribnjacima, vodi, stoci i slično; u interesu zdravlja i bezbednosti vazdušnog saobraćaja ili drugih važnih razloga od javnog interesa; zbog obnavljanja populacije određenih vrsta flore i faune; radi naučnih istraživanja i edukacije; u drugim opravdanim slučajevima, kada je potrebna eksploatacija ograničenog broja jedinki određene životinjske vrste. O primeni navedenih mogućih izuzetaka u praksi država potpisnica mora da podnese detaljni izveštaj Stalnom komitetu, telu koje se stara o sprovođenju ove Konvencije, svake druge godine.²⁵ ²⁶

²² Iako ovaj termin nije upotrebljen u Konvenciji, stav je Odbora za zaštitu divljih životinja da je on obuhvaćen izrazima: „kupovina“ i „ponuda za prodaju“. Videti: Izveštaj sa objašnjenjima, uz čl. 7. Konvencije o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa (Explanatory Report).

²³ Videti: čl. 7. Konvencije o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa.

²⁴ Videti: čl. 8. Konvencije o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa.

²⁵ Videti: čl. 9. Konvencije o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa.

Bernska konvencija poseban akcenat stavlja na koordinaciju aktivnosti država ugovornica koje imaju za cilj očuvanje i zaštitu migratornih vrsta, navedenih u dodacima II i III ovog pravnog izvora, koje borave na području tih država.²⁷

Od država, potpisnica Konvencije o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa, takođe se zahteva veći nivo saradnje u cilju povećanja efikasnosti određenih mera u odgovarajućim slučajevima, kao i podsticanje i koordinaciju istraživanja koja se direktno odnose na njenu primenu.²⁸

Konvencija o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa posebno obavezuje države potpisnice da na odgovarajući način podstiču uvođenje autohtonih vrsta divlje faune, ukoliko će to doprineti njihovom očuvanju, kao i da kontrolišu unošenje alohtonih vrsta na njeno područje, naročito ako pojedine od njih mogu ugroziti opstanak domaćih vrsta flore i faune.²⁹

Bernska konvencija omogućava državama potpisnicama da uzmu u kompletnu zaštitu i druge vrste faune koje se nalaze na njenom području, a koje nisu navedene u Dodatku II, kao strogo zaštićene vrste.³⁰ Osim toga, Konvencija ovlašćuje države ugovornice da mogu u svom zakonodavstvu da predvide i strožije mere od onih koje su propisane u ovom pravnom dokumentu, sa ciljem očuvanja komponenti divlje faune i njenih staništa.³¹

Svaka od država ugovornica ima pravo da, prilikom potpisivanja Konvencije o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa, deponovanja ratifikacionih instrumenata, ili instrumenata prihvatanja, usvajanja ili pristupanja, odredi teritoriju na kojoj će se ona primenjivati. Moguće je i

²⁶ To pretpostavlja mogućnost država ugovornica da vrše nadzor eksploatacije zaštićenih vrsta divlje faune i određivanje strožih mera od onih propisanih Konvencijom. Videti: Izveštaj sa objašnjenjima, uz čl. 7. Konvencije o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa (Explanatory Report).

²⁷ Videti: čl. 10. Konvencije o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa.

²⁸ Videti: čl. 11, st. 1, tač. a i b Konvencije o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa.

²⁹ Videti: čl. 11, st. 2, tač. a i b Konvencije o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa.

³⁰ Videti: čl. 11, st. 3. Konvencije o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa.

³¹ Videti: čl. 12. Konvencije o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa.

teritorijalno proširenje primene ove Konvencije, deklaracijom, upućenom generalnom sekretaru Saveta Evrope.³²

Države ugovornice, takođe, su ovlašćene da stavljanjem rezervi, koje ne mogu biti opšte prirode, ograniče primenu Bernske konvencije u vezi sa pojedinim vrstama faune ili određenih prirodnih staništa.³³ Zabranom stavljanja rezervi opšteg karaktera, isključuje se mogućnost da države ugovornice smanje svoje obaveze na nivo, zbog kog Konvencija neće imati nikakvog efekta u pravnom saobraćaju.³⁴ Republika Srbija je iskoristila takvu mogućnost u pogledu četiri vrste navedene u Dodatku II Konvencije o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa. Radi se o vuku, poskoku, divljoj mački i jastrebu.

Iako u Konvenciji o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa, ove vrste imaju status strogo zaštićene vrste, u domaćem pravu vuk i divlja mačka, zbog brojnosti, pripadaju zaštićenim vrstama, osim na području Vojvodine, gde su strogo zaštićene vrste, i njihov status i režim regulisan je propisima iz oblasti lovstva.³⁵ Poskok, zbog korišćenja za proizvodnju seruma protiv zmijskog otrova, pripada zaštićenim vrstama divlje faune, i budući da je reč o komercijalnoj vrsti na nju se odnose pravila sadržana u Uredbi o stavljanju pod kontrolu korišćenja i prometa divlje flore i faune.³⁶ Kada je reč o jastrebu, ova vrsta jedino neće biti uzeta u zaštitu na objektima za proizvodnju pernate divljači i prihvatilišta.³⁷

Nema sumnje da Bernska konvencija, svojom sadržinom, predstavlja pomak u pravnoj zaštiti evropske divlje faune, naročito deo koji se odnosi na uspostavljanje saradnje između država potpisnica i zajedničkim akcijama u očuvanju ugroženih i osetljivih životinjskih vrsta. Međutim, s pravom je

³² Videti: čl. 21, st. 1. i 2. Konvencije o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa.

³³ Videti: čl. 22, st. 1. Konvencije o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa.

³⁴ Videti: Izveštaj sa objašnjenjima, uz čl. 22. Konvencije o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa (Explanatory Report).

³⁵ Videti: Pravilnik o proglašenju i zaštiti strogo zaštićenih i zaštićenih divljih vrsta biljaka, životinja i gljiva, Prilog II (*Službeni glasnik RS*, 5/2010 i 47/2011).

³⁶ *Službeni glasnik RS*, 31/2005, 45/2005, 22/2007, 38/2008, 9/2010 i 69/2011.

³⁷ Videti: čl. 3. Zakona o potvrđivanju Konvencije o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa.

primećeno u pravnoj literaturi da Konvencija o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa selektivno štiti (i to ne stalno, primedba autora) samo malobrojne životinjske vrste od ubijanja (Visković, 1996: 496). Osim toga, pravna zaštita divlje faune znatno je oslabljena mogućnošću stavljanja rezervi u pogledu primene Bernske konvencije na pojedine životinjske vrste ili određena prirodna staništa, i na kraju, glavni nedostatak ove Konvencije ogleda se u tome da je njena primena direktno uslovljena zakonodavnom aktivnošću država potpisnica (Paunović, 2003: 218–219).

3. Konvencija o očuvanju migratornih vrsta divljih životinja

Konvencija o očuvanju migratornih vrsta divljih životinja³⁸ usvojena je u Bonu, 23. juna 1979. godine, a stupila na pravnu snagu 01. novembra 1983. godine. Do danas je ovu Konvenciju potpisala i ratifikovala 121 država, kao i Evropska unija.³⁹ Republika Srbija je, na osnovu Zakona o potvrđivanju Konvencije o očuvanju migratornih vrsta divljih životinja, prihvatila rešenja ove Konvencije.⁴⁰

Migratorne divlje životinje predstavljaju bitnu komponentu ekosistema koji podržava život na planeti Zemlji. One ne samo što obezbeđuju hranu za druge životinje i regulišu broj vrsta u ekosistemu, već su i efikasni indikatori svih promena u životnoj sredini.⁴¹

Države ugovornice, prihvatajući realnost da divlje životinje čine neraskidivi deo prirode, da imaju veliki značaj za čoveka sa ekonomskog, ekološkog, naučnog, obrazovnog, estetskog, rekreacionog, genetičkog i kulturnog stanovišta, ali i da efikasna zaštita vrsta divljih životinja koje ciklično prelaze granice dveju ili više država (tzv. migratorne vrste), mora biti plod koordinirane akcije više zemalja, potpisale su ovu Konvenciju.

Bonska konvencija je pred ugovorne strane postavila tri cilja: saradnja i unapređivanje istraživanja koja se tiču migratornih vrsta; hitna zaštita

³⁸ Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals (CMS). Retrieved 28, April 2014, from <http://www.cms.int/en/node/3916>.

³⁹ Retrieved 28, April 2014, from <http://www.cms.int/en/parties-range-states>.

⁴⁰ *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 102/2007.

migratornih vrsta koje su navedene u Dodatku I Konvencije i nastojanje da se zaključuju međunarodni ugovori, koji za predmet imaju očuvanje i gazdovanje migratornim vrstama, navedenim u Dodatku II Konvencije.⁴²

Za migratorne vrste divljih životinja, pobrojane u Dodatku I Konvencije – vrste kojima prete opasnost od izumiranja na celom području na kome borave ili njegovom pretežnom delu (tzv. ugrožene vrste, primera radi: kuna, snežni leopard, dvogrba kamila, patka njorka, orao belorepan, gavijal) slovo ovog pravnog izvora predviđa više obaveza za države ugovornice. Naime, od država čiju teritoriju naseljava određena ugrožena migratorna vrsta ili se privremeno zadržava ili je u prolazu ili je nadleće (tzv. država areala), zahteva se da rade: na očuvanju ili obnovi staništa ugroženih vrsta, sprečavanju, neutralisanju ili minimiziranju negativnih efekata svih aktivnosti koje onemogućavaju ili ometaju migraciju vrste; na sprečavanju, smanjivanju ili kontroli faktora koji ugrožavaju ili je verovatno da će i dalje ugrožavati određenu migratornu vrstu (npr. strogom kontrolom unošenja egzotičnih vrsta).⁴³

Konvencija obavezuje države ugovornice da zabrane hvatanje svih vrsta životinja, navedenih u Dodatku I, izuzev ako je to potrebno u svrhu naučnih istraživanja, radi razmnožavanja ili preživljavanja ugrožene migratorne vrste; zbog zadovoljavanja tradicionalnih potreba lokalnog stanovništva za prehranom ili obradom zemlje ili ako to nameću izuzetne prilike. Svi ovi izuzeci moraju da budu precizno određeni u smislu sadržine, vremena i mesta, ali je bitno da se hvatanjem jedinki ugroženih migratornih vrsta ne šteti samoj vrsti.⁴⁴

Kada je reč o životinjama, nabrojanim u Dodatku II Konvencije, tu se imaju u vidu, u prvom redu, životinje koje imaju nepovoljan status očuvanja (npr. kineski beli delfin, planinska gazela, riđovrati gnjurac, mali vranac, prepelica, grlica, južnoamerička rečna kornjača). „Status očuvanja migratornih vrsta“ jeste izraz koji Konvencija objašnjava kao skup uticaja koji deluju na migratornu vrstu, a koji mogu da utiču, dugoročno gledano, na njenu

⁴¹ *The value of animal migration*, Retrieved 28, April 2014, from <http://www.cms.int/en/node/3912>.

⁴² Videti: čl. 2, st. 2. Konvencije o očuvanju migratornih vrsta divljih životinja.

⁴³ Videti: čl. 3, st. 4. Konvencije o očuvanju migratornih vrsta divljih životinja.

⁴⁴ Videti: čl. 3, st. 5. Konvencije o očuvanju migratornih vrsta divljih životinja.

rasprostranjenost i brojnost.⁴⁵ Osim ovih migratornih vrsta divlje faune, u Dodatku II Konvencije, navedene su i one vrste čiji je status očuvanja za sada povoljan, ali se zahvaljujući zaključivanju međunarodnih ugovora koji se tiču zaštite upravo te vrste, može u budućnosti sprečiti njen nepovoljan status očuvanja.⁴⁶

Konvencija o očuvanju migratornih vrsta divljih životinja u čl. 5, daje smernice za sastavljanje međunarodnih ugovora, koji za cilj imaju održavanje povoljnog statusa određene migratorne vrste ili geografski odvojenog dela populacije te vrste, ili vraćanje povoljnog statusa očuvanja jedne ili više migratornih vrsta.⁴⁷

Uz ovu Konvenciju postoji određeni broj sporazuma kojima se štite pojedine migratorne vrste divljih životinja: Sporazum o očuvanju foka u Vadenskom moru (Bon, 1990);⁴⁸ Sporazum o očuvanju slepih miševa u Evropi (London, 1991);⁴⁹ Sporazum o očuvanju malih morskih sisara u Baltičkom moru, Severnoistočnom Atlantiku, Irskom i Severnom moru (Njujork, 1992);⁵⁰ Sporazum o očuvanju afričko-evroazijskih migratornih vrsta ptica močvarnica (Hag, 1996);⁵¹ Sporazum o očuvanju morskih sisara Crnog mora, Sredozemnog mora i pogranične oblasti Atlantika (Monako, 1996);⁵²

⁴⁵ Videti: čl. 1, st. 1, tač. b Konvencije o očuvanju migratornih vrsta divljih životinja.

⁴⁶ Videti: čl. 4, st. 1. Konvencije o očuvanju migratornih vrsta divljih životinja.

⁴⁷ Videti: čl. 5 Konvencije o očuvanju migratornih vrsta divljih životinja.

⁴⁸ Agreement on the Conservation of Seals in the Wadden Sea (Wadden Sea Seals). Retrieved 3, May 2014, from <http://www.waddensea-secretariat.org/managment/seal-manegment>.

⁴⁹ Agreement on the Conservation of Bats in Europe (EUROBATS). Retrieved 3, May 2014, from http://www.Eurobats.org/official_documents/agreement_text.

⁵⁰ Agreement on the Conservation of Small Cetaceans of the Baltic, North East Atlantic, Irish and North Seas (ASCOBANS). Retrieved 3, May 2014, from <http://www.ascobans.org/en/documents/agreement-text>.

⁵¹ Agreement on the Conservation of African-Eurasian Migratory Waterbirds (AEWA). Retrieved, 3 May 2014, from <http://www.unep-aewa.org/en/documents/agreement-text>.

⁵² Agreement on the Conservation of Cetaceans of the Black Sea, Mediterranean Sea and Contiguous Atlantic Area (ACCOBAMS). Retrieved 3, May 2014, from <http://www.accobams.org/index.php?option...>

Sporazum o očuvanju albatrosa i petrela (Kanbera, 2001)⁵³ i Sporazum o očuvanju gorila i njihovih staništa (Pariz, 2005).⁵⁴

Veliki broj zemalja, potpisnica ove Konvencije, dovoljna su potvrda o aktuelnosti pravne zaštite migratornih vrsta divljih životinja, pogotovo onih životinja čija je populacija toliko ugrožena da je pred izumiranjem. Ono što se može smatrati nedostatkom Konvencije o očuvanju migratornih vrsta divljih životinja jeste nedovoljna preciznost pojedinih odredaba, što može biti dobra podloga za različito tumačenje slova Konvencije, pa samim tim i razlike u njenoj primeni, što, u krajnjoj liniji, može imati za posledicu nejednako postupanje prema određenim migratornim vrstama od države do države. Primera radi, kako je već rečeno, u Konvenciji se, kada su pitanju ugrožene migratorne vrste, zabranjuje njihovo hvatanje, pa se od toga pravila predviđaju određena odstupanja, uključujući i rešenje da je hvatanje jedinki tih životinja prihvatljivo kada to nalažu izuzetne okolnosti. Pri tome se, ugovornim stranama ostavlja da same bliže odrede sadržinu tih izuzetnih prilika, kao i prostorno i vremensko ograničenje, ali i to da takvo hvatanje ne sme da se vrši na štetu vrste. Osim toga, ono što se takođe može smatrati nedostatkom ove Konvencije jeste postojanje neadekvatnog nadzornog mehanizma za njenu primenu. Čini se da redovni sastanci Konferencije strana ugovornica u vremenskim periodima od najviše tri godine, na kojima se, pored ostalog, razmatra i ocenjuje status očuvanja migratornih vrsta nisu dovoljna garancija da će migratorne vrste životinja biti i zaista zaštićene.⁵⁵ Takođe, preporuke upućene državama ugovornicama od strane Konferencije strana, u pravcu poboljšanja efikasnosti primene ove Konvencije,⁵⁶ budući da ih pravno ne obavezuju, ne mogu bitnije doprineti očuvanju migratornih vrsta divljih životinja.

⁵³ Agreement on the Conservation of Albatrosses and Petrels (ACAP). Retrieved 3, May 2014, from http://ACAP_Agreement_Amended_MoP4_2012_e1.pdf.

⁵⁴ Agreement on the Conservation of Gorillas and their Habitats (Gorilla Agreement). Retrieved 3, May 2014, from <http://www.cms.int/gorilla>.

⁵⁵ Videti: čl. 7, st. 3. i st. 5, tač. a i b Konvencije o očuvanju migratornih vrsta divljih životinja.

⁵⁶ Videti: čl. 7, st. 5, tač. e Konvencije o očuvanju migratornih vrsta divljih životinja.

Republika Srbija, poštujući slovo Konvencije,⁵⁷ podnosi nacionalne izveštaje o njenoj primeni.⁵⁸

U cilju poboljšanja delotvornosti Bonske konvencije u pripremi je Strategijski plan za migratorne vrste, za period 2015–2023. godina. Ovaj pravni dokument treba da obezbedi jasan zajednički program rada za sve koji deluju na očuvanju migratornih vrsta divljih životinja – viziju, liderstvo i pokretačku snagu za postizanje utvđenih ciljeva.⁵⁹

4. Direktiva 92/43/EEZ o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore

Direktiva 92/43/EEZ Saveta Evropske unije o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore⁶⁰ u prvi plan stavlja obezbeđivanje biološke raznovrsnosti, putem očuvanja prirodnih staništa i divlje faune i flore, vodeći naročito računa o privrednim, socijalnim i kulturnim potrebama datog područja, kao i regionalnim i lokalnim karakteristikama.⁶¹

Prema slovu Direktive, postizanje navedenih ciljeva podrazumeva osnivanje koherentne evropske ekološke mreže posebnih područja očuvanja (Natura 2000) koju zapravo čine ona područja na kojima se nalaze prirodni tipovi staništa, navedeni u Prilogu I ovog pravnog dokumenta, i staništa onih vrsta divlje faune i flore, navedenih u Prilogu II Direktive. Uspostavljanju ekološke mreže Natura 2000 treba da doprinese svaka država članica Evropske unije koja na svojoj teritoriji ima prirodne tipove staništa i staništa vrsta, navedene u prilogima I i II Direktive, sa ciljem njihovog održavanja na postojećem nivou ili obnavljanja njihovog povoljnog stanja očuvanosti.⁶²

⁵⁷ Videti: čl. 7, st. 5, tač. g Konvencije o očuvanju migratornih vrsta divljih životinja.

⁵⁸ Podaci preuzeti iz *Strategije biološke raznovrsnosti Republike Srbije*, za period od 2011. do 2018. godine, 2011: 47.

⁵⁹ Detaljnije o Strategijskom planu za migratorne vrste (2015–2023), videti: *Strategic Plan for Migratory Species (2015–2023)*, Retrieved 28, April 2014, from [http://www.cms.int/en/documents/strategic-plan/...](http://www.cms.int/en/documents/strategic-plan/)

⁶⁰ Council Directive 92/43/EEC of 21 May 1992 on the Conservation of Natural Habitats and of Wild Fauna and Flora (OJ L 206/7, 22. 07. 1992). Retrieved 25, April 2014, from <http://eur-lex.europa.eu>.

⁶¹ Videti: čl. 2. Direktive o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore.

⁶² Videti: čl. 3, st. 1–2. Direktive o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore.

Na osnovu Direktive 92/43/EEZ i Direktive 2009/147/EZ o očuvanju divljih ptica,⁶³ uspostavljena je jedinstvena ekološka mreža Natura 2000, koju čine oko 30.000 područja koja pokrivaju 20% teritorije Evropske unije.⁶⁴

Polazeći od kriterijuma ustanovljenih u Prilogu III (faza 1) Direktive 92/43/EEZ i na osnovu relevantnih naučnih informacija, svaka država članica predlaže popis područja na kojima se nalaze prirodni tipovi staništa, navedeni u Prilogu I, i staništa vrsta divlje faune i flore od interesa za Evropsku uniju, pobrojani u Prilogu II ovog pravnog izvora. Zajedno sa popisom navedenih područja, obavezno se prilažu i podaci kojima se bliže određuju data područja (njihovo ime, karta područja, površina i sl.).⁶⁵

Evropska komisija na osnovu dogovora sa svakom državom članicom Evropske unije, i uzimajući u obzir popis područja koje su one sastavile, a na kojima se nalazi prioritetni prirodni tipovi staništa⁶⁶ i prioritetne vrste divlje faune i flore,⁶⁷ sastavlja Nacrt popisa područja od značaja za Evropsku uniju. Ovaj Nacrt se kreira na osnovu kriterijuma sadržanih u Prilogu III (faza 2) u okviru svakog od pet biogeografskih regiona (alpskog, atlantskog, kontinentalnog, makaronezijskog i mediteranog)⁶⁸ i celokupne teritorije država Evropske unije.⁶⁹

Popis područja od značaja za Evropsku uniju usvaja Evropska komisija, prema utvrđenoj proceduri,⁷⁰ i na bazi njega svaka država članica dužna je da, u propisanom vremenskom periodu, odredi posebna područja očuvanja, istovremeno ustanovljujući među njima prioritete, polazeći od značaja koja ona

⁶³ Direktiva 2009/147/EC of the European Parliament and of the Council of 30 November 2009 on the Conservation of Wild Birds. Codified version (O) L 20/7, 26. 01. 2010, p. 1). Retrieved 25, April 2014, from <http://eur-lex.europa.eu>.

⁶⁴ *Natura 2000, šumska staništa u Vojvodini*. Preuzeto 14. marta 2014. godine, sa sajta <http://www.fornetserbia.com/doc/shared/Ekoloshka%>.

⁶⁵ Videti: čl. 4, st. 1. Direktive o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore.

⁶⁶ Pod prioritetnim prirodnim stanišnim tipom podrazumeva se onaj tip staništa, unutar nekog područja, kome preti nestanak. Videti: čl. 1, tač. (d) Direktive o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore.

⁶⁷ Pod prioritetnom vrstom divlje faune podrazumeva se vrsta za čije je očuvanje Evropska unija posebno odgovorna, polazeći od razmere njenog prirodnog areala na evropskom području. Videti: čl. 1, tač. (h) Direktive o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore.

⁶⁸ Videti: čl. 1, tač. 1, pod 3. Direktive o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore.

⁶⁹ Videti: čl. 4, st. 2. Direktive o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore.

imaju za održavanje ili obnavljanje povoljnog stanja očuvanosti prirodnih tipova staništa ili staništa divljih životinjskih ili biljnih vrsta, navedenih u Prilogu I i Prilogu II Direktive, kao i koherentnosti ekološke mreže Natura 2000.⁷¹

Iako svaka država članica Evropske unije, ponaosob, predlaže područja na kojima se nalaze prirodni tipovi staništa i staništa divljih životinjskih vrsta iz priloga I i II Direktive 92/43/EEZ, Evropska komisija ima pravo, na osnovu odredaba datog pravnog izvora, da interveniše i započne postupak bilateralnih savetovanja sa određenom državom iz sastava Evropske unije, ukoliko utvrdi da ta država nije u svoje zakonodavstvo označila određeno područje na kome se nalazi prioritetni tip staništa ili stanište prioritetne vrste, a koji je od značaja za održavanje tog prioritetnog tipa staništa ili opstanak te prioritetne vrste, na osnovu relevantnih naučnih pokazatelja.⁷² Ako postupak bilateralnih savetovanja protekne bez uspeha, i u propisanom roku, Evropska komisija ovlašćena je da Savetu Evropske unije predloži odabir tog područja kao teritorije od posebnog značaja za Evropsku uniju.⁷³ O upućenom predlogu Savet Evropske unije odlučuje jednoglasno poštujući predviđeni rok.⁷⁴

Prema slovu Direktive o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore, svaka država, članica Evropske unije dužna je da za posebno područja očuvanja koje se nalazi na teritoriji njene jurisdikcije utvrdi mere za njegovo očuvanje, vodeći naročito računa o ekološkim zahtevima, koji se odnose na prirodne tipove staništa ili staništa vrsta iz priloga I i II ovog pravnog izvora. Te mere mogu biti sadržane u planovima upravljanja datog područja ili drugim razvojnim planovima.⁷⁵

U kojoj meri Direktiva 92/43/EEZ ozbiljno pristupa ostvarivanju svojih ciljeva, nedvosmisleno potvrđuje i pravilo da svaki plan ili program koji nije direktno povezan sa upravljanjem datog posebnog područja očuvanja, ali bi mogao imati negativnog uticaja na njegovu zaštitu ili celovitost, ne može biti odobren od

⁷⁰ Videti: čl. 4, st. 2, tač. 3. Direktive o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore.

⁷¹ Videti: čl. 4, st. 4. Direktive o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore.

⁷² Videti: čl. 5, st. 1. Direktive o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore.

⁷³ Videti: čl. 5, st. 2. Direktive o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore.

⁷⁴ Videti: čl. 5, st. 3. Direktive o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore.

⁷⁵ Videti: čl. 6, st. 1. Direktive o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore.

strane nadležnog tela države članice Evropske unije, na čijoj teritoriji se nalazi.⁷⁶

Izuzetno, ako se iz imperativnih razloga, u kojima preovladava javni interes (zdravlje ljudi, javna bezbednost, korisne posledice od primarnog značaja za životnu sredinu ili drugi razlozi), prema oceni Evropske komisije mora usvojiti određeni plan ili program, i pored negativnog uticaja na područje očuvanja na kome se nalazi određeni prioritetni tip staništa ili prioritetna divlja životinjska vrsta, onda Direktiva 92/43/EEZ nalaže državama članicama preduzimanje odgovarajućih kompenzacijskih mera koje bi obezbedile zaštitu koherentnosti ekološke mreže Natura 2000.⁷⁷ U načelu, isto važi i kada su u pitanju ostala posebna područja očuvanja, ali se tu uzima u obzir šira paleta imperativnih razloga, u kojima preovladava javni interes, uzimajući u obzir i interese socijalne ili ekonomske prirode.⁷⁸ Osim toga, u cilju poboljšanja koherentnosti ekološke mreže Natura 2000, predviđena je i mogućnost deklasifikacije pojedinih posebnih područja očuvanja, kao i podsticanja upravljanja ekološkim koridorima koji imaju naročiti značaj za migraciju, širenje i genetsku razmenu vrsta divlje faune i flore.⁷⁹

Preduzimanje mera očuvanja područja na kojima se nalaze prirodni tipovi staništa i staništa divljih životinjskih vrsta, sadržani u prilogima I i II Direktive, po pravilu, finansira država članica Evropske unije na čijoj teritoriji se ta područja nalaze. Direktiva, takođe, omogućava da se države, članice Evropske unije, za finansijsku pomoć oko sprovođenja utvrđenih mera očuvanja datih područja obrate Evropskoj komisiji, kako bi se sprovelo sufinansiranje iz fondova Evropske unije. Evropska komisija, osim toga, može, uz saglasnost države članice, na čijoj teritoriji se nalazi područje od značaja za Evropsku uniju, da utvrđuje odgovarajuće mere za njegovo očuvanje, kao i finansijski okvir za njihovo sprovođenje, uključujući i izradu akcionog okvira mera, rangiranih prema prioritetu.⁸⁰

⁷⁶ Videti: čl. 6, st. 3. Direktive o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore.

⁷⁷ Videti: čl. 6, st. 4, tač. 2. Direktive o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore.

⁷⁸ Videti: čl. 6, st. 4, tač. 1. Direktive o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore.

⁷⁹ Videti: čl. 9 i 10. Direktive o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore.

⁸⁰ Videti: čl. 8, st. 1–4. Direktive o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore.

Prema slovu Direktive 92/43/EEZ, države, članice Evropske unije, vrše nadzor nad stanjem očuvanosti prirodnih staništa i divlje faune i flore koja se nalazi na evropskom prostoru, naročito uzimajući u obzir prioritete prirodne stanišne tipove i prioritete divlje životinjske i biljne vrste.⁸¹

Posebnu celinu u okviru Direktive o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore čini zaštita divljih životinjskih vrsta od značaja za Evropsku uniju, i u okviru nje pravila koja se tiču vrsta divlje faune, sadržanih u Prilogu IV Direktive, za koje važi strogi režim zaštite i pravila koja se odnose na zaštićene vrste iz Priloga V Direktive, čije se jedinke mogu pod određenim uslovima uzimati iz divljine.⁸²

Kada su u pitanju strogo zaštićene divlje životinjske vrste, Direktiva 92/43/EEZ propisuje čitav spektar mera kojih se države članice Evropske unije moraju pridržavati. Radi se o zabrani: namernog hvatanja ili ubijanja jedinki ovih divljih životinjskih vrsta; zatim, namernog uznemiravanja, naročito u vreme razmnožavanja, podizanja mladih, hibernacije i migracije; zabrani namernog uništavanja ili uzimanja jaja iz divljine, kao i zabrani uništavanja ili oštećivanja teritorije, koje primerci strogo zaštićene divlje faune koriste za odmor ili razmnožavanje.⁸³ Osim toga, zabranjuje se i držanje, ponuda za prodaju, prodaja, prevoz ili razmena strogo zaštićenih divljih životinjskih vrsta, sa ciljem zaštite jedinki ove komponente divlje faune.⁸⁴

Direktiva o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore nalaže državama, članicama Evropske unije, da sprovedu potrebna istraživanja i preduzimaju odgovarajuće mere očuvanja, kako bi se obezbedilo da slučajno hvatanje i ubijanje istih, nema značajan negativni uticaj na određenu strogo zaštićenu divlju životinjsku vrstu.⁸⁵

U očuvanju strogo zaštićenih divljih životinjskih vrsta svakako ima uticaja i mogućnost unošenja autohtonih vrsta na matična područja, kao i zabrana namerne introdukcije alohtonih divljih životinjskih vrsta na područja koja nisu

⁸¹ Videti: čl. 11. Direktive o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore.

⁸² Videti: čl. 12–16. Direktive o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore.

⁸³ Videti: čl. 12, st. 1. Direktive o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore.

⁸⁴ Videti: čl. 12, st. 2. Direktive o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore.

⁸⁵ Videti: čl. 12, st. 4. Direktive o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore.

njihova prirodna staništa, a svojim prisustvom mogu oštetiti autohtone vrste divlje faune ili flore.⁸⁶

Kada je reč o divljim životinjskim vrstama, navedenim u Prilogu V Direktive 92/43/EEZ, za koje važi blaži režim zaštite, budući da se one mogu uzimati iz prirode i iskorišćavati, ovaj pravni izvor propisuje niz mera koje države, članice Evropske unije mogu preduzimati sa ciljem održavanja date vrste u povoljnom stanju očuvanosti. U te mere spadaju: privremena ili lokalna zabrana uzimanja i iskorišćavanja jedinki određene divlje životinjske vrste; određivanje vremenskog razdoblja u kome se zaštićene divlje životinjske vrste mogu hvatati i metode koje se mogu koristiti; izrada propisa o pristupu određenoj imovini; primena propisa o lovu i ribolovu kojim se štite ove komponente divlje faune; uspostavljanje sistema dozvola za uzimanje primeraka određene divlje životinjske vrste iz prirode i određivanje kvota; regulisanje kupovine, prodaje i prevoza radi prodaje jedinki zaštićenih divljih životinjskih vrsta; uzgajanje, pod strogo kontrolisanim uslovima, jedinki određenih divljih životinjskih vrsta, kako bi se smanjio broj uzetih primeraka iz divljine, i procena delotvornosti navedenih mera.⁸⁷

Pri tome, valja imati u vidu da Direktiva o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore izričito zabranjuje upotrebu bilo kog sredstva hvatanja ili ubijanja ili prevoznog sredstva, navedenih u Prilogu VI Direktive, a koja mogu imati za posledicu lokalni nestanak ili ozbiljno uznemiravanje populacije određene zaštićene divlje životinjske vrste.⁸⁸

Izuzetno od zabrana propisanih za strogo zaštićene divlje životinjske vrste iz Priloga IV Direktive, i ograničenja u hvatanju i iskorišćavanju zaštićenih divljih životinjskih vrsta iz Priloga V Direktive, uključujući i zabranu upotrebe određenih sredstava za njihovo hvatanje ili ubijanje i prevoznih sredstava, ovaj pravni izvor dozvoljava odstupanja ako je to u interesu: javnog zdravlja, bezbednosti ili nekih drugih razloga od javnog interesa; zaštite divlje faune i flore i prirodnih staništa; sprečavanja ozbiljne štete na usevima, šumama, vodi, stoci, ribnjacima i drugoj imovini; naučnih istraživanja, obrazovanja,

⁸⁶ Videti: čl. 22. Direktive o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore.

⁸⁷ Videti: čl. 14. Direktive o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore.

⁸⁸ Videti: čl. 15. Direktive o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore.

repopulacije, reintegracije ili razmnožavanja određene divlje životinjske vrste; radi uzimanja i držanja, pod strogo kontrolisanim uslovima, iz prirode primeraka strogo zaštićenih divljih životinjskih vrsta iz Priloga IV Direktive.⁸⁹ Sva navedena odstupanja podležu detaljnoj kontroli od strane Evropske komisije.⁹⁰

Koliko su mere očuvanja delotvorne i utiču na održavanje ili obnovu prirodnih staništa ili populacija divlje faune, kao i celovitost ekološke mreže Natura 2000, to procenjuje Evropska komisija na osnovu izveštaja koje su države članice dužne da njoj periodično dostavljaju. Polazeći od tih pojedinačnih izveštaja, Evropska komisija sastavlja izveštaj kojim se ocenjuje doprinos koherentne ekološke evropske mreže Natura 2000 u očuvanju prirodnih staništa i divljih životinjskih i biljnih vrsta na području Evropske unije.⁹¹ Svakako, kvalitetnijoj zaštiti prirodnih staništa i divljih životinjskih vrsta od interesa za Evropsku uniju doprinosiće naučna istraživanja i razmena informacija, u cilju koordinacije istraživanja o očuvanju prirodnih staništa i evropske divlje faune i flore.⁹²

5. Opšti pravni okvir zaštite divlje faune i prirodnih staništa u Republici Srbiji

Na teritoriji Republike Srbije sve komponente divlje faune i prirodna staništa, osim pomenutih konvencija, zaštićene su Zakonom o zaštiti prirode kao osnovnim izvorom prava koji tretira ovu problematiku.⁹³ Prirodna staništa divljih životinjskih vrsta dodatno se bliže uređuju Uredbom o ekološkoj mreži i Pravilnikom o kriterijumima za izdvajanje tipova staništa, o tipovima staništa, osetljivim, ugroženim, retkim i za zaštitu prioritarnim tipovima staništa i o merama zaštite za njihovo očuvanje.^{94, 95}

⁸⁹ Videti: čl. 16, st. 1. Direktive o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore.

⁹⁰ Videti: čl. 16, st. 2. Direktive o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore.

⁹¹ Videti: čl. 17. Direktive o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore.

⁹² Videti: čl. 18, st. 1 Direktive o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore.

⁹³ *Službeni glasnik RS*, 36/2009, 88/2010 i 9/2010 – drugi zakon.

⁹⁴ *Službeni glasnik RS*, 35/2010.

⁹⁵ Pojedine divlje životinjske vrste, na teritoriji Republike Srbije, zaštićene su nizom zakonskih i podzakonskih akata. U tom pravcu videti: Zakon o divljači i lovstvu (*Službeni glasnik RS*, 18/2010); Zakon o zaštiti i održivom korišćenju ribljeg fonda (*Službeni glasnik*

Upoređujući sadržinu Direktive 92/43/EEZ o očuvanju prirodnih staništa i divlje faune i flore sa navedenim domaćim pravnim izvorima, može se zaključiti da je Republika Srbija vrlo blizu, barem u normativnom pogledu, sa Evropskom unijom. To se, pretpostavljamo, većim delom može pripisati činjenici da je Republika Srbija ratifikovala Konvenciju o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa i Konvenciju o očuvanju migratornih vrsta divljih životinja, čija rešenja su uzimana kao uzor za pomenutu Direktivu. Štaviše, kada se detaljnije sagleda sadržina pojedinih pravila domaćeg normotvorca, stiče se utisak da se on nekako više ugledao na rešenja iz Direktive 92/43/EEZ. To se naročito vidi kod regulisanja dozvoljenih radnji sa strogo zaštićenim divljim životinjskim vrstama, mada navedena Direktiva te iste radnje, kao i Konvencija o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa, vezuje i za zaštićene divlje životinjske vrste.⁹⁶ Zatim, kada je u pitanju uskraćivanje saglasnosti od strane nadležnog organa, u slučaju da se utvrdi na osnovu ocene prihvatljivosti da planovi, programi, projekti, radovi ili druge aktivnosti koje bi trebalo da se izvode na ekološki značajnom području mogu uticati na njegovo očuvanje i celovitost. Ovde, svako treba dodati i preduzimanje kompenzacijskih mera, koje bi trebalo da ublaže štetne posledice realizovanih projekata, planova, programa, radova ili drugih aktivnosti na ekološki značajnom području.⁹⁷

S druge strane, iako je Konvencija o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa ratifikacijom postala deo našeg pravnog sistema, nejasno je

RS, 36/2009 i 32/2013 – odl. US); Zakona o dobrobiti životinja (*Službeni glasnik RS*, 41/2009); Uredba o stavljanju pod kontrolu korišćenja i prometa divlje flore i faune (*Službeni glasnik RS*, 31/2005, 45/2005, 22/2007, 38/2008, 9/2010 i 69/2011); Pravilnik o proglašenju i zaštiti strogo zaštićenih i zaštićenih divljih vrsta biljaka, životinja i gljiva (*Službeni glasnik RS*, 5/2010 i 47/2011); Pravilnik o proglašavanju lovostajem zaštićenih vrsta divljači (*Službeni glasnik RS*, br. 9/2012 i 31/2013); Pravilnik o prekograničnom prometu i trgovini zaštićenim vrstama (*Službeni glasnik RS*, 99/2009); Pravilnik o odštetnom cenovniku za utvrđivanje visine naknade štete prouzrokovane nedozvoljenom radnjom u odnosu na strogo zaštićene i zaštićene divlje vrste (*Službeni glasnik RS*, 37/2010); Pravilnik o visini štete za protivzakonito ulovljenu divljač ili na drugi način uništenu divljač (*Službeni glasnik RS*, 60/2006); Naredba o merama za očuvanje i zaštitu ribljeg fonda (*Službeni glasnik RS*, 104/2009 i 49/2010).

⁹⁶ Uporediti: čl. 9 Konvencije o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa, čl. 16 Direktive 92/43/EEZ i čl. 75. Zakona o zaštiti prirode Republike Srbije.

zašto se radnje koje dozvoljava srpski zakonodavac u odnosu na strogo zaštićene divlje životinjske vrste ne odnose i na zaštićene divlje životinjske vrste, kao u Konvenciji, kad recimo i one mogu predstavljati opasnost po javnu bezbednost ili zdravlje građana ili, pak, prouzrokovati ozbiljnu štetu usevima.⁹⁸

Upoređujući popis strogo zaštićenih i zaštićenih vrsta divlje faune sadržan u Konvenciji o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa i domaći Pravilnik o proglašenju i zaštiti strogo zaštićenih divljih vrsta biljaka, životinja i gljiva, može se izvesti zaključak da, pored izvesnog poklapanja u pogledu određenog broja životinjskih vrsta, postoji i evidentno odstupanje. Naime, pojedine komponente divlje faune, koje su kao endemične vrste prisutne na našem području (npr. orao mišar, beloglavi sup, velika droplja), ali i brojnost populacije, kao i stepen ugroženosti pojedinih životinjskih vrsta, utiču na unekoliko drugačije klasifikovanje divlje faune na strogo zaštićene i zaštićene vrste u odnosu na ono što predviđa Konvencija o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa. Primera radi, dabar, puh i hermelin su u domaćem pravu strogo zaštićene vrste, a prema Bernskoj konvenciji zaštićene vrste. Direktiva 92/43/EEZ pak klasifikuje dabra i neke vrste puhova, kao strogo zaštićene vrste, a hermelina i ne spominje. S druge strane, poskok je, u zakonodavstvu Republike Srbije, komercijalna zaštićena vrsta, a prema Konvenciji o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa, strogo zaštićena vrsta. Isti status ima poskok i prema Direktivi.

Osim toga, ono što se može smatrati nedostatkom u radu srpskog normotvorca jeste prosto preuzimanje u celosti rešenja sadržanih u Zakonu o zaštiti prirode, kojima se tretira divlja fauna i njena prirodna staništa, i njihovo nepotrebno unošenje u Uredbu o ekološkoj mreži i Pravilnik o kriterijumima za izdvajanje tipova staništa, o tipovima staništa, osetljivim, ugroženim, retkim i za zaštitu prioriternim tipovima staništa i o merama zaštite za njihovo očuvanje. Tako, sastav ekološke mreže je na isti način uređen Zakonom o zaštiti prirode i

⁹⁷ Videti: čl. 6, st. 3-4. Direktive 92/43/EEZ, čl. 10. i čl. 12. Zakona o zaštiti prirode Republike Srbije.

⁹⁸ Uporediti: čl. 9. Konvencije o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa i čl. 75 Zakona o zaštiti prirode Republike Srbije.

Uredbom o ekološkoj mreži.⁹⁹ Osim toga, zakonska formulacija o zaštiti ekološke mreže i merama koje se mogu preduzimati u tom pravcu u potpunosti je preuzeta i uneta u Uredbu o ekološkoj mreži.¹⁰⁰ Takođe, normativni okvir upravljanja ekološkom mrežom i njenog finansiranja iz Zakona o zaštiti prirode Republike Srbije preuzet je Uredbom o ekološkoj mreži.¹⁰¹ I ne manje bitno, odredba o identifikaciji ekološki značajnih područja za Evropsku uniju, u okviru evropske ekološke mreže, pod nazivom Natura 2000, integralno je preuzeta iz Zakona o zaštiti prirode i uneta u Uredbu o ekološkoj mreži Republike Srbije.¹⁰²

Osim ove, jasno uočljive nedoslednosti srpskog zakonodavca, primetno je i nepotrebno ponavljanje pojašnjenja značenja određenih izraza. Tako, definisanje izraza „stanište“ iz Zakona o zaštiti prirode, preuzeto je i ugrađeno u Pravilnik o kriterijumima za izdvajanje tipova staništa, o tipovima staništa, osetljivim, ugroženim, retkim i za zaštitu prioritetnim tipovima staništa i o merama zaštite za njihovo očuvanje.¹⁰³ Istu „sudbinu“ imaju i izrazi „tip staništa“, kao i „stanište vrste“.¹⁰⁴ Dodatak celokupnoj, već navedenoj pravnoj zbrci, predstavlja i očigledna neusaglašenost u pojašenju određenih termina. Tako se recimo izraz „zaštićeno stanište“ drugačije definiše u Zakonu o zaštiti prirode, a drugačije u Pravilniku o kriterijumima za izdvajanje tipova staništa,

⁹⁹ Uporediti: čl. 38, st. 1. Zakona o zaštiti prirode i čl. 2. Uredbe o ekološkoj mreži Republike Srbije.

¹⁰⁰ Uporediti: čl. 39. Zakona o zaštiti prirode i čl. 6. Uredbe o ekološkoj mreži Republike Srbije.

¹⁰¹ Uporediti: čl. 40, čl. 55, st. 2. i čl. 69, st. 1 Zakona o zaštiti prirode sa čl. 7–10. Uredbe o ekološkoj mreži Republike Srbije.

¹⁰² Uporediti: čl. 55. Zakona o izmenama i dopunama Zakona zaštiti prirode (*Službeni glasnik RS*, 88/2010) i čl. 14. Uredbe o ekološkoj mreži Republike Srbije.

¹⁰³ Videti: čl. 4, st. 1, tač. 69. Zakona o zaštiti prirode i čl. 2, tač. 1. Pravilnika o kriterijumima za izdvajanje tipova staništa, o tipovima staništa, osetljivim, ugroženim, retkim i za zaštitu prioritetnim tipovima staništa i o merama zaštite za njihovo očuvanje Republike Srbije.

¹⁰⁴ Uporediti: čl. 4, st. 1, tač. 70. i 71. Zakona o zaštiti prirode sa čl. 2, tač. 2. i tač. 3. Pravilnika o kriterijumima za izdvajanje tipova staništa, o tipovima staništa, osetljivim, ugroženim, retkim i za zaštitu prioritetnim tipovima staništa i o merama zaštite za njihovo očuvanje Republike Srbije.

o tipovima staništa, osjetljivim, ugroženim, retkim i za zaštitu prioritetnim tipovima staništa i o merama zaštite za njihovo očuvanje.^{105, 106}

6. Zaključna razmatranja

Očigledno je da odgovarajuće odredbe Zakona o zaštiti prirode, Uredbe o ekološkoj mreži i Pravilnika o kriterijumima za izdvajanje tipova staništa, o tipovima staništa, osjetljivim, ugroženim, retkim i za zaštitu prioritetnim tipovima staništa i o merama zaštite za njihovo očuvanje Republike Srbije svojom sadržinom u dobroj meri ukazuju na usaglašenost sa Direktivom 92/43/EEZ.

Veliki deo posla, ipak, predstoji budući da Republika Srbija mora, do ulaska u Evropsku uniju, da popiše i kategoriše, prema kriterijumima navedenim u Direktivi, prirodne tipove staništa iz Priloga I i staništa vrsta iz Priloga II ovog pravnog izvora, kako bi ona postala deo evropske ekološke mreže Natura 2000.

U međuvremenu, srpski normotvorac mora da otkloni uočene nedorečenosti na relaciji Konvencija o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa i Zakon o zaštiti prirode, i da se „izbori“ sa praksom uzimanja određenih formulacija iz jednog pravnog izvora, i njihovog unošenja u druge pravne izvore, kao i nepotrebnog ponavljanja pojašnjenja značenja određenih izraza u više pravnih dokumenata.

Literatura

Agreement on the Conservation of Albatrosses and Petrels (ACAP). Retrieved 3, May 2014, from http://ACAP_Agreement_Amended_MoP4_2012_e1.pdf

Agreement on the Conservation of African-Eurasian Migratory Waterbirds (AEWA). Retrieved 3, May 2014, from <http://www.unep-aewa.org/en/documents/agreement-text>

¹⁰⁵ Videti: čl. 32, st. 1. Zakona o zaštiti prirode i čl. 2, tač. 4. Pravilnika o kriterijumima za izdvajanje tipova staništa, o tipovima staništa, osjetljivim, ugroženim, retkim i za zaštitu prioritetnim tipovima staništa i o merama zaštite za njihovo očuvanje Republike Srbije.

¹⁰⁶ Na uočene nedostatke, ali kada je reč o pravnoj zaštiti životinja tokom komercijalnog prevoza, već je ukazano kod: Stojanović, 2013b: 1267–1271.

Agreement on the Conservation of Bats in Europe (EUROBATS). Retrieved 3, May 2014, from http://www.Eurobats.org/official_documents/agreement_text

Agreement on the Conservation of Cetaceans of the Black Sea, Mediterranean Sea and Contiguous Atlantic Area (ACCOBAMS). Retrieved 3, May 2014, from <http://www.accobams.org/index.php?option...>

Agreement on the Conservation of Gorillas and their Habitats (Gorilla Agreement). Retrieved 3, May 2014, from <http://www.cms.int/gorilla>

Agreement on the Conservation of Seals in the Wadden Sea (Wadden Sea Seals). Retrieved 3, May 2014, from <http://www.waddensea-secretariat.org/managment/seal-manegment>

Agreement on the Conservation of Small Cetaceans of the Baltic, North East Atlantic, Irish and North Seas (ASCOBANS). Retrieved 3, May 2014, from <http://www.ascobans.org/en/documents/agreement-text>

Visković, N. (1996). *Životinja i čovjek, Prilog kulturnoj zoologiji*, Split: Krug

Gajić, D. (2008). Značaj i primena Konvencije o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa. *Pravni život. Tematski broj „Pravo i međunarodne integracije*. Tom I. Br. 9, Beograd: Udruženje pravnika Srbije, str. 521–532

Directiva 2009/147/EC of the European Parliament and of the Council of 30 November 2009 on the Conservation of Wild Birds. Codified version (OJ L 20/7, 26. 01.2010, p. 1). Retrieved 25, April 2014, from <http://eur-lex.europa.eu>

Zakon o zaštiti prirode, *Službeni glasnik*. Br. RS, 36 (2009), 88 (2010) i 9 (2010) – drugi zakon

Zakon o potvrđivanju Konvencije o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa. *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*. Br. 102 (2007)

Zakon o potvrđivanju Konvencije o očuvanju migratornih vrsta divljih životinja. *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*. Br. 102 (2007)

Lévêque, Ch., Mounolou, J. C. (2003). *Biodiversity*, Chichester, John Wiley & Sons, Ltd.

„Natura 2000“ u Srbiji 2013. Preuzeto 6. marta 2014. godine, sa sajta <http://glassrbije.org/privreda/%E2%80%9Enatura-2000>

Natura 2000, šumska staništa u Vojvodini. Preuzeto 14. marta 2014. godine, sa sajta <http://www.fornetserbia.com/doc/shared/Ekoloshka%>

Paunović, M. (2003). Međunarodno-pravna zaštita životinja, *Prilozi projekta „Institucije pravne države u uslovima tranzicije, Pravo, privreda i procesi integracije“*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, str. 218–219

Petković, G. (2006). Zakonodavnopravni koncept zaštite biodiverziteta. *Pravni život. Tematski broj „Pravo i humana budućnost“*. Tom I. Br. 9. Beograd: Udruženje pravnika Srbije, str. 533–539

Pravilnik o kriterijumima za izdvajanje tipova staništa, o tipovima staništa, osetljivim, ugroženim, retkim i za zaštitu prioriternim tipovima staništa i o merama zaštite za njihovo očuvanje. *Službeni glasnik RS*. Br. 35 (2010)

Pravilnik o proglašenju i zaštiti strogo zaštićenih i zaštićenih divljih vrsta biljaka, životinja i gljiva, Prilog II. *Službeni glasnik RS*. Br. 5 (2010) i 47 (2011)

Recommendation on the Status of Candidate Emerald Sites and Guidelines on the Criteria for their Nomination, No 157 (2011), Retrieved 3, May 2014, from <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?commad>

Stojanović, N. (2013a). Zaštićene vrste divlje faune u Republici Srbiji i čovek – pravni aspekt. *Tematski zbornik radova „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“*. Knj. 3. Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, str. 171–198

Stojanović, N. (2013b). Pravna zaštita dobrobiti životinja tokom prevoza u Evropi, *Teme*. Br. 3. Niš: Univerzitet u Nišu, str. 1267–1271

Strategija biološke raznovrsnosti Republike Srbije, za period od 2011. do 2018. godine (2011). Beograd: Ministarstvo životne sredine i prostornog planiranja Republike Srbije

Strategic Plan for Migratory Species (2015–2023), Retrieved 28, April 2014, from <http://www.cms.int/en/documents/strategic-plan/...>

The value of animal migration, Retrieved 28, April 2014, from <http://www.cms.int/en/node/3912>

Threats to Migratory Species, Retrieved 30, April 2014, from <http://www.cms.int/en/species/threats>

Ugrožene i zaštićene vrste na teritoriji Evrope i Srbije. Preuzeto 10. jula 2013. godine, sa sajta http://ekospark.com/info/06_biodiverzitet/biodiverzitet/ugrozene_vrste_u_eu/Index.html

Uredba o ekološkoj mreži. *Službeni glasnik RS*. Br. 102 (2010)

Uredba o stavljanju pod kontrolu korišćenja i prometa divlje flore i faune. *Službeni glasnik RS*. Br. 31 (2005), 45 (2005), 22 (2007), 38 (2008), 9 (2010) i 69 (2011)

Fauna Europaea: Name Search, Retrieved 11, April 2014, from <http://www.faunaeur.org>

Fauna of Europe, Retrieved 30, April 2014, from http://en.wikipedia.org/wiki/Fauna_of_Europe

Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats (No 104). Retrieved 30, April 2014, from <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/104.html>

Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats (No 104). Retrieved 30, April 2014, from <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/HTML/104.html>

Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals (CMS). Retrieved 28, April 2014, from <http://www.cms.int/en/node/3916>

Council Directive 92/43/EEC of 21 May 1992 on the Conservation of Natural Habitats and of Wild Fauna and Flora (OJ L 206/7, 22. 07. 1992). Retrieved 25, April 2014, from <http://eur-lex.europa.eu>

Wieringa, K. (ed.). 1995. Environment in the European Union 1995: Report for the Review of the Fifth Environmental Action Programme. European Environment Agency/EUROSTAT

Nataša Stojanović, LL.D.

Full Professor

Faculty of Law, University of Niš

General Legal Framework for The Presevation of European Wildlife and Natural Habitats

Summary

In the European Union territory, a number of legal sources for the protection of wildlife and their natural habitats have been applied. On one hand, there are legal documents, having different legal strength, which provide protection to all wildlife species and their natural habitats in a general manner. On the other hand, there are a number of regulations, also having different strength, which only protect individual components of wildlife or only treat individual aspects within the domain of their legal protection.

Obviously, the relevant provisions of the Law on the Protection of Nature, the Ordinance on the Ecological Network and the Rulebook on Habitat Types, the Criteria for the Selection of Habitat Types, on Sensitive, Endangered, Rare and Priority for Protection Habitat Types and on the Protection Measures for their Conservation of the Republic of Serbia indicate their conformity, in terms of their contents, with the Directive 92/43/EEC to a great extent.

However, a great deal of work lies ahead since the Republic of Serbia must, by the time it enters the European Union, enlist and categorise, in accordance with the Criteria stated in the Directive, the natural types of habitats, referred to in Annex I, and the habitats of species, referred to in Annex II to this legal source, in order to become a part of Natura 2000 - a European ecological network.

Meanwhile, the Serbian norm setter must eliminate the observed instances of incompleteness in the following relation: the Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats and the Law on Nature Protection and "fight down" the practice of taking over specific formulations from one legal source and entering them into other legal sources, as well as needlessly repeating the clarifications of meaning of specific terms in numerous legal documents.

Key words: wildlife, natural habitats, European Union's legislation, Serbian regulations.

Mihajlo Cvetković,*

Asistent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

Dr Đorđe L. Nikolić*

Banredni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

NAUČNI ČLANAK

UDK: 347.56:614.25

Rad primljen: 01.09.2014.

Rad prihvaćen: 01.12.2014.

GRAĐANSKOPRAVNA ODGOVORNOST ZBOG NEPRIMENE NEOPHODNIH MEDICINSKIH SREDSTAVA**

Apstrakt: Današnja medicina se uopšte ne može ni zamisliti bez odgovarajućih medicinskih sredstava. Njihovo posedovanje ne samo što je neophodno za osnivanje zdravstvenih ustanova i privatne prakse već je i njihova opšta dužnost da u obavljanju zdravstvene delatnosti koriste što savremenija medicinska sredstva. Međutim, njihova primena nije uvek bezopasna, jer je često prate i izvesni rizici po zdravlje i život pacijenta. Pri tome, najčešće se dešava da pacijent pretrpi štetu u vezi sa primenom medicinskog sredstva. Ali on može biti oštećen i neprimenom neophodnog medicinskog sredstva. U ovom radu je izložena samo odgovornost zdravstvenih ustanova i privatne prakse za štetu koju pacijent pretrpi zbog neprimene neophodnog medicinskog sredstva, pri čemu se izdvajaju dva posebna slučaja takve odgovornosti. U prvom, zdravstvena ustanova odgovara za štetu prouzrokovanu odbijanjem da pruži zdravstvenu uslugu zbog toga što ne poseduje neophodno medicinsko sredstvo, dok u drugom ona odgovara za štetu prouzrokovanu izvršenjem zdravstvene usluge bez neophodnog medicinskog sredstva.

Ključne reči: građanskopravna odgovornost, medicinska sredstva, pravo na zaštitu zdravlja, javne službe, lekarska greška, krivica, neugovorna odgovornost, odgovornost u vezi sa obavezom zaključenja ugovora, culpa in contrahendo.

* mihajloc@prafak.ni.ac.rs

* djonik@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu „Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, u periodu 2013–2018. godine.

1. Uvodne napomene

Život i zdravlje čovekovo ugrožavaju mnogobrojne opasnosti. Medicina je tu da ga od njih zaštiti i da mu pomogne. Ali i ona sama uzrokuje opasna stanja po pacijente, iako se, još od najstarijih dana, rukovodi načelom *primum non nocere* (prvo je ne škoditi). Sa razvojem medicine značajno se smanjuje rizik kojim prete bolesti, ali se istovremeno povećava rizik usled lečenja. Njega ne izazivaju samo stručne greške medicinara nego i medicinski postupci rizični sami po sebi. Oni se koriste naročito od polovine 19. veka kada otpočinje vek hirurgije, vek tzv. agresivne medicine. Ona se zasniva na tehnizaciji, na svakodnevnoj upotrebi najrazličitijih medicinskih sredstava. Ogroman napredak u medicini u velikoj meri se pripisuje baš sofisticiranoj tehničkoj opremi. Zahvaljujući savremenim medicinskim sredstvima dijagnoza se postavlja brže i preciznije, a lečenje i rehabilitacija se ostvaruju efikasnije, uspešnije i bezbednije. Masovna upotreba tehnike utiče i na promenu odnosa između lekara i pacijenta u smislu njegove sve veće depersonalizacije i pretvaranja u odnos između uređaja i pacijenta (Radišić, 2004: 205; Klarić, 2002: 68). Pacijent je ranije verovao isključivo u svog lekara, a danas veruje gotovo više u medicinsku tehniku.

Međutim, upotreba mnogih savremenih medicinskih sredstava nije ni sasvim pouzdana, ni potpuno bezopasna. Iskustvo pokazuje da se, čak ni primenom najboljih tehničkih i tehnoloških dostignuća, ne mogu uvek osigurati isključivo pozitivni rezultati. Štete pacijenata česte su i skoro neizbežne, pritom nastaju u veoma različitim okolnostima. Najčešće se dešava da pacijent pretrpi štetu u vezi sa primenom medicinskog sredstva. Ali, on može biti oštećen i neprimenom neophodnog medicinskog sredstva koje je medicinska ustanova ili privatna praksa, saglasno usvojenom standardu, bila dužna da poseduje i upotrebljava. Međutim, ljudi imaju prirodnu sklonost da jače osuđuju povrede izazvane činjenjem, nego nečinjenjem, npr. smrt usled vakcinacije se percipira gore od smrti zbog bolesti jer umrli nije bio vakcinisan (Hayward, 2005: 686).

Iako nedvosmisleno proizlazi iz opšte zabrane prouzrokovanja štete dugome (*neminem laedere*),¹ pravo pacijenta na naknadu štete koja mu je u vezi sa

¹ Čl. 16 Zakona o obligacionim odnosima, *Sl. list SFRJ*, 29, 39/85, 45/89, 59/89; *Sl. list SRJ*, 31/93, u nastavku ZOO.

lečenjem prouzrokovana povredom tela ili pogoršanjem njegovog zdravstvenog stanja predstavlja i jedno od osnovnih pacijentovih prava.² Međutim, propisi koji predviđaju to pravo ne sadrže detaljnije odredbe za njegovo ostvarenje, već redovno upućuju na primenu opštih pravila o odgovornosti za prouzrokovanu štetu. To znači da odgovornost za štetu koju pacijent pretrpi u vezi sa medicinskim sredstvom, kao i odgovornost za štetu koju pacijent pretrpi prilikom lečenja uopšte, nije posebno regulisana, tako da se gotovo svuda odvija prema opštim pravnim pravilima o odgovornosti (Radišić, 2007: 24). To je slučaj i sa pravom Republike Srbije u kojem se samo načelnom odredbom Zakona o pravima pacijenata propisuje: „Pacijent koji zbog stručne greške zdravstvenog radnika, odnosno zdravstvenog saradnika, u ostvarivanju zdravstvene zaštite pretrpi štetu na svom telu, ili se stručnom greškom prouzrokuje pogoršanje njegovog zdravstvenog stanja, ima pravo na naknadu štete prema opštim pravilima o odgovornosti za štetu.“³ Za razliku od srpskog Zakona o pravima pacijenata koji pravo na naknadu štete uslovljava stručnom greškom zdravstvenog radnika ili zdravstvenog saradnika, čime se implicira samo odgovornost po osnovu krivice, hrvatski Zakon o zaštiti prava pacijenata sadrži praktičnije rešenje, jer propisuje da pacijent „ima pravo na naknadu štete u skladu sa opštim pravilima obligacionog prava“,⁴tako da hrvatska pravna teorija i sudska praksa stoje na stanovištu da pacijent može da zahteva naknadu štete kako prema pravilima o odgovornosti po osnovu krivice, tako i prema pravilima o odgovornosti za opasne stvari i opasne delatnosti (Klarić, 2003: 390–396; Crnić, 2009: 92–97).⁵

Kao kvalitativni problemi, medicinske greške se dele na greške činjenjem i greške nečinjenjem. U prvu grupu spada prekomerna ili pogrešna upotreba leka ili medicinskog sredstva, što prouzrokuje tzv. jatrogenu štetu. Drugu grupu čine slučajevi neupotrebe ili nedovoljne upotrebe lekova i medicinskih sredstava. Šteta je tu posledica bolesti i mogla je biti sprečena optimalnom zdravstvenom uslugom (Hayward, 2005: 687).

² Čl. 31 Zakona o pravima pacijenata, *Sl. glasnik RS*, 45/2013; Čl. 29 Zakona o zaštiti prava pacijenata, *Narodne novine Republike Hrvatske*, 169/2004.

³ Čl. 31. st. 1. Zakona o pravima pacijenata, *Sl. glasnik RS*, 45/2013.

⁴ Čl. 29 Zakona o zaštiti prava pacijenata, *Narodne novine Republike Hrvatske*, 169/2004.

⁵ Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske broj U-III-1062/2005 od 15. novembra 2007, objavljena u *Narodnim novinama Republike Hrvatske* 1/08 od 2. januara 2008.

Značajan procenat medicinskih grešaka su greške nečinjenjem, naročito kada se radi o hroničnim bolesnicima, ali je ovaj problem u literaturi slabo obrađen (Hayward, 2005: 686). Kod dijabetesa greške nečinjenjem su tri puta učestalije nego sve ostale greške činjenjem u posmatranom uzorku (Hayward, 2005: 690). Po drugom istraživanju lekarske greške nečinjenjem duplo su češće nego greške činjenjem. Između ostalih tu spadaju: propuštena dijagnoza, zakasneli pregled, nedavanje terapije, nedovoljno prikupljanje informacija iz medicinske dokumentacije, nesprovedena dijagnostika, „slaba“ terapija (Weingart, 2000: 774). Njihov broj će se još povećavati, kako sa razvojem medicine raste uloga i raznovrsnost medicinskih sredstava.

2. Obaveza da se poseduju i upotrebljavaju neophodna medicinska sredstva

Zbog ogromne važnosti medicinskih sredstava za pružanje zdravstvenih usluga, odnosno za očuvanje, unapređenje i vraćanje zdravlja, lekari i zdravstvene ustanove moraju imati i upotrebljavati medicinska sredstva za njihov rad potrebna (Radišić, 2004: 205; Radišić, 2007: 208). S obzirom na to, logično je što su osnivanje i rad medicinskih ustanova i privatne prakse gotovo nezamislivi bez odgovarajućih medicinskih sredstava. U tom smislu Zakon o zdravstvenoj zaštiti izričito propisuje da zdravstvena ustanova, odnosno privatna praksa mogu obavljati zdravstvenu delatnost, odnosno određene poslove zdravstvene delatnosti samo ako, između ostalog, imaju dijagnostičku, terapijsku i drugu opremu za bezbedno i savremeno pružanje zdravstvene zaštite za delatnost za koju su osnovane,⁶ kao i odgovarajuće vrste i količine medicinskih sredstava.⁷ Od izuzetnog je značaja i dužnost zdravstvenih ustanova i privatne prakse da u sprovođenju zdravstvene zaštite „primenjuju naučno dokazane, proverene i bezbedne zdravstvene tehnologije u prevenciji, dijagnostici, lečenju i rehabilitaciji,⁸ s tim što se pod zdravstvenim

⁶ Čl. 49 st. 1 tač. 2, kao i čl. 58 st. 1. tač. 2. Zakona o zdravstvenoj zaštiti, *Sl. glasnik RS*, 107/2005, 72/2009 - dr. zakon, 88/2010, 99/2010, 57/2011 I i 119/2012), u nastavku ZZZ.

⁷ Čl. 49 st. 1 tač. 4, kao i čl. 58 st. 1 tač. 4 ZZZ.

⁸ Čl. 67 st. 1 ZZZ.

tehnologijama, između ostalog, podrazumevaju i „bezbedni, kvalitetni i efikasni lekovi i medicinska sredstva“.⁹

Svi navedeni propisi nedvosmisleno upućuju na zaključak da zdravstvene ustanove moraju imati odgovarajuće vrste i količine medicinskih sredstava, koja su bezbedna, kvaliteta i efikasna, tako da obezbeđuju bezbedno i savremeno pružanje zdravstvene zaštite. Ne može se zahtevati od bolnice da poseduje najnovije medicinsko sredstvo koje je još u eksperimentalnoj fazi razvoja, ali se očekuje da poseduje sredstvo dostupno na tržištu čija je efikasnost nesporna (Watson, 1981: 881).

Bliže uslove u pogledu medicinskih sredstava, odnosno opreme neophodne za osnivanje i obavljanje zdravstvenih delatnosti propisuje ministar.¹⁰ On je to učinio posebnim pravilnikom koji propisuje da se zdravstvena ustanova, odnosno privatna praksa može osnovati samo ako ima odgovarajuću opremu utvrđenu u Listi opreme za obavljanje zdravstvene delatnosti koja je sastavni deo pravilnika.¹¹ Pri tome, opremljenost zavisi od vrste zdravstvene ustanove, sadržaja njene delatnosti, veličine zdravstvene ustanove i drugih uslova neophodnih za racionalno korišćenje medicinskih sredstava.

Ministarstvo rešenjem utvrđuje da zdravstvena ustanova, odnosno privatna praksa, ispunjava uslove propisane zakonom u pogledu opreme za obavljanje zdravstvene delatnosti.¹² Ono donosi i rešenje o privremenoj zabrani rada ili o privremenoj zabrani obavljanja određenih poslova zdravstvene delatnosti ako zdravstvena ustanova, odnosno privatna praksa ne ispunjavaju uslove propisane zakonom u pogledu opreme.¹³

Obaveza zdravstvenih ustanova i privatne prakse da poseduju i upotrebljavaju određenu opremu i medicinska sredstva, koja su bezbedna i savremena, u

⁹ Čl. 67 st. 2 ZZZ.

¹⁰ Čl. 49 st. 3 ZZZ, kao i identična odredba iz čl. 58 st. 3 istog zakona, za privatnu praksu.

¹¹ Čl. 43 Pravilnika o bližim uslovima za obavljanje zdravstvene delatnosti u zdravstvenim ustanovama i drugim oblicima zdravstvene službe (*Sl. glasnik RS*, 43/06, 112/09, 50/10 i 79/11), čiji je sastavni deo i Lista opreme za obavljanje zdravstvene delatnosti, kao i čl. 56 Pravilnika o uslovima za izradu galenskih lekova (*Sl. glasnik RS*, 10/12) i čl. 14 Pravilnika o bližim uslovima u pogledu kadra, opreme i prostora za obavljanje transfuziološke delatnosti, odnosno određenih poslova transfuziološke delatnosti, *Sl. glasnik RS*, 119/12.

¹² Čl. 51 st. 1, kao i čl. 59 st. 1 ZZZ.

¹³ Čl. 53 st. 1 tač. 1, kao i čl. 65 st. 1 tač. 1 ZZZ.

korelaciji je sa pravom pacijenata na kvalitet pružanja zdravstvene usluge, jer se Zakonom o zaštiti pacijenata predviđa da „pacijent ima pravona blagovremenu i kvalitetnu zdravstvenu uslugu, u skladu sa zdravstvenim stanjem i utvrđenim stručnim standardima“.¹⁴

U *commonlaw-u* kriterijum za ocenu opremljenosti bolnice se vremenom menjao. Zdravstvena ustanova treba da je opremljena kao i slične ustanove u bliskom okruženju (tzv. lokalni standard). Kasnije, sa razvojem saobraćaja prag je podignut, ustanova treba da je opremljena kao druga prosečna ustanova lako dostupna pacijentu putnom infrastrukturom. Najzad, usvojen je nacionalni standard koji zavisi od veličine bolnice i specijalizacije zaposlenih lekara (npr. ako je medicinsko sredstvo uobičajeno u velikim, dobro opremljenim specijalnim bolnicama, ne zahteva se da ga poseduju i manje, opšte bolnice). Sa druge strane, zastupljeno je i mišljenje da je bolnica odgovorna zbog neposedovanja medicinskog sredstva koje se redovno očekuje s obzirom na njegovu isplativost, a bez obzira na činjenicu da li ga poseduju slične bolnice (Watson, 1981: 880)

3. Odgovornost zbog neprimene neophodnih medicinskih sredstava

Ako se medicinska greška definiše samo kao postupak lekara koji odstupa od medicinskog standarda i koji je štetan za pacijenta, onda se zanemaruju greške nečinjenjem. Zato se predlaže sledeća definicija: medicinska greška je nečinjenje ili činjenje u planiranju ili izvršenju koje prouzrokuje ili je moglo da prouzrokuje neželjene posledice po pacijenta. Dakle, moguće je da i pored greške šteta ne nastane, pa nema ni odgovornosti (*injuriasin edamno*) (Grober, 2005: 41). Nečinjenje lekara je medicinska (lekarska) greška koja povećava rizik da pacijent pretrpi štetu zbog napredovanja svoje bolesti. Nečinjenje najčešće dovodi do pogoršanja stanja na koje se pacijent žali (medicinske komplikacije). U nečinjenje spada i nedovoljno činjenje, kada je pacijentu uskraćena određena intervencija, terapija ili dijagnostički test (Hayward, 2005: 687). Postoji i ideja da medicinsku grešku ne treba definisati posebno već da je ona obuhvaćena pojmom profesionalne greške (Cvetković, 2012: 284).

¹⁴ Čl. 9 st. 1 Zakona o pravima pacijenata.

Kada je šteta prouzrokovana činjenjem, treba istražiti šta bi se desilo da štetnik nije postupio (situacija bez štetne radnje). Kod štete nečinjenjem treba istražiti šta bi se desilo da je štetnik učinio to što je propustio (hipoteza) (Stauch, 2011: 219).

Oprema i ostala medicinska sredstva koje zdravstvene ustanove i privatna praksa moraju imati, sastavni su deo njihove zdravstvene delatnosti, jer se samo primenom određene opreme i medicinskih sredstava može obezbediti i odgovarajući kvalitet, odnosno standard medicinskih usluga, koji zdravstvene ustanove duguju svojim pacijentima. Iz obaveze da ih moraju posedovati, odnosno da moraju obezbediti odgovarajući kvalitet zdravstvenih usluga, logično i nedvosmisleno sledi i obaveza zdravstvenih ustanova da opremu i druga medicinska sredstva upotrebljavaju uvek kad je to neophodno, tj. medicinski indikovano. Povreda te obaveze predstavlja povredu pravila lekarske nauke i struke, tj. lekarsku grešku (Radišić, 2004: 206; Radišić, 2007: 208), koja sa velikom verovatnoćom ukazuje na nedovoljnu pažnju (Karanikić Mirić, 2013: 630),¹⁵¹⁶odnosno nepažnju kao oblik krivice, što je jedan od uslova odgovornosti zdravstvenih ustanova za štetu koju takvim ponašanjem prouzrokuju pacijentima. To može biti kako odgovornost za štetu prouzrokovanu odbijanjem da se izvrši zdravstvena usluga zbog neposedovanja neophodnog medicinskog sredstva, tako i odgovornost za štetu prouzrokovanu izvršenjem zdravstvene usluge bez neophodnog medicinskog sredstva. Bolnice su dužne da obezbede materijalne uslove i medicinska sredstva, dok lekari duguju stručnost (Watson, 1981: 882).

3.1. Odgovornost u slučaju odbijanja da se izvrši zdravstvena usluga zbog neposedovanja neophodnog medicinskog sredstva

U oblasti zdravstvene delatnosti koju obavlja, zdravstvena ustanova, po pravilu, ne bi smela da preduzme zdravstvenu uslugu bez medicinskog

¹⁵ „Povreda pravila struke nagoveštava krivicu (Karanikić-Mirić, 2013: 630). „Postupanje *contra legemartis* je indikator krivice, ono nagoveštava krivicu, ali postupanje *lege artis* u najužem smislu još uvek ne znači da krivice nema (Karanikić-Mirić, 2013: 633).

¹⁶ Uvođenje stručne (lekarske) greške u strukturu građanskopravne deliktne odgovornosti za štetu jedan deo pravne teorije ocenjuje kao suvišno „udvostručavanje subjektivnog elementa koji bi se jednom označavao kao krivica, a u nekim drugim slučajevima kao stručna greška (lekarska greška) (Orlić, 2012: 26–27).

sredstva koje je neophodno (medicinski indikovano). Takav njen postupak, protivan pravilima medicinske nauke i struke, imao bi karakter lekarske greške, ali i krivice, jer odstupa od neophodne profesionalne pažnje (pažnja dobrog stručnjaka).¹⁷ Da bi se takva greška izbegla, zdravstvena ustanova, koja ne poseduje medicinsko sredstvo neophodno za pružanje zdravstvene usluge, treba da uputi pacijenta u zdravstvenu ustanovu koja takvo medicinsko sredstvo poseduje (Stojanović, 2010: 221). Prema tome, lekar postupa nepažljivo ukoliko preduzme ili nastavi određeno lečenje iako je pacijenta morao da uputi u drugu zdravstvenu ustanovu, koja ima odgovarajuće ili bolje i savremenije medicinsko sredstvo (Sjeničić, 2012: 127–128).

U svakom slučaju, sasvim je razumljivo da je svaka zdravstvena ustanova pa, samim tim, i ona koja ne poseduje neophodno medicinsko sredstvo, dužna da pacijentu ukaže hitnu medicinsku pomoć.¹⁸ Ako pacijenta odmah uputi u drugu zdravstvenu ustanovu, a da sama prethodno ne preduzme sve mere radi otklanjanja opasnosti od pacijenta koje su bile primerene okolnostima i moguće, zdravstvena ustanova krši dužnost pružanja hitne medicinske pomoći (Radišić, 2004: 120), što povlači i njenu odgovornost za štetu.

Time što je pacijenta uputila u drugu ustanovu, zdravstvena ustanova koja nije imala neophodno medicinsko sredstvo izbegava eventualnu odgovornost za štetu koju bi pacijentu mogla prouzrokovati preduzimanjem zdravstvene usluge bez neophodnog medicinskog sredstva, ali to ne znači da se oslobađa svake odgovornosti. Naprotiv, ako se radi o zdravstvenoj ustanovi koja je, s obzirom na vrstu ustanove kojoj pripada, morala posedovati određeno medicinsko sredstvo, i ako je ona, na osnovu zakona, a u velikom broju slučajeva i na osnovu ugovora sa Republičkim fondom za zdravstveno osiguranje, bila dužna da pacijentu pruži zdravstvenu uslugu, odnosno da sa pacijentom zaključi ugovor o lečenju, onda ona može odgovarati za štetu koju pacijent pretrpi zbog njenog odbijanja da mu pruži zdravstvenu uslugu.

¹⁷ „Ako se, primera radi, lekar opredeli za postupak za koji mu nedostaju posebni instrumenti, ... , onda on ne postupa kao razborit i pažljiv stručnjak. (Karanikić-Mirić, 2013: 634).

¹⁸ Čl. 62 tač. 1 ZZZ propisuje da je privatna praksa dužna da pruži hitnu medicinsku pomoć svim građanima, a čl. 88 st. 1 tač. 8 istog zakona da zdravstvena delatnost na primarnom nivou obuhvata hitnu medicinsku pomoć i sanitetski prevoz.

Odgovornost zdravstvene ustanove za štetu koju pacijent pretrpi zbog njenog odbijanja da mu pruži zdravstvenu uslugu mogla bi se pojmiti kao neugovorna odgovornost zbog povrede opšteg prava na zaštitu zdravlja, proklamovanog u međunarodnim ugovorima i deklaracijama,¹⁹ a konkretizovanog u granicama pojedinih država. U Srbiji je pravo na zaštitu zdravlja zaštićeno Ustavom Republike Srbije.²⁰ Sličnu proklamaciju sadrži i Zakon o zdravstvenoj zaštiti,²¹ s tim što on posebno insistira na načelu sveobuhvatnosti zdravstvene zaštite, prema kojem su u sistem zdravstvene zaštite uključeni svi građani Republike Srbije,²² kao i na načelu stalnog unapređenja kvaliteta.²³ Pravo na zaštitu zdravlja se konkretnije uređuje Zakonom o pravima pacijenata koji, pored opšte odredbe da se pacijentu „garantuje jednako pravo na kvalitetnu i kontinuiranu zdravstvenu zaštitu u skladu sa njegovim zdravstvenim stanjem, opšteprihvaćenim stručnim standardima i etičkim načelima, u najboljem interesu pacijenta i uz poštovanje njegovih ličnih stavova“,²⁴ predviđa i nekoliko konkretnijih manifestacija prava na zaštitu zdravlja.²⁵ Sve to nedvosmisleno upućuje na zaključak da pravo na zaštitu zdravlja nije samo jedna puka proklamacija već subjektivno lično pravo koje nastaje rođenjem, a prestaje smrću (Radišić, 2004: 44). Takav karakter prava na zaštitu zdravlja zakonskim propisima nije najjasnije izražen, jer se, kao korelat tog prava, izričito ne propisuje obaveza zdravstvenih ustanova i privatne prakse da

¹⁹ U Statutu Svetske zdravstvene organizacije se navodi da je njen trajan zadatak „dostizanje najvišeg standarda zdravlja svih naroda. U njemu se zdravlje proglašava „jednim od osnovnih i neotuđivih prava svakog čoveka, bez obzira na razlike u rasi, religiji, političkom ubeđenju, ekonomskom i društvenom položaju. I u Rezoluciji Svetske zdravstvene organizacije, iz 1970. (23. skupština), proklamuje se da je „pravo na zdravlje osnovno ljudsko pravo“.

²⁰ „Svako ima pravo na zaštitu svog fizičkog i psihičkog zdravlja. (čl. 68 st. 1 Ustava RS od 2006. godine).

²¹ Čl. 3 ZZZ propisuje: „Građanin RS, kao i drugo lice koje ima prebivalište ili boravište u Republici, ima pravo na zdravstvenu zaštitu, u skladu sa zakonom, i dužnost da čuva i unapređuje svoje i zdravlje drugih građana, kao i uslove životne i radne sredine“.

²² Čl. 21 ZZZ.

²³ Čl. 23 ZZZ.

²⁴ Čl. 3 st. 1 Zakona o pravima pacijenata (*Sl. glasnik RS*, 45/2013).

²⁵ Pravo na dostupnost zdravstvene zaštite (čl. 6), pravo na preventivne mere (čl. 8), pravo na kvalitet pružanja zdravstvene usluge (čl. 9) i pravo na slobodan izbor (čl. 12).

zdravstvene usluge pružaju svim građanima.²⁶ Ipak, čini se, da takva obaveza zdravstvenih ustanova i privatne prakse nedvosmisleno proizlazi iz opšteg prava na zaštitu zdravlja, kao i iz odredbe da se zdravstvene ustanove i privatna praksa „osnivaju radi sprovođenja i obezbeđivanja zdravstvene zaštite“.²⁷ Oni su, i kao delovi zdravstvene službe, koja ima karakter javne službe,²⁸ dužni da, u okviru svoje delatnosti,²⁹ pružaju zdravstvene usluge svim građanima.³⁰ S obzirom na to, ukoliko građaninu uskrate pružanje zdravstvene usluge, zdravstvene ustanove i privatna praksa skraćuju njegovo lično pravo na zaštitu zdravlja, što je postupak protivpravan već sam po sebi (Radišić, 2008: 222).

Odgovornost zdravstvene ustanove zbog odbijanja da izvrši medicinsku uslugu iz oblasti delatnosti za koju je osnovana, mogla bi se pojmiti i kao odgovornost u vezi sa obavezom zaključenja ugovora, koja se u pravu Republike Srbije predviđa kao jedan od posebnih slučajeva odgovornosti.³¹ Toj odgovornosti izlaže se lice koje, na zahtev zainteresovanog lica, bez odlaganja ne zaključi ugovor koji je po zakonu bilo dužno da zaključi. Takva obaveza jedne strane predviđa se radi nužnog ostvarenja određenih opšte društvenih i pojedinačnih interesa (Vizner, 1978: 160; Perović, 1995: 424) i odnosi se na svakolice koja obavlja delatnost koja ima karakter javne službe (Draškić, 1980: 106; Draškić, 1995: 64; Perović, 1995: 424), kao što je to slučaj i sa zdravstvenim

²⁶ Za razliku od aktuelnog, prethodni Zakon o zdravstvenoj zaštiti (*Sl. glasnik RS*, 17/1992 i 25/1996) obavezivao je samo zdravstvene ustanove u državnom vlasništvu na pružanje zdravstvenih usluga svim građanima.

²⁷ Čl. 6ZZZ.

²⁸ Čl. 1 Zakona o javnim službama (*Sl. glasnik RS*, 41/91 i 71/94. V. čl. 190. Zakona – 79/2005-12) predviđa da se pod javnom službom smatraju „ustanove, preduzeća i drugi oblici organizovanja određeni zakonom, koji obavljaju delatnosti odnosno poslove kojima se obezbeđuje ostvarivanje prava građana odnosno zadovoljavanje potreba građana i organizacija, kao i ostvarivanje drugog zakonom utvrđenog interesa u određenim oblastima.

²⁹ Čl. 3 Zakona o javnim službama predviđa da se radi obezbeđivanja ostvarivanja prava utvrđenih zakonom ustanove obrazuju, između ostalog, i u oblasti zdravstvene zaštite.

³⁰ Takav zaključak nedvosmisleno proizlazi i iz odredaba Zakona o javnim službama koje propisuju da se ustanove obrazuju radi obezbeđivanja ostvarivanja prava utvrđenih zakonom i ostvarivanja drugog zakonom utvrđenog interesa u oblasti za koju su obrazovane (čl. 3. st. 1), kao i da ustanove obavljaju svoju delatnost „na način kojim se obezbeđuje uredno i kvalitetno, pod jednakim uslovima, ostvarivanje prava građana i organizacija i zadovoljavanje potreba korisnika (čl. 8. st. 1).

³¹ Čl. 183Z00.

ustanovama i privatnom praksom. S obzirom na to da su po samom zakonu obavezne na pružanje zdravstvene usluge iz oblasti delatnosti kojom se bave, zdravstvene ustanove i privatna praksa su, samim tim, u obavezi i da zaključe ugovor o pružanju takve zdravstvene usluge, ako to pacijent zahteva. U tom smislu se i u pravnoj teoriji navodi da bi odgovornost u vezi sa obavezom zaključenja ugovora, s obzirom na to da se zasniva na neizvršenju zakonske obaveze na određeno činjenje, postojala čak i u slučaju da zakonom nije predviđena, jer proizlazi iz opštih pravnih načela (Radišić, 2008: 267).

Odgovornost u vezi sa obavezom zaključenja ugovora je jedan od posebnih slučajeva odgovornosti koji, iako je u ZOO raspoređen u okviru neugovorne odgovornosti, neki autori kvalifikuju kao tzv. predugovornu odgovornost (*culpa in contrahendo*) (Cigoj, 1980: 507; Vizner, 1978: 823). Međutim, za razliku od predugovorne odgovornosti gde se, po pravilu, duguje naknada štete u obliku tzv. negativnog interesa (Radišić, 2008: 110), pojedini autori smatraju da kod odgovornosti u vezi sa obavezom zaključenja ugovora oštećeni ima pravo na naknadu tzv. pozitivnog interesa, što znači da dobijenom naknadom treba da se dovede u imovinski položaj kaoda je ugovor zaključen i izvršen (Draškić, 1980: 107; Draškić, 1995: 65; Salma, 2001: 504). U tom smislu se i navodi da predlog zainteresovanog lica da se zaključi ugovor predstavlja, u stvari, prihvata koji automatski dovodi do zaključenja ugovora, tako da tužba koju tada ima lice koje nije dobilo uslugu od lica koje je po zakonu bilo dužno da mu je pruži, jeste tužba za ispunjenje obaveze iz punovažnog ugovora (Draškić, 1980: 107; Draškić, 1995: 65).³²

Da bi odbijanje da pacijentu pruži zdravstvenu uslugu, odnosno da sa njim zaključi ugovor o njenom pružanju dovelo do građanskopravne odgovornosti zdravstvene ustanove, neophodno je da usled takvog odbijanja pacijent pretrpi štetu, da između odbijanja i štete postoji uzročna veza, kao i da je odbijanje skrivljeno od strane lekara ili drugog zaposlenog zdravstvene ustanove.

Štete koje pacijent pretrpi usled odbijanja zdravstvene ustanove da mu pruži zdravstvenu uslugu obično su manje vrednosti u vidu putnih troškova,

³² I u vezi sa čl. 34 ZOO Draškić (1995: 66) smatra da potrošač koji izjavi želju da kupi robu izloženu sa cenom ne čini ponudu, već izjavljuje prihvata i time dovodi do zaključenja ugovora, s tim što se zahtev za zaključenje ugovora smatra zahtevom za njegovo izvršenje.

troškova lečenja i izgubljene zarade. Ali, to mogu biti i veoma ozbiljne imovinske i neimovinske štete usled oštećenja zdravlja ili smrti pacijenta, prouzrokovane upućivanjem pacijenta u drugu zdravstvenu ustanovu. Ono redovno dovodi do odlaganja zdravstvene usluge, što za pacijenta može biti pogubno, jer takvo odlaganje često predstavlja glavni uzrok štete.

Poseban problem kod ove odgovornosti zdravstvenih ustanova predstavlja dokazivanje uzročne veze. On je posebno izražen zato što se radi o šteti prouzrokovanoj nečinjenjem koje, kod neugovorne odgovornosti, nema značaj uzroka u svakom slučaju (Radišić, 2008: 209). Da bi zdravstvena ustanova odgovarala za štetu koju pacijent pretrpi zbog njenog obijanja da mu pruži zdravstvenu uslugu, neophodno je, pre svega, da se radi o zdravstvenoj ustanovi u čiju delatnost spada pružanje zahtevane zdravstvene usluge, što uključuje i posedovanje odgovarajućeg medicinskog sredstva. Takva zdravstvena ustanova je, prema svim napred navedenim zakonskim propisima, dužna da pacijentu pruži zahtevanu zdravstvenu uslugu, odnosno da štetu od njega odgovarajućom merom otkloni (Radišić, 2008: 209), jer u suprotnom stvara uslove za oštećenje pacijenta (*Qui occasionem praestat, damnum facisse videtur*) (Stojčević, Romac, 1989: 429).³³ S druge strane, ako se odgovornost zdravstvene ustanove pojmi kao odgovornost u vezi sa obavezom zaključenja ugovora, onda uopšte nije sporno da je zdravstvena ustanova, po zakonu dužna da pacijentu pruži odgovarajuću zdravstvenu uslugu, po istom tom zakonu dužna je i da sa pacijentom, kad ovaj to zahteva, bez odlaganja zaključi ugovor o pružanju takve zdravstvene usluge. Uz to, neophodno je i da pacijent dokaže da je lekar, u datoj situaciji i pri objektivno potrebnoj pažnji, bio u mogućnosti da primenom neophodnog medicinskog sredstva štetu spreči ili barem umanj (Radišić, 2008: 210). Pri tome se utvrđuje pretpostavljena uzročna veza (Radišić, 2008: 210), što znači da se ispituje koje posledice ne bi nastupile da je zahtevana zdravstvena usluga pružena. Ovaj dokaz za pacijenta može da bude veoma tegoban, jer se radi o propuštanju određene radnje, gde direktan dokaz između tog propuštanja i nastale štete nije ni moguće izvesti (Gross, 1987: 195). Zbog toga se smatra da su u tim slučajevima dovoljni i indirektni dokazi, tj. indicije (Radišić, 2004: 180). Uzročna veza smatra se utvrđenom ako pacijent dokaže da odbijanje da mu se pruži zdravstvena usluga, što dovodi i

do njenog odlaganja, prema saznanju medicinske nauke i lekarskog iskustva, u konkretnoj situaciji vodi tipično ka nastaloj šteti. Dovoljan je, dakle, visok stepen verovatnoće, umesto apsolutnog dokaza. S druge strane, zdravstvena ustanova ima mogućnost da se oslobodi odgovornosti ukoliko dokaže da se u konkretnom slučaju taj tipičan kauzalni razvoj nije ostvario, nego da je reč o atipičnom ishodu (Gross, 1987: 236–237), tj. o posledicama koje nisu adekvatne (Radišić, 2008: 210).

U principu, teza da je nečinjenje uzrok određene posledice nije sporna. Međutim, klasično rezonovanje nije od koristi kada postoji višestruko propuštanje. Na primer, nelečena bolest će pacijentu naneti štetu. Lečenje je moguće, ali zahteva da istovremeno, doktor A upotrebi jedno, a doktor B drugo medicinsko sredstvo. Lekari ne učine ništa. Svaki lekar tvrdi da njegov propust nije uzrok jer bi šteta svakako nastala zbog nečinjenja drugog kolege (Stauch, 2011: 215).

Položaj oštećenog pacijenta se u sudskoj praksi pojedinih evropskih zemalja olakšava pomoću dokaza na prvi izgled (*prima facie*),³⁴ kao i pomoću premeštaja tereta dokazivanja zbog gube lekarske greške.³⁵ Uz to, interesantno je da pojedini autori smatraju da, za razliku od šteta prouzrokovanih činjenjem (aktivnim postupkom), kod šteta prouzrokovanih nečinjenjem (pasivnim postupkom) teret dokazivanja treba da snosi odgovorno lice (Cigoj, 1978: 411; Cigoj, 1980: 404).

Odgovornost zbog odbijanja da se izvrši zdravstvena usluga zbog neposredovanja neophodnog medicinskog sredstva, bez obzira da li se poima kao neugovorna ili kao odgovornost u vezi sa obavezom zaključenja ugovora,

³³ (Paulus – D. 9, 2, 30, 3). Ko stvara uslove za štetu, smatra se da ju je sam pričinio.

³⁴ Radišić (2007: 312) takav dokaz vezuje za slučaj kad pacijentova šteta, prema medicinskom iskustvu, predstavlja tipičnu posledicu greške u lečenju. Na osnovu takvog dokaza, iako nije dovoljan da uveri sud da je lekar načinio grešku koja je pacijentu uzrokovala štetu, sud može da stekne uverenje da je „načinjena stručna greška i da je ona uzrok štete pacijentove, tako da je stvar lekara da tu pretpostavku obori ili barem poljulja, time što će dokazati da je u konkretnom slučaju bio moguć i atipičan razvoj“.

³⁵ Radišić (2007: 314) ukazuje na praksu nemačkih sudova koji dopuštaju da se pacijent oslobodi tereta dokazivanja uzročne veze ako mu je šteta prouzrokovana grubom lekarskom greškom.

zasnovana je na krivici.³⁶ Međutim, u srpskom pravu se, za razliku od većine drugih prava, štetnikova krivica pretpostavlja i kod neugovorne odgovornosti,³⁷ tako da zdravstvena ustanova koja je odbila da izvrši zdravstvenu uslugu, odnosno da zaključi ugovor o pružanju takve usluge, može da se oslobodi odgovornosti ako dokaže da nije kriva, tj. da iz opravdanog razloga trenutno nije imala medicinsko sredstvo koje je, inače, bilo neophodno. Iako se u odredbi o odgovornosti u vezi sa obavezom zaključenja ugovora to izričito ne predviđa, ova mogućnost oslobađanja je sasvim logična i prirodna, tako da se u pravnoj teoriji i ne dovodi u pitanje.³⁸ S obzirom na to, ukoliko ne pruži dokaz da je njen postupak opravdan, zdravstvena ustanova koja je pacijentu uskratila pružanje zdravstvene usluge ili je odbila da zaključi ugovor o pružanju takve usluge, odgovorna je za nastalu štetu, jer se uzima da je kriva, tj. da se u datim uslovima nije ponašala sa potrebnom pažnjom dobrog stručnjaka.³⁹

Ukoliko pacijent pretrpi štetu zbog toga što je sa nepotrebnim odlaganjem zahtevao zdravstvenu uslugu od zdravstvene ustanove u koju je upućen, onda on svojim ponašanjem doprinosi da šteta nastane ili da bude veća nego što bi inače bila, što dovodi do tzv. podeljene odgovornosti između pacijenta i zdravstvene ustanove koja mu je neopravdano uskratila pružanje zdravstvene usluge. U tom slučaju pacijent ima pravo samo na srazmerno smanjenu naknadu.⁴⁰ Ako se ne može utvrditi koji deo štete potiče od oštećenikove radnje, sud će dosuditi naknadu vodeći računa o okolnostima slučaja.⁴¹ Ali, da bi takvo ponašanje oštećenog moglo da utiče na umanjeње odgovornosti zdravstvene ustanove, neophodno je da ona upozori pacijenta upućenog u drugu zdravstvenu ustanovu na preteće rizike ukoliko blagovremeno ne

³⁶ Antić (2007: 478) navodi da je odgovornost u vezi sa obavezom zaključenja ugovora vrsta subjektivne odgovornosti.

³⁷ Čl. 154 st. 1. ZOO propisuje: „Ko drugome prouzrokuje štetu, dužan je naknaditi je, ukoliko ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivice.“

³⁸ U tom smislu se navodi da je „samo po sebi razumljivo da odbijanje zaključenja ugovora treba da bude neopravdano (Radišić, 2008: 267), odnosno da je „nužno da je odbijanje bilo neosnovano“ (Loza, 2000: 248).

³⁹ Čl. 18 st. 2ZOO.

⁴⁰ Čl. 192 st. 1ZOO; Radišić (2004: 187; 2007: 110) pominje u tom smislu sukriticu pacijenta zbog koje pacijent može biti potpuno lišen prava na obeštećenje ili dobija samo delimičnu nadoknadu.

zahteva pružanje neophodne zdravstvene usluge, s tim što se izostanak upozorenja ne može pripisati pacijentu zbog toga što lekara nije o tome pitao (Radišić, 2004: 188; Radišić, 2007: 110). Lekar je dužan da proveri obaveštenost pacijenta i da ga upozori na rizike, kako pacijent ne bi škodio samom sebi (Deutsch, Spickhoff, 2003: 228).

3.2. Odgovornost zbog zdravstvene usluge izvršene bez medicinskog sredstva čija je upotreba bila neophodna

Iz obaveze da ih poseduju, odnosno da obezbede odgovarajući kvalitet zdravstvenih usluga, logično i nedvosmisleno sledi i obaveza zdravstvenih ustanova i privatne prakse da opremu i druga medicinska sredstva upotrebljavaju uvek kad je to neophodno, tj. medicinski indikovano. Povreda te obaveze predstavlja lekarsku grešku (Radišić, 2004: 206; Radišić, 2007: 208) koja dovodi do odgovornosti zdravstvenih ustanova za štetu pacijentima. U stvari, radi se o skrivljenom postupku, jer je očigledno da preduzimanjem zdravstvene usluge bez neophodnog medicinskog sredstva lekar zanemaruje neophodnu pažnju dobrog stručnjaka.⁴²

Sud lakše utvrđuje odgovornost ako proceni da bi upotreba medicinskog sredstva verovatno pomogla pacijentu. To naročito važi za početak lečenja, jer je rana i tačna dijagnoza presudna. Medicinska sredstva značajno olakšavaju taj prvi korak, pa propust da se odmah upotrebe nosi najteže posledice. Kada se radi o uobičajenoj bolesti, koju je lako dijagnostifikovati običnim pregledom, više se radi o klasičnoj profesionalnoj grešci lekara nego o neupotrebi medicinskog sredstva. Sa druge strane, u komplikovanim slučajevima medicinsko sredstvo je nezamenljivo za tačnu dijagnozu. Što je dijagnostički potencijal medicinskog sredstva veći, to je propust da se ono iskoristi teži (Watson, 1981: 882).

U svim slučajevima kada je pacijentima prouzrokovana šteta medicinskom uslugom izvršenom bez medicinskog sredstva čija je upotreba bila medicinski indikovana, greška lekara zdravstvene ustanove je očigledna, pretpostavku svoje krivice ona teško može da obori, a smatra se i da je uzročna veza

⁴¹ Čl. 192 st. 2 ZOO.

⁴² Čl. 18 st. 2 ZOO.

utvrđena ako takva greška, prema saznanju medicinske nauke i lekarskog iskustva, vodi tipično ka nastaloj šteti. Međutim, s obzirom da se radi o lekarskoj grešci koja se svodi na propuštanje, gde apsolutni dokaz uzročne veze nije uvek moguć, zdravstvenim ustanovama ostaje mogućnost da se oslobode odgovornosti ukoliko dokažu da je šteta posledica nekog drugog uzroka, koji nije u vezi sa neprimenom medicinskog sredstva. U tom smislu je i u obrazloženju jedne sudske odluke iz ranije jugoslovenske sudske prakse, bez ikakvih dilema u pogledu postojanja uzročne veze, lekarske greške i krivice, navedeno: „zdravstvena ustanova koja nema tehničkih uslova za preduzimanje hirurške intervencije uz posebne garancije, pa istu preduzme, odgovorna je za nastalu štetu“.⁴³ Sud je, očigledno, s obzirom na utvrđenu uzročnu vezu između neprimene medicinskih sredstava i nastale štete, stao na stanovište da je takvo ponašanje lekara zdravstvene ustanove skrivljeno, jer je bilo očigledno da se oni u datim okolnostima nisu ponašali onako kako je trebalo, tj. sa potrebnom pažnjom dobrog stručnjaka. Lekar je nemaran ako ne koristi njemu dostupno medicinsko sredstvo, što bi dobar stručnjak učinio (Watson, 1981: 881).

Odgovornost za štetu prouzrokovanu medicinskom uslugom izvršenom bez medicinskog sredstva čija je upotreba bila medicinski indikovana poprima i jednu osobenost u slučaju kad se radi o neprimeni medicinskog sredstva koje je, inače, medicinska ustanova posedovala. U tom slučaju, nemačka sudska praksa stala je na stanovište da lekar čini grubu grešku ako postojeće medicinsko sredstvo za terapiju ne koristi, iako je njegovo korišćenje medicinski indikovano.⁴⁴ Na osnovu takve kvalifikacije lekarske greške, u sudskoj praksi pojedinih evropskih zemalja se teret dokazivanja uzročne veze prevaljuje na zdravstvenu ustanovu, tako da ona treba da dokazuje da šteta nije nastala kao posledica neprimene odgovarajućeg medicinskog sredstva već da je neki drugi uzrok izazvao štetu (Deutsch, 1988: 1).

Izlaganje pacijenta neoprostivom i preteškom riziku nekorišćenjem medicinskog sredstva je propust, čak i kada je njegova upotreba neuobičajena.

⁴³ Odluka Vrhovnog suda Slovenije od 1968. godine, Zbirka sudskih odluka, knj. XVII, sv. 4, odluka 464.

⁴⁴ Odluka Saveznog vrhovnog suda Nemačke od 30.5.1989. (Laufs, Uhlenbruck, 2002: 1520).

U jednoj parnici sud je utvrdio nepažnju lekara jer nije izmerio pacijentov očni pritisak raspoloživim i rasprostranjenim aparatom. Medicinski standard ne nalaže takav pregled pacijenta mlađeg od 40 godina. Tridesetdvođodišnjak je pet godina dobijao pogrešnu terapiju, kada je konačno dijagnostifikovan glaukom. Sud je obrazložio da je test relativno jeftin, lako izvodljiv, tačan i bezopasan. Teška posledica glaukoma, tj. trajno slepilo, zahteva test bez obzira na medicinski standard. U obzir treba uzeti dostupnost medicinskog sredstva, hipotetički učinak njegove upotrebe u konkretnom slučaju, ali i troškove (Watson, 1981: 880).

4. Zaključak

U današnjim uslovima se teško može zamisliti uspešno, bezbedno i kvalitetno lečenje, bez odgovarajućih medicinskih sredstava. Zbog toga je u srpskom pravu ustanovljena i zakonska obaveza svake zdravstvene ustanove da poseduje odgovarajuća medicinska sredstva.

Zdravstvene ustanove su, kao javne službe, dužne da pružaju zdravstvene usluge svim građanima, što je u korelaciji sa opštim pravom građana na zaštitu zdravlja. I u slučaju kad uskrati pacijentu pružanje zdravstvene usluge zbog toga što ne poseduje neophodno medicinsko sredstvo, zdravstvena ustanova može odgovarati za štetu koju pacijent zbog toga pretrpi, s tim što to može biti njena neugovorna odgovornost ili odgovornost u vezi sa obavezom zaključenja ugovora, koja se kvalifikuje kao predugovorna odgovornost. U oba slučaja odgovornost zdravstvene ustanove se zasniva na pretpostavljenoj krivici, tako da se ona oslobađa odgovornosti ako dokaže da je uskratila zdravstvenu uslugu, odnosno da je odbila da zaključi ugovor o njenom pružanju zbog opravdanog neposedovanja neophodnog medicinskog sredstva.

Izvršenje medicinske usluge bez medicinskog sredstva čija je upotreba bila medicinski indikovana predstavlja lekarsku grešku, koja u najvećem broju slučajeva gotovo izvesno indicira i krivicu lekara i građanskopravnu odgovornost zdravstvene ustanove, jer je u tom slučaju očigledno da se lekar nije ponašao onako kako je trebalo, tj. sa potrebnom profesionalnom pažnjom (pažnja dobrog stručnjaka).

Kod odgovornosti za štetu prouzrokovanu neprimenom medicinskih sredstava, dokazivanje uzročne veze je veoma otežano, jer se radi o šteti koja je prouzrokovana nečinjenjem, odnosno propuštanjem dužne radnje. Od pacijenta se traži da dokaže da bi primenom neophodnog medicinskog sredstva šteta bila izbegnuta ili barem umanjena, što se u stvari svodi na utvrđivanje pretpostavljene uzročne veze, o kojoj se, inače, može suditi samo na osnovu indirektnih dokaza, što ostavlja prostor i zdravstvenoj ustanovi da dokazuje da je šteta posledica nekog drugog uzroka, koji nije u vezi sa neprimenom medicinskog sredstva, ili da nije tipična posledica neprimene medicinskog sredstva.

Literatura

- Crnić, I. (2009). *Odgovornost liječnika za štete*. Zagreb: Organizator
- Deutsch, E. (1988). *Der grobe Behandlungsfehler: Dogmatik und Rechtsfolgen*, *Versicherungsrecht*. 1. 1–15
- Deutsch, E. Spickhoff, A. (2003). *Medizinrech*. Berlin
- Giesen, D. (1995). *Arzhftungsrech*. Tübingen
- Grober, E. Bohnen, J. (2005). Defining medical error. *Canadian journal of surgery*. 48(1). 39–43
- Gross, J. (1987). *Haftung für medizinische Behandlung*. Bern
- Hayward, R. et al. (2005). Sins of omission. *Journal of general internal medicine*. 20(8). 686–691
- Klarić, P. (2002). *Odgovornost za štete nastale uporabom medicinskih tehničkih uređaja*. *Pravo u gospodarstvu*, 4. 67–85
- Klarić, P. (2003). *Odštetno pravo*, Zagreb: Narodne novine d.d.
- Laufs, A. Uhlenbruck, V. (2002). *Handbuch des Arztrechts*. München
- Stauch, M. (2011). Causation, Risk, and Loss of Chance in Medical Negligence. *Oxford Journal of Legal Studies*. 17(2). 205–225

- Vizner, B. (1978). Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, Knjiga 2. Zagreb
- Vizner, B. (1978). Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, Knjiga 1. Zagreb
- Watson, B.L. (1981). Liability for Failure to Acquire or Use Computers in Medicine. *Proceedings/The Annual Symposium on Computer Application [sic] in Medical Care* (str. 879–882). Retrived 28. 8. 2014. From: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2581198/>
- Weingart, N et al. (2000). Epidemiology of medical error. *British Medical Journal*. 320(7237). 774–777
- Antić, O. (2007). Obligaciono pravo. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, JP Službeni glasnik
- Draškić, M. (1980). Komentar Zakona o obligacionim odnosima, I. Redaktori: B. Blagojević-V. Krulj. Beograd: Savremena administracija
- Draškić, M. (1995). Komentar Zakona o obligacionim odnosima, I knjiga. Glavni redaktor Slobodan Perović. Beograd: Savremena administracija
- Karanikić-Mirić, M. (2013). Krivica kao osnov deliktne odgovornosti lekara u građanskom pravu, *Pravni život*, 10. 623–638
- Loza, B. (2000). Obligaciono pravo, Opšti dio. Beograd: Službeni glasnik
- Perović, S. (1995). Komentar Zakona o obligacionim odnosima. I knjiga. Glavni redaktor Slobodan Perović. Beograd: Savremena administracija
- Radišić, J. (2004). Medicinsko pravo. Beograd: Nomos
- Radišić, J. (2008). Obligaciono pravo, Opšti deo. Beograd: Nomos
- Radišić, J. (2007). Odgovornost zbog štete izazvane lekarskom geškom u lečenju i u obaveštavanju pacijenta. Beograd: Nomos
- Salma, J. (2001). Obligaciono pravo. Novi Sad: Pravo
- Sjeničić, M. (2012). Lekarska greška – građanskopravni aspekt, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. (LIX). 123–138

Stojanović, I. (2010). Dijagnostičke lekarske greške. *Pravni život*. 9(LIX). 217–226

Stojčević, D., Romac, A. (1989). *Dicta et regulae iuris – Latinska pravna pravila, izreke i definicije sa prevodom i objašnjenjima*. Beograd: Savremena administracija

Gigoj, S. (1978). *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, Tom prvi*. Beograd: Službeni list SFRJ

Gigoj, S. (1980). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima, I*. Pedaktori: B. Blagojević-V. Krulj. Beograd: Savremena administracija

Cvetković, M. (2012). Neke napomene o građanskopravnoj odgovornosti za lekarsku grešku. U M. Krvavac, *Pravne norme u vremenu i prostoru* (str. 267–287). Kosovska Mitrovica, Pravni fakultet Univerziteta u Prištini

Mihajlo Cvetković, LL.B.
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

Prof. Đorđe Nikolić, LL.D.
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Liability for Damage caused by Shortage and Failure to Use Necessary Medical Devices

Summary

In order to provide for successful, safe and high quality medical services, health care institutions need to be equipped with adequate medical devices. For this reason, every medical institution is legally obliged to have relevant medical devices.

In case a patient has been deprived of some medical service for the lack of necessary medical devices (which the institution has been obliged to provide), the medical institution is responsible for the damage and harm sustained by the patient. The responsibility implies non-contractual liability (in tort law) or pre-contractual liability (in contract law). In both cases, the liability is based on the presumed culpability. In order to be excluded from liability, the medical institution has to prove that the patient has been deprived of medical service (or that the institution has refused to enter into a medical service provider agreement) on justifiable grounds, i.e. due to the lack of necessary medical devices.

On the other hand, in case the medical institutions fail to provide needed care or violate their obligation to use medical devices when necessary, it is regarded as medical negligence (professional error). In most cases, it implies the liability of medical institutions for damage, injury or harm caused to the patient by medical services provided without applying a relevant medical device, whose use has been medically indicated. The liability is even more substantial in cases where the medical device has been available but the medical institutions has not applied it in medical treatment (even though its use has been medically indicated); such conduct is qualified as gross negligence.

Keywords: civil liability, medical devices, health care, public services, medical error, fault, non-contractual liability, culpa in contrahendo.

Dr Nina Planojević,*
Vanredni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Kragujevcu

NAUČNI ČLANAK

349:61](497.11:4-672EU)

Rad primljen: 01.09.2014.

Rad prihvaćen: 01.12.2014.

POJAM KLINIČKOG ISPITIVANJA U PRAVNIM SISTEMIMA SRBIJE I EVROPSKE UNIJE**

Apstrakt: Klinička ispitivanja lekova su prethodna i nezaobilazna faza njihove buduće bezbedne primene, pa bez njih nema ni napretka medicine, ni opstanka čovečanstva – što njihov značaj čini neospornim. Predmet autorovih razmatranja je način na koji je kliničko ispitivanje definisano u pravnim sistemima Srbije i Evropske unije, tj. u Direktivi 2001/20/ES. U prvom delu rada on utvrđuje i analizira elemente pojma kliničkog ispitivanja, koje čine: subjekat, ciljevi i predmet ispitivanja. U drugom delu rada autor razgraničava klinička ispitivanja od sličnih pojmova: medicinskog ogleđa i medicinskog istraživanja. U zaključnom delu autor vrši komparaciju načina na koji je kliničko ispitivanje definisano u pravnim sistemima Srbije i Evropske unije, izvođeći zaključak o njihovoj potpunoj usklađenosti.

Ključne reči: medicinsko pravo; kliničko ispitivanje; pravo Evropske unije; Direktiva 2001/20/ES.

1. Uvod

Da bi lekovi i medicinska sredstva mogli da budu primenjeni kao terapija u slučaju bolesti ili sličnog patološkog stanja u kome se čovek može naći, njihova upotreba u gotovo svim državama sveta mora da bude odobrena od strane zakonom ovlašćenih subjekata. Jedan od uslova za odobrenje gotovo svuda je da medicinski proizvodi o kojima je reč prethodno budu klinički ispitani i da rezultati ispitivanja budu pozitivni. To znači da broj kliničkih ispitivanja mora odgovarati broju novih lekova i medicinskih sredstava, pa nije preterano reći

* nina.planojevic@gmail.com

** Rad je napisan u okviru projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu „XXI vek – vek usluga i Uslужnog prava“, br. 179012, koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

da je njihov značaj takav da bez kliničkih ispitivanja nema ni napretka medicine, a šire gledano, ni opstanka čovečanstva. Zato se poslednjih decenija intenzivno radi na njihovom regulisanju, kako na međunarodnom, tako i na regionalnim i nacionalnim nivoima (Živojinović, 2012: 677–697). Ova tendencija prisutna je i u domaćem pravu.

Prvo pitanje koje se u kontekstu o kome govorimo postavlja i od koga se u ovoj materiji mora poći je šta se podrazumeva pod kliničkim ispitivanjem i kako ga razlikovati od sličnih pojmova? Upravo odgovor na ovo bazično pitanje, čiji značaj ne treba obrazlagati, izabrali smo za temu našeg rada. Odgovor ćemo pokušati da pronađemo analizirajući propise dva pravna sistema. To će najpre biti propisi domaćeg prava, a zatim i prava Evropske unije (u daljem tekstu: EU), koje je za nas od posebnog značaja s obzirom na činjenicu da Srbija želi da joj pristupi. Naš konačni cilj je da na osnovu komparacije domaćih rešenja sa rešenjima prava EU procenimo da li je i u kojoj meri srpsko pravo usklađeno sa njim u ovoj oblasti.

2. Pojam kliničkog ispitivanja u srpskom pravu

Problematika kliničkih ispitivanja predmet je posebne grane medicine, koja se naziva klinička farmakologija; a po nekim mišljenjima ispitivanja su stara koliko i sama lekarska veština (Mujović Zornić, 2008: 46). Izraz kliničko ispitivanje potiče od grčke reči „klinika“¹, kojom se u svakodnevnom životu označava čovek koji je bolestan i leži u krevetu; a u medicini ovaj termin znači „poučavanje u praktičnoj medicini na samim bolesnicima“ (Vujaklija, 1961: 432). Pridev „klinički“ označava aktivnost koja „se tiče lečenja bolesnika vezanih za postelju“ – u našem slučaju ispitivanja lekova na (sa) njima (Mujović Zornić, 2008: 46).

¹ Po Zakonu o zdravstvenoj zaštiti (čl. 115) pod klinikom se podrazumeva zdravstvena ustanova koja obavlja visokospecijalizovanu specijalističko-konsultativnu i stacionarnu zdravstvenu delatnost iz određene grane medicine ili stomatologije. Reč je o zdravstvenoj delatnosti na tercijarnom nivou. Ona obavlja i obrazovnu i naučno-istraživačku delatnost i može se osnovati samo u sedištu univerziteta koji u svom sastavu ima fakultet zdravstvene struke. Pod zakonom propisanim uslovima, ona može obavljati i delatnost opšte bolnice.

U srpskom pravu klinička ispitivanja detaljno su regulisana Zakonom o lekovima i medicinskim sredstvima² (u daljem tekstu: Zakon) i Smernicama dobre kliničke prakse u kliničkom ispitivanju³ (u daljem tekstu: Smernice), na čiju primenu Zakon upućuje (Mujović Zornić, 2005: 427–448). Iako je definisanje pre zadatak pravne teorije nego zakonodavca, u navedenim propisima određen je i pojam kliničkog ispitivanja. Pitanje šta se podrazumeva pod kliničkim ispitivanjem delimično reguliše i Pravilnik o sadržaju zahteva, odnosno dokumentacije za odobrenje kliničkog ispitivanja leka i medicinskog sredstva, kao i način sprovođenja kliničkog ispitivanja leka i medicinskog sredstva⁴ (u daljem tekstu: Pravilnik). Imajući u vidu rešenja propisa o kojima je reč, u daljem tekstu izdvojicemo i analizirati elemente pojma kliničkog ispitivanja.

3. Elementi pojma kliničkog ispitivanja

Zakon u čl. 59 i Smernice u tački 1.12. na gotovo isti način definišu kliničko ispitivanje leka. *To je ispitivanje koje se vrši na ljudima, da bi se utvrdila ili potvrdila klinička, farmakološka, odnosno farmakodinamska dejstva jednog leka (ili više njih); da bi se identifikovala svaka neželjena reakcija na lek; ispitala njegova resorpcija, distribucija, metabolizam i izlučivanje – s ciljem da se utvrdi njegova bezbednost, odnosno efikasnost.* Pošto je navedena definicija obimna i sadrži više segmenata, pokušaćemo da je „razložimo“ i izdvojimo elemente, na osnovu kojih se precizno može utvrditi da li jedno ispitivanje spada u kategoriju kliničkih ispitivanja ili ne. Ovo razgraničenje kliničkih ispitivanja od srodnih pojmova je vrlo značajno jer se srpski propisi koje analiziramo prvenstveno odnose na klinička, ali ne i na druge vrste ispitivanja i ogleda.

² Sl. glasnik RS 30/2010, 107/12.

³ Smernice dobre kliničke prakse (*Guideline for Good Clinical Practice*) donete su na *International Conference on Harmonization of technical requirements for registration of pharmaceuticals for human use* 1997. Smernice dobre kliničke prakse u kliničkom ispitivanju koje se primenjuju u Srbiji doneo je ministar zdravlja Republike Srbije 2008. (Sl. glasniku RS 28/2008). Na njihovu primenu upućuje čl. 59, st. 6 Zakona o lekovima i medicinskim sredstvima i one zapravo predstavljaju prevod teksta *Guideline for Good Clinical Practice* iz 1997. na srpski jezik.

⁴ Sl. glasnik RS 64/11.

U Pravilniku kliničko ispitivanje nije pojmovno određeno, kao što je to učinjeno Zakonom i Smernicama, već je propisano koje se sve aktivnosti mogu smatrati kliničkim ispitivanjem. Tako se po čl. 3. pod kliničkim ispitivanjem podrazumeva: postmarketinško intervencijsko, postmarketinško neintervencijsko kliničko ispitivanje leka, nekomercijalno kliničko ispitivanje leka (koje se još naziva i akademskim kliničkim ispitivanjem) i kliničko ispitivanje bioraspoloživosti, odnosno bioekvivalencije. Inače, svaki od navedenih oblika kliničkog ispitivanja je Pravilnikom posebno definisan⁵, uz naznaku da se njegove odredbe ne odnose na postmarketinško neintervencijsko kliničko ispitivanje. Pošto je u Pravilniku reč o određenju kliničkog ispitivanja kroz njegove modalitete, odnosno vrste, a ne pojmovno, što nije tema našeg rada, mi se u daljem tekstu nećemo baviti analizom navedene odredbe Pravilnika, već elementima definicije kliničkog ispitivanja sadržane u Zakonu i Smernicama.

Kao što se iz navedenog može videti, kliničko ispitivanje je definisano posredstvom sledeća tri elementa, koja ćemo u daljem tekstu razmatrati: subjekta na kome se izvodi; ciljeva i predmeta ispitivanja.

3.1. Subjekt na kome se ispitivanje izvodi

Iz gore navedene definicije najpre proizilazi da kliničko ispitivanje lekova karakteriše to, što se obavlja *samo na ljudima* (Maletić, 2000: 209–218) (Klajn Tatić, 2010: 209–236). *Argumentum a contrario*, to znači da ispitivanja lekova koja se vrše na životinjama ili se uopšte ne vrše na živim bićima ne spadaju u kategoriju kliničkih – što je vrlo jednostavan i očigledan kriterijum za identifikaciju kliničkih ispitivanja.

Ovaj zaključak, međutim, nije sasvim ispravan ako se ima u vidu čl. 59, st. 3. Zakona, po kome se na klinička ispitivanja veterinarskih lekova analogno primenjuju odredbe o kliničkom ispitivanju lekova za ljudsku upotrebu. Ispitivanja veterinarskih lekova su dakle takođe klinička, ali se iz razumljivih razloga vrše na životinjama – u skladu sa zakonima koji uređuju njihovu dobrobit⁶. To dalje znači da sama činjenica da se ispitivanje jednog leka vrši na

⁵ Ove vrste ispitivanja definisane su u čl. 2 (st. 1, t. 3, 4, 5) i 36. Pravilnika.

⁶ Videti čl. 59, st. 2-4 Zakona.

životinjama ipak ne mora da znači da to ispitivanje nije kliničko. Za opredeljivanje jednog ispitivanja kao kliničkog bitno je dakle utvrditi dve činjenice: da li se izvodi na ljudima ili na životinjama; i da li je njegov predmet lek koji je namenjen ljudima ili životinjama. Ako se izvodi na ljudima, a reč je o leku namenjenom za ljudsku upotrebu – ono je kliničko (Coleman, 2005: 387–449). Ako se izvodi na životinjama, a reč je o veterinarskom leku – ono je takođe kliničko. Ispitivanja lekova na ljudima su uvek klinička. Ispitivanja lekova na životinjama mogu, ali ne moraju biti klinička. Ako se na životinjama ispituju lekovi namenjeni ljudima, onda takva ispitivanja nisu klinička, već preklinička, i za njih ne važe odgovarajući propisi. Prema tome, u ovom kontekstu možemo govoriti o dve vrste kliničkih ispitivanja: lekova za ljude i lekova za životinje.

Pošto su primarni predmet našeg interesovanja klinička ispitivanja lekova za ljudsku upotrebu, našu konstataciju s početka ovog dela rada o prvom elementu pojma kliničkih ispitivanja moramo dopuniti: *jedno ispitivanje se može smatrati kliničkim samo ako se obavlja na ljudima – pod uslovom da je reč o lekovima namenjenim za ljudsku upotrebu*. Pod terminom klinička ispitivanja lekova nadalje ćemo podrazumevati upravo takve lekove.

3.2. Ciljevi ispitivanja

Akcent definicije kliničkog ispitivanja je svakako na njegovim ciljevima. *Početni cilj* ispitivanja je određen kao utvrđivanje ili potvrđivanje kliničkog, farmakološkog, odnosno farmakodinamskog *dejstva* jednog ili više lekova. Očigledno je da se pod dejstvom leka u ovom kontekstu ne podrazumeva samo ono što se podrazumeva pod dejstvom leka u svakodnevnom životu i prema laičkom shvatanju; već ispitivanje njegove: resorpcije, distribucije, metabolizma i izlučivanja, ali i identifikovanje svake neželjene reakcije na lek (Klajn Tatić, Marić, 2013: 265–282).

Dejstvo leka koje se utvrđuje/potvrđuje kliničkim ispitivanjima je opredeljeno kao kliničko i farmakološko, odnosno farmakodinamsko. Zakon ne određuje izričito šta se podrazumeva pod kliničkim dejstvom leka. Što se tiče farmakološkog dejstva leka, njegovo značenje proizilazi iz čl. 2, st. 1, st. 47 Zakona, koji definiše farmakološka ispitivanja, određujući ih kao utvrđivanje farmakodinamskih i farmakokinetičkih svojstava leka i svrstava ih u kategoriju

pretkliničkih ispitivanja. To znači da klinička ispitivanja zapravo imaju za cilj ponovno utvrđivanje i ovih svojstava leka, bez obzira što su ona u pretkliničkim ispitivanjima već utvrđivana.

Pošto iz definicije koju analiziramo proizilazi da se pod kliničkim ispitivanjem leka podrazumeva ne samo *utvrđivanje*, već i *potvrđivanje* njegovog dejstva, shvaćenog na gore navedeni način – to može da znači da se ispitivati mogu kako lekovi čija su dejstva nepoznata, pa će se tek ispitivanjem otkriti (mi bismo ga nazvali prvim ispitivanjem); tako i lekovi za čija se dejstva (sva ili neka) zna ili pretpostavlja kakva će biti, pa to kroz proces kliničkih ispitivanja treba samo potvrditi.

Postavlja se pitanje: odakle su poznata dejstva određenih lekova, koja se kroz klinička ispitivanja samo potvrđuju? To prvo može značiti da se klinički mogu ispitivati i klinički ispitivani lekovi ili oni koji su već u prometu i primeni. Ovo prvenstveno važi za lekove koji su u jednoj državi već ispitivani ili su u upotrebi – pa se pre stavljanja u promet u drugoj državi ponovo ispituju, tj. reč je o uvezenim lekovima (što je prema čl. 70. Zakona moguće); ali i za lekove koji su u domaćoj državi već nalaze u prometu, ali se i nakon toga u njoj ispituju, uglavnom radi dobijanja dopunskih podataka (što je prema čl. 2. (st. 1, t. 21–22), 79 i 86 Zakona takođe moguće).

Pored toga, ovakva formulacija može se odnositi i na činjenicu da se klinička dejstva leka mogu po prvi put utvrditi tek u kliničkom ispitivanju; ali da su farmakološka, odnosno farmakodinamska dejstva – o kojima je bilo reči i koja su takođe jedan od ciljeva kliničkih ispitivanja – već bila predmet pretkliničkih ispitivanja, pa se zato u kliničkim ispitivanjima ova dejstva zapravo ne utvrđuju već samo potvrđuju.

Konačno, kliničko ispitivanje leka može obuhvatati i kliničko ispitivanje biološke raspoloživosti, odnosno biološke ekvivalencije⁷ (čl. 59, st. 5. Zakona).

⁷ Prema čl. 2, st. 1, t. 4 Pravilnika, studije *bioekvivalencije* in vivo su kliničke studije na ispitanicima (zdravim dobrovoljcima ili bolesnicima) kojima je cilj upoređivanje brzine i stepena resorpcije iz farmaceutskih oblika lekova koji ispoljavaju sistemsko dejstvo i u kojima se nalaze ekvimolarne količine aktivne supstance. Prema čl. 2, st. 1, t. 13 i 14 Zakona, *biološka raspoloživost* je brzina i stepen raspoloživosti aktivne supstance iz leka, koji su utvrđeni iz odnosa koncentracija - vreme u sistemskoj cirkulaciji ili izlučevinama; dok je *biološka ekvivalencija* postupak kojim se utvrđuje da biološke raspoloživosti dva leka koji su

Laboratorijsko ispitivanje biološke raspoloživosti i ekvivalencije u postupku kliničkog ispitivanja leka vrši se u skladu sa Smernicama Dobre laboratorijske prakse⁸.

Pored početnog, iz pojma kliničkog ispitivanja leka vidljiv je i njegov *krajnji cilj*: da se utvrdi bezbednost, odnosno efikasnost leka o kome je reč. Pošto termini bezbednost i efikasnost nisu sinonimi, nije jasno zašto Zakon i Smernice između njih ubacuju reč „odnosno“; kada bi jasnije, tačnije i preciznije bilo da tu stoji veznik „i“. U svakom slučaju, krajnja svrha kliničkog ispitivanja je dvostruka: da pokaže da li je i u kojoj meri lek efikasan za stanje ili bolest kojoj je namenjen; kao i da li je i u kojoj meri bezbedan za korisnika, odnosno njegov život i zdravlje.

3.3. Predmet ispitivanja

Konačno, u definiciji koju analiziramo određen je i predmet kliničkih ispitivanja – a to su lekovi (Planojević, 2013: 373–390) (Mujović Zornić, 2002: 219–221) (Mujović Zornić, 2001: 109–125) (Mujović Zornić, 1997: 347). Iz nje je jasno i to da predmet ispitivanja može činiti ne samo jedan, već i više lekova istovremeno.

U čl. 199. Zakona, međutim, predviđena je analogna primena odredbi o kliničkom ispitivanju lekova i na kliničko ispitivanje medicinskih sredstava, ali ne i na bilo šta drugo. Kliničko ispitivanje medicinskog sredstva ima sopstveni predmet i nešto drugačija obeležja. Zakon ga definiše na dva mesta: u čl. 2, st. 1, t. 63. i u čl. 199, st. 1, pri čemu se ove dve definicije razlikuju. Prema definiciji iz čl. 2 kliničko ispitivanje medicinskog sredstva je *postupak, kojim se utvrđuje ili potvrđuje da su njegova bezbednost i efikasnost u skladu s deklarisanom primenom, koju je odredio proizvođač*. Definicija iz čl. 199. je, međutim, nepotpuna i iz nje je izostavljen jedan od ciljeva ispitivanja, a to je efikasnost sredstva o kome je reč. Takođe je izostavljeno i to da ispitivanje ne mora značiti samo utvrđivanje, već i potvrđivanje bezbednosti i efikasnosti predmeta ispitivanja. Iz navedenog se može zaključiti da kliničko ispitivanje leka i

farmaceutski ekvivalenti, primenjene u istoj molarnoj koncentraciji pokazuju takav stepen sličnosti, da je njihovo dejstvo u odnosu na efikasnost i bezbednost suštinski isto.

⁸ Videti čl. 94 Zakona.

medicinskog sredstva imaju slične ciljeve. Razlika je u tome što se u kliničkom ispitivanju leka radi o utvrđivanju/potvrđivanju njegovih dejstava; a kod medicinskog sredstva o utvrđivanju/potvrđivanju da li je i u kojoj meri ono efikasno i bezbedno, ako se koristi na način, koji je proizvođač naveo u deklaraciji, tj. uputstvu za njegovu primenu. Navedene razlike su uslovljene razlikama u njihovoj prirodi i nameni.

4. Razgraničenje kliničkog ispitivanja od sličnih pojmova

U medicinskoj i pravnoj literaturi koristi se dosta različitih termina u kontekstu koji razmatramo, a za koje nije sasvim jasno da li predstavljaju sinonime ili je njihovo značenje različito; pa samim tim ni da li je njihova upotreba ispravna ili ne. Najčešći izrazi su: (bio)medicinsko istraživanje; medicinski ogled/eksperiment i kliničko ispitivanje. Zahvaljujući Zakonu i Smernicama, kao što smo iz gornjih izlaganja videli, značenje izraza „kliničko ispitivanje leka“ je jasno u svakom pogledu, a jasno je i to da u ovom kontekstu drugu terminologiju ne treba koristiti jer na taj način izbegavamo zabunu. U daljem tekstu pokušaćemo da razgraničimo kliničko ispitivanje od nekoliko najčešće korišćenih sličnih, pa i srodnih pojmova: medicinskog oglada i biomedicinskog istraživanja.

4.1. Medicinski ogled

U našim propisima, kao i u literaturi, pored termina kliničko ispitivanje često se sreće i izraz medicinski ogled ili eksperiment. Primer za to su prvenstveno naš Ustav⁹, Zakon o zdravstvenoj zaštiti¹⁰ i Krivični zakonik¹¹.

1. U čl. 25, st. 2. *Ustava* se ne koristi termin kliničko ispitivanje, već samo termin medicinski ogled, a o njegovom značenju i odnosu ovih pojmova se iz teksta Ustava ne može ništa zaključiti.

2. *Zakon o zdravstvenoj zaštiti*, međutim, u čl. 38. i 148. koristi oba termina, pri čemu se njihovo značenje iz ovog zakona ne može izvesti, ali može njihov odnos.

⁹ Sl. glasnik RS 98/06.

¹⁰ Sl. glasnik RS 107/05, 72/09, 88/10, 99/10, 57/11.

¹¹ Sl. glasnik RS 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09.

Čl. 38. reguliše uslove za izvođenje medicinskih oglada, s tim što se u jednom od stavova ovog člana (st. 8) posebno izdvajaju klinička ispitivanja lekova, za čije se izvođenje upućuje na primenu odredbi posebnog zakona (reč je o Zakonu o lekovima i medicinskim sredstvima). Iz navedenog je jasno da je medicinski ogled pojam, koji je širi od pojma kliničkog ispitivanja leka i koji ga svojom sadržinom obuhvata. To znači da su klinička ispitivanja samo jedna vrsta medicinskih oglada. Vršenje medicinskih oglada (pa ni kliničkih ispitivanja) u privatnoj praksi prema ovom zakonu nije dopušteno. Šta sve spada u medicinske ogledе pored kliničkih ispitivanja lekova iz ovog zakona nije vidljivo, s obzirom na to da on ne definiše ovaj pojam i ne određuje njegovu sadržinu, ali je bar jasno da oni nisu sinonimi.

Isti se zaključak može izvesti i iz čl. 148, st. 1, t. 2. ovog zakona, koji regulišući nadležnost etičkog odbora zdravstvene ustanove predviđa da tu između ostalog spada i davanje saglasnosti „... za sprovođenje naučnih istraživanja, medicinskih oglada, kao i kliničkih ispitivanja lekova i medicinskih sredstava u zdravstvenoj ustanovi...” – gde se termini o kojima govorimo takođe ne koriste kao sinonimi. Razlika u odnosu na već analizirani čl. 38. je u tome što se iz sadržine čl. 148. ne stiče utisak da pojam medicinski ogled obuhvata svojom sadržinom i klinička ispitivanja, kao uži pojam – što i nije nužno, s obzirom na to da je taj odnos u čl. 38, koji je posvećen upravo regulativi izvođenja medicinskih oglada, već određen. Naime, predmet regulisanja u čl. 148 je nadležnost etičkih odbora, pa se navedeni pojmovi pominju sa drugim ciljem i u drugom kontekstu.

3. Isti zaključak proizilazi i iz *Krivičnog zakonika*, koji takođe upotrebljava kako izraz medicinski ogled, tako i izraz kliničko ispitivanje lekova. Reč je o čl. 252.¹² i krivičnom delu pod nazivom „Protivpravno vršenje medicinskih eksperimenata i ispitivanja leka“. Ni ovaj zakonik ne određuje šta se podrazumeva pod jednim, a šta pod drugim terminom (njihovo definisanje zapravo i nije zadatak Krivičnog zakonika, već zakona koji regulišu ovu oblast).

¹² Čl. 252 Krivičnog zakonika glasi: „(1) Ko protivno propisima na ljudima vrši medicinske ili druge slične eksperimente, kazniće se zatvorom od tri meseca do pet godina. (2) Kaznom iz stava 1. ovog člana kazniće se i ko vrši kloniranje ljudi ili vrši eksperimente u tom cilju. (3) Ko protivno propisima vrši kliničko ispitivanje leka, kazniće se zatvorom od tri meseca do tri godine.“

Ono što je jasno, jeste da se oni ne smatraju sinonimima, jer su za protivpravno izvođenje svakog od njih propisani drugačiji uslovi krivične odgovornosti i drugačije kazne (Krštenić, 2006: 473–483) – koje su blaže kada je u pitanju izvođenje kliničkih ispitivanja lekova protivno propisima, nego izvođenje drugih medicinskih oglada. Iz navedenog člana Krivičnog zakonika, kao i iz odgovarajućih odredbi Zakona o zdravstvenoj zaštiti, takođe proizilazi da je kliničko ispitivanje leka podvrsta medicinskih oglada; ali se može konstatovati i šta još, pored kliničkih ispitivanja lekova, spada u medicinske ogleda. To su npr. i eksperimenti u cilju kloniranja ljudi (koji su, kao i samo kloniranje, zabranjeni).

4. U domaćoj *pravnoj teoriji* nije bilo ozbiljnijih pokušaja da se odredi međusobni odnos medicinskog oglada i kliničkog ispitivanja. Iako im cilj nije bio razgraničenje izraza koji su predmet našeg interesovanja, neki autori su se bavili pojmom medicinskog oglada kroz pokušaj razgraničenja od standardnog medicinskog postupka – što nam može biti od koristi za razumevanje suštine medicinskog oglada iz tog ugla gledanja. Ukratko rečeno, razlika između ovih pojmova je u tome, što je standardni medicinski postupak priznat i lekari odgovarajuće struke/klinike ili specijalnosti ga uobičajeno primenjuju; dok ogled znači prvu primenu *novog leka ili postupka*, koji su dotle neprimenjivani i/ili nepriznati, pa je ishod njihove primene neizvestan. Cilj prve primene je njihovo isprobavanje; utvrđivanje njihove (eventualne) nadmoći nad standardnim postupcima i lekovima i/ili njihova diskreditacija – kako bi novi medicinski postupci i lekovi postali priznati i standardni. Ogled je zato „mera koja ima za cilj da se zadobije novi medicinski standard“ (Radišić, 2004: 227).

Iz navedenih razmatranja možemo ponešto zaključiti o predmetu medicinskog oglada: on podrazumeva prvu primenu *novog medicinskog postupka ili leka*. Pošto je nesporno da se po Zakonu kliničko ispitivanje odnosi samo na lekove; a medicinski ogled, po autoru o kome je reč, i na nove medicinske postupke i na lekove, to znači da izraz medicinski ogled svojom sadržinom obuhvata i kliničko ispitivanje leka – što se poklapa za zaključkom koji smo o odnosu ovih pojmova izveli na osnovu analize domaćih propisa koji ih koriste.

Konačno, i neki drugi autori, bez navođenja argumentacije za to, kliničko ispitivanje takođe vide kao „jedan vid medicinskog eksperimenta“ (Mujović Zornić, 2008: 49).

5. Za temu kojom se bavimo izneti zaključci su dovoljni: iz navedenih zakonskih tekstova i literature jasno je da ako želimo precizno izražavanje izraz kliničko ispitivanje leka se ne može koristiti kao sinonim i zamena za izraz medicinski ogled, jer je užeg značenja. Obrnuto je samo uslovno moguće, jer medicinski ogled, kao širi pojam, obuhvata kliničko ispitivanje leka.

Za odgovor na pitanje šta još može činiti sadržinu pojma medicinskog ogleda, osim kliničkog ispitivanja leka, novog medicinskog postupka ili kloniranja ljudi – neophodno je konsultovati medicinsku literaturu. Pošto su medicinski ogledi predmet našeg interesovanja samo u cilju razgraničenja od kliničkih ispitivanja, njima se nadalje nećemo baviti.

4.2. (Bio)medicinsko istraživanje

Što se tiče termina (bio) medicinska istraživanja, u literaturi se konstatuje da se on kod nas, a i šire uglavnom koristi kao sinonim za termin medicinski ogled ili eksperiment (Klajn Tatić, 2012: 34–35).

Malobrojni stručnjaci (uglavnom britanski) koji su se bavili ovim pitanjem smatraju, međutim, da su termini istraživanje i ogled sinonimi, a da termin eksperiment ima drugačije značenje. „Istraživanje i/ili ogled podrazumeva unapred određen protokol s jasno definisanim krajnjim ciljem. Suprotno tome, eksperiment uključuje misaoniji *ad hoc* pristup pojedinačnom pacijentu kao subjektu eksperimenta.“¹³ Kratko rečeno, suštinska razlika je u tome što se postupanje kod eksperimenta može izmeniti u skladu sa reakcijom ispitanika i više je vezano za njegov konkretni zdravstveni interes; dok je kod istraživanja istraživač vezan za unapred definisani pravac postupanja, a cilj istraživanja je sticanje generalizovanog znanja, koje se ne tiče direktno konkretnog ispitanika. Ovakvo određenje pojmova o kojima je reč donekle podseća na podelu

¹³ Citat iz: V. Klajn Tatić, isto, str. 34.

kliničkih ispitivanja (koja je primenljiva i na ostale medicinske ogledе) na terapijska i neterapijska¹⁴.

Zato moramo konstatovati da kod nas navedeno razlikovanje britanskih stručnjaka¹⁵ nije primenljivo iz više razloga. Prvo, ono daje različito značenje terminima ogled i eksperiment – koji se u našem jeziku tretiraju kao sinonimi sa identičnim značenjem. U Leksikonu stranih reči i izraza, uz termin eksperiment (koji potiče iz latinskog jezika) se kao sinonimi označavaju termini: ogled, opit, pokus, pokušaj i proba (Vujaklija, 1961: 273). Ako bi neka razlika trebalo da se napravi, onda bi ona jedino mogla da bude vezana za značenje termina istraživanje i termina ogled (eksperiment). Pritom se istraživanje može shvatiti kao širi proces (npr. sa ciljem utvrđivanja uzročnika bolesti, načina prenošenja bolesti, delotvornosti različitih terapija...); a ogled kao njegov najčešći sastavni deo ili vid. Ogled služi kao jedan od načina za proveru podataka dobijenih drugim metodama istraživanja, njime se proverava „hipoteza o uzročnoj povezanosti određenih faktora i poremećaja zdravlja“¹⁶. Mi bismo rekli da se ogled možda može shvatiti kao jedan od oblika realizacije istraživanja, koje se može vršiti i drugim metodama.

Drugo, razgraničenje koje vrše britanski pisci nije najprikladnije i zato što isuviše sužava značenje termina o kojima je reč, svodeći ih na ono što se kod nas podrazumeva pod vrstama medicinskih ogleda i kliničkih ispitivanja.

Konačno, mi bismo odnos termina čije značenje razmatramo odredili na sledeći način: medicinsko istraživanje je izraz sa najširim značenjem. Medicinski ogled ili eksperiment predstavlja najčešći oblik realizacije istraživanja, pa je njegovo značenje uže u smislu da je svaki medicinski ogled istovremeno i vid medicinskog istraživanja, s tim što ne važi i obrnuto. Izraz kliničko ispitivanje lekova ima najuže značenje, jer predstavlja samo jednu vrstu medicinskih ogleda koji predstavljaju jedan vid medicinskih istraživanja. Tako dolazimo do

¹⁴ Pod *terapijskim ispitivanjima* se podrazumevaju ona, od kojih osoba na kojoj se izvode može imati koristi za sopstveno zdravlje, jer je obolela od bolesti ili se nalazi u stanjima za koje je lek ili medicinski tretman koji se ispituje namenjen. *Neterapijska ispitivanja* su, međutim, naučni ogledi koji se izvode na zdravim osobama, koje od toga ne mogu lično imati zdravstvene koristi. Korist ima celokupno društvo i nauka.

¹⁵ Navedeno razlikovanje pravi i britanski Department of Health (Klajn Tatić, 2012: 34).

¹⁶ Medicinski leksikon, Beograd, 1999, str. 257 (Radišić, 2004: 227).

zaključka da je kliničko ispitivanje istovremeno i medicinski ogled i medicinsko istraživanje – odnosno njihov specifičan vid na način kako smo to prikazali. Pošto zakonodavac određuje samo odnos pojmova medicinski ogled i kliničko ispitivanje lekova – prema kome prvi izraz ima šire značenje i obuhvata drugi – možda ne bi bila velika greška termine medicinsko istraživanje i medicinski ogled (kao zakonima nedefinisane) koristiti kao zamenujuće; ali bi svakako bilo nepotrebno da se oni koriste i kao zamena za izraz kliničko ispitivanje, jer je njegovo značenje specifično, poznato i Zakonom definisano.

U prilog viđenja stvari, kakvo navodimo, govori najpre Zakon o pravima pacijenata¹⁷, koji u čl. 25. reguliše uslove za izvođenje medicinskih istraživanja (ne definišući šta se pod tim podrazumeva), s tim što se u jednom od stavova ovog člana (st. 10) posebno izdvajaju klinička ispitivanja lekova, za čije se izvođenje upućuje na primenu odredbi posebnog zakona (to je Zakon o lekovima i medicinskim sredstvima). Iz navedenog je jasno da je medicinsko istraživanje pojam koji je različit od kliničkog ispitivanja, pa i da ga svojom sadržinom obuhvata, tj. da su klinička ispitivanja jedna vrsta medicinskih istraživanja.

I već pomenuti čl. 148, st. 1, t. 2. Zakona o zdravstvenoj zaštiti, regulišući nadležnost etičkog odbora zdravstvene ustanove, predviđa da tu između ostalog spada i davanje saglasnosti „... za sprovođenje naučnih istraživanja, medicinskih oglada, kao i kliničkih ispitivanja lekova i medicinskih sredstava u zdravstvenoj ustanovi...” – gde se termini o kojima govorimo takođe ne koriste kao sinonimi.

I formulacija čl. 39 Zakona, u kome su nabrojani lekovi za koje se ne izdaje dozvola za lek, upućuje na isti zaključak. Između ostalog, tu su navedeni i „lekovi namenjeni *ispitivanju* u toku *istraživanja i razvoja*“ (st. 1, t. 4) – iz čega proizilazi da su istraživanja širi pojam, odnosno proces čiju sadržinu mogu činiti i ispitivanja lekova.

Ista je situacija i sa čl. 183 Zakona¹⁸ koji, navodeći kategorije medicinskih sredstava koje se ne upisuju u Registar medicinskih sredstava, između ostalih,

¹⁷ Sl. glasnik RS 45/2013.

¹⁸ Čl. 183. glasi: „U Registar medicinskih sredstava ne upisuju se medicinska sredstva: 1) koja imaju odobrenje za kliničko ispitivanje; 2) koja su namenjena za nastavak terapije za

odvojeno navodi, pod brojem 1, medicinska sredstva koja imaju odobrenje *za kliničko ispitivanje*; a odvojeno, pod brojem 4, medicinska sredstva koja su namenjena *za naučna istraživanja i razvoj*. Kao što se vidi, kliničko ispitivanje i naučno istraživanje (nesporno je da se ovde radi o istraživanju iz oblasti medicinskih nauka) se tretiraju kao različiti pojmovi. Čak se stiče utisak da naučna istraživanja i razvoj medicinskog sredstva prethode njegovom kliničkom ispitivanju.

Zaključak da izrazi medicinsko istraživanje i kliničko ispitivanje u našem pravu imaju različito značenje i sadržinu proizilazi i iz čl. 70. i 141. Zakona. U čl. 70.¹⁹ su najpre predviđeni uslovi za uvoz lekova koji se klinički ispituju; a zatim odvojeno, u čl. 141. (između ostalog) i uslovi uvoza lekova namenjenih naučnim ili medicinskim istraživanjima²⁰.

Najzad, moramo pomenuti i to, da Zakon o transplantaciji ćelija i tkiva²¹ koristi izraz „naučno-istraživački rad“ u oblasti koju reguliše, određujući uslove pod kojima se ćelije i tkiva mogu koristiti kao objekti za izvođenje naučnih istraživanja. Očigledno da je tu reč upravo o medicinskim istraživanjima, čije značenje utvrđujemo, pri čemu ih zakon o kome je reč ne definiše; ali se kao jedan od ciljeva ovih istraživanja, što je relevantno za temu kojom se bavimo, navodi i uvođenje novih zdravstvenih tehnologija u postupak lečenja, pod čim se podrazumeva uvođenje novih zdravstvenih metoda i postupaka, koji se mogu koristiti radi unapređenja zdravlja ljudi primenom ćelija i tkiva, odnosno „ćelijske terapije, koja obuhvata bezbedne, kvalitetne i efikasne lekove i medicinska sredstva, medicinske procedure, kao i uslove za pružanje zdravstvene zaštite“ (čl. 87). Iz navedenog se može zaključiti da naučna istraživanja u ovoj oblasti medicine podrazumevaju ne samo razvijanje lekova i medicinskih sredstava već i raznih medicinskih procedura, pa i šire,

ličnu upotrebu određenog pacijenta po predlogu nadležnog zdravstvenog radnika; 3) koja su proizvedena po narudžbini za određenog pacijenta; 4) koja su namenjena za naučna istraživanja i razvoj.“

¹⁹ Čl. 70. glasi: „(1) Za lek koji se *klinički ispituje*, uvoznik tog leka mora da ima dozvolu za promet na veliko lekova. (2) Agencija izdaje odobrenje za uvoz leka koji se klinički ispituje u skladu sa ovim zakonom i propisima donetim za njegovo sprovođenje.“

²⁰ Čl. 141, st. 2. glasi: „Agencija može izuzetno da odobri i uvoz leka koji nema dozvolu za lek, a namenjen je za *naučna ili medicinska istraživanja*.“

²¹ Sl. glasnik RS 72/2009.

uslova za pružanje zdravstvene zaštite – čime nam sadržina ovog izraza postaje jasnija. Navedeno potvrđuje i naš stav o odnosu termina čije smo značenje analizirali, tj. da je medicinsko istraživanje najširi pojam, koji pored ostalog obuhvata i klinička ispitivanja i razvijanje novih lekova.

Uslove obavljanja naučnoistraživačkog rada reguliše i Zakon o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja²² (čl. 60). Izuzev što uređuje još jednu oblast ili bolje rečeno objekat medicinskih istraživanja (reproduktivne ćelije i rani embrioni) – ovaj zakon u članu o kome je reč ne sadrži ništa drugo, što bi nam bilo od koristi za opredeljenje pojma medicinskog istraživanja.

Konačno, da naše viđenje stvari nije usamljeno svedoči i naslov jedne monografije iz ove oblasti, u kome su paralelno upotrebljena oba izraza – iz čega svakako proizilazi da se oni ne shvataju kao sinonimi: „Etički i pravni položaj ljudi kao subjekata *biomedicinskih istraživanja i kliničkih ogleda*“ (autor: Vesna Klajn Tatić; izdavač: Institut društvenih nauka, Beograd, 2012). I u mnogim člancima se koristi isti način izražavanja (Klajn Tatić, Milenković, 2012: 433–449).

5. Pojam kliničkog ispitivanja u pravu Evropske unije

Jedan od najvažnijih dokumenata EU iz oblasti kliničkih ispitivanja je Direktiva 2001/20/ES²³ Evropskog parlamenta i Saveta (u daljem tekstu: Direktiva). Pored ostalih pitanja koja uređuje, Direktiva u čl. 2, st. 1, t. (a) definiše i izraz „kliničko ispitivanje“. Član o kome je reč u originalnom tekstu glasi: „*‘Clinical trial’: any investigation in human subjects intended to discover or verify the clinical, pharmacological and/or other pharmacodynamic effects of one or more investigational medicinal product(s), and/or to identify any adverse reactions to one or more investigational medicinal product(s) and/or to study absorption, distribution, metabolism and excretion of one or more investigational medicinal product(s) with the object of ascertaining its (their) safety and/or efficacy.*“

²² Sl. glasnik RS 72/2009.

²³ DIRECTIVE 2001/20/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 4 April 2001 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States relating to the implementation of good clinical practice in the conduct of clinical trials on medicinal products for human use.

Iz navednog se može zaključiti da su definicije kliničkog ispitivanja u pravnim sistemima Srbije i EU gotovo identične i da je ovaj pojam i u Direktivi određen preko ista ona tri elementa, preko kojih je to učinjeno i u Zakonu: preko subjekta, ciljeva i predmeta ispitivanja. I prema Direktivi jedini subjekat na kome se kliničko ispitivanje može vršiti je čovek²⁴. Ciljevi kliničkog ispitivanja su takođe isti: utvrđivanje ili potvrđivanje kliničkog, farmakološkog i/ili farmakodinamskog dejstva jednog ili više medicinskih proizvoda; i/ili identifikovanje neželjenih reakcija; i/ili ispitivanje njihove resorpcije, distribucije, metabolizma i izlučivanja – da bi se utvrdila bezbednost i/ili efikasnost proizvoda o kome je reč. Pri tom su veznici i/ili, koji su korišćeni u Direktivi, precizniji od termina „odnosno“ koji koristi domaće pravo, a donekle menjaju i značenje analizirane definicije kliničkog ispitivanja. Naime, dok se na osnovu teksta domaćeg zakona može steći utisak da tokom kliničkog ispitivanja treba da budu realizovani svi ciljevi o kojima je reč, iz teksta Direktive, zahvaljujući alternativnom postavljanju veznika i/ili, proizilazi da kliničko ispitivanje može imati i samo neke od navedenih ciljeva. Ipak, u pitanju su više nijanse nego suštinske razlike između ovih regulativa.

Jedina primetnija razlika između analiziranih regulativa je u načinu na koji je opredeljen predmet kliničkog ispitivanja, kao poslednji element njegovog pojma. U srpskom pravu on je određen kao jedan ili više lekova. U Direktivi predmet kliničkog ispitivanja je nazvan medicinskim proizvodom, što je širi termin koji svojim značenjem svakako obuhvata lekove, ali očigledno i više od toga. Razlika u regulativi je, međutim, mnogo manja nego što to na prvi pogled izgleda, jer, kao što smo to već u odgovarajućem delu rada objasnili, srpski Zakon predviđa analognu primenu odredbi o kliničkom ispitivanju lekova i na kliničko ispitivanje medicinskih sredstava – što znači da i ona čine predmet kliničkog ispitivanja. I pored toga izraz medicinski proizvod smatramo prikladnijim, jer je „rastegljiviji“ i po potrebi može podrazumevati i više od leka i medicinskog sredstva, ako se s vremenom pojavi još neki proizvod

²⁴ O pojedinim pitanjima u vezi kliničkih ispitivanja, regulisanim Direktivom više: H. J. Silverman, C. Druml, F. Lemaire, R. Nelson, *The European Union Directive and the protection of incapacitated subjects in research: an ethical analysis*, *Intensive Care Med.*, 30 (9)/2004, str. 1723–1729.

medicinskog karaktera, koji nije ni lek, ni medicinsko sredstvo, a koji treba da bude klinički ispitan.

Pošto je Direktiva doneta 2001. godine, a srpski Zakon 2010, očigledno je da su rešenja Direktive bila uzor domaćem zakonodavcu pri regulisanju ovog, kao i najvećeg broja drugih pitanja iz oblasti kliničkih ispitivanja²⁵. Srpska regulativa zapravo predstavlja samo prevod odgovarajuće odredbe Direktive sa minimalnim jezičkim izmenama.

6. Zaključak

Na osnovu svega u radu iznetog možemo zaključiti da su klinička ispitivanja u srpskim propisima jasno i precizno definisana, tako da nema nikakvih nedoumica u pogledu značenja ovog izraza. Definisane kliničkog ispitivanja izvršeno je posredstvom tri elementa: subjekta na kome se izvode; ciljeva i predmeta ispitivanja. Subjekt na kome se vrši kliničko ispitivanje je uvek čovek. Ispitivanja u laboratoriji ili na životinjama, ako su u pitanju lekovi za humanu upotrebu, nisu klinička (već su pretklinička, farmakološka i sl.). Ciljevi ispitivanja su višestruki i usmereni su na utvrđivanje dejstva, neželjenih reakcija, resorpcije, distribucije, metabolizma i izlučivanja ispitivanog leka, kako bi se utvrdila ili potvrdila njegova efikasnost i bezbednost. To znači da ispitivanja ili medicinske procedure i istraživanja sa drugačijim ciljevima nisu klinička ispitivanja. Konačno, predmet kliničkog ispitivanja su samo lekovi i medicinska sredstva, ali ne i drugi proizvodi koji se takođe ispituju, poput kozmetičkih proizvoda, dodataka ishrani i sličnog. Razgraničenje kliničkog od drugih vrsta ispitivanja je važno zbog zakonom propisanih pravila njihovog izvođenja, koja važe i moraju se poštovati samo za izvođenje ove vrste ispitivanja. Za druge vrste ispitivanja uglavnom važe drugačija pravila. Precizno definisanje kliničkih ispitivanja olakšava i njihovo razgraničenje od biomedicinskih istraživanja i medicinskih oglada, što su izrazi koje domaći zakonodavac takođe koristi, ali ih ne definiše, pa nije sasvim jasno šta oni podrazumevaju. Ono što se ipak može utvrditi je da su izgleda u pitanju pojmovi sa širim značenjem, koji svojom sadržinom obuhvataju i klinička

ispitivanja koja predstavljaju jedan vid ili vrstu medicinskih istraživanja i ogleđa, koji se obavljaju u skladu sa posebnim pravilima.

Pravo EU, oličeno u Direktivi 2001/20/ES kao najvažnijem dokumentu iz oblasti kliničkih ispitivanja, na gotovo identičan način kao i srpsko pravo i posredstvom istih elemenata definiše klinička ispitivanja; uz jedinu razliku u pogledu predmeta ispitivanja, koji je u Direktivi označen šire kao medicinski proizvod. Za razliku od nekih međunarodnih propisa²⁶ i srpskih zakona, u Direktivi se ne koriste izrazi medicinsko istraživanje i medicinski ogleđ. Identično definisanje kliničkog ispitivanja posledica je činjenice da je sadržina ranije donete Direktive očigledno bila uzor srpskom zakonodavcu pri uređivanju ovog pitanja. To znači da je konačni zaključak naših razmatranja da je u ovoj oblasti srpska regulativa u potpunosti usklađena sa pravom EU, što je za Srbiju, kao moguću buduću članicu EU od posebne važnosti.

Literatura

Coleman, H. C. (2005). Duties to subjects in clinical research, *Vanderbilt law review*, 58 (2)/2005. 387–449

Everitt, S. B., Pickles, A. (2004). *Statistical aspects of the design and analysis of clinical trials*, London: Imperial Colledge Press

Vujaklija, M. (1961). *Leksikon stranih reči i izraza*, Beograd

Živojinović, D. (2012). Istorijski razvoj i međunarodna regulativa kliničkih ispitivanja koja se izvode na ljudima, *Zbornik referata sa Međunarodnog naučnog skupa na temu „Pravo i usluge“*(str. 677–697). Kragujevac

Klajn Tatić V., Marić, M. (2013). Nepovoljni događaji i neželjene reakcije tokom nasumično kontrolisanih kliničkih ogleđa na ljudima. *Pravni život*, 9/2013. 265–282

²⁵ O tome videti: N. Planojević, Pravni položaj sponzora kliničkih ispitivanja u srpskim propisima i Direktivi 2001/20/ES, u: B. Vlašković (ur.), *Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima Evropske unije*, knj. 1, Kragujevac, 2013, str. 225–248.

²⁶ U tom smislu videti Helsinšku deklaraciju ili Međunarodni etički vodič za biomedicinska istraživanja na ljudima.

Klajn Tatić, V. (2010). Etički i pravni položaj punoletnih poslovno sposobnih ljudi kao subjekata biomedicinskih istraživanja ili oglada. *Strani pravni život*, 2/2010. 209–236

Klajn Tatić, V. (2012). *Etički i pravni položaj ljudi kao subjekata biomedicinskih istraživanja i kliničkih oglada*, Beograd

Klajn Tatić, V., Milenković, M. (2012). Ispunjenje etičkih zahteva kao uslov za pravnu dopustivost biomedicinskih istraživanja i kliničkih oglada na ljudima. *Pravni život*, 9/2012. 433–449

Krštenić, J. (2006). Krivičnopravna zaštita zdravlja u okvirima humanizacije društva. *Pravni život*, 9/2006. 473–483

Maletić, D. (2000). Medicinski ogladi na čoveku. *Pravni život*, 9/2000. 209–218

Mujović Zornić H. (2005). Pravni značaj vodiča prakse u medicini i odgovornost. *Pravni život*, 9/2005. 427–448

Mujović Zornić, H. (1997). Pravni problemi kliničkog ispitivanja lekova. *Pravni život*, 9/1997. 347–367

Mujović Zornić, H. (2001). Lekovi s nedostatkom i odgovornost za štete. *Pravni život*, 9/2001. 109–125

Mujović Zornić, H. (2002). Regulisanje pacijentovih prava u vezi sa korišćenjem lekova, *Pravni život*, 9/2002. 219–221

Mujović Zornić, H. (2008). *Farmaceutsko pravo – pravo o lekovima i štete od lekova*, Beograd

Planojević, N. (2013). Predmet kliničkog ispitivanja. *Pravni život*, 9/2013, 373–390

Radišić, J. (2004). *Medicinsko pravo*, Beograd

Nina Planojević, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Kragujevac

**The Concept of a Clinical Trial In the Serbian Law
and in the European Union Law**

Summary

Clinical trials on medicines are a preliminary and inevitable stage of clinical research aimed at ensuring a safe application of medicinal products in the future. There is no dispute that the progress of medicine and the survival of mankind largely depend on clinical trials, which are an important part of clinical research. The subject matter of this paper is the definition of clinical trials in the Serbian legislation as well as in the EU law, i.e. in the Directive 2001/20/ES. In the first part of the paper, the author identifies and analyzes elements constituting the notion of clinical trial, including the subjects (participants) in clinical trial, the objectives of clinical trial and the subject matter of clinical research. In the second part of the paper, the author points out to the distinction between clinical trials and some similar concepts: medical experiments and medical research. In the final part of the paper, after comparing the definitions on clinical trial as provided in the Serbian legislation and in the European Union law, the author draws a conclusion that the Serbian legal provisions fully comply with the EU provisions on this matter.

Key words: medical law, clinical trials, EU law, Directive 2001/20/ES.

Dr Dejan Janićijević,*
Vanredni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

NAUČNI ČLANAK

UDK:347.62-055.3(4-672EU)
UDK:342.721-055.3(4-672EU)

Rad primljen: 01.09.2014.
Rad prihvaćen: 01.12.2014.

KONCEPT PORODICE U PROPISIMA O SLOBODI KRETANJA EU**

Apstrakt: Ovaj rad razmatra pojmovno određenje supružnika, građanskog partnera i partnera u pravu EU, pre svega u propisima o slobodnom kretanju ljudi, kritikujući nejedinstvenost pristupa pitanju definisanja porodice. Analizira se i mogućnost da na osnovu uskog tumačenja pojma supružnika dođe do diskriminacije na osnovu seksualne orijentacije, kao i problemi koje može prouzrokovati uslovljenost slobode kretanja civilnih partnera priznavanjem tipa njihove zajednice od strane države domaćina, što takođe otvara mogućnost državam članicama za diskriminaciju, i nekompatibilno je sa široko promovisanim principom jednakosti u pravu EU. Pozicija nevenčanih ili neregistrovanih partnera takođe je predmet pažnje autora, naročito zahtev da se pravilno proveri trajnost zajednice. Autor sagledava i moguće posledice primene postojećih rešenja na istopolne partnere koji žele da se dosele u državu članicu EU. Stav autora je da je potrebno preispitati rešenja u ovoj oblasti i prilagoditi ih nastojanjima EU da se eliminiše diskriminacija po mnogim osnovima, uključujući i seksualnu orijentaciju.

Ključne reči: supružnik, istopolni brak, građansko partnerstvo, porodica.

1. Uvod

Građanima EU priznata su određena prava kada migriraju iz države članice EU čiji su državljani, u neku drugu državu članicu EU. Mnoga od ovih prava odnose se i na članove njihovih porodica. Zato je mogućnost dokazivanja činjenice da

* djanicijevic@prafak.ni.ac.rs

** Ovaј rad је резултат истраживања на пројекту *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору* (бр. пројекта 179046), који реализује Правни факултет Универзитета у Нишу.

je neko lice član porodice državljanina EU, a naročito ekonomski aktivnog državljanina EU, veoma bitna za vršenje prava vezanih za migraciju. Ovo je još značajnije kada se radi o državljaninu države nečlanice EU, koji se ne može samostalno osloniti na državljanstvo EU i beneficije koje ono donosi. Ovaj rad razmatra kako je porodica konceptualizovana u pravu EU koje reguliše materiju slobode kretanja, sa posebnim akcentom na položaj supružnika i partnera. On sagledava širinu domena pojmova supružnik i partner, pri tome obrađujući posebnu pažnju na meru mogućeg negativnog uticaja odredaba prava EU na istopolna partnerstva. Rad najpre analizira definicije koje se primenjuju na parove sadržane u Direktivi 2004/38, tj. Direktivi o pravima građana, a zatim i sagledava značaj jasnog i nediskriminatornog definisanja porodice u ovom kontekstu u pravu EU.

2. Definisanje porodice u pravu EU

EU nema direktnih ili eksplicitnih nadležnosti u pitanjima poro-dičnog prava. Ipak, neke odredbe prava EU – od kojih su najizrazitiji primer one koje se odnose na slobodu kretanja – nedvosmisleno imaju značajan uticaj na pitanja koja se tiču porodice (Bell, 2004; Caracciolo di Torella i Masselot, 2004). Dakle, kada je iz nekih razloga potrebno pojmovno odrediti porodicu može doći do primene prava EU. Tako je EU od samih začetaka svog unutrašnjeg tržišta morala da zauzme stav u pogledu pitanja ko sve čini porodicu. Sloboda kretanja i prava koja ona podrazumeva prošireni su na porodice radnika najpre Regulativom (Uredbom) 1612/68, koja je ova prava priznala supružniku radnika/ce i njegovim/njenim potomcima mlađim od 21 godine, ili izdržavanim licima i njihovim srođnicima u uzlaznoj liniji srodstva sa radnikom/com i njegovim/njenim supružnikom/com (član 10(1)(a) i (b)). Nešto ograničeniji krug prava priznat je ostalim članovima porodice „ako ih radnik izdržava... ili žive pod njegovim krovom...” (Uredba 1612/68 član 10(2)).

Dakle, EU je inicijalno priznala prava samo radniku i ograničenom krugu članova njegove porodice, a ne čitavoj porodici radnika u širem smislu. Ove odredbe danas su zamenjene definicijama sadržanim u Direktivi 2004/38 – Direktivi o pravima građana (Citizens' Rights Directive – CRD). Ova direktiva ustanovljava okvir regulisanja prava građana EU i članova njihovih porodica na

slobodno kretanje i prebivanje unutar teritorija država članica. Definicija državljanina EU u ovom kontekstu potpuno je nedvosmislena i jednostavno obuhvata državljane država članica (član 2(1)). Na drugoj strani, definicija člana porodice zahteva mnogo detaljnije razmatranje. U odredbi člana 2(2) popisani su članovi porodice na koje se prava obuhvaćena Direktivom primenjuju. „Evropska porodica“ prema ovoj odredbi obuhvata supružnika ili građanskog partnera, i to ako se građansko partnerstvo tretira kao ekvivalent braku u državi domaćinu.

Ove kategorije partnera u radu će biti naizmenično analizirane radi naglašavanja razlika u pogledu prava koja mogu uživati različite kategorije partnera.¹

3. Supružnici

Termin „supružnik“ odnosi se na bračnog partnera. U najvećem broju država članica uzima se da se radi o mužu, odnosno ženi, tj. o heteroseksualnom partnerstvu (European Union Agency for Fundamental Rights, 2010).

Mogućnost razdvajanja pojma supružnik od pojma braka bila je predmet političkog i pravosudnog razmatranja (Bell, 2004; D’Oliviera, 2000). Na primer, u predmetu Holandija protiv Rida, Evropski sud pravde odlučivao je o zahtevu istaknutom od heteroseksualnog vanbračnog para za jednak tretman sa bračnom parovima. Sud je odbio da proširi domen termina „supružnik“ tako da uključi i partnere koji su u dugotrajnoj vezi, ali nisu venčani, i zaključio:

U nedostatku bilo kakve indicije opšteg društvenog razvoja koji bi opravdao široko tumačenje, i u nedostatku bilo kakve indicije suprotnog u regulativi, mora se smatrati da se termin „supružnik“ u članu 10 Regulacije (Uredbe) odnosi samo na bračnu vezu.

Dakle, jasno je da se termin „supružnik“ ne može tumačiti tako da obuhvata lica u zajednici života – kohabitate ili dugotrajne partnere. Međutim, Evropski sud pravde priznao je da je ovo pravno područje podložno promenama zavisno od promena društvenih stavova. S obzirom na to da su odredbe Uredbe mogle

¹ Prava deteta, odnosno prava koja deriviraju iz statusa deteta neće biti predmet razmatranja u ovom radu.

pogoditi sve države članice i da nije bilo konsenzusa među njima po pitanju da li dugotrajni partneri treba da imaju ista prava kao i bračni drugovi, Sud nije našao za shodno da interveniše i pojam „supružnik“ tumači široko.

Ako se termin „supružnik“ odnosi samo na bračne odnose (Holandija protiv Rida), postavlja se pitanje da li on obuhvata i istopolne partnere koji su zaključili civilna partnerstva ili slične registrovane zajednice. I ovde izgleda da je odgovor negativan. Evropski sud pravde razmatrao je poziciju registrovanih istopolnih partnera u predmetu D i Švedska protiv Saveta. U ovom predmetu radilo se o davanju određenih povlastica supružnicima koje nisu bila date civilnim partnerima. Sud je zauzeo stav da je ovo bilo zakonito, budući da razlika u obimu datih prava ne proizlazi iz razlike u seksualnoj orijentaciji zainteresovanih partnera već iz različitog pravnog statusa braka i civilnog partnerstva. Sud je naveo da je prihvatljivo da termin „brak“ označava zajednicu dva lica suprotnog pola (paragraf 34). Međutim, Sud takođe priznaje da sve veći broj država omogućava pravno priznanje istopolnih partnerstava (paragraf 35), ali komentariše:

Jasno je, međutim, da se pored njihove velike raznovrsnosti, takvi aranžmani za registrovanje veza između partnera, ranije pravno nepriznatih, smatraju u tim zemljama članicama različitim od braka (paragraf 36).

I, najvažnije:

U takvim okolnostima pravosuđe Zajednice ne sme tumačiti propise tako da se pravne situacije različite od braka tretiraju na isti način kao brak (paragraf 37).

Sud je dalje razmatrao da li se razlike u tretmanu mogu smatrati diskriminacijom. Prilikom vršenja procene, Sud je pošao od toga da se princip jednakog tretmana može primeniti samo na lica u uporedivim situacijama (paragraf 48). On je priznao, kao što je učinio i u vezi sa kohabitantima u predmetu Holandija protiv Rida, da nema konsenzusa među državama članicama po ovom pitanju, pa je zaključio:

U takvim okolnostima, situacija službenika koji je registrovao partnerstvo u Švedskoj ne može, za svrhu primene propisa o

službenicima, biti smatrana uporedivom sa situacijom venčanog službenika (paragraf 51).

Teško je uvideti kako se presuda može shvatiti kao bilo šta drugo do diskriminacija po osnovu seksualne orijentacije. Svakako, imajući u vidu da u većini država u kojima su civilna partnerstva priznata, samo istopolni parovi mogu zasnivati ovakve zajednice i da je brak i dalje rezervisan za partnere različitih polova u svim osim pet zemalja članica, veoma je teško shvatiti kako je različit tretman braka i civilnog partnerstva išta drugo do diskriminacija po osnovu seksualnog opredeljenja.²

Da li bi termin supružnik trebalo da obuhvati i istopolne partnere bilo je sporno pitanje i prilikom donošenja CRD (Bell, 2004). Verzija doneta 2004. godine pominje jednostavno supružnike, što se, imajući u vidu slične formulacije u jurisprudenciji koja se tiče ljudskih prava, smatralo indikacijom da se radi o partnerima različitih polova (Tobin, 2009). Zapravo, Evropski parlament zagovarao je formulaciju koja bi obuhvatila supružnike „ma kojeg pola“ u direktivu, čime bi se eksplicitno priznali istopolni brakovi (Evropski parlament, 2003; Bell, 2004). Ipak, ovaj amandman bio je odbačen na temelju nepostojanja konsenzusa država članica u pogledu statusa istopolnih brakova, pa čak i civilnih partnerstava. Komisija je dala sledeće objašnjenje za odbacivanje ovog amandmana:

Sud je takođe odlučio da tumačenje pravnih termina na temelju društvenog razvoja koji dejstvuje u svim država mora uzeti u obzir situaciju u čitavoj zajednici. Komisija, zato, smatra da treba ograničiti predlog koncepta supružnika tako da u principu znači supružnik suprotnog pola, osim ako nema naknadnih okolnosti.

Ono što se ovim sugeriše jeste da će u neko buduće vreme, kada priznanje istopolnih brakova bude raširenije, EU verovatno priznati obuhvatanje istopolnih bračnih partnera terminom supružnik. Zapravo, u Izveštaju o implementaciji CRD iz 2008. godine (Evropska Komisija 2008b) navodi se da bi suprotno predstavljalo direktnu diskriminaciju i povredu opšteg principa jednakosti, kao i zahteva da se ne čini diskriminacija, sadržanog u odredbi

člana 21 Povelje o osnovnim pravima. U Izveštaju je sadržan poziv državama članicama da priznaju svojstvo supružnika istopolnim partnerima, ali nije bilo konkretnih koraka u pravcu izmena CRD u tom pravcu (Agencija Evropske Unije za osnovna prava, 2010; Tobin, 2010). Dok se to ne dogodi, izgleda da istopolni supružnici, uopšte neće biti pravi supružnici.

4. Građanski partneri

Građanske partnere pravo slobode kretanja EU prepoznaje ako država domaćin tretira civilna partnerstva ekvivalentnim braku. Ipak, pitanje šta država domaćin zahteva od civilnog partnerstva da bi ono bilo ekvivalentno braku nije rešeno na jedinstven način. Ako bi, na primer, ekvivalentnost značila da civilno partnerstvo podrazumeva jednaka prava i odgovornost kao brak, nijedna od ovih zajednica ne ispunjava ovaj standard. Građanska partnerstva, iako u nekim slučajevima pružaju gotovo jednaka prava onima u braku, odlikuju i određene razlike vezane, na primer, za roditeljsku odgovornost, pitanja nasleđivanja ili usvojenja. U nekim slučajevima postoje i dodatne razlike, koje se tiču, na primer, oporezivanja. Ovo praktično znači da se civilna partnerstva značajno razlikuju od braka. U tom smislu, moglo bi se uzeti da CRD, regulišući civilna partnerstva, u stvari, štiti isključivo istopolne brakove, u kojem bi slučaju pomenuta odredba bila primenljiva u samo 5 država članica.

Ipak, čini se malo verovatnim da je primenjen ovako uzak pristup, budući da se u CRD koristi upravo termin civilna partnerstva, a ne istopolni brakovi. Zato je širi koncept ekvivalentnosti ispravniji. On bi, na primer, mogao biti zasnovan na ustanovljavanju ekvivalentnosti u vezi sa pitanjima imigracije na nacionalnom planu, pa ako nacionalna pravila tretiraju civilne partnere na isti način kao i bračne partnere, ekvivalentnost će za potrebe primene CRD biti uspostavljena. Međutim, i ovakav pristup čini se neispravnim, zato što bi učinio propis EU beznačajnim i zavisnim od prethodnog priznanja imigracionih pravila od strane država članica.

Najbolje je primeniti jedan sveobuhvatniji pristup zasnovan u većoj meri na zdravom razumu, po kojem postoje razlike između civilnih partnera i

² Države koje priznaju civilna partnerstva su: Austrija, Velika Britanija, Francuska, Nemačka, Luksemburg, Lihtenštajn, Mađarska, Slovenija, Finska, Češka, Danska i Irska.

raznopolnih supružnika zato što su to, u krajnjoj liniji, različiti pravni statusi. Umesto traganja za identičnim pravima i odgovornostima ili fokusiranja na razlikama u statusu, pažnju treba usmeriti ka sličnostima i pitanju da li su u datom pravu oni značajno ekvivalentni, čak i ako u određenim detaljima postoje izvesne razlike. Ako se ekvivalencija shvati na ovaj način, onda mnogo veći broj država članica EU prepoznaju civilna partnerstva na način na koji to zahteva CRD.

Međutim, problem je u tome što se odgovor na pitanje da li prava mogu derivirati iz određenog statusa čini direktno zavisnim od priznanja države članice (CRD član 2(2)). I dok su pravno-politički razlozi za to jasni – uzdržavanje EU od mešanja u pitanja sastava porodice i zvaničnog nametanja istopolnih partnerstava državama članicama – odredbe se čine prilično nelogičnim sa stanovišta potreba slobode kretanja. Ako je cilj pospešivanje slobodnog kretanja među ekonomski aktivnim građanima, i ako se prihvati da bi se oni najradije kretali zajedno sa svojim porodicama (ponajpre partnerima), činjenje prava građanskih partnera zavisnim od priznanja države domaćina jeste korak unazad. Zašto bi državljanin EU čije je partnerstvo priznato u državi u kojoj živi želeo da se seli u drugu državu članicu gde to partnerstvo nije priznato? Ovaj argument korišćen je u predmetu D i Švedska, ali je odbačen, budući da nije bio upotrebljen u prvostepenom postupku već tek u postupku po žalbi. Zbog toga nedostaje stav Evropskog suda pravde po ovom pitanju. Štaviše, prilikom donošenja CRD, Komisija je izrazila zabrinutost zbog mogućnosti obrnute diskriminacije – da će imigranti imati prednost u državi domaćinu u odnosu na državljane te države:

Dati prava koja nisu priznata u slučaju sopstvenih državljana parovima iz drugih država članica moglo bi da, u stvari, stvori obrnutu diskriminaciju, koju bi Komisija želela da izbegne (Evropska komisija, 2003: 11).

Komisija, ipak, nije preterano zainteresovana za prevenciju diskriminacije po osnovu seksualne orijentacije u ovom kontekstu, što nije u skladu sa njenom načelnom posvećenošću da eliminiše diskriminaciju u ostalim oblastima. Pored toga, predmet C-25/02 Rinke v Arztekkammer Hamburg ukazuje na to da tamo gde instrumenti Unije ne omogućavaju ravnopravan tretman, njihova

zakonitost može biti osporena: Evropski sud pravde je zaključio da „pridrđavanje zabrane indirektno diskriminacije po osnovu pola jeste uslov zakonitosti svih mera koje usvajaju institucije Zajednice“ (Rinke, paragraf 28). Imajući u vidu jasne pozicije EU u pogledu zabrane diskriminacije po osnovu seksualnog opredeljenja u drugim oblastima, teško je opravdati očiglednu diskriminaciju u ovoj materiji.

Zabranom diskriminacije po osnovu seksualne orijentacije prilikom zapošljavanja EU već utiče na način na koji porodicu treba da koncipiraju države članice, barem u pogledu pitanja koja se tiču zapošljavanja. Da li je onda zaista suviše veliki iskorak tražiti od EU da nametne državama članicama da na svojoj teritoriji priznaju civilna partnerstva zakonski zasnovana u nekoj drugoj državi članici sa svrhom uživanja prava priznatih u CRD? Ova prava su, naposljetku, u najvećoj meri vezana za propise o imigraciji i dostupnosti zaposlenja, a ne za pitanja koja fundamentalno utiču na nacionalne sisteme porodičnog prava, koji su, izgleda, predmet brige EU. Nedavno, u predmetu *C-34/0 Ruiz Zambrano protiv Office national de l'emploi (ONEm)*, Evropski sud pravde pokazao je spremnost da interveniše u sferu nacionalnih pravnih sistema u vezi prava na prebivalište državljana trećih zemalja koji svoja prava izvode iz prava državljana EU koji ne menjaju mesto prebivanja. Zauzet je stav da oni parovi koji su zakonito zaključili civilna partnerstva u jednoj državi članici a potom se presele u drugu državu članicu imaju podjednako snažan argument da potpadnu pod režim prava EU. Praksa koja se odnosi na slobodu kretanja ljudi potvrđuje da odredbe o slobodi kretanja moraju biti tumačene široko (predmet 291/05 *Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie v R. N. G. Eind*), i da države članice moraju biti sprečene da svojevorno uskraćuju zaštitu koju pruža Ugovor (predmet 75/63 *Hoekstra v Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten*). Na tim osnovama civilna partnerstva trebalo bi priznati od strane države domaćina ako su zakonito zasnovana u drugoj državi članici, i teško je prihvatiti da uskraćivanje ovakvog priznanja predstavlja išta drugo do diskriminaciju po osnovu seksualne orijentacije. Dozvoliti, ili čak vršiti takvu diskriminaciju bilo bi protivno ciljevima EU i štetno za njeno delovanje na drugim područjima.

Pored toga što je od praktičnog značaja za one građanske partnere koji nameravaju da se sele iz jedne u drugu državu članicu, ovo pitanje ima i veliki

simbolički značaj zato što EU može poslati jasnu poruku da brak nije zlatni standard (Frimston, 2006), a civilno partnerstvo utešna nagrada u pravu EU. Kako stvari sada stoje, civilni partneri zaista jesu civilni partneri samo ako ih država u koju žele da se nasele kao takve priznaje.

5. Partneri

U dosadašnjem toku rada razmatrane su pozicije supružnika i civilnih partnera. Uočena su ograničenja koja nameću relevantni propisi, ali je primećeno da među njima ipak postoje i oni koji omogućavaju šire tumačenje i razvoj kroz praksu Evropskog suda pravde, odnosno koji mogu činiti osnov za debatu i buduće reforme. Ovi propisi, međutim, ne regulišu adekvatno situaciju u kojoj se nalazi veliki broj parova, bilo raznopolnih bilo istopolnih, koji se opredeljuju da ne zaključe niti brak, niti civilno partnerstvo. Odredba člana 2 CRD ne prepoznaje nevenčane ili neregistrovane partnere kao članove porodice koji mogu uživati prava predviđena Konvencijom. Umesto toga, odredba člana 3 CRD daje neka ograničena prava drugim izdržanim članovima porodice, kao i onim kojima je potrebna lična nega ili članovima domaćinstva državljanina, odnosno partnerima sa kojima državljanin ima trajnu vezu. Za predmet analize u ovom radu od značaja su ovi poslednji.

Da bi neko lice potpalo pod ovu definiciju partnera potrebno je da između njega i državljanina EU postoji „trajna veza“ koja je „adekvatno atestirana“.

Zato je prvo pitanje koje se nameće, šta čini trajnu vezu. Na nivou dokumenata EU za ovo pitanje nema gotovo nikakvog pojašnjenja. Vodič Evropske komisije za transpoziciju CRD prosto ponavlja formulaciju navodeći da se Direktiva primenjuje na „*de facto* trajne veze, adekvatno atestirane“. Ispunjenost ovog zahteva mora se procenjivati uzimajući u obzir cilj Direktive „da se održi porodica u širem smislu“ (Evropska komisija, 2009: 5). Vodič dalje sugeriše da država domaćin može zahtevati isprave kojima se dokazuje trajnost veze, ali ne postoje instrukcije o tome koje bi to isprave mogle biti.

Granična agencija Velike Britanije (UK Border Agency, 2009) daje sledeće uputstvo:

Trebalo bi da načelno pokažete da ste bili u pravno priznatoj vezi dve godine ili duže. To možete učiniti putem zajedničkih bankarskih

računa, stanarskih ugovora, poreskih računa ili dokaza da oboje plaćate račune za zajedničko mesto stanovanja.

Trajna veza, dakle, jeste ona koja traje najmanje dve godine, iako se nekada prava mogu steći i po osnovu veze koja je kraće trajala, ali koja može biti adekvatno atestirana. Ovo po sebi možda i nije naročito problematično, budući da nije teško razumeti politički rezon preveniranja onih partnera koji su u tek zasnovanim zajednicama, koje se mogu, ali i ne moraju pokazati trajnijim i stabilnim, da se koriste pravima koja predviđa Konvencija. Mogućnosti zloupotrebe u suprotnom bi zaista bile prevelike.

Zahtev adekvatne atestiranosti mnogo je teže ispuniti. Pružanje pismenih dokaza može prouzrokovati velike probleme za neke parove – na primer, ako je veza trajala dugo, ali su se iz ličnih razloga ili radnih obaveza, partneri opredelili da ne žive zajedno. Kao rezultat ovakvog izbora, oni nemaju zajedničke bankarske račune, niti zajednički plaćaju troškove, iako provode vreme jedni kod drugih i idu zajedno na odmore. Da li se u ovakvoj situaciji može smatrati da je uslov adekvatne atestiranosti ispunjen? Izgleda da je vlastima koje o tome odlučuju na raspolaganju mogućnost da odnosnu odredbu primenjuju tako da zapravo i nije bitno trajanje same veze već zajedničkog života, i da bez dokaza o zajedničkom životu parovi zapravo i ne mogu dokazati vlastima da je njihova veza trajna (Agencija EU za fundamentalna prava). Ovo može biti naročito problematično za mlađe parove koji još uvek nisu imali mogućnost da započnu zajednički život, ali su nameravali to da učine, ili za starije parove kojima su se raspale ranije veze. Takvi parovi mogli bi želeti da se presele u neku državu članicu EU upravo iz tog razloga što nastoje da započnu novi život zajedno, a dokazivanje da je njihova veza trajnija prema navedenim kriterijumima bilo bi i za njih preteško.

Pored toga, kriterijum potvrđivanja trajnosti mogao bi biti previše težak i za neke istopolne parove. To se odnosi, na primer, na one parove koji napuštaju državu u kojoj njihova veza nije uopšte ili je samo ograničeno priznata, ili zemlju u kojoj su mogli biti progonjeni da su svoju vezu otvoreno pokazivali. Parovi koji se naseljavaju u nekoj državi članici upravo iz razloga povoljnijeg tretmana istopolnih zajednica mogu imati velike probleme da dokažu da njihova veza uopšte postoji, a kamoli da je trajna.

Može se, dakle, zaključiti da je odredba člana 3 CRD sama po sebi jeste polno neutralna i može se podjednako primenjivati kako na partnere različitog pola, tako i na one istog pola. Potencijal za diskriminaciju ovde zapravo leži u načinu interpretacije trajnosti veze, kao i u zahtevima za pružanje dokaza kojima bi se ova trajnost pokazala (Agencija EU za fundamentalna prava, 2010). Dalja istraživanja na ovom polju neophodna su da bi se sagledala pravna politika pojedinih država članica EU, kao i mera u kojoj postoji rizik od indirektno diskriminacije po osnovu seksualne orijentacije.

6. Značaj pitanja

Pitanje značaja ove materije nameće se kao neizbežno kada se zna da se radi o pravnom području koje je na prvi pogled bitno za veoma mali broj državljana EU. Ipak problemi koji su predmet analize u ovom radu veoma su važni iz tri osnovna razloga: najpre, državljani EU i njihovi partneri ili supružnici mogu ostvarivati korpus veoma značajnih prava predviđenih CRD-om ako se mogu podvesti pod odgovarajuće definicije; zatim, predstavljeni problemi bacaju svetlo na tenzije između politike i prava EU koji se odnose na prava predviđena Direktivom sa jedne strane, i drugih politika EU i zakonodavstva kojima se nastoji eliminisati diskriminacija; i konačno, razmatrani problemi prenose simboličku poruku o ograničenosti, odnosno potpunosti, realizacije principa jednakosti unutar EU. U Daljem toku rada bavićemo se svakim od ovih razloga ponaosob.

6.1. Praktičan značaj

Oni koji se nađu u domenu definicije sadržane u odredbi člana 2 (2) CRD mogu uživati čitav korpus prava sadržanih u Direktivi. Drugim rečima, oni će imati pravo prebivanja u državi domaćinu, kao i pravo na pristup tržištu rada bez obzira na svoje državljanstvo. Ova prava mogu biti od velikog značaja za supružnike, odnosno civilne partnere, državljane EU. I dok će oni imati pravo prebivanja u prva tri meseca od nastanjivanja, kao i pravo pristupa tržištu rada na osnovu sopstvenog državljanstva, ukoliko su nesposobni za rad ili ne mogu da nađu posao ili ne žele da budu ekonomski aktivni, njima će biti neophodno da svoje pravo prebivanja i pravo na socijalnu zaštitu izvedu iz svoje priznate

zajednice sa ekonomski aktivnim državljaninom EU sa kojim su se uselili u odnosnu državu.

Ove odredbe su svakako od još veće važnosti za one članove porodice državljana EU koji nisu sami državljani EU, i koji se ne mogu osloniti na svoj sopstveni status u pogledu bilo kojih prava.

Mnoge države članice imaju veoma stroge imigracione propise koji čine veoma teškim dovođenje državljana država nečlanica EU. Ekonomski aktivni državljani EU mogu stoga biti u prednosti u odnosu na državljane koji ne vrše svoja prava zasnovana na slobodi kretanja, već žele da dovedu nedržavljana EU da sa njima živi u zemlji članici. Kada ovo pitanje potpadne pod domen prava EU, zainteresovane strane se mogu osloniti da Direktivu i nikakvi dodatni uslovi ne mogu biti nametani od strane država članica (predmet: C-127/08 *Metock and Others v Minister for Justice, Equality and Law Reform*). Ovakvom rešenju se zamera da može dovesti do obrnute diskriminacije zbog toga što se priznavanje istopolnih partnerstava zasniva na sistemu države domaćina. Ipak, čini se da EU i ne mari suviše za ovakvu obrnutu diskriminaciju. U stvari, Evropski sud pravde je u predmetu *Metock* komentarisao da „kada državljanima EU ne bi bilo dozvoljeno da vode normalan porodični život u državi članici domaćinu, uživanje sloboda koje su im garantovane Sporazumom bilo bi ozbiljno opstruirano“ (paragraf 62). U primeni sličnog argumenta na priznavanje civilnih partnerstava, prihvaćeno je da postoji potencijal za obrnutu diskriminaciju i da, umesto da se priznaju prava onima koji trenutno ne uživaju priznanje svojih veza na formalan način, treba ojačati prava onih koji već uživaju takvu zaštitu. Ipak, centralno pitanje u ovom kontekstu nije obrnuta, reverzna diskriminacije na temelju seksualne orijentacije širom EU. Odlučivši da je seksualna orijentacija jedna od zaštićenih karakteristika povezana sa pravom jednakosti, EU bi trebalo da se usmeri ka umanjenju diskriminatorskih nastojanja država članica. Pored toga, prinuđivanjem država članica da priznaju civilna partnerstva zaključena u drugim državama članicama povećao bi se pritisak na te države da takve zajednice ponude i sopstvenim državljanima i poslala jasna poruka da se diskriminacija po osnovu seksualnog opredeljenja ne toleriše unutar EU.

Definicije kakve sada postoje problematične su ne samo sa teorijskog aspekta. Ograničenje pojma supružnik na raznopolne venčane partnere istopolne supružnike čini totalno nevidljivim za pravo EU. Kako oni nisu priznati kao supružnici u pravu EU, a istovremeno nisu ni u građanskom partnerstvu kako tu ustanovu vidi CRD, oni ne spadaju ni u jednu kategoriju članova porodice koje priznaje Direktiva. Čini se besmislenim da oni koji su se odlučili da se venčaju i koji su u nacionalnom kontekstu postavljeni na istu ravan kao i raznopolni venčani partneri nisu zaštićeni pravom EU ukoliko se odluče da imigriraju u neku drugu državu članicu. Njihova prava mogu biti zaštićena ukoliko izabrana država domaćin priznaje njihovu zajednicu ili ako bi se za svrhu primene CRD istopolni brak mogao izjednačiti sa civilnim partnerstvom priznatim kao ekvivalent braku. Ipak, čini se da podvođenje istopolnih venčanih partnera pod definiciju civilnog partnerstva izobličava tu konkretnu definiciju, i to u većoj meri nego što bi to učinilo uključivanje istopolnih venčanih partnera u definiciju supružnika. Zato je teško uvideti kako je ovo nešto drugo do diskriminacija po osnovu seksualne orijentacije, koja se ne može opravdati iz jednostavnog razloga što uskraćuje neka važna prava određenim parovima isključivo na osnovu njihove seksualne orijentacije. Isti argument može se primeniti na odricanje prava onima koji su zaključili civilna partnerstva ako se takva partnerstva ne priznaju u izabranoj državi domaćinu.

Članovi porodice iz člana 3 CRD imaju uži krug prava koja se odnose samo na ulazak i prebivanje u određenoj državi članici. CRD sadrži odredbu po kojoj država domaćin treba da uredi pitanja ulaska i prebivanja partnera u skladu sa sopstvenim nacionalnim zakonodavstvom (član 3(2)). Pod znakom je pitanja da li davanje užeg kruga prava partnerima u odnosu na supružnike ili građanske partnere i dalje ima smisla. Sprovedena istraživanja sugerišu da se koncepti porodice menjaju i da mnogo više parova bira da se ne venča, odnosno da ne registruje svoju vezu (Williams, 2004). Van svake je sumnje da bi i takvim partnerima trebalo obezbediti ista prava prema CRD kao i onima koji su venčani ili registrovani. Ako se to ne učini, značajan broj državljana EU ne bi mogao da se naseli u drugoj državi članici bez rizika da neće moći da povedu svog partnera, državljana treće države, sa sobom ili da će ih dovesti u situaciju da neće imati pravo da rade, odnosno da neće imati pristup drugim

pravima u državi domaćinu. Pravo EU nedvosmisleno ostaje pristrasno u korist raznopolnih venčanih parova (McGlynn, 2007).

6.2. Tenzije između antidiskriminacionog prava i politike

Nespремnost EU da prizna istopolna partnerstva kao ekvivalentna raznopolnim nije u skladu sa politikom EU na drugim područjima. Odredba člana 10 Sporazuma o funkcionisanju EU navodi da će EU nastojati da se bori protiv diskriminacije zasnovane, između ostalog, i na seksualnoj orijentaciji u primeni svojih politika i aktivnosti. Odredba člana 19 istog Sporazuma daje institucijama EU dalja ovlašćenja da donose propise kojima će se sprovesti borba protiv diskriminacije, i to se u praksi i čini. Direktiva 2000/78 obezbeđuje jednak tretman prilikom zapošljavanja i izbora zanimanja. Ova takozvana Okvirna direktiva, u delu 11, navodi da

Diskriminacija zasnovana na ... seksualnoj orijentaciji može podriti realizaciju ciljeva Sporazuma, naročito ostvarenje visokog nivoa zaposlenosti i socijalne zaštite, povećanje životnog standarda i kvaliteta života, ekonomsku i socijalnu koheziju, i slobodno kretanje ljudi.

Zato izgleda da su neki argumenti koje je Evropski sud pravde odbacio, kao što je već pomenuto, zapravo priznati kao validni u ovoj Okvirnoj direktivi. Pored toga, Komisija je priznala da bi zaštitu od diskriminacije trebalo proširiti i izvan oblasti zapošljavanja. 2008. godine predložena je nova Direktiva za borbu protiv diskriminacije po više osnova, uključujući i seksualnu orijentaciju (Evropska komisija 2008a). Ovaj predlog se i dalje razmatra, a poslednji put je o njemu raspravljano u decembru 2010. godine, kada je primećeno da su potrebni dalji rad i konsultacije pre nego što se donese direktiva (Evropski savet, 2010).

Jasno je, ipak, da je EU posvećena borbi protiv diskriminacije po osnovu seksualne orijentacije na mnogobrojnim poljima. Zašto onda toliko okleva da prizna istopolnim partnerima ista prava kao i raznopolnim parovima? Izgleda da EU nema načelnu koherentnu strategiju za eliminisanje diskriminacije po osnovu seksualne orijentacije. Umesto toga, ona šalje nekonzistentne poruke o vrednosti istopolnih zajednica, bilo da su one formalizovane ili ne. Ovo je

neprihvatljivo iz perspektive onih kojih se ova pitanja tiču, ali je problematično i za pravo EU u širem smislu. Ako EU nedostaje koherentnost u ovoj oblasti, teško je uzeti bilo koju politiku vezanu za jednakost preterano ozbiljno. Retorika EU o jednakosti i borbi protiv diskriminacije svakako je podrivena kada EU sama ne primenjuje princip jednakog tretmana u sopstvenom zakonodavstvu.

6.3. Simbolički značaj

Pored problema vezanih za nedoslednost politike EU u pogledu sprečavanja diskriminacije po osnovu seksualne orijentacije o kojoj je već bilo reči, formulisanje definicija koje dovode do diskriminacije ili ostavljaju mogućnost da budu protumačene tako da diskriminišu, ima i veliki simbolički značaj. Kao što navodi Dič (Deech, 2010), sudija Južnoafričkog ustavnog suda Albi Saks jasno je izneo zašto se diskriminacija ne sme dozvoliti:

Isključenje istopolnih parova iz koristi i odgovornosti koje donosi brak, prema tome, nije mala i tangencijalna nelagodnost koja rezultira iz nekolicine opstalih relikata društvenih predrasuda osuđenih da ispare kao jutarnja rosa. Ono predstavlja strog i iskrljven stav zakona da su istopolni parovi autsajderi, i da njihova potreba za afirmacijom njihove intimne veze kao ljudskih bića jeste nekako manje važna od one raznopolnih partnera. Time se osnažuje bolno shvatanje da se oni tretiraju kao biološki otpad, kao neuspela ili pogrešna ljudska bića koja se ne uklapaju u normalno društvo, i koja se, kao takva, ne kvalifikuju za pun moralni obzir i poštovanje koje naš Ustav teži da obezbedi svakome. To znači da je njihova sposobnost za ljubav, posvećenost i prihvatanje odgovornosti po definiciji manja u odnosu na raznopolne parove.

Iako je ovaj sudija ovakvo mišljenje izneo u kontekstu odricanja prava istopolnim partnerima da zaključe brak u situaciji kada nijedna druga mogućnost za pravno priznanje njihove veze nije postojala, slični argumenti mogu se primeniti i na situaciju u kojoj istopolnim parovima nije priušteno priznanje u mnogim državama EU, i čak u samom pravu EU. Ideja da se termin supružnik odnosi isključivo na raznopolne venčane supružnike očigledno je diskriminatorna i šalje istu onu poruku koju sudija Saks kritikuje. Činjenicu da

pravo EU do sada nije prinudilo države članice da prihvate civilna partnerstva zaključena u domaćoj državi članici teško je pomiriti sa principom jednakog tretmana, koji se inače smatra veoma važnim u retorici Komisije. Zar EU ne treba da bude u prvim redovima u borbi za eliminisanje stavova koji su diskriminatorски? Štaviše, pozicija nevenčanih i neregistrovanih partnera, bilo da se radi o istopolnim ili raznopolnim parovima nije dovoljno razmotrena na način da se obezbedi da se porodice nepotrebno ne razdvajaju. EU je mogla poslati simboličku poruku da se istopolne veze vrednuju isto onoliko koliko i raznopolne, i mogla je da pokaže da zaista želi da podstakne jedinstvo porodice u širem smislu. Umesto toga, ona nastavlja da dozvoljava državama članicama da diskriminišu po osnovu seksualnog opredeljenja i to po osnovi već zastarelog koncepta porodice.³ Danas je jasno da su se društveni stavovi na koje se oslanjao Evropski sud pravde u predmetima Reed, i D i Švedska, i koji su ispoljeni prilikom donošenja CRD svakako do sada dovoljno promenili da je ponovno razmatranje pristupa na ovom području neophodno i gotovo izvesno (Evropska agencija za fundamentalna prava).⁴

7. Zaključak

U pravu EU kojim se efektuira sloboda kretanja ljudi i dalje je primetno favorizovanje raznopolnih brakova. Isključenje istopolnih venčanih parova iz domena termina supružnik predstavlja diskriminaciju po osnovu seksualne orijentacije, što je nedopustivo, imajući u vidu činjenicu da EU takvu diskriminaciju nastoji da eliminiše u drugim oblastima. Civilnim partnerima, sa druge strane, uživanje prava kojima se realizuje sloboda kretanja u EU učinjeno je zavisnim od toga da li će država domaćin priznati njihovu zajednicu. Na kraju, iako je odredba koja se odnosi na partnere koji nisu niti u braku niti u registrovanom građanskom partnerstvu polno neutralna, pa se

³ U poslednjim godinama sve je više istraživanja koja pokazuju da se koncept porodice menja. Videti, na primer, veb stranicu *Care, Values and Future of Welfare* <http://www.leeds.ac.uk/cava/> ili Williams (2004).

⁴ Pored toga, Povelja o fundamentalnim pravima ima mnogo veći značaj nakon ratifikacije Lisabonskog sporazuma, budući da sada ima status sporazuma. I dok detaljno razmatranje implikacija ove promene izlazi iz okvira ovog rada, važno je razmotriti pitanje da li ova promena u statusu zahteva od EU da stavi veći akcenat na prava sadržana u Povelji. Štaviše,

može podjednako primeniti i na istopolne i na raznopolne partnere, potencijal za diskriminaciju ovih lica po osnovu seksualnog opredeljenja postoji i leži u načinu interpretacije uslova trajnosti i oceni dokaza njegove ispunjenosti od strane nacionalnih vlasti države u kojoj partneri žele da se nasele. Takođe, tretman neregistrovanih partnera nameće pitanje da li EU u ovoj oblasti uopšte prepoznaje promenjen karakter porodice, koja se sve češće zasniva na vezama koje nisu ni na koji način formalizovane.

Literatura

Bell, M. (2004), Holding back the tide? Cross-border recognition of same-sex partnerships within the European Union. *European review of private law*, 12 (6)

Deech, R. (2010), Civil partnership. Family law

D'Oliviera, J.H.U. (2000), Freedom of movement of spouses and registered partners in European Union. U: J. Basedow, I. Meier, A.K. Schnyder, T. Einhorn and D. Girsberger, eds. *Private law in the international arena – from national conflict rules towards harmonisation and unification*

European Commission (2009), *Communication on guidance for better transposition and application of Directive 2004/38/EC on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States. COM (2009)*

European Commission (2008), *Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation. COM (2008a)*

European Commission (2008), *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the application of Directive 2004/38/EC on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States. COM (2008) 840 final, 10 December 2008*

pristupanje EU Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, o kojem se trenutno pregovara, može u budućnosti pokrenuti nova pitanja u ovoj oblasti.

European Commission (2003), *Amended proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States*, COM

European Parliament (2001), *Proposal for a European Parliament and Council Directive on the rights of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States*

European Union Agency for Fundamental Rights (2010), *Homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity 2010 Update Comparative legal analysis*. Luxembourg: Publications Office of the European Union

Liber amicorum Kurt Siehr (2010), *TMC Asser Press*, The Hague

McGlynn, C. (2007), *Families and the European Union: law, politics and pluralism*. Cambridge: Cambridge University Press

O'Brien, C. (2010), *Yes to gay marriage and premarital sex: a nation strips off its conservative values*

Paladini, L. (2010), Italy: *Constitutional Court rejects same-sex marriage claim*, Public Law 2010: 807

Starup, P. and Elsmore, M. (2010), Taking a logical or giant step forward? Comment on Ibrahim and Teixeira. *European Law Review*, (4)

Tobin, B. (2009), Same-sex couples and the law: recent developments in the British Isles. *International journal of law, policy and the family*, 23

UK Border Agency (2009), *Guidance notes for applying as a European national or as the family member of a European national*. Version 1.0, July 2009

Frimston, R. (2006), Marriage and non-marital registered partnerships: gold, silver and bronze in private international law. *Private client business*, 6

Caracciolo di Torella, E. and Masselot, A. (2004), Under construction: EU family law. *European law review*, 29 (1)

Williams, F. (2004), *Rethinking families*. London: Calouste Gulbenkian Foundation

Dejan Janićijević, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

The Concept of Family in The EU Free Movement Law

Summary

This paper examines the concepts of spouse, civil partner and partner in European Union (EU) law, particularly in regulations referring to the free movement of persons, criticizing the unharmonized approach to defining family in this context. It argues that the narrow interpretation of the term spouse could lead to discrimination on the grounds of sexual orientation. Likewise, grounding free movement rights of civil partners on host state recognition of such partnerships could lead to the same result, which is not compatible with the equality principle in the EU law. The position of unmarried or unregistered partners is also considered; in particular, the paper analyses the requirement to duly attest durability of the relationship and its impact on the same-sex partners wishing to immigrate to a Member State. The author holds that it is necessary to reconsider the law in this area and adjust it to the EU's efforts to eliminate discrimination on the grounds of sexual orientation.

Keywords: spouse, same-sex marriage, civil partnership, family.

Dr Jelena Vidić Trninić,*
Docent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Novom Sadu

NAUČNI ČLANAK

UDK: 347.65/.68-055.3/.5(4-672EU)

Rad primljen: 01.09.2014.

Rad prihvaćen: 01.12.2014.

VANBRAČNI PARTNER KAO ZAKONSKI NASLEDNIK U SAVREMENIM PRAVIMA EVROPE**

Apstrakt: Počev od poslednjih decenija prošlog veka, a posebno u XXI veku, u velikom broju savremenih prava Evrope došlo je do priznavanja naslednopravnih dejstava vanbračnoj zajednici. Sve prisutnija tendencija priznavanja vanbračnoj zajednici svojstva činjenice po osnovu koje se može zakonski nasledivati, aktuelizovala je i pitanje značajnih razlika u pogledu mnogobrojnih aspekata njene naslednopravne regulative. Autor se u radu, upravo, bavi specifičnostima koje dolaze do izražaja u nacionalnim zakonodavstvima zemalja Evropske unije, prilikom regulisanja naslednopravnog položaja vanbračnog partnera, ukazujući na to u kojoj meri postojanje različitih pravila u pogledu nasledivanja vanbračnih partnera može predstavljati prepreku njihovom usaglašavanju, odnosno dolasku do jedinstvenog rešenja na prostoru Evropske unije. Imajući u vidu da vabračni partner u pravu Srbije ne ulazi u krug zakonskih naslednika, u radu je učinjen i osvrt na razloge koji su srpskog zakonodavca motivisali prilikom opredeljivanja za ovakvo zakonsko rešenje, kao i na opravdanost potrebe da se mogućnost uzajamnog zakonskog nasledivanja vanbračnih partnera i u našem pravu predvidi zakonom.

Ključne reči: vanbračna zajednica, vanbračni partner različitog pola, istopolni vanbračni partner, zakonski nasledni deo.

* jvidic@pf.uns.ac.rs

** Rad je posvećen projektu Утицај европског и прецедентног права на развој грађанског материјалног и процесног права у Србији и Војводини, који финансира Покрајински секретаријат за науку и технолошки развој.

1. Uvod

Shvatanje o potrebi priznavanja pravnih dejstava vanbračnim zajednicama između partnera različitog pola prisutno je počev od poslednjih decenija prošlog veka, da bi krajem XX veka prodrlo i shvatanje o potrebi priznavanja određenih pravnih dejstava i zajednicama života istopolnih partnera. Shodno navedenom, u velikom broju zemalja Evrope vanbračnim zajednicama su priznata i odgovarajuća naslednopravna dejstva.

U tom smislu, uporednopravna analiza pokazala je da vanbračni partner ulazi u krug zakonskih naslednika u više od polovine zakonodavstva zemalja Evropske unije. U određenom broju ovih zemalja naslednopravna zaštita pruža se isključivo istopolnim vanbračnim zajednicama, u nekim od njih isključivo heteroseksualnim vanbračnim zajednicama, dok su pojedine zemlje pristupile naslednopravnom uređenju i jednih i drugih. U pravima pojedinih zemalja vanbračna zajednica može proizvoditi naslednopravna dejstva samo uz uslov njene registracije, dok u pravima nekih drugih zemalja ovaj uslov nije predviđen. Ni obim, u kojem je došlo do izjednačenja vanbračne zajednice sa brakom, nije isti, te su tako u pravima pojedinih zemalja naslednopravna dejstva vanbračne zajednice u potpunosti izjednačena sa ovakvim dejstvima braka, dok u pravima nekih drugih zemalja to nije slučaj. Upravo ove razlike, kao i specifičnosti svakog konkretnog zakonodavstva, prilikom normiranja naslednopravnog položaja vanbračnog partnera kao zakonskog naslednika predstavljaju težište istraživanja, sa ciljem ukazivanja na činjenicu da njihovo postojanje može predstavljati prepreku usaglašavanju ovih pravila, odnosno dolasku do jedinstvenog rešenja na prostoru Evropske unije.

Osim toga, imajući u vidu s jedne strane činjenicu da u pravu Srbije vanbračnoj zajednici nisu priznata naslednopravna dejstva, a s druge strane opredeljenost naše zemlje da pristupi evropskim integracijama, u radu je učinjen i osvrt na razloge koji su srpskog zakonodavca, motivisali prilikom opredeljivanja za ovakvo zakonsko rešenje, kao i na opravdanost potrebe da se mogućnost uzajamnog zakonskog nasleđivanja vanbračnih partnera i u našem pravu predvidi zakonom. Naime, iako Porodični zakon Srbije iz 2005. godine položaj vanbračnih partnera različitog pola izjednačuje sa položajem supružnika, definišući vanbračnu zajednicu kao trajniju zajednicu života žene i muškarca,

između kojih nema bračnih smetnji¹ u sferi naslednopravnih odnosa, njihov položaj nije izjednačen s obzirom na to da važeći Zakon o nasleđivanju Srbije, kako je to navedeno, vanbračnog partnera ne svrstava u krug zakonskih naslednika.

2. Hronološki prikaz priznavanja naslednopravnih dejstava vanbračnoj zajednici

Prva zemlja koja je vanbračnom partneru različitog pola iz faktičke zajednice priznala svojstvo zakonskog naslednika, jeste Slovenija, i to Zakonom o nasleđivanju iz 1976. godine.² Donošenjem Zakona o registraciji istopolne partnerske zajednice iz 2005. godine³ u pravu ove zemlje došlo je i do priznavanja zakonskih naslednih prava istopolnom partneru iz registrovane vanbračne zajednice, pri čemu je, počev od 2013. godine, moguće i nasleđivanje između istopolnih partnera iz faktičkih vanbračnih zajednica.

Pretežno, tokom poslednje decenije XX veka, mogućnost zakonskog nasleđivanja između istopolnih vanbračnih partnera, donošenjem Zakona o registrovanom partnerstvu, predvidele su i skandinavske zemlje. U Danskoj je do donošenja ovog zakona došlo 1989. godine,⁴ u Švedskoj 1994. godine,⁵ a u Finskoj 2001. godine.⁶

Krajem prošlog veka zakonska nasledna prava vanbračnom partneru priznata su i u pravu Holandije donošenjem Zakona o registrovanom partnerstvu iz

¹ Čl. 4. Porodičnog zakona Srbije, *Službeni glasnik RS*, 18/05.

² Zakon o dedovanju (ZD), *Uradni list SRS*, 15/76, Retrieved 04, February 2014, from <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAK0317>

³ Zakon o registraciji istospolne partnerske skupnosti (ZRIPS), *Uradni list RS*, 65/2005, Retrieved 04, February 2014, from <http://www.uradni-list.si/1/content?id=56999>

⁴ The registered partnership Act, No. 372 of June 1, 1989, Retrieved 05, February 2014, from <http://www.qrd.org/qrd/world/europe/denmark/registered.partnership.act.with.amendments>

⁵ The Law on Registered Partnership (1994:117), Retrieved 05, February 2014, from <http://www.ciec1.org/Legislationpdf/Suede-TheRegisteredPartnershipAct.pdf>

⁶ Act on registered partnership, No. 950/2001, Retrieved 05, February 2014, from <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/2001/en20010950.pdf>

Act on registered partnership, No. 950/2001, Retrieved 05, February 2014, from <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/2001/en20010950.pdf>

1998. godine, kojim su regulisane i heteroseksualne i istopolne vanbračne zajednice, a koja su inkorporirana u Građanski zakonik Holandije.⁷ U pravu Belgije 2000. godine stupio je na snagu Zakon o zakonskoj kohabitaciji iz 1998. godine kojim vanbračnim partnerima istog i različitog pola, koji su sačinili pismenu izjavu o kohabitaciji kod odgovarajućih lokalnih vlasti, nije bila priznata mogućnost uzajamnog nasljeđivanja, s tim što su izmenama koje su u ovom pravu stupile na snagu 2007. godine, a koje su inkorporirane u Građanski zakonik Belgije,⁸ nadživlom kohabitantu priznata i određena zakonska nasledna prava.

Priznavanje vanbračnom partneru svojstva zakonskog naslednika naročito je postalo aktuelno tokom prve decenije ovog veka kada su brojne zemlje Evrope svojim nacionalnim zakonodavstvima uredile ovo pitanje. Tako je u pravu Nemačke Zakonom o registrovanom životnom partnerstvu iz 2001. godine⁹ došlo do priznavanja zakonskih naslednih prava istopolnim partnerima iz registrovane vanbračne zajednice. Nakon toga, i u pravu Hrvatske, vanbračnom partneru različitog pola iz faktičke zajednice priznato je svojstvo zakonskog naslednika Zakonom o nasljeđivanju iz 2003. godine,¹⁰ pri čemu je u pravu ove zemlje, 2014. godine, Zakonom o životnom partnerstvu osoba istog pola¹¹ došlo i do priznavanja zakonskih naslednih prava kako istopolnim partnerima iz registrovanih vanbračnih zajednica tako i istopolnim partnerima iz faktičkih vanbračnih zajednica. Tokom 2004. godine pravo zakonskog nasljeđivanja istopolnom partneru iz registrovane vanbračne zajednice priznato je i u pravu Engleske, donošenjem Zakona o registrovanom partnerstvu.¹² U pravu Češke

⁷ Burgerlijk Wetboek Boek 4. Erfrecht, Retrieved 05, February 2014, from <http://www.wetboek-online.nl/wet/BW4.html>. Novi naslednopravni propisi Holandije - Knjiga IV Građanskog zakonika Holandije, stupili su na snagu 1. 1. 2003. godine.

⁸ Code Civil Belge, Retrieved 06, February 2014, from <http://www.droitbelge.be/codes.asp#civ>

⁹ Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz L-PartG), Retrieved 06, February 2014, from <http://www.gesetze-im-internet.de/lpartg/BJNR026610001.html>

¹⁰ Zakon o nasljeđivanju Hrvatske, *Narodne novine*, 48/2003, Retrieved 06, February 2014, from http://www.poslovniforum.hr/zakoni/z_naslj01.asp

¹¹ Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola, *Narodne novine*, 92/14, Retrieved 12, August 2014, from <http://www.zakon.hr/>

¹² Civil Partnership Act 2004, Retrieved 07, February 2014, from http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2004/ukpga_20040033_en_1

2006. godine donošenjem Zakona o registrovanom partnerstvu¹³ takođe je došlo do priznavanja zakonskih naslednih prava istopolnim partnerima iz registrovanih vanbračnih zajednica. Sledeća zemlja koja je priznala naslednopravna dejstva vanbračnoj zajednici je Grčka, koja je to učinila Zakonom iz 2008. godine.¹⁴ Njime je pravo zakonskog nasleđivanja priznato vanbračnim partnerima različitog pola, koji su registrovali svoju zajednicu. Tokom 2009. godine u pravu Mađarske došlo je do priznavanja naslednopravnih dejstava vanbračnoj zajednici kada je stupio na snagu Zakon o registrovanom partnerstvu,¹⁵ kojim je predviđena mogućnost registracije isključivo istopolnih vanbračnih zajednica, a kojim su partneri iz ovakvih zajednica stekli i pravo uzajamnog zakonskog nasleđivanja. Nakon navedenih zemalja do priznavanja naslednopravnih dejstava vanbračnoj zajednici došlo je i u pravu Irske, Zakonom o građanskom partnerstvu i određenim pravima i obavezama kohabitanata iz 2010. godine,¹⁶ kojim su zakonska nasledna prava priznata kako istopolnim partnerima iz registrovanih vanbračnih zajednica tako i kohabitantima, odnosno vanbračnim partnerima istog i različitog pola iz faktičkih zajednica. U 2010. godini zakonska nasledna prava priznata su i istopolnim partnerima iz registrovanih vanbračnih zajednica u pravu Austrije, a koja su inkorporirana u Austrijski građanski zakonik.¹⁷ Naposletku, u pravu Malte Zakonom o vanbračnim zajednicama iz 2014. godine¹⁸ pravo zakonskog

¹³ Zákon o registrovaném partnerství a o změně některých souvisejících zákonů, Předpis č. 115/2006 Sb., Retrieved 08, February 2014, from <http://www.zakonyprolidi.cz/cs/2006-115>

¹⁴ Law no. 3719/2008 - Reforms concerning the family, children and society, Retrieved 09, February 2014, from [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-128294#{%22itemid%22:\[%22001-128294%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-128294#{%22itemid%22:[%22001-128294%22]})

¹⁵ 2009. évi XXIX. törvény a bejegyzett élettársi kapcsolatról, az ezzel összefüggő, valamint az élettársi viszony igazolásának megkönnyítéséhez szükséges egyes törvények módosításáról, Retrieved 11, February 2014, from http://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=A0900029.TV

¹⁶ Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010, Retrieved 12, February 2014, from <http://www.irishstatutebook.ie/2010/en/act/pub/0024/index.html>

¹⁷ Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), Retrieved 12, February 2014, from http://www.jusline.at/Allgemeines_Buergerliches_Gesetzbuch_%28ABGB%29.html

¹⁸ ACT No. IX of 2014, Retrieved 14, July 2014, from <http://justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lp&itemid=26024&l=1>

nasleđivanja priznato je kako istopolnim tako i vanbračnim partnerima različitog pola pod uslovom registracije vanbračne zajednice.

3. Vrsta vanbračne zajednice po osnovu koje se može nasleđivati i neophodnost njene registracije

Iako je, kada je reč o vrsti vanbračne zajednice po osnovu koje se može nasleđivati, pozitivnopravno stanje nacionalnih zakonodavstava Evrope raznoliko, određene tendencije se mogu uočiti.

U tom smislu, primetno je da vanbračna zajednica u najvećem broju zakonodavstava, predstavlja osnov pozivanja na nasleđivanje, samo ako se radi o istopolnoj vanbračnoj zajednici. To su zakonodavstva Švedske, Danske, Finske, Češke, Mađarske, Engleske, Austrije i Nemačke. U nešto manjem broju zakonodavstava, vanbračna zajednica predstavlja osnov pozivanja na nasleđivanje, nezavisno od toga da li se radi o heteroseksualnoj ili istopolnoj vanbračnoj zajednici. Ovo je slučaj u zakonodavstvima Slovenije, Hrvatske, Belgije, Holandije, Irske i Malte. Naposletku, u pravu Grčke nasleđivanje je moguće samo po osnovu heteroseksualne vanbračne zajednice.

Neujednačenost je prisutna i u pogledu pitanja neophodnosti registrovanja vanbračne zajednice pred odgovarajućim nadležnim državnim organom, kao uslova pod pretpostavkom čijeg ispunjenja ona može proizvoditi odgovarajuća pravna dejstva, pa i naslednopravna. Ipak, i u pogledu ovog pitanja, vidljive su težnje kojima savremena nacionalna zakonodavstva streme.

U tom smislu, uočljivo je da u većini posmatranih zakonodavstava vanbračna zajednica može proizvoditi odgovarajuća pravna dejstva, pa i naslednopravna, samo uz pretpostavku ispunjenja uslova koji se odnosi na njeno registrovanje. U ovu grupu, ulaze zakonodavstva Švedske, Danske, Finske, Češke, Mađarske, Engleske, Austrije i Nemačke. U navedenu grupu ulaze i zakonodavstva Holandije, Belgije i Malte, u kojima neophodnost registrovanja postoji u pogledu obe vrste vanbračne zajednice koje u njima mogu proizvoditi naslednopravna dejstva. Naposletku, u ovu grupu ulazi i zakonodavstvo Grčke u kojem neophodnost registrovanja postoji u pogledu heteroseksualne vanbračne zajednice kao jedinog vida pravno prihvaćene vanbračne zajednice u njemu.

Razlike u pogledu neophodnosti uslova registrovanja vanbračne zajednice ponekad se mogu uočiti i u okviru jednog istog zakonodavstva. Tako se u pravima Irske, Slovenije i Hrvatske istopolni vanbračni partneri mogu uzajamno nasleđivati ukoliko je ovakvo partnerstvo registrovano. U pravu Irske mogućnost ostvarivanja zakonskih naslednih prava postoji i između vanbračnih partnera iz faktičkih zajednica koji su živeli zajedno najmanje pet godina ili najmanje dve godine, ukoliko imaju zajedničku decu.¹⁹ U pravu Slovenije do 2013. godine, a u pravu Hrvatske do 2014. godine, Zakonima o nasleđivanju ovih zemalja zakonsko pravo nasleđivanja vanbračnih partnera iz faktičkih zajednica, koje su trajale duže vreme, bilo je rezervisano isključivo za vanbračne partnere različitog pola.²⁰ Odlukom Ustavnog suda Slovenije iz 2013. godine spomenuta odredba Zakona o nasleđivanju proglašena je neustavnom, uz obrazloženje, da se njome, na ovakav način, pravi diskriminacija u nasleđivanju istopolnih vanbračnih partnera iz faktičkih zajednica, i to isključivo po osnovu seksualne orijentacije. Stoga, nakon navedene odluke, pravo zakonskog nasleđivanja u zakonodavstvu ove zemlje pripada i istopolnim vanbračnim partnerima iz faktičkih zajednica.²¹ Zakonom o životnom partnerstvu osoba istog pola Hrvatske iz 2014. godine predviđeno je da zakonska nasledna prava može ostvariti i istopolni vanbračni partner, pod uslovom da je neformalno životno partnerstvo trajalo najmanje tri godine i od početka ispunjavalo pretpostavke propisane za njegovu valjanost.²²

4. Naslednopravni položaj vanbračnog partnera

U najvećem broju zakonodavstava Evropske unije naslednopravni uticaj bračne veze kvalitativno je izjednačen sa srodstvom, s obzirom na to da najčešći vid naslednopravnog ovlašćenja supružnika predstavlja nasleđivanje u

¹⁹ Part 15, section 172 (1) (5) Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act.

²⁰ Čl. 10/2 Zakona o dedovanju; čl. 8/2 Zakona o nasleđivanju Hrvatske. O kriterijumima koji se imaju uzeti u obzir prilikom ocene vremena trajanja heteroseksualne vanbračne zajednice, koje je neophodno za priznavanje naslednopravnih dejstava istoj, videti: (Gavela, Belaj, 2008: 196).

²¹ Odlučba U-I-212/10-15, Retrieved 04, February 2014, from <http://odlocitve.us-rs.si/usrs/us-odl.nsf/o/FC62EF78571FE59EC1257B4800408D62>

²² Čl. 3/1; čl. 4/2 Zakona o životnom partnerstvu osoba istog spola.

svojinu. Isti naslednopravni uticaj ima i vanbračna zajednica, imajući u vidu činjenicu da se u pretežnom broju ovih prava vanbračnoj zajednici priznaje identičan obim naslednopravnih dejstava, koji, u svakom od njih, ima i činjenica braka. Ovo je slučaj u zakonodavstvima Švedske, Danske, Finske, Češke, Mađarske, Engleske, Austrije, Nemačke, Hrvatske, Holandije, Malte,²³ Slovenije,²⁴ kao i Irske, kada se radi o istopolnim partnerima iz registrovane vanbračne zajednice.²⁵

Međutim, iako kvalitativno izjednačenje uticaja činjenice vanbračne zajednice sa činjenicom srodstva u danas postojećim pravima Evrope predstavlja pravilo, konkretan naslednopravni položaj vanbračnog partnera nije u svima njima isti. Ipak, bez obzira na svu raznolikost regulative, koja je prisutna u pogledu načina rešavanja ovog pitanja, a koja se javlja kao posledica uticaja različitih

²³ Chapter 3, section 1. The Law on Registered Partnership (1994: 117); section 3, The registered partnership Act, No. 372 of June 1, 1989; chapter 3, section 8. (1) Act on registered partnership, No. 950/2001; § 45. Zákon o registrovaném partnerství a o změně některých souvisejících zákonů, Předpis č. 115/2006 Sb; 3. § (1) c) 2009. évi XXIX. törvény a bejegyzett élettársi kapcsolatról, az ezzel összefüggő, valamint az élettársi viszony igazolásának megkönnyítéséhez szükséges egyes törvények módosításáról; chapter 3, s. 71. Civil Partnership Act 2004; § 537 a Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB); § 10. Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz L-PartG); čl. 8/2 Zakona o nasljeđivanju Hrvatske; čl. 4/2, čl. 55. Zakona o životnom partnerstvu osoba istog spola; art. 8 (1) Burgerlijk Wetboek Boek 4. Erfrecht; art. 4 (1) ACT No. IX of 2014.

²⁴ Čl. 10/2 Zakona o dedovanju. Odlukom Ustavnog suda Slovenije iz 2009. godine, čl. 22. Zakona o registraciji istopolne partnerske zajednice, kojim je bilo regulisano nasljeđivanje između istopolnih vanbračnih partnera, proglašen je neustavnim, uz obrazloženje da se njime pravi diskriminacija u nasljeđivanju istopolnih vanbračnih partnera u odnosu na supružnike, odnosno vanbračne partnere različitog pola. Usled toga, nakon navedene odluke, u pogledu nasljeđivanja između istopolnih partnera iz registrovanih vanbračnih zajednica važe ista ona pravila koja se primenjuju i u pogledu nasljeđivanja između supružnika, odnosno vanbračnih partnera različitog pola iz faktičkih zajednica, prema Zakonu o nasljeđivanju ove zemlje (Odlučba U-I-425/06-10, Retrieved 04, February 2014, from

[http://www.uradni-list.si/1/content?id=93249#!/Odlucba-o-ugotovitvi-da-je-22-clen-Zakona-o-registraciji-istopolne-partnerske-skupnosti-v-neskladju-z-Ustavo\(\)](http://www.uradni-list.si/1/content?id=93249#!/Odlucba-o-ugotovitvi-da-je-22-clen-Zakona-o-registraciji-istopolne-partnerske-skupnosti-v-neskladju-z-Ustavo). Osim toga, nakon spomenute Odluke Ustavnog suda Slovenije iz 2013. godine, u pogledu nasljeđivanja između istopolnih vanbračnih partnera iz faktičkih zajednica, važe ista ona pravila, koja se primenjuju i u pogledu nasljeđivanja između vanbračnih partnera različitog pola iz faktičkih zajednica, odnosno, između supružnika, prema Zakonu o nasljeđivanju ove zemlje.

²⁵ Part 8, section 73. Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010.

istorijskih, društvenih, ekonomskih, kulturnih, socijalnih, moralnih i političkih faktora, određene tendencije se mogu uočiti.

4.1. Naslednopravni položaj vanbračnog partnera u prvom naslednom redu

Naslednopravni položaj vanbračnog partnera²⁶ u konkurenciji sa srođnicima ostavioca, izrazito je povoljan, pri čemu ovakva pozicija vanbračnog partnera dolazi do izražaja, čak i onda kada se kao njegovi potencijalni sanaslednici pojavljuju potomci ostavioca. Pravna regulativa velikog broja zemalja predstavlja primer za to. Tako, kroz specifična zakonska rešenja sadržana u Zakonima o nasleđivanju Danske i Švedske, kao i u Građanskom zakoniku Holandije dolazi do izražaja privilegovanje naslednopravnog položaja supružnika, a time i vanbračnog partnera ostavioca u odnosu na njegovo potomstvo, čiji se krajnji naslednopravni ishod ogleda u težnji da celokupna zaostavština ostavioca pripadne nadživlom supružniku, odnosno vanbračnom partneru sve do njegove smrti, koji, po pravilu, predstavlja momenat ostvarivanja zakonskih naslednih prava potomaka ostavioca.²⁷ U pravu Irske povoljniji naslednopravni položaj supružnika, odnosno vanbračnog partnera od položaja potomaka kao zakonskih naslednika proizlazi iz veličine njegovog zakonskog naslednog dela u konkurenciji sa njima, a koji prema Zakonu o nasleđivanju ove zemlje iznosi 2/3 zaostavštine.²⁸ U pravu Engleske supružniku, a time i vanbračnom partneru, u slučaju kada konkuriše sa

²⁶ Imajući u vidu da je u prethodnim izlaganjima već ukazano koja/e vrsta/e vanbračne zajednice je/su prihvaćena/e u svakom od posmatranih zakonodavstava, u daljim izlaganjima, radi izbegavanja nepotrebnog ponavljanja, isključivo će biti korišćen izraz – vanbračni partner, osim, u pogledu onih zakonodavstava, u kojima se obim konkretnih naslednopravnih ovlašćenja vanbračnog partnera razlikuje, u zavisnosti od toga o kojoj vrsti vanbračne zajednice je reč.

²⁷ O konkretnom načinu podele zaostavštine između potomaka i supružnika, odnosno vanbračnog partnera u navedenim pravima, videti: kapitel 4. §17, §18, § 26, kapitel 2. § 9. stk. 1., § 11. stk. 2, LOV nr 515 af 06/06/2007 Gaeldende (Arveloven), Retrieved 11, March 2014, from <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=2664>; 3 kap. 1§, 2§, 9§ Ärvdabalk (1958:637), Retrieved 11, March 2014, from <http://www.notisum.se/rnp/sls/lag/19580637.HTM>.; art. 10/1 a, art.11/1, art. 13/ 2-4. Burgerlijk Wetboek Boek 4. Erfrecht.

²⁸ Part 6, section 67 (2) Succession Act, 1965, Number 27/1965, Retrieved 12, March 2014, from <http://www.irishstatutebook.ie/1965/en/act/pub/0027/index.html>.

potomcima na ime naslednopravnih ovlašćenja pripadaju u potpunosti u svojini sve pokretne stvari iz lične imovine, zakonski legat u iznosu od 125.000 funti, kao i kamata na zakonski legat 6% godišnje, počev od dana smrti ostavioca pa do isplate. Preostala zaostavština deli se na dve polovine, pri čemu jedna polovina ostatka zaostavštine pripada potomstvu ostavioca, dok na drugoj polovini ostatka zaostavštine vanbračnom partneru pripada pravo na doživotnu kamatu (imovina nakon smrti vanbračnog partnera pripada potomstvu).²⁹ Prema Građanskim zakonicima Mađarske i Malte supružniku, a time i vanbračnom partneru ostavioca, u konkurenciji sa potomcima pripada pravo plodouživanja na nepokretnosti u kojoj je on zajedno živeo sa ostaviocem, kao i na pokućstvu i drugim stvarima koje služe toj nepokretnosti, pri čemu, u pravu Mađarske ostatak zaostavštine deli na jednake delove sa ostaviočevim prvostepenim potomcima,³⁰ dok mu u pravu Malte pripada 1/2 zaostavštine, a drugu polovinu dele prvostepeni potomci.³¹ Naposljetku, Građanskim zakonikom Češke, kao i Zakonima o nasljeđivanju Hrvatske i Slovenije, predviđeno je da supružnik, a time i vanbračni partner, deli zaostavštinu na jednake delove sa ostaviočevim prvostepenim potomstvom, što znači da navedena lica u njima imaju potpuno isti naslednopravni položaj.³²

Naslednopravna pozicija vanbračnog partnera nepovoljnija je od ovakve pozicije potomstva ostavioca u znatno manjem broju zakonodavstava. Tako, nasledni deo supružnika, odnosno vanbračnog partnera u prvom naslednom

²⁹ S. 46(2) Administration of Estates Act 1925, Retrieved 13, March 2014, from <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/15-16/23/contents>. Zaostavština na koju potomci imaju pravo, držaće se u zakonskom trustu (*statutory trust*), koja će se deliti na jednake delove između one dece ostavioca koja su živa u trenutku njegove smrti i koja su navršila 18 godina ili su stupila u brak, odnosno, formirala građansko partnerstvo pre navršenih 18 godina života (s. 47(1) Administration of Estates Act 1925). Opširnije o zakonskom trustu za potomke videti: (Sawyer, 1995:180-182; Mellows, 1993:181-182).

³⁰ 7:58. § (1), 7:55. § (1) (2) 2013. évi V. törvénya Polgári Törvénykönyvről, Retrieved 13, June 2014, from http://n/ptk2013.hu/wp-content/uploads/2013/03/uj_ptk_szov.html

³¹ Art. 808., art. 635., art. 633. Civil Code of Malta, Retrieved 12, March 2014, from <http://landwise.landes.org/record/1070>.

³² § 1635. Law No. 89/2012 Coll. Civil Code of the Czech Republic, Retrieved 14, March 2014, from <http://www.czechlegislation.com/en/89-2012-sb>; čl. 11. Zakona o dedovanju Slovenije; čl. 9. Zakona o nasljeđivanju Hrvatske.

redu, prema Građanskom zakoniku Austrije iznosi 1/3 zaostavštine,³³ a prema Građanskom zakoniku Nemačke 1/4 zaostavštine.³⁴ U pravu Finske prema Zakonu o nasleđivanju ove zemlje zaostavštinu, čak i u slučaju postojanja ostaviočevog supružnika, a time i vanbračnog partnera, nasleđuju samo ostaviočevi potomci, između kojih se zaostavština deli na jednake delove, ukoliko se radi o prvostepenim potomcima, dok se maksimum zaštite položaja vanbračnog partnera ogleda u njegovom pravu da ostane u posedu cele (nepodeljene) imovine vanbračnih partnera.³⁵

Nepovoljniji naslednopravni položaj vanbračnog partnera u odnosu na potomstvo ostavioca naročito dolazi do izražaja u onim zakonodavstvima u kojima vanbračni partner ima uža zakonska nasledna prava u odnosu na ona koja supružnik (ili u pojedinim od njih i istopolni partner iz registrovane vanbračne zajednice) ostavioca ima u njima. Tako u pravu Grčke vanbračnom partneru na ime zakonskog naslednog dela u konkurenciji sa potomcima pripada pravo na 1/6 zaostavštine, za razliku od supružnika, kojem, prema Građanskom zakoniku ove zemlje, u prvom naslednom redu pripada pravo na 1/4 zaostavštine.³⁶ U pravu Belgije naslednopravna ovlašćenja vanbračnog partnera u konkurenciji sa potomstvom ostavioca ogledaju se u njegovom pravu doživotnog plodouživanja na nepokretnosti koja je tokom zajedničkog života predstavljala zajedničko prebivalište, kao i na pokućstvu kojim je ova nepokretnost opremljena, za razliku od supružnika kojem u ovom slučaju pripada pravo doživotnog plodouživanja na celoj zaostavštini koja na ime nasleđa pripada potomstvu ostavioca.³⁷ Naposljetku, za razliku od supružnika i istopolnog partnera iz registrovane vanbračne zajednice, nasledna prava

³³ § 757 (1) Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB).

³⁴ § 1931 (1) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) iz 1896. godine, Retrieved 14, March 2014, from <http://bundesrecht.juris.de/bgb/BJNR001950896.html>

³⁵ Chapter 2, section 1; chapter 3, section 1a (1) (2) Code of inheritance Finland, 40/1965, Retrieved 14, March 2014, from <http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1965/en19650040.pdf>

³⁶ Section 11 (1), Law no. 3719/2008 - Reforms concerning the family, children and society; art. 1820. Civil code of the Hellenic Republic, Retrieved 14, March 2014, from <http://www.ministryofjustice.gr/site/kodikos/%CE%95%CF%85%CF%81%CE%B5%CF%84%CE%AE%CF%81%CE%B9%CE%BF/%CE%91%CE%A3%CE%A4%CE%99%CE%9A%CE%9F%CE%A3%CE%9A%CE%A9%CE%94%CE%99%CE%9A%CE%91%CE%A3/tabid/225/language/el-GR/Default.aspx>.

³⁷ Art. 745. *octies* § 1; art. 745. *bis* § 1. Code Civil Belge.

vanbračnih partnera iz faktičkih zajednica uža su od ovakvih prava potomaka i u pravu Irske imajući u vidu činjenicu da oni nemaju automatski pravo nasleđivanja umrlog vanbračnog partnera, već isključivo pravo da postave zahtev sudu za odgovarajuće obezbeđenje iz zaostavštine, a u slučaju finansijske zavisnosti od umrlog partnera.³⁸

4.2. Naslednopravni položaj vanbračnog partnera u ostalim naslednim redovima

U odnosu na ostale srodnike ostavioca vanbračni partner ima još povoljniji naslednopravni položaj. U određenom broju prava, kao što su prava Danske, Švedske, Finske, Holandije, Malte i Irske, ovakav naslednopravni položaj supružnika, a time i vanbračnog partnera, proizlazi iz činjenice da on u slučaju nepostojanja potomaka može isključiti iz nasleđivanja bilo koje pretke i pobočne srodnike, kao njegove potencijalne zakonske naslednike.³⁹

U ostalim pravima vanbračni partner ostavioca može isključiti iz nasleđivanja veliki broj predaka i pobočnih srodnika, pri čemu u situaciji kada nasleđuje istovremeno sa nekim od njih, posmatrano sa aspekta obima naslednopravnih ovlašćenja, po pravilu ima povoljniji naslednopravni položaj. U tom smislu, krug spomenutih srodnika, koji supružniku, a time i vanbračnom partneru ostavioca mogu konkurisati u nasleđivanju, najuži je u pravima Hrvatske i Češke, u kojima on obuhvata samo roditelje ostavioca, u konkurenciji sa kojima mu, na ime naslednog dela, pripada 1/2 zaostavštine.⁴⁰ Donekle sličan naslednopravni položaj supružnik, a time i vanbračni partner, ima i u pravu Mađarske kada se radi o nasleđivanju dobara tekovine, s obzirom na činjenicu

³⁸ Part 15, Section 194, Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010.

³⁹ Specifičnost prava skandinavskih zemalja, koja ih razlikuje u odnosu na ostala prava Evrope, ogleda se u činjenici da nadživelog supružnika, odnosno vanbračnog partnera, koji se u jednom momentu, pojavio kao jedini naslednik zaostavštine, nakon njegove smrti imaju pravo da naslede, ne samo njegovi naslednici, već i naslednici ranije umrlog supružnika, odnosno vanbračnog partnera. Videti: Kapitel 2. § 9. stk. 2., kapitel 3. § 15. stk. 1-2. LOV nr 515 af 06/06/2007 Gaeldende (Arveloven); 3 kap. 2§ Ärvdabalk (1958:637); chapter 3, section 1 Code of inheritance Finland, 40/1965; art. 10/1 a,b Burgerlijk Wetboek Boek 4. Erfrecht; art. 810. Civil Code of Malta; part 6, section 67 (1) Succession Act, 1965, Number 27/1965.

da njemu u nasljeđivanju ovih dobara takođe mogu konkurisati samo roditelji ostavioca. Naslednopravna ovlašćenja vanbračnog partnera na navedenim dobrima ogledaju se u njegovom pravu da nasledi nekretninu u kojoj je zajedno stanovao sa ostaviocem, kao i pokućstvo i ostale stvari koje su služile toj nekretnini, pri čemu mu pripada i pravo na 1/2 ostatka zaostavštine.⁴¹ U pravima Engleske i Slovenije krug predaka i pobočnih srodnika koji supružniku, a time i vanbračnom partneru, mogu konkurisati u nasljeđivanju, pored roditelja ostavioca, obuhvata još i svo njihovo potomstvo (u pravu Engleske samo potomstvo rođenih braće i sestara). Pritom je zakonski nasledni deo vanbračnog partnera u konkurenciji sa navedenim srodnicima u pravima ovih zemalja, takođe, postavljen na visok način. Tako on u pravu Slovenije iznosi 1/2 zaostavštine.⁴² U pravu Engleske vanbračnom partneru pripada pravo na sve pokretne stvari iz lične imovine, kao i na zakonski legat koji iznosi 200.000 funti, uz kamatu na zakonski legat 6% godišnje počev od dana smrti ostavioca, pa do isplate, pri čemu mu pripada i pravo na jednu polovinu preostale zaostavštine.⁴³ U zakonodavstvima pojedinih zemalja germanske pravne tradicije krug predaka i pobočnih srodnika, koje supružnik, odnosno vanbračni partner može isključiti iz nasljeđivanja još je uži, s tim što i u ovim zakonodavstvima, u prilog povoljnije naslednopravne pozicije vanbračnog partnera u odnosu na ovakvu poziciju predaka i pobočnih srodnika koji mu mogu konkurisati u nasljeđivanju, govori visina njegovog zakonskog naslednog dela. Tako, u pravu Austrije, krug srodnika koji vanbračnom partneru mogu konkurisati u nasljeđivanju, obuhvata roditelje i njihove prvostepene potomke, kao i dede i babe ostavioca, u konkurenciji sa kojima on ima pravo da nasledi 2/3 zaostavštine.⁴⁴ U pravu Nemačke ovaj krug obuhvata roditelje i sve njihove potomke, kao i dede i babe ostavioca, u konkurenciji sa kojima vanbračni partner ima pravo da nasledi 1/2 zaostavštine.⁴⁵

⁴⁰ Čl. 11/1-3 Zakona o nasljeđivanju Hrvatske; § 1636, § 1637 (1) Law No. 89/2012 Coll. Civil Code of the Czech Republic.

⁴¹ V. 7:60. §, 7:61. § 2013. évi V. törvénya Polgári Törvénykönyvről.

⁴² Čl. 14/1-2, čl. 17 Zakona o dedovanju Slovenije.

⁴³ S. 46(3) Administration of Estates Act 1925.

⁴⁴ § 757 (1) Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB).

⁴⁵ § 1931 (1-2) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) iz 1896. godine.

Naslednopravna pozicija vanbračnog partnera nije povoljnija u odnosu na ovakvu poziciju predaka, odnosno pobočnih srodnika ostavioca, ili to, barem, ne mora uvek biti u malom broju savremenih poredaka Evrope. Tako u zakonodavstvu Mađarske vanbračni partner može da se pojavi kao naslednik na dobrima starine tek ukoliko nema nijednog pretka i pobočnog srodnika, kao potencijalnog naslednika na njima, kojem u suprotnom, u konkurenciji sa spomenutim srođnicima, po pravilu pripada pravo plodouživanja na ovim dobrima.⁴⁶

Nepovoljniji naslednopravni položaj vanbračnog partnera u odnosu na pretke i pobočne srodničke ostavioca posebno dolazi do izražaja u onim pravima u kojima vanbračni partner ima uža zakonska nasledna prava u odnosu na ona koja supružnik (ili u pojedinim od njih i istopolni partner iz registrovane vanbračne zajednice) ostavioca ima u njima. U tom smislu, u pravima Grčke i Belgije vanbračni partner iz prava zakonskog nasleđivanja ne može isključiti nijednog pretka niti pobočnog srodnika koji ulaze u krug potencijalnih zakonskih naslednika u pravima ovih zemalja. Pritom, u pravu Grčke vanbračnom partneru u konkurenciji sa navedenim srođnicima, pripada pravo na 1/3 zaostavštine, za razliku od supružnika kojem, u ovakvom slučaju, pripada pravo na 1/2 zaostavštine.⁴⁷ U pravu Belgije vanbračnom partneru pripada isti onaj obim doživotnog plodouživanja koji mu pripada i u slučaju konkurencije potomaka, za razliku od supružnika, kojem u ovom slučaju, pripada ili pravo doživotnog plodouživanja na celoj zaostavštini (u slučaju postojanja režima odvojenosti imovina) ili pravo nasleđivanja na celokupnoj zajedničkoj imovini i plodouživanja na posebnoj imovini ostavioca (u slučaju postojanja režima zajedničke imovine).⁴⁸ Naposletku, vanbračni partneri iz faktičkih zajednica u pravu Irske, a za razliku od supružnika i istopolnog partnera iz registrovane vanbračne zajednice, takođe ne mogu isključiti iz nasleđivanja nijednog pretka i pobočnog srodnika, pri čemu u konkurenciji sa

⁴⁶ 7:68. §, 7:69. § 2013. évi V. törvénya Polgári Törvénykönyvről.

⁴⁷ Section 11 (1), Law no. 3719/2008 - Reforms concerning the family, children and society; art. 1820-1821. Civil code of the Hellenic Republic.

⁴⁸ Art. 745. *octies* § 1; art. 745. *bis* § 1. Code Civil Belge.

njima imaju isti onaj obim naslednopravnih ovlašćenja koji im pripada i u slučaju postojanja potomaka ostavioca.⁴⁹

5. Zaključak

U velikom broju zakonodavstava Evropske unije u jednom relativno kratkom vremenskom periodu došlo je do priznavanja vanbračnom partneru položaja zakonskog naslednika, što je istovremeno aktuelizovalo i pitanje značajnih razlika u pogledu mnogobrojnih aspekata naslednopravne regulative vanbračne zajednice. U tom smislu različit je, najpre, način regulisanja vrste vanbračne zajednice po osnovu koje se može nasledivati. Razlikuje se i način normiranja pitanja neophodnosti njene registracije, kao uslova za nasledivanje vanbračnih partnera. Stavovi savremenih zakonodavstava, nisu isti ni u pogledu pitanja priznavanja vanbračnoj zajednici istih ili užih naslednopravnih dejstava u odnosu na brak. Od posebnog značaja su specifičnosti svakog konkretnog zakonodavstva u pogledu naslednopravnog položaja vanbračnog partnera u konkurenciji sa srodnicima kao zakonskim naslednicima.

Ove razlike svakako predstavljaju barijeru neophodnosti harmonizacije privatnog prava nacionalnih država i stvaranja zajedničkog prava u smislu približavanja nacionalnih pravnih sistema na prostoru Evropske unije. Međutim, treba naznačiti da su one u velikoj meri posledica činjenice da je nasledno pravo više nego bilo koja druga grana prava obojeno tradicijom, mentalitetom, a delom i istorijom odnosa sa narodima. Dokle god postoje te razlike između naroda evropskih zemalja, ne može se govoriti da će *de lege ferenda*, u jednom kratkom periodu, doći do apsolutne unifikacije privatnog – naslednog prava u pogledu pravne regulative ovog pitanja. Ipak, prema tendencijama koje su uočene kroz ovaj rad, imajući u vidu stanje od pre dve ili tri decenije, kada, po pravilu, osim pravnim poslovima za slučaj smrti, nije bilo moguće preneti imovinu vanbračnom partneru, prihvaćena rešenja u posmatranim zemljama Evrope, ukazuju na određena kretanja u pravcu unifikacije i ovog dela privatnog prava, za koju će, međutim, upravo zbog

⁴⁹ Part 15, Section 194, Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010.

specifičnosti pravne grane i odnosa koje ono reguliše, biti potrebno duže vreme nego što je to slučaj sa nekim drugim pravnim granama.

Kada je reč o našem pravu, mišljenja smo da nepriznavanje naslednopravnog značaja vanbračnoj zajednici predstavlja odgovarajući pravni izraz respektovanja zakonodavca još uvek tradicionalnog stava našeg društva po pitanju shvatanja i uvažavanja braka i bračnih vrednosti s jedne strane, i shvatanja i uvažavanja vrednosti vanbračne zajednice sa druge strane. Međutim, opredeljenost Srbije da pristupi evropskim integracijama svakako će u bliskoj budućnosti aktuelizovati ovo pitanje i kod nas. Kao najveći problem koji bi se pojavio pojavio po pitanju zakonskih naslednih prava vanbračnih partnera, pri sada postojećoj koncepciji faktičke vanbračne zajednice, vidimo nemogućnost objektivnog proveravanja njene trajnosti, koji, kao pravni standard, inauguriše Porodični zakon Srbije. Tu naravno ne mislimo samo na vremensko trajanje nego i na kvalitet trajnosti vanbračne zajednice. Kao rešenje smatramo jedino mogućnost da se u sudskom postupku ovaj kvalitet dokazuje analogijom sa odredbama porodičnog prava, u kojem se u postupku za podelu zajedničke imovine između vanbračnih partnera trajnost vanbračne zajednice postavlja kao faktičko pitanje i u svakom konkretnom slučaju se mora posebno dokazivati. Zbog toga smo mišljenja da, pri važećoj koncepciji vanbračne zajednice, ona u našem pravu ne bi trebalo da stekne svojstvo činjenice koja bi predstavljala osnov pozivanja na nasleđivanje. U ovom kontekstu valja napomenuti da je u Prednacrta Građanskog zakonika Srbije predložena mogućnost registracije vanbračne zajednice.⁵⁰ Koncept vanbračne zajednice koji bi podrazumevao obavezu njene registracije pred odgovarajućim organom, a koji je kao takav prihvaćen i u velikom broju ostalih prava Evrope, predstavljao bi bolji i kvalitetniji način njenog regulisanja, pod pretpostavkom čijeg prihvatanja bi mogućnost uvođenja prava uzajamnog zakonskog nasleđivanja između vanbračnih partera trebalo razmotriti i u našem pravu.

⁵⁰ Čl. 4. Prednacrta Građanskog zakonika Srbije, Treća knjiga, Porodični odnosi, Retrieved 17, March 2014, from <http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik/>.

Literatura

Administration of Estates Act 1925, Retrieved 13, March 2014, from <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/15-16/23/contents>

Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) iz 1811 godine , Retrieved 12, February 2014, from http://www.jusline.at/Allgemeines_Buergerliches_Gesetzbuch_%28ABGB%29.html

Act on partnership, No. 950/2001, Retrieved 05, February 2014, from <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/2001/en20010950.pdf>

ACT IX of 2014, Retrieved 14, July 2014, from <http://justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lp&itemid=26024&l=1>

Ärvdabalk (1958:637), Retrieved 11, March 2014, from <http://www.notisum.se/rnp/sls/lag/19580637.htm>

Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare, Retrieved 07, February 2014, from <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20022194/20130701000/211.231.pdf>

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) iz 1896. godine, Retrieved 14, March 2014, from <http://bundesrecht.juris.de/bgb/BJNR001950896.html>

Burgerlijk Wetboek Boek 4. Erfrecht, Retrieved 05, February 2014, from <http://www.wetboek-online.nl/wet/BW4.html>

Gavela, N., Belaj, V. (2008). *Nasljedno pravo*. Zagreb

Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz L-PartG), Retrieved 06, February 2014, from <http://www.gesetze-im-internet.de/lpartg/BJNR026610001.html>

Zakon o dedovanju Slovenije (ZD). *Uradni list SRS*, Br. 15 (1976); Retrieved 04, February 2014, from <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO317>

Zakon o nasljeđivanju Hrvatske, *Narodne novine*, Br. 48 (2003); Retrieved 06, February 2014, from http://www.poslovniforum.hr/zakoni/z_naslj01.asp

Zakon o registraciji istospolne partnerske skupnosti (ZRIPS), *Uradni list RS*, Br. 65 (2005); Retrieved 04, February 2014, from <http://www.uradni-list.si/1/content?id=56999>

Zákon o registrovaném partnerství a o změně některých souvisejících zákonů, *Předpis č. 115 (2006) Sb*; Retrieved 08, February 2014, from <http://www.zakonyprolidi.cz/cs/2006-115>

Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola, *Narodne novine*, Br. 92 (2014); Retrieved 12, August 2014, from <http://www.zakon.hr/>

Law no. 3719/2008 - Reforms concerning the family, children and society, Retrieved 09, February 2014, from [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-128294#{%22itemid%22:\[%22001-128294%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-128294#{%22itemid%22:[%22001-128294%22]})

Law No. 89/2012 Coll. Civil Code of the Czech Republic, Retrieved 14, March 2014, from: <http://www.czechlegislation.com/en/89-2012-sb>

LOV nr 515 af 06/06/2007 Gaeldende (Arveloven), Retrieved 11, March 2014, from <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=2664>

Mellows, A. R. (1993). *The Law of Succession*. London

Odločba U-I-212/10-15, Retrieved 04, February 2014, from <http://odlocitve.us-rs.si/usrs/us-odl.nsf/o/FC62EF78571FE59EC1257B4800408D62>

Odločba U-I-425/06-10, Retrieved 04, February 2014, from <http://www.uradni-list.si/1/content?id=93249#!/Odlocba-o-ugotovitvi-da-je-22-clen-Zakona-o-registraciji-istospolne-partnerske-skupnosti-v-neskladju-z-Ustavo>

Prednact Gradanskog zakonika Srbije, Treća knjiga, Porodični odnosi, Retrieved 17, March 2014, from <http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik/>

Porodični zakon Srbije. *Službeni glasnik RS*. Br. 18 (2005)

Sawyer, C. (1995). *Succession, Wills & Probate*. Bristol

Succession Act, 1965, Number 27 (1965); Retrieved 12, March 2014, from <http://www.irishstatutebook.ie/1965/en/act/pub/0027/index.html>

The registered partnership Act, No. 372 of June 1, 1989, Retrieved 05, February 2014, from <http://www.qrd.org/qrd/world/europe/denmark/registered.partnership.act.with.amendments>

The Law on Registered Partnership (1994:117), Retrieved 05, February 2014, from <http://www.ciec1.org/Legislationpdf/Suede-TheRegisteredPartnershipAct.pdf>

Civil Partnership Act 2004, Retrieved 07, February 2014, from http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2004/ukpga_20040033_en_1

Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010, Retrieved 12, February 2014, from <http://www.irishstatutebook.ie/2010/en/act/pub/0024/index.html>

Code of inheritance Finland, Number 40 (1965); Retrieved 14, March 2014, from <http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1965/en19650040.pdf>

Code Civil Belge, Retrieved 06, February 2014, from <http://www.droitbelge.be/codes.asp#civ>

Civil Code of Malta, Retrieved 12, March 2014, from <http://landwise.landesas.org/record/1070>

Civil code of the Hellenic Republic, Retrieved 14, March 2014, from <http://www.ministryofjustice.gr/site/kodikos/%CE%95%CF%85%CF%81%CE%B5%CF%84%CE%AE%CF%81%CE%B9%CE%BF/%CE%91%CE%A3%CE%A4%CE%99%CE%9A%CE%9F%CE%A3%CE%9A%CE%A9%CE%94%CE%99%CE%9A%CE%91%CE%A3/tabid/225/language/el-GR/Default.aspx>

2009. évi XXIX. törvény a bejegyzett élettársi kapcsolatáról, az ezzel összefüggő, valamint az élettársi viszony igazolásának megkönnyítéséhez szükséges egyes

törvények módosításáról, Retrieved 11, February 2014, from http://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=A0900029.TV

2013. évi V. törvénya Polgári Törvénykönyvről, Retrieved 13, June 2014, from http://n/ptk2013.hu/wp-content/uploads/2013/03/uj_ptk_szov.html

Jelena Vidić Trninić, LL.D.

Assistant professor,

Faculty of Law, University of Novi Sad

Cohabitation Partner as an Intestate heir in Contemporary European Laws

Summary

The author of this paper analyses the legal position of cohabitation partners with regard to succession as defined in contemporary European jurisdictions, focusing on the significant differences that may be observed concerning various aspects of their succession regulations. The author argues that although there is a whole range of different rules dealing with the succession of cohabitation partners, which certainly are an obstacle on the path to their alignment within EU, the mechanisms adopted in the studied jurisdictions do seem to go in the direction of unification of this area of private law, too. Nevertheless, given the particular character of this area of law and the relationships that it regulates, such unification shall – in author's opinion – take longer time than it is required for some other areas of law. At the same time, it is the author's belief that the factual cohabitation as it exists in domestic law, with its shortcomings herein presented, should not be recognised as a ground for legal succession, whilst, provided there is a revision of the concept of cohabitation in domestic law reflected in addition of the requirement of its registration, the domestic law should consider introducing the mutual legal succession between cohabitation partners.

Key words: cohabitation, cohabitation partner, same-sex partner, intestate share.

Andelija Tasić,*
Asistentkinja Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

NAUČNI ČLANAK

UDK: 347.921.3

Rad primljen: 01.09.2014.
Rad prihvaćen: 01.12.2014.

PROCESNI POLOŽAJ UMEŠAČA U ANTIDISKRIMINACIONIM PARNICAMA**

Apstrakt: Parnica, po pravilu, za sva treća lica predstavlja *res inter alios gesta*. Međutim, pravilima opšteg parničnog postupka, ali i procesnim pravilima sadržanim u drugim zakonima, određenom krugu lica dopušteno je da učestvuju u tuđoj parnici kada se doneta odluka tiče i njihovih prava i interesa. Predmet analize u ovom radu jesu pravila o učešću umešača u antidiskriminacionim parnicama koja su različito regulisana u domaćem antidiskriminacionom zakonodavstvu. U radu će biti dat kritički osvrt na postojeća zakonska rešenja, otvoreno pitanje celishodnosti učešća pojedinih subjekata u parnici u svojstvu umešača i sagledan prostor za drugačije uređivanje ove oblasti *de lege ferenda*.

Ključne reči: umešač, intervencijsko dejstvo presude, antidiskriminacione parnice.

* andjelija@prafak.ni.ac.rs

** Rad predstavlja rezultat istraživanja na projektu „Zаштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије (евиденциони број 179046).

1. Uvodne napomene

Da parnica, po pravilu, za sva treća lica predstavlja *res inter alios gesta* već odavno predstavlja aksiom parničnog procesnog prava. Ipak, od ovog pravila postoje izuzeci. Određena treća lica, različita od suda i stranaka, mogu da imaju pravni interes¹ da učestvuju u parnici na strani tužioca ili tuženog kada uspeh jedne od parničnih stranaka može da utiče i na njihova prava i interese, a doneta presuda može da se odrazi na njihovu pravnu sferu.² Isto važi i za određene državne organe koji u tuđim parnicama štite opšti (javni) interes. Radi zaštite pravnog interesa treća lica, odnosno organi, umešaju se u tuđu parnicu i stiču status umešača. S obzirom na ovlašćenja koja u tuđoj parnici imaju, umešači se klasifikuju na tzv. obične umešače, umešače sa položajem jedinstvenog suparničara i umešače *sui generis*.³

Zakonom o parničnom postupku⁴ propisani su uslovi za dopuštenost i osnovanost mešanja, pravila o stupanju u parnicu i dejstvu koje doneta odluka ima na procesnu situaciju umešača. Međutim, osim u Zakonu o parničnom postupku, pojedina posebna pravila o umešačima nalaze se i u drugim zakonima koji sadrže procesne odredbe po kojima se postupa prilikom rešavanja određene vrste sporova.

Predmet ovog rada biće analiza pravila o učešću trećih lica u anti-diskriminacionim parnicama, a odabiru teme doprineo je disparitet između značaja antidiskriminacionih parnica sa jedne strane i pažnje koja im je

¹ Poznić definiše pravni interes preko tipova tog interesa. Tako, pravni interes trećeg lica postoji kada se pravnosnažnost presude proširuje i na njega, kada se, u slučaju gubitka parnice, stranka može regresirati od njega ili kada u njegovu korist može nastati pravo na naknadu štete prema stranci ukoliko ova izgubi parnicu (O tipologiji pravnog interesa detaljnije: Poznić, Rakić Vodinelić, 2010: 187–188).

² Intervencija trećeg lica može imati trojaku funkciju: pomoćnu funkciju mešanja (kojom umešač štiti svoj pravni položaj), podstičuću funkciju (kojom motiviše stranku da aktivno učestvuje u parnici) i kontrolnu funkciju (kojom osigurava argumente za otklanjanje intervencijskog dejstva presude) (Dika, 2008: 268).

³ Ova klasifikacija nije široko prihvaćena. Tako, može se naći u Stanković, 2010: 165, ali ne i u Poznić, Rakić-Vodinelić, 2012: 154–165 koji ne izdvajaju umešače *sui generis* kao posebnu vrstu bez obzira što zakonodavac posebnim članom zakona uređuje procesni položaj javnog tužioca kao umešača.

⁴ Čl. 215–219. Zakona o parničnom postupku, („Sl. glasnik RS“, br. 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US i 55/2014), u daljem tekstu i ZPP.

u literaturi posvećena. Nažalost, rad ne može biti potkrepljen primerima iz domaće prakse budući da je ona u ovoj oblasti izuzetno skromna. Upravo iz tog razloga cilj ovog rada jeste i da se još jednom skrene pažnja na mogućnost sudske građanskopravne zaštite od diskriminacije kroz otvaranje problema u jednom segmentu ove zaštite, učešću trećih lica u ovim parnicama.

U poslednjih osam godina usvojena su tri zakona iz oblasti zaštite od diskriminacije koja u sebi sadrže i procesna pravila iz oblasti građanskopravne zaštite od diskriminacije. To su Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom⁵, Zakon o ravnopravnosti polova⁶ i Zakon o zabrani diskriminacije.⁷ Zakon o zabrani diskriminacije predstavlja tzv. krovni zakon čije se procesne odredbe primenjuju i na postupke koji se vode po pravilima ZDI. Na sve njih se, pak, shodno primenjuju odredbe Zakona o parničnom postupku. U svakom od ovih zakona primenjen je različit pristup u regulisanju mešanja u tuđu parnicu. ZZD nijednom odredbom ne reguliše položaj umešača u antidiskriminacionim parnicama. Isto važi i kad je u pitanju ZDI. Za razliku od njih ZRP u čl. 43. sadrži tri stava koji se odnose (i) na umešače.

Da bi se sveobuhvatno analiziralo učešće trećih lica u antidiskriminacionim parnicama, potrebno je videti ko je i pod kojim uslovima aktivno procesno legitimisani subjekt u ovim parnicama. Prema ZZD to su: svako ko je povređen diskriminatorским postupanjem⁸ (čl. 41. st. 1); Poverenik za zaštitu ravnopravnosti i organizacija koja se bavi zaštitom ljudskih prava, odnosno prava određene grupe lica (čl. 46. st. 1) i lica koje se svesno izložilo diskriminatorskom postupanju, u nameri da neposredno proveriti primenu pravila o zabrani diskriminacije u konkretnom slučaju (tzv. tester) (čl. 46. st. 1.

⁵ Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom, „Sl. glasnik RS“, br. 33/2006, u daljem tekstu i ZDI.

⁶ Zakon o ravnopravnosti polova, „Sl. glasnik RS“, br. 104/2009, u daljem tekstu i ZRP.

⁷ Zakon o zabrani diskriminacije, „Sl. glasnik RS“, br. 22/2009, u daljem tekstu i ZZD.

⁸ Čini se da termin „svako ko je povređen diskriminatorским postupanjem“ može pogrešno da navede na pomisao da je reč o *actio popularis*. Zbog toga se u nekoj narednoj redakciji teksta može razmotriti preuzimanje hrvatskog (osoba koja tvrdi da je žrtva diskriminacije po odredbama ovoga zakona ovlašćena je podneti tužbu i tražiti... (čl. 17. St. 1. Zakona o suzbijanju diskriminacije, „Narodne novine“, br. 85/08, 112/12)) ili bosanskog rešenja (svako lice ili grupa lica koja smatra da je diskriminisana može tražiti zaštitu svojih prava putem postojećih sudskih i upravnih postupaka (čl. 11. st. 1. Zakona o zabrani diskriminacije, „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ br. 59/09)).

3). Pravilima ZDI propisano je da postupak⁹ mogu da pokrenu osoba sa invaliditetom prema kojoj je diskriminacija izvršena i njen zakonski zastupnik (čl. 42. st. 2), kao i pratilac osobe sa invaliditetom u slučaju da je prema njemu izvršena diskriminacija (čl. 42. st. 3). U ZRP kao aktivno procesno legitimisani subjekti navedeni su svako lice kome je povređeno pravo ili sloboda zbog pripadnosti određenom polu (čl. 43. st. 1), i sindikat ili udruženja čiji su ciljevi vezani za unapređenje ravnopravnosti polova (čl. 43. st. 2. i 3).

Učešće trećih lica u antidiskriminacionim parnicama predstavlja jedan od evropskih antidiskriminacionih standarda. Naime, Direktivom EU 2000/78 u čl. 9. st. 2. propisana je dužnost država članica da svojim propisima obezbede da udruženja, organizacije i druga pravna lica koja, u skladu sa kriterijumima koji su utvrđeni nacionalnim pravom, mogu učestvovati u ime ili u interesu lica koje se žali, s njegovim ili njenim pristankom, u bilo kom sudskom ili upravnom postupku koji se vodi radi sprovođenja obaveza iz ove direktive.¹⁰ Bez obzira na to što Srbija nije članica EU, ona je potpisala Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju i postala kandidat za članstvo, što podrazumeva harmonizaciju zakonskih rešenja sa propisima EU.¹¹ Zbog toga su evropski propisi o mešanju u antidiskriminacione parnice relevantni za normativno uobličavanje sudskih antidiskriminacionih postupaka, uključujući i način ostvarivanja interesa trećih lica u antidiskriminacionim parnicama.

Treba pomenuti da i mnoge druge države, poput Austrije¹², Bosne i Hercegovine,¹³ Hrvatske¹⁴, Makedonije,¹⁵ sadrže odredbe o učešću trećih lica u antidiskriminacionim parnicama.¹⁶

⁹ Zakon koristi pravnotehnički nekorektan termin „pokretanje spora“.

¹⁰ Direktiva o zapošljavanju (Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, Official Journal L 303, 02/12/2000 P. 0016 – 0022).

¹¹ Srbija je potpisala Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju 29. aprila 2008. godine. Ovim sporazumom ona se obavezala da uspostavi zonu slobodne trgovine i uskladi svoje zakonodavstvo sa pravom EU. Marta 2012. godine Srbija je dobila status kandidata za članstvo u EU.

¹² Dopusšteno je učešće samo jedne konkretne organizacije, Asocijacije nevladinih organizacija protiv diskriminacije koja učestvuje u parnici. Sve nevladine organizacije pozvane su da se pridruže ovoj asocijaciji i tako obezbede svoje učešće u parnici. Ukoliko, pak, žele da deluju samostalno, i dalje ostaje mogućnost učešća u parnici, ali u skladu sa

U narednim redovima biće analizirano učešća umešača u parnicama na koje se primenjuju odredbe ZZD, a u zasebnom delu rada i odredbe Zakona o ravnopravnosti polova.

2. Običan umešač

Običan umešač je treće lice, različito od suda i stranaka, koje u parnici štiti neki svoj pravni interes.¹⁷ Njegove aktivnosti u parnici limitirane su na preduzimanje onih parničnih radnji koje ne štete interesima stranke kojoj se pridružio. On ne može da preduzima dispozitivne parnične radnje, osim da uloži pravni lek (čl. 217. ZPP).

pravilima opšteg parničnog postupka koja podrazumevaju dokazivanje pravnog interesa (Gleichbehandlungsgesetz, BGBl. I Nr. 66/2004, sa kasnijim izmenama).

¹³ Prema bosanskom zakonu, licu ili grupi lica koja tvrde da su žrtva diskriminacije može se pridružiti telo, organizacija, ustanova, udruženje ili drugo lice koje se u okviru svoje delatnosti bavi zaštitom od diskriminacije lica ili grupe lica o čijim se pravima odlučuje u postupku.

¹⁴ U Hrvatskoj se kao umešači mogu javiti telo, organizacija, ustanova, udruženje ili druga osoba koja se u okviru svoje delatnosti bavi zaštitom prava na jednako postupanje u odnosu na grupu o čijim se pravima odlučuje u postupku.

¹⁵ Na strani lica koje tvrdi da je diskriminisano može se pridružiti organ, organizacija, ustanova ili drugo lice koje se u okviru svoje delatnosti bavi zaštitom prava na jednako postupanje (Zakon za sprečavanje i zaštita od diskriminacija „Služben vesnik na Republika Makedonija“, br. 50/2010).

¹⁶ Iako se u radu neću šire baviti tom temom, važno je pomenuti i institut *amicus curiae*, kojim se najčešće označavaju nevladine organizacije ili treći kojima je odobreno da pred sudom iznesu svoje mišljenje i na taj način mu pomognu u donošenju odluke. (Opširnije: slučaj *Doherty and Anor v. South Dublin County Council, the Minister for the Environment, Heritage and Local Government, Ireland and the Attorney General*, naveden u *European Anti-Discrimination Law Review*, 2007: 80).

¹⁷ Definicija umešača gotovo da se nije menjala u domaćoj literaturi u poslednjih stotina godina. Tako se umešač najčešće definiše kao „onaj koji ima pravnog interesa da u parnici koja teče među drugim licima jedna od stranaka pobedi“ (čl. 118. Zakonika o sudskom postupku u građanskim parnicama, navedeno prema Arandelović, 1932: 133), kao „ono lice, različito od stranaka i njihovih zastupnika, koje učestvuje u parnici na strani jednog od parničara na taj način što se pridružuje njegovom zahtevu za presudu“ (Marković, 1957: 224), (pri čemu je Zakon o parničnom postupku iz 1957. uveo termin „umešač“ koji zamenjuje termin „sporedni umešač“ (naspram koga je postojao „glavnog umešača“ koji se odnosi na vrstu suparničara)), kao „treće lice koje se u tekućem sporu pridružuje jednoj od stranaka da bi je pomagalo i da bi kontrolisalo način na koji ona vodi spor“ (Poznić, 1970: 339) što je i definicija koja je zadržana u najnovijem izdanju udžbenika istog autora (Poznić, Rakić Vodinelić, 2012: 154).

Intervenijenti, dakle, mogu biti isti oni subjekti koji imaju i aktivnu procesnu legitimaciju za pokretanje postupka. Dok ću se mogućnošću da drugo diskriminisano lice stupi u parnicu uz tužioca baviti u delu koji se odnosi na umešača sa položajem jedinstvenog suparničara, na ovom mestu biće reči o mogućnosti da u parnicu stupe Poverenik za zaštitu ravnopravnosti¹⁸, organizacija koja se bavi zaštitom ljudskih prava i dobrovoljni ispitivač diskriminacije.

Procesni položaj Poverenika za zaštitu ravnopravnosti i organizacije za zaštitu ljudskih prava razlikuje se u odnosu na to da li se oni mešaju u parnicu koja se vodi povodom diskriminacije konkretnog lica ili većeg broja subjekata.

U prvom slučaju oni bi imali položaj običnog umešača. Za učešće u konkretnoj parnici opredelila bi ih spoznaja da bi to mogla biti jedna od tzv. strateških parnica¹⁹, a Poverenika za zaštitu ravnopravnosti i mogućnost da zaštiti opšti

¹⁸ Poverenik za zaštitu ravnopravnosti je nezavisan državni organ ustanovljen Zakonom o zabrani diskriminacije. Njegovo ustanovljavanje u skladu je sa Opštom preporukom br. 2. Evropske komisije za borbu protiv rasizma i netolerancije državama članicama Saveta i preporukama Evropske unije. U njegovoj nadležnosti su, između ostalog, primanje pritužbi građana, pokretanje postupaka i upozoravanje javnosti na najčešće, tipične i teške slučajeve diskriminacije (detaljnije: Petrušić, 2011: 69–82, Petrušić, Krstić, Marinković, 2014: 217–274, Petrušić, Grubač, 2014: 69–88).

¹⁹ Strateške parnice ne predstavljaju neku posebnu vrstu parnica već se od standardnih razlikuju po cilju koji imaju. Brojne su prednosti, ali i mane ovih parnica. Najčešće se navode sledeće vrednosti strateških parnica: pojedinačan slučaj ima širi značaj za društvo i judikaturu; koristi se snaga prava da bi se zaštitila ili unapredila prava manjine, obespravljene ili marginalizovane društvene grupe; ustanovljava se presedan koji koristi budućim tužiocima; skreće se pažnja javnosti na problem (a često je jeftiniji put od organizivane medijske kampanje); u slučaju da sudeluju međunarodni sudovi, mogu da izazovu pritisak međunarodne zajednice; predstavljaju isplativo sredstvo da se otvore sporna pitanja; omogućavaju širi pristup pravosuđu; testiraju i razjašnjavaju sadržaj važećeg prava i šire odgovornost države kroz ustanovljavanje parametara koje država treba da sprovede. Neki od problema su: ishod parnica retko kad može da se predvidi; postoje teškoće u odabiru slučajeva jer vrlo mali broj njih dođe do suda, bilo zbog toga što se spor reši vansudskim putem, ili zbog toga što ljudi ne znaju da postoji način da zaštite svoja prava; parnice ne oslikavaju uvek mišljenje javnog mnjenja i mogu da dovedu do ishoda koji nema podršku u javnosti; strateške parnice u mnogome zavise od pronalaženja pogodnog klijenta; u zemljama u kojima su pravna zaštita i izvršenje odluka slabi, parnica ne mora da ima očekivani ishod; ukoliko ne postoji nezavisno pravosuđe, pokušaj da se izvrši promena snagom sudske odluke može biti bezuspešan; teško je kontrolisati tok strateških parnica, posebno kada je po sredi tzv. klasna tužba; korist od strateške parnice ne mora zaista da ima ugrožena grupa ljudi, jer im status žrtve ne poboljšava realan položaj u društvu; parnice

interes.²⁰ Znanjem i iskustvom oni bi mogli da pomognu diskriminisanom licu da izvojuje pobjedu, što bi moglo da se odrazi na podizanje svijesti o značaju zabrane diskriminacije. Položaj Poverenika i organizacije takav je da bi se oni mogli pridružiti samo tužiocu, a ne bilo kojoj parničnoj stranci. Na odluku da učestvuju u konkretnoj parnici uticao bi i stadijum u kome se ona nalazi i mogućnost da kao umešači svojim radnjama u toj fazi postupka doprinesu uspehu tužioca.

Pitanje je, međutim, da li i kao obični umešači ovi subjekti moraju da ispune iste uslove kao i da sami pokreću postupak. Ukoliko se diskriminacija odnosi na konkretno lice, Poverenik ili organizacija moraju imati pisanu saglasnost diskriminisanog lica za pokretanje postupka (čl. 46. st. 2. ZZD). Prema opštim pravilima parničnog postupka, pak, obe stranke mogu se protiviti učešću umešača u parnici, a sud, uprkos protivljenju, može da odobri učešće umešača u parnici. U antidiskriminacionim parnicama bi protivljenju stranke kojoj Poverenik ili organizacija žele da se pridruže trebalo pridati veći značaj, onakav kakav ima uskraćivanje saglasnosti za pokretanje postupka u parnicama za zaštitu od diskriminacije. Pri tome treba imati u vidu da, kada je reč o običnim umešačima, stranka može da anulira dejstvo umešačevih radnji. Iz tog razloga protivljenje stranke na neki način obesmišljava samo učešće Poverenika (Petrušić, 2012: 920).

U drugom slučaju, i diskriminirano lice i ostali procesno legitimisani subjekti mogli bi da pokrenu postupak za zaštitu od diskriminacije. To bi bili slučajevi diskriminacije koji se odnose na čitavu grupu lica. Kao primer može poslužiti parnica u kojoj je istaknut zahtev za uklanjanje oglasa kojim se za radno mesto knjigovođe traži fakultetski obrazovan Srbin ne stariji od 35 godina. Za predmet ovog rada zanimljiva je situacija u kojoj je diskriminirano lice već pokrenulo taj postupak, a neko od ostalih nabrojanih subjekata želi da mu se pridruži u parnici u svojstvu umešača. Iako se može postaviti pitanje da li bi oni zapravo bili umešači sa položajem jedinstvenog suparničara, ipak zbog

moгу biti preskupe; pojedinačan slučaj retko zavisi od uspeha kampanje (Opširnije: European Roma Rights Center, 2004: 43; Coomber, 2012: 11–21; Schokman, Creasey, Mohen, 2012: 1–7).

kriterijuma „da se na njih odnosi dejstvo presude“²¹ (čl. 219. ZPP), koji se odnosi na ove umešače, smatram da je njihov položaj ipak bliži običnim umešačima. Ipak, za njihovo stupanje u parnicu trebalo bi, *de lege ferenda*, da važe blaži uslovi kada je reč o protivljenju stranke, a treba razmotriti i mogućnost elominisanja pravila o uticaju stranke na dejstvo preduzetih radnji umešača, imajući u vidu da su oni i sami mogli da pokrenu postupak.

Čini se da tester, sa druge strane, ne bi imao interes za učešće u tuđoj parnici kao umešač. Zakonodavac je propisao da ako tester nije podneo tužbu, može biti saslušan kao svedok (čl. 46. st. 5. ZZD). Ova se odredba može tumačiti dvojako – ili kao namera zakonodavca da naglasi da se tester, osim u ulozi tužioca, može pojaviti još *samo* u ulozi svedoka ili kao želja da se posebno istakne važnost njegovog svedočenja.

Za zaštitu pravnih interesa trećih lica koja se mešaju u antidi-skriminatione parnice određeni značaj ima institut intervencijskog dejstva presude.²² Intervencijsko dejstvo presude važno je u onim slučajevima kada diskriminisano lice pokrene postupak u parnici za zaštitu od diskriminacije i istakne zahtev za naknadu štete,²³ a diskriminatoru, na primer poslodavcu

²⁰ Apstraktni pravni interes (koji se temelji na registrovanoj delatnosti, zajedničkom cilju) za zaštitu prava na jednako postupanje bio bi osnov za mešanje organizacija i udruženja u tuđu parnicu (Crnić, Dika, Grgić, Marijan, Palić, Pavković, Potočnjak, 2011: 87).

²¹ Umešač sa položajem jedinstvenog suparničara je ono lice koje je i samo moglo biti stranka u parnici i na koje će se odnositi pravno dejstvo presude. O pravnoj prirodi suparničarske intervencije načelno postoje dva stanovišta. Prema prvom shvatanju, umešač stiče položaj suparničara samo u procesnom smislu, ali nema pravo na raspolaganje predmetom parnice. Prema drugom shvatanju ovaj umešač stupanjem u parnicu stiče neograničeni položaj glavne stranke pa samim tim može i da disponira predmetom parnice (Dika, 2008: 288).

²² Ovaj institut prvi put je izričito definisan Zakonom o parničnom postupku iz 2011. godine. Međutim, i pre tog vremena njegovo postojanje bilo je nesporno u teoriji građanskog procesnog prava. Pod ovim pojmom podrazumeva se situacija u kojoj stranka koja je izgubila parnicu pokreće novu protiv lica koje joj se u prethodnoj parnici pridružilo kao običan umešač. U novoj parnici umešač ne može da osporava utvrđeno činjenično stanje, kao ni pravne kvalifikacije sadržane u obrazloženju pravnosnažne presude (čl. 218. ZPP).

²³ Od svih aktivno procesno legitimisanih subjekata prema ZZD, ovaj zahtev može istaći samo diskriminisano lice. ZRP nije postavio takva ograničenja, pa i sindikati i organizacije koje se bave unapređenjem ravnopravnosti polova mogu da istaknu odštetni zahtev. Ipak, tim zahtevom moglo bi se jedino tražiti da tuženi naknadi štetu diskriminisanom licu (Pajvančić, Petrušić, Jašarević, 2010: 111).

koji je pravno lice, pridruži se u svojstvu umešača zaposleni²⁴ koji je neposredno izvršio akt diskriminacije. Zaposlenom je u interesu da tuženi uspe u parnici jer će, u protivnom, prema opštim pravilima obligacionog prava biti dužan da poslodavcu nadoknadi štetu. Ukoliko želi da se oslobodi intervencijskog dejstva presude, umešač može istaći prigovor rđavog vođenja parnice (*exceptio male gesti processus*), a pod uslovima da u vreme stupanja u prethodnu parnicu nije blagovremeno bio obavešten o parnici koja je prethodno vođena, i time bio sprečen da preduzima radnje koje bi dovele do povoljnijeg ishoda te parnice; da je stranka iz parnice u kojoj se pridružio kao umešač, namerno ili iz grube nepažnje, propustila da preduzima parnične radnje koje bi dovele do povoljnijeg ishoda te parnice, i da je stranka iz prethodne parnice svojim parničnim radnjama sprečavala da nastupi dejstvo radnji njenog umešača (čl. 218. ZPP). Posledica usvajanja prigovora rđavog vođenja parnice jeste ponovno raspravljanje o činjeničnim i pravnim pitanjima o kojima je raspravljano u ranijoj parnici.

3. Umešač sa položajem jedinstvenog suparničara

Ukoliko parnicu pokrene diskriminisano lice, njemu se, u svojstvu umešača, mogu pridružiti i sva treća lica koja su i sama mogla da pokrenu ovu istu parnicu. Doneta presuda, dejstvom proširene pravnosnažnosti, utiče i na umešače sa položajem jedinstvenog suparničara. To može biti slučaj kada je diskriminisana grupa lica, na primer na taj način što joj je onemogućen ulazak u neki restoran, sportski objekat ili bioskop. Svaki pripadnik grupe ovlašćen je na pokretanje parnice, a ako nije pokrenuo parnicu, može se pridružiti tužiocu. Međutim, ako pripadnik grupe, koji je i sam diskriminisan, želi da istakne neki svoj samostalni pravozaštitni zahtev prema tuženom, onda je u njegovom interesu da pokrene samostalnu parnicu ili da se naknadno pridruži tužiocu kao suparničar jer kao umešač ne može istaći svoj samostalni zahtev. O takvom

²⁴ Antidiskriminacioni zakoni nisu se odredili u pogledu toga ko može da bude tužena stranka, fizičko, pravno ili i fizičko i pravno lice (te se, u nedostatku ograničenja, uzima da to mogu biti i fizičko i pravno lice). Za razliku od njih, Zakonom o sprečavanju zlostavljanja na radu („Sl. glasnik RS“, br. 36/10), na primer, propisano je da zaposleni koji smatra da je izložen zlostavljanju od strane poslodavca sa svojstvom fizičkog lica ili odgovornog lica u pravnom licu može protiv poslodavca da podnese tužbu pred nadležnim sudom (čl. 29. st. 1).

bi slučaju bilo reči ako umešač želi da istakne zahtev za naknadu materijalne ili nematerijalne štete koju je pretrpeo zbog diskriminacije. Tako, na primer, kada se radi o grupi žena zaposlenih kod određenog poslodavca koje smatraju da su manje plaćene za isti rad samo zbog toga što su Romkinje, svaka od njih ovlašćena je da pokrene parnicu. Ukoliko jedna od njih to učini, ostale žene mogu da stupe u parnicu u svojstvu stranke, pa će doći do zasnivanja naknadnog suparničarstva. Međutim, one mogu i da odluče da u parnici učestvuju kao umešači sa položajem jedinstvenog suparničara, mada bi u tom slučaju svoje pravo na naknadu štete morale da ostvaruju u posebnoj parnici. Ipak, one bi imale interes da se pridruže tužiocu jer bi za njih bilo od značaja i samo utvrđivanje postojanja diskriminatornog postupanja jer je to veoma često najsloženije pitanje u antidiskriminacionim parnicama. Nakon što sud na nesumnjiv i autoritativan način utvrdi da je diskriminacija izvršena, žene bi mogle na osnovu te presude da se u posebnoj parnici pojave kao (materijalno i obični) suparničari i istaknu svoje odštetne zahteve. U pogledu učesća drugih diskriminiranih lica u antidiskriminacionim parnicama treba se još jednom vratiti na primer naveden kod običnih umešača, a koji se tiče objavljenog oglasa za posao diskriminatorne sadržine. Može se postaviti pitanje da li se diskriminisanom licu kao umešači mogu pridružiti samo lica koja su se javila na konkurs i ispunjavaju ostale uslove konkursa (na primer, Mađar, stariji od 35 godina sa fakultetskom diplomom) ili i lica koja sama ne ispunjavaju uslove konkursa ali je grupa kojoj pripadaju diskriminisana (na primer, Mađar bez fakultetske diplome i mlađi od 35 godina)? U vezi sa tim potrebno je imati u vidu da u mnogim slučajevima diskriminacije nije neophodno da postoji „stvarna žrtva“. Ovakav stav zauzeo je i Evropski sud pravde, koji je u slučaju *Feryn* izrazio svoj eksplicitan stav da ne mora postojati „stvarna žrtva“ diskriminacije da bi se i utvrdilo da je do diskriminacije došlo.²⁵ Prema tome, u navedenom primeru, svako lice moglo bi da se pridruži tužiocu koji traži da

²⁵ C-54/07 *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v Firma Feryn NV* (2008) ECR I-000, navedeno prema Crnić et al., 2011: 27. U ovom postupku odlučeno je da činjenica da poslodavac javno izjavljuje da neće zapošljavati osobe određene rase ili etničkog porekla predstavlja ponašanje koje može dovesti do toga da se lica koja pripadaju određenoj grupi ne javljaju na oglase za posao kod tog poslodavca, što predstavlja direktnu diskriminaciju.

se utvrdi postojanje diskriminatorskog postupanja, bez obzira na to da li je konkurisalo i da li ispunjava uslove konkursa.

4. Umešač *sui generis*

U kontekstu procesnog položaja Poverenika za zaštitu ravnopravnosti u antidiskriminacionim parnicama, treba se osvrnuti i na položaj ostalih državnih organa u parničnom postupku. Osim što, poput Poverenika, i javni tužilac i javni pravobranilac mogu biti aktivno procesno legitimisani subjekti u pojedinim parnicama, javni tužilac se može još pojaviti i u procesnoj ulozi umešača. Ako javni tužilac na osnovu zakonskog ovlašćenja učestvuje u parnici koja teče među drugim licima, ovlašćen je da u granicama tužbenog zahteva predlaže da se utvrde i činjenice koje stranke nisu navele i izvedu dokazi koje stranke nisu predložile, kao i da izjavljuje pravne lekove (čl. 214. ZPP).²⁶ Upoređivanjem odredbe ZZD i navedene odredbe ZPP, vidi se i prva razlika između položaja javnog tužioca kao umešača i položaja Poverenika kao umešača. Javnom tužiocu data su daleko šira ovlašćenja u parničnom postupku od onih koje ima Poverenik. Dok se Poverenik meša na strani jedne od parničnih stranaka, štiti njen interes i može da preduzme samo one radnje koje može da preduzme i stranka kojoj se pridružio, dotle se javni tužilac pojavljuje kao zaštitnik opšteg interesa – njegova pozicija je neutralna a mogućnost da preduzima parnične radnje daleko šira. Iako je donekle jasno da Poverenik ne može ostati neutralan, s obzirom na svrhu zbog koje je kao državni organ ustanovljen, čini se ipak da bi i njegova ovlašćenja, po ugledu na ovlašćenja javnog tužioca, trebalo da budu šire postavljena. Istim članom zakona predviđeno je da ako sud smatra da postoje zakonski uslovi za učešće javnog

²⁶ Zakonom, međutim, nije definisano u kojim se to situacijama javni tužilac može javiti kao umešač *sui generis*. Čl. 207. Zakona o parničnom postupku iz 2004. godine („Sl. glasnik RS“, br. 125/2004, 111/2009) bilo je propisano da javni tužilac može da stupi u parnicu ako postoji sumnja da jedna ili obe stranke koriste svoja prava u postupku da bi onemogućile primenu prinudnih propisa o prirodnim bogatstvima, da bi izbegle javne finansijske obaveze ili da bi onemogućile primenu prinudnih odredaba međunarodnog ugovora. U onim parnicama u kojima stranke, bilo kao nosioci državne svojine bilo kao privatna lica, hoće da priznanjem činjenica, propuštanjem parničnih radnji ili priznanjem ili odricanjem od tužbenog zahteva izdejstvuju presudu kojom će učinjena nezakonitost biti prikrivena, javni tužilac imao je pravo da se protivi nekoj od sudskih odluka ili zaključenju sudskog poravnanja (Poznić, 2009: 511).

tužioca u parnici i ako je njegovo učešće potrebno, obavestiće o tome nadležnog javnog tužioca i odrediće mu rok u kome može da prijavi svoje učestvovanje. I ova odredba ukazuje na razliku koja postoji između Poverenika i javnog tužioca kao umešača. Dok Poverenik nema taj „luksuz“ da ga sud obaveštava o postojanju antidiskriminacione parnice za čiji ishod bi mogao da bude zainteresovan, dotle je obaveza suda da obavesti javnog tužioca o parnici u kojoj bi mogao da učestvuje. Nakon tog obaveštenja javni tužilac treba da odluči da li će učestvovati u parnici u roku koji mu ostavlja sud (čl. 214. st. 4. ZPP), dok za Poverenika važe pravila opšteg parničnog postupka po kojima umešač može da stupi u parnicu u toku celog postupka, sve do pravosnažnosti odluke o tužbenom zahtevu, kao i u toku postupka nastavljenog izjavljivanjem vanrednog pravnog leka (čl. 215. st. 2. ZPP). Ipak, već u sledećoj rečenici istog člana ZPP naglašava se da javni tužilac može i po protoku ostavljenog roka da se koristi pravom na stupanje u parnicu, tako da, zapravo, ne postoji sankcija za propuštanje roka koji mu je sud ostavio.

5. Režim učešća umešača prema Zakonu o ravnopravnosti polova

Kako je ranije navedeno, ZRP predviđa posebna pravila o učešću umešača u antidiskriminacionim parnicama. One se nalaze u delu pod naslovom „Građanskopravna zaštita“, a nadovezuju se, zapravo, na odredbe o vrstama pravozaštitnih zahteva koji u antidiskriminacionim parnicama mogu da se istaknu, kao i subjektima koji te zahteve mogu da istaknu. Ove odredbe odnose se isključivo na učešće umešača na strani tužioca u antidiskriminacionim parnicama. Tako, postupak iz stava 1. člana 43. mogu pokrenuti (postupak za zaštitu od diskriminacije, *prim. A.T*), uz saglasnost diskriminisanog lica, u njegovo ime, sindikat ili udruženja čiji su ciljevi vezani za unapređenje ravnopravnosti polova. Ovi subjekti se mogu pridružiti tužiocu u svojstvu *umešača* (st. 2. čl. 43. ZRP); U slučaju diskriminacije kojom su povređena prava većeg broja lica, subjekti iz stava 2. ovog člana mogu pokrenuti postupak u svoje ime. Lice čije je pravo povređeno može se pridružiti tužiocu u svojstvu *umešača* (st. 3. čl. 43. ZRP); Posle stupanja u postupak, odnosno posle pokretanja postupka, subjekti iz stava 2. ovog člana mogu preko sredstava javnog informisanja ili na drugi pogodan način obavestiti druga oštećena lica,

sindikate i udruženja o pokrenutoj parnici, i pozvati ih da se, kao *umešači* ili suparničari, pridruže tužiocu (st. 4. čl. 3. ZRP).

Kako se navodi, sindikat ili udruženja čiji su ciljevi vezani za ravnopravnost polova mogu se pridružiti tužiocu u svojstvu umešača. Pošto se ova odredba nadovezuje na onu da postupke u parnicama za zaštitu od diskriminacije sindikat ili udruženje mogu pokrenuti samo uz saglasnost diskriminisanog lica, i povodom ove odredbe mogla bi se postaviti ista ona pitanja koja se odnose na dejstvo protivljenja stranke učešću umešača u parnici. Naredni stav odnosi se na diskriminaciju većeg broja lica. Tada i sindikat i udruženje koji se bave zaštitom ravnopravnosti polova jesu aktivno procesno legitimisani subjekti a bez saglasnosti ili nekih drugih uslova. Lice čije je pravo povređeno može im se pridružiti u svojstvu umešača. Opet, njegov interes da u parnici učestvuje kao umešač ukoliko ima sopstveni pravozaštitni zahtev prema tuženom ogleda se u nameri da pomogne utvrđenju postojanja diskriminatoskog postupanja. Naposljetku, trećom odredbom daje se mogućnost sindikatu ili udruženju da posle pokretanja postupka ili stupanja u postupak preko sredstava javnog informisanja ili na drugi pogodan način obaveste druga oštećena lica, sindikate ili udruženja o pokrenutoj parnici i pozovu ih da se, kao umešači ili suparničari, pridruže tužiocu. Ovakvo zakonsko rešenje je adekvatno jer se njime podstiče učešće većeg broja zainteresovanih subjekata u antidiskriminacionim parnicama.

6. Zaključne napomene

Učešće trećih lica u antidiskriminacionim parnicama nije na isti način regulisano svim antidiskriminacionim zakonima. Dok Zakon o ravnopravnosti polova sadrži odredbe koje se tiču položaja umešača kako u parnicama koje se odnose na diskriminacije većeg broja lica, tako i diskriminaciju konkretnog subjekta, dotle Zakon o zabrani diskriminacije ostaje nem na slučajeve učešća trećih lica u parnici pa se na postupke vođenje prema pravilima ovog zakona shodno primenjuju odredbe Zakona o parničnom postupku. One su, međutim, možda neadekvatne jer ne uočavaju specifičnosti antidiskriminacionih sporova. To se posebno odnosi na mogućnost da Poverenik za zaštitu ravnopravnosti i organizacija koja štiti ljudska prava uzmu učešće u parnici koju je pokrenuo neki od aktivno procesno legitimisanih subjekata. Pozicija

Poverenika nije sagledana na pravi način ni iz perspektive umešača *sui generis*, u čijoj ulozi se, prema ZPP, može javiti samo javni tužilac. Treba očekivati da će zakonodavac prepoznati potrebu za adekvatnim regulisanjem učešća trećih lica u parnici, uključujući i učešće Poverenika za zaštitu ravnopravnosti, koji je, kao nezavisni državni organ, specijalizovan da u javnom interesu radi na suzbijanju svih oblika i vidova diskriminacije.

Literatura

News from the EU member states. (2007). *European Anti-Discrimination Law Review.* Vol. 5. 80–81

Arandelović D. (1932). *Građansko procesno pravo Kraljevine Jugoslavije.* Beograd: Štamparija „Jovanović“

Coomber A. (2012). *Strategically litigating equality – reflections on a changing jurisprudence.* *European Anti-Discrimination Law Review.* Vol. 15. 11–21

Crnić I., Dika M., Grgić A., Marijan R., Palić D., Pavković J., Potočnjak Ž. (2011). *Primjena antidiskriminacijskog zakonodavstva u praski.* Zagreb: Centar za mirovne studije

Dika M. (2008). *Građansko parnično pravo – stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku.* Zagreb: Narodne novine

Marković M. (1957). *Građansko procesno pravo (knjiga prva – sveska I).* Beograd: Savez udruženja pravnika Jugoslavije

Pajvančić M., Petrušić N., Jašarević S. (2011). *Komentar Zakona o ravnopravnosti polova.* Beograd: Udruženje građana „Centar modernih veština“

Petrušić N., Krstić I., Marinković T. (2014). *Komentar Zakona o zabrani diskriminacije.* Beograd: Pravosudna akademija

Petrušić N., Grubač M. (2014). *Uzajamni odnos postupka pred Poverenikom za zaštitu ravnopravnosti i drugih antidiskriminacionih postupaka* Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu. Br. 66. 69–88

Petrušić N. (2012). *Procesni položaj Poverenika za zaštitu ravnopravnosti u antidiskriminacionim parnicama.* *Pravni život:* 11/2012. 905–922

Petrušić N. (2011). *Postupak pred Poverenikom za zaštitu ravnopravnosti*. U: M. Brkić, M. Ilić (Prir.) u: Stari u Srbiji: problemi i izazovi (str. 69–82), Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, Centar za socijalni rad u Nišu „Sveti Sava“

Poznić B., Rakić-Vodinec V. (2012). *Građansko procesno pravo (scripta – sveska 1)*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union

Poznić B., Rakić-Vodinec V. (2010). *Građansko procesno pravo*. Beograd: Savremena administracija

Poznić B. (2009). Komentar Zakona o parničnom postupku (Prema tekstu Zakona iz 1976. Godine sa docnijim izmenama i dopunama). Beograd: Službeni glasnik

Poznić B. (1970). *Građansko procesno pravo*. Beograd: Savremena administracija

Schokman B., Creasey D., Mohen P. (2012). *Short guide – strategic litigation and its role in promoting and protecting human rights*. Advocates for international development

Stanković G. (2010). *Građansko procesno pravo – parnično procesno pravo (prva sveska)*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta

Strategic litigation of race discrimination in Europe: from principles to practice. (2004). Budapest, Hungary: European Roma Rights Center

Propisi

Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation. *Official Journal*. L 303, 02/12/2000 P. 0016 – 0022

Gleichbehandlungsgesetz, BGBI. I Nr. 66 (2004)

Zakon za sprečavanje i zaštita od diskriminacija. *Služben vesnik na Republika Makedonija*. Br. 50 (2010)

Zakon o zabrani diskriminacije. *Sl. glasnik RS*. Br. 22 (2009)

Zakon o zabrani diskriminacije. *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*. Br. 59 (2009)

Zakon o parničnom postupku. *Sl. glasnik RS*. Br. 72 (2011), 49(2013) – odluka US, 74(2013) – odluka US, 55 (2014)

Zakon o parničnom postupku. *Sl. glasnik RS*. Br. 125 (2004), 111 (2009)

Zakon o ravnopravnosti polova. *Sl. glasnik RS*. Br. 104 (2009)

Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom. *Sl. glasnik RS*. Br. 33 (2006)

Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu. *Sl. glasnik RS*. Br. 36 (2010)

Zakon o suzbijanju diskriminacije. *Narodne novine*. Br. 85(2008), 112 (2012)

Sudske odluke

C-54/07 *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v Firma Feryn NV* (2008) ECR I-000

Doherty and Anor v. South Dublin County Council, the Minister for the Environment, Heritage and Local Government, Ireland and the Attorney General

Andelija Tasić, LL.B.

Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

The Procedural Position of An Intervener in Anti-Discrimination Lawsuits

Summary

The institute of an intervener is one of many procedural institutes whose regulation is characterized by considerable disparity in the Serbian anti-discrimination legislation. Considering the fact that this subject matter is not regulated either in the Act on the Prohibition of Discrimination (2009) or in the Act on the Prevention of Discrimination against People with Disabilities (2006), the applicable law on this matter is embodied in the Civil Procedure

Act as a subsidiary source of law. In addition, the Gender Equality Act includes some subject-specific provisions on the right of third parties to participate in anti-discrimination lawsuits. Given the fact that this right of third parties is a European standard envisaged in EU documents, it is important to address a number of questions on the procedural position of an intervener. Who can be an intervener? Which of the claimants can he/she join and support? What kind of status may he/she have in the proceedings? What is the purpose of the intervener's involvement in the proceeding? Finally, can the intervener support the defendant and is there leeway for applying the intervention effect of the final judgment? In this context, the author provides a detailed analysis of the procedural dilemmas underlying this subject matter and proposes a legal solution *de lege ferenda* which would be most appropriate for regulating the participation of interveners in anti-discrimination lawsuits.

Keywords: anti-discrimination lawsuits, interveners, intervention effect of the judgment.

KRIVIČNOPRAVNA SESIJA

Dr Vojslav Đurđić,
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

NAUČNI ČLANAK

UDK: 343.1(497.11:4-672EU)

Rad primljen: 01.09.2014.

Rad prihvaćen: 01.12.2014.

NOVI KRIVIČNI POSTUPAK SRBIJE – NOVI RAZLOZI ZA USKLAĐIVANJE SA EVROPSKIM PRAVNIM STANDARDIMA**

Apstrakt: Novi krivični postupak ustanovljen 2011. godine predstavlja kompilaciju inkvizicionog modela prethodnog postupka i adverzijalnog glavnog pretresa iz angloameričkog tipa krivičnog postupka. Uvođenje javnotužilačke istrage iziskivalo je od zakonopisaca suptilan pristup zaštiti ljudskih prava u krivičnom postupku, kako bi se uspostavio ekvilibrijum između efikasnog i pravičnog postupka. Umesto očekivanog, pogrešna koncepcija, zasnovana na ideji da javnotužilačka istraga bude strogo formalna kao sudska, da dokazi izvedeni od nesudskih organa postupka imaju istu dokaznu snagu kao sudski i da sudu nema mesta prilikom sprovođenja istrage – ima za posledicu preterano inferioran položaj okrivljenog u odnosu na javnog tužioca. Osim što takva koncepcija ne može da izdrži test Evropskog suda za ljudska prava, i konkretna zakonska rešenja o istrazi otvaraju pitanje usaglašenosti s evropskim pravnim standardima. Odredbama o pokretanju ove faze postupka, kojima nije obezbeđena sudska zaštita, dovedeno je u pitanje pravo okrivljenog na pristup sudu i pravo na delotvorno pravno sredstvo, a ustanovljenom istragom protiv nepoznatog učinioca ugroženo je pravo prisustva sopstvenom suđenju. Ni sva procesna pravila o glavnom postupku ne afirmišu načelo pravičnog postupka: posredno iznuđivanje dokaza odbrane u disharmoniji je sa postulatom da je teret pružanja dokaza na tužiocu, kao jednom od stubova pretpostavke nevinosti; široke mogućnosti da se na glavnom pretresu bez naročitih zakonskih prepreka koriste nesudski dokazi iz istrage, razorile su načelo neposrednosti i načelo kontradiktornosti. Dovedena su u pitanje i neka minimalna prava

* vojadj@gmail.com

** Rad je realizovan u okviru projekta br. 179046, Ministarstva za prosvetu, nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

odbrane i odgovarajuće garancije lične slobode prilikom hapšenja i određivanja pritvora, što zajedno sa prethodnim neusklađenostima navodi na zaključak da ima više razloga da se sa evropskim pravnim standardima harmonizuje novi nego stari krivični postupak koji je s tim ciljem reformisan.

Ključne reči: *pravičan postupak, pravo na pristup sudu, „jednakost oružja“, pretpostavka nevinosti, pravo na odbranu.*

1. Konstitutivni elementi prava na pravično suđenje

U krivičnoprocesnoj i uopšte u pravnoj literaturi mali je broj radova o teorijskom poimanju međunarodnih pravnih standarda (Beljanski, 2001: 10, Radulović, 2010: 223–224). Za potrebe ovoga rada pod međunarodnim (evropskim) pravnim standardom smatraćemo ono „što pripada pravu *ex aequo et bono*; što se u svom elementarnom obliku ustalilo, bilo kao ideja, bilo kao pravna činjenica; što jeste ili bi moglo predstavljati univerzalni minimum nekog pravnog pravila, nezavisno od toga da li je sastavni deo pozitivnog unutrašnjeg ili međunarodnog prava“ (Beljanski, 2001: 10).

Na ovakvom poimanju međunarodnih pravnih standarda moguća je eksplicacija prava na pravično suđenje, ustanovljenog članom 6. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: Evropska konvencija). Nedovoljna doktrinarna posvećenost pojmu međunarodnih pravnih standarda odražava se i na gledište o standardima koje involvira pravo na pravično suđenje i njihovu klasifikaciju. Po našem mišljenju, konstitutivni elementi prava na pravično suđenje odnose se na sudsku zaštitu, fundamentalna načela (sudskog) postupka i na attribute suda koji u nacionalnim okvirima odlučuje o ljudskim pravima i slobodama. Otuda i tri grupe standarda kroz koje se ostvaruje pravo na pravično suđenje: (1) pravo na pristup sudu; (2) pravo na pravičan postupak, sazdana na načelu pravičnog postupka, načelu javnosti i načelu suđenja u razumnom roku; i (3) pravo na sud, koje takođe u sebi sadrži pravno trojstvo – pravo na zakonit sud, pravo na nezavisan sud i pravo na nepristrasan sud (uporedi Uzelac, 2010: 104). Iako se to može reći i za ostale konstitutivne elemente, veoma kompleksnu sadržinu ima načelo pravičnog postupka. Uzimajući u obzir mišljenja i praksu Evropskog

suda za ljudska prava (u daljem tekstu: Evropski sud), dve su grupe kriterijuma na osnovu kojih se ocenjuje pravičnost postupka u krivičnim stvarima: a) *opšti*, najšireg obima primene, koji važe za stranke *u svakom sudskom postupku*, i b) *posebni* kriterijumi, koji se zbog prinudnog karaktera postupka odnose samo na okrivljenog *u krivičnom postupku*. Opšti konstitutivni elementi pojma pravičnog postupka u bilo kom sudskom postupku jesu: (1) pravo stranaka da prisustvuju radnjama i da budu saslušane, (2) pravo na „jednakost oružja“, (3) zabrana nezakonitih dokaza i (4) obavezno obrazloženje sudskih odluka. U posebne elemente pravičnog postupka ubrajaju se: (1) pretpostavka nevinosti i (2) posebne garancije prava na odbranu (pravo okrivljenog da bude upoznat sa predmetom i razlozima optužbe, pravo da ima dovoljno vremena i mogućnosti za pripremu odbrane, pravo da se brani sam ili uz pomoć branioca, pravo da neometano komunicira sa svojim braniocem, pravo da razgleda i prepisuje spise predmeta, pravo na besplatnog branioca, pravo na besplatnu pomoć tumača, pravo na saslušanje svedoka odbrane pod istim uslovima kao i svedoka optužbe, pravo na žalbu protiv krivične presude, pravo na naknadu štete zbog neosnovane osude, kao i zabrana *ne bis in idem*; opširnije o načelu pravičnog postupka vidi Đurđić, 2006: 67–93).

U radu će biti analizirana rešenja krivičnoprocesnog zakonika iz 2011. godine, ali samo neke zakonske odredbe povodom kojih se može postaviti pitanje da li obezbeđuju pravičnost suđenja saglasno evropskim pravnim standardima.

2. Pravo na pristup sudu i delotvorno pravno sredstvo

Pravo na pravnu zaštitu se u opštoj teoriji prava shvata kao način ostvarivanja subjektivnih prava (Vukadinović, Stepanov, 2001: 337), odnosno kao jedna vrsta pravnog ovlašćenja koja ulazi u sam njegov pojam (Mitrović, 2010: 634). To pravo se u anglosaksonskom pravnom sistemu označava kao *pravo na pristup sudu* (*Acces to Court*) i tretira kao samostalno pravno ovlašćenje. Suštinski, pravo na pristup sudu označava jedan izgrađen koncept različitih formalno-pravnih zahteva (garancija) da bi se ostvarilo samo pravo (Vukadinović, Stepanov, 2001: 338), npr. pravo na izuzeće sudije, pravo na sudsku odluku u razumnom roku ili pravo žalbe. Ono je ugrađeno u temelje pravne države, nezavisno od mogućnosti različitog određivanja prava (van

Dijk, 1995: 345–379), i danas se s razlogom svrstava u osnovna ljudska prava. Kroz pravo na pristup sudu ispoljava se skoro čitava civilizacija prava i pravosuđa, a ujedno se određuje i položaj suda u ostvarivanju svrhe prava (Perović, 1995).

U Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda nije eksplicite predviđeno pravo na pristup sudu, ali ga Evropski sud za ljudska prava uzima kao standard inherentan pravu na pravično suđenje. Svoj stav Evropski sud zasniva na formulaciji prve rečenice stava 1. čl. 6. EK, koju, prema mišljenju ovog suda, treba tumačiti u kontekstu celine i u svetlu cilja i svrhe Evropske konvencije, kao međunarodnog ugovora koji stvara pravo, i opštih pravnih principa (slučaj *Golder v. United Kingdom*). Na taj način tumačeno, ovaj član obuhvata „pravo na sud“, a pravo na pristup sudu, tj. pravo na pokretanje postupka pred sudom (koje se tiče građanskih pitanja) predstavlja samo jedan aspekt tog prava.

U okviru prava na pravično suđenje, svakom licu okrivljenom za krivično delo Evropska konvencija garantuje pravo na sud (čl. 6. st. 1. EK). Kao što je rečeno, prema mišljenju Evropskog suda, jedan aspekt tog prava je i pravo na pristup sudu, koje se uzima kao pravni standard i za građanska prava i za rešavanje krivičnih stvari. Pravo na pristup sudu (o pravu na pristup sudu u ustavno-sudskoj praksi vidi Simović, Simović, 2009: 239–241) podrazumeva da lice „optuženo“ za krivično delo ili delo sa određenim krivičnim karakteristikama koje čine primenljivim član 6. EK, ima pravo da zahteva da se njegov predmet rešava na sudu. Međutim, to ne znači da „optuženo“ lice može zahtevati da se nastavi krivično gonjenje ili da se održi glavni pretres pred sudom, nego samo kad se „utvrđuje optužba“ da to obavi sud (van Dijk, 1995: 395, vidi slučaj *Lutz v. Germany* i slučaj *Adolf v. Austria*).

Kad se radi o pravima garantovanim Evropskom konvencijom, pravo pristupa sudu je u tesnoj vezi sa pravom na delotvorno pravno sredstvo (čl. 13. EK). Suštinu ovog prava čini garancija delotvornog pravnog sredstva pred nacionalnim vlastima koja se pruža svakome ko smatra da su mu povređena prava i slobode predviđene Evropskom konvencijom (slučaj *Klass and others v. Germany*). Ovom garancijom Konvencija neposredno nameće obavezu državama da pruže zaštitu ljudskih prava prevashodno unutar svojih pravnih

sistema (slučaj *Kudla v. Poland*). Ona sadrži zahtev da se obezbedi domaći pravni lek na osnovu koga bi nacionalne vlasti razmatrale suštinu žalbe vezanu za odgovarajuće pravo iz Evropske konvencije i pružile podesno zadovoljenje (Lič, 2007: 343).

U vezi sa navedenim pravom na pristup sudu i pravom na delotvorno pravno sredstvo, postavlja se pitanje da li zakonsko uređenje pokretanja javnotužilačke istrage odgovara evropskim pravnim standardima. Naime, prema novom procesnom zakoniku, istraga se pokreće naredbom javnog tužioca protiv koje okrivljeni nema pravo žalbe sudu niti pravo prigovora višem javnom tužiocu (čl. 296), pa se otvara pitanje zašto lice protiv koga organ gonjenja „utvrđuje optužbu“ nema pravo na sudsku zaštitu (tj. pravo na pristup sudu) niti pravo na bilo kakvo pravno sredstvo, pa konsekventno i pitanje da li je novo zakonsko rešenje o otvaranju istrage u harmoniji sa evropskim standardima. U krajnjem, postavlja se pitanje ima li zakonodavac obavezu da propiše pravno sredstvo protiv nezakonito ili arbitrerno pokrenute istrage i tako osumnjičenom (za krivično delo) osigura sudsku zaštitu.

Povodom pokretanja i sprovođenja javnotužilačke istrage, raznolika su rešenja u uporednom pravu – neke zemlje ne predviđaju sudsku kontrolu istražnog postupka (npr. Nemačka), dok druge propisuju određena pravna sredstva pravne zaštite i u prethodnom postupku, tj. i prilikom pokretanja i sprovođenja istrage (npr. Austrija). U tom pogledu zasad nije stvoren evropski pravni standard obavezujući za države članice niti Evropski sud zahteva sudsku kontrolu pretkrivičnog i istražnog postupka. Međutim, iako Evropski sud nije direktno uspostavio pravo okrivljenog na sudsku zaštitu od nezakonite odluke o otvaranju istrage u okviru nacionalnog pravnog poretka, on je u većem broju predmeta ispitivao pretpostavke za početak i opravdanost istrage i njenog trajanja, čime je uspostavio nadnacionalnu kontrolu pretpostavki za pokretanje i vođenje javnotužilačke istrage (Đurđević, 2010: 10). Upravo zato što je u različitim predmetima i raznim povodima Evropski sud razmatrao zakonitost pokretanja i vođenja javnotužilačke istrage, pa je u više odluka ispitivao postojanje osnovane, tj. razumne sumnje (*reasonable suspicion*), koja je sada kod nas snižena na osnove sumnje, ustanovljavanje pravnog leka protiv odluke o pokretanju javnotužilačke istrage i uspostavljanje sudske zaštite, predupredilo bi u mnogim slučajevima osudu naše države pred tim sudom.

Nezavisno od postojanja evropskih standarda, zakonska regulativa pokretanja istrage mora biti u skladu sa ustavnim garancijama koje se tiču krivičnog postupka. Prilikom razmatranja ustavnosti procesnog zakonodavstva ne treba gubiti iz vida da su, prilikom donošenja Ustava iz 2006, ustavna načela i garancije vezane za krivični postupak utemeljene na srpskoj procesnoj tradiciji sudskog krivičnog postupka, u kome je i faza istrage sudske prirode. Pored toga, i čitava ustavna regulativa odiše jemstvima sudske zaštite, osobito domen ljudskih prava i sloboda. Stoga se u duhu sudske zaštite kao temeljnog principa koji prožima čitav tekst Ustava, imaju interpretirati i ustavne norme kojima se uspostavljaju garancije vezane za krivični postupak. Ako se potencira predmet rasprave, treba takođe uzeti u obzir poštovanje zakonitosti i zabranu arbitrnosti u postupanju državnih organa, kao zahteve koji izviru iz vladavine prava i neposredno se izvode iz načela ustavnosti i zakonitosti, a sadržani su i u ustavnim jemstvima pravičnog suđenja i zabrane samovlasnog ograničenja lične slobode, u obimu u kome se rasprostiru na prethodni postupak. U njihovoj žiži takođe je sudska zaštita kao ustavno jemstvo bez kojeg bi ograničenja garantovanih prava i sloboda u krivičnom postupku mogla ugroziti i samu esenciju tih prava i sloboda.

Iz ove načelne rasprave sledi da se princip sudske zaštite kao fundamentalni princip ustavne zaštite ljudskih prava rasprostire i na prethodni krivični postupak, pa *eo ipso* i na odluku o otvaranju istrage kojim ova faza započinje. Sa tog stanovišta posmatrano, pozitivnopravna regulativa otvaranja javnotužilačke istrage koja zaprečava pristup sudu (čl. 296. ZKP/2011) bila bi u neskladu sa opštim ustavnim principom sudske zaštite ljudskih prava i sloboda. Međutim, za konačnu ocenu ustavnosti zakonskog uređenja početka istrage potrebno je analizirati i ustavne odredbe o pravu na pravično suđenje i pravu na pravno sredstvo, koje se direktno odnose na krivični postupak. U okviru ustavnih garancija prava na pravično suđenje, eksplicite je predviđena sudska zaštita i samim tim pravo pristupa sudu povodom odluke o pokretanju krivičnog postupka. Svakome je garantovano „pravo da... sud... raspravi i odluči o... osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka, kao i o optužbama protiv njega“ (čl. 32. st. 1. Ustava).

I zakonsko uređenje javnotužilačke istrage, koja je uistinu ustanovljena posle donošenja Ustava, moralo bi biti u skladu sa citiranom ustavnom odredbom.

Eventualno suprotno tumačenje da se ustavna odredba odnosi na konačnu prvostepenu odluku suda u krivičnom postupku zato što se koristi izraz „*raspravi i odluči*“, što može asocirati na raspravu, tj. glavni pretres u prvostepenom krivičnom postupku, ne bi se moglo prihvatiti jer nužno vodi ka zakasnelom izricanju pravde, čime bi se derogirala esencija prava na sudsku odluku o osnovanosti sumnje prilikom pokretanja postupka. Iako su ustavopisci prilikom formulisanja ustavne garancije verovatno bili inspirisani tadašnjim zakonskim rešenjem da se istraga pokreće kad postoji osnovana sumnja o delu i učiniocu, ustavna norma nema objektivno značenje da sud odlučuje o osnovanoj sumnji kao stepenu uverenja ispod kojeg nema sudske kontrole pokretanja krivičnog postupka. Smisao je ustavne odredbe da se osigura sudska kontrola zakonitosti i pravilnosti pokretanja krivičnog postupka, čime se ustanovljava pravo pristupa sudu kao garancija od nezakonitog i arbitrarnog pokretanja javnotužilačke istrage. Treba tumačiti da se prvi deo citirane ustavne odredbe kojom je predviđeno pravo na sudsku odluku o „*osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka*“ odnosi na svaku odluku o pokretanju krivičnog postupka, bilo da započinje fazom istrage ili neposrednom optužbom, a da se drugi deo odredbe kojim se ustanovljava pravo na sudsku odluku o „*optužbama*“ odnosi na prvostepenu sudsku odluku kojom se konačno odlučuje o krivičnoj stvari. Ni smanjenje činjeničnog supstrata za pokretanje istrage sa „*osnovane sumnje*“ na „*osnove sumnje*“ ne može derogirati citiranu ustavnu odredbu, jer njom nije predviđeno da sud odlučuje jedino u slučaju kad treba oceniti da li postoji osnovana sumnja, a ne i osnovi sumnje, nego da sud ceni „*osnovanost*“ sumnje, tj. da li ima mesta sumnji, da li ima razloga za sumnju koja se javlja kao povod za pokretanje krivičnog postupka.

Uobičajeno se zaštita ljudskih prava osigurava pomoću pravnih sredstava, te je onda razumljivo ustanovljavanje ustavne garancije označene kao pravo na pravno sredstvo: „Svako ima pravo na žalbu ili drugo pravno sredstvo protiv odluke kojom se odlučuje o njegovom pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu“ (čl. 36. st. 2. Ustava). Iako se prilikom pokretanja istrage ne odlučuje o nekom pojedinačnom pravu ili na zakonu zasnovanom interesu, formalno pokretanje krivičnog postupka direktno pogađa ljudsko dostojanstvo kao neprikosnoveno čovekovo pravo i ograničava ostvarivanje mnogih drugih

prava (pravo na rad, izborno pravo i mnoga druga prava), te se postojanje delotvornog pravnog sredstva pokazuje kao preko potrebno.

Iz izložene interpretacije ustavnih normi može se izvesti zaključak da je zakonodavac bio obavezan da u normativni sistem pokretanja i vođenja javnotužilačke istrage, u zakonu definisane kao prve faze krivičnog postupka, ugradi pravo pristupa sudu ustanovljavanjem odgovarajućeg postupka, što se, između ostalog, moglo postići propisivanjem pravnog sredstva protiv naredbe javnog tužioca o pokretanju istrage. Ustanovljavanje prava na pristup sudu i delotvornog pravnog sredstva bio bi efikasan pravni metod zaštite od nezakonitog i arbitrarnog pokretanja istrage. Robovanje ideji da se u istragu sud ne sme mešati, nametnuto iz angloameričkog poimanja krivičnog postupka kao parnice, uz istovremeno davanje dokazne snage svim istražnim sudskim radnjama kao da su izvedene u fer dvoboju pred sudom na glavnom pretresu, u toj meri stavlja osumnjičenog u inferioran položaj u odnosu na drugu procesnu stranku, da prethodnom postupku u celini oduzima attribute pravičnog.

3. Suđenje u odsustvu okrivljenog i pravo prisustva sopstvenom suđenju

Pravo okrivljenog da prisustvuje sopstvenom suđenju predstavlja konstitutivni element načela pravičnog postupka. S njim je tesno povezano pravo da bude saslušan pre donošenja odluke, a dalja konsekvencija ovog prava je da ima mogućnost da se izjasni o svim zahtevima, te činjeničnim i pravnim navodima protivne stranke – *audiatur et altera pars*. Evropski sud smatra da okrivljeni u krivičnom postupku mora da prisustvuje suđenju (slučaj *Ekbatani v. Sweden*, stav 25; slučaj *Colozza v. Italy*, stav 27). Svrha i cilj člana 6. stav 1. i člana 6. stav 3. tačke od (c) do (e) Evropske konvencije pretpostavljaju prisustvo okrivljenog (Mole, Harby, 2006: 38).

Brojnim pravilima krivičnog procesnog zakonodavstva jemči se pravo stranaka da prisustvuju procesnim radnjama i da budu saslušane pre donošenja sudske odluke. Takva jemstva imaju pravila o dostavljanju sudskih odluka i drugih pismena; pravila o saslušanju okrivljenog pre otvaranja istrage, pre donošenja sudskih odluka o primeni pojedinih mera prinude i o njegovom izjašnjanju na glavnom pretresu o navodima optužbe; pravila o prisustvu istražnim

radnjama i obaveštavanju stranaka o ročištu za njihovo preduzimanje; pravila o pozivanju stranaka na glavni pretres; pravila o kontradiktornom izvođenju dokaza na glavnom pretresu, pravila o odgovoru na žalbu itd.

I pored ovih mnogobrojnih garancija, nijedno procesno zakonodavstvo u uporednom pravu ne ostavlja ostvarivanje naznačenih prava bez ikakvih ograničenja. Naprotiv, u svakom od njih statuirani su izuzeci kojim se ta prava, u većoj ili manjoj meri ograničavaju, zarad postizanja različitih ciljeva. Dopušta se, pre svega, u interesu obezbeđenja dokaza preduzimanje pojedinih, tzv. hitnih istražnih radnji bez prisustva stranaka, i to pre otvaranja istrage, ako postoji opasnost od odlaganja ili je učinilac nepoznat. Naš zakonodavac uvodi tu mogućnost i za dela za koja je nadležno javno tužilaštvo posebne nadležnosti u slučaju kad javni tužilac proceni da prisustvo osumnjičenog i njegovog branioca „može uticati na svedoka“ (čl. 300. st. 2. ZKP/2011). Odstupanja se takođe propisuju i karakteristična su za neke uprošćene forme krivičnog postupka, ustanovljene prevashodno radi ekonomičnosti, kao što je, na primer, postupak za izdavanje kaznenog naloga. Pravo prisustva procesnim radnjama posve je isključeno kod preduzimanja radnji ili mera kojima se ograničava pravo privatnosti, jer to iziskuje njihova priroda i svrha. Samo po sebi je besmisleno pitanje prisustva stranaka specifičnim radnjama kao što su tajni nadzor i snimanje osumnjičenog, angažovanje prikrivenog islednika, kontrolisana isporuka i sl., te o ovom pravu ne može ni biti reči.

Sa aspekta prava okrivljenog da prisustvuju procesnim radnjama i da bude saslušan pre donošenja odluke, najveće odstupanje predstavlja zakonska mogućnost suđenja u odsustvu okrivljenog, koju predviđaju neka procesna zakonodavstva, ali ima i onih koja to eksplicite zabranjuju. U zemljama koje to dopuštaju, svrha je suđenja u odsustvu okrivljenog da se spreči nastupanje zastarelosti krivičnog gonjenja i izigravanje pravde od strane učinioca krivičnog dela (Cassese, 2003: 400–401).

U vezi sa pravom okrivljenog da prisustvuje sopstvenom suđenju, može se postaviti pitanje da li je novoustanovljena zakonska mogućnost vođenja istrage protiv nepoznatog učinioca (čl. 295. st. 1. tač. 2. ZKP/2011) u skladu sa standardima pravičnog postupka. Najpre treba reći da je po samom zakonu istraga faza krivičnog postupka, pa otuda pitanje može li se i pod kojim

uslovima voditi krivični postupak a da lice protiv koga se vodi to uopšte ne zna. Razume se da nepoznati osumnjičeni, zato što uopšte ne zna da se protiv njega vodi krivični postupak, iz tog razloga ne može koristiti prava koja mu pripadaju prilikom pokretanja i u toku krivičnog postupka, pre svega, pravo na ličnu odbranu i pravo na branioca, ali i sva druga prava koja bi mu pripadala u jednom pravičnom postupku.

Budući da suđenje u odsustvu nije eksplicite zabranjeno Evropskom konvencijom, prema stavu Evropskog suda, postupci održani u odsustvu okrivljenog u principu nisu inkompatibilni s Konvencijom (slučaj *Poitrinol v. France*, stav 31), pa suđenje u odsustvu okrivljenog može biti dopušteno u nekim izuzetnim okolnostima: ako su sudske vlasti postupale s potrebnom revnošću a ipak nisu uspele da obaveste lice o samom pretresu (slučaj *Colozza v. Italy*), ako je to u interesu pravde u nekim slučajevima bolesti okrivljenog (slučaj *Ensslin and Others v. the Federal Republic of Germany*), ako se stranka odrekla da prisustvuje suđenju pod uslovom da je to odricanje neopozivo i ako je „propraćeno minimalnim jemstvima koja su primerena njegovoj važnosti“ (slučaj *Poitrinol v. France*, 1993: 31).

Da li istraga protiv nepoznatog učinioca može zadovoljiti standarde pravičnog suđenja, zavisi od toga da li su u vreme njenog vođenja, a naročito posle, kad se postupak nastavi protiv poznatog učinioca, osigurana jemstva da postupak u celini uzev bude pravičan.

Nova javnotužilačka istraga je faza formalnog krivičnog postupka u kojoj javni tužilac preduzima dokazne radnje čiji rezultati imaju dokaznu snagu kao da ih je izveo sud ili kao da su stranke izvele te dokaze na glavnom pretresu pred sudom nadležnim da presudi krivičnu stvar. Iskazi svedoka i veštaka koje je ispitao javni tužilac mogu se direktno koristiti na glavnom pretresu (čl. 406. ZKP/2011), pa nakon upoznavanja suda i okrivljenog sa tim iskazima biti činjenična osnova presude (dovoljno je da se ispitana lica „ne mogu pronaći“ ili da veštak ili svedok „bez zakonskog razloga neće da iskaz na glavnom pretresu“). Zbog takve prirode istrage protiv nepoznatog učinioca i procesnih posledica koje u daljem postupku mogu nastati, branilac postavljen po službenoj dužnosti za poseban slučaj bio bi adekvatno jemstvo, analogno kad se okrivljeni odrekao svog prava da prisustvuje glavnom pretresu: stav je

Evropskog suda da tada okrivljeni mora imati branioca (slučaj *Pelladoah v. Netherlands*). Nasuprot tome, naš zakonodavac takvu mogućnost ne predviđa iako predviđa obaveznu stručnu odbranu kad se okrivljenom sudi u odsustvu (čl. 74. st. 1. tač. 4–6. i tač. 9). Nedostaju jemstva i posle započete ili sprovedene istrage protiv nepoznatog učinioca: ne postoje garancije da će okrivljeni, za koga se kasnije sazna, imati mogućnost da ispita svedoke ili veštake protivne stranke. Ako se ispitana lica u tako sprovedenoj istrazi ne mogu pronaći ili bez zakonskog razloga ne žele da daju iskaz na glavnom pretresu, takvi iskazi su zakoniti i na njima se može zasnivati presuda, a okrivljeni nema zakonsku mogućnost da ih odstrani iz postupka. Time je ugroženo pravo okrivljenog na „jednakost oružja“ i pravo da ispita ili postigne da se ispituju svedoci, kao nesporni pravni standardi prava na pravično suđenje. Upravo zato što ne predviđa jemstva za vreme istrage protiv nepoznatog učinioca ni u kasnijem postupku protiv okrivljenog koji bude otkriven i zato što ne zabranjuje da se na dokazima iz tako sprovedene istrage zasniva presuda (za slučaj da se svedoci i veštaci ne mogu ispitati na glavnom pretresu), zakonski nisu obezbeđene garancije da krivični postupak u svim slučajevima može biti pravično sproveden, pa je iz tog razloga zakonska regulativa u disharmoniji sa Evropskom konvencijom i standardima prava na pravično suđenje koje izgrađuje Evropski sud za ljudska prava.

4. Iznuđivanje dokaza odbrane protivreči pravnim standardima na kojima je izgrađena pretpostavka nevinosti

Pretpostavka nevinosti je procesna garancija koja štiti okrivljenog od predrasuda i predubeđenja, u čijoj biti je normativni zahtev za legitimnim načinom utvrđivanja pravno relevantnih činjenica u krivičnom postupku. Ona otklanja mogućnost postojanja tzv. dubitativnih presuda, unosi nužan red u postupak dokazivanja i kondicionira sudiju da pre presuđenja ne zauzima definitivne stavove o krivici optuženog (Krapac, 1989: 159).

Pretpostavka nevinosti involvira tri opšta pravila koja determinišu njeno značenje i obim važenja: (1) postupanje bez predrasuda i predubeđenja o krivici okrivljenog, (2) teret dokazivanja ne sme biti na okrivljenom i (3) sumnja u relevantne činjenice (tzv. rizik nedokazanosti) mora biti u korist okrivljenog. Ove pravne standarde izgradio je Evropski sud i uzima ih kao

odlučujuće prilikom ocenjivanja da li su povređene odredbe Evropske konvencije o pretpostavci nevinosti, ocenjujući ih samostalno ili zajedno s njima povezanim standardima koji tvore neka druga garantovana prava ili slobode čoveka. Prema mišljenju suda, odredba stava 2. člana 6. Evropske konvencije o pretpostavci nevinosti zahteva, između ostalog, da prilikom obavljanja svojih dužnosti sudije ne smeju polaziti od predubeđenja da je okrivljeni učinio delo koje mu se stavlja na teret, da teret dokazivanja leži na tužiocu i da svaka sumnja [u postojanje činjenica] mora ići u korist okrivljenog (slučaj *Barbera, Masegúe and Jabardo v. Espana*, stav 91).

Opštim pravilom navedenim pod (2) rešava se pitanje tereta pružanja dokaza u krivičnom postupku. U vezi s tim, izgrađen je pravni standard da okrivljeni nije dužan da dokazuje svoju nevinost, kao imanentan element konstrukcije pravičnog postupka. Kad toga ne bi bilo, okrivljeni nikad ne bi bio siguran kad će otpasti sve sumnje u njegovu krivicu i da će krivična stvar biti definitivno presuđena po autoritativnim pravnim standardima. Gledište da niko ne može biti stavljen u položaj da dokazuje svoju nevinost, Evropski sud dosledno sprovodi, bilo da ocenjuje zakonsku regulativu ili faktičko postupanje prema okrivljenom, ali dopušta i izvesne izuzetke kad teret dokazivanja prevaljuje na okrivljenog, po pravilu, kad se na okrivljenog primenjuje zakonska ili činjenična pretpostavka. Te pretpostavke moraju biti u razumnim granicama koje uzimaju u obzir posledice koje mogu nastupiti za optuženog i moraju čuvati prava odbrane (Lič, 2007: 271).

U pogledu tereta dokazivanja može se postaviti pitanje da li je posredno iznuđivanje dokaza u korist okrivljenog inkompatibilno sa ovim opštim pravilom na kome se temelji pretpostavka nevinosti. Naime, novim procesnim kodeksom nametnuta je obaveza strankama i braniocu da na pripremnom ročištu predlože dokaze pod pretnjom sankcije da se na glavnom pretresu neće izvesti oni dokazi koji bez opravdanih razloga nisu predloženi na tom ročištu (čl. 350). Očigledno su zakonopisci bili motivisani idejom povećanja efikasnosti (u vezi s tim vidi Bejatović, 2010: 184–207) postupka koja im je zamaglila pogled na jemstva ljudskih prava u krivičnom postupku. Iz ovakve regulative mogao bi se izvesti zaključak da će za odbranu biti iznuđeno predlaganje dokaza na pripremnom ročištu, uopšteno posmatrano, a osobito u situacijama kad okrivljeni i njegov branilac nisu nameravali da iznose dokaze u korist odbrane,

pa to čine samo zato što je zakonom zabranjeno da kasnije predlože i izvedu svoje dokaze. Za zakonom nametnuto iznuđivanje dokaza ne može se ni u kom slučaju ustvrditi da je u harmoniji sa pravom okrivljenog da ne dokazuje svoju nevinost, tj. sa standardom da je teret dokazivanja na tužiocu. Za okrivljenog je ustanovljena još jedna dokazna zabrana: na glavnom pretresu se izvode dokazi samo u vezi sa delom optužnice koji optuženi ospori (čl. 349. st. 4). Jasno je da se ovim dokaznim zabranama ograničava pravo okrivljenog na odbranu i pravo da izvodi dokaze u svoju korist, kao i da ta ograničenja nisu predviđena evropskom konvencijom niti su ustanovljena u praksi Evropskog suda. Iz ovih razloga, pitanje pravičnosti postupka postaje još izraženije u slučajevima kad okrivljeni nema branioca, a takva situacija može nastati za sva dela sa zaprećenom kaznom manjom od osam godina zatvora, što u praksi predstavlja najveći broj krivičnih dela o kojima sudovi odlučuju. Naime, pitanje je da li se uopšte može govoriti o pravičnosti postupka kad su optuženi pravni laici, pa ne znaju koji deo optužbe i zašto treba osporiti, niti znaju da na pripremnom ročištu imaju obavezu da predlože dokaze. Zato, sve te dokazne zabrane koje se ispoljavaju kao ograničenje prava optuženog da izvodi dokaze u svoju korist i u određenim slučajevima ga dovode u preterano inferioran položaj u odnosu na tužioca, treba preispitati sa stanovišta pravnih standarda obuhvaćenih pravom na pravično suđenje.

5. Posredni dokazi i formalno proklamovanje „jednakosti oružja“

Pravo stranke da u postupku preduzima sve radnje koje može preduzeti njezin protivnik, u teoriji se označava kao *jednakost oružja*, što u biti znači zabranu da se postupak uredi i sprovede pomoću neopravdane diskriminacije između stranaka. Evropski sud za ljudska prava tumači da je pojam „jednakosti oružja“ inherentan deo šireg pojma „pravičnog postupka“ i da to pravo, po mišljenju suda, znači da u krivičnim stvarima optužba i odbrana moraju imati mogućnost da saznaju za predloge, zahteve i druge procesne radnje svojega protivnika i mogućnost suprotstavljanja sopstvenih.

Procesnoj ravnopravnosti okrivljenog sa protivnom strankom doprinosi i ustanovljeno jemstvo da on ima pravo da „da ispituje svedoke protiv sebe ili da postigne da se oni ispituju“, predviđeno Evropskom konvencijom (čl. 6. st. 3. d EK), što je takođe i ustavno jemstvo (čl. 33. st. 5. Ustava).

Ovi evropski standardi i ustavna jemstva ugroženi su preširokim a nepotrebnim ograničavanjem načela neposrednosti i kontradiktornosti na glavnom pretresu (čl. 406), putem izjednačavanja dokaza iz istrage sa dokazima koje stranke izvedu pred sudom na glavnom pretresu. Bez naročitih zakonskih prepreka iskazi svedoka i veštaka mogu na glavnom pretresu postati dokazno sredstvo, pa i oni koje je javni tužilac pribavio njihovim ispitivanjem bez prisustva okrivljenog i njegovog branioca (kad je istraga vođena protiv nepoznatog učinioca ili primenom stava 2. člana 300), a odbrana tada nema mogućnosti da unakrsno ispita svedoke ili veštake, što je u direktnoj suprotnosti s napred citiranim jemstvom. Nasuprot ovakvom zakonskom rešenju, Evropski sud stoji na stanovištu da svi dokazi po pravilu moraju da budu izneti na javnom glavnom pretresu u prisustvu optuženog, kontradiktornim argumentovanjem suprotstavljenih strana (slučaj *Lüdi v. Switzerland*, stav 47). Korišćenje posrednih dokaza stoga može da dovede do povrede člana 6. Evropske konvencije, u zavisnosti od celokupne pravičnosti postupka (Lič, 2007: 277). Kad se javi potreba da se upotrebe iskazi dati tokom istrage (npr. svedok odbija da javno na pretresu ponovi svoj iskaz), optuženi mora imati mogućnost da osporava takve izjave, bilo u vreme kada se one daju, bilo kasnije. Ako nije postojala adekvatna mogućnost i propisna prilika da okrivljeni ispita svedoka, njegova osuda ne može biti isključivo ili uglavnom utemeljena na iskazu tog svedoka (slučaj *Kostovski v. Netherlands*, stav 44). Korišćenje iskaza koje su u prethodnom postupku dala lica koja, u skladu s nacionalnim zakonom, odbiju da daju pred sudom, samo po sebi nije nekompatibilno sa Evropskom konvencijom, ali može dovesti do osude samo ako postoje dokazi koju potvrđuju taj iskaz (slučaj *Unterpertinger v. Austria*).

I fakultativna stručna odbrana za veliki obim krivičnih dela (za koja se uistinu vodi sumarni krivični postupak) stavlja okrivljenog bez branioca u inferioran položaj u odnosu na javnog tužioca, jer okrivljeni ne može znati da li i koje deo optužbe treba osporiti, kada i koje dokaze treba predložiti, pa mu zbog neznanja biva kasnije uskraćeno pravo na izvođenje dokaza u njegovu korist. Objektivnim uslovljavanjem okrivljenog time da mora poznavati procesne propise da bi na glavnom pretresu mogao ostvarivati pravo da izvodi dokaze, bez propisivanja obavezne stručne odbrane, apriori dovodi do anuliranja proklamovane „jednakosti oružja“. Nepoznavanje prava od strane okrivljenog

koji se sam brani potire formalnu ravnopravnost procesnih stranaka na glavnom pretresu koji je adverzijalno uređen.

Navedeni standardi, izgrađeni u praksi Evropskog suda, pokazuju se kao dovoljan signal da treba preispitati zakonske odredbe o posrednim dokazima, kojima se ograničava pravo okrivljenog na unakrsno ispitivanje svedoka i veštaka, i odredbe kojima se proklamuje formalna „jednakost oružja“ na glavnom pretresu, ali ne osigurava stvarna realizacija prava na odbranu i procesna ravnopravnost stranaka. Do te eventualne revizije samo restriktivna primena zakonskih ograničenja jemstava koja čine sadržinu prava na pravično suđenje može biti brana da sprovedeni krivični postupci ne budu ocenjeni kao nepravični pred našom ustavnom i strazburškom sudskom instancom.

Literatura

Bejatović, S. (2010). Efikasnost krivičnog postupka i međunarodni pravni standardi. U S. Bejatović (prir.), *Krivično zakonodavstvo Srbije i standardi Evropske Unije* (str. 184–207). Beograd–Zlatibor: Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu i Intemex

Beljanski, S. (2001). *Međunarodni pravni standardi u krivičnom postupku*. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava

Van Dijk, P., Van Hoof, G. J. H. (2001). *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima*. Sarajevo: Müller

Van Dijk, P. (1995). *Acces to Court the European System for the Protection of Human right*. Dordrecht–Boston–London

Vukadinović, G., Stepanov, R. (2001). *Teorija prava I*. Petrovaradin: Futura

Dimitrijević, V., Paunović, M., Đerić, V. (1997). *Ljudska prava*. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava, Dosije

Đurđević, Z. (2010). Sudska kontrola državnoodvjetničkog kaznenog progona i istrage: poredbenopravni i ustavni aspekt. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. 17 (1). 7–24

Đurđić, V. (2006). Načelo pravičnog postupka. *Revija za kriminologiju i krivično pravo*. 44 (3). 67–94

Đurđić, V. (2012). Revizija osnovnih procesnih načela na kojima je uređen novi krivični postupak Srbije. *Pravna riječ*. 33. 447–465

Krapac, D. (1989). Osnovna prava čovjeka i građanina i načela krivičnog postupka. U V. Vasiljević (prir.), *Prava čoveka i savremena kretanja u kriminalnoj politici* (str. 142). Budva–Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja

Lič, F. (2007). *Obraćanje Evropskom sudu za ljudska prava, knjiga 1*. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava

Mitrović, D. (2010). *Uvod u pravo*. Beograd: Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo i informisanje

Mole, N., Harby, K. (2006). *Right to a fair trial, A guide to the implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights*, 2nd edition. Council of Europe

Perović, S. (1995). Prirodno pravo i sud. *Pravni život*. 9. 29–127

Radulović, D. (2010). Krivičnoprocesno zakonodavstvo Crne Gore i standardi Evropske unije. U S. Bejatović (prir.), *Krivično zakonodavstvo Srbije i standardi Evropske Unije*. Beograd-Zlatibor: Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu i Intemex

Simović, M. N., Simović, M. (2009). *Mjesto i uloga Ustavnog suda BiH u zaštiti ljudskih prava*. Banja Luka: Grafomark

Uzelac, A. (2010). Pravo na pravično suđenje u građanskim predmetima: Nova praksa Europskog suda za ljudska prava i njen uticaj na hrvatsko pravo i praksu. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*. 60 (1). 101–148

Vojislav Đurđić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

**New Serbian Criminal Procedure - New Reasons for
Harmonization with European Legal Standards**

Summary

The new criminal procedure, set forth in 2011, represents a compilation of the inquisitive model of preliminary proceedings, on the one hand, and adversarial trial of the Anglo-American type of criminal procedure on the other. Introduction of the public prosecutor's investigation required a subtle legislative approach to the protection of human rights in criminal proceedings, in order to establish equilibrium between efficient and just procedure. Instead of the expected, the erroneous conception based on the ideas that the public prosecutor's investigation should be strictly formal as that of a court, that evidence taken by the non-judicial authorities should have the same bearing as those taken by the courts, and that the court should have no role in conducting investigation, resulted in an overly inferior position of the accused compared to that of the public prosecutor. Beside the fact that such conception can not pass the ECJ test, the specific legal solutions referring the investigation open the question of harmonization with the European legal standards. The provisions on initiation of this phase of the proceedings, not being legally sanctioned, put in question the right of the accused to access justice, as well as his right to an effective legal remedy, and the introduced investigation against the unknown perpetrator, the right to be present at one's own trial is being jeopardized. Neither do all procedural rules pertaining to the trial support the fair procedure principle: the indirect extortion of evidence from the defense is discordant with the rule that the burden of proof lies on the prosecutor, as one of the main pillars of the assumption of innocence; as well as the broad opportunity to use non-judicial evidence at the hearing without any major legal obstacles, have demolished the principles of directness and contradictoriness. Even some of the minimal right of the defense as well as the guarantees of personal freedom in the course of arrest and detention, are

threatened, which alongside previous discrepancies, leads to the conclusion that there are numerous reasons for the new criminal procedure should be harmonized with the European standards, rather than the old one, which has been reformed for that reason.

Key words: fair trial, access to justice, „equality of arms“, presumption of innocence, right to defense.

Dr Miloš Babić,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Banjoj Luci i
sudija Suda Bosne i Hercegovine

NAUČNI ČLANAK

UDK: 341.4(497.6):341.645(4-672EU)

Rad primljen: 01.09.2014.

Rad prihvaćen: 01.12.2014.

PRESUDA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA U PREDMETU MAKTOUF–DAMJANOVIĆ I NJEN UTICAJ NA SUĐENJE ZA MEĐUNARODNA KRIVIČNA DJELA

Apstrakt: U radu se raspravlja pitanje primjene pravila vremenskog važenja krivičnih zakona u suđenjima za međunarodna krivična djela od strane sudova u Bosni i Hercegovini. Pri tome se ukazuje na postojanje dva različita krivičnopravna režima koji se primjenjuju na osuđene: jedan koji primjenjuju sudovi Entiteta i Brčko Distrikt, koji ova pravila dosljedno primjenjuju i izriču kazne zatvora u okvirima onih kazni koje su bile primjenjive prema ranijim krivičnim zakonima, uključujući i tzv. međuzakone, i drugi koji primjenjuje Sud BiH koji na ova djela primjenjuje KZ BiH iz 2003. godine i za njih izriče i kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju do 45 godina, iako ova kazna nije postojala u krivičnim zakonima kada su ta djela vršena.

U radu se posebno raspravlja krivičnopravna situacija nastala nakon presude EKLJP u predmetu Maktouf – Damjanović (18. juli 2013), kojom je utvrđena povreda odredbe iz člana 7. stava 1. EKLJP. Autor posebno raspravlja shvatanje prema kojem su ovom presudom otklonjeni svi nesporazumi u vezi sa primjenom navedenih pravila, te zauzima stav da takvo shvatanje nije osnovano, pri čemu ukazuje na niz drugih otvorenih problema u primjeni navedenih pravila i nakon navedene presude.

Posebna pažnja u radu je posvećena inkriminaciji Zločin protiv čovječnosti iz člana 172. KZ BiH koju Sud BiH primjenjuje kao novo krivično djelo na osnovu člana 7. stava 2. EKLJP. Autor smatra da takva

* m.babic@pravobl.org

primjena ove inkriminacije nije osnovana i analizom krivično-pravne prirode zakonskog bića ovog krivičnog djela zaključuje da se u osnovi ne radi o sasvim novom krivičnom djelu, te da se stoga njegova kažnjivost ne može izvoditi ili zasnivati na ovoj odredbi, odnosno opštim načelima međunarodnog prava.

Ključne riječi: *princip zakonitosti, pravila vremenskog važenja, princip neretroaktivnosti, obavezne primjene novog povoljnijeg zakona, zločin protiv čovječnosti.*

1. Uvodne napomene

1. Pitanje primjene pravila koja se odnose na vremensko važenje krivičnih zakona, kao najvažniji segment principa zakonitosti, posebno je aktuelno u današnjem vremenu kada su veoma česte izmjene krivičnog zakonodavstva. To se posebno odnosi na tzv. tranzicijske ili post-tranzicijske države nastale na jugoslovenskim prostorima, koje su nakon državnopravnog osamostaljenja uspostavile svoje sopstveno krivično zakonodavstvo, sa nizom novih ustanova i rješenja. Kako se radi o novim državama u kojima je posebno izražena potreba mijenjanja mnogih dotadašnjih rješenja, odnosno njihovog saobražavanja sa standardima prihvaćenim u savremenom krivičnom pravu, promjene u ovoj materiji su dosta česte, što redovno ima poseban značaj za pitanje primjene pravila koja se odnose na vremensko važenje krivičnih zakona.

Nakon stupanja na snagu Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine 2003. godine, ovo pitanje je u najsnažnijoj mjeri došlo do izražaja upravo u Bosni i Hercegovina u suđenjima za *najteža krivična djela protiv međunarodnog prava* koja su izvršena za vrijeme oružanog sukoba u periodu od 1992. do 1995. godine. Ono je u središtu interesovanja ne samo pravničke javnosti, prvenstveno radi toga što su na sceni dva posve različita režima ili pristupa u primjeni krivičnih zakona na takve slučajeve, a što zavisi od toga na kojem se nivou ona procesuiraju: entitetskom ili od strane Suda BiH.

2. Kada je u pitanju primjena krivičnog zakona na ova krivična djela od strane Suda Bosne i Hercegovine, nužno je naglasiti da je ovaj sud već na samom startu u suđenjima za ova krivična djela, u znatnoj mjeri pod uticajem ili uz

asistenciju nekih međunarodnih tijela ali i sudija (a nešto kasnije i uz „podršku“ Ustavnog suda BiH), zauzeo stav (*sic!*) da se na ta djela primjenjuje KZ BiH. Naravno, prihvatajući ovakav stav, sud se nije ni upuštao u ocjenu konkurišućih zakona u pogledu njihove strogosti,¹ odnosno ocjenu koji je od tih krivičnih zakona (nekada i više njih) u odnosu na konkretni slučaj, najblaži za učinioce takvih krivičnih djela, odnosno koji mu od njih obezbjeđuje najpovoljniji ishod. I onda kada se, nakon eventualnih prigovora odbrane, upuštao u takvu ocjenu, sud je pri tome imao pogrešan pristup, jer se uglavnom pozivao na odredbu iz člana 4a KZ BiH, odnosno člana 7. stava 2. EKLJP, čija primjena podrazumijeva samo djela koja u vrijeme njihovog izvršenja nisu bila predviđena kao krivična djela, ali se njihova kažnjivost može izvesti ili zasnovati na opštim pravnim načelima međunarodnog prava priznatim od svih civilizovanih naroda.² U takva djela naša stručna pravnička javnost uglavnom svrstava krivično djelo zločin protiv čovječnosti iz člana 172. KZ BiH (što je takođe sporno i što je upravo predmet autorove rasprave u ovom radu). U premetima u kojima je izricao kaznu dugotrajnog zatvora, sud je primjenu KZ BiH temeljio na tome da je KZ SFRJ, kao zakon vremena izvršenja, stroži jer je predviđao smrtnu kaznu.

Ovakvu primjenu krivičnog zakona, odnosno *odustajanje od primjene principa neretroaktivnosti*, Sud BiH je redovno pravdao težinom ovih krivičnih djela i potrebom njihovog „adekvatnog kažnjavanja“, jer se polazilo od stava da se svrha kažnjavanja ne bi mogla ostvarivati ukoliko bi se trajanje izrečenih kazni zatvora svelo u kaznene okvire predviđene u KZ SFRJ. Ovu argumentaciju svojim odlukama je podržao i sam Ustavni sud BiH, koji je po apelacijama u nekim predmetima prihvatio praksu ovog suda odstupanja od principa zakonitosti iz člana 3, kao i pravila vremenskog važenja iz člana 4. KZ BiH jer se, kako taj sud u svojim odlukama navodi, radi o „zločinima prema međunarodnom pravu“. Pri tome se i ovaj sud pozivao na odredbu člana 4a KZ

¹ Treba reći da to nije činio ni sam Ustavni sud postupajućim po apelacijama sve do presude EKLJP u predmetu Maktouf – Damjanović (iako je meritorno odlučivao o pitanju osnovanosti retroaktivne primjene krivičnog zakona), jer ni u jednom slučaju nije, na osnovu opšteusvojenih pravila koja se odnose na to, vršio *in concreto* ocjenu koji je od konkurišućih zakona povoljniji za učinioce (tako npr. u svojim odlukama u predmetima Neđo Samardžić i Gojko Janković, AP 519/07 i AP 126/08).

BiH, odnosno odredbu člana 7. stava 2. EKLjP, iako su uglavnom bili u pitanju ratni zločini koji su bili predviđeni kao krivična djela i u prethodnom krivičnom zakonodavstvu, što ove odredbe, kako je već navedeno, ne podrazumijevaju. Dakle i Ustavni sud je, baš kao i Sud BiH, primjenu ovih krivičnih djela pogrešno zasnivao na ovim odredbama.

Ista argumentacija je korišćena i pred Evropskim sudom za ljudska prava (u nastavku EKLjP), pri čemu je BiH kao tužena strana isticala da se navedeni principi i pravila, posebno pravilo neretroaktivnosti, ne primjenjuju ako su u pitanju krivična djela koja su u vrijeme njihovog vršenja predstavljala krivična djela prema „opštim pravilima međunarodnog prava“. Naravno, pokazalo se da se radi o neprihvatljivoj argumentaciji koju EKLjP nije prihvatio.

3. Ovakvom praksom primjene krivičnog zakona, pravosuđe na nivou BiH (Sud BiH i Ustavni sud BiH) je inaugurisalo *princip legitimiteta* kao osnovni princip u primjeni krivičnog zakona u suđenjima za ova krivična djela, što nije prihvaćeno kao praksa ni u jednoj evropskoj zemlji. Primjenu krivičnog zakona koja podrazumijeva odstupanje od principa zakonitosti u toj mjeri više ne praktikuju ni međunarodni sudovi koji ne sude na osnovu kodifikovanog krivičnog zakonodavstva koje primjenjuju, jer ih Rimski statut obavezuje na primjenu principa zakonitosti koji je detaljno regulisan u članovima 22. do 24, čija potpisnica je i Bosna i Hercegovina. Dakle, riječ je o opasnom presedanu u evropskoj sudskoj praksi, pogotovo ako se ima u vidu da je Sud BiH nacionalni sud u zemlji u kojoj postoji kodifikovano krivično zakonodavstvo, uz dodatnu obavezu koja proizilazi iz navedenih odredaba Rimskog statuta čija je potpisnica i Bosna i Hercegovina.

Najzad, valja naglasiti da ni jedna država u okruženju koja sudi za navedena krivična djela (Srbija, Hrvatska, Crna Gora, ali ni jedna Njemačka) na ovaj način ne primjenjuje krivični zakon, već se doslono primjenjuju osnovni principi i pravila koja se odnose na vremensko važenje, posebno pravilo neretroaktivnosti prema kojem je isključena primjena novog krivičnog zakona,

² Kao npr. u prvostepenoj presudi broj X-KR-06/299 protiv optuženog Zijada Kurtovića od 30.04.2008. godine. Odredba iz člana 4a je doslovno preuzeta iz čl. 7. st. 2. EKLjP.

osim ako je on povoljniji za učinioce krivičnih djela³. Na isti način postupaju i sudovi Entiteta i Brčko Distrikta BiH.

2. Primjena krivičnog zakona nakon presude EKLjP u predmetu Maktouf – Damjanović

1. Nakon donošenja presude u predmetu Maktouf – Damjanović, započinje jedna nova faza u suđenjima za međunarodna krivična djela. Nakon što je ovaj sud našao da je Sud BiH primjenom KZ BiH povrijedio odredbu iz člana 7. EKLjP, mnogi smatraju da su riješeni problemi kada je u pitanju primjena pravila koja se odnose na važenje i primjenu krivičnog zakona u suđenjima za ova krivična djela. Pri tome se uglavnom polazi od stava da je primjena tih pravila od strane Suda BiH sada usklađena sa praksom sudova u Entitetima i Brčko Distriktu, jer i ovaj sud u suđenjima za ova krivična djela sada primjenjuje KZ SFRJ kao blaži krivični zakon.

Ovakvo shvatanje nije osnovano, jer previđa ili zanemaruje neka druga pitanja koja su povezana sa primjenom pravila koja se odnose na vremensko važenje krivičnog zakona. Ono uglavnom ima u vidu ova krivična djela i za njih propisane kazne u jednom i/ili drugom krivičnom zakonu (KZ SFRJ i KZ BiH) i to uglavnom minimalno propisane kazne koje je imao u vidu EKLjP u predmetu Maktouf – Damjanović. Dakle i nakon ove presude mnoga pitanja ostaju i dalje otvorena, kao što je pitanje primjene nekih opštih ustanova vezanih za suđenje za ova krivična djela (npr. zajedničkog ili udruženog zločinačkog poduhvata, tzv. „proširenog saizvršilaštva“ iz člana 180, komandne odgovornosti i dr.) koje nisu bile predviđene u ranijem krivičnom zakonodavstvu, a neke od njih čak ni u važećem KZ BiH (npr. udruženi zločinački poduhvat).

Problematičan je i stav ovog suda prema kojem je blaži KZ BiH u odnosu na maksimalno predviđenu kaznu, ali isto tako i kada je u pitanju primjena krivičnog djela zločina protiv čovječnosti koje kao takvo nije poznavalo

³ Vid. npr. Škulić, 2010: 66–107; Munivrana Vajda, 2012: 812–822; Munivrana Vajda, 2013: 258–275; Bačić-Pavlović, 2004: 616. Vid. i presudu Apelacionog suda Crne Gore, Kž br. 339/10, od 25. 02. 2011. godine u kojoj je istaknuta potreba primjene opšteprihvaćenih pravila vremenskog važenja krivičnog zakona, uključujući i pravilo obavezne primjene novog blažeg zakona.

prethodno krivično zakonodavstvo, ali je EKLjP stava da se u odnosu na ovo djelo mora primjenjivati KZ BiH, jer „*ne postoji druga mogućnost*“.

Sve ovo jasno potvrđuje da i dalje ostaje otvoreno pitanje poštovanja principa zakonitosti, odnosno zabrane retroaktivne primjene novog krivičnog zakona, jer je ovaj sud ovo pitanje riješio samo u odnosu na minimalno propisanu kaznu za ova krivična djela, što nije trebalo uopšte biti sporno jer je svakome i ko nije pravnik posve jasno da je blaži zakon koji propisuje minimalnu kaznu od pet, od zakona koji tu granicu postavlja na deset godina zatvora. Time je riješen samo jedan, manji dio ove složene problematike u primjeni krivičnog zakona, dok je ozbiljniji, koji se odnosi na maksimalne kazne, odnosno kaznu dugotrajnog zatvora i navedene ustanove kojima se *neprihvatljivo proširuje kažnjivost i krivična odgovornost za ova djela*, ostao i dalje sporan, jer to nije ni bio predmet navedenih apelacija pred ESLjP. Poseban problem je, kako je već rečeno, primjena zločina protiv čovječnosti čiju primjenu Sud BiH temelji na odredama iz člana 7. stava 2, odnosno članu 4a KZ BiH.

Navedno potvrđuje da ne stoji prije navedeno shvatanje da je sa ovom presudom ovaj problem riješen i da je sudska praksa u suđenjima za ova djela konačno ujednačena. Ovo istovremeno pokazuje da ovo pitanje nije naišlo na odgovarajući tretman naše profesionalne zajednice koja nije našla za shodno da raspavi pitanje kakve sve krivičnopravne konsekvence ova presuda ima, odnosno pitanje njenog dejstva na praksu naših sudova, ne samo u odnosu na buduća suđenja za ova krivična djela, već i na već presuđene slučajeve. Presuda kojom je utvrđena povreda člana 7. EKLjP, odnosno kojom je utvrđeno kršenje ljudskih prava i u kojoj se istovremeno navodi da ona ostaje na snazi iako se zasniva na kršenju principa zakonitosti, zahtijeva veoma ozbiljnu i široku raspravu, imajući u vidu da entitetsko pravosuđe i pravosuđe u okruženju, postupa sasvim drugačije u ovakvim slučajevima.

3. Primjena krivičnog djela zločin protiv čovječnosti iz čl. 172. KZ BiH

1. Ono što je nakon donošenja navedene presude EKLjP posebno značajno je stav ovog suda u vezi sa *zločinom protiv čovječnosti* prema kojem „Sud BiH i entitetski sudovi *moraju primjenjivati KZ BiH*“, jer je riječ o djelu koje nije predviđao zakon koji je važio u vrijeme njegovog izvršenja. Obrazlažući takav

svoj stav, sud navodi da je u pitanju krivično djelo koje nije poznavalo ranije krivično zakonodavstvo i da stoga ovi sudovi „nemaju nikakve druge mogućnosti nego da primjenjuju Krivični zakon iz 2003. godine u takvim predmetima“ (par. 55. Presude).

Ovaj stav je i kod nas vladajući i uglavnom se zasniva na tome da je riječ o *novom krivičnom djelu* čija primjena se zasniva, kako je rečeno, na odredbi člana 7. stava 2. EKLjP, odnosno članu 4a KZ BiH. Ovakav stav u suđenjima za ovo krivično djelo ima i Sud BiH, ali i Ustavni sud koji u nekim svojim odlukama (npr. po apelacijama u predmetima Janković i Samardžić, AP 126/8 i AP 519/07) zaključuje da u osporenim presudama Suda BiH nije došlo do povrede prava apelanata iz člana 7. EKLjP.

Ovakva argumentacija nije osnovana, jer ne stoji tvrdnja da ne postoje druge mogućnosti u ovakvim predmetima, niti da se radi o posve novom krivičnom djelu, radi čega se njegova kažnjivost zasniva na opštim načelima međunarodnog prava prihvaćenim od civilizovanih naroda, te se shodno tome primjenjuje na osnovu navedenih odredaba.

2. Polazeći, dakle, od stava da navedeno stanovište EKLjP u vezi sa primjenom ove inkriminacije *nije krivičnopravno osnovano*, te da Sud BiH pogrešno retroaktivno primjenjuje odredbe koje se odnose na pravila vremenskog važenja krivičnog zakona iz člana 4. i člana 4a KZ BiH u predmetima u kojima se sudi za krivično djelo zločin protiv čovječnosti, odlučio sam svoj *drugačiji stav* iznijeti i ponuditi našoj stručnoj javnosti.

Kao što je već rečeno, domaća stručna javnost uglavnom zastupa stanovište da je u pitanju novo krivično djelo, pa se shodno tome njegova kažnjivost i primjena zasniva na odredbama člana 7. stava 2. EKLjP, odnosno na opštim načelima međunarodnog krivičnog prava. Već je naglašeno da je ovakav stav neosnovan i ne proizilazi iz ozbiljne analize zakonskog bića ovog krivičnog djela i njegove krivičnopravne prirode. Naime, ranije krivično zakonodavstvo ovo krivično djelo nije poznavalo u ovom obliku, uglavnom radi njegovih opštih elemenata, ali kada su u pitanju radnje koje obuhvata njegovo zakonsko biće, odnosno alternativni oblici koji zapravo i čine *suštinu njegovog neprava*, ono je bilo inkriminisano u najvećoj mjeri u okviru krivičnog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva. Ovo djelo se, zapravo i pojavljuje kao

modifikovano krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva koje svoju krivičnopravnu egzistenciju nastavlja i u drugom obliku, kao zločin protiv čovječnosti, ali za čije postojanje se zahtijevaju i neki dodatni uslovi koji ga i razlikuju od tog djela.

Dakle, radi se o krivičnom djelu veoma kompleksne krivičnopravne prirode, što je od posebnog krivičnopravnog značaja upravo u vezi sa pitanjem primjene pravila vremenskog važenja. Naime, kao što je već istaknuto ovo krivično djelo *kao takvo* naše ranije krivično zakonodavstvo nije poznavalo, pa se stoga ono redovno svrstava u kategoriju *novih krivičnih djela*. Međutim, to do kraja nije posve tačno, jer se radi o takvom krivičnom djelu koje je po strukturi svog neprava, odnosno elementima koji ga čine, istovremno i „*novo*” i „*staro*” *krivično djelo*.

Novo je, jer *kao takvo nije postojalo* i tako je oblikovano da, pored *inkriminiranih radnji* koje su taksativno navedene u zakonskom opisu, njegovo zakonsko biće obuhvata i određene *opšte elemente* koji su zajednički za sve njegove alternativne oblike. Riječ je o elementima *široki i sistematski napad usmjeren protiv bilo kojeg dijela civilnog stanovništva, te svijest na strani učinioca da takav napad postoji*, u okviru (ili uz postojanje) kojih inkriminisane radnje iz člana 172. moraju biti preduzete da bi se radilo o ovom krivičnom djelu. Ovo krivično djelo se i po nekim drugim osobinama razlikuje od ratnih zločina, pa su stoga određena nečovječna djela i postupci iz drugih, uglavnom ratnih zločina, izdvojeni i dobili svoju krivičnopravnu samostalnost u okviru posebnog (i težeg, iako ne i po propisanoj kazni) krivičnog djela – zločin protiv čovječnosti.

S druge strane, ako se uporedi ovo djelo sa ratnim zločinima, konkretno ratnim zločinom protiv civilnog stanovništva iz ranijeg krivičnog zakonodavstva, onda nije teško zaključiti da je najveći broj ovih radnji bio obuhvaćen tom inkriminacijom. Iz toga jasno proizilazi da se ovdje *ne radi o radnjama*, odnosno činjenju i nečinjenju, koje *nije bilo inkrimisano* ranije, što znači da se u pogledu *krivičnog neprava* koje čini okosnicu zakonskog bića ovog zločina, *ne radi o posve novom*, već o krivičnom djelu koje je u osnovi *bilo inkriminirano* i prije ovog zločina, ali na drugačiji način i u vidu krivičnog ili krivičnih djela pod drugim nazivima. Tako, već navedeni ratni zločin protiv civilnog stanovništva

jedino nije obuhvatao prisilni nestanak lica (tač. i) i aparthejd (tač. j) iz sadašnjeg čl. 172. Međutim, ako se ima u vidu sadržaj radnji ovih oblika djela, npr. prisilnog nestanka osoba koji je dat u objašnjenju ovog pojma u tač. h), onda nije sporno da se sve ove radnje mogu podvesti pod neki od oblika ranijeg ratnog zločina protiv civilnog stanovništva, kao što je raseljavanje, mučenje, ubistvo, nečovječno postupanje, nanošenje velikih patnji ili neko drugo klasično krivično djelo, kao što je ubistvo, silovanje, protivpravno zatvaranje i dr. Čak i neke radnje koje predstavljaju aparthejd mogu biti podvedene pod neki od oblika ovog djela ili nekog drugog klasičnog krivičnog djela.

Dakle, imajući u vidu tu činjenicu, nije teško zaključiti da se primjena ove inkriminacije ne može zasnivati na odredbama iz stava 2. člana 7. EKLjP, odnosno članu 4a KZ BiH, jer ove odredbe podrazumijevaju „činjenje i nečinjenje” koje u vrijeme njihovog preduzimanja nije bilo inkriminisano u unutrašnjem krivičnom zakonodavstvu. Dakle, bez obzira što su ovom djelu dodati i neki opšti elementi u čije okvire su postavljene već ranije inkriminisane radnje, ono se u pogledu primjene krivičnog zakona, ne može tretirati kao „novo”, već kao „staro” krivično djelo za koje vrijedi princip neretroaktivnosti, osim ako je novi zakon povoljniji, kada se obavezno primjenjuje taj zakon. S obzirom na to da se novi zakon primjenjuje samo onda kada je *povoljniji za učinioca* (stav 2. član 4. KZ BiH), onda je jasno da se primjenom djela iz člana 172. KZ BiH krši princip zakonitosti, odnosno princip neretroaktivnosti iz stava 1. člana 4. KZ BiH, bez obzira da li je novi zakon stroži ili je isto strog kao i raniji.

3. Imajući, dakle, u vidu da se radi o radnjama koje su bile inkriminisane, ovdje je zapravo riječ o „premještanju” i prevođenju navedenih radnji iz postojećih u krivično djelo zločin protiv čovječnosti koje nije bilo predviđeno kao krivično djelo u vrijeme njihovog preduzimanja, što je svojevrsni legislativni oblik „prepakivanja” starih u nove inkriminacije. Ova legislativna praksa nije nepoznata, ali primjena novog krivičnog djela u ovakvim slučajevima nije moguća zbog principa zabrane retroaktivne primjene krivičnog zakona. Kvalifikovanje ovih radnji kao zločina protiv čovječnosti predstavlja *proizvoljno* tumačenje krivično-pravnih normi, a kako za ovakvo djelo u vrijeme njegovog činjenja nije bila predviđena ni kazna, može se zaključiti da u

ovom slučaju nije ispoštovano *načelo zakonitosti ni u odnosu na djelo, ni u odnosu na kaznu*, kao neraskidive integralne dijelove ovog načela.⁴

Ovakva primjena krivičnog zakona je u našem slučaju zapravo i *posve nepotrebna*, jer ove radnje ne bi *ostale nekažnjive* s obzirom na to da su, kako je rečeno, gotovo sve bile inkriminisane u okviru ratnog zločina protiv civilnog stanovništva (sa istom propisanom kaznom) ili su predstavljale neko drugo klasično krivično djelo, kao što je npr. silovanje, ubistvo i dr. Takvim tumačenjem i primjenom krivičnog zakona izbjegle bi se i eventualne nelogičnosti koje mogu nastati u odnosu na ratne zločine, a posebno krivično djelo genocida, za koje će se kazna izricati do 15 ili 20 godina, a za ovo kazna dugotrajnog zatvora do 45 godina. Ako se ima u vidu i to da entitetsko pravosuđe za ova djela izriče kazne zatvora do 15, odnosno 20 godina, onda se može reći da je u ovom dijelu primjene krivičnog prava kod nas na sceni visok stepen arbitrarnosti, pa i krivično-pravni kaos, što u perspektivi može predstavljati potencijalni negativni uzor i dosta loš primjer našoj sudskoj praksi u primjeni krivičnog zakonodavstva uopšte.

4. Najzad, ako bi se i pošlo od pretpostavke da se radi o novom krivičnom djelu čija se kažnjivost zasniva na opštim pravnim načelima međunarodnog prava, tj. stavu 2. člana 7. EKLjP, odnosno članu 4a KZ BiH, onda se i takvom primjenom krši načelo zakonitosti, naročito u onom njegovom dijelu koji se odnosi na *propisanu kaznu – nulla poena sine lege*.⁵ Naime, u našem slučaju je nužno imati u vidu da je riječ o nacionalnom sudu koji, za razliku od međunarodnih sudova, ima svoje kodifikovano, odnosno pisano krivično zakonodavstvo i da u njegovoj primjeni mora da se pridržava *principa zakonitosti* a ne *principa legitimnosti*. Princip legitimnosti, odnosno veoma elastično poimanje načela zakonitosti, vezano je za primjenu međunarodnog krivičnog prava u

⁴ Slikovito, ova situacija se može uporediti sa bivšom pljačkom, koja je kao što je poznato retransformisana u djela koja su je činila (npr. zloupotreba službenog položaja, teška krađa i dr.). Ako bi se ovo djelo ponovo uvelo kao posebno krivično djelo, posve je jasno da se izvršena posebna krivična djela koja čine pljačku ne bi mogla kvalifikovati kao krivično djelo pljačke, jer su ona prije toga bila inkriminisana u okviru drugog, odnosno kao druga krivična djela, čak i pod uslovom da je za ta djela bila predviđena ista kazna kao i za pljačku kao novo krivično djelo.

⁵ Dakle, takvom primjenom načelo zakonitosti se ne proteže i na propisanu sankciju, već se svodi samo na zakonitost djela, što je suprotno principu zakonitosti iz člana 3. KZ BiH koji podrazumijeva oba ova zahtjeva.

određenim sudskim slučajevima, prvenstveno za poznato Nirnbernško suđenje (koje se odvijalo u jednom drugom međunarodno-pravnom ambijentu), koje je rijedak primjer da je u nekim aspektima načelo legitimnosti prevagnulo u odnosu na načelo zakonitosti u krivičnom pravu. To, međutim, nije poslužilo kao presedan za buduća suđenja ni u jednoj zemlji kontinentalnog pravnog sistema (upor. Škulić, 2010: 66–107).

5. Za razliku od tih zemalja, primjena krivičnog prava od strane Suda BiH kada je u pitanju ovaj zločin (kao i druga najteža međunarodna krivična djela), predstavlja najveće odstupanje od prakse evropskih zemalja i vraća ga čak na tradicionalno međunarodno krivično pravo koje *načelo zakonitosti nije protezalo na krivične sankcije*. Takva primjena nije ni na liniji savremenog međunarodnog krivičnog prava u kojem se važenje principa zakonitosti više ne može osporavati, jer je ovaj princip u svim svojim segmentima *dosljedno prihvaćen u Rimskom statutu* i sve zemlje koje su potpisnice ovog Statuta (u koje spada i BiH), moraju to načelo prihvatiti i u praksi dosljedno primjenjivati.⁶ Ako se, pored toga, ima u vidu i to da se ovdje radi o nacionalnom sudu i zakonodavstvu koje eksplicitno, već u osnovnim odredbama, reguliše opšteprihvaćena pravila vremenskog važenja krivičnog zakonodavstva (čl. 4. st. 1. i 2. KZ BiH), onda se može reći da takvo odstupanje od vladajuće prakse kontinentalnih zemalja predstavlja *ozbiljan presedan*. Ovakva praksa u primjeni krivičnog prava vodi urušavanju principa zakonitosti i uspostavljanju kažnjavanja bez krivičnopravnog osnova u odnosu na vrijeme izvršenja krivičnog djela i stoga se svodi na „*ex post kažnjavanje*”.

⁶ Odredba člana 22. Statuta sadrži ovaj princip pod naslovom „Nullum crimen sine lege“ u kojem se ističe da lice neće biti krivično odgovorno po Statutu ako njegovi postupci ne predstavljaju krivično djelo iz nadležnosti Suda (st. 1), odnosno da se pri tumačenju određenih krivičnih djela, ona neće moći proširivati putem analogije (st. 2). U čl. 23. je inaugurisan princip zakonitosti kazne prema kojem lice osuđeno od strane MKS može biti kažnjeno samo u skladu sa Statutom, dok je u članu 24. predviđena zabrana retroaktivnosti *ratione personae*, tj. zabrana retroaktivna primjene Statuta, a u st. 2. istog člana je predviđena obavezna primjena blažeg zakona, odnosno zakona „*koji ide u korist okrivljenog*”. Prema tome, u ovim odredbama princip zakonitosti je previđen u svim svojim aspektima, što je svojstveno kontinentalnim evropskim krivičnim zakonodavstvima. Ovakvo shvatanje i regulacija ovog principa rezultat je uvjerenja da međunarodno običajno pravo u dovoljnoj mjeri ne obezbjeđuje garantivnu funkciju krivičnog prava.

U vezi sa zasnivanjem kažnjavanja za ovo djelo na odredbama člana 7. stava 2. EKLjP, potrebno je naglasiti da se u literaturi, posebno Njemačkoj, veoma često naglašava da je odredba iz člana 7. stava 2. EKLjP veoma nejasna. Pri tome se posebno ukazuje na opasnost da se ovakva odredba uzme kao *osnov za kažnjavanje, zbog njene neodređenosti*. To je osnovni razlog što ova odredba nije naišla na opšti konsenzus zemalja članica Savjeta Evrope i stoga su neke od njih stavile rezerve u pogledu ove odredbe, tj. nisu je ratifikovale. To nije učinila upravo jedna Njemačka, koja je nije ratifikovala (iako je samoj Evropskoj konvenciji dat visok status u unutrašnjem pravu, tj. ima status saveznog zakona), s obrazloženjem da ona predstavlja *kršenje načela zakonitosti* (o tome više vid. Roxin, 1997: 101).

Značajno je napomenuti da ni praksa entitetskog sudovanja nije na liniji prakse Suda BiH, već se u tom pogledu dosljedno primjenjuje načelo zakonitosti, odnosno pravila vremenskog važenja krivičnih zakona koja su vladajuća u kontinentalnom i modernom krivičnom pravu. To najbolje potvrđuje već pomalo zaboravljena odluka Vrhovnog suda Federacije BiH u *predmetu Erak-Damjanović* (Odluka VSFBiH, Kž-58/99, od 16. marta 1999). Ovako, imamo dva potpuno različita krivičnopravna režima u kažnjavanju za ove zločine u BiH, u zavisnosti od toga na kojem se krivičnopravnom nivou takva djela procesuiraju, što vodi u *nepodnošljivu diskriminaciju osuđenih lica i kršenje ustavnog principa jednakosti građana pred zakonom*.

6. I većina drugih zemalja koje priznaju međunarodno pravo kao dio unutrašnjeg pravnog poretka, strogo poštuju načelo zakonitosti koje sprječava neposrednu primjenu međunarodnog krivičnog prava i neposredno kažnjavanje međunarodnih zločina. Tako je npr. u Hrvatskoj vladajući, ili kako se u tamošnjoj literaturi naglašava „uvriježen” stav, kako nije moguće suditi za ona djela koja su počinjena prije njihove zakonske implementacije u hrvatski pravni sistem. Pri tome se naglašava da međunarodni običaji, a pogotovo opšta pravna načela, ne mogu izravno propisivati kaznena djela, u kom smislu se navode i ustavne odredbe prema kojima kazne i druge kaznenopravne sankcije moraju biti određene zakonom. Iz toga, proizilazi da čak ni (izravno primjenjivi) međunarodni ugovori ne mogu u hrvatskom pravnom poretku samostalno stvarati nova kaznena djela, tj. utemeljivati kažnjivost, već je potrebno da hrvatski zakon propiše kaznenopravnu sankciju. Stoga se u

Hrvatskoj pravnoj znanosti često ističe da se putem *načela zakonitosti kazne* dopunjuje i tumači *načelo zakonitosti djela*, što su jedinstveni dijelovi načela zakonitosti. S obzirom na takvo shvatanje načela zakonitosti (koje, dakle, podrazumijeva kako zakonsku predviđenost djela, tako i kazne) i na istaknutu zabranu retroaktivne primjene krivičnog zakona, u Hrvatskoj nema osuda za zločin protiv čovječnosti, iako je ovo djelo u hrvatski kazneni zakon uneseno gotovo kad i u naš (još 2004. godine), jer je „uvriježen” stav da se ovo, kao ni drugi međunarodni zločini, ne mogu retroaktivno primjenjivati.⁷

I savremena njemačka teorija smatra da međunarodno krivično pravo nije direktno primjenjivo. Naime, prema članu 25. Ustava Njemačke opšta pravila međunarodnog prava predstavljaju „dio federalnog prava i direktno kreiraju prava i dužnosti za stanovnike federalne teritorije”, što znači da su međunarodni ugovori i običaji dio njemačkog pravnog poretka. Međutim, kada se radi o procesuiranju međunarodnih zločina, navedena odredba se tumači i primjenjuje u tijesnoj vezi sa odredbom iz člana 103. stava 2. Ustava prema kojoj djelo može biti kažnjeno samo ako je zakonom prethodno predviđeno kao krivično djelo.⁸

Čak i sama Engleska, koja se smatra rodonačelnikom anglosaksonskog pravnog sistema, a naročito *common law* sistema kao izvora krivičnog prava, danas primjenjuje pravo koje poznaje načelo *nullum crimen, nulla poena sine lege* u smislu da se nijedna kazna ne može izreći ako prije izvršenja krivičnog djela nije bila propisana odgovarajuća zabrana ponašanja koje predstavlja krivično djelo, kao i kazna za takvo djelo (upor. Škulić, 2010: 84, fusn. 54).

Imajući u vidu sve izneseno, može se zaključiti sljedeće:

⁷ Upor. npr. u Bačić–Pavlović, 2004: 616. Pozivajući se pored ostalog i na načelo zakonitosti iz čl. 2. tadašnjeg KZH, naglašava se da se navedeni zločin ne može retroaktivno primjenjivati, te da će se „za učinjena djela koja su po svojoj naravi zločin protiv čovječnosti suditi kao da su klasična djela koja su obuhvaćena o opisu djela protiv čovječnosti: ubojstva, silovanja i dr”. Vid. takođe i u Munivrana Vajda, 2012: 812–822, kao i rad Munivrana Vajda, 2013: 258–275.

⁸ Valja imati u vidu da su problemi vezani za retroaktivnu primjenu krivičnog zakona na ratne zločine, kao i zločin protiv čovječnosti, takođe aktuelni i u Njemačkoj, jer je i jedna Njemačka ovo krivično djelo u svoje zakonodavstvo uvela tek donošenjem posebnog Krivičnog zakona za međunarodna krivična djela (*Völkerstrafgesetzbuch*) od 2002. godine. Do tada je poznavala samo krivično djelo genocida.

1. Kako su gotovo sve radnje koje čine zakonsko biće krivičnog djela zločin protiv čovječnosti iz člana 172. KZ BiH bile kažnjive u prethodnom krivičnom zakonodavstvu, pogrešna je primjena ove inkriminacije na osnovu odredbi iz člana 7. st. 2. EKLjP, odnosno člana 4a KZ BiH, koje podrazumijevaju da se radi o činjenju ili nečinjenju koje nije bilo kažnjivo u vrijeme njihovog preduzimanja. Takvom primjenom krši se princip zakonitosti u dijelu koji se odnosi na zabranu retroaktivne primjene krivičnog zakona koji se u krivičnopravnoj literaturi redovno ističe kao najvažniji segment principa zakonitosti.

2. Ako se ovo krivično djelo primjenjuje kao novo na osnovu odredbi iz člana 7. st. 2. EKLjP, odnosno člana 4a KZ BiH, tj. u skladu sa opštim načelima međunarodnog prava jer nije bilo kažnjivo u starom ili prethodnom krivičnom zakonodavstvu (što čini Sud BiH, što je po mom mišljenju pogrešno), opet se krši princip zakonitosti u dijelu koji se odnosi na *propisanu kaznu* (čl. 3. KZ BiH), a koji je u neraskidivoj vezi sa principom *zakonitosti djela*. Naime, princip neretroaktivnosti ne podrazumijeva samo zabranu izricanja strože kazne od one koja je bila predviđena u prethodnim zakonima (uključujući i tzv. međuzakone), već i one ili onih kazni koje nisu postojale u tim zakonima. Kako kazna dugotrajnog zatvora nije postojala u tim krivičnim zakonima, jasno je da se radi o *neprimjenljivoj kazni*, pa je njenom primjenom povrijeđen princip zakonitosti u odnosu na zahtjev da je predviđenost kazne za to djelo u vrijeme njegovog izvršenja obavezna (*nulla poena sine lege*). Pored toga, ako se ima u vidu da se radi o veoma nedređenim odredbama (već navedena upozorenja u krivičnopravnoj literaturi, posebno njemačkih autora, da ona nikako ne smije biti osnov za kažnjavanje), onda se može reći da se radi o *povredi principa zakonitosti i u odnosu na djelo* (*lex certa* – zahtjev da zakon mora biti jasan i precizan u opisu zakonskog bića krivičnog djela, a ovdje to nije).

3. Dakle, kako god predmetnu inkriminaciju tretirali (kao „novu” ili „staru”), riječ je o proizvoljnoj retroaktivnoj primjeni krivičnog zakona, odnosno *ex post kažnjavanju*, što predstavlja kršenje temeljnih principa kako unutrašnjeg, tako i međunarodnog krivičnog prava (čl. 3. i 4. st. 1. KZ BiH, te čl. 7. st. 1. EKLjP; čl. 11. Univ. deklaracije od 1948; čl. 15. MPGPP; čl. 22–24 Rimskog statuta i dr.). Ostaje, dakle, jedina mogućnost da se te inkriminsane radnje kvalifikuju kao odgovarajući ratni zločini (ili eventualno kao genocid ili neko klasično krivično

djelo, npr. ubistvo) prema krivičnom zakonu vremena izvršnja, odnosno prethodnim krivičnim zakonima (*međuzakonima*) koji su bili najpovoljniji za optužene, jer nisu sadržavali ni smrtnu ni kaznu dugotrajnog zatvora. Primjena bilo kojeg drugog krivičnog zakona na osnovu kojeg bi se izricala kazna koja se po tim zakonima nije mogla primijeniti (tzv. *neprimjenljiva kazna*), predstavlja izigravanje smisla pravila iz člana 4. stava 2. KZ BiH, odnosno kršenje principa *obavezne primjene povoljnijeg ili blažeg krivičnog zakona*, a time i ovog principa predviđenog u navedenim međunarodnim dokumentima, kao i članu 75. stavu 4(c) Dopunskog protokola I uz Ženevske konvencije; članu 6. stavu 2(c) Dopunskog protokola II uz Ženevske konvencije i dr., te članu 24. stavu 2. Rimskog statuta, čija je potpisnica i Bosna i Hercegovina.

Literatura

Bačić, F., Pavlović, Š. (2004). *Komentar Kaznenog zakona Hrvatske*. Zagreb: Organizator

Maktouf – Damjanović v. Bosnia and Hercegovina, ECR, 18. 06.2013.

Munivrana Vajda, M. (2012). Međunarodni zločini prema novom Kaznenom zakonu. *HLjKPP*. 19 (2). 812–822

Munivrana Vajda, M. (2013). Noviji razvoj međunarodnih zločina i zapovjedne odgovornosti u hrvatskom kaznenom pravu. U S. Nogo (ur.), *Međunarodna krivična dela*, (str. 258–275). Tara – Beograd: Intermex

Odluka u predmetu *Neđo Samardžić*, AP 519/07

Odluka u predmetu *Gojko Janković*, AP 126/08

Odluka Vrhovnog suda Federacije BiH u predmetu *Erak-Damjanović*, Kž-58/99, od 16. marta 1999. godine

Presuda Apelacionog suda Crne Gore, Kž br. 339/10, od 25. 02. 2011. godine

Prvostepena presuda u predmetu *Zijad Kurtović*, broj X-KR-06/299, od 30.04.2008. godine

Roxin, C. (1997). *Straffrecht, AT, 3. Auflage*. München

Statut MKS

Škulić, M. (2010). Načelo zakonitosti u krivičnom pravu. *Anali PF u Beogradu*. LVIII (1). 66–107

Miloš Babić, LL.D.

Full Professor,
Faculty of Law in Banja Luka,
University of Banja Luka,
Judge of the Court of Bosnia and Herzegovina

The Judgment of the European Court of Human Rights in *Maktouf and Damjanovic*, and its Impact on Adjudication of International Crimes

Summary

This paper discusses the legal rules governing the time limits of application of criminal legislation in adjudicating international crimes before the courts in Bosnia and Herzegovina. The author points out to the existence of two different criminal law regimes which are used against the criminal offenders: the first one is used by the courts of the B&H Entities and the Brčko District, where these rules are applied consistently and the criminal offenders are awarded prison sentences within the penal framework envisaged in earlier criminal codes, including the so-called interim laws; the second one is applied by the Court of Bosnia and Herzegovina which, in compliance with the B&H Criminal Code of 2003, may award long-term imprisonment of up to 45 years for the commission of these criminal offences even though this penalty did not exist in the B&H criminal law at the time when the acts were committed.

In particular, the paper focuses on the legal issue arising from the European Court of Human Rights (ECtHR) judgment in *Maktouf and Damjanovic vs. Bosnia and Herzegovina* (18 July 2013), where the Court established a violation of Article 7, paragraph 1 of the European Convention on Human Rights (ECHR). The author discusses the common standpoint that the judgment removed all misunderstandings concerning the application of these rules; considering that such conception is unjustified, the author identifies a number of other outstanding problems which occurred in the application of these rules after rendering the above judgment.

The author specifically considered the criminal provision on Crimes against Humanity as envisaged in Article 172 of the B&H Criminal Code, which the B&H Court regards as a new criminal offence which is envisaged in Article 7,

paragraph 2 of the ECHR. The author believes that such application of this criminal offence is unjustified. Upon providing an analysis of the elements of crime constituting the legal nature of this criminal offence, the author concludes that it is not a completely new criminal offence; for this reason, it may not be subject to this provision, i.e. the punishment shall not be imposed by relying on the basis of general principles of international law.

Key words: legality principle, time limit rules, principle of retroactivity, obligation to apply a more favourable law, crimes against humanity.

Dr Elizabeta Ivičević Karas*
Vanredni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Zagrebu

NAUČNI ČLANAK

UDK: 343.121(497.5)

Rad primljen: 01.09.2014.
Rad prihvaćen: 01.12.2014.

OSVRT NA REFORMU HRVATSKOG KAZNENOG POSTUPKA KROZ PRIZMU OKRIVLJENIKOVOG PRAVA NA PRAVIČNI POSTUPAK

Apstrakt: U radu se iz perspektive okrivljenikovog prava na pravični postupak obrađuje posljednja, peta zakonodavna novela iz studenog 2013. godine, kojom je hrvatski zakonodavac nastojao u cijelosti implementirati odluku Ustavnog suda Republike Hrvatske od 19. srpnja 2012. godine i uskladiti Zakon o kaznenom postupku donesen 2008. godine s Ustavom Republike Hrvatske i Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. S obzirom na veliki opseg reforme, kritički se razmatraju samo pojedina zakonska rješenja u svjetlu zahtjeva koje zakonodavcu nalažu načela kontradiktornosti i jednakosti oružja razvijena u praksi Europskog suda za ljudska prava, te posebna jamstva okrivljenikove obrane. Zaštita prava na pravični postupak osigurava se kroz sustav bitnih povreda odredaba kaznenog postupka, pa se razmatra zabrana utemeljenja presude na nezakonitim dokazima koja je još donošenjem novog Zakona o kaznenom postupku 2008. godine relativizirana, a posljednjom zakonodavnom novelom i dodatno uređena. Slijedi kritički osvrt na novu bitnu povredu odredaba kaznenog postupka – tešku povredu prava na pravično suđenje, zbog njenog odudaranja od postojećeg sustava bitnih povreda odredaba kaznenog postupka i uloge drugostupanjskih sudova, te naposljetku zaključna razmatranja o djelomično ostvarenoj svrsi posljednje reforme hrvatskog kaznenog postupka, gledane kroz prizmu okrivljenikovog prava na pravični postupak.

* elizabeta.ivicovic@pravo.hr

Ključne riječi: kazneni postupak, kazneno procesno pravo, pravični postupak, načelo kontradiktornosti, načelo jednakosti oružja, prava obrane, bitne povrede odredaba kaznenog postupka.

1. Uvod

Republika Hrvatska postala je punopravnom članicom Europske unije 1. srpnja 2013. godine, prethodno prošavši kroz pregovore o članstvu koji su trajali gotovo šest godina i koji su u trenutku dovršetka predstavljali najdugotrajnije pregovore jedne zemlje kandidatkinje. Iznimno teško pregovaračko poglavlje za Republiku Hrvatsku bilo je 23. poglavlje „Pravosuđe i temeljna prava“, o kojemu su pregovori otvoreni tek u lipnju 2010. nakon ispunjenja mjerila, koja su uključivala i reformu pravosudnog sustava. U svom izvješću o ispunjavanju obveza iz Poglavlja 23. podnesenom u svibnju 2011. nedugo prije dovršetka pregovora, Vlada Republike Hrvatske posebno je istaknula važnost donošenja novog Zakona o kaznenom postupku u prosincu 2008. godine,¹ koji je trebao omogućiti „brže zaključenje istraga, te učinkovitije prikupljanje dokaza“.²

Novim Zakonom o kaznenom postupku Republika Hrvatska nastojala je slijediti trendove suvremenih reformi kaznenog postupka zapadno-europskih zemalja, uvažiti brojne preporuke Odbora ministara Vijeća Europe (Pavišić, 2008: 519), te uskladiti hrvatsko kazneno procesno pravo s europskom pravnom stečevinom. Ipak, glavni motiv opsežne zakonodavne reforme bio je jačanje učinkovitosti kaznenog postupka, prvenstveno učinkovitije procesuiranje korupcije i organiziranog kriminala. Širenjem mogućnosti poduzimanja različitih mjera procesne prisile prema okrivljeniku, usporedo s prelaskom na državnoodvjetnički model istrage, zakonodavac nije osigurao dostatna procesna jamstva nužna za uspostavu procesne ravnoteže, posebice tijekom prethodnog postupka, pa je novi zakon pokazivao znatne nedostatke i

¹ Zakon o kaznenom postupku, *Nar. nov.*, 152/08, 76/09, 80/11, 121/11- pročišćeni tekst, 91/12 – Odluka Ustavnog suda RH, 143/12, 56/13, 145/13 (dalje: ZKP)

² Vlada Republike Hrvatske. *Izvješće o ispunjavanju obaveza iz Poglavlja 23. – Pravosuđe i temeljna prava.* (2011), preuzeto 16. travnja 2014. sa http://www.vlada.hr/hr/content/download/170379/2487455/file/23%2520Pravosuđe%2520i%2520temeljna%2520prava-lzv%2520o%2520ispunjenju%2520obveza.pdf&rct=j&rm=1&q=&esrc=s&sa=U&ei=hm2VU_vXJlRA7AbT0IHgCQ&ved=0CB0QFjAA&usg=AFQjCNH2cQjy7DEdW20Fzkmjr-LUrf9Ng

trpio ozbiljne stručne kritike.³ Te su se kritike ubrzo pokazale opravdanima, jer je novi Zakon o kaznenom postupku neposredno prije svog stupanja na snagu najprije u odnosu na kaznena djela iz nadležnosti Ureda za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta 1. srpnja 2009, doživio prvu, a već u srpnju 2011. godine, prije stupanja na snagu u odnosu na ostala kaznena djela, drugu opsežnu zakonodavnu novelu. Štoviše, odredbe preko 150 zakonskih članaka preispitivao je Ustavni sud RH povodom nekoliko podnesenih prijedloga za ocjenu ustavnosti novog Zakona o kaznenom postupku, te je 19. srpnja 2012. donio Odluku⁴ kojom je ukinuo odredbe 43 zakonska članka zbog toga što su bile protivne Ustavu Republike Hrvatske i Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda⁵ (dalje: Konvencija). Ustavni sud je ustvrdio postojanje strukturalnih nedostataka i manjkavosti kaznenog postupka,⁶ pa je izvršenje odluke Ustavnog suda zahtijevalo novu zakonodavnu intervenciju koja bi temeljito reformirala kazneni postupak. Nakon dvije manje novele iz prosinca 2012. i travnja 2013, u studenom 2013. godine uslijedila je peta u nizu, opsežna zakonodavna novela kojoj je cilj bila cjelovita implementacija spomenute odluke Ustavnog suda i usklađenje Zakona o kaznenom postupku s Ustavom RH.

Među glavnim zahtjevima koji su odlukom Ustavnog suda postavljeni pred zakonodavca bila je i zaštita procesnih prava obrane okrivljenika (Đurđević, 2013a: 317), koja se prožimaju i s ostalim elementima ustavnog i konvencijskog prava na pravični kazneni postupak. Stoga je i jedna od smjernica koju je Ministarstvo pravosuđa postavilo za reformu Zakona o

³ Nedugo prije izglasavanja zakonskog teksta u Hrvatskom saboru, stručna javnost upozoravala je na iznimno kratak vremenski rok u kojem je izrađen nacrt zakonskog teksta, te neprimjereno kratko vrijeme ostavljeno za javnu i stručnu raspravu o tom prijedlogu, kao i na čitav niz dvojbenih predloženih zakonskih rješenja (Opširnije vidjeti sažetak i zaključke Savjetovanja Hrvatskog udruženja za kaznene znanosti i praksu, održanog od 4–6. prosinca 2008. u Opatiji, u: Burić, Novokmet, 2009: 362–364).

⁴ Odluka i rješenje Ustavnog suda RH U-I-448/2009, U-I-602/2009, U-I-1710/2009, U-I-18153/2009, U-I-5813/2010, U-I-2871/2011, 19. srpnja 2012. Preuzeto 16. travnja 2014. <http://sljeme.usud.hr/usud/praksaw.nsf/Pojmovi/C12570D30061CE54C1257A40002A6523?OpenDocument>

⁵ Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, *Nar. nov. MU*, 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10.

kaznenom postupku u 2013. godini⁷ bila „ugrađivanje procesnih garancija pravičnog postupka u prethodni postupak“, na način da eventualna odstupanja budu uređena kao zakonske iznimke i u skladu s ustavnim pretpostavkama. Zakonodavna reforma iz studenog 2013. godine predstavlja znatan iskorak u smjeru uravnoteženja između težnje za učinkovitošću kaznenog postupka i zaštite okrivljenikovih prava, prvenstveno prava na pravični postupak, premda pojedina zakonska rješenja još uvijek nisu usklađena s ustavnim i konvencijskih zahtjevima, te ih valja kritički sagledati. Zbog iznimnog obima i složenosti problematike okrivljenikovog prava na pravični postupak, u ovom radu razmotrit će se tek pojedina pitanja koja su još od donošenja novog Zakona o kaznenom postupku 2008. godine u središtu zanimanja i kritike stručne javnosti.

2. Pojedini elementi pravičnog postupka

2.1. Općenito

Pravo okrivljenika na pravični kazneni postupak ljudsko je pravo zajamčeno Ustavom RH⁸ te Konvencijom. Tako članak 6. st. 1. Konvencije proklamira pravo na pravično suđenje, koje u kaznenopravnoj materiji podrazumijeva da svatko optužen za kazneno djelo „ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj“. Pri tome Konvencija, kao niti Ustav RH ni nacionalno zakonodavstvo, ne daje općenitu definiciju pojma „pravičnosti“. Tome je tako jer je riječ o složenoj pravnoj konstrukciji (Đurđić, 2014: 54), odnosno neodređenom pravnom standardu, čiji sadržaj određuje Europski sud za ljudska prava kroz svoje odluke, na način da određuje skup elemenata kroz koje pravo na pravični postupak izražava i ostvaruje (Ivičević Karas, 2007b: 768–769). Tako su opći elementi pojma pravičnog postupka, proizašli iz judikature Europskog suda za ljudska prava vezane uz čl. 6. st. 1. Konvencije, načela kontradiktornosti i

⁶ Odluka i rješenje Ustavnog suda RH U-I-448/2009, U-I-602/2009, U-I-1710/2009, U-I-18153/2009, U-I-5813/2010, U-I-2871/2011, toč. 245.

⁷ Ministarstvo pravosuđa Republike Hrvatske, *Smjernice za izradu Nacrta prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o kaznenom postupku*, preuzeto 13. svibnja 2014. sa <http://www.pravosudje.hr/fgs.axd?id=3549>

⁸ Čl. 29., Ustav Republike Hrvatske, *Nar. nov.*, 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10.

jednakosti oružja, pravo na obrazloženu sudsku odluku i zabrana korištenja nezakonitih dokaza (Krapac, 2012: 158–159). Posebni elementi pravičnog postupka, kroz koje se opći elementi konkretiziraju, su pretpostavka okrivljenikove nedužnosti i posebna jamstva okrivljenikove obrane, navedena u otvorenom katalogu tzv. „minimalnih prava obrane“.

Načelo pravičnog postupka u hrvatskoj teoriji kaznenog procesnog prava smatra se stožernim načelom kaznenog postupka (Krapac, 2012: 80, Tomašević, 2011: 210). Ono se odnosi prvenstveno na zakonodavca (Krapac, 2012: 80), koji onda to načelo mora osigurati kroz niz zakonskih odredbi,⁹ vodeći računa o tome da pravo na pravični postupak „drži istaknuto mjesto“ među elementima pojma demokratskog društva.¹⁰ Zakonodavac mora osigurati da pojedina prava iz čl. 6. Konvencije ne budu samo teoretska ili iluzorna, nego konkretna i učinkovita, što isključuje mogućnost njihovog restriktivnog tumačenja¹¹ (Lonati, 2008: 20–21). Pri tome je moguće istaknuti dva ključna pitanja: prvo, od kojeg trenutka se aktiviraju prava iz čl. 6. Konvencije, i drugo, pod kojim uvjetima je moguće njihovo ograničenje. Odgovor na prvo pitanje dao je Europski sud za ljudska prava autonomno definiravši pojam optužbe za kazneno djelo u materijalnom smislu, koja postoji od trenutka službene obavijesti nadležne vlasti pojedincu o postojanju sumnje da je počinio kazneno djelo,¹² ali i od trenutka kada se prema pojedincu poduzmu druge mjere iz kojih proizlazi sumnja da je počinio kazneno djelo i koje suštinski utječu na njegov procesnu situaciju.¹³ Dakle, od trenutka optužbe shvaćene u materijalnom smislu aktiviraju se jamstva pravičnog

⁹ Tako u odredbi čl. 1. st. 1. Zakona o kaznenom postupku stoji: „Ovaj Zakon utvrđuje pravila kojima se osigurava da nitko nedužan ne bude osuđen, a da se počinitelju kaznenog djela izrekne kazna ili druga mjera uz uvjete koje predviđa zakon i na temelju zakonito provedenog postupka pred nadležnim sudom“.

¹⁰ ECHR *De Cubber v Belgium* (1984), § 30. Sve citirane presude Europskog suda za ljudska prava dostupne su na službenoj stranici Suda: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":\["GRAN DCHAMBER","CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)

¹¹ ECHR *Moreira de Azevedo v Portugal* (1990), § 66.

¹² ECHR *Deweere v Belgium* (1980), § 46.

¹³ ECHR *Foti et al. v Italy* (1982), § 52.

postupka, koja onda vrijede i tijekom prethodnog postupka, što ističe i Europski sud za ljudska prava.¹⁴

Odgovor na drugo pitanje koje se tiče dopuštenih ograničenja prava na pravični postupak, uključujući prava obrane, također daje praksa Europskog suda za ljudska prava. Naime, prava iz čl. 6. Konvencije nisu apsolutna, što znači da ih je moguće ograničiti radi zaštite drugih legitimnih interesa. Tako se i prava obrane mogu ograničiti, ali samo radi zaštite važnog javnog interesa ili temeljnih prava druge osobe, uključujući i interese učinkovitosti kaznenog postupka, s time da „svaka mjera kojom se ograničuju prava obrane mora biti strogo nužna“.¹⁵ Dakle, ograničenja su dopuštena, ali ih treba tumačiti krajnje restriktivno i u tom smislu nacionalna zakonodavstva prava obrane trebaju ustanoviti kao pravilo, a dopuštena ograničenja kao moguće iznimke.

Novi Zakon o kaznenom postupku kada je donesen 2008. godine karakteriziralo je upravo ograničavanje temeljnih prava obrane, napose u prethodnom postupku, s time da su brojna ograničenja bila ustanovljena kao pravilo. Na to je upozorio i Ustavni sud RH u svojoj Odluci od 19. srpnja 2012. posebno istaknuvši potrebu strukturalnog uravnoteženja kaznenoprocenog poretka, u kojemu bi ograničenja pojedinih prava bila uređena kao ustavnopravno opravdane iznimke, prvenstveno kada je riječ o kaznenim djelima koja prijete organiziranom životu u zajednici, kao što su kaznena djela terorizma, korupcije i organiziranog kriminala, i kod kojih onda zaštita važnog javnog interesa legitimno konkurira pravima obrane¹⁶ (Đurđević, 2012: 421). Navedena pozitivna obveza koju je Ustavni sud RH, uz druge pozitivne obveze koje nisu predmet razmatranja u ovome radu,¹⁷ postavio pred zakonodavca, u načelu je izvršena posljednjom zakonodavnom novelom, tako da postoje dobra, ali i pojedina dvojbena zakonska rješenja.

¹⁴ ECHR *Imbrioscia v Switzerland* (1993), § 36; *Magee v The United Kingdom* (2000), § 41.

¹⁵ ECHR *Van Mechelen et al. v The Netherlands* (1997), § 58.

¹⁶ Odluka i rješenje Ustavnog suda RH U-I-448/2009, U-I-602/2009, U-I-1710/2009, U-I-18153/2009, U-I-5813/2010, U-I-2871/2011, toč. 184.3. i toč. 246.

¹⁷ Za cjelovit prikaz i analizu odluke Ustavnog suda RH, vidjeti Đurđević, 2012: 409–438.

2.2. Načelo kontradiktornosti i okrivljenikovo konfrontacijsko pravo

Načelo kontradiktornosti zahtijeva da stranke „u načelu imaju mogućnost da budu upoznate i da raspravljaju o svim dokazima ili navodima iznesenima pred sudom da bi mogle utjecati na njegovu odluku“.¹⁸ Drugim riječima, konvencijski pojam načela kontradiktornosti podrazumijeva da stranke imaju mogućnost kontradikiranja, odnosno raspravljanja o dokazima (Ascensi, 2006: 69). Upravo aktivnim sudjelovanjem u izvođenju dokaza i raspravljanjem o izvedenih dokazima stranke mogu utjecati na ishod kaznenog postupka (Ivičević Karas, 2013: 693).

Načelo kontradiktornosti konkretizira se kroz minimalna prava obrane, a prvenstveno kroz pravo okrivljenika da ispituje svjedoke optužbe te da ispituje svjedoke obrane pod jednakim uvjetima kao svjedoke optužbe. Dok se drugi aspekt ovog prava može razmatrati u okviru zahtjeva načela jednakosti oružja, prvi podrazumijeva da okrivljenik mora imati „odgovarajuću i dostatnu mogućnost“ ispitati svjedoka optužbe u trenutku davanja iskaza ili kasnije tijekom postupka,¹⁹ čime ostvaruje svoje konfrontacijsko pravo koje je u srži načela kontradiktornosti. Presuda se ne smije temeljiti isključivo ili u odlučujućoj mjeri na iskazu svjedoka kojeg okrivljenik nije imao prilike ispitati niti u jednoj fazi postupka, jer će u protivnom doći do povrede čl. 6. Konvencije²⁰ (Lonati, 2008: 199).

Nakon posljednje novele Zakona o kaznenom postupku, iz aspekta načela kontradiktornosti i okrivljenikovog konfrontacijskog prava, ostalo je sporno pitanje mogućnosti korištenja na raspravi državnoodvjetničkih zapisnika o nekontradiktornom ispitivanju svjedoka iz istrage ili istraživanja. Naime, prema izvornom tekstu novog Zakona o kaznenom postupku, dokaznu radnju ispitivanja svjedoka u pravilu je državni odvjetnik provodio *in camera*, bez prisutnosti obrane, osim u iznimnim slučajevima ispitivanja svjedoka na dokaznom ročištu pred sućem istrage. Ujedno je okrivljenikovo konfrontacijsko pravo bilo jedino ustavom zajamčeno pravo obrane koje nije bilo proklamirano u općem katalogu okrivljenikovih prava obrane. Posljednja

¹⁸ ECHR *Pellegrini v Italy* (2001), § 44.

¹⁹ ECHR *Säidi v France* (1993), § 43., *Lüdi v Switzerland* (1992), § 47.

²⁰ ECHR *Solakov v The Former Yugoslav Republic of Macedonia* (2001), § 57.

zakonska novela međutim nije donijela veliki pomak u smjeru ispunjenja ustavnih i konvencijskih zahtjeva. Okrivljenikovo konfrontacijsko pravo uneseno je u katalog prava obrane,²¹ međutim sa suženim sadržajem u odnosu na sadržaja prava proklamiranog ustavom. Naime prema Zakonu o kaznenom postupku, okrivljenik ima pravo „ispitati“, ali ne i „ispitivati“ svjedoka, kako proklamira Ustav RH.²² Premda je proširena mogućnost aktivnog sudjelovanja obrane pri državnoodvjetničkom ispitivanju svjedoka u istrazi,²³ kada se provodi istraživanje obrana ima samo mogućnost pasivnog prisustvovanja ispitivanju svjedoka.²⁴ Naposljetku, ono što je najspornije, posljednjom zakonodavnom novelom izričito je propisana mogućnost čitanja na raspravi državnoodvjetničkih zapisnika o nekontradiktorno provedenom ispitivanju svjedoka, pod jedinim uvjetom da se „samo na tim zapisnicima ne može isključivo ili u odlučujućoj mjeri temeljiti osuđujuća presuda“.²⁵ To znači da se kao glavni kriterij mogućnosti korištenja tih zapisnika propisuje tek jedan od kriterija koje Europski sud za ljudska prava primjenjuje kad ocjenjuje dopuštena ograničenja okrivljenikovog konfrontacijskog prava, a koji se ne bi smio primjenjivati izolirano od ostalih kriterija. Naime, zakonski okvir bi trebao biti tako postavljen da okrivljeniku omogućuju ostvarivanje konfrontacijskog prava,²⁶ uz dopuštene iznimke koje moraju biti opravdane legitimnim ciljem, predviđene samo za slučajeve kada je ograničenje okrivljenikovog konfrontacijskog prava strogo nužno, te detaljno zakonski regulirane (Ivičević Karas, 2013: 711–712). Dakle, zakonodavac bi trebao prihvatiti restriktivan pristup u reguliranju dopuštenih ograničenja ovog temeljnog prava obrane (usporediti Knežević, 2012: 242). Ne preostaje drugo nego zaključiti da trenutno važeća zakonska rješenja ne predstavljaju zadovoljavajući zakonski okvir poštivanja načela kontradiktornosti i okrivljenikovog konfrontacijskog prava.

²¹ Čl. 64. st. 1. t. 10. ZKP

²² Čl. 29. st. 2. t. 6. Ustava RH

²³ Čl. 234. ZKP

²⁴ Čl. 213.a st. 3. ZKP

²⁵ Č. 431. st. 2. ZKP

²⁶ ECHR *Oleg Kolesnik v Ukraine* (2009), § 41

2.3. Načelo jednakosti oružja i minimalna prava obrane

Načelo jednakosti oružja u kaznenom postupku pretpostavlja da „okrivljenik ne smije biti prikraćen u svojim temeljnim procesnim pravima u odnosu prema tužitelju“, te zahtijeva jednake mogućnosti stranaka u ostvarivanju prava na pristup informacijama, prvenstveno uvidom u spis predmeta, te u poduzimanju pojedinih procesnih radnji kojima mogu utjecati na tijek i rezultat postupka (Ivičević Karas, 2007a: 1000). Očito je da između načela jednakosti oružja i minimalnih prava obrane postoji poseban odnos, jer upravo u načelu jednakosti oružja leži bit koncepcije prava obrane (Fossier, 1998: 63), a prava obrane nužna su za uspostavu i očuvanje jednakosti oružja (Frison-Roche, Garé, 2003: 481).

2.3.1. Pravo na obavijest o prirodi i razlozima optužbe i pravo na tumača

Pravo okrivljenika da u najkraćem roku bude obaviješten, potanko i na jeziku koji razumije, o prirodi i razlozima optužbe koja se podiže protiv njega²⁷ prvi je i nužan preduvjet učinkovite obrane (Trechsel, 2005: 193). Ako okrivljenik ne može ostvariti pravo na obavijest o prirodi i razlozima optužbe nema jednakosti oružja među stranaka. Riječ je o pravu koje je prirodno povezano s pravom na besplatnu pomoć tumača ako okrivljenik ne razumije ili ne govori jezik koji se upotrebljava u sudu (čl. 6. st. 3. e) Konvencije) i Europski sud za ljudska prava ih često zajedno razmatra (White, Ovey, 2010: 290).

U smislu prava na obavijest o prirodi i razlozima optužbe, optužbu je moguće definirati kao „službenu obavijest koju pojedincu daje nadležna vlast o tvrdnji da je počinio kazneno djelo“.²⁸ Prije posljednje zakonodavne novele, problem u hrvatskom kaznenom postupku je bilo to što se jedino u slučajevima kada se provodila istraga, za kaznena djela u nadležnosti županijskih sudova, okrivljeniku dostavljao nalog o provođenju istrage kojim je bio obaviješten o optužbi, dok u postupcima u kojima nije provedena istraga okrivljenici tu obavijest nisu primali. Ustavni sud RH upozorio je na taj strukturalni nedostatak te obvezao zakonodavca da zakonom odredi trenutak i obavještavanje osobe da je u statusu osumnjičenika i u slučajevima kada se ne

²⁷ Čl. 6. st. 3. a) Konvencije

²⁸ ECHR *Eckle v Germany* (1982), § 73.

provodi istraga.²⁹ Tako se, prema zadnjoj noveli Zakona o kaznenom postupku, rješenje o provođenju istrage okrivljeniku dostavlja u roku osam dana od donošenja, a u slučajevima kada se ne provodi istraga već istraživanje, u pravilu za kaznena djela za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina, obavijest se dostavlja u roku tri dana od kada je državni odvjetnik poduzeo prvu dokaznu radnju. Novelom su predviđena i moguća ograničenja prava na obavijest o optužbi, u smislu odgode obavijesti u roku 30 dana, ako se istraga vodi za neko od kataloških kaznenih djela i ako bi se dostavom rješenja o provođenju istrage ugrozio život ili tijelo osobe ili imovina velikih razmjera.³⁰ Premda se u literaturi nailazi na kritike da je katalog kaznenih djela za koja je dopušteno ovo ograničenje postavljen preširoko (Valković, 2013: 527), moguće je zaključiti da usvojeno rješenje uvažava načelo razmjernosti te predstavlja iskorak u osiguranju poštivanja prava obrane u prvom stadiju postupka, konkretno prava na obavijest o optužbi.

Glede okrivljenikovog prava na tumača, valja napomenuti da je to pravo prošireno kroz dvije zakonodavne novele iz 2013. godine, te usklađeno s Direktivom o pravu na tumačenje i prevođenje u kaznenim postupcima.³¹ Tako tijekom prethodnog postupka okrivljenik ima pravo na prijevod od trenutka optužbe u materijalnom smislu, odnosno od saznanja za sumnju, pa do okončanja kaznenog postupka, uključujući i izvanredne pravne lijekove.³² Međutim ujedno, u odnosu na ranije uređenje, pravo na prevođenje je suženo (Đurđević, 2013b: 77), jer ga više nema svaki okrivljenik na čijem se jeziku vodi postupak, već samo okrivljenik „koji ne govori i ne razumije jezik na kojem se vodi postupak“, kao i okrivljenik koji je gluhi ili nijem ili gluhoslijep.³³

2.3.2. Odgovarajuće vrijeme i mogućnost za pripremu obrane

Okrivljenikovo pravo da ima odgovarajuće vrijeme i mogućnost za pripremu svoje obrane također je preduvjet učinkovite obrane i jednakosti oružja

²⁹ Odluka i rješenje Ustavnog suda RH U-I-448/2009, U-I-602/2009, U-I-1710/2009, U-I-18153/2009, U-I-5813/2010, U-I-2871/2011 od 19. srpnja 2012., toč. 246. i toč. 39.8.

³⁰ Čl. 218.a ZKP.

³¹ Directive 2010/64/EU of the European Parliament and of the Council of 20 October 2010 on the right to interpretation and translation in criminal proceedings. *OJEU*. L 280/10

³² Čl. 8. st. 3–8. ZKP

³³ Čl. 8. st. 4. ZKP

stranaka u kaznenom postupku. Prvi aspekt, odgovarajuće vrijeme za pripremu obrane, ovisit će o nizu okolnosti konkretnog slučaja, poput činjenične i pravne složenosti slučaja, stadiju postupka, o tome brani li se okrivljenik sam ili uz pomoć branitelja, te o opterećenosti branitelja (Harris, O’Boyle, Bates, Buckley, 2009: 319). Drugi aspekt ovog prava koji se odnosi na odgovarajuće mogućnosti za pripremu obrane neminovno uključuje pravo na branitelja, i tijekom prethodnog postupka, a posebice ako je okrivljenik u istražnom zatvoru (Harris et al., 2009: 310.), ali i ostala minimalna prava obrane, napose prava okrivljenika da bude obaviješten o prirodi i razlozima optužbe. Pravo na uvid u spis predmeta, uključujući i mogućnost preslikavanja pojedinih dokumenata, nedvojbeno predstavlja ključnu mogućnost za pripremu okrivljenikove obrane (Pradel, Corstens, 2002: 397). Ono se preklapa s jednim od temeljnih aspekata načela jednakosti oružja – pravom na dostupnost informacija obrani u kaznenom postupku, što je u svojoj judikaturi ustanovio i Europski sud za ljudska prava.³⁴

Upravo je izvorno uređenje u novom Zakonu o kaznenom postupku prava obrane na uvid u spis predmeta izazivalo oštre kritike stručne javnosti, kako teoretičara koji su dovodili u pitanje njegovu ustavnost (Pajčić, 2009: 69), tako i praktičara, prvenstveno odvjetnika koji su se pozivali na zahtjeve načela jednakosti oružja (Drenški Lasan, Novak, Valković, 2009: 525–527). Naime, prema izvornom tekstu novog Zakona o kaznenom postupku, obrana je ostvarivala pravo na uvid u spis predmeta tek nakon što je okrivljenik bio ispitan od strane državnog odvjetnika, koji je tu radnju mogao poduzeti najkasnije prije podizanja optužnice. Time je bilo moguće da obrana tek na kraju državnoodvjetničke istrage bude upoznata s dokazima koji terete okrivljenika, čime je učinkovita obrana tijekom tog stadija kaznenog postupka praktički bila onemogućena. Takvo rješenje zakonodavac je korigirao novelom iz 2011. tako da je okrivljenik dobio pravo da, ako je protiv njega podnesena kaznena prijava ili je poduzeta neka od prisilnih dokaznih radnji, od državnog odvjetnika zahtijeva ispitivanje u roku od 30 dana. Ako ga u tom roku državni odvjetnik ne bi ispitaio, osumnjičenik bi dobio pravo uvida u spis predmeta.

³⁴ ECHR *Foucher v France* (1997), § 36.

Nakon što je Ustavni sud RH istaknuo važnost okrivljenikovog prava na uvid u spis predmeta, posljednjom zakonskom novelom proklamirano je pravo na uvid u spis predmeta, kao i sadržaj tog prava³⁵ koje se ostvaruje od trenutka obavijesti o optužbi, odnosno čim je okrivljenik ispitan.³⁶ Moguća ograničenja prava na uvid u spis predmeta koncipirana su kao iznimke dopuštene pod određenim uvjetima.³⁷ Ipak, još uvijek nije zakonom definiran sadržaj spisa predmeta (Đurđević, 2013a: 355), a problem predstavlja i to što je ostvarivanje prava na uvid u državnoodvjetnički spis uređeno Poslovníkom državnog odvjetništva, dakle podzakonskim aktom (Valković, 2013: 547).

2.3.3. Uhićenikovo pravo na branitelja

Svrha čl. 6. st. 3 c) Konvencije jest osiguranje učinkovite zaštite prava obrane,³⁸ te osiguranje jednakosti oružja (Trechsel, 2005: 245), jer stranke u kaznenom postupku u načelu imaju različite materijalne, financijske i/ili intelektualne mogućnosti za zastupanje svojih interesa (Lievremont, 2001: 129). Branitelj doprinosi uspostavi stanovite ravnoteže procesnih mogućnosti stranaka u kaznenom postupku.

Jedno od svakako najspornijih pitanja kada je riječ o pravima obrane jest uhićenikovo pravo na branitelja u policijskoj postaji. Premda se Ustavni sud RH nije očitovao o tom problemu, zakonski tekst je trebalo uskladiti sa zahtjevima proizašlima iz judikature Europskog suda za ljudska prava koji trebaju omogućiti učinkovitu obranu u policijskoj postaji. Veliko vijeće Europskog suda za ljudska prava višekratno je potvrdilo da pravo na branitelja vrijedi u fazi prethodne istrage koju provodi policija,³⁹ a u presudi Salduz protiv Turske, istaknulo je da u pravilu pristup branitelju mora biti omogućen od prvog ispitivanja od strane policije, osim ako specifične okolnosti konkretnog slučaja upućuju na postojanje uvjerljivih razloga za ograničenje tog prava.⁴⁰ U odnosu na raniju judikaturu, Veliko je vijeće u presudi Salduz naglasilo da je ograničenje na prava branitelja moguće samo kao iznimka, osuđujući

³⁵ Čl. 183. st. 1. ZKP i čl. 184. st. 1. ZKP

³⁶ Čl. 184. st. 4. t. 1. ZKP

³⁷ Čl. 184.a ZKP

³⁸ ECHR *Pakelli v Germany* (1983), § 31.

³⁹ ECHR *John Murray v United Kingdom* (1996), § 62 - 63, *Öcalan v Turkey* (2005), § 131.

⁴⁰ ECHR *Salduz v Turkey* (2008), § 55.

„sustavnu politiku“ ograničenja prava na branitelja (Valković, Burić, 2011: 526–527). Pravo uhićenika na branitelja ključno je pitanje učinkovite obrane, posebice imajući u vidu da je Republika Hrvatska u predmetima *Mader*⁴¹ i *Šebalj*⁴² osuđena, između ostalog, zbog uskrate prava na branitelja u policijskoj postaji.

Stoga je posljednjom zakonodavnom novelom izričito je propisano da uhićenik prima pouku o pravu na branitelja po vlastitom izboru ili na branitelja postavljenog s liste dežurnih odvjetnika⁴³, te da ima pravo slobodno, neometano i bez nadzora razgovarati s braniteljem u trajanju do 30 minuta.⁴⁴ Uhićenika se mora poučiti i da branitelj može biti prisutan njegovom ispitivanju.⁴⁵ Međutim, policija s uhićenikom obavlja neformalne, obavijesne razgovore, jer formalna dokazna radnja ispitivanja od strane policije nije zakonom predviđena pa se obavijesni razgovori mogu obavljati bez prisutnosti branitelja. Propust zakonodavca da uredi mogućnost ostvarivanja uhićenikovog prava na branitelja u policijskoj postaji i prilikom obavijesnih razgovora snažno je kritiziran u stručnoj literaturi iz aspekta zahtjeva Salduz doktrine (Đurđević, 2013a: 351–352; Valković, 2013: 530–531). Moguće je zaključiti da je taj zakonodavčev propust posljedica pogrešnog tumačenja spomenute doktrine, prema kojoj uporaba izjava danih policiji bez ostvarenja prava na branitelja kao dokaza za osudu uvijek predstavlja povredu čl. 6. st. 3. c) Konvencije. Pogrešno je međutim iz navedenog izvoditi zaključak da se Salduz doktrina primjenjuje samo u slučajevima kada policija formalno ispituje uhićenika, jer je Europski sud za ljudska prava u presudama nakon *Salduz-a*⁴⁶ isticao da uhićenik ima pravo na branitelja od trenutka uhićenja, neovisno o tome hoće li uslijediti formalno ispitivanje. Naime, prisutnost branitelja jamstvo je poštivanja uhićenikovog prava na uskratu iskaza (Sudre, Marguénaud, Andriantsimbazovina, Gouttenoire, Levinet, 2011: 416), ali jednako je tako i jamstvo da uhićenik neće biti izvrgnut mogućim zluporabama od strane policije (Valković, Burić, 2011: 529).

⁴¹ ECHR *Mader v Croatia* (2011), § 158.

⁴² ECHR *Šebalj v Croatia* (2011), § 257.

⁴³ Čl. 108.a. st. 1. t. 3. ZKP

⁴⁴ Čl. 108. st. 7. ZKP

⁴⁵ Čl. 65. st. 2. ZKP

⁴⁶ ECHR *Mader v Croatia* (2011), § 153.

Konačno, i Direktiva o pravu na branitelja u kaznenom postupku⁴⁷ donesena u listopadu 2013, uvažavajući judikaturu Europskog suda za ljudska prava, izričito propisuje pravo osumnjičenika na branitelja ne samo prije ispitivanja od strane policije, nego i u slučaju kada mu je oduzeta sloboda, koje pravo ostvaruje odmah nakon oduzimanja slobode, dakle i nakon uhićenja.⁴⁸ Štoviše, nije dovoljno da države samo proklamiraju pravo na branitelja, nego moraju osigurati mogućnost učinkovitog ostvarivanja tog prava,⁴⁹ osim ako bi se uhićenik tog svojeg prava izričito odrekao, pod uvjetima koje također propisuje Direktiva.⁵⁰ Ograničenja prava na branitelja moguća su samo kao iznimke, odnosno privremene derogacije ako geografska udaljenost osumnjičenika onemogućava bezodgodno ostvarivanje prava na branitelja nakon oduzimanja slobode.⁵¹ Premda je rok za implementaciju Direktive u nacionalno zakonodavstvo relativno dug, do kraja studenog 2016, za očekivati je da će zakonodavac pitanje uhićenikovog prava na branitelja u policijskoj postaji urediti sukladno Konvenciji i Direktivi u jednoj od nadolazećih zakonodavnih novela.

3. Zaštita prava na pravični postupak kroz bitne povrede odredaba kaznenog postupka

3.1. Zabrana utemeljenja presude na nezakonitim dokazima

U hrvatskom kaznenom procesnom pravu, bitna povreda odredaba kaznenog postupka postoji ako se presuda temelji na nezakonitom dokazu.⁵² Time se osigurava poštivanje ustavne zabrane uporabe u sudskom postupku dokaza pribavljenih na nezakonit način,⁵³ koja u hrvatskom kaznenom procesnom pravu predstavlja opći element pravičnog postupka, premda primjerice

⁴⁷ Directive 2013/48/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and in European arrest warrant proceedings, and on the right to have a third party informed upon deprivation of liberty and to communicate with third persons and with consular authorities while deprived of liberty. *OJEU*. L 294/13 (dalje: Direktiva o pravu na branitelja u kaznenom postupku)

⁴⁸ Čl. 3. st. 2. c) Direktive o pravu na branitelja u kaznenom postupku

⁴⁹ Čl. 3. st. 4. Direktive o pravu na branitelja u kaznenom postupku

⁵⁰ Čl. 9. Direktive o pravu na branitelja u kaznenom postupku

⁵¹ Čl. 3. st. 5. Direktive o pravu na branitelja u kaznenom postupku

⁵² Čl. 468. st. 2. ZKP

Europski sud za ljudska prava nikada nije izrijekom proklamirao zabranu korištenja nezakonitih dokaza kao element pravičnog postupka. Naime, čl. 6. Konvencije ne sadrži pravila o dopustivosti dokaza, jer materiju nezakonitih dokaza uređuju nacionalna prava. Tako Europski sud za ljudska prava ne određuje je li neki dokaz u nacionalnom kaznenom postupku bio nezakonit, već je li način njegova pribavljanja ili uporabe u konkretnom slučaju predstavljao povredu nekog konvencijskog prava, uključujući pravo na pravični postupak iz čl. 6. (Krapac, 2010: 1211-1212). Dakle, Europski sud za ljudska prava ocjenjuje „je li postupak u cjelini, uključujući i način pribavljanja dokaza, bio pravičan“.⁵⁴ U tom smislu, i zabrana korištenja nezakonitih dokaza može se smatrati općim elementom pravičnog postupka.

Novim Zakonom o kaznenom postupku 2008. godine redefiniran je pojam nezakonitih dokaza. Zasiurno jedna od najosporavanijih odredaba bila je odredba čl. 10. st. 3. t. 2. ZKP, kojom je relativizirana zabrana uporabe jedne kategorije nezakonito pribavljenih dokaza. Naime, uvedeno je načelo razmjernosti kao kriterij ocjene nezakonitih dokaza pribavljenih povredom Ustava, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane, prava na dostojanstvo, ugled i čast te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života, na način da se ti dokazi nisu smatrali nezakonitima u postupcima za teške oblike kaznenih djela za koja se provodio redoviti kazneni postupak, kod kojih je povreda prava, s obzirom na jakost i narav, bila bitno manja od težine kaznenog djela. Time je bila predviđena primjena pravila o vaganju interesa pri ocjeni zakonitosti opisane kategorije dokaza, koje je razvijeno u njemačkoj sudskoj praksi te koje je poznato i u poredbenom pravu (Bojanić, Đurđević, 2008: 980–983). Istovremeno, nezakoniti dokazi probavljeni kršenjem Ustavom, zakonom i međunarodnim pravom propisane zabrane mučenja, okrutnog ili nečovječnog postupanja nisu mogli biti predmet opisanog „vaganja“. Premda se kritika novog rješenja pozivala na ustavnu zabranu uporabe u sudskom postupku dokaza pribavljenih na nezakonit način (Pavišić, 2008: 528–530), u Odluci od 19. srpnja 2012. Ustavni sud je ocijenio načelno prihvatljivom mogućnost korištenja dokaza pribavljenih povredom određenih prava sukladno načelu razmjernosti, no neustavnim je ocijenio svrstavanje

⁵³ Čl. 29. st. 4. Ustava RH

⁵⁴ ECHR *Lisica v Croatia* (2010), § 48.

ljudskog prava na dostojanstvo u kategoriju nezakonitih dokaza koji se mogu podvrgnuti vaganju.⁵⁵ Za razliku od prava obrane, prava na ugled i čast te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života, koja se prema praksi Europskog suda za ljudska prava mogu ograničiti u legitimnom cilju i sukladno načelu razmjernosti, pa i onda kada je to potrebno radi učinkovitosti kaznenog postupka, pravo na dostojanstvo, kao sastavni dio prava na duševni i tjelesni integritet zajamčenog u čl. 3. Konvencije, je „apsolutno, nederogabilno i nekomparabilno“, što znači da nisu dopuštena nikakva ograničenja niti vaganje tog prava (Đurđević, 2012: 430).

Nakon odluke Ustavnog suda, zakonodavnom novelom koja je uslijedila u prosincu 2012. dokazi pribavljeni povredom prava na dostojanstvo izuzeti su od mogućnosti vaganja, a posljednjom novelom iz studenog 2013. modificirani su i kriteriji primjene načela razmjernosti. Tako se nezakonitim dokazima smatraju dokazi pribavljeni povredom Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane, prava na ugled i čast, te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života, osim u postupku za teške oblike kaznenih djela iz nadležnosti županijskih sudova, kod kojih interes kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja preteže nad povredom prava.⁵⁶ U tim slučajevima, međutim, presuda se ne može temeljiti isključivo na tom dokazu.⁵⁷

3.2. Nova bitna povreda odredaba kaznenog postupka: teška povreda prava na pravično suđenje

Posljednja novela Zakona o kaznenom postupku predviđjela je i jednu novu apsolutno bitnu povredu odredaba kaznenog postupka, koja postoji „ako je teško povrijeđeno pravo na pravično suđenje zajamčeno Ustavom i Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda“⁵⁸ i o kojoj drugostupanjski sud pazi po službenoj dužnosti.⁵⁹ Već na prvi pogled je očito

⁵⁵ Odluka i rješenje Ustavnog suda RH U-I-448/2009, U-I-602/2009, U-I-1710/2009, U-I-18153/2009, U-I-5813/2010, U-I-2871/2011 od 19. srpnja 2012., toč. 44.4. i toč. 44.5.

⁵⁶ Čl. 10. st. 2. t. 2. i st. 3.

⁵⁷ Čl. 10. st. 4. ZKP

⁵⁸ Čl. 468. st. 2. ZKP

⁵⁹ Čl. 476. st. 1. t. 1. ZKP

da je riječ o odredbi koja odudara od uvriježene koncepcije bitnih povreda odredaba kaznenog postupka. Naime, u teoriji kaznenog procesnog prava nesporno je da zakonske odredbe kaznenog postupka za temeljnu svrhu imaju detaljno i precizno odrediti način postupanja tijela kaznenog postupka „radi postizanja jednoobraznosti postupka i time sprečavanje nejednakog tretiranja svakog pojedinog slučaja“ (Grubiša, 1987: 63), odnosno osigurati pravično suđenje (Đurđević, 2013a: 345). Naime, načelo pravičnog postupka, određujući opće pravna standarde postupanja u kaznenom postupku, utječe na konkretna procesna rješenja koja onda moraju biti u skladu sa zahtjevima pravičnog postupka (Tomašević, 2011: 210). Upravo se kroz sustav bitnih povreda odredba kaznenog postupka omogućuje kontrola poštivanja pojedinih elemenata pravičnog postupka, zajamčenih u konkretnim zakonskim odredbama, bilo da je riječ o apsolutno bitnim povredama koje, pod pretpostavkom da se utvrde, uvijek predstavljaju povredu prava na pravični postupak i povlače kao posljedicu ukidanje presude, bilo da je riječ o relativno bitnim povredama koje dovode do ukidanja presude ako su te povrede utjecale ili mogle utjecati na presudu. Tako, primjerice, okolnost da je presuda utemeljena na nezakonitom dokazu predstavlja apsolutno bitnu povredu odredaba kaznenog postupka koja povlači ukidanje presude, jer korištenje nezakonitih dokaza u kaznenom postupku predstavlja povredu prava na pravični postupak. Isključenje javnosti s rasprave protivno zakonu također predstavlja apsolutno bitnu povredu odredaba kaznenog postupka i povlači ukidanje presude u žalbenom postupku,⁶⁰ upravo jer je javnost rasprave jedan od temeljnih uvjeta pravičnog postupka (Sijerčić-Čolić, 2008: 133). Pojedina prava obrane također se štite, s jedne strane, kroz apsolutno bitne povrede odredaba kaznenog postupka, kao primjerice u slučaju kada je optuženiku na raspravi uskraćeno pravo da se služi svojim jezikom ili da na svom jeziku prati tijek rasprave. S druge strane, prava obrane štite se i kroz relativno bitne povrede odredaba kaznenog postupka, jer pojedina prava obrane mogu biti povrijeđena tijekom rasprave, no presuda će opstati ako ta povreda nije utjecala niti mogla utjecati na presudu. U svakom slučaju, zakonski koncept bitnih povreda odredaba kaznenog postupka zahtijeva da drugostupanjski sud

⁶⁰ Čl. 468. st. 1. t. 4. ZKP

odlučujući povodom žalbe utvrdi konkretnu procesnu povredu i podvede je pod konkretnu zakonom propisanu odredbu o povredi kaznenog postupka.

Naprotiv, teška povreda prava na pravično suđenje kao bitna povreda odredaba kaznenog postupka koja podrazumijeva da drugostupanjski sudovi „kroz svoje odluke izgrade pravne standarde“ (Pavlović, 2014: 964), odnosno da sudska praksa tumači pojmove kao što je „teška povreda“ (Kos, Novosel, Nola, Božić, Klarić, Kordej, Pavičić, 2014: 344) nije prihvatljiva. Kao što je već rečeno, pravičan postupak se određuje kroz niz općih i posebnih elemenata razrađenih u judikaturi Europskog suda za ljudska prava. Odlučujući u konkretnim predmetima, Europski sud za ljudska prava najprije ocjenjuje je li u nacionalnom kaznenom postupku bio povrijeđen neki od posebnih elemenata pravičnog postupka, koja je povreda sama po sebi protivna načelu pravičnog postupaka, pa ako utvrdi da nije, tada ocjenjuje cjelinu kaznenog postupka prema općim elementima pravičnog postupka, primjenjujući tako „atomistički i holistički pristup“ (Krapac, 2012: 156–157). Pri tome dakle ocjenjuje činjenice konkretnog slučaja u svjetlu konvencijskog prava.

Međutim, hrvatski drugostupanjski sudovi ne mogu primjenjivati isti pristup, jer kao što je istaknuto, povodom žalbe utvrđuju konkretne zakonom propisane povrede kaznenog postupka. Štoviše, Zakon o kaznenom postupku ne daje definiciju pravičnog postupka, pa je drugostupanjski sud u poziciji da procjenjuje pravičnost postupka i ukida presude iz razloga koji nisu jasno, precizno i na predvidljiv način određeni Zakonom o kaznenom postupku, čime štoviše izlazi iz jurisdikcije redovnih sudova i ulazi u jurisdikciju Ustavnog suda i Europskog suda za ljudska prava (Đurđević, 2013a: 346). Zbog toga je opisana nova apsolutno bitna povreda odredaba kaznenog postupka sporna i iz ustavnopravnog aspekta te valja očekivati nove zakonodavne intervencije.

4. Zaključak

Hrvatski kazneni postupak znatno je reformiran posljednjom u nizu, petom zakonodavnom novelom iz studenog 2013. godine, kojom je zakonodavac nastojao u cijelosti implementirati odluku Ustavnog suda Republike Hrvatske od 19. srpnja 2012. godine i uskladiti Zakon o kaznenom postupku donesen 2008. godine s Ustavom Republike Hrvatske i Europskom konvencijom za

zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Posebice je temeljito restrukturiran prethodni postupak, između ostaloga i zato što je izvornim odredbama Zakona o kaznenom postupku, kojim je državnoodvjetnička istraga zamijenila tradicionalnu sudsku, bila znatno poremećena ravnoteža između dominirajuće težnje za učinkovitim kaznenim procesuiranjem i kažnjavanjem počinitelja kaznenih djela, te zahtjeva za poštivanjem i zaštitom temeljnih prava okrivljenika, napose prava na pravični postupak.

Posljednjom zakonodavnom novelom napravljen je znatan iskorak u smjeru osnaženja jamstava pravičnog postupka, uključujući i posebna jamstva okrivljenikove obrane. Dopuštena ograničenja u pravilu su koncipirana kao nužne iznimke, te uz uvažavanje zahtjeva načela razmjernosti. Tako je, sukladno zahtjevima načela jednakosti oružja, unaprijeđeno pravo na obavijest o prirodi i razlozima optužbe i pravo na tumača, kao i pravo na odgovarajuće vrijeme i mogućnost za pripremu obrane kroz pravo na uvid u spis predmeta. Ipak, pojedina rješenja su sporna iz aspekta temeljnih elemenata pravičnog postupka. Tako je primjerice mogućnost utemeljenja presude na zapisniku o državnoodvjetničkom nekontradiktornom ispitivanju svjedoka, pod jedinim uvjetom da se presuda ne temelji isključivo ili u odlučujućoj mjeri na tom dokazu, protivna zahtjevima načela kontradiktornosti i konfrontacijskog prava. Pravo uhićenika na branitelja u policijskoj postaji proklamirano je zakonom, no ne ostvaruje se prilikom obavijesnih razgovora. Teška povreda prava na pravično suđenje zajamčeno Ustavom i Europskom konvencijom, premda zamišljena kao instrument jačanja zaštite okrivljenikovog prava na pravični postupak, protivna je koncepciji bitnih povreda odredaba kaznenog postupka koje u konačnici služe upravo ostvarenju i zaštiti prava na pravični postupak. Imajući u vidu samo nedostatke koji su bili predmet razmatranja u ovome radu, valja zaključiti da posljednja reforma hrvatskog kaznenog postupka, sagledana kroz prizmu okrivljenikovog prava na pravični postupak, ipak nije u cijelosti ispunila svoju svrhu.

Literatura

Ascensi, L. (2006). *Du principe de la contradiction*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

- Bojanić, I., Đurđević, Z. (2008). Dopuštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. 15 (2). 973–1003
- Burić, Z., Novokmet, A. (2009). XXI. redovito savjetovanje Hrvatskog udruženja za kaznene znanosti i praksu: Novi hrvatski zakon o kaznenom postupku: reforma između želja i stvarnosti, Opatija, 3–6. prosinca 2008. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. 16 (1). 347–368
- Directive 2010/64/EU of the European Parliament and of the Council of 20 October 2010 on the right to interpretation and translation in criminal proceedings. *Official Journal of the European Union*. L 280 (2010)
- Directive 2013/48/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and in European arrest warrant proceedings, and on the right to have a third party informed upon deprivation of liberty and to communicate with third persons and with consular authorities while deprived of liberty. *Official Journal of the European Union*. L 294 (2013)
- Drenški Lasan, V., Novak, J., Valković, L. (2009). Pravni i praktični problemi dobre obrane okrivljenika. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. 16 (2). 521–541
- Đurđević, Z. (2013a). Rekonstrukcija, konstitucionalizacija, europeizacija hrvatskog kaznenog postupka V. novelom ZKP/08: prvi dio? *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. 20 (2). 315–362
- Đurđević, Z. (2013b). Osvrt na rezultate rada radne skupine Ministarstva pravosuđa za usklađivanje Zakona o kaznenom postupku s Ustavom Republike Hrvatske. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. 20 (1). 3–100
- Đurđević, Z. (2012). Odluka Ustavnog suda RH o suglasnosti Zakona o kaznenom postupku s Ustavom. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. 19 (2). 409–438
- Đurđić, V. (2014). *Krivično procesno pravo – Opšti deo*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu
- Fossier, T. (1998). Droits de la défense et personnes vulnérables. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*. 1. 57–68

Frison-Roche, M-A., Garé, T. (2003). Les droits de la défense en matière pénale. U: R.Cabrillac, M-A. Frison-Roche i T. Revet (Prir.), *Libertés et droits fondamentaux* (str. 469-487). Paris: Dalloz

Grubiša, M. (1987). *Krivični postupak Postupak o pravnim lijekovima*. Zagreb: Informator

Harris, D. J., O'Boyle, M., Bates, E. P., Buckley, C. M. (2009). *Harris, O'Boyle & Warbrick Law of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press

Ivičević Karas, E. (2013). Dokazna snaga rezultata istrage prema Prijedlogu novele Zakona o kaznenom postupku. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. 20 (2). 691–714

Ivičević Karas, E. (2007a). Okrivljenikovo pravo da ispituje svjedoke optužbe u stadiju istrage kao važan aspekt načela jednakosti oružja stranaka u kaznenom postupku (u povodu presude Europskog suda za ljudska prava u predmetu Kovač protiv Hrvatske). *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. 14 (2). 999–1018

Ivičević Karas, E. (2007b). Načelo jednakosti oružja kao konstitutivni element prava na pravični kazneni postupak iz članka 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*. 57 (4-5). 761–788

Knežević, S. (2012). *Osnovna načela krivičnog procesnog prava*. Niš: Studentski kulturni centar Niš

Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, *Narodne novine - međunarodni ugovori*. Br. 18 (1997), 6 (1999), 14 (2002), 13 (2003), 9 (2005), 1 (2006), 2 (2010)

Kos, D., Novosel, D., Nola S., Božić, H., Klarić, G., Kordej, A., Pavičić A. (2014). *Zakon o kaznenom postupku i drugi izvori kaznenog postupnog prava*. Zagreb: Narodne novine

Krapac, D. (2012). *Kazneno procesno pravo Prva knjiga: institucije*. Zagreb: Narodne novine

Krapac, D. (2010). Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku prema praksi Europskog suda za ljudska prava. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*. 60 (3). 1207-1240

- Lievremont, C. (2001). *Le débat en droit processuel (contribution à une théorie générale du débat)*. Marseille: Presses Universitaires d'Aix-Marseille
- Lonati, S. (2008). *Il diritto dell'accusato a „interrogare o fare interrogare“ le fonti di prova a carico*. Torino: G. Giappichelli editore
- Ministarstvo pravosuđa Republike Hrvatske, *Smjernice za izradu Nacrta prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o kaznenom postupku*, preuzeto 13. svibnja 2014. sa www.pravosudje.hr/fgs.axd?id=3549
- Odluka i rješenje Ustavnog suda RH U-I-448/2009, U-I-602/2009, U-I-1710/2009, U-I-18153/2009, U-I-5813/2010, U-I-2871/2011, 19. srpnja 2012. *Narodne novine*. Br. 91 (2012)
- Pajčić, M. (2009). Otkrivanje informacija i dokaza između stranaka u kaznenom postupku *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. 16 (1). 61–98
- Pavišić, B. (2008). Novi hrvatski Zakon o kaznenom postupku. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. 15 (2). 489–602
- Pavlović, Š. (2014). *Zakon o kaznenom postupku*. Rijeka: Libertin Naklada
- Pradel, J., Corstens, G. (2002). *Droit pénal européen*. Paris: Dalloz
- Sijerčić-Čolić, H. (2008). *Krivično procesno pravo Knjiga II Tok redovnog krivičnog postupka*. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu
- Sudre, F., Marguénaud, J-P., Andriantsimbazovina, J., Gouttenoire, A., Levinet, M. (2011). *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*. Paris: Presses Universitaires de France
- Tomašević, G. (2011). *Kazneno procesno pravo Opći dio: temeljni pojmovi*. Split: Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu
- Trechsel, S. (2005). *Human Rights in Criminal Proceedings*. Oxford: Oxford University Press
- Ustav Republike Hrvatske, *Narodne novine*. Br. 56 (1990), 135 (1997), 8(1998), 113(2000), 124(2000), 28(2001), 41(2001), 55(2001), 76(2010), 85(2010)
- Valković, L. (2013). Procesna prava obrane prema V. noveli Zakona o kaznenom postupku. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. 20 (2). 521–554

Valković, L., Burić, Z. (2011). Primjena izabranih elemenata prava na formalnu obranu iz prakse Europskog suda za ljudska prava. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. 18 (2). 521-556

Vlada Republike Hrvatske. *Izvešće o ispunjavanju obveza iz Poglavlja 23. – Pravosuđe i temeljna prava*. (2011), preuzeto 16. travnja 2014. sa www.vlada.hr/.../23%20Pravosuđe%20i%20temeljna%20prava-Izv%20o%20ispunjenju%20obveza.pdf

White, R. C. A., Ovey, C. (2010). *Jacobs, White and Ovey The European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press

Zakon o kaznenom postupku, *Narodne novine*. Br. 152 (2008), 76 (2009), 80 (2011), 121 (2011) - pročišćeni tekst, 91 (2012) – Odluka Ustavnog suda RH, 143 (2012), 56 (2013), 145 (2013)

Praksa Europskog suda za ljudska prava

ECHR *De Cubber v Belgium* (1984)

ECHR *Deweere v Belgium* (1980)

ECHR *Eckle v Germany* (1982)

ECHR *Foti et al. v Italy* (1982)

ECHR *Foucher v France* (1997)

ECHR *Imbrioscia v Switzerland* (1993)

ECHR *John Murray v United Kingdom* (1996)

ECHR *Lisica v Croatia* (2010)

ECHR *Lüdi v Switzerland* (1992)

ECHR *Mađer v Croatia* (2011)

ECHR *Magee v The United Kingdom* (2000)

ECHR *Moreira de Azevedo v Portugal* (1990)

ECHR *Oleg Kolesnik v Ukraine* (2009)

ECHR *Öcalan v Turkey* (2005)

ECHR *Pakelli v Germany* (1983)

ECHR *Pellegrini v Italy* (2001)

ECHR *Säidi v France* (1993)

ECHR *Salduz v Turkey* (2008)

ECHR *Solakov v The Former Yugoslav Republic of Macedonia* (2001)

ECHR *Šebalj v Croatia* (2011)

ECHR *Van Mechelen et al. v The Netherlands* (1997)

Elizabeta Ivičević Karas, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Zagreb

**Reflections on Reform of Croatian Criminal Procedure
through the Perspective of the Defendant's Right to a Fair Trial**

Summary

Croatian criminal procedure has been significantly reformed in the latest, fifth legislative amendment passed in November 2013, which was supposed to fully implement the decision of the Croatian Constitutional Court of 19 July 2012 and harmonize the Criminal Procedure Act from 2008 with the Croatian Constitution and the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The pre-trial proceedings has been particularly thoroughly restructured, inter alia, because the original provisions of the Criminal Procedure Act, which replaced the traditional judicial investigation with the state attorney's investigation, considerably disturbed the balance between the dominant tendency for efficient prosecution and punishment of offenders, and requirements for respect and protection of the defendant's fundamental rights, particularly right to a fair trial. The latest legislative amendment made a significant progress in reinforcing fair trial guarantees, including minimum defence rights. Possible limitations of certain rights are conceived as necessary exceptions, and in accordance with the proportionality principle. However, particular legislative provisions are still disputable from the perspective of fundamental fair trial guarantees. For example, the possibility for the court to found the judgement on the state attorney's records of non-adversarial examination of witness, with the sole requirement that a

conviction may not exclusively or to a decisive extent, be based on these records, is contrary to requirements of adversarial principle and the principle of equality of arms. The right of the arrested person to have a lawyer in the police station is proclaimed by law, but it doesn't refer to informal police interviews. Severe breach of the right to a fair trial, although conceived as an instrument of reinforcing the protection of defendant's right to a fair trial, is opposed to the concept of substantive violations of the criminal procedure provisions that actually serve to realize and protect the right to a fair trial. Therefore it is possible to conclude that the last legislative reform of Croatian criminal procedure, regarded through the perspective of the defendant's right to a fair trial, has not completely achieved its purpose.

Key words: criminal procedure, criminal procedural law, fair trial, adversarial principle, principle of equality of arms, defence rights, substantive violation of the criminal procedure provisions.

Dr Dragan Jovašević*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

NAUČNI ČLANAK

UDK: 343.224-053.6:343.244](497.11)

Rad primljen: 01.09.2014.

Rad prihvaćen: 01.12.2014.

PRIMENA NEFORMALNIH MERA U MALOLETNIČKOM KRIVIČNOM PRAVU SRBIJE**

Apstrakt: Najznačajnija novina novog maloletničkog krivičnog prava Srbije od 2006. godine jeste uvođenje neformalnih ili alternativnih mera. One treba da vode skretanju krivičnog postupka, a definisane su u obliku vaspitnih naloga (preporuka ili uputstava). Tako shvaćeno skretanje postupka označava različite načine, mere i postupke kako bi se mladi sačuvali od štetnog dejstva sudstva za maloletnike, odnosno krivičnih sankcija. Vaspitni nalozi su posebne mere koje nemaju karakter krivične sankcije. Prema maloletnom učiniocu krivičnog dela za koje je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina, može se izreći jedan ili više vaspitnih naloga. Svrha je ovih naloga da se ne pokreće krivični postupak prema maloletniku, ili da se obustavi već pokrenuti postupak, odnosno da se primenom ovakvog vaspitnog naloga utiče na pravilan razvoj maloletnika, kao i na jačanje njegove lične odgovornosti kako ubuduće ne bi nastavio sa vršenjem krivičnih dela, posebno kada se radi o sitnom kriminalitetu. Upravo o pojmu, vrstama, karakteristikama i svrsi neformalnih mera u maloletničkom krivičnom pravu Srbije govori ovaj rad.

Ključne reči: maloletnik, krivično delo, zakon, odgovornost, neformalne mere.

* jovas@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta "Zaštita ljudskih i maњinskih prava u evropskom pravnom prostoru" br. 179046, koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

1. Uvod

Sistem novog maloletničkog krivičnog prava u Srbiji je u primeni od 1. januara 2006. godine. On je u potpunosti podređen kriminalno-političkim ciljevima – a to je vaspitanje maloletnog učinioca krivičnog dela i njegovo prevaspitanje. Na taj način je istaknut specijalno-preventivni karakter čime je napušten dotadašnji „terapeutski“ karakter. U teoriji se tako ističe da su maloletničke krivične sankcije, u prvom redu, mere pomoći i socijalizacije, sa što manje elemenata prinude, ograničenja prava i slobode i represije, a sve više mere pomoći, brige, nadzora i otklanjanja i predupređivanja smetnji i uslova za njihov normalan i nesmetan razvoj i sazrevanje. To je u skladu sa nizom univerzalnih (OUN) i regionalnih-evropskih (Savet Evrope) standarda, koji u odnosu na maloletne učinioce krivičnih dela zahtevaju isključenje ili svođenje na minimum bilo kakvog oblika lišenja slobode.

No, pored i umesto krivičnih sankcija, moderna krivična zakonodavstva (Kanada, Nemačka, Francuska, Makedonija, Crna Gora, Bosna i Hercegovina i dr.) poznaju različite neformalne, alternativne mere koje su u skladu sa teorijom neintervenisanja – kad god je moguće izbegavanje krivičnog pravosuđa preko skretanja krivičnog postupka (diversion), posebno kada se radi o sitnom, epizodnom, primarnom, situacionom ili slučajnom kriminalitetu. To su različite mere sui generis u vidu vaspitnih naloga, upustava, zabrana ili preporuka, čiji je cilj da se izbegne ili odloži vođenje krivičnog postupka prema maloletnom učiniocu krivičnog dela. Zapravo, cilj je primene ovih mera skretanje postupka prema maloletnim licima sa krivičnog prava na druge grane prava (npr. porodično pravo ili pravo socijalnog staranja). Ovakvo je rešenje u skladu sa članom 40. stav 3. tačka b. Konvencije OUN o pravima deteta, koji zahteva od država potpisnica da preduzmu mere kad god je moguće i poželjno da se uvedu mere postupanja sa decom i maloletnicima koja su prekršila zakon bez pribegavanja sudskom postupku. Zapravo, najznačajnija novina novog maloletničkog krivičnog prava Srbije jeste uvođenje i što šira primena neformalnih mera prema maloletnim učiniocima krivičnih dela.

2. Maloletničko krivično pravo

Maloletničko krivično pravo (Marjanovik, 1998: 361; Bavcon, Šelih, 1999: 230; Škulić, 2003: 368) je deo krivičnog prava koje, zbog niza specifičnih rešenja, u poslednje vreme u nizu savremenih država¹ dobija karakter samostalne pravne, ali i naučne discipline. Radi se, naime, o posebnoj, zaokruženoj i autonomnoj celini koja sadrži niz specifičnih rešenja u odnosu na punoletne učinioce krivičnih dela. Neretko se, stoga, u literaturi za ovu granu prava upotrebljava naziv para-krivično pravo ili kvazi-krivično pravo (Stojanović, 2005: 344) koje se odnosi na maloletna lica. To je skup zakonskih propisa kojima se određuje krivičnopravni status maloletnih lica² (kao učinilaca krivičnih dela, odnosno maloletnih lica kao žrtava krivičnih dela) i poseban tretman prema maloletnim učiniocima krivičnih dela (Jovašević, 2010: 329–331). Tako ovaj naziv koji se često u pravnoj teoriji određuje kao kriminalno-politički postulat obuhvata granu prava sa krivičnopravnim odredbama koje se primenjuju na maloletne učinioce krivičnih dela i koje odslikavaju poseban, specifičan karakter ove grane prava (Jovašević, 2011: 6–13). To je pravo koje se zasniva na ličnosti učinioca delikta – Taterstrafrecht, a ne na samom deliktu – Tatstrafrecht (Marjanovik, 1998: 362).

Ili, drugim rečima, to je sistem zakonskih pravnih propisa kojima se određuje sistem krivičnih sankcija za maloletne učinioce krivičnih dela,³ a pod određenim uslovima i za punoletne učinioce, te postupak za izricanje i izvršenje ovih sankcija od strane nadležnih državnih organa. Stoga se može reći da maloletničko krivično pravo prelazi okvire krivičnog prava, jer

¹ U Nemačkoj, Francuskoj, Hrvatskoj, Makedoniji i sada Republici Srbiji je ova grana prava formalno izdvojena iz krivičnog zakona (zakonika). Tako je u Nemačkoj u primeni Zakon o maloletničkom krivičnom pravosuđu od 11. decembra 1974. godine (sa izmenama od 30. juna 1990. godine) – Jugendgerichtsgesetz, u Francuskoj je u primeni Ordonnance No. 45-174 du 2. fev. 1945. godine dopunjena Zakonom broj 2002-1138 od 9. septembra 2002. godine, u Hrvatskoj je u primeni Zakon o sudovima za mladež, *Narodne novine Republike Hrvatske, br. 84/11 i 143/12*.

² Interesantno je da se u delu nemačke krivičnopravne teorije javljaju i takva mišljenja da se ovde radi o kriminalitetu lica koja nisu navršila 25 godina života.

³ U istoriji krivičnog prava se može naći shvatanje prema kome je prva penitencijarna ustanova za maloletne učinioce krivičnih dela osnovana na inicijativu rimskog pape Klimenta IX još 1703. godine u Rimu da bi se kasnije ove ustanove osnivale i u Nemačkoj, Francuskoj, Švajcarskoj i Velikoj Britaniji.

obuhvata ne samo krivičnopravne odredbe materijalnopravne sadržine, već i odredbe procesnog i izvršnog krivičnog prava, u meri i u obimu koji se odnosi na maloletne učinioce krivičnih dela. Maloletničko krivično pravo tako predstavlja skup (sistem) zakonskih propisa kojima je regulisan položaj (prava i obaveze) maloletnika⁴ u krivičnom pravu u celosti (Perić, 2000: 27–32). Ove odredbe⁵ se, prvo, odnose na pojam i vrste maloletnika kao subjekata krivičnog prava (aktivni i pasivni subjekt), na vrste, uslove i način propisivanja i izricanja krivičnih sankcija prema maloletnim učiniocima krivičnih dela, postupak za izricanje krivičnih sankcija za maloletnike (koji predstavlja posebnu, specifičnu vrstu krivičnog postupka – specifičnog po organima za pokretanje i vođenje krivičnog postupka i za izricanje i izvršenje krivičnih sankcija, arhitektonici i toku postupka i učešću posebnih vansudskih – posebno vankrivičnosudskih organa u postupku izricanja i izvršenja krivičnih sankcija) i, na kraju, postupak izvršenja izrečenih krivičnih sankcija. Ono se nizom svojih odredbi sadržinski, a i po formi, izdvaja od krivičnog prava koje se primenjuje prema punoletnim učiniocima krivičnih dela. Pod određenim uslovima ono se izuzetno primenjuje i prema punoletnim učiniocima krivičnih dela (Jovašević, 2011: 270).

3. Evropski standardi i položaj maloletnih učinilaca krivičnih dela

U osnovi novog sistema maloletničkog krivičnog prava u Srbiji se nalaze brojni standardi predviđeni u više međunarodnih pravih akata koje je usvojila naša zemlja. To su:

- 1) akti univerzalnog karaktera koji su doneti u okviru i pod okriljem Organizacije ujedinjenih nacija kao što su: a) Konvencija OUN o pravima deteta

⁴ Maloletni učinioce krivičnih dela odavno imaju poseban status. Razlog za to treba tražiti u starosnom dobu u kome se nalaze ova lica, koje je ispunjeno mnogobrojnim i neprestanim promenama, dobu koje je prožeto njihovim biološkim i psihološkim, odnosno socijalnim sazrevanjem, a to sve zahteva i prilagođavanje mera krivičnog prava takvom uzrastu. A sve u težnji da se njihovo kriminalno ponašanje spreči u korenu s obzirom da od toga zavisi umnogome i njihov budući život.

⁵ Predlog ovog zakona je sačinjen na inicijativu Jugoslovenskog centra za prava deteta, Saveta Evrope, UNICEF-a i Danskog centra za ljudska prava uz podršku Ministarstva pravde

(1989),⁶ b) Minimalna standardna pravila OUN za maloletničko krivično pravosuđe, tzv. Pekinška pravila (1985),⁷ v) Pravila OUN o zaštiti maloletnika lišenih slobode, tzv. Havanska pravila (1990),⁸ g) Smernice OUN za prevenciju maloletničke delinkvencije, tzv. Rijadske smernice (1990)⁹ i d) Standardna minimalna pravila OUN za alternativne kaznene mere, tzv. Tokijska pravila (1990) i

2) akti regionalnog karaktera koji su doneti u okviru i pod okriljem Saveta Evrope i Evropske unije kao što su (Simović et al., 2013: 35–37): a) Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950),¹⁰ b) Preporuka broj P (87) 20 o društvenom reagovanju na delinkvenciju maloletnika (1987), v) Preporuka broj P (88) 6 o društvenom reagovanju na delinkventno ponašanje maloletnika koji potiču iz migrantskih porodica (1987), g) Evropska pravila o društvenim sankcijama i merama za sprovođenje maloletničkog krivičnog pravosuđa, tzv. Bečka pravila (1997), d) Preporuka broj P (87) 20 o društvenom reagovanju na delinkvenciju maloletnika (1987), đ) Preporuka broj P (88) 6 o društvenom reagovanju na delinkventno ponašanje maloletnika koji potiču iz migrantskih porodica (1987), e) Preporuka Saveta ministara REC (2003) 20 o novim načinima suočavanja sa maloletničkom delinkvencijom i ulogom maloletničkog pravosuđa (2003) i

ž) Preporuka Saveta ministara CM/Rec (2008) II o Evropskim pravilima za maloletne prestupnike osuđene na sankcije ili mere (2008).

Standardi predviđeni u navedenim međunarodnopravnim, a posebno u aktima evropskih organizacija (tzv. evropski standardi) su inkorporisani u odredbe novog Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica iz 2005. godine (ZOMUKD). Među evropskim standardima u oblasti maloletničkog krivičnog prava koji su inaugurisani preporukama Saveta Evrope, naročito se ističu sledeći (Jovašević, 2011: 56–62):

i Ministarstva za socijalna pitanja. Zakon je objavljen u *Službenom glasniku Republike Srbije broj 85/2005*, a stupio je na snagu 1. januara 2006. godine.

⁶ *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori, br. 15/90.*

⁷ Rezolucija OUN broj 40/33 od 29. novembra 1985. godine.

⁸ Rezolucija OUN broj 45/113 od 14. decembra 1990. godine.

⁹ Rezolucija OUN broj 45/112 od 14. decembra 1990. godine.

¹⁰ *Službeni list Srbije i Crne Gore – Međunarodni ugovori, br. 9/03.*

1. Maloletni učinilac kome se mogu izreći sankcije ili mere mora da bude tretiran sa poštovanjem njegovih ljudskih prava;
2. Sankcije ili mere koje se mogu izreći maloletnicima, kao i način njihovog sprovođenja, utvrđuju se zakonom na osnovu načela društvene integracije i obrazovanja, te prevencije ponavljanja izvršenja krivičnog dela;
3. Sankcije ili mere izriče sud ili drugi organ određen zakonom. One podležu brznoj sudskoj kontroli. Sankcije i mere moraju da budu određene i izrečene na najkraće potrebno vreme i samo za ostvarenje legitimnih ciljeva;
4. Minimalni uzrast potreban za izricanje sankcija ili mera kao rezultat izvršenja krivičnog dela ne sme da bude prenisko određen i utvrđuje se zakonom;
5. Izricanje i izvršenje sankcija ili mera zasniva se na najboljem interesu maloletnog učinioca, zasnovanom na težini krivičnog dela (načelo srazmernosti) i uz uzimanje u obzir njegovog uzrasta, fizičkog i duševnog blagostanja, razvoja, mogućnosti i ličnih obeležja, te izveštaja o društvenom životu maloletnog učinioca;
6. Kako bi prilagodili izvršenje sankcija i mera specifičnim okolnostima svakog pojedinog slučaja, organi odgovorni za njihovo provođenje moraju imati dovoljan stepen diskrecije koji ne dovodi do ozbiljnih nejednakosti u postupanju;
7. Sankcija ili mera ne smeju da ponize ili degradiraju maloletnika koji im se podvrgao;
8. Sankcija ili mera se ne smeju primenjivati na način koji otežava njihov „nesrećni“ karakter ili predstavlja preterani rizik od fizičkih ili duševnih povreda;
9. Sankcija ili mera će se primenjivati bez nepotrebnog odlaganja i samo u meri i za period koji je strogo potreban (načelo minimalne intervencije);
10. Lišavanje slobode maloletnika treba da bude poslednja mera i da se izrekne na najmanji mogući rok. Kako bi se izbegao pritvor, preduzimaju se posebni napori;

11. Sankcija ili mera moraju da se izreknu i sprovede bez diskriminacije po bilo kojoj osnovi kao što je pol, rasa, boja kože, jezik, vera, seksualna orijentacija, političko ili drugo uverenje, nacionalno ili socijalno poreklo, povezanost sa nacionalnom manjinom, imovina, rođenje ili drugi status (načelo zabrane diskriminacije);

12. Posredovanje ili druge mere povratka i pristupa u zajednicu treba da se podstiču na svim nivoima koji se bave maloletnicima;

13. Svaki pravni sistem koji se bavi maloletnicima mora da osigura njihovo delotvorno učestvovanje u postupku u vezi sa izricanjem i sprovođenjem sankcija ili mera. Maloletnici ne smeju da imaju manja zakonska prava i zaštitu od onih koje imaju punoletni učinioci po opštim pravilima krivičnog postupka;

14. Svaki pravosudni sistem koji se bavi maloletnicima uzeće u obzir prava i dužnosti roditelja i zakonskih staralaca, te će ih u najvećoj meri uključiti u postupak i izvršenje sankcija i mera, osim ako to nije u najboljem interesu maloletnika. U slučajevima nakon punoletstva, učestvovanje roditelja ili zakonskih staralaca nije obavezno. Članovi maloletnikove proširene porodice i šire zajednice takođe mogu da budu povezani sa postupkom gde je to prikladno;

15. Svaki pravosudni sistem koji se bavi maloletnicima mora da sledi multidisciplinarni pristup i da bude integrisan sa širim društvenim inicijativama za maloletnike kako bi se osigurao holistički pristup i kontinuitet brige za takve maloletnike (načelo uključenosti zajednice i neprekidna briga);

16. Maloletnikovo pravo na privatnost treba da bude u potpunosti poštovano u svim fazama postupka. Identitet maloletnika i poverljive informacije o njima i njihovim porodicama neće se dati nikome ko nije zakonom ovlašćen da primi takve informacije;

17. Mlađa punoletna lica gde je prikladno smatraju se maloletnicima, te im treba pristupiti saglasno tome;

18. Sve osoblje koje radi sa maloletnicima obavlja važnu javnu službu. Njihovo zapošljavanje, posebno uvežbavanje i uslovi rada moraju osigurati da oni pruže odgovarajući standard brige kako bi se zadovoljile potrebe maloletnika i pružio im se pozitivan uzor;

19. Kako bi se obezbedilo da intervencija u život maloletnika bude smisljena, osiguravaju se određena sredstva i osoblje. Nedostatak sredstava ne može da opravda kršenje ljudskih prava maloletnika i

20. Izvršenje bilo koje sankcije ili mere treba da bude podvrgnuto redovnim državnim inspekcijama i kontroli nezavisnog nadzora.

Za sadržinu maloletničkog krivičnog prava od posebnog je značaja Rezolucija XVII Kongresa međunarodnog udruženja za krivično pravo, koji je održan u Pekingu 2004. godine, u kojoj su, između ostalog, usvojene sledeće preporuke:

1. Maloletna lica podležu zakonu sa svim njihovim specifičnim karakteristikama. Zbog ovih specifičnosti pravosudni sistem treba da razmatra krivičnu odgovornost maloletnika kao zasebno pitanje u okviru elemenata krivičnog dela;

2. Godine starosti za krivičnu odgovornost treba da budu određene na 18 godina, a minimalna godina starosti ne bi trebalo da bude ispod 14 godina;

3. Maloletni prekršioци zakona uglavnom bi trebalo da budu podvrgnuti vaspitnim merama ili drugim alternativnim merama koje su usmerene na rehabilitaciju pojedinca, ili, ako situacija zahteva, u izuzetnim slučajevima, na kaznene mere u tradicionalnom smislu;

4. Na maloletnike ispod 14 godina mogu se primenjivati samo vaspitne mere;

5. Primena vaspitnih ili alternativnih kaznenih mera koje su usmerene na rehabilitaciju može biti proširena na zahtev zainteresovanog lica do 25-te godine;

6. Imajući u vidu krivična dela izvršena od strane lica koja su starija od 18 godina primenjivost posebnih maloletničkih odredbi može se proširiti do 25-te godine starosti;

7. O krivičnoj odgovornosti maloletnih lica moraju odlučivati specijalni sudski organi koji imaju zasebnu nadležnost od onih koje se bave punoletnim licima;

8. Odluke suda bi trebalo da budu zasnovane na preliminarnim multidisciplinarnim sudskim istragama otvorenim za ispitivanje obeju strana i

9. Potrebno je pokloniti posebnu pažnju interesu žrtava i humanom odnosu prema njima.¹¹

4. Pojam i vrste maloletnih učinilaca krivičnih dela

Jedno od osnovnih pitanja maloletničkog krivičnog prava jeste utvrđivanje krivičnog pravnog položaja maloletnih lica¹² kao učinilaca krivičnih dela. U tom smislu se kao maloletnik smatra lice koje je u vreme izvršenja krivičnog dela navršilo četrnaest, a nije navršilo osamnaest godina (član 3. ZOMUKD). Lica u uzrastu do 14 godina se nazivaju deca, i prema njima se ne mogu primeniti krivične sankcije niti druge krivičnopravne mere. To znači da ona ne mogu da budu aktivni subjekt krivičnog dela. No, u savremenom krivičnom pravu granice maloletstva su određene na različite načine. Tako čl. 31–32. Krivičnog zakonika Bugarske razlikuju: decu – lica uzrasta do 14 godina, maloletnike – lica uzrasta od 14 do 18 godina i punoletna lica – uzrasta preko 18 godina (Nenov, 1992). Slično rešenje predviđa i Krivični zakonik Makedonije, prema kome su lica uzrasta do 14 godina deca (van krivičnog prava), lica uzrasta od 14 do 16 godina su mlađi maloletnici, a lica uzrasta od 16 do 18 godina su stariji maloletnici.¹³ I Krivični zakonik Ruske federacije (Fedosova, Skuratova, 2005: 24) u čl. 14. određuje da se kao maloletnici smatraju lica koja su u vreme izvršenja krivičnog dela navršila 14 godina, ali nisu navršila 18 godina.

Član 17. Krivičnog zakonika NR Kine određuje da se krivična odgovornost stiče sa navršenih 18 godina. Lica uzrasta od 14 do 18 godina se blaže kažnjavaju, ali ako takva lica izvrše sledeća krivična dela: namerno ubistvo ili namerno nanesu štetu drugome ili pak izvrše silovanje, razbojništvo, trgovinu opojnim drogama, paljevinu, eksploziju ili trovanje – tada podležu krivičnoj odgovornosti (Paggale, 1997: 37). Slično rešenje poznaje i Krivični zakonik Italije, koji predviđa kao minimalnu starosnu granicu za krivičnu odgovornost maloletnika od 14 godina. Lica uzrasta od 14 do 18 godina imaju smanjeni

¹¹ Tekst Rezolucije je objavljen u celini u Reviji za kriminologiju i krivično pravo, Beograd, broj 1/2005. godine, str. 22–222.

¹² Prema članu 1. Konvencije o pravima deteta, dete je svako ljudsko biće koje nije navršilo 18 godina ukoliko se po zakonu koji se primenjuje na dete, punoletstvo ne stiče ranije.

¹³ *Služben vesnik na Republika Makedonija, broj 37/96.*

obim krivične odgovornosti (minors), a lica uzrasta od 18 uživaju punu krivičnu odgovornost (adults).¹⁴

Grčki krivični zakonik u članu 121. kao decu smatra lica uzrasta do 12 godina, a mlađi maloletnici su lica u uzrastu od 12–17 godina, dok su stariji maloletnici lica uzrasta od 17–21 godine (Lolis, Mangakis, 1973: 48). Takođe član 122-8. Francuskog krivičnog zakonika određuje da se krivičnopravna sposobnost stiće sa navršenih 13 godina, a lica uzrasta od 13 do 18 godina smatraju se maloletnicima (Poncela, 2003: 78). Švedski krivični zakonik, u šestom odeljku prvog poglavlja, kao donju granicu odgovornosti za krivična dela određuje 15 godina (Bishop, 1999: 4).

Maloletnici se kao učinioci krivičnih dela (što proizilazi iz navedenih zakonskih rešenja) u našoj zemlji dele prema uzrastu na dve kategorije: mlađi i stariji maloletnici. Mlađi maloletnici¹⁵ su lica uzrasta od četrnaest do šesnaest godina, dok su stariji maloletnici¹⁶ lica koja su navršila šesnaest, ali nisu navršila osamnaest godina. Pored njih, u određenim slučajevima, maloletničko krivično pravo se primenjuje i na mlađa punoletna lica – lica su koja su u vreme izvršenja krivičnog dela navršila osamnaest godina, a u vreme suđenja nisu navršila dvadeset jednu godinu.

5. Vaspitni nalozi kao neformalne mere

Najznačajnija novina novog maloletničkog krivičnog prava u Srbiji, sa primenom od 1. januara 2006. godine, jeste uvođenje neformalnih ili alternativnih mera¹⁷ koje treba da vode skretanju krivičnog postupka na

¹⁴ Compendio di diritto penale, Parte generale e speciale, Napoli, 2001.

¹⁵ Mlađa maloletna lica se nalaze na granici između dece (prema kojima se ne primenjuju nikakve krivične sankcije) i starijih maloletnika. Stepem njihove zrelosti, psihičke i socijalne je takav da zaista ne bi bilo opravdano prema njima primeniti neke teže mere osim vaspitnih mera.

¹⁶ Stepem duševne razvijenosti ovih maloletnika je znatno viši i on se približava duševnoj razvijenosti punoletnih lica. Zbog toga se prema ovim licima može izreći i kazna maloletničkog zatvora.

¹⁷ Prema raspoloživim statističkim podacima o izrečenim krivičnim sankcijama prema maloletnim učiniocima krivičnih dela, može se izvući zaključak o neefikasnosti u postupanju sa ovom kategorijom učinilaca krivičnih dela, a da je s druge strane, visok procenat recidiva – povrata (do 85 %). Dalje, u proteklom periodu javna tužilaštva su primenom diskrecionih ovlašćenja 1/3 krivičnih prijava prema maloletnicima odbacivala po principu jednostavnog

druge grane prava (porodično pravo, pravo socijalnog staranja). To su vaspitni nalozi (preporuke ili uputstva). Prema prihvaćenim međunarodnim, i posebno evropskim standardima, u krivično pravo je potrebno i poželjno da se uvedu mere postupanja sa decom koja su prekršila zakon (i tako učinila u zakonu predviđeno krivično delo), ali bez pribegavanja sudskom postupku. Tako shvaćeno skretanje postupka označava različite načine, mere i postupke kako bi se mladi sačuvali od štetnog dejstva sudstva za maloletnike, odnosno krivičnih sankcija (Ansel, 1991: 63).

Vaspitni nalozi su posebne mere sui generis koje nemaju karakter krivične sankcije. Naime, prema maloletnom učiniocu krivičnog dela za koje je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina može se izreći jedan ili više vaspitnih naloga. Značaj primene vaspitnih naloga je višestruko izražen u funkciji uslovljenog oportuniteta primenjivog od strane javnog tužioca, odnosno u funkciji celishodnosti daljeg vođenja postupka o čemu odlučuje sud, pri čemu posebno treba imati u vidu da je sudski postupak najčešće dug, skup, stigmatizujući i često neefikasan. Tim pre što se najčešće radi o bagatelnom kriminalitetu i to prema primarnim učiniocima krivičnih dela, sa često pretpostavljenim ishodom – izricanjem sudskog ukora ili obustavljanjem postupka.

Svrha je ovih naloga da se ne pokreće krivični postupak prema maloletniku ili da se obustavi već pokrenuti postupak, odnosno da se primenom ovakvog vaspitnog naloga utiče na pravilan razvoj maloletnika kao i na jačanje njegove lične odgovornosti kako ubuduće ne bi nastavio sa vršenjem krivičnih dela, posebno kada se radi o sitnom kriminalitetu. Dakle, ovde se radi o merama isključivo specijalno-preventivnog karaktera koje vode izvansudskim oblicima intervencije.

Vaspitne naloge izriču javni tužilac za maloletnike ili sudija za maloletnike ako su ispunjena dva kumulativna uslova: 1) objektivni uslov – da se radi o krivičnom delu za koje je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina i 2) subjektivni uslov – koji se javlja u dva vida: a) da je maloletnik

oportuniteta, 1/3 krivičnih prijava je završavana obustavom krivičnog postupka zbog necelishodnosti daljeg vođenja krivičnog postupka, a prema samo 1/3 učinilaca krivičnih

priznao izvršenje krivičnog dela i b) da postoji određeni odnos maloletnika prema krivičnom delu, ali i oštećenom licu. Vaspitni nalozi se mogu izreći samo maloletnim učiniocima krivičnih dela, što znači da je njihova primena isključena prema mlađim punoletnim licima. Pri izboru vaspitnog naloga, nadležni organ naričito uzima u obzir u celini interes maloletnika i oštećenog lica, vodeći računa da se primenom jednog ili više vaspitnih naloga ne omete proces redovnog školovanja ili zaposlenja maloletnika. Ovako određeni nalog može da traje najduže šest meseci, pri čemu se izbor, zamena i primena, odnosno nadzor u primeni vaspitnog naloga od strane nadležnog organa vrši u saradnji sa roditeljima, usvojiojcima ili staraoцем maloletnika i nadležnim organom starateljstva.

Maloletničko krivično pravo Srbije poznaje više vrsta vaspitnih naloga u smislu osnovnih postavki restorativne pravde koje omogućuju skretanje sa klasične sudske procedure (član 7. ZOMUKD).¹⁸ To su:

1. poravnanje¹⁹ sa oštećenim²⁰ kako bi se naknadom štete, izvinjenjem,²¹ radom ili na neki drugi način otklonile u celini ili delimično štetne posledice izvršenog krivičnog dela,

dela je izricana neka od maloletničkih krivičnih sankcija i to: 45-47 % ukor, 48 % mere pojačanog nadzora i 3-4 % zavodske mere, a kazna maloletničkog zatvora u 0,5-1 %.

¹⁸ Ministar pravde u saradnji sa Ministrom za rad, zapošljavanje i socijalnu politiku i Republičkim javnim tužiocem donosi poseban podzakonski akt o izvršenju vaspitnih naloga.

¹⁹ Kod primene ovog vaspitnog naloga u praksi se javljaju sledeća pitanja: 1) ko sprovodi postupak poravnanja (to bi mogao da bude javni tužilac za maloletnike ili sudija za maloletnike ili ovlašćeni medijator koji poziva maloletnog učinioca krivičnog dela i njegove roditelje, usvojioce, staraoce ili drugog zakonog zastupnika da sami ili sa braniocem dođu na sastanak sa oštećenim (i njegovim punomoćnikom ili zakonskim zastupnikom), 2) gde se sprovodi postupak poravnanja (u prostorijama javnog tužioca, u sudu ili u prostorijama ovlašćenog medijatora), 3) koliko dugo postupak može da traje (u praksi se zastupa mišljenje da postupak posredovanja treba da bude brz i efikasan, tako da ne traje duže od mesec dana) i 4) kako se postupak završava (zaključenjem pismenog poravnanja kao rezultat medijacije – posredovanja u kome se određuju obaveze, rokovi njihovog ispunjenja i način praćenja sporazuma).

²⁰ U sudskoj praksi se može pojaviti problem kod primene ovog vaspitnog naloga ko se sve može smatrati oštećenim licem – da li samo fizičko (punoletno – da li i lice koje je lišeno poslovne sposobnosti ili maloletno lice u kom slučaju se postavlja pitanje da li ova lica ili njihovi zakonski zastupnici ili punomoćnici učestvuju u primeni ovog vaspitnog naloga) ili pravno lice (i ko u pravnom licu – zakonski ili statutarni punomoćnik).

2. redovno pohađanje škole ili redovni odlazak na posao,
3. uključivanje bez naknade u rad humanitarnih organizacija ili poslova socijalnog, lokalnog ili ekološkog sadržaja,²²
4. podvrgavanje odgovarajućem ispitivanju i odvikavanju od zavisnosti izazvane upotrebom alkoholnih pića ili opojnih droga i
5. uključivanje u pojedinačni ili grupni tretman u odgovarajućoj zdravstvenoj ustanovi ili savetovalištu.

Javni tužilac za maloletnike takođe ima mogućnost da svoju odluku o nepokretanju krivičnog postupka, shodno načelu oportuniteta gonjenja (član 58. ZOMUKD), uslovi pristankom maloletnika i njegovih roditelja, usvojioca ili staraoca kao i samom spremnošću maloletnika da u ostavljenom roku ispuni jedan ili više postavljenih naloga. Zapravo, sve dok ne podnese zahtev za pokretanje pripremnog postupka, javni tužilac za maloletnike ima široke diskrecione mogućnosti u pogledu odlučivanja da li će pokrenuti krivični postupak prema maloletniku zbog učinjenog krivičnog dela.

Uvođenje vaspitnih naloga u sistem maloletničkog krivičnog pravosuđa u velikoj meri je promenilo i ulogu oštećenog lica: a) ono se aktivno uključuje u realizaciju pojedinih vaspitnih naloga, b) oštećeni od pasivne žrtve krivičnog dela i „nemog posmatrača“ krivičnog postupka preuzima aktivniju ulogu u smislu davanja svoga pristanka za izricanje, odnosno praćenja toka izvršenja pojedinih vaspitnih naloga i v) primarni cilj postupanja prema maloletniku

²¹ U slučaju primene ovog vaspitnog naloga, maloletnik koji je u pripremnom postupku priznao izvršenje krivičnog dela i izrazio spremnost da se izvini predstavniku oštećenog pravnog lica, to može da učini u sudu ili da zajedno sa svojim zakonskim zastupnikom ode u oštećeno pravno lice i da se javno izvini u prisustvu ovlašćenog predstavnika pravnog lica.

²² U primeni ovog vaspitnog naloga u praksi su se javljali problemi kako odrediti izbor ovih organizacija na lokalnom nivou i kako ih animirati da pristanu na primenu vaspitnih naloga. Stoga se kao jedno od rešenja u praksi iskristalisalo mišljenje prema kome na zahtev javnog tužioca ili suda za maloletnike organ starateljstva treba da sprovede anketu na lokalnom nivou, te da napravi izbor od zainteresovanih ustanova i organizacija državnog (javnog) i civilnog sektora koje bi se uključile u društveno koristan projekat prevencije maloletničke delikvencije, da sa njima sačini pismene sporazume sa vrstom i sadržinom određenih poslova i aktivnosti, te da ovaj spisak ustanova i organizacija kao i zaključene sporazume dostave organima maloletničkog krivičnog pravosuđa koje bi u svakom konkretnom slučaju birali onu ustanovu i vrstu i prirodu poslova i aktivnosti maloletnika za koje se smatra da bi se najpovoljnije ostvarila svrha konkretnog vaspitnog naloga.

predstavlja popravljavanje štete nanete žrtvi i reintegracija učinioca krivičnog dela, umesto njegovog otuđenja i izolacije iz društva (Hrnčić et al., 2006: 553–543).

6. Zaključak

Sistem novog maloletničkog krivičnog prava Srbije u potpunosti je podređen kriminalno-političkim ciljevima – a to je vaspitanje maloletnog učinioca krivičnog dela i njegovo prevaspitanje. Na taj način je istaknut specijalno preventivni karakter ove grane prava, čime je napušten njegov dotadašnji „terapeutski“ karakter. U teoriji se, stoga, ističe da su maloletničke krivične sankcije, u prvom redu, mere pomoći, mere socijalizacije sa što manje elemenata prinude, ograničenja prava i slobode i represije, a sve više mere pomoći, brige, nadzora i otklanjanja i predupređivanja smetnji i uslova za njihov normalan i nesmetan razvoj i sazrevanje. To, u krajnjoj liniji, i odgovara nizu međunarodnih, a posebno evropskih standarda, koji su inkorporisani u novo maloletničko krivično pravo Srbije.

No, pored i umesto krivičnih sankcija moderna krivična zakonodavstva (Kanada, Nemačka, Francuska, Makedonija, Crna Gora, Italija, Bosna i Hercegovina i dr.) poznaju različite mere neformalnog, alternativnog karaktera, čija se primena preporučuje prema teoriji neintervenisanja kad god je moguće izbegavanje krivičnog pravosuđa preko skretanja krivičnog postupka (diversion), posebno kada se radi o bagatelnom, epizodnom, primarnom, situacionom ili slučajnom kriminalitetu. To su različite mere sui generis u vidu vaspitnih naloga, upustava, zabrana ili preporuka, čiji je cilj da se izbegne ili odloži vođenje krivičnog postupka prema maloletnom učiniocu krivičnog dela. Zapravo, cilj je primene ovih mera skretanje postupka prema maloletnim licima sa krivičnog prava na druge grane prava (npr. porodično pravo ili pravo socijalnog staranja). Ovakvo rešenje zahteva od država koje su prihvatile evropske standarde da preduzmu mere kad god je moguće i poželjno da se uvedu mere postupanja sa decom i maloletnicima koji su prekršili zakon bez pribegavanja sudskom postupku.

Zapravo, najznačajnija novina novog maloletničkog krivičnog prava Srbije jeste uvođenje neformalnih mera koje treba da vode skretanju krivičnog postupka,

koje su u novom zakonskom rešenju definisane u obliku vaspitnih naloga (preporuka ili uputstava). Tako shvaćeno skretanje postupka označava različite načine, mere i postupke kako bi se mladi sačuvali od štetnog dejstva sudstva za maloletnike, odnosno krivičnih sankcija. Vaspitni nalozi su posebne mere sui generis koje nemaju karakter krivične sankcije. Naime, prema maloletnom učiniocu krivičnog dela za koje je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina, može se izreći jedan ili više vaspitnih naloga. Svrha je ovih naloga da se ne pokreće krivični postupak prema maloletniku ili da se obustavi već pokrenuti postupak, odnosno da se primenom ovakvog vaspitnog naloga utiče na pravilan razvoj maloletnika, kao i na jačanje njegove lične odgovornosti, kako ubuduće ne bi nastavio sa vršenjem krivičnih dela, posebno kada se radi o bagatelnom ili srednjem kriminalitetu. Dakle ovde se radi o merama isključivo specijalno preventivnog karaktera.

Vaspitni nalozi se mogu izreći samo maloletnim učiniocima krivičnih dela, što znači da je njihova primena isključena prema mlađim punoletnim licima. Pri izboru vaspitnog naloga nadležni organ naročito uzima u obzir u celini interes maloletnika i oštećenog lica, vodeći računa da se primenom jednog ili više vaspitnih naloga ne omete proces redovnog školovanja ili zaposlenja maloletnika. Ovako određeni nalog može da traje najduže šest meseci, pri čemu se izbor, zamena i primena, odnosno nadzor u primeni vaspitnog naloga od strane nadležnog organa vrši u saradnji sa roditeljima, usvojiocima ili staraocem maloletnika i nadležnim organom starateljstva.

Literatura

Ansel, M. (1991). *Društvena odbrana*. Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja

Bavcon, Lj., Šelih, A. (1999). *Kazensko pravo. Splošni del*. Ljubljana: Uradni list

Bishop, N. (1999). *Swedish Penal Code*. Stockholm: University Publishing

Jovašević, D. (2010). *Krivično pravo. Opšti deo*. Beograd: Nomos

Jovašević, D. (2011). *Maloletničko krivično pravo*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta

Jovašević, D. (2011). *Leksikon krivičnog prava*. Beograd: Službeni glasnik

Lolis, N., Mangakis, G. (1973). *The Greek Penal Code*. London: Sweet-Maxwell

Marjanovik, G. (1998). *Makedonsko krivično pravo. Opšt del*. Skoplje: Prosvetno del

Nenov, I. (1992). *Nakazatelno pravo na Republika Bulgaria. Obša čast. Knjiga vtora*. Sofija: Sofi-R

Paggle, C. D. (1997). *Chinese Criminal Law*. Peking

Perić, O. (2000). Položaj maloletnika u jugoslovenskom krivičnom zakonodavstvu sa stanovišta zaštite ljudskih prava. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*. 1-3. 27-32

Poncela, P. (2003). *Droit de la peine*. Paris: Themis

Rezolucija OUN broj 40/33 od 29. novembra 1985. godine

Rezolucija OUN broj 45/113 od 14. decembra 1990. godine

Rezolucija OUN broj 45/112 od 14. decembra 1990. godine

Simović, M., Jovašević, D., Mitrović, L., Simović, M. (2013). *Maloljetničko krivično pravo*. Istočno Sarajevo: Pravni fakultet

Služben vesnik na Republika Makedonija. Br. 37 (1996)

Službeni list Srbije i Crne Gore – Međunarodni ugovori. Br. 9 (2003)

Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori. Br. 15 (1990)

Stojanović, Z. (2005). *Krivično pravo. Opšti deo*. Beograd: Pravna knjiga

Škulić, M. (2003). *Maloletnici kao učinioci i kao žrtve krivičnih dela*. Beograd: Dosije

Hrnčić, J., et al. (2006). Primena medijacije između žrtve i maloletnog prestupnika u Srbiji. U D. Radovanović (ur.), *Novo krivično zakonodavstvo: dileme i problemi u teoriji i praksi* (str.). Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja

Fedosova, I., Skuratova, T. (2005). *Ugolovnij kodeks Rossijskoj federaciji*. Moskva: Norma

Compendio di diritto penale. Parte generale e speciale. (2001). Napoli: Simone

Dragan Jovašević, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

The Application of Informal Measures in Juvenile Criminal Law of Serbia

Summary

The new juvenile criminal justice system of the Republic of Serbia completely follows the goals of criminal policy – i.e. education and re-education of juvenile perpetrators of criminal offences. In that way, the preventive character of this branch of law is particularly emphasized. In theory, it is pointed out that juvenile criminal sanctions are primarily measures of assistance and socialization, with a minimal amount of coercion, limitations of rights and freedoms or repression and a high level of assistance, care, supervision and prevention, designed to remove the obstacles for normal and regular development and maturation of juveniles. Such concept is in accordance with a series of international and European standards on the treatment of juveniles in conflict with the law.

However, along with and instead of juvenile criminal sanctions, modern criminal legislations are also familiar with different informal measures, application of which is recommended whenever it is possible to avoid the regular course of criminal procedure. These measures include educational orders, guidelines, bans or recommendations the aim of which is to avoid or postpone the conduct of criminal procedure against juvenile offenders. The application of these measures is supposed to replace the criminal procedure against juvenile offenders with procedures prescribed in other branches of law such as family law or social welfare law.

The most significant innovation in the field of juvenile criminal justice system is the introduction informal or alternative measures, defined in the form of educational orders (recommendations or guidelines). Perceived and defined in such manner, the replacement of criminal procedure refers to various means, measures and procedures that are intended to protect juvenile offenders from harmful effects of court and criminal sanctions. Educational orders represent specific measures that do not have the character of criminal sanctions. One or

more educational orders may be imposed on a juvenile perpetrator who has committed a criminal offence for which a fine or imprisonment up to years are prescribed. The purpose of these orders is to avoid the opening of criminal procedure against juvenile offenders or to suspend a criminal procedure that has already been initiated, as well as to enhance regular development of juveniles and strengthen their personal responsibility in order to deter them from further criminal activities, particularly when it comes to property crimes. The character of these measures is strictly preventive. When selecting an educational order, the public prosecutor and the court particularly have to take into consideration the interests of juvenile's offender as well as the interests of the victim. Other modern legislations are also familiar with one or more informal measures for juvenile perpetrators of criminal offences. In this paper, the definition, types, characteristics and purpose of informal measures in juvenile criminal justice system of the Republic of Serbia are discussed.

Key words: juvenile, criminal act, law, responsibility, informal measures.

Dr Zoran Ćirić,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

NAUČNI ČLANAK

UDK:343.91-058.7

Rad primljen: 01.09.2014.
Rad prihvaćen: 01.12.2014.

SUDSKO-PSIHIJATRIJSKI ASPEKT MENTALNIH POREMEĆAJA NASTALIH ZLOUPOTREBOM DROGA**

Apstrakt: Mentalni poremećaji nastali zloupotrebom droga imaju i svoju sudsko-psihijatrijsku dimenziju, posebno u situacijama kada ova lica čine krivična dela ili pravne poslove građanskopravnog karaktera. U praktičnom radu, kroz sudsko-psihijatrijske ekspertize, sagledava se stanje duševnog zdravlja ovih lica, kao i njihove psihološke sposobnosti, kroz procenu shvatanja značaja svojih radnji i upravljanja svojim postupcima. Na ovaj način, ova praktična grana psihijatrije pruža pravosudnim organima stručnu pomoć koja je od značaja za sprovođenje određenih pravosudnih postupaka i izdava se kao značajno dokazno sredstvo u tim postupcima.

U skladu sa tim, prikazani su i osnovni postulati sudsko-psihijatrijskog aspekta onih psihijatrijskih poremećaja koji nastaju usled zloupotrebe narkotika, a time i dat određeni doprinos sagledavanju i suzbijanju ove izuzetno raspostranjene društveno negativne pojave.

Ključne reči: bolesti zavisnosti, skrivljena neuračunljivost, psihijatrijsko veštačenje, psihoaktivne supstance.

1. Uvod

Broj i učestalost mentalnih poremećaja koji nastaju usled zloupotrebe droga poslednjih decenija se značajno uvećava (Bureau of Justice Statistic USA, 1987), kao posledica sve većeg korišćenja narkotičnih supstanci. Poslednjih

* cira@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu: "Uklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije", koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu u periodu 2013-2018. godine.

decenija ova pojava je, nažalost, dobila na intenzitetu i učestalosti u značajnom delu populacije, različitog uzrasta, pola, socijalnog statusa ili profesionalne okupacije. Kao rezultat svih ovih okolnosti većina društva „pati“ i susreće se sa izraženim problemom koji je u vezi sa zloupotrebom droga, kao veoma opasnom sociopatološkom pojavom. Tako ova problematika, osim individualnog, dobija i dimenzije porodičnog, profesionalnog, zdravstvenog i opšte društvenog negativnog fenomena. Naravno da je značaj ovog problema prepoznat, ali skoro da ni u jednoj zemlji na svetu on nije u potpunosti rešen, niti ima, nažalost, naznaka da će se u bližoj budućnosti to i desiti.

Iz prethodno navedenih razloga opredeljenje je da se u ovom radu prikažu neke osnovne karakteristike medicinskog, posebno psihijatrijskog aspekta zloupotrebe narkotika. Takođe, brojna krivična dela, ali i drugi pravni postupci lica koja zloupotrebljavaju narkotike, daju ovoj pojavi i poseban pravni značaj, kako u oblasti krivičnog, tako i u sferi građanskog prava. Ove oblasti na svojevrsan način (pravo i psihijatriju) „spaja“ sudska psihijatrija, te će najveći deo ovog rada biti usmeren na prikaz sudsko-psihijatrijskog aspekta mentalnih poremećaja koji nastaju usled zloupotrebe droga. Zbog bliske povezanosti, osnovna tematika rada će neminovno biti prikazana i povezivana sa kriminološkom, krivičnopravnom i građanskopravnom dimenzijom same pojave, jer samo takav pristup omogućava da se prodre u suštinu problema i da se daju određene smernice za njegovo rešavanje. Takođe, samo multidisciplinarno sagledavanje zloupotrebe narkotika stvara i preduslove za preduzimanje terapijskih, kaznenih, rehabilitacionih i drugih mera borbe protiv ovog društvenog problema.

Rad ima za cilj i prikaz teorijskih i praktičnih problema u sudskoj psihijatriji koji su vezani za mentalne poremećaje koji su uzrokovani zloupotrebom droga, naročito u postupcima forenzičko-psihijatrijskih veštačenja, te će biti prikazani i principi koje psihijatri veštaci treba da primenjuju i imaju u vidu u ekspertiznim postupcima.

2. Mentalni poremećaji i poremećaji ponašanja uzrokovani zloupotrebom droga

Iako su se u psihijatriji i danas zadržali brojni raniji nazivi ovih poremećaja („narkomanije“, „toksikomanije“ i dr.), prikaz ovih mentalnih poremećaja biće izvršen prema aktuelno važećoj Međunarodnoj klasifikaciji bolesti, X revizija (MKB 10, 1992). U njoj su Mentalni poremećaji i poremećaji ponašanja svrstani u kategoriju F, što upućuje i na okolnost da sudska veštačenja postupka lica koja zloupotrebljavaju narkotike treba da sprovedu psihijatri, nekada i uz pomoć i stručnjaka drugih profila (psiholozi, defektolozi, specijalisti sudske medicine, biohemičari i dr.).

Mentalni poremećaji uzrokovani upotrebom narkotika svrstani su u kategoriju koja je označena kao F 10 - F 19, tj. poremećaji zbog upotrebe psihoaktivnih supstanci. Dakle, radi se o psihijatrijskim poremećajima koji nastaju usled upotrebe onih supstanci koje unete u organizam menjaju funkciju (nekada i strukturu) mozga, a posledično i psihičke procese, doživljavanja i, posledično, ponašanje.

Osnov daljeg razvrstavanja je vrsta supstance koja dovodi do ovih poremećaja, pri čemu kategorija F 10 predstavlja poremećaje koji su uzrokovani zloupotrebom alkohola, koja je sam za sebe poseban entitet i u ovom radu neće biti sagledavana. Po MKB 10, prva brojka posle broja 1 označava vrstu psihoaktivne supstance, među kojima su većinom supstance koje su označene kao droge (narkotici). Nakon toga sledi tačka, da bi se nakon toga novom brojkom označio tip mentalnog poremećaja do koga supstanca (uglavnom narkotik) dovodi. Tako pri označavanju ovih poremećaja postoje sledeći:

F 1x.0 – Akutna intoksikacija je poremećaj kod koga postoji direktna veza između konkretnog uzimanja supstance i psihičkog stanja osobe koja je supstancu unela u organizam. Ako se to dešava retko, sporadično, i ako je upotreba u dozama koje nisu značajnije, u principu nema nekih težih posledica po zdravlje osobe, s tim što je to ipak individualno. Nekada ova stanja mogu imati i krivičnopravni značaj, o čemu će biti naknadno reči.

F 1x.1 – Štetna upotreba, u principu, označava učestaliju upotrebu supstance, sa mogućim štetnim uticajem na telesno i/ili psihičko zdravlje. Kod ovih poremećaja oštećenje zdravlja se može utvrditi, ali je ono još uvek takvog

stepena da se govori o stvorenoj zavisnosti od supstance. Ovo je često u sudskoj psihijatriji deo problema u praktičnom radu, jer se često osobe brane na način kada navode da neki narkotik povremeno upotrebljavaju i da su supstancu posedovali radi svojih potreba.

F 1x.2 – Sindrom zavisnosti (bolest zavisnosti), obuhvata skup psihičkih poremećaja, izmena u sistemu ponašanja (kao da se raspada raniji sistem vrednosti, pri čemu je ponovna upotreba u centru pažnje, a ranija interesovanja se zanemaruju) i postojanja značajnog broja telesnih i neuroloških poremećaja koji su posledica dugotrajnog i nekontrolisanog konzumiranja narkotika. Bazični poremećaj je neodoljiva potreba da se supstanca ponovo uzme, u stepenu žudnje, bilo zbog ponovnog postizanja njenih efekata, bilo zbog izbegavanja pojave fenomena zavisničke krize. Naravno, dominira zavisnost od narkotika, koja se manifestuje na psihičkom i/ili telesnom planu. Ovde se radi o strukturisanom bolesnom stanju, što je od značaja za svrstavanje ovih stanja u pravnu podelu mentalnih poremećaja.

F 1x.3 – Apstinecijalni sindrom predstavlja takav poremećaj kod koga se javlja čitav skup simptoma različite težine i vrste, a usled potpunog ili nepotpunog prekida uzimanja supstance, koja je do tada uzimana u značajnom periodu, pretežno u visokim dozama i gde je već došlo do razvoja bolesti zavisnosti. Nekad je praćen poremećajem svesti, uglavnom delirijumom (*F 1x.4* – Apstinecijalni sindrom sa delirijumom), kada je stanje pacijenta još teže, a poremećaj svesti dovodi do neadekvatnog doživljavanja stvarnosti i izmenjenog ponašanja, nekada i sa kriminogenim posledicama.

F 1x.5 – Psihotični poremećaji su privremeni ili trajniji mentalni poremećaji koji su u uzročno-posledičnoj vezi sa uzimanjem narkotika. Nekada se javljaju neposredno po uzimanju narkotika, koji ima svojstva da izazove takav poremećaj. Međutim, daleko češće su posledica tog stepena psihičke izmenjenosti usled zavisnosti od narkotika i njegovog štetnog delovanja na mozak, te nastaju fenomeni koji dovode do poremećaja testa realiteta i pojave brojnih težih izmena psihičkih funkcija, nerealnog i apsurdnog kvaliteta (sumanute ideje, halucinacije, psihomotorna uznemirenost i sl.). U oba slučaja može nastati neadekvatno i necelishodno ponašanje, koje može imati i pravni značaj (izvršenje krivičnih dela, nemotivisane pravne radnje i dr.). Ovi

poremećaji se mogu ponavljati ili ostavljati trajnije posledice u psihičkom funkcionisanju (*F 1x.7* - Rezidualni psihotični poremećaj i psihotični poremećaj sa kasnim početkom).

F 1x.6 - Sindrom amnezije odlikuje trajnije oštećenje pamćenja, posebno upamćivanja novijih događaja, što može upućivati i na to da je stepen oštećenja mozga usled upotrebe narkotika takav da vodi razvoju demencije, odnosno izlapolosti, kao oblika duševnog oboljenja. Uglavnom je posledica dugogodišnje i nekontrolisane upotrebe narkotika sa oštećenjem moždane funkcije, ali i strukture mozga.

2.1. Mentalni poremećaji usled upotrebe narkotika sa najčešćom upotrebom

Iako svaka psihotropna supstanca može usloviti prethodno navedene poremećaje, sa stanovišta ovog rada, na ovom mestu će biti predstavljeni mentalni poremećaji koji su uzrokovani upotrebom onih droga koje se najčešće sreću u pravosudnoj, kao i psihijatrijskoj praksi.

Pre toga, biće prezentovane sve kategorije mentalnih poremećaja i poremećaja ponašanja koje nastaju kod upotrebe određenih psihoaktivnih supstanci i to: *F 11* - zbog upotrebe opijata, *F 12* - zbog upotrebe kanabinoida, *F 13* - zbog upotrebe sedativa ili hipnotika, *F 14* - zbog upotrebe kokaina, *F 15* - zbog upotrebe drugih stimulansa, uključujući kofein, *F 16* - zbog upotrebe halucinogena, *F 17* - zbog upotrebe duvana, *F 18* - zbog upotrebe isparljivih rastvarača i *F 19* - zbog upotrebe brojnih droga i upotrebe drugih psihoaktivnih supstanci.

Jasno se zapaža da ovi poremećaji mogu nastati i usled upotrebe onih supstanci koje delovanjem na mozak ostvaruju i terapijski efekat, te će od doze, učestalosti upotrebe i drugih okolnosti zavisiti da li je to terapijski efekat supstance ili zloupotreba iste, koja uzrokuje psihičke poremećaje (upotreba nekih opijata, sedativa ili hipnotika, stimulativnih lekova za lečenje određenih psihijatrijskih poremećaja i dr.). Takođe, među supstancama su navedene i one koje nisu obuhvaćene listom zabranjenih psihoaktivnih supstanci (duvan, kofein itd.). Međutim, sa stanovišta cilja ovog rada biće prikazani oni

psihijatrijski poremećaji koji nastaju upotrebom droga koje su zabranjene, kako bi se kasnije analizirao i njihov sudsko-psihijatrijski aspekt.

a) Među opijatima poseban značaj ima heroin, kao droga koja je u veoma često upotrebi i čija upotreba dovodi do teških zdravstvenih posledica, ali i društveno negativnih oblika ponašanja (Kovačević, 2000: 79).

Ova droga, koja je veoma rasprostranjena na našim prostorima, relativno brzo dovodi do nastanka adicije, odnosno uključivanja u metabolizam osobe i stvaranja osnove za nastanak zavisnosti. Heroin pripada opijatima, a oni imaju depresivni efekat na mozak, pa uzimanje heroina dovodi do početne euforije, osećaja topline u telu, osećaja lakoće i doživljaja unutrašnjeg mira. U početku se smanjuje napetost i anksioznost, opuštenost, te se ostvaruje efekat koji osoba želi da postigne. Nakon euforije, nastaje pad raspoloženja, nelagodnost, napetost, strah, što u početku navodi osobu da novom upotrebom heroina postigne prijatni efekat.

Kod zloupotrebe heroina brzo se stvara navedeni začarani krug, supstanca se brzo „ugrađuje“ u metabolizam, javlja potreba za povećanjem pojedinačne i dnevne doze, te se relativno brzo stvaraju uslovi za nastanak zavisnosti od heroina, kao bolesti zavisnosti. Dominira žudnja da se heroin ponovo uzme, degradacija ličnosti, menja se sistem vrednosti, a posledično i sistem ponašanja. Smanjuju se ili prestaju ranija interesovanja, osoba je u krugu lica sa sličnim svojstvima, a dominantna aktivnost je nalaženje načina za nabavku i ponovnu upotrebu heroina. Pošto se materijalni resursi pacijenta brzo iscrpljuju, osoba je sve više sklona da se služi lažima, prevarama, falsifikatima i krađama, sa osnovnim ciljem da se droga ponovo nabavi i upotrebi. Tako nastaju i modeli ponašanja koji imaju krivičnopravni značaj, a nekada i oni građanskopravnog karaktera (prodaja imovine, raspad porodice, razvodi, povera dece i sl.). Usled navedenih izmena, nekada nastaju i promene koje utiču na radnu sposobnost ili dovode do povrede radne discipline i radnih obaveza.

Apstinencijalni sindrom (poznat i kao narkomanska kriza) nastaje pri naglom prekidu uzimanja heroina kod zavisnika, sa fenomenima koji se ispoljavaju nekoliko sati nakon zadnjeg uzimanja, a najizrazitije su nakon 48-72 časa. Pošto se retko u ovom periodu poziva sudski veštak, od značaja je, kad god je

to moguće, da se navedene izmene zabeleže od strane medicinske službe, posebno u penalnim uslovima, što će kasnije biti od značaja za sudsko-psihijatrijsku ekspertizu. Fenomeni ovog poremećaja su raznovrsni i manifestuju na telesnom i psihičkom planu i veoma su mučni za pacijenta – bolovi u mišićima i kostima, prolivi, pojačano lučenje pljuvačke i slina, teškoće disanja. Uz ove fenomene, manifestuju se i izrazita psihička napetost, osećanje neizdržive neprijatnosti i jaka žudnja da se narkotik ponovo uzme, nesаница, česta buđenja, košmarni snovi, razdražljivost, potištenost, depresivnost i sl. U principu, izraziti fenomeni „krize“ kod zavisnika od heroína se postepeno smanjuju u periodu od 2-3 nedelje, kada se može reći da je kriza prošla. Međutim, još dugo postoje i znaci psihičke zavisnosti, tj. potrebe na psihološkom nivou da se upotrebom heroína postignu njegovi prijatni efekti.

Nekada se javljaju i znaci delirijuma, ređe psihotične epizode, a kod dugotrajnih zavisnika i fenomeni oštećenja intelektualnih funkcija i znaci amnezije ili demencije (izlapelosti).

Posebna značaj ima i predoziranje heroinom, kada uzeta doza i način njenog uzimanja dovodi do teškog akutnog trovanja, neretko sa smrtnim ishodom, jer heroin toksično deluje na centre za disanje i rad srca. Ovo je urgentno stanje, pa je brza i adekvatna medicinska intervencija neophodna za spašavanje života pacijenta.

b) Kokain pripada stimulansima mozga, a najčešće se unosi užmrkavanjem, pušenjem, ređe intravenskom upotrebom. Neposredni efekti uzimanja su euforično raspoloženje, razdraganost, lično osećanje velikih fizičkih i psihičkih moći, kada manifestuju preduzimljivost, govornost, razdražljivost, otežanu kontrolu nagonskih i impulsivnih podsticaja i agresivnost, što može rezultirati radnjom koja ima kriminalni kvalitet. Nekada mogu nastati i izmene u sferi čulnih doživljavanja (halucinacije, iluzije), a po prestanku ove faze nastaje potištenost, pad raspoloženja i usporenost. Nastaje potreba za novim uzimanjem kokaina, povećava se pojedinačna i dnevna doza, što vodi u zavisnost od kokaina.

Zavisnost od kokaina ima sve attribute bolesnog stanja, te je tako i treba tretirati u psihijatrijskim veštačenjima (Goreta, Peko Ćović, Bužina, 2004: 28.). Postoji jaka fizička i psihička zavisnost, uz neminovno postojanje žudnje da se

kokain ponovo uzme, na sve načine, pa i one koji povređuju ranije postojeći sistem socijalnog ponašanja osobe. Nemogućnost da se kokain ponovo uzme ili da se uzme u potrebnoj dozi dovodi do apstinencijalnog sindroma, koji se manifestuje i na telesnom i na psihičkom planu. Na telesnom, postoje bolovi u stomaku, telu, kostima i mišićima, znojenje, a na psihičkom, nekada postoji apatija ili potištenost, a češće razdražljivost i agresivnost, teškoće uspavlivanja i isprekidan san, izražena psihička potreba za kokainom.

I kod akutnog trovanja kokainom može doći do predoziranja i životne ugroženosti, jer se većim dozama menja srčani rad, ritam disanja, povećava se pritisak, sve do poremećaja svesti i takvih telesnih izmena koje mogu uzrokovati smrtni ishod.

v) Kanbinoidi predstavljaju psihotropne supstance koje su, takođe, u čestoј upotrebi, a kod nas je njihovo posedovanje i korišćenje zabranjeno zakonom, tj. predstavlja krivično delo. Zlopupotreba ovih supstanci, čiji su derivati koji se susreću u praksi hašiš i marihuana, predstavlja i predmet rasprava da li iste treba legalizovati ili ne. Ovo i iz razloga što postoje mišljenja da bi kontrolisana distribucija i upotreba marihuane ili hašiša, s obzirom na manje štetne posledice po zdravlje, smanjila društvene probleme i kriminogene posledice (Chiswick, Cope, 2001: 97).

Aktivni sastojak koji ima psihotropne efekte je tetrahidrokanabinol (THC), koji se dobija iz indijske konoplje, *canabis sativa*. U organizam dospeva najčešće pušenjem, udisanjem para ove supstance, u nekim situacijama i žvakanjem. Ako je droga nastala od cvetova biljke, to je hašiš, a ako su u pitanju osušeni listovi radi se o marihuani.

Upotreba ovih supstanci dovodi do opuštanja, osećanja prijatnosti, povećane osetljivosti čula, te je to onaj efekat koji osoba želi da postigne. Kod upotrebe većih doza mogu nastati stanja konfuznosti, uznemirenosti, a nekada i doživljavanje čulnih obmana, sve kao rezultat stimulativnog dejstva aktivnog sastojka na funkciju mozga. Nakon ovoga sledi faza razdražljivosti, apatije, nespokoјstva, često se sva doživljavanja okončavaju snom. Telesne manifestacije su prisutne i najčešće su u formi suvoće usta, osećaja težine u udovima, lako ubrzanog pulsa i dr. Upotreba kanabionida, posebno marihuane, često se sreće kod osoba koji u principu nemaju svojstva ličnosti

zavisnika. Tako kanabis upotrebljavaju i osobe koje ne odudaraju svojim ponašanjem značajnije od okoline, a imaju običaj da u situacijama kada nemaju uobičajene obaveze obezbeđuju opuštanje i osećanja prijatnosti upotrebom kanabionida. To su tzv. „vikend“ upotrebe ovih supstanci, da bi sa vraćanjem svakodnevnim obavezama, bez ikakvog problema prekidali upotrebu istih. Navedene okolnosti koriste se kao obrazloženje u zahtevima za legalizaciju marihuane ili njene dekriminalizacije, i koriste se kao potvrda da se ne radi o mentalnim poremećajima koji su izazvani zloupotrebom psihoaktivnih supstanci. U našem pravnom sistemu još uvek se posedovanje i korišćenje, a posebno proizvodnja i stavljanje u promet ove grupe psihokativnih supstanci, tretira kao krivično delo, te će se takav pristup zadržati i u sudsko-psihijatrijskoj elaboraciji.

U odnosu na upotrebu kanabinoida postavlja se pitanje da li izazivaju zavisnost i ako je izazivaju kakvog je kvaliteta i značaja. Dugotrajna upotreba marihuane ili hašiša u svakom slučaju dovode do psihičke zavisnosti, odnosno do potrebe da se supstanca uzme ponovo radi postizanja prijatnih psihičkih doživljavanja. Neki autori (Kecmanović, 1992) govore i o fizičkoj zavisnosti kod osoba koje godinama uzimaju visoke dnevne doze ovih supstanci, kada nastaju i izmene u ponašanju i opisani amotivacioni sindrom (pad voljnih podsticaja, apatija, nezainteresovanost), uz telesne manifestacije kao što je smanjenje apetita, pad telesne mase, poremećaj rada organa za varenje. U kliničkoj praksi se retko srećemo sa ovim stanjima, ali ukoliko se ista pojave moraju se sagledavati specifično, kako sa dijagnostičkog, terapijskog, rehabilitacionog, ali i sudsko-psihijatrijskog stanovišta.

d) Halucinogeni su grupa psihoaktivnih supstanci čije uzimanje dovodi do doživljavanja čulnih obmana po tipu halucinacija, po čemu su i dobili ime. Često se menja i stanje svesti konzumenta, i sa nivoa budnosti i/ili pojave izmenjenog doživljaja svoje ličnosti ili okoline (depersonalizacija i derealizacija).

Najveći broj ovih supstanci svoju učestalu upotrebu imao je u ranijim periodima, čak je LSD predstavljao rezultat potrage za lekom u lečenju shizofrenije, ali se dobila supstanca koja se kasnije zloupotrebljavala za dobijanje unutrašnjih doživljavanja koja su opisana. U principu, halucinogeni

koji su ranije korišćeni (LSD, Meskalin, amfetamin) nisu stvarali fizičku, već samo psihičku zavisnost.

U današnje vreme srećemo se sa povećanom upotrebom droge koja se u uobičajenoj komunikaciji naziva ekstazi (metilendioksimetaamfetamin – MDMA), čijom upotrebom nastaje prijatno raspoloženje, euforija, osećanje većih psihičkih moći i sposobnosti, nekada konfuznosti i halucinatornih doživljavanja. Pored psihičke zavisnosti, nastaje i fizička, te prekid uzimanja dovodi do apstinencijalnog sindroma („krize“). Ono što ovaj narkotik čini posebno opasnim je to da njegovom upotrebom nastaju brza organska oštećenja mozga, sa propratnim psihičkim izmenama psihoorganskog tipa (oštećenje intelektualnih funkcija i degradacija ličnosti).

đ) Ostali mentalni poremećaji koji nastaju zloupotrebom psihoaktivnih supstanci su znatno ređi i imaju manji, kako pravni, tako i sudsko-psihijatrijski značaj. Među njima su zloupotreba, pa i zavisnost od lekova sa psihoaktivnim svojstvima (sedativi, anksiolitici, antiholinergici).

e) Posebno kategoriju čine mentalni poremećaji zbog upotrebe brojnih droga i upotrebe drugih psihoaktivnih supstanci (F 19). Radi se o sve prisutnijoj pojavi da osobe, posebno mlađeg uzrasta, upotrebljavaju narkotike različitog tipa, uz čestu kombinaciju sa određenim lekovima u visokim dozama i/ili većim dozama alkohola. U principu dominira zloupotreba jedne supstance, sa razvojem i zavisnosti od iste, dok je upotreba ostalih na nivou štetne upotrebe narkotoka ili leka.

3. Sudsko-psihijatrijski aspekt poremećaja nastalih zloupotrebom droga

Sama priroda zloupotrebe droga, posebno u situacijama kada je došlo do razvoja bolesti zavisnosti, generiše ponašanje koje je na svojevrsan način „suprotstavljeno“ sa određenim pravnim normama, kako u oblasti krivičnog, tako i u oblasti građanskog prava. Ovome posebno doprinosi da svojstva mentalnog poremećaja koji je nastao upotrebom narkotika gotovo po pravilu menjaju sistem vrednosti i ponašanja osobe, koje je determinisano opisanim simptomima i fenomenima mentalnih poremećaja, a ima i pravne implikacije. Upravo ove okolnosti utiču da se u tim slučajevima traži pomoć od sudskih psihijatara, sa ciljem da se dobiju odgovori kakvo je psihičko stanje te osobe,

kakvo je ono bilo u vreme postupanja sa pravnim posledicama, kakve su bile sposobnosti lica da u tim momentima adekvatno rasuđuje i odlučuje, što forenzički psihijatar treba da učini na osnovu procene duševnog stanja individue i psihičkih poremećaja koji su kod njih nastali.

Tako se dolazi do dokazne procedure koja predstavlja sudsko-psihija-trijska veštačenja osoba u pravnom postupku kod kojih postoje mentalni poremećaji uzrokovani upotrebom droga ili kada postoji sumnja da ti poremećaji postoje. Sama sudsko-psihijatrijska analiza je u suštini složena aktivnost, u kojoj se sagledavaju različite činjenice i okolnosti, preko podataka iz sudskih spisa i medicinske dokumentacije, pregleda osobe (ukoliko se radi o zaživotnim veštačenjima) i utvrđivanja stanja njenog duševnog zdravlja, da bi se na kraju pružili odgovori da li postoji neki mentalni poremećaj uzrokovan upotrebom narkotika, kakav je taj poremećaj i kako je uticao na psihičke procese i sposobnosti te osobe sa aspekta pravnog postupka u kome ona učestvuje. U zavisnosti od prirode pravnog postupka, mogu uslediti i različita brojna pitanja na koja veštak psihijatar treba da odgovori, a čime pruža svoju stručnu pomoć sudu (ili nekom drugom pravosudnom organu koji vodi postupak) kako bi se razjasnile činjenice psihijatrijskog kvaliteta.

Forenzičko-psihijatrijska analiza onih stanja koja su u vezi sa zloupotrebom narkotika u pravosudnom postupku odlikuje se sagledavanjem različitih faktora, posebno onih koji su vezani za osobe kod kojih postoji neki od navedenih mentalnih poremećaja. Među njima poseban značaj imaju karakteristike strukture i dinamike ličnosti (Ilić, 1998: 67), ali i različiti socijalni, naročito porodični faktori, što sve, uz karakteristike ovih mentalnih poremećaja, može biti uzrok ponašanja sa društveno negativnim posledicama, kako za pojedinca, njegovo bliže okruženje, tako i za društvo u celini.

Treba istaći i to da između pravne terminologije i one koju koristi psihijatrija postoji određena neusklađenost, što nekada može uzrokovati probleme u postupcima veštačenja i određeno nerazumevanje na relaciji pravni-sudski psihijatar. Naime, u pravu se zadržala podela svih psihijatrijskih poremećaja na duševne bolesti, privremene duševne poremećenosti, zaostali duševni razvoj i neke druge teže duševne poremećenosti, kao biološke faktore koji utiču na psihičke sposobnosti osobe, posebno sposobnosti rasuđivanja (sposobnost da

se shvati pravni i stvarni značaj radnje koja se preduzima i njene posledice) i odlučivanja (sposobnost da se kontroliše ponašanje, koje bi vodilo ka celishodnosti i pravilnoj usmerenosti delanja). Sa druge strane, psihijatrija govori o mentalnim poremećajima, u slučaju tematike ovog rada onim koji su nastali zloupotrebom psihoaktivnih supstanci, među kojima značajan broj pripada drogama, odnosno narkoticima. A među njima su neki koji bi se mogli svrstati u pravom određene grupe psihičkih poremećaja. Međutim, neretko se u praktičnim situacijama susrećemo, kao veštaci, sa pitanjima da li ima gore navedenih bioloških stanja, a zatim se pitanje proširuje time da se traži izjašnjenje o tome da li ima i bolesti zavisnosti. Kao da pravnici smatraju da su bolesti zavisnosti neka posebna psihička stanja koja se ne mogu svrstati u prethodno navedena. Odgovor je da su bolesti zavisnosti duševna oboljenja, jer su posebna psihijatrijska nozološka kategorija. Ovo veštaci treba da potenciraju u svom radu, pa i u svojim veštačenjima i pri izradi nalaza i mišljenja veštaka. Tada je potrebno psihijatrijske dijagnoze prevesti na jezik razumljiv pravnicima, što ima poseban značaj kada se predlažu mere bezbednosti medicinskog karaktera, o čemu će biti kasnije reči.

Već je istaknuto da se značaj mentalnih poremećaja nastalih usled zloupotrebe droga može sagledavati i u domenu krivičnog i u oblasti građanskog prava, što sudsko-psihijatrijskom aspektu ovih poremećaja daje i određeno mesto u ovim pravnim oblastima.

3.1. Sudsko-psihijatrijski aspekt mentalnih poremećaja uzrokovanih zloupotrebom droga u krivičnopravnoj oblasti

Osobe sa ovom poremećajima mogu se pojaviti kao izvršiocu različitih krivičnih dela, te se u principu razlikuje nekoliko grupa delinkvenata.

Prvu grupu uglavnom zavisnici od droga, koji su iscrpeli svoje materijalne resurse i vrše imovinske delikte, falsifikate ili prevare, sve sa osnovnim ciljem da na ovaj način dođu do sredstava za nabavku narkotika. Kod njih „propadaju“ svi vrednosni sistemi i ponašanje vodi žudnja da se narkotik nabavi i ponovo konzumira. Zbog ovakvih obeležja njihovog psihičkog stanja, neophodno je sudsko-psihijatrijsko sagledavanje. Neretko, ove osobe nabavljaju određenu količinu narkotika po nižim cenama, pa jedan deo upotrebljavaju, a drugi stavljaju u promet, kako bi što više smanjili materijalne izdatke za nabavku

droge za sebe. Zbog toga su u literaturi nazvani tzv. „malim dilerima“ (Craft, Craft, 1984: 209).

Drugi deo delinkvencije vezan za narkotike odnosi se na krivična dela koja obuhvataju proizvodnju, nedozvoljen promet ili omogućavanje drugim licima da upotrebljavaju droge, što veoma često čine lica koja nisu zavisnici ili uopšte ne upotrebljavaju narkotike, ali u situacijama kada su u krivičnom postupku zbog ovakvih radnji često navode da su drogu posedovali za sopstvene potrebe. Sam ovaj podatak nameće i ovde potrebu da se veštačenje obavi, pri čemu ono zahteva oprez u proceni da li je povremena upotreba narkotika autentična ili ne.

Oblast rada sudskih psihijatara vezanih za ove mentalne poremećaje u oblasti krivičnog prava dominantno je vezana za tradicionalne krivično pravne institute, kao što su *uračunljivost* i *mere bezbednosti medicinskog karaktera*.

Kod utvrđivanja (ne) uračunljivosti, prvi zadatak veštaka psihijatra je da utvrdi da li kod izvršioca delikta postoji neki mentalni poremećaj nastao usled zloupotrebe droga, i, ako postoji, da li se može svrstati u duševno oboljenje, privremenu duševnu poremećenost, da li se poremećaj eventualno javio kod osoba koje su duševno zaostale ili da li ima elementa koji bi govorili u prilog postojanja neke druge teže duševne poremećenosti. U situacijama kada se utvrdi da neki od ovih mentalnih poremećaja postoji, neophodno je izjašnjenje o tome da li je on, i u kojoj meri, uticao na sposobnosti shvatanja značaja dela (sposobnost rasuđivanja) i/ili upravljanja svojim postupcima (sposobnost odlučivanja).

U prezentovanju materije iz ove oblasti opredeljenje je da se ista poveže sa prikazom pitanja vezanih za (ne)uračunljivost i tipologijom mentalnih poremećaja koji su uzrokovani zloupotrebom narkotika.

a) Akutna intoksikacija je, kao što je već rečeno, stanje psihičkih, telesnih i ponašajnih promena, koje nastaje pri pojedinačnom uzimanju nekog narkotika. U postupcima veštačenja, ova stanja mogu imati dva modaliteta, koji imaju različite i psihijatrijske, a posebno pravne implikacije. Naime, akutna intoksikacija nekim narkotikom kod izvršioca krivičnog dela može nastati i kod izvršilaca koji nisu zavisnici od droga i kod delinkvenata koji su zavisnici od te supstance.

Ni psihijatrijska, a posebno ni pravna pozicija navedenih izvršilaca nije ista. Naime, nije identičan psihijatrijski status osobe koja sporadično uzima narkotik i onog lica koje to čini stalno, nekontrolisano i neumereno. Takođe (a to je bitno za pravo), nije jednaka pozicija u odnosu na voljni momenat za uzimanjem narkotika kod osobe koja povremeno uzima narkotik i kod one koja je zavisnik, gde žudnja, u formi prinude da se narkotik ponovo uzme, vodi zavisnika u ponašanje u cilju nabavke i stvaranja preduslova za ponovnim uzimanjem droge.

Sa medicinskog, posebno psihijatrijskog stanovišta, akutna intoksikacija je stanje zatrovanosti organizma nekom psihoaktivnom supstancom, sa mnoštvom psihičkih, telesnih i ponašajnih izmena i veštaci ovu pojavu treba tako da tretiraju. Pri tome procenjuju (u zavisnosti od učestalosti upotrebe droge, vrste i uzete doze narkotika itd.) u kom stepenu su narušene psihičke sposobnosti u ovom stanju privremene duševne poremećenosti i da li to stanje dovodi do neuračunljivosti ili bitno smanjene uračunljivosti. Uz to je potrebno dati i odgovor da li se radi o akutnoj intoksikaciji zavisnika ili lica koje retko uzima narkotik.

Međutim, upravo od ovog što je zadnje navedeno zavisi pravna pozicija izvršioca delikta u stanju akutne intoksikacije izazvane upotrebom droge.

Naime, ukoliko se radi o izvršiocu krivičnog dela koji retko ili sporadično uzima narkotike i da je delo izvršio u stanju neuračunljivosti ili bitno smanjene uračunljivosti, pravo će primeniti odredbe navedene u čl. 24. Krivičnog zakonika Srbije, određene kao Skrivljena neuračunljivost (skrivljena bitno smanjena uračunljivost). Naime, primeniće se pravni princip *actiones liberae in causa*, koji krivicu delinkventa sagledava ne u vreme kada je usled upotrebe narkotika nastupila neuračunljivost (bitno smanjena uračunljivost), već u vreme pre nego što je počeo da se dovodi u navedeno stanje. Drugim rečima, sagledava se da nije bilo patoloških elementa koji su uticali na početak primene narkotika (primena je rezultat slobodne volje i želje da se ostvari očekivano dejtvo droge) i da je budući delinkvent mogao da zna ili je znao da primenom narkotika može nastati takva izmena ponašanja koja može imati i karakter krivičnog dela. Samim tim, i pored postojanja stanja neuračunljivosti postojaće

krivica za izvršeno krivično delo, odnosno stanje bitno smanjene uračunljivosti neće biti osnov za blaže kažnjavanje (Stojanović, 2006: 102).

Ukoliko je akutna intoksikacija utvrđena kod delinkventa koji je zavisnik, promena psihičkog stanja se mora razmatrati u sklopu postojećeg duševnog oboljenja, tj. bolesti zavisnosti. Ovde postoje i biološki i psihološki osnov umanjena uračunljivosti ili njenog isključenja u vreme izvršenja delikta, s tim da se je nužna individualna procena. Onda kada se drogiranost zavisnika odlikuje psihopatološkim fenomenima koji ukazuju na otuđenje od realiteta (halucinacije, sumanute ideje, poremećaj kontrole afektivnih i impulsivnih postupka, a time i kontrole agresivnih pobuda i dr.) uglavnom će uslediti mišljenje da je postojala nesposobnost shvatanja značaja dela i upravljanja svojim postupcima. Ukoliko postoje blaži poremećaji psihičkih funkcija, uglavnom sledi izjašnjenje o umanjenju uračunljivosti, a da li će to biti u stepenu koji je bitan ili samo smanjen, ali ne i bitno, zavisiće od svakog konkretnog slučaja.

Na ovom mestu treba ukazati i na okolnost koja se retko primenjuje u pravosudnom radu, posebno na početku faze istrage ili čak u predistražnom postupku. Naime, kada se dobiju podaci da je delinkvent bio pod uticajem narkotika u vreme izvršenja dela, ta okolnost se veoma retko proverava primenom dosta pozudanih laboratorijskih testova, iako zbog kratkog intervala to može lako dokazati. Tako se, veoma često, veštak posle protoka značajnog vremenskog perioda susreće sa odbranom učinioca da je u vreme izvršenja dela bio u fazi drogiranosti, a više nema mogućnosti da se to i objektivno utvrdi. U takvim situacijama veštak davanje nalaza mora da upodobi postojećem činjeničkom stanju, čak i kada možda ono nije realno, ali je ono propust drugih, a ne veštaka. Zbog toga i potreba da se lica koja vode ove postupke i dalje edukuju da primene postojeće načine utvrđivanja prisutva narkotika u organizmu, kako bi se izbegle situacije da se sudski psihijatar nalazi u sferi spekulativnih momenata. Ovakvo postupanje, ne samo da olakšava psihijatrijsku procenu, već bi pomoglo i pravnicima u utvrđivanju činjeničnog stanja i donošenju što objektivnijih presuda.

b) Zavisnost od narkotika, kao duševno oboljenje spada u biološke osnove umanjena ili isključenja uračunljivosti. Naravno, intenzitet psihičkih izmena

zavisiće od brojnih faktora, a pre svega od narkotika koji je doveo do bolesti zavisnosti, dužine trajanja bolesti, načina uzimanja droge, ranijih iksustava sa doživljavanjem apstinencijalnog sindroma (narkomanskih kriza).

Prema psihičkom stanju u kome se zavisnik može naći u vreme izvršenja krivičnog dela uglavnom se sreću sledeće situacije: da je zavisnik bio u fazi akutne intoksikacije (drogiranosti) u vreme izvršenja dela, o čemu je već bilo reči, da se nalazio u stanju postojanja apstinencijalnog sindroma („krize“), sa ispoljenim fenomenima fizičke i/ili psihičke zavisnosti, situacija da se zavisnik nalazi u tzv. produženom apstinencijalnom sindromu, tj. da je delo izvršeno u periodu kada je zavisnik prekinuo uzimanje narkotika pre nekoliko nedelja ili meseci, ali se blagi fenomeni zavisnosti i dalje održavaju (Krstić, 1996: 113).

Ukoliko je delo izvršeno kada se zavisnik nalazio u apstinencijalnom sindromu, posebno kada je u pitanju „kriza“ nastala prekidom uzimanja tzv. „velikih droga“ (heroin, kokain, ekstazi i dr.) zbog postojanja izraženih fenomena i fizičke i psihičke zavisnosti, moć rasuđivanja, a posebno odlučivanja mogu biti veoma značajno umanjene, pa čak i isključene. Naime, želja da se izbegnu veoma mučna telesna i psihička doživljavanja neuzimanjem narkotika, kao i žudnja (sa snagom prisile za zavisnika) da se narkotik ponovo uzme, vode u delikte najčešće imovinsko-pravnog karaktera, prevare, falsifikate, odnosno oblike ponašanja koji će omogućiti zavisniku da obezbedi način i sredstva da narkotik ponovo nabavi i uzme. Kod teških narkomanskih kriza i dalje će uglavnom postojati spoznaja da to što čine predstavlja krvična dela, može se reći da je sposobnost shvatanja značaja dela očuvana (sem ako nema psihotičnih ispoljavanja). Međutim, značajno je narušena sposobnost upravljanja svojim postupcima, jer žudnja i pomenuta neprijatna doživljavanja usmeravaju ponašanje zavisnika u navedenim pravcima i samo je to u centru njihove svesti (naći način da se droga nabavi i ponovo uzme). Zato je i sposobnost upravljanja svojim postupcima umanjena, uglavnom u bitnom stepenu ili čak isključena. Samim tim, pošto je jedna od psiholoških komponenti uračunljivosti tako umanjena, pravnik će navedeni nalaz veštaka ceniti kao da postoji bitno smanjena uračunljivost ili neuračunljivost *tempore delicti*.

Ono što često pravi problem u ovim procenama je okolnost da se često vodi postupak protiv zavisnika za veći broj delikata koji su izvršeni u daljoj prošlosti, da se sam delinkvent zavisnik ne može setiti da li je tada bio drogiran ili u „krizi“, pa se javlja situacija da se sa teškoćom može odgovoriti u kom stepenu je bila umanjena uračunljivost za svako delo ponaosob, kako je jedino po pravu pravilno. Tada su veštaci prinuđeni da se izjašnjavaju o celokupnom periodu, prema postojećim podacima dobijenim od zavisnika, iz medicinske dokumentacije i spisa predmeta. Drugi problem je okolnost da veštaci često pregled vrše mesec-dva od izvršenja dela, posebno kada je zavisnik u pritvoru i kada vidimo zavisnika u dosta oporavljenom stanju, a nalaz se daje za period od nekoliko meseci pre obavljanja pregleda. I pored inisistiranja kod organa koji vode postupak da se ova veštačenja obavljaju što pre, nažalost to često izostaje, pa je potrebno bar u penalnim uslovima oformiti i edukovati medicinsko osoblje da prepozna ova stanja i navede ih u medicinskoj dokumentaciji ustanova u kome se pritvor realizuje. To značajno pomaže veštacima da uopšte utvrde da li se radi o izvršiocu dela koji je zavisnik ili ne, kao i da se prema tom opisu stvore osnovi za dobru forenzičko-psihijatrijsku procenu.

Ako se radi deliktu u produženoj apstinenciji, kao periodu kada je zavisnik relativno skoro prekinuo sa uzimanjem narkotika, uračunljivost je ili očuvana ili smanjena, ali ne i u bitnom stepenu, što će biti predmet individualne ocene.

3.2. Sudsko-psihijatrijski aspekt mentalnih poremećaja uzrokovanih zloupotrebom droga u građanskopravnoj oblasti

Pravni poslovi obavljani u fazi drogiranosti (akutne intoksikacije) su relativno retki, a ako se obave, procenjivaće se do kakvih i kolikih psihičkih izmena je to stanje dovelo kod te osobe. Ukoliko su u pitanju blagi poremećaji psihičkih sposobnosti, shvatanje pravnog posla i njegovih posledica može biti očuvano, dok kod teže izmenjenosti, ove sposobnosti su i sa sazajnog i sa voljno-motivacionog aspekta bitno narušene ili isključene.

Kada je u pitanju zavisnost od narkotika u građanskopravnom smislu može se postaviti više pitanja: ocena poslovne sposobnosti zavisnika u postupku za lišenje iste, ocena učinjenih pravnih poslova, procena u postupcima za razvod braka i poveru dece, kao i procene u domenu radno-pravnih odnosa.

Osobu koja je zavisnik od droga, za znacima fizičke i psihičke zavisnosti treba potpuno ili delimično lišiti poslovne sposobnosti, jer psihičke izmene do kojih bolest dovodi ih čini u vreme bolesti umanjeno sposobnim ili nesposobnim da se adekvatno i samostalno brinu o sebi, svojim pravima i interesima, a i svojim postupcima mogu naneti štetu sebi i bliskom okruženju. To, naravno, ne znači da se radi o trajnom statusu tih osoba, jer ukoliko je bolest izlečena, uspostavljena apstinencija u dužem periodu, i nema nekih trajnih psihijatrijskih oštećenja, poslovna sposobnost se može delimično ili potpuno vratiti.

Pravne radnje (otuđenje dela imovine, imovinsko-pravni ugovori i sl.) učinjene u apstinencijalnom sindromu su kod težih oblika ovih stanja učinjene u cilju bolesne potrebe da se dođe do načina da se narkotik ponovo nabavi i koristi, te su u odnosu na te pravne poslove ove osobe nesposobne za rasuđivanje i odlučivanje, što bi u pravnom smislu vodilo poništaju ovih pravnih poslova. U slučaju lakših oblika ovog sindroma, uglavnom kod postojanja samo psihičke zavisnosti, procena poslovne sposobnosti je individualna, a parametri procene biće ličnost i njene karakteristike, vrsta narkotika koji se koristi, dnevna doza, način uzimanja i dr. Ukoliko zavisnost prate i psihotični poremećaji tada će, zbog poremećaja testa realiteta, sposobnosti rasuđivanja i odlučivanja, u principu, biti isključene ili veoma značajno smanjene.

Zavisnost od droga, u principu, čini te osobe nepodobnim da im se poveri dete, sve dok ovo stanje postoji i dok se ne utvrdi kvalitetno i trajno izlečenje i rehabilitacija i resocijalizacija. Ako je pravac toka lečenja i evolucije bolesti takav, kada se dobro stanje uspostavi, mogu se ove ličnosti i odrediti kao one kojima se poverava dete, što će zavisiti od same konkretne situacije i drugih, posebno socio-ekonomskih okolnosti.

U domenu radno-pravnih odnosa (ocena preostale radne sposobnosti, otkazi usled povrede radne discipline ili radne obaveze), postojanje zavisnosti od droga, kao bolesti, može umanjivati radne sposobnosti ili uticati na mišljenje da zavisnik nije bio sposoban za rasuđivanje u odnosu na povredu radne obaveze ili radne discipline. I ovde je neophodna individualna procena, prema stepenu izraženosti bolesti, oštećenju psihičkih procesa, a eventualne psihotične komplikacije ili organska oštećenja mozga i izmena psihičkih

processa usled toga povećavaju mogućnost za psihijatrijsku procenu da je izostala sposobnost rasuđivanja i odlučivanja u tim periodima.

4. Zaključak

Sudsko-psihijatrijski aspekt zloupotrebe, a posebno zavisnosti od droga, samo je jedan od pristupa sagledavanju ove izuzetno raširene, društveno negativne pojave. Istovremeno ova oblast je i interdisciplinarna, jer povezuje na specifičan način pravo i psihijatriju, kako sa teorijskog, tako i sa praktičnog stanovišta.

Zloupotreba narkotika je ozbiljan medicinski i psihijatrijski problem, jer osim poremećaja na planu mentalnog zdravlja, dovodi i do drugih ozbiljnih oštećenja zdravlja, a, nažalost, povremeno i do fatalnih posledica.

U ovoj oblasti sudsko-psihijatrijski aspekt može se ogledati u svim oblastima prava, posebno onim iz domena krivičnog i građanskog prava.

U radu je posebno prikazana aktivnost sudskih psihijatara u postupcima forenzičko-psihijatrijskih veštačenja osoba kod kojih su nastupili mentalni poremećaji usled zloupotrebe narkotika. U oblasti krivičnog prava ona su dominantno usmerena na procenu uračunljivosti izvršilaca krivičnih dela iz ove grupacije, a nekada i na procenu rizika za ponavljanje krivičnih dela zbog postojanja duševnih poremećaja uzrokovanih upotrebom droga, kroz prizmu predloga za primenu mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja narkomana, kako u određenim ustanovama, tako i kroz sistem ambulantno-dispanzerskog tretmana. U oblasti građanskog prava, iako znatno ređa, psihijatrijska veštačenja ovih lica mogu se obavljati u postupcima za lišenje poslovne sposobnosti, kod sagledavanja njihovih mentalnih sposobnosti za obavljanje određenih pravnih poslova (posebno imovinsko-pravnog karaktera), kao i u postupcima procene njihove radne sposobnosti ili procene za rasuđivanje (i odlučivanje) kod povreda radne obaveze ili radne discipline.

U sklopu ovoga je i izložena tematika rada, koji predstavlja način da se ovi poremećaji sagledaju i sa sudsko-psihijatrijskog stanovišta, i time doprinese sveobuhvatnom sagledavanju pojave kao što je zloupotreba droga. Ovim se potvrđuje i činjenica da je ova problematika multidisciplinarnog karaktera, te zahteva angažovanje stručnjaka i naučnika iz različitih oblasti u njenom

sagledavanju, ali i u borbi da se ista suzbije ili umanju. Ovaj problem je neophodno rešavati permanentno, pratiti oblike njegovog ispoljavanja i negativne posledice do kojih dovodi, što upućuje na stalnu aktivnost celokupne društvene zajednice i njenih stručnih i profesionalnih segmenata u rešavanju ili umanjivanju štetnih konsekvenci do kojih mentalni poremećaji koji su uzrokovani zloupotrebom droga dovode.

Literatura

Bureau of Justice Statistic USA, 1987

Craft, M., Craft, A. (eds.). (1984). *Mentally abnormal offenders*. Eastbourne: Bailliere Tindal

Chiswick, D., Cope, R. (eds.). (2001). *Practical forensic psychiatry*. Glasgow: Gaskell

Curann, W. J., Mc Garry, L. A., Shah, S. A. (1986). *Forensic psychiatry and psychology*. Phyladelphia: F. A. Davis Company

Ćirić, Z. (2013). *Osnovni sudske psihijatrije*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta

Ćirić, Z., Dimitrijević, B. (2009). *Osnovi sudske psihijatrije i sudske psihologije*. Niš: SKC

Goreta, M., Peko-Čović, I., Bužina, N. (2004). *Psihijatrijska veštačenja, Zbirka ekspertiza, Knjiga prva: Kazneno pravo*. Zagreb: Naklada

Ilić, B. (2005). *Fenomenologija agresivnosti delinkvenata*. Niš: Sven

Ilić, B. (1998). *Psihološki profil adolescentnih narkomana (magistarski rad)*. Beograd: Filozofski fakultet

Kapamadžija, B. (1989). *Forenzička psihijatrija*. Novi Sad: Dnevnik

Klasifikacija mentalnih poremećaja i poremećaja ponašanja, Klinički opisi i dijagnostička uputstva. (1992). Beograd: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva

Kovačević, R. (2000). *Forenzička psihijatrija*. Banja Luka: Centar za publikacije Pravnog fakulteta

Krivični zakonik sa obrazloženjem za donošenje Krivičnog zakonika. (2006).
Beograd: Pravnoistraživački centar

Krstić, B. (1996). *Sudska psihijatrija*. Niš: SKC

Stojanović, Z. (2006). *Komentar krivičnog zakonika*. Beograd: Službeni glasnik

Zoran Ćirić, D.M.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

**Forensic Psychiatry Approach to Mental Disorders Resulting from
Substance Abuse**

Summary

In the last few decades, mental disorders resulting from substance abuse have become a frequent phenomenon, which features diverse forms and degrees of severity. In addition to being a medical and extremely harmful social phenomenon, substance abuse (commonly known as drug or narcotics abuse) is frequently a subject matter of research in many sciences or scientific disciplines, such as medicine, psychology, sociology, legal science, etc.

Drug abusers may develop diverse mental disorders, which largely depends on the type of psychoactive substance which is being abused and the method of taking narcotics (including frequency, daily dose, mode of administration, etc.). In this paper, the author provides an overview of different types of mental disorders according to the applicable International Classification of Mental and Behavioral Disorders. The disturbance of mental functions due to drug abuse (which may or may not result in the development of a mental disorder) changes the perception and behaviour of drug users. The disturbance of mental functions becomes particularly prominent in the circumstances where substance abuse has turned into a drug addiction; the basic characteristic of the dependence syndrome is an irresistible urge (craving or even compulsion) to take the substance in order to enjoy its effects again or to avoid/relieve the drug addiction crisis or the abstinence syndrome, which may be extremely painful and agonizing.

As a consequence of these mental disturbances and other disorders arising from drug addiction, human behaviour may be disrupted to such an extent that a person may demonstrate some criminal conduct, which ultimately makes these mental disorders highly relevant in the field of criminal law. Given the fact that the criminal offender is a drug abuser who may have different forms of mental disorders, there is a need to consider the offender's mental capacity (sanity), which ultimately makes these mental disorders highly relevant from the point of view of forensic psychiatry.

The author's primary goal in this paper is to present the basic postulates underlying the perception of drug abuse and drug addiction in forensic psychiatry, both from the theoretical and practical point of view. In exploring the practical aspect of this issue, the author focuses on presenting the basic principles of forensic-psychiatric expertise of criminal offenders who have been diagnosed as having mental disorders caused by drug abuse. The expertise includes different aspects of assessing mental disorders: giving professional opinions on the offender's mental capacity (sanity), assessing the potential danger of recidivism or commission of a more serious criminal act, and giving proposals for relevant security measures concerning the mandatory treatment of drug addicts both in outpatient clinics and in other relevant in-patient medical institutions.

Given the fact that mental disorders stemming from drug abuse frequently have numerous financial, family and professional implications, the author presents some forensic psychiatric attitudes pertaining to the assessment of contractual capacity of these persons, the assessment of their working capacity (including the remaining working ability or temporary inability to work), the assessment of mental capacity for exercising the parental right or custodianship rights. In that context, the author provides the forensic psychiatric aspects of these mental disorders from the aspect of civil law.

Drug abuse and drug addiction involve serious and complex socio-pathological problems which are difficult to treat/cure. This paper is the author's contribution to casting light on these issues, primarily from the aspect of forensic psychiatry.

Key words: drug abuse, addiction, forensic psychiatry.

Dr Miomira Kostić*

Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

NAUČNI ČLANAK

Filip Mirić*

Doktorand Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

UDK:343.97

Rad primljen: 01.09.2014.
Rad prihvaćen: 01.12.2014.

GLOBALIZACIJSKE TEORIJE O KRIMINALITETU**

Apstrakt: *Proces globalizacije je zahvatio sve društvene tokove, pa tako nije zaobišao ni kriminalitet. Njegovo delovanje se najviše uočava u razvoju novih oblika kriminaliteta, koji umnogome prevazilaze nacionalne okvire država i dobijaju nadnacionalni karakter. Tu se, pre svega, misli na različite forme organizovanog kriminaliteta, ali i na određene njegove oblike koji predstavljaju svojevrsno državno nasilje i čije se posledice ogledaju u sistematskom kršenju ljudskih prava. Takođe, proces globalizacije kriminaliteta je uslovio formiranje internacionalnih organizacija (Interpol, Eurojust), koje imaju za cilj suzbijanje kriminaliteta koji prevazilazi nacionalne okvire.*

Novi oblici kriminaliteta uslovljeni globalizacijom zahtevali su i novi pristup u njihovom proučavanju. Postojeće kriminološke teorije su se pokazale nedovoljnim u objašnjavanju svih uzroka koji dovode do pojave kriminaliteta. Neophodno je bilo kreirati nove teorije i nova učenja o uzrocima kriminaliteta. U neprekidnom procesu razvoja kriminologije, u neprestanom traganju za novim objašnjenjima uzroka kriminaliteta, u okviru socioloških teorija, nastale su i globalizacijske teorije o kriminalitetu. Fokus globalizacijskih teorija o kriminalitetu je upravo na njegovoj prevenciji, na smanjenju rizika od njegove pojave. To svakako predstavlja pozitivan pomak, jer pažnju kriminologa pomera s neposrednih uzroka kriminaliteta i usmerava je na izučavanje njihove interakcije, koja je u velikoj meri socijalno uslovljena. Cilj rada je da

* kostic_miomira@yahoo.com

* filip@prafak.ni.ac.rs

** Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта “Заштита људских и мањинских права у европском правном простору” бр. 179046, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

ukaže na to da globalizacijske teorije ne treba posmatrati izolovano od ostalih kriminoloških teorija i učenja, već da one, iako relativno nove, doprinose stvaranju jednog zaokruženog sistema kriminoloških učenja, u cilju pronalaženja optimalnog društvenog odgovora na kriminalitet.

Ključne reči: *kriminologija, sociološka objašnjenja kriminaliteta, globalizacijske teorije, upravljanje kriminalitetom, rizično društvo.*

1. Uvod

Upotreba reči globalizacija u svakodnevnom govoru građana, predstavnika vlasti i političara, naučnika, često poprima značaj uporišta za njihove *za*, ili *protiv* argumente, u odnosu na shvatanje koje zastupaju. Ponekad, njihova početna polazišta i krajnji zaključci koje iznose, u pokušaju da ih spoji smisao pojma globalizacija, dobijaju krajnje nepovoljan ishod i zvuče kontradiktorno. Stoga, razmatranje pitanja globalizacije i globalizacijskih procesa u savremenom trenutku življenja zahteva početno objašnjenje, odnosno izvorište ovog pojma.

Globalizacija je proces interakcije i integracije između ljudskih bića, kompanija, vlada različitih država, proces koji se odvija putem međunarodne trgovine i investiranja, a koji je potpomognut informacionom tehnologijom.¹ Procesom globalizacije utiče se na: prirodnu okolinu; kulturu; političke sisteme; ekonomski razvoj i prosperitet; kao i na fizičku dobrobit ljudi u društvima širom sveta.

Globalizacija ne predstavlja neku posebnu novinu. Hiljadama godina unazad, najpre ljudi, pojedinci, a potom i preduzeća, kupovali su i prodavali robu između sebe, u različitim državama i na velikim razdaljinama. Otuda se i danas izučava kretanje trgovaca na Putu svile, koji se protezao preko Centralne Azije i povezivao Kinu sa Evropom, tokom srednjeg veka. Slično tome, vekovima unazad, preduzetnici i preduzeća investirali su u isplativa poslovanja izvan svojih matičnih država.²

¹ *What is Globalization*, Retrieved 6, August 2014, from <http://www.globalization101.org/what-is-globalization/>

² *Ibid.*

Međutim, politički i tehnološki razvoj, u poslednjih nekoliko decenija, podstakli su rast u međugraničnoj trgovini, investiranju i migracijama stanovništva, u tolikoj meri da se često raspravlja o kvalitetno novoj fazi u razvoju ljudskog društva. Egzaktni numerički podaci pokazuju da je od 1950. godine obim svetske trgovine narastao bar za dvadeset puta više u odnosu na vreme pre toga, a da su za samo dve godine, od 1997. do 1999, strana ulaganja duplirana na svetskom nivou, od 468 biliona dolara na 827 biliona dolara. Ovakvom napretku doprineli su ekonomski sistemi slobodnih tržišta, koji su široko razvili svoje sopstvene stvaralačke mogućnosti, neuslovljene zatvorenim granicama, što i omogućava razvoj trgovine dobara, usluga i investicija.³

Bitisanje u svetu globalizacijskih procesa podrazumeva i življenje u globalnom „rizičnom društvu“. Ovim fenomenom bavio se sociolog Ulrich Beck, tvrdeći da je rizično društvo „neizbežno strukturalno stanje uznapredovale industrijalizacije“ (Beck, 2006: 333), i da, prema tumačenju Giddens (2005), „nije ograničeno samo na rizike po zdravlje i životnu sredinu – ono uključuje čitav niz povezanih promena u savremenom društvenom životu(...)“, „tako da njegovi rizici nisu prostorno, vremenski ili društveno ograničeni“ (Giddens, 2005: 73). Beck, posredno, bez navođenja kriminaliteta kao masovne društvene pojave, u prvi plan stavlja terorističke mreže, nazivajući ih „potencijalnom katastrofom“ (Beck, 2006: 329), čime ukazuje i na najteži oblik društvenih devijacija, odnosno kriminalitet.

Stoga, rizično društvo, kako na to ukazuje i Jarvis, analizirajući učenje Beck-a, u stvari obuhvata mnogo širi kolektivitet, u smislu stvaranja društveno neželjenih posledica. Tu spada porast „opakih društvenih aktivnosti i kriminalnog devijantnog ponašanja, što vodi slomu civilnog društva u određenim njegovim delovima, getoizaciji pojedinaca, i stvara društveno disfunkcionalne klase osoba i povećava rizik po druge za povećanje nivoa kriminaliteta, ili rizika po ličnu bezbednost“ (Jarvis, 2008: 11).

Nesumnjivo je da je proces globalizacije zahvatio sve društvene tokove, pa tako i kriminalitet. Njegovo delovanje se najviše uočava u razvoju novih oblika kriminaliteta, koji u mnogome prevazilaze nacionalne okvire država, i dobijaju nadnacionalni karakter. Time su, pre svega, obuhvaćeni različiti oblici

³ Ibid.

organizovanog kriminaliteta, kao i određene njegove forme, koje predstavljaju svojevrsno državno nasilje i čije se posledice ogledaju u sistematskom kršenju ljudskih prava. Takođe, proces globalizacije kriminaliteta je uslovio formiranje internacionalnih organizacija, kao što su Interpol, Eurojust, na primer, koje imaju za cilj suzbijanje kriminaliteta koji prevazilazi nacionalne okvire.

Novi oblici kriminaliteta, uslovljeni globalizacijom, zahtevali su i novi pristup u njihovom proučavanju. Postojeće kriminološke teorije su se pokazale nedovoljnim u objašnjavanju svih uzroka koji dovode do pojave kriminaliteta. Neophodno je bilo kreirati nove teorije i nova učenja o uzrocima kriminaliteta. U neprekidnom procesu razvoja kriminologije, u neprestanom traganju za novim objašnjenjima uzroka kriminaliteta, u okviru socioloških teorija, nastale su i globalizacijske teorije o kriminalitetu, kojima autori u svom radu posvećuju posebnu pažnju.

2. Upravljanje kriminalitetom i rizično društvo

Kako se slika kriminaliteta u savremenom društvu menja, neminovno dolazi i do promene u sferi društvene kontrole i reda, ali i u oblasti kriminoloških istraživanja i teorija. Savremeni kriminalitet, kao i društvene odgovore na njega, gotovo je nemoguće objasniti bez uzimanja u obzir širih, globalizacijskih procesa, pa su se tako razvila i objašnjenja kriminaliteta u kojima ti procesi zauzimaju centralno mesto. Pored globalizacije, ključni teorijski koncepti, koji su ujedno i ključne tačke preseka kriminološkog istraživanja i šireg domena socijalnog i političkog delovanja u savremenom društvu, jesu i pojmovi: upravljanje kriminalitetom i rizično društvo (Konstantinović Vilić, Nikolić Ristanović, Kostić, 2012: 330), koji se dalje operacionalizuju kroz nekoliko globalizacijskih teorija o kriminalitetu. U najužoj vezi s procesom globalizacije je i koncept transnacionalnog organizovanog kriminaliteta. On se u velikoj meri oslanja na sociološki koncept globalizacije, koji označava način na koji se svet transformiše u jedinstven globalni sistem, i način na koji se svet sužava, uvođenjem nove tehnologije, ekspanzijom internacionalne trgovine i međunarodnom podelom rada (Konstantinović Vilić, Nikolić Ristanović, Kostić, 2009: 194).

Procesom globalizacije i njegovim uticajem na kriminalitet, u savremenoj kriminološkoj teoriji uglavnom su se bavili kriminolozi sociološke orijentacije. Ovo je razumljivo, jer je reč o jednom od najznačajnijih društvenih procesa koji umnogome oblikuje savremeni svet i odnose u njemu. Sigmund Bowman, poznati teoretičar globalizacije, smatra da je „globalno oblikovanje“ jedna od najznačajnijih karakteristika našeg vremena. Globalizacija je kao takva dobila centralno mesto u društvenim naukama, kao i u medijima i u političkim raspravama. Pored Bowman-a, dva značajna teoretičara globalizacije su Beck i Giddens (Konstantinović Vilić, et al, 2012: 330). Giddens smatra da „globalizacija može biti definisana kao pojačavanje društvenih veza širom sveta koje povezuju udaljene lokalitete, na takav način da su lokalna dešavanja oblikovana događajima koji se dešavaju miljama i miljama daleko i obrnuto“. Globalizacija nije fenomen koji se dešava „tamo negde“ (Giddens, 2005: 65). To nije samo proces koji podrazumeva uticaj udaljenih događaja i odnosa između država, već se mora imati na umu da njene efekte doživljavaju i osećaju svi lokaliteti, koji ne mogu više sebe izolovati od događaja i procesa koji se dešavaju na drugom mestu (Loeder, Sparks, 2005: 97). Takođe, Giddens smatra da politika emancipacije predstavlja politiku šansi. Za razliku od nje, politika života radikalno menja parametre društvenih vrednosti, kako na individualnom, tako i na kolektivnom nivou. To je politika samoaktualizacije u refleksivno uređenom okruženju, gde refleksivnost povezuje individualnosti u globalnu celinu (Giddens, 1991: 214). Zbog toga je razumevanje procesa globalizacije neophodno za razumevanje savremenih oblika kriminaliteta, kako nacionalnog tako i međunarodnog, jer je jedan od proizvoda same globalizacije i globalizacija kriminaliteta.

Kriminolozi, izučavajući fenomen globalizacije kriminaliteta, nastoje da pronađu odgovor na pitanje koji to društveni činioci utiču na razvoj organizovanih oblika transnacionalnog kriminaliteta. Castels smatra da postoji velika tenzija između pojava protiv kojih se borba vodi na lokalnom nivou i njihovih značenja čije se formiranje odvija na nacionalnom nivou. Prebacivanje odgovornosti da se borba protiv transnacionalnog kriminaliteta vodi samo na nivou pojedinih država, značilo bi neopravdano i nerealno opterećenje samih država. Kriminalne organizacije mrežnog tipa mogu svojim kriminalnim delovanjem da podriju temelje država. Zbog toga kriminalne mreže postaju

predmet izučavanja savremene kriminologije, posebno u vezi s pitanjem efektivnosti kontrole kriminaliteta (Konstantinović Vilić, et al, 2012: 331). Promena raspodele bogatstva, u pojedinim urbanim sredinama, može dovesti do promena u strukturi kriminaliteta, ali treba voditi računa da se odnos između ove dve pojave isuviše ne pojednostavi. Iako na pojavu pojedinih oblika kriminaliteta utiču dešavanja na sasvim drugom kraju sveta, ipak oni i dalje ostaju oblikovani u velikoj meri izvesnim lokalnim uticajima.

Kada se ima u vidu uticaj globalizacije na kriminalitet i na pojedine njegove pojavne oblike (posebno na različite forme organizovanog kriminaliteta), treba imati u vidu značaj kriminalnopolitičkih mera. One zavise od mogućnosti pojedinih zemalja da se aktivno suprotstave globalizacijskim procesima koji često dovode do naglog povećanja broja pojedinih krivičnih dela. Ovo je posebno izraženo kod trgovine ljudima i oružjem i prostitucije. Proučavanje rizika od kriminaliteta je posebno bitno u njegovoj prevenciji, ali i za proces kreiranja najboljeg društvenog odgovora na ovu negativnu pojavu. U neposrednoj vezi s fenomenom rizika od kriminaliteta je i strah od kriminaliteta. Ova pojava je bila predmet brojnih kriminoloških istraživanja. Kako Beck i Giddens ističu, strah od opasnosti i nesigurnosti je povezan i sa svim opasnostima i nesigurnostima do kojih neminovno dovode procesi modernizacije i globalizacije. Egzistencijalna i ekonomska nestabilnost generišu društvena traganja za sigurnošću. U vezi s tim je i promena društvenog odgovora na kriminalitet, koja se ogleda u stalnom povećanju njegove represivnosti, ali i u prebacivanju odgovornosti za suzbijanje kriminaliteta s države na građane. Ali, time država nije izgubila svoju ključnu ulogu na planu prevencije kriminaliteta. Pre bi se moglo reći da su ciljevi njenog delovanja, nadležnost i delatnosti njenih organa preoblikovani. Bitni segmenti tog preoblikovanja su: decentralizacija ustanova pravosudnog sistema; uključivanje privatnog sektora u poslove koji su do skora bili u isključivoj naležnosti države (privatizacija zatvora, poslova sigurnosti i sl.); i kreiranje poslova prevencije kriminaliteta na nivou lokalne zajednice (Konstantinović Vilić, et al, 2012: 331). Tako su pojedinci postali važan činilac u prevenciji kriminaliteta.

U okviru literature o globalizaciji i kriminalitetu posebno se izražava zabrinutost zbog sporog stvaranja mreže i institucija kontrole kriminaliteta na

međunarodnom nivou. Za sada, u tom pogledu, najveći napredak je postignut u domenu policije. Posle osnivanja Interpola, pojačana je saradnja policije SAD i EU na polju suzbijanja organizovanog kriminaliteta, kao i onih koji se tiču imigracije i politike azila, kao i u smislu pokušaja osnivanja institucija i programa obuke koji imaju za cilj razmenu informacija i veština među evropskim policajcima, tužiocima i sudijama (Konstantinović Vilić, et al, 2012: 332). Ohrabrujući su i drugi pomaci u pogledu pronalaženja globalnog odgovora na suzbijanje kriminaliteta, poput mobilizacije građana zbog ekološkog kriminaliteta i društvenih pokreta i kampanja protiv državnog kriminaliteta i kršenja ljudskih prava, koji su rezultat delovanja mnogih internacionalnih organizacija: EU, OUN, Savet Evrope i sl.

3. Globalizacijske teorije o kriminalitetu

Kako su dobro primetili Loder i Sparks, pitanja sigurnosti i reda se trenutno brzo i radikalno menjaju i sigurno je da se kriminologija ovim novim tema ne može baviti na stari način. Intelektualno ozbiljna, svetska kriminologija za XXI vek će biti ona koja nastoji da, konceptualno, empirijski i normativno, da smisao normativnoj slici kriminaliteta, reda i kontrole (Loader and Sparks forthcoming). I pored nesumnjivih prednosti koje proces globalizacije ima u vidu stvaranja preduslova za kontinuirani razvoj društva, sasvim je jasno da on dovodi i do porasta najsloženijih oblika kriminaliteta, što predstavlja jedan od najvećih problema s kojima se suočava savremena kriminološka misao.⁴ Tako je za kriminologiju posebno značajno to što je globalizacija promenila ugao gledanja na transnacionalni kriminalitet, uzimajući u obzir i uticaj industrijalizacije i urbanizacije na ovaj kriminološki fenomen (Weiss, 2000).

Tri su osnovne kriminološke teorije koje se bave uticajem procesa globalizacije na kriminalitet: Dirkemova teorija modernizacije, svetska systemska teorija i ekološka teorija mogućnosti. U nastavku rada će ukratko biti iznete najvažnije karakteristike svake od navedenih teorija.

Dirkemova teorija modernizacije je bazirana na konceptu podele rada, industrijalizacije, urbanizacije, društvene dezorganizacije, anomije modernih

⁴ О утицају процеса глобализације на криминалитет и безбедносној култури у ери глобализације видети више: Бјелајац, Зиројевић, 2012: 77–99.

vrednosti i kulture heterogenosti (Neapolitan, 1997: 68). Proces modernizacije naglašava normativne obrasce, vrednosne sisteme i savremene vrednosti, poput: univerzalizma, individualizma i orijentacije ka uspehu.⁵

Brze promene u strukturi društva dovode često do kršenja pravnih normi. Norme modernog industrijskog društva zamenjuju do tada važeće društvene norme tradicionalnog društva, stvarajući neravnotežu u društvu. Ova neravnoteža slabi mehanizme formalne i neformalne kontrole u društvu. U kontekstu procesa modernizacije, urbanizacija i migracija na relaciji selo-grad imaju snažan uticaj na promenu tradicionalnih društvenih normi. Industrijalizacija zapravo urušava tradicionalnu porodicu i društvene vrednosti. Najizraženije je dejstvo modernih normi u urbanim sredinama, dok je manje izraženo u tradicionalnim seoskim sredinama. Kao posledica toga, u urbanim sredinama dolazi do porasta anomalije, društvene dezorganizacije i razvoja kriminalnih supkultura. Bez obzira na značaj Dirkemove teorije modernizacije, njoj se mogu uputiti i određene kritike. Krivična dela su zapravo samo ona ponašanja koje društvo prepoznaje kao takva. Ova teorija je ostala apolitična, jer se nije bavila time koliko politički procesi u jednoj državi utiču na pojavu kriminaliteta, već je veću pažnju posvetila unutrašnjim nego spoljnim faktorima kriminaliteta, što je, ujedno, i njen najveći nedostatak.

Marksova teorija uzroke kriminaliteta pronalazi u postojećoj nejednakostrukosti, a u globalizaciji uzrok transnacionalnog kriminaliteta. Svetska sistemska teorija je inkorporirala Marksovo učenje o konfliktu, ali je istovremeno i istakla uticaj ekonomskih faktora u kriminogenezi. Glavni uzročni elementi kriminaliteta, u teoriji svetskog sistema, su: „globalna ekonomija i neujednačeno širenje kapitalističkog načina proizvodnje; međunarodni sistem država, klasne strukture i sukoba; ekonomska nejednakost; klasna priroda države; i, širenje novih ideologija“.⁶ U okviru ove teorije posebno se ističe da je kolonijalizam katalizator neravnomernog razvoja naroda. Ovaj razvoj je kompromitovan globalnim kapitalističkim sistemom slobodne trgovine. Kao rezultat tog

⁵ *The Globalization of Crime- Literature Review, University of Colorado*, Retrieved, 17 August 2014, from http://socsci.colorado.edu/~kanner/Writing/Lit%20Review%20Globalization%20of%20Crime_Kloor.doc

⁶ Ibid.

sistema, pojavljuju se periferne i poluperiferne nacije (Amin, 1974: 135; Wallerstein, 1974). Visokorazvijene zemlje, kao nosioci kapitalizma, „vladaju perifernim i poluperifernim narodima“, s tim što ovi drugi predstavljaju svojevrsnu „tampon zonu“ između razvijenih i nerazvijenih naroda. Ovaj podređeni položaj je rezultat hijerarhije među narodima. Razvijene zemlje koriste prirodna bogatstva nerazvijenih, zbog čega nerazvijene zemlje moraju da koriste proizvode razvijenih zemalja.⁷ S druge strane, nerazvijene zemlje ne mogu prekinuti odnos zavisnosti, jer su njihove ekonomije umnogome zavisne od kratkoročnih socijalnih i ekonomskih programa (Frank, 1969).

Kada je reč o kriminalitetu, ova teorija naglašava da je nejednakost socijalnih klasa glavni činilac u kriminogenezi. Pozicija naroda u globalnoj hijerarhiji određuje klasnu strukturu naroda, političke institucije i društvene odnose, što su sve faktori koji utiču na pojavu kriminaliteta. Prekapitalistički obrasci ekonomske samodovoljnosti zamenjeni su kapitalističkim vrednostima. Društvo ulaže u pravne mehanizme, radi redefinisanja svojinskih prava, na način koji doprinosi širenju kapitalizma, istovremeno nastojeći da kontroliše porast urbanog proletarijata.

Sledbenici ove teorije posmatraju kriminalitet u uslovima političke i klasne borbe i kapitalističkog načina proizvodnje. Takođe, u okviru ove teorije kriminalitet se klasifikuje u dve velike grupe. Prvu čine krivična dela izvršena od strane kapitalista i vodećih klasa. Ova krivična dela se drugačije nazivaju zločinima represije, ili dominacije. Drugu grupu krivičnih dela čine „krivična dela preživljavanja“. Između ove dve grupe krivičnih dela postoji jasna uslovljenost, jer se krivičnim delima represije ugrožavaju niži društveni slojevi, čiji pripadnici zatim vrše krivična dela da bi preživeli. Glavni nedostatak Marksove systemske teorije je u tome što ne uzima u obzir interne političko-ekonomske odnose u jednoj državi, već ih posmatra globalno, kao faktore kriminaliteta. Marksova teorija, takođe, ne objašnjava kriminalitet van kapitalističkih društava. Možda je najveći nedostatak ove teorije upravo u tome što društvenu hijerarhiju posmatra kao statičnu tvorevinu, a era globalizacije pokazuje upravo suprotno, da je društvena hijerarhija promenljiva, i da se ne može tretirati kao društvena konstanta.

⁷ Ibid.

I konačno, treća u nizu globalizacijskih teorija kriminaliteta je ekološka teorija mogućnosti. Ova teorija objašnjava nastanak transnacionalnog kriminaliteta postojanjem društava koja imaju otežan pristup materijalnim dobrima, što u njima stvara mogućnosti za nesankcionisana protivpravna ponašanja. Stopa kriminaliteta se povećava kada se „stvori društveni suficit koji povećava količinu materijalnih dobara koja mogu biti ukradena“.⁸ Istovremeno raste pokretljivost stanovništva, a mehanizmi društvene kontrole ostaju statični, što za posledicu, takođe, ima porast kriminaliteta. Bliska ovoj je i teorija racionalnog izbora, prema kojoj učinilac, prilikom odluke da izvrši neko krivično delo, kalkuliše koristima i štetom koje mu takvo ponašanje može doneti. Što je veća korist od izvršenja krivičnog dela, veća je i verovatnoća da do toga zaista i dođe.

Sve izneta teorijska gledišta jasno ukazuju na to da je proces globalizacije usko povezan s različitim vrstama kriminalnog ponašanja. Svaka kriminološka teorija, koja nastoji da objasni uzroke, uslove i pojave kriminalnog ponašanja, jeste na izvestan način ideološki obojena, jer polazi od određenog ideološkog koncepta. Tako posmatrano, proces globalizacije je u doba vladavine marksističkog učenja objašnjavan klasnom borbom, dok se danas on sve više tumači težnjom razvijenih država da lakše dođu do materijalnih dobara i energenata, koji su im potrebni za dalji tehnički, tehnološki i društveni razvoj. Ipak, iznete razlike nisu takve prirode da onemogućavaju dalja istraživanja koja bi podrobnije ispitala uticaj koji proces globalizacije ima na različite oblike kriminaliteta.

4. Zaključak

Globalizacija je proces koji je zahvatio gotovo sva društva. On je sa sobom doneo niz pogodnosti u smislu olakšanog transfera veština i znanja, razvoj informacionih tehnologija i gotovo neograničene mogućnosti za prosperitet naroda u različitim oblastima. Ali, osim toga, on je doveo i do pojave različitih oblika kriminaliteta koji prevazilaze nacionalne granice i dobijaju transnacionalni karakter. Ovo je posebno izraženo kada je reč o organizovanom kriminalitetu i pojedinim njegovim oblicima, poput: trgovine

⁸ Ibid.

ljudima, oružjem, ili opojnim drogama. Osim toga, razvojem interneta, delovanje kriminalnih grupa i organizacija se preselilo u „virtuelni svet“, a njegove posledice se i te kako osećaju u realnom svetu. U eri globalizacije posebnu vrednost imaju prirodna dobra, jer ona omogućavaju ekonomski razvoj i protok informacija, kao uslov za usvajanje novih znanja. Zbog toga kriminalci ispoljavaju sve veću tehničko-tehnološku obučenost. Visokotehnološkoj obučenosti kriminalaca potrebno je usprotiviti još veće znanje, obučenost i opremljenost onih koji se bave suzbijanjem kriminaliteta, odnosno sprovode postupke formalne društvene kontrole. To je jedini način koji može dovesti do suzbijanja transnacionalnog kriminaliteta, koji danas nema jasno određenih granica.

Proces globalizacije je doveo i do sve veće ekonomske zavisnosti malih država i naroda u odnosu na visokorazvijene zemlje. Loša ekonomska situacija u tim zemljama je uslovlila povećanje nezaposlenosti, što je posledično dovelo do pojave „neokolonijalizma“, koji od nekadašnjeg državno-pravnog, sve više dobija ekonomski karakter. Prevažilaženje takvih pojava je u što ravnomernijem ekonomskom razvoju i stvaranju uslova za bolju i efikasniju saradnju među državama, u cilju suzbijanja različitih oblika kriminaliteta. Potpunije teorijsko izučavanje procesa globalizacije, u kontekstu savremenih kriminoloških teorija i učenja, može svakako doprineti postizanju tog cilja.

Literatura

Amin, S. (1974). *Accumulation on a World Scale*. New York: Monthly Review Press

Beck, U. (2006). Living in the World Risk Society. *Economy and Society*. 35 (3) August. 329-345. Retrieved 13, August 2014, from <http://hudson2.skidmore.edu/~rscarce/Soc-Th-Env/Env%20Theory%20PDFs/Beck--WorldRisk.pdf>

Bjelajac Ž., Zirojević, M. (2012). Bezbednosna kultura u eri globalizacije. *Kultura polisa*. 23. 77–99. Dostupno na adresi <http://kpolisa.com/KP23/kp23-II-3-BjelajacZirojevic.pdf>

Frank, A. G. (1969). *Latin America: Underdevelopment or Revolution?* New York: Monthly Review Press. Retrieved 17, August, 2014 from <https://webfiles.uci.edu/schofer/classes/2014soc2/readings/7%20e%20%20Frank%201969%20Underdevelopment.pdf>

Gidens, E. (2005). *Sociologija*. Beograd: Ekonomski fakultet

Giddens, A. (1991). *Modernity and Self-identity. Self and Society in the Late Modern Age*. Cambridge: Polity Press

Jarvis, D. (2008). Ulrich Beck, Globalization and the Rise of the Risk Society: A Critical Exegetic Analysis. Lee Kuan Yew School of public Policy, National University of Singapore: *Research Paper Series: LKYSPP08-003*. Retrieved 6, August 2014, from http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1162662

The Globalization of Crime – Literature Review. University of Colorado. Retrieved, 17 August 2014, from http://socsci.colorado.edu/~kanner/Writing/Lit%20Review%20Globalization%20of%20Crime_Kloor.doc

Konstantinović Vilić, S., Nikolić Ristanović, V., Kostić, M. (2012). *Kriminologija*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu

Konstantinović Vilić, S., Nikolić Ristanović, V., Kostić, M. (2009). *Kriminologija*. Niš: Pelikan print

Loeder, I., Sparks R. (forthcoming) *Public Criminology?: Studying Crime and Society in the Twenty-First Century*, London: Routledge. In: *The Oxford Handbook of Criminology*, (2007). (ed. by: Mike Maguire, Rod Morgan, and Robert nReiner). Oxford University Press

Neapolitan, J. L. (1997). *Cross-National Crime: A Research Review and Sourcebook*. Westport, CN: Greenwood Press

Weiss, R. P. (2000). Introduction to "Criminal Justice and Globalization at the New Millennium". *Social Justice*. 27(2). Retrieved 15, August 2014, from <https://www.socialjusticejournal.org/SJEdits/80Edit.html>

Wallerstein, I. M. (1974). *The Modern World-System*. New York: Academic Press
What is Globalization, Retrieved 6, August 2014, from <http://www.globalization101.org/what-is-globalization/>

Miomira Kostic, LL.D.

Full Professor,
Faculty of Law , University of Niš

Filip Miric

PhD Candidate,
Faculty of Law, University of Niš

Globalization Theories of Crime

Summary

The process of globalization is affecting all areas of social life, and thus no exception crime. Its effect is most evident in the development of new forms of crime that transcends national borders and states receive a supranational character. This primarily refers to the various forms of organized crime, but also in certain of its forms, which are a kind of state violence and the consequences of which are reflected in the systematic violation of human rights. Also, the process of globalization of crime has caused the formation of international organizations aimed at combating pf crime which transcends national boundaries.

New forms of crime are conditioned by globalization demanded a new approach to their study. Existing criminological theories have proven inadequate in explaining all the causes that lead to crime. It was necessary to create new theories and new doctrines about the causes of crime. In the continuous process of development of criminology, in constant search for new explanations of the causes of crime, within the sociological theories have emerged and globalization theories of criminality, which the authors in their work special attention. The focus of the globalization theory on crime just on its prevention, to reduce the risk of its occurrence. This is certainly a positive step because it shifts the focus of criminologists with immediate causes of crime and focus on the study of their interactions, which is largely socially conditioned, which is especially prominent in the work. The aim of this paper is to point out that globalization theories should not be viewed in isolation from other criminological theories and doctrines, but that one, although

relatively new, contribute to the creation of complete systems of criminological doctrines in order to find the optimal social response to crime.

Keywords: criminology, sociological explanations of crime, globalization theories, governance, risk society.

Dr Darko Dimovski,*
Docent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

NAUČNI ČLANAK

UDK: 343.811

Rad primljen: 01.09.2014.
Rad prihvaćen: 01.12.2014.

PRIVATNI ZATVORI**

Apstrakt: Autor je, polazeći od okolnosti koje su doprinele stvaranju privatnih zatvora, obrazložio istorijski razvoj privatnih zatvora u Sjedinjenim Američkim Državama i Velikoj Britaniji. Nakon toga, autor je analizirao dobre i loše strane zatvora kojima upravljaju privatne kompanije. Kako se Republika Srbija konstantno u poslednjih dvadesetak godina suočava sa porastom broja lica lišenih slobode, kao i sa hroničnom besparicom što utiče na stanje u industrijskim pogonima kazneno-popravnih ustanova, postoji mogućnost davanja dozvole privatnim kompanijama da rukovode zatvorima. Stoga je autor posebnu pažnju posvetio eventualnim problemima uvođenja privatnih zatvora u penitencijarni sistem u Srbiji.

Ključne reči: privatni zatvori, istorijski razvoj, Republika Srbija.

1. Uvod

Reformom krivičnog prava, koja je usledila donošenjem francuskog Krivičnog zakonika iz 1791. godine, i uvođenjem kazne lišenja slobode, došlo je do stvaranja posebnih penitencijarnih ustanova u kojima se izvršavala kazna lišenja slobode. Tokom istorije došlo je do razvoja različitih oblika klasičnih penitencijarnih sistema: sistem zajedničkog zatvora, sistem ćelijskog zatvora – filadelfijski i oburnski (Dimovski, 2008: 265–276), progresivni sistem – engleski, irski, Makonokijev bodovni sistem i ženevski (Konstantinović Vilić, Kostić, 2011: 136–147). Vremenom neki od ovih sistema su pokazivali određene nedostatke. Bez obzira na to, u velikom broju država vladajući

* darko@prafak.ni.ac.rs

** Rad je realizovan u okviru projekta бр. 179046, Министарства за просвету, науку и технолошки развој Републике Србије.

sistem u penitencijarnim ustanovama je irski progresivni sistem. Iako irski progresivni sistem pokazuje dobre rezultate, u određenim državama, poput Sjedinjenih Američkih Država, osamdesetih godina XX veka, došlo je do uvođenja privatnih zatvora, koji se mogu odrediti kao penitencijarna ustanova kojom rukovodi, umesto države, privatno preduzeće.¹ Neki penolozi smatraju da su koreni privatnih zatvora nastali još u doba robovlasništva, odnosno u doba tzv. chain-gang sistema, koji se ogleda u zapošljavanju zatvorenika van penitencijarnih ustanova krajem XVIII veka u Pensilvaniji (Roth, 2006: 56). Međutim, opšteprihvaćeno je 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 privatna lica bolje 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 (Sellers, 1993: 14). 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 prevencije (Selman, Leighton, 2010: 11). 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 amandmana 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 (Roth, 2006: 3).

¹ What Is a Private Prison? Retrieved 10, November 2013, from <http://www.wisegeek.com/what-is-a-private-prison.htm>

2. Istorijski razvoj privatnih zatvora

Na ideju da privatna kompanije preuzme rukovodstvo nad penitencijarnim ustanovama došli su Tomas Besli (Thomas Beasley) i Robert Krants (Robert Crants) 1983. godine. Oni su tokom razgovora sa direktorom kompanije Magic Stove bili podržani u sprovođenju svoje ideje o upravljanu penitencijarnim ustanovama od strane privatnih kompanija. Tom prilikom, direktor kompanije Magic Stove je rekao da će biti đavolski poduhvat da mlad čovek reši problem prenatrpanosti zatvora, a da u isto vreme napravi profit (Price, Morriss 2012: 56). Tako se početak razvoja privatnih zatvora u modernom smislu vezuje se za 1984. godinu, kada je država dozvolila da Korekciona korporacija Amerike (Corrections Corporation of America – CCA) preuzme kontrolu nad upravljanjem penitencijarne ustanove u okrugu Hamilton u Tenesiju. Davanje dozvole Korekcionoj korporaciji Amerike smatra se prvim ugovorom kojim je omogućeno da privatna kompanija preuzme u potpunosti upravljenje jednom penitencijarnom ustanovom. Tokom iste godine, Korekciona korporacija Amerike je izgradila prvu penitencijarnu ustanovu (Houston Processing Center) u Hjustonu (savezna država Teksas).² Već naredne godine pomenuta privatna firma je ponudila saveznoj državi Tenesi da preuzme upravljanje celokupnim penitencijarnim sistemom za 200 miliona američkih dolara godišnje. Iako je takav predlog odbijen, zbog velikog pritiska javnosti, Korekciona korporacija Amerike uspjela je da proširi upravljene različitim penitencijarnim ustanovama širom zemlje (Smith, 2012). Naime, u narednim godina Korekciona korporacija Amerike je izgradila i penitencijarne ustanove namenjene maloletnim delinkventima – Shelby Training Center, u okrugu Šelbi u Tenesiju. Juna 1989. godine otvoren je prvi zatvor za žene u Nju Meksiku, dok je naredne godine otvorena penitencijarna ustanova srednjeg stepena obezbeđenja sagrađena od strane privatne kompanije.³ Trenutno Korekciona korporacija Amerike upravlja sa više od 80.000 kreveta u 65 penitencijarne ustanove.

² The CCA Story: Our Company History, Retrieved 11, November 2013, from <http://cca.com/our-history>

³ The CCA Story: Our Company History, Retrieved 11, November 2013, from <http://cca.com/our-history>

U isto vreme nastala je još jedna kompanija, u čijem opisu posla je bilo upravljanje penitencijarnim ustanovama – GEO Group.⁴ Prvi zatvor ova kompanija je otvorila 1987. godine. Profit je ostvarivan zaključenjem ugovora o transportu sa Biroom penitencijarnih ustanova (Bureau of Prison – BOP), kao i sa državom i lokalnim samoupravama (Price, Morriss 2012: 48). Tokom 1992. godine, zajedničkim ulaganjem sa još jednom privatnom kompanijom, GEO Group je počela da pruža usluge u vezi transporta zatvorenika i mnoge druge usluge. U australijskoj državi Nju Saut Vels (New South Wales) bili su zaduženi za izgradnju prvog privatnog zatvora u ovoj oblasti. U saveznoj državi Teksas ova privatna kompanija otvorila je penitencijarnu ustanovu koja je specijalizovana za tretman osuđenika zavisnih od alkohola i psihotropnih supstanci. Kompanija GEO Group je 1998. godine počela da upravlja i psihijatrijskom bolnicom u Južnoj Floridi.⁵ Godina 1999. predstavlja trenutak kada je GEO Group zaključila 25-godišnji ugovor sa Južnoafričkom Republikom o izgradnji i upravljanju zatvorom najvećeg stepena obezbeđenja sa 3.024 kreveta u provinciji Limpopo.⁶ Vremenom je GEO Group toliko narasla da trenutno upravlja sa 24 penitencijarne ustanove u 12 saveznih država. O vrednosti kompanije najbolje svedoči činjenica da redovno beleži rast profita. Tako je, na primer, samo jedne kalendarske godine (2005. godina) kompanija zabeležila rast profita od 67,1%, dok je tokom 2010. godine GEO Group ostvarila ukupno 1,27 milijardi američkih dolara, što predstavlja povećane od 11% u odnosu na prethodnu godinu (Price, Morriss 2012: 56).

Pojava privatnih zatvora nije specifična samo za Sjedinjene Američke Države. Naime, koncept privatnih zatvora prihvaćen je i u zemljama poput Velike Britanije, Japana, Francuske, Nemačke, ali i državama nekadašnjeg istočnog bloka – Češka, Bugarska, Poljska. Koncept privatnih zatvora u Velikoj Britaniji je prihvaćen za vreme vladavine Margaret Tačer krajem osamdesetih godina prošlog veka. Naime, tadašnja premijerka Velike Britanije, Margaret Tačer, želela je da proširi osnove tržišne ekonomije i na pružanje javnih usluga, smatrajući pri tome da će pružanje tih usluga od strane privatnih kompanija

⁴ The Geo Gropu, Retrieved 11, November 2013, from <http://www.geogroup.com/history>

⁵ South Florida State Hospital, Retrieved 12, November 2013, from <http://www.geocarellc.com/Locations/SouthFloridaStateHospital.aspx>

⁶ Kutama Sinthumule Correctional Center, Retrieved 12, November 2013, from <http://www.geogroup.com/maps/locationdetails/66>

biti znatno bolje i finansijski isplativije. Istorijski razvoj privatnih zatvora u Ujedinjenom Kraljevstvu može se podeliti u četiri perioda: 1) period koji se odnosi na pripremu javnosti za prihvatanje postojanja privatnih zatvora – do početka devedesetih godina XX veka; 2) period vezan za početak nadmetanja između državnih i privatnih zatvora – od 1990. do 1998. godine; 3) period u kojem postoje situacije da se određeni privatni zatvori vraćaju na upravljanje državi i obrnuto – od 1998. do 2010. godine i 4) produbljeno takmičenje između državnih i privatnih zatvora odnosi se na poslednji period – od 2010. godine do danas (Panchiama, 1).

Godina koja se smatra presudnom za početak nastanka privatnih zatvora je 1987, kada je odgovarajući odbor britanskog parlamenta predložio, kao rešenje za prenatrpanost zatvora i loše stanje u pružanju usluga u zatvorima, davanje dozvole privatnim kompanijama da upravljaju zatvorima (Whitehead, Crawshaw, 2012: 67). Donošenjem odgovarajućeg zakonskog okvira 1990. i 1991. godine, omogućeno je državi da sklopi ugovor o upravljanju zatvorom od strane privatnih kompanija (Panchiama, 2). Godine 1992. otvoren je prvi privatni zatvor kojim je upravljala kompanija HMP Wolds. Zakon iz 1994. godine stvorio je osnovu da privatne kompanije mogu ne samo upravljati zatvorima, već ih i konstruisati i izgraditi. U Velsu prvi privatni zatvor je otvoren 1997. godine. Dva zatvora kojima se upravljalo od strane privatnih kompanija, su, nakon isteka ugovora, vraćena na upravljanje državi 2000. godine. Vrednost poslova koje obavljaju privatni zatvori se kreće oko 4 milijarde funti. Danas je Velika Britanija zemlja u kojoj je penitencijarni sistem najviše privatizovan od svih država u Evropi. Deset procenata svih zatvora u Engleskoj i Velsu su privatizovani. Od ukupne zatvorske populacije u Engleskoj i Velsu, njih 12,9% je smešteno u privatne zatvore (Panchiama, 1–2). U Velsu je taj procenat znatno veći. Naime, procenat osuđenika koji se nalaze u privatnim zatvorima ide čak do 43% (Great Britain: Parliament: House of Commons: Welsh Affairs Committee, 2010).

3. Argumenti za postojanje privatnih zatvora

Generalno govoreći, postoje razlozi za uvođenje privatnih zatvora u penitencijarni sistem u jednoj državi, ali, takođe, postoje razlozi koji osporavaju postojanje takvih zatvora. U narednom delu rada, obratićemo

pažnju na obe vrste razloga. Neke od razloga postojanja privatnih zatvora na posredan način smo već spomenuli, prilikom analize razloga njihovog uvođenja u penitencijarni sistem u Sjedinjenim Američkim Državama i Velikoj Britaniji. Naime, izgradnjom privatnih zatvora dolazi do smanjenja prenatrpanosti kapaciteta penitencijarnih ustanova koje se nalaze pod upravljanjem države, jer privatni zatvori „preuzimaju“ određeni broj osuđenika.

Kao drugi razlog za postojanje privatnih zatvora može se, kako je to smatrao istraživač Bels (Bales), navesti dostizanje većih kapaciteta za smeštaj osuđenika po jeftinijoj ceni. Tako je, na primer, državi potrebno preko dve godine da izgradi jednu novu penitencijarnu ustanovu, dok su privatne kompanije sposobne da je izgrade za godinu i šest meseci. Drugi istraživači, poput Antonučia (Antonuccio), naglašavaju da privatne kompanije grade zatvore na onim lokacijama na kojima se ostvaruje najveći benefit za lokalnu zajednicu, pri čemu se obezbeđuje posao za ljude uz povećane količine novca koji se troši u lokalnu zajednicu.⁷ Takođe, privatne kompanije su u mogućnosti da smanje troškove na taj način što ne gube nepotrebno vreme na administrativne poslove, uz značajnu redukciju novčanih sredstava koja su potrebna za kupovinu različite opreme (Perrone, Pratt, 2003: 302). Kako bismo ilustrovali podatak da su privatne kompanije ekonomičnije prilikom izgradnje penitencijarnih ustanova, dovoljno je navesti podatak da je cena koštanja izgradnje zatvora od strane privatnih kompanija niža za 24% u odnosu na zatvore koje gradi država (Wilson, 2011). Takođe, kao još jedan primer efikasnosti privatnih zatvora može se navesti primer iz Hjustona, u saveznoj državi Teksas, u kojoj cena izgradnje zatvora po jednom osuđeničkom krevetu iznosi 14 hiljada dolara i potrebno vreme za izgradnju iznosi šest meseci, dok cena izgradnje zatvora po jednom krevetu od strane države iznosi 26 hiljada dolara, i potrebno vreme izgradnju je preko 30 meseci (Michigan Privatization Report, 2003: 5). Cena koštanja boravka jednog osuđenika u penitencijarnoj ustanovi je manja u privatnim zatvorima za 3.40 dolara, nego u zatvorima pod upravom države (Perrone et al., 2003: 315). Istraživači Blekeli (Blakely) i Bumpus (Bumphus) ističu da su privatni zatvori smanjili troškove

⁷ Arguments For Private Prisons, Retrieved 16, November 2013, from <https://sites.google.com/site/privateprisons2/pros>

državi povodom smeštaja osuđenica, jer njihov smeštaj, kako su pokazala istraživanja, više košta nego smeštaj osuđenika, na taj način što su u privatne zatvore na kaznu zatvora upućivanje osobe ženskog pola.⁸

Još jedan razlog za davanje dozvole privatnim kompanijama da preuzmu upravljanje nad pojedinim penitencijarnim ustanovama je činjenica da pružaju znatno bolje usluge. Naime, dok su državni zatvori često prepunjeni, tako da funkcionišu sa popunjenosti kapaciteta od 113%, privatni zatvori imaju uvek mesta za nove osuđenike, jer oni rade sa kapacitetima koji nisu puni – 82%. Uspešniji programi za odvikavanje od upotrebe psihoaktivnih supstanci se primenjuju u privatnim zatvorima. Naime, 28% osuđenika iz privatnih zatvora učestvuje u ovakvim programima, dok samo 14% participira u državnim zatvorima. Osuđenici ostvaruju veću zaradu u privatnim zatvorima u odnosu na osuđenike u državnim zatvorima. Iako je ta razlika mala, svega 10 centi po danu, s obzirom na dužinu trajanja pojedinih kazni zatvora, pravi se značajna razlika u sveukupnoj zaradi osuđenika iz privatnih zatvora.⁹ Istraživanje, sprovedeno krajem osamdesetih godina prošlog veka od strane Čarls Logana (Charles Logan), pokazalo je da su privatni zatvori ostvarili bolje rezultate u poređenju sa državnim i u pogledu životnog prostora koji je namenjen osuđenima, stepena bezbednosti, upravljanja i reda. Naime, sociolog Čarls Logan je upoređivao tri zatvora za žene u saveznoj državi Nju Meksiko, od kojih je jedan privatni zatvor, dok jednim državnim zatvorom rukovodi Nju Meksiko, dok se drugim rukovodi sa federalnog nivoa. Ujedno, sociolog Logan je isticao da privatne zatvore odlikuju veća fleksibilnost i iskustvo upravljačkog kadra, entuzijazam, osećaj pripadnosti kod pripadnika formalnog sistema, kao i njihovo ponašanje strogo po pravilima predviđenim u zakonskom tekstu i kućnom redu (Logan, 1992: 577–613).

⁸ Arguments For Private Prisons, Retrieved 16, November 2013, from <https://sites.google.com/site/privateprisons2/pros>

⁹ Arguments For Private Prisons, Retrieved 16, November 2013, from <https://sites.google.com/site/privateprisons2/pros>

U privatnim zatvorima je moguće ispitati primenu nove filozofije u načinu izvršenja kazne zatvora, uz primenu savremenih penitencijarnih programa, s ciljem resocijalizacije i smanjenja stope povratništva.¹⁰

4. Argumenti protiv postojanja privatnih zatvora

Pored argumenata kojima se opravdava postojanje privatnih zatvora, postoje argumenti koji se koriste kako se ne bi dozvolila izgradnja privatnih zatvora. Najvažniji argument za nedavanje dozvole privatnim kompanijama da upravljaju zatvorima je pitanje legitimiteta. Naime, shodno odluci Vrhovnog suda SAD, država ne sme da dopusti, na osnovu amandmana V i XIV,¹¹ da privatne kompanije odlučuju o, između ostalog, 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 određene privatne kompanije. Ujedno, privatni zatvori svojim postojanjem preuzimaju diskreciono i ekskluzivno pravo države da kazni ljude za učinjeno krivično delo. Kako se ljudi često rukovode materijalnim interesima, moguće je da njihove odluke budu upravljene ka ostvarivanju veće finansijske dobiti, a ne ka poštovanju ljudskih prava osuđenika.

Istraživači, poput Andersona (Anderson), naglašavaju da, iako su privatni zatvori osnovani kako bi se rešio problem hroničnog nedostatka prostora u penitencijarnim sistemima, njihovo postojanje nije dovelo da nestajanja ovog problema, dok su se, istovremeno, javili problemi humanitarnog i socijalnog karaktera. Zakonodavci, prilikom odlučivanja davanja dozvole privatnim kompanijama da osnuju zatvore i njima rukovode, vode se samo kratkotrajnim finansijskim rezultatima, ne uzimajući u obzir posredne dugoročne efekte, poput recidivizma i sprovođenja određenih pravnih procedura. Zagovornici uvođenja privatnih zatvora isticali su mogućnost primene savremenih penitencijarnih programa, s ciljem smanjenja stope povratništva. Međutim, dobijeni rezultati opovrgavaju ovaj stav. Tako se, na primer, stopa recidivizma

¹⁰ Arguments For Private Prisons, Retrieved 17, November 2013, from <https://sites.google.com/site/privateprisons2/pros>

¹¹ Više o ovim amandmanima videti: Due process, Retrieved 18, November 2013, from http://www.law.cornell.edu/wex/due_process

ne razlikuje kod osuđenika/ca bez obzira da li su kaznu zatvora izdržali u državnom ili privatnom zatvoru.¹²

Kao još jedan argument protiv uvođenja privatnih zatvora u penitencijarni sistem navodi se poslovno orijentisana politika privatnih zatvora. Naime, kako se privatni zatvori rukovode sticanjem profita, to neminovno dovodi do smanjenja izdvajanja novca za primenu različitih oblika tretmana, kao i pružanja različitih usluga. U već pomenutom istraživanju profesora sociologije Logana, došlo se do rezultata da su državni zatvori ostvarili bolje rezultate u pogledu pružanja zdravstvenih usluga i savetovanja (Logan, 1992: 577–613).

Rukovođenji samo ekonomskim kriterijumom, privatni zatvori 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 23.000 američkih dolara, zbog čega dolazi do veće stope fluktuacije broja onih koji se zaposle, odnosno daju otkaz u privatnim zatvorima tokom jedne godine. Ta stopa fluktuacije zaposlenih u privatnim zatvorima iznosi 43%, dok u državnim zatvorima se kreće oko 15%. Od ukupnog broja onih koji nisu više zaposleni u privatnim zatvorima, njih 71% da ostavku, 21% bude otpušteno, 7% bude premešteno u drugu ustanovu, dok 0,6% ode u penziju, dok se u državnim zatvorima procenat zaposlenih u raznim službama koji odu iz zatvora kreće u sledećim razmerama: 63% od ukupnog broja zaposlenih koji više ne rade u državnim zatvorima sami su dali ostavku, 15% je penzionisano, a njih 22% više na radi iz nepoznatih razloga. Dobijeni rezultati sugerišu da privatni zatvori vode manje fleksibilnu politiku od državnih zatvora u pogledu zapošljavanja (Blakely, Bumphus, 2004). Ujedno, u privatnim zatvorima obuka pripadnika službe obezbeđenja traje za 35% manje od obuke službenika u državnim zatvorima, što na posredan način utiče u na sam kvalitet obuke (Anderson, 2009). Pored toga, pripadnici službe

¹² Arguments Against Private Prisons, Retrieved 18, November 2013, from <https://sites.google.com/site/privateprisons2/cons>

za obezbeđenje u privatnom zatvoru u Ohaju nose oružje, iako pre toga nisu prošli adekvatnu obuku.¹³

Upoređivanjem broja osuđenika u odnosu na broj službenika u privatnim i državnim zatvorima, uviđamo da je taj odnos ide u korist državnih 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 ide na ostale zatvorske službenike (Blakely et al., 2004). Ako dobijene podatke povežemo sa stopom nasilja u privatnim i državnim zatvorima, a ona se kreće od oko 40 napada među osuđenicima i 9 napada od strane osuđenika na zatvorsko osoblje po privatnom zatvoru, kao 19 napada među osuđenicima i 10 napada na zatvorske osoblje u državnim zatvorima (Blakely, et al., 2004), 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.

O slabom radu službe obezbeđenja svedoči podatak da se u privatnim zatvorima nalazi veća količina psihoaktivnih supstanci, nego u zatvorima pod upravom države (Camp, Gaes, 2000: 6). Iako je broj bekstava iz zatvora relativno mali, 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.¹⁴ Iz privatnog zatvora sa najvećim stepenom obezbeđenja u Ohaju (Northeast Ohio Correctional Center – NOCC) jula 1998. godine pobešlo je 5 zatvorenika osuđenih za ubistvo (Camp, Gaes, 2000: 3). Iz ovoga proizilazi da služba obezbeđenja u privatnim zatvorima ne obavlja svoj posao maksimalno dobro.

Istraživanje o kvalitetu usluga privatnih i državnih zatvora u Sjedinjenim Američkim Državama pokazalo je da određeni privatni zatvori obezbeđuju najlošiju hranu. Privatni zatvor Taft Correctional Institution je svojim

¹³ Arguments Against Private Prisons, Retrieved 21, November 2013, from <https://sites.google.com/site/privateprisons2/cons>

¹⁴ Arguments Against Private Prisons, Retrieved 21, November 2013, from <https://sites.google.com/site/privateprisons2/cons>

osuđenicima obezbeđivao hranu lošijeg kvaliteta, manje raznovrsnosti i manjih porcija u poređenju sa svim zatvorima koji su pod upravom federalne vlade.¹⁵

Svrha kažnjavanja je resocijalizacija osuđenika. Stoga potrebno je pustiti osuđenika na uslovni otpust kada ispuni zakonom propisane uslove, jer bi u suprotnom njegovo dalje zadržavanje u penitencijarnoj ustanovi bilo kontraproduktivno. I pored toga, privatni zatvori često ne dozvoljavaju uslovni otpust osuđenika, iako su ispunjeni svi zakonski uslovi, jer bi na taj način ostali bez radne snage koja im je neophodna prilikom stvaranja profita (Anderson, 2009). Kako privatni zatvori zavise od priliva nove „radne snage“, odnosno od donošenja osuđujućih presuda na kazne zatvora za primarne delinkvente, kao i od visoke stope recidivizma, privatne kompanije koje rukovode ovim zatvorima nastoje da održe trend izricanja kazni zatvora što širem krugu okrivljenih, na taj način što preduzimaju akte lobiranja. Drugim rečima, privatne kompanije podržavaju one političare koji zastupaju njihove interese. Tako su, na primer, tokom izborne 1998. godine, određene privatne kompanije koje upravljaju privatnim zatvorima finansijski podržale 361 kandidata u 25 saveznih država sa ukupnom sumom od 540.000 američkih dolara. Od ukupnog broja finansijski podržanih kandidata, njih 87% je pobedilo. Potrebno je naglasiti da određene privatne kompanije, pored legalnih načina lobiranja i finansijske podrške političarima, koriste i određenje nezakonite aktivnosti zarad ostvarivanja svojih interesa. Privatni zatvor Correctional Services Corporation (CSC) je u četvorogodišnjem periodu nezakonito organizovao prevoz nekolicini zakonodavaca. Još jedan primer ilegalnih aktivnosti privatnih zatvora je slučaj iz savezne države Aljaska, u kojoj je vlasnik tzv. privatnih zatvora na pola puta osuđen na kaznu zatvora od šest meseci, zbog plaćanja najmanje 20.000 američkih dolara političaru, koji je trebalo da mu obezbedi dozvolu za izgradnju još jednog zatvora. Tokom 2009. godine dogodio se još jedan slučaj korupcije od strane privatnih penitencijarnih ustanova. U konkretnom slučaju privatni popravni dom za maloletnike isplatio je 2,6 miliona dolara dvojici sudija kako ne bi izricali alternativne krivične sankcije i ne bi prihvatili sporazum o priznanju krivice za preko 100 maloletnika (Anderson, 2009).

¹⁵ Arguments Against Private Prisons, Retrieved 21, November 2013, from <https://sites.google.com/site/privateprisons2/cons>

Još jedan problem prilikom ostvarivanja resocijalizacije osuđenika u privatnim zatvorima jeste nepostojanje odgovarajućih penitencijarnih programa. Naime, istraživanje iz 2005. godine sprovedeno od strane Patrika Bajera (Patrick Bayer) i Dejvida Pozena (David Pozen) pokazalo je da privatne penitencijarne ustanove za maloletnike imaju visoku stopu recidivizma, jer se u njima, za razliku od državnih zatvora u kojima postoje programi namenjeni prevaspitanju i popravljaju osuđenika, ne primenjuju programi za resocijalizaciju osuđenika. Ako kojim slučajem privatni zatvori pokrenu određene penitencijarne programe, oni nisu namenjeni resocijalizaciji osuđenika, već ostvarivanju ugovornih obaveza koje su preuzete od strane privatnih zatvora (Anderson, 2009).

5. Potreba uvođenja privatnih zatvora u Republici Srbiji

Iz prikazanih argumenata za i protiv postojanja privatnih zatvora možemo videti da je ovo pitanje i dalje dosta kontroverzno. Ipak, analizom stanja penitencijarnog sistema u Republici Srbiji uviđamo da postoje razlozi za razmišljanje o uvođenju privatnih zatvora u penitencijarni sistem. Stoga, u narednom delu rada predstavimo ove najznačajnije razloge.

Kako je jedan od razloga dopuštenja u Sjedinjenim Američkim Državama da privatne kompanije počnu da upravljaju, a kasnije i konstruišu zatvore, bio prenaseljenost zatvora, možemo tvrditi da se Republika Srbija suočava sa istim problemom, jer su kapaciteti penitencijarnog sistema oko 6.000 zatvorenika, dok je broj lica lišenih slobode daleko veći. Naime, dok je početkom devedesetih godina prošlog veka broj lica lišenih slobode bio oko 3.600, do 2000. godine broj lica lišenih slobode porastao je na 6.000. Od 2001. godine moguće je pratiti dalji rast broja lica lišenih slobode u zavodima za izvršenje krivičnih sankcija. Do 2003. godine bilo je između 5 i 6 hiljada zatvorenih lica, da bi nakon ove godine ovaj trend naglo počeo da raste (Konstantinović Vilić, Kostić, 2013: 37). Na kraju 2012. godine bilo je 10.226 lica koja su lišena slobode u Srbiji (Izveštaj o radu Uprave za izvršenje krivičnih sankcija, 2012). Ujedno, prenaseljenošću kapaciteta u penitencijarnim ustanovama krši se obaveza predviđena članom 67. Zakona o izvršenju krivičnih sankcija¹⁶ (u

¹⁶ član 67. Zakona o izvršenju krivičnih sankcija, *Sl. glasnik RS*, br. 85/05, 72/09 i 31/11.

daljem tekstu ZIKS) i članom 15. Pravilnika o kućnom redu kazneno-popravnih zavoda i okružnih zatvora¹⁷ (u daljem tekstu Pravilnik), o tome da je za svako osuđeno lice potrebno obezbediti najmanje 8 kubnih metara, kao i 4 kvadratna metra prostora u spavaonici. Naglašavamo da bi stroga primena zakonskih obaveza o potrebnom broju kvadratnih i kubnih metara dovela do toga da realni kapaciteti penitencijarnog sistema u Srbiji budu oko 4.500 zatvorenika.¹⁸ Takođe, Evropski sud za ljudska prava u svojoj odluci Kalašnjikov protiv Rusije¹⁹ smatra da je nepostojanje adekvatnih smeštajnih kapaciteta u zatvoru neprihvatljivo i da predstavljaju ponižavajuće postupanje, te kršenje člana 3. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu Konvencija). Drugim rečima, kolektivni smeštaj osuđenika ili postojanje njihovog prevelikog broja u istoj prostoriji je Evropski sud za ljudska prava prepoznao kao moguće kršenje Konvencije (Cvejić, Milošević, Vučković, 2008: 87).

Kao drugi razlog dozvole da privatne kompanije počnu da upravljaju određenim penitencijarnim ustanovama navodimo loše upravljanje proizvodnim kapacitetima u ustanovama od strane upravnika zavoda i njegovih ljudi. Naime, kao primer za ovu našu tvrdnju možemo uzeti stanje u proizvodnim kapacitetima u kazneno-popravnim zavodima u Nišu i Požarevcu. Naime, u KPZ Niš postoji industrijski pogon pod nazivom „Deligrad“, kao deo službe za obuku i upošljavanje. U ovom industrijskom pogonu sprovode se, prema podacima Uprave za izvršenje krivičnih sankcija, delatnosti u nekoliko sektora: metalski (proizvodnja aparata za domaćinstvo), drvni (proizvodnja ležajeva, građevinske stolarije, šahovskih garnitura i sl.), ekonomija (poljoprivredne delatnosti), ugostiteljstvo (motel „Deligrad“ i odmaralište na Jastrepcu), tehnički servis, vozni park, građevinski sektor, namensko odeljenje.²⁰ Tokom osamdesetih godina prošlog veka industrijski pogon

¹⁷ član 15. Pravilnika o kućnom redu kazneno-popravnih zavoda i okružnih zatvora, *Sl. glasnik RS*, br. 72/10.

¹⁸ Zatvori puni kao košnice. Retrieved 27, November 2013, from <http://www.politika.rs/rubrike/Tema-nedelje/srbija-iza-resetaka/Zatvori-puni-kao-koshnice.lt.html>,

¹⁹ Case of Kalashnikov v. Russia, appl. nr. 47095/99

²⁰ Kazneno-popravni zavod u Nišu, Retrieved 27, November 2013, from <http://www.uiks.mpravde.gov.rs/lt/articles/ustanove-za-izvršenje-krivičnih-sankcija/kazneno-popravni-zavodi/zatvorenog-tipa/kazneno-popravni-zavod-u-nisu/>

„Deligrad“ je proizvodio 12 tipova kazana za etažno grejanje vertikalne i horizontalne gradnje različitih kapaciteta, što svedoči o značaju industrijskog pogona „Deligrad“ u jugoslovenskim razmerama u proizvodnji kazana (Konstantinović Vilić, Đurđić, Petrušić, 2001: 99). Devedesetih godina proizvodnja u „Deligradu“ je, zbog prelaska na tržišni sistem poslovanja države, ekonomskih sankcija i ratova, devastirana i značajno smanjena. Tehnologija rada je zastarela, a mašine su pohabane, što je rezultiralo time da je proizvodnja izgubila ekonomsku funkciju zbog nekonkurentnosti na tržištu.²¹ Od ukupnog broja zatvorenika manje od jedne četvrtine radi, iako mnogo veći broj zatvorenika ispunjava uslove za rad, pri čemu, kako kažu sami zatvorenici, uprava KPZ Niš ne poštuje njihove želje pri izboru radnog mesta. Ujedno kazneno-popravni zavod u Nišu ne raspolaže dovoljnom količinom repromaterijala (Jelić, Kiurski, Novaković, Obradović, 2003: 40). Prema raspoloživim podacima iz elektronskih medija, saznajemo da je došlo do raskida već ugovorenih poslova sa firmama „Magnohrom“ i „Farmakom“.²²

Slična situacija po pitanju stanja privredne jedinice „Preporod“ u kazneno-popravnom zavodu Zabela u Požarevcu. Podaci dostupni na sajtu Uprave za izvršenje krivičnih sankcija ukazuju da je poslovanje u okviru privredne jedinice „Preporod“ organizovano u okviru metalskog, drvnog i poljoprivrednog sektora, odeljenja stočarske proizvodnje „Zvezda“, odseka „Letnjikovac“ sa farmom svinja i junadi i odeljenja ugostiteljstva sa restoranom „Preporod“.²³ Osamdesetih godina XX veka KPZ Zabela je proizvodio preko 30.000 štednjaka, koji su se izvozili na prostor tadašnje zajedničke države. Iako je raspadom držve nestalo zajedničko tržište za proizvodnju štednjaka, danas bi KPZ Zabela mogao da bude konkurentan u proizvodnji klupa za parkove. Međutim, osnovni problem koji onemogućava kontinuiran proces proizvodnje klupa je nedostatak materijala (Kuzminović, Palibrk, 2012: 9–10).

²¹ Bezbednosno-obaveštajne službe Republike Srbije, *Zatvori*, Retrieved 29, November 2013, from [http://www.bezbednost.org/upload/document/\(15\)_unijat_2009_zatvori.pdf](http://www.bezbednost.org/upload/document/(15)_unijat_2009_zatvori.pdf)

²² Radnici KPZ Niš koji su prijavili zloupotrebe i korupciju „trpe šikaniranje“, Retrieved 29, November 2013, http://www.transparentnost.org.rs/index.php?view=details&id=1076%3Amediji-o-korupciji&option=com_eventlist&Itemid=6&lang=sr

²³ Kazneno-popravni zavodu u Požarevcu – Zabela, Retrieved 29, November 2013, <http://www.uiks.mpravde.gov.rs/lt/articles/ustanove-za-izvršenje-krivicnih-sankcija/kazneno-popravni-zavodi/strogo-zatvorenog-tipa/kazneno-popravni-zavod-u-pozarevcu-zabeli>

Neobezbeđivanjem procesa rada za osuđenike Republika Srbija krši njihova prava predviđena članom 86 ZIKS-a i čl. 45. i 46. Pravilnika, u kojima je predviđeno da je rad sastavni deo programa postupanja. Drugim rečima, rad predstavlja oblik tretmana, čiji je cilj sticanje, održavanje i povećavanje radnih sposobnosti osuđenika, radnih navika i stručnog znanja. Rad osuđenika smatra se primarnim i najefikasnijim oblikom tretmana (Konstantinović Vilić et al., 2011: 167), jer se njime obezbeđuju preduslovi da osuđenik nađe posao po izlasku iz penitencijarne ustanove, čime bi se u značajnoj meri sprečilo recidivizam.

Treći razlog za davanje dozvole privatnim kompanijama da rukovode penitencijarnim ustanovama u Srbiji je čisto ekonomske prirode. Naime, ukoliko pođemo od toga da jedan osuđenik košta državu dnevno prosečno 15 evra, a ceo penitencijarni sistem godišnje košta 60 miliona evra,²⁴ možemo zaključiti da će država, prepuštanjem svog ekskluzivnog prava izvršenja krivičnih sankcija privatnim kompanijama, uštedeti značajan deo budžetskih sredstava.

Bez obzira što postoje uslovi da se dozvoli privatnim kompanijama da vode penitencijarne ustanove u Srbiji, neophodno je donošenje odgovarajućeg zakonskog okvira, bez kojeg tako nešto ne bi bilo moguće. Zakonom o izvršenju krivičnih sankcija propisano je da postizanje ekonomske koristi od rada osuđenih ne sme štetiti ostvarenju svrhe tog rada, pri čemu je istaknuto da je rad osuđenika njihovo pravo, a ne obaveza. Kako je profit cilj proizvodnje određenih predmeta u privatnim zatvorima, potrebno je naći ravnotežu između ostvarivanja svrhe rada da osuđeni stekne, održi i poveća svoje radne sposobnosti, radne navike i stručno znanje, sa jedne strane, i ostarivanja profita, sa druge strane. Drugim rečima, potrebno je podstaći osuđenike, primenom savremenih penoloških mera, da počnu da razmišljaju da se radno angažuju, jer to doprinosi njihovoj suštinskoj promeni, kao i lakšem nalaženju posle nakon izlaska iz penitencijarne ustanove. Na ovaj način prevazišao bi se problem vezan za zabranu prinudnog rada u Ustavu Republike Srbije²⁵ (član 26). Problem, takođe, predstavlja Konvencija Međunarodne organizacije rada

²⁴ Srpski zatvorenik košta 15 evra na dan, Retrieved 04, December 2013, from <http://www.politika.rs/rubrike/Hronika/Srpski-zatvorenik-kosta-15-evra-na-dan.lt.html>

²⁵ član 26 Ustava Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, br. 98/06.

br. 29, od 10. juna 1930. godine, u kojoj je izričito propisano da se prinudni rad ne odnosi na svaki rad ili uslugu, koji se od neke osobe, zahteva, kao posledica osude proglašene sudskom presudom, pod uslovom da se navedeni rad ili usluga obavljaju pod nadzorom i kontrolom javne vlasti i da navedena osoba nije ustupljena ili stavljena na raspolaganje privatnim osobama, preduzećima ili udruženjima (član 2). Stoga, neophodno je voditi računa o tome da međunarodni dokumenti zabranjuju davanje mogućnosti preduzećima da im ustupe ili stave na raspolaganje osuđena lica na rad. Komitet eksperata Međunarodne organizacije rada istakao je u svojim izveštajima o radu osuđenika u privatnim zatvorima da je potrebno da osuđenik pristaje da slobodno radi u industrijskom pogonu privatnog zatvora kako ne bi postojao prinudni rad osuđenika.²⁶

Ukoliko bi Republika Srbija donela odluku o osnivanju privatnih zatvora, neophodno je promeniti Zakon o izvršenju krivičnih sankcija, u kojem bi se precizno navelo ko sme da osniva privatne zatvore i pod kojim uslovima. Takođe, položaj lica lišenog slobode u privatnim zatvorima ne sme da se razlikuje od položaja lica lišenog slobode u tzv. državnim zatvorima. Međutim, nije dovoljno predvideti ista prava za lica lišenog slobode u privatnim zatvorima, već je, zbog specifičnosti tipa penitencijarne ustanove u kojoj je ostvarivanje profita glavni cilj, potrebno ojačati položaj lica lišenog slobode. Tako je neophodno omogućiti licu lišenom slobode da, ukoliko smatra da mu je povređeno neko pravo propisano ZIKS-om od strane uprave privatnog zatvora, podnese odgovarajući podnesak licu koje je imenovano od strane države i koje bi bilo neposredno prisutno u privatnom zatvoru. Na taj način bi se sprečila situacija da zaposleni u privatnim zatvorima, neodgovaranjem i nedistribuiranjem odgovaraćih podnesaka nadležnim državnim organima dodatno pogoršaju položaj lica lišenog slobode. Između ostalog, za upravnika privatnog zatvora može biti imenovano lice koje ispunjava sve uslove propisane odredbama ZIKS-a. Ista analogija važi i za načelnike službi, pri čemu bi zaposleni u odgovarajućim službama u privatnim zatvorima morali da prođu

²⁶ Observation (CEACR) - adopted 2001, published 90th ILC session (2002), Retrieved 21, April 2014, from http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:13100:0:0::NO::P13100_COMMENT_ID:2198997

potrebnu obuku u okviru Centra za obuku i stručno osposobljavanje zaposlenih u Upravi za izvršenje krivičnih sankcija.

Potrebno je, takođe, uvođenje mogućnosti da komisija, sastavljena od inspektora rada i predstavnika Uprave za izvršenje krivičnih sankcija, redovno i vanredno posećuje industrijske pogone privatnih zatvora. Na taj način bi se sprečila situacija da uprava privatnog zatvora tera osuđenike da rade, kršeći pri tome odredbe ZIKS-a vezane za rad osuđenika.

6. Zaključak

Privatni zatvori, kao vrsta penitencijarnih ustanova, novijeg su datuma. Sjedinjene Američke Države, zajedno sa Velikom Britanijom, bile su pioniri u nastanku ovih kazneno-popravnih ustanova. Iako su ove zemlje najdalje odmakle u vođenju zatvora od strane privatnih kompanija, pažljivom analizom je bilo moguće uočiti sve nedostatke jednog ovakvog sistema i pored svih benefita njihovog postojanja. Razlozi dopuštanja privatnim kompanijama u početku da vode, a kasnije da grade zatvore, su prenatrpanost zatvora, kao i stav tadašnjih političara da privatne kompanije mogu bolje da rukovode određenim javnim sistemima.

Analizom stanja u penitencijarnom sistemu u Republici Srbiji, uviđamo da postoji dva puta više lica lišenih slobode u kazneno-popravnim ustanovama u odnosu na zakonom propisane uslove. Takođe, jedan od najvažnijih oblika tretmana – rad osuđenika, se ne sprovodi u punom obimu, zbog nedostatka finansijskih sredstava, što u kombinaciji sa hroničnom krizom u Republici Srbiji, pri čemu 60 miliona evra godišnje košta penitencijarni sistem, predstavlja osnovu za donošenje odluke o osnivanju privatnih zatvora. Ipak, odluka da privatne kompanije rukovode zatvorima nije toliko jednostavna. Potrebno je uzeti u obzir sve opasnosti i nedostatke koje ovakva odluka nosi sa sobom. Najveća opasnost se ogleda u tome da privatne kompanije zloupotrebljavaju rad osuđenika, s ciljem postizanja što veće ekonomske dobiti. Međutim, postoje i drugi nedostaci privatnih zatvora, koji se otelotvoruju u problemima humanitarnog i socijalnog karaktera, lošijoj obuci zaposlenih u formalnom sistemu, istom obimu nasilja kao u državnim zatvorima, prisutnosti veće količine psihoaktivnih supstanci u odnosu na

državne zatvore, lošijem kvalitetu hrane itd. Stoga, prilikom donošenja odluke o dopuštanju privatnim kompanijama da rukovode zatvorima, potrebno je sagledati pozitivne i negativne strane uvođenja privatnih zatvora, i shodno trenutnoj situaciji doneti konačnu odluku.

Literatura

Anderson, L. (2009). Kicking the National Habit: The Legal and Policy Arguments for Abolishing Private Prison Contracts. *Public Contract Law Journal. (Electronic version)*. Retrieved 21, November 2013, from <https://www.prisonlegalnews.org/displayArticle.aspx?articleid=21985&AspxAutoDetectCookieSupport=1>

Arguments against Private Prisons. Retrieved 21, November 2013, from <https://sites.google.com/site/privateprisons2/cons>

Arguments for Private Prisons. Retrieved 16, November 2013, from <https://sites.google.com/site/privateprisons2/pros>

Bezbednosno-obaveštajne službe Republike Srbije, *Zatvori*. Retrieved 29, November 2013, from [http://www.bezbednost.org/upload/document/\(15\)_unijat_2009_zatvori.pdf](http://www.bezbednost.org/upload/document/(15)_unijat_2009_zatvori.pdf)

Bezbednosno-obaveštajne službe Republike Srbije, *Zatvori*. Retrieved 29, November 2013, from [http://www.bezbednost.org/upload/document/\(15\)_unijat_2009_zatvori.pdf](http://www.bezbednost.org/upload/document/(15)_unijat_2009_zatvori.pdf)

Blakely, C., Bumphus, V. (2004). Private and Public Sector Prisons—A Comparison of Select Characteristics. *Federal Probation – A Journal of Correctional Philosophy and Practice*. 68 (1). *(Electronic version)*. Retrieved 21, November 2013, from <http://www.uscourts.gov/uscourts/federalcourts/pps/fedprob/2004-06/prisons.html>

Camp, D., Gaes, G. (2000). *Private Prisons in the United States, 1999: An Assessment of Growth, Performance, Custody Standards, and Training Requirements (Electronic version)*. Washington: Federal Bureau of Prisons Office of Research and Evaluation. Retrieved 23, November 2013, from

http://www.bop.gov/news/research_projects/published_reports/prison_mgmt/oreprcg2000.pdf

Case of Kalashnikov v. Russia. Appl. nr. 47095/99

CCA Story: Our Company History. Retrieved 11, November 2013, from <http://cca.com/our-history>

Cvejić, A., Milošević, V., Vučković, L. (2008). *Monitoring uslova zatvaranja u KPZ Niš (Electronic version)*. Niš: Centar za ljudska prava. Retrieved 27, November 2013, from <http://www.chr-nis.org.rs/wp-content/uploads/2011/05/Monitoring-uslova-zatvaranja-u-KPZ-Nis.pdf>

Dimovski, D. (2008). Pojava i razvoj kazne lišenja slobode. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 249-278

Due process. Retrieved 18, November 2013, from http://www.law.cornell.edu/wex/due_process

Izveštaj o radu Uprave za izvršenje krivičnih sankcija za 2012. godinu. Retrieved 25, November 2013, from http://www.uiks.mpravde.gov.rs/images/UKKS_izvestaj_2012.pdf

Jelić, M., Kiurski, M., Novaković, N., Obradović, M. (2003). *Kako do evropskih standarda – Zatvori u Srbiji 2002–2003. (Electronic version)*. Beograd: Helsinški odbor za ljudska prava u Srbiji. Retrieved 27, November 2013, from <http://www.helsinki.org.rs/serbian/doc/sveske17.pdf>

Kazneno-popravni zavod u Nišu. Retrieved 27, November 2013, from <http://www.uiks.mpravde.gov.rs/lt/articles/ustanove-za-izvršenje-krivicnih-sankcija/kazneno-popravni-zavodi/zatvorenog-tipa/kazneno-popravni-zavod-u-nisu/>

Kazneno-popravni zavodu u Požarevcu – Zabela. Retrieved 29, November 2013, <http://www.uiks.mpravde.gov.rs/lt/articles/ustanove-za-izvršenje-krivicnih-sankcija/kazneno-popravni-zavodi/strogo-zatvorenog-tipa/kazneno-popravni-zavod-u-pozarevcu-zabeli/>

Konstantinović Vilić, S., Đurđić, V., Petrušić, N. (2001). *Kazneno popravni zavod u Nišu – 90 godina*. Niš: Prosveta

Konstantinović Vilić, S., Kostić, M. (2011). *Penologija*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta

Konstantinović Vilić, S., Kostić, M. (2013). *Sistem izvršenja krivičnih sankcija i penalni tretman u Srbiji*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta

Kutama Sinthumule Correctional Center. Retrieved 12, November 2013, from <http://www.geogroup.com/maps/locationdetails/66>

Kuzminović, I., Palibrk, Lj. (2012). *Zatvorski sistem u Srbiji (Electronic version)*. Beograd: Heslinški odbor za ljudska prava u Srbiji. Retrieved 29, November 2013, <http://www.helsinki.org.rs/serbian/doc/zatvori%20-%20mart%202012.pdf>

Logan, C. (1992). Well Kept: Comparing Quality of Confinement in Private and Public Prisons. *Journal of Criminal Law and Criminology*. 83. 577-613

Michigan Privatization Report (Electronic version). (2003). Mackinac Center for Public Policy. Retrieved 17, November 2013, from <http://www.mackinac.org/archives/2003/mpr2003-01.pdf>

Observation (CEACR) - adopted 2001, published 90th ILC session. (2002). Retrieved 21, April 2014, from http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID:2198997

Panchiama, N. *Competition in Prisons (Electronic version)*. Retrieved 14, November 2013, from <http://www.instituteforgovernment.org.uk/sites/default/files/publications/Prisons%20briefing%20final.pdf>

Perrone, D., Pratt, T. (2003). Comparing the Quality of Confinement 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)*. Retrieved 16, November 2013, from http://www.d.umn.edu/~jmaahs/Correctional%20Continuum/Online%20Readings/PerroneandPratt_privatization.pdf

Pravilnik o kućnom redu kazneno-popravnih zavoda i okružnih zatvora. *Službeni glasnik RS*. Br.72 (2010)

Price, B., Morriss, J. (2012). *Prison Privatization: The Many Facets of a Controversial Industry*. California: ABC-CLIO

Radnici KPZ Niš koji su prijavili zloupotrebe i korupciju „trpe šikaniranje“. Retrieved 29, November 2013, http://www.transparentnost.org.rs/index.php?view=details&id=1076%3Amediji-o-korupciji&option=com_eventlist&Itemid=6&lang=sr

Roth, M. (2006) *Prisons and Prison Systems: A Global Encyclopedia*. USA: Greenwood Press

Sellers, M. (1993). *The History and Politics of Private Prisons: A Comparative Analysis*. England: Associated University Presses

Selman, D., Leighton, P. (2010). *Punishment for Sale: Private Prisons, Big Business, and the Incarceration Binge*. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers

Smith, A. (2012). *Private vs. Public Facilities, Is it cost effective and safe? (Electronic version)*. Retrieved 11, November 2013, from <http://www.corrections.com/news/article/30903-private-vs-public-facilities-is-it-cost-effective-and-safe->

South Florida State Hospital. Retrieved 12, November 2013, from <http://www.geocarellc.com/Locations/SouthFloridaStateHospital.aspx>

Srpski zatvorenik košta 15 evra na dan. Retrieved 04, December 2013, from <http://www.politika.rs/rubrike/Hronika/Srpski-zatvorenik-kosta-15-evra-na-dan.lt.html>

The Geo Group. Retrieved 11, November 2013, from <http://www.geogroup.com/history>

Ustav Republike Srbije. *Službeni glasnik RS*. Br. 98 (2006)

Welsh Prisoners in the Prison Estate: Follow-up, Ninth Report of Session 2009-2010. Great Britain: Parliament: House of Commons: Welsh Affairs Committee

What Is a Private Prison? Retrieved 10, November 2013, from <http://www.wisegeek.com/what-is-a-private-prison.htm>

Whitehead, P., Crawshaw, P. (2012) *Organising Neoliberalism: Markets, Privatisation and Justice*. London: Anthem Press

Wilson, J. (2011). *Advantages and Disadvantages of Private Prisons and Jails (Electronic version)*. Retrieved 17, November 2013, from <http://www.studymode.com/essays/Advantages-And-Disadvantages-Of-Private-Prisons-565992.html>

Zakon o izvršenju krivičnih sankcija. *Službeni glasnik RS*. Br. 85 (2005), 72 (2009) i 31 (2011)

Zatvori puni kao košnice. Retrieved 27, November 2013, from <http://www.politika.rs/rubrike/Tema-nedelje/srbija-iza-resetaka/Zatvori-puni-kao-koshnice.lt.html>,

Darko Dimovski, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Private Prisons

Summary

The author, based on the circumstances that contributed to the creation of private prisons, has explained the historical development of private prisons in the United States and Great Britain. After that, the author has analyzed the strengths and weaknesses of the prison run by private companies. Namely, the author has, stating the benefits of private prisons (reduced overcrowding in penitentiary institutions, cheaper accommodation cost per prisoner, provide better services, the possibility of applying a new philosophy in the manner of execution of sentence, with modern Penitentiary program, with the aim of re-socialization and the reduction of recidivism) and weaknesses of the private prisons (the question of legitimacy, a chronic lack of space in the Penitentiary system is not solved, business-oriented policies of private prisons,

less salaries, poor performance of the security service, worst food, weak enforcement of parole, lack of appropriate penitentiary program), wanted to draw attention to the professional public about controversy of the introduction of private companies in the management structure of penitentiary institutions.

As the Republic of Serbia is, constantly in the last twenty years, faced with the increasing number of inmates, as well as the chronic shortage of money, which affects the situation in industrial areas of prisons, there are options to give licenses to private companies to manage prisons. Therefore, the author has paid special attention to potential problems of introducing private prisons in the penitentiary system in Serbia.

Keywords: private prisons, historical development, Republic of Serbia.

Dr Dušica Miladinović-Stefanović*

Docent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

NAUČNI ČLANAK

UDK: 343.62-053.2(497.11:4-672EU)

Rad primljen: 01.09.2014.

Rad prihvaćen: 01.12.2014.

KRIVIČNOPRAVNA ZAŠTITA MALOLETNIH LICA OD SEKSUALNOG ISKORIŠĆAVANJA I ZLOSTAVLJANJA – EVROPSKI STANDARDI I PRAVO REPUBLIKE SRBIJE**

Apstrakt: Standardi krivičnopravne zaštite maloletnika postavljeni Konvencijom o zaštiti dece od seksualnog zlostavljanja i seksualnog iskorišćavanja su njenim ratifikovanjem postali deo našeg pravnog poretka, čime je i nastala obaveza da se detaljnije razrade. To je učinjeno noveliranjem Krivičnog zakonika 2009. godine, kao i donošenjem Zakona o posebnim merama za sprečavanje vršenja krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima 2013. godine. U tom smislu, ovaj rad predstavlja pokušaj da se kritički sagledaju implementacija postavljenih standarda u sferi opšteg dela krivičnog prava, inkriminacija uvedenih radi zaštite seksualnog integriteta maloletnika, ali i tzv. posebnih mera i posebne evidencije učinilaca krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnicima. Osnovni cilj ovako postavljenog predmeta istraživanja je iznalaženje odgovora na nekoliko značajnih pitanja: na koji način su iskorišćeni kapaciteti koje Konvencija pruža, da li su u razradi opštih smernica postojale i neke drugačije mogućnosti, kao i u čemu se sastoje praktične implikacije prihvaćenih i mogućih rešenja.

Ključne reči: seksualno iskorišćavanje i zlostavljanje, maloletna lica, posebne mere i posebna evidencija učinilaca krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima.

* dusica@prafak.ni.ac.rs

**Чланак представља резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултета Универзитета у Нишу, у периоду од 2013. до 2018. године.

1. Uvodne napomene

Konvencija o zaštiti dece od seksualnog zlostavljanja i seksualnog iskorišćavanja, doneta 2007. godine u okviru Saveta Evrope,¹ predviđa složen mehanizam mera, počevši od preventivnih, usmerenih prema licima koja rade sa decom, prema samoj deci² i najširoj javnosti, preko mera psihološke i socijalne pomoći žrtvama, do onih koje treba ugraditi u materijalno i procesno krivično zakonodavstvo. Kako je Konvencija ratifikacijom postala deo našeg pravnog poretka,³ nastala je obaveza da se mere detaljnije urede, što je jednim delom ostvareno noveliranjem Krivičnog zakonika,⁴ ali i donošenjem Zakona o posebnim merama za sprečavanje vršenja krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima.⁵ Dalje izlaganje je fokusirano na analizu intervencija učinjenih u domenu materijalnog krivičnog prava, ne bi li se došlo do odgovora na nekoliko značajnih pitanja: prvo, na koji način su iskorišćeni kapaciteti koje Konvencija pruža; drugo, da li su u razradi opštih smernica postojale i neke drugačije mogućnosti; i treće, u čemu se sastoje praktične implikacije prihvaćenih i mogućih rešenja.

2. Osvrt na zaštitu maloletnih lica inkriminisanjem određenih ponašanja

U oblasti materijalnog krivičnog prava Konvencija predviđa obavezu inkriminisanja određenih ponašanja. Konkretnije rečeno, radi se o seksualnom zlostavljanju, delima u vezi sa dečijom prostitucijom i dečijom pornografijom, delima u vezi sa učešćem deteta u pornografskim predstavama, tzv. korumpiranju dece i nagovaranju dece u seksualne svrhe (čl. 18–23). U cilju njenog „pokrivanja“ uvedena su dva nova dela – navođenje maloletnog lica na prisustvovanje polnim radnjama (čl. 185a) i iskorišćavanje računarske mreže ili komunikacije drugim tehničkim sredstvima za izvršenje krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnom licu (čl. 185b). Prvo delo predstavlja

¹ *Council of Europe Convention of the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, Lanzarote Convention (CETS 201)*. Pošto je ratifikovana od strane propisanog broja država, ona je i stupila na snagu nekoliko godina kasnije, tačnije, jula 2010. godine.

² Konvencija pod decom podrazumeva lica koja nisu navršila 18 godina (čl. 3).

³ Zakon o potvrđivanju Konvencije o zaštiti dece od seksualnog zlostavljanja i seksualnog iskorišćavanja, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 1/10.

⁴ *Službeni glasnik RS*, br. 85/05, 72/09, 111/09, 121/12 i 104/13.

⁵ *Službeni glasnik RS*, br. 32/13.

„domaću varijantu“ korumpiranja dece koja, nažalost, nije dovoljno precizno određena. Da bi se razumelo na šta se ovde ukazuje, potrebno je setiti se da je radnja izvršenja „*navođenje maloletnika da prisustvuje silovanju, obljubi i sa njom izjednačenim činom ili drugoj polnoj radnji*“. Kada je silovanje u pitanju formulacija ne ostavlja dileme, ali se to ne može konstatovati za prisustvovanje obljubi, sa njom izjednačenim činom ili drugoj polnoj radnji, jer se ne vidi da li se misli na te radnje učinjene u sklopu nekog od krivičnih dela (osim izričito navedenog silovanja) ili se opet radi o ponašanju koje nije zabranjeno (Stojanović, 2012: 554). Jezičko tumačenje upućuje na drugu mogućnost, a to implicira da je navođenje na prisustvovanje dozvoljenim seksualnim aktivnostima krivično delo, dok bi navođenje na prisustvovanje seksualnim aktivnostima u okviru nekog od krivičnih dela bilo potpuno van kriminalne zone. Ne samo što je nelogično, nego je i u suprotnosti sa odredbama Konvencije, kako korumpiranje obuhvata dve situacije – navođenje deteta da bude svedok i „*seksualnog zlostavljanja*“ i „*seksualnih aktivnosti*“. Dalje upoređivanje otkriva i da se korumpiranje vrši u „*seksualne svrhe*“, što je izostalo u našem zakonskom opisu, a trebalo bi dodati i da se osnovni oblik navođenja vrši prema maloletniku, iako je za korumpiranje dece potrebno da se radi o licu koje po nacionalnom pravu nije navršilo godine ispod kojih je seksualni odnos sa njim inkriminisan (op. cit: 554). To znači da pasivni subjekt treba da bude lice mlađe od četrnaest, a ne od osamnaest godina, kako je kod nas predviđeno. Starosni uzrast žrtve od četrnaest godina se, doduše, pominje kod ovog dela, ali kao kvalifikatorna okolnost (videti st. 2). Zakonodavac je očigledno znatno proširio kažnjivu zonu postavljenu Konvencijom, što se može braniti time da je njene odredbe shvatio kao minimalni standard, mada u domaćoj teoriji postoji mišljenje da to u ovom slučaju nije bilo opravdano (op. cit: 555).

Nagovaranje dece u seksualne svrhe dobilo je svoj „odraz“ u iskorišćavanju računarske mreže ili komunikacije drugim tehničkim sredstvima za izvršenje krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnom licu. I ovde važi ista napomena kada je u pitanju pasivni subjekt, a sporan je i aktivni subjekt, pošto po formulaciji iz Krivičnog zakonika to može biti bilo koje lice, dok se u Konvenciji izričito govori o „odraslom“, bez čega delo gubi pravi smisao. Učinjen je i niz tehničkih propusta – upućivanje na dela iz čl. 178. st. 4, 179. st.

3, čl. 180. st. 1. i 2, čl. 181. st. 3, jer se ova dela vrše prema detetu (ne prema maloletniku), a posebnu „zanimljivost“ predstavlja upućivanje na nepostojeći čl. 184. st. 3. (primetio Stojanović, videti u op. cit: 557).

Pored napomena u vezi sa novim trebalo bi dodati i neke u odnosu na „stara“ dela. Posredovanje u vršenju prostitucije se sastoji u navođenju ili podsticanju drugog na prostituciju, učestvovanju u predaji lica drugome radi vršenja prostitucije, ili u propagiranju ili reklamiranju prostitucije putem sredstava javnog informisanja i drugih sličnih sredstava (čl. 184), pri čemu korišćenje seksualnih usluga maloletnih lica nije inkriminisano, iako Konvencija na to obavezuje (čl. 19. st. 1v). U tom smislu, trebalo bi *de lege ferenda* uvesti nov oblik ovog dela.⁶ Eventualno, moglo bi se razmišljati i o uvođenju ograničenja ostavljenih Konvencijom, kod prikazivanja, pribavljanja i posedovanja pornografskog materijala i iskorišćavanja, proizvodnje i posedovanja dečije pornografije, koja se odnose na proizvodnju, pribavljanje i posedovanje materijala u isključivo lične svrhe, ukoliko postoji saglasnost maloletnika koji je navršio uzrast u kojem su seksualne aktivnosti sa njim dopuštene,⁷ ili u odnosu na proizvodnju i posedovanje pornografskog materijala koji se sastoji isključivo od simuliranih predstava ili realističnih slika nepostojećeg deteta (čl. 20. st. 3. Konvencije).

3. Osvrt na zaštitu maloletnih lica pojedinim opštim institutima krivičnog prava

U domenu zaštite opštim institutima Konvencija nalaže članicama više obaveza, između ostalog, i da omoguće da određene činjenice (u meri u kojoj ne čine sastavne elemente bića krivičnog dela) budu uzete u obzir kao otežavajuće okolnosti prilikom odmeravanja kazne. Tako treba uvećati kaznu, ako je delom naneta ozbiljna šteta po fizičko ili mentalno zdravlje žrtve; ako je delu prethodilo mučenje ili teško nasilje ili je delo bilo praćeno takvim

⁶ Kao što je to učinjeno kod trgovine ljudima, koja obuhvata i slučaj kada učinilac zna ili je mogao znati da je maloletno lice žrtva trgovine ljudima, pa iskoristi njen položaj ili drugome omogući iskorišćavanje njenog položaja radi seksualne eksploatacije.

⁷ Postoje mišljenja da to nije nužno, jer, i bez izričite odredbe, nije ispunjen uslov da je materijal nastao iskorišćavanjem, što podrazumeva izvesne elemente zloupotrebe (Stojanović, 2012: 553).

aktima; ako je žrtva posebno ranjiva; ako je učinilac član porodice, lice koje živi u zajednici sa detetom ili lice koje je zloupotrebilo svoj autoritet za vršenje dela; ako je bilo više učinilaca koji su delovali zajednički; ako je delo učinjeno u okviru kriminalne organizacije; ako je učinilac ranije osuđivan za krivična dela istovetne prirode (čl. 28). Zakonodavac se opredelio da po ovom pitanju ne interveniše, pošto je katalog okolnosti iz čl. 54. dovoljno fleksibilan da „apsorbuje“ sve navedeno. Međutim, u oblast odmeravanja je uneta promena druge vrste, ostvarena zabranom ublažavanja kazne (čl. 5. st. 1. Zakona o posebnim merama), na čemu sama Konvencija nigde ne insistira. Ona, u ovom domenu, jedino govori o „*delotvornim, srazmernim sankcijama, koje će imati preventivnu funkciju, uzimajući u obzir težinu dela*“ (čl. 27. st. 1). Ovakav oblik zaoštavanja kaznene politike je od ranije poznat, pošto Krivični zakonik već sadrži zabranu ublažavanja, između ostalog, i za dela silovanja, obljube nad nemoćnim licem i obljube sa detetom (čl. 57. st. 2), s tim što je Zakonom o posebnim merama ona proširena i na druga dela navedena u čl. 3.⁸ Pravno-tehnički posmatrano, sada u odnosu na neke inkriminacije postoji dupla zabrana, što bi trebalo makar prečistiti.⁹ Zaoštavanje kaznene politike je, takođe, evidentno i u zabrani uslovnog otpusta (čl. 5. st. 3. Zakona o posebnim merama). Problem ovog rešenja, iako je sa aspekta Konvencije održivo kao mera sa preventivnom ulogom, leži u tome što Krivični zakonik sudu daje fakultativno ovlašćenje da, pod određenim uslovima, dâ uslovni otpust osuđenim na kaznu zatvora za dela iz čl. 178. do 185b. Čini se da je ovo još jedan od pokazatelja da se nije dovoljno vodilo računa da je Zakon o posebnim merama samo deo šire normative celine, čiji bi delovi trebalo da budu međusobno usaglašeni.

⁸ Silovanje (čl. 178. st. 3. i 4. KZ-a), obljava nad nemoćnim licem (čl. 179. st. 2. i 3), obljava nad detetom (čl. 180), obljava zloupotrebom položaja (čl. 181), nedozvoljene polne radnje (čl. 182), podvođenje i omogućavanje vršenja polnog odnosa (čl. 183), posredovanje u vršenju prostitucije (čl. 184. st. 2), prikazivanje, pribavljanje i posedovanje pornografskog materijala i iskorišćavanje maloletnog lica za pornografiju (čl. 185), navođenje maloletnog lica na prisustvovanje polnim radnjama (čl. 185a) i iskorišćavanje računarske mreže ili komunikacije drugim tehničkim sredstvima za izvršenje krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnom licu (čl. 185b).

⁹ Postoje i argumenti za ukidanje ove zabrane, koja je u domaćoj teoriji pretrpela ozbiljnu kritiku. Više o tome u Delić, 2010: 241–245, Stojanović, 2013: 15–17.

Nadalje, Konvencija obavezuje na preduzimanje mera koje obezbeđuju da se za bavljenje onim profesijama koje podrazumevaju redovne kontakte sa decom biraju samo lica koja nisu osuđivana za dela seksualnog zlostavljanja i seksualnog iskorišćavanja dece (čl. 5. st. 3). Ovaj standard je ispunjen normiranjem pravnih posledica osude, u koje spadaju: prestanak vršenja javne funkcije; prestanak radnog odnosa, odnosno prestanak vršenja poziva ili zanimanja koje se odnosi na rad sa maloletnim licima; zabrana sticanja javnih funkcija; zabrana zasnivanja radnog odnosa, odnosno obavljanja poziva ili zanimanja koje se odnosi na rad sa maloletnim licima (čl. 6. Zakona o posebnim merama). Trebalo bi pomenuti da je, naše pravo, i pre donošenja Zakona o posebnim merama, sadržalo mehanizam kojim se može odgovoriti na pomenutu obavezu. Tako, na primer, Zakon o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja izričito zabranjuje da se u radni odnos primaju osuđivana lica, između ostalog, i za dela protiv polne slobode, kao što propisuje i obavezno oduzimanje licence nastavniku, vaspitaču i stručnom saradniku, ukoliko su osuđeni za ova dela.¹⁰ Međutim, gore navedene pravne posledice imaju širi spektar delovanja, kako obuhvataju ne samo lica koja se bave obrazovanjem i vaspitanjem, nego i drugim poslovima koji podrazumevaju rad sa maloletnicima, kao što se odnose i na vršenje javnih funkcija. Iako se može kritikovati to što su pravne posledice postavljene kao neka vrsta moralne sankcije za nosioce javnih funkcija, mada je uobičajno da se njihova uloga sastoji u otklanjanju opasnih situacija iz kojih može proisteći novo delo, ostaje i pitanje tumačenja nedovoljno precizne formulacije „poziv ili zanimanje koji podrazumevaju rad sa maloletnicima“, koje će sigurno izazivati probleme u praksi (Ristivojević, 2013: 331).

Zakonodavac je pokušao da dâ doprinos prevenciji i kroz produženo trajanje pravnih posledica osude od dvadeset godina, ako se posmatra u odnosu na deset godina, kako je propisano u Krivičnom zakoniku (čl. 96. st. 3). Međutim, Zakon o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja vremenski ne ograničava zabranu, te se postavlja pitanje šta se odredbama Zakona o posebnim merama, u krajnjem, dobija na planu zaštite maloletnika.

¹⁰ Videti čl. 120. st. 3. i čl. 128. st. 1. *Službeni glasnik RS, br. 72/09, 52/11 i 55/13.*

Sledeća obaveza podrazumeva preduzimanje zakonodavnih i drugih mera, kako bi se obezbedilo da zastarevanje za započinjanje postupaka, koji se odnose na krivična dela ustanovljena Konvencijom (čl. 18, 19. st. 1a i st. 1b, kao i 21. st. 1a i st. 1b), ne nastupi tokom vremenskog perioda dovoljno dugog, da se tokom njega omogući delotvorno otpočinjanje postupka, pošto je žrtve postala punoletna, a u skladu sa težinom krivičnog dela o kojem je reč (čl. 33. Konvencije). Naš zakonodavac je na to odgovorio pravilom da gonjenje i izvršenje kazne za odnosa krivična dela ne zastarevaju (čl. 5. st. 3. Zakona o posebnim merama). Ne dovodeći u pitanje dobru nameru, ostaje dilema da li je ovakvo rešenje opravdano, posebno kada se uzme u obzir da krivično gonjenje i izvršenje kazne za ostala dela, koliko god teška bila (osim onih protiv međunarodnog prava), ipak zastarevaju. Istovremeno, prihvaćeno rešenje ne prati ideju Konvencije i narušava načela jednakosti i srazmernosti, što posebno dolazi do izražaja kada se posmatraju najlakša dela iz ove grupe. Evidentno je da zakonodavac nije učinio neophodan napor da sačini hijerarhiju dela prema težini, i na osnovu toga postavi adekvatne rokove zastarelosti, ili da „elegantno“ propiše da (redovni) rokovi zastarelosti počinju da teku od sticanja punoletstva žrtve, što bi imalo više smisla. Konstituisanje nezastarivosti ostavlja ne baš prijatan utisak da se radilo brzo i bez dubljeg promišljanja, sa parolom da se obaveze što pre „skinu s dnevnog reda“. Na kraju, ako se ostave po strani prava osuđenih lica i fokus prebaci na eventualne koristi, u smislu potpunije zaštite maloletnika, postavlja se pitanje da li se išta ovime postiže. Čini se da se stvari samo komplikuju, a dovoljno je zamisliti, na primer, postupak dokazivanja u ovim, ionako veoma osetljivim, pitanjima, koji bi se odvijao više decenija posle kritičnog događaja.

4. Osvrt na tzv. posebne mere za sprečavanje krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima

Konvencija okvirno nalaže preduzimanje neophodnih zakonodavnih ili drugih mera radi sprečavanja svih oblika seksualnog iskorišćavanja i seksualnog zlostavljanja maloletnih lica, te je zakonodavac imao punu slobodu da osmisli sistem prevencije. Pri tome, on se opredelio za uvođenje tzv. posebnih mera, u koje spadaju: obavezno javljanje nadležnom organu policije i Uprave za izvršenje krivičnih sankcija, zabrana posećivanja mesta na kojima se okupljaju

maloletna lica, obavezno posećivanje profesionalnih savetovališta i ustanova, obavezno obaveštavanje o promeni prebivališta, boravišta ili radnog mesta, kao i obavezno obaveštavanje o putu u inostranstvo (čl. 7. Zakona o posebnim merama). Njihova primena je rezervisana samo za punoletne učinioce taksativno navedenih krivičnih dela (čl. 3. Zakona o posebnim merama). Međutim, iako su u javnosti dočekane sa odobravanjem, mnogo šta je u vezi sa njima sporno. Prvo, teorijski posmatrano, nije baš najjasnija njihova pravna priroda, kako imaju izvesnih dodirnih tačaka sa merama bezbednosti i pravnim posledicama osude, pre svega zbog namenjene preventivne uloge, ali i sa obavezama iz zaštitnog nadzora, čiju sadržinu gotovo do identičnosti „kopiraju“, mada ih od svih ovih instituta dele i značajne razlike (više o tome u Miladinović Stefanović, 2013: 373–393). Drugo, odsustvo jasne koncepcije postaje vidljivo i kada se detaljnije sagledaju dela na čije se učinioce primenjuju. Ne može ostati neprimećeno da se među njima ne nalazi rodoskrvnjenje (čl. 197. KZ-a). Seksualna zloupotreba je kod ovog dela nesporna, pri čemu je ono po svojim posledicama teže od nekih drugih dela koja se nalaze na listi za primenu posebnih mera. Takođe, nema ni trgovine ljudima, podrazumeva se, onih oblika u kojima se kao žrtva pojavljuje maloletno lice (čl. 388. st. 2–7. KZ-a), pri čemu je delo izvršeno u cilju prostitucije, drugog vida seksualne eksploatacije ili u pornografske svrhe, kao i kada učinilac zna ili je mogao znati da je maloletno lice žrtva trgovine ljudima, pa koristi njegov položaj ili drugome omogući iskorišćavanje njegovog položaja u cilju prostitucije, drugog vida seksualne eksploatacije ili u pornografske svrhe (st. 9). Ako je intencija zakonodavca bila da, u duhu Konvencije, omogući širu zaštitu, trgovina ljudima je morala biti uključena, tim pre što pojedina istraživanja govore da je većina maloletnih žrtava ovog dela kod nas namenjena upravo seksualnoj eksploataciji (čak 68%, podatak iz Petković, Đorđević, Balos, 2010: 63).

Treće, postoji realna sumnja u kapacitete posebnih mera za ostvarivanje projektovanog preventivnog dejstva. U tom smislu, obavezno javljanje nadležnom organu suštinski ničim ne ograničava osuđeno lice u ponovnom vršenju dela, više je u pitanju privid da se nad njime uspostavlja neka kontrola. Slaba tačka zabrane posećivanja mesta na kojima se okupljaju maloletna lica leži u tome što ni Zakon o posebnim merama, a ni novi Zakon o izvršenju

vanzavodskih sankcija mera,¹¹ ne sadrže pravila o načinu njenog izvršenja. Ona se u komparativnom pravu često realizuje primenom *GPS*-a (više o tome u Wright, 2009: 36, Shekhter, 2010–2011: 1086–1087, Maloy, Coleman, 2009: 245 i dr.), što bi u našim prilikama otvorilo i problem troškova ovakvog monitoringa. Nadalje, zabrana posećivanja mesta na kojima se okupljaju maloletnici počiva na hipotezi da je učinilac seksualnih delikata prema maloletnicima „opasni stranac“, koji „vreba“ na mestima gde se oni u većem broju okupljaju.¹² To ne odgovara domaćim prilikama, jer proučavanja fenomenologije ovog tipa kriminaliteta pokazuju da se on uglavnom dešava u krugu porodice, rođaka, prijatelja, suseda, jednom reči, u krugu poznatih (Petković i dr, 2010: 312). Iako bi se pomenuta zabrana mogla opravdati kao sredstvo namenjeno manje zastupljenim „seksualnim predatorima“, ostaje činjenica da tipični učinioci njome nisu pogođeni. Kada se govori o obaveznom posećivanju profesionalnih savetovališta i ustanova kao „slaba tačka“ bi se mogao pojaviti izostanak specijalizovanog kadra za njeno sprovođenje, tim pre što čak ni u zavodskim ustanovama nema posebnih programa prevaspitanja namenjenih seksualnim delinkventima. Manjak osposobljenih lica može da ukaže na opasnost da će se u praksi ova obaveza pretvoriti u puko pojavljivanje osuđenog u zakazano vreme i na zakazanom mestu, bez ikakvog suštinskog rada sa njim. Pitanje je šta se dobija i obaveznim obaveštavanjem o promeni prebivališta, boravišta i radnog mesta. Dok prijava promene radnog mesta predstavlja novinu, ostale obaveze su opšte prirode, svi građani imaju obavezu da prijave promenu prebivališta i boravišta, doduše, u roku od osam, a ne od tri dana od dana nastanjivanja, kako je izuzetno predviđeno za seksualne delinkvente.¹³ Slično je i sa obaveznim obaveštavanjem o putu u inostranstvo,¹⁴ mada ova mera pored kontrole kretanja osuđenog ima i

¹¹ U vreme nastajanja ovog rada, zakon još uvek nije bio objavljen u službenom glasilu, tako da je korišćen tekst sa <http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/zakoni/2014/1362-14.pdf>, pristup 29.05.2014. godine.

¹² Digresije radi, na istoj ideji su zasnovane i radikalnije mere, poput zabrane nastanjivanja na određenim područjima ili obaveštavanje javnosti o tome da se registrovani seksualni delinkvent nalazi na slobodi (Miladinović-Stefanović, 2013: 386 i nadalje).

¹³ Videti čl. 9. i 15. Zakona o prebivalištu i boravištu građana, *Službeni glasnik RS, br. 87/11*.

¹⁴ „Obični“ građani prijavljuju odlazak u inostranstvo samo ako se radi o neprekidnom boravku dužem od 90 dana, čl. 19. Zakona o prebivalištu i boravištu građana.

poseban cilj, koji se sastoji u postavljanju osnova za međunarodnu saradnju u oblasti suzbijanja seksualne delinkvencije, što nije moguće bez pomenute razmene podataka. Nije poznato da li je njeno uvođenje podstaknuto zapažanjima da *modus operandi* određenog broja „naših“ učinilaca podrazumeva odlazak u inostranstvo radi vršenja dela, odnosno zapažanjima o učestalosti tzv. seksualnog turizma, pojave da se ciljano odlazi na destinacije poznate po dečijoj prostituciji.

Četvrto, uprkos strogoj retorici, evidentnoj iz dodavanja atributa obaveznosti većini mera, zakonodavac se nije potrudio da odredi pravne posledice njihovog nepoštovanja od strane učinioca. To je učinjeno jedino kod obaveznog javljanja nadležnom organu,¹⁵ dok ostale „vise“, pa se stiče utisak da su samo nominalno, a ne i istinski obavezne.

Peto, trebalo bi pomenuti i da se u veoma retkim razmatranjima posebnih mera u domaćoj teoriji nalazi i mišljenje da su neke od njih protivustavne. Tako je istaknuto da za bilo kakvo ograničavanje slobode kretanja mora da postoji osnov u Ustavu, pri čemu nijedan od navedenih (vođenje krivičnog postupka, zaštita javnog reda i mira, sprečavanje širenja zaraznih bolesti i odbrana Republike Srbije, čl. 39. st. 2. Ustava) ne može da opravda obavezno javljanje nadležnom organu, zabranu posećivanja određenih mesta i obavezno obaveštavanje o putu u inostranstvo, dok se obavezno obaveštavanje o promeni radnog mesta smatra diskutabilnim sa aspekta ostvarivanja prava na rad (Ristivojević, 2013: 329).

5. Osvrt na posebnu evidenciju osuđenih za seksualne delikte prema maloletnim licima

Retka eksplicitno navedena mera, koja bi trebalo da utiče na sprečavanje vršenja krivičnih dela protiv polne slobode, ali i na otkrivanje i gonjenje učinilaca, jeste i prikupljanje i arhiviranje podataka o osuđenim licima (glava 8. Konvencije). I u ovom domenu je mnogo toga ostavljeno na izbor ugovornicama, pošto se kao jedino, i sasvim očekivano, ograničenje pojavljuju relevantne odredbe nacionalnih prava o zaštiti ličnih podataka. Tako je

¹⁵ Neispunjavanje ove mere normirano je kao prekršaj, za koji je propisana kazna zatvora od trideset do šezdeset dana, čl. 16. Zakona o posebnim merama.

zakonodavcima prepušteno da procene na koji način je najcelishodnije urediti čitav niz pitanja: da li bi evidencija trebalo da bude jedinstvena centralna ili decentralizovana, da li bi trebalo da bude samostalna ili samo deo postojeće evidencije, šta bi sve trebalo da sadrži, kojem državnom organu poveriti njeno vođenje, kojim subjektima dozvoliti pristup evidenciji, koliko bi trebalo da traje upis i slično. Dalje izlaganje se neće baviti detaljnom analizom načina na koji su sva nabrojana pitanja regulisana u domaćem pravu (više o tome u Miladinović Stefanović, 2014: 447–462), već samo izvesnim problematičnim segmentima.

U tom smislu, prve napomene odnose se na listu krivičnih dela čiji učinioci podležu upisu, a kako su one identične kao i kod posebnih mera, o tome neće biti ponovo reči. Što se same sadržine evidencije tiče, Konvencija izričito pominje podatke koji se odnose na identitet i genetski profil učinioca (čl. 37), što je u našem pravu konkretizovano navođenjem imena i prezimena osuđenog, njegovog jedinstvenog matičnog broja, adrese prebivališta, podataka o zaposlenju, podataka od značaja za fizičko prepoznavanje osuđenog i njegove fotografije, DNK profila, podataka o krivičnom delu i kazni na koju je osuđen, pravnim posledicama osude, sprovođenju posebnih mera propisanih ovim zakonom (čl. 13. Zakona o posebnim merama). Na pitanje da li je sadržina mogla biti detaljnija, odgovor je potvrđan. U pojedinim stranim registrima izričito se traže i otisci prstiju i otisci celog dlana, podaci o svakom pseudonimu pod kojim je osuđeni poznat, o polu, državljanstvu, nacionalnosti, o lokaciji mesta na kojem se osuđeni može naći ako nema prebivalište ili boravište, o subjektu kod kojeg je angažovan na volonterskoj bazi i o vrsti posla koji na ovakav način obavlja, o svakoj obrazovnoj instituciji na koju je upisan, o vojnom činu, ako osuđeni ima čin oficira ili podoficira i kontaktu sa njegovom jedinicom, o vozilu koje koristi (registarski broj i opis – model, godina proizvodnje i boja), o brojevima telefona na kojima je dostupan i slično (detaljnije u Miladinović-Stefanović, 2014: 453–455). Ono što bi moglo biti od koristi za identifikovanje nepoznatih učinilaca jeste i evidentiranje posebnog načina izvršenja i posebnih sklonosti (op. cit: 453). Kada se već govori o sadržaju, trebalo bi pomenuti da neka strana prava dopuštaju i unošenje

nepravosnažnih sudskih odluka,¹⁶ odluka donetih u slučaju kada su učinioi oslobođeni krivične odgovornosti zbog neuračunljivosti,¹⁷ kao i odluka donetih pre stupanja na snagu zakona kojim je uvedena obaveza vođenja posebne evidencije (tzv. retroaktivna registracija).¹⁸ Iako se može učiniti da se arhiviranjem ovakvih podataka ostvaruje šira zaštita maloletnika, postavlja se pitanje da li se time narušavaju garantovana prava učinilaca. Evropski sud za ljudska prava je već imao prilike da se izjašnjava o tome u slučajevima *Bouchacourt v. France*, *Gardel v. France* i *M. B. v. France*, zaključivši da se retroaktivnim upisom ne krši načelo zakonitosti, jer registrovanje po svojoj pravnoj prirodi nije kazna, već preventivna mera, tako da ne dolazi u obzir primena čl. 7. st. 1. Evropske konvencije.¹⁹ Istovremeno, odbačen je i navod da se registrovanjem krši pravo na zaštitu privatnosti (čl. 8. Konvencije), prvo, zbog toga što se podaci mogu koristiti samo od strane određenih državnih organa i drugih subjekata pod striktno navedenim uslovima, koji se prema njima moraju odnositi kao prema službenoj tajni, i drugo, jer podležu brisanju u roku koji nije ocenjen kao disproportionalan težini dela.

Pored sadržine, opseg zaštite može da zavisi i od trajanja upisa. Naš zakonodavac se opredelio za to da se podaci iz posebne evidencije vode trajno i

¹⁶ Kao primer se, među evropskim zakonodavstvima, može navesti Francuska (čl. 706-53-2 *Code de procédure pénale*, korišćena engleska verzija teksta sa <http://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/en-English/Legifrance-translations>, pristup 28.03.2014. godine), mada je ova pojava više karakteristična za anglosaksonsko pravo (registri SAD (čl. 114. *Adam Walsh Act*, http://www.justice.gov/olp/pdf/adam_walsh_act.pdf, pristup 28.03.2014. godine) i Kanade (čl. 8v *Sex Offender Information Registration Act*, <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/S-8.7/FullText.html>, pristup 28.03.2014. godine)). Sa druge strane, ima i zakona koji izričito naglašavaju da odluka mora biti pravosnažna, videti čl. 6. tač. b hrvatskog *Zakona o pravnim posledicama osude, kazненоj evidenciji i rehabilitaciji* (*Narodne novine RH*, br. 143/12) ili makedonski *Zakon za Poseben registar za lica osudeni so pravosilna presuda za krivični dela za seksualna zloupotreba na maloletni lica i pedofilija* (*Služben vesnik na RM*, br. 11/12), iz čijeg se naziva vidi da su predmet evidentiranja samo pravosnažne odluke.

¹⁷ Čl. 706-53-2 *Code de procédure pénale*, čl. 114. *Adam Walsh Act-a*, čl. 8v *Sex Offender Information Registration Act-a*.

¹⁸ Čl. 706-53-2 *Code de procédure pénale*.

¹⁹ Tekst presuda je pruzet iz baze Evropskog suda za ljudska prava [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{,documentcollectionid2":\[,GRAN DCHAMBER\[,CHAMBER\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{,documentcollectionid2)}, pristup 03.05.2014. godine.

da se ne mogu se brisati,²⁰ čime je otišao korak dalje u pretpostavljenom ostvarivanju prevencije, jer je uobičajno da se trajanje registracije dovodi u vezu sa težinom krivičnog dela, tako da bi trajan upis eventualno mogao biti „rezervisan“ samo za ona najteža iz grupe.²¹ Takođe, uz doživotni upis je obično ostavljena i mogućnost skraćanja, ako u određenom roku evidentirano lice ne bude osuđeno za seksualni delikt, ako je izdržalo kaznu i prošlo odgovarajući tretman, ili samo mogućnost ograničavanja perioda javne dostupnosti podataka iz upisa.²² Očigledno je da se kod dužine registrovanja ne može prebaciti zakonodavcu da je mogao da učini više u cilju zaštite maloletnika, pre bi se moglo reći da je iskoristio maksimum, očigledno zanemarujući zahteve proistekle iz prava suprotne strane. U tom smislu, trajan upis može biti sporan, s obzirom na gore pomenute zaključke Evropskog suda za ljudska prava. Nije teško pretpostaviti kakvu bi ocenu dobio, kada je u praksi ovog suda i za upis ograničenog trajanja postavljen zahtev proporcionalnosti sa težinom krivičnog dela. Pored toga, ne treba zaboraviti ni da se ograničeno vremensko trajanje kaznene evidencije nalazi u funkciji ostvarivanja rehabilitacije i svrhe kažnjavanja, što je zbog rešenja prihvaćenog kod nas dovedeno u pitanje.

Nadalje, domet protektivnog dejstva zavisi i od dostupnosti podataka iz evidencije, što predstavlja jedno od najznačajnijih i veoma osetljivih problema. Moguće je pronaći i razloge za i razloge protiv šire dostupnosti. Dok je, sa jedne strane, reč je o teškim delima i učinocima koji se smatraju sklonim recidivu, što bi moglo da govori u prilog šire dostupnosti, sa druge strane, ne sme se zaboraviti ni to da bi upoznavanje javnosti moglo da predstavlja narušavanje garantovanog prava na zaštitu ličnih podataka, da ne govorimo o opasnosti od stigmatizacije i otežane reintegracije osuđenika, o „zapaljivom“ potencijalu za

²⁰ Takvo rešenje je prihvaćeno i u Makedoniji (čl. 7. *Zakona za Poseben registar*). Ovo bi moglo da bude sporno, ako se uzme u obzir stav Evropskog suda (videti prethodni pasus).

²¹ Komparacije radi, u Francuskoj upis ostaje u registru dvadeset odnosno trideset godina (čl. 706-53-4 *Code de procédure pénale*). Čak ni u anglosaksonskim zemljama, poznatim po radikalnim rešenjima u ovoj oblasti, doživotno trajanje upisa nije propisano za sva dela (videti čl. 111. i 115. *Adam Welsh Act*-a ili tabelu iz čl. 1. tač. 4 *Sex Offenders Act*).

²² U Makedoniji, na primer, osuđeno lice ima pravo da traži pred sudom prestanak javnog objavljivanja podataka iz registra nakon deset godina od isteka kazne, ukoliko u tom periodu nije ponovilo krivično delo za koje je osuđeno ili učinilo neko drugo delo seksualne zloupotrebe, pedofilije i trgovine maloletnim licima (čl. 10. *Zakon za Poseben registar*).

stvaranje atmosfere mržnje, pa čak i linča, pogotovo u malim sredinama. Po našem Zakonu, podatke mogu dobiti različiti subjekti, počevši od suda, javnog tužioca i policije u vezi sa krivičnim postupkom koji se vodi protiv lica koje se nalazi u posebnoj evidenciji, kao i nadležne organizacione jedinice policije i organizacione jedinice Uprave za izvršenje krivičnih sankcija nadležne za tretman i alternativne sankcije, kada je to potrebno za vršenje poslova iz njihove nadležnosti (čl. 15. st. 1). Drugim krugom su obuhvaćeni državni organi, preduzeća, druge organizacije ili preduzetnici, koji ove podatke mogu dobiti na obrazložen zahtev, ako traju pravne posledice osude i ako za to postoji opravdani interes zasnovan za zakonu (st. 2). Za pojedine subjekte konstituisana je obaveza da traže podatke iz evidencije, te tako državni i drugi organi, pravna lica i preduzetnici koji rade sa maloletnim licima moraju da zatraže podatak o tome da li je lice koje treba da zasnuje radni odnos kod njih, odnosno obavlja poslove sa maloletnicima, upisano u posebnu evidenciju (st. 3). Podaci iz posebne evidencije mogu se dati i inostranim državnim organima u skladu sa međunarodnim sporazumom (st. 4). U komparativnom pravu, stav prema dostupnosti podataka varira. Uglavnom, preovladava pravilo da oni nisu opšte dostupni, te uobičajno uvid ostvaruju državni organi, mada neki od njih (policija), imaju ovlašćenje da obaveste širu javnost o učinocima, ako je to, u izuzetnim slučajevima, potrebno radi prevencije.²³ Međutim, pojedine zemlje, čak i neke iz našeg okruženja, opredelile su se za radikalnija rešenja, kao

²³ U Velikoj Britaniji policija može da obavesti direktore škola, lekare, upravnike sportskih klubova, lica na čelu dečijih i omladinskih organizacija i slično, uz obavezu da moraju čuvati tajnost ovih podataka (*Sex Offenders Act*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/51/contents>). Francuska je pristup ovim osetljivim informacijama ograničila na državno tužilaštvo, sud, policiju, ali i druge državne organe i ustanove, koji ih mogu dobiti na osnovu posebnog rešenja i to u cilju provere kandidata za radna mesta koja uključuju kontakt sa maloletnicima (čl. 706-53-7. *Code de procédure pénale*). Hrvatska daje neposredan pristup policiji, sudovima i tužilaštvu u odnosu na lice za koje je počeo kazneni progon i za potrebe sprečavanja, otkrivanja i gonjenja krivičnih dela (čl. 9. st. 1. i 2. *Zakona o pravnim posledicama osude, kaznenoj evidenciji i rehabilitaciji*). Javni registar bi u Nemačkoj bio protivustavan, tako da njihovoj elektronskoj bazi HEADS (*Haft-Aentlassenen und Auskunfts-Datei-Sexualstrafräter*), uspostavljenoj u Bavarskoj, imaju pravo pristupa samo državni organi (videti čl. 47. *Polizeiaufgabengesetz* (Zakon o policiji), dostupno na <http://www.polizeirecht.de/polizeiaufgabengesetz-Bayern.htm>), i čl. 483. *Strafproceßordnung* (Zakon o kaznenom postupku), dostupno na <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stpo/gesamt.pdf>).

Makedonija, gde postoji poseban sajt sa podacima o osuđenim licima.²⁴ Kada se sve sumira, moglo bi se reći da je zakonodavac prihvatio umerenije rešenje, izbegavajući ostale, prilično suspektne, mogućnosti, kojima se može prebaciti da krše pravo na privatnost (teško je i zamisliti razmere narušavanja, posebno kada se uzme u obzir naš mentalitet koji slabo uvažava ovo pravo), da imaju dogmatsko uporište u konceptu učinioca kao „opasanog stranca“, što ne odgovara fenomenologiji ovog tipa kriminaliteta kod nas, ali i da podrazumevaju prećutno prebacivanje tereta zaštite sa državnih organa na lica koja se staraju o maloletnicima.

Poseban problem u vezi sa ovom evidencijom može biti i činjenica da zakonodavac nije eksplicitno uredio njen odnos sa već postojećom kaznenom evidencijom. Time je otvorena dilema da li se odnosna dela istovremeno, paralelno beleže u obe evidencije (sa različitim trajanjem upisa!), ili se ovaj posao prepušta u potpunosti Upravi za izvršenje krivičnih sankcija, čime se sudovi oslobađaju obaveze da se time bave. Druga mogućnost deluje logičnije, manje je komplikovana, a izbegavaju se i svi problemi koji bi se pojavili u slučaju duplog arhiviranja pod različitim pravnim režimima, ali je ipak, ukupno posmatrano, možda bilo „najbezbolnije“ uspostavljanje samo posebnog registra DNK profila, kao što je učinjeno u Francuskoj.²⁵

6. Zaključna razmatranja

Proučavanje krivičnih dela kojima se u našem pravu štite maloletnici od seksualne zloupotrebe i iskorišćavanja, pokazalo je da su moguća dalja poboljšanja, i to u vidu preciznijeg definisanja, ali i uvođenja novih oblika pojedinih dela, kako bi se ostvarila bolja usaglašenost sa odredbama Konvencije i potpunija zaštita maloletnih lica. Završna ocena intervencija na opštim institutima krivičnog prava, mogla bi se ukratko opisati na sledeći način: neke od njih su izvedene bez utemeljenja u Konvenciji i sa veoma diskutabilnim protektivnim doprinosom, dok je kod drugih zakonodavac, idući i dalje od onoga što Konvencija nalaže, zbog ponavljanja i preklapanja sadržaja doveo u pitanje i samu logičku usaglašenost čitavog sistema krivičnog prava.

²⁴ www.registarnapedofili.mk

Što se posebnih mera tiče, one se mogu podvesti pod veoma apstraktan okvir dat Konvencijom, ali način na koji su postavljene čini ih sa više aspekta problematičnim hibridom, uz napomenu da nema ni dokaza da su kriminalno-politički opravdane (prikaz stranih istraživanja o (ne)delotvornosti sličnih mera videti u Miladinović-Stefanović, 2013: 390–391), a sličan zaključak sledi i u odnosu na posebnu evidenciju (više o tome u Miladinović-Stefanović, 2014: 461–462). Ukupno posmatrano, sumiranjem navedenih zapazanja, nastaje ne baš prijatan utisak da je zakonodavac u pojedinim segmentima radio nedovoljno promišljeno, u žurbi da što pre ispuni prihvaćene obaveze, mada nije isključeno ni to da je, opredeljujući se za radikalniji pristup, išao i za udovoljavanjem zahteva represivno orijentisane javnosti. Međutim, iako nije sporno da se obaveze iz potvrđenih međunarodnih ugovora koje se odnose na krivično zakonodavstvo moraju ispunjavati, ne sme se zaboraviti ni to da su one u ovom slučaju (i po pravilu) tako postavljene da ostavljaju određeni prostor u kome se može tragati za rešenjima koja će odgovarati, ne samo konkretnom nacionalnom pravnom sistemu, nego i konkretnim prilikama svake pojedinačne zemlje, što je prilikom koncipiranja krivičnopravne zaštite maloletnih lica od seksualne zloupotrebe i iskorišćavanja kod nas, očigledno, u jednom delu prenebregnuto. Posledica ovakvog pristupa su nekoherentna rešenja diskutabilne kriminalno-političke opravdanosti.

Literatura

Adam Walsh Act. Retrieved 28, March 2014, from http://www.justice.gov/olp/pdf/adam_walsh_act.pdf

Bouchacourt v. France. Retrieved 5, May 2014, from [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER,"CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)

Code de procédure pénale. Retrieved 28, March 2014, from <http://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/en-English/Legifrance-translations>

²⁵ Videti *Code de procédure pénale* od čl. 706–54. do 706–56. Ovde bi trebalo pomenuti da se u registar unose DNK profili ne samo učinilaca seksualnih, nego i drugih krivičnih dela.

Delić, N. (2010). Zabrana (isključenje) ublažavanja kazne u određenim slučajevima. *Crimen*. 2. 228-245

Gardel v. France. Retrieved 5, May 2014, from [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollection id2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)

Krivični zakonik. *Službeni glasnik RS*. Br. 85 (2005), 72 (2009), 111 (2009), 121 (2012) i 104 (2013)

Maloy, M. L., Coleman, S. (2009). GPS Monitoring of Sex Offenders. U R. Wright (ed.), *Sex Offender Laws, Failed Policies, New Directions* (str. 243-266). New York: Springer

M. B. v. France. Retrieved 5, May 2014, from [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollection id2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)

Miladinović-Stefanović, D. (2013). Posebne mere za sprečavanje dela protiv polne slobode prema maloletnicima. U P. Dimitrijević (prir.), *Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru* (str. 377–393). Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu

Miladinović-Stefanović, D. (2014). Posebna evidencija učinilaca krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnicima. U M. Lazić (prir.), *Usklađivanje prava Srbije sa pravom EU*, (str. 447–462). Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu

Petković, N., Đorđević, M., Balos, V. (2010). Analiza stavova javnosti u Srbiji prema fenomenu seksualne zloupotrebe dece. *Temida*. 4 (13). 61–82.

Polizeiaufgabengesetz. Retrieved 28, March 2014, from <http://www.polizeirecht.de/polizeiaufgabengesetz-Bayern.htm>

Ristivojević, B. (2013). „Punitivni populizam“ srpskog zakonodavca – Kritička analiza tzv. Marijinog zakona. U Z. Stojanović (prir.), *Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena*, (str. 319–338). Zlatibor – Beograd: Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu

Sex Offenders Act. Retrieved 28, March 2014, from <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/51/contents>

Sex Offender Information Registration Act. Retrieved 28, March 2014, from <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/S-8.7/FullText.html>

Shekhter, S. (2010-2011). Every Step You Take, They'll Be Watching You: The Legal and Practical Implications of Lifetime GPS Monitoring of Sex Offenders. *Hastings Constitutional Law Quarterly*. 38 (4). 1085–1112.

Stojanović, Z. (2012). *Komentar Krivičnog zakonika, četvrto izmenjeno i dopunjeno izdanje*. Beograd: Službeni glasnik

Stojanović, Z. (2013). Nova rešenja u Krivičnom zakoniku Srbije, njihova primena i buduća reforma. U Z. Stojanović (prir.), *Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena*, (str. 11–32). Zlatibor – Beograd: Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu

Strafproceßordnung. Retrieved 28, March 2014, from <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stpo/gesamt.pdf>

Zakon o izvršenju vansudskih sankcija i mera. Retrieved 29, May 2014, from <http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/zakoni/2014/1362-14.pdf>

Zakon o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja. *Službeni glasnik RS*. Br. 72 (2009), 52 (2011) i 55 (2013)

Zakon o posebnim merama za sprečavanje vršenja krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima. *Službeni glasnik RS*. Br. 32 (2013)

Zakon o potvrđivanju Konvencije o zaštiti dece od seksualnog zlostavljanja i seksualnog iskorišćavanja. *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*. Br. 1 (2010)

Zakon o pravnim posledicama osude, kaznenoj evidenciji i rehabilitaciji. *Narodne novine RH*. Br. 143 (2012)

Zakon o prebivalištu i boravištu građana. *Službeni glasnik RS*. Br. 87 (2011)

Zakon za Poseben registar za lica osuđeni so pravosilna presuda za krivični dela za seksualna zloupotreba na maloletni lica i pedofilija. *Služben vesnik na RM*. Br. 11 (2012)

www.registarnapedofili.mk

Dušica Miladinović-Stefanović, LL.D.

Teaching Assistant,

Faculty of law, University of Niš

Protection of Minors from Sexual Exploitation and Abuse: The European Standards and the Criminal Law of the Republic of Serbia

Summary

The Convention for the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse (2007) laid down the criminal law standards for the protection of minors. After the ratification of this Convention, these standards became part of the Serbian legal system but Serbia assumed an obligation to provide for their further elaboration and implementation. The obligation was put into effect by amending the Criminal Code (2009) and adopting the Act on Special Measures for the Prevention of Sex Crimes against Minors (2013). In that context, this paper is an attempt to critically examine the implementation of these standards in the field of general criminal law, the scope of criminal offences introduced to protect the sexual integrity of minors, the special measures for their protection and the special registers on the perpetrators of criminal offences involving sexual abuse against minors. In line with the projected subject matter, the primary goal of this research paper is to provide answers to several important questions: has Serbia managed to put the Convention capacities into good use; are there any other solutions for the specific implementation of general standards; and what are the practical implication of the accepted and possible solutions?

Key words: sexual exploitation and abuse, minors, preventive measures.

Ivan Ilić,*
asistent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

NAUČNI ČLANAK

UDK: 343.131.8

Rad primljen: 01.09.2014.
Rad prihvaćen: 01.12.2014.

REPERKUSIJE IZMENJENIH PROCESNIH ULOGA NA UTVRĐIVANJE ČINJENICA U KRIVIČNOM POSTUPKU**

Apstrakt: Osnovu rada predstavlja teza da Zakonik o krivičnom postupku iz 2011. godine počiva na načelu utvrđivanja istine. Naime, tokom rada na izradi zakonskog teksta, kao i nakon usvajanja ZKP-a iz 2011. godine, do početka njegove primene u punom opsegu, u stručnoj javnosti se pojavilo mnoštvo radova kojima se dovodi u sumnju egzistencija načela istine u važećem procesnom kodeksu. Iako ovo načelo zaista eksplicite nije predviđeno u tekstu novog ZKP-a, autor dokazuje njegovu egzistenciju analizom pojedinih odredbi zakona, kojima je značajno izmenjen položaj glavnih krivičnoprocesnih subjekata, u pogledu utvrđivanja činjenica u krivičnom postupku. Autor zastupa stav da utvrđivanje istine o krivičnoj stvari ostaje najviši cilj vođenja postupka, bez obzira što je koncepcija krivičnog postupka postavljena po ugledu na adverzijalni sistem. Istaknut je odlučujući značaj istinitog oformljenja činjeničnog fundusa za donošenje pravilne i zakonite sudske odluke. Autor smatra da tumačenje odredbi kojima je regulisana dokazna aktivnost suda, u skladu sa načelom istine, ne izlazi izvan okvira zakona, te da učestalost dokazne intervencije suda ne može biti ograničena izvan slova i duha zakona.

Ključne reči: načelo istine, utvrđivanje činjenica, adverzijalni krivični postupak.

* ivan@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu: „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013–2018 године.

1. Uvodne napomene

Osnovna karakteristika Zakonika o krivičnom postupku iz 2011. godine,¹ koji je zasnovan na adverzijalnom načelu, jeste izmenjen procesni položaj glavnih subjekata. Javni tužilac dobija rukovodeću ulogu u predistražnom postupku i istrazi. Na glavnom pretresu dominira raspravno načelo, sa naglašenom ulogom stranaka prilikom utvrđivanja činjenica, dok je uloga suda pasivizirana. Sud rukovodi postupkom i donosi odluku, dok je u izvođenju dokaza njegova uloga minimizirana. Sud predlaže izvođenje dokaza i izvodi ih po službenoj dužnosti samo izuzetno. Normativni izraz načela istine izostavljen je iz zakonskog teksta, a iz drugih odredbi vidljiva je namera zakonodavca da sud oslobodi dužnosti da utvrđuje istinu. Dokazna inicijativa je, u najvećoj meri, na strankama, dok je sudu dodeljena supsidijarna, komplementarna i korektivna uloga.

Tokom rada na izradi zakonskog teksta, kao i nakon usvajanja ZKP-a iz 2011. godine, do početka njegove primene u punom opsegu, u stručnoj javnosti se pojavilo mnoštvo radova, kojima se dovodi u sumnju egzistencija načela istine u sada važećem procesnom kodeksu (Škulić, Ilić, 2012, Škulić, 2013: 489–515, Đurđić, Trajković, 2013: 111–128, Bejatović, 2013: 3–25). Rad počiva na tezi da se Zakonik o krivičnom postupku iz 2011. godine temelji na načelu utvrđivanja istine, što istovremeno predstavlja cilj vođenja postupka, iako je ovaj princip izostavljen iz teksta zakona, a uloga suda u utvrđivanju činjenica minimalizovana. Iako ovo načelo zaista eksplicite nije predviđeno u tekstu novog ZKP-a, pokušaćemo da dokažemo njegovo postojanje analizom pojedinih odredbi zakona. Reč je o odredbama kojima je značajno izmenjen položaj glavnih krivičnoprocesnih subjekata u pogledu utvrđivanja činjenica. Utvrđivanje istine o krivičnoj stvari mora opstati i ostati jedan od ciljeva krivičnog postupka, bez obzira što je njegova koncepcija postavljena po ugledu na adverzijalni sistem. Stoga relevantne odredbe Zakonika o krivičnom postupku treba tumačiti na način kojim se omogućava pravilnost i zakonitost sudskih odluka, samim tim i vladavina prava.

¹ Sl. glasnik RS, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014.

2. Načelo istine

U lepezi osnovnih načela krivičnog procesnog prava, gotovo nezaobilazan činilac je načelo (materijalne) istine. Ovo načelo smatralo se jednim od najvažnijih, nekada i svojevrsnim nadnačelom krivičnog procesnog prava (Marković, 1930: 241). Iako predstavlja tekovinu inkvizicionog postupka, njegov značaj proizlazi iz same biti krivičnog postupka, koji predstavlja institucionalni okvir za donošenje odluke o osnovanosti *ius puniendi* države (Knežević, 2012: 89). Imajući u vidu da u krivičnom postupku, a naročito nakon njegovog okončanja, dolazi do značajnog ograničenja elementarnih ljudskih prava, logično se nameće zahtev da se sudska odluka zasnuje na istinito utvrđenim pravno relevantnim činjenicama. Upravo stoga se istina katkada poima i kao jedan od ciljeva vođenja krivičnog postupka, jer je pravilna primena prava moguća samo ako je činjenično stanje istinito utvrđeno (Sijerčić Čolić, 2012: 105).

Definisanje istine je *seades materiae*, prvenstveno logike i filozofije. Polazeći od tog određenja, izveden je pojam istine u krivičnom postupku, koja predstavlja subjektivan odraz objektivno postojećeg u svesti sudije (Stevanović, Đurđić, 2006: 78). Istina u krivičnom postupku predstavlja, dakle, najviši stepen izvesnosti o izvršenom krivičnom delu od strane učinioca, do koje je sud došao utvrđivanjem činjenica. Drugim rečima, to je najveći stepen podudarnosti između onoga što je sud saznao i događaja iz prošlosti koji je predmet krivičnog postupka. Krucijalno pitanje je da li se u krivičnom postupku može utvrditi savršena, objektivna i apsolutna istina. Preovlađujuće je shvatanje da se može utvrditi samo relativna, subjektivna i istorijska istina (Vodinelić, 1978: 38–51). Razlozi za to su mnogobrojni. Najpre, u krivičnom postupku se rekonstruiše događaj iz prošlosti, pa su detalji sećanja podložni zaboravu, dok se materijalni dokazi takođe transformišu usled dejstva atmosferskih prilika i hemijskih reakcija. Istina do koje se može doći u krivičnom postupku, svakako je subjektivna, budući da je utvrđuju ljudi. To, samim tim, znači da ona ne može biti lišena uticaja ličnih osobina, iskustva i znanja sudije. Prema tome, u krivičnom postupku je moguće utvrditi asimtotsku istinu, koja je najbliža tački apsolutnog poklapanja sa krivičnim događajem koji se odigrao u prošlosti, ali se ne poklapa u potpunosti.

Različiti putevi saznanja istine dugo su bili razmeđa između građanskog i krivičnog postupka. U građanskom postupku, zasnovanom na dispozicionoj maksimi stranaka, dominantna je njihova uloga prilikom utvrđivanja činjenica, što istinu u ovom tipu postupka čini *formalnom*. Nasuprot tome, u krivičnom postupku sud nije (bio) vezan dispozicijom stranaka, već je dužan da po službenoj dužnosti izvodi dokaze. Ako stranke svojim procesnim raspolaganjem ne mogu sudu zaprečiti put dolaženja do istine, onda je reč o *materijalnoj* istini. Noviji reformski zahvati doveli su do reverzibilnog procesa u smeru reprivatizacije krivičnog postupka, u kome jača pozicija stranaka u utvrđivanju činjenica u odnosu na sud, čiji se položaj i aktivnost pasivizira. Ukoliko bi se ovaj koncept sproveo do krajnjih granica, urušio bi se javnopravni karakter krivičnog postupka. Prilikom odlučivanja o osnovanosti kaznenopravnog zahteva ovlašćenog tužioca, u priličnoj meri se zadire u osnovna prava okrivljenog. Sa druge strane, država je zainteresovana da se njeno pravo na kažnjavanje aktivira u slučaju izvršenja krivičnog dela. Stoga, pretvaranje krivičnog postupka u parnicu nije opravdano, niti logično, a protivno je pravnoj baštini kontinentalnog pravnog sistema.

Načelo traganja za istinom, kao uostalom i bilo koje drugo načelo krivičnog procesnog prava, nije apsolutno, već postoji niz odstupanja od njega. Sud je, prilikom dokazivanja i donošenja odluke, omeđen subjektivnim i objektivnim elementom optužbe. Između presude i optužbe mora postojati identitet. Subjektivni identitet se odnosi na istovetnost lica koje je u optužnom aktu označeno kao okrivljeni. Objektivni identitet predstavlja podudarnost bitnih elemenata krivičnog dela iz činjeničnog opisa optužnog akta. Sud je u utvrđivanju istine takođe ograničen krugom lica koja se u postupku mogu saslušati u svojstvu svedoka. Od opšte dužnosti svedočenja, kojoj podležu svi građani, oslobođene su pojedine kategorije svedoka. Pojedina lica su oslobođena od dužnosti svedočenja usled bliskog srodničkog ili nekog drugog odnosa sa okrivljenim (član 98. ZKP). Oni se nazivaju privilegovani svedoci. Od obaveze da svedoče takođe su oslobođena neka lica, koja inače poseduju apstraktnu sposobnost, ali u konkretnom slučaju ne mogu biti svedoci. To su lica koja bi svojim iskazom, u konkretnoj krivičnoj stvari, povredila dužnost čuvanja profesionalne, ili kakve druge tajne, kao i branilac okrivljenog, o onome što mu je u tom svojstvu okrivljeni poverio (član 93. ZKP). Najzad, svaki

svedok je oslobođen dužnosti da odgovori na pojedino pitanje, ako bi sebi blisko lice, ili samog sebe, izložio teškoj sramoti, znatnoj materijalnoj šteti ili krivičnom gonjenju (član 95. stav 2. ZKP).

Znatna organičenja u dosezanju do istine u krivičnom postupku proističu iz potrebe da se okrivljenom zaštite osnovna ljudska prava. Iz prava okrivljenog na nesamooptuživanje proizlazi pravo da se u postupku brani ćutanjem. S istim ciljem je ustanovljena apsolutna zabrana mućenja i nećovećnog postupanja, primena sile, pretnje, obmane i prinude, kao i medicinskih intervencija prema okrivljenom i drugim učesnicima u postupku. U korist okrivljenog i iz interesa pravne sigurnosti, nauštrb utvrđivanja istine, nalazi se nemogućnost istovremenog ili sukcesivnog krivićnog gonjenja istog okrivljenom za isto krivićno delo (ćlan 4. stav 1. ZKP). Ova procesna ustanova, poznata kao zabrana dvostruke ugroženosti, izražena je još starom latinskom maksimom *ne bis in idem* (Ilić, 2011: 349–369). Na istom kursu nalazi se i zabrana *reformatio in peius*, koja važi u postupku po pravnim lekovima, ako je pravni lek izjavljen samo u korist okrivljenog (ćlan 4. stav 2. ZKP).

3. Normativni izraz načela istine

Naćelo istine imalo je sopstveni normativni izraz i tradiciju dugu jedan i po vek u našem krivićnom postupku. U Zakoniku o krivićnom postupku iz 2001. godine,² bila je predvićdena obaveza za sud i druge državne organe da istinito i potpuno utvrde ćinjenice koje su važne za donošenje zakonite odluke (ćlan 17. ZKP iz 2001. godine). Sud je imao dužnost utvrđivanja ćinjenica, u korist i na štetu okrivljenog. Prilikom utvrđivanja vrednosti pojedinih dokaza, sud nije vezan formalnim dokaznim pravilima, već je ovlašćen da vrednost dokaza ceni po slobodnom sudijskom uverenju (ćlan 18. ZKP iz 2001. godine). U mnogim odredbama ranije važećeg procesnog zakona bila je istaknuta aktivna uloga suda, izražena u mogućnosti izvoćenja dokaza po službenoj dužnosti. Predlaganje i izvoćenje dokaza ne podleže vremenskom ogranićenju, već važi povlastica noviranja (*beneficium novorum*), ćime je takode afirmisano načelo istine. Eventualno priznanje krivice okrivljenog ne zaustavlja dalje izvoćenje

² Sl. list SRJ, br. 70/2001 i 68/2002 i Sl. glasnik RS, br. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 - dr. zakon, 49/2007, 20/2009 - dr. zakon, 72/2009 i 76/2010.

dokaza, već je sud ovlašćen da proveri istinitost datog priznanja ako oceni da je nepotpuno, protivurečno ili nejasno (član 94. ZKP iz 2001. godine). Načelo istine podupiru i druga procesna načela, kontradiktornosti, javnosti, usmenosti i neposrednosti, kojima se određuje način izvođenja krivičnoprocesnih radnji. Mogućnost pobijanja činjenične osnovice sudske odluke u krivičnom postupku, redovnim i vanrednim pravnim lekovima, takođe afirmiše načelo istine. Žalbom na presudu prvostepenog suda može se pobijati prvostepena presuda, usled pogrešnog ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja. Traganje za istinom ne zaustavlja se ni sticanjem svojstva pravnosnažnosti sudske odluke. Pojava novih činjenica i novih dokaza osnov je za ponavljanje krivičnog postupka.

U Zakoniku o krivičnom postupku iz 2011. godine više ne postoji normativni izraz načela istine kakav je postojao u ranije važećem procesnom zakonu. Umesto toga, u članu 15. ZKP-a, sadržana su osnovna pravila o dokazivanju. Propisano je da se dokazi prikupljaju i izvode u skladu sa zakonom. Jasno je istaknuto da teret dokazivanja optužbe pada na tužioca. Predlaganje dokaza primarno je na strankama, a izvođenje dokaza je u vlasti suda. Izuzetno, sud može naložiti strankama da daju predlog da se izvedu dopunski dokazi, ili sam odrediti izvođenje dopunskih dokaza. Sud ima takvu mogućnost, ako oceni da su do tada izvedeni dokazi protivurečni ili nejasni, te da postoji neophodnost da se dodatnim izvođenjem dokaza predmet dokazivanja *svestrano* raspravi. Namera zakonodavca da se reši načela istine jasno je iskazana izostavljanjem atributa *istinitog i potpunog* utvrđivanja činjenica, koji je zamenjen terminom *svestrano*. Objašnjenje za jednu od najznačajnijih promena koju je donelo usvajanje novog Zakonika o krivičnom postupku, dali su sami zakonopisci (Ilić, Majić, Beljanski, Trešnjev, 2012: 102–103), u komentaru ZKP-a. Osnovna intencija bila je davanje prevage raspravnom načelu nad inkvizicionom maksimumom, čije je glavno uporište bio član 17. ranije važećeg ZKP-a. Polazeći od teze da je u postupku nemoguće doći do apsolutne istine, već samo sudske, relativne i istorijske, pisci Zakonika smatraju da je postojanje mogućnosti suda da pribavlja i izvodi dokaze po službenoj dužnosti neopravdano. Dodatni argument zakonopisci nalaze u činjenici da je izvođenje dokaza *ex curia* nespojivo sa jednim od elemenata pravičnog suđenja – nepristrasnošću suda?! To, drugim rečima, znači da aktivna uloga suda u utvrđivanju činjenica

automatski povlači za sobom pristrasnost, što predstavlja nonsens. Ako sud ima ovlašćenje da izvodi dokaze u korist i na štetu okrivljenog, ne može biti reči o pristrasnosti. Nedoslednost ovog koncepta proizlazi iz mogućnosti supsidijarnog izvođenja dokaza *ex officio*, koja je data sudu. Ako, prema mišljenju zakonodavca, aktivna uloga suda u izvođenju dokaza predstavlja opasnost od pristrasnosti, trebalo je sud u potpunosti razvlastiti od mogućnosti utvrđivanja činjenica.

Izražavamo neslaganje sa tvrdnjom da je aktivna uloga suda u utvrđivanju činjenica na glavnom pretresu neprihvatljiva. Nakon što je činjenična osnova u potpunosti formirana, odluka o kaznenom zahtevu tužioca pada na sud. Da bi mogao da donese pravilnu i zakonitu odluku, sud je imao mogućnost da izvodi dokaze po službenoj dužnosti, isključivo s ciljem svestranog sagledavanja predmeta postupka, što je zahtev koji se i u novom ZKP-u postavlja pred sud. Ako postoji sumnja u pristrasnost sudije, postoji mogućnost isticanja zahteva za izuzeće. Okolnosti koje mogu dovesti do pristrasnosti, definisane su zakonom (član 37. stav 1. i 2. ZKP), i utvrđuju se individualno, a ne generalizacijom. Sa tvrdnjom zakonopisaca, da je nekadašnji koncept, sa aktivnom ulogom sudije, dovodio to toga da sud podupire optužbu (Škulić, 2014: 25), takođe se ne saglašavamo. Izvođenjem dokaza *ex officio* sud ne podržava bilo koju od stranaka, jer svaki izvedeni dokaz ceni po slobodnom sudijskom uverenju. Apropos toga, izražena intencija da stranačke funkcije budu potpuno odvojene od funkcije suđenja, takođe nije dosledno materijalizovana. Kako objasniti da se javni tužilac, koji u predistražnom postupku i istrazi ima funkciju državnog organa koji rukovodi ovim fazama postupka, u daljem toku postupka pretvara u stranku. Posve je nelogično i neopravdano očekivati da će javni tužilac u prethodnom postupku preduzimati radnje u korist okrivljenog, da bi kasnije, na glavnom pretresu, zastupao optužbu. Zašto bi javni tužilac, koji je stranka u postupku, zastupao interese suprotne stranke u heurističkoj fazi, i da li je realno tako nešto očekivati?

4. Ko u krivičnom postupku utvrđuje činjenice ?

U pogledu kruga krivičnoprocesnih subjekata koji u krivičnom postupku utvrđuju činjenice, postoje dva shvatanja. Uže shvatanje polazi od tvrdnje da činjenično stanje obuhvata samo one činjenice za koje je sud, u svojoj odluci,

zaključio da postoje. Iz toga sledi da u krivičnom postupku činjenice utvrđuje jedino sud (Grubiša, 1982: 96). Šire shvatanje, polazeći od toga da utvrditi činjenicu znači uveriti se u njeno postojanje, u subjekte utvrđivanja činjenica ubraja sudske i druge državne organe, stranke, pa čak i veštake (Krapac: 1982: 107). Da bi utvrđene činjenice postale osnova sudske odluke, potrebno je da uverenje o njihovom postojanju stekne sud. Činjenice o čijem bi postojanju učesnici u postupku stekli uverenje, a nisu konstatovane u odluci suda, nemaju pravni značaj, niti mogu poslužiti prilikom donošenja odluke.

Sud može imati ovlašćenje da izvodi dokaze isključivo na predlog stranaka, ili i po službenoj dužnosti. Međutim, zaključak o postojanju pravno relevantnih (odlučnih) činjenica, mora biti na sudu koji ima vlast nad donošenjem odluke u krivičnom postupku. Nelogično bi bilo da odluku o utvrđenosti činjenica donose stranke, ili neki drugi učesnici u postupku, a da iza odluke stane sud. Stoga je pravilo da u krivičnom postupku činjenice utvrđuje krivični sud, izuzetno drugi državni organ (javni tužilac u fazi istrage), koji je na to zakonom ovlašćen (Đurđić, 2013: 485). I u slučaju postojanja tužilačke istrage, odluku o krivičnoj stvari donosi krivični sud, nakon suđenja, shvaćenog u užem smislu.

U ranije citiranom članu 17. Zakonika o krivičnom postupku iz 2001. godine, *explicite* je bilo propisano da sud i drugi državni organi utvrđuju činjenice koje su od značaja za donošenje sudske odluke. Nasuprot tome, u članu 16. stav 2. važećeg ZKP-a, dužnost utvrđivanja činjenica poverena je isključivo sudu. Imajući u vidu da je ranije važeći ZKP predviđao sudsku istragu, a važeći ima tužilačku istragu, zakonska odredba iz člana 17. ZKP-a iz 2001. godine primerenija je sadašnjoj procesnoj realnosti, a odredba iz člana 16. ZKP-a iz 2011. godine – nekadašnjoj. Prema dikciji odredbe važećeg procesnog zakona, dá se zaključiti da sud utvrđuje činjenice na osnovu ocene izvedenih dokaza.³ Pritom je sud dužan da sa jednakom pažnjom utvrđuje činjenice koje idu u korist i na štetu okrivljenog. Prema tome, sud izvodi dokaze na predlog stranaka, nakon čega vrši ocenu dokaza, čime utvrđuje postojanje odlučnih činjenica. Postoji, međutim, i drugačije tumačenje, da dokaze izvode *stranke*, a da je uloga suda u tome supsidijarna, korektivna i izuzetna (Ilić, Majić,

³ Stav 2. člana 16. glasi: „Sud je dužan da nepristrasno oceni izvedene dokaze i da na osnovu njih sa jednakom pažnjom utvrdi činjenice koje terete ili idu u korist okrivljenom“.

Beljanski, Trešnjev, 2012: 103). Takvo shvatanje kosi se sa jezičkim tumačenjem zakonskog teksta, ali i sa procesnom logikom. Stranke predlažu izvođenje dokaza, sud prihvata predložene dokaze i izvodi ih. Izvođenje dokaza znači prihvatanje predloženih dokaza, saznavanje činjenica iz izvora dokaza i procesno fiksiranje (Đurđić, 2014: 258). Ta delatnost uvek je u vlasti suda, nezavisno od toga da li ima aktivnu ili pasivnu ulogu u predlaganju dokaza.

Prema važećem procesnom zakonu, dokazna aktivnost je gotovo u potpunosti na strankama, izuzetno i supsidijarno na sudu, dok izvođenje dokaza mora biti u nadležnosti suda. U suprotnom, ako bi stranke rukovodile izvođenjem dokaza, krivični postupak bi bio pretvoren u svojevrsnu anarhiju, imajući u vidu suprotstavljene interese koje imanentno imaju stranke u postupku.

5. Skriveno načelo istine u odredbama Zakonika o krivičnom postupku

Kao što je ranije navedeno, načelo istine je izostavljeno iz teksta Zakonika o krivičnom postupku. Iako bi se moglo pomisliti da je namera zakonodavca bila samo da se oslobodi inkvizicione maksime, temeljnim tumačenjem zakona, kao i iz komentara ZKP-a, jasno se vidi namera zakonodavca da načelo istine u potpunosti eliminiše iz krivičnog postupka. U novonastaloj situaciji opravdano se može postaviti pitanje, šta je cilj vođenja postupka, ako ne dolaženje do istine? U članu 1. ZKP-a, stipulisan je cilj vođenja krivičnog postupka na sledeći način: „*da niko nevin ne bude osuđen, a da se učiniocu krivičnog dela izrekne krivična sankcija, pod uslovima koje propisuje krivični zakon, na osnovu zakonito i pravično sprovedenog postupka*“. Proklamovani cilj ne može se dosegnuti ako se u krivičnom postupku utvrđuje ona istina koju stranke žele, odnosno istina koju nametne uspešniji u stranačkom dvoboju.

U nedostatku dokaza o učinjenom krivičnom delu, okrivljeni biva oslobođen. Isto tako, ako sud ostane u sumnji u pogledu postojanja odlučnih činjenica, odlučiće u korist optuženog (*in dubio pro reo*). Kako doći do pravilne osuđujuće, ili oslobađajuće presude, ako se ne utvrdi istinitost odlučnih činjenica? Koji je to viši stepen izvesnosti od dovoljno osnovane sumnje, do koga je potrebno doći da bi se donela sudska odluka? Odgovor se nalazi u stavu 4. člana 16. ZKP-a. Sudsku odluku moguće je zasnovati jedino na činjenicama, u čiju je *izvesnost* sud *uveren*. I u ovoj odredbi, zakonodavac je svesno izbegao

termin *istinitost*, kao kakvu pošast ranijeg krivičnog postupka, sa dominantnim postojanjem inkvizicione maksime.

U krivičnom postupku činjenice se utvrđuju sa različitim stepenom izvesnosti, zavisno od faze postupka. Kvalitet izvesnosti, logično, raste tokom postupka. Najniži stepen izvesnosti predstavljaju osnove sumnje (osnovi podozrenja), dovoljan za pokretanje pretkrivičnog (predistražnog) ili krivičnog postupka.⁴ Osnovana sumnja je stepen izvesnosti o krivičnom delu i učiniocu, koji je, takođe, potreban za pokretanje postupka, ako postoji jasna granica između pretkrivičnog postupka i faze istrage.⁵ Dovoljno osnovana sumnja, opravdana sumnja,⁶ odnosno verovatnoća je stepen izvesnosti potreban za podizanje optužnice. Najviši stepen izvesnosti o delu i učiniocu, potreban za donošenje sudske odluke, je *istinitost*. Umesto toga, naš zakonodavac se služi terminom *izvesnost*, koji nije precizan. Izvesnost u postojanje nečega može se gradirati, baš kao što to pokazuje dinamika krivične stvari koja evoluira od osnova sumnje, preko osnovane sumnje, opravdane sumnje, sve do istinitosti. Biti uveren u izvesnost odlučnih činjenica ne znači ništa drugo do biti uveren u njihovu istinitost. Upravo tako i treba tumačiti navedenu odredbu iz člana 16. stav 4. ZKP. Bilo kakvo drugo tumačenje i zasnivanje sudske odluke na nižem stepenu izvesnosti o postojanju odlučnih činjenica dovodi do nepravilne i nezakonite odluke.

Osim navedene odredbe, čijim tumačenjem zapravo potvrđujemo da je i dalje jedan od ciljeva vođenja krivičnog postupka dolaženje do najvišeg stepena uverenja o postojanju odlučnih činjenica, i niz drugih zakonskih odredbi, u značajnoj meri, podupiru tezu o važenju načela istine. Iako je, sasvim opravdano, teret dokazivanja optužbe na tužiocu, a dokazna inicijativa primarno na strankama, sudu je dato, istina suženo ovlašćenje, da izvodi dokaze po službenoj dužnosti. Reč je, zapravo, o dva ovlašćenja; prvo, sud može „dati nalog strankama da predlože izvođenje dopunskih dokaza“ ili, izuzetno, sam odrediti da se takvi dokazi izvedu. U oba slučaja to je moguće jedino ako sud oceni da su izvedeni dokazi protivurečni ili nejasni, kao i da je

⁴ Prema članu 295. stav 1. ZKP-a, osnovi sumnje su stepen izvesnosti potreban za otvaranje istrage.

⁵ Videti: član 241. ZKP-a iz 2001. godine.

⁶ Videti: član 331. stav 1. ZKP-a.

to neophodno, s ciljem svestranog raspravljanja predmeta dokazivanja (član 15. stav 4. ZKP-a). Iz ove, prilično komplikovane formulacije, mogu se izvući brojni zaključci. Najpre, očito je da sud ima dokaznu inicijativu supsidijarno i izuzetno, dok je ona po pravilu i primarno na strankama. Sud ima mogućnost da sugeriše strankama predlaganje dodatnih dokaza, ako oceni da je to potrebno radi razjašnjenja protivurečnosti ili nejasnoća u utvrđenim činjenicama. Davanje naloga strankama da predlože dopunske dokaze, formalno gledano, teško se može izraziti i pravno artikulirati. Reč je o neformalnom sugerisanju, koje sud obavlja u konsultacijama sa strankama. Pitanje je da li će se, i na koji način, u praksi procesno zasvedočavati naganje strankama da predlože dokaze. Dubiozno je kako će se stranke primorati da predlože dopunske dokaze, s obzirom da naložiti nekome nešto znači neku vrstu autoritativnog imperativa. U krajnjem slučaju, na šta nas navodi termin „izuzetno“, sud može i sam odrediti izvođenje dopunskih dokaza, opet uz ispunjenje dodatnih uslova, da su izvedeni dokazi protivurečni i nejasni, i da je to potrebno da bi se predmet dokazivanja svestrano raspravio.

Ključno pitanje za tumačenje ove odredbe jeste da li se dopunski dokazi odnose na neutvrđene činjenice, ili na činjenice koje su prethodno utvrđivane putem već izvedenih dokaza. Jedno od tumačenja nalazimo u komentaru zakona (Ilić i dr, 2012: 105–106), u kome se navodi da se dopunski dokazi odnose na nedostatke u već izvedenim dokazima. Potrebno je da su izvedeni dokazi protivurečni ili nejasni, pri čemu se apostrofira da je jedan dokaz nejasan, najčešće sam po sebi, a da protivurečan može biti sam po sebi, ili u odnosu na druge dokaze. Prema piscima komentara ZKP-a, ovlašćenje suda da predloži ili sam izvodi dodatne dokaze, služi da bi se otklonile isključivo fragmentarne nedorečenosti ili nedoslednosti, a ne i predmet optužbe u celosti. Iz svega nevedenog se može zaključiti intencija da se dokazna inicijativa suda svede u veoma sužene okvire. Smatramo da se navedena zakonska odredba može i drugačije tumačiti. Prema članu 419. stav 2. ZKP-a, sud ima dužnost da, na osnovu ocene izvedenih dokaza, zaključi o izvesnosti utvrđenih činjenica. Krug pravno relevantnih činjenica, koje je potrebno utvrditi, proizilazi iz predmeta optužbe, a kvantitet i kvalitet dokaza određuju učesnici u postupku, najvećim delom – stranke. Da bi sud ispunio svoju dužnost, predmet dokazivanja mora biti svestrano raspravljen. Poimanje kriterijuma

„svestranog“ rasvetljenja krivične stvari zavisi od ličnosti sudije, u svakom konkretnom slučaju. Sud mora imati potpun činjenični fundus da bi mogao doneti pravilnu i zakonitu odluku. Stoga nema mesta mehaničkim ograničenjima mogućnosti predlaganja izvođenja dodatnih dokaza, kao ni izvođenja dokaza po službenoj dužnosti. Da li postoji potreba za dodatnim izvođenjem dokaza, zavisice od okolnosti konkretnog slučaja. Stoga je neprimereno davati sudu uputstva o tome da ovu mogućnost treba restriktivno koristiti, da se ne bi, kojim slučajem, reafirmisala prevaziđena i opasna istražna maksima.

S ciljem dodatnog argumentovanja i utemeljenja stava da dokazna inicijativa suda predstavlja samo izuzetnu i restriktivnu mogućnost, poseže se za stavovima sudske prakse (Ilić i dr, 2012: 106). Da li to znači da sa uvođenjem adversarnog krivičnog postupka u Srbiju stiže *common law* sistem precedentnog prava, u kome je jedan od izvora praksa sudova. Smatramo da nema mesta takvom tumačenju i da se dokazna pasivnost suda može zasnivati jedino na slovu zakona, a nikako na sudskim presudama. Zastupnici ovog koncepta takođe smatraju da prekomerno posezanje suda za mogućnošću uplitanja u predlaganje dokaza može proizvesti bitnu povredu odredbi krivičnog postupka (član 438. stav 2. tačka 3. ZKP). Smisao povrede, na koju se pozivaju, sastoji se u nepravilnoj primeni ili neprimeni neke od odredaba ZKP-a, sa odlučujućim uticajem na donošenje nepravilne i nezakonite presude. Uzmimo, hipotetički, da prekomerna dokazna umešanost suda predstavlja nepravilnu primenu člana 15. stav 4. ZKP-a. Time bi činjenično stanje bilo utvrđeno, a krivična stvar svestrano raspravljena. Da li je moguće da pravilno i potpuno utvrđeno činjenično stanje može dovesti do nepravilne ili nezakonite presude? Smatramo da je to nemoguće.

Prema komentaru procesnog zakona, sud nije ovlašćen da utvrđuje „odlučne, niti materijalnopravne činjenice“ koje predstavljaju elemente opšteg bića krivičnog dela. U suprotnom bi došlo do povrede objektivnog identiteta između presude i optužbe (Ilić i dr, 2012: 106). Polazeći od te pretpostavke, otvara se pitanje koje činjenice se mogu utvrđivati na osnovu dokazne inicijative suda. Da li je reč o indicijama i o kontrolnim činjenicama? Smatramo da se i ove dve vrste činjenica mogu utvrđivati na taj način, ali da time, ni u kom slučaju, nisu isključene odlučne činjenice. U krivičnom postupku utvrđuju

se činjenice na koje materijalno krivično pravo nadovezuje posledice. Reč je o elementima opšteg i posebnog bića krivičnog dela, uslovima za postojanje krivične odgovornosti, te uslovima za primenu krivične sankcije (Đurđić, 2013: 480). To su *materijalno pravno relevantne* činjenice. Osim toga, u krivičnom postupku se utvrđuju činjenice koje se odnose na uslove za pokretanje i vođenje krivičnog postupka, kao i činjenice o načinu izvođenja krivičnoprocesnih radnji i rešavanja nekih procesnih pitanja (*procesno pravno relevantne činjenice*). Skup jednih i drugih činjenica označava se terminom *pravno relevantno činjenično stanje* (Bajer, 1980: 5). Prema tome, izvođenje dokaza o postojanju pravno relevantnih činjenica, koje su sadržane u kaznenom zahtevu tužioca, na inicijativu suda, ne može predstavljati prekoračenje optužbe u objektivnom smislu. Ukoliko su sadržane u činjeničnom opisu optužnog akta, pravno relevantne činjenice bivaju predmet dokazivanja na glavnom pretresu, nezavisno od toga da li inicijativa za njihovo utvrđivanje potiče od stranaka ili suda.

U argumentaciji procesnog položaja glavnih krivičnoprocesnih subjekata, prilikom utvrđivanja činjenica, zakonopisci afirmišu dokaznu inicijativu suda ako su u pitanju dokazi za koje se pretpostavlja da bi išli u prilog odbrani (Ilić i dr, 2012: 107). Kao što smo ranije naveli, jedan od razloga za pasivizaciju suda u utvrđivanju činjenica bio je eliminisanje tobožnje potpore optužbi. Ako bi se prihvatilo tumačenje, prema kome je sud ovlašćen da interveniše u korist odbrane, to bi legalizovalo upravo pristrasnost suda. Iz tog razloga je neprihvatljivo da sud ulazi u dokaznu arenu intervenišući na strani odbrane okrivljenog. Taj zadatak ima branilac, koji zajedno sa okrivljenim vrši funkciju odbrane u krivičnom postupku. Na istoj liniji je tumačenje da sud ne treba da teži svestranom raspravljanju krivične stvari, iako je evidentno da su dokazi izvedeni na predlog tužioca protivurečni ili nejasni, jer takav sled stvari ide u prilog okrivljenom. Rukovođen tom logikom, sud bi trebalo da kao nemi posmatrač isprati evidentne kontradiktornosti i nedorečenosti u utvrđivanju činjenica, na osnovu dokaza optužbe, i da na osnovu takve činjenične podloge donese oslobađajuću presudu. Imajući na umu da je na tužiocu teret dokazivanja, sud bi bio ovlašćen da donosi nepravilne odluke, ne dirajući u činjenično stanje. Takav pristup u praksi bio bi poguban po shvatanje pravde i pravičnosti, kao i same vladavine prava. Osim toga, takvo postupanje suda bilo

bi u disharmoniji sa dužnošću suda da sa jednakom pažnjom utvrđuje činjenice u korist i na štetu okrivljenog (član 16. stav 2. ZKP-a). Najzad, takvo postupanje, konsekventno, dovodi do ukidanja presude od strane drugostepenog suda.

Suprotno poimanju komentatora ZKP-a, aktivnost suda prilikom utvrđivanja činjenica ne potire procesne institute ustanovljene u korist okrivljenog. Ako (ne)postojanje neke činjenice u krivičnom postupku nije moglo biti utvrđeno sa sigurnošću, smatra se da je utvrđena u korist okrivljenog. U tome je suština pravila *in dubio pro reo*. Važenje ovog principa i načela istine ne isključuju se međusobno. Ako se istinitost postojanja neke činjenice u krivičnom postupku ne može utvrditi sa sigurnošću, donosi se odluka u korist okrivljenog (Knežević, 2012: 118). Izvođenje dokaza po službenoj dužnosti koji idu na štetu okrivljenom dovodi se, takođe, u vezu sa zabranom *reformatio in peius*. U komentaru ZKP-a izneta je tvrdnja, da ako bi se ispostavilo da dokaz, čije je izvođenje sud odredio *ex officio*, ide na štetu okrivljenog, na njemu se, u celosti, ili u pretežnom delu, ne bi mogla zasnivati sudska odluka, već bi sud trebalo da primeni zabranu preinačenja na štetu (Ilić, Majić, Beljanski, Trešnjev, 2012: 108). Zabrana *reformatio in peius* važi u postupku po pravnim lekovima. U slučaju kada je pravni lek izjavljen *samo* u korist okrivljenog, viši sud ne sme sudske odluku da izmeni na štetu okrivljenog (Grubač, 2009: 441). Na glavnom pretresu, u dokaznom postupku, nema mesta primeni ove procesne ustanove, jer je neophodno utvrđivati činjenice i u korist i na štetu okrivljenog, kako bi se *svestrano* raspravila krivična stvar. Stoga smatramo da nema mesta tumačenju prema kome se dokaz izveden po službenoj dužnosti, koji bi išao na štetu okrivljenog, tretira kao kakav nezakoniti dokaz, na kome se ne može temeljiti sudska odluka. Irelevantno je, takođe, to što je sud odredio izvođenje nekog dokaza, pod pretpostavkom da bi išao u korist okrivljenog, za koji se ispostavi da, zapravo, ide na štetu okrivljenog. Zakonski ustanovljenu mogućnost supsidijarnog i korektivnog intervenisanja suda u formiranje činjenične podloge sudske odluke treba tumačiti *in favorem* svestranog raspravljanja predmeta dokazivanja, što je zakonom izričito i nedvosmisleno ustanovljeno.

6. Odredbe o radnjama dokazivanja i načelo istine

U Zakoniku o krivičnom postupku iz 2011. godine, načelo istine *implicite* je sadržano u nekoliko zakonskih odredbi kojima su regulisale pojedine radnje dokazivanja. Rezultat delatnosti veštaka u krivičnom postupku, na utvrđivanju činjenica za koje je potrebno stručno znanje ili umenje, materijalizuje se u nalazu i mišljenju. I u jednom i u drugom delu mogu postojati nejasnoće, nedorečenosti, kontradiktornosti, ili se pak može pojaviti sumnja u istinitost rezultata veštačenja. Kontrolu nalaza i mišljenja veštaka vrši organ vođenja postupka koji je naredio ovu delatnost. Ako je nalaz veštaka nejasan, nepotpun, pogrešan, protivurečan, ili postoji sumnja u njegovu istinitost, organ vođenja postupka (najčešće sud) može, po službenoj dužnosti, ili na predlog stranaka, narediti dopunsko veštačenje (član 124. stav 1. ZKP). Isto ovlašćenje dato je sudu, ako je mišljenje veštaka nejasno ili protivurečno. Organ vođenja postupka još u jednoj situaciji ima dužnost intervnisanja u izvođenju procesne radnje veštačenja. Ako se nedostaci u nalazu i mišljenju veštaka ne mogu otkloniti ponovnim ispitivanjem veštaka, niti određivanjem dopunskog veštačenja, sud će odrediti drugog veštaka, koji će obaviti ponovno veštačenje (član 124. stav 2. ZKP). Dva ovlašćenja suda, koji u utvrđivanju činjenica, za koje je potrebno stručno znanje ili umenje, imaju aktivnu ulogu, predstavlja realizaciju načela istine. Aktivni položaj sud je takođe zadržao prilikom određivanja psihijatrijskog veštačenja okrivljenog. Ukoliko se pojavi sumnja u uračunljivost okrivljenog, ili da je okrivljeni izvršio krivično delo u stanju skrivljene neuračunljivosti, kao i sumnja da je usled psihičkih smetnji procesno nesposoban, sud će odrediti psihijatrijsko veštačenje okrivljenog (član 131. ZKP).

Dužnost suda, da i nakon priznanja okrivljenog i dalje izvodi dokaze, opstala je u ZKP-u iz 2011. godine. Reč o reperkusiji načela istine, ustanovljenoj s ciljem proveravanja verodostojnosti i tačnosti datog priznanja. Obaveza daljeg izvođenja dokaza o krivičnom delu i učiniocu veže sud (organ postupka) ako postoji osnovana sumnja u istinitost priznanja, ili ako je priznanje okrivljenog nejasno, nepotpuno ili protivurečno, kao i ako postoji disharmonija sa drugim dokazima (član 88. ZKP). U poređenju sa ranije važećim procesnim zakonom, može se zaključiti da je aktivnost suda sada čak i proširena. Ranije se tražilo izvođenje dokaza o krivičnom delu, a sada i o okrivljenom. To implicira da je

nametnuta dužnost utvrđivanja karakteristika ličnosti okrivljenog. Verovatno je razlog za to intencija utvrđivanja motiva okrivljenog za davanje priznanja (Više: Stevanović, Đurđić, 2006: 303). Ranije je jedan od uslova za dalje utvrđivanje činjenica bio nedostatak drugih (do tada izvedenih) dokaza, kojima je potkrepljeno priznanje (član 94. ZKP iz 2001. godine). Sada se dalje dokazivanje sprovodi ako je priznanje u kontradikciji sa drugim dokazima. U adversarnom tipu krivičnog postupka, priznanje okrivljenog dovodi do obustavljanja daljeg utvrđivanja činjenica i odmah se prelazi u fazu izricanja krivične sankcije (Knežević, 2007: 32).

Dokazna inicijativa suda nije karakteristika isključivo glavnog pretresa, već postoji i tokom pripremnog ročišta. Predsednik veća može narediti pribavljanje dokaza za glavni pretres, iako za to ne postoji predlog, učinjen od stranaka, branioca okrivljenog, niti oštećenog (član 350. stav 2. ZKP). Tokom saslušanja okrivljenog, sud prema slovu zakona, nije pasivni posmatrač, već može biti aktivni učesnik. Ako u iskazu okrivljenog dođe do neslaganja sa ranije datim iskazom, predsednik sudećeg veća je dužan⁷ da ga upozori na to, pitaće ga za razloge odstupanja, a takođe, može odrediti čitanje ili reprodukciju optičkog ili tonskog snimka (član 397. stav 4). Sud, takođe, ima ovlašćenje da *uvek* okrivljenom postavi pitanje, s ciljem dobijanja potpunijeg i jasnijeg odgovora (član 398. stav 5. ZKP). Isto ovlašćenje sud ima prilikom ispitivanja svedoka, veštaka i stručnih saradnika (član 402. stav 7. ZKP). Komentatori ZKP-a nastoje da izbegnu svaku pomisao da je reč o manifestaciji načela istine, tvrdeći da je reč o formatiranju dokaza, a ne o učešću u utvrđivanju činjenica. Takva tvrdnja mogla bi se prihvatiti, ako bi sud bio nadležan da u pisanoj, ili nekoj drugoj formi, zasvedoči iskaz nekog učesnika u postupku, kao kakav zapisničar. Zaboravlja se da je u vlasti suda donošenje odluke o krivičnoj stvari, odnosno meritorno rešavanje o kaznenom zahtevu tužioca. To nikako ne može biti tehnička delatnost, kao što ni aktivnost suda, prilikom izvođenja dokaza, ne može imati drugi cilj do utvrđivanja istine o krivičnoj stvari.

Nakon svestranog raspravljanja predmeta dokazivanja, sud donosi odluku o krivičnoj stvari, tj. meritorno odlučuje o kaznenom zahtevu tužioca. Ta

⁷ Na zaključak da je reč o dužnosti navodi nas dikcija zakonske norme, u kojoj je korišćen imperativ: „upozoriće ga“, „upitaće ga“ i „odrediće“.

delatnost predstavlja logičku operaciju, u kojoj su pravno relevantne činjenice mala premisa (*premissa maiorr*), koje se supsumiraju pod odgovarajuću pravnu normu, što predstavlja veću premisu (*premissa maiorr*). Sud vrši ocenu izvedenih dokaza, najpre pojedinačno, a potom i u vezi sa ostalim izvedenim dokazima. Ova aktivnost ima za cilj donošenje zaključka o postojanju određenih činjenica, pre svega, odlučnih činjenica. Sud donosi zaključak o postojanju činjenica koje tvore činjenični osnov presude sa najvišim stepenom izvesnosti. U članu 419. ZKP-a, koristi se termin „izvesnost“, o čijoj je nepreciznosti već bilo reći. Namera zakonodavca da, po svaku cenu, izbegne izraz „istinitost“, dovela je do narušavanja jednog od temeljnih zahteva (*lex certa*), kojima se meri kvalitet normativnog akta. U suštini, ne može biti reči ni o čemu drugom, nego o zaključivanju sa najvišim stepenom izvesnosti, dakle sa istinitošću, o postojanju neke činjenice. Samo na tako utvrđenim odlučnim činjenicama može se zasnovati pravilna i zakonita sudska odluka.

Najzad, nepostojanje načela istine, odnosno dužnosti suda da se stara o potpunom rasvetljanju krivične stvari, zasnovanom na istinito utvrđenim odlučnim činjenicama, obesmišljava postojanje mogućnosti da se u postupku po žalbi ispituje postojanje činjeničnih nedostataka. Iako je načelo istine izostavljeno iz ZKP-a, jedan od žalbenih osnova i dalje je postojanje nepotpunog ili pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja (član 437. ZKP). Pravo na izjavljivanje žalbe pripada, prvenstveno, strankama. Ako je utvrđivanje činjeničnog stanja u isključivoj dispoziciji stranaka, čemu mogućnost da osporavaju nepotpunost činjenične osnove, za šta su one odgovorne. Teško je dovesti u sklad adverzijalni glavni pretres, sa postojanjem nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, kao osnova žalbe, imajući u vidu da sud pravnog leka o ovom osnovu odlučuje isključivo na zahtev žalioaca, a ne po službenoj dužnosti. Opstajanjem ovog žalbenog osnova, zakonodavac je utemeljio legitimaciju suda da, zajedno sa strankama, nastoji da utvrdi istinitost odlučnih činjenica. Jedino se na osnovu istinito utvrđenih činjenica može tačno utvrditi činjenično stanje. Suprotno tome, ako odlučne činjenice nisu istinito utvrđene, činjenično stanje biće pogrešno.

7. Zaključak

Nastojanjem zakonodavca da se, po svaku cenu, načelu istine zametne svaki trag, podrivaju se osnove kontinentalno-evropskog pravnog sistema. Javnopravni karakter krivičnog postupka, njegova svrha, kao i pravna kultura nalažu da sud ima odgovornost za donošenje odluka. Pravna tradicija anglo-američkog krivičnog postupka posve je drugačija. Javnopravni karakter izražen je u manjoj meri, a utvrđivanje činjenica povereno je strankama. Sud arbitrira na osnovu činjeničnog stanja, koje je utvrđeno aktivnošću stranaka, i donosi odluku o pobjedniku tog dvoboja. No, to ne znači da istina ne postoji u krivičnom postupku SAD. Iz Petog amandmana na Ustav SAD (*due process clause*) izveden je standard „dokazanost van svake razumne sumnje“, koji predstavlja najviši stepen izvesnosti, pandan istinitosti u evopsko-kontinentalnom tipu postupka. Za razliku od toga, u referentnim pravnim sistemima, koji su decenijama služili kao uzor razvoju našeg krivičnog postupka, načelo istine egzistira i zauzima važno mesto u lepezi principa krivičnog postupka. Nezavisno od toga da li je istraga poverena sudu (Francuska) ili javnom tužiocu (Nemačka, Austrija), načelo istine prožima mnoge odredbe procesnih zakona (Đurđević, 2013: 338–339).

Postojanje istražne maksime, tj. načela istine, zakonodavac je video kao nedostatak krivičnog postupka. No, ustanovljavanjem stranačke istine umesto materijalne, izjednačava krivični postupak sa parnicom. To je neprihvatljivo jer je javni interes predominantan u krivičnom postupku. Usled potpune pasivnosti suda prilikom utvrđivanja činjenica, postoji opasnost da će se krivci naći na ulici, usled nedovoljne agilnosti javnog tužioca. Iz navedenih razloga je neophodna korektivna uloga suda u utvrđivanju činjenica, bez ograničenja, s ciljem upotpunjavanja dokaznog fundusa, na kome će se zasnovati sudska odluka. Samo na taj način i takvim pristupom se može ostvariti cilj vođenja krivičnog postupka, proklamovan u članu 1. ZKP-a. Tumačenjem relevantnih odredaba ZKP-a, na navedeni način, koji nije protivan zakonu, može se osigurati pravilno i potpuno utvrđivanje činjeničnog stanja. Na taj način ne bi bila narušena koncepcija stranačkog dokazivanja, na kojoj počiva novi ZKP. Sudu pripada uloga korektora u utvrđivanju činjenica, čime se omogućava donošenje pravilne i zakonite sudske odluke. Iz svega navedenog proizlazi potvrda početne hipoteze. Načelo istine ima svoj, doduše implicitni normativni

izraz, u Zakoniku o krivičnom postupku iz 2011. godine. Ono je sadržano u nizu njegovih odredbi i jedan je od ciljeva vođenja krivičnog postupka.

Literatura

Bajer, V. (1980). *Jugoslavensko krivično procesno pravo (pravo o činjenicama i njihovom utvrđivanju u krivičnom postupku)*. Zagreb: Informator

Bejatović, S. (2013). Novi Zakonik o krivičnom postupku: kraj reforme ili samo jedan korak u procesu reforme? Osnovne karakteristike Zakonika. *Pravni informator*. 9. 3–25

Vodinelić, V. (1978). Istina – jedan od osnovnih problema nauke o krivičnom postupku. *Naša zakonitost*. 6. 38–51

Grubač, M. (2009). *Krivično procesno pravo*. Službeni glasnik

Grubiša, M. (1982). *Činjenično stanje u krivičnom postupku*. Zagreb: Informator

Đurđević, Z. (2013). Rekonstrukcija, judicijalizacija, konstitucionalizacija, europeizacija hrvatskog kaznenog postupka V novelom ZKP/08, prvi dio. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. 2. 313–363

Đurđić, V. (2014). *Krivično procesno pravo – opšti deo*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta

Đurđić, V., Trajković, M. (2013). O istini u krivičnom postupku. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 65. 111–128

Đurđić, V. (2013). Utvrđivanje činjenica u krivičnom postupku. *Pravna riječ*. 37. 475–488

Ilić, I. (2011). Zabrana dvostruke ugroženosti i ponavljanje krivičnog postupka na štetu okrivljenog. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici*. 349–369

Ilić, G., Majić, M., Beljanski, S., Trešnjev, A. (2012). *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*. Beograd: Službeni glasnik

Knežević, S. (2007). *Zaštita ljudskih prava okrivljenog u krivičnom postupku*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu

Knežević, S. (2012). *Osnovna načela krivičnog procesnog prava*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta

Krapac, D. (1982). Utvrditi činjenice znači uveriti se u njihovo postojanje vlastitim opažanjem ili dokazivanjem. *Naša zakonitost*. 11–12.

Marković, B. (1930). *Udžbenik sudskog krivičnog postupka Kraljevine Jugoslavije*. Beograd: Narodna štamparija

Sijerčić Čolić, H., (2012). *Krivično procesno pravo*. Sarajevo: Pravni fakultet

Stevanović, Č., Đurđić, V. (2006). *Krivično procesno pravo – opšti deo*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta

Škulić, M. (2013). Načelo istine i osnovna dokazna pravila u novom zakoniku o krivičnom postupku Srbije. *Pravna riječ*. 37. 489–515

Škulić, M. (2014). Pogrešna koncepcija i brojne pravno-tehničke greške novog Zakonika o krivičnom postupku: šta dalje i kako „reformisati“ reformu srpskog krivičnog postupka. *Reforma krivičnog prava*. 23–65

Škulić, M., Ilić, G. (2012). *Reforma u stilu „Jedan korak napred – dva koraka nazad“: Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije*. Beograd: Udruženje tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Pravni Fakultet, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu

Ivan Ilić, LL. B.

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

Repercussions of Modified Procedural Roles on Determining the Facts in Criminal Proceedings

Summary

The main characteristic of the new Code of Criminal Procedure, 2011, which is based on adversarial principle, is changed position of the main subjects. The public prosecutor gets more active role. It is head of the pre-investigative procedure and the investigation. At trial, the role of the parties emphasized, while the role of the court passivated. The Court adjudicate and manage the process, while in the presentation of evidence, for the proper and complete determination of the facts, his role significantly diminished. The court is not obliged *ex officio* to determine the truth, and the principle of truth is omitted from the basic principles of criminal procedure. Evidentiary initiative is, largely, up to the parties, while the court granted subsidiary role. Basis of the work is the thesis that the Code of Criminal Procedure from 2011, based on the truth principle, which is also the goal of the procedure. In fact, while working on the development of the legal text, and after of the adoption, to the beginning of its application in full range, in professional community there were lots of papers, which cast doubt on the principle of truth existence, in the currently valid procedural law of Serbia. Although this principle is not actually explicitly stipulated in the text of the new CPC, the author proves his existence by analyzing of certain provisions of the law, which has significantly altered the position of the main criminal procedural subjects, in terms establishing the facts in criminal proceedings. The author argues that the truth about a criminal matter remains the highest goal of the procedure, despite the fact that the concept of criminal proceedings is set on the adversarial model od criminal proceedings.

Keywords: principle of truth, fact-finding, adversarial procedure.

TRGOVINSKOPRAVNA SESIJA



Dr Stefan Pürner, advokat
Rukovodilac sektora u Nemačkoj fonaciji
za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ),
Bon, Nemačka

NAUČNI ČLANAK

UDK: 34(497.11)“1980/2014”

Rad primljen: 01.09.2014.

Rad prihvaćen: 01.12.2014.

«DUG I KRIVUDAV PUT» SRPSKOG PRAVA (NAZAD) U EVROPU

Apstrakt: Ovaj rad sadrži analizu razvoja prava SFRJ i savremenog prava Srbije počev od osamdesetih godina dvadesetog veka, i to na primeru odabranih oblasti prava, kao i istraživanje u pogledu toga koliko je to pravo bilo i koliko ono jeste „evropsko“. Napominjemo da pod pojmom „evropsko“ ne podrazumevamo usklađenost sa pravnim tekovinama EU (acquis), već jednu vrstu prethodne faze koja podrazumeva opštu orijentaciju ka načelima kontinentalno-evropskog prava i otvorenost u odnosu na druge evropske zemlje, naročito u oblasti pravne regulative vezane za strane investicije. Autor je došao do sledećih zaključaka:

- Pravo SFRJ je osamdesetih godina dvadesetog veka, ispod jednog „socijalističkog sloja“ (koji je obuhvatao npr. Ustav, Zakon o udruženom radu i pojedinačne propise iz oblasti krivičnog prava, kao npr. član 133. Krivičnog zakona SFRJ), bilo daleko više evropski orijentisano nego što je to poznato na evropskom Zapadu.
- Primeri koji ovo potkrepljuju su u oblasti materijalnog prava Zakon o obligacionim odnosima i u procesnom pravu, naročito Zakon o parničnom postupku, koji je izrađen po uzoru na Klajnov (Klein) austrijski Zakon o parničnom postupku.
- Osim toga, SFRJ je po pitanju upravnog i ustavnog sudstva daleko prednjačila ne samo u odnosu na ostale socijalističke zemlje već i u odnosu na mnoge zapadnoevropske zemlje.
- Otvaranje prema drugim evropskim zemljama našlo je svoj izraz kroz razvoj zakonodavstva o stranim ulaganjima. U ovom kontekstu podsećamo na to da je SFRJ bila prva socijalistička zemlja koja je donela takve propise još 1967. godine.

*puerner@irz.de

- *Konačno, SFRJ je 1988. godine otpočela sa tranzicijom pravnog sistema donošenjem Zakona o društvenom kapitalu i Zakona o preduzećima, dakle, još pre pada Berlinskog zida, pa time i pre tranzicije u klasičnim socijalističkim zemljama.*
- *Na osnovu navedenih razloga možemo da utvrdimo da su pravo SFRJ i pravo Srbije i u vreme socijalizma bili, ispod jednog „socijalističkog sloja“, daleko više evropski orijentisani nego što bi to mogao da pretpostavi posmatrač iz inostranstva.*
- *Ovo znači da bi Srbija u suštini imala veoma dobru polaznu osnovu za dalju evropeizaciju prava. Međutim, u poslednje vreme primećuje se fenomen koji vodi u suprotnom pravcu. Naime, u oblasti prava trgovačkih društava, a naročito u oblasti krivičnog procesnog prava, preuzimaju se elementi angloameričkog prava. Osim što otežavaju dalju evropeizaciju srpskog prava takve tendencije su takođe u suprotnosti sa srpskom pravnom tradicijom. Zbog toga ovakav način postupanja dovodi do nepotrebnih neusaglašenosti i kontradiktornosti u okviru srpskog pravnog sistema.*

Autor na osnovu navedenog zaključuje da bi za Srbiju bilo bolje da poslušava brojne glasove iz svoje sredine i da se vrati evropskoj tradiciji, umesto da sledi strane savetnike koji se zalažu za promenu celokupnog sistema ili barem za izolovano preuzimanje pravnih instituta koji su u neskladu sa celokupnim pravnim sistemom i time predstavljaju strano telo unutar tog sistema. Na kraju krajeva, ni po pitanju prava put iz Srbije za Evropu ne vodi preko Amerike.

Ključne reči: *Evropa, pravo, pravni sistem, Republika Srbija, socijalizam.*

1. Uvod

U prilogu rukovodioca odjeljenja Njemačke fondacije za međunarodnu pravnu saradnju (skraćeno: IRZ)¹ nadležnog za Srbiju naslovljenom „dug i zavojit put

¹ IRZ po nalogu njemačke vlade već više od 20 godina podržava zemlje u tranziciji u izgradnji njihova pravnog sistema. U Srbiji i drugim zemljama regiona IRZ djeluje još od 2000. godine u okviru njemačkog doprinosa Paktu za stabilnost u Jugoistočnoj Evropi, pri čemu joj sredstva na raspolaganje stavlja Ministarstvo vanjskih poslova. Daljnje informacije na njemačkom, engleskom, ruskom i arapskom jeziku mogu se naći na stranici www.irz-stiftung.de. Tamo se mogu naći i izvještaji (na njemačkom i na engleskom jeziku) o pojedinim aktivnostima IRZ-a, te priloge o djelatnosti IRZ-a iz raznih pravnih stručnih časopisa, uglavnom na njemačkom jeziku. Dublji uvid na njemačkom i dijelom engleskom jeziku nudi jubilarni zbornik objavljen povodom 20. obljetnice IRZ-a pod naslovom *Deutsche Beratung bei Rechts- und Justizreformen im Ausland – 20 Jahre Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit (IRZ)*

srpskog prava (nazad) prema Evropi“, eventualno bismo očekivali analizu stanja o napretku harmonizacije srpskog prava s pravom EU u određenim pravnim područjima, u kojoj bi se detaljno prikazalo što se do sada postiglo, ili pregled područja i problema na kojima je potrebno preduzeti daljnje napore. Takav prilog imao bi smisla i bio bi od pomoći u orijentaciji. S druge strane, autoru se čini da u „svakodnevnom poslu“ harmonizacije ne samo strani savjetnici već i srpski pravnici premalo vode računa, između ostalog, i o nekim načelnim stvarima. Stoga se u ovom prilogu nećemo fokusirati na harmonizaciju srpskog prava s pravom EU, nego na pitanje do koje je mjere srpsko pravo (a time i ranije jugoslovensko pravo) bilo ili još jeste „evropsko“ (u najširem smislu).

Kriterij, dakle, nije podudarnost s *acquis communautaire* na razini detalja, već stupanj do kojega se to pravo naslanja na priznata načela kontinentalnog evropskog prava, te do koje mjere slijedi ostale evropske vrijednosti. U potonje, na primjer, spada ideja da mora postojati pravna zaštita građana od akata države, ili otvorenost prema privrednim subjektima iz drugih država, kao i zaštita prava optuženika u krivičnom postupku. Ta su opšta načela, kad bolje razmislimo, predstupanj sistema vrijednosti EU i Savjeta Evrope. Samo ako tu postoji evropska orijentacija, nacionalno pravo može se uspješno harmonizirati s *acquis communautaire*.

Ova se zapažanja temelje na više od 25 godina autorovog bavljenja srpskim pravom, odnosno pravom SFRJ. Stoga će se u prilogu pojedine teme obraditi kronološki, onim redosljedom kojim se i autor upoznao s pojedinim područjima prava.

2. Zapažanja iz 80-ih godina: „Socijalistički sloj“ i evropski „fundament“

2.1. „Socijalistički sloj“

2.1.1. SFRJ i pravo SFRJ u ranijoj njemačkoj literaturi

Autor se s pravom tadašnje Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije prvi put susreo sredinom 80-ih godina prošlog vijeka. U to je doba studirao pravo u Regensburgu, no počeo se baviti i historijom, kulturom, muzikom i pravom Jugoslavije te njenim glavnim jezikom. Upoznavanje je započelo putovanjima u Jugoslaviju, a budući da autor nije dovoljno poznao jezik da bi čitao jugoslovensku literaturu, svoje je znanje produbljavao proučavanjem njemačke literature o tadašnjoj Jugoslaviji. U tim su knjigama prevladavali brojni turistički klišeji. Neke

[Njemačko savjetovanje u reformama prava i pravosuđa u inostranstvu – 20 godina Njemačke fondacije za međunarodnu pravnu saradnju], uredili Stefan Hülshörster i Dirk Mirow (Berlin, 2012).

su knjige bile vrlo ozbiljne, premda se u njima vidjela otvorena simpatija prema zemlji.² Što se tiče prava, bilo je malo njemačkih knjiga i to uglavnom autora koji su dobro vladali srpskohrvatskim jezikom, kako se u to doba zvao u Njemačkoj.³

Proučavanjem svih tih knjiga dolazi se do sljedeće slike: Jugoslavija je bila socijalistička zemlja sa specifičnim oblikom socijalizma, radničkim samoupravljanjem.⁴ Nezavisno o tim posebnostima pravni je sistem otkrivao brojne karakteristike koje su se na Zapadu smatrale tipično socijalističkima. Kod pisanog prava to je značilo da su propisi često manje bili zamišljeni kao pravila za supsumiranje nekog konkretnog slučaja, već su češće predstavljali pisma namjere ili političke deklaracije. Nadalje je autor, posebno za svojih boravaka u zemlji, naučio da su formalnosti jako važne, te da se na njima često inzistiralo,

2 Njemačka društveno-naučna literatura bila je fokusirana na jugoslovenski „treći put“ i pitanje demokratizacije privrede. Navodimo nekoliko odabranih naslova kako bi današnji čitatelji iz regiona stekli dojam koliko se intenzivno i s koliko zanimanja u njemačka publicistika bavila Jugoslavijom i o kojim se tematskim težištima radilo (redoslijed prema godini objavljivanja): Igor Weizmann, *Das System der Einkommensverteilung in der sozialistischen Marktwirtschaft Jugoslawiens* [Sistem raspodjele prihoda u jugoslovenskoj socijalističkoj tržišnoj privredi] (Berlin, 1958); Güdemi Tezcan, *Das neue ökonomische System der DDR als Demokratisierung einer geplanten Wirtschaft und Gesellschaft oder Formenwechseln der Herrschaft? – Das System der Arbeiterselbstverwaltung in Jugoslawien* [Novi ekonomski sistem DDR-a kao demokratizacija planske privrede i društva ili promjena oblika vladavine? – Model radničkog samoupravljanja u Jugoslaviji] (Berlin, 1974); Michael Hagemann/Alenka Klemencic, *Die sozialistische Marktwirtschaft Jugoslawiens* [Socijalistička tržišna privreda u Jugoslaviji] (Stuttgart, 1974); Gudrun Lellmann, *Das jugoslawische Modell, Wege zur Demokratisierung* [Jugoslovenski model, putovi ka demokratizaciji] (Frankfurt/Main, Köln, 1976); Wolfgang Sörgel, *Arbeiterselbstverwaltung oder Managersozialismus – Eine empirische Untersuchung in jugoslawischen Industriebetrieben* [Radničko samoupravljanje ili menadžerski socijalizam – empirijsko istraživanje u jugoslovenskim industrijskim poduzećima] (München, 1979); Ekkehart Stein, *Arbeiterselbstverwaltung – Lehren aus dem jugoslawischen Experiment* [Radničko samoupravljanje – lekcije jugoslovenskog eksperimenta] (Frankfurt/Main, 1980).

3 Treba navesti sljedeće autore: Stefan Messman, *Die rechtliche Stellung ausländischer Direktinvestitionen in Jugoslawien im Vergleich zu Rumänien und Ungarn. Ein Beitrag zum internationalen Wirtschaftsrecht (Joint Ventures)* [Pravni status direktnih stranih investicija u Jugoslaviji u poređenju s Rumunjskom i Mađarskom. Prilog međunarodnom privrednom pravu], (Zürich, 1978); Christine Höcker-Weyand, *Die Rechtsinstitute und Rechtsinstitutionen des jugoslawischen Selbstverwaltungssystems* [Pravni instituti i institucije jugoslovenskog radničkog samoupravljanja] (Baden-Baden, 1980); Monika Beckmann-Petey, *Der jugoslawische Föderalismus* [Jugoslovenski federalizam] (Oldenbourg, 1990).

4 Već iz toga proizlaze brojne razlike u odnosu na početnu poziciju za harmonizaciju zakonodavstva u „klasičnim“ socijalističkim državama Istočnog bloka. No, u praksi strani savjetnici toga često nisu svjesni u dovoljnoj mjeri. Naučnici koji su se u Njemačkoj kao stručnjaci za „pravo istočnoevropskih zemalja“ bavili socijalističkim zemljama itekako su bili svjesni tih razlika. Höcker-Weyand stoga odustaje od svrstavanja Jugoslavije u socijalistički pravni krug. (Höcker-Weyand, 1980: 27)

a da se pritom nije postavljalo pitanje jesu li sadržajno uopšte opravdane.⁵ U knjigama također nije pisalo, ali autoru su to tijekom putovanja Jugoslavijom ljudi na njegovo iznenađenje sasvim otvoreno rekli, da svatko zna da je pisano pravo samo djelomično obvezujuće: u slučaju dvojbe – bez obzira na radničko samoupravljanje – Partija (ili barem glavni funkcioneri Saveza Komunisti) bi uvijek bila u pravu. Budući da Jugoslavija nije bila usporediva sa socijalističkim zemljama Istočnog bloka, važno je napomenuti da tamo nije postojao centralizam (kao u Istočnom bloku) već federalizam, a umjesto državnog vlasništva u Jugoslaviji je postojalo društveno vlasništvo. U središtu sistema bila je Partija pod utjecajem SSSR-a kao organizacija koja je okupljala radnike i seljake, kao i druge grupe radnog stanovništva, pa su u Jugoslaviji – barem u teoriji – radnici preko raznih modela samoupravljanja u preduzećima mogli učestvovati u donošenju odluka. U tom pogledu treba još napomenuti da su, barem u stranoj literaturi s kraja 60-ih godina, dijelom postojale neskrivene simpatije prema Jugoslaviji i njenom eksperimentu „trećeg puta“ između komunizma i kapitalizma (mada je taj interes u inostranstvu tijekom 70-ih godina znatno splasnuo). Zbog radničkog samoupravljanja i autonomije pojedinih preduzeća koja je iz toga proizlazila, postojalo je i nešto kao tržišna utakmica između preduzeća. To je također nešto što je bilo sasvim strano planskoj privredi Istočnog bloka. Toliko o pogledu izvana. Ukratko, možemo reći da je u Jugoslaviji postojao specifičan oblik socijalizma, ali ipak se radilo o socijalističkom sistemu. Stoga ni strani posmatrači nisu očekivali puno „evropskih elemenata“.

2.1.2. Zapažanja u privatnoj sferi

I osobni susreti potvrđuju da Jugoslavija u ono doba nije udovoljavala kriterijima koji su uspostavljeni za države članice EU. Do istog zaključka autor je došao slušajući jugoslovensku rok muziku: bilo je problema kad je tekst pjesme jedne grupe o državnom prazniku bio (previše) blizak stvarnom životu, a okolnost da je pojačalo svjetski poznate marke *Marshall* na jednom koncertu „crklo“, dovela je do još većih problema. Grupa Riblja čorba iz Beograda u pjesmi „Pravila, pravila“ govori o pravilima koja se imalo poštovati i o tome da tamo (gdje god to bilo) „nema Boga, nema pravde“. A tu je onda bio još i Džoni Štulić, čije tekstove (kao i kod Boba Dilana) ne možemo uvijek shvatiti doslovno, nego dobijaju smisao kao cjelina – u svakom slučaju, prenose osnovno raspoloženje, koje ukazuje na to da prema drugačijem i kritičkom mišljenju nije nužno postojala tolerancija kakva bi trebalo da postoji u demokratskoj zemlji, članici EU.

5 Autor sve do danas nije uspio pronaći pravnu osnovu po kojoj se u regionu kod pismenih sporazuma stalno traži još i pečat kao dodatni formalni zahtjev.

2.1.3. Slika na temelju analize najpoznatijih zakona SFRJ (Ustav i ZUR)

Kad se autor na temelju primarnih izvora počeo upoznavati s jugoslovenskim pravom, najprije su se potvrdili gore opisani dojmovi. Naime, u tim je izvorima prava našao mnogo toga što je potvrđivalo prikazanu sliku. Tu je s jedne strane bio onaj debeli zeleni udžbenik o ustavnom pravu (sigurno znate koji), pomoću kojeg se spremao za nostrifikaciju svog prvog Bavorskog državnog ispita u Jugoslaviji. Dok je u Njemačkoj ustavno pravo bila jedna od autorovih najdražih pravnih disciplina, u Jugoslaviji je to za njega bila knjiga s najmanje sedam pečata. Mnogo toga što je pročitao u tom udžbeniku ustavnog prava i samom sistemu, bilo je karakterizovano idealističkim, naivnim pravnim razmišljanjem. Kod mnogih se propisa vidjelo da nitko nije razmišljao o tome kako bi stvari koje se tamo uređuju zapravo trebalo da funkcioniraju u praksi. A propis o doživotnom predsjedničkom mandatu – koji je već 1988. godine postao suvišan – uklapao se u ono što je čitatelj sa Zapada očekivao od socijalističke zemlje. Donekle ga je tješilo da je ustavno pravo očito za sve jugoslovenske studente prava i pravnike bila jedna od najtežih pravnih disciplina. Mnogi su morali ponavljati taj ispit.

Ni daljnja lektira jugoslovenskih pravnih normi nije otkrivala ništa što bi se moglo smatrati posebno evropskim u gore navedenom smislu. Sljedeća kodifikacija koju je čitao autor teksta bio je *Zakon o udruženom radu*,⁶ koji se smatrao drugim najvažnijim propisom bivše Jugoslavije. (Autor ovih redaka mora priznati da je prilikom čitanja zakona malo šta razumio. Čak i nakon nekoliko čitanja te su odredbe nametale više pitanja nego što su davale odgovora. Budući da autor nije bio tako vičan jeziku kao što je to danas, mislio je da to prije svega ima veze s njegovim skromnim znanjem jezika). I u drugim propisima mogle su se naći mnoge stvari koje su očito bile socijalističke, na primjer, verbalni delikt u članu 133. saveznog *Krivičnog zakona*.⁷ (Kos, 1990)

2.2. Evropski fundament

a) *Zakon o obligacionim odnosima* i međunarodno privatno pravo

Ipak, autor je došao do onog presudnog „a-ha!“ u nekom trenutku. Počeo je, naime, čitati *Zakon o obligacionim odnosima*⁸ iz 1978. godine i zakon koji je regulirao međunarodno privatno pravo.⁹ Naziv potonjeg zakona bio je pomalo nerazumljiv.¹⁰ No, inače su, kako *Zakon o obligacionim odnosima*, tako i *Zakon o rješavanju su-*

6 *Zakon o udruženom radu*, *Sl glasnik SFRJ* 53/76, 57/83, 6/88, 85/87.

7 Vidi Jernej Kos, „T.j. ‘verbalni delikt’ v Sloveniji v osemdesetig letih,“ pdf dostupan na <http://dk.fdv.uni-lj.si/dela/Kos-Jernej.PDF>.

8 *Zakon o obligacionim odnosima*, *Sl. SFRJ* 9/78 (prvobitna verzija).

9 *Zakon o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima*, *Sl. SFRJ* 43/82, 72/82.

10 Zbog čega ga pravnici iz regiona zovu „zakon dugog naziva“.

koba zakona... bili razumljivi za mladog „švapskog“ pravnika. Budući da u tom kratkom vremenu sigurno nije jezički toliko napredovao, to je moralo imati veze s kvalitetom tih propisa (i s time da je u tim propisima bilo malo toga ne-uobičajenog za mladog pravnika sa Zapada, upravo zato što su bili „evropski“ u gore navedenom smislu). Autor mora čak priznati da je brojne odredbe Zakona o obligacionim odnosima brže i bolje shvatio nego odgovarajuće odredbe njemačkog Građanskog zakonika (BGB), mada je potonji bio napisan na njegovom materinskom jeziku. Razlog je bio taj da je njemački Građanski zakonik napisan potkraj pretprošlog vijeka.

Pri čitanju *Zakona o obligacionim odnosima* i *Zakona o rešavanju sukoba zakona...* autor je jezički, nomotehnički i sadržajno bio na „poznatom terenu“. Naime, razlike u odnosu na pravo njegove zemlje nisu bile velike.

To je važna točka, zato što potkrepljuje tezu da je na području privatnog prava jugoslovensko pravo, ispod „socijalističkog sloja“ i ranije bilo jako evropsko.¹¹ Tome je dodatno pridonela i okolnost da se dalje primjenjivao austrijski *Opšti građanski zakonik* (ABGB) kao pravna pravila.¹²

b) Procesno pravo (pod austrijskim utjecajem)

I u području procesnog prava polazilo se od evropskih modela. Kod parničnog i krivičnog postupka je kao model poslužilo austrijsko pravo. (Galić, 2011: 91; Oberhammer, 2001: 131) No, njemački su čitatelji *Zakona o parničnom postupku* zbog mogućnosti izvodjenja dokaza na osnovu vlastite inicijative a ne samo na prijedlog stranaka, koja je bila predviđjena u tadašnjem zakonu, pretpostavljali da se radi o „tipično socijalističkoj“ tekovini. No, zapravo se radilo o tome da je preuzet Kleinov austrijski *Zakon o parničnom postupku*.¹³ Upečatljivo je da čak i prije razdoblja socijalizma austrijski model nije preuzet „1 na 1“, već su kod recepcije provedene prilagodbe, „dijelom zbog nepovoljnih iskustava zamijećenih u Austriji, a dijelom zbog potreba vlastite zemlje. (Oberhammer, 2001: 131) I procesno pravo je, dakle, bilo jako „evropsko“ u doba socijalizma. Na današnju situaciju u procesnom pravu osvrnućemo se na kraju teksta.

11 Naravno da to ne vrijedi bez iznimaka. Suprotni primjeri mogu se naći u članu 4. tačka 5. srpskog *Zakona o nasljeđivanju*, sve do odluke srpskog Ustavnog suda *US RS-101/2003-18* vezanoj uz nedostojnost za nasljeđivanje u slučaju izbjegavanja služenja vojnog roka (Pürner, 2001: 84) i svojedobno preovlađujućom negativnom teorijom o naknadi nematerijalne štete (Schweißguth, 1968: 121)

12 U vezi primjene austrijskog Općeg građanskog zakonika kao pravnih pravila u literaturi na njemačkom. (Josipović, 2011)

13 Vidi iz literature na njemačkom jeziku: Oberhammer, *op. cit.* (vidi predhodnu fuznotu)

c) Pravna zaštita protiv akata države i zakonski uređen upravni postupak

U evropskoj je pravnoj misli bitan element da se građani u sudskom postupku mogu obraniti i od akata države.¹⁴ I u tom je pogledu bivša Jugoslavija, a posebno Srbija, već prije nekoliko decenija imala dobru poziciju. Kao primjer navodimo upravno i ustavno sudstvo. O pravnoj zaštiti koju je to sudstvo stvarno pružalo u praksi dalo bi se diskutirati. No, valja konstatovati da je pravna zaštita u upravnim postupcima u Srbiji na području pisanog prava (*law in the books*) bila slično razvijena kao i u nekim drugim evropskim državama. Srbija je u tom pogledu bila (i još uvijek jeste) čak i naprednija od mnogih zemalja. Ta tradicija nije prekinuta ni u socijalizmu.

Budući da su sudionici konferencije povodom 54. obljetnice Pravnog fakulteta u Nišu i srpski čitatelji s tom temom bolje upoznati od autora, na ovom ćemo mjestu citirati samo jednu konstataciju iz njemačke pravne literature (Weyand: 22), u kojoj je situacija sažeto opisana: *Die FNRJ hat 1952 als erster kommunistischer Staat eine generelle gerichtliche Überprüfung der Verwaltungstätigkeit eingeführt* (FNRJ je 1952. godine kao prva komunistička zemlja uvela opću sudsku provjeru upravnih poslova). U pogledu postojanja posebnih upravnih sudova Jugoslavija je, dakle, već pre 60 godina, barem po pitanju sudske organizacije, bila naprednija od drugih socijalističkih zemalja, pa i brojnih današnjih članica EU. Pritom je Srbija po pitanju kontrole postupanja upravnih tijela bila predvodnik u bivšoj Jugoslaviji. U tom kontekstu navodimo još jedan citat iz istog izvora (Weyand: 22): *Auf die längste Tradition einer gerichtsförmigen Verwaltungskontrolle kann Serbien zurückblicken* (Srbija se može osvrnuti na najdužu tradiciju sudske kontrole uprave). Prema shvatanju nekih autora, (Weyand: 20) taj razvoj počinje već sa *Praviteljstvujućim Sovjetom Serbskim*, savjetničkim tijelom koje je knez Karađorđević podržao za vrijeme prvog srpskog ustanka protiv osmanlijske vlasti (1805–1812), a koji je imao i judikativne funkcije. Ako je to shvatanje tačno, to bi značilo da je nedavna 200. obljetnica početka pravne kontrole upravnih poslova u Srbiji prošla sasvim neprimijećeno! To je samo po sebi impresivan dokaz da srpsko pravo ima solidnu kontinentalno-evropsku bazu. I po pitanju zakonske regulative o upravnom postupku Jugoslavija je bila ispred mnogih evropskih zemalja, jer je jugoslovenski *Zakon o upravnom postupku*¹⁵ usvojen još 1986. godine.

14 IRZ je toj temi 2009. Posvetio regionalnu konferenciju u Dubrovniku. Referati su objavljeni u zborniku *Država pred sudom – uloga upravnog prava i upravnih sudova u razvoju pravne države*, koju autor može dostaviti kao pdf (molimo poslati kratki e-mail na puerner@irz.de).

15 Zakon o opštem upravnom postupku, *Sl SFRJ* 47/86

d) Ustavno sudstvo

I na području ustavnog sudstva Jugoslavija je bila napredna, i to ne samo u poređenju sa socijalističkim zemljama. Naposljetku postojanje takvog suda, koji je nadležan isključivo za kontrolu primjene ustava, nije evropski standard već „poseban dodatak“ u smislu pravne države. Stoga se dugo postojanje takvog suda može smatrati indikativnim za izraženu kontinentalno-evropsku orijentaciju države. U Srbiji Ustavni sud postoji već 51 godinu. I on je bio uzor mnogim državama za koje se uopšteno smatra da su puno više usmjerene na kontinentalno-evropsko pravo. Naime, primjer Jugoslavije ohrabrio je tadašnju Čehoslovačku¹⁶ da poduzme i taj korak, koji bi se s obzirom na prilike u socijalizmu mogao nazvati čak i revolucionarnim (ili bi bilo bolje reći reakcionarnim?), premda se postojanje Ustavnog suda u državi kojom navodno vladaju radnici (i koja je uvijek u pravu) u ideološkom smislu teško dalo opravdati.¹⁷

e) Značenje tržišta

Za tradicionalnu kontinentalno-evropsku pravnu misao koncepcija tržišta od centralnog je značaja.¹⁸ Ta je okolnost ujedno bila i jedna od bitnih razlika u odnosu na klasične socijalističke zemlje Istočnog bloka, u kojima je umjesto tržišta postojala planska privreda. Jugoslavija je ovdje bila „nešto između,“ jer su ovdje u okviru tzv. „dogovorne ekonomije“ (Stojanović, 1980: 49; Pürner, 1991, 21) postojali i značajni elementi tržišne privrede.¹⁹ I u tom je pogledu Jugoslavija bila daleko ispred drugih socijalističkih zemalja, odnosno bliža pravnoj misli tadašnjih Evropskih zajednica. To nije okolnost relevantna samo za nacionalnu ekonomiju, jer se na razne načine odražavala i na pravo: tamo gdje postoji tržište ne samo da zakoni moraju biti drugačijeg sadržaja nego u planskoj privredi već i pravnici raznih zvanja moraju raspolagati dodatnim znanjima i drugačije razmišljati nego u planskoj privredi.

16 To je istaknuo češki sudac ustavnog suda Jan Filip u svom izlaganju povodom svečane 50. obljetnice Ustavnog suda Republike Srbije 2013.

17 Jugoslavija je po pitanju ideološkog opravdanja sudske kontrole države imala manje problema od klasičnih socijalističkih država.

18 Podjednako „evropska“ (posebno za razliku od američkih koncepcija) je i misao da tržište doduše puno toga regulira samo, ali je ipak podliježe određenim, posebice socijalnim granicama.

19 Za autora je 80-ih posebno upečatljiva bila raznolikost diskografskih kuća, neuobičajena u socijalističkoj zemlji, koja je svakako potakla i kulturnu raznolikost, pa i samouvjerenost umjetnika koji su mogli odabrati neku od diskografskih kuća, ako su se probili na tržištu. Primjer za to je slovenačka grupa Buldožer, koja si je mogla priuštiti da odbije ponudu (zagrebačkog) Jugotona da bi svoju prvu ploču objavila kod (beogradskog) PGP RTB, a drugu ploču, zbog nekih razmirica oko tekstova, ipak kod ljubljanske firme Helidon. (Ivačković, 2013: 155). To je ujedno i primjer da pluralistička tržišta potiču kulturnu raznolikost, te preko tržišnih niša omogućuju i distribuciju alternativne kulture.

f) Prekogranične preduzetničke aktivnosti

Nadalje je evropska i ideja da granice treba otvoriti za preduzetničke aktivnosti, te posebno da treba dozvoliti preduzetničke aktivnosti stranaca u vlastitoj zemlji. I po tom je pitanju bivša Jugoslavija bila vodeća među socijalističkim zemljama. Podsjetimo samo na često citiranu rečenicu da je Jugoslavija 1967. bila prva socijalistička zemlja koja je dozvolila strane investicije. (Dabić, 1988: 85; Popov, 1987, 125) Ta rečenica baš nije sasvim tačna budući da je Lenjin u Sovjetskom Savezu u razdoblju Nove ekonomske politike (NEP) kratko vrijeme razmišljao slično, ali nam pokazuje da je već SFRJ po pitanju te teme, koja je za Evropsku Uniju od središnjeg značaja (slobodan promet kapitala), bila očito „evropska“.

g) Rani „revival“ klasičnih privrednih društava i rani početak pretvorbe vlasništva

Daljnja ključna točka u *acquis communautaire* su preduzetničke aktivnosti, npr. u obliku privrednih društava. To traži spremnost da se „zajedničko vlasništvo“ (bilo državno, bilo društveno) pretvori u privatno. U obje tačke SFRJ je već 1988. godine poduzela važne legislativne korake koji su u to doba bili skoro revolucionarni: tzv. *Zakonom o preduzećima/poduzećima²⁰ iz 1988²¹ ponovno je omogućeno osnivanje klasičnih privrednih društava (premda ta društva u zakonu nisu bila baš detaljno regulirana). A Zakonom o raspolaganju i prometu društvenim kapitalom²² omogućena je pretvorba ranijeg društvenog vlasništva, koje je do tada bilo neka vrst „svete krave“ jugoslovenskog socijalizma koji je počivao na radničkom samoupravljanju, u privatno vlasništvo. Nota bene: To se sve dogodilo već 1988, odnosno 1989. godine, dakle prije pada Berlinskog zida! To ujedno znači da je tranzicija u Jugoslaviji započela prije nego u drugim socijalističkim zemljama. I u tom pogledu su se, dakle, slijedili „evropski trendovi.“*

2.3. Međubilanca:

Sve do tog stadija slika je, dakle, bila jako pozitivna: pod slojem socijalističkog prava u Jugoslaviji (a time i u Srbiji) je postojala solidna baza pravne regulative i pravnih instituta evropskog kova. Stoga bi Jugoslavija, a time i Srbija, potkraj 80-ih godina imala dobru početnu poziciju za harmonizaciju prava, jer je to pravo, naposljetku, još u doba socijalizma ispod već spomenutog „socijalističkog sloja“ u velikoj mjeri bilo kontinentalno-evropsko.

20 Nomotehnički bi bilo ispravnije da se govori o privrednim ili trgovačkim društvima, budući da se pojam preduzeće ili poduzeće ne odnosi primarno na pravni oblik.

21 Zakon o preduzećima, *SI SFRJ 77/88*.

22 Zakonom o raspolaganju i prometu društvenim kapitalom, *SI SFRJ 84/89*

3. Početak vrludanja

3.1. Prethodna napomena

Nakon toga slijedi razdoblje Miloševićeve vlasti, na koje se nećemo pobliže osvrtni,²³ ali ukratko možemo reći da Srbiju baš i nije približilo Evropi. Tim je veća bila potreba za nadoknađivanjem zaostataka po pitanju harmonizacije prava, odnosno zaostajanja u odnosu na druge zemlje u tranziciji s kojima je Jugoslavije sada u žestokom tržišnom natjecanju. Upravo u toj situaciji dogodilo se ono što je zapravo neshvatljivo: Srbija je, naime, odlučila prokockati prednosti prikazane kontinentalno-evropske orijentacije i odjednom joj uzor postaje anglosaksonsko pravo.

3.2. Pravo privrednih društava

To s jedne strane vrijedi za pravo privrednih društava. Odabirom tog prava postavljaju se skretnice s obzirom na potencijalne strane investitore u vlastitoj zemlji. Iz okretanja američkom pravu privrednih društava stoga bi se moglo zaključiti da se Srbija očito nada većem broju investitora iz SAD nego iz kontinentalne Evrope. Ali u stvarnosti većina investitora dolazi iz Njemačke i Austrije te drugih evropskih zemalja.²⁴ No, očito se srpski zakonodavac nada da će ubuduće biti više ulagača iz Amerike. Da je postojala želja da se pođe od kontinentalno-evropskih načela u pravu privrednih društava, kako bi zemlja istovremeno bila i atraktivnija za investitore iz navedenih zemalja, nije trebalo ići daleko a da bi se vidjelo kako može izgledati učinkovit primjer takve kontinentalno-evropske orijentacije u pravu privrednih društava. Susjedna zemlja, Hrvatska, to je, naime, demonstrirala na primjeru *Zakona o trgovačkim društvima*²⁵ već sredinom 90-ih godina(!). Rezultat je bilo pravo privrednih društava koje je kodificirano preglednije i sistematičnije nego, na primjer, njemačko pravo. Da se pošlo od tog zakona, moglo se posegnuti ne samo za odgovarajućim iskustvima kontinentalne Evrope,

23 Jedan od razloga je taj da se autor u to vrijeme nije bavio srpskim pravom. Kao advokat praktičar tada se bavio pretežito privredno-pravnim pitanjima i nacionalnim privrednim pravima, za koja je posatala interes od strane stranih klijenta koji su htjeli investirati u inostranstvu. Srbija u to doba definitivno nije bila među tim zemljama.

24 Vidi intervju „Zapadna Evropa najveći investitor Srbije“ s Vesnom Arsić, koja je bila državni sekretar za ekonomske odnose sa inostranstvom, dostupan na <http://www.promoney.rs/maj2010/WesternEurope.pdf> i izvještaj Tanjuga, „12-year FDI inflow worth EUR 16bn“ od 4. 2. 2013, dostupan na http://www.b92.net/eng/news/business-article.php?yyyy=2013&mm=02&dd=04&nav_id=84516/.

25 Zakon o trgovačkim društvima (pročišćeni tekst) *Narodne novine*, br. 152/11, dostupno na www.nn.hr ili na linku <http://www.propisi.hr/print.php?id=11516>.

već su se mogle dobiti i informacije o tom pravu skoro na vlastitom jeziku²⁶ te se s kolegama iz Hrvatske moglo i diskutirati o tome.

3.3. Krivično procesno pravo

a) *Prethodna napomena: Kritika domaćih autora koja se odnosi na novi srpski Zakonik o krivičnom postupku*

Područje u kojem preuzimanje američkih pravnih instituta posebno upada u oči, i to ne samo u Srbiji,²⁷ predstavlja krivično procesno pravo. Novi srpski *Zakonik o krivičnom postupku*, zbog tog i još niza drugih razloga, izazvao je oštru kritiku u samoj Srbiji²⁸ (Škulić, Ilić, 2012). Argumente tih kritičara ne želimo ponavljati na ovom mjestu, budući da su sudionicima konferencije i srpskim pravnicima uopšte dobro znani. Međutim, želimo ukazati na to da se i autori iz drugih država u regionu zalažu za zadržavanje načela kontinentalno-evropskog prava, te su se izjasnili protiv preuzimanja američkih pravnih načela u zakonima o krivičnom postupku svojih zemalja (Sijerčić Čolić, 2013: 169). Kritiku upućenu novom srpskom „mješovitom“ Zakoniku o krivičnom postupku u radovima srpskih autora dopunićemo daljnjim argumentima i tezama.²⁹ Njih možemo podijeliti na opšta razmišljanja o zakonodavstvu u tranzicijskim zemljama i posebno na preuzimanje pravnih instituta iz angloameričkog prava u krivičnom postupku:

b) *Tranzicija nije dobro razdoblje za eksperimente: Za tranziciju bi se, u skladu s ovom raširenom frazom³⁰ (Melville, Stukal, 2012) koja se koristi za pravne reforme, moglo reći da je to (Re)Building the Ship at Sea (Pre)gradnja broda namoru. Autor bi čak bio sklon reći da je to gradnja novog broda za vrijeme oluje*

26 Ako za autora teksta koji je Nijemac razlika između *kolodvora* i *stanice* ne predstavlja prepreku u komunikaciji, kao ni razlika između *prozora* i *pendžera*, ili *obale* i „Štrand-a“, onda bi barem između evropskih orijentiranih pravnik trebao biti dozvoljeno da se u tom kontekstu govori o jednom jeziku.

27 Slične tendencije postojale su npr. u Makedoniji i u Hrvatskoj.

28 Prva knjiga sadrži tekst bivšeg njemačkog generalnog tužioca Jürgena Dehna, „Ubrzanje postupka nasuprot načela istine,“ str. 7 i dalje, te komentare jednog iskusnog njemačkog praktičara koji je stekao bogato iskustvo radeći kao savjetnik u Jugoistočnoj Evropi o pristupima ubrzanju postupaka odricanjem od načela materijalne istine u krivičnom postupku.

29 Daljnje razmišljanja autora o toj temi mogu se naći u predgovoru prijevoda njemačkog ZKP-a, koji je objavio IRZ, *Zakon o krivičnom postupku Savezne republike Njemačke*, IRZova edicija Njemačko pravo, knjiga 1 (Sarajevo, 2011), koja sadrži detaljan prikaz načela njemačkog krivično-procesnog prava autora Friederich-Christiana Schroedera. Zaintersirani čitatelji mogu dobiti pdf verziju ako pošalju kratki e-mail na puerner@irz.de.

30 Vidi: izvještaj fondacije Friedrich-Ebert-Stiftung (FES), „Re-Building the Ship at Sea? (Re-)Orientations for Democracy Building“, dostupan na http://www.fes-europe.eu/attachments/156_Report_Website_DIE.pdf

na otvorenom moru. Iz toga proizlazi da tranzicija nije dobro razdoblje za eksperimente! A uvođenje do sada nepoznatih pravnih instituta koji su strano tijelo u vlastitom pravnom sistemu predstavlja upravo takav eksperiment. U takve se eksperimente ubraja posebno pokušaj da se kombinuju dva sasvim različita sistema. Međutim, neki misle da je to dobro, jer smatraju da se u tranziciji može kombinovati „*najbolje iz oba svijeta*“ (ili čak iz nekoliko svjetova). Međutim, da to ne može funkcionirati postaje jasno kad razmislimo šta je zapravo funkcija zakona. Upravo su pravnici, čiji su alat zakoni, naime, skloni tome da im pridaju preveliki značaj.³¹ Posmatrani s određene distance, međutim, zakoni nisu ništa drugo nego operativni sistemi, kao što su to u svijetu računara Windows i Linux. Svatko tko se kratko, ali ipak koliko-toliko ozbiljno pozabavio kompjuterskim operativnim sistemima zna da iz kombinacije „pola Windows i pola Linux“ neće proizaći najbolji sistem na svijetu, već će to, naprotiv, dovesti do totalnog pada sistema. I to zato što ta dva sistema temelje na različitim osnovnim pretpostavkama, koje se teško mogu kombinirati. Osim toga, operativni sistemi kod određenih procesa interno upućuju na neko drugo mjesto u istom sistemu. Ako to vodi u prazno ili čak i do kontradiktornih naredbi, kaos je preprogramiran!

c) Angloameričko krivično procesno pravo nije dobro procesno pravo za zemlje u tranziciji: Primjer *plea bargaining*.

(aa) *Bojazni građana vezane uz krivično pravosuđe*: Toliko uopšte o opasnostima promjene pravne tradicije u tranziciji i rizicima kombinovanja različitih (pravnih) operativnih sistema. Kad se radi o krivičnom procesnom pravu u zemljama u tranziciji, kod „ugradnje“ angloameričkih pravnih instituta posebno bi trebalo da se vodi računa o sljedećem: svugdje u svijetu građani kritički gledaju na svoju državu. To posebno vrijedi za zemlje u tranziciji, u tim državama zbog istorijskih promjena, koje idu ruku pod ruku sa socijalnim nesigurnostima, povjerenje u državu je sve manje. Država zato mora u svom novom obliku kao demokratska država najprije zadobiti povjerenje građana. Ako joj to ne pođe za rukom, vrlo brzo će se čuti glasovi koji kažu da je „ranije mnogo toga bilo bolje“. Građani u zemljama u tranziciji posebno kritiziraju svoje zemlje zbog toga što:

31 To vidimo i po tome da se dugo vremena smatralo da „polugu“ za promjenu pravne stvarnosti predstavlja izmjena zakona, a ne promjene u primjeni prava, to jest edukacija onih koji pravo primjenjuju u praksi. U tom je kontekstu zanimljivo shvatanje Aleša Galića (Galić, 2001: 93, 95) da za predugo trajanje sudskih postupaka nije toliko kriv jugoslovenski *Zakon o parničnom postupku*, koliko loša primjena prava i vođenje procesa od strane sudaca. Iz toga se može zaključiti da novi zakoni često nisu pravi pristup za rješavanje strukturalnih problema. Ako je pravnicima problem pravilno primjenivati zakone koje poznaju već godinama, koji su osim toga bili predmet njihove sveučilišne i stručne edukacije, treba biti skeptičan hoće li s novim zakonima koje ne poznaju postići bolje rezultate. Tim više ako ti zakoni sadrže elemente koji su strani dosadašnjem sistemu.

- se država ne bori dovoljno protiv organizovanog kriminala,
- sudovi trguju pravdom, kao što se na pijaci cjenka za povrće,
- onaj koji može platiti boljeg advokata, bolje prolazi u krivičnom postupku na sudu od građana slabijeg finansijskog stanja.

Nezavisno o problematici kombinovanja različitih sistema to svakako nisu dobri preduslovi da se u krivičnom pravu uvode novine kao što je stranačko načelo ili *plea bargaining*!

(bb) Kritika plea bargaininga u samom SAD: O obje teme moglo bi se puno toga kazati. Umjesto toga nekoliko riječi o *plea bargainingu*: U SAD do 97% svih krivičnih postupaka završava na takav način. (Alkon, 2014: 562) To obrnuto znači da samo u 3% krivičnih postupaka odluku donosi sud. To je već samo po sebi kapitulacija državnog pravosuđa! (Alkon, 2014: 561) Čini se da su američki krivični sudovi na taj način uspjeli ukinuti sami sebe kao judikativu.

Inače, *plea bargainig* nije nesporan ni u svojoj domovini SAD. Postoje naučne studije američkih pravnika koje su došle do zaključka da *plea bargaining* upravo u zemljama u tranziciji vode do katastrofalnih rezultata. Navodi se, među ostalim, da građani tih država *plea bargaining* smatraju nastavkom korupcije legalnim sredstvima (Alkon, 2010: 35). Ko je pratio izvještaje žute štampe u tim državama o procesima protiv organizovanog kriminala, složiće se s takvom konstatacijom. Iz toga proizlazi ne samo da tranzicija nije dobro razdoblje za eksperimente, već i da zemlje u tranziciji nisu dobro okruženje za *plea bargaining*.³²

Osim toga, *plea bargaining* ili barem neki običaji u vezi s time, ne zadaju glavobolju samo američkim naučnicima već i američkim sudovima. Nedavno je, na primjer, Vrhovni sud (*Supreme Court*) donio odluke u dva slučaja³³ u kojima su optuženici oštećeni zbog lošeg pravnog zastupanja i savjetovanja (*bad lawyering*) u pregovorima oko *plea bargaining*-a.

(cc) Plea bargaining kao lijek protiv bolesti od koje pacijent uopšte ne boluje?

Nezavisno o tranziciji na primjeru *plea bargaining*-a postavlja se pitanje *opravdanosti takvih „pravnih implantacija organa“* u tijelo (pravnog) bića koje pripada drugoj vrsti. Tu se lako može dogoditi da pacijent dobije lijek razvijen za neku

32 Isto se može reći za stranačko načelo na glavnoj raspravi (pretresu) u krivičnom postupku i o unakrsnom ispitivanju. Nažalost, to ne možemo elaborirati na ovom mjestu. No, autor se nada da će tu temu moći produbiti drugom prilikom u nekom srpskom pravnom časopisu.

33 Radi se o slučaju *Lafler v. Cooper* (Odluka Vrhovnog suda na stranici <http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/10-209.pdf>)

i slučaju *Missouri v. Frye* (Odluka Vrhovnog suda na stranici <http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/10-444.pdf>).

bolest od koje pacijent uopšte ne boluje. Razlozi zbog kojih je *plea bargaining* tako popularan u SAD između ostalog su povezani s onime što bi se moglo nazvati „bolestima američkog sistema krivičnog procesnog prava“.³⁴ Naime:

- nepredvidljivost odluka porote
- advokatski troškovi koji za optuženike u SAD mogu biti astronomski
- i često loše pravno zastupanje optuženika (za što već postoji stručni pojam *bad lawyering*) slabijeg financijskog stanja

Zbog toga bi uvođenje pravnih instituta, kao što je *plea bargaining*, u državu koja zapravo ima solidan kontinentalno-evropski fundament (pa bi stoga bilo bolje da je modernizirala stari zakon o krivičnom postupku, koji je bio pod utjecajem austrijskog ZKP-a, te poboljšala njegovu primjenu ili pak zaista počela primjenjivati novi ZKP iz 2006. godine, koji je parlament već bio usvojio), moglo prerasti u nešto što bi se moglo usporediti sa situacijom u kojoj hipohondar ide na kemoterapiju, te izazvati dramatične sporedne efekte zbog lijeka protiv bolesti koju pacijent uopšte nema!

Sažetak

Stranim posmatračima ponekad je teško prepoznati do koje je mjere pravo Republike Srbije (i bivše SFRJ) već u prošlosti bilo evropsko ili danas većim dijelom (zavisno o pravnom području: još ili već) jeste evropsko.³⁵ Za razliku od toga, mnogi pravnici u Srbiji kao da su zaboravili na kontinentalno-evropsku tradiciju vlastitog prava. Prema zapažanjima autora to su u manjoj mjeri pravni praktičari ili teoretičari, već uglavnom oni koji s neke političke funkcije odlučuju o usmjerenju srpskog prava. Pravo se, međutim, mora temeljiti na uvjerenju društva i onih koji to pravo primjenjuju. A „operativni sistem“ ne smije sadržavati nikakve kontradikcije koje se mogu izbjeći, ili sukobe između različitih sistema. Osim toga, trebalo bi se pridržavati elementarnih pravila koja vrijede za pravne reforme. U to se ubraja nadovezivanje na pozitivne tradicije, koje treba restaurirati, modernizovati i unaprijediti³⁶ (Knieper, 2008: 88). Što bi u

34 Za američki sistem krivičnog prava poučni su izvještaji američke nevladine organizacije Innocence Projects (<http://www.innocenceproject.org/>), koja se uspješno zalagala za rehabilitaciju onih koji su osuđeni greškom sistema (često i na smrtnu kaznu). U okviru tog projekta šalju besplatan *Newsletter*, u kojem se izvještava o aktualnim slučajevima.

35 Time ne želimo reći da je srpsko pravo (i društvo) u svim točkama „zrelo za Evropu.“ Međutim, koraci koji su za to nužni nisu predmet ovog teksta, te se u tom okviru ne bi mogli dovoljno detaljno prikazati.

36 Premda se tekst odnosi na građansko pravo, ta bi se razmišljanja bez daljnega mogla preslikati i na krivično pravo.

Srbiji bio argument u prilog jasne orijentacije na načela i modele kontinentalno-evropskog prava. Osim toga, transplantacija nikada ne bi trebalo da se provodi bez tačne analize faktora koji djeluju u dotičnim pravnim sistemima³⁷ (a u to se ubraja i percepcija javnosti o pravosuđu kao jednoj od važnih funkcija države³⁸). Neusklađenosti koje se tijekom tranzicije ne mogu izbjeći zbog raznih kongentnih razloga već su same po sebi otežavajuća okolnost, tako da situaciju ne bi trebalo još umjetno komplicirati nekompatibilnim implantatima. Takvim postupanjem država se ne udaljava samo od Evrope već će zbog gore navedenih razloga prokockati i povjerenje svojih građana. Stoga bi bilo poželjno da se Srbija prisjeti svojih vlastitih (kontinentalno-evropskih korijena) i posluša svoje stručnjake koji poznaju te korijene, kao i druge pravne sisteme, umjesto što brzopleto slijedi savjete stranih savjetnika koji dolaze iz drugih pravnih kultura.

Ako zanemarimo „socijalistički sloj“ koji smo opisali na početku, srpsko je pravo danas u mnogim područjima manje „evropsko“ nego što je bilo 1988. godine. To se može opisati kao *jedan korak naprijed, dva koraka unazad*. Takvim se tempom ne može napredovati. To bi se moglo formulirati i na sljedeći način: geografija i pravo imaju nešto zajedničko. Između ostalog, činjenica je da put Srbije prema Evropi ni u pravu ne vodi preko SAD.

Literatura

Alkon, C. (2014). The U.S. Supreme Court's Failure to Fix Plea Bargaining: The Impact of Lafler and Frye, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 41, str. 562. [Electronic version]. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2423499#

Alkon, C. (2010). Plea Bargaining as a Legal Transplant: A Good Idea for Troubled Criminal Justice Systems?, *Transnational Law and Contemporary Problems*, vol. 19, str. 35. [Electronic version]. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1660469.

Dabić, Lj. (1988). *Zajednička ulaganja u Jugoslaviji – uporedno pravna analiza zakonodavstva socijalističkih zemalja*. Beograd

37 Tako tvrdi Gerhard M. Rehm, „Rechtstransplantate und Rechtstransformation“ [Transplantacija i transformacija prava], *RabelsZ*, str. 1 i dalje, ovdje str. 31. Premda se i taj tekst odnosi na građansko pravo, ta bi se razmišljanja bez daljnega mogla preslikati i na krivično pravo.

38 Novinski naslovi kao „Pravda samo za bogataše“ (*Novosti* od 20.6.2012) u kontekstu novog *Zakonika o krivičnom postupku* ne vode samo tomu da građani imaju lošu percepciju pravosuđa (mada oni koji rade u pravosuđu ne mogu utjecati na zakone), već se time učvršćuje njihova negativna slika o državi uopšte.

- Galić, A. (2001). Die 'Richtermacht' im slowenischen Zivilprozess. U: Paul Oberhammer (ur.), *Richterbild und Rechtsreform in Mitteleuropa* (stra. 91). Wien
- Höcker-Weyand, C. (1980). *Die Rechtsinstitute und Rechtsinstitutionen des jugoslawischen Selbstverwaltungssystems*. Baden-Baden
- Ivačković, I. (2013). *Kako smo propevali – Jugoslavija i njena muzika*. Beograd
- Josipović, T. (2011). *Das ABGB in Kroatien – historische Geltung und Bedeutung für die kroatische Zivilrechtsgesetzgebung von heute*, [Electronic version]. http://notar08.connexcc-hosting.net/uploads/josipovic_ent2011_de.pdf
- Knieper, R. (2008). Möglichkeiten und Grenzen der Verpflanzbarkeit von Recht, *Rabels: Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (skraćeno *RabelsZ*).
- Kos, J. (1990). T.j. ‚verbalni delikt‘ v Sloveniji v osemdesetig letih. [Electronic version]. <http://dk.fdv.uni-lj.si/dela/Kos-Jerneja.PDF>
- Melville, A., Stukal, D. (2012). *(Re-)Building the Ship of State at Sea? State Capacity and Regime Dynamics in Post-Communist Countries*, [Electronic version]. dostupno na http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2192458
- Oberhammer, P (2001). *Richterbild im Zivilprozess: Zwischenbilanz eines Jahrzehnt der Reformen in Mitteleuropa*
- Popov, Đ. (1987). *Zajednička ulaganja sa inostranim partnerima – dometi i realne mogućnosti*. Zagreb
- Pürner, S. (2001). Republik Serbien. u: Murad Ferid/Karl Firsching/Heinrich Döner/Rainer Hausmann *Internationales Erbrecht*, München
- Pürner, S. (1991). *Die GmbH als neugeschaffene Form ausländischer Investition in Jugoslawien: Vorbedingungen – gesetzliche Regelungen – rechtliche Probleme – Ein Beitrag zur wirtschaftlichen Ost-West-Zusammenarbeit in der Umbruchphase* (doktorska disertacija). Regensburg
- Sijerčić-Čolić, H. (2013). Načelo materijalne istine u krivičnom postupku. U: Ana Petrović/Ivan Jovanović (ur.), *Savremene tendencije krivičnog procesnog prava u Srbiji i regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva – normativni i praktični aspekti* (str.196) Beograd.
- Stojanović, I. (1980). *Socijalizam i tržište*. Beograd
- Škulić, M., Ilić, G. (2012). *Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije – Kako je propala reforma – Šta da se radi?*. Beograd

Schweißguth, E. (1968). Das Problem des Ersatzes nichtvermögensrechtlichen Schadens in der SFR Jugoslawien, *Jahrbuch für Ostrecht* (JOR) IX/2.

Weyand, H. *Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verwaltungsrechtsprechung in der SFRJ*. Köln

Zakon o udruženom radu, *Sl glasnik SFRJ*. Br. 53/76, 57/83, 6/88, 85/87.

Zakon o obligacionim odnosima, *Sl. SFRJ*. Br. 9/78

Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima, *Sl. SFRJ*. Br. 43/82, 72/82.

Zakon o opštem upravnom postupku, *Sl SFRJ*. Br. 47/86

Zakon o preduzećima, *Sl SFRJ*. Br. 77/88.

Zakonom o raspolaganju i prometu društvenim kapitalom, *Sl SFRJ*. Br. 84/89

Dr. Stefan Pürner,

German Attorney at Law,

Head of Section at the German Foundation for international legal co-operation (IRZ), Bonn, Germany

The “Long and Winding Road” of Serbian Law (back) to Europe

Summary

In this article, the author analyses the development of law of the SFRJ and the contemporary Serbian Law since the 1980s up to date in selected areas of law, and examines how “European” it has been throughout this period. In this context, the term “European” is not to be understood in terms of harmonization with the *acquis* but rather as a pre-stage in this course which implies a general orientation towards continental European principles and openness towards other European states (in particular, concerning the legal provisions on foreign investment). The analysis has yielded the following conclusions:

Under a “socialist layer” (including, for example, the Constitution of SFRY, the Law on Associated Labour and some provisions of the Criminal Law such as Article 133), the law of the SFRJ in the 1980s was much more European than it is actually known in Western Europe.

The examples may be found in the substantive provisions of the 1978 Law on Obligations and in the field of procedural law, particularly in the Law on Civil

Procedure was tailored upon the model of the Austrian Civil Procedure Code (called the "*Klein'sche ZPO*").

Moreover, in the field of constitutional and administrative judiciary, the SFRY was not only ahead of the other socialist countries but also ahead of a lot of other Western European countries.

The opening towards other European states was also reflected in the legislation on foreign investment. In this context, it is worth noting that the SFRJ was the first socialist state which enacted such legislation as early as in 1967.

By enacting the Law on the Social Capital and the Law on Enterprises, the SFRY began the transformation of its legal system in 1988, well before the fall of the Berlin wall and considerable earlier than the traditional socialist states.

For these reasons, it is justified to say that the law of the SFRY and Serbia during the socialist time was (underneath the layer of socialist law) already more European than a foreign observer might assume.

Therefore, Serbia would actually have a good starting position for a further "Europeanisation" of its law. However, there have been some developments lately which seem to leading Serbia in the opposite direction. Namely, in the field of Company Law and particularly Criminal Procedure Law, the Serbian legislator has introduced some elements of the Anglo-American law. Not only does it make the Europeanisation of the Serbian Law more difficult but it is also inconsistent with the Serbian legal tradition. It additionally causes superfluous discrepancies and contradictions in the Serbian legal system.

The author concludes that Serbia would be better off if it would only listen to the many voices from Serbia and remember its own European tradition, instead of following foreign advisors urging for the change the legal system or at least the isolated transplantation of particular legal institutes which are fully inconsistent with the Serbian legal tradition and, thus, stand out like "aliens" in the Serbian legal system. Ultimately, the road from Serbia to Europe does not go through America, either geographically or in terms of law.

Key words: Europe, Law, Legal System, Republic of Serbia, Socialism.

Dr Goran Koevski,*

Redovni profesor Pravnog fakulteta „Justinijan Prvi“,
Univerzitet „Sv. Kiril i Metodij“ Skoplje, Makedonija

NAUČNI ČLANAK

UDK:347.7(497.7:4-672EU)

Rad primljen: 01.09.2014.

Rad prihvaćen: 01.12.2014.

PRAVNI I DRUGI METODI HARMONIZACIJE MAKEDONSKOG TRGOVAČKOG PRAVA SA PRAVOM EVROPSKE UNIJE

*„Ne možemo rešavati probleme sa istim
načinom razmišljanja kojeg smo imali kada smo
ih stvorili.“*

Albert Ajnštajn

Apstrakt: Svaka država, uključujući i Republiku Makedoniju, u uslovima globalizacije ima potrebu da harmonizuje svoje privatno pravo sa tendencijama u regionu i šire. Metodi harmonizacije su različiti i zavise prvenstveno od toga da li je harmonizacija nametnuta „odozdo“ (funkcionalno-tržišno-negativna) ili „odozgo“ (formalno-politički dirigovana -pozitivna).

U ovom radu daćemo osvrt na proces i metodologiju unifikacije i harmonizacije privatnog prava na međunarodnom i na nivou Evropske unije, da bi produžili sa detaljnijom obradom pitanja harmonizacije pojedinih delova trgovačkog prava (statusnog, ugovornog, konkurentskog i prava hartija od vrednosti) kako u okviru EU, tako i u Republici Makedoniji.

Ključne reči: unifikacija i harmonizacija privatnog prava, instrumenti i metodi harmonizacije, EU pravo, transpozicija EU prava.

* gkoevski@gmail.com

1. Razgraničenje određenih pojmova povezanih sa unifikacijom/harmonizacijom privatnog prava

Na početku ovog rada potrebno je razgraničiti pojmove „standardizacija“, „unifikacija“ i „harmonizacija“ privatnog prava. Pod pojmom „standardizacija privatnog prava“ podrazumeva se „(...) proces stvaranja opštih pravnih načela ili opštih pravila za ugovore u međunarodnom prometu“ (Vukadinović, 2012: 341). Sam pojam standardizacije u sebi obuhvata pojmove unifikacije i harmonizacije. Tako, pod pojmom „unifikacija“ podrazumeva se „... proces stvaranja jedinstvenih (unifikovanih) pravnih pravila“ pod uslovom da se radi o normama „... nacionalnih pravnih sistema između kojih ne postoje velike ili nepremostive razlike (...)“ (Vukadinović, 2012: 345). Konačno, „[P]od harmonizacijom ili usklađivanjem prava se podrazumeva proces usaglašavanja rešenja u nacionalnim pravima više država uz zadržavanje razlike između njih samih, ali uz obavezu da takva rešenja ne budu u suprotnosti sa ostvarivanjem određenih zajedničkih ciljeva“ (Vukadinović, 2012: 348).

2. Istorijska pojava unifikacije/harmonizacije privatnog prava

U uporednom pravu se često sreće pojam *lex mercatoria*, kojim se označava pravo trgovaca. Razlikuje se stara i nova *lex mercatoria*. Stara *lex mercatoria* se razvija kao srednjovekovno pravo putujućih trgovaca i predstavljala je zbir autonomnih trgovačkih običaja, koji su se materijalizovali u trgovačkim uzansima (običajima) i praksama (Mazzacano, 2008). U novom veku dolazi do napuštanja *lex mercatoria* i pristupa se procesu nacionalnih kodifikacija trgovačkog prava, odnosno dolazi do inkorporacije postojeće *lex mercatoria* u nacionalnoj legislativi.

Razvojem međunarodne trgovine, kada se načelu autonomije volje ponovo daje naglašeni značaj, dolazi do potrebe stvaranja nove *lex mercatorie* – *nuova lex mercatoria*. Za razliku od stare, nova *lex mercatoria* nije spontana, već je rezultat harmonizovane i organizovane akcije za stvaranje unifirmnog prava na univerzalnoj ili regionalnoj osnovi. Zato, nova *lex mercatoria* je suočena sa izazovom da se uklopi u već postojeći koncept nacionalnog suvereniteta, što samo po sebi predstavlja veoma kompleksan proces.

Modernoj pravnoj unifikaciji generalno se zamera: (a) zbog multiplikacije harmonizujućih projekata, koji mogu dovesti više do disperzije nego do faktičke harmonizacije i (b) da su kod ovih instrumenata harmonizacije više radi o čisto teoretsko-intelektualno-mentalnoj vežbi, bez osobite praktične, operativne važnosti, i da se veća težina daje pravnim aspektima trgovine, čime se istovremeno doprinosi većoj ekonomskoj neefikasnosti (Faria, 2009).

3. Harmonizacija prava EU

Kada se govori o harmonizovanju nacionalnog prava sa pravom EU, treba praviti razliku između obaveza država – članica da harmonizuju svoja nacionalna prava sa onim što se naziva *acquis communautaire* i obaveza trećih država koje vrše harmonizaciju u kontekstu pretpristupne strategije za prijem u EU. Harmonizacijom prava se očekuje da se zamene neusklađeni nacionalni propisi kako bi se ostvarili komunitarni ciljevi, ali istovremeno i da se sačuvaju i ispoštuju različitosti u nacionalnim pravnim sistemima (Vukadinović, 2008: 162, 166).

Neki autori smatraju da postoji prilična konfuzija kada se radi o pojmovima approximation, harmonization i coordination (Vukadinović, 2008: 167). Drugi pojam harmonizacije vezuju sa procesom postizanja sporazuma (harmonije), dok se aproksimacija shvata kao metod za obezbeđivanje harmonizacije. Znači, ako se pod pojmom harmonizacije u EU kontekstu podrazumeva „evropeizacija“ nacionalnog zakonodavstva, pojmom aproksimacije se obuhvata proces putem kojeg se vrši što je moguće autentičnije usaglašavanje nacionalnog zakonodavstva sa pravnim aktima EU, putem slobodnog definisanja strategije, metoda i tehnika za izvršenje i vremenskog okvira za aproksimaciju. Zemljama aspirantima za članstvo u EU u procesu harmonizacije se daje mogućnost korišćenja instrumenata mekog prava, što podrazumeva da se nigde i niti u bilo kojoj fazi ne pominju obavezne klauzule za njihovo izvršavanje, već je odgovornost država čisto politička, prosleđena mogućom sankcijom koja bi bila u vidu „suspenzivne klauzule“, odnosno zabrane članstva u EU. Evropska komisija isključuje svaku mogućnost parcijalnog usvajanja *acquis*-a od država koje imaju aspiraciju za ulazak u EU, i nalaže da se *a priori* prihvati celokupni „opus“ akcija koji postoji u momentu kada država aspirant započinje proces harmonizacije sa zakonodavstvom EU.

Za treće države koje prolaze kroz proces integracije, metod implementacije ne znači direktnu primenljivost. Svi pravno obavezujući akti se transponuju u pravni sistem i kao takvi se kasnije primenjuju (Salevska, 2008: 125–150).

Kada se radi o zemljama Zapadnog Balkana dinamika „evropeizacije“ unutrašnjih propisa zavisi od odredbi respektivnih sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju. Saglasno „Beloj knjizi – priprema pripadajućih država Centralne i Istočne Evrope za integrisanje na zajedničkom tržištu Evropske unije,“ usvojena na samitu Evropskog Saveta 1995. godine u Kanu, predstavlja jedan od najbitnijih uslova za prijem u članstvo EU.¹

Danas se posebna pažnja posvećuje pravnom, regulatornom i institucionalnom okviru prilikom transponovanja prava EU (Berkowitz, Pistor, Richard, 2001).² U ovom smislu, koristi se izraz „kapacitet za sprovođenje“, koji u sebe obuhvata nekoliko faza: transponovanje, primenu, usaglašenost i izvršenje. Transponovanje predstavlja pravni proces ugrađivanja nove grupe pravila u nacionalne pravne propise. Primena transponovanih pravila predstavlja preduzimanje odgovarajućih mera nadležnih organa u pravcu stavljanja u funkciju novih pravila. Usaglašenost uključuje aktivnosti koje se preduzimaju radi postizanja jednoobraznosti u vršenju prava i obaveza koje se nameću onima na koje se ta pravila odnose (pravne adresate). Pod pojmom „izvršenje“ se podrazumeva akt provere, nadzora i/ili obezbeđenje usaglašenosti transponovanih pravila (Efremova, 2008: 109–123).

3.1. Pravni osnovi harmonizacije/aproksimacije

Opšti pravno-politički osnov za usklađivanje ili harmonizaciju unutrašnjih propisa država članica je bio dat u članu 3, stava 1, tačke h Ugovora o osnivanju Evropske zajednice, kao i odredbe člana 94 . Ovi članovi Ugovora o osnivanju

¹ Vidi: White paper on Preparation of the Associated Countries of Central and Eastern Europe for Integration into the Internal Market of the Union COM (95) 163 final. Preuzeto 19.5.2014. http://www.europarl.europa.eu/enlargement/index_en.htm

² Ovo ne znači ništa drugo nego mogućnost procene tzv. „efekta transplantacije.“ Kako bi se izvršila dobra transplantacija propisa u zemlji uvoznika mora postojati jasno izraženi zahtev i potreba za takvim propisom, ali i želja da se izgradi potrebna pravna i druga infrastruktura za efektuisanje takvog zahteva.

Evropske zajednice su sada ukiniti i zamenjeni članovima 114–118. iz Trećeg poglavlja Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (UFEU)³, koji nosi naslov “Približavanje (aproksimacija) prava”, a u vezi sa ostvarivanjem ciljeva utvrđenih u članu 26. UFEU (uspostavljanje i funkcionisanje unutrašnjeg tržišta). Aproksimacija prava u delu građanskog postupka sa prekograničnim implikacijama je uređena u članu 81. TFEU. Ukoliko nije moguć niti jedan od navedenih pravnih osnova, može se upotrebiti „fleksibilna klauzula“ iz član 352 TFEU.⁴

3.2. Osnovni instrumenti za harmonizaciju prava EU

Osnovni instrumenti putem kojih se vrši harmonizacija sa pravom EU su akti sekundarnog prava EU. Dok primarno pravo EU sačinjavaju sve pravne norme sadržane u osnivačkim ugovorima, njihovim aneksima i ugovorima kojima su izvršene njihove izmene i dopune, zatim opšta pravna načela EU i običajno pravo, sekundarno pravo EU je zbir svih akata koje organi EU donose na osnovu dodeljenih ovlašćenja iz primarnog prava. Centralna odredba u UFEU je sadržana u članu 288. (u svrhu izvršavanja ovlašćenja EU organi usvajaju uredbe, direktive, odluke, preporuke i mišljenja). Uredba (u daljem tekstu: regulativa) je pravni akt sa opštim važenjem. Uredba ima neposredno dejstvo i naziva se „Evropski zakon“ zbog svog nadnacionalnog karaktera. Direktiva je, sa svoje strane, obavezujuća za sve države članice i to svojim ciljem, dok se nacionalnim institucijama ostavlja izbor u kojem obliku i kojim sredstvima će izvršiti njenu implementaciju. Ipak, izbor oblika i sredstva mora biti takav da obezbede „puno dejstvo“ direktive (Misita, 2007: 536).

Zato se, s pravom, ukazuje da se direktivama vrši harmonizacija, dok usvajanjem regulativa se vrši unifikacija prava EU.⁵

³ Vidi: Treaty on the Functioning of the European Union, consolidated version, Official Journal C 83, 30.3.2010. Preuzeto 18.5.2014. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=OJ:C:2010:083:TOC>

⁴ Vidi: European Parliamentary Research Service, Methods for unifying private law in the EU, Briefing 23/01/2014 Preuzeto 22.5.2014. http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2014/130628/LDM_BRI%282014%29130628_REV1_EN.pdf

⁵ Vidi: European Parliamentary Research Service, Methods for unifying private law in the EU, Briefing 23/01/2014 Preuzeto 6.6.2014.

3.3. Metode i tehnike harmonizacije

Kada je reč o metodama i tehnikama harmonizacije sa komunitarnim pravom, pravi se njihova podela na osnovu sledećih kriterijuma: predmeta regulisanja, sadržaja, vrednosti, odnosno interesa čijoj zaštiti služe, i prema tehnici regulisanja.

Sa aspekta predmeta regulisanja, može se govoriti o vertikalnoj i horizontalnoj harmonizaciji (Meškić, Samardžić, 2012: 117–120, Vukadinović, 2008: 165–166, Misita, 2007: 536). Prema sadržaju, može se razlikovati potpuna (totalna) i delimična harmonizacija (Misita, 2007: 525, Meškić et al. 2012: 117–120, Vukadinović, 2008: 162–163, Misita, 2007: 525). Dok se potpuna i delimična harmonizacija odnose na sadržaj, odnosno obim harmonizacije, maksimalna i/ili minimalna harmonizacija se odnose na vrednost interesa čijoj zaštiti služe (Meškić et al. 2012: 117–120, Vukadinović, 2008: 163–164, Misita, 2007: 525–526). Maksimalnom ili minimalnom harmonizacijom uspostavljaju se određeni standardi na nivou EU.

Moguća je i kombinacija svih prethodnih metoda i tehnika.

Sa aspekta tehnike regulisanja, moguće je razlikovati opcionu (opti-rajuču), referencijalnu (upućujuću), odloženu i alternativnu regulaciju (Meškić et al. 2012: 117–120, Vukadinović, 2008: 165, Misita, 2007: 526–527).

Konačno, pravi se razlika između pozitivne i negativne harmonizacije ili integracije (Meškić et al. 2012: 291–292, Vukadinović, 2008: 164–165, Misita, 2007: 314, 530–532). Pozitivna harmonizacija podrazumeva aktivnost centralnog komunitarnog legislatora, odnosno donošenje i usvajanje jedinstvenih pravila od strane centra. Negativna harmonizacija podrazumeva uzdržavanje centra od donošenja određenih propisa, već se harmonizacija postiže ujednačavanjem pravnog režima adaptacijom postojeće nacionalne legislative, ukidanjem određenih normi suprotnih komunitarnom pravu, prvenstveno slobodnom kretanju robe ili njenom zamenom soft law instrumentima (grubo rečeno, deregulacija nacionalnog prava). Negativna

harmonizacija podrazumeva i primenu načela „države porekla“ ili načela „međusobnog priznavanja“ (*lex originis*).⁶

U zadnje tri decenije EU legislator se uglavnom koristi „novim“ pristupu-pom harmonizaciji. Naime, za razliku od, starog, vertikalnog pristupa koji je insistirao na relativno detaljnom pravnom regulisanju i stalnom dopunjavanju, koji je nepraktičan, tražio se novi liberalizovaniji pristup. Novi pristup podrazumeva minimalnu horizontalnu harmonizaciju, koristeći direktive kao osnovni pravni instrumenat (Kreg, de Burka, 2010: 620–627).

Jedan od novijih pristupa unifikaciji evropskog privatnog prava je i predlaganje opcijskih instrumenata (Kuipers, 2011: 545). Najpoznatiji primer je Predlog regulative o zajedničkom pravu prodaje, kao prvi opcijski instrumenat u delu evropskog privatnog materijalnog prava.⁷ O ovom Predlogu regulative govorićemo više u tekstu, u delu 7 ovog rada.

U procesu harmonizacije prava EU, svakako, veoma važnu ulogu ima i tumačenje sekundarnog EU prava od strane Suda pravde EU, koji se naziva „motorem“ stvaranja EU privatnog prava.⁸

3.4. Tercijarno pravo

Pored primarnog i sekundarnog prava EU, u teoriji se sve više sreće i kategorija tercijarnog „mekog“ prava EU.⁹ Naime, u okviru sekundarnih izvora evropskog prava, preporuke (recommendations) i mišljenja (opinions) nemaju

⁶ Evropsko pravno načelo države porekla podrazumeva da onaj koji nudi proizvode ili pruža usluge, podleže pravu samo one zemlje u kojoj ima poslovno sedište kao svoje države porekla.

⁷ Kao što se vidi, ovaj instrumenat je predložen u formi regulative, ali se njime ne vrši niti harmonizacija niti se zamenjuje domaće nacionalno pravo, nego se stvara zbir opcijskih pravila, identičnih za sve države-članice, koja će postojati paralelno sa nacionalnim pravilima i odnosiće se isključivo na prekogranične poslovne transakcije.

⁸ Vidi: European Parliamentary Research Service, Methods for unifying private law in the EU, Briefing 23/01/2014. Preuzeto 1.6.2014. http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2014/130628/LDM_BRI%282014%29130628_REV1_EN.pdf

⁹ Vidi: Resolution of 4 September 2007 on institutional and legal implications of the use of ‘soft law’ instruments, European Parliament (2007/2028 (INI) 4.9.2007). Preuzeto 19.5.2014.

pravno obvezujući karakter i zato se mogu smatrati izvorem mekog prava. Prema stavu Evropske komisije meko pravo predstavlja fleksibilniji instrumenat za postizanje određenih ciljeva u odnosu na klasičnu zakonodavnu metodu. U okviru EU prava pod pojmom mekog prava se mogu uvrstiti i: strategije, preporuke, mišljenja, deklaracije raznih tela EU, komunikacije (saopštenja – communications), pravila ponašanja (code of conducts), povelje (charters), bele knjige (white books), zelene knjige (green books), akcijski planovi ili programi (action plans or programmes) i drugi. Upravo zato, i neki autori svrstavaju ove izvore mekog prava EU u treću, tercijarnu kategoriju izvora (Vuletić, 2011: 1011–1035 i Senden, 2004: 23–32).

4. Osnovne slobode

Uspostavljanje i funkcionisanje zajedničkog i unutrašnjeg tržišta zavisi od stepena ostvarivanja četiri osnovne slobode i pravila o konkurenciji.

Kao što je poznato, prema članu 26(2) UFEU postoje četiri osnovne slobode: sloboda prometa roba (članovi 28–37. UFEU); sloboda prometa kapitala; sloboda prometa usluga i sloboda kretanja lica. U okviru slobode prometa kapitala govori se o slobodi kretanja kapitala, ali i o slobodi platnog prometa (član 63. (1) UFEU). Kada se govori o slobodi kretanja radnika (član 45. UFEU), pored ove slobode, govori se i o slobodi poslovnog nastanjivanja (član 49. UFEU), pa zato neki autori umesto o četiri, govore o šest sloboda (Meškić et al. 2012: 289–290, 316, 367).

Za potrebe ovog rada, nama je od posebnog interesa sloboda poslovnog nastanjivanja (članovi 49–55. UFEU). Pojam slobode poslovnog nastanjivanja nije definisan primarnim pravom EU, već se izvlači iz prakse Suda pravde EU – poslovno nastanjivanje podrazumeva stvarno obavljanje privredne delatnosti putem fiksne infrastrukture u drugoj državi članici na neodrećeno vreme. U ovom kontekstu treba se praviti razlika između teorije osnivanja (zastupljena u Velikoj Britaniji, Holandiji) i teorije realnog, stvarnog sedišta (Nemačka, Austrija). U praksi Suda pravde EU postoje slučajevi Vale (Jevremović, 2013:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0366+0+DOC+XML+V0//EN>

31–55)¹⁰, Cartesio, SEVIC Systems AG, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam vs. Inspire Art Ltd, Überseering BV vs. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), Centros Ltd vs. Erhvervs - og Selskabsstyrelsen, koji su se bavili teorijom osnivanja, odnosno realnog sedišta i mogućnosti transfera registrovanog sedišta.¹¹ Analizirajući ove odluke Suda, na prvi pogled izgleda da je Sud lutao u pogledu toga da li će kao merodavnu prihvatiti teoriju inkorporacije ili teoriju realnog sedišta, ali izgleda da je konačno pokušao da napravi razliku između odseljenja i doseljenja društva. Kada društvo odseljava svoje stvarno sedište iz države osnivanja u drugu državu članicu (državu prijema), država osnivanja ima pravo da ograniči njegovu slobodu poslovnog nastanjivanja postavljajući uslove koje društvo mora ispuniti da bi zadržalo karakter društva države osnivanja.¹² Ipak, problem premeštaja stvarnog sedišta, prema mišljenju Suda EU, treba rešiti harmonizacijom ove oblasti.¹³

5. Harmonizacija kompanijskog prava EU

Originalni cilj involviranja EU u regulisanje kompanijskog prava je bilo bukvalno tumačenje članova 50. i 114. UFEU. Glavna namera kreiranja EU politike u delu kompanijskog prava je razvoj i implementisanje mehanizma kompanijskog prava koji će povećati efikasnost i kompetitivnost poslovnih poduhvata širom EU (Böckli, Davies, Ferran, Ferrarini, Garrido, Hopt, Pietrancosta, Pistor, Skog, Soltysinski, Winter, Wymeersch, 2012). Član 50. UFEU se uzima kao osnova za izbegavanje tzv. „trke prema dnu“ – race to the

¹⁰ Vidi: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=378/10&td=ALL>. Preuzeto 18.5.2014.

¹¹ Slučajevi su dostupni na: http://ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/index_en.htm i http://ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/index_en.htm#jurisprudence. Preuzeto 22.5.2014.

¹² Nasuprot tome, država članica prijema u koju društvo doseljava svoje stvarno sedište, bilo da tamo osniva podružnicu unutar koje će obavljati celokupnu privrednu delatnost (Centros), ili da državljani države doseljenja kupe sve akcije društva kao u slučaju Überseering, nema pravo da ovaj oblik korišćenja slobode poslovnog nastanjivanja ospori društvu ne dozvoljavajući mu osnivanje podružnice (Centros) ili oduzimajući mu pravnu ili stranačku sposobnost (Überseering).

¹³ Vidi: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/seat-transfer/docs/summary-of-responses_en.pdf i http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/494460/IPOL-JOIN_ET%282013%29494460_EN.pdf. Preuzeto 6.6.2014.

bottom (Enriques, 2005)¹⁴, dok se član 114. uzima kao pravna osnova sa ciljem da se odstrane prepreke u slobodi kretanja u okviru unutrašnjeg tržišta i da se omogući neometano vršenje osnovnih sloboda unutar nacionalnih kompanijskih prava (Enriques, 2005).

Opravdanje za harmonizaciju EU kompanijskog prava je da države članice imaju monopol u pogledu izrade svog nacionalnog prava i da time mogu zloupotrebiti tu svoju regulatornu moć, dajući određenim lokalnim interesnim grupama posebna prava.

Instrumenti sekundarnog prava putem kojih se vrši harmonizacija kompanijskog prava EU su direktive, regulative, preporuke, saopštenja, akcioni planovi i slično.¹⁵

5.1. Kritike dosadašnjih aktivnosti harmonizacije kompanijskog prava EU

Smatra se da je dosadašnji učinak Evropske komisije u delu usaglašavanja kompanijskog prava daleko od impresivnog, postavljajući dilemu da li je moguće i da li je potrebno preduzeti još nešto više i efikasnije (Enriques, 2005). Kritike se odnose na to da harmonizovano kompanijsko pravo EU nije nešto suštinski promenilo u delu upravljanja kompanijama.¹⁶ Dalje, prisilna primena odredbi EU kompanijskog prava je veoma slaba, odnosno decentralizovana bez nekog značajnijeg uticaja EU institucija. Tumačenje odredbi EU kompanijskog prava se vrši u saglasnosti sa pravnom tradicijom i kulturom, odnosno u saglasnosti sa tumačenjem kako je vršeno pre nego što je harmonizacija započeta, a nije redak slučaj i da su nacionalni ograničeni ili su puno blaži u sankcionisanju povrede odredbi EU kompanijskog prava od strane sopstvenih kompanija (Enriques, 2005). Postoji stav da je EU kompanijsko pravo u ovom trenutku toliko kompleksno i razučeno i da ga je bolje ostaviti samom sebi i to prvenstveno na nacionalnom nivou. Naime,

¹⁴ Prevencija „trke prema dnu“, u suštini je mera kojom se nastoji da se ograniči sloboda da svaka država članica slobodno reguliše ili dereguliše svoje kompanijsko pravo, ili, kao što se moderno kaže, da se spreči stvaranje evropskog Delavera. Ipak, u ovom momentu, rano je govoriti o mogućoj pojavi evropskog Delavera.

¹⁵ Detaljnije o svim ovim instrumentima harmonizacije i unifikacije vidi više: http://ec.europa.eu/internal_market/company/official/index_en.htm. Preuzeto 1.6.2014.

¹⁶ Na primer: fiducijarne obaveze članova kompanijskih organa, pravni lekovi koji stoje na raspolaganju akcionarima u pogledu vršenja njihovih prava i slično.

pozitivno kompanijsko pravo EU stvara situaciju da čak i rezidenti u određenoj državi članici teško mogu shvatiti kakva je situacija sa legislativom u njihovoj matičnoj državi, a kamo li da nastoje da prouče kakvo je stanje u toj oblasti u drugim državama članica. Čak i ako se radi o harmonizovanim pravilima, države-članice mogu izbeći efekat harmonizacije putem nepotpunog ili nepravilnog transponovanja harmonizujućih mera.

Slično, postoji shvatanje da su pravila sadržana u EU pravnim izvorima najčešće: nevažna pravila (unimportant rules), kojim se određenim pravnim adresatima daju neka prava koja se u praksi veoma retko ili nikada ne vrše; zatim, pravila koja se lako mogu izbeći (avoidable rules) putem dobrog planiranja, odnosno pravila za koja su troškovi za njihovu primenu veći nego troškovi da se izbegnu i slično (Enriques, 2005).

Ako se doda da je EU legislativa više rezultat kompromisa između različitih pravnih porodica i tradicija nego rezultat traženja najboljih rešenja, stvar postaje komplikovanija (Enriques, 2005).

5.2. Predlozi za poboljšanje stanja u ovoj oblasti

Potrebna je realna harmonizacija, umesto teoretske harmonizacije, koja samo hipotetički može poboljšati stvari postavljanjem nekih idealnih ciljeva.

Za razliku od EU prava o hartijama od vrednosti i finansijske regulative, koji su suštinski za stabilnost finansijskog sistema i unutrašnjeg tržišta EU, predlaže se da je bolje da se kompanijsko pravo ostavi na nivou država – članica. Ovaj se stav pravda time da će se putem spontane, negativne harmonizacije (from the bottom ili leveling-up) postići bolji efekat, nego putem nametnute, pozitivne harmonizacije sa vrha – from the top down ili leveling-down (Enriques, Gelter, 2006).¹⁷ U uporednoj literaturi, u uvom smislu, sreće se podela na tzv. formalnu i funkcionalnu konvergenciju (Gordon, 2003).

¹⁷ Sa pozitivnom harmonizacijom Evropska Komisija nameće državama članica da usvoje određena pravila (putem direktiva) ili direktno, putem regulativa. Pozitivna harmonizacija može biti materijalna (substantive), kada se definiše sadržaj nacionalnih kompanijskih prava, a može se odnositi i na mogući izbor prava (choice of law) bilo preko njegovog većeg promovisanja ili, pak, njegovim ograničavanjem.

Slobodnim izborom nadležnog kompanijskog prava, umesto pozitivnom harmonizacijom, stvoriće se neformalni pritisak državama-članica da prilagode svoje nacionalno pravo prema pravilima koja su već dokazana kao najefikasnija. Time bi se postiglo da se odstrane i da se reformišu nacionalna pravna ograničenja koja ne zaslužuju dalje funkcionalno opravdanje za njihovo postojanje putem tzv. negativne harmonizacije (na primer ukidanje potrebe o minimalnom zakonskom kapitalu kod društava sa ograničenom odgovornošću i slično) (Böckli, et al. 2012).

Sa druge strane, ukoliko se ide sa vrha (pozitivna harmonizacija), pitanje je koliko centar može identifikovati pravila koja će biti efikasna u celoj EU.

Zato, podržava se sloboda izbora primenjivog kompanijskog pravnog sistema, sa dopunskom garancijom komunitarnog prava. Sud pravde EU je već ovo dozvolio delom svojih presuda o kojima je bilo više reči *supra* u delu 4 ovog rada. Time se doprinosi slobodi regulatorne arbitrabilnosti (izbornosti) od strane evropskih kompanija i stvaranju potencijalne defanzivne regulatorne konkurencije (defensive regulatory competition), ali, naglašava se, da niti jedna država članica ne bi trebalo da aktivno inkliniše ka privlačenju reinkorporacija kompanija iz drugih država članica (Enriques, 2005). Koliko je kompanijama lakše vršiti izbor kompanijskog prava kojeg preferišu, to je manja potreba za harmonizacijom ove grane prava (Enriques, 2005).

5.3. Opravdanje harmonizacije kompanijskog prava EU

Što se harmonizacije kompanijskog prava EU tiče, to se može opravdati samo sa aspekta prekograničnih elemenata kompanijskog prava za koje su države-članice ili nesposobne ili nisu dovoljno spremne (Böckli, et al. 2012).

Iako se preferiše negativna harmonizacija kompanijskog prava EU, nerealno je očekivati da će budući pristup Komisije biti u pravcu korišćenja čistog metoda negativne harmonizacije, bazirane na povećanim ugovornim slobodama zainteresovanih subjekata. Moguće je da se samo u određenim oblastima postave standardi gde je korist od uniformnosti veća (Enriques, 2005). U tom smislu, predlaže se da je možda najbolje harmonizovati samo osnovno jezgro kompanijskog prava po uzoru na harmonizaciju prava EU o

hartijama od vrednosti putem tzv. Lamfalussy pristupa o kome će više biti reči kasnije u delu 6 ovog rada.

Najnovije u EU je da je Komisija pripremila novo Saopštenje (komunikaciju) pod naslovom „Akcioni plan: evropsko kompanijsko pravo i korporativno upravljanje – moderni pravni okvir za više angažovane akcionare i održive kompanije“, u decembru 2012. godine, gde se daju osnovne ideje koje Komisija namerava preduzeti u sledećim godinama sa namerom da modernizuje i poboljša postojeći okvir.¹⁸

5.4. Stečajno pravo

Što se stečajnog prava tiče, postoji više relevantnih međunarodnih izvora (Jovanović Zattila, Čolaković, 2013: 239–243). Tako, tu je najpre Evropska konvencija o određenim međunarodnim aspektima stečaja od 1990. godine.¹⁹ Ipak, najvažnija je Regulativa Saveta 1346/2000 o insolventskim postupcima,²⁰ koja omogućava slobodu izbora foruma za vođenje stečajnog postupka (forum shopping) i regulatornu arbitražu i u oblasti stečajnog prava (Enriques et al, 2006).²¹ Naime, ukoliko jedna država uspe da prva otvori glavni stečajni postupak, njeno stečajno pravo, sa određenim izuzecima, biće primenjivano i na strane entitete. Zato, u ovom kontekstu, potrebno je potencirati da je potrebna tzv. proceduralna pozitivna harmonizacija, kako bi se obezbedila

¹⁸ Vidi: http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_en.htm#actionplan2012. Preuzeto 2.6.2014.

¹⁹ Konvencija je dostupna na: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?CL=ENG&CM=4&NT=136>. Preuzeto 19.5.2014.

²⁰ Vidi: Council Regulation (EC) No.1346/2000 on insolvency proceedings (2000 O.J. (L 160) 1.) dostupna na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:160:0001:0018:en:PDF>. Preuzeto 22.5.2014.

²¹ Ono što je interesantno jeste da se slobodom izbora materijalnog kompanijskog prava, može izabrati i nadležni forum za eventualno vođenje stečajnog postupka. Tako, ukoliko se određena kompanija nalazi u „sivoj zoni“ insolventnosti, ali stečaj još nije otvoren, ona može izvršiti transfer svog sedišta i time kad bude došlo do otvaranja stečajnog postupka može doći do primene materijalnog stečajnog prava kojim se preferišu druge grupe u stečaju (na primer, umesto zaposleni i poverioci, da se preferiše reorganizacija dužnika u stečaju). Time bi došlo do tzv. „insolvencifikacije“ (insolvencification) kompanijskog prava.

prava zaposlenih,²² poverilaca i slično, odnosno kako bi se izbegle oportunističke reinkorporacije i izbor foruma i nadležnog prava od strane insolventnih dužnika. Zato se smatra da bi proceduralna pozitivna harmonizacija više ograničavala, nego što bi povećala slobodu izbora prava. Kao i kod kompanijskog prava, tako i kod stečajnog prava, da bi se primenio stroži nacionalni režim (pod kapom zaštite javnog morala i poretka, na primer) traži se ispunjenje uslova iz tzv. *Gebhart* formule (Poddubny, 2008: 24–28). Novina u evropskom stečajnom pravu je i Preporuka Evropske komisije od 12. 3. 2014. godine u vezi sa „spašavanjem“ poslovnih poduhvata koji se suočavaju sa insolventošću u jednoj ranijoj fazi, odnosno pred formalno otvaranje stečajnog postupka.²³

U ovom delu, nakratko bismo uputili i na, rekli bismo, unifikaciju prava konkurencije EU. Važno je uputiti da članovi 101. i 102. UFEU imaju neposredno horizontalno dejstvo i postoje paralelno sa nacionalnim konkurentskim pravima. To je izričito utvrđeno Uredbom (regulativom) Saveta (EZ) br. 1-2003 o primeni pravila o konkurenciji - članovi 81. i 82. (članovi 101. i 102. UFEU) (Meškić et al. 2012: 8, Cseres, 2013).²⁴

6. Harmonizacija prava o hartijama od vrednosti EU

Evropska komisija je veći ekskluzivni zakonodavac u sferi industrije hartija od vrednosti u EU nego u delu kompanijskog prava.

Godine 1999. Evropska komisija je lansirala ambiciozni plan o integraciji EU finansijskih tržišta putem pravne harmonizacije: Akcioni plan o finansijskim uslugama (the Financial Services Action Plan – FSAP). Ovim planom je bilo predviđeno usvajanje više legislativnih mera sa ciljem postepenog harmonizovanja osnovnog pravnog jezgra u delu kompanijskog prava i prava

²² Vidi: Council Directive 80/987/EEC of 20 October 1980 on the approximation of the laws of the Member States relating to the protection of employees in the event of their employer's insolvency. Preuzeto 6.6.2014.

²³ Vidi: Commission Recommendation of 12.3.2014 on a new approach to business failure and insolvency, dostupna na: http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2014_1500_en.pdf. Preuzeto 1.6.2014.

²⁴ Vidi: Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, Official Journal L 1, 04.01.2003, p.1-25. Preuzeto 19.5.2014.

hartija od vrednosti. Ove direktive su se usvajale na dva nivoa i poznate su pod imenom Lamfalussy direktive.²⁵ One su obuhvatale direktive u oblasti kao što su: Direktiva o prospektu, Direktiva o zloupotrebi tržišta, Direktiva o preuzimanju akcionarskih društava i Direktiva o transparentnosti.²⁶ Sve pomenute direktive se odnose na transakcije koje se odvijaju na regulisanom tržištu. Stvoren je poseban Komitet evropskih regulatora industrije hartija od vrednosti (Committee of European Securities Regulators – CESR) koji je izdao uputstva za implementaciju i uniformno tumačenje predviđenih mera.

Ovim direktivama je izvršena promocija zajedničkog regulatornog okvira, samim tim što su bile utvrđene osnovne zajedničke tačke prava hartija od vrednosti u državama – članica EU. Ipak, generalni je stav da je uniformnost EU regulative u delu hartija od vrednosti još uvek nedostižan cilj. Ovo se pripisuje faktu da se direktivama primenjuje metod delimične, minimalne i opcijske harmonizacije, a samo su delom obavezne i maksimalne. Slično, direktivama se zamera da im nedostaje uniformni sistem nametanja građanske odgovornosti i njihove striktnije primene. Predlozi za poboljšanje stanja u sferi EU regulative o hartijama od vrednosti se traže u EU centralizaciji primene ovih propisa, sa jedne, i da cela regulacija pređe u ekskluzivni domen institucija EU, sa druge strane (Enriques, Gatti, 2008).

U pravcu uslovne „centralizacije“ regulatornih prava hartija od vrednosti EU, stvoreno je Evropsko telo o hartijama od vrednosti i tržištu kapitala (European Securities and Markets Authority – ESMA),²⁷ u novembru 2010. godine, a na osnovu tzv. *Meroni* doktrine²⁸ čija je glavna misija da radi na jačanju nadzorne konvergencije između regulatora industrije hartija od vrednosti, kao i da koordiniše svoje aktivnosti sa nadležnim telima u finansijskim sektorima kao

²⁵ Vidi: http://ec.europa.eu/internal_market/securities/lamfalussy/transposition/index_en.htm. Preuzeto 22.5.2014.

²⁶ Vidi: http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/securities-law/index_en.htm. Preuzeto 6.6.2014.

²⁷ Vidi: http://www.esma.europa.eu/system/files/Reg_716_2010_ESMA.pdf. Preuzeto 1.6.2014.

²⁸ Vidi: <http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/01/010301-04.html>. Preuzeto 19.5.2014.

što su European Banking Authority – EBA²⁹ i European Insurance and Occupational Pensions Authority –EIOPA.³⁰

7. Harmonizacija ugovornog prava EU

EU kao nadnacionalna *sui generis* organizacija nema zakonodavnu vlast nad područjem ugovornog prava država članica, pa se zbog toga javila potreba za harmonizacijom, odnosno usklađivanjem evropskog ugovornog prava.

Ceo proces evropeizacije ugovornog prava je započeo još davne 1989. godine, da bi u kontinuitetu trajao do današnjeg dana (Gavrilović, 2012).³¹

²⁹ Vidi: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010R1093&from=EN>. Preuzeto 22.5.2014.

³⁰ Vidi: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:331:0048:0083:EN:PDF>. Preuzeto 6.6.2014.

³¹ Vidi: 1989 Resolution of 26 May 1989 on action to bring into line the private law of the Member States, Official Journal C 158, 26.6.1989; 1994 Resolution of 6 May 1994 on the harmonization of certain sectors of the private law of the Member States, Official Journal C 205, 25.7.1994; 2001 Communication from the Commission to the Council and the European parliament on European contract law, Official Journal C 255, 13.9.2001; 2001 Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, Official Journal L 12, 16.1.2001; 2003 Communication from the Commission of 12 February 2003 to the European Parliament and the Council - A more coherent European contract law - An action plan, Official Journal C 63, 15.3.2003; 2004 European Parliament Resolution of 2 September 2003 on the Communication from the European Parliament and the Council - A more coherent European contract law - An action plan, Official Journal C 76, 25.3.2004, 95-97 (opt-in/opt-out voluntary tool); 2004 Communication from the Commission of 11 October 2004 to the European Parliament and the Council - European contract law and the revision of the *acquis*: the way forward, [COM(2004) 651 final]; 2006 European Parliament Resolution of 23 March 2006 on European contract law and the revision of the *acquis*: the way forward, Official Journal C 292 E, 1.12.2006, 109-112, again the idea towards European Civil Code - Dutch Civil Code as a model, European social model, small and medium size enterprises; 2006 European Parliament Resolution of 7 September 2006 on European contract law, Official Journal C 305 E, 14.12.2006; 2007 Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), Official Journal L 199, 31.7.2007; 2007 European Parliament Resolution of 12 December 2007 on European contract law, [P6_TA (2007)0615]; 2008 European Parliament Resolution of 3 September 2008 on the common frame of reference for European contract law, [P6_TA (2008)0397]; 2008 Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), Official Journal L 177, 4.7.2008; Study Group on a European Civil Code, Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles,

U okviru EU, napravljeno je nekoliko pokušaja za izradu evropskog građanskog zakonika što je izazvalo kontroverznu debatu. Oni koji podržavaju stvaranje jedinstvenog evropskog građanskog kodeksa smatraju da bi se time povećala tržišna efikasnost i da bi se odstranile pravne barijere za poslovne subjekte, potrošače i pravnike. Protivnici ove ideje smatraju da i kad bi se postigao kompromis za izradu jedinstvenog Evropskog građanskog zakonika (što je teško moguće u ovom momentu), ostaće različito tumačenje ovog propisa od strane nacionalnih sudova, na osnovu različitih pravnih tradicija i kultura, i time će sama kodifikacija evropskog privatnog prava postati iluzorna.

Kao deo pokušaja, u ovom smislu, pomenuli bismo Načela evropskog ugovornog prava (Principles of European Contract Law - PECL), koja obuhvataju pravila o ugovornom pravu, kao i o opštom obligacionom pravu, objavljena između 1998. i 2002.

Zatim, veoma važan je i Nacrt opšteg okvira upućivanja (Draft Common Frame of Reference),³² objavljen u svojoj prvoj verziji 2009. godine, koji sadrži

Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), interim outline ed.; 2010 Green Paper from the Commission on policy options for progress towards a European contract law for consumers and businesses [COM(2010)348 final]; 2010 Commission Decision 2010/233/EU of 26 April 2010 setting up the Expert Group on Common Frame of reference in the area of European contract law Official Journal L 105, 27.4.2010; 2010 Communication from the Commission – Europe 2020 – A strategy for smart, sustainable and inclusive growth [COM(2010)2020 final]; 2011 European Parliament Resolution of 8 June 2011 on policy options for progress towards a European contract law for consumers and businesses [P7-TA (2011)0262]; 2011 The first function of the DCFR was attained by enacting the Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council (Text with EEA relevance), Official Journal L 304, 22.11.2011; 2011 Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law [COM(2011)635final]; 2011 A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback . Relevantni podaci se mogu naći i na sledećim veb stranicama: <http://ec.europa.eu/justice/contract/> i http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/l33158_en.htm. Preuzeto 1.6.2014.

³² Vidi: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR), 2009, Outline Edition, Preuzeto 19.5.2014. http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf.

načela, definicije, model-pravila, komparativna istraživanja, komentare, pribeležbe i slično (Piers, Vanleenhove, 2012). Iako zamišljen prvenstveno kao neobavezujući „meki“ izvor potencijalnih ideja za evropskog legislatora, on može poslužiti i kao izvor za popunjavanje pravnih praznina u nacionalnim ugovornim pravima, sa jedne, i za poboljšanje koherentnosti evropskog privatnog ugovornog prava, predlažući zajedničku terminologiju i pravila, sa druge strane (Emmert, 2012 i Eidenmueller, Faust, Grigoleit, Wagner, Zimmermann, Jansen, 2008).

U oktobru 2011. godine promovise se Predlog regulative Evropskog parlamenta i Saveta o zajedničkom pravu prodaje (Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law - CESL), gde se pravila o zajedničkoj prodaji daju u Aneksu I³³. Kao što sam naziv ukazuje, Predlog regulative se ne fokusira na celo ugovorno pravo, već samo na teren prodaje i to na prekograničnu prodaju. Bitno je da se potencira da se radi o opcijском instrumentu (vidi *supra* u tekstu u delu) kao obliku harmonizacije prava EU.

Vredno je pomenuti i da je Predlog regulative CESL izazvao lavinu debata i kontroverze oko pravnog osnova njenog predlaganja (Meyer, 2013: 12–19, Low, 2012).³⁴

I pored toga što potrošačko pravo nije uži predmet ekspertize autora ovog rada, važno je pomenuti Direktivu o potrošačkim pravima iz 2011. godine³⁵,

³³ Vidi: Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law - CESL [COM(2011)], Preuzeto 22.5.2014. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:en:PDF>. Preuzeto 6.6.2014.

³⁴ Zašto je bitan izbor pravnog osnova? Od izbora pravog osnova, između ostalog, zavisi postupak usvajanja legislativnih instrumenata, odnosno da li će se tražiti kvalifikovana većina ili jednoglasnost u okviru Evropskog saveta, kako i koja će biti uloga Evropskog parlamenta. Pogrešni izbor pravnog osnova nosi rizik poništavanja određenog instrumenta od strane Suda pravde EU. Izbor Komisije je bio današnji član 352. TFEU, dok je Parlament insistirao na primenu člana 114. TFEU kao ispravniji pravni osnov za Predlog regulative.

³⁵ Vidi: DIRECTIVE 2011/83/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council (Text with EEA relevance) dostupna na <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0083&rid=1>. Preuzeto 1.6.2014.

koja je trebalo da bude transponovana u nacionalna prava do decembra 2013. godine, a da primena tako harmonizovanih propisa mora početi od 13. juna 2014. godine. Ova Direktiva je bitna zbog toga što se njom pravi pokušaj da se potrošačko pravo potpuno harmonizuje putem metode maksimalne harmonizacije, i da bude stavljeno gotovo isključivo u evropsku nadležnost, a ne kao podeljena nadležnost između EU i države – članice (Smits, 2010).

8. Harmonizacija makedonskog prava sa pravom EU

8.1. Osnovni fakti procesa pridruživanja Republike Makedonije u EU

Sporazum o stabilizaciji i asocijaciji (SSA) između Republike Makedonije i EU je potpisan 2001, a stupio je na snagu u aprilu 2004. godine.³⁶ Saglasno sa članom 5. Sporazuma, asocijacija je trebala biti potpuno postignuta u roku od 10 godina od stupanja na snagu i to u dve faze. Prva faza je trebalo da bude progresivna i da se fokusira na oblasti opisane u glavama III (regionalna saradnja), V (kretanje radnika, osnivanje preduzeća, pružanje usluga, tekuća plaćanja i kretanje kapitala, s tim da je sa ovom Glavom neposredno povezan i Aneks VI, koji obuhvata finansijske usluge u osiguranju, bankarskim i ostalim finansijskim uslugama), VI (usaglašavanje zakonodavstva i sprovođenje zakona, gde su kao prioriteta bili naglašeni zakoni u sferi konkurencije, intelektualne, odnosno industrijske i trgovinske svojine, javnih nabavki, standardizacija i slično) i VII (pravda i unutrašnji poslovi). Četiri godine nakon stupanja na snagu Sporazuma, Savet za stabilizaciju i asocijaciju (kao zajedničko telo predstavnika EU i makedonske vlade) trebalo je da proceni da li je postignut napredak u pojedinim oblastima i da donese odluku o početku druge faze pridruživanja i o roku njenog trajanja.³⁷

Evropski savet je dodelio kandidatski status Republici Makedoniji u decembru 2005. godine.

³⁶ Sporazum je dostupan na: http://www.sep.gov.mk/data/file/Protokoli-SSA/ZAKON_ZA_RATIFIKACIJA_NA_SPOGOBATA_ZA_STABILIZACIJA_I_ASOCIJACIJA_ME_U_REPUBLIKA_MAKEDONIJA_I_EVROPSKATA_ZAEDNICA_I_NEJZINITE_ZEMJI_%5ELENKI.pdf. Preuzeto 19.5.2014.

³⁷ Kao što se može videti, rok za potpuno članstvo Republike Makedonije, saglasno odredbama SSA, istekao je u aprilu 2014. godine.

U oktobru 2009. godine, Evropska komisija je preporučila savetu da otvori proces pregovara za članstvo sa Makedonijom i da se pređe na drugu fazu implementacije SSA. Ove preporuke su ponovljene 2010, 2011, 2012. i 2013. godine, ali Savet još uvek nije odlučio po ovim pozitivnim preporukama Komisije.

Pristupni dijalog na visokom nivou (A High-Level Accession Dialogue) je započet u martu 2012. godine, i služi kao vremenski instrument kojim se zemlji daje podsticaj za dalje reforme u procesu integracije sa EU.

S obzirom na to da nam obim rada ne dozvoljava da se detaljnije zadržimo na svim delovima trgovačkog prava (posebnih zakona) koje smo analizirali u delu harmonizacije prava EU, u produžetku daćemo kratku analizu relevantnih delova izveštaja o napretku Republike Makedonije u procesu pridruživanja EU, koji su objavljeni od strane Evropske komisije. U analizi je uzeto poslednjih šest izveštaja 2010–2014. godine.³⁸

U poglavlju o slobodi kretanja robe, Makedonija pokazuje progres u poslednje četiri godine, posebno u delu opštih principa, odnosno transponovanja horizontalne legislative koja se odnosi na usvajanju EU standarada.

U pogledu poglavlja prava osnivanja (nastanjivanja), slobode pružanja (prekograničnih) usluga, priznavanja profesionalnih kvalifikacija i slično, u poslednje četiri godine beleži se delimični ili mali napredak.

U delu slobode kretanja kapitala, isto tako, beleži se mali napredak u delu brzih novčanih transfera i sprečavanju pranja novca. Ipak, notiraju se ograničenja u

³⁸ Izveštaji su dostupni na: http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2009/mk_rapport_2009_en.pdf
http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2010/package/mk_rapport_2010_en.pdf;
http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2011/package/mk_rapport_2011_en.pdf;
http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2012/package/mk_rapport_2012_en.pdf;
http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2013/package/mk_rapport_2013.pdf
http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2014/20141008-the-former-yugoslav-republic-of-macedonia-progress-report_en.pdf. Preuzeti 11.10.2014.

delu kratkoročnih kapitalnih prenosa, kao i kod prekograničnih plaćanja. Zaključuje se, međutim, da je Makedonija ispunila uslove prve faze Sporazuma o stabilizaciji i asocijaciji i da se postepeno priprema teren za drugu fazu implementacije Sporazuma, kada se očekuje brža regulatorna i institucionalna liberalizacija ove slobode.

Izgleda da Makedonija u proceni transponiranja EU *acquis*-a najbolje stoji u delu kompanijskog prava, odnosno prava trgovačkih društava. U svim objavljenim itveštajima u poslednjih šest godina, ocena je da se u delu kompanijskog prava najdoslednije vrši preuzimanje EU direktiva koje se odnose na trgovačka društva, uključujući jednošalterski sistem, računovodstvo, reviziju i slično.

Što se tiče transponovanja prava konkurencije EU u domaće pravo, ocene Evropske komisije su da je Makedonija u tom pogledu dobra kada se govori o kvalitetu zakonskog okvira. Ipak, u analiziranom periodu, kritike se ponekad odnose na slabu primenu zakona, na neadekvatnu kadrovsku ekipiranost nacionalne Komisije za zaštitu konkurencije, kao i nedostatak budžetskih sredstava za uspešan rad Komisije. U zadnjem izveštaju o napretku pridruživanja, konstatovan je dobar napredak u delu primene prava konkurencije kako u kvantitativnom, tako i u kvalitativnom smislu.

Konačno, sledi poglavlje o finansijskim uslugama. Ocena o progresu je uglavnom pozitivna kada se radi o bankama, finansijskim konglomeratima, tržištu kapitala, penzijskog osiguranja, finansijskih (nebankarskih) društava, finansijskih usluga i drugih. Ipak, u izveštaju iz 2013. godine stoji da usaglašavanje sa ključnim delovima *acquis*-a koji se odnosi na infrastrukturu finansijskog tržišta još nije postignuta i stanje je ocenjeno kao srednje napredno.

8.2. Metodologija harmonizovanja makedonskog prava sa pravom EU

U Republici Makedoniji formalna harmonizacija sa pravom EU se odvija prema posebnoj metodologiji i proceduri. Opšti planski dokumenat u procesu usvajanja *acquis*-a je Nacionalni program za usvajanje prava Unije. Na osnovu Nacionalnog programa, pripremljen je posebni Priručnik za transponovanje zakonodavstva EU u zakonodavstvo Republike Makedonije. Ovim Priručnikom

se predviđa da se i uredbe (regulative) EU trebaju transponovati na isti način kao i direktive. Prema Poslovniku Sobranja Republike Makedonije, između ostalog, predviđena je obaveza predlagača zakona sa tzv. „evropskom zastavicom“ da podnese izjavu sa kojom se potvrđuje usaglašenost takvog zakona sa propisima EU, zajedno sa korespondentskom tabelom (table of concordance). Važnu ulogu u ovom procesu ima i Evropska komisija, koja dostavlja mišljenja i sugestije povodom određenih predloženih akata, posebno u potkomitetima stvorenim saglasno Sporazumu o stabilizaciji i asocijaciji (Nacionalen naučno-istraživački projekt, 2012: 12–14).

8.3. Najnovije tendencije kodifikacije građanskog prava u Makedoniji

Za potrebe ovog rada, ukratko bismo pomenuli i najnovije tendencije kodifikacije makedonskog građanskog prava. Dvadeset osmog decembra 2010. godine, Vlada Republike Makedonije je donela odluku o formiranju Komisije za izradu Građanskog zakonika Republike Makedonije (GZRM).³⁹

Najpre, prilikom izbora modela kodifikacije, zauzet je stav da se prihvati moderniji pandektni, a ne institucionalni sistem kodifikacije, po uzoru na nemački Građanski zakonik. Predviđena je bila izrada opštog dela, kao i tri klasična posebna dela poznata još iz vremena rimskog prava: stvarno, obligaciono i nasledno pravo (Projekt za izradotku na građanski zakonik na Republika Makedonija, 2009: 90–101).

U okviru Komisije formirana je posebna radna grupa za obligaciono pravo, koja je izradila radnu verziju treće knjige u martu 2013. godine.

U procesu kodifikacije, radna grupa je sledila moderna srpska iskustva u ovom pogledu (radna verzija – Prednacrt srpskog Građanskog zakonika, 2007–2011⁴⁰), ali i savremene izmene i dopune Zakona o obligacionim odnosima u zemljama u najužem okruženju gde je bio u primeni jugoslovenski Zakon o obligacionim odnosima od 1978: Slovenija (Obligacijski Zakonik,

³⁹ Odluka o formiranju komisije je objavljena u: „Služben vesnik na Republika Makedonija“ br.4/2011.

⁴⁰ Vidi: <http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik/> Preuzeto 6.6.2014.

2001),⁴¹ Hrvatska (Zakon o obveznim odnosima, 2005)⁴², Crna Gora (Zakon o obligacionim odnosima, 2008)⁴³ i drugi. Pored pomenutih, prilikom kodifikacije uzeti su u obzir svi relevantni EU izvori privatnog prava o kojima je bilo reči u delu 7 ovog rada. Pored evropskih, radna grupa je koristila i rešenja Konvencije Ujedinjenih nacija o ugovorima u međunarodnoj prodaji robe (1980) i UNIDROIT principa međunarodnih trgovačkih ugovora (2010), kao i obaveze preuzete članstvom Makedonije u Svetskoj trgovinskoj organizaciji (od 4. aprila 2003).

9. Zaključak

Zaključili bismo da je proces harmonizacije prava Republike Makedonije sa pravom Evropske unije u prilično naprednoj fazi, što je sasvim očekivano, ako se uzme u obzir politički izražena volja države da postane punopravna članica EU, kao i da je kandidatski status dodeljen skoro pre jedne decenije.

Kao što se iz teksta može videti, nacionalni proces harmonizacije nije pravolinijski, već se u praksi javljaju određeni problemi.

Nakon šest pozitivnih izveštaja o napretku Republike Makedonije u procesu pridruživanja EU, situacija je još uvek *status quo*. Razlozi se, najverovatnije, mogu naći i na strani Makedonije, ali i na strani same EU i njenih organa, i postavljanju sve brojnijih tzv. benchmark-ova za punopravno članstvo u Uniji, što sa svoje strane podstiče evroskepticizam kod dela građanstva u državi.

Zakonodavna aktivnost makedonskog Sobraanja u delu prihvatanja evropskog *acquis*-a, u svakom slučaju, ide sa nesmanjenom brzinom i intenzitetom.

Ono što je dobro jeste da se u proces transponovanja prava EU uključuju mlađi profesionalci, kojima evropska ideja nije tako strana i koji su željni da Makedoniju što pre vide kao članicu EU. Ali ono što u ovom kontekstu najviše smeta autoru ovog teksta jeste da se u procesu transponovanja EU prava sve manje konsultuje stručna javnost, prvenstveno naučnici iz određenih oblasti

⁴¹ Vidi: <http://www.uradni-list.si/1/objava.jsp?urlid=200183&stevilka=4287>. Preuzeto 1.6.2014.

⁴² Vidi: <http://www.zakon.hr/z/75/Zakon-o-obveznim-odnosima>. Preuzeto 19.5.2014.

⁴³ Vidi: <http://www.sluzbenilist.me/PravniAktDetalji.aspx?tag={7A6C4F6F-8D06-4BD8-87D7-B5B2F7622578}>. Preuzeto 22.5.2014.

prava, koji imaju „dužu“ memoriju i iskustva u procesu tranzicije i izgradnje Makedonije kao moderne pravne države. Rezultat toga je da, pod pritiskom vremena da se zadovolji Brisel, u delu transponovanja brojnih instrumenata harmonizacije za određenu pravnu granu, dolazi do poraznih rezultata, u smislu da skoro niko ne zna koje i kakvo se pozitivno pravo primenjuje u zemlji. Teško je reći da postoji neka sistematičnost u uređenju određene problematike, prvenstveno u statusnom trgovačkom pravu. Konačno, ne postoji konzistentna i oficijelno prihvaćena pravna nacionalna terminologija, čime se stvara velika pravna nesigurnost u primeni formalno i materijalno transponovanih propisa. Jednostavno, sve je teže izbeći osećaj da je sve prisutniji sindrom *lost in translation* u makedonskom trgovačkom pravu.

Literatura

Berkowitz Daniel, Katharina Pistor and Jean-Francois Richard, (2001). „Economic Development, Legality and the Transplant Effect”, William Davidson Working Paper Number 410. Preuzeto 19.5.2014. <http://deepblue.lib.umich.edu/bitstream/handle/2027.42/39794/wp410.pdf?sequence=3>

Böckli Peter, Paul Davies, Eilis Ferran, Guido Ferrarini, José Garrido, Klaus Hopt, Alain Pietrancosta, Katharina Pistor, Rolf Skog, Stanislaw Soltysinski, Jaap Winter, Eddy Wymeersch, (2012). „Response to the European Commission’s Consultation on the Future of European Company Law”, European Company Law Experts. Preuzeto 22.5.2014. http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2012/company_law/additional-information/european-company-law-experts-ecl-ec-additional-comments_en.pdf

Vukadinović, D. Radovan, (2012). „Međunarodno poslovno pravo (opšti i posebni deo)“ drugo izdanje, Udruženje za evropsko pravo, Centar za pravo EU, Kragujevac

Vukadinović Dr. D. Radovan, (2008). „Uvod u institucije i pravo Evropske unije“ prvo izdanje, Pravni fakultet u Kragujevcu, Centar za pravo Evropske unije, Kragujevac

Vuletić Dominik, mag.iur, (2011). „Pravni aspekti lisabonske strategije i budući izazovi – razrada sa motrišta pravne prirode mekog prava (soft law)“, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Vol. 61 Br. 3

Gavrilović d-r Nenad (2012). „Kon zaedničkoto evropsko pravo za prodažba“ Evropsko pravo, Praven fakultet „Justinijan Prvi“ UKIM Skopje, broj 1-2/2012, godina 1, tom 1

Gordon, Jeffrey N., (2003). „An International Relations Perspective on the Convergence of Corporate Governance: German Shareholder Capitalism and the European Union“, 1990-2000 European Corporate Governance Institute (ECGI) - Finance Research Paper Series; ECGI - Law Working Paper No. 06/2003; Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 406. Preuzeto 19.5.2014. <http://ssrn.com/abstract=374620> ili <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.374620>

Eidenmueller, Horst and Faust, Florian and Grigoleit, Hans Christoph and Wagner, Gerhard and Zimmermann, Reinhard and Jansen, Nils, (2008). „The Common Frame of References for European Private Law - Policy Choices and Codification Problems“, Oxford Journal of Legal Studies N.N., Forthcoming. Preuzeto 19.5.2014. <http://ssrn.com/abstract=1269270> ili <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1269270>

Emmert, Frank, (2012). „The Draft Common Frame of Reference (DCFR) - The Most Interesting Development in Contract Law Since the Code Civil and the BGB“, Indiana University Robert H. McKinney School of Law Research Paper No. 2012-08. Preuzeto 1.6.2014. <http://ssrn.com/abstract=2025265> ili <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2025265>

Enriques, Luca and Gatti, Matteo, (2008). „Is There a Uniform EU Securities Law After the Financial Services Action Plan?“, Stanford Journal of Law, Business, and Finance, Vol. 14, No. 1, 2008. Preuzeto 19.5.2014. <http://ssrn.com/abstract=982282> ili <http://ssrn.com/abstract=982282>

Enriques, Luca and Gelter, Martin, (2006). „How the Old World Encountered the New One: Regulatory Competition and Cooperation in European Corporate and Bankruptcy Law“, ECGI - Law Working Paper No. 63/2006; Harvard Olin

Fellows' Discussion Paper No. 19/2008. Preuzeto 22.5.2014.
<http://ssrn.com/abstract=887164> ili <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.887164>

Enriques, Luca, (2005). „Company Law Harmonization Reconsidered: What Role for the EC?“, ECGI - Law Working Paper No. 53/2005. Preuzeto 19.5.2014.
<http://ssrn.com/abstract=850005> ili <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.850005>

Efremova Veronika, (2008). „Acquis Communautaire na Evropskata Unija“, Proekt „Harmonizacija na pravniot sistem na Republika Makedonija so pravoto na Evropskata Unija“, Metodi za harmonizacija na nacionalnoto zakonodavstvo so pravoto na Evropskata Unija, Zbornik od naučnata rasprava održana vo Skopje na 2 april 2008 godina, broj 2, Makedonska akademija na naukite i umetnostite, Skopje

Jevremović Petrović dr Tatjana (2013). „Odluka Evropskog suda u slučaju Vale“, u zbirci Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije, urednik Vuk Radović, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

Jovanović Zattila Milena i Vladimir Čolaković, (2013). „Stečajno pravo“, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, Niš

Kreg Pol i Grejn de Burka, (2010). „Pravo na EU, tekstovi, slučai i materijali“, prevod na četvrtoto izdanie, Magor, Skopje

Kuipers, J. (2011). „The Legal Basis for a European Optional Instrument“, European Review of Private Law 19(5)

Low, Gary, (2012). „Unitas via Diversitas: Can the Common European Sales Law Harmonize Through Diversity?“ Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 1, 2012; Maastricht Faculty of Law Working Paper No. 2012/2. Preuzeto 22.5.2014. <http://ssrn.com/abstract=1991070> ili <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1991070>

Mazzacano, Peter, (2008). „The Lex Mercatoria as Autonomous Law“ CLEA 2008 Meetings Paper; CLPE Research Paper No. 29/2008. Preuzeto 19.5.2014.
<http://ssrn.com/abstract=1137629> ili <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1137629>

Meškić dr. Zlatan i Darko dr. Samardžić, (2012). „Pravo Evropske Unije I“, TDP Sarajevo, GIZ GmbH, Otvoreni Regionalni Fond za Jugoistočnu Evropu – Pravna reforma, Sarajevo

Meyer Dr. Thomas, (2013). „Uvođenje Zajedničkog evropskog prava prodaje i prigovor zbog povrede principa subsidijarnosti“, Nova pravna revija, (Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo), Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit, e.V. (IRZ – Stiftung), Njemačko-bosanskohercegovačko udruženje pravnik, Društvo za istraživanje i recepciju nemačkog prava, br. 1/2013

Misita dr. Nevenko, (2007). „Osnovi prava Evropske Unije“ drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo

Nacionalen naučno-istraživački projekt, (2012). „Primena na pravoto na Evropskata unija vo Republika Makedonija vo periodot pred pristapuvanjeto kon EU (European Union Law Application in the Republic of Macedonia Before Its Accession to the EU)“, Univerzitet „Sv. Kiril i Metodij“ vo Skopje, Praven fakultet „Justinijan Prvi“ – Skopje, Skopje

Piers, Maud and Vanleenhove, Cedric, (2012). „Another Step Towards Harmonization in EU Contract Law: The Common European Sales Law“. Preuzeto 1.6.2014. <http://ssrn.com/abstract=2151256> ili <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2151256>

Poddubny, André, (2008). „EC Internal Market Law Relevant Cases of the European Court of Justice“, cases edited by Latvijas Universitate Riga and Steinbeis University Berlin. Preuzeto 19.5.2014. http://home.lu.lv/~tschmit1/Downloads/Poddubny-and-others_Relevant_ECJ-Cases.pdf

Projekt za izradotka na građanski zakonik na Republika Makedonija, (2009). Vlada na Republika Makedonija, Ministerstvo za pravda

Salevska Vasilka, (2008). „Metodi za efikasna harmonizacija na nacional-noto zakonodavstvo so pravoto na Evropskata Unija - implementacija, recepcija i transpozicija“, Projekt „Harmonizacija na pravniot sistem na Republika Makedonija so pravoto na Evropskata Unija“, Metodi za harmonizacija na nacionalnoto zakonodavstvo so pravoto na Evropskata Unija, Zbornik od

naučnata rasprava održana vo Skopje na 2 april 2008 godina, broj 2, Makedonska akademija na naukite i umetnostite, Skopje

Senden, Linda, (2004). *Soft Law in European Community Law*, OXFORD AND PORTLAND OREGON

Smits, Jan M., (2009). „Full Harmonization of Consumer Law? A Critique of the Draft Directive on Consumer Rights“, *European Review of Private Law*, Vol. 18, pp. 5-14, 2010. Preuzeto 22.5.2014. <http://ssrn.com/abstract=1358426>

Faria, José Angelo Estrella, (2009). „Future Directions of Legal Harmonisation and Law Reform: Stormy Seas or Prosperous Voyage?“ Preuzeto 19.5.2014. <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2009-1&2-faria-e.pdf>

Cseres, Kati, (2013). „Questions of Legitimacy in the Europeanization of Competition Law Procedures of the EU Member States“, Amsterdam Centre for European Law and Governance Working Paper No. 2013 - 02. Preuzeto 22.5.2014. <http://ssrn.com/abstract=2213192> ili <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2213192>

EU izvori

Commission Recommendation of 12.3.2014 on a new approach to business failure and insolvency. Preuzeto 19.5.2014. http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2014_1500_en.pdf

Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, Official Journal L 1, 04.01.2003

Council Regulation (EC) No.1346/2000 on insolvency proceedings (2000 O.J. (L 160) 1.). Preuzeto 1.6.2014. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:160:0001:0018:en:PDF>

Council Directive 80/987/EEC of 20 October 1980 on the approximation of the laws of the Member States relating to the protection of employees in the event of their employer's insolvency.

DIRECTIVE 2011/83/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council (Text with EEA relevance). Preuzeto 19.5.2014. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0083&rid=1>

European Parliamentary Research Service, Methods for unifying private law in the EU, Briefing 23/01/2014. Preuzeto 22.5.2014. http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2014/130628/LDM_BRI%282014%29130628_REV1_EN.pdf

Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), 2009, Outline Edition. Preuzeto 19.5.2014. http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law - CESL [COM(2011)]. Preuzeto 22.5.2014. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:en:PDF>

Resolution of 4 September 2007 on institutional and legal implications of the use of 'soft law' instruments, European Parliament (2007/2028 (INI) 4.9.2007. Preuzeto 19.5.2014. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0366+0+DOC+XML+V0//EN>

Treaty on the Functioning of the European Union, consolidated version, Official Journal C 83, 30.3.2010.

White paper on Preparation of the Associated Countries of Central and Eastern Europe for Integration into the Internal Market of the Union COM (95) 163 final. Preuzeto 1.6.2014. http://www.europarl.europa.eu/enlargement/index_en.htm

Internet izvori

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=378/10&td=ALL>

http://ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/index_en.htm

http://ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/index_en.htm#jurisprudence

http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/seat-transfer/docs/summary-of-responses_en.pdf

http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2013/494460/IPOL-JOIN_ET%282013%29494460_EN.pdf

http://ec.europa.eu/internal_market/company/official/index_en.htm

http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_en.htm#actionplan2012

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?CL=ENG&CM=4&NT=136>

http://ec.europa.eu/internal_market/securities/lamfalussy/transposition/index_en.htm

http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/securities-law/index_en.htm

http://www.esma.europa.eu/system/files/Reg_716_2010_ESMA.pdf

<http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/01/010301-04.html>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010R1093&from=EN>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:331:0048:0083:EN:PDF>

http://ec.europa.eu/justice/contract/law/index_en.htm

http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/l33158_en.htm

http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2009/mk_rapport_2009_en.pdf

http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2010/package/mk_report_2010_en.pdf;

http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2011/package/mk_report_2011_en.pdf;

http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2012/package/mk_report_2012_en.pdf;

http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2013/package/mk_report_2013.pdf

<http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik/>

<http://www.uradni-list.si/1/objava.jsp?urlid=200183&stevilka=4287>

<http://www.zakon.hr/z/75/Zakon-o-obveznim-odnosima>

<http://www.sluzbenilist.me/PravniAktDetalji.aspx?tag={7A6C4F6F-8D06-4BD8-87D7-B5B2F7622578}>

Goran Koevski, LL.D.

Full Professor, the Faculty of Law "Iustinianus Primus"

"Ss. Cyril and Methodius" University, Skopje, Macedonia

Legal and Other Methods for Harmonization of the Macedonian Commercial Law with the European Union Commercial Law

Summary

In the first part of the Article general differences between the terms harmonization, unification and approximation of law are elaborated. Special emphasize is given to the available legal instruments and methods for harmonization of national law with the *acquis communautaire* especially in terms of the EU freedom of establishment, including the relevant CJEU case law. Next part of the Article is dedicated to the analyses of the relevant literature and legislation relating to the recent trends (pros and cons) in harmonization of the EU Company Law (including EU insolvency legislation), EU Securities Law and EU Contract Law. Last section of the Article enlightens the current situation with the Macedonian Commercial Law harmonization with the respective EU law.

Key words: unification and harmonization of private law, harmonization methods and instruments, EU law, transposition of EU law.

Dr Mile Dmičić,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Banjoj Luci

NAUČNI ČLANAK

UDK: 347.7:339.5](497.6:4-672EU)

Duško Glodić,**
Direkcija za evropske integracije
Savjeta ministara BiH

Rad primljen: 01.09.2014.

Rad prihvaćen: 01.12.2014.

USKLAĐIVANJE PRAVNOG SISTEMA BOSNE I HERCEGOVINE SA ACQUIS-EM EVROPSKE UNIJE U SVJETLU PRIMJENE PRIVREMENOG SPORAZUMA O TRGOVINI I TRGOVINSKIM PITANJIMA

Apstrakt: Rad razmatra značaj Privremenog sporazuma o trgovini i trgovinskim pitanjima koji je BiH zaključila sa EU za usklađivanje pravnog sistema BiH sa *acquis-em* EU. U uvodnom kontekstu, ukazano je na opšti značaj procesa evropskih integracija i njihov uticaj na državno uređenje Bosne i Hercegovine kao složenog državnopravnog subjekta. Predstavljen je njegov pravni položaj u pravnim sistemima strana ugovornica, zatim je analiziran obim i priroda obaveze harmonizacije prava BiH utvrđene članom 70. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju koji je na snazi od dana potpisivanja. Rad je pojasnio postupke za usklađivanje propisa koji se primjenjuju u BiH i djelovanje zajedničkih tijela EU i BiH obrazovanih Privremenim sporazumom koje je od značaja za usklađivanje propisa. Rad ukazuje na neophodna poboljšanja postojećih postupaka i unapređenje načina planiranja procesa pravne harmonizacije.

Ključne riječi: Privremeni sporazum o trgovini i trgovinskim pitanjima, Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju, pravo Evropske unije, usklađivanje prava, *acquis* Unije.

*mile.dmicic@live.com

*duskoglodice@yahoo.com, ставови изражени у овом раду су лични ставови аутора

1. Uvod

Proces integrisanja jedne države u Evropsku uniju zahtijeva prilagođavanja političke, ekonomske i pravne prirode.¹ Jedan od instrumenata koji uređuje pitanje pravnog usklađivanja, jeste Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju (u daljem tekstu: SSP),² koji je BiH potpisala sa nekadašnjom Evropskom zajednicom i njenim državama članicama 2008. godine. Dok ovaj sporazum ne stupi na snagu, primjenjuje se Privremeni sporazum o trgovini i trgovinskim pitanjima (u daljem tekstu: PS),³ koji sadrži odredbe SSP-a za čije je provođenje nadležna Evropska unija, te je postupak njegove ratifikacije značajno kraći jer se ne zahtijeva ratifikacija od strane država članica. PS se primjenjuje od 1. 7. 2008. godine. Od dana potpisivanja SSP-a na snazi je član 70. SSP-a kojim je ustanovljena obaveza BiH da svoj pravni sistem usklađuje sa *acquis*-em Evropske unije. Stupanje na snagu SSP-a je uslovljeno provođenjem presude Evropskog suda za ljudska prava donesene u predmetu Sejdić i Finci protiv BiH.⁴ Stoga, sve dok SSP ne stupi na snagu, PS je međunarodnopravni instrument koji uređuje obim i dinamiku prilagođavanja pravnog sistema BiH standardima i normama prava EU.

Stoga, ovaj rad analizira provođenje obaveze pravnog usklađivanja kroz primjenu PS-a. Radi približavanja konkretne materije, na prvom mjestu, pojašnjava se opšti značaj evropskih integracija, tranzicije i reformskih procesa nastalih u vezi sa tim. Zatim, predstavljen je uticaj ovih procesa na državno uređenje BiH. Nakon toga, pojašnjen je pravni položaj SSP-a i PS-a i međunarodnopravna obaveza za preuzimanje *acquis*-a. U tom smislu ispituje

¹ Član 49. Ugovora o Evropskoj uniji predviđa da će se prilikom odlučivanja o proširenju Evropske unije uzeti u obzir kriteriji pristupanja koje je utvrdio Evropski savjet. (Traité sur l'Union européenne, version consolidée, *Journal Officiel de l'UE*, FR, C 115/1, 9. 5. 2008)

² Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica s jedne strane, i Bosne i Hercegovine s druge strane, *Sl. glasnik BiH – međunarodni ugovori*, 10/08.

³ Privremeni sporazum o trgovini i trgovinskim pitanjima između Evropske zajednice, sa jedne, i Bosne i Hercegovine, sa druge strane, *Sl. glasnik BiH – međunarodni ugovori*, 5/08

⁴ Council of the European Union, Council Conclusions on Enlargement and Stabilization and Association Process, 3210th Council meeting, Brussels, 11. 12. 2012., pt. 53. Da bi SSP stupio na snagu još je potrebno da Savjet Evropske unije donese odluku o prihvatanju sporazuma jer su ostale potpisnice već deponovale instrumente o ratifikaciji. Detalje vidi na stranici Savjeta EU: <http://www.consilium.europa.eu/policies/agreements/search-the-agreements-database.aspx?command=details&id=&lang=en&aid=2008023&doclang=EN>, 5. 4. 2014.

se postojeći postupak usklađivanja propisa u okviru BiH uvažavajući činjenicu da je ona složena državna tvorevina. Konačno, razmatraju se uloga zajedničkih tijela BiH i EU uspostavljenih PS-om u nadzoru nad usklađivanjem prava BiH.

2. Evropske integracije, tranzicija, reformski procesi i ustavne promjene

Posebno, u kontekstu globalizacije, novog međunarodnog poretka i tranzicije, brojni autori ističu da je Bosna i Hercegovina svojevrsna, simbolična tvorevina, odnosno „... cilj međunarodne zajednice, ali ne i kao država vlastitih naroda niti država koju su oni stvorili“ (Marković, 2012: 69).

I nova država i njen ustav nastali su „... aktom međunarodnog prava, odnosno međunarodnim ugovorom. Njega su potpisale država na čijoj teritoriji je vođen rat, kojoj je priznat međunarodnopravni subjektivitet, ali koja nije postojala kao subjekt koji vrši suverenu vlast na cijeloj svojoj teritoriji. To što je Republika Bosna i Hercegovina potpisnica ovog sporazuma je izraz težnje međunarodnih činilaca da se istakne privrženost početnoj ideji njenog prihvatanja u svjetsku zajednicu država“ (Hajden, 2003: 159).

Stoga je ona, po mnogo čemu, specifična, i kao složena država, odnosno državna zajednica *sui generis*. Naime, ona se sastoji od dva entiteta: Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine, kao i od Brčko distrikta BiH, koji po svojoj pravnoj prirodi ima obilježje trećeg entiteta Bosne i Hercegovine.

Dejtonskim mirovnim sporazumom je ne samo sačuvan i zagaranovan državno-pravni kontinuitet Bosne i Hercegovine i njen međunarodno-pravni subjektivitet već je državnost Bosne i Hercegovine utemeljena i voljom vodećih sila međunarodne zajednice (Vidi šire: Trnka, Miličević, Simović, Dmičić, 2004). Entiteti, kao državotvorni elementi, nisu uspostavljeni Ustavom Bosne i Hercegovine. Oni su nastali ranije, u toku ratnih sukoba, na ovim prostorima, i to, faktičkim putem, i nisu imali međunarodnopravni subjektivitet kao nove države, ali su stvarno imali bitna obilježja (suverenih) država. Ustavom je samo potvrđeno njihovo postojanje i činjenica njihovog kvalitativno drugačijeg državno-pravnog statusa. Entiteti su Ugovorom – Aneks IV Okvirnog sporazuma o miru u Bosni i Hercegovini, *de facto* priznati kao države koje se udružuju u novu državu i time gube svoj raniji suverenitet.

Organima i institucija međunarodne zajednice dejtonskim mirovnim ugovorom je dat preovlađujući uticaj i uloga u njegovom tumačenju i provođenju, a time i u ukupnim procesima u Bosni i Hercegovini. Ta uloga međunarodne zajednice ima dva aspekta:

- prvi, održavanje mira i bezbjednosti u Bosni i Hercegovini, i
- drugi, pružanje pomoći u provođenju reforme za ispunjavaje uslova za odvijanje integracionih procesa i sticanje članstva u Evropskoj uniji.

Kao zemlja u tranziciji, Bosna i Hercegovina u procesu evropskih integracija prilagođava svoj pravni, politički, ekonomski i socijalni sistem budućem pristupanju Evropskoj uniji. U tom procesu javlja se mnoštvo dilema, sukoba i kontrovezi u političkom, privrednom i ukupnom društvenom životu, koje vidno usporavaju ukupne reformske tokove i osiromašavaju građane u Bosni i Hercegovini (Dmičić, 2010: 33–64). Izgradnja i funkcionisanje ustavnog i pravnog sistema podra-zumijeva i ustavnopravnu i normativnopravnu reformu, u cilju uspostavljanja konzi-stentnog, potpunog i koherentnog pravnog sistema koji državni i društveni poredak čini stabilnim, a građane zaštićenim u ostvarivanju njihovih prava i sloboda (Jovičić, 1997: 267–269). Pogotovo iz razloga što „pravo ne nastaje najednom, već se ono stvara sistematski, postepeno i neprekidno“ (Kuzmanović, 2004: 358). Međutim, multinacionalna i multikonfesionalna osobenost i tradicija Bosne i Hercegovine dati su kao temeljna civilizacijska vrijednost, koja je navedena i u preambuli Ustava Bosne i Hercegovine, i koja je sadržana u principima koji su ustavnopravno obavezujući, na njima se moraju zasnivati institucionalna struktura i funkcionisanje ukupnog društva i države Bosne i Hercegovine. U okviru izvedenih reformi, neke od njih se javljaju kao najvažnije i kao potvrda integracije Bosne i Hercegovine u evroatlantske institucije.⁵

⁵ Prva, vrlo važna reforma pripada izgradnji institucionalnih kapaciteta Bosne i Hercegovine. Radi se o promjeni strukture, organizacije i nadležnosti Savjeta ministara, kao izvršne vlasti. Druga reforma se odnosi na promjene u organizaciji oružanih snaga. Dvije komponente poslijeratnih oružanih snaga: Vojska Republike Srpske i Vojska Federacije BiH integrirane su u jedinstvenu bosanskohercegovačku instituciju: Oružane snage.

Promjene u domenu konsolidacije parlamentarne demokratije imaju samo djelomične rezultate. Od 2002. godine Bosna i Hercegovina samostalno provodi parlamentarne izbore putem Centralne izborne komisije. U svim postdejtonskim parlamentarnim većinama,

Najviše nedoumica izaziva zahtjev o uspostavljanju institucionalne strukture koja će državi omogućiti da govori „jednim glasom“. Među-tim, neosnovano je tumačenje da ovaj imperativ „jednog glasa“ nalaže radikalne izmjene državnog uređenja i institucionalnog sistema Bosne i Hercegovine. Ovdje se radi o uobičajenom standardu uspostavljenom od osnivanja prvih začetaka evropske konstrukcije, da države članice, kao i one koje teže članstvu u Evropskoj uniji, imaju tačno određenu adresu za komunikaciju sa komunitarnim institucijama bez obzira na oblik državnog uređenja zemlje. Prema tome, sasvim su neargumentovane interpretacije ove formule da se mora uspostaviti centralizovan institucionalni sistem i unitarno državno uređenje u Bosni i Hercegovini, niti je, pak, tačno da se tzv. evropskim poslovima, odnosno administrativnim aktivnostima vezanim za proces evropskih integracija, mogu isključivo baviti zajednički organi i institucije Bosne i Hercegovine.

Opravdano je da ovi poslovi budu raspoređeni i na niže nivoe vlasti, primarno na entitetski nivo, shodno nadležnostima određenog nivoa vlasti i pitanjem evrointegracionog karaktera koje se po svojoj prirodi tretiraju na tom nivou vlasti.

Gospodari procesa ustavnih promjena treba da budu domaći politički faktori i institucije Bosne i Hercegovine i da se od stranih činilaca može očekivati jedino stručna pomoć i materijalna podrška.

U osnovi, prilikom utvrđivanja sadržaja, obima i ciljeva eventualnih ustavnih promjena u Bosni i Hercegovini, neophodno je poći od sljedećih stavova:

- dejtonsko ustavno uređenje nije potrebno mijenjati, jer je potvrdilo da ono omogućava uspješno funkcionisanje Bosne i Hercegovine kao složene države sa dva entiteta i tri konstitutivna naroda;
- organizacija, struktura, nadležnost i funkcionisanje institucija Bosne i Hercegovine – Parlamentarne skupštine, Predsjedništva i Savjeta

odnosno u svim parlamentarnim mandatima ne uspijeva se izgraditi konsenzus o složenim pitanjima državnog razvoja Bosne i Hercegovine. Nepostojanje konsenzusa nadomjestio je visoki predstavnik međunarodne zajednice, koji je donio više stotina odluka i na temelju njih proglasio najvažnije reformske zakone. (Vidi i: Izborni zakon Bosne i Hercegovine, *Sl. glasnik BiH*, br. 23/01, 07/02, 09/02, 20/02, 25/02, 04/04, 20/04, 25/05, 52/05, 65/05, 77/05, 11/06, 24/06, 32/07, 33/08 i 37/08)).

ministara Bosne i Hercegovine – mogu biti predmet preispitivanja samo zavisno od dogovora o obliku državnog uređenja i vladavine, pri čemu ni u kom slučaju, eventualne promjene ne smiju narušiti nacionalni i entitetski balans i uspostavljene principe ravnopravnosti, kao i konsenzus uspostavljen sadašnjim dejtonskim rješenjima.

- neprihvatljivi su pritisci koji dolaze od strane organa i tijela međunarodne zajednice i njenih predstavnika, a koji, na prvom mjestu, neustavno i nezakonito djeluju na domaće legalne i legitimne organe i institucije i doprinose nepoštivanju njihove slobodno izražene političke volje na demokratskim izborima.

U institucionalnim procesima, reformama i eventualnim ustavnim promjenama potrebno je afirmisati evropske vrijednosti i principe različitosti, etničke i svake druge posebnosti, teritorijalnost, samostalan izlazak entiteta na međunarodnu scenu u domenu ekonomije, nauke, obrazovanja, kulture, sporta, umjetnosti i slično. Eventualne ustavne promjene moguće je prihvatiti samo kao izraz slobodne političke volje ili demokratski donesene odluke entiteta, naroda i građana, i one eventualne ustavne promjene moguće je prihvatiti samo kao izraz slobodne političke volje ili demokratski donesene odluke entiteta, naroda i građana, i one moraju biti transparentne i podložene sudu javnosti. Stoga, Ustav se može mijenjati iskuljučivo u Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine i mora proći demokratsku i javnu provjeru, koja bi doprinijela da se otklone slabosti koje je praksa pokazala, a i Ustav bi značajno dobio na svom legitimitetu.

3. Uticaj integracionih procesa na državno uređenje BiH

Posebno poslednje decenije karakterišu, između ostalog, brojni i raznovrsni procesi povezivanja država u svijetu u različite međunarodne organizacije i asocijacije. Međutim, za ove naše prostore od posebne važnosti su nastojanja i njihova opravdanja da se oni usmjere, prvenstveno, Evropskoj uniji. Istovremeno, ove procese prati i pitanje, koje se s tim u vezi postavlja već duže vrijeme – kakav oblik državnog uređenja da ima ova država i da li sa takvim oblikom ona može postati članica Evropske unije. Istovremeno, ustavne promjene nisu nužne za ispunjavanje uslova u procesu sticanja statusa

kandidata za članstvo Bosne i Hercegovine u Evropskoj uniji. Zbog toga, neophodno je istaći da, ni po čemu, sadašnja dejtonska rješenja nisu prepreka za članstvo Bosne i Hercegovine u Evropskoj uniji kao ni u bilo kojim drugim međunarodnim organizacijama.

Ali, istovremeno, naučna i istraživačka javnost ukazuje na značaj i potrebu iznalaženja i drugih načina i oblika integracije ovih prostora u svjetske i regionalne geopolitičke procese, što je posebno važno za srpski narod kao brojčano mali narod, kojem se oduvijek nametala dilema „kojem se carstvu mudrije prikloniti“.

U tom smislu, potpuno i pravilno se mogu razumjeti sadašnji procesi ukoliko bi se zanemarila uloga koju su u svemu tome imali, ili i sada imaju, visoki predstavnik i specijalni predstavnik Evropske unije u Bosni i Hercegovini. Zato je od izuzetnog značaja za pravilno razumijevanje uloge i snage njihovog djelovanja u procesu donošenja odluka i trasiranju puta BiH prema Evropskoj uniji, a posebno u nastojanju da ona postane član NATO-a. Od posebne važnosti je i raniji nalog visokog predstavnika o provođenju odluke Ustavnog suda BiH, broj AP-953/05, kada je nalogom visokog predstavnika nametnuto (23. marta 2007. godine⁶) da „... bez obzira na bilo koju suprotnu odredbu u bilo kojem zakonu ili drugom pravnom aktu u Bosni i Hercegovini, *bilo koji postupak pokrenut pred bilo kojim sudom u Bosni i Hercegovini, kojim se osporava ili dovodi bilo kako u pitanje jedna ili više odluka visokog predstavnika, proglasiće se nedopustivim osim ako visoki predstavnik izričito ne da svoju prethodnu saglasnost...*“.

Takođe, stalno su prisutna nastojanja da se entitetima negira državno-pravni karakter. Tako je „Ustavni sud BiH (je) u svojoj Trećoj djelimičnoj odluci već 2000. godine ustanovio da entiteti nisu države, a da se složena struktura bosanskohercegovačke državnosti iscrpljuje u različitim oblicima raspodjele nadležnosti između entiteta i države“ (Šarčević, 2010: 320).

Istovremeno, sve više se pokazuje da centri ekonomske i političke moći, i domaći i inostrani, u značajnoj mjeri, utiču na trasiranje pravaca Bosna i

⁶ Nalog je dostupan na službenoj internet stranici Kancelarije visokog predstavnika, na adresi http://www.ohr.int/print/?content_id=39398, pristup od 15. 05. 2013. godine.

Hercegovina, u smislu i okviru raznovrsnih integracionih procesa. Pri tome, radi se o evroatlantskom integracionom putu, koji se neophodno mora posmatrati i u skladu sa interesom Republike Srpske i njenim odnosima i vezama prema integracionim procesima Srbije.

4. Položaj SSP-a i PS-a u pravnom sistemu EU i BiH

SSP je vrsta sporazuma o pridruživanju koje Evropska unija zaključuje na osnovu člana 217. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije sa trećim državama ili međunarodnim organizacijama sa ciljem unapređivanja cjelokupne saradnje i kojima se definišu recipročna prava i zajednički ciljevi kojima strane teže, kao i zajednički institucionalni okvir za praćenje provođenja sporazuma, tzv. zajednička tijela.⁷ Teorija tip pridruživanja koji uspostavlja EU označava kao eksterno pridruživanje, zbog toga što, za razliku od internog pridruživanja, pridružena država nema prava da učestvuje u radu institucija Evropske unije niti da participira u donošenju odluka u bilo kom obimu (Hanf, Dengler, 2004: 4–5).

Budući da SSP obuhvata pitanja koja nisu u isključivoj nadležnosti Evropske unije, već spadaju i u nadležnosti država članica, SSP ulazi u kategoriju mješovitih ugovora te je zbog toga za njegovu pravnu valjanost potrebno i učešće država članica u zaključivanju. Da bi stupio na snagu, SSP treba da bude ratifikovan ne samo od strane institucija EU već i od strane država članica (Đurić, 2007: 154). Osim ovih pravnih razloga, na zaključivanje nekog međunarodnog ugovora u formi mješovitog može da utiče i politički značaj konkretnog ugovornog odnosa (Isaac, Blanquet, 2006: 175). Dodatno, zbog političke prirode pojedinih odredaba SSP-a, koje predviđaju uspostavljanje bliskih odnosa sa Unijom, što nužno dovodi i do uključenosti država članica u političku saradnju, ovaj sporazum mora imati mješoviti karakter.

Jedan od ciljeva SSP-a koji je zaključen sa BiH jeste *podržavanje napora Bosne i Hercegovine u razvijanju ekonomske i međunarodne saradnje, između ostalog, i usklađivanjem njenog zakonodavstva sa zakonodavstvom Zajednice* (nakon stu-

⁷ Član 217. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, version consolidée, *Journal Officiel de l'UE*, FR, C 115/1, 9. 5.2008.)

panja na snagu Lisabonskog ugovora, izraz „Zajednica“ treba čitati Unija).⁸ Ciljevi SSP-a se ostvaruju u okviru sporazumom predviđenog tranzicionog perioda koji je u slučaju BiH određen članom 8. SSP-a i iznosi šest godina. SSP predstavlja jedan od instrumenata politike proširenja Evropske unije definirane članom 49. Ugovora o Evropskoj uniji. Smisao ove politike jeste da dovede do postepenog preobražaja država koje nastoje da pristupe Evropskoj uniji. Pri tome, u tom postepenom i višefaznom procesu, države se prilagođavaju političkim, ekonomskim i pravnim standardima EU. Drugim riječima, EU „izvozi“ svoje vrijednosti i pravila, a državu kandidata, odnosno potencijalnog kandidata obavezuje da ova pravila preuzima u svoj unutrašnji pravni sistem (Andreata, 2005: 36). U tom smislu i treći stav preambule SSP-a zaključenog sa BiH ukazuje na spremnost EU da u najvećoj mogućoj mjeri integriše ovu državu u svoje političke i ekonomske tokove i, pri tome, poziva se na njen status potencijalnog kandidata. Praksa EU da zaključuje SSP je nastavak prakse da se sa državama koje se pripremaju za članstvo zaključuju sporazumi o pridruživanju koji su se ranije nazivali evropski sporazumi, koji su bili zaključivani sa državama Srednje i Istočne Evrope. Navodi se i to da, pored pretpristupne dimenzije koja se ogleda u perspektivi sticanja članstva u Uniji, SSP utvrđuje i potrebu za stabilizacijom i unapređenje regionalne saradnje između država Zapadnog Balkana kao poseban politički zahtjev koji proističe iz ovog ugovornog odnosa (Phinnemore, 2003: 80).

PS obuhvata najvažniji dio SSP-a koji uređuje trgovinske odnose dviju strana i koji predviđa liberalizaciju trgovine između EU i BiH na način, u rokovima i u obimu definisanim u PS-u (član 3, stav 1. PS-a). PS nije mješoviti sporazum jer je zaključen između nekadašnje Evropske zajednice i BiH, ali predstavlja svojevrsni uvod u primjenu SSP-a, ali, osim ekonomskog, ima i politički značaj koji se ogleda u institucionalizovanju odnosa BiH i EU osnivanjem zajedničkih tijela. Osim glavnog teksta, PS čini šest aneksa i šest protokola.⁹ Takođe, PS

⁸ Član 1, stav 2(d) SSP-a

⁹ Aneks 1 – Carinski ustupci BiH za idustrijske proizvode Zajednice; Aneks 2 – Definicija proizvoda od mlade govedine; Aneks 3 – Carinski ustupci BiH za primarne poljoprivredne proizvode porijeklom iz Zajednice; Aneks 4 – Carine koje se primjenjuju na robu porijeklom iz BiH pri uvozu u Zajednicu; Aneks 5 – Carine koje se primjenjuju na robe porijeklom iz Zajednice pri uvozu u BiH; Aneks 6 – Pravo intelektualne, idustrijske i trgovinske svojine. Protokol 1 o trgovini prerađenim poljoprivrednim proizvodima između Zajednice i BiH;

predviđa i postepeno preuzimanje pravnih akata EU u zakone i druge propise BiH u pojedinim oblastima, kao i uspostavljanje odgovarajućih institucionalnih i administrativnih okvira za njihovu primjenu.

U pogledu položaja međunarodnih ugovora koje zaključi EU, potrebno je ukazati na to da član 216, stav 2. Ugovora o funkcionisanju EU predviđa da su međunarodni ugovori koje Unija zaključi obavezujući za institucije EU i države članice. Sud pravde EU je ustanovio da odredbe međunarodnog ugovora od njegovog stupanja na snagu čine sastavni dio pravnog poretka EU.¹⁰ Međunarodni ugovori koje zaključi Evropska zajednica u hijerarhiji pravnih normi nalaze se između osnivačkih ugovora i sekundarnih izvora prava EU – uredbi, direktiva i odluka koje usvajaju institucije EU (Simon, 2001: 348). Takođe, Sud pravde EU je ustanovio da odredbe međunarodnih ugovora mogu imati direktno dejstvo ukoliko sadrže jasnu i preciznu obavezu čije provođenje i efekti ne zavise od donošenja nekog drugog akta.¹¹ Osim toga, Sud je odlučio da čak i akti koje donesu zajednička tijela uspostavljena sporazumima o pridruživanju imaju direktno dejstvo u pravu EU.¹²

Kada je riječ o položaju PS-a u pravnom sistemu BiH, potrebno je potražiti odgovor u odredbama Ustava BiH koje govore o odnosu unutrašnjeg i međunarodnog prava.¹³ Nažalost, Ustav BiH nije naročito eksplicitno uredio ovu problematiku. Član III/3(b) Ustava Bosne i Hercegovine utvrđuje da su opšta načela međunarodnog prava sastavni dio pravnog poretka Bosne i Hercegovine i entiteta. I pravna literatura, uglavnom, opšta načela međunarodnog prava definije kao generalne norme međunarodnopravnog porijekla koja se izvode apstrahovanjem iz međunarodnih običajnih i konvencionalnih pravila koja su na snazi (Daillier, Forteau, Pellet, 2009: 381).

Protokol 2 o definiciji pojma „proizvodi sa porijeklom“ i načinima administrativne saradnje za primjenu odredaba ovog sporazuma između Zajednice i BiH; Protokol 3 o državnoj pomoći u industriji čelika; Protokol 4 o uzajamnoj administrativnoj pomoći u carinskim pitanjima; Protokol 5 o rješavanju sporova i Protokol 6 o recipročnim referencijalnim ustupcima za određena vina, recipročnom priznavanju, zaštiti i kontroli naziva vina, alkoholnih pića i aromatizovanih vina (*Sl. glasnik BiH – međunarodni ugovori*, 5/08).

¹⁰ Case 181/73, Haegeman c. Belgique, [1974] ECR 449.

¹¹ Case 12/86 Demirel v. Stadt Schwäbisch Gmünd [1987] ECR 3719

¹² C-192/89 S.Z. Sevince v. Staatssecretaris van Justitie [1990] ECR 3461.

¹³ Tekst Ustava BiH na veb sajtu Kancelarije visokog predstavnika u BiH http://www.ohr.int/dpa/default.asp?content_id=372, 10. 04. 2014.

Pošto Ustav BiH, u već navedenoj odredbi, ne utvrđuje položaj međunarodnih ugovora u unutrašnjem pravu, niti sadrži eksplicitne norme o prioritetu u slučaju sukoba normi unutrašnjeg i međunarodnog prava, rješenje ove dileme je potrebno tražiti u jurisprudenciji Ustavnog suda BiH. U tom smislu se čini korisnim osvrtno na predmet *CEFTA* u kojem je Ustavni sud protumačio odredbu člana III/3(b). Ustavni sud je zauzeo stav da domaće pravo mora biti usklađeno sa opštim načelima međunarodnog prava.¹⁴ Ovaj stav se argumentuje time da je načelo *pacta sunt servanda* jedno od opštih načela međunarodnog prava i da je „član III/3(b) Ustava Bosne i Hercegovine povrijeđen u situaciji kada domaći zakon nije u skladu sa odredbama opšteg pravila međunarodnog prava *pacta sunt servanda* [...] kao i kad nije u skladu sa odredbama međunarodnog ugovora kojem je Bosna i Hercegovina pristupila“.¹⁵ Dakle, Ustavni sud BiH je prihvatio primat međunarodnih ugovora čija je strana ugovornica BiH nad domaćim zakonima u slučaju sukoba domaćeg zakona sa međunarodnim ugovorom. U svjetlu ove ustavnosudske odluke zaključujemo da PS kao međunarodni ugovor ima primat nad domaćim zakonima i drugim propisima koje donose institucije BiH i njenih entiteta. Zbog ovakvog njegovog dejstva, prilikom izrade i usvajanja domaćih propisa potrebno je voditi računa o relevantnim odredbama PS-a.¹⁶

5. Obaveza usklađivanja pravnog sistema BiH sa *acquis-em* EU

Međunarodna obaveza usklađivanja pravnog sistema BiH sa pravom EU je utvrđena u članu 70. SSP-a kojim se definiše obim harmonizacije, prioriteta i dinamika procesa usklađivanja. Ovo je jedina odredba SSP-a koja se primjenjuje od dana potpisivanja što dodatno govori o tome koliki se značaj pridaje pravnoj harmonizaciji. Stoga navodimo da član 70. SSP-a glasi:

Strane priznaju važnost usklađivanja postojećeg zakonodavstva Bosne i Hercegovine sa zakonodavstvom Zajednice, kao i njegove efikasne primjene.

¹⁴ U-5/09, Odluka o dopustivosti i meritumu – Ustavnost Zakona o zaštiti domaće proizvodnje u okviru CEFTA, Ustavni sud BiH, 25. 09. 2009, paragraf 30.

¹⁵ U-5/09, Odluka o dopustivosti i meritumu – Ustavnost Zakona o zaštiti domaće proizvodnje u okviru CEFTA, Ustavni sud BiH, 25. 09. 2009, paragraf 38.

¹⁶ Izvršavanje međunarodnih ugovora je preciznije uređeno Zakonom o postupku zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora, *Sl. glasnik BiH*, 29/00 i 6/13.

Bosna i Hercegovina će nastojati da obezbijedi postepeno usklađivanje svojih postojećih zakona i budućeg zakonodavstva sa pravnom tekovinom (acquis) Zajednice. Bosna i Hercegovina će obezbijediti propisnu primjenu i sprovođenje postojećeg i budućeg zakonodavstva.

Usklađivanje će početi danom potpisivanja ovog sporazuma i postepeno će se proširivati na sve elemente pravne tekovine (acquis) Zajednice iz ovog sporazuma do kraja prelaznog perioda definisanog članom 8. ovog sporazuma.

Usklađivanje će se u svojoj ranoj fazi fokusirati na osnovne elemente pravne tekovine (acquis) koji se odnose na unutrašnje tržište kao i na druge oblasti vezane za trgovinu. U kasnijoj fazi, Bosna i Hercegovina će se fokusirati na preostale dijelove pravne tekovine (acquis) Zajednice.

Usklađivanje će se sprovoditi na osnovu programa koji će dogovoriti Evropska komisija i Bosna i Hercegovina.

4. Bosna i Hercegovina će takođe u dogovoru sa Evropskom komisijom detaljno dogovoriti na koji će način pratiti postupak usklađivanja zakonodavstva i radnji koje treba preduzeti u sprovođenju zakona.

Pri tome, ukazujemo da treći Kopenhagenski kriterij predviđa da država kandidat za članstvo u Evropskoj uniji mora imati sposobnost preuzimanja obaveza iz članstva, uključujući pridržavanje ciljeva političke, ekonomske i monetarne unije.¹⁷ Prema tome, usklađivanje pravnog sistema države kandidata, odnosno potencijalnog kandidata, osim što predstavlja međunarodnopravnu obavezu na osnovu SSP-a, ima i prvorazredni politički značaj u procesu pristupanja Evropskoj uniji.

Treba istaći da je pravno usklađivanje u kontekstu evropskih integracije pasivan proces, sa stanovišta države koja usklađuje svoj pravni sistem, jer se bazira na obavezi potpisnice SSP-a da preuzima strani pravni sistem, u čijem stvaranju nema mogućnosti da učestvuje, u svoj unutrašnji pravni sistem (Lazowski, 2001: 8). Treba naglasiti da nosioci obaveze usklađivanja nisu jedino institucije koje su osnovane na nivou BiH, već i institucije Republike Srpske, Federacije BiH, Brčko distrikta BiH i kantona u okviru Federacije BiH

¹⁷ Conclusions of the Copenhagen European Council: Bull. 6-1993, point I.13.

koji su dužni da zakone, druge propise i opšte akte iz svoje nadležnosti usklađuju sa pravom EU.

Savjet ministara BiH na godišnjem nivou usvaja Program mjera za provođenje PS-a kojim se definišu konkretni zakonodavni prioriteti.¹⁸ Međutim, mora se istaći da u okviru BiH ne postoji jedinstven programsko-planski dokument koji bi definisao prioritete i dinamiku preuzimanja *acquis*-a u domaći pravni sistem tzv. Plan usvajanja *acquis*-a, koji po pravilu imaju države kandidati i potencijalni kandidati za članstvo u EU. U narednim fazama integracija BiH u EU, biće neophodno izraditi dokument koji bi ovo pitanje riješio. Pri tome, ostaje da se postigne dogovor relevantnih političkih faktora o tome kako će se izrađivati ovaj dokument uvažavajući ustavno-pravni okvir BiH.

U pogledu prioriteta usklađivanja propisa član 70, stav 3. SSP-a eksplicitno daje prioritet onim dijelovima prava EU koji se odnose na unutrašnje tržište, kao i na druge oblasti vezane za trgovinu. To je razumljivo jer je SSP, a posebno PS, pretežno, iako ne isključivo, trgovinski sporazum koji ima za cilj da država potpisnica ostvari što je moguće viši stepen povezanosti sa EU kroz uspostavljanje zone slobodne trgovine. Ekonomska integracija je sredstvo i prvi korak na putu potpunog integrisanja neke države u EU. Ipak, obaveza usklađivanja se ne limitira na područje propisa koji uređuju unutrašnje tržište. Jasno se predviđa da usklađivanje treba da obuhvati i ostala područja *acquis*-a u kasnijoj fazi. To praktično znači da BiH treba preuzimati i one propise EU koji uređuju ostale oblasti saradnje definisane SSP-om, a koje će postati obavezujuće stupanjem na snagu ovog sporazuma. Dok se primjenjuje PS, prioritet se mora dati pitanjima obuhvaćenim PS-om. S druge strane, to ne znači da institucije u BiH ne vrše usklađivanje sa ostalim propisima EU, ali ono nema onaj značaj za odnos dviju strana kao što je usklađivanje predviđeno PS-om. Postupak usklađivanja će dobiti poseban značaj kada se pokrenu pretpristupni pregovori i tada će morati da obuhvati sve dijelove *acquis*-a.

Navešćemo nekoliko primjera obaveza za usklađivanje pravnog sistema definisanih u PS-u. Zanimljivo je istaći da usklađivanje pravnog sistema neke države u svjetlu primjene PS-a, odnosno SSP-a može pred nju postaviti i

¹⁸ Vidi šire: <http://dei.gov.ba/dei/dokumenti/ssp/Archive.aspx?pageIndex=1&langTag=bs-BA>, 10. 04. 2014.

zahtjev da se vrše ustavne promjene. Tako je stupanje na snagu SSP-a zaključenog sa BiH uslovljeno provođenjem presude Evropskog suda za ljudska prava donesene u predmetu *Sejdić i Finci protiv BiH*. Ovaj uslov se opravdava činjenicom da član 2. SSP-a, kao i član 1. PS-a, utvrđuje da poštivanje demokratskih principa i ljudskih prava definisanih u Evropskoj konvenciji o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda predstavlja jedan od bitnih elemenata ovih sporazuma. Značaj ovog pitanja u BiH poprima i političku dimenziju budući da provođenje ove presude zahtijeva promjenu Ustava BiH na način da se otkloni diskriminacija koju je utvrdio Evropski sud za ljudska prava jer građanima BiH koji se ne izjašnjavaju kao pripadnici jednog od konstitutivnih naroda nije dozvoljeno pasivno biračko pravo, odnosno kandidovanje za člana Predsjedništva BiH i delegata u Domu naroda Parlamentarne skupštine BiH.¹⁹ Prema tome, SSP i prije stupanja na snagu proizvodi značajne pravno-političke konsekvence zahtijevajući izmjene i ustavnopravne materije. Pitanje je druge prirode da li bi EU trebalo da insistira na ovom uslovu budući da je provođenje predmetne presude obaveza koju BiH ima po osnovu članstva u drugoj međunarodnoj organizaciji – Savjetu Evrope.

Nadalje, član 3. PS-a utvrđuje obavezu za strane ugovornice da uspostave zonu slobodne trgovine u prelaznom periodu od najviše pet godina. Realizacija ove obaveze zahtijeva izmjenu propisa kojima se uređuje spoljnotrgovinska materija i usklađivanje carinske tarife. Član 6. PS-a zahtijeva od BiH da ukine carine, takse koje imaju isti učinak kao carine i količinska ograničenja i mjere istog učinka na uvoz proizvoda iz EU. Zatim, ilustrativan primjer obaveze harmonizovanja jeste član 16. PS-a kojim se od BiH zahtijeva da obezbijedi zaštitu geografskih oznaka EU registrovanih u EU na osnovu Uredbe Savjeta (EZ) br. 510/2006. Konkretna obaveza koja od BiH zahtijeva uspostavljanje institucije je, na primjer, sadržana u članu 36, stav 4. PS-a koji predviđa da će BiH osnovati samostalni državni organ kojem će povjeriti ovlaštenja za nadzor nad dodjelom državne pomoći u roku od dvije godine od stupanja na snagu sporazuma. Ova obaveza je realizovana osnivanjem Savjeta za državnu pomoć BiH.²⁰

¹⁹ Evropski sud za ljudska prava, Veliko vijeće, *Sejdić i Finci protiv BiH*, aplikacije br. 27996/06 i 34836/06, presuda od 22. 12. 2009.

²⁰ Vidi: Zakon o sistemu državne pomoći u Bosni i Hercegovini, *Sl. glasnik BiH*, 10/12

6. Postupak usklađivanja propisa u BiH sa *acquis-em* EU

Blagovremeno i pravilno provođenje usklađivanja propisa od strane institucija jedne države zahteva uspostavljanje postupka za nadzor kvaliteta i ocjenu usklađenosti nacrtu/prijedloga zakona, drugih propisa i opštih akata sa pravom Evropske unije. Postupak usklađivanja propisa sa *acquis-em* EU je na nivou BiH uspostavljen 2003. godine,²¹ dakle u periodu prije nego je BiH preuzela međunarodnu obavezu da ovo usklađivanje vrši. Nakon potpisivanja SSP-a ovaj proces je unaprijeđen usvajanjem nove odluka 2011. godine, a i vlade entiteta (Republike Srpske i Federacije BiH) i Vlada Brčko distrikta BiH su usvojile odgovarajuće akte kojima je propisan postupak pravne harmonizacije. Generalno posmatrano, u procesu usklađivanja možemo prepoznati tri ključne uloge. Prvo, potrebno je da jedna institucija obavi pripremnu ulogu u svojstvu obrađivača nacrtu/prijedloga akta kojim se preuzima određeni izvor *acquis-a*. Ovo su, po pravilu, resorna ministarstva i drugi organi uprave. Drugo, potrebno je obezbijediti i kontrolnu ulogu, odnosno odrediti koji organ ocjenjuje usklađenost prijedloga/nacrta akta sa *acquis-em* i o tome daje stručno pravno mišljenje. Treće, proces usklađivanja se obavlja djelovanjem organa koji usvaja pravni akt kojim se preuzima određeni propis Evropske unije.

Kao glavni koordinator procesa evropskih integracija u BiH osnovana je Direkcija za evropske integracije koja ima status stalnog tijela Savjeta ministara BiH.²² Direkcija za evropske integracije je, između ostalog, nadležna za koordinaciju poslova na usklađivanju pravnog sistema BiH sa *acquis-em* EU²³ i da daje stručna pravna mišljenja o usklađenosti nacrtu/prijedloga pravnih akata sa *acquis-em*.²⁴ Obrađivač akta je dužan da pribavi ovo

²¹ Odluka Savjeta ministara BiH o procedurama u postupku usklađivanja zakonodavstva Bosne i Hercegovine sa *acquis communautaire*, *Sl. glasnik BiH*, 44/03.

²² Član 23, stav 1. Zakona o Savjetu ministara Bosne i Hercegovine, *Sl. glasnik BiH*, 30/03; 42/03; 81/06; 76/07; 81/07; 94/07. i 24/08.

²³ Tačka III Odluke Savjeta ministara BiH o Direkciji za evropske integracije, *Sl. glasnik BiH*, 41/03.

²⁴ Član 31, stav 1, tačka f) Poslovnika o radu Savjeta ministara Bosne i Hercegovine, *Sl. glasnik BiH*, 22/03.

mišljenje te da uskladi tekst akta sa istim ili ukoliko ne ugradi nalaze iz mišljenja o tome je dužan da dâ izjašnjenje.²⁵

Od 2011. godine se primjenjuje Odluka Savjeta ministara BiH o instrumentima za usklađivanje zakonodavstva Bosne i Hercegovine s pravnom tekovinom (*acquis-em*) EU²⁶ kojom je zamijenjena ranija odluka iz 2003. godine. Verifikacija postupka usklađivanja se provodi provjerom instrumenata za usklađivanje zakonodavstva: izjave o usklađenosti i uporednog prikaza koje popunjavaju u propisanom obrascu obrađivači akata.²⁷ Metodologija popunjavanja ovih instrumenata je definisana u Aneksu Odluke. Uporedni prikaz predstavlja tabelarni pregled podudarnosti odredaba nacrta/prijedloga propisa sa relevantnim izvorima *acquis-a*, dok je izjava o usklađenosti ovjereni tabelarni prikaz u kome su navedeni svi akti sa kojima je nacrt/prijedlog propisa usklađivan, kao i ostale relevantne informacije.²⁸ Direkcija za evropske integracije je zadužena da obrađivaču pruža stručnu pomoć pri popunjavanju instrumenta za usklađivanje, kao i to da prati primjenu odluke i o tome izvještava Savjet ministara.²⁹ Na ovaj način je omogućeno da Direkcija, kao tijelo specijalizovano za praćenje razvoja prava EU, stoji na raspolaganju resornim institucijama i pruža im pomoć u izradi pravnih akata kojima se preuzimaju pojedini propisi institucija EU. Ovakvo rješenje stvara institucionalni osnov za pravilno provođenje PS-a i ispunjavanje obaveze harmonizacije prava u BiH sa pravom EU, kao i za identifikovanje prioriteta pravne harmonizacije.

Opisani postupak usklađivanja propisa primjenjuje se u institucijama na nivou BiH. Zbog postojanja značajnih zakonodavnih nadležnosti i na entitetskom nivou vlasti, odnosno na nivou Brčko distrikta BiH, njihove nadležne institucije su takođe uspostavile odgovarajuće postupke. Zbog obima ovog rada, nećemo

²⁵ Član 31, stav 2. Poslovnika o radu Savjeta ministara Bosne i Hercegovine, *Sl. glasnik BiH*, 22/03.

²⁶ Odluka o instrumentima za usklađivanje zakonodavstva Bosne i Hercegovine s pravnom tekovinom (*acquis-em*) EU, *Sl. glasnik BiH*, 23/11.

²⁷ Član 2. Odluke Savjeta ministara BiH o instrumentima za usklađivanje zakonodavstva Bosne i Hercegovine s pravnom tekovinom (*acquis-em*) EU, *Sl. glasnik BiH*, 23/11.

²⁸ Vidi šire: Aneks Odluke o instrumentima za usklađivanje zakonodavstva Bosne i Hercegovine s pravnom tekovinom (*acquis-em*) EU, *Sl. glasnik BiH*, 23/11.

detaljno analizirati ove postupke. Dovoljno je istaći da se postupak zasniva na postojanju istih instrumenata, obavezi obrađivača da ih popunjava i dostavlja kontrolnom tijelu. U Republici Srpskoj kontrolno tijelo je Ministarstvo za ekonomske odnose i regionalnu saradnju,³⁰ u Federaciji BiH ovu ulogu obavlja Ured Vlade Federacije Bosne i Hercegovine za zakonodavstvo i usklađenost sa propisima Evropske unije,³¹ dok Odsjek za evropske integracije Sektora za pravne poslove Vlade Brčko distrikta BiH obavlja ovu funkciju u Brčko distriktu BiH.³² Analizirajući ovo pitanje, uočili smo da u okviru kantona uspostavljenih unutar Federacije BiH nisu uspostavljeni odgovarajući postupci za usklađivanje propisa iz kantonalne nadležnosti sa *acquis*-em. Budući da kantonalne institucije posjeduju određeni broj zakonodavnih nadležnosti koje su od značaja za preuzimanje prava EU u unutrašnji pravni sistem BiH, preporuka bi bila da se definišu adekvatni mehanizmi i institucionalni okviri koji bi omogućili koordinaciju i kontrolu procesa preuzimanja *acquis*-a na nivou kantona.

Takođe, Savjet EU je ukazao na potrebu da se u BiH uspostavi efektivan mehanizam koordinacije procesa evropskih integracija.³³ Ovaj mehanizam koordinacije bi trebalo da tretira i usaglašavanje procesa usklađivanja propisa koji se obavljaju na različitim nivoima vlasti da bi se izbjeglo različito preuzimanje istih propisa EU.

7. Uloga zajedničkih tijela BiH i EU za praćenje provođenja PS-a u procesu usklađivanja propisa

Eksterno pridruživanje koje je predviđeno SSP-om ima svoj odražaj i u odredbama PS-a. PS predviđa postojanje Privremenog odbora i pododbora za

²⁹ Član 4. Odluke o instrumentima za usklađivanje zakonodavstva Bosne i Hercegovine s pravnom tekovinom (*acquis*-em) EU, *Sl. glasnik BiH*, 23/11.

³⁰ Odluka Vlade RS o postupku usklađivanja zakonodavstva Republike Srpske sa pravnom tekovinom Evropske unije i pravnim aktima Savjeta Evrope, *Sl. glasnik Republike Srpske*, 46/11.

³¹ Uredba o Uredu Vlade Federacije Bosne i Hercegovine za zakonodavstvo i usklađenost sa propisima Evropske unije – prečišćeni tekst, *Sl. novine Federacije BiH*, 49/07.

³² Odluka Vlade Brčko distrikta o procedurama u postupku prilagodbe propisa Brčko distrikta BiH sa *acquis communautaire*, *Sl. glasnik BD BiH*, 25/09.

³³ Council of the European Union, Council Conclusions on Enlargement and Stabilisation and Association Process, 3210th Council meeting, Brussels, 11. 12. 2012., pt. 54.

uže oblasti sporazuma. Privremeni odbor nadzire primjenu i provođenje PS-a.³⁴ Privremeni odbor čine predstavnici Evropske unije, koju zastupa Evropska komisija. Iako je nakon stupanja na snagu Lisabonskog ugovora uspostavljena Evropska služba za spoljne poslove, predstavljanje EU na međunarodnom planu i dalje obavlja Evropska komisija u onim pitanjima koja nisu obuhvaćena zajedničkom spoljnom i bezbjednosnom politikom EU (Gstöhl, 2011: 185). Stranu BiH zastupaju rukovodeći državni službenici koje imenuje Savjet ministara BiH.³⁵ Sporazumom je predviđeno da se Privremeni odbor sastaje u redovnim vremenskim razmacima, ustaljeno je jednom godišnje, kao i ukoliko to prilike zahtijevaju u formi vanrednih sastanaka. Privremeni odbor donosi odluke i preporuke. Odluke se donose u slučajevima koji su utvrđeni u samom sporazumu i one su obavezujućeg karaktera. Strane ugovornice su dužne da preduzimaju neophodne mjere za provođenje odluka Privremenog odbora. Za razliku od odluka, preporuke nemaju obavezujući karakter, ali je njihovo provođenje takođe značajno jer one, prema slovu PS-a, upućuju na postizanje zajedničkih ciljeva i nesmetanu primjenu pojedinih obaveza sadržanih u sporazumu. PS je predvidio da u pogledu usvajanja odluka i preporuka vlada načelo konsenzualizma jer je za njihovu validnost potrebna saglasnost obiju strana.³⁶ Preciznije funkcionisanje Privremenog odbora je uređeno Poslovníkom o radu koji je usvojen u formi Odluke Privremenog odbora broj 1/2008.³⁷

Važno ovlašćenje Privremenog odbora jeste da na osnovu člana 43. PS-a formira pododbore za uže oblasti. Odlukom broj 1/2008 formirani su pododbori zaduženi za sljedeće oblasti: za trgovinu, industriju, carine, poreze i saradnju sa drugim državama kandidatima; za poljoprivredu i ribarstvo; za unutrašnje tržište i konkurenciju; za ekonomska i finansijska pitanja i statistiku, i za transport. Članovi pododbora u ime Evropske unije su službenici

³⁴ Član 40. PS-a.

³⁵ Odluka Savjeta ministara BiH o uspostavljanju Komisije za evropske integracije u sastavu Privremenog odbora za stabilizaciju, *Sl. glasnik BiH*, 92/08. i 25/12.

³⁶ Član 41. PS-a.

³⁷ Član 41, stav 2. PS-a i Odluka br. 1/2008 Privremenog odbora Evropske zajednice i Bosne i Hercegovine od 7. oktobra 2008. godine o Poslovníku kojim je obuhvaćen opis poslova i struktura pododbora Evropske zajednice i Bosne i Hercegovine, *Sl. glasnik BiH*, 47/09.

resornih generalnih direkcija Evropske komisije. U ime BiH, u pododborima učestvuju državni službenici sa nivoa BiH, entiteta i Brčko distrikta koje je Savjet ministara BiH imenovao odlukom.³⁸ Na sastancima pododbora, koji se po pravilu održavaju jednom godišnje, ocjenjuje se provođenje određenog dijela PS-a za čiji nadzor je zadužen pododbor, te u vezi sa tim, ocjenjuje se napredak u vezi sa usklađivanjem, primjenom i provođenjem propisa koji se donose u BiH. Predstavnici Evropske komisije na sastancima pododbora mogu pojašnjavati pojedine akte *acquis-a* EU i predlagati mjere institucijama u BiH koje je potrebno preduzeti za pravilnu transpoziciju ovih akata u pravni sistem BiH.³⁹ Delegacija BiH za svaki sastanak priprema poseban izvještaj koji se naziva dokument za diskusiju. Ovaj dokument, između ostalog, sadrži i informacije o mjerama koje su institucije u BiH preduzele radi preuzimanja *acquis-a*, navodi usvojene propise i institucionalni okvir, kao i potrebne administrativne kapacitete za provođenje ovih propisa (Direkcija za evropske integracije, 2013: 28–33).

8. Zaključak

U radu je predstavljen značaj PS-a za usklađivanje pravnog sistema BiH sa pravnim tekovinama EU. Na prvom mjestu ukazano je na uticaj procesa evropskih integracija na državno uređenje Bosne i Hercegovine i interakciju integracija sa reformskim i tranzicionim procesima. Međunarodnopravni značaj usklađivanja prava je pojašnjen u svjetlu člana 70. SSP-a koji se primjenjuje od dana potpisivanja ovog sporazuma. Pokazali smo nekoliko primjera konkretnih obaveza usklađivanja propisa sa *acquis-em* EU. Nadalje, pojašnjen je postupak usklađivanja koji primjenjuju institucije BiH uz naznaku da je sličan postupak uspostavljen na nivou entiteta i Brčko distrikta. Posebno smo ukazali na značaj saradnje kontrolnog organa sa obrađivačima pravnih akata, kao i na potrebu dosljedne primjene instrumenata za usklađivanje. Ukazano je na potrebu da se adekvatni postupci uspostave i u okviru kantona koji postoje unutar Federacije BiH. Rad je ukazao na značaj zajedničkih tijela

³⁸ Odluka Savjeta ministara BiH o uspostavljanju radnih grupa za evropske integracije, *Sl. glasnik BiH*, br. 47/09 i 65/10.

EU i BiH uspostavljenih PS-om za vršenje nadzora nad provođenjem sporazuma i usklađivanjem propisa u BiH sa *acquis-em* EU.

Istakli smo da u BiH ne postoji dokument koji bi imao ulogu Plana usvajanja *acquis-a*. Smatramo da je, osim razmatranja uspostavljanja jednog ovakvog dokumenta, čija forma treba da odražava ustavnopravnu realnost BiH, potrebno uspostaviti i konsolidovan okvir za bolje planiranje procesa usklađivanja propisa, posebno unutar Federacije BiH u kojoj postoji deset kantona sa značajnim obimom nadležnosti. Iz tog razloga, cijenimo da BiH dosad uspijeva da odgovori svojim obavezama za usklađivanje pravnog sistema sa *acquis-em* kroz primjenu PS-a. Međutim, mišljenja smo da ona neće biti u mogućnosti da vodi pretpristupne pregovore bez uspostavljanja sveobuhvatnijeg planskog okvira usklađivanja propisa i nadzora nad provođenjem ovog postupka na svim nivoima vlasti.

Literatura

Andreatta, F. (2005). *Theory and the European Union's International Relations*. C. Hill i M. Smith (Prir.), *International Relations and the European Union*. Oxford University Press. 18–38

Gstöhl, S. (2011). *EU Diplomacy After Lisbon: More Effective Multilateralism*. *Brown Journal of World Affairs*. 2(XVII). 181–191

Daillier, P. Forteau, M. Pellet, A. (2009). *Droit international publique*. Paris: LGDJ

Dmičić, M. (2010). *Evropske integracije i promjene Ustava Bosne i Hercegovine*, Zbornik sa naučnog skupa Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu „Aktualne tendencije u razvoju i primeni evropskog kontinentalnog prava“, Niš

Đurić, V. (2007). *Ustav i međunarodni ugovori*, Beograd: Institut za uporedno pravo

Isaac, G. Blanquet, M. (2006). *Droit general de l'Union européenne*. Paris: Sirey – Dalloz

³⁹ Tačka 3. i 4. Aneksa Odluke br. 1/2008 Privremenog odbora Evropske zajednice i Bosne i Hercegovine od 7. oktobra 2008. godine o Poslovniku kojim je obuhvaćen opis poslova i struktura pododbora Evropske zajednice i Bosne i Hercegovine, *Sl. glasnik BiH*, 47/09.

Jovičić, M. (1997). *Zakon i zakonitost*. Beograd

Kuzmanović, R. (2004). *Eseji o ustavnosti i zakonitosti*. Banja Luka

Lazowski, A. (2001). *Adaptation of the Polish legal system to European Union law: Selected aspects*, Working paper No. 45, Sussex European Institute, p. 8. rr. 1–31. [Electronic version]. Preuzeto: 10. 04. 2014. <https://www.sussex.ac.uk/webteam/gateway/file.php?name=sei-working-paper-no-45.pdf&site=266>

Marković, G. (2012). *Bosanskohercegovački federalizam*. Beograd/Sarajevo

Phinnemore, D. (2003). Stabilisation and Association Agreements: Europe Agreements for the Western Balkans. *European Foreign Affairs Review*. 8(2003). 77–103

Simon, D. (2001). *Le système juridique communautaire*. Paris: Presses Universitaire de France

Trnka, K. Miličević, N. Simović, N. M. Dmičić, M. (2004) *Komentar Ustava Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske*. Sarajevo: Centar za promociju civilnog društva

Hajden, R. M. (2003) *Skice za podeljenu kuću – Ustavna logika jugoslovenskih sukoba*. Beograd

Hanf, D. Dengler, R. (2004). Accords d'associations. *College of Europe Research Papers in Law*. 1(2004). 1–45

Šarčević, E. (2010). *Ustav iz nužde, Konsolidacija ustavnog prava Bosne i Hercegovine*. Sarajevo

Propisi

Odluka Vlade Brčko distrikta o procedurama u postupku prilagodbe propisa Brčko distrikta BiH sa *acquis communautaire*. *Sl. glasnik BD BiH*. Br. 25. 2009

Odluka Vlade RS o postupku usklađivanja zakonodavstva Republike Srpske sa pravnom tekovinom Evropske unije i pravnim aktima Savjeta Evrope. *Sl. glasnik Republike Srpske*. Br. 46. 2011

Odluka Savjeta ministara BiH o Direkciji za evropske integracije. *Sl. glasnik BiH*. Br. 41. 2003

Odluka Savjeta ministara BiH o procedurama u postupku usklađivanja zakonodavstva Bosne i Hercegovine sa *acquis communautaire*. *Sl. glasnik BiH*. Br. 44. 2003

Odluka Savjeta ministara BiH o uspostavljanju Komisije za evropske integracije u sastavu Privremenog odbora za stabilizaciju. *Sl. glasnik BiH*. Br. 92. 2008; br. 25. 2012

Odluka Savjeta ministara BiH o uspostavljanju radnih grupa za evropske integracije. *Sl. glasnik BiH*. Br. 47. 2009; br. 65. 2010

Odluka Savjeta ministara BiH o instrumentima za usklađivanje zakonodavstva Bosne i Hercegovine s pravnom tekovinom (*acquis-em*) EU. *Sl. glasnik BiH*. Br. 23. 2011.

Odluka br. 1/2008 Privremenog odbora Evropske zajednice i Bosne i Hercegovine od 7. oktobra 2008. godine o Poslovniku kojim je obuhvaćen opis poslova i struktura pododbora Evropske zajednice i Bosne i Hercegovine. *Sl. glasnik BiH*. Br. 47. 2009

Poslovnik o radu Savjeta ministara Bosne i Hercegovine. *Sl. glasnik BiH*. Br. 22. 2003

Privremeni sporazum o trgovini i trgovinskim pitanjima između Evropske zajednice, sa jedne, i Bosne i Hercegovine, sa druge strane. *Sl. glasnik BiH – međunarodni ugovori*. Br. 5. 2008

Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica, s jedne strane, i Bosne i Hercegovine, s druge strane. *Sl. glasnik BiH – međunarodni ugovori*. Br. 10. 2008

Uredba o Uredu Vlade Federacije Bosne i Hercegovine za zakonodavstvo i usklađenost sa propisima Evropske unije – prečišćeni tekst. *Sl. novine Federacije BiH*. Br. 49. 2007

Ustav BiH. preuzet 10. 04. 2014. sa http://www.ohr.int/dpa/default.asp?content_id=372

Zakon o postupku zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora. *Sl. glasnik BiH*. Br. 29. 2000; Br. 6. 2013

Zakon o Savjetu ministara Bosne i Hercegovine. *Sl. glasnik BiH*. Br. 30. 2003; br. 42. 2003; Br. 81. 2006; Br. 76. 2007; Br. 81. 2007; Br. 94. 2007; Br. 24. 2008

Zakon o sistemu državne pomoći u Bosni i Hercegovini. *Sl. glasnik BiH*. Br. 10. 2012

Sudska praksa

Case 181/73 *Haegeman c. Belgique*, [1974] ECR 449

Case 12/86 *Demirel v. Stadt Schwäbisch Gmünd* [1987] ECR 3719

Case C-192/89 *S.Z. Sevince v. Staatssecretaris van Justitie* [1990] ECR 3461

Evropski sud za ljudska prava, Veliko vijeće, *Sejdić i Finci protiv BiH*, aplikacije br. 27996/06 i 34836/06, presuda od 22. 12. 2009.

Odluka Ustavnog suda BiH U-5/09, Odluka o dopustivosti i meritumu – Ustavnost Zakona o zaštiti domaće proizvodnje u okviru CEFTA, Ustavni sud BiH, 25. 09. 2009

Ostali izvori

Conclusions of the Copenhagen European Council: Bull. 6–1993

Council of the European Union, Council Conclusions on Enlargement and Stabilisation and Association Process, 3210th Council meeting, Brussels, 11.12.2012.

Traité sur l'Union européenne, version consolidée, *Journal Officiel de l'UE*, FR, C 115/1, 9. 5. 2008.

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, version consolidée, *Journal Officiel de l'UE*, FR, C 115/1, 9. 5. 2008.

Direkcija za evropske integracije (2013). *Smjernice za izvještavanje Evropske komisije u procesu evropskih integracija*, Sarajevo

Internet:

<http://www.consilium.europa.eu/policies/agreements/search-the-agreement-s-database.aspx?command=details&id=&lang=en&aid=2008023&doclang=EN>, 5. 4. 2014.

<http://dei.gov.ba/dei/dokumenti/ssp/Archive.aspx?pageIndex=1&langTag=bs-BA>, 10. 04. 2014.

Mile Dmičić, LL.D.

Full Professor,
Faculty of Law, University of Banja
Luka

Duško Glodić, LL.B., MA

Manager of the Department for
Coordination of the Stabilization and
Association Process
Directorate for European Integration,
Council of Ministers B&H, Sarajevo

**The Harmonization of the Legal System of Bosnia and Herzegovina with
the EU Acquis In Light of the Application of the Interim Agreement on
Trade and Trade Related Matters**

Summary

The harmonization of a legal system is one of the essential duties that a country aiming to accede to the EU has to accomplish. Bosnia and Herzegovina has established contractual relationship with the EU by concluding the Stabilisation and Association Agreement. While the entry into force of this agreement is pending, the Interim Agreement on Trade and Trade-Related Matters (containing trade-related provisions of the Stabilisation and Association Agreement) is being applied. This article explores the obligation of Bosnia and Herzegovina to adjust its legal system to the EU *acquis* through the application of the Interim Agreement.

In order to examine this issue in a comprehensive manner, the authors first explained the legal nature of the Stabilisation and Association Agreement and the Interim Agreement. In this context, a particular attention has been paid to the provision of Article 70 of the Stabilisation and Association Agreement, which stipulates the obligation to harmonize domestic legislation with the EU *acquis* and has been applied since the Agreement's signature. The Agreement provides that the priority in the legal harmonization has to be given to trade-related issues. The legal approximation activities will expand to other relevant areas of the *acquis*.

Further on, the authors explored the procedural framework for the legal approximation to the EU *acquis* carried out in Bosnia and Herzegovina with particular regard to future challenges in this process. The authors analyzed the legal approximation procedures applied by Bosnia and Herzegovina's institutions, institutions of its entities and the Brčko District, as well as harmonization instruments and their relevance in the approximation procedures. The authors focused on the importance of the constitutional distribution of competences to different levels of government and its impact on the harmonization process. The authors concluded that it was necessary to establish a sound system of the coordination of administrative activities, harmonization provisions at different levels of government and planning the legal approximation process.

Finally, the authors analyzed the institutional framework established by the Interim Agreement, i.e. the joint bodies established between the contracting parties (Bosnia and Herzegovina and the European Union), which have been entrusted to monitor the application of this Agreement. The Interim Agreement has set up an Interim Committee for Stabilisation and Association and several sectorial sub-committees to monitor the implementation of particular Agreement provisions.

Key words: Interim Agreement on Trade and Trade Related Matters, Stabilisation and Association Agreement, EU Law, harmonisation, EU *acquis*.

Dr Aleksandar Lj. Ćirić,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu
Dr Predrag N. Cvetković,*
Vanredni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

NAUČNI ČLANAK

UDK: 339.727.22(4-672EU)

Rad primljen: 01.09.2014.
Rad prihvaćen: 01.12.2014.

KARAKTERISTIKE PRAVNOG REŽIMA STRANIH DIREKTNIH INVESTICIJA U PRAVU EU**

Apstrakt: Sporazumom iz Lisabona definisanje pravnog okvira direktnih stranih investicija transferisano je iz polja nadležnosti država članica u polje kompetencije Evropske unije. Opisana promena rezultat je novog okvira Zajedničke trgovinske politike EU, proširenog uključivanjem pravnog tretmana direktnih stranih investicija u predmet CCP-a. Navedena promena utiče na postojeći pravni režim direktnih stranih investicija u državama članicama, koji je zasnovan prevashodno na pravilima bilateralnih sporazuma o tretmanu i zaštiti stranih investicija. Odgovori na otvorena pitanja konkretne primene novog okvira CCP-a, u kontekstu podele nadležnosti između EU i država članica, rezultirali su Uredbom o ustanovljavanju tranzicionog režima za bilateralne sporazume između država članica i trećih zemalja. Dve su osnovne grupe pitanja koje Uredba uređuje: postupak tranzicije „spoljnih bilateralnih sporazuma“, uz značajnu ulogu Komisije, te pitanje statusa EU (odnosno Komisije kao njene emanacije) u postupcima rešavanja investicionih sporova. Primena Uredbe trebalo bi da doprinese implementaciji pravila Lisabonskog sporazuma o novim okvirima zajedničke trgovinske politike, uključujući i strane direktne investicije, na način koji obezbeđuje balans između potrebe EU da ostvari efektivnu zaštitu svojih investitora u inostranstvu, sa jedne, i njenog interesa da očuva dovoljan regulatorni

* aciric@prafak.ni.ac.rs

* pepicvetkovic@gmail.com

** Rad je rezultat istraživanja na projektu: "Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije", koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu u periodu 2013–2018. godine.

prostor za sprovođenje odgovarajuće politike stranih direktnih investicija u okviru Unije, sa druge strane.

Ključne reči: *Sporazum iz Lisabona, Zajednička trgovinska politika, bilateralni sporazumi o tretmanu i zaštiti stranih investicija, direktne strane investicije.*

1. Uvod

Pravni režim stranih direktnih investicija u pravu Evropske unije dobija na značaju nakon stupanja na snagu Lisabonskog sporazuma, kojim se menjaju Rimski sporazumi ("Ugovor o izmenama i dopunama Sporazuma o stvaranju Evropske unije – e. *Treaty on European Union*) i Sporazum o osnivanju Evropske ekonomske zajednice (e. „*Treaty establishing the European Community*” – dalje i: „*TEC*”, preimenovan Lisabonskim sporazumom u „Sporazum o funkcionisanju Evropske unije”, e: *Treaty on the Functioning of the European Union*; dalje i: *TFEU*).

Relevantnim odredbama *TFEU* pitanje režima stranih direktnih investicija (e. „Foreign Direct Investment”, dalje i: *FDI*) transferisano je iz polja nadležnosti država članica u isključivu nadležnost EU.¹ Opisani transfer rezultat je uključivanja *FDI* režima u okvir Zajedničke trgovinske politike (e. „*Common Commercial Policy*”; dalje i: *CCP*), za koju je, kao polje eksterne akcije EU², predviđena isključiva nadležnost Unije³ Sama *CCP* je definisana kroz članove

¹ Videti: „Consolidated Reader-Friendly Edition of the Treaty on European Union (TEU) and the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) as amended by the Treaty of Lisbon” (2007), Publisher: Foundation for EU Democracy Printed at Notat Grafisk, Denmark – 2008 ISBN: 87-87692-72-4 EAN: 978-87-87692-72-4 (svako naredno citiranje *TEU* i *TFEU* biće preuzeto iz gore navedene publikacije).

² “Eksterna akcija” Unije uređena je Poglavljem 1. Dela V *TFEU*. Navedenim poglavljem uređuju se principi i ciljevi spoljne politike Unije. U Poglavlju 2 dela V *TFEU* uređuje se pitanje zajedničke trgovinske politike. Videti: čl. 205. *TFEU*.

³ Polja isključive nadležnosti EU utvrđena su članom 3. *TFEU*. Njime se predviđa isključiva nadležnost Unije u sledećim oblastima: carinske unije, ustanovljavanja pravila konkurencije neophodnih za funkcionisanje unutrašnjeg tržišta, monterne politike država članica koje su prihvatile evro kao zajedničku valutu, zaštitu morskih bioloških resursa, i na kraju zajedničke trgovinske politike (videti čl. 3. st. 1. a-e *TFEU*). Isključiva nadležnost Unije pretpostavlja ekskluzivno pravo regulisanja i usvajanja pravno obavezujućih akata iz oblasti

206–207. Sporazuma o funkcionisanju EU (ex članovi 131. i 133. Sporazuma o osnivanju Evropske ekonomske zajednice).

Osnovni razlog za navedeno translatovanje pravnog režima i politike stranih direktnih investicija u polje nadležnosti EU leži u potrebi jačanja kapaciteta Unije da kao samostalni akter međunarodnih ekonomskih odnosa efikasno i efektivno štiti sopstvene interese. Ojačana politička legitimacija Unije u oblasti *FDI* nužno pretpostavlja obezbeđenje koherentnosti pravnog režima stranih direktnih investicija. Time se, u kontekstu regulatornog okvira *FDI*, uvode pretpostavke za efikasnije i uspešnije pregovaranje EU o investicionim sporazumima (Ceyssens, 2005: 259). Koherentnosti regulatornog režima doprinosi i simplifikacija regulatornog okvira kroz jasnu podelu nadležnosti za sprovođenje politike stranih direktnih investicija između Unije, sa jedne, i država članica, sa druge strane (Dimopoulos, 2008: 110).

U „predlisabonskom periodu“ politika stranih direktnih investicija prema trećim državama bila je dominantno u nadležnosti država članica Unije. Navedena je nadležnost realizovana kroz zaključivanje bilateralnih sporazuma o zaštiti i tretmanu stranih investicija (e. „*Bilateral Investment Treaties*“; dalje i: *BITs*; bilateralni investicioni sporazumi) ili međunarodnih trgovinskih sporazuma sa posebnim investicionim poglavljima. Nadležnosti EU kretale su se u ograničenom, Sporazumom iz Nice utvrđenom okviru: Unija nije mogla da pregovara i samostalno zaključuje sporazume (bilateralne, regionalne ili multilateralne) koji utvrđuju principe tretmana i zaštite stranih investicija. Ovi su sporazumi smatrani mešovitim sporazumima (e. *mixed agreements*)⁴ i procedura njihovog zaključenja podrazumevala je saglasnost i učešće država članica. Rezultat opisanih okolnosti bilo je postojanje dva nezavisna ali paralelna pravna režima stranih direktnih investicija: prvi je bio baziran na odredbama bilateralnih sporazuma država članica sa trećim zemljama (dalje i: „spoljni *BITs*“), te je stoga potpadao pod nadležnost pravila međunarodnog

koja pod takvu nadležnost potpada. Pravo država članica da uređuju određena pitanja iz oblasti koja spada u isključivu nadležnost Unije derivira se iz ovlašćenja koja Unija daje državama članicama Unije (videti čl. 2. st. 1. *TFEU*).

⁴ Podela na „mešovite“ sporazume (koji se zaključuju u slučaju podeljene nadležnosti država članica i EU) i „čiste“ sporazume (koji se zaključuju u slučaju da EU ima isključivu nadležnost) nije izvedena iz primarnih izvora prava EU (*TEU* ili *TFEU*). Radi se o tekovini interpretativne prakse *ECJ*. Videti više u: Moerenhout, Pérez, 2010: 18).

javnog prava. Sa druge strane, postojao je i režim stranih investicija utvrđen komunitarnim pravom. Ovaj se režim odnosio, pre svega, na obezbeđenje nediskriminacije stranih investitora na teritoriji Unije i na uklanjanje ograničenja i izuzetaka za slobodan transfer kapitala.

Opisani paralelizam trajao je do usvajanja Lisabonskog sporazuma, kojim je ustanovljena nove paradigma *CCP*-a, čija je jedna od karakteristika uključivanje stranih direktnih investicija u okvir zajedničke trgovinske politike.

Za budući režim stranih investicija u pravu EU, od značaja je činjenica da Lisabonski sporazum operiše pojmovima „strana direktna investicija“ i „investicija“, ali ih ne definiše. Sa druge strane, klasična podela investicija (uz sva moguća preklapanja) podrazumeva razlikovanje na *FDI*⁵ i portfolio investicije⁶. Ovo je razlikovanje prisutno i u bilateralnim sporazumima o zaštiti i tretmanu stranih investicija. Izričito uključivanje *FDI* u okvir zajedničke trgovinske politike vodi zaključku da postoje investicije koje nisu „strane direktne investicije“ i koje su kao takve izvan polja regulisanja *CCP*-a; naime, da

⁵ Cilj *FDI* je sticanje trajnog interesa pravnog subjekta jedne države (direktni investitor) u pravnom subjektu pod suverenitetom druge države. Trajni interes podrazumeva postojanje dugoročnog odnosa između direktnog investitora i preduzeća, kao i suštinski uticaj ulagača na upravljanje preduzećem. Pojavni oblici ovog uticaja mogu biti različiti. U *OECD* polaznim osnovama za direktne strane investicije preporučuje se da „direktna investicija bude definisana kao preduzeće u kome strani investitor poseduje 10 ili više procenata redovnih akcija sa pravom glasa ili po drugom osnovu“ Numerička vrednost od 10% ustanovljava pretpostavku direktnog investicionog odnosa (eng. “direct investment relationship”), te implicira zaključak o sposobnosti investitora da utiče na upravljanje preduzećem. Dakle, *FDI* ne pretpostavlja apsolutnu kontrolu stranog investitora. Videti više u: Sornorajah, 2004: 227–228.

⁶ Portfolio investicija realizuje se preko međunarodnog tržišta kapitala i kupovina hartija od vrednosti. Cilj portfolio investitora je generisanje dobitka u vidu dividende, pri čemu on nema nameru vršenja preduzetničke aktivnosti. Za razliku od *FDI*, kod portfolio investicija dolazi do razdvajanja između upravljanja i kontrole kompanije, sa jedne, i posedovanja akcija u njemu, sa druge strane. Portfolio investicija ne ustanovljava trajan odnos, kao što je to slučaj sa *FDI*. Reč je investicijama koje se realizuju kupovinom akcija, obveznica ili putem zajmova. Portfolio investitori nemaju uticaj na upravljanje preduzećem. Odnose investitora i preduzeća u koje se investira karakteriše oportunistička i krhkost. Portfolio investitori prevažno su zainteresovani za sigurnost njihovog kapitala, verovatnoću uvećanja njegove vrednosti i povraćaj uloga. Oni procenjuju perspektivu delatnosti u koju investiraju i karakteristike potencijalne države domaćina, menjajući pravce kretanja svog kapitala u skladu sa promenama navedenih determinanti. Nestabilnosti tzv. “portfolio” odnosa

je postojala namera da i drugi oblici investicija budu uključeni u okvir *CCP*-a, ta bi namera imala svoju tekstualnu emanaciju. Iz ovoga se zaključuje da eventualni budući sporazumi zaključeni od strane Unije u skladu sa novim ovlašćenjima iz okvira sprovođenja *CCP*, a koji bi za predmet regulisanja imali režim portfolio investicija, ne bi mogli da se smatraju uključenim u okvir *CCP*-a, i ostali bi mešoviti sporazumi a ne sporazumi iz okvira zajedničke trgovinske politike: to jest, to ne bi bili sporazumi u isključivoj nadležnosti EU.

2. Karakteristike pravnog režima FDI u kontekstu zajedničke trgovinske politike

Ključne odredbe kojim je utvrđen novi obrazac *CCP*-a sadržane su u članovima 206. (ex član 131 *TEC*) i 207. (ex član 133 *TEC*) TFEU. Ovim se članovima strane direktne investicije uključuju u okvir zajedničke trgovinske politike.

Član 206. predviđa da bi ustanovljavanje carinske Unije trebalo da doprinese ostvarivanju zajedničkog interesa kroz harmonizaciju razvoja svetske trgovine, progresivno eliminisanje trgovinskih ograničenja i ograničenja za strane direktne investicije.

Član 207. utvrđuje da se *CCP* bazira na uniformnim principima posebno relevantnim za: zaključivanje carinskih i trgovinskih sporazuma koji se odnose na trgovinu robom i uslugama i komercijalne aspekte intelektualne svojine, strane direktne investicije, potom potrebu ostvarivanja jednoobraznosti u merama kojima se uređuje liberalizacija, izvozna politika i zaštitne trgovinske mere, poput onih koje se preduzimaju u slučaju dampinga i subvencija. Zajednička trgovinska politika trebalo bi da se sprovodi u skladu sa principima i ciljevima spoljne (eksterne) akcije Evropske unije.

Oba navedena člana imaju svoju svrhu u kontekstu nove paradigme pravnog režima stranih direktnih investicija. Član 206, čini se, promoviše liberalizaciju investicionih tokova i uklanjanje barijera za strane direktne investicije. Član 207, pak ide korak ispred i ne ograničava se samo na liberalizaciju već i na pitanje pravne zaštite i obezbeđenja odgovarajućeg tretmana stranih investicija. U prilog ovom tumačenju, ide i a contrario analiza: ukoliko bi se *CCP*

doprinosu promene u izgledima za ostvarivanje dobiti, koje su zavisne od kratkoročnih, ali i

ograničio samo na liberalizaciju, time bi se oduzeo *effet utile* normama *TFEU* o uključivanju FDI u *CCP*, jer bi postojeća praksa zaštite i obezbeđenja odgovarajućeg tretmana stranih investicija kroz bilateralne sporazume država članica ostala nepromenjena (Woolcock, 2010: 24).⁷

Novi okvir *CCP*-a ustanovljava jasnu prevagu nadležnosti prava EU u odnosu na pravni režim FDI, utvrđen bilateralnim investicionim sporazumima država članica. Stav o primatu komunitarnog prava nad odredbama bilateralnih sporazuma o zaštiti i tretmanu stranih investicija država članica utemeljen je i u odlukama Evropskog suda pravde ("*European Court of Justice*", dalje i: *ECJ*). Godine 2009. Evropski sud pravde je u tri presude razmatrao odnos:

- prava, obaveza i odgovornosti država članica utvrđenih bilateralnim sporazumima o zaštiti stranih investicija zaključenih pre pristupanja tih država Uniji, sa jedne, i
- obaveza, odgovornosti i dužnosti država članica prema komunitarnom pravu, sa druge strane.⁸

Zajednički imenitelj sve tri odluke je da čak i u slučaju hipotetičkih inkompatibilnosti između *BITs*-ova i komunitarnog prava, bilateralni sporazumi moraju da budu usklađeni sa pravom EU ili stavljeni van snage. Ovaj pristup objašnjava se potrebom obezbeđenja supremacije prava EU u odnosu na međunarodnopravne obaveze država članica konstituisane pre njihovog članstva u Uniji (Lavranos, 2010: 411).

Neposredan povod za uključivanje *ECJ* u pitanje odnosa spoljnih *BITs*-ova i komunitarnog prava bila je potreba da se zbog terorističkih napada na Njujork

teško predvidljivih, kretanja na finansijskim tržištima (Cvetković, 2005: 31–34).

⁷ Ovome u prilog ide i tačka 7. Preambule Uredbe o ustanovljavanju tranzicionog režima za bilateralne investicione sporazume država članica i trećih država (više o Uredbi videti infra u tač. 3. ovog rada): „U interesu investitora iz Unije i njihovih investicija u treće države, te u interesu država članica koje su domaćini stranim investitorima i investicijama, bilateralni investicioni sporazumi koji specifikuju i garantuju uslove za investiranje imaju se održati na snazi i progresivno zameniti investicionim sporazumima Unije, uz obezbeđenje visokog standarda investicione zaštite“. Videti i član 1. st. 2. u kome se izričito navodi da Uredba uređuje pitanje važenja odredbi bilateralnih investicionih sporazuma koji uređuju „investicionu zaštitu“.

⁸ Videti odluku u sporovima: Case-205/06, *Commission v. Austria* [2009]; Case -249/06, *Commission v. Sweden* [2009]; Case -118/07, *Commission v. Finland*, of 19 November 2009.

11. septembra 2001, a kao deo „borbe protiv terorizma“, ograniče fondovi za finansiranje ilegalnih aktivnosti koje su se smatrale terorističkim. Evropska unija je postupala u skladu sa rezolucijama Saveta bezbednosti UN, i usvojila niz mera za zamrzavanje imovine i sredstava za koja je utvrđeno da se koriste za podršku terorističkih aktivnosti. Promptna i neposredna primena ovih mera bila je, međutim, ograničena principom slobode transfera kapitala sadržanim u spoljnim BITs-ovima država članica.⁹ Opisana implementacija mera ograničavanja finansiranja terorističkih grupa vodila je, dakle, istovremenom kršenju obaveze država članica Unije da obezbede slobodu transfera kapitala (slobodu koja se štiti odredbama bilateralnih sporazuma). *Vice versa*, odbijanjem da sprovedu mere ograničenja na koje su obavezane pravom EU (pri čemu bi to odbijanje bilo u skladu sa odredbama relevantnog bilateralnog sporazuma), države članice bile bi dovedene u poziciju da se ponašaju suprotno pravilima komunitarnog prava.

Komisija EU prepoznala je problem i zauzela stav da je nedostatak jasnog osnova u bilateralnim sporazumima država članica da nametnu mere zamrzavanja novčanih sredstava u konfliktu sa njihovim obavezama kao članica Unije. Svoj stav Komisija je bazirala na odredbama ex 307 Sporazuma o Evropskoj zajednici (danas 351 TFEU). Navedeni član najpre u stavu 1. predviđa da članstvo u Uniji ne utiče na međunarodnopravne obaveze koje su države članice preuzele pre dobijanja članstva. Sa druge strane, stav 2. istog člana obavezuje države članice da eliminišu bilo kakvu inkopatibilnost između njihovih međunarodnopravnih obaveza i prava Unije. Prvi stav navedenog člana podržava princip *pacta sunt servanda*, dok drugi stav daje prednost obavezama koje države imaju kao članice Unije. Komisija je dala prednost stavu 2, sa argumentacijom da pravo EU izričito predviđa mogućnost nametanja sankcija, dok bilateralni sporazumi država članica to ne čine. Dakle, korpus međunarodnopravnih obaveza država članica pre stupanja u EU ima se tumačiti na sledeći način: ukoliko postoji praznina u tim obavezama, primenjuju se pravila EU (koja reguliše određeno pitanje koje je *lacunae* u

⁹ Sloboda transfera kapitala podrazumeva pravo investitora da slobodno raspolaže svojim novčanim sredstvima. Mogućnost da država ospori, ograniči ili isključi ovo pravo naziva se rizikom transfera. Rizik transfera jedan je od tipova nekomercijalnih (političkih rizika). Videti više u: Cvetković, 2005: 74–77.

međunarodnopravnim obavezama država članica). Upravo je to slučaj sa „spoljnim“ bilateralnim sporazumima o zaštiti stranih investicija država članica koji ne sadrže odredbe o zamrzavanju imovine investitora zbog nelegalnih aktivnosti. A contrario, da su ovakve odredbe bile prisutne u relevantnim *BITs*-ovima država članica, oni ne bi bili u suprotnosti sa pravom EU.¹⁰

Postupajući u sporovima iniciranim zbog problema u implementaciji mera za suzbijanje terorističkih aktivnosti, *ECJ* se oslonio na praksu primene člana *ex-307* Sporazuma o Evropskoj zajednici. Ta je praksa interpretirala zahtev uklanjanja „inkompatibilnosti“ između međunarodnopravnih obaveza država članica i njihovih obaveza zasnovanih na komunitarnom pravu kao obavezu država članica da pregovaraju i modifikuju „inkompatibilnu obavezu“. U suprotnom, takav bi se sporazum imao staviti van snage.¹¹ U skladu sa opisanim pristupom, pokrenut je postupak protiv država članica čiji su bilateralni sporazumi o zaštiti i tretmanu stranih investicija onemogućavali implementaciju mera zamrzavanja imovine: Švedske, Austrije i Finske. Evropski sud pravde je analizu kompatibilnosti bilateralnih sporazuma navedenih država i komunitarnog prava započeo stavom da odredba o slobodi transfera, sadržana u spornim *BITs*-ovima, jeste načelno konzistentna sa pravom EU.¹² Sud je takođe smatrao da odredba člana *ex-307*. st.1. ostaje na snazi („nepovredivost“ korupsa međunarodnopravnih obaveza država članica zasnovanih na sporazumima zaključenim pre pristupanja Uniji; „*pacta sunt servanda*“ odredba), ali da činjenica da sporni bilateralni sporazumi ne sadrže odredbu o zamrzavanju sredstava predstavlja inkompatibilnost sa pravom Unije u smislu *ex-307*. člana Sporazuma o osnivanju EEZ. U konačnom, *ECJ* je smatrao da pravo Unije ima supermaciju nad pravom država članica. Opisani pristup

¹⁰ Pristup koji ograničava primenu načela *pacta sunt servanda* iz prvog stava *ex-307*. člana Sporazuma o osnivanju EZ, i koji konsekventno vodi supermaciji prava EU nad međunarodnopravnim obavezama država članica, uključujući i one zasnovane na njihovim sporazumima, prisutan je u najranijoj praksi Evropskog suda pravde (Eimansberger, 2009:421). Videti: Case 10/61, *Commission v. Italy*, [1962] str. 10.

¹¹ Videti odluke u sledećim sporovima: Case -84/98, *Commission v. Portugal* [2000]; Case -62/98, *Commission v. Portugal* [2000]; Case -307/99, *OFT Fruchthandelsgesellschaft* [2001]; Case T-2/99, *T. Port v. Council* [2001]; Case T-3/99, *Bananatrading v. Council* [2001];. Case -203/03, *Commission v. Austria* [2005]; Case -216/01, *Budvar* [2003]; Case C-466, 467, 468, 469, 471, 472, 475 and Case 476/98, *Commission v. UK, Denmark, Sweden, Finland, Belgium, Luxemburg, Austria and Germany, (Open skies)* [2002].

ECJ, kojim se komunitarno pravo stavlja iznad međunarodnopravnih obaveza država članica, podržan je odlukama u sporovima *Mox plant*¹³ i *Kadi*¹⁴.

3. Uredba o ustanovljavanju tranzicionog režima za bilateralne investicione sporazume kao komplement Lisabonskom sporazumu

Posmatrano kroz vizuru univerzalnog regulisanja, bilateralni sporazumi o zaštiti i tretmanu stranih investicija predstavljaju ključni izvor međunarodnopravnog režima *FDI*. U slučaju EU, više od 50 godina bilateralizam je bio metod uređivanja međunarodnopravnog investicionog režima država članica. Lisabonski sporazum to menja na način opisan u tač. 1. i 2. ovog rada. Broj od oko 1200 spoljnih bilateralnih sporazuma o zaštiti i tretmanu stranih investicija govori o značaju pitanja njihovog daljeg režima u svetlu novog koncepta zajedničke trgovinske politike i uključivanja *FDI* u njen okvir.

Postoji bojazan država članica u pogledu načina i mere implementacije postojećih bilateralnih investicionih sporazuma. Naime, njihova izmena ili raskidanje ugrožavaju stabilnost pravnog sistema regulisanja stranih direktnih investicija. Razlog ove senzitivnosti leži u činjenici da bilateralni investicioni sporazumi predstavljaju deo mreže sporazuma koji čine sistem Međunarodnog trgovinskog prava. Klauzula najvećeg povlašćenja (e. „*Most Favoured Nation Treatment Clause*“) „multilateralizuje“ pravni režim stranih direktnih investicija, time što prava, obaveze i odgovornosti utvrđene jednim bilateralnim sporazumom, dejstvom navedene klauzule postaju indirektna sadržina drugog bilateralnog investicionog sporazuma (videti više u Ćirić, 2010: 133–146). Sistem bilateralnih investicionih sporazuma je, dakle, u toj meri međuzavistan da je nemoguće menjati ga fragmentarno, bez posledica.¹⁵

¹² Videti § 26 i 27. odluke u sporu *Case C-249/06 Commission v. Sweden* [2009]

¹³ Videti odluku u sporu *Case -459/03, Commission v. Ireland*, [2006]

¹⁴ Videti odluku u sporu *Case -402/05 P* i *Case -415/05 P, Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, [2008].

¹⁵ Praznina u Lisabonskom sporazumu u odnosu na pitanje statusa bilateralnih sporazuma o zaštiti stranih investicija država članica, prepoznata je vrlo rano. Tako je naglašeno da se radi o procesu koji će iritirati i eksterne i interne aspekte političke senzitivnosti (unutrašnju i eksternu političku senzitivnost (Bungenberg, 2008: 12).

Lisabonski sporazum nije otklonio nedoumice u odnosu na gore navedeno pitanje. Pokušaj u tom pravcu je usvajanjem Uredbe o ustanovljavanju tranzicionog režima za bilateralne investicione sporazume država članica i trećih država (dalje i: Uredba; „tranziciona Uredba“).¹⁶ Ova je Uredba u konačnom tekstu usvojena 12. decembra 2012. godine, a na snagu je stupila 9. januara 2013. godine. Njeno donošenje rezultat je kompromisa između Parlamenta i Komisije, sa jedne, i Saveta EU, sa druge strane.

Uredba je stupila na snagu januara 2013. godine i dala je određena razjašnjenja.

Dve su grupe pitanja koje otvara navedena Uredba. Prva se tiče procedure sprovođenja postupka tranzicije, njenih nosilaca i karakteristika. Druga se odnosi na uticaj Uredbe na proceduru rešavanja investicionih sporova kao važan segment investicionopravne zaštite (pored materijalnopravne i zaštite putem osiguranja).¹⁷

3.1. Postupak tranzicije

Uredba ustanovljava postepeni, tranzicioni sistem za bilateralne investicione sporazume država članica i trećih država (postepenost se izražava kroz frazu „progresivna zamena“, e. „progressive replacement“)¹⁸.

Uredba razlikuje tri grupe spoljnih bilateralnih sporazuma o zaštiti i tretmanu stranih investicija.

Prvu grupu (dalje i: grupa 1) čine sporazumi zaključeni u „pred-lisabonskom periodu“ (pre stupanja na snagu Sporazuma iz Lisabona, 1. 12. 2009. godine). Ovim sporazumima upodobljeni su sporazumi koje je zaključila država članica nakon stupanja na snagu Lisabonskog sporazuma, ali pre pristupanja Uniji (jedini takav primer u ovom času je Republika Hrvatska).

¹⁶ Naziv Uredbe na engleskom glasi: „The regulation by the EP and the Council concerning “establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries”.

¹⁷ Videti više u: Cvetković, 2005: str. 97 passim.

¹⁸ Princip progresivne zamene javlja se već u Preambuli Uredbe: „mada bilatarni investicioni sporazumi ostaju obavezujući za države članice prema pravilima međunarodnog javnog prava uz njihovu progresivnu zamenu sporazumima Unije o identičnom pitanju ...(zaštiti i tretmanu stranih investicija: op. aut).

Drugu grupu (dalje i: grupa 2) čine sporazumi zaključeni između 1. decembra 2009. (datum stupanje na snagu Lisabonskog sporazuma) i 9. januara 2013. godine (datum stupanja na snagu Uredbe).

Treću grupu čine sporazumi koje države mogu zaključiti u budućnosti. Za njihovo zaključenje postoji procedura predviđena Uredbom.

U sprovođenju procedure „progresivne zamene“ iz Uredbe ključnu ulogu ima Komisija.¹⁹

Prvi korak u proceduri tranzicije je obaveza država članica da Komisiju obaveste o svojim postojećim „spoljnim“ bilateralnim investicionim sporazumima (čl. 2. Uredbe). Komisija publikuje listu notifikovanih bilateralnih sporazuma (čl. 4. Uredbe). Notifikovani sporazumi mogu biti iz grupe 1 (pred-lisabonski sporazumi zaključeni pre 1. decembra 2009, odnosno pre dana stupanja na snagu Lisabonskog sporazuma) i iz grupe 2 (u periodu 1. decembar 2009 – 9. januar 2013, pre stupanja na snagu Uredbe; videti član 12. Uredbe). Prvo publikovanje u smislu člana 4. Uredbe učinjeno je maja 2013. godine. Na listi sporazuma o kojima su države „notifikovale“ Komisiju nalazi se i 21 bilateralni sporazum o zaštiti i tretmanu stranih investicija, koji se primenjuju između Srbije i država EU (najstariji je sporazum između SFRJ i Francuske, i datira iz 1974. godine; najnoviji su sa Danskom i Portugalom, oba iz 2009. godine). Interesantno je da Mađarska nije notifikovala sporazum sa SRJ iz 2001. godine koji je stupio na snagu 2005. godine.²⁰ Dakle, potencijalno svi ovi ugovori mogu biti predmet „progresivne zamene“.

Kada je reč o grupi 1, drugi korak je evaluacija notifikovanih BITs-ova. Komisija ima pravo i dužnost da evaluiira notifikovane sporazume. Ova evaluacija ima za cilj da ispita da li ispitivani sporazum predstavlja ozbiljnu prepreku („serious obstacle“) za pregovore ili zaključivanje budućih investicionih sporazuma EU i treće države (države sa kojom je zaključen BITs koji je notifikovan; videti čl. 5. Uredbe). Komisija evaluaciju vrši uz saradnju sa

¹⁹ Videti tač. 17. Preambule Uredbe.

²⁰ Lista je data u dokumentu „List of the bilateral investment agreements referred to in Article 4(1) of Regulation (EU) No 1219/2012 of the European Parliament and of the Council establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries (1)“ (2013/C 131/02).

državom članicom koja je zaključila bilateralni sporazum u pitanju.²¹ Ukoliko Komisija ustanovi da odredbe bilateralnog sporazuma predstavljaju „ozbiljnu prepreku“ za pregovore ili zaključivanje bilateralnog sporazuma sa trećim državama, Komisija započinje treću fazu: konsultacije sa državom članicom. Konsultacije ne mogu trajati duže od 90 dana. Nakon 60 dana od okončanja konsultacija Komisija može da indicira odgovarajuće mere koje država članica treba da preduzme da bi uklonila „ozbiljne prepreke“ za pregovore i zaključivanje BITs-a Unije i treće države u pitanju (država sa kojom je država članica zaključila „spoljni“ BITs pre stupanja na snagu Lisabonskog sporazuma).

Kada se radi o grupi 2, drugi korak je ocena postojećeg BIT-a u svetlu kriterijuma iz člana 9. st. 1. Reč je kriterijumima koji se tiču procene da li su odredbe postojećeg BIT-a iz grupe 2:

- u konfliktu sa pravom EU;
- suviše s obzirom na to da je Komisija dala preporuku da otvori pregovori Unije sa trećom državom o zaključivanju bilateralnog investicionog sporazuma Unije i te države, u skladu sa članom 218 TFEU;
- konzistentne sa principima i ciljevima spoljne (eksterne) akcije Unije, elaborirane u skladu sa opštim odredbama iz Dela V poglavlja 1 TFEU;
- predstavljaju ozbiljnu prepreku za pregovore ili zaključivanje BITs-ova sa trećim državama.

Komisija može doneti nekoliko odluka.

Prvo, ukoliko nije ispunjen nijedan od kriterijuma iz člana 9. st. 1. Uredbe, Komisija može dati odobrenje za izmenu postojećeg ili zaključivanje novog BIT-a sa trećom državom.

Drugo, Komisija može da zahteva od države članice da uključi ili isključi iz pregovora i potencijalnog bilateralnog sporazuma bilo koju klauzulu čije je uključivanje ili otklanjanje nepophodno da se osigura konzistentnost sa

²¹ Opisana dužnost kooperacije države članice refleksija je obaveze država da sarađuju u ostvarivanju ciljeva Unije, sadržane u članu 4. 3. *TEU*.

investicionom politikom Unije ili pravom EU (videti čl. 9. st. 2. Uredbe). Komisiji u postupku davanja ovlašćenja asistira Komitet za investicione sporazume (videti član 16. st. 2. Uredbe).

Kada se radi o trećoj grupi sporazuma (izmene postojećih sporazuma ili zaključivanje novih sporazuma nakon stupanja na snagu Uredbe), postoji obaveza države da u pisanoj formi obavesti Komisiju o nameri da izmeni postojeći ili zaključi novi ugovor. Obaveštenje u pisanoj formi mora da prati odgovarajuća dokumentacija sa indikacijom odredbi o kojima se ima pregovarati. Notifikacija mora da usledi najkasnije pet meseci pre početka formalnih pregovora države članice i treće države. Komisija u cilju davanja ovlašćenja za pregovore primenjuje kriterijume iz člana 9. st. 1. Uredbe.²²

Čini se da Uredba u velikoj meri ostavlja diskreciju Komisiji da ocenjuje uslove za izmenu postojećih ili zaključivanje novih bilateralnih sporazuma. Opisana diskrecija reflektuje se kroz ekstenzivno primenjivanje metode regulisanja putem pravnih standarda. Primer navedenog pristupa su:

- korišćenje izraza „preduzimanje svih neophodnih mera“ (tač. 11. Preambule ovu obavezu nameće državam članicama u cilju eliminisanja inkopatibilnosti u postojećim „spoljnim“ BITs-ovima sa pravom EU);
- utvrđivanje standarda postojanja „ozbiljne prepreke“ kao razloga za izmenu ili ukidanje postojećih bilateralnih sporazuma (videti član 6. Uredbe).

U konačnom, interpretativno „upravljanje“ sadržinom i dometom primene navedenih pravnih standarda zavisice od Komisije, odnosno, u slučaju spora, od pristupa koji zauzmu pravosudni organi EU: Generalni sud (bivši Sud prve instance) i Evropski sud pravde.

3.2. Uticaj Uredbe na proceduru rešavanja investicionih sporova

Tranziciona Uredba bavi se i ulogom Komisije u proceduri rešavanja sporova prema postojećim bilateralnim sporazumima i nameće određene obaveze državam članicama.

²² Videti član 8. Uredbe.

Prvo, države članice imaju obavezu da Komisiju informišu o sporu (čl. 13a Uredbe),

Drugo, države članice imaju obavezu da preuzmu sve neophodne korake da bi osigurale da Komisija može da učestvuje u proceduri rešavanja sporova (čl. 13b Uredbe).

Gore navedene obaveze otvaraju pitanje njihovog poštovanja od strane država članica kada se radi o učešću Komisije u sporovima pred Centrom za rešavanje investicionih sporova između država i državljana drugih država (e. „*International Center for Settlement of Investment Disputes*“; *ICSID* centar). Reč je o instituciji koja važi za reprezentativnu i opšteprihvaćenu instituciju rešavanja investicionih sporova (Ćirić, 2010: 354–358.)²³

Evropska unija nije strana ugovornica *ICSID* konvencije kojom je osnovan Centar. Kako član 67. Konvencije predviđa da samo države imaju pravo da joj pristupe,²⁴ članstvo Unije u *ICSID*-u zahtevalo bi izmenu Konvencije, što je kompleksan poduhvat u političkom, pravnom i organizacionom smislu. Izostanak Unije iz Konvencije ne znači da je ona bila bez određenog modaliteta učešća u sporovima pred *ICSID* centrom: potreba da se sporovi rešavaju efikasno i u skladu sa pravilima merodavnog bilateralnog sporazuma, uslovila je da su arbitraže *ICSID*-a u prošlosti pozivale Komisiju da učestvuje u postupku u svojstvu *amicus curiae* (Levine, 2011: 204, *passim*).

U punoj snazi, pitanje istupanja Komisije u sporovima pred *ICSID*-om (u kapacitetu koji je veći od *amicus curiae*) otvara se imajući u vidu da Uredba

²³ *ICSID* centar osnovan je Konvencijom o osnivanju Centra za rešavanje sporova između država i državljana drugih država ugovornica, usvojenom 1965. godine. Njegove članice su države članice Svetske banke koje su zemlje ugovornice Konvencije. Države koje nisu članice Svetske banke mogu se pridružiti Centru ukoliko su potpisale Statut Međunarodnog suda pravde, uz dvotrećinsku odluku Administrativnog saveta kojom se država poziva da pristupi Konvenciji. Osnivanjem *ICSID* centra učinjen je napredak u proceduralnoj zaštiti stranog investitora. Najvažnije karakteristike *ICSID*-a su: njegova nezavisnost od domaćeg pravnog sistema; „institucionalna podrška“ koju uživa kao telo pod okriljem Svetske banke; investicioni sporovi kao isključivi predmet rada centra. Bivša SFRJ je konvenciju ratifikovala 1967. godine. SR Jugoslavija je ratifikovala Konvenciju 2006. (videti „Sl. list SCG br. 2/2006).

²⁴ „Ovu konvenciju mogu potpisati države članice Banke. Nju može takođe potpisati svaka druga država potpisnica Statuta Međunarodnog suda pravde, koju Administrativni savet odlukom donetom većinom od dve trećine članova bude pozvao na potpisivanje“ (čl. 67. *ICSID* konvencije).

naglašava nužnost učešća Komisije u sporovima u kojima je jedna od strana država članica EU. Naime, Uredbom se predviđa obaveza države da preduzmu „neophodne mere“ da bi Komisija učestvovala u proceduri rešavanja spora (videti član 13. c Uredbe). U kontekstu rešavanja spora pred *ICSID* centrom same države članice hipotetički mogu da traže saglasnost investitora za učešće Komisije u sporu. Međutim, sudbina ovog zahteva potpuno je u diskreciji investitora koji može da ga odbije bez obrazloženja.²⁵ Ukoliko ga (što je malo verovatno, osim u slučaju eksternog i snažnog političkog pritiska) prihvati, Komisija može imati mogućnost da se izjašnjava kroz pisane opservacije, odnosno da prisustvuje i učestvuje u usmenim raspravama.

Prepreku za učešće Komisije u postupku pred *ICSID* centrom čini i pravo arbitraže da ustanovi poverljivost sprovedene procedure i ishodovanih dokumenata.²⁶ U takvom slučaju bi država članica bila sprečena da informiše Komisiju o sadržini i toku postupka čime bi postupala suprotno svojoj obavezi preduzimanja „neophodnih mera“ za obezbeđenje učešća Komisije u proceduri rešavanja sporova. Ukoliko bi pak postupila u skladu sa Uredbom, država članica bi prekršila obavezu konfidencije, što bi potencijalno imalo ozbiljne reperkusije za poziciju države u konkretnom postupku. Moguće prevazilaženje opisane teškoće leži u izmeni postojećih *BITs*-ova u smislu omogućavanja učešća Komisije u postupku pred *ICSID* centrom.

4. Zaključak

Usvajanje Uredbe o ustanovljavanju tranzicionog režima za bilateralne investicione sporazume država članica i trećih država pokazuje da su političke institucije Unije u stanju da postignu kompromis o politici stranih direktnih investicija. Primena Uredbe trebalo bi da doprinese implementaciji pravila Lisabonskog sporazuma o novim okvirima zajedničke trgovinske politike (koji uključuju i strane direktne investicije) na način koji obezbeđuje balans između potrebe EU da ostvari efektivnu zaštitu svojih investitora u inostranstvu, sa jedne, i njenog interesa da očuva dovoljan regulatorni prostor za sprovođenje odgovarajuće politike stranih direktnih investicija u okviru Unije, sa druge

²⁵ ICSID Arbitration Rules, Rule 32 (2). Available at: https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf.

strane. Pravni režim utvrđen Uredbom, u velikoj meri, počiva na pretpostavci političke podrške za njeno sprovođenje. Takvom političkom habitusu ne manjka legitimacija, ali mu nedostaje prediktabilnost i stabilnost. Navedenom zaključku u korist ide i značajna uloga pravnih standarda u samoj strukturi Uredbe, potom ključna ali u velikoj meri diskreciona uloga Komisije u njenom sprovođenju, te nepotpuno uređena pitanja posledica primene Uredbe na norme postojećeg međunarodnogpravnog režima stranih direktnih investicija, pre svega pravila o rešavanju sporova pred *ICSID* centrom. Čini se da će ovaj balans morati da bude kontrolisan i usmeravan interpretacijama Opšteg suda i *ECJ*.

Literatura

Bungenberg, M. (2008). *The Common Commercial Policy After Lisbon*, [Electronic version]. Paper presented at the Hebrew University of Jerusalem, 14 July 2008. Preuzeto 20. 05. 2009. http://micro5.msc.huji.ac.il/%E8iasei/documents/Lisbon_Papers/iasei_bungenberg.doc ;

Dimopoulos, A. (2008). The Common Commercial Policy after Lisbon: Establishing Parallelism Between Internal and External Economic Relations?. *Croatian Yearbook of European Law and Policy*. 4 (4). 101–129;

Eilmansberger, T. (2009). Bilateral investment treaties and EU law. *Common Market Law Review*. 46 (2). 383–430;

Lavranos, N. (2010). New Developments in the Interaction between International Investment Law and EU Law. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*. 9(3). 409–441;

Levine, E. (2011). Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation. *Berkeley J. Int'l L.* 29. 200–224;

Moerenhout, T, Pérez Aznar, F. (2010). *Competence Shift on fFDI from the EU member States to the EU*. [Electronic version]. Preuzeto 20. aprila 2013. <http://graduateinstitute.ch> ;

²⁶ ICSID Arbitration Rules Rule 39(1).

Sornorajah, M. (2004). *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press;

Ćirić, A. (2010). *Međunarodno trgovinsko pravo – opšti deo*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu;

Cvetković, P. (2005). *Međunarodnopravna zaštita stranih investicija od nekomercijalnih rizika*, doktorska disertacija, Niš;

Ceyssens, J. (2005). Towards a Common Foreign Investment Policy?—Foreign Investment in the European Constitution. *Legal issues of economic integration*. 259–291;

Consolidated Reader-Friendly Edition of the Treaty on European Union (TEU) and the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) as amended by the Treaty of Lisbon (2007). Publisher: Foundation for EU Democracy Printed at Notat Grafisk. [Electronic version]. Preuzeto 1. februara 2014. http://www.eudemocrats.org/fileadmin/user_upload/Documents/Reader_friendly_til_netted.pdf;

Woolcock, S. (2010). EU trade and investment policymaking after the Lisbon treaty. *Intereconomics*. Vol. 45 (1). 22–25.

Propisi

Zakon o ratifikaciji Konvencije o rešavanju investicionih sporova između država i državljana drugih država. *Sl. list SCG – Međunarodni ugovori*. Br. 2. 2006;

ICSID Arbitration Rules, Rule 32 (2). Dostupno na: https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf na dan 1. februar 2014;

List of the bilateral investment agreements referred to in Article 4(1) of Regulation (EU) No 1219/2012 of the European Parliament and of the Council establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries, dostupno na adresi <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1219&from=EN> na dan 1. februar 2014;

Regulation (EU) No 1219/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries, dostupno na adresi <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0040:0046:En:PDF> na dan 1. februar 2014.

Sudska praksa (dostupna na adresi: <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf>).

Case 10/61 *Commission v. Italy* [1962] ECR 1, 23;

Case 812/79 *Attorney-General v. Burgoa* [1980] ECR 2787;

Case C-62/98 *Commission v. Portugal* [2000] ECR I-5171;

Case C-84/98, *Commission v. Portugal* [2000] ECR I-5215;

Case C-466, 467, 468, 469, 471, 472, 475 and 476/98 *Commission v. UK, Denmark*

Sweden, Finland, Belgium, Luxemburg, Austria and Germany, (Open skies) [2002] ECR I-9519;

Case C-307/99 *OFT Fruchthandelsgesellschaft* [2001] ECR I-3159;

Case C-216/01 *Budvar* [2003] ECR I-1361;

Case C-203/03 *Commission v. Austria* [2005] ECR I-935;

Case C-459/03 *Commission v. Ireland* [2006] ECR I-4635

Joined cases C-402/05 P and C-415/05 P, *Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission* [2008] ECR I-6351.

Case C-205/06 *Commission v. Austria* [2009] ECR I-1301;

Case C-249/06 *Commission v. Sweden* [2009] ECR I-1335;

Case C-118/07 *Commission v. Finland*, of 19 November 2009;

Case T-2/99 *T. Port v. Council* [2001] ECR II-2093;

Case T-3/99 *Bananatrading v. Council* [2001] II-2123.

Aleksandar Ćirić, LL.D.

Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Predrag Cvetković, LL.D.

Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Characteristics of the FDI Legal Regime in the EU Law

Summary

Once the Lisbon Treaty entered into force on 1 January 2009, the regulatory competences over Foreign Direct Investments (FDI) were transferred from the Member States to the European Union. The change was instituted as a result of a new EU Common Commercial Policy (CCP) framework, which was extended by including the legal treatment of foreign direct investment into the CCP regulatory scope. The effect of this development has a dual paradigm: first, the above change affects the existing legal regime of foreign direct investment in the Member States, which is primarily based on the rules of Bilateral Investment Treaties (BITs) concluded by those States; second, the new CCP format calls for a precise regulation of some open questions and issues pertaining to its implementation in the post-Lisbon FDI regulation process by means of secondary legislation of the Union. The second paradigm is reflected in the effort to address the outstanding issues of the concrete implementation of the new CCP framework in the context of division of competences between the EU and the Member States. This effort resulted in issuing the Draft Regulation establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries. The directions for future development of the FDI regime in the light of the extended CCP framework are also contained in the case law generated by EU judicial bodies.

Key words: Treaty of Lisbon, Common Commercial Policy, bilateral agreements on the treatment and protection of foreign investments, FDI.

Dr Milena Jovanović Zattila,*

Redovni profesor Pravnog fakulteta, Univerzitet u Nišu

NAUČNI ČLANAK

UDK: 347.72

Rad primljen: 01.09.2014.

Rad prihvaćen: 01.12.2014.

OTROVNE PILULE - MERA ODBRANE OD NEPRIJATELJSKOG PREUZIMANJA ILI DEMONSTRACIJA MOĆI CILJNOG DRUŠTVA**

Apstrakt: Uspostavljanje ekvilibrijuma moći naročito je dove-deno u pitanje u postupku preuzimanja, čime ono postaje i jedno od najkontroverznijih pitanja današnjice. Odnos neposrednog rivalstva i potreba tržišne dominacije uslovljava i neophodnost kontinuiranog usavršavanja metoda napada i odbrane kompanija. U lepezi odbrambenih mehanizama ciljne kompanije posebno mesto zauzimaju tzv. otrovne pilule. Iako se tretiraju kao najmoćnije sredstvo u borbi protiv kompanije preuzimaoca, zbog čega nose epitet „sveti gral“ među defanzivnim mehanizmima, brojni su razlozi za i protiv njihovog korišćenja. U prilog upotrebi otrovnih pilula ide činjenica da strah od preuzimanja utiče na disciplinovanje uprave i njeno efikasnije poslovanje. Negativne konsekvence se ispoljavaju kroz odnos uprave i društva. Usvajanje otrovne pilule je jednostrana odluka uprave ciljnog društva za koju nije neophodna saglasnost skupštine akcionara, čime se indirektno dovode u pitanje i osnovni principi korporativnog upravljanja. Fenomen informacione asimetnije, u kome uprava kao agent poseduje nesrazmerno više relevantnih informacija u odnosu na akcionare kao principale, vodi konfliktu uprave i članova društva, koji je u kompanijskom pravu poznat kao prvi agencijski problem i koji kulminira samim činom preuzimanja. Ipak, iako se za otrovne pilule vezuje diskriminacija akcionara ciljnog društva, to ne mora biti uvek slučaj. Kontroverzna aura koja prati ovu defanzivnu meru ciljnog društva i dalje izaziva brojne polemike o kontroli upotrebe otrovnih pilula i njihovom uticaju na akcionarsku demokratiju.

Ključne reči: otrovne pilule, preuzimanje, ciljna kompanija, mere odbrane, akcionari.

1. Uvodne napomene

Preuzimanje, shodno njegovom užem tumačenju, podrazumeva sticanje kontrole nad upravom akcionarskog društva, na osnovu udela u osnovnom

* milena@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta „Zaštita ljudskih i maњinskih prava u evropskom pravnom prostoru“ br. 179046, koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

kapitalu društva, koji obezbeđuje pravo glasa. To omogućava preuzimaocu¹ odlučujući uticaj na donošenje odluka u skupštini društva ili na vođenje poslova društva, čime se menja i njegova struktura (Jovanović, 2006: 288). Jedna od mogućnosti koja stoji na raspolaganju dominantnom akcionaru je da učešćem u skupštini akcionara razreši postojeće i imenuje svoje članove uprave.²

Evropski koncept nalaže ustanovljavanje obaveze sticaoca kontrolnog paketa akcija da učini ponudu za preuzimanje preostalih akcija u cilju zaštite interesa manjinskih akcionara (Hopt, 2000: 5; Hopt, Wymeersch, 2003: 294-295; Marshall, 2004: 4-12).³ Predmet javne ponude za preuzimanje su prenosive hartije od vrednosti koje daju glasačka prava u ciljnom društvu (Radović, 2008: 16). Obzirom da najveći broj država postupak preuzimanja, s pravom, vezuje za otvorena akcionarska društva, ciljno društvo se definiše kao otvoreno akcionarsko društvo čijim se akcijama trguje na organizovanom tržištu hartija od vrednosti.⁴ Kod preuzimanja, ovo tržište se naziva i tržištem korporativne kontrole, jer se prenos korporativne kontrole *in concreto* ostvaruje prenosom hartija od vrednosti sa pravom glasa. Za razliku od tržišta hartija od vrednosti, na tržištu korporativne kontrole se kupuje onoliko glasačkog kapitala koliko je potrebno za upravljanje društvom (Jensen, Ruback, 1983: 2).

Činom preuzimanja akcionarskog društva menja se i položaj manjinskih akcionara, pa je stoga potrebno naći pravu meru⁵ u zaštiti njihovih prava (Barbić, 2000: 245-246; Jurić, Zubović, 2009: 293). Ukoliko uprava iskoristi svoj uticaj radi sticanja sopstvene koristi ili vodi pogrešnu poslovnu politiku postoji opasnost da akcionari budu oštećeni. Zbog toga se smatra da slobodno

¹ Ponudilac postaje preuzimalac samo ako mu ponuda za preuzimanje uspe, a to znači ako je ponuđena lica prihvate najmanje u obimu koji mu omogućava sticanje vladajućeg učešća.

² U pravu preuzimanja se primenjuje izvesna modifikacija navedenog shvatanja, po kojoj kontrolno kapital učešće podrazumeva dominaciju u skupštini akcionara, bez obzira da li to lice može da preuzme faktičku kontrolu nad društvom.

³ Obaveza upućivanja ponude za preuzimanje potiče iz engleskog prava, obzirom na veliku disperziju akcionara u Velikoj Britaniji. Suprotno tome, u državama poput Nemačke, u kojima prevladavaju većinski akcionari, institut preuzimanja je teško primeniti. Razlog tome je što preuzimalac mora neposredno da pregovara sa većinskim akcionarima, što bitno otežava i poskupljuje postupak. Koncept suprotan evropskom, gde obavezna ponuda za preuzimanje predstavlja delotvorno sredstvo zaštite manjinskih akcionara, susrećemo u pravu SAD-a u kome dužnost iniciranja ponude za preuzimanje nije zakonski propisana ni uobičajena.

⁴ Čl. 2 (1) Zakon o preuzimanju, Službeni Glasnik, br.46/06, 107/09 i 99/2011.

⁵ Pod pravom merom podrazumevamo stvaranje mogućnosti manjinskim akcionarima da otuđe svoje akcije, a da pri tome ne pretrpe štetu, a sa druge strane voditi računa da preveliko favorizovanje manjinskih akcionara ne utiče negativno na atraktivnost samog društva.

tržište za preuzimanje obezbeđuje mogućnost zamene članova uprave, što će dovesti do povećanja vrednosti kursa i isplaćivanja viših dividendi. Ovakav efekat se dodatno postiže i time što na takvom tržištu uvek postoji potencijalna opasnost za upravu da nakon sprovedenog preuzimanja bude smenjena, zbog čega je ona prinuđena da konstantno vodi računa o interesima kompanije i nastoji da maksimizira njenu dobit (Petrikić, 2000: 209). Prednost postupka preuzimanja otvorenih akcionarskih društava, osim kontrole nad ciljnim društvom koncentracijom upravljačkih i imovinskih prava, ogleda se i u mogućnosti zaobilaženja upravnog odbora ciljnog društva. Za razliku od evropskog koncepta, u SAD-u se za sticanje kontrolnog paketa akcija zahteva odobrenje upravnog organa, a članovi uprave mogu preuzimati mere odbrane od preuzimanja bez pribavljanja posebne saglasnosti akcionara (Monks, Minnow, Nell, 2001: 186-187).⁶

2. Stav uprave prema preuzimaocu

Dužnost uprave je da radi u interesu kompanije. To podrazumeva fiducijarnu dužnost uprave, ali i istu tu dužnost kontrolnog akcionara.⁷ Najveći broj preuzimanja u Evropi javlja se u obliku tzv. prijateljskog preuzimanja (eng. *friendly takeovers*) kroz prećutni sporazum sa upravom ciljnog društva. Kao motiv za preuzimanje navodi se povećanje efikasnosti, manifestovano u postizanju sinergične dobiti⁸ i smanjenju troškova menadžmenta.⁹ Put

⁶ U tom pogledu američki koncept se čini liberalnijim, jer u evropskim državama organ uprave je dužan da pribavi prethodnu saglasnost akcionara za preuzimanje odbrambenih mera, što utiče na slabljenje pozicije uprave.

⁷ Mada je interes akcionara primaran, oni nisu isključivi nosioci interesa. Pravni subjektivitet kompanije odvaja se od akcionara koji je osnivaju. Stoga, ako je uprava zastupnik kompanije, ona je dužna da radi u njenom interesu, a ne u ime i za račun akcionara, čiji zastupnik nije. Tako bi konstituisanje pravila o „dužnosti uprave da radi u najboljem interesu akcionara“, bilo direktno suprotno pravilu o fiducijarnoj dužnosti kontrolnog akcionara „rada u interesu društva“. U pravnom okruženju odvojenog vlasništva od upravljanja, a posebno usled njegove velike disperzije dolazimo do osnovnih problema korporativnog upravljanja poznatih u teoriji kao *agencijski problemi korporativnog upravljanja*, a jedan od njih je kako da akcionari (vlasnici) kontrolišu upravu društva. Zbog prisutne *informacione asimetrije*, u kome je uprava-agent društva u prednosti, jer poseduje više relevantnih informacija u odnosu na akcionara-principala, postoji latentan sukob interesa između vlasnika i uprave. Osim ovog, pristan je i sukob interesa na relaciji kontrolnih (većinskih) i manjinskih akcionara, kao i sukob interesa vlasnika kompanije i drugih nosilaca konstitutivnih interesa.

⁸ Od ekonomskih ciljeva u literaturi se najčešće navodi ostvarivanje tzv. *sinergične dobiti*. Teorija sinergične dobiti zasniva se na uverenju da je vrednost društva stavljenih pod kontrolu preuzimaoca veća od prostog zbira vrednosti oba društva pre preuzimanja. Smatra se da je dobit ostvarena preuzimanjem direktna posledica efekta sinergije, tj. novonastale

preuzimanja određene ciljne kompanije najčešće otpočinje nastojanjem potencijalnih ponudilaca da najpre pregovaraju sa upravom ciljnog društva, a tek potom otpočnu sa postupkom preuzimanja. Ukoliko izostane saglasnost uprave ciljnog društva reč je neprijateljskom preuzimanju (eng. *hostile takeovers*).¹⁰ Negativan stav menadžmenta, na osnovu nepristrasne ocene prednosti i nedostataka ponude za otkup akcija, dovodi do sukoba interesa između njega i preuzimaoca (Becht, Bolton, Roell, 2002: 70; Shleifer, Vishny, 1997: 756-757). Cilj neprijateljskog preuzimanja je smena dotadašnje uprave ciljnog društva i postavljanje nove i efikasnije. Tom prilikom preuzimaoc daje javnu ponudu za otkup akcija ciljnog društva bez prethodnog upozorenja ili dogovora sa upravom. U slučaju neprijateljskog preuzimanja postojeća uprava ciljnog društva preduzima odgovarajuće odbrambene mere sa ciljem osujećenja realizacije ponude za preuzimanje. Ove mere odbrane omogućavaju upravi ciljnog društva da postigne bolje uslove prilikom preuzimanja u pogledu cene akcija. Na taj način članovi uprave ciljnog društva mogu sprečiti prodaju akcija njihovim povlačenjem sa berze, smanjenjem njihove vrednosti, izdavanjem novih akcija ili opcija za kupovinu akcija, smanjenjem osnovnog kapitala društva, primenom tzv. otrovnih pilula (eng. *poison pills*),¹¹ uvođenjem kvalifikovane većine za donošenje odluka (Ferrarini, Hops, Wymeersch, 2003: 407-425), uvođenjem upravnih odbora koji parcijalno obavljaju svoje članstvo,¹² kao i ponuda za preuzimanje u dva kruga (Jurić, Zubović, 2009: 296).¹³

moćnosti korišćenja povezanih resursa obe kompanije, tehnoloških inovacija i zajedničkog nastupa na tržištu. U američkoj literaturi poznat je kao 2+2=5 efekat.

⁹ U slučaju sprečavanja preuzimanja od strane menadžmenta onemogućava se delovanje ključnog kontrolnog mehanizma za disciplinovanje menadžera, obzirom da, za razliku od fuzije kod koje je neophodna saglasnost uprave društva koje se pripaja, kod preuzimanja nije potrebna saglasnost uprave već akcionara.

¹⁰ Izraz i koncept neprijateljskog preuzimanja datira iz osamdesetih godina dvadesetog veka od strane velikih kompanija u SAD-u.

¹¹ U pitanju su preventivne mere odbrane koje uprava primenjuje pre neprijateljskog preuzimanja, kojima se ciljno društvo čini manje atraktivnim. U praksi se često kombinuje primena *poison pill* i upravnih odbora koji parcijalno obavljaju svoje članstvo (eng. *staggered boards*).

¹² Takvim upravnim odborima se produžava vreme u kome će preuzimaoc ostvariti punu kontrolu nad upravnim odborom nakon okončanja postupka preuzimanja.

¹³ Ponude za preuzimanje u dva kruga odlikuje određivanje veće cene za akcije ciljnog društva koje se stiču u prvom krugu, u odnosu na cenu akcija stečenih u drugom krugu. Takve su ponude za preuzimanje u SAD-u načelno zabranjene, ali ako to nije propisano zakonom akcionarska društva mogu ih odrediti u svojim statutima.

3. Otrovnne pilule kao preventivna mera odbrane od preuzimanja

Sa trendom napada na ciljna društva kroz preuzimanje, kompanije su pokušale da pronađu adekvatan odgovor u vidu defanzivne mere koja se može usvojiti bez saglasnosti akcionara. Na taj način članovi uprave imali bi mogućnost da zaštite kompaniju i njene akcionare od sveprisutne opasnosti neprijateljskog preuzimanja (Fleischer & Sussman, 2000: 541; Velasco, 2003: 849). Aktivnost kompanija na tom planu bila je posebno izražena u SAD-u. Veći broj kompanija sa liste „*fortune 500*“ razvio je plan odbrane, u slučaju da postanu meta napada, poznat kao otrovna pilula (Allen & Swartz, 1983).¹⁴ To je danas opšteprihvaćen termin za ovu vrstu planova.

Otrovne pilule smatraju se najmoćnijim odbrambenim sredstvom koje stoji na raspolaganju ciljnom društvu. One ne predstavljaju samo jednu odbrambenu meru, već niz različitih mehanizama sa sličnim pravnim posledicama (Radović, 2008: 258). Reč je o hartijama od vrednosti emitovanim od strane potencijalnog ciljnog društva kako bi u očima neprijateljskog ponudioca imale manju vrednost. Na taj način obezvređuju se akcije ciljnog društva, kako bi preuzimalac ostvario gubitke prilikom ulaganja. Iz tog razloga preuzimaoci vode računa da ne probiju pragove pri sticanju udela u osnovnom kapitalu ciljnog društva koji dovode do aktiviranja otrovne pilule. Zbog svog ubojitog dejstva i uočljive efikasnosti otrovna pilula je najprimenljivija mera odbrane u SAD-u.¹⁵ Nijedan ponudilac ne može uspešno da sprovede postupak preuzimanja do kraja usled postojanja otrovne pilule, jer su u slučaju njenog aktiviranja rezultirajući troškovi za preuzimaoca suviše visoki (Kahan & Rock, 2002: 875; Loewenstein, 1994: 783). Ova značajna transformacija na tržištu korporativne kontrole, nastala uvođenjem otrovnih pilula kao efikasne odbrambene taktike, kao i protivpreuzimateljskih zakona od strane država članica, potpomognutih uslovima na finansijskom tržištu štetnih po neprijateljska sticanja kontrole, dovela je do završetka ratova oko preuzimanja i pobede uprave (Grundfest, 1993: 858). Usvajanjem ove defanzivne mere, uprava ciljnog društva dobija na vremenu da preduzme i druge odbrambene

¹⁴ Naziv otrovna pilula (eng. *poison pill*) nastao je sasvim slučajno, bez ikakve veze sa njegovom kreacijom. Naziv je dobio od strane investicionog bankara, koji je na pitanje novinara *Wall Street Journal*-a, kako zvati plan usvojen od strane *Lenox, Inc.* 1983. godine u borbi protiv neprijateljskih preuzimanja, stihijski odgovorio: „otrovna pilula“.

¹⁵ Broj privrednih društava u SAD-u koji je usvojio ovu meru rapidno je rastao od 1994. godine do danas. Danas, preko 2.300 kompanija imaju otrovne pilule. Zbog načina na koji deluje i njene efikasnosti ova mera naziva se drugačije i odbijanje ajkula (eng. *shark repellants*).

mere, ali i za pronalaženje konkurentske ponude,¹⁶ odnosno aukcijsku prodaju ciljnog društva.

Brojni modaliteti otrovnih pilula sa različitim dejstvom i efikasnošću učinili su ovu defanzivnu meru neprikosnovenom. Ona nije rezultat zakonodavne aktivnosti, već ju je iznedrila praksa osamdesetih godina dvadesetog veka. Otrovnne pilule se primenjuju u dva osnovna oblika: *flip-over* i *flip-in*.¹⁷

Flip-over planom se postojećim akcionarima emituju varanti (prava) za kupovinu akcija ponudioca (preuzimaoca) po ceni povoljnijoj od tržišne kada nastupe događaji koji aktiviraju pilulu. To može biti kupovina 20% akcija od strane pojedinca, partnerstva ili korporacije, odnosno direktna ponuda za 30% ili više ukupnih akcija ciljne kompanije (Gaughan, 2002: 315). Na taj način, akcionari ciljnog društva stižu disproporcionalni udeo u osnovnom kapitalu preuzimaoca, a preuzimalac opet trpi gubitke. Izdavanje varanata za kupovinu akcija preuzimaoca predstavlja odbrambenu meru, samo ukoliko preuzimalac ima nameru da nakon sticanja značajnog kapital učešća sprovede statusnu promenu, kupi imovinu ciljnog društva ili prinudno otkupi akcije manjinskih akcionara (Radović, 2008: 271). Ispostavilo se da učinkovitost *flip-over* otrovnih pilula dolazi do izražaja samo ukoliko ponudilac otkupi 100% prava ciljne kompanije. Iako su do tada smatrani efikasnim odbrambenim sredstvom, njihov pad je usledio nakon uspešnog preuzimanja akcionarskog društva *Crown Zellerbach* od strane finasijera *Ser James-a Goldsmith-a* (Shub, 1991: 1010).¹⁸

Uočivši pomenute nedostatke *flip-over* otrovnih pilula, učinjen je naknadni pokušaj da se ovoj odbrambenoj meri dodaju nove karakteristike. Tako su

¹⁶ Pronalaženje konkurentske ponude ili belog viteza (eng. *white knight*) predstavlja meru odbrane uprave ciljnog društva, kojom ono pokušava da pronađe lice koje bi uputilo konkurentsku javnu ponudu za preuzimanje. Spada u kategoriju naknadnih mera, obzirom da se preuzima tek nakon najave ili upućivanja javne ponude za preuzimanje od strane lica koje uprava ne podržava. Sama činjenica da uprava podržava alternativnog ponudioca predstavlja ogromnu, gotovo nedostižnu prednost u odnosu na konkurenta. O uspešnosti preuzimanja ove mere govore i brojni slučajevi iz sudske prakse (pr. *Revlon, Gucci* i dr.)

¹⁷ Nazivaju se pilulama druge i treće generacije. Za razliku od onih prve generacije, karakteristika *flip-over* i *flip-in* otrovnih pilula je da nemaju negativno dejstvo na ciljno društvo.

¹⁸ U slučaju *Crown Zellerbach v. James Goldsmith* otrovna pilula se sastojala od izdavanja varanata postojećim akcionarima, kojim su oni stekli pravo da pod uslovima, povoljnijim od tržišnih, kupe akcije preuzimaoca, u slučaju spajanja ili prinudnog otkupa akcija manjinskih akcionara. Varanti su bili neopozivi u narednih 10 godina. Neopozivost otrovne pilule se u ovom slučaju pokazala kao njen glavni nedostatak. Najpoznatiji slučaj vezan za otrovne pilule druge generacije je *Moran v. Household International*. U ovom slučaju kompleksnost plana izazvala je nesigurnost kod potencijalnih preuzimaoca.

stvorene otrovne pilule treće generacije *flip-in*, koje su do danas ostale najdelotvornija i najčešće korišćena vrsta pilula koja sadrži opozivu odluku o uslovnom izdavanju varanata za kupovinu akcija ciljnog društva. U ovom slučaju akcionari društva koje je cilj ponude stiču pravo da, u trenutku kada ponudilac dostigne određenu granicu učešća u kapitalu društva (po pravilu 15-20%), kupe odobrene ali još uvek neemitovane akcije društva po povoljnoj ceni, uz isključenje prava ponudioca da stekne ovakve akcije. *Flip-in* prava imala su za cilj da izvrše dekoncentraciju vlasništva u ciljnoj kompaniji, bez obzira da li je ponudilac uspeo da integriše ciljnu kompaniju u svoju. Usmerene su uglavnom na napadače koji teže da kupovinom osvoje kontrolu nad ciljnom kompanijom, čak i u slučaju kada nisu otkupili većinski udeo koji bi značio kontrolu. Osnovna razlika je u tome da se pilulama treće generacije postojećim akcionarima izdaju varanti, koji daju pravo na kupovinu akcija ciljnog društva, čime se otežava sticanje kontrole nad ciljnim društvom od strane nepoželjnog preuzimaoca. Samim tim, neprijateljsko preuzimanje društva, korišćenjem ove otrovne pilule postaje neisplativo. Ovom merom se prevashodno utiče na razvodnjavanje učešća, a time i smanjenje uticaja ponudioca u društvu, uz istovremeni pokušaj da se ponudilac prinudi da pregovara sa upravom kako bi se u međuvremenu prikupile konkurentske ponude.¹⁹ U novije vreme govori se o četvrtoj generaciji otrovnih pilula, kao kombinaciji već pomenutih *flip-over* i *flip-in* planova uz modifikaciju njihove opozivosti.

Pored predloženih pogodnosti, ovu generaciju pilula prati kontroverza o navodnoj diskriminaciji između postojećih i budućih članova uprave, kao i negativni efekat na glasačka prava akcionara (Lese, 1996: 2175). Cilj njihovog nastanka vezivao se za sprečavanje preuzimanja kontrole glasanja od strane spoljne kompanije. U slučaju da spoljna kompanija pribavi veći deo akcija ciljnog društva, vlasnici prioriternih akcija postaju i nosioci supegrasačkih prava.²⁰ Otrovne pilule primenjuju se tako što se nosiocima običnih akcija raspodeljuje dividenda od jednog prava za svaki udeo u akcijama u njihovom vlasništvu. Nosiocima prava je omogućeno da kupuju jedan udeo u roku

¹⁹ Od opcija koje stoje na raspolaganju ciljnom društvu protiv neprijateljskog preuzimaoca, pored već pomenutog belog viteza (eng. *white knight*), je i tzv. beli pratilac (eng. *white squire*), metaforički nazvan *trojanski konj*. Ona podrazumeva pozivanje treće prijateljske kompanije da preuzme strateški udeo. Beli pratilac preuzimanjem stiče većinski udeo, ali nije zainteresovan za preuzimanje kontrole koja ostaje u rukama menadžera targeta. Ipak, ni preuzimanje ove odbrambene taktike ne predstavlja potpunu zaštitu ciljne kompanije, obzirom da beli pratilac može prodati svoje akcije. Kako bi se to izbeglo, upravni odbor ciljnog društva može da zahteva da se zaključi sporazum (eng. *standstill agreement*) kojim će se ograničiti mogućnost prihvatanja ili davanja ponude za akcije kompanije.

²⁰ Ona podrazumevaju da kompanija izda dividendu na prioritete akcije. Inače, ova mera je manje korišćena imajući u vidu činjenicu da je njena zakonitost uspešno osporavana na sudu.

koji najčešće iznosi deset godina. Emisija akcija uređena je aktima kompanije. Uprava ciljnog društva, stoga, ne mora tražiti odobrenje od akcionara za izmenu statuta kompanije prilikom emitovanja akcije u cilju pokrivanja prava. Upućivanje zahteva akcionarima na odobrenje mogao bi da znači isto što i referendum o primeni same otrovne pilule (Fleischer & Sussman, 2000: 553).

Kao jedna od varijanti otrovne pilule pominje se i plan kupovine akcija vezan za proviziju, koji je prvi put realizovan 1984. godine (Gaughan, 2002: 321). Njegovom primenom akcionari ostvaruju pravo na dividendu što im omogućava da ovo pravo, zajedno sa akcijama za gotovinu ili prioritetnim hartijama od vrednosti, zamene sa posebnom cenom i uz proviziju koju određuje odbor direktora emitera. Ova prava bivaju realizovana nakon što sticalac pribavi glavne akcije ciljne kompanije po višoj ceni i uz odgovarajući procenat. Ukupna cena kojoj je dodata i provizija, viša je od tržišne, pa se planom utvrđuje minimalna cena za preuzimanje. Cilj planova kupovine akcija vezanih za proviziju je da ograniče efikasnost duplo vezanih ponuda.

U literaturi, kao i u praksi mnogih zemalja u novije vreme, sreće se još jedna vrsta pilula tzv. „pilula iz senke“ (eng. *shadow pill*). Ponudilac ne mora uvek znati za postojanje otrovne pilule. Na bazi svog iskustva on može zaključiti da li kompanija poseduje ili ne otrovnu pilulu i šta znači njeno usvajanje. Pri tome, u trenutku upućivanja ponude ciljno društvo ne mora imati otrovnu pilulu, obzirom da je može i naknadno usvojiti. Naizgled nelogična ideja, da su posledice usvajanja i neusvajanja otrovne pilule identične, postala je predmet brojnih rasprava.²¹ Kod razvijenih kompanija otrovna pilula se može usvojiti u jednom danu, tako da ciljna društva neće dopustiti preuzimanje iz razloga što do nekog momenta nisu imala ovu meru odbrane (Coates, 2000: 315-339).

4. Svrha i dopuštenost otrovnih pilula

Na osnovu svega prethodno rečenog u vezi otrovnih pilula, uočava se da one ne dovode do smanjenja vrednosti akcija ciljnog društva, što ga i dalje čini atraktivnim za potencijalno preuzimanje. Naprotiv, usvajanjem otrovnih pilula dolazi do povećanja vrednosti akcija ciljnih društava koja su se opredelila za njihovu primenu.²² Ono što je možda od presudne važnosti je da je došlo do

²¹ Tvorac pojma „*pilula iz senke*“ je profesor John Coates. Osnovni doprinos same ideje je da usvajanje otrovne pilule od strane određenog privrednog društva, pre javne ponude za preuzimanje, ima mali efekat na odluku potencijalnog preuzimaoca da učini ponudu, zbog mogućnosti njegovog kasnijeg usvajanja.

²² Istraživanje koja je sproveo J.P. Morgan pokazalo je da su od 1997. godine ona trgovačka društva koja su primenila ovu meru odbrane prosečno ostvarila 4% veću vrednost svojih akcija pri preuzimanju, u odnosu na ona društva koja to nisu učinila. Ovu meru je uspešno primenio i *Yahoo* u cilju odbrane od neprijateljskog preuzimanja.

promene u shvatanju cilja otrovnih pilula. Prema ranijem tumačenju, svrha primene ove mere odbrane ogledala se u omogućavanju nesmenjivosti postojeće uprave. Tome u prilog išla je i činjenica da je ovu meru mogao usvojiti upravni odbor ciljnog društva bez posebne saglasnosti akcionara, kao što upravni odbor može naknadno i izmeniti prava iz *poison pills*. Posmatrano iz drugog ugla, bližeg savremenom shvatanju, otrovne pilule predstavljaju dividendu koja se isplaćuje akcionarima, pri čemu upravni odbor ima isključivo ovlašćenje za donošenje odluke o njenoj isplati. Stoga, svako društvo ima tzv. skrivenu pilulu (eng. *shadow pill*) koju može aktivirati svaki put kada je to potrebno (Jurić, Zubović, 2009: 302). O dopuštenosti primene otrovne pilule i postupanju uprave ciljnog društva konačnu odluku donosi sud.²³

Pored ogromne rasprostranjenosti, otrovne pilule prati i nesvakidašnja kontradiktornost. Oni koji se protive njenoj primeni, kao argument ističu da pilula omogućava upravi ciljnog društva da koristi neprimereno visok stepen kontrole nad sudbinom društva, pri čemu dolazi do diskriminacije akcionara. Time se narušava načelo ravnopravnosti akcionara, na kome počiva pravo akcionarskih društava.²⁴ Prema postojećoj evropskoj regulativi, diskriminujući efekat otrovnih pilula karakteriše se kao nezakonit (Radović, 2008: 297). Na trend opadanja broja otrovnih pilula nesporno utiče i nova komponenta u poslovnom okruženju koja nameće članovima uprave obavezu dobrog korporativnog upravljanja, što je u suprotnosti sa potrebom očuvanja sopstvenih pozicija. Takođe, u poslednjih nekoliko decenija prisutan je fenomen koncentracije vlasništva na tržištu akcija. Primat preuzimaju institucionalni investitori, među kojima se izdvajaju javni i privatni penzijski fondovi, osiguravajuća društva i investicioni fondovi (Matheson, 1999: 734).²⁵ Većina predloga akcionara za izmenu ili opoziv otrovnih pilula inicirana je od strane institucionalnih investitora. Bez obzira na brojna osporavanja njihove dopuštenosti, kontroverzna aura koja prati otrovne pilule nije zaustavila njihov razvoj. Naprotiv, kao nijedna druga defanzivna mera, prouzrokovala je ogroman broj parnica i izazvala brojne diskusije o opravdanosti i granici njene primene.

²³ Ovu izuzetno uspešnu meru odbrane od preuzimanja u SAD-u, nemoguće je primeniti u Velikoj Britaniji i većem broju evropskih država, iz kog razloga se i ne pojavljuje u praksi preuzimanja u tim zemljama.

²⁴ Mada je ravnopravnost akcionara bila neizostavni deo i našeg zakonodavstva, ZPD ne sadrži načelnu odredbu o ravnopravnosti akcionara, tako da ovaj argument više ne stoji.

²⁵ Smatra se da u ovom trenutku institucionalni investitori drže skoro polovinu ukupnog tržišta akcija, dok je u odnosu na 1000 najvećih kompanija taj procenat 69%.

5. Umesto zaključka

Usvajanje defanzivnih mera, kao odgovor na pokušaje neprijateljskog preuzimanja, osim brojnih polemika, uslovalo je i opštu konfuziju zakonodavne regulative ove izuzetno važne i dinamične oblasti. Gotovo da nema dela ove materije u vezi sa kojim su zauzeta uniformna stanovišta ili je istovetno postupano u praksi. Postupanje država prilikom usvajanja nekih od mera odbrane prilično je opozitno i kreće se od njihovog načelog podsticanja, do ograničavanja, pa i potpune zabrane istih. Takav je slučaj sa otrovnim pilulama, merom odbrane koja zbog svoje neprikosновенosti i efikasnosti nosi epitet „sveti gral“. Reč je o istovremeno najosporavanijoj, ali i najrasprostranjenijoj defanzivnoj meri, koja i danas izaziva brojne kontroverze. Stimulisanje ove mere je uslovljeno stavom države prema tržištu korporativne kontrole. Restriktivne mere idu u prilog razvoju ovog tržišta, dok ga liberalne destimulišu. Usvajanje restriktivnih mera odbrane od preuzimanja vezuje se za ograničavanje slobode akcionarskog društva da usvaja otrovne pilule, a ukoliko su one već usvojene nastoji se da se iste ukinu ili da im se dejstvo ograniči. Zagovornici teze o zabrani ove mere odbrane pozivaju se na urušavanje akcionarske demokratije, obzirom da je usvajanje otrovne pilule jednostrana odluka uprave ciljnog društva za koju nije neophodna saglasnost skupštine akcionara. Nije slučajnost da oni potiču iz reda institucionalnih investitora, čiji je cilj koncentracija vlasništva na tržištu akcija. Između ta dva pola treba pronaći pravu meru. Dakle, kontrolisana upotreba otrovnih pilula sa opcijom opoziva. Sve drugo zadire u domen subjektivnog tumačenja interesno suprotstavljenih strana – preuzimaoca

i ciljnog društva. Ovo se odnosi i na sagledavanje odbrambene mogućnosti akcionarskih društava u Srbiji, gde su otrovne pilule, kao i gotovo sve naknadne mere odbrane nedopuštene.²⁶ Time se Srbija svrstala među države koje su pogodne mete za neprijateljsko preuzimanje.

Literatura

Allen, F. & Swartz, S. (1983), *Lenox Rebuffs Brown Forman Adopts Defence*, Wall Street Journal

Barbić, J. (2000), *Pravo društava, Knjiga druga: Društva kapitala*, Informator, Zagreb

²⁶ Pored pomenutih otrovnih pilula i naknadnih odbrambenih mera uprave ciljnog društva, u zabranjene mere spada i prinudna kupovina sopstvenih akcija, dok je značajan broj mera uslovljen.

- Becht, M., Bolton, P., Roell, A. (2002), *Corporate Governance and Control*, ECGI Working Paper Series in Finance
- Coates, J. (2000), *Takeover Defences in the Shadow of the Pill: a Critique of the Scientific Evidence*, Texas Law Review
- Gaughan, P. (2002), *Mergers, Acquisitions and Corporate Restructurings*, New York, John Wiley
- Grundfest, J. (1993), *Just Vote No: A Minimalist Strategy for Dealing with Barbarians Inside the Gates*, Stanford Law Review
- Ferrarini, G. (2003), *Shareholder Value and the Modernization of European Corporate Law*, u: Hopt, K., Wymeersch, E., *Capital Markets and Company Law*, Oxford University Press
- Fleischer, A. & Sussman, R. (2000), *Takeover Defence*, Aspen Law & Business
- Hopt, K. *Common Principles of Corporate Governance in Europe? – Some Thoughts on the Impact of the Securities Markets on Companies and Their Regulation*, Conference of Company Law and Capital Market, Siena, 2000, http://www.econ-pol.unisi.it/scdbank/CONFERENZA/file_PDF/4a-Hopt.pdf.
- Hopt, K. (2002), *The duties of directors of the target company in hostile takeovers – German and European perspectives*, u knjizi G. Ferrarini, K. Hops, E. Wymeersch (ed.), *Capital Markets in the Age of the Euro – Cross –Border Transactions, Listed Companies and Regulation*, Kluwer Law International, Den Haag, London, New York
- Jensen, M. & Ruback, R. (1983), *The Market for Corporate Control: The Scientific Evidence*, Journal of Financial Economics
- Jovanović, N. (2006), *Preuzimanje akcionarskih društava u „Akcionarska društva, berze i akcije ABA“* (Specijalističke studije), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
- Jurić, D., Zubović, A. (2009), *Protupreuzimateljske mjere i položaj uprave ciljnog društva u postupku preuzimanja dioničkog društva*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci
- Kahan, M. & Rock, E. (2002), *How I Learned to Stop Worrying and Love the Pill: Adaptive Responses to Takeover Law*, University of Chicago Law Review
- Lese, S. (1996), *Preventing Control from the Grave: A Proposal for Judicial Treatment of Dead Hand Provision in Poison Pills*, Columbia Law Review
- Loewenstein, M. (1994), *The SEC and the Future of Corporate Governance*, Alabama Law Review
- Marshall, S. (2004), *Corporate Control Transaction*, Corporate Governance Institute, America Law Institute

Matheson, J. (1999), *Corporate Governance at the Millennium: The Decline of the Poison Pill Antitakeover Defence*, Hamline Law Review

Monks, R., Minnow, G., Nell, A. (2001), *Corporate Governance*, 2nd ed., Blackwell Publishers

Petrikić, R. (2000), *Pravni režim preuzimanja društava u Evropi*, Pravo i privreda

Radović, V. (2008), *Mere odbrane akcionarskog društva od preuzimanja kontrole*, Beograd

Shleifer, A., Vishny R. (1977), *A Survey of Corporate Governance*, The Journal of Finance

Shub, J. (1991), *Comment - Shareholder Rights Plans – Do They Render Shareholders Defenseless Against Their Own Management?*, Delaware Journal of Corporate Law

Velasco J. (2003), *Just Do It: An Antidote to the Poison Pill*, Emory Law Journal

Milena Jovanović Zattila, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Poison Pills: A Defensive Measure against a Hostile Takeover or a Demonstration of Power of the Target Company

Summary

The balance of power is particularly at stake in hostile takeovers, which makes the issue of establishing the balance of power one of the most controversial issues in the contemporary company law. In the circumstances of direct market competition and the need to have a dominant market position, companies are necessarily forced to constantly upgrade and advance their offensive and defensive methods, techniques and strategies. In order to prevent a hostile takeover, the target company may resort to an array of defence mechanisms, the most prominent of which are “poison pills”. In spite of being perceived as the most powerful tool for obstructing hostile takeovers (and commonly designated as the “Holy Grail” among the defensive mechanisms), there are many pros and cons underlying their application.

One of the positive effects of using the poison pills is that the fear of takeovers makes the target company management more disciplined and efficient in business operations. The negative consequences are reflected in the relationship between the company board of directors and the shareholders. The target company management makes a unilateral decision on using a poison pill and this decision does not have to be approved by the shareholders in the General Meeting; however, this is highly inconsistent with the basic principles of corporate governance. The asymmetry of information, where the management (an agent) has disproportionately more relevant information at its disposal than the shareholders (principals), generates a conflict between the management and the shareholders. In company law, this agency problem is generally known as the principal-agent problem, which is most prominent in a takeover. Poison pills are often associated with the discrimination of the target company shareholders, but not necessarily. The controversial nature of this defensive measure which can be applied by the target company has given rise to numerous debates on the need to control the use of poison pills and their impact on shareholder democracy.

Key words: poison pills, hostile takeover, target company, defensive measures, shareholders.

Dr Dragan Vujisić,*
Vanredni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Kragujevcu

Borko Mihajlović,*
asistent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Kragujevcu

NAUČNI ČLANAK

UDK: 366:[347.42: 338.48

Rad primljen: 01.09.2014.
Rad prihvaćen: 01.12.2014.

UGOVOR O TURISTIČKOM PUTOVANJU PREMA ZAKONU O ZAŠTITI POTROŠAČA

Apstrakt: Posebnim odredbama Zakona o zaštiti potrošača Republike Srbije iz 2010. godine, po uzoru na Direktivu EU o putnim aranžmanima, regulisan je ugovor o turističkom putovanju. Tim odredbama izvršene su značajne promene u pravnom regulisanju organizovanog turističkog putovanja, u odnosu na odredbe Zakona o obligacionim odnosima, kojima je ovaj ugovor, takođe, regulisan. Predmet ovog rada su upravo odredbe ZZP o ugovoru o turističkom putovanju, i to: pojam i karakteristike ovog ugovora, prava i obaveze ugovornih strana, posebna prava ugovornih strana i odgovornost trgovca. Autori su u radu poseban akcenat stavili na razlike između odredaba ZZP o ugovoru o turističkom putovanju u odnosu na ZOO i pomenutu direktivu.

Ključne reči: trgovac, potrošač, turističko putovanje, obaveze, odgovornost.

1. Uvod

Ugovor o turističkom putovanju je tvorevina poslovne prakse. Kao takav, ovaj ugovor dugo nije bio zakonski regulisan, već je autonomnim pravilima, pre svega, opštim i posebnim uslovima poslovanja turističkih agencija, bilo prepušteno da regulišu složene pravne odnose koji se vezuju za ovaj ugovor.

*dvujisic@jura.kg.ac.rs

*bmihajlovic@jura.kg.ac.rs

Evolucijom delatnosti turističkih agencija i razvojem turizma nastala je, u drugoj polovini 20. veka, potreba da se pravno reguliše ugovor o turističkom putovanju. Radilo se o novom *pravnom fenomenu* koji nije mogao da se podvede pod neki od postojećih imenovanih ugovora, iako je bilo i takvih pokušaja, pre svega, u sudskoj praksi. Pored toga, i brojni drugi faktori uticali su na zakonodavce širom sveta da veću pažnju posvete ovom ugovoru. Sve rasprostranjenija poslovna praksa, neujednačena sudska praksa, neujednačeni opšti uslovi putovanja turističkih agencija, potreba zaštite interesa turista kroz jasno definisanje obaveza i prava ugovornih strana i, naročito, odgovornosti organizatora putovanja doveli su do pojave zakonskog regulisanja ugovora o turističkom putovanja, i to najpre u Španiji, Argentini, Meksiku, Francuskoj itd. Veliki doprinos zakonskom regulisanju ovog ugovora dala je i Međunarodna konvencija o ugovoru o putovanju iz 1970. godine, čijim rešenjima je dobrim delom bio inspirisan i naš tadašnji zakonodavac. Kod nas je ovaj ugovor prvi put regulisan Zakonom o obligacionim odnosima iz 1978. godine (u daljem tekstu: ZOO), pod nazivom ugovor o organizovanju putovanja. Zakon o obligacionim odnosima.

I na nivou EU, tada EEZ, 80-ih godina prošlog veka javila se potreba za jedinstvenijim uređenjem ugovora o turističkom putovanju. Procesi ujednačavanja i harmonizacije propisa i prakse u turizmu zemalja EZ, posebno u oblasti organizovanog turističkog putovanja, odražavali su razlike, uz opšte shvatanje da bi postojanje unifikovanih pravila koja bi obuhvatala definiciju organizovanog turističkog putovanja, sadržinu, obaveze i odgovornost prema putniku (potrošaču) doprinela otklanjanju evidentne pravne nesigurnosti na tržištu turističkih usluga. Savet EZ doneo je 13. juna 1990. godine Direktivu o putnim aranžmanima, aranžmanima za odmore i aranžmanima za organizovana putovanja (u daljem tekstu: Direktiva). Nacionalni zakoni država članica, prema preambuli Direktive, pokazuju brojne različitosti sa prilično neujednačenom praksom, što dovodi do stvaranja prepreka slobodi pružanja usluga i narušavanju konkurencije među turističkim operatorima različitih zemalja. Cilj Direktive je, pre svega, da spreči nefer konkurenciju, poveća zaštitu potrošača i dovede je na isti nivo na teritoriji EU harmonizacijom zakonodavstava pojedinih država članica. Kao posledica zaključenog Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih

država članica i Republike Srbije iz 2008. godine i odatle proistekle obaveze usklađivanja našeg zakonodavstva sa pravnim tekovinama Zajednice, 2010. godine donet je novi Zakon o zaštiti potrošača (u daljem tekstu: ZZP). ZZP je regulisao ugovor o turističkom putovanju implementirajući Direktivu.

2. Pojam i karakteristike

2.1. Pojam

Predmet ugovora o turističkom putovanju jeste, po pravilu, skup usluga, koji obuhvata prevoz, boravak i druge usluge koje su sa njima vezane, kao što su ishrana, izleti i sl. Sve te usluge su međusobno povezane u jednu zaokruženu celinu, koja čini tzv. paket usluga.

ZZP ne definiše ugovor o turističkom putovanju, već daje definiciju njegovog predmeta. Prema ZZP, turističko putovanje (paket aranžman), koji *po pravilu* uključuje prevoz, smeštaj i druge turističke usluge, jeste pripremljena kombinacija dve ili više turističkih usluga koju je utvrdio trgovac samostalno ili po zahtevu potrošača, u trajanju dužem od 24 časa ili u kraćem trajanju koje uključuje jedno noćenje, kao i višednevni boravak koji uključuje samo uslugu smeštaja u određenim terminima ili određenom trajanju bez obzira na izdvojeni obračun ili naplatu pojedinačnih usluga (čl. 5. tač. 29. ZZP). Ovakva definicija se razlikuje u odnosu na definiciju ugovora o organizovanju putovanja iz ZOO.

ZOO (čl. 859) definiše ugovor o organizovanju putovanja kao ugovor kojim se obavezuje organizator putovanja (turistička, odnosno putnička agencija) da pribavi putniku skup usluga koje se sastoje od prevoza, boravka i drugih usluga koje su sa njima vezane, a putnik se obavezuje da organizatoru plati jednu ukupnu (paušalnu) cenu. Iz ovakve zakonske definicije proizilazi da skup usluga čine najmanje dve usluge. Međutim, u pogledu vrste usluga koje čine skup usluga, u pravnoj literaturi postoji dilema, pre svega, po pitanju da li su prevoz i boravak obavezni elementi skupa usluga (Dragašević, 1990: 99). ZZP otklanja ovu dilemu, pošto definicija turističkog putovanja upućuje na to da su prevoz i smeštaj navedeni samo primera radi (Vujisić, 2011: 65). Specifičnost definicije turističkog putovanja u odnosu na ZOO sastoji se i u proširenju pojma turističkog putovanja i na višednevni boravak koji uključuje samo uslugu

smeštaja. U skladu sa praksom Evropskog suda pravde, ZZP u pojam turističkog putovanja uključuje ne samo putovanje po sistemu unapred utvrđenog putovanja od strane organizatora putovanja, nego i putovanje koje organizuje neka turistička agencija na zahtev i sa detaljima koje precizira korisnik putovanja (Vujisić, 2012: 304).

2.2. Ugovorne strane

Prema ZZP, ugovorne strane kod ugovora o turističkom putovanju su trgovac i potrošač. Trgovac je određen kao pravno ili fizičko lice koje nastupa na tržištu u sklopu svoje poslovne delatnosti ili u druge komercijalne svrhe (čl. 5. t. 2. ZZP). U ulozi trgovca, po pravilu, javlja se turistička, odnosno putnička agencija. Prema Zakonu o turizmu, sindikalne organizacije, udruženja penzionera, ferijalne, studentske, izviđačke i planinarske organizacije i ustanove socijalne i dečje zaštite, kao i druga udruženja i organizacije, mogu samo za svoje članove, odnosno korisnike, u skladu sa svojim statutom, organizovati turističko putovanje ili izlet, bez svrhe sticanja dobiti (čl. 46. st. 1. Zakona o turizmu). U ZOO se koristi termin „organizator putovanja“, a u Direktivi se koriste termini „organizator“ i „prodavac“. Organizator je lice koje, ne samo ponekad, organizuje aranžmane, prodaje ih ili ih nudi na prodaju, neposredno ili preko prodavca (Direktiva, čl. 2. st. 2). Pojam „organizatora“ ne podudara se sa uobičajenom definicijom iz tzv. ugovornih potrošačkih direktiva EU da „deluje u okviru svoje profesionalne ili privredne delatnosti“. Nejasno je i značenje pojma „ne samo ponekad“, pa neka zakonodavstva (Engleska, Švedska) proširuju pojam organizatora i na lica koja organizuju putovanja povremeno (Schulte-Nölke, Twigg-Flesner, Ebers, 2008: 211). Ali, i od njih se zahteva da organizuju delatnost i podvrgnu se režimu iz Direktive (Direktiva, čl. 2.3). Prodavac (distributer) je lice koje prodaje ili nudi na prodaju aranžmane koje je osmislio organizator (Direktiva, čl. 2.3).

Pojam trgovca koji se koristi u ZZP ne odgovara definiciji organizatora koji koristi Direktiva, kao ni definiciji prodavca. Korišćenjem termina trgovac, na primer, ZZP ne definiše jasno da li organizator turističkog putovanja, prodavac ili oboje snose odgovornost u odnosu na potrošača. Stoga bi termin „trgovac“ koji se koristi u svim članovima poglavlja X ZZP trebalo u prvoj izmeni i dopuni

ovog zakona zameniti terminima „organizator“ i „prodavac“ (Vujisić, 2013: 423).

U smislu tzv. potrošačkih direktiva EU, presuda Evropskog suda pravde, kao i ZZP, o potrošaču se govori ako su kumulativno ispunjeni sledeći uslovi: da je reč o fizičkom licu i da to lice zaključuje pravni posao ili deluje na tržištu u svrhe koje nisu namenjene njegovoj poslovnoj ili profesionalnoj delatnosti. Izuzetak od ovako restriktivnog pojma potrošača odnosi se upravo na ugovor o turističkom putovanju, pa se tako pravila potrošačkog prava primenjuju i na fizičko lice koje koristi turističko putovanje u okviru svoje poslovne delatnosti, profesije ili zanata, odnosno na osnovu ugovora između trgovca i trećeg lica, koji je zaključio taj ugovor u njegovu korist ili je na njega preneo ugovorenu uslugu (čl. 110. ZZP). Tako, pojam potrošača obuhvata i lica koja zaključuju ugovore u poslovne i profesionalne svrhe, a ovakvom definicijom su pokrivena i situacije u kojima se kao druga ugovorna strana javlja neko pravno lice (studentske organizacije, udruženja penzionera itd.) koje ugovor o turističkom putovanju zaključuje u korist svojih članova – fizičkih lica. Za razliku od ZZP, u ZOO se ne koristi termin „potrošač“, već se druga ugovorna strana kod ugovora o organizovanju putovanja označava terminom „putnik“. Imajući u vidu da su putnici uvek fizička lica, ZZP ima širi domen primene u odnosu na ZOO (Radović, 2013: 137).

2.3. Forma

Prema ZZP (čl. 96), za razliku od ZOO, u kome je ugovor o organizovanju putovanja određen kao neformalan, ugovor o turističkom putovanju zaključuje se u pismenoj formi ili na trajnom nosaču zapisa (trajnom medijumu). Trgovac je dužan da posle potpisivanja ugovora o turističkom putovanju preda potrošaču najmanje jedan primerak potpisanog ugovora (čl. 96. st. 2. ZZP). I Direktivom (čl. 4.2. a-s) predviđeno je da svi elementi, odnosno uslovi ugovora moraju biti sačinjeni u pisanoj formi ili u nekom drugom potrošaču razumljivom i dostupnom obliku i moraju mu biti saopšteni pre zaključenja ugovora, ukoliko se ne radi o *last minute* rezervaciji, odnosno ugovoru (u Austriji i Nemačkoj uslovi ugovora moraju biti predati putniku prilikom ili neposredno po zaključenju ugovora). Pored obavezne pismene forme ugovora, ZZP je predviđena i obavezna sadržina ugovora o turističkom putovanju.

Obavezna sadržina ugovora dovedena je u vezu sa obavezom trgovca o predugovornom obaveštavanju potrošača, tako što je predviđeno da svi podaci o kojima je trgovac dužan da obavesti potrošača u primerenom roku pre zaključenja ugovora u slučaju zaključenja ugovora o turističkom putovanju postaju njegov sastavni deo, obavezuju trgovca i ne mogu se menjati, osim ako ugovorne strane izričito ugovore drugačije ili ako promene nastanu usled više sile (čl. 96. st. 3. ZZP).

3. Obaveze ugovornih strana

3.1. Obaveze trgovca

1.ZZP predviđeno je da je trgovac dužan da potrošaču pruži turističko putovanje na način koji je ugovoren i u skladu sa obaveštenjem o podacima koje je dužan da mu pruži pre zaključenja ugovora. Smatraće se da je turističko putovanje u skladu sa ugovorom ako ima svojstva koja je trgovac garantovao potrošaču ili ako odgovara uobičajenoj ili ugovorenoj nameni (čl. 102. st. 1. i 2. ZZP). To znači da je trgovac obavezan da se usluge pruže tako da imaju obećana svojstva, da prevozna sredstva, hotelski i drugi smeštaj odgovara klasi i predviđenoj kategoriji, tehničkim i pravnim standardima, da pojedine posete ne budu izostavljene itd. (Dragašević, 1990: 114). I ZOO kao osnovnu obavezu organizatora putovanja određuje obavezu da se putniku pruže usluge koje imaju sadržaj i svojstva predviđena ugovorom o organizovanju putovanja, potvrdom o putovanju, odnosno programom putovanja (čl. 863. ZOO).

Međutim, trgovac ove usluge, po pravilu, ne pruža lično potrošaču, odnosno putniku, već njihovo izvršavanje poverava pojedinim davaocima usluga (prevoznici, hotelijeri i dr.). Zato se ova obaveza trgovca, u stvari, svodi na obavezu da organizuje putovanje u skladu sa ugovorom o turističkom putovanju, zakonom i dobrim običajima struke. U tom cilju trgovac zaključuje ugovore sa davaocima usluga (ugovor o prevozu, smeštaju, pružanju usluga ishrane i točenja pića i dr.). Pomenute ugovore trgovac treba da zaključi sa davaocima usluga koji su solventni, za koje veruje da će usluge putniku izvršiti na ugovoreni način, sa kojima je u poslovnim odnosima u dužem periodu i koji pružaju garancije profesionalnosti i moralnosti. To znači da je organizator putovanja (trgovac) dužan da *brižljivo* izabere davaoce usluga (Gorenc, Šmid

1999: 102). Suprotno povlači odgovornost trgovca za štetu koju pretrpi potrošač.

2. Potrošač, po pravilu, odlučuje o određenom turističkom putovanju na osnovu informacija sadržanih u brošurama i reklamnim materijalima koje obezbeđuju trgovci. Potrošač ima pravo da pretpostavi da su te informacije tačne i pravno obavezujuće i da nikakvih promena neće biti, osim ako je to publikovanom brošurou određeno ili su promene nastale kasnije, uz saglasnost ugovornih strana (Bedford 1997: 344). ZOO (čl. 864) predviđeno je da je organizator putovanja dužan da putniku pruži potrebna obaveštenja o cenama i uslovima prevoza, boravka i posebnih usluga, kao i obaveštenja koja se odnose na kvalitet prevoznih sredstava i smeštaja, na red vožnje, veze, granične i carinske formalnosti, na sanitarne, monetarne i druge administrativne propise. Obaveza obaveštavanja predstavlja jednu od osnovnih obaveza trgovca i prema ZZP, s tim što je u odnosu na ZOO proširena i konkretizovana. ZZP detaljno određuje o kojim podacima je trgovac dužan da obavesti potrošača u primerenom roku pre zaključenja ugovora o turističkom putovanju (čl. 93. i 94. ZZP). Zakonodavac ovako čini zaštitu potrošača delotvornijom nizom odredaba koje garantuju da putnik dobija sve nužne informacije o putovanju, da postoji korelacija između onog što je objavljeno i stvarnosti u aktuelnom ugovoru i da će o izmenama uslova putnik biti obavešten unapred tako da može da odluči šta da čini (Bedford 1997: 348). Prema čl. 96. st. 4. ZZP, trgovac je dužan da obavesti putnika o svakoj promeni podataka u *primerenom roku* pre zaključenja ugovora o turističkom putovanju.

3. Iako to u ZZP nije izričito predviđeno, iz pojedinih njegovih odredaba, ZOO i poslovne prakse proizilazi obaveza trgovca da se stara o pravima i interesima potrošača, saglasno dobrim poslovnim običajima. Ova obaveza trgovca postoji u toku celog trajanja putovanja, pa tako i za vreme boravka potrošača u mestima koja su ugovorom određena, uključujući i sve druge usluge u toku putovanja, boravka i povratka u mesto polaska (Veljković, 2005: 789). Neke konkretne obaveze predviđene su zakonima, a neke su proizvod poslovne i sudske prakse, kao što su npr. pružanje lekarske pomoći u hitnim slučajevima, obaveštavanje potrošača o običajima krajeva koji se obilaze, naročito o onim mestima kad je to od interesa za sigurnost potrošača i dr. (Gorenc et al., 1999: 104).

Prema ZZP (čl. 104. st. 1), trgovac, posrednik, lokalni predstavnik organizatora i lokalna agencija na koju je trgovac uputio potrošača za slučaj potrebe pružanja određene pomoći, dužni su da bez odlaganja odgovore na pritužbe potrošača za vreme trajanja turističkog putovanja i otklone svako odstupanje od ugovora na koje potrošač ukaže. Pored toga, kada posle polaska značajan deo ugovorenih usluga nije pružen ili trgovac shvati da neće biti u mogućnosti da pruži značajan deo predviđenih usluga, dužan je da potrošaču ponudi druge odgovarajuće usluge saobrazne ugovoru koje od potrošača ne zahtevaju dodatne troškove i nadoknadi mu razliku između ponuđenih i pruženih usluga. Ako je nemoguće da se naprave takvi aranžmani ili ih potrošač ne prihvata iz opravdanih razloga, trgovac će obezbediti potrošaču, bez dodatnih troškova, adekvatan prevoz do mesta polaska, ili uz saglasnost potrošača, nekog drugog mesta, i obeštetiće potrošača (čl. 103. ZZP).

4. Iz ZOO proizilazi obaveza trgovca da čuva kao tajnu obaveštenja koja je saznao u vezi sa potrošačem, njegovim prtljagom i njegovim kretanjima (čl. 865. ZOO). Ova obaveza, u praksi, naročito, dolazi do izražaja, ako su potrošači poznate ličnosti, koje žele da ostanu anonimne i da se o njihovom kretanju ništa ne zna (Veljković, 2005: 791). Podaci koji predstavljaju tajnu mogu se saopštavati trećim licima samo u zakonom predviđenim slučajevima: kada je potrošač to dozvolio i na zahtev nadležnog organa.

5. Povećanje rizika različite prirode i opasnosti da potrošači budu oštećeni u najširem smislu, povećao je interes za finansijske garancije i oblike zaštite, posebno za osiguranje solventnosti trgovaca. Široki niz mera koji se primenjuje u većini država Evropske unije propisima ili samoregulativnim aktima profesionalnih asocijacija odnosi se, po pravilu, s jedne strane, na postojanje garantnih fondova za slučaj insolventnosti ili nestanka trgovca i, s druge strane, osiguranje od određenih rizika; ovo je i uslov za dobijanje dozvola za rad ili učlanjenje u profesionalne asocijacije (Dragašević, 2009: 226).

Prema ZZP (čl. 108), trgovac je dužan da potrošaču pruži garanciju kojom se obavezuje da će izvršiti povraćaj uplaćene cene i isplatiti naknadu troškova povratka potrošača u mesto povratka, ako usluga iz ugovora o turističkom putovanju ne bude izvršena zbog nesposobnosti plaćanja trgovca. Garancija se

pruža osiguranjem nesposobnosti plaćanja trgovca ili bankarskom garancijom na prvi poziv.

3.2. Obaveze potrošača

Kako ZZP reguliše ugovor o turističkom putovanju sa aspekta zaštite potrošača, odredbama ovog zakona nisu regulisane obaveze potrošača, kao druge ugovorne strane. Prava i obaveze trgovca i potrošača (organizatora putovanja i putnika) u celosti su regulisane u ZOO. U cilju zaštite potrošača pojedine odredbe o obavezama trgovca mogu se pronaći i u ZZP, dok se na obaveze potrošača u potpunosti primenjuju odredbe ZOO.

Osnovna obaveza potrošača je da plati trgovcu ugovorenu cenu za putovanje u vreme koje je ugovoreno, odnosno uobičajeno (čl. 871. ZOO). Potrošač plaća paušalnu cenu, s obzirom na to da mu trgovac prodaje tzv. paket usluga, a ne pojedinačne usluge. Cena obuhvata cene svih usluga davalaca usluga (prevoznika, hotelijera i dr.), eventualno provizije koje se plaćaju putničkim agencijama – posrednicima, troškove administracije i propagande, dobit trgovca (koja se određuje paušalno ili u procentu od zbira cena usluga) i dr. Potrošač je dužan da na traženje trgovca blagovremeno dostavi sve podatke potrebne za organizovanje putovanja, a posebno za pribavljanje prevoznih karata, rezervacija za smeštaj, kao i isprave potrebne za prelazak preko granice (čl. 872. ZOO). Potrošač je dužan da on lično, njegove lične isprave i njegov prtljag ispunjavaju uslove predviđene graničnim, carinskim, sanitarnim, monetarnim i drugim administrativnim propisima (čl. 873. ZOO).

4. Posebna prava ugovornih strana

4.1. Posebna prava potrošača

4.1.1. Zamena potrošača drugim licem

Potrošač može odrediti drugo lice da umesto njega koristi ugovorene usluge ako to drugo lice zadovoljava posebne zahteve predviđene za određeno turističko putovanje. Zamena potrošača može dovesti do različitih dodatnih, odnosno povećanih troškova organizatoru putovanja, kao što su troškovi korespondencije, pribavljanja dokumenata, itd. Trgovac ima pravo da zahteva naknadu isključivo troškova koji nastanu zamenom. Potrošač jamči trgovcu za

dodatne troškove koji nastanu zamenom; isto i u pogledu cene putovanja, ako nije uopšte ili u potpunosti plaćena (čl. 97. st. 4. ZZP).

Direktivom je predviđeno da su prenosilac aranžmana i njegov korisnik solidarno i pojedinačno odgovorni organizatoru putovanja ili distributeru (prodavcu) za obavezu plaćanja ostatka dugovanja, kao i za sve dodatne troškove prouzrokovane zamenom. Direktiva, čl. 4. st. 3. Prema ZOO, putnik je dužan da naknadi organizatoru putovanja troškove prouzrokovane zamenom (čl. 875. ZOO).

Potrošač može da se koristi institutom zamene drugim licem pod uslovom da u primerenom roku od dana otpočinjanja turističkog putovanja o zameni obavesti trgovca (čl. 97. st. 3. ZZP).

Direktivom je (čl. 4. st. 3) predviđeno da je prenosilac aranžmana dužan da o zameni blagovremeno obavesti organizatora putovanja ili distributera. Iz odredbe čl. 97. ZZP proizilazi da potrošač može da bude zamenjen drugim licem pre otpočinjanja turističkog putovanja. Međutim, ovo pravo potrošaču bi trebalo dati i nakon početka putovanja, odnosno i u toku putovanja (ovo naročito, kada se radi o putovanjima u dužem periodu, kao što su npr. višenedeljna, pa i višemesečna krstarenja i sl.).

4.1.2. Pravo potrošača da odustane od ugovora

Putnik ima pravo da odustane od ugovora o turističkom putovanju, potpuno ili delimično, bez obzira na razloge odustanka. Ovo pravo potrošača je približno na isti način regulisano ZZP, kao i ZOO. Ipak, jedna bitna razlika postoji. ZZP govori o pravu potrošača da pre otpočinjanja turističkog putovanja odustane od ugovora (čl. 99. st. 1), dok prema ZOO putnik može u svakom trenutku odustati od ugovora; dakle, i nakon početka putovanja (čl. 877. st. 1. i 5). Međutim, to što potrošač ima pravo da odustane od ugovora o turističkom putovanju ne znači da on zbog toga neće snositi nikakve štetne posledice. Posledice odustanka potrošača zavise od toga da li je odustanak blagovremen ili neblagovremen, da li je opravdan ili neopravdan, ali i od toga da li je usled odustanka potrošača od ugovora trgovac pretrpeo štetu.

Ako potrošač pre otpočinjanja turističkog putovanja odustane od ugovora u primerenom roku (ZOO govori o razumnom rok) koji se određuje s obzirom na

vrstu turističkog putovanja, trgovac ima pravo samo na naknadu administrativnih troškova (blagovremeni odustanak). To je, po pravilu, rok u kome i trgovac može da odustane od ugovora koje je zaključio sa davaocima usluga u cilju realizacije turističkog putovanja. ZZP je precizirano da administrativni troškovi ne mogu biti veći od 5% vrednosti turističkog putovanja (čl. 99. st. 2. ZZP).

Drugačija pravna situacija postoji ako je potrošač neblagovremeno odustao od ugovora. U tom slučaju, trgovac može od potrošača zahtevati naknadu u određenom procentu ugovorene cene koji se utvrđuje srazmerno vremenu preostalom do početka putovanja i koji mora biti ekonomski opravdan. Što je vreme preostalo do početka putovanja kraće, procenat cene koji je potrošač dužan da plati je veći.

Potrošač može odustati od ugovora usled okolnosti koje nije mogao izbeći ili otkloniti i koje bi da su postojale u trenutku zaključenja ugovora predstavljale opravdan razlog da ne zaključi ugovor (tzv. opravdani odustanak). U slučaju ovakvog, opravdanog, odustanka potrošača, trgovac ima pravo isključivo na naknadu administrativnih troškova (ZZP, čl. 99. st. 4; prema ZOO, učinjenih troškova, čl. 877. st. 4). Teret dokazivanja opravdanih razloga je na potrošaču. Trgovac ima pravo samo na naknadu administrativnih troškova i u slučaju da je potrošač odustao od ugovora, ali je obezbedio odgovarajuću zamenu ili je zamenu našao sam trgovac. U svim drugim slučajevima odustanka od ugovora nakon početka putovanja (tzv. neopravdani odustanak), trgovac ima pravo na puni iznos ugovorene cene putovanja (ako potrošač odustane od ugovora o turističkom putovanju u toku putovanja, usled razloga koji se ne mogu smatrati višom silom) (čl. 877. st. 5. ZOO).

4.2. Posebna prava trgovca

4.2.1. Pravo trgovca da odustane od ugovora

Pravo na odustanak od ugovora o turističkom putovanju dato je i trgovcu (organizatoru putovanja).

Prvo, trgovac (organizatoru putovanja) može odustati od ugovora, potpuno ili delimično, bez obaveze na naknadu štete, ako pre ili za vreme izvršenja ugovora nastupe izvanredne okolnosti koje se nisu mogle predvideti, ni izbeći

ili otkloniti, a koje bi, da su postojale u vreme zaključenja ugovora, predstavljale opravdan razlog za trgovca da ugovor ne zaključi (čl. 878. st. 1. ZOO). Takve izvanredne, nepredvidive okolnosti postojale bi, na primer, ako bi izbio rat, unutrašnji nemiri, štrajkovi, epidemije, elementarne nepogode, u slučaju zakasnelih obaveštenja davalaca usluga da nisu u stanju da ispune ugovor (npr. izgoreo hotel), zatvaranja granica, itd. Da bi bio oslobođen obaveze na naknadu štete potrošaču, trgovac mora da dokaže postojanje ovih okolnosti, ali i da bi te okolnosti predstavljale opravdan razlog za njega da ne zaključi ugovor, da su postojale u trenutku zaključenja ugovora. Trgovac može odustati od ugovora iz opravdanih razloga kako pre početka putovanja, odnosno izvršenja ugovora, tako i za vreme trajanja putovanja. U slučaju odustanka pre početka putovanja, trgovac mora u celini vratiti ono što je primio od potrošača (čl. 878. st. 3. ZOO). U slučaju pak odustanka za vreme trajanja putovanja, odnosno izvršenja ugovora, trgovac ima pravo na pravičnu naknadu za ostvarene ugovorene usluge, ali je dužan da preduzme sve nužne mere za zaštitu interesa potrošača (čl. 878. st. 4. ZOO).

Druga situacija u kojoj trgovac može da odustane (raskine) od ugovora o turističkom putovanju, bez obaveze na naknadu štete, jeste kad se minimalan broj putnika, predviđen u potvrdi o putovanju, nije sakupio, pod uslovom da o toj okolnosti potrošač bude obavešten u primerenom roku koji ne može biti kraći od pet dana pre dana kad je putovanje trebalo da otpočne (čl. 878. st. 2. ZOO; čl. 100. st. 2. ZZP). I u ovoj situaciji trgovac je dužan da u celini vrati ono što je primio od potrošača.

Treća situacija u kojoj trgovac može da raskine ugovor o turističkom putovanju, bez obaveze na naknadu štete potrošaču, jeste situacija u kojoj je trgovac raskinuo ugovor zbog razloga koji je na strani potrošača.

4.2.2. Povećanje ugovorne cene

ZOO (čl. 876) daje pravo organizatoru putovanja da pod određenim uslovima može zahtevati povećanje ugovorene cene putovanja. Organizator putovanja može zahtevati povećanje ugovorene cene putovanja samo ako je posle zaključenja ugovora o organizovanju putovanja došlo do promena u kursu razmene valute ili do promene u tarifama prevoznika, koje utiču na cenu putovanja. Uočljivo je da promene u cenama drugih usluga (npr. povećanje

cene smeštaja, ishrane itd.), prema ZOO, ne daju pravo organizatoru putovanja da zahteva povećanje ugovorene cene. Direktivom je omogućeno organizatoru putovanja da zahteva povećanje cene i ako je došlo do povećanja dažbina, poreza i novčanih naknada za izvesne usluge, kao što su pristanišne takse ili novčane naknade za ukrcavanje ili ukrcavanje u lukama ili na aerodromima (Direktiva, čl. 4, st. 4 (a)). ZOO predviđa još jedan, dodatni, uslov koji mora biti ispunjen da bi moglo da dođe do povećanja cene. Pravo na povećanje ugovorene cene organizator putovanja može ostvariti samo pod uslovom da je ono predviđeno u potvrdi o putovanju. Direktivom je regulisano da pravo na povećanje ugovorene cene mora biti izričito predviđeno ugovorom o organizovanju putovanja, kao i da ugovorom mora biti precizno formulisano na koji način će se izračunati promena cene (Direktiva, čl. 4, st. 4 (a)).

Iz odredaba ZOO proizilazi da se organizator putovanja pravom na povećanje ugovorene cene može koristiti u bilo kom trenutku pre početka putovanja, s obzirom na to da u tom pogledu ne postoje bilo kakva ograničenja. Direktivom je, pak, predviđeno da se ugovorene cene ne mogu povećavati u periodu od 20 dana pre ugovorenog polaska (Direktiva, čl. 4, st. 4 (b)).

Putnik ima pravo da raskine ugovor o organizovanju putovanja bez obaveze da naknadi štetu, ako povećanje ugovorene cene pređe 10%. (čl. 876. st. 3. ZOO). U tom slučaju putnik ima pravo na povraćaj onoga što je platio organizatoru putovanja. ZZP daje potrošaču pravo na raskid ugovora bez naknade štete u slučaju povećanja ugovorene cene, bez obzira na iznos, odnosno procenat povećanja (čl. 98. ZZP).

4.2.3. Izmena programa putovanja/sadržaja ugovora

ZZP je pitanje izmene programa putovanja, odnosno sadržaja ugovora o turističkom putovanju regulisano na drugačiji način u odnosu na ZOO, a pod uticajem Direktive.

Tako, ako pre ugovorenog dana otpočinjanja turističkog putovanja trgovac utvrdi da je prinuđen da izmeni pojedine bitne odredbe ugovora (npr. cenu, destinaciju, prevozno sredstvo, karakteristike ili kategoriju prevoza, datum otpočinjanja turističkog putovanja, vrstu, kategoriju, lokaciju ili nivo udobnosti smeštaja), dužan je da izmene bez odlaganja saopšti potrošaču, u pismenoj

formi ili na trajnom nosaču zapisa (trajnom medijumu), koji je lako dostupan potrošaču. Potrošač može da prihvati ove izmene, uključujući izmenu ukupne cene turističkog putovanja ili da bez naknade raskine ugovor o turističkom putovanju. Potrošač je dužan da bez odlaganja obavesti trgovca o svojoj odluci. Ako pre ugovorenog datuma otpočinjanja turističkog putovanja potrošač po ovom osnovu raskine ugovor, on ima pravo izbora: da prihvati zamenu ugovorenog turističkog putovanja drugim putovanjem istog ili boljeg kvaliteta i plati razliku u ceni; da prihvati zamenu ugovorenog turističkog putovanja drugim putovanjem slabijeg kvaliteta i naknadu za razliku u ceni; ili da zahteva povraćaj uplaćenih sredstava po osnovu ugovora o turističkom putovanju (čl. 100. st. 1. ZZP). Potrošač ima pravo i na naknadu troškova nastalih raskidom ugovora, osim u slučaju prestanka ugovora zbog nemogućnosti ispunjenja ugovornih obaveza za koji nisu odgovorne ugovorne strane.

Ako trgovac posle otpočinjanja turističkog putovanja utvrdi da potrošaču nisu pružene, odnosno da neće biti u mogućnosti da potrošaču pruži usluge saobrazne ugovoru, dužan je da mu ponudi druge odgovarajuće usluge do okončanja turističkog putovanja bez dodatnih troškova, kao i da isplati eventualnu razliku u ceni između ugovorenih i pruženih usluga. Ako pružanje ovih usluge nije moguće, ili ih potrošač ne prihvati iz opravdanih razloga, trgovac je dužan da potrošaču nadoknadi troškove koji su posledica izmene nakon polaska, kao i da obezbedi besplatan povratak odgovarajućim prevoznim sredstvom u mesto polaska ili drugo mesto o kojem se dogovori sa potrošačem. Ako trgovac ne ponudi, odnosno pruži potrošaču druge odgovarajuće usluge do okončanja turističkog putovanja ili ako ne obezbedi besplatan povratak odgovarajućim prevoznim sredstvom u mesto polaska ili drugo mesto o kojem se dogovori sa potrošačem, potrošač može da o svom trošku pribavi druge odgovarajuće usluge ili da izvrši povratak odgovarajućim prevoznim sredstvom u mesto polaska ili drugo mesto o kojem se dogovori sa organizatorom putovanja. On ima i pravo na naknadu troškova (čl. 103. ZZP).

5. Odgovornost trgovca

Trgovac je dužan da potrošaču pruži turističko putovanje na način koji je ugovoren. Turističko putovanje je u skladu sa ugovorom ako ima svojstva koja je trgovac garantovao potrošaču ili ako odgovara uobičajenoj ili ugovorenoj

nameni. U suprotnom postavlja se pitanje odgovornosti trgovca. Pored radnji i propusta, kada je odgovornost trgovca nesporna, postavlja se pitanje odgovornosti trgovca za izvršenje usluga koje potrošaču pruža treće lice – davalac usluga (pružalac usluga prevoza, smeštaja, ishrane, zabavnih, kulturnih, sportsko-rekreativnih i drugih programa kojima se ispunjava slobodno vreme).

ZOO je u čl. 868. tu odgovornost organizatora putovanja ograničio na slučajeve neispunjenja ili delimičnog (ne)ispunjenja obaveza trećeg lica da pruži ugovorene usluge. U slučaju, pak, kad su usluge izvršene saglasno ugovoru, kao i propisima koji se na njih odnose, ali je putnik pretrpeo štetu povodom njihovog izvršenja (npr. putnik je slomio nogu zbog poderanog tepiha u hotelu, otrovao se usluženom hranom, nestao mu je prtljag ili se povredio zbog nesretnog slučaja u toku prevoza, i sl), organizator putovanja odgovara za štetu koju je putnik pretrpeo, s tim da se može osloboditi odgovornosti ako dokaže da je postupao kao pažljiv organizator putovanja pri izboru lica koja su izvršila te usluge (čl. 868. st. 2. ZOO). Dakle, odgovara samo za nepažnju prilikom izbora trećeg lica – culpa in eligendo. To praktično znači da organizator putovanja neće odgovarati za štetu nanесenu putniku povodom obaveza davaoca usluga da zaštiti osobu putnika i čuva njegovu imovinu, jer će organizator putovanja u praksi relativno lako dokazati svoj pažljiv izbor davaoca usluga. Takva praksa nije povoljna za putnika – potrošača usluga masovnog turizma. On najčešće ne zna kome pripada hotel, ne poznaje pravo strane zemlje, postupak mora voditi pred sudom sedišta hotela i dr., što ga sve skupa stavlja u nepovoljan položaj i otežava ostvarivanje njegovog najčešće opravdanog zahteva.

Prema ZZP (čl. 82), trgovac (organizator putovanja, turistička agencija) je odgovoran za usluge koje su izvršila lica koja su postupala po njegovom nalogu, kao da je te usluge samostalno izvršio. To znači da, prema ZZP, za razliku od ZOO, trgovac odgovara, u svakom slučaju, i za štetu koju je potrošač, kao slabija ugovorna strana, pretrpeo povodom izvršenja ugovorenih turističkih usluga. Trgovac se, jasno, može osloboditi od odgovornosti ako dokaže da je neispunjenje, delimično ispunjenje, kašnjenje sa ispunjenjem ili neuredno ispunjenje posledica potrošačevog namernog ili krajnje nepažljivog postupanja, ili više sile. Trgovac koji je obeštetio potrošača, za štetu koju su mu

pričinila treća lica/davaoci usluga, stiče sva prava koja bi potrošač imao prema trećem licu odgovornom za štetu (prevozniku, hotelijeru, i dr.), u meri u kojoj je naknadio štetu putniku – pravo na regres (čl. 107. ZZP). Pri tome, potrošač je dužan da trgovcu olakša vršenje ovog prava, ustupajući isprave i dokumenta kao i sve drugo što je potrebno za ostvarivanje prava regresa.

Pored prava na naknadu materijalne štete, potrošač ima pravo i na naknadu nematerijalne štete (čl. 107. st. 1. ZZP). Član 5. Direktive eksplicitno ne kaže da potrošač ima pravo i na naknadu nematerijalne štete. Međutim, prema presudi ESP, u slučaju *Simone Leitner*, potrošač ima pravo na naknadu nematerijalne štete, i posebno, da takva naknada može da nastane zbog gubitka uživanja koji je potrošač pretrpeo zbog nepravilnog pružanja turističkog putovanja (Schulte-Nölke et al., 2008:214). Takođe, ni ZOO u okviru odredaba o ugovoru o organizovanju putovanju ne pominje pravo putnika na naknadu nematerijalne štete. Tako je ostalo da se putnik poziva na naknadu ove štete primenom opštih odredaba ovog zakona o naknadi nematerijalne štete. U sudskoj praksi je putniku priznato pravo na naknadu nematerijalne štete, pa tako lice kome su bez njegovog znanja prenete stvari u drugu hotelsku sobu da bi u prethodnu bio smešten drugi gost ima pravo na naknadu nematerijalne štete za doživljeno poniženje (Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 142/97).

Da bi potrošač ostvario pravo na naknadu štete, uslov je da pravovremeno obavesti trgovca, odnosno drugo ovlašćeno lice o nedostacima pruženih usluga, odnosno o njihovoj nesaobraznosti. Potrošač je dužan da trgovca, posrednika, lokalnog predstavnika trgovca ili lokalnu agenciju na koju je trgovac uputio potrošača za slučaj potrebe pružanja određene pomoći, u pismenoj formi ili na drugi odgovarajući način, obavesti o nedostacima izvršenih usluga, najkasnije u roku od mesec dana od dana utvrđivanja nedostataka. Potrošač ne gubi pravo da zahteva naknadu štete ako trgovac nije pre otpočinjanja turističkog putovanja, na jasan i razumljiv način, u pismenoj formi ili na trajnom nosaču zapisa koji je lako dostupan potrošaču, obavestio potrošača o dužnosti da pravovremeno i uredno uloži pritužbu o nesaobraznosti pruženih usluga i mogućim posledicama propuštanja izvršenja te dužnosti (čl. 109. st. 1. ZZP).

Literatura

- Veljković, D. (2005). *Komentar Zakona o obligacionim odnosim*. Beograd.
- Vujisić, D. (2013). Ugovor o organizovanju putovanja – odgovornost organizatora putovanja. U M. Mićović, *Uslužno pravo* (str. 421–434). Kragujevac, Pravni fakultet u Kragujevcu.
- Vujisić, D. (2012). Ugovor o organizovanju putovanja – obaveze organizatora putovanja i putnika. U M. Mićović, *Pravo i usluge* (str. 303–315). Kragujevac, Pravni fakultet u Kragujevcu.
- Vujisić, D. (2011). Ugovor o organizovanju putovanja – pojam i karakteristike. U M. Mićović, *XXI vek – vek usluga i uslužnog prava* (str. 63–76). Kragujevac, Pravni fakultet u Kragujevcu.
- Gorenc, V., Šmid, V. (1999). *Poslovno pravo u turizmu i ugostiteljstvu*. Zagreb.
- Direktiva o putnim aranžmanima, aranžmanima za odmore i aranžmanima za organizovana putovanja (Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours - OJ 1990 L 158.).
- Dragašević, M. (2009). Ugovor o organizovanju putovanja i zaštita turista kao potrošača. U M. Mićović, *Od caveat emptor do caveat venditor* (str. 211–227), Kragujevac, Pravni fakultet u Kragujevcu.
- Dragašević, M. (1990). *Ugovori u turizmu*. Nikšić.
- Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 142/97 od 2. IV 1997. godine.
- Radović, V. (2013). Pojam potrošača kod ugovora o organizovanju putovanja. U T. Bourgoignie i T. Jovanić: *Jačanje zaštite potrošača* (str. 124–139), Beograd, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*. Br. 29(1978), 39(1985), 45(1989) Odluka USJ i 57(1989); *Službeni list SRJ*. Br. 31(1993) i *Službeni list SGG*. Br. 1(2003) – Ustavna povelja.
- Zakon o turizmu. *Službeni glasnik RS*. Br. 36(2009), 88(2010), 99(2011).
- Zakon o zaštiti potrošača, *Službeni glasnik RS*. Br. 73 (2010).
- Bedford, S. (1997). *European Travel law*. Chichster.
- Schulte-Nölke, H., Twigg-Flesner, C., Ebers M. (2008). *EC Consumer Law Compendium – Comparative Analysis*.

Dragan Vujisić, LL.D.

Associate Professor,
Faculty of Law, Kragujevac

Borko Mihajlović,

Assistant,
Faculty of Law, Kragujevac

**Tourist Travel Services Agreement
under the Consumer Protection Act**

Summary

Agreement on package travel is regulated by special provisions of Law on Consumers Protection of Republic of Serbia, modeled by EU Directive on package tours. These provisions significantly changed the legal regulation of the package tours, in comparison with the provisions of Law on Obligations, which also regulates this agreement. Subject of this paper are exactly that provisions about agreement on package tours of Law on Consumers Protection, as follows: notion and characteristics, rights and duties of contractual parties, special rights of contractual parties and merchant's liability. Authors in the paper especially emphasized differences between provisions of Law on Consumers Protection about agreement on package tours and Law on Obligations and EU Directive on package tours.

Key words: merchant, consumer, tourist travel, duties, liability.

Aleksandra Vasić,*
Asistent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

NAUČNI ČLANAK

UDK: 347.772

Rad primljen: 01.09.2014.
Rad prihvaćen: 01.12.2014.

O CELISHODNOSTI UVOĐENJA PRIGOVORA NA PRIJAVU ŽIGA U SRPSKO ZAKONODAVSTVO**

Apstrakt: Predmet analize u ovom radu jeste kvalitet određenih rešenja iz domaćeg žigovnog zakonodavstva u svetlu harmonizacije naših propisa sa pravom EU. Zakon o žigovima Republike Srbije iz 2009. godine nije predvideo postupak po prigovoru na prijavu za registraciju žiga kao sredstvo koje bi trebalo da osigura da samo oni znakovi koji ispunjavaju neophodne uslove uživaju žigovno pravnu zaštitu. Zavod za intelektualnu svojinu je zadužen da ex officio ispituje postojanje tzv. relativnih razloga za odbijanje registracije žiga tako da nosioci prava na žig nemaju mogućnost da se u relativno jeftinom i delotvornom postupku suprotstave registrovanju drugog znaka kojim se povređuje njihovo ranije stečeno pravo. Nasuprot našem Zakonu o žigovima, u pravu EU je Uredbom Saveta 207/2009. o komunitarnom žigu od 26. februara 2009. godine (CTMR – Community trade mark regulation) propisan postupak opozicije koji predstavlja najznačajniju fazu u postupku registracije žiga.

Iskustva evropskih zemalja pokazuju da postupak po prigovoru na prijavu žiga ima značajne prednosti. Pre svega, nosioci ranije stečenih prava su u mogućnosti da izbegnu vođenje dugih i skupih sudskih postupaka za poništaj žiga kojim se vređaju njihova prava. Takođe, državne agencije koje su ovlašćene da odobravaju registraciju znakova više nemaju obavezu da ispituju postojanje već registrovanih žigova.

Ključne reči: prigovor na prijavu žiga, komunitarni žig, žigovno pravo, Srbija.

* aleksandra@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu: "Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije", koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu u periodu 2013–2018. godine.

1. Uvod

Savremena tržišna utakmica vrši konstantan pritisak na proizvođače i davaoce usluga i traži od njih da kontinuirano poboljšavaju kvalitet svojih proizvoda i usluga i snižavaju cene. Vežanost potrošača za određenu robu ili uslugu, a samim tim i njenu lakšu prodaju na tržištu, moguće je postići označavanjem proizvoda robnom markom, odnosno dvodimenzionalnim ili trodimenzionalnim znakom. Ovi znaci služe da identifikuju proizvod i ukažu na njegovo poreklo, te na taj način omogućavaju potrošačima da ih razlikuju od drugih istovrsnih proizvoda. (Marković, 2011: 37). Ukoliko ove oznake ispunjavaju zakonom predviđene uslove, mogu uživati pravnu zaštitu u obliku žiga.

Žig je pravo kojim se štiti znak koji u privrednom prometu ima za cilj da individualizira robu, odnosno usluge jednog fizičkog ili pravnog lica (u daljem tekstu samo: roba) kako bi se na tržištu izdvojili iz mase istovrsnih proizvoda drugih proizvođača. Privredni subjekti koji u prometu obeležavaju svoju robu određenim znacima su slobodni da odluče da li će ih pravno zaštititi budući da to nije njihova zakonska obaveza. Međutim, prednosti pravne zaštite znaka u obliku žiga su višestruke. Nosilac žiga je ovlašćen da koristi žig, da zabrani drugim licima neovlašćenu upotrebu žiga, kao i da prenese pravo na žig na neko drugo lice ugovorom. Ono je monopolskog karaktera, tj. svom nosiocu garantuje isključivo pravo upotrebe. Takođe, nosilac žiga je u poziciji da lako dokazuje pred sudom, ili nekim drugim državnim organom, vlasništvo nad žigom.

Zakonski propisi iz oblasti industrijske svojine koji važe na teritoriji Republike Srbije, a između ostalih i Zakon o žigovima iz 2009. godine, u velikoj meri su usklađeni sa regulativom Evropske unije koja se odnosi na ovu oblast. Međutim, pojedina pitanja koja se odnose na žigovno pravo drugačije su uređena u odnosu na pravo EU. Uredbom o komunitarnom žigu EU stvoren je jedan nadnacionalni sistem zaštite oznaka koje se koriste u prometu i na jednoobrazan način propisan postupak za sticanje žiga koji je umnogome pojednostavljen, kao i uslovi za odbijanje registracije. Pomenutom uredbom je propisan postupak opozicije koji predstavlja najznačajniju fazu u postupku

registracije žiga. S druge strane, naš zakonodavac je izostavio odredbe koje se odnose na postupak po prigovoru na prijavu žiga.

2. Osnovi za odbijanje registracije žiga

Neophodni uslovi koje svaki znak mora da ispunjava kako bi uživao pravnu zaštitu određeni su Zakonom o žigovima Republike Srbije iz 2009. godine metodama generalne klauzule i negativne enumeracije. Najpre, zakon stipulira da se žigom štiti znak koji se može grafički predstaviti.¹ Dalje zakonodavac propisuje određene zabrane registracije tako što navodi određene vrste ili grupe znakova koje ne mogu uživati zaštitu u obliku žiga. Tako se, na primer, žigom ne može zaštititi znak koji je protivan javnom poretku i moralu; nije podoban za razlikovanje robe u prometu; koji je istovetan ranije zaštićenom znaku za istu vrstu robe, odnosno usluga.² Poređenja radi, Uredbom o komunitarnom žigu razlozi za odbijanje registracije klasifikovani su u dve grupe – apsolutne i relativne.³ Bližim pogledom na iste može se konstatovati da ova ograničenja mogu biti apsolutna prepreka zaštiti ili apsolutni razlozi za odbijanje registracije ili relativna, odnosno otklonjiva prepreka žigovnoj zaštiti. Znakovi koji se apsolutno isključuju iz pravne zaštite ne mogu postati žigovi, dok neki znakovi koji su relativno zabranjeni mogu pod određenim uslovima uživati pravnu zaštitu, ukoliko podnosilac prijave dokaže da je dobio potrebno odobrenje od nadležnog organa ili ovlašćenog lica za korišćenje znaka kao žiga.⁴

Ovakav pristup domaćeg zakonodavca u određivanju materijalno-pravnih uslova za zaštitu žiga omogućio je Zavodu za intelektualnu svojinu da po službenoj dužnosti ispituje sve potencijalne razloge za odbijanje registracije. S druge strane, na nivou EU, Ured za harmonizaciju na unutrašnjem tržištu (u

¹ Čl. 4. Zakona o žigovima, Sl. Glasnik RS, 104/09

² Čl. 5. Zakona o žigovima, Sl. Glasnik RS, 104/09

³ Council Regulation (EC) No 207/2009 of 26 February 2009 on the Community trade mark

⁴ Član 7. Uredbe o komunitarnom žigu predviđa apsolutne razloge za odbijanje registracije. Tako će, na primer, prijava za registraciju žiga biti predmet odbijanja od strane nadležnog organa ukoliko se radi o znacima koji nisu distinktivni, znacima koji su protivni javnom poretku i moralu, generički znakovi, prevarni znaci, slobodni znakovi, crteži, amblemi ili zastave od posebnog javnog interesa i znaci koji nisu u saglasnosti sa čl. 6. Pariske konvencije za zaštitu industrijske svojine.

daljem tekstu: OHIM) ovlašćen je da *ex officio* ispituje samo apsolutne razloge za odbijanje prijave za registraciju žiga. Za razliku od apsolutnih smetnji, OHIM na relativne razloge za odbijanje registracije pazi samo na osnovu prigovora zainteresovanog lica na prijavu za registraciju žiga.⁵

2.1 Postupak po prigovoru na prijavu žiga

Prigovor na prijavu za registraciju žiga je postupak koji je predviđen u mnogim jurisdikcijama. Radi se o pravnom sredstvu koje ima za cilj da spreči da znakovi koji ne ispunjavaju potrebne uslove uživaju zaštitu na osnovu zakona. Ovo pravno sredstvo omogućuje nosiocima žigova da u relativno jednostavnom postupku spreče registraciju drugog znaka kojim se povređuje ili razvodnjava njihovo pravo. Većina pravnih sistema u Evropi predvidela je neki oblik opozicionog sistema kako bi treća lica mogla da se usprotive priznanju prijave za registraciju žiga. Postupak po prigovoru na prijavu žiga je na nivou EU regulisan Uredbom o komunitarnom žigu (u daljem tekstu: Uredba). Takođe, ovaj pravni institut propisan je i u većini susednih zemalja – Hrvatska, Crna Gora, Makedonija, Bosna i Hercegovina su u svoja zakonodavstva uvele mogućnost podnošenja prigovora na prijavu žiga. (Zlatović, 2008: 147.)

Uredba propisuje da svako fizičko i pravno lice može biti podnosilac prijave za sticanje komunitarnog žiga. Prijava se podnosi OHIM-u koji je dužan da ispita formalnu urednost prijave, kao i ispunjenost apsolutnih uslova zaštite.⁶ Ukoliko ne postoje apsolutne prepreke zaštiti OHIM je dužan da prijavu objavi. Članom 41. Uredbe data je mogućnost nosiocima starijih prava u bilo kojoj državi članici EU da u roku od tri meseca od dana objave prijave ulože prigovor da prijava ne ispunjava relativne uslove za zaštitu.⁷ Prigovor mora biti podnet

⁵ Član 8. Uredbe o komunitarnom žigu relativne razloge za odbijanje registracije naziva „starijim pravima“. Pod tim se podrazumevaju, primera radi, priznati ili ranije prijavljeni žigovi Zajednice, priznati ili prvoprijavljeni nacionalni žigovi, notorni žigovi iz čl. 6 Pariske konvencije ukoliko se radi o istovetnim znakovima i identičnoj robi na koju se odnose. Takođe, relativni razlog za odbijanje registracije koji se u praksi često javlja je postojanje mogućnosti dovođenja u zabludu potrošača zbog istovetnosti ili sličnosti sa ranijim žigom.

⁶ Član 7. Uredbe o komunitarnom žigu

⁷ U većini jurisdikcija pravo na pokretanje postupka opozicije imaju nosioci ranije zaštićenog žiga, podnosioci prijave za registraciju žiga, nosioci čuvenog žiga, kao i sticaoci

u pisanom obliku i sadržati razloge na kojima se temelji. U praksi se vrlo često dešava da prigovor bude odbačen u ovoj fazi postupka jer podnosilac prigovora nije u stanju da dokaže postojanje ranijeg prava. (Waldstorm, 2011.) U postupku po prigovoru (tzv. postupak opozicije) odlučuje OHIM koji je dužan da određenom roku prigovor prosledi podnosiocu prijave za registraciju žiga. Uredbom je predviđena mogućnost da OHIM, ukoliko smatra da je to prikladno, pozove stranke da sklope nagodbu.⁸ Propisano je da ovaj tzv. *“cooling-off”* period traje dva meseca, uz mogućnost produženja roka.⁹ Ukoliko se u postupku po prigovoru utvrdi da znak ne može biti registrovan za neke ili za sve proizvode i usluge za koje je podneta prijava, OHIM je dužan da prijavu odbije u odnosu na te proizvode i usluge. U suprotnom, prigovor mora biti odbačen.

Najveći broj postupaka opozicije pred OHIM-om podnosioci prigovora pokreću jer smatraju da je prijavljeni znak istovetan sa ranijim žigom i ako su roba i usluge za koje je podneta prijava za registraciju istovetni sa proizvodima i uslugama za koje je raniji žig zaštićen, ili ako smatraju da postoji mogućnost dovođenja u zabludu potrošača zbog istovetnosti ili sličnosti sa ranijim žigom.¹⁰ Zbog toga je OHIM dužan da znake analizira vizuelno, fonetski i konceptualno. Takođe, ovaj organ mora analizirati i robu koja se želi zaštititi

isključive licence. Krug lica kojima zakonodavac daje mogućnost ulaganja prigovora na prijavu žiga može biti i širi. Tako, na primer, prema novom hrvatskom Zakonu o žigu prigovor mogu podneti i osobe čije ime ili slika su istovetni kao i znak za koji se traži zaštita. Ovakvu mogućnost Uredba ne propisuje jer u čl. 52. ovo predviđa kao jedan od razloga za traženje poništaja registrovanog žiga.

⁸ Član 42. Uredbe o komunitarnom žigu

⁹ Većina evropskih zakonodavstava ne predviđa mogućnost da organ koji odlučuje po prigovoru na prijavu žiga pozove zainteresovane strane da postignu nagodbu, ukoliko je na osnovu okolnosti konkretnog slučaja razumno pretpostaviti da je nagodba moguća. Tako, na primer, novi hrvatski Zakon o žigovima u čl. 28. st. 3. propisuje da je Zavod dužan da obavesti o prigovoru podnosioca prijave za registraciju žiga, dostavi mu primerak istog i poziva ga da se u prekluzivnom roku od 60 dana od dana prijema izjasi o prigovoru. I crnogorski Zakon o žigu iz 2010. godine pripada ovoj grupi zakonodavnih akata.

¹⁰ Jedan od primera iz prakse je pokušaj kompanije „Loreal“ da pred OHIM-om, shodno Uredbi o komunitarnom žigu, zaštiti u obliku žiga znak „SPALINE“ za kozmetičke proizvode, čemu se u postupku opozicije usprotivila kompanija Spa Monopole, osnovana u mestu Spa u Belgiji, koja je ranije zaštitila znak „SPA“ za vodu i bezalkoholna pića. „Loreal“ je sprečen u svojoj nameri, iako se radilo o različitoj robi, a od presudnog značaja bila je percepcija javnosti reči „Spa“ u zemljama Beneluksa.

predmetnim znakom, a da pritom sledi princip naveden u odlukama Suda pravde koje se odnose na mogućnost dovođenja u zabludu potrošača kada se radi o istim ili sličnim znacima.¹¹

3. Razlozi „*proetcontra*“ za uvođenje postupka opozicije u domaće pravo žiga

Srbija je jedna od retkih zemalja u Evropi koja u svom žigovnom zakonodavstvu nije predvidela mogućnost izjavljivanja prigovora na prijavu za registraciju žiga. Ukoliko pođemo od činjenice da su propisi koji se odnose na ovu oblast umnogome harmonizovani sa pravom EU, postavlja se logično pitanje zašto se domaći zakonodavac odlučio da odredbama Zakona o žigovima iz 2009. godine ne reguliše ovaj pravni institut.

Žig, kao subjektivno pravo koje pripada određenom fizičkom ili pravnom licu, ima svoju imovinsko-pravnu i moralno-pravnu komponentu. Imovinsko-pravna komponenta žiga ovlašćuje nosioca prava da se, slično kao i kod prava svojine, sam titular brine o zaštiti svoga prava. Naime, Zakon o žigovima ovlašćuje nosioca da žig koristi, prenese svoje pravo na neko drugo lice ugovorom, kao i da zabrani drugim licima neovlašćenu upotrebu žiga. Logično bi bilo da se u slučaju pokušaja zaštite istog ili sličnog znaka za istu ili sličnu vrsta roba ili usluga nosilac žiga usprotivi pokušaju takve zaštite. Najjednostavniji način za tako nešto bio bi ulaganje prigovora na podnetu prijavu za registraciju žiga, tj. pokretanje postupka opozicije.

U domaćem žigovnom pravu ispitivanje postojanja tzv. relativnih razloga za odbijanje registracije žiga vrši Zavod za intelektualnu svojinu po službenoj dužnosti.¹² Postavlja se pitanje iz kojih razloga je data ovakva zakonska nadležnost domaćem Zavodu. U teoriji bi Zavod mogao da vodi računa i o apsolutnim i o relativnim razlozima za odbijanje registracije, ali se u praksi

¹¹ Case C-39/97Canon v Metro-Goldwyn-Maye (1998), Case C-342/97Lloyd v Klijsen (1999)

¹² Primera radi, u Velikoj Britaniji postupak opozicije može biti pokrenut kako zbog ispitivanja apsolutnih prepreka zaštiti, tako i zbog ispitivanja relativnih prepreka zaštiti znaka u obliku žiga. Kada je reč o apsolutnim razlozima za odbijanje prijave, prigovor može podneti svako zainteresovano lice. U slučaju relativnih zabrana samo nosilac ranije stečenog prava može biti pokretač postupka opozicije.

suočavamo sa činjenicom da ovaj organ ne raspolaže sa dovoljno resursa za tako nešto. Inkorporisanjem sistema opozicije u naše pravo o žigu Zavod za intelektualnu svojinu više ne bi bio u obavezi da ispituje postojanje već registrovanih žigova, već bi se relativni razlozi za odbijanje prijave ispitivali samo po prigovoru podnetom od strane nosioca ranije stečenog prava. Mišljenja smo da je važeći sistem ispitivanja uslova za priznanje žiga, pored toga što Zavodu za intelektualnu svojinu oduzima dosta vremena, neefikasan, budući da je u praksi gotovo nemoguće, s obzirom na broj ranije registrovanih prava, ispitati postojanje već registrovanih žigova. Primera radi, samo u 2010. godini Zavod je odobrio registraciju 7.028 žigova. (Bošković, 2011.) Takođe, smatramo da bi u ovoj situaciji titulari žigova imali daleko veći interes da spreče neopravdanu registraciju bilo kog zbunjujuće sličnog znaka ili znaka koji nije podoban za registraciju iz drugih, zakonom propisanih razloga.

Kao jedan od glavnih razloga zbog kojeg se domaći zakonodavac opredelio za ovakvo rešenje navodi se bojazan da nosioci žigova nemaju dovoljno visok stepen pravne kulture, odnosno svesti o neophodnosti svakodnevne brige o zaštiti svog prava, te da će Zavod biti u boljoj poziciji da štiti njihove interese (Cvjetičanin, 2013). Ovde bi se moglo postaviti pitanje da li bi jedan upravni organ, kakav je Zavod za intelektualnu svojinu, trebalo da vodi računa o zaštiti subjektivnog prava trećeg lica, ako se ima u vidu da je to u suprotnosti sa osnovama građanskog prava.

Problem koji se često javlja u praksi u pravnim sistemima zemalja koje su uvele sistem opozicije je veliki broj prigovora na prijave za registraciju žigova koje podnose velike kompanije u cilju da spreče registraciju znaka kojim se, navodno, povređuje ili razvodnjava njihovo ranije stečeno pravo. Naime, postavlja se pitanje kako bi se mali proizvođači i pružaoci usluga mogli „odbraniti“ u postupku opozicije od prigovora koje ulažu pravni timovi velikih kompanija, budući da uglavnom raspolažu relativno ograničenim budžetom. (Lahser, 2009) U pravnoj teoriji ovaj oblik nelojalne tržišne utakmice je poznat kao „maltretiranje žiga“. Naime, u postupcima opozicije se vrlo često događa da podnosioci prigovora na prijavu žiga ulažu prigovor iako nemaju dovoljno dokaza, a sve u nadi da će organ koji je nadležan za rešavanje po prigovoru podnosioca prijave za registraciju žiga okarakterisati kao stranu koja je, suprotno načelu savesnosti i poštenja, imala nameru da uzurpira tuđe pravo

(Hastings, 2014). Međutim, ako se ima u vidu da organ koji rešava po prigovoru na prijavu žiga, odlučuje na osnovu konkretnih činjenica i izvedenih dokaza, ovaj problem koji se javlja u praksi zemalja koje su uvele sistem opozicije ne bi trebalo da predstavlja jedan od razloga protiv uvođenja ovog instituta u naše zakonodavstvo.

Implementiranje instituta opozicije u naše pravo nesumnjivo bi za posledicu imalo i manji broj sudskih postupaka koji za predmet imaju poništaj žiga. Razlika između postupka opozicije i poništaja žiga ogleda se tome što protivnik registracije žiga ima na raspolaganju ovo pravno sredstvo pre nego što žig uopšte bude registrovan, dok je postupak poništaja žiga moguć tek nakon izvršene registracije od strane nadležnog organa i nekoliko godina nakon toga (Dinwoodie, 2009: 107). Deluje logično da bi nosioci ranije stečenih prava u velikoj meri koristili postupak po prigovoru u cilju izbegavanja dugih i skupih sudskih postupaka. Naravno, kao jedan od preduslova za korišćenje sistema opozicije je ustanovljavanje jedinstvenog registra gde bi nosioci ranije stečenih prava lako mogli da ostvare uvid u nove prijave za registraciju žigova.

Član 75. Uredbe o komunitarnom žigu propisuje da odluke koje po prigovoru na registraciju žiga donosi OHIM moraju biti obrazložene jer to doprinosi pravnoj sigurnosti u slučaju eventualnog žalbenog postupka. U praksi se može postaviti pitanje da bi podnosilac prigovora, u slučaju da ne uspe da spreči registraciju žiga kojim se vređa njegovo ranije stečeno pravo, mogao da pokrene sudski postupak koji ima za predmet poništaj ili osporavanje istog. Strana sudska praksa stoji na stanovištu da postupak opozicije mora biti jedno brzo i jeftino pravno sredstvo koje, u slučaju neuspeha, nikako ne zabranjuje podnosiocu prigovora na prijavu žiga da uzme učešće u kasnijim postupcima pred sudom. Ukoliko se ima u vidu činjenica da se odluke nadležnih organa u postupku opozicije moraju temeljiti samo na onim razlozima i dokazima o kojima su stranke u postupku imale mogućnost izjasniti, postavlja se pitanje da li bi u slučaju pokretanja postupka pred sudom trebalo raspravljati o istoj stvari dva puta.

Postupak opozicije je karakterističan i po tome što je, u većini jurisdikcija organ koji odlučuje po prigovoru ovlašćen da pozove stranke da postignu sporazum, ukoliko je to u konkretnom slučaju razumno očekivati. Dakle, ovaj

postupak podstiče rano rešavanje potencijalnih sukoba između žigova i nosioci istih ga vrlo rado koriste, ukoliko im stoji na raspolaganju. U velikom broju slučajeva po prigovoru postupak se završava već u ovoj fazi tako što podnosilac prijave za registraciju žiga ili povuče prijavu, ili ograničava listu roba i usluga za koje je tražio registraciju; ili podnosilac prigovora odluči da povuče prigovor što je direktna posledica ograničavanja liste robe i usluga od strane prijavioca (Waldstrøm, 2001).

U jurisdikcijama koje su regulisale ovaj pravni institut podnosilac prigovora je, kao i podnosilac prijave za registraciju žiga, stranka u postupku koji se odvija pred državnim organom koji je ovlašćen da odobrava registraciju znakova. Naš Zakon o žigovima je predvideo mogućnost da Zavod za intelektualnu svojinu, kao nadležni organ, ispitujući da li su ispunjeni materijalnopravni uslovi za zaštitu konkretnog znaka u obliku žiga, uzme u obzir pismeno mišljenje svakog zainteresovanog lica koje tvrdi da znak ne ispunjava zakonom propisane uslove.¹³ Međutim, zainteresovano lice koje bi uložilo ovakvu vrstu prigovora neće se smatrati strankom u postupku. Postavlja se pitanje kakav je *ratio* ovakvog zakonskog rešenja ako se ima u vidu da se na ovaj način ukazuje na relativne prepreke za dobijanje žigovne zaštite, o kojima je Zavod dužan da vodi računa *ex officio*.

4. Zaključak

Postupak po prigovoru na prijavu za registraciju žiga predstavlja pravno sredstvo koje osigurava da samo oni znaci koji ispunjavaju neophodne uslove uživaju žigovno pravnu zaštitu. Iako su domaći zakonski propisi koji se odnose na oblast prava industrijske svojine, a između ostalih i Zakon o žigovima iz 2009. godine, u velikoj meri usklađeni sa regulativom Evropske unije koja se odnosi na ovu oblast, naš zakonodavac je propustio da reguliše postupak opozicije koji predstavlja najznačajniju fazu u postupku registracije žiga. Srbija predstavlja redak primer jurisdikcije koja nije regulisala ovaj pravni institut. Smatramo da za ovakvo opredeljenje domaćeg zakonodavca ne postoje opravdani razlozi. Naime, nosioci ranije stečenih prava u velikoj meri bi

¹³ Čl. 26. Zakona o žigovima, Sl. Glasnik RS, 104/09

koristili postupak po prigovoru u cilju izbegavanja dugih i skupih sudskih postupaka, što bi dalje dovelo do smanjenja broja sudskih postupaka koji za predmet imaju poništaj žiga. Takođe, ovaj postupak omogućava da suprotstavljene stranke postignu dogovor o načinu korišćenja predmetnog znaka, te se postupak okončava u ovoj fazi tako što podnosilac prijave za registraciju žiga ili povuče prijavu, ili ograničava listu roba i usluga za koje je tražio registraciju; ili podnosilac prigovora odluči da povuče prigovor što je direktna posledica ograničavanja liste robe i usluga od strane prijavioca. Takođe, jedna od posledica implementacije ovog instituta jeste da čini „čvršćim“ znakove čiju registraciju odobrava nadležni državni organ. Prednosti postupka opozicije su naročito značajni za tržišta zemalja u razvoju gde je sistem zaštite robnih i uslužnih znakova tek u povoju i gde žig često može biti predmet zloupotrebe.

Mišljenja smo da je postupak opozicije neophodan jer, bez obzira na to koliko je detaljan proces ispitivanja ispunjenosti zakonski uslova za registraciju od strane Zavoda za intelektualnu svojinu, postoji velika šansa da se ne izbegnu eventualne greške u ovom postupku, bilo da se radi o apsolutnim ili relativnim razlozima za odbijanje registracije.

Literatura

Bošković, M. (2011). *Ekapija*. [Elektronska verzija]. Pristupljeno 11. april 2014, dostupno na

<http://www.ekapija.com/website/sr/page/402838/Mirela-Bo%C5%A1kovi%C4%87-pomo%C4%87nica-direktora-za-%C5%BEigove-Zavoda-za-za-%C5%A1titu-intelektualne-svojine-Znak-mo%C5%BEe-vredeti-i-vi%C5%A1e-od-70-mlrd-EUR>

Cvejetićanin, N. *Žig – razlozi za brendiranje proizvoda*. [Elektronska verzija]. Pristupljeno 11. april 2014, dostupno na

http://www.cvjeticaninlegal.com/index.php?option=com_content&view=article&id=263&Itemid=346

Dinwoodie, G. (2009). *TrademarkLawandTheory: A Handbook of Contemporary Researc*. Northapton, MA, USA:EdwardElgar

Hastings, J. (2014) *Trademark opposition case considerations*. [Electronic version]. Retrived 5. april 2014, from <http://www.trademarklitigationguide.com/trademark-opposition-case-considerations/>

Lahsner, A. (2009) *How to defend a trademark opposition brought by major corporation*. [Electronic version]. Retrived 5. april 2014, from <http://howconceptual.com/how-to-defend-a-trademark-opposition-brought-by-a-major-corporation/>

Marković, S. (2011). Načelo specijalnosti žiga i zabrana razvodnjavanja čuvenog žiga – pravnoekonomsko tumačenje. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 1 (LIX). 35–54

Waldstrøm, B. (2001) *Intellectual property magazine* (vol.1). [Electronic version]. Retrived 10. april 2014, from

<http://www.intellectualpropertymagazine.com/publication/two/the-community-trade-mark-79342.htm?origin=internalSearch>

Zlatović, D. (2008). Uvjeti zaštite u suvremenom hrvatskom žigovnom pravu. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 1 (LI). 136–174

Zakona o žigovima. *Sl. Glasnik RS*. Br. 104 (2009)

Council Regulation (EC) No 207/2009 of 26 February 2009 on the Community trade mark

Case C-39/97 *Canon v Metro-Goldwyn-Mayer* [1998], ECR I-5507

Case C-342/97 *Lloyd v Klijsen* [1999], ECR I-3819

Aleksandra Vasić, LL.B.

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

The Relevance of Introducing Opposition Proceedings into the Serbian Trademark Legislation

Summary

This paper analyzes the quality of certain legal procedures applied in domestic trademark legislation in the light of harmonizing our legislation with those of the EU.

Trademark Law in the Republic of Serbia (2009) does not rely on opposition proceedings as a phase in the process of trademark registration and a tool that would ensure that only those trademarks that fulfill the necessary conditions are granted legal protection. Intellectual Property Office examines the so-called relative grounds for trademark registration refusal but does so *ex officio*, thus preventing the holders of trademark rights from benefiting from a relatively inexpensive and effective opposition procedure regarding the registration of a second trademark which violates their previously established rights. In contrast to our trademark laws, EU Council Regulation 207/2009 on Community Trademarks of February 26, 2009 (CTMR -Community trademark regulation) enforces opposition proceedings as the most important phase in the process of trademark registration.

European experience shows that opposition proceedings carry significant benefits for the process of trademark application. First of all, they allow the holders of previously established trademark rights to avoid long and costly court proceedings whose purpose is to dispute trademarks that violate the owner's rights. Also, state agencies authorizing in trademark approval no longer need to monitor registered trademarks.

Key words: opposition proceedings, Community trademark, trademark law, Serbia.

Dr Mileva Anđelković,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

NAUČNI ČLANAK

UDK: 336.2:342.738

Rad primljen: 01.09.2014.
Rad prihvaćen: 01.12.2014.

PRAVO OBVEZNIKA NA POVERLJIVOST I TAJNOST U MEĐUNARODNOJ RAZMENI PORESKIH INFORMACIJA**

Apstrakt: Predmet analize u radu jeste samo jedan aspekt međunarodne razmene poreskih informacija. Radi se o poverljivosti i tajnosti razmenjenih poreskih informacija i njihovoj zaštiti. Postoji realna opasnost od povrede ovog prava obveznika budući da se danas insistira na multilateralnoj automatskoj razmeni poreskih informacija. Ovaj proces međunarodne poreske saradnje zahteva jedan viši nivo zaštite i obezbeđenja sigurnosti obveznika od neovlašćenog pristupa i zloupotrebe poreskih podataka. Takvi uslovi za sada postoje u veoma malom broju zemalja. Položaj obveznika u međunarodnoj razmeni poreskih informacija je nezavidan zato što oni nemaju status stranke u tom procesu. Posebna pažnja je posvećena sagledavanju stanja u pogledu poverljivosti poreskih informacija u srpskom pravu.

Ključne reči: međunarodna poreska saradnja, automatska razmena poreskih informacija, poverljivost poreskih informacija.

1. Uvodna razmatranja

Oporezivanje se javlja kao vrlo osetljivo područje delovanja poreskih organa, na jednoj strani i poreskih obveznika, na drugoj strani. Sukob između jačeg fiskalnog interesa država i slabijeg interesa poreskih obveznika ubrzano se prenosi na teren međunarodnog prava i globalni nivo. Evazija poreza, kao „večiti“ problem odnosa države i poreskih obveznika posebno u ovom vremenu zaokuplja pažnju međunarodne političke javnosti. Takvo globalno interesovanje odražava se kroz intenzivnije aktivnosti međunarodnih

* mevi@prafak.ni.ac.rs

** Rad predstavlja rezultat istraživanja na projektu „Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije“, koji finansira Pravni fakultet u Nišu iz sopstvenih sredstava.

političkih i ekonomskih organizacija. Izbegavanje plaćanja poreza, u najširem smislu shvaćeno kao poreske prevare, prenosi se van granica suverenih država i od nacionalnog problema postaje izuzetno značajan međunarodni fenomen. Ono što se uočava u ovim procesima jeste postepeno prepuštanje poreskih obveznika nadnacionalnim centrima poreskog odlučivanja imajući u vidu da su države „uvučene“ u mrežu poreske saradnje kroz razmenu poreskih informacija, što će voditi i eksteritorijalnoj primeni poreskog prava drugih država (*FATCA* u *SAD*). O obezbeđenju poverljivosti razmenjenih poreskih informacija govori se u međunarodnim dokumentima koji se odnose na ovu problematiku, ali stvarna zaštita prava obveznika izostaje. Nacionalnim propisima je prepušteno stvaranje uslova za bezbednu poresku komunikaciju, ali za sada, neznatan broj država garantuje svojim poreskim obveznicima eksplicitnu zaštitu.

2. Ubrzavanje procesa automatske razmene poreskih informacija na međunarodnom planu

Fiskalni interes država je u savremenim uslovima posebno ugrožen delovanjem multinacionalnih kompanija i bogatih pojedinaca van nacionalnih granica. One su istovremeno prepreka za angažovanje poreskih organa na stranim teritorijama, što je zabranjeno pravilima međunarodnog javnog prava. U cilju suzbijanja međunarodnih poreskih prevara ovi organi su upućeni na međunarodnu poresku saradnju koja se intenzivira u savremenoj ekonomskoj krizi. Radi oporezivanja prekograničnih transakcija neophodna je efikasna razmena poreskih informacija o prihodima rezidentnih obveznika, što je razumljivo i legitimno sa stanovišta državnih interesa nacionalnih država. Da će „takve razmene sve više biti na dnevnom redu“ (Žan Fransoa-Rišar, 2008:147) potvrđuju intenzivne aktivnosti međunarodnih organizacija tokom poslednjih godina.

Pod vidom borbe protiv agresivnog poreskog planiranja i poreskih utaja u prekograničnim transakcijama i međunarodnim finansijskim tokovima krije se težnja svetske elite da kroz multilateralnu automatsku razmenu poreskih informacija stekne potpun i detaljan uvid u sve lične, porodične i finansijske okolnosti života običnih poreskih obveznika (Anđelković, 2014: 157). Multilateralna verzija Konvencije o uzajamnoj administrativnoj pomoći u

poreskim stvarima¹ predstavlja jezgro iz koga se ubrzano razvija međunarodna razmena poreskih informacija na globalnom planu. Zahvaljujući visokom razvoju informacionih tehnologija, stvoreni su uslovi da se automatska razmena poreskih informacija nametne svim državama kao „globalno prihvaćeni standard“ u međunarodnoj poreskoj saradnji. Međunarodna finansijska kriza iz 2008. godine poslužila je kao sasvim prihvatljivo opravdanje za čvršću poresku saradnju u suzbijanju međunarodnih poreskih prevara i pranja novca. Otklanjanje distorzija u međunarodnim finansijskim tokovima zahteva najširu saradnju i uključivanje najvećeg broja država uz prihvatanje i poštovanje globalnih poreskih pravila. Krajnji cilj navedenih napora jeste potpuna kontrola svih transakcijskih i finansijskih tokova fizičkih i pravnih lica, uz ukidanje demokratskih sloboda i prava. Nепрепозnavanje ove opasnosti od strane savremenih vlada imaće nesagledivo štetne posledice po pravne (poreske) sisteme kakve danas poznajemo. Ne može se smatrati slučajnošću činjenica da je upravo područje oporezivanja izabrano kao „poligon“ za proveru spremnosti nacionalnih država da radi potpunijeg ostvarivanja nacionalnih finansijskih interesa prepuštaju fiskalni suverenitet nadnacionalnim institucijama. Međunarodne finansijske institucije, pozivajući se na zaštitu poreskih interesa rezidentnih država, nameću im globalne poreske standarde transparentnosti i automatske razmene poreskih informacija. Najveću korist od takve međunarodne poreske saradnje bez sumnje će imati ekonomski najrazvijenije države jer će nadoknaditi izgubljene prihode (Anđelković, 2014: 158).

EU Direktiva o oporezivanju prihoda od štednje u obliku kamate (primena od 1.7.2005. godine) predstavlja prvi slučaj multilateralne saradnje u domenu razmene poreskih informacija. Automatska razmena podataka o isplaćenim kamatama na štednju između zemalja članica odvija se uz određene teškoće imajući u vidu rezervisanost Luksemburga² i Austrije, mada će i ove države verovatno popustiti i donekle ublažiti nacionalne propise o bankarskoj tajnosti.

¹ Konvencija je zaključena 1988. godine između OECD i Saveta Evrope a osnažena je Protokolom, koji je stupio na snagu 1. juna 2011. godine.

² Luksemburg je 10. aprila 2013. godine odlučio da, počevši od 1. 1. 2015. godine, primenjuje razmenu informacija o isplaćenim kamatama.

Švajcarska je već popustila pred pritiskom SAD, tako da liberalnije gleda na razmenu poreskih informacija kada se radi o poreskim utajama.

Direktiva o uzajamnoj pomoći u poreskim stvarima iz 1977. godine ukinuta je i zamenjena Direktivom o administrativnoj saradnji u oblasti oporezivanja iz 2011. godine (*Council Directive 2011/16/EU on administrative cooperation in the field of taxation and repealing Directive 77/799/EEC*, Official Journal of the European Union, No. L64, 2011) sa važnošću od 1. 1. 2013. godine. Predviđa se da obavezna automatska razmena informacija, bez ikakvih preduslova, postane najefikasniji način unapređenja korektnog utvrđivanja poreza u prekograničnim transakcijama i borbi sa poreskom utajom. U tom cilju, primenjivaće se postepeni pristup od 2014. godine u pogledu automatske razmene prihoda od zarada, direktorskih naknada, premija osiguranja, penzija, vlasništva i prihoda od nepokretne imovine. Evropska Komisija će pre 1. jula 2017. godine podneti izveštaj o troškovima i koristima od automatske razmene informacija i predložiti njeno proširenje i na dividende, kapitalne dobitke i autorske naknade.³ Interesantna je odredba ove direktive kojom se predviđaju ograničenja određenih prava i obaveza predviđenih Direktivom o zaštiti podataka iz 1995. godine, koja se pravdaju nužnošću sprečavanja potencijalnih gubitaka prihoda zemalja članica i presudnom važnošću informacija za efektivnost borbe protiv poreske utaje. Tokom 2013. godine, devet zemalja članica EU najavilo je primenu jedinstvenog opšteg sistema za uzajamnu razmenu poreskih informacija učešćem u njihovim bazama poreskih podataka. Pored toga, zbog otpora nekih država (slučaj Austrije) ka razvoju standarda transparentnosti, razvijen je jedan viši nivo saradnje između onih zemalja članica koje to žele, izbegavajući na taj način prepreku procesu poreske harmonizacije, predstavljenu u vidu pravila jednoglasnog odlučivanja (Vasco, Porporatto, 2013: 85).

Američki zakon *FATCA (Foreign Account Taxpayer Compliance Act)* kao eksteritorijalni akt nameće obavezu stranim finansijskim posrednicima da krše nacionalne zakone o zaštiti privatnosti i bankarskoj tajni. Na ovu meru

³ Bitna je i odredba Direktive da zemlje članice koje dogovore automatsku razmenu informacija za druge vrste dohotka i kapitala putem bilateralnih ili multilateralnih sporazuma sa drugim zemljama članicama, imaju obavezu da o tome informišu Komisiju, koja će učiniti ove sporazume dostupnim svim zemljama članicama.

reagovale su najznačajnije evropske države (Francuska, Nemačka, Italija, Španija i V. Britanija) tako što su 2012. godine zaključile međunarodni poreski sporazum sa SAD o primeni *FATCA* kroz automatsku razmenu podataka između vlada (odstupanje od originalne verzije), radi smanjenja troškova postupanja finansijskih posrednika i na osnovu principa reciprociteta. Primena ovog modela *FATCA 1* sagledava se u okviru OECD kao obrazac za opšti model automatske razmene poreskih informacija (*Automatic Exchange of Information: The Next Step*, 2013:6). Drugi vid sporazuma (model *FATCA 2*) postignut je sa Švajcarskom i Japanom tokom 2012. godine koji podrazumevaju razmenu informacija između finansijskih institucija i američke poreske administracije umesto prikupljanja podataka posredstvom centralnih vlada. Usvajanjem *FATCA* učinjen je opasan presedan u međunarodnom javnom (poreskom) pravu budući da se od stranih finansijskih institucija u mnogim jurisdikcijama može zahtevati da krše i ugovorne odnose i zaštitu podataka, bankarsku tajnost, ili druge propise jurisdikcija u kojima su locirani (Grinberg, 2012: 336).

Lideri zemalja G20 na skupu održanom septembra 2013. godine u St. Peterburgu prihvatili su predlog OECD o uvođenju globalnog modela automatske razmene informacija, tako da je na njihovom februarskom skupu 2014. godine predstavljen ovakav vid međunarodne poreske saradnje. Jedan globalni standard za automatsku razmenu informacija iz finansijskih računa podrazumeva da jurisdikcije dobijaju informacije od njihovih finansijskih institucija i automatski ih razmenjuju sa drugim jurisdikcijama na godišnjoj osnovi.⁴ Da je ova inicijativa politički prioritet na globalnom planu, potvrđuje i najnovija Deklaracija Saveta OECD od 6. 5. 2014. godine kojom se daje saglasnost na prihvatanje *novog jedinog globalnog standarda* u borbi protiv međunarodne poreske evazije i očekuje se od država da ga brzo ugrade u nacionalna zakonodavstva.⁵ Postoje planovi da se početak automatske razmene finansijskih informacija u poreskoj saradnji između članica G20 krajem 2015. godine. One pozivaju sve države da se pridruže Multilateralnoj

⁴ Videti više o tome: Automatic Exchange of Financial Account Information, Background Information Brief, Updated: 13 February 2014. OECD

⁵ Declaration on Automatic Exchange of Information in Tax Matters, Adopted on 6 May 2014, Meeting of the OECD Council at Ministerial Level, Paris, 6–7 May 2014

konvenciji o uzajamnoj administrativnoj pomoći u poreskoj materiji bez daljeg odlaganja. Traži se od Globalnog foruma za transparentnost i razmenu informacija u poreske svrhe da ustanovi mehanizam za kontrolu i praćenje primene novog globalnog standarda o automatskoj razmeni informacija. Na taj način prikriveno se stvaraju *globalne poreske strukture*.

Bankarska tajnost je posebno osetljiv segment procesa međunarodne poreske saradnje. Pod političkim pritiscima ekonomski najrazvijenijih zemalja ruši se tradicionalno pravo klijenata na poverljivost finan-sijskih informacija koje su relevantne za oporezivanje. Države su danas prinuđene da ne poštuju svoju finansijsku (poresku) regulativu radi ubiranja dodatnih poreskih prihoda. Ipak, postoji inicijativa koju nastoji da realizuje Švajcarska kako bi zaštitila interese klijenata domaćih finansijskih institucija („Rubik sporazum“). Po mišljenju zvaničnika Luksemburga, ovaj pristup ima vrednost za rešavanje problema očuvanja privatnosti klijenata uz istovremeno osiguranje da klijenti plaćaju dužne poreze. Švajcarska nudi drugim državama da kao posrednik obračuna poreze na dohodak i kapitalne dobitke za njihove rezidente u zamenu za očuvanje anonimnosti vlasnika individualnih računa. Austrija, koja je već zaključila „Rubik sporazum“ sa Švajcarskom, smatra da ovaj pristup nudi pragmatično rešenje rezidentnim državama za ubiranje prihoda u slučajevima kada bi ti prihodi izostali, što bi vodilo značajnim budžetskim gubicima (Oberson, 2013: 41).

3. Neophodnost zaštite poverljivosti i tajnosti međunarodno razmenjenih poreskih podataka

Jedan od standarda za efektivnu međunarodnu razmenu poreskih informacija, razvijen od strane Globalnog foruma o transparentnosti i razmeni informacija 2000. godine, predstavlja i pravilo o strogoj poverljivosti razmenjenih informacija relevantnih za oporezivanje. Puko proklamovanje ovog standarda bez stvarne zaštite prava obveznika nema nikakvog značaja i samo može štetiti interesima savesnih poreskih obveznika, imajući u vidu ubrzavanje aktivnosti na globalnom uvođenju automatske razmene podataka. Svesne značaja čuvanja poverljivosti privatnih informacija, mnoge države su od 90-ih godina prošlog veka usvojile zakone o njihovoj zaštiti. U okviru EU doneta je Direktiva o zaštiti podataka 1995. godine, koja predviđa da lične informacije neće biti

transferisane preko granice drugoj zemlji ukoliko ta zemlja nema zakonodavstvo koje pruža jednaku zaštitu privatnosti. Treba imati u vidu da poreski podaci sadrže dosta informacija ne samo o poslovanju nego i o ličnom i porodičnom životu obveznika i razumljiva je briga država da se osigura njihova poverljivost i tajnost.

Može se smatrati da postoje dva shvatanja o ovom pitanju. Prva grupa država smatra proces razmene poreskih informacija kao obično „prikupljanje činjenica“, a ne kao propisanu administrativnu proceduru. Posmatrano iz ove perspektive, proceduralna pravila se jedino odobravaju na nivou države koja traži pomoć, npr. tokom sudskog procesa. Druga grupa država, nasuprot tome, gledaju na razmenu informacija kao administrativnu proceduru i zbog toga poštuju proceduralna prava poreskih obveznika, kao što su pravo da budu saslušani, pravo da budu obavješteni i pravo na žalbu (Oberson, 2013: 19–20).

Poreski podaci relevantni za oporezivanje vezani su ne samo za materijalno (finansijsko) stanje obveznika nego i za njihove lične i porodične prilike. S obzirom na to da se oni otkrivaju samo u svrhu oporezivanja, zakonom je zaštićena njihova pravilna upotreba. Nije dopušteno nedozvoljeno otkrivanje ili zloupotreba poreskih podataka od strane službenih lica u poreskom postupku jer imaju kvalifikaciju službene tajne. U tom smislu, zbog izražene osjetljivosti finansijskih i ličnih podataka, poreskim obveznicima se u savremenim demokratskim državama garantuje pravo na poverljivost i tajnost podataka. Neovlašćeno otkrivanje poreskih informacija se uglavnom shvata kao najveća pretnja kada je potrebno zaštititi poverljive poreske informacije. Nezavisno od nivoa postojeće zaštite poverljivosti u određenom poreskom sistemu, propust da se obezbedi čuvanje sigurnosti informacija u posedu poreskih organa jedne ili više država čini ceo sistem osjetljivim na štetu prava obveznika. U takvim okolnostima *ex post* zaštita bi bila beznačajna ili barem nedovoljna da se nadoknadi prouzrokovana šteta. U tom smislu, opravdano je zaključiti da zaštita prava na poverljivost iziskuje neposrednu zaštitu kako bi bila efektivna (Kristoffersson, Pistone, 2013: 5–6)

Intenziviranje međunarodne poreske saradnje sa sve širom upotrebom elektronske komunikacije poreskih organa i poreskih obveznika baca sumnju na rešavanje konflikta između očuvanja poreske tajnosti, s jedne strane, i

fiskalne transparentnosti, s druge strane, koja sve više postaje osnova regulisanja međunarodnih poreskih odnosa. Sasvim je izvesno da će dimenzija ovog problema sve više rasti zbog nametanja standarda globalne automatske razmene poreskih podataka.

U međunarodnim dokumentima sadržane su određene odredbe u pogledu zaštite poverljivosti razmenjenih poreskih informacija. Član 26. st. 2. OECD Model Konvencije o porezima na dohodak i imovinu predviđa da će se svaka informacija dobijena od strane države ugovornice smatrati tajnom na isti način kako je to uređeno domaćim propisima i može se dostavljati samo ovlašćenim licima zaduženim za utvrđivanje i naplatu poreza, koji ih mogu otkrivati u sudskim postupcima. Značajna je i odredba da zamoljena država, ukoliko proceni da država koja traži poreske podatke ne poštuje poverljivost razmenjenih informacija, može odložiti dostavljanje informacija dok ne dobije garancije da će zaštita poverljivosti biti ispoštovana. Član 26. st. 3. propisuje da nadležna tela nisu dužna da daju obaveštenja koja otkrivaju trgovinsku, poslovnu, industrijsku, komercijalnu ili profesionalnu tajnu.⁶

Radi zaštite legitimnih interesa poreskih obveznika, Multilateralna konvencija o uzajamnoj administrativnoj pomoći u poreskim stvarima garantuje puno poštovanje poverljivosti informacija koje se razmenjuju između nacionalnih poreskih administracija. Takve informacije moraju biti tretirane od strane države primaoca sa istom poverljivošću koja se primenjuje u njenom zakonodavstvu ili uslovima poreske poverljivosti koji se primenjuju u zemlji davaocu informacije, ako su ovi uslovi stroži. Informacije dobijene na osnovu Konvencije, isto tako, mogu biti korišćene u druge svrhe osim onih vezanih za poresku saradnju, npr. ako su određeni uslovi ispunjeni radi sprečavanja pranja novca.

Sve intenzivnija međunarodna razmena poreskih informacija podstakla je OECD da donese Vodič o poverljivosti, koji navodi najbolje prakse u vezi sa poverljivošću i pruža praktična uputstva kako da se osigura odgovarajući nivo zaštite. Pre zaključivanja sporazuma o automatskoj razmeni informacija sa

⁶ Više o tome: Update to Article 26 of the OECD Model Tax Convention and Its Commentary, Approved by the OECD Council on 17 July 2012. OECD (Electronic Version). Retrieved 4, May 2014, from www.oecd.org/...tax.../120718-Article%2026-E...

drugom državom, bitno je da država primalac ima pravni okvir i administrativnu sposobnost i potrebne procedure radi obezbeđenja poverljivosti primljene informacije i da takva informacija bude korišćena samo za svrhe označene u međunarodnom sporazumu (A Step Change in Tax Transparency, 2013: 8). Zaštita poverljivosti podrazumeva i odgovarajuće sankcije za lica koja neovlašćeno otkrivaju poverljive informacije. Sankcije moraju biti jasne i dovoljno stroge kako bi obeshrabrile kršenje prava na poverljivost i tajnost poreskih podataka (Keeping It Safe, 2012: 12). Kada je poverljivost podataka o obveznicima povređena, to može biti rezultat nenamernog akta, nedostataka u sistemu i procedurama koje treba da zaštite poverljivost poreskih informacija ili u drugim slučajevima to može biti rezultat namernog delovanja, zbog lične koristi jednog ili više lica. Bez obzira na koji način je prekršena poverljivost, to se mora shvatiti ozbiljno i odmah preduzeti određene mere. Odgovarajuće aktivnosti će zavisi od vrste i okolnosti situacija u kojima je prekršena poreska poverljivost. U slučajevima namerne povrede propisa o poreskoj tajnosti zbog lične dobiti, generalno, bilo bi prikladno prepustiti krivičnim organima njihovo moguće sankcionisanje (Keeping It Safe, 2012: 21). Zabrinutost poreskih obveznika će sve više rasti kako se bude širila međunarodna automatska razmena informacija. Da ima razloga strepnjama, pokazuje i briga Evropskog kontrolora za zaštitu podataka u vezi sa razvojem administrativne saradnje za prava i interese fizičkih lica, kao posledica činjenice da Protokol uz Multilateralnu konvenciju o poreskoj pomoći proširuje njenu primenu (Stewart, 2012: 176–177).

Premda relevantni međunarodni dokumenti sadrže odredbe o potrebi obezbeđenja sigurnosti razmenjenih poreskih informacija između nacionalnih poreskih administracija i/ili finansijskih posrednika, njihova efektivna zaštita je *de lege lata* slaba. Postoji nesporn *trade-off* između zahteva za fiskalnom transparentnošću i prava obveznika na poverljivost i tajnost podataka (Pistone, 2013: 217). Poreska tajnost i poreska transparentnost su dve potpuno suprotne kategorije. Osnovni problem u međunarodnoj poreskoj saradnji je kako uskladiti njihovu primenu na zadovoljavajućem nivou. Isto tako, važno je pitanje kako da se obveznici zaštite u svetu stvaranja globalnih poreskih struktura, kada će nacionalni nivoi bezbednosti biti nedovoljni. Pored obezbeđenja tehničke sigurnosti međunarodno razmenjenih poreskih

informacija, mnogo je važnije, sa stanovišta obveznika, njihovo upoznavanje sa mogućnostima dostavljanja podataka drugim poreskim jurisdikcijama. Za sada samo nekoliko država priznaje pravo obveznicima na obaveštavanje, pravo na konsultacije i pravo na intervenciju u procesima međunarodne razmene poreskih informacija. Navedena prava mogu imati značaj i vrednost u razmeni informacija na zahtev, međutim, ta prava *de facto* ne pružaju nikakvu zaštitu i sigurnost obveznicima upravo zbog insistiranja na recipročnoj automatskoj razmeni finansijskih informacija, koja bi očigledno usporavala odvijanje takvog procesa.

Pravo na obaveštavanje obveznika o prispelom zahtevu za dostavljanje informacija o njegovoj poreskoj situaciji drugoj državi priznaju Nemačka, Luksemburg, Portugalija, Švedska i Mađarska. U vezi sa njegovom primenom sporan je trenutak u kome poreski obveznik treba da bude obavešten (Cvjetana Cvjetković, 2012: 459). To može biti učinjeno u momentu prijema zahteva ili nakon što je zahtevana informacija dostavljena nadležnom organu druge države. U ovim zemljama obveznici imaju mogućnost da zaštite sebe, na primer u Nemačkoj,. Takvo pravno sredstvo je preventivna mera kojom se zabranjuje dostavljanje informacija drugoj državi. U Švedskoj obveznik se obaveštava nakon što je dostavljena tražena poreska informacija. Pravna zaštita je ovde moguća samo u slučajevima kada poreska administracija ne raspolaže informacijom i kada je prinuđena da se obrati obvezniku. U takvom slučaju obveznik može da podnese žalbu na odluku poreske vlasti da dostavi traženu informaciju.

Pravo na konsultacije tokom prikupljanja informacija omogućava poreskom obvezniku da bude saslušan, odnosno da se izjasni o postavljenom zahtevu. Realizacija ovog prava podrazumeva prethodno obaveštavanje obveznika o dostavljenom zahtevu.

Pravo na intervenciju pretpostavlja da je poreski obveznik prethodno obavešten o zahtevu za dostavljanjem informacija.

Po shvatanju OECD, pravo obaveštavanja obveznika u nacionalnim zakonima može pomoći sprečavanju grešaka, kao i olakšavanju razmene informacija. Međutim, ovo pravo ne bi trebalo da prouzrokuje odlaganja u poreskoj razmeni ili da je učini neefikasnom. Države imaju obavezu da nacionalnim

zakonima zaštite svoje obveznike, s jedne strane, ali i da kreiraju pravila koja ipak dopuštaju efektivnu i brzu razmenu informacija. Međutim, tokom prve faze praćenja primene globalnih standarda međunarodne poreske razmene od strane Globalnog foruma, ukazano je da bi neograničeno pravo na obaveštavanje obveznika u ovom procesu moglo sprečiti efektivnu razmenu informacija (Oberson, 2014: 17). Posebno u slučajevima istraga zbog poreske utaje zahteva se usklađivanje javnog interesa za mogućom razmenom informacija sa individualnim pravima na zakonsku zaštitu (Seer, Gabert, 2011: 96).

U literaturi posvećenoj ovoj problematici, nailazi se na konstataciju da osim odredbi o predvidivo značajnom zahtevu i poverljivosti razmenjenih poreskih informacija, u domaćim pravnim sistemima ne postoji minimum pravnog standarda koji se tiče prava poreskih obveznika, kao uslova za bilateralnu ili multilateralnu razmenu informacija (Dourado, 2013: 10).

4. Normativna uređenost poverljivosti poreskih informacija u srpskom pravu

Međunarodna pravna pomoć u poreskim stvarima regulisana je čl. 157. Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji (ZPPPA). Pružanje međunarodne pravne pomoći zasniva se na međunarodnim ugovorima. Ako pružanje međunarodne pomoći nije uređeno međunarodnim ugovorom, pravna pomoć će se pružiti pod sledećim uslovima: (1) ako postoji reciprocitet, (2) ako se država koja prima pravnu pomoć obaveže da primljene informacije i dokumentaciju koristi samo u svrhu poreskog, prekršajnog ili krivičnog postupka, kao i da će biti dostupne samo licima, organima uprave, odnosno pravosudnim organima nadležnim za određeni poreski predmet ili sprovođenje prekršajnog, odnosno krivičnog postupka u vezi sa tim predmetom; (3) ako država kojoj se pruža pravna pomoć izrazi spremnost da kod poreza na dohodak, dobit i imovinu sporazumno izbegne moguće dvostruko oporezivanje odgovarajućim razgraničenjem poreske jurisdikcije; (4) ako zadovoljenje zamolnice ne ugrožava javni poredak ili druge bitne interese Republike; (5) ako ne postoji opasnost da bi pružanje pravne pomoći dovelo do odavanja službene ili profesionalne tajne ili da bi se rezidentnom poreskom obvezniku mogla naneti šteta većih razmera.

Međutim, naši poreski propisi ne predviđaju pravo obaveštavanja ili konsultacije obveznika u toku razmene informacija sa drugim državama. U praksi, kada razmenjuje poreske informacije, Srbija *postupa u dobroj veri* i ne zahteva da druga država dostavi dokaz o dopuštenosti traženih informacija ili procedure u skladu sa zakonodavstvom države koja traži pomoć (Dabetić, Mraković, Stojanović, 2013: 682). Imajući u vidu da su podaci o obveznicima službena tajna, Poreska uprava očekuje da će ovlašćeni organ druge države obezbediti isti nivo zaštite. Pored toga, čl. 46. ZPPPA regulisana je mogućnost uskraćivanja informacija od strane ovlašćenog zastupnika (advokata) o činjenicama od značaja za oporezivanje obveznika, tako da naša poreska administracija ne odgovara na zahtev za razmenu sa drugom državom zbog zaštite ovog vida profesionalne tajnosti.

5. Zaključna razmatranja

Pored tehnološke nekompatibilnosti poreskih administracija, zaštita poverljivosti razmenjenih informacija pokazuje se kao najslabija tačka u međunarodnoj poreskoj saradnji. Zaštita prava poreskih obveznika u međunarodnoj razmeni poreskih informacija još uvek je prepuštena nacionalnim državama. Ovakav vid međunarodne poreske saradnje sve intenzivnije se odvija pod političkim pritiscima moćnih država i zahvaljujući brzom napretku informaciono-komunikacionih tehnologija. Ako se u skorije vreme realizuje automatska razmena informacija između nacionalnih poreskih administracija ili finansijskih institucija i vlada pojedinih država, veliki su izgledi da će fiskalna transparentnost potisnuti poresku tajnost. Ovakva međunarodna razmena poreskih informacija ima smisla ako se proces odvija na recipročnoj osnovi. Nema sumnje da interesi ekonomski razvijenih zemalja imaju prevagu. Veliki broj zemalja propisuje zaštitu poverljivosti razmenjenih poreskih informacija, ali njena stvarna primena izostaje ukoliko obveznici nisu obavješteni o tome. Dugoročno posmatrano, svi poreski obveznici, ne samo poreski utajivači nego i savesni poreski obveznici, naći će se unutar jedne „globalne poreske mreže“. Poverljivost i tajnost poreskih podataka povlače se pred fiskalnom transparentnošću.

Literatura

Anđelković, M. (2014). Međunarodne inicijative u domenu sprečavanja poreskih prevara. U M. Lazić (prir.), *Usklađivanje prava Srbije sa pravom EU* (str. 153-170). Niš: Pravni fakultet

Automatic Exchange of Information: The Next Step. (2013). Information Brief. OECD. 27 August

Council Directive 2011/16/EU on administrative cooperation in the field of taxation and repealing Directive 77/799/EEC, Official Journal of the European Union, No. L64, 2011

Grinberg, I. (2012). Battle Over Offshore Accounts. 60 *UCLA Law Review*. 304.305-383

Dabetić, D., Mraković, D., Stojanović, D. (2013). Summary and conclusions. U Exchange of Information and Cross-border Cooperation Between Tax Administrations, *Cahiers de Droit Fiscal International*, Vol. 98 b, IBFD. Amsterdam. 667–686

Dourado, A.P. (2013). Exchange of Information and Validity of Global Standards in Tax Law: Abstractionism and Expressionism or Where the Truth Lies. *EUI Working Paper RSCAS*. February. 1–18

Fransoa-Rišar, Ž. (2008). *Tačno u podne*. Beograd: Clio

Cvjetana Cvjetković, (2012). Prava poreskih obveznika u postupku razmene informacija. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*. 2(XLVI). 455–469

Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji, *Službeni glasnik RS*. Br. 80 (2002), ...101 (2011)...2 (2012)

Keeping It Safe-The OECD Guide on the protection of confidentiality of information exchanged for tax purposes. (2012) OECD

Kristoffersson, E., Pistone, P. (2013). General Report. U Kristoffersson, E., Lang, M., Pistone, P., Schuch, J., Staringer, C., Storck, A. (eds.). *Tax Secrecy and Tax Transparency-The Relevance of Confidentiality in Tax Law*. Part 1. Retrieved 4, June 2014, from <http://www.peterlang.com/index.cfm?event...1-13>

Pistone, P. (2013). Exchange of Information and Rubik Agreements: The Perspective of an EU Academic. *Bulletin for International Taxation*. April/May. 216–225.

Seer, R., Gabert, I. (2011). European and International Tax Cooperation: Legal Basis, Practice, Burden of Proof, Legal Protection and Requirements. *Bulletin for International Taxation*. February. 88–99

A Step Change in Tax Transparency-Delivering a standardised, secure and cost effective model of bilateral automatic exchange for the multilateral context (2013). OECD Report for the G8 Summit, June. OECD

Stewart, M. (2012). Transnational Tax Information Exchange Networks: Steps towards a Globalized, Legitimate Tax Administration. *World Tax Journal*. June. 152–179

Update to Article 26 of the OECD Model Tax Convention and Its Commentary, Approved by the OECD Council on 17 July 2012. OECD (Electronic Version). Retrieved 4, May 2014, from www.oecd.org/...tax.../120718-Article%2026-E...

Prof. Mileva Anđelković, LL.D.

Full Professor, Faculty of Law, Univeristy of Niš

Taxpayers' Confidentiality and Privacy Rights in the International Exchange of Tax Information

Summary

The exchange of tax information is a distinctive feature of international tax cooperation processes. The trend of intensive communication between the national tax administrations has been a political priority in economically developed countries. This area of international tax law has been subject to significant changes in the past few years. Countries are prompted to pursue the automatic exchange of tax information by entering into multilateral treaties on the exchange of tax information rather than engage in international exchange of tax information upon request by entering into bilateral agreements. These

processes are promptly expedited owing to the incredible development of information and communication technologies. These developments are basically aimed at preventing different forms of international tax fraud which generate significant financial losses in the circumstances of current economic crisis. Such efforts may be justifiable regarding the interests of the countries of residence; but, what about the legal status of ordinary taxpayers who are now subject to a comprehensive and far-reaching control? The new concept may be appropriate for tracking tax fraud or embezzlement but what are its implications for law-abiding taxpayers?

The national legislatures are obliged to provide for the protection of confidentiality of exchanged tax information but many states have not fully recognized the importance of providing adequate legal protection of sensitive personal and financial data. There are only a few countries whose legislations explicitly prescribe the taxpayers' right to be informed, the right to consult tax administration and the right to seek tax administration intervention as a form of legal protection in international exchange of tax information. The Serbian tax legislation does not envisage the obligation of tax authorities to notify the taxpayers about the request submitted by foreign tax authorities to provide some tax information.

The OECD standards on the international exchange of tax information are given in the form of soft law. As they are endorsed by the G20 and the European Union, the member states are obliged to incorporate them into the national legislations as binding rules on international tax cooperation. However, the boundaries of international public (tax) law are radically changing in light of the requirements for fiscal transparency and subrogation of the confidentiality of information in banking transactions.

Key words: international tax cooperation, automatic exchange of tax information, confidentiality of tax information.

Dr Marina Dimitrijević,*
Vanredni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

NAUČNI ČLANAK

UDK: 336.2(4-672EU)

Rad primljen: 01.09.2014.
Rad prihvaćen: 01.12.2014.

PROCES EVROPSKIH INTEGRACIJA I BUDUĆNOST NACIONALNIH PORESKIH SISTEMA**

Apstrakt: Proces evropskih integracija značajno utiče na oblikovanje poreskih sistema država članica Evropske unije. Autor, u početnom delu rada, obrađuje aktuelne teme oporezivanja u Evropskoj uniji i razmatra fenomen usklađivanja poreskih sistema (poresku harmonizaciju) i druge poreske fenomene, koji su se ispoljili pod dejstvom procesa evropskih integracija (poresku konvergenciju, poresku koordinaciju, poresku konkurenciju). Nastavak rada donosi razmatranja rezultata poreske harmonizacije u oblasti indirektnog oporezivanja (posrednih poreza) i oblasti direktnog oporezivanja (neposrednih poreza). Posebna pažnja je, u završnom delu rada, posvećena poreskoj saradnji država članica Evropske unije i njihovih poreskih administracija, koja sve više dobija na važnosti, kao i uticaju koji ona ostvaruje na poresku harmonizaciju i pravce razvoja poreskih sistema država članica Evropske unije u budućnosti.

Ključne reči: porezi, poreski sistem, poreska politika, Evropska unija, poreska harmonizacija, poreska konkurencija, poreska saradnja.

1. Uvod

Razvoj Evropske unije (EU) pokazuje nivo uspešnosti procesa evropskih integracija. Ovaj proces, pored jačanja integracija sa ekonomskog aspekta, odnosno jačanja jedinstvenog (zajedničkog) tržišta, obuhvata i politički aspekt koji podrazumeva snaženje političke integracije država članica. Zapravo, politička strana evropskih integracija se odnosi na jačanje unutrašnje politike

* marina@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu „Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu od 2013. do 2018. године.

EU pri čemu fiskalni sistem ima važnu ulogu. Shodno tome, izuzetno je značajna i uloga poreza.

Postojeće stanje u oblasti oporezivanja na području EU, kao i dosadašnje poreske promene, izvršene pod uticajem procesa evropskih integracija, ukazuju koliko je snažan politički i ekonomski potencijal EU i delimično „trasiraju“ puteve daljeg razvoja poreskih sistema zemalja članica. Aktuelna stvarnost druge dekade 21. veka, protkana brojnim protivurečnostima kao odrazom ukupnih društveno-političkih i socijalnih kretanja u savremenom svetu, vidno utiče na ulogu i opseg aktivnosti evropskih država u poreskoj sferi. Važnost njihove uloge i aktivnosti se, još uvek, ne umanjuje u većoj meri uprkos izraženom interesu nadnacionalnih ekonomsko-političkih centara moći da nadziru i usmeravaju globalne ekonomsko-finansijske tokove. U tom smislu, postojeći međunarodni odnosi i postavljaju okvire razvoja nacionalnih poreskih sistema i, istovremeno, proširuju osnovu njihovog međusobnog usaglašavanja. Da li će, u ovakvim okolnostima, i u kojoj meri, poreski sistemi država očuvati svoj nacionalni identitet i svoje posebnosti? Pouzdan i potpun odgovor na ovo pitanje moći će da pruži samo period koji je pred nama.

2. Evropska unija i neke aktuelne teme u području oporezivanja

Ustanovljavanje zajedničkih ekonomskih i političkih interesa određenog broja evropskih država koje potiče iz druge polovine prošlog veka predstavlja „izvor“ procesa evropskih integracija. Evropska ekonomska zajednica (kasnije, Evropska unija) je, poput međunarodne organizacije, nastala potpisivanjem međunarodnog ugovora, ali se od nje razlikuje po više osnova: raspolaže delom suvereniteta svojih država članica (na području ostvarivanja zajedničkog tržišta, na području trgovinske, poljoprivredne itd. politike); raspolaže vlastitim prihodima; ima pravo da donosi pravne propise koji se neposredno primenjuju na području njenih država članica; ovlašćena je da potpisuje ugovore sa trećim državama. Kao nadnacionalnoj tvorevini, države članice su Uniji, potpisivanjem 1957. godine tzv. Rimskog ugovora (Ugovora o Evropskoj uniji 1992. godine) prenele deo svog suvereniteta pa su organi EU ovlašćeni da donose pravne akte (uredbe, direktive, odluke, preporuke, mišljenja) radi ostvarivanja ciljeva Unije. Prvenstveno je reč o uspostavljanju zajedničkog tržišta, postepenom usklađivanju ekonomskih politika država članica,

ostvarivanju ravnomernog razvoja privrednih delatnosti, osiguranju veće stabilnosti i bržem porastu životnog standarda stanovnika Evropske unije.

Proces evropskih integracija od početka suštinski obeležavaju „četiri osnovne slobode“ – sloboda kretanja ljudi, dobara, usluga i kapitala, kao bitni uslovi postojanja i uspešnog delovanja zajedničkog tržišta i jedinstvenog evropskog ekonomskog prostora. Nacionalno određeni sistemi oporezivanja država članica i međusobne razlike među njima mogu nepovoljno da utiču na nesmetano funkcionisanje zajedničkog tržišta. Stoga, zabrana poreske diskriminacije i usaglašavanje poreskih sistema predstavljaju oduvek aktuelne teme u području oporezivanja u Evropskoj uniji.

Poreski suverenitet, koji se sastoji iz ovlašćenja ustanovljavanja poreza, ovlašćenja uvođenja poreza i ovlašćenja određivanja visine poreza, podeljen je između Evropske unije i država članica ove integracije. Evropska unija, po pravilu, nema pravo uvoditi poreze ili druga javna davanja, što znači da je njen suverenitet u poreskoj oblasti ograničen u korist država članica. Ograničeni poreski suverenitet EU znači da Unija ima samo pravo da zahteva harmonizaciju poreza država članica i da donosi pravne akte u skladu sa principom supsidijarnosti. Zakonodavstvo Unije, shodno tome, mora da bude usvojeno na nivou EU, a ne na nacionalnom nivou država članica, jedino ukoliko je to neophodno da se ostvare ciljevi Unije. Drugim rečima, princip supsidijarnosti podrazumeva da EU može donositi pravne akte u područjima u kojima nema isključivu nadležnost nego je deli sa državama članicama samo ako ciljeve koje tim aktima želi postići može bolje i pogodnije ostvariti od svojih država članica (Lončarić-Horvat, 2004: 62).

Ukoliko carine smatramo porezima, a EU je carinska unija, državama članicama je ipak ograničena samostalnost vođenja carinske politike. Države članice nemaju ovlašćenje uvoditi uvozne i izvozne carine i ona javna davanja čije je dejstvo jednako dejstvu carina. To ovlašćenje radi jedinstvenog carinskog područja, kao što je carinska unija, pripada isključivo EU. Uz to, države članice Unije imaju obavezu da primenjuju zajedničku carinsku tarifu na promet robe sa drugim državama (Dimitrijević, 2009: 286).

3. Poreska harmonizacija i srodni poreski fenomeni

Poreska harmonizacija označava usklađivanje poreskih sistema država članica Evropske unije radi izbegavanja nacionalnih poreskih mera koje mogu negativno uticati na funkcionisanje zajedničkog tržišta, tj. na slobodno kretanje roba, usluga, ljudi i kapitala (Kesner-Škreb, 2007: 305). Harmonizacija ne znači potpuno brisanje razlika u poreskim sistemima država članica EU, ni ostvarivanje istovetnosti pojedinih poreskih oblika i mera poreske politike, već podrazumeva potrebu da se porezi i mere poreske politike usklade, tako da poreski sistem bude podsticaj ostvarivanju ciljeva evropskih integracija i poštovanju „četiri osnovne slobode“. U principu, koncept poreske harmonizacije podrazumeva prilagođavanje poreskog zakonodavstva pojedinih država članica standardima zajedničkim za sve države Unije, utvrđenim od strane supranacionalnih tela EU. Ukoliko se pravila prilagođavaju, ali ne zbog intervencije putem EU zakonodavstva, već usled pritiska konkurencije, reč je o „mekom“ procesu harmonizacije, tj. poreskoj konvergenciji. Poreska harmonizacija podstaknuta evropskim integracijama je, praksa potvrđuje, postala proces koji se širi izvan granica EU. Usklađivanje poreskog sistema potencijalne zemlje članice EU sa poreskim sistemima zemalja članica EU postaje jedan od osnovnih preduslova njenog pristupanja EU. Opšteprihvaćen termin za ovaj oblik usklađivanja poreskih sistema je tiha poreska harmonizacija.

Proces poreske harmonizacije nije uvek „harmoničan“. Naime, teoretičari zastupaju različite stavove u pogledu stepena unifikacije koji treba ostvariti da bi poreski sistemi bili harmonizovani (Ilić-Popov, 2004: 16–17). Moguće je razlikovati nekoliko pristupa: pristup ujednačavanja (eng. equalization approach), pristup diferencijacije (eng. differentials approach) i mešoviti pristup (eng. mixed approach). Kod pristupa ujednačavanja radi se o pokušaju postizanja najvećeg stepena harmonizacije posredstvom usvajanja standardizovanih poreskih stopa, poreskih osnovica i poreske regulative na određenom prostoru („potpuna (puna) harmonizacija“). Pristup diferencijacije polazi od „nepotpune (delimične) harmonizacije“ ili poreske aproksimacije (eng. tax approximation) uz stav da negativni efekti poreskog sistema jedne države članice na poreski sistem druge države članice treba da budu minimalni. Poreska aproksimacija se pojmovno može odrediti kao

situacija rukovođena zakonodavstvom Unije, u kojoj dolazi do približavanja poreskih sistema država, ali oni, pritom, ne postaju identični. Mešoviti pristup podrazumeva kombinaciju pristupa ujednačavanja i pristupa diferencijacije. Ovaj pristup je najpogodniji za primenu u EU, jer predstavlja način povećanja uniformnosti nekih oblika poreza (posredni porezi, porez na dobit korporacija, porez na dohodak od štednje) i veću diferencijaciju poreza na dohodak fizičkih lica (Steichen, 2003: 47–48).

Fenomen poreske harmonizacije treba razlikovati od fenomena poreske koordinacije. Naime, poreska koordinacija se može ostvarivati u različitim oblicima. U minimalnom obimu, poreska koordinacija ima za cilj da spreči pojedinačnu jurisdikciju da se uključi u diskriminatornu poresku praksu koja će naneti štetu drugim jurisdikcijama. Kada je, pak, reč o poreskoj koordinaciji u punom obimu, cilj je ustanovljavanje takvog fiskalnog okruženja koje je neutralno sa aspekta ostvarivanja trgovačke razmene, kretanja faktora rada i rezidenata dok, s druge strane, obezbeđuje pravičnu raspodelu poreskog tereta između jurisdikcija u vezi sa prihodima koje ostvaruju nerezidenti. Uz to, obezbeđuje se pravičnost između samih poreskih obveznika u vezi sa jurisdikcijom rezidenstva (Musgrave, Musgrave, 1990: 71). Iako termini „harmonizacija“ i „koordinacija“ imaju različita značenja, ne retko se koriste kao sinonimi. Koordinacija, za razliku od harmonizacije, ima šire značenje tako da podrazumeva i zakonodavne i nezakonodavne inicijative i, posebno, ima u vidu suverenost država, princip supsidijarnosti u poreskoj oblasti i neophodnost određenog obima konsultacija među državama u vezi poreske oblasti. Shodno navedenom, razlika između harmonizacije i koordinacije pravi se, prvenstveno, na političkom planu.

Poreska harmonizacija u EU je interesantan proces iz više razloga. Najpre, osobeni su ciljevi koji će se harmonizacijom poreskih sistema u Uniji teže ostvariti: funkcionisanje zajedničkog tržišta i uklanjanje poreskih prepreka koje remete konkurenciju na zajedničkom tržištu; s tim povezano, uklanjanje poreskih smetnji koje utiču na slobodno kretanje roba, usluga, ljudi i kapitala na celoj teritoriji EU; postepeno međunarodno približavanje ekonomskih politika zemalja članica; uvođenje niza zajedničkih politika u različitim područjima; omogućavanje finansiranja EU vlastitim prihodima; osiguranje ekonomske neutralnosti poreskih sistema zemalja članica u pogledu

geografske alokacije resursa i poštovanja načela nediskriminacije poreskih subjekata i proizvoda u vezi sa njihovim rezidenstvom i poreklom; korišćenje harmonizacije poreskih sistema zemalja članica EU kao instrumenta ubrzanja procesa integracije i međuzavisnosti nacionalnih privreda (Brümmerhof, 2000: 377). Potom, evidentan je uticaj poreske harmonizacije na razvoj poreskih sistema u svetu, mada u naučnim i stručnim krugovima nema jedinstvenog stava o njenoj korisnosti. Neki teoretičari zagovaraju stav da je proces poreske harmonizacije nužan u cilju postojanja zajedničkog tržišta i njegovog uspešnog funkcionisanja, dok su drugi teoretičari skloniji ideji konkurencije među poreskim sistemima, kao uslovu privrednog rasta. Najzad, poreskom harmonizacijom se izražava nastojanje za većim stepenom integracije država članica. Ona je svojevrsan evropski fenomen budući da uključuje visok nivo tolerancije i kontinuirano postepeno usaglašavanje država članica Unije (Hrustić, 2011: 1).

Usklađivanje poreskih sistema ima više pozitivnih efekata od kojih se, nesumnjivo, mogu izdvojiti sledeći: širenje poreskih osnovica i snižavanje poreskih stopa; minimiziranje distorzivnih efekata koje porezi izazivaju u ekonomiji; prilagođavanje poreskih sistema zahtevu za stvaranjem pozitivne poreske klime za investitore; dinamičan razvoj tržišta kapitala i finansijskih tržišta koji dovodi do znatnog snižavanja poreskih barijera za tokove kapitala; snižavanje poreskih prihoda uslovljava racionalnije ponašanje javne administracije i čini je efikasnijom (OECD, 1998: 13–14). Uz to, u prilog poreskoj harmonizaciji navode se i sledeći argumenti: smanjenje troškova plaćanja poreza (eng. tax compliance costs); transparentnost (vidljivost) poreske obaveze za obveznike; poreska neutralnost koja omogućava optimalnu alokaciju resursa i pruža podršku pravičnosti u oporezivanju; redistributivni efekti oporezivanja (Schön, 2003: 5–6).

Pored stavova o potrebi harmonizacije poreza u EU, postoje mišljenja prema kojima harmonizacija nije poželjna pojava, zbog štetnih efekata do kojih može doći njenim dejstvom. Na taj način među poreskim sistemima se zagovara konkurencija iz sledećih razloga: država najbolje zna preferencije svojih građana i kako o njima voditi računa; kad bi propisi EU ili neke druge međudržavne zajednice zamenili istorijske poreske sisteme koji su posledica kulturne, društvene i političke tradicije i koji su uticali na dosadašnju sliku o

ekonomiji, došlo bi do gubitka blagostanja; poreskom harmonizacijom se još više smanjuje prostor za delovanje nacionalne ekonomske politike; međunarodni ugovori polaze od pretpostavke da postoji tendencija povećanja poreskih stopa a upravo bi međunarodna poreska konkurencija učinila pritisak na zemlje sa visokim poreskim opterećenjem da ograniče rast svojih rashoda (Brümmerhof, 2000: 279). Poreska konkurencija, dakle, može usloviti smanjenje poreskog opterećenja, poboljšati poresku disciplinu i uspostaviti odgovarajuću ravnotežu između nivoa oporezivanja i obezbeđenih javnih dobara u jednoj državi. To su, ujedno, i argumenti koji se, najčešće, ističu u prilog poreskoj konkurenciji.

Integracija i oporezivanje su, kao procesi, povezani i uzročno-posledično uslovljeni. Ukoliko su nacionalni poreski sistemi prilično različiti, tj. stepen njihovog međusobnog usklađivanja niži, to je i utakmica među njima izraženija, a takav je onda i njihov uticaj i na distribuciju, odnosno redistribuciju dohotka (Jelčić, 1997: 154.) U teoriji se, stoga, ističu i kritike na račun postojanja poreske konkurencije: nedostatak efikasne alokacije (previše je optimistička tvrdnja da će poreski teret u državama članicama EU biti umanjen do razumljivog nivoa); međunarodna pravičnost (pravičnost u raspodeli poreske osnovice između država koja proizilazi iz konkurencije poreskih sistema, što u principu predstavlja pitanje međudržavne pravičnosti). Finansijski jači poreski obveznici prihvataju ponašanje „besplatnih korisnika“ (eng. free riders) u okviru domaće države blagostanja, dok država u kojoj se ostvaruje dohodak (država-izvora) zadržava režime poreskih preferencija u vezi sa stranim kapitalom koji ne utiče na domaće tržište; pojedinačna pravičnost oporezivanja (poreska konkurencija vodi ka većoj nepravičnosti, što je posebno izraženo u poreskom tretmanu rada i novčanog ili realnog kapitala) (Schön, 2000: 93–95).

4. Rezultati poreske harmonizacije u Evropskoj uniji

Poreski sistem je temeljno obeležje nacionalnog suvereniteta svake države. Države članice EU svoje nadležnosti iz poreske oblasti nevoljno prebacuju na nivo Unije, što direktno ostavlja „trag“ na ostvarene rezultate u domenu poreske harmonizacije. Uprkos uvođenju zajedničkog tržišta i monetarne unije, u Uniji još uvek ne postoji zajednička poreska politika.

Usklađivanje poreza u EU preduzima se u cilju podržavanja principa unutrašnjeg tržišta i slobodnog kretanja ljudi, roba, usluga i kapitala. Poreska harmonizacija se sastoji iz dve komponente: harmonizacije posrednih (indirektnih) poreza i harmonizacije neposrednih (direktnih) poreza.

Pravna osnova za harmonizaciju oporezivanja definisana je čl. 93–94. Ugovora o EU. Drugim rečima, Ugovorom o EU (čl. 93) eksplicitno je propisana harmonizacija posrednih poreza kao preduslov za uspostavljanje i uspešno funkcionisanje unutrašnjeg tržišta Unije. Iako se u Ugovoru o EU ne spominje harmonizacija neposrednih poreza, iz čl. 94. Ugovora o EU, u kome se govori o harmonizaciji pravnih propisa *en général* izvedena su ovlašćenja organa Unije za donošenje direktiva usmerenih na harmonizaciju određenih rešenja iz oblasti neposrednih poreza a koja direktno utiču na funkcionisanje unutrašnjeg tržišta (Hrustić, 2011: 4–5; Kesner-Škreb, 2007: 305–306).

Značajan uspeh u harmonizaciji poreskih sistema država članica EU postignut je putem tzv. „sudskog zakonodavstva“ (eng. judicial legislation), odnosno putem odluka Evropskog suda pravde (eng. European Court of Justice). Naime, postizanje ciljeva Unije podrazumeva ne samo integraciju kroz pozitivno delovanje (tzv. pozitivnu integraciju, harmonizaciju preko direktiva), već i zabranu svih onih akcija koje bi za rezultat imale poresku diskriminaciju i nepoštovanje „četiri osnovne slobode“ na kojima počiva Unija (tzv. negativna integracija). Direktna primena „četiri osnovne slobode“ od strane Suda često rezultira u jurisprudenciji koja neposredno stavlja van snage one odredbe nacionalnih poreskih zakona koje ne uvažavaju ove slobode. U slučajevima kada dođe do sukoba interesa države članice EU, s jedne strane, i unutrašnjeg tržišta, s druge strane, izuzetno je važna činjenica suprematije prava EU nad nacionalnim pravom (time i poreskim pravom), koju Evropski sud pravde dosledno potvrđuje svojim odlukama. Na ovaj način Evropski sud pravde učestvuje, u značajnoj meri, u rušenju poreskih barijera. Odluke ovog suda ostvaruju važan uticaj na zakonodavne i pravosudne organe država članica EU, ali i na njihove poslovne krugove (Dimitrijević, 2009: 287–288). Potrebno je, takođe, ukazati da postoji mogućnost da „četiri osnovne slobode“, na bazi tzv. „prihvatljivih razloga“, budu ograničene. Pod „prihvatljivim razlogom“ smatra se postojanje sledećih situacija: kada je to potrebno radi ostvarenja nekog legitimnog cilja kompatibilnog sa Ugovorom o EU; kada je to opravdano radi

ostvarivanja opšteg interesa; kada je priroda određenog cilja takva da je neophodno ograničavanje neke slobode; kada je cilj u srazmeri sa ograničenjem (Hoek, 2003: 29–30).

4.1. Indirektni (posredni) porezi

Zakonodavna aktivnost organa EU do sada je bila najintenzivnija u domenu indirektnog oporezivanja (posrednih poreza). To je i razumljivo s obzirom na to da razlike u poreskom tretmanu dobara i usluga predstavljaju poreske prepreke na prostoru koji bi trebalo da predstavlja jedinstveno unutrašnje tržište Unije (Hrustić, 2011: 4; Stakić, Barać, 2008: 222).

Kada je reč o posrednim porezima najveća pažnja je posvećena harmonizaciji zakona o porezu na dodatu vrednost (PDV) i harmonizaciji zakona o akcizama država članica. Usvojenim direktivama o harmonizaciji PDV-a i direktivama o harmonizaciji akciza definisani su zajednički stavovi u pogledu važnih elemenata ovih poreza (predmet oporezivanja, teritorija primene, poreski obveznik, minimalne visine stopa, vrste oslobođenja, odbitaka, posebnih postupaka oporezivanja, obaveza poreskih obveznika i dr.). Iako visina poreskih stopa utiče na cene proizvoda i usluga, kod PDV-a i akciza je postignuta samo saglasnost o nivou minimalnih poreskih stopa, što pokazuje da je harmonizacija stopa ovih poreza izuzetno fleksibilna. Takođe, među državama članicama postoje razlike u pogledu udela prihoda od PDV-a i akciza u ukupnim poreskim prihodima.

U postupku harmonizacije PDV-a moguće je razlikovati tri faze: najpre je PDV ustanovljen u poreskim sistemima država članica, potom se pristupilo usklađivanju osnovice PDV-a u tim državama i, najzad, iskazana je težnja da se uskladi broj i visina poreskih stopa. Države članice, kao što je i ukazano, nisu u većoj meri uspele da približe svoje poreske sisteme po pitanju broja i visine poreskih stopa i time otklone međusobne razlike. Odgovornost za to snosi i tzv. Šesta direktiva o PDV-u iz 1977. godine. Ova direktiva je više puta menjana i dopunjavana, što je dovelo do nepreglednosti važećih odredbi i potrebe njihovog preglednijeg uređivanja. To je i učinjeno 2006. godine donošenjem Direktive 2006/112/EZ o zajedničkom sistemu poreza na dodatu vrednost. Ona predstavlja svojevrсно prečišćen tekst Direktive iz 1977. godine. U principu, državama članicama je dato pravo samostalnog određivanja visine

redovne (opšte) stope a, pod određenim uslovima, i pravo uvođenja snižene (posebne) poreske stope za određena dobra i usluge. Direktiva o zajedničkom sistemu PDV-a iz 2006. godine predviđa dve poreske stope: redovnu poresku stopu u visini od 15% (za neke države su predviđeni izuzeci od korišćenja ove poreske stope) i jednu ili dve snižene poreske stope koje ne smeju biti niže od 5%. Područje sniženih poreskih stopa se preispituje svake dve godine. Direktiva iz 2006. godine ne spominje nultu poresku stopu (Hrustić, 2009: 26–30; Mijatović, 2008: 62–65; Hrustić, 2008: 55–59).

Potrebno je istaći da su PDV, kao osnovni primer harmonizacije oporezivanja u EU, i po ugledu na države članice EU u svoje poreske sisteme ugradile i mnoge druge države (države koje teže da postanu članice EU, države koje imaju razvijene trgovinske odnose sa državama članicama EU, države u tranziciji koje reformom svojih sistema oporezivanja nastoje što brže i uspešnije razvijati tržišni način privređivanja).

Zajednički sistem akciza je u Uniji stupio na snagu 1993. godine. Zbog velikog broja akciza, direktive koje se odnose na ovu vrstu poreza su brojne, što samo po sebi ukazuje da je proces harmonizacije u Uniji složen. Pravila Unije u oblasti akciza je moguće razvrstati na ona koja se tiču: strukture akcize (predmet, osnovica i oslobođenja), stope akcize (propisivanje minimalnih stopa akcize) i kretanja akciznih proizvoda između država članica – režim akciznih skladišta (Ilić-Popov, 2004: 87–96). Za sve države članice EU harmonizovano je oporezivanje alkohola i alkoholnih proizvoda, duvana i duvanskih prerađevina i naftnih derivata, a od 2004. godine i uglja, prirodnog gasa i električne energije. Oporezivanje ostalih proizvoda akcizama, u pojedinim zemljama članicama EU, ne podležu obavezi harmonizacije. Svaka od država članica i dalje može zadržati postojeće i/ili uvoditi nove akcize na neke druge proizvode uz uslov da oporezivanje ne iziskuje dodatne formalnosti na granicama, tj. da je omogućeno slobodno kretanje roba u prekograničnom prometu između zemalja članica (Anđelković, 2012: 199–200; Šimović, Šimović, 2006: 205).

Neophodno je imati u vidu da oporezivanje akcizama nije samo fiskalno pitanje. Shodno tome ne treba da iznenađuje činjenica da se na nivou EU, poslednjih nekoliko godina, preduzimaju aktivnosti i mere u oblasti akciza koje

su usmerene na istovremeno sprovođenje zajedničke ekološke, zdravstvene, poljoprivredne, saobraćajne politike. Ostvarivanje ciljeva zdravstvene i ekološke politike podrazumeva povećanje poreskog opterećenja akciznih proizvoda, dok se na području poljoprivredne i saobraćajne politike zagovara fleksibilniji sistem oporezivanja akcizama koji neće uticati na konkurentnost između proizvođača, izbor proizvoda i koji će efikasnije rešavati problem izbegavanja plaćanja akciza (poresku utaju).

4.2. Direktni (neposredni) porezi

U oblasti direktnog (neposrednog) oporezivanja proces harmonizacije je otpočeo nakon uspostavljanja relativno značajnog stepena harmonizacije posrednih poreza. Razlog za to treba tražiti u činjenici da suverenitet u oblasti neposrednog oporezivanja (porez na dobit korporacija, porez na dohodak fizičkih lica, porezi na imovinu) pripada državama članicama Evropske unije i da su neposredni porezi, ne sporeći fiskalni cilj oporezivanja koji se njima postiže, prilično pogodni za ostvarivanje ekonomskih i socijalnih ciljeva oporezivanja u jednoj državi. Imajući u vidu činjenicu da su, u oblasti harmonizacije neposrednih poreza, ostvareni skromni rezultati, na koje će u nastavku rada biti ukazano, s pravom se može postaviti pitanje: „U kojoj meri treba vršiti harmonizaciju neposrednih poreza?“. Pitanje posebno dobija na aktuelnosti pojavom nepravičnih poreskih režima, tj. pojavom nepravične (štetne) poreske konkurencije u Evropskoj uniji, ali i van njenih granica. Štetna poreska konkurencija se, pre svega, javlja u domenu oporezivanja korporacija.

Na osnovu izvršene analize poreza na dobit korporacija u državama članicama EU može se zaključiti da ovaj poreski oblik ima sledeće karakteristike: porez na dobit obuhvata oporezive ekonomske delatnosti u državama članicama EU; obveznici ovog poreza mogu biti i pravna i fizička lica; porez na dobit može imati jednu ili više poreskih stopa; porez na dobit se plaća prema visini ostvarene dobiti; porez na dobit može biti različit za mala, srednja i velika preduzeća (kompanije, korporacije), za pojedine delatnosti i pojedine regione u državi; porez na dobit može sadržati određene olakšice i oslobođenja za delatnosti ili regione; porez na dobit može biti umanjen za velike investicije u pojedinim regionima, porez na dobit se može sastojati iz nacionalnog i lokalnog dela (Tadin, 2011: 167). Navedeno pokazuje da porez na dobit, u

državama članicama EU, ima niz svojih specifičnosti koje zavise od visine ostvarenog profita, veličine i delatnosti preduzeća, činjenice da li se porez naplaćuje na nivou države (centralni nivo) i/ili regiona. Takvo stanje stvari na području Unije i nameće potrebu preduzimanja određenih aktivnosti u pravcu harmonizacije ovog poreskog oblika.

Dosadašnji rezultati harmonizacije su, po svom opsegu, ne tako veliki. Naime, na nivou Evropske unije usvojeno je nekoliko direktiva u oblasti poreza na dobit korporacija i to u slučaju statusnih promena korporacija (kompanija) iz različitih država članica (eng. Fiscal Merger Directive), međukompanijskih isplata dividendi (eng. Parent-Subsidiary Directive) i isplate kamata i autorskih naknada u odnosu povezanih kompanija iz različitih država članica (eng. Interest-Royalties Directive) (Popović, Ilić-Popov, 2012: 39; Anđelković, 2012: 200–201; Trandafir, 2013: 648–649). Pažnju zaslužuje i Konvencija o eliminisanju dvostrukog oporezivanja u vezi sa korekcijom dobiti povezanih kompanija (Arbitražna konvencija). Analizom navedenih direktiva i konvencije može se zaključiti da na nivou Unije nisu harmonizovane poreske stope, poreska osnovica, oslobođenja ili bilo koji drugi bitni elementi oporezivanja, što bi trebalo da predstavlja rezultat procesa harmonizacije. Poreski sistemi država članica Evropske unije su, u sadašnjoj fazi razvoja, u domenu poreza na dobit korporacija, prilično konkurentni, a to smanjuje mogućnost ekonomske saradnje država i zahteva preduzimanje aktivnosti u domenu sprečavanja štetne poreske konkurencije. U Evropskoj uniji su, u novije vreme, potrebno je ukazati, posebno vidljiva dva trenda u oporezivanju dobiti: prvo, trend snižavanja poreskih stopa (države članice smanjuju nivo zakonskih stopa poreza na dobit korporacija); drugo, trend smanjenja odbitaka i izuzeća, prisutan zbog potrebe da se države članice prilagode zahtevima EU u ograničavanju državne pomoći kompanijama (Sokol, Burgler, 2011: 151). Inače, državna pomoć i subvencije, koje u suštini predstavljaju nelojalnu konkurenciju, prema metodologiji Evropske unije obično se svrstavaju u jednu od sledećih grupa: horizontalne – namenjene su svim kompanijama (korporacijama), a ne izabranim sektorima i regionima; sektorske – dodeljuju se samo nekim kompanijama i imaju za cilj ispravljanje njihovog neuspeha na tržištu; regionalne – koriste se kako bi se podstakao razvoj manje razvijenih regiona (Šimović, 2005: 65). Kada je reč o trendu snižavanja nivoa poreskih

stopa, realno je očekivati da su, u uslovima međunarodne mobilnosti kapitala, vlade nekih država u iskušenju da privlače strane direktne investicije (zahvaljujući smanjenju poreskog opterećenja u sistemu oporezivanja dobiti) i umanjuju time poreske prihode zemalja iz kojih kapital odlazi (povećavaju vlastite poreske prihode). Međutim, ne treba izgubiti iz vida da ovakav oblik „takmičenja“ među državama, kao krajnji rezultat, može imati negativne efekte za sve države, koje u njemu učestvuju, jer će u toj „trci do dna“ faktički doći do smanjenja blagostanja stanovnika svih tih država.

Kodeks ponašanja pri oporezivanju poslovne aktivnosti (eng. Code of Conduct for Business Taxation), donet 1997. godine, predstavlja pokušaj stvaranja evropskog modela sprečavanja štetne poreske konkurencije. Ovaj Kodeks pokriva oporezivanje poslovne aktivnosti i identifikuje štetne poreske mere koje utiču ili mogu uticati na lociranje poslovnih aktivnosti unutar Unije. Radi se o političkom sporazumu koji države članice ne obavezuje samo na uklanjanje postojećih mera koje tržišnu utakmicu čine štetnom i nekorektnom, već i na odricanje od ovih mera u budućnosti (Erdős, 2011: 46). Drugim rečima, Kodeks se sastoji od nekoliko delova koji predstavljaju usmerenja kojih bi države članice EU trebalo da se pridržavaju prilikom donošenja, izmene i primene svojih poreskih propisa. Pored već pomenute političke važnosti Kodeksa i potencijalno štetnih poreskih mera, uzdržavanja država od uvođenja novih (štetnih) poreskih mera i obaveze njihovog uklanjanja kada postoje, u nastavku Kodeksa je obrađena i problematika pružanja i revizije informacija, među državama članicama EU, kao i problematika evazije poreza, državne pomoći i podsticaja, godišnjeg izveštavanja o napretku i potrebi revizije sadržine Kodeksa (Šimović, 2006: 186). Izuzetno su važna obeležja koja, u kontekstu utvrđivanja da li postoje „unfair“ porezi, navodi Kodeks. Ti porezi sadrže: poreske pogodnosti koje su osigurane samo za one koji nemaju sedište na području određene države članice, odnosno koje su predviđene za transakcije samo sa onima koji nemaju sedište na tom području; poreske pogodnosti koje se primenjuju izvan domaćeg tržišta; poreske pogodnosti koje se priznaju za delatnosti koje nemaju realnu ekonomsku opravdanost. „Unfair“ porezi ne sadrže pravila o raspodeli dobiti kod multinacionalnih koncerna, nisu transparentni i nemaju delotvoran žalbeni postupak (Lončarić-Horvat, 2004: 62).

Iako se pitanje harmonizacije poreza na dobit korporacija iznova aktuelizuje, mišljenja smo da su izgledi takvi da zajednički sistem oporezivanja dobiti korporacija neće biti ostvaren u skorije vreme (i pored uticaja koji će se povećavati). Činjenica je da nema saglasnosti oko uvođenja jedinstvene najmanje poreske stope a ni oko uvođenja jedinstvene poreske osnovice. Iako bi, kroz harmonizaciju osnovice poreza na dobit Evropska unija mogla da „ubere“ pune koristi od postojanja unutrašnjeg tržišta što, dugoročno posmatrano, evropsko tržište može da učini prilično konkurentnim, države članice ne odstupaju lako od zaštite svog poreskog suvereniteta. Ovakav stav opstaje uprkos tome što bi, zahvaljujući većoj harmonizaciji u domenu poreza na dobit korporacija, one mogle da ostvare uštedu kroz manje administrativne troškove a uz to bi i ograničile prostor za evaziju poreza. Korporacije bi, istovremeno, „uživale“ korist od harmonizacije tako što bi se smanjili troškovi plaćanja poreza i eliminisalo dvostruko oporezivanje.

U postojećoj konstelaciji odnosa, porez na dohodak građana, kao neposredni porez, u nadležnosti je država članica. Takvo stanje će opstati sve dok Unija ne postigne veći nivo integracije od postojećeg. Naime, stav Evropske komisije da harmonizacija ovog poreza, na sadašnjem stepenu integracije Unije, ima manji značaj za funkcionisanje unutrašnjeg tržišta postao je opšteprihvaćen. Kao neophodna je navedena koordinacija na nivou Unije kako bi se sačuvale predviđene slobode iz Ugovora o EU i eliminisale poreske smetnje u aktivnostima građana između različitih država članica, a koje su predmet oporezivanja porezom na dohodak građana. Na taj način je saradnja država članica u oblasti poreza na dohodak građana postala nužna u cilju sprečavanja nastanka evazije poreza, dvostrukog oporezivanja ili neoporezivanja zarada radnika iz drugih država članica (Hrustić, 2011: 173).

Izuzetak, kada je reč o harmonizaciji neposrednih poreza, bilo je donošenje Direktive 2003/48/EZ o oporezivanju dohotka od štednje, odnosno kamata na štednju (eng. Savings Taxation Directive). Prema Direktivi, od svih država članica se zahteva razmena informacija o isplatama kamata na štednju nerezidenata. Detaljnije, za banke koje se nalaze na području EU Direktiva propisuje obavezu prekograničnog slanja kontrolnih saopštenja o visini isplaćenih kamata strancima. Na osnovu tako razmenjenih podataka, kamate

od štednje će se oporezivati u zemlji prebivališta prema merodavnim poreskim zakonima.

Pored oporezivanja kamata na štednju, u Uniji postoji još nekoliko inicijativa i predloga da se harmonizacijom obuhvati problematika oporezivanja penzija i dividendi kod dohotka fizičkih lica. Bazična namera Unije je zaštita pojedinca u osiguranju jednakog poreskog tretmana, onemogućavanje diskriminacije i bega pojedinca u druge zemlje (tzv. poreske oaze) radi ostvarivanja poreskih, penzijskih i drugih povoljnijih prava (Šimović, Šimović, 2006: 223).

Jedno od područja oporezivanja gde do sada nisu postignuti nikakvi rezultati harmonizacije je područje oporezivanja imovine. Usled neusklađenosti uočavaju se različiti pristupi pojedinih država članica oporezivanju imovine. Državama članicama EU, u cilju izbegavanja dvostrukog oporezivanja, na raspolaganju stoje samo bilateralni ugovori o izbegavanju dvostrukog oporezivanja imovine. Harmonizacija poreza na imovinu je nešto što se, bez sumnje, u budućnosti, može očekivati na području Unije. Tome će, najverovatnije, prethoditi usklađivanje drugih, fiskalno značajnijih, poreza koji ostvaruju veći uticaj na alokaciju i distribuciju sredstava u EU.

5. Poreska saradnja i njen uticaj na dalju harmonizaciju poreskih sistema država članica EU

Evropska unija u oblasti neposrednog oporezivanja više napora ulaže u razvijanje međunarodne poreske saradnje među državama članicama nego li u samu harmonizaciju poreskopavnog zakonodavstva kako je, u prethodnom delu rada, i istaknuto. Naime, ono što je naročito značajno kod određivanja da li je neka poreska mera pravična jeste razmena informacija između poreskih organa država članica. Dostupnost informacija, odnosno slobodna razmena informacija veoma je bitna u borbi protiv izbegavanja plaćanja poreza, kao i u borbi protiv nepravičnih poreskih režima (Stojanović, 2010: 41).

Poreska saradnja država članica, tj. razmena informacija (eng. exchange of information) pokrenuta je, najpre, u oblasti posrednih poreza da bi, kasnije, bila proširena i na neposredne poreze. U ovoj oblasti doneto je nekoliko uredbi i direktiva, čija se rešenja vremenom inoviraju ili zamenjuju novim direktivama (Hrustić, 2011: 205–208). Porast sporova od strane poreskih

obveznika u nacionalnim sudovima i Evropskom sudu pravde, prethodnih godina, uticao je na isticanje potrebe za unapređenjem poreske saradnje država članica Unije. Inicijativa za poboljšanje postojeće situacije objavljena je u saopštenju Evropske komisije i Saveta upućenom Evropskom parlamentu i Evropskom ekonomskom i socijalnom komitetu u cilju promovisanja veće saradnje između država članica u oblasti direktnog oporezivanja, kako bi se odstranile fiskalne barijere, eliminisala diskriminacija, dvostruko oporezivanje, ublažili gubici koji nastaju kao posledica ovih pojava. Evropska unija je predlagala niz inicijativa za rešavanje zajedničkih problema koji nastaju kao posledica brojnih uticaja poreskih sistema država članica. Uz to, Unija kontinuirano izražava spremnost da državama pomogne u razvoju koordinacije i poreske saradnje (Hrustić, 2011: 139). Da li se radi o iskrenoj nameri jačanja poreske saradnje država članica Unije, radi jednostavnijeg funkcionisanja različitih nacionalnih poreskih sistema država na unutrašnjem tržištu, ili je reč o ne toliko vidljivom (zaobilaznom) pokušaju veće harmonizacije neposrednog oporezivanja u Uniji? Budućnost će dati pouzdan odgovor na ovo pitanje.

Međunarodna poreska saradnja se danas odvija pod značajnim uticajem međunarodnih organizacija. Stručni organi ovih organizacija formulišu poreske standarde koji bi trebalo da budu ugrađeni u bilateralne ugovore na bazi kojih se uspostavlja administrativna saradnja različitih poreskih jurisdikcija i razmena poreskih podataka. U odsustvu ovih ugovora poreski standardi bi trebalo da budu ugrađeni u zakonodavstvo države prilikom propisivanja uslova za ostvarivanje poreske saradnje.

Potrebu stvaranja modela poreskog sporazuma o razmeni informacija iz poreske oblasti kao pravnog okvira koji bi se koristio za ustanovljavanje efektivne razmene informacija inicirali su OECD i EU. Model sporazuma je, radi postizanja saradnje u poreskim stvarima, urađen 2002. godine. Ovim sporazumom se postavlja zahtev da država mora pružiti informaciju čak i kada joj ona nije potrebna za sopstvene svrhe oporezivanja, tj. i u slučajevima nepostojanja domaćeg poreskog interesa (Zielke, 2011: 44). Neke države su počele da zaključuju ugovore o razmeni poreskih informacija na osnovu principa iz navedenog sporazuma (Owens, 2009: 557–558). Kao aktuelno, u ovakvim slučajevima nameće se pitanje adekvatne zaštite prava poreskih

obveznika. Iako je obveznicima garantovano pravo na obaveštavanje o traženim informacijama i njihovoj sadržini, pravo učestvovanja u postupku prikupljanja informacija, makar u vidu konsultacija, pravo da se proveri legalnost i legitimnost razmene poreskih informacija posredstvom nezavisnog organa, činjenica je da još uvek, na međunarodnom planu, nije ostvaren minimum saglasnosti o nivou pravne zaštite poreskih obveznika tokom međunarodne poreske saradnje (Seer, Gabert, 2011: 94).

Pored Modela sporazuma o razmeni informacija u poreske svrhe, od strane OECD-a i Saveta Evrope, 1988. godine, usvojena je i Konvencija o višestrukoj administrativnoj pomoći u poreskim stvarima (eng. The Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters). Ova konvencija je, već iste godine, mogla biti potpisana od strane država članica OECD-a, odnosno Saveta Evrope. Međutim, njeno potpisivanje, a potom i ratifikacija, intezivirani su tek krajem 20. veka. Tada je počela u većoj meri da dobija na značaju i sama poreska saradnja. Kao razlozi za značajniju saradnju isticane su posledice štetne poreske konkurencije koje pojedine države trpe, kao i potreba sprečavanja širenja nepravičnih poreskih režima (Stojanović, 2010: 110–111).

6. Zaključak

Evropska unija se sastoji od značajnog broja država članica koje karakterišu određene ekonomske i društvene različitosti. Ideja da porezi mogu biti prepreka nesmetanom ostvarivanju „četiri osnovne slobode“ (slobode kretanja ljudi, roba, usluga i kapitala), kao i uspostavljanju jedinstvenog tržišta Unije, bila je vodilja poreske harmonizacije kao savremene tendencije u sferi oporezivanja.

Zašto dolazi do poreske harmonizacije u EU? Jedan od osnovnih razloga je nespornost država članica ove integracije da, u potpunosti, svoju poresku moć (poreski suverenitet) prepuste evropskom (nacionalnom) nivou. No, i pored te činjenice, može se konstatovati da se u EU permanentno odvija proces harmonizacije poreza. Razloge zašto harmonizacija nije usmerena samo na posredne poreze, već i na neposredne poreze, treba tražiti u ciljevima koje je Unija sebi postavila: stabilizacija poreskih prihoda država članica, uklanjanje

barijera u funkcionisanju unutrašnjeg tržišta, osiguranje ekonomskog razvoja i rasta zaposlenosti u EU.

Evropska unija se ubrzano menja. Broj država koje Uniji pristupaju se povećava. Paralelno sa brojčanim, teritorijalnim i demografskim širenjem, EU ima težnju da modifikuje svoje nadležnosti u cilju sopstvenog snaženja. To podrazumeva i drugačiji odnos prema ostatku sveta – na globalnom svetskom tržištu neophodno je očuvati i ojačati poziciju država članica. Navedeno se odnosi, pre svega, na najrazvijenije i najmoćnije države Unije te, u tom smislu, treba očekivati da budućnost donese značajnije aktivnosti u sferi daljeg usklađivanja poreza. Zajednička poreska politika Evropske unije još ne postoji, uprkos uvođenju unutrašnjeg tržišta, ekonomske i monetarne unije, ali njeno postojanje ne treba tretirati ni kao cilj od koga se u Uniji odustalo. Ostvarivanje ovog cilja znači drugačije sisteme oporezivanja u Evropi. Uspešnija i potpunija poreska harmonizacija u EU versus zadržavanje postojećeg stanja koje će se direktno odraziti na postignuti stepen evropske integracije? Ostaje da se vidi u vremenu koje dolazi.

Literatura

- Anđelković, M. (2012). *Javne finansije i finansijsko pravo*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu
- Brümmerhoff, D. (2000). *Javne financije*. Zagreb: Mate
- Dimitrijević, M. (2009). Harmonizacija poreza u Evropskoj uniji – očekivanja i rezultati. *Pravo i privreda*. 5–8. 284–295
- Erdős, É. (2011). The Legal Sources and Steps of the European Tax Harmonization. *Curentul Juridic*. 2(14). 40–54
- Zielke, R. (2011). The Changing Role of Tax Havens – An Empirical Analysis of the Tax Havens Worldwide. *Bulletin for International Taxation*. 1(65). 42–56
- Ilić-Popov, G. (2004). *Poresko pravo Evropske unije*. Beograd: Službeni glasnik
- Jelčić, B. (1997). *Javne financije*. Zagreb: Informator
- Kesner-Škreb, M. (2007). Porezna harmonizacija. *Financijska teorija i praksa*. 3(31). 305–307

- Lončarić-Horvat, O. (2004). Porezno pravo Europske unije. *Pravo i porezi*. 5 (svibanj). 57–63
- Mijatović, N. (2008). Stope poreza na dodanu vrijednost u Europskoj uniji i nekim drugim državama. *Pravo i porezi*. 6 (lipanj). 62–75
- Musgrave, P. B., Musgrave, R. (1990). Fiscal Coordination and Competition in an International Setting. In K. Vogel (editor), *Influence of Tax Differentials on International Competitiveness* (pp. 60-86). Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers
- Owens, J. (2009). Moving Towards Better Transparency and Exchange of Information on Tax Matters. *Bulletin for International Taxation*. 7(63). 557–558
- Popović, D., Ilić-Popov, G. (2012). Eksterna dimenzija sekundarnog prava Evropske unije o direktnim porezima. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 1(LX). 35–55
- Sokol, N., Burgler T. (2011). Specifičnosti sustava oporezivanja dobiti u RH i njegova prilagodba potrebama stupanja u članstvo EU, *Ekonomija/Economics*. 1(18). 143–164
- Stakić, B., Barać, S. (2008). *Javne financije*. Beograd: Univerzitet Singidunum
- Seer, R., Gabert, I. (2011). European and International Tax Cooperation: Legal Basis, Practice, Burden of Proof, Legal Protection and Requirements. *Bulletin for International Taxation*. 2(65). 88–98
- Steichen, A. (2003). Tax Competition in Europe or the Timing of Leviathan. In W. Schon (editor), *Tax Competition in Europe* (pp. 43–119). Amsterdam: IBFD
- Stojanović, R. S. (2010). *Nepravilna poreska konkurencija u Evropskoj uniji*. Kragujevac: Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu
- Schön, W. (2003). Tax Competition in Europe – General Report. In W. Schon (editor), *Tax Competition in Europe* (pp. 1–42). Amsterdam: IBFD
- Schön, W. (2000). Tax Competition in Europe – the Legal Perspective. *EC Tax Review*, Vol. 2. 90–105
- Tadin, H. (2011). Pogled na oporezivanje dobiti iz Europske unije. *Ekonomija/Economics*. 1(18). 165–176

- Trandafir, A. (2013). Tax Harmonization Measures at EU Level in the Corporate Tax Field. *Contemporary Readings in Law and Social Justice*. 5 (2). 647–655
- Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue (1998). Paris: OECD
- Hoek, van der M. P. (2003). Tax Harmonization and Competition in the European Union. *Journal of Tax Research*. Vol. 1. No. 1. 19–36
- Hrustić, H. (2011). *Poreska harmonizacija u Evropskoj uniji*. Beograd: Institut za međunarodnu politiku i privredu
- Hrustić, H. (2009). Bitne promene u zajedničkom sistemu PDV u Evropskoj uniji. *Pravo – teorija i praksa*. 11–12. 15–32
- Hrustić, H. (2008). Izmene odredbi o stopama PDV ukidanjem Šeste direktive EU. *Evropsko zakonodavstvo*. 25–28. 55–59
- Šimović, H. (2006). Harmonizacija izravnih poreza u Europskoj uniji. *Računovodstvo i finansije*. 2 (52). 182–188
- Šimović, J., Šimović, H. (2006). *Fiskalni sustav i fiskalna politika Europske unije*. Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu
- Šimović, J. (2005). Nelojalna konkurencija pri oporezivanju poduzeća u Europskoj uniji, U *Hrvatska pred vratima EU – fiskalni aspekti*. (65–79) Zagreb: HAZU

Marina Dimitrijević, LL.D.

Associate Professor, Faculty of Law, University of Niš

The European Integration Process and The Future of National Tax Systems

Summary

The establishment of the European Union (EU) has had a huge impact on Europe which has become a substantially different place as compared to what it used to be in some earlier times. In the field of taxation, the EU Member States are generally required to fully implement of the process of tax harmonization. In fiscal terms, harmonization implies the coordination of particular taxes, tax structures and tax policies among states. As the primary

objective of the EU is to establish the common market, to prevent distortion and to eliminate obstacles hindering the free movement of goods, services, capital and people, the first step towards accomplishing these goals has been the harmonization of indirect taxes: the Value Added Tax and (partly) excises. The results have been much more inconspicuous in the harmonization of direct taxes: the personal-income tax, the corporate tax, and property taxes.

The harmonization of direct taxes in the EU is still a current issue, particularly in view of the unfair tax competition and the need to strengthen and promote the development of the European common market. However, in reality, EU Member States consistently keep protecting their tax sovereignty and putting off the full harmonization of their legislation on direct taxes for some other time. In the contemporary circumstances, the activities which deserve undivided attention are the efforts aimed at improving tax cooperation between EU Member States and their tax administrations.

In this paper, the author analyses the characteristics of tax harmonization and tax competition. Further on, the author discusses the arguments for and against tax harmonization, as well as the pros and cons of tax competition. Bearing in mind the current state of affairs, the evident problems in the field of tax harmonization at the EU level and the willingness of Member States to improve their tax cooperation, the author suggests possible directions for the development of national tax systems of the EU Member States in the future.

Key words: taxes, tax system, tax policy, European Union, tax harmonization, tax competition, tax coordination.

Dr Aleksandar Mojašević,*

Docent Pravnog fakulteta,

Univerzitet u Nišu

NAUČNI ČLANAK

UDK: 347.925(497.11:4-672EU)

Rad primljen: 01.09.2014.

Rad prihvaćen: 01.12.2014.

EFIKASNOST (SUDSKE) MEDIJACIJE U SRBIJI U ODNOSU NA POJEDINE EVROPSKE ZEMLJE**

Apstrakt: U ovom radu autor ispituje efikasnost (sudske) medijacije u Srbiji u odnosu na pojedine evropske zemlje. Polazeći od, u teoriji istaknuta, tri pristupa u promociji medijacije u kontinentalnom delu Evrope: legalističkog, pragmatičnog i pristupa baziranog na promociji kulture medijacije, želimo da ustanovimo koji je pristup primenjen u Srbiji i da, na komparativnoj osnovi, uvidimo prednosti i nedostatke istog u odnosu na pristupe koji su primenjeni u pojedinim evropskim zemljama. Pritom, kriterijum procene efikasnosti različitih pristupa biće učestalost pokrenutih postupaka medijacije i uticaj na frekvenciju sudskih (pre svega, parničnih) postupaka. U tom cilju, izdvajamo Italiju kao tipičnog predstavnika legalističkog pristupa; Holandiju i Dansku kao predstavnike pragmatičnog pristupa; i Švajcarsku kao reprezentiva pristupa baziranog na kulturi. Rezultati do kojih smo došli u ovoj komparativnoj analizi ukazuju na to da, uprkos prednostima jednog nad drugim, ne postoji efikasan univerzalni pristup koji bi bio primenjen u svim evropskim zemljama, kao i da je u Srbiji primenjen očito pogrešan pristup u promociji medijacije, te ga je potrebno značajno modifikovati u pravcu snažnije edukacije ljudi o ovom ADR metodu, ali i promene pojedinih zakonskih rešenja koja su se pokazala kao neefikasna u primeni.

Ključne reči: efikasnost, medijacija, Srbija, Holandija, Danska, Italija, Švajcarska.

* mojasevic@prafak.ni.ac.rs

** Овај чланак је резултат рада у оквиру пројекта под називом *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*, финансираног од стране Министарства просвете и науке Републике Србије (референтни број 179046).

1. Uvod

U Nacionalnoj strategiji reforme pravosuđa iz 2006. godine¹ *efikasnost pravosuđa* istaknuta je kao jedno od osnovnih načela reforme. U okviru ovog načela reforme, kao cilj je postavljeno *unapređenje pristupa pravosuđu*, i to na dva načina: razvijanjem sistema pravne pomoći i *unapređenjem sistema rešavanja sporova medijacijom*. S druge strane, u novoj, i još uvek aktuelnoj, *Nacionalnoj strategiji reforme pravosuđa za period 2013–2018. godine* (skr. Strategija),² data je trenutna ocena postojećeg sistema medijacije, a koja se svodi na sledeće: nejasan pravni status i loše funkcionisanje Centra za medijaciju; loša koordinacija Centra sa drugim institucijama, pre svega sudovima, usled čega je došlo do gašenja različitih programa medijacije; kao i nedovoljna popularizacija ovih programa široj javnosti. Iz tog razloga, formirana je Radna grupa za izradu novog zakona o medijaciji,³ koji bi trebalo da uspostavi, kako se u Strategiji ističe, „potpuno nov i funkcionalan sistem medijacije“. Da li je za uspostavljanje ovog (legitimnog) cilja potrebno doneti samo novi zakon, ili je neophodno preduzeti i druge reformske mere, predstavlja pitanje koje zaokuplja našu pažnju. Da bismo došli do odgovora na ovo pitanje, naša istraživačka pažnja usmerava se na one zemlje koje su uspostavile funkcionalan sistem medijacije, i naročito na *faktore* koji su doveli do toga, kao i na zemlje koje imaju poteškoća da uspostave isti. Određeni autori (De Palo, Harley, 2005: 469–479) u prvu grupu zemalja izdvajaju: Holandiju, Dansku i Švajcarsku, a u drugu grupu Italiju. Naš cilj je ustanoviti zakonske, ali i druge mere koje Srbija može da preuzme od ovih zemalja, radi uspostavljanja „potpuno novog i funkcionalnog sistema medijacije“.

¹ Strategija je dostupna na: http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_sekcija.php?id=45678

² Strategija je dostupna na: <http://www.mpravde.gov.rs/files/Nacionalna%20Strategija%20reforme%20pravosudja%20za%20period%202013.-2018.%20godine.pdf>

³ Radna verzija Nacrta zakona iz 2013. godine dostupna je na: <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>

2. Medijacija u Srbiji

2.1. Počeci primene i normativni okvir medijacije

Početak primene (sudske) medijacije u Republici Srbiji (Nedić, Toskić, 2012: 7–10) vezuje se za pilot-projekat *Nedelja poravnanja*, koji je otpočeo sa realizacijom 2002. godine u Vrhovnom sudu Republike Srbije. Iako je dao određene rezultate, projekat nije zaživeo zbog prigovora Ministarstva pravde da inovirani postupak nije u skladu s odgovarajućim odredbama tadašnjeg ZPP-a. Ipak, ovaj projekat je dao zamah realizaciji sličnih projekata medijacije u drugim sudovima, ne samo u Beogradu (recimo, u Prvom i Drugom opštinskom sudu u Beogradu), već i u drugim većim srpskim gradovima, poput: Niša, Novog Sada ili Subotice. Njihova realizacija bila je praćena stručnom i finansijskom podrškom međunarodnih organizacija i udruženja, poput: Međunarodne finansijske korporacije (IFC) ili Američkog udruženja pravnika (ABA/CEELI).

Uzimajući u obzir da je reč o pionirskom poduhvatu u implementaciji medijacije u okviru domaćeg pravnog sistema, početni rezultati ovih projekata bili su zadovoljavajući. Medijacija je prihvaćena u stručnim krugovima i naišla je na dobar prijem opšte javnosti. U takvoj društvenoj atmosferi pristupilo se izradi zakonskog propisa koji bi na celovit način regulisao ovaj ADR metod. Tako je 2005. godine donet *Zakon o posredovanju – medijaciji*⁴ (u daljem tekstu: *Zakon*), kao osnovni i krovni zakon u ovoj materiji. Nakon postavljanja normativnog okvira medijacije, pristupilo se uspostavljanju institucionalne strukture za primenu medijacije, uz značajnu finansijsku podršku vlada stranih država (recimo, Vlade Holandije) ili međunarodnih organizacija (spomenuti IFC). Tako je uspostavljen Centar za medijaciju u Beogradu, ali i brojna odeljenja za medijaciju, prostorno i organizaciono vezana za osnovne sudove u većim srpskim gradovima.

Srbija je krenula sa pilot-projektima medijacije, uspostavila normativni okvir medijacije, izgradila kakvu-takvu institucionalnu strukturu za primenu medijacije, imala stručnu i finansijsku podršku pojedinih stranih država, organizacija i udruženja, ali uprkos tome rezultati u primeni medijacije u skoro

⁴ *Zakon o posredovanju – medijaciji, Sl. glasnik RS, 18/05.*

desetogodišnjem periodu mogu se slobodno oceniti kao poražavajući! Naime, u celokupnom periodu, od početka primene Zakona 2006. godine do oktobra 2013. godine, *ukupno je rešeno nešto više od 3.500 predmeta u postupku medijacije na nacionalnom nivou.*⁵ Ovoliki broj rešenih predmeta u medijaciji zasigurno nije mogao da utiče na smanjenje broja predmeta koji čekaju na rešavanje pred srpskim sudovima opšte nadležnosti. Dovoljno je pogledati Izveštaj Vrhovnog kasacionog suda Srbije,⁶ recimo za 2012. godinu,⁷ i videti da je ukupan broj nerešenih predmeta, na kraju te godine, iznosio *preko dva i po miliona* pred srpskim sudovima opšte nadležnosti. Osnovno pitanje jeste: koji su uzroci slabe primene medijacije u Srbiji? Ovo pitanje nas vodi do kvalifikacije i ocene pristupa u promociji i primeni medijacije u Srbiji.

2.2. Kvalifikacija i ocena pristupa u promociji medijacije u Srbiji

U Srbiji se krenulo sa implementacijom medijacije *pragmatično*, uzimajući u obzir pilot-projekte koji su imali za cilj da uvedu medijaciju u naš pravni sistem, pre svega, preko sudova. Pragmatizam u primeni novog pravnog instituta, nedovoljno poznatog našoj opštoj, pa i stručnoj javnosti, dao je početne dobre rezultate. Potom je usledio logičan korak ka *normativnom uobličavanju* ovog ADR metoda, donošenjem posebnog Zakona 2005. godine. Od tada, kao da je sve krenulo „nizbrdo“ (uzimajući u obzir gorenavedene podatke o broju medijacija na nacionalnom nivou), te se stiče utisak da je uzrok slabe zastupljenosti medijacije u Srbiji pogrešno koncipiran normativni okvir! Da li bi situacija bila drugačija da je bio donet drugačiji zakon (sa bitno drugačijim konceptom medijacije), ili se uzroci (namerno insistiramo na množini uzroka) slabe primene medijacije nalaze van normativne sfere? Pažljiv odgovor na ovo pitanje iziskuje prvenstveno empirijsku potvrdu mogućih

⁵ Podatak preuzet sa: <http://novosti.rs/vesti/naslovna/drustvo/aktuelno.290.html:460347-Gasi-se-Centar-za-medijaciju>, pristup: 10. mart 2014. godine.

⁶ Videti: http://www.vk.sud.rs/assets/files/o_sudu/izvestaji/statistika_2012.pdf

⁷ Isti zaključak proistekao bi iz analize Izveštaja Vrhovnog kasacionog suda Srbije za 2011. godinu (2.742.772 nerešena predmeta na kraju izveštajnog perioda). Prethodne, 2010. godine, bilo je skoro milion nerešenih predmeta na kraju izveštajnog perioda, ali je taj broj *i dalje visok* ako se uporedi sa brojem predmeta rešenih u postupku medijacije. Izveštaji su dostupni na: http://www.vk.sud.rs/assets/files/aktuelno/statistika_o_radu_sudova_za_2011.pdf, http://www.vk.sud.rs/assets/files/o_sudu/izvestaji/godisnji_izvestaj_o_radu_2010.pdf

uzorka, ali pre toga, izdvajamo one faktore slabe zastupljenosti medijacije u Srbiji koji se u domaćoj teoriji najčešće spominju. Naime, neki domaći autori (Nedić, Arsić, 2011: 11) navode sledeće razloge: loša zakonska rešenja; prioritet u rešavanju nekih drugih pitanja u tranzicionom periodu; nerazumevanje suštine medijacije u opštoj javnosti; nedostatak saradnje ključnih institucija i odgovornih lica; shvatanje medijacije kao instrumenta za ostvarenje profita, slaba popularizacija, itd. S druge strane, jedna novija empirijska studija (Mojašević, 2014a: 103–245) ukazuje na uzroke slabe primene medijacije u Srbiji, pre svega, kada je reč o važećim zakonskim rešenjima: zakonski usvojen koncept dobrovoljne medijacije i medijacije po uputu suda koji nije dao rezultate, ali i zakonska odrednica da sklopljeni sporazum u postupku medijacije ima snagu vansudskog poravnjanja; visoka taksa za pokretanje postupka medijacije kao faktor koji je demotivisao stranke da biraju medijaciju, naročito u sporovima male vrednosti; neinformisanost stranaka i drugih učesnika u postupku o ovom ADR metodu; nedostatak popularizacije medijacije u Srbiji, nedostatak edukativnih aktivnosti, i drugi.

Već na prvi pogled se uočava, a to se moglo i intuitivno naslutiti, da normativni okvir nije, i ne može biti, „glavni krivac“ slabe primene ovog ADR metoda u Srbiji. Ali, to ne znači da je zakonopisac lišen bilo kakve odgovornosti. Dokaz ove tvrdnje leži u činjenici da je od 2008. godine do danas formirano *nekoliko* radnih grupa za izradu *novog* zakona o medijaciji, sa očekivanjem da će poboljšati efikasnost ovog pravnog instituta. I pored toga što pojedini autori (Mojašević, 2014b) ukazuju na to da nema mesta preteranom optimizmu u pogledu povećanja efikasnosti medijacije *pro futuro* u Srbiji, ukoliko se sagleda poslednja *radna verzija Nacrta zakona o posredovanju o rešavanju sporova* iz 2013. godine, to ne znači da ne treba popravljati postojeći Zakon. Pitanje je samo u kom smeru (u pogledu koncipiranja zakona) treba ići, sada nakon skoro deset godina neefikasne primene medijacije u Srbiji. Autor ovog rada je u svojoj studiji (Mojašević, 2014a: 236–245) izdvojio i preporučio sledeće (reformске) mere: usvojiti obaveznu medijaciju u određenim sporovima, kao privremeno celishodno rešenje; pojednostaviti postupak davanja izvršne snage sporazumu u medijaciji; sniziti taksu za pokretanje postupka medijacije; raditi na podizanju svesti građana o značaju alternativnog rešavanja sporova, pri čemu uvođenje obavezne medijacije upravo tome i služi, itd. Inače, koncept

obavezne medijacije je usvojen u Italiji, sa početnim solidnim rezultatima, uprkos brojnim otporima, pre svega, od Advokatske komore Italije (Mojašević, 2014v). U nastavku, posvećujemo posebnu pažnju medijaciji u Italiji.

3. Medijacija u Italiji

3.1. Počeci primene i normativni okvir medijacije

Tipičan predstavnik legalističkog pristupa u promociji i primeni medijacije jeste Italija. Podstaknuta krizom u pravosuđu, ova mediteranska zemlja postepeno je počela da uvodi medijaciju u nacionalni pravni sistem, počev od devedesetih godina 20. veka. Inače, kriza se ogledala u tome da je, recimo, prosečno trajanje parničnog postupka iznosilo skoro *1.300 dana*, dok se na pravosnažnu presudu, nakon pokrenutog žalbenog postupka, moralo čekati *i više od deset godina* (De Palo, Carmeli, 2005: 351). Takođe, na (očiti) zaključak o lošem stanju u italijanskom pravosuđu navode i najnoviji podaci (prikupljeni 2010. godine) *Evropske komisije za efikasnost pravosuđa – CEPEJ* (Jean, Jorry, 2013: 34), koji kazuju da je u Italiji, u građanskoj materiji, potrebno *493 dana* za rešavanje starih (zaostalih) predmeta, uprkos tome što je italijansko pravosuđe u stanju da rešava onoliko (novih) predmeta koliko primi po godini (taj indikator iznosi *preko 110%*). Jednostavije rečeno, Italija se suočava sa *velikim brojem zaostalih predmeta*, i pored činjenice da se 2010. godine, u odnosu na prethodne godine, situacija neznatno poboljšala zbog uvođenja *takse na novopridošle predmete* (eng. *tax on incoming cases*). U teoriji (De Palo, Carmeli, 2005: 352) su označeni i mogući uzroci takvog stanja: rigidnost i preterani formalizam postojećeg sudskog sistema, kao posledica fenomena označenog kao „putanja zavisnosti“, tj. inklinacija određenih institucija (prvenstveno sudova i advokatskih komora) ka održanju postojećeg stanja i iskazivanju otpora ka bilo kakvim promenama u pravosuđu.

Proces uvođenja medijacije u Italiji odvijao se postepeno, u vidu sukcesivnog donošenja brojnih pravnih akata kojima je normirana medijacija u različitim pravnim oblastima. Na ovom mestu nećemo navoditi sve pravne akte relevantne u ovoj materiji, ali izdvajamo nekoliko (Bruni, Sitzia, 2013: 49–50). Pre svega, 1991. godine, Parlament Italije stvorio je pravnu podlogu za konstituisanje posebnog suda za mirno rešavanje sporova (eng. Justice of the

Peace; ital. Giudice di Pace); potom, 1993. godine, usvojen je Zakon br. 580, koji je omogućio privrednim komorama širom Italije da otvore centre za pružanje usluga medijacije; iste godine, Zakonom br. 281, udruženjima potrošača dato je pravo da rešenje sporova sa raznim pravnim licima potraže pred privrednim komorama; zatim, 2003. godine Vlada je donela Uredbu br. 5 kojom su predviđene medijacija i arbitraža za rešavanje sporova u korporativnom sektoru (uključujući bankarski i finansijski sektor); 2006. godine usvojen je amandman br. 55 na Građanski zakonik, kojim je predviđena medijacija za rešavanje sporova prilikom prenosa porodične firme na potomke; 2007. godine, posebnom Uredbom br. 179 medijacija je predviđena i za rešavanje sporova na finansijskom tržištu, između investitora i brokera; 2010. godine, Zakonom br. 183 propisana je obaveza pokušaja mirnog rešenja spora u postupku medijacije između poslodavaca i radnika u vezi s ugovorom o radu, itd. No, verovatno najznačajnija promena na planu regulisanja medijacije odigrala se 2009. godine, usvajanjem Zakona br. 69, kojim je Parlament preneo ovlašćenje Vladi da reguliše medijaciju u građanskim i trgovinskim stvarima, što je ona i učinila donošenjem *Uredbe 28/2010*. Ovom Uredbom u pravni sistem Italije uvedena je *obavezna medijacija pre pokretanja sudskog postupka u građanskim i trgovinskim sporovima*. Na ovom mestu nećemo analizirati sve odredbe ove uredbe, već ćemo pažnju usmeriti na frekvenciju postupaka medijacije *pre i posle donošenja Uredbe*, kako bismo stekli uvid u njenu delotvornost.

3.2. Učestalost postupaka medijacije u Italiji

Nakon usvajanja spomenutog Zakona br. 580, 1993. godine, došlo je do otvaranja brojnih centara za medijaciju širom Italije, mahom pri privrednim komorama, ali je broj pokrenutih postupaka medijacije ostao *zanemarljiv*. Sledeći podaci potkrepljuju ovaj stav (De Palo, 2007: 2): od 1999. godine do 2005. godine, u ADR centru u Rimu, najvećem akreditovanom centru za medijaciju u Italiji, pokrenuto je 327 postupaka medijacije, od čega je 277 postupaka inicirano od jedne strane u sporu, 45 postupaka jer je medijacija bila predviđena kao ugovorna obaveza, tri obavezna postupka medijacije iz telekomunikacionog sektora i dva postupka na predlog sudije.

U teoriji (De Palo, Carmeli, 2005: 352) se kao mogući uzroci slabe zastupljenosti medijacije u praksi najčešće navode nedostatak novčanih sredstava i neinformisanost građana o ovom ADR metodu. S tim u vezi, anketa Italijanskog instituta za međunarodnu trgovinu, publikovana 2001. godine, pokazala je *da 98% italijanskih izvozno orijentisanih preduzeća nikada nije čulo za medijaciju*, dok je studija iz 2001. godine Italijanskog nacionalnog instituta za statistiku pokazala *da samo 4% italijanskih građana zna da privredne komore uopšte pružaju usluge medijacije* (De Palo, Harley, 2005: 472). Takođe, podaci CPR Međunarodnog instituta za prevenciju i rešavanje konflikata (De Palo, Harley, 2005: 473–475) ukazuju i na *očito negativan (ravnodušan, ignorantski) stav advokata prema medijaciji*, kao mogući uzrok neefikasne primene medijacije u Italiji. No, gledano sa šireg društvenog aspekta, pored već navedene „putanje zavisnosti“, italijanska pravna teorija (De Palo, Harley, 2005: 476–478) prepoznaje i druge razloge: jeftin i relativno jednostavan pristup sudskom rešavanju sporova; potencijalno ugrožavanje poslovnih interesa pojedinih grupa (pre svega, advokata); skeptičan stav stranaka ka medijaciji, koji je posledica, pretežno, deklarativnih odredaba zakona, bez precizno definisanih instrumenata za primenu istih; postojanje veoma restriktivnih pravila koja se odnose na registrovane organizacije za pružanje usluga medijacije, itd.

Upravo je ovakva statistika primorala zakonodavca u Italiji da preispita postojeći koncept dobrovoljne medijacije. Govori se (Gabellini, 2010: 64–65) o *dva koloseka* kojima je krenuo italijanski zakonodavac: jedan u pravcu (dalje) zakonodavne reforme, što je rezultiralo u zakonskom uvođenju *obavezne medijacije* u određenim sporovima (spomenuta *Uredba 28/2010*), i drugi u pravcu poboljšanja kvaliteta usluga medijacije, u vidu uvođenja akreditacije za medijatore i posebnih programa obuke.

Prema javno dostupnim podacima (Morek, 2013), od marta 2011. godine (kada je počela da se primenjuje obavezna medijacija) do oktobra 2012. godine inicirano je *215.689* postupaka medijacije, sa prosečnom stopom uspeha od *12%*. Pritom, ako se uzmu u obzir postupci u kojima su tuženi prihvatili da učestvuju, stopa uspeha je znatno viša i iznosi oko *50%*. Zatim, u periodu od marta 2011. godine do marta 2012. godine, *manje od tri procenta* medijacija inicirano je *na predlog sudije*, što je neznatno povećanje u odnosu na prvih

devet meseci u istom periodu (kada je iznosilo *dva procenta*). Ističe se (De Berti, 2012) da ovo neznatno poboljšanje možda reflektuje promenu rezervisanog stava italijanskih sudija prema medijaciji. Dalje, kada je reč o ovlašćenju medijatora da sačini predlog sporazuma za rešenje spora, ukazuje se na to da su medijatori preduzimali inicijativu u tom pravcu u samo *jedan procenat* svih slučajeva, dok su, s druge strane, stranke zahtevale da medijator sačini predlog sporazuma u *0,5%* svih slučajeva (Colombo, 2012: 79). Konačno, uvođenje obavezne medijacije imalo je za posledicu drastično povećanje broja centara za pružanje usluga medijacije, kao i povećanje broja obrazovnih institucija. Naime, dok je 2008. godine bilo 37 medijacijskih centara u Italiji, dotle je taj broj povećan na 843 krajem aprila 2012. godine; broj institucija koje se bave edukacijom u ovoj oblasti povećan je sa 35 na 309 u istom periodu (De Berti, 2012). S tim u vezi, u italijanskoj teoriji (Colombo, 2012: 78) postavlja se (možda i opravdano) pitanje: *da li je ovo povećanje broja centara i obrazovnih institucija zaista bilo neophodno i zar se time ne gubi na kvalitetu pruženih usluga medijacije?*

Sve u svemu, pre usvajanja Uredbe, broj medijacija bio je na veoma niskom nivou; njenim stupanjem na snagu, broj pokrenutih postupaka medijacije je *povećan*, ali se generalna ocena o uspešnosti medijacije može dati tek nakon izvesnog proteka vremena.

4. Medijacija u Švajcarskoj

4.1. Počeci primene i normativni okvir medijacije

U Švajcarskoj postoji duga tradicija mirnog rešavanja sporova, pre svega, putem *koncilijacije (mirenja)*. U ovoj zemlji koncilijacija uvek je imala izraženiju ulogu u rešavanju sporova u odnosu na klasičan, sudski, način rešavanja sporova. Inače, koncilijacija ima više pojava oblika: mirenje na konferenciji za sklapanje poravnjanja kojom rukovodi mirovni sudija (eng. *justice of the peace*), mirenje u okviru posebnih mirovnih sudova (Schlichtungsbehörden) i mirenje u okviru institucije (javnog i privatnog) ombudsmana. U većini švajcarskih kantona, koncilijacija je obavezna preliminarna faza sudskog postupka i uglavnom se sprovodi na konferenciji za

sklapanje poravnanja. Ove konferencije imaju solidnu stopu uspeha, budući da procenat sklopljenih poravnanja iznosi preko 40% (Meier, 2006: 4–5).

S druge strane, *medijacija*, kao druga podjednako značajna (ali ne toliko uspešna) forma ADR-a u Švajcarskoj, otpočinje svoj razvitak 1980. godine, pre svega, pod uticajem razvoja ove pravne ustanove u Americi i Kanadi. Prvobitno, medijacija je pogodno tlo za primenu našla u porodičnopravnoj materiji, ali je postepeno počela da širi područje primene i na druge grane prava, poput: trgovinskog prava, radnog prava, ekološkog prava, u slučaju sporova između kantona, ili sporova između kantona i federacije, itd. Tako je 2005. godine medijacija ozakonjena u kantonu Ženeva u građanskopravnoj materiji; to je dalo podsticaj i drugim švajcarskim kantonama da normiraju ovaj ADR metod u građanskoj i krivičnoj materiji. No, medijacija je normirana i na federalnom nivou, i to u upravnom postupku i krivičnom postupku za maloletnike. Zatim, 2007. godine, Švajcarska privredna komora i industrija usvojila je tzv. *Pravila medijacije* (eng. *Swiss Mediation Rules*) sa namerom daljeg promovisanja ovog ADR metoda. Potom, 1. januara 2011. godine, na federalnom nivou, stupio je na snagu *Švajcarski građanski zakonik (ŠGZ)*, u kojem je predviđena medijacija kao metod rešavanja građanskopravnih sporova. Karakteristično je to da švajcarski zakonodavac nije našao oslonac za regulisanje medijacije u Direktivi Saveta Evrope koja je relevantna za ovu materiju.⁸ Pored toga, švajcarski zakonodavac nije regulisao posebno postupak medijacije, već samo *odnos* ovog postupka i parničnog postupka. Prema odredbama ŠGZ, stranke se mogu zajednički obratiti nadležnoj instituciji za sprovođenje postupka koncilijacije i tražiti supstituciju postupka koncilijacije postupkom medijacije. Ako je sudski postupak u toku, stranke mogu uputiti zajednički zahtev sudu za otpočinjanje postupka medijacije; u tom slučaju, sudski postupak će biti automatski suspendovan. Vidimo da se odredbe ŠGZ odnose samo na tzv. *sudsku medijaciju* (koja predstavlja alternativu postupku koncilijacije), ali ne i na postupak medijacije koji je iniciran *nezavisno* od pokrenutog sudskog postupka (Baizeau, Kunz, 2013: 93, 95).

⁸ Direktiva 2008/52/ES. Ova direktiva se ne može direktno primeniti u Švajcarskoj, jer ova zemlja nije članica EU.

4.2. Karakteristike medijacije u Švajcarskoj

Možemo izdvojiti nekoliko karakteristika ove pravne ustanove u Švajcarskoj (Baizeau, Kunz, 2013: 93, 95). Prvo, u ovoj zemlji dominira koncept *dobrovoljne medijacije*; jedino je, prema odredbama ŠGZ, koncilijacija obavezna preliminarna faza nakon iniciranja parničnog postupka, ali koja se može supstituisati, kao što je rečeno, postupkom medijacije. Inače, sudija je ovlašćen da *informiše i savetuje* stranke o mogućnosti rešenja spora medijacijom, ali ako stranke ne postupe prema preporuci sudije, neće trpeti nikakve sankcije. Štaviše, i u porodičnoj materiji, sudija ne može *prisiliti* stranke da idu na medijaciju; to može da učini jedino organ starateljstva, pod uslovom da je to u interesu deteta. Drugo, u Švajcarskoj je dominantna *privatna medijacija* koju sprovode mnogobrojne (privatne) organizacije. No, osim medijacije koja se sprovodi nezavisno od sudskog postupka (vansudska medijacija), paralelno postoji i *sudska medijacija*, tj. medijacija koja je vezana za pokrenuti (parnični) postupak. Treće, u ovoj zemlji, dominira *facilitativan tip medijacije* i medijacije koja je usmerena na *interese strana u sporu*. Pritom, medijator može držati zajedničke, ali i odvojene sastanke sa stranama u sporu. Konačno, za razliku od obavezne koncilijacije koja se može podićiti visokom učestalošću (što je prirodna posledica njene obaveznosti) i solidnom stopom uspeha (oko 40%), takva tvrdnja ne može se izreći za medijaciju. Možda učestalost medijacije u Švajcarskoj najbolje opisuje sledeća tvrdnja: „Visoka ponuda [*usluga medijacije*] nasuprot niskoj tražnji“ (Meier, 2006: 18). Dakle, ako se izuzmu sporovi iz porodičnopravne materije i, donekle, radnopravne materije, frekvencija postupaka medijacije u ovoj zemlji nije na zadovoljavajućem nivou, posebno ako se uzmu u obzir karakteristike kulture ove zemlje. A ovu zemlju karakteriše *kultura dijaloga i mirnog rešavanja sporova* (pre svega, neposrednim pregovaranjem i mirenjem), što za posledicu ima pridavanje manjeg značaja, za razliku od Srbije, sudskom načinu rešavanja sporova. Stoga, možda je najbolje zaključiti ovaj odeljak rečima gorenavedenog autora (Meier, 2006: 19) da fokus pažnje u Švajcarskoj nije na povećanju frekvencije postupaka medijacije kako bi se snizio broj pokrenutih sudskih postupaka, *već na povećanju korišćenja medijacije u rangu neposrednog pregovaranja i koncilijacije!*

5. Medijacija u Holandiji i Danskoj

5.1. Medijacija u Holandiji: istorijski razvoj

Početak razvitka medijacije u Holandiji (De Roo, Jagtenberg, 2002: 128–133) vezuje se za 16. vek i instituciju pod nazivom *Leidse Vredemakers* (eng. *Layden Peacemakers*), koja je kasnije, pod uticajem zakonodavnih promena uslovljenih Francuskom revolucijom, promenila naziv u *Bereaux de Paix*, odnosno *Juges de Paix*. Od tada u Holandiji postala je uobičajena praksa da sudija, tokom sudskog postupka, i to u slučajevima iz porodičnopravne materije (najčešće razvodi brakova) postupa kao medijator. S druge strane, u drugoj polovini 19. veka, došlo je do postepene primene medijacije, ali i drugih ADR metoda (koncilijacije i arbitraže), u radnopravnoj oblasti, mahom u sporovima između poslodavaca i radnika. Ovi postupci mirnog rešavanja radnih sporova uglavnom su bili inicirani na dobrovoljnoj osnovi i sprovedeni su van sudova. Zatim, u 20. veku, u Holandiji su osnivane različite institucije za pružanje usluga medijacije, recimo, *Vladin medijator*, kao državna institucija za posredovanje u radnim sporovima (koja je ukinuta posle Drugog svetskog rata), ili *Odbori za rešavanje sporova* u oblasti prava potrošača, koji su, za razliku od prethodno navedene institucije, opravdali svoje postojanje, prvenstveno zbog neformalnog karaktera postupka posredovanja. Konačno, sedamdesetih i osamdesetih godina 20. veka, Holandija se suočila sa krizom u pravosuđu (slična situacija postojala je i u Italiji, i kod nas u novije vreme), koja se manifestovala u preopterećenosti sudova, preteranom formalizmu i visokim troškovima sudskog postupka, dugotrajnim postupcima, itd. No, za Holandiju je ova kriza u pravosuđu predstavljala *izazov* na koji je trebalo odgovoriti primenom odgovarajućih mera, od kojih je primena i dalja afirmacija ADR metoda, pod uticajem američkog pokreta za razvoj medijacije i drugih ADR metoda, predstavljala najpodesniji izbor. Pritom, holandska država nije stajala po strani, već je prepoznajući značaj medijacije i ADR metoda, pružila finansijsku i drugu podršku privatnoj inicijativi za razvoj medijacije. Tako je 1993. godine osnovan *Holandski institut za medijaciju* (skr. HIM), u svrhu informisanja šire javnosti o medijaciji i podsticanja primene i unapređenja medijacije u praksi. Osnivanje ovog instituta predstavljalo je *prekretnicu* u institucionalnom razvoju medijacije u Holandiji. HIM se smatra „krovnom“

institucijom, vodi registar akreditovanih medijatora, saraduje sa drugim institucijama i državnim organima. Ako se uzme u obzir podatak (De Roo, Jagtenberg, 2002: 130) da su, recimo, u petogodišnjem periodu (1996–2001), pred ovim institutom inicirane 1.222 medijacije i, pritom, taj broj uporedi sa brojem akreditovanih medijatora (recimo, od 1993. godine do 2002. godine bilo ih je preko 2.000, sa daljom tendencijom rasta), uočava se fenomen, koji je, inače, prisutan i u Švajcarskoj – *znatno viša ponuda usluga medijacija u odnosu na tražnju za tim uslugama*. Takođe, noviji podaci Cepeja (CEPEJ, 2012: 139) jasno ukazuju na postojanje velikog broja akreditovanih medijatora u Holandiji: *preko dvadeset na 100.000 stanovnika, ili u apsolutnoj vrednosti: 4.015*, što je najveći broj u odnosu na posmatrane evropske zemlje.

Ministarstvo pravde Holandije je svoju aktivnu ulogu u promociji medijacije pokazalo i razvijanjem posebnih projekata *sudski aneksiranih medijacija*. Tako su 1996. godine realizovovana dva takva projekta, da bi se narednih godina nastavilo sa sličnim aktivnostima. Recimo, od 2000. do 2003. implementiran je projekat pod nazivom *Alternativno rešavanje sporova i medijacija*, koji je sadržao dva specifična projekta: *Sudski inicirana medijacija*, sa ciljem daljeg razvijanja sistema sudskog upućivanja stranaka na medijaciju, i *Medijacija i pravna pomoć*, sa ciljem preventivnog rešavanja sporova pre iniciranja sudskog postupka i razvijanja sistema pružanja pravne pomoći stranama u sporu.

Naposletku, recimo i to da je u Holandiji razvoj ove pravne ustanove bio praćen publikovanjem posebnih časopisa o medijaciji (recimo, *Journal for Mediation*), kao i osnivanjem privatnih institucija za pružanje obuke medijatorima, što je kasnije uticalo i na razvijanje posebnih kurseva o medijaciji, pretežno na pravnim fakultetima.

5.2. Normativni okvir i učestalost medijacije u Holandiji i Danskoj

U Holandiji ne postoji opšti i osnovni zakon koji bi regulisao medijaciju na celovit način, poput Srbije ili drugih zemalja. Pored toga, valjalo bi spomenuti (Pel, 2012) i to da je holandski Parlament pokušao da reguliše određena pitanja vezana za medijaciju na bazi Direktive 2008/52/ES. Ipak, ovi naponi nisu urodili plodom. No, uprkos nepostojanju opšteg normativnog okvira, mogu se izdvojiti *Pravila medijacija HIM-a* iz 1995. godine, sa određenim izmenama iz 2000. godine. Postoje tri bazična principa koja izvire iz ovih

Pravila medijacije, koja su, inače, bazirana na *UNCITRAL-ovim pravilima o mirenju iz 1980. godine*:⁹ a) princip dobrovoljnosti, b) princip nezavisnosti i nepristrasnosti medijatora, i v) princip poverljivosti i privatnosti. Istaknuta pozicija prvog principa ukazuje na to da je u Holandiji dominantan *koncept dobrovoljne medijacije*, uprkos tome što se i u ovoj zemlji vodila debata oko toga da li se princip dobrovoljnosti odnosi samo na odluku stranaka da spor reše medijacijom, ili, restriktivnije tumačeno, samo na slobodu stranaka da prihvate ili ne prihvate predlog sporazuma u postupku medijacije; ako bi se ovaj princip tumačio restriktivnije, to bi otvorilo vrata i *konceptu obavezne medijacije*, oko čega, postoje podeljena mišljenja u Holandiji (De Roo, Jagtenberg, 2002:135, 145). U svakom slučaju, u Holandiji stranke mogu slobodno pokušati da reše spor pred brojnim institucijama za pružanje usluga medijacije, od kojih je vodeći Holandski institut za medijaciju. Pored toga, kao što je rečeno, u ovoj zemlji postoji i *institucionalno upućivanje stranaka na medijaciju*, pre svega od strane suda, koje je, između ostalog, i ustanovljeno radi popularizacije medijacije među građanima.

S druge strane, kada je reč o učestalosti medijacije u Holandiji, primera radi, 2011. godine bilo je oko 52.000 postupaka medijacije, od čega najviše u porodičnopravnoj materiji (17.058 ili 33%) i radnopravnoj materiji (12.922 ili 25%) (Pel: 2012). Zatim, prema jednom istraživanju iz 2010. godine (Vogels, van der Zeijden, 2010: 47) u većini slučajeva (tačnije, u oko 69% slučajeva) medijacija je doprinela (potpuno ili delimično) razrešenju spora, pri čemu je najveći uspeh ovog ADR metoda u domenu porodičnog i radnog prava (36,7%, odnosno 34,4%). No, isto istraživanje (Vogels, van der Zeijden, 2010: 49) *nije pokazalo značajniju prednost medijacije na drugim formama ADR-a*, budući da bi u tri četvrtine slučajeva stranke ponovo birale onaj ADR metod (medijaciju ili drugi) koji su prethodno koristile za rešenje spora.

Dakle, Holandija je, uz podršku nadležnih državnih institucija, eksperimentalnim putem krenula sa primenom medijacije, pri čemu je privatni sektor prepoznao svoj interes i podržao razvoj ove pravne ustanove. Na taj način, Holandija je indirektno pružila dokaze da legalistički pristup u promociji medijacije (*tzv. pristup odozgo-nadole*) nije *condition sine qua non* uspeha u

⁹ Videti: Art. 2, 7, 14, 20 of UNCITRAL Conciliation Rules, A/RES/35/52, 10.12.1980.

primeni medijacije, kako bi se na prvi pogled moglo zaključiti. No, pored Holandije, i Danska potvrđuje ovu tezu. U Danskoj se medijacija naširoko koristi, uprkos minornoj zakonodavnoj aktivnosti u ovoj oblasti. Za razliku od drugih skandinavskih zemalja, sudska medijacija u Danskoj nema toliki značaj, kao ni medijacija propisana zakonom, ali je učestalost ove pravne ustanove u praksi visoka (De Palo, Carmeli, 2005: 349). S druge strane, najnoviji Izveštaj Cepeja iz 2012. godine, (CEPEJ, 2012: 132–141) ukazuje na to da u Danskoj dominira medijacija inicirana od strane suda ili druge javne institucije, kao i medijacija koju sprovodi sudija, kao i da ne postoji medijacija na predlog javnog tužioca. Pritom, u građanskim, trgovinskim i porodičnim stvarima, primenjuje se sudska medijacija i medijacija koju sprovodi sudija. U domenu porodičnog prava, medijaciju sprovode i druge javne institucije, pored suda. U drugim sporovima (npr. upravnim ili krivičnim), medijacija se ne koristi u ovoj zemlji. Dodajmo da je u ovoj zemlji predviđena i pravna pomoć strankama za učestvovanje u ovom postupku.

6. Zaključak

Analiza efikasnosti medijacije u posmatranim zemljama (Srbija, Italija, Švajcarska, Holandija i Danska) jasno je pokazala da pristup u promociji medijacije igra važnu ulogu u stepenu prihvatanja ove pravne ustanove, samim tim, i njenoj zastupljenosti u praksi. Medijacija je postigla najveći uspeh, u smislu zastupljenosti, u zemljama koje su koristile pristup *odozdo-nagore*, tj. koje su eksperimentalno krenule sa primenom medijacije, da bi se potom okrenule zakonodavnoj aktivnosti u ovoj oblasti (Holandija i Danska). Naravno, i ove zemlje imaju određenih problema u primeni medijacije, ali su ti problemi kvalitativno drugačiji u odnosu na druge posmatrane zemlje, prvenstveno u odnosu na Srbiju. S druge strane, Italija je zemlja u kojoj je reforma u ovoj oblasti izvedena prilično *heterogeno*, sa krajnjim ishodom u vidu niske frekvencije postupaka medijacije. Zato je ova zemlja 2010. godine uvela mandatornu medijaciju, pre svega, u svrhu popularizacije ove pravne ustanove, a kakav će biti krajnji rezultat, ostaje da se vidi.

Budući da je Srbija zemlja u kojoj ova pravna ustanova nije postigla zavidan uspeh, postavlja se pitanje šta može da nauči iz iskustva drugih (za potrebe naše analize izabраниh) evropskih zemalja. Prvo, to što Srbija ima opšti zakon

koji reguliše ovu materiju, uprkos ispoljenoj neefikasnosti legalističkog pristupa, ne mora da bude loše. Potrebno je samo popraviti određena zakonska rešenja radi popularizacije ove pravne ustanove. Prema našem mišljenju, i uzimajući u obzir skoro desetogodišnje (loše) iskustvo sa primenom dobrovoljne medijacije, jedna od (značajnih) mera bila bi uvođenje dobro osmišljenog *sistema obavezne medijacije*, kao privremenog celishodnog rešenja. Ovo bi trebalo da doprinese rešavanju gorućeg problema u primeni medijacije u Srbiji: nedovoljnoj informisanosti o ovoj pravnoj ustanovi. Pored toga, švajcarsko iskustvo nas uči da je potrebno ulagati (materijalno i na drugi način) u *edukaciju* i podizanje svesti građana o značaju medijacije. Do kulture dijaloga i mirnog rešavanja sporova, između ostalog, može se doći intenziviranjem edukativnih aktivnosti, pri čemu, škola, kao institucija, ima presudnu ulogu, naravno, uz podršku nadležnog ministarstva.

Na samom kraju, valjalo bi istaći da ne postoji jedinstveni pristup u promociji i primeni medijacije koji bi bio primenljiv u svim zemljama, kao i da legalistički pristup ne mora nužno da bude neefikasan. Ovu tvrdnju potvrđuje sistem medijacije u Americi, u kojoj je zakonodavna aktivnost u ovoj oblasti veoma intenzivna, a pritom ova zemlja ima ogroman uspeh u primeni medijacije i drugih ADR metoda. Stoga, dobro osmišljen pristup u promociji i primeni medijacije podrazumeva uzimanje u obzir karakteristika kulture jedne zemlje, uz produbljeno komparativno proučavanje efikasnosti ove pravne ustanove sa drugim (pre svega, kulturološki) sličnim zemljama. U slučaju Srbije, čini nam se da je italijansko iskustvo najkorisnije.

Literatura

Baizeau, D., Kunz, A. C. (2013). Switzerland. U Renate Dendorfer-Ditges (Prir.), *Mediation in 16 jurisdictions worldwide 2013*. London: Law Business Research Ltd.

Bruni, A., Sitzia, M. (2013). Italy. U Renate Dendorfer-Ditges (Prir.), *Mediation in 16 jurisdictions worldwide 2013*. London: Law Business Research Ltd.

Colombo, F. G. (2012). Alternative Dispute Resolution (ADR) in Italy: European Inspiration and National Problems. *Ritsumeikan Law Review*. 29. 71–80

De Berti, G. (2012). *Mandatory mediation: the Italian experience, two years on*. [Electronic version]. Retrieved 21, April 2014, from <http://www.internationallawoffice.com>

De Palo, G. (2007). *Cross-Border Commercial Mediation: How Legislation Affects Mediation Use*. [Electronic version]. Retrieved 7, May 2014, from http://www.europarl.europa.eu/comparl/juri/hearings/20071004/depalo5_en.pdf

De Palo, G., Carmeli, S. (2005). *Mediation in Continental Europe: A Meandering Path Toward Efficient Regulation*. U C. Newmark i A. Monaghan (Prir.), *Butterworths Mediators on Mediation: Leading Mediator Perspectives on the Practice of Commercial Mediation*. Manchester: Tottel Publishing

De Palo, G., Harley, P. (2005). *Mediation in Italy: Exploring the Contradictions*. *Negotiation Journal*, 21(4). 469-479

De Roo, A., Jagtenberg, R. (2002). *Mediation in the Netherlands: Past – Present – Future*. *Electronic journal of comparative law*. [Electronic version]. Retrieved 28, April 2014, from <http://www.ejcl.org/64/art64-8.pdf>

Direktiva 2008/52/ES Evropskog parlamenta i Saveta EU od 21. maja 2008. godine o određenim aspektima medijacije u građanskim i trgovinskim stvarima

European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), Council of Europe. *European judicial systems, Edition 2012 (data 2010): Efficiency and quality of justice*. (2012)

Gabellini, R. (2010). *The Italian Mediation Law Reform* (ADR Bulletin, 12(3), Article 4). [Electronic version]. Retrieved 1, May 2014, from <http://epublications.bond.edu.au/adr/vol12/iss3/4>

Izveštaj Vrhovnog kasacionog suda Srbije za 2012. godinu, http://www.vk.sud.rs/assets/files/o_sudu/izvestaji/statistika_2012.pdf

Izveštaj Vrhovnog kasacionog suda Srbije za 2011. godinu, http://www.vk.sud.rs/assets/files/aktuelno/statistika_o_radu_sudova_za_2011.pdf

Izveštaj Vrhovnog kasacionog suda Srbije za 2010. godinu http://www.vk.sud.rs/assets/files/o_sudu/izvestaji/godisnji_izvestaj_o_radu_2010.pdf

- Jean, J., Jorry, H. (2013). *Judicial systems of the European Union countries: Analysis of data by the European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ)*, Council of Europe
- Meier, I. (2006). *Mediation and Conciliation in Switzerland*. [Electronic version]. Retrieved 27, April 2014, from <http://www.175jahre.uzh.ch>
- Mojašević, A. (2014a). *Ekonomska analiza medijacije: teorijsko-empirijska studija*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu
- Mojašević, A. (2014b). Ekonomska analiza pojedinih rešenja iz Nacrta zakona o posredovanju u rešavanju sporova. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 66
- Mojašević, A. (2014v). *Efikasnost (sudske) medijacije u Italiji i Srbiji: kopmarativna analiza*, mimeo
- Morek, R. (2013). *Mandatory Mediation in Italy – Reloaded*. [Electronic version]. Retrieved 23, April 2014, from <http://kluwermediationblog.com/2013/10/09/mandatory-mediation-in-italy-reloaded/>
- Nacionalna strategija reforme pravosuđa iz 2006. godine, http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_sekcija.php?id=45678
- Nacionalna strategija reforme pravosuđa za period 2013–2018. godine, <http://www.mpravde.gov.rs/files/Nacionalna%20Strategija%20reforme%20pravosudja%20za%20period%202013.-2018.%20godine.pdf>
- Nedić, B., Arsić, J. (2011). *Preporuke za razvoj i primenu medijacije u Srbiji*. Beograd: Međunarodna finansijska korporacija (IFC).
- Nedić, B., Toskić, A. (2012). *Primena medijacije u Srbiji: dostignuća i izazovi*. Beograd: Partneri za demokratske promene
- Pel, M. (2012). [Electronic version]. Retrieved 28, April 2014, from <http://kluwermediationblog.com/2012/03/07/promotion-and-legislation-on-mediation-in-the-netherlands/>
- Radna verzija Nacrta zakona o posredovanju u rešavanju sporova iz 2013. godine. Dostupna na: <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>
- UNCITRAL Conciliation Rules, A/RES/35/52, 10.12.1980
- Vogels, R.J.M., van der Zeijden, P.Th. (2010). *The Situation Regarding Mediation in the Netherlands*. Rotterdam: The Netherlands Mediation Institute

Zakon o posredovanju – medijaciji. *Službeni glasnik RS*. Br. 18(2005).

<http://novosti.rs/vesti/naslovna/drustvo/aktuelno.290.html:460347-Gasi-se-Centar-za-medijaciju>

Aleksandar Mojašević, LL.D.
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Efficiency of (Judicial) Mediation in Serbia as Compared to some European Countries

Summary

Analysis of efficiency of (judicial) mediation in Serbia and other European countries (Italy, Switzerland, the Netherlands and Denmark) illuminates the causes of poor representation of this legal institution in our country. Analysis of mediation in Italy, culturally most closely resembling country to Serbia, indicates that a legalistic approach to the promotion and implementation of mediation, especially if it is heterogeneous, is not efficient. On the other hand, countries that have implemented a bottom-up approach (“first applied, and then regulate”), such as the Netherlands and Denmark, have developed efficient mediation system. Switzerland, a country that relied on an approach based on the promotion of culture of mediation, has a mediation system that has not been developed to the extent to the developed system of conciliation. In any case, the Italian experience has taught us that the regulation of mediation is not a sure path to success in the implementation of this legal institution; Swiss experience highlights the importance of developing a culture of peaceful settlement of disputes; Dutch and Danish experience emphasizes pragmatism in the promotion and implementation of mediation. Since Serbia lacks an efficient regulatory framework of mediation, culture of peaceful dispute settlement and pragmatism in implementation of this legal institution, it seems that the experiences, for the purpose of analysis, observed countries are more than useful.

Key words: efficiency, mediation, Serbia, the Netherlands, Denmark, Italy, Switzerland.

Marko Dimitrijević,*
Asistent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

NAUČNI ČLANAK

UDK: 339.923:061.1EU

Rad primljen: 01.09.2014.
Rad prihvaćen: 01.12.2014.

INSTITUCIONALNI OKVIRI NOVOG EKONOMSKOG UPRAVLJANJA U EVROPSKOJ UNIJI (EVROPSKI SEMESTAR)**

Apstrakt: Predmet analize u ovom radu jesu institucionalni okviri novog ekonomskog upravljanja u Evropskoj uniji koji su nastali kao odgovor zemalja članica na posledice globalne ekonomske i finansijske krize. U tom smislu su analizirani pravni i ekonomski uslovi nastanka Ekonomske monetarne unije kao i značaj tradicionalnih mehanizama ekonomskog upravljanja. U daljem tekstu posvećuje se pažnja merama Evropskog semestra, kojim je praktično predviđeno stvaranje fiskalne unije, tačnije, radi se o merama koje bi trebalo da olakšaju centralizaciju fiskalne politike kroz reformu Pakta o stabilnosti i rastu. Poseban akcenat u radu stavljen je na odredbe Fiskalnog sporazuma u cilju davanja odgovora na pitanje zašto novi institucionalni mehanizmi ekonomskog upravljanja nisu bili uspešniji u rešavanju krize uz činjenje određenih preporuka de lege ferenda.

Ključne reči: Evropska unija, Evropski semestar, fiskalna politika, Fiskalni sporazum, budžetska ravnoteža, javni dug.

1. Uvod

Problemi koji se uočavaju u pravu Evropske unije u uslovima globalne ekonomske i finansijske krize nameću potrebu reformisanja institucionalnih okvira upravljanja u Ekonomskoj i monetarnoj uniji. Još od osnivanja Evropske monetarne unije postalo je jasno da takva unija ne može opstati bez zajedničke ekonomske politike. Pravni aspekti zajedničke monetarne politike imaju svoje

* markod1985@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu „Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu od 2013. do 2018. godine.

pravne posledice, u smislu (ne)mogućnosti korišćenja deviznog kursa u borbi protiv asimetričnih šokova i inflacije, što u uslovima postojanja finansijske krize može imati ozbiljne pravne, ekonomske i političke reperkusije (Snyder, 1999: 544–574). Institucionalni okviri novog ekonomskog upravljanja nastali su izvan okvira primarnog prava i akata sekundarne legislative i uobličeni su odredbama Strategije za pametan, održiv i inkluzivni rast, merama u sklopu tzv. Evropskog semestra i Sporazuma o konstituisanju evropskog stabilizacionog mehanizma (Burge, Saghi, Spring, 2013: 108–118). Kako je ugovor o osnivanju EU (čl. 136) eksplicitno zabranjivao kreditiranje javnog duga država članica (*no bailout clause*), tokom januara 2013. godine ovaj član je revidiran tako da se mere kreditne podrške više ne tretiraju kao oblik solidarne odgovornosti za javni dug, već se radi o merama trenutne finansijske podrške (koje se objašnjavaju postojanjem recesije), što je bio preduslov za pravno opravdanje novih sporazuma. *Mišljenja smo* da je teško procenjivati pravnu komplementarnost ovih mehanizama shodno primarnim izvorima prava, jer su oni usvojeni u cilju postizanja makroekonomske stabilnosti i ravnoteže, dok se pravna sigurnost ne javlja kao primarni, već kao posredni cilj. Takođe, evidentno je da je globalna ekonomska kriza ukazala na slabosti celokupne „međunarodne finansijske arhitekture“ (*international financial architecture*) kao genusnog pojma za primenu finansijskih standarda u cilju izbegavanja posledica velikih recesija (eliminacijom sistemskih rizika) i konstituisanja posebnih organa u nacionalnim zakonodavstvima koji bi podsticali poštovanje tih standarda (Giovanoli, Devos, 2011: 3–4).

2. Pravni i ekonomski uslovi opstanaka Ekonomske monetarne unije

Ekonomska kriza je upravo ukazala na činjenicu da se pravni mehanizmi koordinacije fiskalne politike država članica EU sporo realizuju u praksi zbog nemogućnosti balansiranja interesa različitih država koje teško pristaju na faktičko ograničavanje svog suvereniteta (mada formalno-pravno posmatrano to čine potpisivanjem komunitarnih ugovora i njihovom ratifikacijom u nacionalna zakonodavstva, ipak praktikuju selektivnu primenu istih). Stvaranje monetarne unije nije cilj samo po sebi već predstavlja instrument za ostvarivanje fundamentalnih ciljeva Evropske zajednice (Golubović, 2007: 49). Ugovor iz Mاستrihta pokazao je da u stvaranju monetarne unije

preovladalo *konzervativno shvatanje* (po kome je za pristupanje Uniji nužno poštovanje fiskalnih pravila) nad *liberalnim pogledom*, gde je za nastanak monetarne unije dovoljno samo uvođenje načela tvrdog budžetiranja po kome se zabranjuje finansiranje budžetskih deficita kreditima centralne banke (Babić, 2011: 365–388). Iskustvo sa koordinacijom fiskalne politike na tom planu pokazuje da se u određenom trenutku javlja sklonost ka spasavanju posrnutih članica (nepoštovanja *no-bailout klauzule*, tj. zabrane međusobnog finansiranja članica Unije). Mnogi autori, poput Dajsona (*Dyson*), Rogofa (Rogoff), Blančarda (*Blanchard*) i drugih, ukazuju na negativne posledice postojanja solidarne odgovornosti za javni dug, jer se tako osnažuje problem moralnog hazarda (svesnog upuštanja u ponašanje koje povećava verovatnoću nastupanja rizika) i podstiče se na neuredno vođenje javnih finansija, što je glavni razlog neuspeha koordinacije nacionalne fiskalne i zajedničke monetarne politike EU.

U razmatranju opravdanosti postojanja monetarne unije u obzir moramo uzeti osnovne postavke monetarnog prava u EU. Naime, u strukturi monetarnog prava je uobičajeno da se napravi distinkcija između oblasti u kojima Unija ima potpunu nadležnost i javlja se kao isključivi titular prava (samostalno donosi finansijskopravne odluke shodno principu *lex monetae*) i nadležnosti u kojima države članice (individualno ili kolektivno zaključivanjem multilateralnih ugovora) donose odluke u oblasti monetarne politike (*lex contractus*). Monetarno pravo EU shodno principu *lex monetae* podrazumeva sveukupnost pravnih normi koje u monetarnoj sferi određuju karakter javnog duga (Wahlig, 2000: 188–211). Svakako, članice monetarne unije uživaju ugovornu slobodu da prilikom zaključivanja sporazuma odrede valutnu jedinicu u kojoj će javni dug biti denominiran, ali kada jednom načine izbor valutne jedinice, po automatizmu, one postaju subjekti pod dejstvom normi monetarnog prava države čiju su valutu izabrali. Norme monetarnog prava (bez obzira da li su kodifikovane u jednom aktu ili više njih) trebalo bi da pruže jasnu definiciju pojma valute (valutne jedinice) i određenje njene vrednosti (De Lapasee, 2006: 235–243).

Prilikom nastanka monetarne unije države članice su svoj monetarni suverenitet delegirale Evropskoj centralnoj banci, što znači da je monetarno pravo EU direktno primenljivo i ne egzistira paralelno sa nacionalnim

monetarnim zakonodavstvom država članica. Procesni izvori monetarnog prava EU prisutni su u komunitarnim aktima i kao takvi uživaju apsolutnu supermatiju. U tom smislu, posebno je značajan čl. 123. Ugovora o Evropskoj uniji, koji je regulisao osnovne principe prelaska na novu jedinstvenu valutu (evro) i utvrdio pravne mehanizme za primenu takvih principa u oblasti sekundarnog (mekog) prava (Louis, 2000: 5–34). Na ovom mestu moramo napomenuti da je u oblikovanju koncepta monetarnog suvereniteta veliki doprinos dalo i običajno pravo, pravna jurisprudencija i judikatura sudova, kako nacionalnih tako i supranacionalnih. Poseban problem sa analizom monetarnog suvereniteta jesu njegovi *eksterni efekti*, koji se ogledaju u pokušaju subjekata (u ovom slučaju EMU) da svoju nadležnost proširi iznad teritorija država članica (što se naročito uočava na primeru država kandidata koje moraju harmonizovati svoje finansijskopravne propise sa *acquis communautaire*) u odsustvu norme međunarodnog javnog prava koja bi to sprečila (IMF, 2006). Prenošanjem nadležnosti za vođenje monetarne politike sa nacionalnog na komunitarni nivo vlasti, ove norme su dobile posebnu dimenziju, jer su se države članice suočile sa posledicama *troškova* i *koristi* postojanja monetarne unije. *Troškovi* se ogledaju u gubitku samostalnosti centralne banke (kao vrhovne monetarne institucije u vođenju monetarno-kreditne politike) i korišćenja deviznog kursa kao instrumenta za ublažavanje ekonomskih šokova. Nasuprot troškovima, *koristi* zajedničke monetarne politike ogledaju se u snižavanju ekonomskih troškova i boljoj integrisanosti tržišta (De Grauwe, 2003: 111).

Veliki broj autora ukazuje na činjenicu se da je glavni uzrok finansijske krize koja je izbila 2008. godine postojanje pravnih praznina u osnivačkim propisima (ugovorima) Evropske unije (Hermann, 2013: 26–40). U tom smislu, neophodno je preispitivanje ispunjenja uslova za uspešno funkcionisanje zajedničke valute, kako *ekonomskog uslova* (da li su privrede država članica EU međusobno dovoljno konzistentne), tako i *pravnog uslova* (sposobnost EU da brani kupovnu moć evra). U finansijskoj literaturi su mišljenja teoretičara o opravdanosti postojanja ekonomske unije podeljena. Mandel (*Robert Mundell*), koji se smatra osnivačem *teorije optimalnih valutnih područja*, ističe da je za definisanje jedinstvenog valutnog područja bitan uslov pokretljivost fizičkog kapitala i radne snage, a da je pokretljivost proizvodnih faktora samo

alternativno sredstvo ekonomskog prilagođavanja (Mundell, 1961: 544). Feldštajn (*Michael Feldstin*), takođe, smatra da EU ne ispunjava nijedan uslov za uspešno uvođenje jedinstvene valute, jer zemlje članice imaju različite strukture društvenog proizvoda, zavisne su od uvoza nafte, a pokretljivost radne snage uslovljena je savlađivanjem jezičkih i kulturnih barijera (Feldstin, 2013: 11). *Pravni uslov* za pristupanje Evropskoj monetarnoj uniji koji se odnosi na ispunjavanje kriterijuma konvergencije predviđenih Mاستrihtskim ugovorom (odredbe o visini javnog duga, stope inflacije, kretanja deviznog kursa i dugoročnih kamatnih stopa), po našem mišljenju, u praksi se teško održava i zahteva preispitivanje (Siekamann, 2011: 6). Moramo napomenuti i da je evro jedina valuta u svetu koja nema pravnu zaštitu kao simbol suverenosti, s obzirom na to da Ugovor o Ustavu Evropske unije nije uspešno prošao na referendumu. Iako Evropska centralna banka ima sva ovlašćenja kao supranacionalna monetarna institucija, iza nje ne stoji država snagom svog autoriteta, pa samim tim nema ni sankcija za nepoštovanje njenih odluka, odnosno odstupanja od predviđenih kriterijuma konvergencije, što se u budućnosti mora obezbediti adekvatnim pravnim mehanizmima. Kumulativno ispunjenje pravnog i ekonomskog uslova konvergencije podjednako je važno, *prema našem mišljenju*, za uspešno funkcionisanje evrozone jer se u uslovima stvaranja globalnih ekonomskih sistema monetarna stabilnost javlja kao jedno od *najznačajnijih javnih dobara*, pored efikasnog pravosuđa, unutrašnje i spoljašnje bezbednosti, zdravlja građana i očuvanja prirodnih dobara.

3. Uloga Pakta o stabilnosti i rastu u koordinaciji fiskalne politike

Ugovorom iz Mاستrihta uspostavljeni su kriterijumi konvergencije fiskalne politike, što je trebalo da obezbedi održivost javnih finansija Unije. Naime, definisana su fiskalna pravila po kojima budžetski deficit ne sme biti veći od tri procenta domaćeg bruto proizvoda i javni dug ne sme biti veći od 60 procenata domaćeg bruto proizvoda izraženo u tržišnim cenama. Pod fiskalnim pravilima podrazumevaju se *„zakonom regulisana, dugoročna, numerički izražena ograničenja budžetskih agregata koja se odnose na visinu javnog duga, budžetskih deficita i odnosa javnih rashoda i javnih prihoda“* (Schaecter, Kinda, Budina, 2012: 10–12).

Paktom o stabilnosti i rastu (*The Stability and Growth Pact*) detaljno se razrađuju fiskalna pravila utvrđena Ugovorom iz Mاستrihta kojih se članice monetarne unije moraju pridržavati. U oceni efikasnosti preventivnog i korektivnog mehanizma Pakta u održavanju strogih fiskalnih pravila (kao i otkrivanja uzroka i posledica odsustva verodostojnosti u nametanju sankcija u sklopu korektivnog mehanizma) moramo uzeti u obzir posledice nepostojanja automatizma, odnosno diskrecionog odlučivanja u proceduri sa budžetskim deficitom. Problemi su kulminirali kada je *Evropski savet* ukinuo proceduru koja se primenjuje u slučaju prekomernog deficita za Nemačku i Francusku, zbog čega se Evropska komisija obratila Evropskom sudu pravde, jer je u pitanje bila dovedena jednakost tretmana svih zemalja članica. Pakt o stabilnosti i rastu je ubrzo reformisan 2005. godine i njime se predviđa da će procedura o prekomernom deficitu izostati u slučaju negativne stope rasta (niže stope rasta), a takođe se uvodi pravni standard „ostalih bitnih činioaca“ (koji uslovljavaju donošenje odluke o primeni procedure za slučaj prekomernog budžetskog deficita) (Dutzler, 2012: 35). Reč je o izdacima za istraživanje i razvoj, kapitalnim rashodima i međunarodnoj solidarnosti koji su značajno relativizirali jedinstvenost originalnog dokumenta (Mortensen, 2013: 11). Takođe, reforma Pakta je označila i produženje rokova za korekciju budžetskih deficita, kao i rokova u kojima Savet donosi odluku o nametanju sankcija.

Ipak, praksa je pokazala da i ovako reformisani Pakt nije bio u stanju da izvrši preko potrebni uticaj na opštu fiskalnu disciplinu u dužem periodu, zbog čega je i dalje aktuelna potreba za njegovim optimalnim noveliranjem. Naime, kako u trenutku krize nije bilo dozvoljeno „spasavanje“ posrnutih članica EU (članom 125. Mاستrihtskog ugovora je to bilo zabranjeno), dolazi do ustanovljavanja Evropske agencije za finansijsku stabilnost (*European Financial and Stability Facility*). Ubrzo potom dolazi do stvaranja Evropskog stabilizacionog mehanizma (*European Stability Mechanism*), koji je označio promenu komunitarnog prava, tačnije čl. 136. (3) pomenutog akta. Zanimljivo je da je Evropski sud pravde utvrdio (presuda C-370/12, *Pringle vs. Ireland*)¹ da konstituisanjem ovog koordinacionog mehanizma nije došlo do povrede

¹ Case C-370/12 Thomas Pringle v. Government of Ireland, Ireland, The Attorney General from 27. Novembar 2012.

komunitarnog prava, jer je njegova pravna priroda takva da se mere finansijske pomoći shvataju kao kreditne mere, a ne kao mere usmerene na saniranje posledica javnog duga (čime je faktički stvoren svojevrsan oblik transferne unije). Svakako, moramo istaći da neadekvatni rezultati u primeni Pakta o stabilnosti i rastu proizilaze iz odsustva kredibiliteta u implementaciji sankcija izrečenim državama, što je zahtevalo adekvatnu institucionalnu reformu (Lastra, 2007: 265–270).

4. Pravna priroda fiskalnog sporazuma

Sporazum o stabilizaciji, pridruživanju i koordinaciji u Ekonomskoj i monetarnoj uniji (*Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union*) zaključen je 30. januara 2012. godine tokom neuspešnih pregovora država članica o limitiranim derogacijama osnivačkih ugovora. *Fiskalni sporazum* kao centralni deo novog sporazuma predstavlja značajni pravni instrument čiji je *ratio legis* uspostavljanje budžetske ravnoteže i pooštavanje fiskalne discipline kao glavnog uzroka finansijske i ekonomske krize. Fiskalni sporazum nisu potpisale sve države članice (samo 25 zemalja bez pristanka Velike Britanije i Češke), zbog čega je njegovo mesto u klasifikaciji izvora monetarnog prava EU diskutabilno. Naime, posmatrano sa aspekta primarnog prava EU, mere utvrđene ovim aktom predstavljaju presedan *sui generis*, jer se primarnim pravom EU utvrđuju procesi za postizanje suštinske integracije u kojima moraju da učestvuju sve države članice. Reč je o institutu tzv. *produbljene saradnje* (čl. 20. Ugovora o osnivanju EU i čl. 326–334. Ugovora o funkcionisanju EU). Za razliku od Fiskalnog sporazuma, Sporazum o konstituisanju Evropskog stabilizacionog mehanizma morao je da bude u skladu sa osnivačkim aktima, pa je bilo neophodno doneti odgovarajuće amandmane na čl. 136. Ugovora o funkcionisanju EU. Fiskalni sporazum *de facto* doprinosi boljoj integraciji država članica koje su ga usvojile, ali se ne nalazi u funkciji kooperacije sa karakterom produbljene saradnje, jer je u pitanju svojevrsni međudržavni sporazum koji je zaključen izvan oblasti primarnog prava EU i kao takav ne bi smeo da ugrozi ciljeve i bazične principe utvrđene osnivačkim aktima ili merama sekundarnog prava (Kusak, Petrova, 2013: 102–117).

Fiskalni sporazum se mora posmatrati kao integralni element mera u sklopu tzv. *novog ekonomskog upravljanja (new economic governance)*, čiji je primarni cilj očuvanje stabilnosti evra, zbog čega je njegova implementacija uslovljena efikasnom primenom *Evro-plus paketa* i delovanjem *Evropskog stabilizacionog mehanizma*. Primena Fiskalnog sporazuma mora biti u saglasnosti ne samo sa primarnim i sekundarnim pravom EU, već i sa običajnim pravom i opštim principima utvrđenim presudama Evropskog suda pravde. To praktično znači da u slučaju kolizije sporazuma sa pravom EU neće moći da dođe do primene odredbe sporazuma i da u takvom slučaju Sud pravde mora doneti odluku o eventualnom (ne)primenjivanju konkretne mere.

Pravna priroda fiskalnog sporazuma izgleda naročito sporna u pogledu dodeljivanja novih ovlašćenja institucija EU, jer je to moguće realizovati bilo eksplicitno ili implicitno samo normama primarnog prava, bez obzira da li je reč o sužavanju ili širenju nadležnosti organa iz oblasti fiskalne politike (Rose, 2012). Naime, čl. 5. Fiskalnog sporazuma predviđa značajne ingerencije Evropske komisije i Saveta u postupku odobravanja i nadgledanja procesa budžetiranja i ekonomskih programa ugovornih strana koje imaju problem sa prekomernim budžetskim deficitom. Kako ova „nova“ ovlašćenja Komisije i Saveta još uvek nisu usvojena na nivou komunitarnog prava, njihova implemenatcija ostaje sporna. Ipak, postoje određene *nove ingerencije* Komisije koje se mogu prihvatiti i ne moraju biti predmet budućeg prilagođavanja. U pitanju su nadležnosti za utvrđivanje trajanja vremenskog okvira fiskalne konvergencije i opštih principa primene korektivnih mehanizama u slučaju prekoračenja fiskalnih pravila utvrđenih Paktom o stabilnosti i rastu (koje Komisija utvrđuje prema svakoj članici različito, zavisno od situacionih okvira i konkretnog pravno-ekonomskog činjeničnog stanja). Kao posledica svega ovoga, pitanje klasifikacije i mesta Fiskalnog sporazuma u pravnim izvorima EU dobija na posebnom značaju, jer se njime prenose nova ovlašćenja sa nacionalnog nivoa vlasti na komunitarni nivo i omogućava se *ad hoc* korišćenje glavnih institucija od strane ugovornih strana, čime se prema *našem mišljenju*, dovode u pitanje federalna podela vlasti na nivou EU, koja se mora utvrditi (i obezbediti) jasno i transparentno osnivačkim aktima.

Trebalo bi napomenuti da pravilo budžetske ravnoteže, utvrđeno ovim ugovorom, ne predstavlja kvalitativnu novinu, jer se njime samo ponavlja

ciljevi koordinacije fiskalne politike utvrđene revidiranim Sporazumom o stabilnosti i rastu. Značajna novina jeste što se od država članica zahteva da pravilo o tzv. „budžetskim kočnicama“ (*debt brakes*), regulišu svojim ustavima i da njegova primena može biti predmet analize pred Evropskim sudom pravde u slučaju nepoštovanja. Ove „kočnice“ odnose se na stroža graničenja budžetskog deficita i stanje budžetske ravnoteže, odnosno suficita (što se smatra realizovanim ako je godišnji strukturalni budžet manji od 0.5 procenata domaćeg bruto proizvoda). Ugovorne strane imaju obavezu da u roku od godinu dana od dana ratifikacije sporazuma započnu implementaciju budžetske ravnoteže.

Ugovorne strane su takođe preuzele obavezu da primene korektivne mehanizme u slučaju značajnog odstupanja od željene budžetske ravnoteže, s tim što se ovde radi o *pravnom standardu* čija se sadržina mora utvrditi na bazi konkretnih situacionih okvira i okolnosti za svaku državu pojedinačno. *Bitni elementi* koji određuju odstupanje polaze od prirode, obima i vremenskog trajanja neravnoteže. Ugovorne strane s tim u vezi imaju obavezu da smanje udeo javnog duga u domaćem bruto proizvodu za jednu dvadesetinu svake godine, ako javni dug prelazi 60 procenata referentne vrednosti.

Države koje imaju problema sa prekomernim budžetskim deficitom moraju izraditi programe budžetskog i ekonomskog partnerstva, kojim se realizuju neophodne strukturne reforme za poboljšanje ekonomske situacije. Ipak, postavlja se pitanje pravnog odnosa nove obaveze sa već ranije utvrđenim obavezama podnošenja izveštaja i evaluacije preventivnih mehanizama koji za cilj imaju ocenu uspeha koordinacije nacionalne fiskalne politike u obliku međusobne formalne razmene mišljenja o postignutoj koordinaciji koja je utvrđena odredbama Evropskog semestra. Novina predviđena fiskalnim sporazumom odnosi se na ingerencije Komisije i Saveta nad sprovođenjem ekonomskih programa i budžetskih planova, što tradicionalno ostaje u nadležnosti nacionalnog nivoa vlasti. Slično tome, obaveza obaveštavanja ovih institucija o planiranim emisijama obveznica javnog zajma, u cilju boljeg uvida u stanje javnog duga u konkretnoj zemlji se teško može opravdati, jer politika upravljanja javnim dugom (zajmom) nije centralizovana na nivou Unije.

Značajna novina predviđena fiskalnim sporazumom jeste izricanje kvaziautomatskih sankcija za ugovorne partnere koji ne poštuju kriterijume u pogledu budžetskog deficita, što se realizuje uvođenjem specifičnog modela donošenja odluka tzv. obrnutog većinskog glasanja (*reverse majority voting*). Po ovom modelu glasanja, za primenu sankcija prema određenoj državi predviđa se kvalifikovana većina za donošenje odluke o neprimenjivanju sankcije (Golubović, 2012: 170–182). Ovaj model glasanja, prema mišljenju nekih autora, predstavlja vid glasačkog kartela koji može da faktički promeni način izglasavanja odluka utvrđen primarnim izvorima prava (jer se pretvara u tzv. pravilo ponašanja (*rule of behavior*) koje stvara prostor za brojne nepravilnosti i zloupotrebe). Takođe, u finansijskoj literaturi se ističe da primena kočnica za dugove u praksi nailazi na brojne poteškoće, iz razloga što je veoma teško razdvojiti strukturalne i ciklične komponente deficita (Anđelković, 2013: 181–201) i predviđa kažnjavanje vlada ugovornih partnera *per se*, što u krajnjoj liniji onemogućava korišćenje javnog zajma kao instrumenta fiskalne politike u okolnostima kada to može biti korisno (jedino) rešenje za finansiranje javnih rashoda, svakako, kao privremene mere (De Grauwe, 2011: 114).

Shodno odredbama Fiskalnog sporazuma, Sud pravde može u postupku pokrenutom od strane države ugovorne strane ili na osnovu izveštaja Komisije doneti odluku o uvođenju pravila o budžetskoj ravnoteži u nacionalno zakonodavstvo i izreći finansijske sankcije (u visini od 0,1 procenta domaćeg bruto proizvoda) u slučaju nepostupanja po njegovoj odluci u ostavljenom roku. Komisija je sada ovlašćena na pokretanje postupka pred Sudom pravde i u slučaju nepodnošenja prijave od strane ugovornih strana, što je u suprotnosti sa ovlašćenjima izvedenim na osnovu Ugovora o funkcionisanju EU, jer se Komisija ne može javiti kao *locus standi* pokretač postupka. U cilju adekvatne primene Fiskalnog sporazuma, takođe, predviđa se da parlamenti ugovornih strana aktivno učestvuju u kontroli budžetske discipline na konferenciji učesnika sačinjenoj od komiteta nacionalnih parlamenata i evropskog parlamenta (Vukadin, Labus, 2012: 340–345).

4.1. Paket šest (Six Pack)

Nove zakonodavne mere čiji je cilj pooštavanje fiskalne discipline odnose se na primenu reformskog Paketa šest, koji obuhvata pet uredbi i jednu direktivu. Ovim merama se uvode sankcije u cilju efikasnije primene preventivnog i korektivnog mehanizma utvrđenih Paktom o stabilnosti i rastu na način da se izbegnu prekomerni deficiti kroz nadzor nad izvršavanjem budžeta, kao i obezbeđenje neophodne transparentnosti javnih finansija (Golubović, 2012: 177–180). U tom smislu se kao *conditio sine qua non* transparentnosti javlja potreba usaglašavanja budžetskog računovodstva i preciznog statističkog izveštavanja. Takođe, ovim zakonodavnim izmenama Komisija je dobila značajna ovlašćenja u pogledu efikasnije primene sankcija u okolnostima kada države članice ne žele da smanje prekomerni deficit (ukoliko nakon odluke Saveta o deponovanju kamatanosnog depozita ne dođe do korigovanja istog). Komisija može da preporuči Savetu da donese odluku o pretvaranju depozita u novčanu kaznu.

4.2. Evro plus paket (Euro-Plus Pack)

U cilju efikasne primene fiskalnih pravila šefovi vlada usvojili su Evro plus paket, meru za jaču koordinaciju ekonomske politike. U tom smislu predviđeno je formiranje nacionalnih komiteta ugovornih strana zaduženih za poboljšanje efikasnosti i konvergencije monetarne i fiskalne politike. Posebno se ističe potreba za strukturnim reformama u oblasti zarada i penzionih sistema, s tim da se se u oblasti politike zapošljavanja ističe tzv. *fleksigurnost* praćena adekvatnim poreskim reformama, ali uz uvažavanje rada kako izvora oporezivanja. Reforme penzijskog osiguranja neophodne su u cilju ublažavanja progresivne tendencije rasta penzijskih rashoda zbog čega se posebno insistira na finansijskoj infrastrukturi koja bi stimulisala razvoj privatnih penzionih sistema (Dimitrijević, Hrustić, 2009: 90–102). Zarad obezbeđenja održivih javnih finansija predviđa se da direktno oporezivanje ostane u nadležnosti država članica, ali se ističe i značaj razvijanja zajedničke poreske osnovice poreza na dobit korporacija radi obezbeđivanja konzistentnosti između nacionalnih poreskih sistema i uvažavanja poreskih strategija (Ruffert, 2011: 1777–1806). Potreba za poreskom harmonizacijom s tim u vezi dobija na posebnom zanačaju, ali trebalo bi imati u vidu dosadašnje rezultate samog

procesa harmonizacije koja se prevashodno odvijala u domenu posrednih poreza (Dimitrijević, 2009: 284–295.). Značajan pravni instrument za obezbeđenje konvergencije fiskalne politike jeste i Paket dva (*Packet Two*), kojim Komisija dobija značajna ovlašćenja da posredno utiče na izmene budžetskih i poreskih zakona. Prema *našem mišljenju*, centralizovanje fiskalne (a posebno budžetske) politike na nivou EU se teško može realizovati jer je reč oblasti koja tradicionalno ostaje u nadležnosti nacionalnog nivoa vlasti jer države teško pristaju na ograničavanje svog fiskalnog i finansijskog suvereniteta.

5. Zaključak

Bez obzira na činjenicu da su novi institucionalni mehanizmi ekonomskog upravljanja nastali izvan okvira primarnog prava i po pravilu ne bi trebalo da imaju pravno dejstvo kogentnih normi, njihova faktički pravni domašaj deluje drugačije. U analizi novog koncepta ekonomskog upravljanja u Evropskoj uniji koristan model jeste tzv. *koncept legalizacije*, koji nam pokazuje da, iako su novi institucionalni mehanizmi nastali izvan okvira primarnog prava, oni sve više dobijaju njegove karakteristike (Abbot et Al, 2002: 413–418). Koncept legalizacije predstavlja put faktičke modifikacije mekog prava u čvrsto pravo, kroz promenu triju dimenzija upravljanja: zakonske obligacije, delegiranja nadležnosti i preciznosti. U oblasti fiskalne politike EU dimenzija zakonskih obligacija je prisutna u obavezi ugovornih strana fiskalnog sporazuma da u svoje ustave unesu odredbe o načelu srednjoročne budžetske ravnoteže, dok se dimenzija delegiranja nadležnosti ogleđa u novim ingerencijama Komisije za pokretanje postupka pred Sudom pravde u slučaju neispunjenja ove obaveze (čak i kad nema predloga od strane ugovornih strana). Dimenzija preciznosti odnosi se na indikatore na osnovu kojih se utvrđuje makroekonomska ravnoteža, u smislu podataka dobijenih na osnovu godišnjeg Izveštaja o privrednom rastu konkretnih zemalja članica. Bez obzira na nesumnjiv značaj novih institucionalnih mehanizama, postoji sumnja da se njima dodatno osnažuju diskreciona ovlašćenja glavnih članica EU i time povećava opasnost *diskreditovanja* zajedničkih institucija. Uslov opstanka ekonomske i monetarne unije jeste da se upravljanje i odlučivanje vrati pod *okrilje* demokratskih procesa i nadležnost zajedničkih organa. Prema *našem mišljenju*, to je moguće

jedino usklađivanjem novih institucionalnih mehanizama ekonomskog upravljanja sa odredbama primarnog prava i aktima sekundarne legislative uz podjednako respektovanje principa proisteklih iz običajnog prava i judikature kako Evropskog suda pravde, tako i prakse nacionalnih sudova država članica.

Literatura

Abbot, K., Keohne, R., Moravcsik A., Slaughter, A.M. (2002). The Concept of Legalization. *The International Organisation*. 54(3). 413–418

Andelković, M. (2013). Uloga i značaj fiskalnih pravila u stabilizaciji javnih finansija. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 65. 185–201

Babić, S. B. (2011). Pravna strana krize Evropske monetarne unije. *Pravo i privreda*. 48(4–6). 420–435

Bohinger, C., Thomas, S., Spring, R., Swoboda, O. (2013). *Governance of EU Coordination*. U *Visions for Economic Policy Coordination in Europe*. Viena : bmwfj. 108–118

Current Issues in Monetary and Financial Law. (2006). Edited by International Monetary Fund. Legal Department. Washington D.C.

Giovanoli, M., Devos, D. (2011). *The International Monetary and Financial Law: The Global Crisis*. Oxford: Oxford University Press.

Dimitrijević, M. (2009). Harmonizacija poreza u Evropskij uniji: Očekivanja i rezultati. *Pravo i privreda*. 46 (5–8). 284–295

Dimitrijević, M., Hrustić, H. (2009). Stanje i perspektive penzionog osiguranja u Srbiji. *Socijalna misao*. 16(4). 90–102

Case C-370/12 Thomas Pringle v. Government of Ireland, Ireland, The Attorney General from 27. Novembar 2012

Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union. 2013

De Lapasee, P. (2006). *The Legal Status of the Euro*. U *Legal Aspects of European System of Central Banks*. eds. Liber Amicorum and Paolo Zamboni Garavelli. European Central Bank. 235-243

De Grauwe, P. (2003). *Economics of Monetary Union*. Fifth Edition. Oxford: Oxford University Press.

De Grauwe, P. (2011). *Balanced Budget Foundametalism*. Center for European Policy Studies (CEPS).

Dutzler, B., Hable, A. (2005). *The European Court of Justice and the Stability and Growth Pact-Just the Begining*. European Integration online Papers (EioP). 9(5).

Feldstein, M. (2013). *Coordination in the European Union*. Working Paper. No. 18672. The National Bureau of Economic Research. Washington D.C.

Golubović, S. (2007). *Evropska monetarna unija – Institucionalni aspekti*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta.

Golubović, S. (2012). *Fiskalna pravila u Evropskoj monetranoj uniji*. Niš: Studentski kulturni centar.

Hermann, C. (2013). Legal Aspects of the European Sovereign Debt Crisis. *Hitotsubaschi Journal of Law and Politics*. 41. 26–40

Kusak, M., Petrova, L. et Al. (2013). *Legal Aspects of the Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union*. TLQ.2.102–117. <http://www.ilaw.cas/cztlq>.

Lastra, M.R. (2007). *Legal Foundations of International Monetary Stability*. Oxford: Oxford University Press.

Louis, V.J. (2000). *The New Monetary Law of European Union*. U International Monetary Law, Issues for the New Millenium. Oxford: Oxford University Press. 2000.

Mortensen, J. (2013). *Economic Policy Coordination in the EMU: From Maastricht via SCP to the Fiscal Pact*. CASE Network Studies & Analyses No.459.

Mundell, M.R. (1961). *A Theory of Optimum Currency Areas*. *American Economic Review*. 4.

Siekman, H. (2011). *Law and Economics of Monetary Union*. Institute for Monetary and Financial Stability. Working Papers Series no. 45.

Rose, D.M. (2012). *The Legal and Constitutional Nature of New International Treaties on Economic and Monetary Union from the Perspective of EU Law*. European Current Law. Issue 5.

Schaechter, A., Kinda, T., Budina, N., Weber, A. (2012). *Fiscal Rules in Response to the Crisis Toward the “Next-Generation” Rules*. A New Dataset. IMF Working Papers. WP12/8/175. Washington D.C.

Ruffert, M. (2011). The European Debt Crisis and European Union Law. *Common Market Law Review*. No. 48. 1777–1806

Regulation (EU) No. 1173/2011 of the European Parliament and of the Council of Effective Enforcement of Budgetary Surveillance in the Euro Area and Regulation (EU) No. 1176/2011 of the European Parliament and of the Council of the 16 November 2011 on the Prevention and Correction of Macroeconomic Imbalances.

Snyder, F. (1999). *EMU Revisited: Are We Making a Constitution?, What Constitution We Are Making?*. U Craig and De Burca (eds). *The Evolution of EU Law*. Oxford: First Edition. 544–574

Vukadin, E., Labus, M. (2012). *Ekonomaska politika za pravnike*. Beograd: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu.

Vourloumis, S. (2012). *The New EU Framework for Fiscal Surveillance: Hard Policy Coordination in the Shadow of the Crisis*. U 30 SUERF Colloquim “States, Banks and The Financing of the Economy”. Work in Progress.

Wahlig, B. (2000). *European Monetary Law: The Transition to the Euro and the Scope of Lex Monetae*. U *International Monetary Law, Issues for the New Millennium*. Oxford: Oxford University Press.

Marko Dimitrijević, LL.M.

Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

Institutional Framework of the New Economic Governance in the European Union (European Semester)

Summary

The subject of analysis in this paper is the institutional framework of the new economic governance in the European Union that has arisen as response of the member countries to the consequences of the global economic and financial crisis. In this sense, the author analyzed the provisions of the European semester, which is practically anticipated the creation of a fiscal union, more precisely, it is about the measures that should facilitate the centralization of fiscal policy through the Reform of the Stability and Growth Pact, the

implementation of the reform Six-pack, in terms of tightening fiscal rules. Hereinafter, special attention is given to the provisions of the Fiscal Pact, which refers to the state budget and the structural constraints of the public debt. Within this document were adopted two additional: Euro Plus Pact and the Competitiveness Pact, which should help in maintaining the stability of the single currency and to simultaneously facilitate structural reform. European Semester represented the legal basis for the adoption of the Treaty on Stabilization, Coordination and Governance in the Economic and Monetary union, which further develops the idea of creating a fiscal union (through the introduction of the so-called “golden rule” on the state budget and impose strict sanctions by the European Court of Justice for their non-compliance). Notwithstanding the undoubted importance of new institutional mechanisms, there is a doubt that this institutional framework strengthens the discretionary power of the main EU member states and thus increases the risk of “discrediting” of common institutions. Conditions for survival of the economic and monetary union is that management and decision-making back to the “umbrella” of democratic processes and the competence of communitarian authorities. This paper seeks to answer the question why the new coordination mechanisms were not successful in resolving the crisis and provide specific recommendations *de lege ferenda* for creators of Serbian economic policy towards the European Union.

Key words: European Union, European Semester, fiscal policy, fiscal treaty, budget balance, public debt.

MEĐUNARODNOPRAVNA SESIJA

Dr Zoran Radivojević,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

NAUČNI ČLANAK

Dr Vesna Knežević-Predić,*
Redovni profesor Fakulteta političkih nauka,
Univerzitet u Beogradu

UDK: 341.645(4-672EU)

Rad primljen: 01.09.2014.
Rad prihvaćen: 01.12.2014.

PRAVNI LEKOVI U POSTUPKU PRED SUDOM PRAVDE EVROPSKE UNIJE**

Apstrakt: *Sistem pravnih lekova u procesnom pravu Evropske unije ima specifičnosti u poređenju sa nacionalnim pravosudnim sistemima. U prvo vreme u postupku pred Sudom pravde nije postojala žalba kao redovno pravno sredstvo, već su predviđeni drugi pravni lekovi koji su se mogli podneti Sudu upravo povodom njegovih konačnih presuda. Posle osnivanja Prvostepenog suda u procesno pravo Evropske unije uvedena je mogućnost podnošenja žalbi protiv njegovih presuda Sudu pravde. Kasnije je Prvostepeni sud postao nadležan da odlučuje o žalbama koje su, u međuvremenu osnovani, sudski paneli doneli u prvom stepenu. U postupcima pred Prvostepenim sudom i sudskim panelima zadržana je mogućnost korišćenja drugih pravnih lekova protiv njihovih konačnih odluka o kojima su odlučivali isti ovi sudovi. U tom pogledu Lisabonski ugovor nije ništa značajnije izmenio, osim što je Prvostepeni sud preimenovao u Opšti sud, a sudske panele u specijalizovane sudove.*

Ključne reči: *pravni lek, žalba, preispitivanje, revizija, zahtev treće strane, presuda zbog izostanka, tumačenje presude, ispravka presude, dopuna presude.*

* zoranr@prafak.ni.ac.rs

* vesna.knezevicpredic@fpn.bg.ac.rs

** Rad je pripremljen u okviru projekta „Politički identitet Srbije u regionalnom i globalnom kontekstu“ бр. 179079 који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

1. Uvodne napomene

Pravni lekovi u postupku pred Sudom pravde Evropske unije imaju osobenosti u poređenju sa nacionalnim pravosudnim sistemima. Mogućnost podnošenja žalbe uvedena je u procesno pravo Evropske unije tek posle osnivanja Prvostepenog suda (Radivojević, Knežević-Predić, 2008: 144). Naime, protiv presuda Prvostepenog suda mogla se izjaviti žalba Sudu pravde. Ugovorom iz Nice predviđeno je pravo žalbe na odluke sudskih panela koji su ustanovljeni ovim Ugovorom. Tako je Prvostepeni sud postao nadležan da odlučuje o žalbama protiv presuda koje su doneli sudski paneli u prvom stepenu¹. U poređenju sa uvođenjem žalbe, u postupcima pred Sudom pravde, Prvostepenim sudom i sudskim panelima predviđena je mogućnost korišćenja drugih pravnih lekova protiv njihovih konačnih odluka o kojima su odlučivali isti ovi sudovi. U tom pogledu Lisabonski ugovor nije ništa značajnije izmenio, osim što je Prvostepeni sud preimenovao u Opšti sud, a sudske panele u specijalizovane sudove (Radivojević, 2009: 118).

Imajući u vidu pravne lekove koje poznaje procesno pravo Evropske unije, prvi deo ovog rada biće posvećen žalbama kao pravnim sredstvima o kojima odlučuje viši sud od onog koji je doneo presudu, a to su žalbe protiv odluka Opšteg suda i odluka specijalizovanih sudova. Drugi deo rada bavi se pravnim lekovima o kojima odlučuje isti sud koji je doneo presudu.² U ovu kategoriju spadaju prigovor trećeg lica protiv presude i revizija, koji se mogu smatrati vanrednim pravnim lekovima (Manin, 2005: 402), kao i prigovor tuženog protiv presude zbog izostanka, tumačenje, ispravka i dopuna presude koji imaju karakter izuzetnog procesnog sredstva.

2. Žalbe

Pravo na žalbu logična je posledica uspostavljanja sistema dvostepenog suđenja u komunitarnom pravosudnom sistemu. Podnošenjem žalbe pokreće se mehanizam kontrole zakonitosti odluka koje su doneli niži sudovi od strane više sudske instance. Na taj način unapređuje se i čini efikasnijom pravosudna

¹ Čl. 225, stav 2. Ugovora o Evropskoj zajednici, izmenjen Ugovorom iz Nice.

² U francuskoj teoriji prava Evropske unije (Blumann, Dubouis, 2010: 631) prva vrsta pravnih lekova naziva se „*les voies de réformation*“ a druga „*les voies de rétraction*“.

zaštita prava svih subjekata prava Evropske unije (Lenaerts, Arts, Maselis, 2006: 452).

Procesno pravo Unije dopušta pravo na žalbu protiv odluka Opšteg suda i protiv odluka Službeničkog tribunala, koji je za sada osnovan kao jedini specijalizovani sud. U prvom slučaju o žalbi odlučuje Sud pravde, a u drugom Opšti sud. Izuzetak predstavlja mogućnost da se zatraži preispitivanje od strane Suda pravde konačnih odluka koje po žalbama donese Opšti sud. Ovako trostepeno suđenje (Misita, 2009: 263) predviđeno je samo pod uslovom da postoji ozbiljna opasnost za jedinstvenost i usklađenost prava EU.

2.1. Žalba protiv odluka Opšteg suda

Žalba se podnosi protiv konačnih odluka Opšteg suda. Izraz konačne odluke tumači se u praksi široko i obuhvata sve odluke kojima se okončava postupak, uključujući povlačenje tužbe, odluku o glavnoj stvari, tumačenje presuda, kao i presude zbog izostanka (Meškić, Samardžić, 2012: 452). Postoji mogućnost da se žalba uloži i na odluke kojima se samo delimično rešava o meritornim pitanjima.

Žalba se, takođe, može podneti protiv odluka kojima Opšti sud rešava o prethodnim prigovorima, kao što su nenadležnost i nedopuštenost tužbe ili procesnim pitanjima u sporednim postupcima, kao što je, recimo, odluka doneta povodom zahteva za odobravanje privremenih mera. Pravo žalbe dopušteno je i protiv odluke kojim se odbija zahtev lica za mešanje. Postoji mogućnost podnošenja žalbe protiv odluka kojima se obustavlja primena osporenog akta organa Unije ili obustavlja prinudno izvršenje odluka Saveta, Komisije i Evropske centralne banke kojima se nameću novčane obaveze fizičkim i pravnim licima. Međutim, izričito je isključena mogućnost ulaganja žalbe samo na odluku o troškovima postupka, tj. o visini troškova i strani koja je dužna da ih snosi.³ Žalba se ne bi mogla izjaviti ni protiv odluka koje se isključivo tiču unutrašnje organizacije Opšteg suda.⁴

³ Čl. 45–48 Statuta Suda pravde (dalje: Statut), Consolidated version, *Off. Journal EU*, L 228/2012.

⁴ Case C-173/95P *Hogan v Court of Justice* (1995); Case C-39/00P *SGA v Court of Justice* (2000).

Pravo na žalbu ima svaka od stranaka koja u potpunosti ili delimično nije uspela u sporu pred Opštim sudom. Procesno pravo Evropske unije ne poznaje institut prethodne ocene dopuštenosti žalbe. Međutim, u skladu sa opštim pravnim principima, žalilac u svakom slučaju mora da ima interes za podnošenje žalbe. Stoga bi Sud pravde mogao proglašiti kao nedopuštenu žalbu ukoliko se posle donošenja presude Opšteg suda pojavila činjenica koja tu presudu lišava negativnog dejstva po žalioca.⁵

Žalbu mogu podneti i umešači, koji nisu države članice ili institucije Unije, pod uslovom da ih se odluka Suda neposredno tiče. Države članice i organi Unije mogu se, pak, žaliti čak i onda kada se nisu umešali u postupak pred Opštim sudom, izuzimajući radne sporove službenika. Tada su države članice i organi Unije u istom položaju kao i države i organi koji su se umešali u prvom stepenu.

Žalba protiv presuda Opšteg suda ograničena je na pravna pitanja.⁶ Ona se može odnositi kako na pitanja procesnog, tako i materijalnog prava. U postupku po žalbi Sud pravde ispituje samo zakonitost odluka Opšteg suda u cilju otklanjanja eventualnih pravnih nedostataka i time obezbeđuje usklađenost pravnog poretka Unije i jednoobraznost prilikom njegovog tumačenja. Isključena je mogućnost podnošenja žalbe zbog nepravilno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja.

Međutim, u praksi nije uvek jednostavno razgraničiti pravna od činjeničnih pitanja (Rideau, Picod, 1995: 594). Sud pravde stoji na stanovištu da njegov zadatak nije da povodom žalbe kontroliše činjenice i dokaze na kojima je zasnovana presuda, već je njihovo utvrđivanje u isključivoj nadležnosti Opšteg suda. To ipak ne sprečava Sud pravde da kontroliše da li su dokazi pribavljeni na ispravan način i da li su poštovana opšta pravila o teretu dokazivanja i postupku izvođenja dokaza (Schermers, Waelbroeck, 2001: 763). Sud pravde, takođe, može da ispituje valjanost pravne kvalifikacije utvrđenog činjeničnog stanja, budući da je ovde reč o ispravnom tumačenju ili primeni prava Unije.⁷

⁵ Case C-19/93P *Rendo* (1995); Case C-111/99P *Lech-Stahlwerke* (2001).

⁶ Čl. 56, stav 3. i čl. 58, stav 1. Statuta.

⁷ Case C-325/94P *An Taisce and WWF UK v Commission* (1996); Case C-19/95P *San Marco v Commission* (1996); Case C-278/95P *Siemens v Commission* (1997); Case C-154/99P *Politi v*

Isto tako, Sud ima pravo da ocenjuje da li je presuda Opšteg suda dovoljno i dobro obrazložena, jer se i ovde radi o pitanju primene prava Unije.⁸

Osnov za žalbu mogu biti: nenadležnost Opšteg suda (njegovo delovanje ultra vires), povreda pravila postupka ili kršenje prava EU od strane Opšteg suda.⁹ U vezi sa prvim razlogom, treba naglasiti da je Sud pravde ovlašćen da bliže odredi nadležnost Opšteg suda u konkretnom sporu. Povodom povrede pravila postupka potrebno je da žalilac dokaže na koji način kršenje procedure negativno utiče na njegove interese. Treći osnov za žalbu je najznačajniji i najšire formulisan, jer omogućava Sudu pravde da kontroliše sve vidove kršenja prava EU u procesu njegovog tumačenja i primene od strane Opšteg suda (Schermers et al., 2001: 762).

U žalbi se ne mogu iznositi novi zahtevi ili razlozi za donošenje odluke u korist žalioaca. Obe stranke su vezane razlozima i zahtevima koje su već iznele u prvostepenom postupku. Na nove činjenice mogle bi se pozvati samo ako su nastale posle donošenja presude Opšteg suda, a tokom postupka koji se vodi pred Sudom pravde.¹⁰ Žalba ne može izmeniti predmet spora koji se vodio pred Opštim sudom.¹¹ Ova ograničenja uneta su u Poslovnik sa ciljem da se žalbeni postupak ne koristi za ponovnu raspravu o činjenicama (Schermers et al., 2001: 765). U žalbi treba precizno navesti delove presude koji se se pobijaju i pravne osnove i argumente zbog kojih se ona podnosi. Prosto ponavljanje ili reprodukovanje razloga i argumenata koji su već izneti pred Opštim sudom ne smatra se dovoljnim¹². Što se tiče sadržine žalbenog predloga, žalilac može tražiti potpuno ili delimično ukidanje presude, odnosno njenog dispozitiva.

European Training Foundation (2000); Joined Cases C-2/01 P and C-3/01P *BAI and Commission* (2004).

⁸ Case C-259/96P *Council v De Nil and Impens* (1998); Case C-197/99P *Belgium v. Commission* (2003).

⁹ Čl. 58, stav 1. Statuta.

¹⁰ Case C-136/92P *Commission v Brazzelli Lualdi and Others* (1994).

¹¹ Čl. 170, setav 1 Poslovnika Suda pravde (dalje: Poslovnik SP), *Off. Journal EU*, L 265//2012; poslednja izmena: *Off. Journal EU*, L 173/2013.

¹² Case 244/92P *Kupka-Floridi v Economic and Social Committee* (1993); Case C-31/95P *Del Plato v Commission* (1996).

Rok za podnošenje žalbe je dva meseca od dana dostavljanja odluke Opšteg suda. Kod žalbe protiv odluke o odbijanju mešanja rok je kraći i iznosi dve nedelje od njenog dostavljanja.¹³ Žalba se dostavlja ostalim stranakama koje su učestvovalе u postupku pred Opštim sudom. Svaka stranka koja ima interes da se žalba prihvati ili odbije može podneti odgovor na žalbu, takođe, u roku od dva meseca. Ako predsednik dozvoli, mogu se nakon toga podneti replika i duplika (odgovor na repliku). Tom prilikom može ograničiti broj stranica i predmet ovih podnesaka¹⁴.

Postupak po žalbi sastoji se iz pismenog i usmenog dela. Usmena rasprava održava se samo na izričit zahtev stranaka. Statut dopušta mogućnost da se usmena faza postupka izostavi. Takvu odluku Sud donosi pošto prethodno sasluša opšteg pravobranioca i stranke u sporu¹⁵. U praksi se obično po okončanju pismenog postupka od stranaka traži da se izjasne da li žele da usmena faza izostane,¹⁶ ali stav stranaka ne obavezuje Sud.

Podnošenje žalbe sprečava pravosnažnost presude Opšteg suda i ima devolutivno dejstvo, jer o njoj odlučuje Sud pravde kao viši sud (Meškić et al., 2012: 452). Međutim, žalba nema suspenzivno dejstvo u odnosu na osporenu presudu. Izuzetno, Sud može na zahtev žalioca odlučiti da pokretanje postupka po žalbi odlaže izvršenje prvostepene presude. Osnivački ugovori dozvoljavaju strankama da traže obustavu izvršenja odluke kojom je regulativa oglašena ništavom.¹⁷ Statut Suda, pak, predviđa da odluka Opšteg suda o proglašenju regulative ništavom stupa na snagu od dana isteka roka za podnošenje žalbe ili, ako je žalba uložena, od dana kada je ona odbijena.¹⁸

Povodom žalbe Sud pravde može odluku Opšteg suda potvrditi ako nađe da žalba nije osnovana. Ukoliko prihvati navode žalbe, on ukida odluku Opšteg suda. U ovom slučaju Sud pravde ima mogućnost da sam donese konačnu odluku ako stanje postupka to dozvoljava. Ukoliko to nije slučaj, predmet se

¹³ Čl. 56, stav 1. i čl. 57, stav 1. Statuta.

¹⁴ Čl. 172–175. Poslovnika SP.

¹⁵ Član 59. Statuta.

¹⁶ Case C-310/93P *BPB Industries and British Gypsum v Commission* (1995).

¹⁷ Čl. 278-279 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (dalje: UFEU), *Off. Journal EU*, C 326/2012.

¹⁸ Čl. 60. Statuta.

vraća Opštem sudu na ponovno rešavanje, uz obavezujuće uputstvo za odlučivanje. U tom slučaju Opšti sud je vezan pravnim shvatanjem koje je sadržano u odluci Suda pravde.¹⁹ Kada žalbu podnesu države članice ili institucije Unije koje se nisu umešale u spor pred Opštim sudom, Sud pravde može, ako je žalba osnovana i ako oceni da je to neophodno, navesti koja će se dejstva ukinute odluke Opšteg suda smatrati konačnim za stranke u sporu.

2.2. Žalba protiv odluka Službeničkog tribunala

Ugovorom iz Nice Prvostepenom sudu prvi put data je nadležnost da odlučuje o žalbama protiv odluka koje su doneli sudski paneli u prvom stepenu. Tako se ovaj sud, uprkos svom nazivu, pojavljivao u ulozi drugostepene instance. Lisabonski ugovor, takođe, ovlašćuje Opšti sud da rešava po žalbama podnetim protiv odluka specijalizovanih sudova.²⁰ Detaljna pravila o ovoj vrsti žalbe sadržana su Aneksu Statuta Suda pravde i Poslovniku Opšteg suda.

Žalba se podnosi protiv konačnih odluka Službeničkog tribunala. Predviđena je mogućnost da se žalba uloži i protiv delimičnih odluka kojima se rešava u meritumu. Žalba se, takođe, može podneti protiv odluka kojima Službenički tribunal rešava o procesnim pitanjima, kao što su prigovor nenadležnosti ili nedopuštenosti tužbe. Pravo žalbe dopušteno je i protiv odluke kojim se odbija zahtev lica za mešanje. Međutim, žalba samo na odluku o iznosu troškova postupka i strani koja je dužna da ih plati nije dopuštena.

Pravo na žalbu ima svaka od stranaka koja u potpunosti ili delimično nije uspela u sporu pred Službeničkim tribunalom. Žalbu mogu podneti i svi umešači, koji nisu države članice ili institucije Unije, pod uslovom da odluka Službeničkog tribunala neposredno na njih utiče.²¹

Novinu predstavlja odredba osnivačkog ugovora koja predviđa da se regulativom o osnivanju specijalizovanog suda može dopustiti žalba Opštem sudu ne samo zbog pravnih pitanja, već i iz razloga vezanih za činjenično

¹⁹ Čl. 61, stavovi 1. i 2. Statuta.

²⁰ Čl. 257. UFEU.

²¹ Čl. 9–11 Aneksa I Statuta koji nosi naslov „Službenički tribunal Evropske unije“ (dalje: Aneks I), *Off. Journal EU*, L 228/ 2012.

stanje.²² Uprkos ovoj mogućnosti, prema Aneksu Statuta Suda pravde EU žalbe Opštem sudu protiv odluka Službeničkog tribunala ograničene su samo na pravna pitanja.²³

Osnovi za ovu vrstu žalbe su isti i svode se na nenadležnost Tribunala, povredu pravila postupka na štetu žalioca i kršenje prava Unije od strane Službeničkog tribunala. Rok za podnošenje žalbe, takođe, iznosi dva meseca od prijema odluke Tribunala. Kod žalbe protiv odluke o odbijanju mešanja rok je kraći i iznosi dve nedelje od njenog dostavljanja.

Žalba ne odlaže izvršenje osporene odluke Službeničkog tribunala. Postupak po žalbi sastoji se iz pismenog i usmenog dela i u osnovi se odvija na isti način kao i postupak po žalbi pred Sudom pravde. Usmena rasprava održava se samo na izričit zahtev stranaka. Poslovník dopušta mogućnost da se usmena faza postupka potpuno izostavi.²⁴

Ukoliko utvrdi da je žalba osnovana, Opšti sud će ukinuti odluku Službeničkog tribunala i sam doneti konačnu presudu. Predmet se može vratiti Tribunalu na ponovno rešavanje ako stanje postupka ne dozvoljava Opštem sudu da konačno presudi spor. U tom slučaju Tribunal je vezan odlukom Opšteg suda o pravnim pitanjima.²⁵

Odluke koje donese Opšti sud po žalbama su konačne. Izuzetno, one mogu biti predmet preispitivanja od strane Suda pravde. Uslov za to je postojanje ozbiljne opasnosti za jedinstvo ili usklađenost prava Unije.²⁶ Pravo da predloži preispitivanje odluke Opšteg suda ima samo prvi opšti pravobranilac. Po tome se ovo pravno sredstvo razlikuje od žalbe koju, po pravilu, podnose nezadovoljne stranke u postupku (Lenaerts et al., 2006: 472).

Predlog za preispitivanje prvi opšti pravobranilac mora podneti u roku od mesec dana od datuma objavljivanja odluke Opšteg suda, dok Sud pravde u daljem roku od mesec dana od prijema predloga odlučuje da li treba preispitati

²² Čl. 257, stav 3. UFEU.

²³ Čl. 11. Aneksa I.

²⁴ Čl. 137–143 Poslovníka Opšteg suda (dalje: Poslovník OS), *Off. Journal EU*, L 92/2010; poslednja izmena: *Off. Journal EU*, L 173/2013.

²⁵ Čl. 13. Aneksa I.

²⁶ Čl. 256, stav 2. UFEU.

ovu odluku. Tom prilikom Sud odlučuje u hitnom postupku na osnovu spisa koje mu je dostavio Opšti sud. Predlozi za preispitivanje i odluke da se pokrene postupak preispitivanja nemaju suspenzivno dejstvo.²⁷

Sud pravde odluku o preispitivanju odluke Opšteg suda donosi na predlog sudije izvestioca. U toj odluci navode se samo ona pitanja koja su predmet preispitivanja. Ukoliko Sud pravde utvrdi da odluka Opšteg suda utiče na jedinstvo ili usklađenost prava Unije, predmet se vraća ovom sudu. Tada je Opšti sud vezan odlukom Suda o pravnim pitanjima. U slučaju potrebe, Sud može navesti koja se dejstva odluke Opšteg suda imaju smatrati konačnim za strane u sporu. Međutim, Sud pravde može sam doneti konačnu odluku ako ishod postupka očigledno proizilazi iz činjeničnog stanja na kome se zasniva odluka Opšteg suda. Kada se utvrdi da odluka Opšteg suda utiče na jedinstvo i usklađenost prava Unije, odluka Suda o pitanju koje je podvrgnuto preispitivanju zamenjuje odluku Opšteg suda²⁸.

3. Drugi pravni lekovi

Iako nema prava žalbe na odluke Suda pravde, postoje drugi pravni lekovi koji se mogu podneti Sudu upravo povodom njegovih konačnih presuda, a čiji je značaj pre teorijski nego praktični. Pored toga, protiv konačnih odluka Opšteg suda i Službeničkog tribuna predviđeni su, takođe, pravni lekovi o kojima odlučuju isti ovi sudovi. Prema slovu sudskih poslovnika, neki od njih su kvalifikovani kao vanredna pravna sredstva, dok drugi imaju izuzetan i procesni karakter. U prvu kategoriju spadaju prigovor trećeg koji nije bio strana u sporu protiv presude i zahtev za reviziju presude. Druga grupa pravnih lekova obuhvata prigovor tuženog protiv presude zbog izostanka i zahteve strana u sporu za tumačenje, ispravku i dopunu presude.

3.1. Prigovor trećeg protiv presude

Prvo sredstvo koje po tekstu poslovnika ima karakter vanrednog pravnog leka je postupak po prigovoru trećeg lica koje nije učestvovalo u postupku (third party proceedings; tierce opposition), a koja smatra da je presuda doneta na

²⁷ Čl. 62–62.b Statuta.

²⁸ Čl. 62,a i 62,b Statuta.

štetu njegovih prava, odnosno da ih prejudicira. Ovaj pravni lek ima dosta sličnosti sa tužbom glavnog mešanja koja postoji u nacionalnim procesnim pravima (Čavoški, Knežević-Bojović, Popović, 2006: 59).

U ulozi trećeg može se pojaviti fizičko i pravno lice, organ Unije ili država članica. Da bi moglo da podnese prigovor, treći mora da dokaže štetan uticaj presude na njegova prava, kao i da navede razloge zbog kojih nije učestvovao u osnovnom postupku.²⁹ Budući da se ovim prigovorom dovodi u pitanje autoritet već donete presude, proceduralne zahteve za njegovo podnošenje treba ceniti strogo (Vukadinović, 1991: 94).

Prvi uslov koji se odnosi na prejudicijelni uticaj presude zadovoljen je ako je ona štetna po prava trećeg lica. Sama šteta može biti materijalne ili moralne prirode.³⁰ Sud smatra da za podnošenje prigovora nije dovoljno da treći ima samo legitimni interes koji treba zaštititi.³¹ Uz to, potrebno je da prava trećeg lica budu dovedena u pitanje dispozitivom presude koja se osporava ili razlozima koji su navedeni u njenom obrazloženju.

Drugi uslov tiče se razloga kojima treće lice opravdava svoje neučestvo-vanje u postupku u kome je doneta osporena odluka. Ispunjenost ovog uslova Sud ceni u svakom konkretnom slučaju vodeći računa o dužnom stepenu pažnje koju je treći morao da ispolji u vezi sa obaveštenjem o pokretanju postupka koje se objavljuje u Službenom listu EU.³² Zato podnosilac prigovora mora navesti uverljive razloge zbog kojih nije bio u stanju da učestvuje u osnovnom postupku u svojstvu umešača.³³

Postupak po prigovoru se pokreće zahtevom u istom obliku kao i tužba kod uobičajene procedure. Prigovor se podnosi protiv svih stranaka u postupku iz koga proističe osporena presuda. Rok za pokretanje postupka je dva meseca od dana objavljivanja presude u Službenom listu Unije.

²⁹ Čl. 42, Statuta.

³⁰ Joined Cases 9 and 12/60 *Belgium v Vloeberghs and High Authority* (1962).

³¹ Case 292/84TO *Bolognese and Others v Scharf and Commission* (1987).

³² Case T-35/89TO 1 *Ascasibar Zubizarreta and Others v Albani* (1992).

³³ Joined Cases 42 and 59/59 *Breadbrand v Société des Aciéries du Temple and Others* (1962).

Dok traje postupak po prigovoru trećeg, Sud može na zahtev tog lica obustaviti izvršenje osporene presude ili odrediti druge odgovarajuće privremene mere.³⁴ Ukoliko je pak istovremeno sa prigovorom trećeg lica kojim se osporava presuda Opšteg suda ili Službeničkog tribunala podneta žalba protiv iste presude, ovaj sud, odnosno Tribunal može posle saslušanja stranaka odlučiti da zastane sa postupkom po prigovoru dok viši sud ne donese presudu po žalbi.³⁵

U slučaju da prihvati prigovor, Sud će novom presudom izmeniti presudu u onim tačkama u kojima je usvojio zahteve trećeg lica. Original preinačene presude priključuje se izvorniku prvobitne presude i na njoj se o tome sastavlja odgovarajuća beleška.³⁶

3.2. Revizija

Drugo pravno sredstvo koje je u sudskim poslovnica izričito predviđeno kao vanredni pravni lek je zahtev za reviziju presudu. Može se podneti samo ako se otkrije nova činjenica od odlučujućeg značaja koja u vreme donošenja presude nije bila poznata ni Sudu ni stranci koja traži obnovu postupka.³⁷ Revizija nije zamišljena kao zamena za žalbu, već predstavlja vanredno pravno sredstvo koje omogućava stranama u osnovnom sporu da dovedu u pitanje autoritet konačne odluke i presuđene stvari (res judicata) pod strogim uslovima.

Pre svega, neznanje podnosioca zahteva da postoji određena činjenica ne sme biti posledica njegove nemarnosti. Sud stoji na stanovištu da otkrivanje novog dokumenta ili nepoznavanje njegove sadržine ne predstavlja novu činjenicu ukoliko je stranka koja traži reviziju mogla ili morala da zna da on postoji ili da se sa njim upozna³⁸ Pored toga, potrebno je da ta činjenica već postojala u vreme donošenja presude bez obzira što je ona bila nepoznata strankama i

³⁴ Čl. 157. Poslovnika SP; čl. 123. Poslovnika OS; čl. 117. Poslovnika Službeničkog tribunala (dalje: Poslovnik ST), *Off. Journal EU*, L 225/2007; poslednja izmena: *Off. Journal EU*, L 162/2011.

³⁵ Čl. 123, stav 4. Poslovnika OS; Čl. 117, stav 4. Poslovnika ST.

³⁶ Čl. 157, stavovi 5. i 6. Poslovnika SP; Čl. 123, stav 3. Poslovnika OS; Čl. 117, stav 3. Poslovnika ST.

³⁷ Čl. 44. Statuta.

³⁸ Case 56/70Rev. *Mandelli v Commission* (1971).

Sudu.³⁹ Kasnija sudska praksa ne može se smatrati novom činjenicom koja opravdava zahtev za reviziju presude.⁴⁰

Novootkrivena činjenica mora biti takve prirode da bi odlučujuće uticala na presudu. Praktično to znači da bi Sud doneo suštinski drugačiju odluku da mu je ova činjenica bila predočena u vreme izricanja presude. Sa stanovišta ovog uslova od značaja je potencijalni uticaj nove činjenice na dispozitiv presude, ali ne i na odluku o troškovima ili merama radi njenog izvršenja.⁴¹ Isto tako, Sud smatra da taj uslov za reviziju neće biti ispunjen ukoliko je nova činjenica relevantna samo u pogledu dopunskih razloga za donošenje osporene presude.⁴²

Zahtev za reviziju podnosi se u roku od tri meseca od dana kada je podnosilac saznao za činjenicu na kojoj zaniva svoj zahtev za reviziju (subjektivni rok). Po proteku deset godina od dana donošenja presude ne može se zahtevati obnova postupka (objektivni rok).⁴³ Pravo da traže reviziju imaju stranke u postupku koji je okončan presudom. Pored njih, isto pravo dato je umešačima nezavisno od toga da li je strana kojoj su se pridružili tražila reviziju presude.

Revizija se podnosi u istom obliku kao i tužba. Zahtev za reviziju se podnosi protiv svih stranaka na koje se odnosi presuda doneta u postupku čija se obnova traži.⁴⁴ Postupak po zahtevu za reviziju ima dve faze (Schermers et al., 2001: 748–749). Kada se zahtev podnese, Sud ili Tribunal prvo odlučuju o dopuštenosti revizije na zatvorenoj sednici uzimajući u obzir mišljenja stranaka dostavljena u pismenom obliku. Sud pravde i Opšti sud pre donošenja odluke moraju da saslušaju i mišljenje opšteg pravobranioca.⁴⁵

Ako usvoji pozitivnu odluku, koja se takođe donosi u obliku presude, Sud u drugoj fazi prelazi na meritorno odlučivanje. Ukoliko je pak istovremeno sa zahtevom za reviziju protiv presude Opšteg suda ili Službeničkog tribunala

³⁹ Case C-130/91Rev.II *ISAE/VP and Interdata v Commission* (1996).

⁴⁰ Case C-403/85Rev. *Ferrandi v Commission* (1991); Case T-4/89 Rev. *BASF v Commission* (1992).

⁴¹ Case 235/82Rev. *Ferriere San Carlo v Commission* (1986).

⁴² Case 40/71 *Richez-Parise v Commission* (1972); Case T-106/89Rev. *Norsk Hydro v Commission* (1994).

⁴³ Čl. 44, stav 3. Statuta.

⁴⁴ Čl.159 Poslovnika SP; čl.125–126 Poslovnika OS; čl. 119. Poslovnika ST.

podneta žalba, ovaj sud, odnosno Tribunal može posle saslušanja stranaka odlučiti da zastane sa postupkom revizije dok viši sud ne donese presudu po žalbi.⁴⁶ Posle sprovedenog postupka donosi se nova presuda koja se priključuje izvorniku osporene presude. Na marginu te presude mora se staviti beleška da je doneta presuda po zahtevu za reviziju.⁴⁷

3.3. Prigovor tuženog protiv presude zbog izostanka

Prigovor protiv presude zbog izostanka podnosi se u roku od mesec dana od dana prijema presude. Ulaganjem prigovora tuženi zapravo traži od Suda ili Tribunala da ukine donetu presudu. Prigovor se podnosi u istom obliku kao i tužba u redovnom postupku. Po prijemu prigovora predsednik veća određuje rok u kome suprotna strana može da podnese svoje pismene primedbe.⁴⁸

Dalji postupak po prigovoru odvija se u skladu sa pravilima koja regulišu tok postupka po direktnim tužbama nakon okončanja inicijalne faze u okviru njegovog pismenog dela. To praktično znači da Sud ili Tribunal mogu odlučiti da se sprovede pripremno istraživanje radi prikupljanja činjenične i pravne građe i izvođenja dokaza, kao da se održi usmena rasprava.

Nakon toga, Sud ili Tribunal o prigovoru odlučuju presudom protiv koje nije dopušten prigovor. Ukoliko je prigovor tuženog odbijen presuda zbog izostanka ostaje na snazi. U suprotnom donosi se presuda kojom se ukida presuda zbog izostanka.⁴⁹ Original ove presude dodaje se izvornoj presudi donetoj zbog izostanka. Na marginu te presude stavlja se beleška o presudi donetoj povodom prigovora tuženika.

⁴⁵ Čl. 159, stav 5. Poslovnika SP; Čl. 127, stav 2. Poslovnika OS.

⁴⁶ Čl. 128. Poslovnika OS; Čl. 119, stav 4. Poslovnika ST.

⁴⁷ Čl. 159, stav 7. Poslovnika SP; Čl. 127, stav 4. Poslovnika OS; Čl. 119, stav 3. Poslovnika ST.

⁴⁸ Čl. 41. Statuta; čl. 152. Poslovnika SP; čl. 122. Poslovnika OS; čl. 116. Poslovnika ST.

⁴⁹ Case C-172/97OP *SIVU v Commission* (2001); Case T-85/94OPPO *Commission v Branco* (1995).

3.4. Tumačenje, ispravka i dopuna presude

Posebno pravno sredstvo procesnog karaktera predstavlja zahtev za tumačenje presude. Ovaj zahtev podnosi se ukoliko nije jasan smisao ili domašaj donete presude ili eventualno nekog rešenja. Smatra se dovoljnim da u tom pogledu između strana postoje različita mišljenja.⁵⁰ Zahtev za tumačenje ograničen je na utvrđivanje tačnog značenja ili domašaja presude. Pitanja koja nisu rešena presudom ne mogu biti predmet ovog zahteva. Tako se, recimo, od Suda ne može tražiti da tumači uticaj presude ne druge slučajeve ili sadržinu mera koje su potrebne da bi ona proizvela dejstvo.⁵¹

Pravo da podnesu zahtev za tumačenje imaju strane u sporu koji je okončan presudom. Isto pravo imaju umešači nezavisno od stava stranke u postupku kojoj su se pridružili. Organi Unije mogu da podnesu zahtev za tumačenje čak i u slučaju da sami nisu učestvovali u postupku, ako dokažu opravdan interes za tumačenje značenja i domašaja presude.⁵² U slučaju više paralelnih postupaka zasnovanih na istim tužbenim zahtevima u kojima se presuda u jednom sporu poziva na prethodno donetu presudu, Sud je sve strane u ovim sporovima smatrao ovlašćenim da zatraže tumačenje presude čak iako nisu stranke u konkretnom postupku⁵³.

Zahtev za tumačenje se može odnositi samo na dispozitiv presude ili njeno obrazloženje. Od Suda se ne može tražiti da tumači sporedna pitanja kojima se samo dopunjavaju ili objašnjavaju osnovni razlozi za donošenje presude. Zahtev se podnosi u istom obliku kao i tužba. Zahtev se podnosi protiv svih strana u postupku u kome je doneta presuda čije se tumačenje traži (nužni suparničari).

Tumačenje presude Suda pravde može se tražiti u roku od dve godine od dana objavljivanja presude ili dostavljanja rešenja.⁵⁴ Međutim, poslovnicima Opšteg suda i Službeničkog tribunala nije propisan poseban rok u kome se zahtev za

⁵⁰ Case 5/55 *Assider v High Authority* (1954–1956).

⁵¹ Case 70/63 *High Authority v Cllotti and Court of Justice* (1965); Case 9/81 *Interpretation Court of Auditors v Williams* (1983); Joined Cases 146 and 431/85 *Interpretation Maindiaux and Others v ESC* (1988).

⁵² Čl. 43. Statuta.

⁵³ Case 5/55 *Assider v High Authority* (1954–1956).

⁵⁴ Čl. 158. Poslovnika SP.

tumačenje njihovih presuda mora podneti. Ukoliko je pak istovremeno sa zahtevom za tumačenje protiv presude Opšteg suda ili Službeničkog tribunala podneta žalba, ovaj sud, odnosno Tribunal može posle saslušanja stranaka odlučiti da zastane sa postupkom tumačenja dok viši sud ne donese presudu po žalbi.

Pre donošenja odluke strankama se mora omogućiti da podnesu svoja mišljenja o zahtevu za tumačenje, dok će Sud pravde prethodno saslušati mišljenje opšteg pravobranioca. Odluku o tumačenju Sud ili Tribunal donosi u formi presude (interpretativna presuda). Ona se prilaže originalu presude čije se tumačenje tražilo i na njoj se o tome sačinjava odgovarajuća beleška.⁵⁵

Drugo procesno pravno sredstvo koje se može koristiti pred istim sudom koji je doneo odluku je ispravka njegove presude. Ispravka je moguća samo ukoliko presuda sadrži greške u pisanju, računanju ili druge očigledne omaške. Presudu ispravlja Sud ili Tribunal na sopstvenu inicijativu ili na zahtev stranaka, uključujući i umešače. Rok za traženje ispravke je kraći i iznosi dve nedelje od donošenja presude ili dostavljanja rešenja. Original rešenja o ispravci prilaže se izvorniku ispravljene presude. Beleška o tom rešenju stavlja se na marginu izvornika presude koja je ispravljena.⁵⁶

Dopuna presude predstavlja poslednje pravno sredstvo koje se ponekad smatra samo posebnim oblikom zahteva za ispravku presude (Schermer et al., 2001: 744). Ona se traži u slučaju kada je Sud ili Tribunal propustio da odluči o određenom delu zahteva ili o troškovima postupka. U tom slučaju svaka strana može u roku od mesec dana od datuma dostavljanja presude zatražiti da Sud ili Tribunal dopuni presudu.

Prilikom dopune presude sprovodi se isti postupak kao i za njenu ispravku. Zahtev za dopunu presude dostavlja se drugoj strani i predsednik određuje rok u kome ona može podneti svoje pismene primedbe. Posle dostavljanja pismenih primedaba, Sud ili Tribunal odlučuju istovremeno o dopuštenosti i osnovanosti zahteva za dopunu presude. Pre donošenja takve odluke Sud pravde ima obavezu da sasluša mišljenje opšteg pravobranioca.⁵⁷

⁵⁵ Čl. 129. Poslovnika OS; čl. 118. Poslovnika ST.

⁵⁶ Čl. 154. Poslovnika SP; čl. 84. Poslovnika OS; čl. 84. Poslovnika ST.

⁵⁷ Čl. 155. Poslovnika SP; čl. 85. Poslovnika OS; čl. 85. Poslovnika ST.

Literatura

Blumann, C., Dubouis L. (2010). *Droit institutionnel de l'Union européenne*. Paris: Lexis Nexis Litec

Case 5/55 *Assider v High Authority* (1954–1956) ECR 175

Case 70/63 *High Authority v Cllotti and Court of Justice* (1965) ECR 275

Case 56/70 Rev. *Mandelli v Commission* (1971) ECR 1

Case 40/71 *Richez-Parise v Commission* (1972) ECR 73

Case 9/81 *Interpretation Court of Auditors v Williams* (1983) ECR 2859

Case 235/82 Rev. *Ferriere San Carlo v Commission* (1986) ECR 1799

Case 292/84 TO *Bolognese and Others v Scharf and Commission* (1987) ECR 3563

Case C-403/85 Rev. *Ferrandi v Commission* (1991) ECR I-1215

Case T-4/89 Rev. *BASF v Commission* (1992) ECR II-1523

Case T-35/89 TO 1 *Ascasibar Zubizarreta and Others v Albani* (1992) ECR II-1599

Case T-106/89 Rev. *Norsk Hydro v Commission* (1994) ECR II-419

Case C-130/91 Rev. II *ISAE/VP and Interdata v Commission* (1996) ECR I-65

Case C-136/92 P *Commission v Brazzelli Lualdi and Others* (1994) ECR I-1981

Case C-244/92 P *Kupka-Floridi v Economic and Social Committee* (1993) ECR I-2041

Case C-19/93 P *Rendo* (1995) ECR I-3319

Case C-310/93 P *BPB Industries and British Gypsum v Commission* (1995) ECR I-865

Case T-85/94 O PPO *Commission v Branco* (1995) ECR II-2993

Case C-325/94 P *An Taisce and WWF UK v Commission* (1996) ECR I-3727

Case C-19/95 P *San Marco v Commission* (1996) ECR I-4435

Case C-31/95 P *Del Plato v Commission* (1996) ECR I-1443

Case C-173/95 P *Hogan v Court of Justice* (1995) ECR I-4905

Case C-278/95 P *Siemens v Commission* (1997) ECR I-2507

Case C-259/96 P *Council v De Nil and Impens* (1998) ECR I-2915

Case C-172/97OP *SIVU v Commission* (2001) ECR I-6699

Case C-111/99P *Lech-Stahlwerke* (2001) ECR-I-727

Case C-154/99P *Politi v European Training Foundation* (2000) ECR I-5019

Case C-197/99P *Belgium v. Commission* (2003) ECR I-8461

Case C-39/00P *SGA v Court of Justice* (2000) ECR I-11201

Consolidated version of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union. *Official Journal of the European Union* C 326 (26 October 2012)

Consolidated version of the Statute of the Court of Justice of the European Union. *Official Journal of the European Union*. L 228 (23 August 2012)

Consolidated version of the Rules of Procedure of the Court of Justice, *Official Journal of the European Union*. L 265 (29 September 2012)

Čavoški, A., Knežević-Bojović, A., Popović, D. (2006). *Evropski sud pravde*. Beograd: Institut za uporedno pravo

Joined Cases 42 and 59/59 *Breadbrand v Société des Aciéries du Temple and Others* (1962) ECR 145

Joined Cases 9 and 12/60 *Belgium v Vloeberghs and High Authority* (1962) ECR 171

Joined Cases 146 and 431/85 *Interpretation Maindiaux and Others v ESC* (1988) ECR 2003

Joined Cases C-2/01P and C-3/01P *BAI and Commission* (2004) ECR I-23

Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I. (2006). *Procedural Law of the European Union*. London: Sweet & Maxwell

Manin, Ph. (2005). *L'Union européenne: institutions – ordre juridique – contentieux*. Paris: Pedone

Meškić, Z., Samardžić, D. (2012). *Pravo Evropske unije I*. Sarajevo: TDP, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

Misita, N. (2009). *Evropska unija: institucije*. Sarajevo: Revicon

Radivojević, Z. (2009). Organizacija pravosudnog sistema Evropske unije prema Lisabonskom ugovoru. *Izazovi evropskih integracija*. 4. 117-129.

Radivojević, Z., Knežević-Predić, V. (2008). *Institucije Evropske unije*. Niš: Sven

Rideau, J., Picod, F. (1995). Le pourvoi sur les questions de droit. *Revue du Marché Commun et de l'Union européenne*. 4. 584–601

Rules of Procedure of the General Court. *Official Journal of the European Union*. L 92 (13 April 2010)

Rules of Procedure of the European Union Civil Service Tribunal. *Official Journal of the European Union*. L 225 (29 August 2007)

Schermers, H.G., Waelbroek, D.F. (2001). *Judicial Protection in the European Union*. The Hague/London/New York: Kluwer Law International

Vukadinović, R. (1991). *Evropska ekonomska zajednica*. Beograd: Nova

Zoran Radivojević, LL.D

Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Vesna Knežević-Predić, LL.D

Full Professor,
Faculty of Political Sciences, University of Belgrade

**Legal Remedies in the Proceedings Before the
Court of Justice of the European Union**

Summary

Legal remedies applied in the proceedings before the Court of Justice of the European Union have some distinctive features as compared to the legal remedies used in the national judicial systems. At first, the communitarian justice system originally did not envisage the possibility of filing an appeal with this Court as a regular legal remedy but there were other remedies that could be pursued in respect of the judgments issued by the Court.

After the establishment of the Court of First Instance, the Procedural Law of the European Union introduced the possibility of filing an appeal

with the Court of Justice against the judgments of the Court of First Instance. Later, the Court of First Instance became competent to decide on appeals against the judgments rendered by the judicial panels, which were established in the meantime. The Court of First Instance and judicial panels reserved the possibility of using other legal remedies against the final decisions rendered by these judicial authorities. In this respect, the Lisbon Treaty did not bring any significant changes, except that the Court of First Instance was renamed into the General Court whereas the judicial panels were designated as specialized courts.

Taking into account the system of legal remedies recognized by the Procedural Law of the European Union, the first part of the paper deals with appeals as a regular legal instrument for bringing the case before a higher instance court which is to review the judgment of a lower instance court, including appeals against the decisions of the General Court and specialized courts. In the second part of the paper, the authors focus on the legal remedies which are awarded by the same court that issued the judgment. This category includes the application of a third party and revision, which may be considered as extraordinary legal remedies, as well as the objection against the judgment by default, judgment interpretation, judgment rectification and supplementing the judgment, which are considered to be extraordinary procedural remedies.

Keywords: legal remedy, appeal, review, revision, third-party application, default judgment, judgment interpretation, judgment rectification, supplementing the judgment.

Dr Nebojša Raičević,*
Vanredni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

NAUČNI ČLANAK

UDK: 341.645(4-672EU)

Rad primljen: 01.09.2014.
Rad prihvaćen: 01.12.2014.

DEJSTVO ODLUKE EVROPSKOG SUDA PRAVDE O PRETHODNOM PITANJU**

Apstrakt: Interpretativna presuda Suda pravde je obavezna za nacionalni sud koji je postavio prethodno pitanje, kao i za sudove nadležne da u glavnom predmetu odlučuju po pravnim lekovima. Kada je u pitanju dejstvo interpretativne presude na ostale nacionalne sudove, tu još uvek postoje izvesna neslaganja. Presude kojima se tumači pravo EU, po pravilu, imaju retroaktivno dejstvo, s tim što Sud pravde to dejstvo može ograničiti samo na buduće situacije. I presuda o oceni valjanosti akata doneta u prethodnom postupku vezuje nacionalni sud koji je postavio pitanje, kao i sudove koji odlučuju po pravnim lekovima. Toj presudi se ne osporava ni erga omnes dejstvo. Presuda o oceni valjanosti, takođe, ima retroaktivno dejstvo koje iz opravdanih razloga može biti ograničeno.

Ključne reči: Sud pravde, prethodno pitanje, nacionalni sudovi, dejstvo presude u glavnom postupku, dejstvo presude erga omnes, vremensko dejstvo presude.

1. Uvod

Pravo Evropske unije primenjuju sudovi te organizacije, ali i svi nacionalni sudovi država članica. Zapravo, nacionalni sudovi su primarni zaštitnici pravnog poretka Evropske unije. Kako bi im se olakšalo vršenje te funkcije, osnivački ugovori su ovlastili nacionalne sudove da od sudskih organa EU traže pomoć prilikom primene prava EU. Ta saradnja nacionalnih sudova i sudskih

*raicko@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu: „Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu u periodu 2013–2018 godine.

organa EU odvija se kroz postupak odlučivanja o prethodnim pitanjima, tj. prethodni postupak (eng. *preliminary ruling procedure*).

Postupak odlučivanja o prethodnim pitanjima inicijalno je bio predviđen čl. 177. (koji je kasnije postao čl. 234) Ugovora o osnivanju EEZ.¹ Danas je ta nadležnost Suda pravde regulisana čl. 267. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (UFEU). Iako postoji više od šest decenija, postupak odlučivanja o prethodnim pitanjima nije bitnije menjan. U suštini, on omogućava sudovima država članica da prilikom primene prava EU zatraže od Suda pravde pomoć oko tumačenja tog prava ili njegovo izjašnjenje o valjanosti nekog akta usvojenog od strane evropskih institucija.

Ukoliko nacionalni sud ima nejasnoće povodom primene i tumačenja prava EU, on će zastati sa postupkom i obratiti se Sudu u Luksemburgu kako bi od njega dobio razjašnjenje tih spornih pravnih pitanja. Prema slovu osnivačkih ugovora, postoje dve vrste prethodnih pitanja: pitanje tumačenja i pitanje valjanosti. Kod prve vrste pitanja, nacionalni sud se obraća Sudu pravde i od njega traži da utvrdi značenje neke odredbe osnivačkog ugovora ili sekundarnog akta. Kada je, pak, u pitanju ocena valjanosti, nacionalni sudovi od Suda u Luksemburgu zahtevaju da oceni pravnu valjanost akta usvojenog od strane institucija ili tela EU.

Vrlo važan problem kod prethodnog postupka jeste utvrđivanje pravnog dejstva presude donete u tom postupku. Prvi segment tog problema tiče se dejstva presude u glavnom postupku u kojem je inicirano prethodno pitanje, drugi se odnosi na učinak te presude na ostale nacionalne sudove, dok se poslednji segment tiče vremenskog dejstva takve presude. U ovom radu se razmatraju sva tri segmenta tog problema, pri čemu se oni sagledavaju posebno za svaku od dve vrste odluka o prethodnom pitanju (tumačenje prava i ocena valjanosti akata).

2. Dejstvo odluke o tumačenju

Ukoliko imaju nedoumice u pogledu značenja neke odredbe prava EU, nacionalni sudovi su ovlašćeni da od Suda pravde zatraže njeno tumačenje.

Prema čl. 267. UFEU, nacionalni sudovi mogu zatražiti tumačenje odredbi osnivačkih ugovora i akata donetih od strane institucija, organa ili tela EU. Odluku o tumačenju Sud pravde donosi, po pravilu, u formi presude (interpretativna presuda). Izuzetno, odluka se donosi u formi obrazloženog rešenja, i to onda ukoliko je pitanje postavljeno u prethodnom postupku identično pitanju o kojem je Sud već odlučivao, kada se odgovor na postavljeno pitanje može jasno izvesti iz postojeće sudske prakse, ili kada ne postoji razumna sumnja o tome kakav će odgovor Suda biti.²

Osnivački ugovori ne sadrže izričita pravila koja regulišu pravno dejstvo odluke donete u prethodnom postupku po zahtevu za tumačenje prava EU. Zato se odgovor o dejstvu te odluke, pre svega, mora potražiti u sudskoj praksi i doktrini.

2.1. Dejstvo u glavnom postupku pred nacionalnim sudom

Interpretativna presuda Suda pravde je obavezna za nacionalni sud koji je uputio prethodno pitanje.³ Obaveznost interpretativne presude u glavnom postupku znači da nacionalni sud mora presuditi glavni spor primenjujući pravo EU na način na koji ga je Sud pravde protumačio. To je i razumljivo, jer spremnost nacionalnog suda da se obrati Sudu pravde podrazumeva i njegovu spremnost da kasnije primeni dobijeno tumačenje (Schermers, Waelbroeck, 2001: 304).

Odlukom o prethodnom pitanju nije obavezan sam sud koji je pitanje uputio, već su njome vezani i svi nacionalni sudovi koji budu odlučivali u kasnijim fazama u tom predmetu (Lenaerts, Arts, Maselis, 2006: 193). To mogu biti sudovi koji odlučuju po žalbi, kada je prethodno pitanje uputio sud koji je odlučivao u prvoj instanci. Takođe, to mogu biti i niži sudovi ukoliko se predmet vraća njima na ponovno odlučivanje, bez obzira da li je prethodno pitanje uputio žalbeni sud ili niži sud na čiju odluku je uložena žalba.

¹ Ta vrsta nadležnosti bila je predviđena i čl. 41. Ugovora o osnivanju Evropske zajednice za uglj i čelik i čl. 150. Ugovora o osnivanju EVROATOM-a.

² Čl. 99. Poslovnika Suda pravde.

³ Case 29/68, Milch-, Fett- und Eierkontor GmbH v. Hauptzollamt Saarbrücken, para. 3; Case 69/85, Wünsche Handelsgesellschaft GmbH & Co. v Federal Republic of Germany, para. 13; Case 52/76, Luigi Benedetti v Munari F.lli s.a.s., para. 26.

Za nacionalne sudove nije obavezna samo izreka presude o tumačenju, već i njeno obrazloženje (Tuomas, 2001: 110). Sud pravde je istakao da operativni deo presude mora biti tumačen u skladu sa relevantnim delovima obrazloženja.⁴

Međutim, činjenica da je nacionalni sud uputio prethodno pitanje i dobio odgovor ne znači da on ima apsolutnu obavezu da primeni pravo EU, čije je tumačenje zatražio. Ukoliko nacionalni sud kasnije (možda baš zahvaljujući odgovoru Suda pravde) dođe do zaključka da treba primeniti unutrašnji propis, a ne pravo EU, on je slobodan da tako i postupi jer o tome koje će pravo primeniti odlučuje samostalno nacionalni sud primenom pravila domaćeg prava.⁵

Takođe, nacionalni sud koji je postavio prethodno pitanje ne mora primeniti interpretativnu presudu Suda pravde ukoliko ima potrebu da postavi novo prethodno pitanje.⁶ U toj situaciji on će ponovo uputiti pitanje Sudu pravde i sačekati njegov novi odgovor. Tu mogućnost mogu koristiti i sudovi koji odlučuju u kasnijim fazama postupka u datom predmetu. Međutim, stranke u glavnom postupku pred nacionalnim sudom nemaju pravo da traže tumačenje presude o prethodnom pitanju ili njenu reviziju.⁷ Dakle, jedino nacionalni sudovi mogu Sudu pravde uputiti novo prethodno pitanje. To će biti opravdano

⁴ Case 135/77, Robert Bosch GmbH v Hauptzollamt Hildesheim, para. 4.

⁵ Case 29-68, Milch-, Fett- und Eierkontor GmbH v Hauptzollamt Saarbrücken, para. 3. Kao primer za situaciju gde je nacionalni sud nakon dobijanja odgovora na postavljeno prethodno pitanje, ipak, odlučio da primeni domaće pravo, možemo navesti ponašanje Kasacionog suda Francuske u predmetu *Vito Inzirillo*. Postupajući po zahtevu Kasacionog suda Francuske, Sud pravde je zaključio da „nacionalno pravo koje u državi članici daje pravo na novčani dodatak hendikepiranim maloletnim osobama državljanima te države članice koji tu imaju prebivalište, primenjuje se takođe i na hendikepiranu maloletnu osobu državljanina druge države članice iako ono nikad nije radila u državi koja je usvojila tu legislativu, ali koja živi u toj državi članici i zavisno je od svog oca koji je tu zapošljen kao radnik u smislu pomenute regulative“ (Regulativa br. 1408-71) - Case 63-76, Vito Inzirillo v Caisse d'allocations familiales de l'arrondissement de Lyon, para. 22. Nakon toga, francuski sud je odlučio da u datoj situaciji nije primenjivo komunitarno pravo, već domaće pravo prema kojem je novčani dodatak za maloletne osobe sa hendikepom pripadao samo francuskim državljanima (Nyikos, 2003: 401).

⁶ Case 29/68, Milch-, Fett- und Eierkontor GmbH v. Hauptzollamt Saarbrücken, para. 3; Case 40/70, Sirena Srl v Eda Srl and others, Order of the Court.

⁷ Case 40/70, Sirena Srl v Eda Srl and others, Order of the Court; Case C-116/96 REV, Reisebüro Binder GmbH, Order of the Court, paras. 8–9;

ukoliko nacionalni sud „naiđe na teškoće u razumevanju ili primeni presude, kada uputi novo pravno pitanje Sudu ili kada uputi nove argumente koji mogu dovesti do toga da Sud da različit odgovor na ranije upućeno pitanje“.⁸

Ukoliko nacionalni sud ne postupi ni na jedan od dva napred navedena načina, već odluči da primeni pravo EU, on to pravo mora primeniti na način interpretiran od strane Suda pravde.

Ukoliko ne postupi u skladu sa interpretativnom presudom Suda pravde, to može biti razlog za ukidanje ili preinačenje odluke nacionalnog suda u postupku po internim pravnim lekovima. Pored toga, takav postupak nacionalnog suda predstavlja i povredu prava EU, što može dovesti do pokretanja postupka protiv države članice zbog nepoštovanja obaveza (čl. 258–260 UFEU).

2.2. Dejstvo erga omnes

Kao što je napred rečeno, nacionalni sud je obavezan da u predmetu u kojem se postavilo prethodno pitanje postupi u skladu sa tumačenjem sadržanim u presudi Suda pravde. Postavlja se pitanje da li interpretativna presuda vezuje taj i ostale nacionalne sudove i u svim srodnim budućim slučajevima. Sud pravde se do sada o tome nije izričito izjašnjavao, dok je doktrina po tom pitanju podeljena.

Ni u jednoj odluci Suda pravde nije eksplicitno apostrofirano *erga omnes* dejstvo interpretativnih presuda. Ipak, postoje neke njegove presude koje sadrže određena pojašnjenja koja se tiču domašaja tumačenja datih prilikom odlučivanja o prethodnom pitanju. U prvoj od njih, Sud pravde je odbio da pruži traženo tumačenje u vezi sa direktnom primenom čl. 12. Ugovora o EEZ, sa obrazloženjem da se o tom pitanju već izjasnio u ranije vođenom postupku. U obrazloženju te presude, Sud pravde je nacionalni organ koji je postavio prethodno pitanje uputio na taj raniji slučaj.⁹ U predmetu *CILFIT*, Sud pravde je ponovio svoje stanovište iz predmeta *Da Costa*, dodavši da je takvo postupanje naročito opravdano kada je „postavljeno pitanje suštinski identično

⁸ Case C-466/00, *Arben Kaba v Secretary of State for the Home Department*, para. 39.

⁹ Joined cases 28 to 30/62, *Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV v Netherlands Inland Revenue Administration*.

sa pitanjem koje je već bilo predmet prethodnog odlučivanja u sličnom slučaju“. Međutim, Sud iz Luksemburga je sada otišao korak dalje, istakavši da se nacionalni sudovi mogu osloniti na ranija tumačenja, čak i kada je prethodno pitanje postavljeno u drugoj vrsti pravnog postupka, pa i onda kada postavljena pitanja nisu potpuno identična.¹⁰ Međutim, u obe ove presude potvrđeno je da i u takvim situacijama nacionalni sudovi imaju punu slobodu da Sudu pravde upute novo prethodno pitanje.¹¹

Iz navedene sudske prakse može se zaključiti da nacionalni sudovi imaju dve opcije na raspolaganju: da postupe po ranijem tumačenju Suda pravde, ili da mu upute novo prethodno pitanje. Dakle, nacionalni sudovi ne mogu protumačiti pravo EU ni na jedan drugi način osim onako kako ga je protumačio Sud pravde. Ukoliko ne žele da primene ranije tumačenje, oni moraju zatražiti novo tumačenje Suda pravde.

U doktrini su mišljenja podeljena oko *erga omnes* dejstva interpretativnih presuda. Jedna deo doktrine smatra da ove presude nemaju opšte dejstvo, već stvaraju obavezu jedino za nacionalni sud koji je uputio prethodno pitanje. Međutim, broj pristalica takvog shvatanja je sve manji.

Druga grupa teoretičara smatra da presude o tumačenju donete u prethodnom postupku imaju *erga omnes* učinak (Hartley, 1998: 277). Kao jedan od argumenata za takvo shvatanje navodi se deklarativni karakter datog tumačenja. Tumačenje Suda pravde ne ustanovljava nikakvo novo pravilo, već samo pojašnjava kako postojeća pravila treba shvatiti (Lang, 2011: 93). Na taj način tumačenje Suda pravde postaje integralni deo tih pravila, i to od njihovog stupanja na snagu (Lenaerts, Arts, Maselis, 2006: 195; Broberg, Fenger, 2014: 451). Pored toga, navodi se da i jedinstvena primena prava EU, kao cilj prethodnog postupka, potvrđuje tezu o *erga omnes* dejstvu interpretativnih presuda. Da bi se taj cilj postigao, tumačenje prava EU dato u prethodnom postupku mora imati opšte dejstvo i vezivati sve sudove koji primenjuju pravo EU (Lenaerts, Arts, Maselis, 2006: 195–196; Broberg, Fenger, 2014: 452). Mogućnost subjekta koji nisu učesnici u glavnom postupku (države članice,

¹⁰ Case 283/81, Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health, paras. 13–14.

Komisija, Savet, Evropski parlament ili druga tela EU) da u prethodnom postupku iznesu svoja stavove navodi se kao još jedan dokaz da interpretativna presuda treba imati opšte dejstvo, jer mora postojati logična veza između procedure u prethodnom postupku i domašaja presude koja je u tom postupku doneta (Lenaerts, Arts, Maselis, 2006: 195).

U okviru ovog doktrinarnog pravca može se izdvojiti i shvatanje prema kojem interpretativne presude imaju faktičko *erga omnes* dejstvo, koje se može uporediti sa *erga omnes* dejstvom presuda najviših nacionalnih sudova u kontinentalnim pravnim sistemima (Broberg, Fenger, 2014: 452; Dausés, 1986: 574; Meškić, Samardžić, 2012: 451). Iako one nisu formalno pravno obavezujuće za nacionalne sudove, oni ih poštuju imajući u vidu autoritet suda koji ih je doneo i uvažavajući realnost da on od njih neće lako odstupiti. Nacionalni sudovi, po pravilu, uzimaju u obzir ranija tumačenja Suda pravde koja su im putem interpretativnih presuda nametnuta na posredan način i tako postaju sastavni deo principa prava EU (Knežević Predić, Radivojević, 2009: 178).

Čini se da je najprihvatljivije stanovište prema kojem presuda o tumačenju ima faktičko *erga omnes* dejstvo. Nacionalni sudovi ne mogu jednostavno zanemariti ranija tumačenja Suda pravde. Oni moraju postupiti prema ranijoj interpretativnoj presudi ili uputiti novo prethodno pitanje. Nacionalni sudovi su autonomni u oceni da li je prethodno pitanje koje se pred njima pojavilo identično (slično) ranijem prethodnom pitanju ili je pak sasvim novo, pa samim tim imaju i punu slobodu da odluče da će se obratiti Sudu pravde. Time je obaveza nacionalnih sudova da u sličnim slučajevima slede ranije interpretativne presude u određenoj meri devalvirana (Schermers, Waelbroeck, 2001: 305). Ipak, to nikako ne znači da će nacionalni sudovi otkloniti primenu ranijih tumačenja Suda pravde, već je samo odložiti. Iako presude Suda pravde nemaju karakter precedenata, mala je verovatnoća da će on izmeniti svoja ranija shvatanja.

¹¹ Joined cases 28 to 30/62, *Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV v Netherlands Inland Revenue Administration*; Case 283/81, *Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health*, para. 15.

2.3. Vremensko dejstvo

Osnivački ugovori ne sadrže nijedno pravilo koje na eksplicitan način reguliše vremensko dejstvo interpretativnih presuda donetih u prethodnom postupku. Zbog toga je vremensko dejstvo tih presuda razrešeno kroz judikaturu Suda iz Luksemburga.

Praksa Suda pravde po pitanju vremenskog dejstva interpretativnih presuda je nedvosmislena. U većem broju presuda je istaknuto da tumačenje pravila koja Sud daje „objašnjavaju i određuju značenje i domašaj tog pravila onako kako se ono mora ili je moralo biti shvaćeno i primenjeno od momenta njegovog stupanja na snagu. Dakle, protumačeno pravilo može, i mora, biti primenjeno od sudova čak i na odnose koji su nastali i uspostavljeni pre donošenja presude kojom je odgovoreno na zahtev za tumačenje“.¹² Iz ovoga se jasno može zaključiti da tumačenja data u prethodnom postupku imaju retroaktivno dejstvo (*ex tunc*), što znači da se primenjuju na sve situacije nastale nakon usvajanja tumačenog pravila. Dakle, interpretativne presude ne stvaraju obaveze samo za ubuduće (*ex nunc*), već se njihovo dejstvo proširuje i na odnose nastale pre donošenja presude.

Ipak, retroaktivno dejstvo presuda donetih u prethodnom postupku nema apsolutni učinak. Tumačenja prava EU nemaju uticaj na one odluke nacionalnih organa koje su već postale pravosnažne pre usvajanja presude Suda pravde.¹³ Time je u potpunosti očuvano načelo pravne sigurnosti i pravilo *res judicata* kao važna manifestacija tog načela. Ako pak nacionalno pravo dopušta mogućnost da se ponovo pokrene postupak koji je već okončan pravosnažnom odlukom, nacionalni organ je obavezan da to učini ukoliko je ta odluka zasnovana na tumačenju prava EU koje nije u skladu sa tumačenjem datim u interpretativnoj presudi Suda pravde, pod uslovom da se time ne šteti interesima trećih subjekata.¹⁴

¹² Case 24/86, Vincent Blaizot v University of Liège and others, para. 27; Case C-262/96, Sema Sürül v Bundesanstalt für Arbeit, para. 107; Case C-347/00, Ángel Barreira Pérez v Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) and Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), para. 44.

¹³ Case C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV, para. 46; Case C-224/01, Gerhard Köbler v Republik Österreich, para. 38; Case C-234/04, Rosmarie Kapferer v Schlank & Schick GmbH, para. 20.

¹⁴ Case C-453/00, Kühne & Heitz NV v Produktschap voor Pluimvee en Eieren, paras. 25–27.

Pored isključenja dejstva u odnosu na pravosnažno okončane nacionalne postupke, postoji još jedan vid limitiranja retroaktivnog dejstva interpretativnih presuda. Zbog štetnih posledica koje njihovo retroaktivno dejstvo može imati na pojedine subjekte, Sud pravde je u određenim situacijama na *ad hoc* osnovi ograničavao *ex tunc* učinak svojih presuda. Sud je prvi put tako postupio 1976. godine u slučaju *Defrenne*. U tom predmetu stjuardesa Defren se obratila belgijskom sudu zbog toga što je primala manju zaradu od svojih kolega stjuarta. Belgijski sud je uputio prethodno pitanje Sudu pravde kako bi dobio pojašnjenje da li tadašnji čl. 119. Ugovora o EEZ proizvodi direktno dejstvo. Sud pravde je odgovorio pozitivno, što je impliciralo da muškarci i žene treba da primaju istu zaradu za isti rad. S obzirom na to da bi retrokativna primena tog tumačenja nametnula obavezu svim poslodavcima koji su drugačije obračunavali zaradu da svojim radnicama isplate celokupnu zakinutu razliku, Sud pravde je isključio primenu tog tumačenja za period pre usvajanja presude.¹⁵

Ograničenje vremenskog dejstva interpretativne presude može odrediti samo Sud i to istom presudom kojom daje tumačenje. Nacionalni sudovi nisu ovlašćeni da uvode vremenska ograničenja, jer bi to narušilo jednoobraznu primenu prava EU.¹⁶ Ograničenje *ratione temporis* dejstva interpretativne presude ne može izvršiti ni nacionalni zakonodavac (Lenaerts, Arts, Maselis, 2006: 197). Ukoliko nacionalni sud ima nejasnoće oko domašaja vremenskog ograničenja dejstva presude, on može pokrenuti novi prethodni postupak kako bi od Suda pravde dobio pojašnjenje tog domašaja.¹⁷

Treba reći da je ograničenje vremenskog dejstva interpretativnih presuda redak izuzetak u praksi Suda. Takav karakter vremenskog ograničenja Sud je naglasio u većem broju presuda, ističući da „jedino izuzetno, primenjujući opšte načelo pravne sigurnosti ugrađeno u komunitarni pravni poredak, Sud može ograničiti mogućnost svakog zainteresovanog lica da se pozove na odredbu onako kako je ona protumačena radi dovođenja u pitanje pravnog

¹⁵ Case 43/75, Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena.

¹⁶ Joined cases 66, 127 and 128/79, Amministrazione delle Finanze v Srl Meridionale Industria Salumi, Fratelli Vasanelli and Fratelli Ultrocchi, para. 11.

¹⁷ Case C-109/91, Gerardus Cornelis Ten Oever v Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassers- en Schoonmaakbedrijf, paras. 15-20; Case C-110/91, Michael Moroni v Collo GmbH, paras. 27-33.

odnosa uspostavljenog u dobroj veri“.¹⁸ Prilikom odlučivanja o ograničenju vremenskog dejstva presude, Sud pravde je oprezno vagao „praktične posledice“ njene retroaktivne primene i očuvanje „objektivnosti prava“.¹⁹

Čak i u situacijama kada je Sud pravde načelno isključio retroaktivno dejstvo presude, on je dopuštao da se subjekti koji su pre njenog donošenja pokrenuli relevantne nacionalne pravne postupke mogu pozvati na tumačenja sadržana u presudi. Izuzimanje ovih subjekata od vremenskog ograničenja dejstva presude vrši se kako im se ne bi ugrozila zaštita prava zagantovanih pravom EU.²⁰

3. Dejstvo odluke o oceni valjanosti akta

Pretpostavka je da su sekundarni akti usvojeni od strane institucija EU valjani, te ih organi država članica kao takve moraju primenjivati. Ukoliko neki učesnik u postupku pred nacionalnim sudom ospori valjanost sekundarnog akta, taj sud može odbaciti te tvrdnje, tj. utvrditi valjanost osporenog akta, i primeniti ga u tom konkretnom sporu. Međutim, nacionalni sud nikako nema ovlašćenje da samostalno utvrdi nevaljanost nekog sekundarnog akta iz domena prava EU. Ukoliko postoji sumnja u pravnu valjanost nekog akta, nacionalni sud je dužan da se prethodnim pitanjem obrati Sudu pravde i od njega zatraži konačano razrešenje tog problema.²¹ Sud pravde u prethodnom postupku donosi odluku u kojoj daje ocenu valjanosti osporenog akta.

¹⁸ Case 24/86, Vincent Blaizot v University of Liège and others, para. 28; Case C-163/90, Administration des Douanes et Droits Indirects v Léopold Legros and others, para. 30; Case C-415/93, Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA v Jean-Marc Bosman and others and Union des associations européennes de football (UEFA) v Jean-Marc Bosman, para. 142; Case C-228/05, Stradasfalti Srl v Agenzia delle Entrate - Ufficio di Trento, para. 72.

¹⁹ Case 24/86, Vincent Blaizot v University of Liège and others, para. 30; Case C-163/90, Administration des Douanes et Droits Indirects v Léopold Legros and others, para. 30; Case C-228/05, Stradasfalti Srl v Agenzia delle Entrate - Ufficio di Trento, para. 72.

²⁰ Case 43/75, Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, para. 75; Case C-262/96, Sema Sürül v Bundesanstalt für Arbeit, para. 112.

²¹ Taj princip je utvrđen u poznatom slučaju Foto-Frost, kada je Sud pravde istakao da nacionalni sudovi nisu ovlašćeni da samostalno utvrde da je neki akt usvojen od strane EU (EZ) nevaljan; Case 314/85, Foto-Frost v Hauptzollamt Lübeck-Ost, paras. 17–20.

3.1. Dejstvo u glavnom postupku pred nacionalnim sudom

Kada je nacionalni sud zatražio ocenu valjanosti nekog akta, Sud pravde u prethodnom postupku može oceniti da nema razloga da akt proglašeni nevaljanim ili, pak, prihvatiti navedne argumente i akt oceniti kao nevaljan. Za nacionalni sud koji je uputio prethodno pitanje, presuda Suda pravde je i u jednoj i u drugoj situaciji obavezujuća.

U prvoj situaciji, kada smatra da ni jedan od navedenih razloga²² ne dovodi u pitanje valjanost osporavanog akta, Sud pravde u svojoj presudi ne koristi pozitivnu konstataciju da je akt pravno valjan, već, upotrebljava negativnu formulaciju, ističući da tokom preispitivanja on nije našao ništa što bi uticalo na valjanost tog akta.²³ S obzirom na to da nije utvrđena nevaljanost akta, nacionalni sud koji je postavio prethodno pitanje mora u tom konkretnom predmetu ispoštovati takvu odluku Suda i primeniti osporavani akt. I sam Sud pravde je svojim presudama potvrdio takvu obavezu nacionalnih sudova, istakavši da „presuda kojom Sud odlučuje u prethodnom postupku... o valjanosti nekog akta institucije Zajednice... obavezuje nacionalni sud prilikom donošenja odluke u glavnom postupku“.²⁴

Međutim, ukoliko nacionalni sud smatra da postoji još neki razlog za nevaljanost akta izvan onih koje je naveo u svom prethodnom pitanju, on može, pre nego što donese presudu, pokrenuti novi prethodni postupak pred Sudom pravde i novim argumentima osporavati valjanost istog akta. U toj situaciji nacionalni sud neće primeniti prvobitnu presudu Suda pravde, već će

²² Osnivački ugovori niti bilo koji drugi akt ne propisuju da li se Sud pravde prilikom ocene valjanosti akta mora držati isključivo onih razloga koje je naveo nacionalni sud, ili je ovlašćen da po sopstvenoj inicijativi ispita i druge razloge nevaljanosti. U praksi, Sud pravde, uglavnom, ispituje samo razloge navedene od strane nacionalnog suda; (Čapeta, 2011: 69).

²³ Videti presude u sledećim predmetima: Case C-323/88, SA Sermes v Directeur des services des douanes de Strasbourg; Joined Cases C-362/07 and C-363/07, Kip Europe SA and Others and Hewlett Packard International SARL v Administration des douanes - Direction générale des douanes et droits indirects; Case C-14/10, Nickel Institute v Secretary of State for Work and Pensions. Odluka Suda pravde u ovoj situaciji nema posledice *res iudicata* da je ispitivani akt pravno valjan. Upotrebom navedne formulacije, Sud sebi ostavlja otvorena vrata da u nekom novom postupku (koji može pokrenuti čak i isti nacionalni sud) utvrdi nevaljanost tog akta; (Broberg, Fenger, 2014: 449).

sačekati novu ocenu valjanosti. Međutim, mora se naglasiti da nacionalni sud tom prilikom nema pravo da na bilo koji način osporava presudu Suda pravde donetu u prvobitnom prethodnom postupku. U predmetu *Wünsche II* se jasno ističe da „nije dopušteno koristiti pravo upućivanja novog prethodnog pitanja Sudu kao sredstvo osporavanja valjanosti prethodno donete presude, jer bi to dovelo u pitanje podelu nadležnosti između nacionalnih sudova i Suda pravde ustanovljenu čl. 177. Ugovora. ...odluke Suda o prethodnom pitanju ne potpada pod akte institucija Zajednice čija se valjanost može ispitivati u postupku prema članu 177“. ²⁵

I u drugoj situaciji, kada Sud pravde neki akt proglasi nevaljanim, njegova presuda je obavezna za nacionalni sud. On je dužan da prilikom rešavanja spora povodom kojeg se pojavilo prethodno pitanje ne primeni osporavani akt. Treba reći da taj sud (a i svaki drugi nacionalni sud) može pred Sudom pravde pokrenuti novi prethodni postupak „ukoliko se pojave pitanja koja se tiču osnova, domašaja i mogućih posledica ranije utvrđene nevaljanosti“. ²⁶ Naravno, ni u toj situaciji nacionalni sud ne može osporavati samu presudu Suda pravde kojom je akt proglašen nevaljanim, već samo tražiti njeno pojašnjenje. Dakle od Suda pravde se ne može tražiti da akt koji je već proglasio nevaljanim sada novom presudom proglasi valjanim.

Kao i presuda o tumačenju, i presuda Suda pravde o oceni valjanosti akata, vezuje i sve nacionalne sudove koji u tom predmetu postupaju u narednim fazama postupka. Ovo pravilo se primenjuje bez obzira da li je Sud pravde utvrdio valjanost ili nevaljanost osporavanog akta.

²⁴ Case 69/85, *Wünsche Handelsgesellschaft GmbH & Co. v Federal Republic of Germany*, para. 13.

²⁵ Case 69/85, *Wünsche Handelsgesellschaft GmbH & Co. v Federal Republic of Germany*, paras. 15–16.

²⁶ Case C-66/80, *SpA International Chemical Corporation, Rome v. Amministrazione delle Finanze dello Stato*, para. 14. Kao primer za tu situaciju možemo navesti slučaj *Pinna II*, kada je od Suda pravde traženo da pojasni domašaj i posledice ranijeg proglašenja čl. 73.(2) Regulative br. 1408/71 nevaljanim u presudi donetoj u prethodnom postupku u predmetu *Pinna*; Case 359/87, *Pietro Pinna v Caisse d’allocations familiales de la Savoie* i Case 41/84, *Pietro Pinna v Caisse d’allocations familiales de la Savoie*.

3.2. *Dejstvo erga omnes*

Kakvo će biti dejstvo presude o oceni valjanosti akata prema ostalim sudovima, zavisi od ishoda te ocene. To dejstvo se razlikuje u zavisnosti od toga da li je Sud pravde ocenio akt valjanim ili nevaljanim.

Ukoliko je Sud pravde osporavni akt ocenio valjanim, takva presuda je obavezna samo u predmetu pred nacionalnim sudom u kojem je inicirana ocena valjanosti, a ne i u ostalim slučajevima. Nacionalni sudovi u svojim budućim predmetima mogu ponovo postaviti pitanje valjanosti tog akta, navodeći neke druge argumente za njegovu nevaljanost. Sud pravde je prilikom nove ocene valjanosti potpuno slobodan, tako da on sada taj akt može proglasiti i nevaljanim, ukoliko novonavedeni argumenti potkrepljuju takav zaključak.

Kada je u pitanju *erga omnes* dejstvo presude kojom je neki akt ocenjen kao nevaljan, čini se da je tu stav Suda pravde jasan. U predmetu *International Chemical Corporation* on je istakao da „iako je presuda Suda, doneta u postupku prema članu 234 Ugovora o EZ kojom se poništava akt organa Zajednice... upućena neposredno nacionalnom sudu koji je postavio pitanje Sudu pravde, takva presuda je dovoljan razlog za svaki drugi nacionalni sud da te akte smatra ništavim prilikom donošenja svoje presude“.²⁷ Hartli smatra da navedena presuda sadrži u sebi snažan nagoveštaj da je odluka o nevaljanosti obavezujuća i za ostale nacionalne sudove, izuzev ukoliko Sud pravde, postupajući po nekom kasnijem zahtevu, ne ukine odluku o prethodnom pitanju, što je malo verovatno da će se desiti (Hartley, 1998: 393). Ukoliko neki nacionalni sud, ipak, zatraži ocenu valjanosti akta koji u ranijem prethodnom postupku proglašen nevaljanim, Sud pravde odbija da odgovori na takvo prethodno pitanje.²⁸

U pomenutom predmetu, Sud pravde je naveo dva argumenta za apsolutno dejstvo svojih presuda o oceni valjanosti akata.²⁹ Najpre, Sud je takvo dejstvo

²⁷ Case C-66/80, SpA International Chemical Corporation, Rome v. Amministrazione delle Finanze dello Stato, para. 13.

²⁸ C-74/99, The Queen v. Secretary of State for Health and Others (ex parte: Imperial Tobacco Ltd and Others).

²⁹ Case C-66/80, SpA International Chemical Corporation, Rome v. Amministrazione delle Finanze dello Stato, paras. 11–12.

pravdao svrhom prethodnog postupka koja se ogleda u osiguranju jednoobrazne primene prava EU od strane nacionalnih sudova. Ukoliko bi nakon utvrđivanja nevaljanosti nekog akta ostali nacionalni sudovi njega i dalje smatrali pravom koje proizvodi pravne učinke, onda bi pravo EU imalo različite posledice za različite subjekte (Čapeta, 2011: 71). Drugi argument na kojem je Sud bazirao *erga omnes* dejstvo presude jeste poštovanje načela pravne sigurnosti. Ukoliko bi ostali nacionalni sudovi nastavili da primenjuju akt koji je oglašen nevaljanim, to bi dovelo do ozbiljne pravne nesigurnosti.

Iz napred navedenog se može zaključiti da onda, kada Sud pravde u prethodnom postupku oceni da neki pravni akt nije valjan, taj akt više nije primenljiv, što znači da se postiže ista pravna posledica kao i kod poništaja akta (Mathijsen, 2004: 125).

Na kraju, treba pojasniti još jednu situaciju. Ukoliko Sud pravde proglasi neku odredbu prava EU nevaljanom, to ne daje pravo nacionalnim sudovima da samostalno proglase nevaljanom analognu odredbu drugog akta. U predmetu *Schul* holandski sud poslednje instance je upitao Sud pravde da li nacionalni sud može samostalno oglasiti neku odredbu nevaljanom po osnovu analogije sa sličnom odredbom koju je Sud pravde ranije oglasio nevaljanom, ili se za to, ipak, mora obratiti Sudu u Luksemburgu. U tom predmetu se pred holandskim sudom postavilo pitanje na koju cenu treba zaračunati porez za uvoz šećera iz Brazila (da li na CIF uvoznju cenu ili reprezentativnu cenu). Regulative Saveta br. 1785/81 iz 1981. godine i 3290/94 iz 1994. godine propisivale su da se taj porez treba platiti na CIF uvoznju cenu, dok je implementirajuća Regulative Komisije br. 1423/95 iz 1995. godine, pak, predvidela da se uvoznji porez obračunava na reprezentativnu cenu. Sud pravde je isti takav problem već razmatrao u vezi sa načinom obračuna poreza na uvoz živinskog mesa. I u toj oblasti su postojale regulative Saveta i Komisije koje su sadržale istovetna pravila kao i regulative koje su regulisale uvoz šećera. Rešavajući prethodno pitanje, Sud pravde je proglasio odredbe o načinu obračuna poreza za uvoz živinskog mesa sadržane u implementirajućoj regulativi Komisije nevaljanim.³⁰ Zbog toga je holandski sud koji je odlučivao o načinu oporezivanja uvoznog

³⁰ Case C-317/99, *Kloosterboer Rotterdam BV v Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*.

šećera zatražio mišljenje da li on, po analogiji, može odbiti da primeni odredbe Regulativa br. 1423/95 o načinu obračuna poreza na uvezeni šećer. Međutim, Sud pravde je istakao da zbog jednoobrazne primene komunitarnog prava i poštovanja načela pravne sigurnosti samo on može proglasiti komunitarne akte nevaljanim, uprkos činjenici da bi ta procedura pred nacionalnim sudovima bila kraća.³¹

3.3. Vremensko dejstvo

Zahvaljujući Sudu pravde, postoje prilično jasna pravila o vremenskom dejstvu presude o oceni valjanosti akata. Sud je ta pravila izložio u presudi donetoj u predmetu *Roquette Frères SA* iz 1994. godine.³² Pošto su ta pravila skoro identična onima koja se primenjuju kod vremenskog dejstva interpretativnih presuda, ona neće biti ponavljana na ovom mestu.

Iz dosadašnje prakse Sud pravde može se primetiti da je lakše pribegavao isključenju retroaktivnog dejstva presuda o oceni valjanosti akata, nego što je to činio kod presuda o tumačenju. Razlog za to je činjenica što su se subjekti legitimno uzdali u važeće pravne norme (Steiner, Woods, 2003: 571), pa je Sud nastojao da održi na snazi odnose koji su proizašli iz tih pravnih normi koje su tek kasnije proglašene nevaljanim.

4. Zaključak

Prethodni postupak predstavlja vrlo važan instrument u procesu primene prava EU. Presude Suda pravde donete prilikom rešavanja prethodnih pitanja predstavljaju dragocenu pomoć nacionalnim sudovima za pravilnu primenu prava EU. Osnivački ugovori, kao ni opšti akti koji uređuju funkcionisanje Suda pravde, ne sadrže pravila koja regulišu dejstvo presuda donetih u prethodnom postupku. Sud pravde je svojom praksom izgradio neka pravila koja uređuju dejstvo presuda donetih u prethodnom postupku. Ta pravila omogućavaju sprovođenje donetih presuda, ali još uvek postoje određene dileme, naročito u pogledu *erga omnes* dejstva presuda.

³¹ Case C-461/03, *Gaston Schul Douane-expediteur BV v Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, paras. 15-25.

³² Case C-228/92, *Roquette Frères SA v Hauptzollamt Geldern*, paras. 17-30.

Zbog dalekosežnih praktičnih posledica koje odluke donete u prethodnom postupku imaju za funkcionisanje pravnog poretka EU, čini se da je pitanje njihovog dejstva trebalo regulisati osnivačkim ugovorima, ili makar internim aktima Suda pravde. Možda je u početnim decenijama funkcionisanja ovog mehanizma bilo teško opštim aktima stvoriti precizna i trajna pravila o dejstvu presuda donetih u prethodnom postupku. Zbog toga je razumljivo što je u tom periodu ostavljeno Sudu pravde da samostalno izgradi ta pravila, jer je to fleksibilniji način koji je više odgovarao tom periodu. Međutim, malo iznenađuje što nijedna od brojnih reformi osnivačkih ugovora i internih akata Suda pravde, naročito one najnovije, nije posvetila pažnju regulisanju dejstva odluka donetih u prethodnom postupku. Čini se da to pitanje zaslužuje da bude obuhvaćeno budućim reformama pomenutih opštih akata.

Literatura

Broberg M., Fenger N. (2014). *Preliminary References to the European Court of Justice*. Oxford: Oxford University Press

Case 135/77, Robert Bosch GmbH v Hauptzollamt Hildesheim, ECR [1978], p. I-855

Case 24/86, Vincent Blazot v University of Liège and others, ECR [1988], p. I-379

Case 283/81, Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health, ECR [1982], p. I-3415

Case 29/68, Milch-, Fett- und Eierkontor GmbH v Hauptzollamt Saarbrücken, ECR [1969], p. I-165

Case 314/85, Foto-Frost v Hauptzollamt Lübeck-Ost, ECR [1987], p. I-4199

Case 359/87, Pietro Pinna v Caisse d'allocations familiales de la Savoie, ECR [1989], p. I-585

Case 40/70, Sirena Srl v Eda Srl and others, Order of 18 October 1979, ECR [1979], p. I-3169

Case 41/84, Pietro Pinna v Caisse d'allocations familiales de la Savoie, ECR [1986], p. I-1

Case 43/75, Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, ECR [1976], I-455

Case 52-76, Luigi Benedetti v Munari F.lli s.a.s., ECR [1977], p. I-163

Case 63-76, Vito Inzirillo v Caisse d'allocations familiales de l'arrondissement de Lyon, ECR [1976], p. I-2057

Case 69/85, Wünsche Handelsgesellschaft GmbH & Co. v Federal Republic of Germany, ECR [1986], p. I-947

Case C-109/91, Gerardus Cornelis Ten Oever v Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassers- en Schoonmaakbedrijf, ECR [1993], p. I-4879

Case C-110/91, Michael Moroni v Collo GmbH, ECR [1993], p. I-6591

Case C-116/96 REV, Reisebüro Binder GmbH, Order of 28 April 1998, ECR [1998], p. I-1889

Case C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV, ECR [1999], p. I-3055

Case C-14/10, Nickel Institute v Secretary of State for Work and Pensions, ECR [2011], p. I-6609

Case C-163/90, Administration des Douanes et Droits Indirects v Léopold Legros and others, ECR [1992], p. I-4625

Case C-224/01, Gerhard Köbler v Republik Österreich, ECR [2003], p. I-10239

Case C-228/05, Stradasfalti Srl v Agenzia delle Entrate - Ufficio di Trento, ECR [2006], p. I-8391

Case C-228/92, Roquette Frères SA v Hauptzollamt Geldern, ECR [1994], p. I-1445

Case C-234/04, Rosmarie Kapferer v Schlank & Schick GmbH, ECR [2006], p. I-2585

Case C-262/96, Sema Sürül v Bundesanstalt für Arbeit, ECR [1999], p. I-2685

Case C-317/99, Kloosterboer Rotterdam BV v Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, ECR [2001], p. I-09863

Case C-323/88, SA Sermeres v Directeur des services des douanes de Strasbourg, ECR [1990], p. I-3027

Case C-347/00, Ángel Barreira Pérez v Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) and Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), ECR [2000], p. I-8191

Case C-415/93, Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA v Jean-Marc Bosman and others and Union des associations européennes de football (UEFA) v Jean-Marc Bosman, ECR [1995], p. I-4921

Case C-453/00, Kühne & Heitz NV v Produktschap voor Pluimvee en Eieren, ECR [2004], p. I-837

Case C-461/03, Gaston Schul Douane-expediteur BV v Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, ECR [2005], p. I-10513

Case C-466/00, Arben Kaba v Secretary of State for the Home Department, ECR [2003], p. I-2219

Case C-66/80, SpA International Chemical Corporation, Rome v. Amministrazione delle Finanze dello Stato, ECR [1983], p. I-1191

Case C-74/99, The Queen v. Secretary of State for Health and Others (ex parte: Imperial Tobacco Ltd and Others), ECR [2000], p. I-8599

Ćapeta, T. (2011). Prethodni postupak za ocjenu valjanosti kao dio mehanizma sudskog nadzora nad pravom Europske unije, u: U: T. Ćapeta i ostali (ur.), *Prethodni postupak u pravu Europske unije – suradnja nacionalnih sudova s Europskim sudom* (str. 49–81). Zagreb: Narodne novine

Dausess, A. M. (1986). Practical Considerations Regarding the Preliminary Ruling Procedure Under Article 177 of the EEC Treaty. *Fordham International Law Journal*. 3(X). 538–577

Hartley, T. C. (1998). *Osnovi prava Evropske Zajednice (prevod)*. Beograd: Institut za ustavnu i pravnu politiku i Beogradski centar za ljudska prava

Joined cases 28 to 30/62, Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV v Netherlands Inland Revenue Administration, ECR [1963], p. I-31

Joined cases 66, 127 and 128/79, Amministrazione delle Finanze v Srl Meridionale Industria Salumi, Fratelli Vasanelli and Fratelli Ultrocchi, ECR [1980], p. I-1237

Joined cases C-362/07 and C-363/07, Kip Europe SA and Others and Hewlett Packard International SARL v Administration des douanes - Direction générale des douanes et droits indirects, ECR [2008], p. I-9489

Knežević-Predić V., Radivojević, Z. (2009). *Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije*. Beograd: Službeni glasnik

Lang, G. (2011). Učinci presude Europskog suda u prethodnom postupku. U: T. Čapeta i ostali (ur.), *Prethodni postupak u pravu Europske unije – suradnja nacionalnih sudova s Europskim sudom* (str. 83–101). Zagreb: Narodne novine

Lenaerts K., Arts D., Maselis I. (2006). *Procedural Law of the European Union*. London: Sweet & Maxwell

Mathijssen, P.S. (2004). *A Guide to European Union Law*. London: Sweet & Maxwell

Meškić, Z., Samardžić D. (2012). *Pravo Evropske unije*. Sarajevo

Nyikos, S.A. (2003). The Preliminary Reference Process: National court Implementation, Changing Opportunity Structures and Litigant Desistment. *European Union Politics*. 4(IV). 397–419

Schermers, H.G., Waelbroeck D.F. (2001). *Judicial Protection in the European Union*. The Hague: Kluwer Law International

Steiner, J., Woods, L. (2003). *Textbook on EC Law*. Oxford: Oxford University Press

Tuomas, O. (2001). Between Precedent and the Present. *Turku Law Journal*. 1(III). 105–118

Nebojša Raičević, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

The Effects of a Preliminary Ruling of the European Court of Justice

Summary

One of the significant competences of the European Court of Justice is to issue a preliminary ruling on an issue which has been referred to this Court by the national courts of the EU Member States. In this procedure, the national courts are provided the necessary explanation on the applicable EU law, either through by interpreting some legal provisions or by assessing the validity of a legal act adopted by the EU institutions. The preliminary ruling of the Court of Justice is binding for the national court which referred the issue to the Court. The decision is also binding for all national courts which have jurisdiction to decide on legal remedies in this matter. On the other hand, the effect of the preliminary ruling on other national courts is not quite clear. In other words, there is a dilemma as to whether the preliminary ruling on a disputed issue posed in one proceeding is binding for all other courts, which have not been actually involved in this particular proceeding. As for the temporal effect of a preliminary ruling, there is a general rule that the Court's preliminary ruling has a retroactive effect. However, in some situation, the Court of Justice may limit the retroactive effect of its rulings if their *ex tunc* application is incompatible with the principle of legal certainty.

Key words: Court of Justice, preliminary ruling, national courts, effect of a preliminary ruling in main proceedings, *erga omnes* effect of a preliminary ruling, temporal effect of a preliminary ruling.

Dr Tatjana Jovanić,*
Docent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Beogradu

NAUČNI ČLANAK

UDK: 34(497.11:4-672EU)

Rad primljen: 01.09.2014.
Rad prihvaćen: 01.12.2014.

OSMIŠLJAVANJE I KOORDINACIJA JAVNIH POLITIKA KAO POLAZNI OSNOV HARMONIZACIJE DOMAĆIH PROPISA SA ZAHTEVIMA PRAVNE TEKOVINE EU**

Apstrakt: Jedan od najvažnijih aspekata harmonizacije našeg prava sa pravom EU, još uvek zanemaren u Srbiji, je međusobna veza između osmišljavanja i koordinacije javnih politika, sa jedne strane, i usaglašavanja propisa u toku pregovora za pristupanje EU, sa druge strane. Ovaj aspekt je u velikoj meri zanemaren kako zbog hitnog postupka donošenja propisa radi usklađivanja sa pravom EU, tako i zbog nerazvijenosti regulatorne politike, koja se u velikoj meri svela na giljotinu propisa, umesto da se razvije ciklus javnih politika i analitička faza koja prethodi izradi propisa. Iako je došlo do unapređenja pregovaračke strukture evropskih integracija, Pregovarački tim i Koordinaciono telo svakako ne mogu da zamene ulogu nosilaca javnih politika u njihovom nastanku. Obzirom da je novim Zakonom o ministarstvima predviđeno stvaranje Republičkog sekretarijata za koordinaciju javnih politika, stvoren je institucionalni preduslov za sprovođenje funkcije usklađivanja predloga javnih politika, ali se još uvek ne nazire kakve će ingerencije u samom ciklusu javne politike imati ova institucija. U svakom slučaju, ovakav organ će upotpuniti koordinacionu strukturu Srbije u pregovaračkom procesu.

Ključne reči: pravo EU, usklađivanje zakonodavstva, koordinacija, javne politike.

* jovanictatjana@gmail.com

** Аутор је написао овај рад у току 2014. године у оквиру пројекта „Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ: правни, економски, политички и социолошки аспект“, на Правном факултету Универзитета у Београду, који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

1. Uvod

Transformacija privrede Srbije i odgovarajuća reforma pravnog sistema nisu samo preduslov konkurentnosti domaće privrede, već i evropskih integracija. Pored sprovođenja makroekonomskih reformi, i institucionalne reforme jedan su od preduslova za EU integracije. Obaveze koje se nameću Kriterijumima iz Kopenhagena iz 1993. su trojake: politički kriterijum kao stabilnost institucija; ekonomski kriterijumi: postojanje funkcionalne tržišne privrede kao i kapaciteta da se odoli pritiscima konkurencije i tržišnim snagama unutar EU; kao i prihvatanje pravnih tekovina Zajednice.¹ Evropske integracije podrazumevaju usklađivanje sa pravom EU, ali i poboljšanja zakonodavnog postupka u Srbiji da bi to usklađivanje bilo što jednostavnije i efikasnije, a propisi kvalitetniji.

Jedan od najvažnijih aspekata harmonizacije našeg prava sa pravom EU, još uvek zanemaren u Srbiji, je međusobna veza između osmišljavanja i koordinacije javnih politika, sa jedne strane, i usaglašavanja propisa što je obaveza u toku pregovora za pristupanje EU, sa druge strane. Jedan od najbitnijih razloga zbog čega je tome potrebno posvetiti posebnu pažnju je praksa Evropske komisije prema državama Zapadnog Balkana, odnosno insistiranje na reformi javne uprave i sprovođenju javnih politika, kao i donošenju kvalitetnih i obrazloženih zakona kao instrumenata njihovog sprovođenja. U procesu pristupanja od država kandidata se očekuje uspostavljanje okvira za planiranje, razvijanje i koordinaciju politika kako bi se omogućilo dosledno planiranje politika i koordinacija aktivnosti Vlade, uključujući i postavljanje prioriteta, predlaganje konzistentnih i održivih politika, koje bi postavile osnove za efikasno funkcionisanje državne uprave po prijemu u članstvo u EU. Suštinsko pitanje u ovoj fazi je kako obezbediti koordinaciju različitih interesa resornih ministarstava i drugih organizacija kako bi se zastupala jedinstvena nacionalna pozicija u pregovorima, što se odražava na zakonodavni postupak. Proces pristupanja mogao bi da bude katalizator, podsticaj javnoj upravi da unapredi svoje administrativne kapacitete, kako bi se na vreme pripremila za deo evropskog administrativnog

¹ European Council in Copenhagen, Conclusions of the Presidency, (21-22 June 1993, SN 180/1/93) 12.

prostora, skupa zajedničkih principa i standarda o organizaciji i funkcionisanju administracije u složenom sistemu upravljanja unutar EU, „evropskom upravnom prostoru”, (Olsen, 2003: 506-531).

2. Opšta ocena domaćeg zakonodavnog sistema u kontekstu evropskih integracija

Posle ubrzanih reformi koje su usledile od 2000. godine, kao i relativno nestabilnih političkih odnosa koji utiču na nekonzistentnost javnih politika, ne može se poreći da je ne samo ekonomija, već i pravni sistem naše zemlje u tranziciji. Na snazi su neki propisi koji su i sami nastajali u različitim fazama tranzicije, često i međusobno kontradiktorni, a zakonodavna aktivnost je intenzivirana otpočinjanjem reformi i potrebom za usklađivanjem propisa sa zahtevima evropskih pravnih tekovina. Ističe se da političko-administrativni milje u Srbiji previše insistira na usvajanju novih zakona, koji se često donose u žurbi, bez uzimanja u obzir postojećeg pravnog sistema i važećih pravila, što je dovelo do neusklađenih zakona, teškoća oko tumačenja i sprovođenja istih i pravne nesigurnosti (OECD/SIGMA, 2011: 5).

Proces stabilizacije i pridruživanja i usklađivanje propisa sa pravom EU jedan je od najbitnijih razloga sprovođenja regulatorne reforme u Srbiji. Sa druge strane, to predstavlja i izazov reformi, jer je potrebno usvojiti ogroman broj propisa, što podrazumeva da se zakonodavni postupak poboljša. Usklađivanje sa pravom EU uz nastavak regulatorne reforme predstavlja i jedan od oblika smanjivanja transakcionih troškova poslovanja stranim ulagačima (Penev, Marušić, 2009: 61). EU *acquis* predstavlja regulatorni režim koji podrazumeva visoke troškove, ali nosi sa sobom nizak rizik. Iako se povećavaju troškovi domaćeg regulatornog okvira uvođenjem raznih instrumenata i zahteva, stvaranjem tržišno orijentisanog regulatornog režima već na srednji rok može stimulisati privredni rast (Jacobs, 2010; Penev, Marušić 2011: 103). Međutim, sa tehničke strane, praksa u procesu harmonizacije ukazuje da nije posvećeno dovoljno pažnje kvalitetu propisa, već se dala prednost kvantitetu, brзом usvajanju radi formalnog zadovoljavanja kriterijuma usklađenosti propisa. Propisi su stoga često usvajani mehanički, bez adekvatne analize uticaja, i često po hitnom postupku, pa su se greške uvidele tek po njihovom donošenju i ispravljale „u hodu“ (Milovanović, Nenadić, Todorić, 2012: 247).

Iako se prilikom pripreme nacrt propisa organi državne uprave drže Jedinствениh metodoloških pravila za izradu propisa, odnosno Metodologije za izradu podzakonskih propisa,² ova pravila se tiču izrade, izmene i dopune propisa, ali ne zadiru suštinski u pitanje planiranja javnih politika. Štaviše, u praksi se može uočiti problem odsustva koordinacije koji svoj osnov ima još u nastanku propisa. Bilo je slučajeva i da se zakonom čija je izrada u nadležnosti jednog ministarstva stave van snage odredbe zakona koji je u nadležnosti drugog organa uprave.

Jedan od velikih problema domaćeg zakonodavnog postupka u kontekstu evropskih integracija je i zloupotreba hitnosti postupka. Shodno čl. 167. Poslovnika Narodne skupštine, hitan postupak predviđen je za donošenje zakona u slučajevima okolnosti koje se nisu mogle predvideti, a nedonošenje zakona moglo bi da prouzrokuje štetne posledice, kao i da bi se ispunile međunarodne obaveze, uključujući i usklađivanje sa propisima EU. To nije karakteristično samo za Srbiju, već i zemlje nove članice EU, kao i kandidate za prijem, gde je takođe ova praksa bila poznata u predpristupnom periodu harmonizacije sa propisima EU (John Bates Consultancy, 2009).

3. Osnovni nedostaci zakonodavne politike i domašaj regulatorne reforme

Posmatrano na tehničkom nivou, u našem institucionalnom sistemu državne uprave nejasna je razlika između regulatorne politike i izrade zakona i drugih propisa, obzirom da je regulatorna politika širi okvir, a faza izrade zakona i drugih propisa zapravo jedan tehnički sastojak ovog šireg procesa, koji pak čini element *procesa regulacije* (Jovanić, 2014: 97-103). Valja napomenuti da je u Rezoluciji Narodne skupštine o zakonodavnoj politici, usvojenoj jula 2013. godine, istaknuta razlika između zakonodavne politike i faze izrade propisa.³ Isto tako, važno je ukazati i na potrebu za razdvajanjem normativnog uređenja toka kretanja nacrt propisa, od jedinstvenih metodoloških pravila kojima se uređuju karakteristike i sadržaj teksta nacrt propisa, što je dakle tehnička komponenta i faza koja sledi posle analitičke faze osmišljavanja javne politike.

² Jedinствена metodološka pravila za izradu propisa, *Službeni glasnik RS*, br. 21/10; Metodologija za izradu podzakonskih propisa, *Službeni glasnik RS*, br. 75/10 i 81/10.

Zakonodavni postupak mora se integrisati u proces strateškog planiranja javnih politika. To u Srbiji nije lako, zbog toga što našu ekonomsku i političku tranziciju karakteriše upliv promenljivih političkih interesa i kratkoročnih ciljeva, ali i zahtevi međunarodnih organizacija, kao što je to Međunarodni monetarni fond. Posebno je važno naglasiti zahteve usklađivanja prava sa pravnim tekovinama Evropske unije, što predstavlja izazov i opravdava potrebu za unapređenjem sistema zakonodavne politike.

Formulisanje politike i njeno sprovođenje podrazumeva prvo određivanje ciljeva zakona, kome prethodi uočavanje i analiza problema i mogućih rešenja. Osnovni elementi su zapravo strateška opredeljenja koja nosilac političke odgovornosti mora definisati u okviru polaznih osnova, kako bi se pružila početna informacija i inicirao prvi krug konsultativnog procesa, prvobitno na nivou međuresorne koordinacije, a potom i šire javnosti (Protić, 2009: 63-75). Polaznim osnovama trebalo bi utvrditi koncept zakona, pre izrade teksta zakona. U nekim oblastima Vlada je usvojila strategije, dokumente kojima bi na sistemski način trebalo da bude sagledano stanje, definisani osnovni principi i predložene mere.⁴ Strategije su često praćene akcionim planovima kojima se utvrđuju očekivani rezultati, rokovi, nosioci aktivnosti i ciljevi. U tom smislu, strateškim dokumentima se često definišu problemi i bitni elementi politike, što predstavlja i definisanje polaznih osnova zakona.

Zakonodavni proces, odnosno regulatorna reforma, ima i svoju dinamičku stranu, čiji je bitan element analiza efekata propisa. U Srbiji je ova analiza strogo formalizovana, zasnovana dominantno na ekonomskim i kvantitativnim kriterijumima. Poslovnik Vlade ograničava sprovođenje analize samo na zakone, jer predlagač prilog koji sadrži izveštaj o sprovedenoj analizi efekata propisa dostavlja isključivo uz nacrt zakona, a ne i u slučaju podzakonskih akata.⁵ Dalje, nije propisana forma u kojoj se izveštaj dostavlja Kancelariji za regulatornu reformu, niti kriterijumi na osnovu kojih bi se utvrdilo da li treba sprovesti detaljnu ili osnovnu analizu efekata propisa i koji bi bio njihov obuhvat. Racionalizaciji regulative bi svakako doprinela i obaveza da se Narodnoj skupštini uz predloge zakona dostave i izveštaji o izvršenim

³ *Službeni glasnik RS*, br. 55/13.

⁴ <http://www.gs.gov.rs/lat/strategije-vs.html>

⁵ Čl. 40. st. 2. Poslovnika Vlade

analizama efekata propisa i mišljenjima Kancelarije za regulatornu reformu i analizu efekata propisa.⁶

Zakonom o državnoj upravi predviđena je obaveza ministarstava i posebnih organizacija da „u pripremi zakona kojim se bitno menja pravni režim u jednoj oblasti ili kojim se uređuju pitanja koja posebno zanimaju javnost sprovedu javnu raspravu“.⁷ Međutim, nije propisan način utvrđivanja kada se nekim zakonom bitno menja pravni režim u jednoj oblasti, niti način da se utvrdi da li se zakonom uređuju pitanja koja posebno zanimaju javnost, kao ni transparentnost javne rasprave. Takođe, nije regulisano šta se podrazumeva pod javnom raspravom, pa je obaveza sprovođenja, vreme i način održavanja javne rasprave prepušten diskrecionoj oceni ovlašćenih predlagača.⁸

Unapređenje zakonodavnog procesa jedan je od ključnih elemenata sveobuhvatnog procesa reformi privrednih sistema zemalja u tranziciji, koji bi trebalo da doprinese investicijama i privrednom rastu (World Bank, 2006: 10). Obično se u tom smislu govori o racionalizaciji regulative kao regulatornoj reformi, najužem shvatanju koncepta regulatorne reforme, ali je bitno naglasiti da je regulatorna reforma višedimenzionalan koncept i deo šireg programa upravljanja javnim poslovima, kao i makroekonomskih i mikroekonomskih promena. Regulatorna reforma suštinski predstavlja sistematizovani skup mera usmeren ka povećanju kvaliteta propisa, tj. ka unapređenju učinka i realizacije, pravnog kvaliteta propisa i sa njima povezanih procedura koje sprovode državni organi (Milovanović et al. 2012: 140). To je proces u kojem je fokus stavljen na poboljšanje kvaliteta regulative, njenog boljeg sprovođenja, efikasnosti, kvaliteta i sprovođenja propisa (OECD, 1997: 6).⁹

U privredama u tranziciji reforme nose sa sobom značajan rizik jer se zbog potrebe usaglašavanja pravnog sistema sa pravom EU pristupa intenzivnoj legislativnoj aktivnosti u kratkom roku. U tom smislu korisno je da se donese

⁶ Naime, čl. 151. Poslovnika Narodne skupštine sadrži formulaciju da se poslanicima 'mogu' dostaviti i izveštaji o sprovedenoj analizi efekata propisa.

⁷ Čl. 77. Zakona o državnoj upravi (*Službeni glasnik RS*, br. 79/05, 101/07 i 95/10-ispravka).

⁸ Sprovođenje javne rasprave normirano je u čl. 41. Poslovnika Vlade koji uređuje javnu raspravu u pripremi zakona.

⁹ OECD, *The OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis, Organization for Economic*

strategija regulatorne reforme i planiraju aktivnosti usklađivanja propisa. Strategija regulatorne reforme Srbije za period 2008-2011 godine imala je značajan efekat na regulatornu aktivnost, kako u postupku sprovođenja reformi u legislativnom okviru različitih oblasti, tako i na planu harmonizacije domaćeg zakonodavstva sa propisima Evropske unije (*acquis communautaire*), što je i Evropska komisija označila kao napredak (European Commission, 2007: 75).

Međutim, efekti regulatorne reforme su se razvodnili zbog usvajanja velikog broja novih propisa i odsustva koordinacije u njihovom donošenju i primeni. Loših propisa bilo bi manje da je zakonodavna politika jasno definisana, unapređen kapacitet Sekretarijata za zakonodavstvo i kada bi postojala bolja koordinacija javnih politika na centralnom nivou. Osnovni razlog za koordinaciju javnih politika na tom centralnom nivou, nivou Vlade, leži u činjenici da ministarstva u svojim oblastima raspolažu stručnim kapacitetima za pripremu predloga programskih politika u određenim sektorima, ali je neophodno da se sistem u celini koordinira iz centra kako bi se obezbedila obuhvaćenost sistema u celini, i postiglo sledeće: stvaranje politika koje nemaju materijalne i formalne nedostatke, i usklađene su jedne sa drugima, a ne nameću nepotrebna opterećenja; stvaranje politika koje su u skladu sa prioritetima vlade i održive u smislu budžetskih izdvajanja; pružanje mogućnosti da se implementiraju odluke i dr. U takvom sistemu ministarstva jedno drugo konsultuju, kako bi se rešili problemi sukoba ciljeva, razmenjuju se informacije, Vladina agenda se planira i odluke donose prema prioritetima koje postavlja Vlada, a eventualni sukobi i nesuglasice rešavaju tako da se samo izuzetno iznose pred Vladu (Ben-Gera, 2009: 5-6).

4. Koordinaciona struktura u procesu evropskih integracija

Proces usklađivanja domaćeg zakonodavstva sa pravom EU se obično prikazuje kroz njegovu normativnu delatnost, donošenje zakona i pratećih podzakonskih akata, čime se svodi na zakonodavni postupak. Međutim, ono što ovaj proces čini zahtevnim je stvaranje institucionalnog okvira i interakcije

institucija koje su nosioci javne politike, kojima je neophodno vreme i podrška za prilagođavanje (Međak, 2011: 94).

Prilikom usklađivanja propisa dolazi do promene domaćeg sistema. Do potpunog usklađivanja sa pravom EU delovi domaćeg sistema međusobno mogu biti neusklađeni ne samo sa pravom EU, već i drugim propisima, što može dovesti do pravne nesigurnosti. Ova opasnost se donekle izbegava i smanjuje strateškim planiranjem, odnosno donošenjem višegodišnjih planova usklađivanja kao što su nacionalni programi za usvajanje pravnih tekovina EU. Nacionalni program u procesu usklađivanja domaćeg zakonodavstva sa *acquis communautaire* je obaveza svih država kandidata za članstvo u EU, to je strateški dokument kojim su identifikovani propisi sa kojima se vrši usklađivanje. Prvi Nacionalni program za usklađivanje domaćih zakona sa propisima EU usvojen je kada Srbija nije imala status kandidata za članstvo u EU (2003. godine), da bi ovaj instrument 2008. godine bio definisan kao Nacionalni program integracije Srbije u EU ili Nacionalni program integracije (NPI). Reč je dokumentu koji utvrđuje detaljni plan, vremenski okvir i prioritete usvajanja zakonodavstva usklađenog sa propisima EU i određuje organe odgovorne za njegovu pripremu. NPI je podložan jednogodišnjim revizijama, primarno zbog usvajanja novih propisa EU i novih procena u njenoj realizaciji. Koordinacija ovog postupka je nadležnost Kancelarije za evropske integracije. Odmah po usvajanju prvog akcionog plana 2003. godine, u zakonodavni proces uvedena je Izjava o usklađenosti nacrtu zakona.

U fazi pripreme zakona i drugih opštih akata, organi državne uprave su shodno čl. 65. Zakona o državnoj upravi dužni da pribave mišljenja organa državne uprave u čijem delokrugu je, neposredno ili posredno, pitanje koje se uređuje. Uz nacrt zakona predlagač dostavlja kao prilog i izjavu o tome sa kojim je strateškim dokumentom vlade nacrt usklađen, odnosno da li je planiran godišnjim planom rada Vlade, kao priloge i Izjavu o usklađenosti propisa sa propisima EU (uključujući i Tabelu usklađenosti propisa, prema obrascu utvrđenim posebnim aktom vlade). Uz predlog se kao prilog dostavlja i analiza efekata zakona.¹⁰

¹⁰ Čl. 40. Poslovnika Vlade.

Uspostavljanje koordinacione strukture za evropske integracije obuhvatilo je i osnivanje nekoliko resornih tela sa ciljem poboljšanja komunikacije i koordinacije u procesu usklađivanja prava sa pravom EU.¹¹ Prilikom koncipiranja nove koordinacione strukture koja će učestvovati u pregovorima o pristupanju RS u EU, Vlada RS se rukovodila principom da je najcelishodnije da se postojeća koordinaciona struktura ažurira tj. prilagodi potrebama procesa pregovora i dopuni novim telima čiji će sastav odražavati izbalansiran odnos stručnog i političkog nivoa uz jasnu podelu odgovornosti između različitih institucija.

Koordinaciono telo za proces pristupanja EU razmatra sva pitanja u vezi sa evropskim integracijama, i koordinira rad organa državne uprave. Na njegovom čelu je predsednik Vlade. Stručna grupa Koordinacionog tela, kojom je rukovodio direktor Kancelarije za evropske integracije, bila je sastavljena od šefova radnih grupa, pomenutih trideset i pet podgrupa. Stručne grupe su donošenjem nove Odluke o osnivanju Koordinacionog tela za proces pristupanja EU obrazovane kao pregovaračke grupe za pregovore o pristupanju Republike Srbije Evropskoj uniji.¹² Na nivou većeg broja organa državne uprave uspostavljene su jedinice za evropske integracije, koje se sastoje od koordinatora za poslove EU u ministarstvima i drugim organima uprave.

Prema novim rešenjima Koordinaciono telo za proces pristupanja Evropskoj uniji će razmatrati najvažnija pitanja i usmeravati poslove iz delokruga organa državne uprave u vezi sa procesom pristupanja Republike Srbije Evropskoj uniji. Savet Koordinacionog tela će obavljati stručne poslove u vezi sa tekućim pitanjima u procesu pristupanja Republike Srbije Evropskoj uniji. Pregovaračke grupe za pripremu i pregovore u okviru 35 pregovaračkih poglavlja će učestvovati u procesu analitičkog pregleda zakonodavstva (skrining), pripremi predloga pregovaračkih pozicija za odgovarajuća poglavlja

¹¹ Odluka o osnivanju Koordinacionog tela za proces pristupanja Republike Srbije Evropskoj uniji, *Službeni glasnik RS*, br. 95/07, 5/10, 42/11.. 93/12. U sklopu uspostavljanja struktura i procedura za pregovore i poboljšanje koordinacije, Vlada Srbije je usvojila niz zaključaka: <http://www.seio.gov.rs/dokumenta/nacionalna-dokumenta.748.html>

¹² Odluka Vlade Republike Srbije, 05 broj 02-8060/2013 od 23. septembra 2013. Odluka o izmenama Odluke o osnivanju Koordinacionog tela za proces pristupanja Republike Srbije Evropskoj uniji, *Službeni glasnik RS*, br. 86/2013.

pregovora o pristupanju Evropskoj uniji, izradi, reviziji i praćenju sprovođenja Nacionalnog programa za usvajanje pravnih tekovina Evropske unije i podeli nadležnosti za praćenje propisa Evropske unije.

Odlukom Vlade o obrazovanju pregovaračkog tima za vođenje pregovora o pristupanju Republike Srbije Evropskoj uniji usvojene 3. septembra 2013. godine, postavljen je osnov da pregovarački tim preuzme horizontalnu koordinaciju nacionalnih institucija uključenih u pregovore o pristupanju, čija je uloga i da učestvuje u formulisanju pregovaračkih pozicija. Dakle, nacionalni koordinacioni sistem Srbije za pregovore o članstvu se prevashodno oslanja na Pregovarački tim, pregovaračke grupe i Kancelariju za evropske integracije. Kancelarija za evropske integracije će biti centralna institucija sa najvećim odgovornostima u pripremanju i koordinaciji pregovora, uključujući i međuministarsku koordinaciju. Značajnu ulogu u procesu pregovora sa Evropskom unijom imaće i Narodna skupština RS, Vladina Kancelarija za evropske integracije i Stalna misija Republike Srbije pri Evropskoj uniji, kao sastavni deo Ministarstva spoljnih poslova.

(Predlog) zaključka kojim se usmerava i usklađuje rad organa državne uprave u procesu sprovođenja analitičkog pregleda i ocene usklađenosti propisa Republike Srbije sa pravnim tekovinama EU i njihove implementacije,¹³ ističe značaj rukovodstva (predsednika i sekretara) pregovaračkih grupa, kao i šefa i članova pregovaračkog tima. Važno je naglasiti da se u zaključku ističe da o otvorenim pitanjima u toku skrininga pregovaračka grupa i Pregovarački tim po potrebi obaveštavaju resornog ministra, člana Vlade zaduženog za evropske integracije ili Koordinaciono telo za proces pristupanja Evropskoj uniji.¹⁴ Međutim, koordinacija pregovora kao aktivnost horizontalne prirode, usaglašavanja i usklađivanja, porazumeva da postoji adekvatni tok formulisanja javnih politika pre nego što se one usaglase ili pojedina pitanja usklade. Zbog toga je važno da se posebno ukaže na značaj faze koja prethodi izradi usklađivanju propisa.

¹³ http://www.seio.gov.rs/upload/documents/nacionalna_dokumenta/pregovori_sa_eu/skrining_zakljucak.pdf

¹⁴ Tačka 8.5. Zaključka.

5. Ciklus javne politike i značaj faze koja prethodi izradi propisa

Regulatorna reforma predstavlja širi koncept; ne samo poboljšanje kvaliteta propisa, već i nastanka i sprovođenja javnih politika. Kvalitet propisa direktno je uslovljen kvalitetom pravnih sistema, odnosno postoji međusobna sprega kvaliteta pravnih sistema i kvaliteta propisa. Kvalitet zakonodavnog postupka, odnosno kvalitet regulative, zasniva se na određenim preporukama standarda kvaliteta propisa (OECD, 1995). Izrazom „bolja regulativa“ (*better regulation*) se označava „nastojanje države da unapredi kvalitet propisa u smislu, npr. procesa definisanja javne politike, izrade zakona i unapređenja opšte delotvornosti i usklađenosti propisa“ (Milovanović et al. 140-141). Kada se govori o „regulatornoj politici“, često se ističe da je njen osnovni cilj da se obezbedi da propisi i pravni okvir budu u javnom interesu. U užem smislu svodi se na reformu pravnog sistema, pre svega zakonodavnog postupka (OECD, 2002). Međutim, regulatorna politika ne tiče se samo nastanka i primene zakona, već i formulisanja i sprovođenja javnih politika, kao namernog delovanja institucija vlasti kojima se utiče na društvo, kao odgovor na društvene probleme. Rešavanje takvih problema odvija se putem javnih politika, koje predstavljaju tok ili plan delovanja kojim se na racionalan način nastoje postići ciljevi, uz upotrebu javnih sredstava i različitih instrumenata kojima se politike sprovode u delo, a pravna norma jedan je od takvih instrumenata. Međutim, pre nego što se pristupi usklađivanju propisa, važno je identifikovati problem ili zahtev za harmonizacijom, jer je to prvi korak.

Neophodno je napraviti razliku između analize i formulisanja javnih politika, sa jedne strane, i izrade propisa, kao odvojenih faza u ciklusu regulatorne politike. Adekvatna regulatorna politika podrazumeva sistem u kome svaka javna politika koja se formuliše kroz proces nastanka propisa (zakonodavna politika) mora biti potkrepljena jakim analitičkom osnovom i činjenicama, dakle činjenično zasnovanom analizom javne politike koja prethodi nastanku propisa kao instrumenata za njeno sprovođenje. U tom smislu, jedan od najboljih primera odnosa regulatorne politike i zakonodavne politike predstavlja Velika Britanija (OECD, 2010: 85-130). U modernim regulatornim sistemima, analiza problema javne politike neophodan je preduslov za rešavanje istih. Postoji niz pitanja koja su od koristi za analizu karakteristika problema koji se postavljaju pred regulatore. Potrebno je razmotriti sve

raspoložive opcije, a istovremeno odrediti i očekivani uticaj svake opcije, pre svega troškove i koristi, na građane, privredu, a u širem smislu društvo u celini. To je kritička faza odlučivanja: donošenje odluke šta bi nadležni organ trebalo da uradi i sprovođenje predloženog pristupa u delo. Donošenje propisa odnosno bilo koja radnja koju sprovodi nadležni organ u primeni propisa predstavlja 'aktivnu' fazu regulacije, odnosno srž zakonodavnog postupka. U krajnjoj liniji, ciklus se može eventualno okončati procenom efikasnosti propisa i njihovog sprovođenja, i ocenom da li su neophodne mere usmerene na njihovo poboljšanje ili ukidanje (Jones, 1984).

6. Domašaj analize javnih politika u Srbiji

Faza osmišljavanja politika je najmanje razvijena od svih faza ciklusa javne politike u Srbiji, a predstavlja preliminarno pitanje zakonodavne politike i racionalizacije regulative. Predmet posebnih javnih politika su različite društvene delatnosti, dok je predmet zakonodavne politike organizacija i usmeravanje zakonodavnog procesa. U poređenju sa fazom osmišljavanja politike, veliki akcenat je u Srbiji stavljen na fazu izrade nacrtu zakona, a bez dovoljne prethodne analize i procene uticaja.

Donošenje zakona i sprovođenje dobre zakonodavne (regulativne) politike predstavlja samo jednu od opcija. Osnovni element faze osmišljavanja javne politike predstavlja dakle analizu politike, instrument koji podrazumeva ne samo prikupljanje istraživanja, već i sistematično poređenje i evaluaciju alternativa, kako bi se odluka o rešavanju određenog problema potkrepila činjenicama i „stil vršenja izbora“ od strane političkih institucija (Scharpf, 1991: 53-86). Proces formulisanja javnih politika u Srbiji je uglavnom orijentisan ka izradi nacrtu zakona, ali nedostatak prethodne analize dovodi do česte potrebe da se usvajaju izmene ili dopune, ili novi zakoni, da bi se rešili problemi u primeni propisa. To je indikator nedovoljne tehničke analize problema javnih politika i nedostataka kapaciteta za analize politika. Izrada analiza politika trebalo bi da bude osnova za ciklus politika, gde zakon predstavlja jedan od potencijalnih instrumenata za implementaciju, umesto postojećeg pristupa gde je pravna regulacija pravilo, a sve analize i obrazloženja se dodaju uz proces izrade nacrtu propisa samo kao formalni

zahtev koji mora da se ispuni, pa čak i kao teret (Lazarević, Marić, Orza, 2013: 116-119).

Pitanje osmišljavanja javnih politika i instrumenata regulacije naročito postaje aktuelno u procesu pristupanja Srbije EU, u kontekstu osmišljavanja i koordinacije politika, sa jedne strane, i pregovora o pristupanju, sa druge strane. Nakon lošeg iskustva sa sistemskim reformama javne uprave u novim zemljama članicama EU, koje su pokazale nizak stepen efikasnosti i održivosti, Evropska komisija sve više nameće zemljama Zapadnog Balkana zahteve u pogledu reformi administrativnih sistema, stvaranja i implementacije javnih politika i unapređenja „horizontalne“ upravne strukture zemalja kandidata.¹⁵ Upravo zbog značaja analize javnih politika, u novije vreme veliki akcenat je stavljen na planiranje, razvoj i koordinaciju politika (SIGMA/EU, 2013).

Nedoslednosti i problemi u osmišljavanju javnih politika u Srbiji mogu se analizirati sa aspekta procesa planiranja javnih politika Vlade i procedura za razvijanje politika u okviru resornih ministarstava. Pravni okvir analize i formulisanja javnih politika je utvrđen Ustavom, kojim je propisano da Vlada, između ostalog, utvrđuje i vodi politiku, predlaže Narodnoj skupštini zakone i ostale opšte akte, usmerava i usklađuje rad organa državne uprave i vrši nadzor nad njihovim radom.¹⁶ Iako nije precizirano kako Vlada utvrđuje i vodi politiku, Zakon o Vladi sadrži odredbe kojima je predviđeno da Vlada utvrđuje i vodi politiku u okviru Ustava i zakona, i omogućava ministrima da podnesu Vladi predloge za uređivanje pitanja iz nadležnosti Vlade i Narodne skupštine, kao i da zahtevaju da Vlada zauzme stav o nekom pitanju iz njihove nadležnosti.¹⁷ Prema zakonu o državnoj upravi, pored toga što prate i utvrđuju stanje stvari u oblastima iz svog delokruga, proučavaju posledice utvrđenog stanja i preduzimaju mere ili predlažu Vladi donošenje propisa i preduzimanje mera, organi državne uprave takođe podstiču i usmeravaju razvoj u oblastima iz svog delokruga, prema politici Vlade, prikupljaju i proučavaju podatke u oblastima iz svog delokruga, sačinjavaju analize,

¹⁵ U saradnji sa OECD, kroz tzv. SIGMA inicijativu (*Support for Improvement in Governance and Management*). Videti.: <http://www.oecd.org/site/sigma>

¹⁶ Čl. 123. Ustava Republike Srbije.

¹⁷ Čl. 2. i čl. 14. Zakona o Vladi Republike Srbije (Službeni glasnik RS, br. 55/2005, 71/2005 - ispr., 101/2007, 65/2008, 16/2011, 68/2012 - odluka US, 72/2012, 7/2014 - odluka US i

izveštaje, informacije i druge materijale, i vrše druge stručne poslove.¹⁸ Upravo ovaj propis postavlja osnov međuministarskih konsultacija, ističući neophodnost da ministarstva i posebne organizacije pribavljaju mišljenja onih ministarstava i posebnih organizacija sa čijim je delokrugom povezano pitanje koje se uređuje.¹⁹ Međutim, zakon je neodređen po pitanju različitih poslova u procesu formulisanja politika, dakle merama, ne obezbeđuje pravni osnov Vladi da dodatno uredi postupke i procese za ove poslove i ne sadrži jasne odredbe u vezi sa „oblikovanjem“ ili „utvrđivanjem“ politika Vlade. Većina odredbi ovog zakona usmerena je na pripremu zakona, a ne na druge faze procesa formulisanja politika (Lazarević et al., 33-34). Na značaj faze u kojoj se vrši analiza politika, odnosno opcija, ukazuje Poslovník Vlade, koji u čl. 39. naglašava da obrazloženje mora da sadrži i razloge za donošenje akta, probleme, ciljeve, razmatrane mogućnosti, kao i da pruži odgovor na pitanje zašto je donošenje akta najbolji način rešavanja problema. Ipak, Poslovník je ograničen na nacрте propisa, ali ne i strategija i drugih akata poput strategija i planova.

U zakonodavnom postupku, važna je transparentnost planova aktivnosti i blagovremena informacija o propisima, jer je to pretpostavka sistemskog poboljšanja njegovog kvaliteta i stvaranja preduslova da potencijalni učesnici u konsultativnim procesima pripreme kvalitetne predloge. Dugoročniji planovi regulatornih aktivnosti trebalo bi da omoguće koordinaciju javnih politika i sprovođenja zakona, kao i efikasniju izradu analize efekata propisa.

Ministarstva i posebne organizacije imaju obavezu da sačine godišnje planove rada koji predstavljaju osnov za izradu godišnjeg plana rada Vlade, shodno Zakonu o državnoj upravi.²⁰ Poslovníkom Vlade uređeno je pitanje sadržaja i postupka donošenja programa rada i izveštaja o radu koji Vlada usvaja i koji sadrži ciljeve, poslove i očekivane rezultate. Poslovníkom Vlade određeno je da Generalni sekretar donosi instrukcije kojima se utvrđuje metodologija, postupak i struktura za izradu godišnjeg plana vlade, koji se zasniva na

44/2014.

¹⁸ Čl. 12–13, 20–21 Zakona o državnoj upravi.

¹⁹ Čl. 65. Zakona o državnoj upravi.

²⁰ Čl. 63. st. 1. Zakona o državnoj upravi.

godišnjim planovima organa državne uprave.²¹ U domenu normativnih aktivnosti organi uprave učestvuju u pripremi akata koje Vlada predlaže Narodnoj skupštini, akata koje Vlada donosi, ali i izrađuju propise odnosno podzakonske akte kada su zakonom ovlašćeni. Planovi normativnih aktivnosti sačinjavaju se u skladu sa obavezama preuzetim na osnovu Nacionalnog programa integracije (NPI), strateških dokumenata, akcionih planova i preuzetih obaveza. Zbog toga je potrebno da se izradi metodologija integrisanog sistema planiranja javnih politika u Republici Srbiji, povećaju odgovornosti ministarstava u vezi sa realizacijom usvojenog plana, i pojača uloga Generalnog sekretarijata Vlade.

Osnovni elementi sistema planiranja javnih politika na makro nivou su godišnji plan rada Vlade, godišnji izveštaj, strategije razvoja i srednjoročni operativni planovi ministarstava. Međutim, ovaj sistem još uvek nije konsolidovan, ne postoji koherentan i objedinjen planski okvir niti hijerarhija planskih dokumenata. Nedostaje sistemski okvir i metodologija kojom se uspostavlja hijerarhijski sistem planiranja javnih politika, smernica ili metoda za centralno i sektorsko strateško planiranje. U nedostatku objedinjenog planskog okvira i hijerarhije, resorna ministarstva predlažu strategije čiji se kvalitet i vremenski okvir razlikuje, a prioriteta nacionalnih sektorskih javnih politika nisu usklađeni. Realnost formulisanja politika pokazuje neujednačenu praksu – u nedostatku pravnog i institucionalnog okvira (nerazvijenost funkcije koordinacije politika u sastavu Generalnog sekretarijata Vlade) akteri javnih politika funkciji analize politika pristupaju na različite načine. Zbog toga je neophodno da se obezbedi konzistentnost kvaliteta, strukture i prioriteta strateških dokumenata Vlade, usaglasi metodologija integrisanog strateškog planiranja i poboljša funkcija centralne koordinacije (Ben-Gera, 2004).

U zakonodavnom postupku u našoj zemlji uočeni su sledeći problemi u međuinstitucionanim odnosima i koordinaciji: nedovoljno razvijeni mehanizmi i pravila saradnje između organa državne uprave međusobno i sa drugim organima i službama, kao i sukob nadležnosti u postupku pripreme zakona i drugih propisa; nedovoljno razvijeni mehanizmi odnosno pravila saradnje između Narodne skupštine i Vlade, odnosno organa državne uprave u

²¹ Čl. 77. Poslovnika Vlade.

postupku donošenja i sprovođenja zakona; nedovoljno razvijeni mehanizmi odnosno pravila saradnje Vlade i Narodne skupštine sa drugim nadležnim državnim institucijama. Na koordinaciju zakonodavnih aktivnosti utiče politička raspodela resora, utvrđena koalicionim sporazumom (Milovanović et al. 198-199, 211). To često otežava komunikaciju koja je neophodna prilikom izrade zakona.

7. Umesto zaključka: U susret novom organu uprave nadležnom za koordinaciju javnih politika

Krajem aprila 2014. godine donet je novi Zakon o ministarstvima, koji u čl. 23. navodi da postoji deset posebnih organizacija, a u čl. 33. detaljno opisuje jednu od njih, Republički sekretarijat za javne politike. Predviđeno je da Sekretarijat stručne poslove koji se odnose na: analizu, identifikovanje potreba i dostavljanje inicijativa za izradu strateških dokumenata kojima se utvrđuju javne politike; obezbeđivanje usklađenosti predloga strateških dokumenata kojima se utvrđuju javne politike i nacrt zakona sa usvojenim strateškim dokumentima kojima se utvrđuju javne politike, u postupku njihovog donošenja; davanje inicijativa za unapređenje procedura za izradu strateških dokumenata kojima se utvrđuju javne politike; pripremanje predloga strateških dokumenata kojima se utvrđuju javne politike iz delokruga svih organa državne uprave, kao i druge poslove određene zakonom. U čl. 33. st. 2. posebno se ističe da će Republički sekretarijat za javne politike obavljati i stručne poslove koji se odnose na sprovođenje regulatorne reforme i analizu efekata propisa, što praktično znači da će u njegovom sastavu biti Kancelarija za regulatornu reformu i analizu efekata propisa, što je i predviđeno prelaznim i završnim odredbama. U tom smislu, analiza efekata propisa prepoznata je kao jedan od segmenata sprovođenja javnih politika. Iz dikcije ovog člana može se zaključiti da „obezbeđivanje usklađenosti predloga strateških dokumenata“ predstavlja nukleus funkcije koordinacije, ali se iz ovog propisa jasno ne vidi da li će ovaj organ usmeravati i učestvovati u sprovođenju sveobuhvatne analize javnih politika koja prethodi fazi izrade propisa, kao i koje će biti njegove ingerencije u samom ciklusu javne politike.

Literatura

Ben-Gera, M. (2004). Co-ordination at the Centre of Government: The Functions and Organisation of the Government Office; Comparative Analysis of OECD Countries, CEECs and Western Balkan Countries, *Sigma Papers* No. 35, Paris: OECD Publications

Ben-Gera, M. (2009). Koordinacija na nivou centrale Vlade za potrebe bolje izrade programskih politika. *Konferencija o reformi javne uprave i evropskih integracija*, Budva 26-27 mart 2009., dostupno na: <http://www.sigmaweb.org/publications/43812744.pdf>. Pristupljeno 2. juna 2014

European Commission. 2007. *Report on the implementation of the European Charter for Small Enterprises in the Western Balkans*, dostupno na: http://www.europa.rs/upload/documents/key_documents/2007/2007_western_balkans.pdf. Pristup 21. maja 2014

Jacobs, S. (2010). *Economic Recovery and Regulatory Reform in Southeast Europe*. Paper presented at the Regulatory Reform Conference in Belgrade, 13-14 September, 2010. cit prema: Penev, S., Marušić, A. (2011). *Progress in Transition and Reform Implementation in Serbia, Comparing to Other Western Balkan Countries, with the Main Focus on Regulatory Reform*. Washington: International Finance Corporation, 103

John Bates Consultancy. (2009). *Preliminary Assessment of the Legislative Process in the Republic of Serbia*, Report prepared for the OSCE Office of Democratic Institutions and Human Rights, dostupno na: http://www.google.rs/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CCwQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.legislationline.org%2Fdocuments%2Fid%2F15763&ei=yIUwVODWB9PlaKvEgOAH&usg=AFQjCNEA0vOoTfNTsLYP7ANixPi_QB2_Ow&sig2=ePI8D720lZEfgn4DHeQD9Q&bvm=bv.76802529,d.d2s. Pristupljeno 28. maja 2014

Jones, C. (1984). *An Introduction to the Study of Public Policy*. Belmont, CA: Wadsworth

Jovanić, T. (2014). *Proces regulacije*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

Krievins, M. *Concept Document on the Improvement of the Planning Framework in the Republic of Serbia*, Super Final Version for Consultations with Political Decision Makers and Ministries, Riga, Belgrade, July 201 – dokument pripremljen u okviru projekta „Supporting the Development of the Policy Planning System within the Government of Serbia“, finansiran od strane DFID (UK).

Lazarević, M. Marić, S. Orza, A. (2013). *Kreiranje politike i pregovori za pristupanje EU – Kako do rezultata za Srbiju*, Beograd: Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit GmbH

Međak, V. (2011). Usklađivanje domaće zakonodavstva s pravnim tekovinama EU (*acquis*) stanje i izazovi. *Izazovi evropskih integracija*, 18. 93

Milovanović, D. Nenadić, N. Todorčić V. (2007). *Studija o unapređenju zakonodavnog procesa u Republici Srbiji*, Beograd: GIZ

OECD. (1995). *Recommendations of the Council of the OECD on improving the quality of government regulation*. Paris: OECD Publications

OECD. (1997). *The OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis, Organization for Economic Cooperation and Development*. Paris: OECD Publications

OECD. (2002). *Regulatory Policies in OECD Countries: From interventionism to regulatory governance*. Paris: OECD Publications

OECD. (2010). *Better Regulation in Europe – United Kingdom*. Paris: OECD Publications

OECD/SIGMA. (2011). *Assessment Serbia 2011*. OECD/Support for Improvement of Governance and Management, dostupno na: <http://www.sigmaweb.org/publications/48970654.pdf>. Pristupljeno 25. maja 2014.

Olsen, J. (2003). Towards a European Administrative Space. *Journal of European Public Policy*. 10 (4). 506-531

Penev, S. Marušić, A. (2009). Improving the Process of Economic Reform Legislation in Serbia. In Penev (ed.), *Improving the Process of Economic Reform Legislation in Western Balkan Countries*, Belgrade: OECD Investment Compact for South East Europe, GTZ and Economics Institute

Penev, S. Marušić, A. (2011). *Progress in Transition and Reform Implementation in Serbia, Comparing to Other Western Balkan Countries, with the Main Focus on Regulatory Reform*. Washington: International Finance Corporation

Protić, D. (2009). Izazov unapređenja kvaliteta nacionalnog zakonodavstva. *Izazovi evropskih integracija*, 2 (3). 63-75

Scharpf, F. (1991). Political institutions, decision styles and policy choices. In Czada, R. Windhoff-Héritier A. (eds), *Political Choice: Institutions, Rules and the Limits of Rationality*, Frankfurt a .M., 53-86

SIGMA/EU. (2013). Policy Making and Co-ordination Baseline, Extended Version 2013.

World Bank. (2006). *World Development Report: A Better Investment Climate for Everyone*. Washington DC and New York: World Bank

Tatjana Jovanić, LL.D.

Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Belgrade

Planned Development and Coordination of Public Policies as a Starting Point in the Harmonization of National Regulations with the EU Aquis

Summary

One of the most important aspects of harmonizing Serbian legislation with the EU law, however still neglected in Serbia, is the mutual relationship between the design and coordination of public policies on the one hand, and the harmonization of legislation in the course of negotiations for EU accession, on the other hand. This aspect has been largely neglected because of the misuse of emergency procedure for adopting legislation in order to assure compatibility with the EU law, but also due to underdeveloped regulatory policies, which has been reduced to the guillotine of legislation, instead of developing a cycle of policy and analytical phase that precedes the drafting of legislation. Although the negotiating structure of European integration has been improved, the

Negotiation Team and Coordination Body certainly can not replace the role of policy makers in their creation. Since the new Law on Ministries envisaged the creation of the Secretariat for the coordination of public policies, an institutional prerequisite for the implementation of the function of harmonizing public policy proposals has been put forward, but is not yet clear what powers in the policy cycle this institution would have. In any case, this administrative body will certainly complement Serbian coordination structure in the negotiation process.

Keywords: EU law, law harmonisation, coordination, public policies.

Dr Slaviša Kovačević,*
Docent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

NAUČNI ČLANAK

UDK: 34(497.11:4-672EU)

Rad primljen: 01.09.2014.
Rad prihvaćen: 01.12.2014.

NASLEĐE PRAVNE KULTURE I EVROPSKE INTEGRACIJE SRBIJE**

Apstrakt: Ovaj rad preispituje ne samo normativnu već i faktičku inkompatibilnost pravne tradicije Srbije sa pravnim tekovinama EU. Autor analizira prirodu Evropske unije kao „nove zajednice naroda“ koja nije saglasna sa već praktikovanim oblicima prava i državnosti. Tako karakteristična zajednica evropskih naroda, sa nasleđenim karakterom države i prava u Srbiji i njenom tradicionalnom pravnom kulturom, predstavlja, u funkcionalnom i temporalnom pogledu, otežavajući činilac integracije.

Novi tip zajednice evropskih naroda u empirijskom liku Evropske unije izaziva pojmovne i konceptualne naučne nedoumice. Kao novi tip političke i pravne integracije, Evropska unija izaziva i nedoumice oko procesa prilagođavanja i izgleda integracije Srbije u njene okvire. Pravna harmonizacija prethodno podrazumeva minimalni stepen društvene, kulturne i vrednosne usaglašenosti između uzora-modela harmonizacije i društva koje se harmonizuje. Prevazilaženje dominantne autoritarne društvene i političke orijentacije, kao i stvaranje uređenog društva predstavlja prioritet za delotvornu integraciju. Ova zadatost oblikuje kontradikcije i polarizuje u pravnoj kulturi i pravnoj socijalizaciji i potrebu stvaranja novog modela pravnog i političkog subjektiviteta pojedinaca, grupa i naroda.

Ključne reči: Evropska unija, Srbija, autoritarna pravna kultura, diskontinuitet, inkongruencija, društveni okviri prava.

*slavisa@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu: „Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu u periodu 2013–2018 godine.

1. Uvod

Nije dovoljno samo uskladiti formalno pravo i normativni sklop institucija. Da bi takvo pravo bilo primenjeno i primenljivo, mora postojati politička i pravna kultura kongruentna pravnoj tradiciji Evropske unije. Pomodni trend "implantacije" pravnih ustanova, koji je toliko karakterističan za sve tranzicione zemlje, gubi iz vida jednu važnu i nezaobilaznu komponentu. Naime, pravo nastaje i deluje u određenim tradicionalnim, kulturnim i društvenim uslovima, a primenljivost takvog prava zavisi od društvenih mogućnosti i realnih okolnosti društva. Pravne norme ispunjavaju svoje uloge i funkcije samo kada ih podržava niz drugih – moralnih, tradicionalnih, kulturnih, političkih, ekonomskih, društvenih, ideoloških i situacionih uslova. Stoga se pravo i društvena kultura nalaze u naročitoj vrsti funkcionalne i strukturne relacije: pravo je istovremeno, s jedne strane, proizvod društva koliko, s druge strane, normativni tvorac tog društva. Nije, dakle, dovoljno samo „prepisati“ norme Evropske unije, potrebno je stvoriti društveni i kulturni okvir za primenljivo, delotvorno i pravično pravo EU.

Naučno istraživanje harmonizacije našeg prava sa pravom Evropske unije pretpostavlja, pored pozitivno-pravnog i nomotehničkog, uključivanju istraživanje i drugih faktora i činioca koji su samo prividno van užeg pravnog okvira, ali su značajni za bazični proces usaglašavanja i generalni ishod ovog procesa.

2. Priroda Evropske unije

Najvažnije pitanje koje se postavlja vezano za državno-pravni koncept Evropske unije jeste pitanje prirode takve zajednice u odnosu na klasične koncepte prava i državnosti. Posle Rimskog carstva, na evropskom tlu nije zabeležena slična istorijska tvorevina. Nasleđe političke i pravne kulture ne poznaje ni u empirijsko-istorijskom ni u značenjskom smislu sličnu zajednicu, sem što se po selektivnim analogijama može izvesti prividna ili skrivena sličnost sa pojedinim političkim i pravnim obeležjima. Takva „zajednica u nastajanju“ izaziva dileme, nedoumice i konfuzije za svaku članicu a posebno za buduće članice. Evropska unija jeste zajednica sui generis i ima specifičan

korpus karakterističnih crta koje je razlikuju od bilo koje istorijski opredmećene zajednice naroda.

Prvo, ona je velika i kompleksna politička zajednica koja obuhvata veliku teritoriju i mnoge narode različitog ekonomskog, kulturnog i tradicionalnog habitusa sa tendencijom daljeg širenja. Drugo, njena institucionalna evolucija odvijala se pod dominantnim uticajem njenih osnivača – najrazvijenijih i najmoćnijih zemalja ove tvorevine koje su i oblikovale institucionalni dizajn i način njenog funkcionisanja. Treće, ona je složena zajednica zasnovana na konsenzusu nacionalnih političkih elita, odnosno elitarna je tvorevina koja ima jak birokratski aparat uz demokratski deficit u procesu odlučivanja. Četvrto, nacionalne države Evrope koje su je formirale i čine „integrativno jezgro“ ove zajednice poseduju racionalnu tradiciju moderne države sa racionalnim političkim iskustvom i tradicijom vladavine prava i pravne države: racionalno jezgro u liku Nemačke i Francuske predstavlja „lokomotivu“ Evropske unije. Peto, Evropska unija je tvorevina koja je nastala na deficitu klasične državnosti pod uticajem globalnih tehnoloških, ekonomskih i političkih tokova i potrebe nadnacionalnog političkog diskursa. Šesto, procesi odlučivanja i pravne regulative zasnivaju se na principima pluralizma i realizma kojima se izražava složena interesna struktura njenih članica, a proces reprezentacije interesa je kompleksan konsocijativni proces normiranja i oblikovanja javnih politika. Sedmo, i kao posebna karakteristika EU, jeste njena divergentna struktura koja se sastoji od različitih nacionalnih i regionalnih identiteta sa različitim tradicionalnim nanosima i okvirima. Osmo specifičnost odnosi se na njenu nedovršenu prirodu. Naime, ona je u stalnom procesu stepenovane integracije i federalizacije koja se reprodukuje kontekstualno interesnim diskursom njenih ključnih aktera.

Deveto, kriterijumi za članstvo u EU su se menjali, što je uslovljeno sa dva dominantna razloga: jedan je kriterijum diversifikacije a drugi je interesno-gestrateški. Što se tiče prve odrednice kriterijuma, treba reći je on postao značajan sa izvesnošću članstva bivših komunističkih društava koje imaju drugačije i nepovoljnije startne pozicije u pogledu ispunjavanja uslova jer im je drugačija društveno-ekonomska, ideološka i pravna tradicija u odnosu na zemlje zapadne Evrope. Što je veća razlika u društvenom, ekonomskom, političkom i pravnom smislu, i što su potencijalne članice nerazvijenije, što su

manje demokratski konsolidovane a više nestabilne, to su i kriterijumi stroži, a potrebno vreme harmonizacije duže.

Što se tiče drugog razloga koji je interesno-geostrateški, treba reći da je Evropska unija spustila uslovni prag članstva i selektivno odredila njihov integrativni kapacitet. To je posebno došlo do izražaja u slučajevima Bugarske i Rumunije, a najnovije i integrativne korake Ukrajine. Njihov privilegovani status dominantno je određen geostrateškim, bezbednosnim i ekonomskim pretenzijama ka Istoku.

Ne samo uslove za integraciju u EU, već i ukupnu unutrašnju i spoljnu politiku Evropske unije određuju njene najrazvijenije i najmoćnije članice. Nejednaka distribucija moći, uticaja i interesa njenih članica – to je bitna karakteristika Evropske unije. Ne treba izgubiti iz vida da je, pored procesa pridruživanja, i članstvo u EU uslovnog karaktera jer svaka članica mora kontinuirano ispunjavati određene uslove, standarde, mora se usaglašavati i u političkom i pravnom smislu. Svaka disfunkcionalnost članice pretpostavlja korigovanje prema jedinstvenoj politici.

Deseta i najznačajnija karakteristika jeste naučni disenzus oko njene pravne i političke prirode. Čak i naučnici, a da ne govorimo o političkim akterima, nisu saglasni o prirodi ove političke formacije, jer se zaista se radi o tvorevini i pojavi bez presedana koja ne liči ni na jednu dosadašnju pravnu i političku kategoriju. Stoga su pravna i politička nauka suočene sa novim tipom entiteta koji je ne samo teško definisati na osnovu poznatih koncepata i kategorija nauke, već mu je teško i naći, odnosno izumeti ime sa uobličnim pojmovnim značenjem i jasnim tipološkim mestom u klasifikaciji političkih oblika.

Ako se Evropska unija odredi kao kompilacija različitih političkih oblika, onda je njena pojmovna priroda kontradiktorna. Nije čista federalna tvorevina, bez obzira što ima političke, a manje pravne obrise federalizacije i isključive nadležnosti, jer su nacionalne države još značajan veto činilac sa nadležnostima koje nisu tipično federalne. Takođe, možemo reći da nije ni čista konfederalna tvorevina jer ima elemente federalizma preko obavezujućeg pravnog okvira, jedinstvene nadležnosti funkcija, karakteristično učestalih federalističkih procesa i konsesualnih odluka koje su sve češće obavezujuće za članice. Sa druge strane, proces donošenja odluka i pravnih okvira ima više

nivoa, od lokalnog, nacionalnog, međuvladinog i nadnacionalnog; njena nadležnost je koliko isključiva, toliko i podeljena, kompetitivna i komplementarna, dakle nije definisana u poznatim kategorijama suverene nadležnosti ili autonomno kreirane decentralizovane autonomije funkcija.

Danas je snažno raširena arkanska politička praksa u kojoj se politički proces odvija iza institucionalnih kulisa. Što se tiče EU, čini se da proces donošenja političkih i pravnih odluka nije transparentan, pa se stoga danas sve više govori o „skrivenoj politici“ koja nije manifestna i dostupna valorizaciji javnog mnjenja. Suočen sa takvom prirodom zajednice, B. Kovačević političke procese Evropske unije naziva „skriveni federalizam“ imajući u vidu više njenu političku, arkansku, a manje institucionalno-pravnu proceduru (B. Kovačević, 2013).

Što se tiče kovanica „ekstradržava“, „superdržava“, „nadržava“, treba reći da one nisu objektivizovane konstrukcije, bez obzira što složena i kontigentna priroda Evrope prividno nago-ve-štava takvu kategorizaciju, bez obzira što procesi širenja nje-nih granica nagoveštavaju teritorijalnu konglomeraciju, bez obzira na to što je moćan subjekt u međunarodnim odnosima i što ima imperijalne globalne pretenzije. Sa druge strane, njena buduća, pretpostavljena funkcionalna uobličenosť i pun suverenitet samo nagoveštavaju njenu superiornost i etatološku nadmoćnost.

Državotvornost Evropske unije u klasičnom poimanju suverenosti je značajno okrnjena nepostojanjem jedinstvene evropske pravne i političke kulture, odnosno jedinstvenog evropskog državljanškog, građanskog identiteta. Sistem identifikacija njenih stanovnika još uvek je primarno nacionalni, oblikovan procesima nacionalne i patriotske socijalizacije. Stupar smatra da je suštinski deficit Evropske unije nepostojanje „evropskog građanina“ (Stupar, 2006). Ako se i traže obrisi evropskog identiteta, on je izrazito posredovan nacionalnim institucijama, i delegativan nacionalnim reprezentativnim elitama. Sa druge strane, proces stvaranja evropskog identiteta je značajno omeđen otuđenim i dalekim centralnim evropskim institucijama jer, što je više posredovan odnos između građana i vrhovne institucionalne vlasti, to je i identitet manji. Dakle, višestepena vertikalna institucionalna struktura otežava proces identifikacije građana sa centralnim evropskim institucijama vlasti i moći.

Ako ima u vidu sam naziv Evropska *unija*, onda treba poći od toga da dosadašnji pojam unija, bez obzira da li je u pitanju personalizovan ili realni oblik, u normativnom smislu daleko uži, jer je u empirijskom obliku Evropska unija po opsegu daleko integrisanija i čvršće strukturirana tvorevina u odnosu na labavi savez klasično suverenih država. Ona liči na personalni savez nacionalnih elita, ali po obuhvatnosti integrativnih sfera ona prevazilazi parcijalnu i personalnu ravan.

Realni kulturni, ekonomski i politički procesi globalne povezanosti država i naroda svojim empirijskim svojstvima nadilaze klasične političke i pravne koncepte i predstavljaju naučni izazov za stvaranje novih pojmova ili pak pridavanje drugačijih i novih značenja postojećim. Svaka nova formacija stvara neizvesnost očekivanja njenih aktera.

Stoga bismo, koristeći se metodskim sindromom deskriptivnih karakteristika, EU mogli definisati kao mešoviti pravno-politički oblik zajednice, heterogenu, kompleksnu, kontigentnu, postmodernu, geostratešku, multikulturalnu, globalnu tvorevinu, elitarnu konsocijaciju, sa nejednakom distribucijom političke i ekonomske moći njenih članica, koja funkcioniše kontekstualnim konsenzusom političkih elita. Može se definisati i kao razvojna zajednica identitetski različitih nacionalnih država koja je u procesu stalnog traženja institucionalno-integrativnog okvira, „nedovršena zajednica“ bez definitivnog, relativno trajnog, koherentnog oblika, sa elementima različitih oblika uređenja, vlasti i režima. Kao surogat državne i političke zajednice ona nema dovoljno preovlađujućih i bitnih karakteristika svojstvenih jednom tipu – modelu političke formacije, već je kontekstualno-situaciona zajednica u nastajanju koja svoju kontradiktornu prirodu obezbeđuje funkcionalnim konsenzusom nacionalnih političkih elita. Dakle, rađa se, bez obzira na njenu poluvekovnu istoriju, novi društveni, institucionalni, ideološki, teritorijalni, procesno-razvojni, pravni i politički oblik zajednice kome je teško dati ime – pojam. Što proces stvaranja društvene, institucionalne, identitetske strukture bude dobijao značajnije i jasnije formativne i supstancijalne konture ove zajednice, to će biti i manje aporija oko njene pojmovne prirode.

Tvorevina sa ovakvim karakteristikama predstavlja izazov za svaku potencijalnu članicu a proces pojedinačne integracije svake potencijalne

članice predstavlja veliki izazov u procesu usaglašavanja društvenih sistema. Stoga je kognitivni i institucionalni kapacitet Srbije u startu deficitaran, smanjen a time i otežan, ne samo u procesu usaglašavanja do punopravnog članstva, već i smislu prilagođavanja Srbije kao buduće članice, koja će u toj složenosti i raznorodnosti uspeti da izrazi, reprezentuje i ostvari posebne sopstvene nacionalne interese i interese/potrebe njenih građana.

Srbiju opterećuju tradicionalni premoderni legati, neizgrađena državna struktura, nepostojanje diferencirane javne odgovornosti, pravne države, autoritarni karakter države i prava, partijsko-elitistički, birokratski klijentelizam, ekonomski nerazvijeno društvo i nekonkuretna privreda, premoderne političke i druge identifikacije ljudi, poluperiferni položaj, neizgrađena kompetitivna i pluralistička struktura društva.

Problematizujući protivrečnost između srpskog društva i evropskih imperativa integracije, uz navedene sporove u nauci oko prirode evropskog projekta, ovde ćemo se usmeriti na one fragmente naše pravne i političke tradicije koji se odnose na autoritarnost prava, pravni diskontinuitet, pitanje primenljivosti prava i dinstintivne karakteristike srpskog društva.

3. Karakter države i prava

Našu državno-pravnu tradiciju karakteriše autoritarnost, patrimo-nijalni etatizam, personalizovani karakter institucija i deficit vladavine prava. Nasleđe autoritarnog prava određuje se ne samo kao neizvesnost uspostavljanja konstitucionalizma već i spoznaja prava i njegova funkcija u društvu. Pravo socijalističkih i komunističkih režima bilo je autoritarno pravo, s obzirom na njegovo stvaranje i materijalne izvore i na njegov karakter i delotvornost u praksi. Oktroisana, arbitrerna istina društva transponovana je u apstraktan pravni tekst. Monopol tumačenja interesa i ciljeva društva bio je u rukama jednopartijskog vrha. Socijalistička ustavnost je bila karakteristična po faktičkoj nemoći ustava i zakona. Moć birokratizovanog partijskog liderstva, koje je uživalo nekritičku podršku naroda, dovela je do praktične devalvacije ustava i zakona. „Revolucionarna pravda“ kao apstrakcija bila je rekonstruisana volja vladajuće partijsko-birokratske klase i radničkih

očekivanja. Svi socijalistički ustavi su bili svojevrsni „katalog“ prava i sloboda koji je bio u velikoj diskrepanci sa realnim stepenom njihovog ostvarenja.

Autoritarna partijska anestezija prava protekla se i u postkomunizam i učinila zavisnim pravni, a naročito pravosudni sistem, u odnosu na izvršnu i zakonodavnu vlast (legislativu i egzekutivu). Prevalencija partijske moći u odnosu na pravo, prevalencija izvršne vlasti nad zakonom i zavisnost institucija uopšte je bitna značajka postkomunističkog ustavnog i pravnog poretka. Funkcionisanje pravnog sistema nije podrazumevana, sama po sebi, automatizovana primena prava, već je uvek potreban neki spoljašnji, heterogeni „faktor“ koji utiče na pravne procese bilo da ih ohrabruje ili osujećuje. To je suština autoritarne primene prava, naime uvek je potreban „mig odozgo“, povoljan politički kontekst ili trenutna konstelacija interesa.

Pravna kultura u tranziciji ima i populistički karakter i ogleda se u pravnoj kvalifikaciji bez legitimnog pravnog osnova. Takvi populistički maniri imaju dobru prohodnost u društvu koga razdire „osećanje nepravde“ i nezadovoljstvo postignućima tranzicione politike. Demagoško isterivanje pravde van i nasuprot nadležnih institucija, u uslovima obespravljenosti pojedinaca, postaje „uverljivo“ kao način borbe protiv kriminala i korupcije. Tako, dakle, autoritarni populisti poentiraju u društvu bez pravne kulture.

Nasleđe faktičke nemoći ustava i zakona bilo je naročito vidljivo i vremenu tzv. konstitucionalizacije revolucije (Podunavac, 2006), kada je potrebno stvoriti pravne pretpostavke demokratske tranzicije. Ustav nije zaživeo kao osnovni oblik normativne integracije novog političkog sistema posle promene starog sistema, a saglasnost oko osnovnih vrednosti i dobara ili „ustavni ugovor“ nije značio početak oblikovanja novog kolektivnog i političkog identiteta. Moć ustava u postkomunizmu označava nemoć oblikovanja i implementacije novog poretka, nemoć kreacije institucionalnih uslova za demokratsko političko ponašanje. Pretpostavka pravne tranzicije je autonomija pravnog sistema, dok je partijska heteronomija pravnog sistema glavno obeležje. Onaj ko je kolonizovao pravo, i društvo u celini, taj ga mora i osloboditi. Zato je emancipacija pravnog sistema u odnosu na druge uticajne i moćne podsisteme i strukture neophodna pretpostavka i za evropske integracije.

Konstitucionalizacija tranzicije i demokratske konsolidacije je sastavni i najvažniji deo svake normativne strategije društva. Ona ne sme da bude samo apstraktna normativnost, već mora uvažiti stanje spremnosti društva i projektovati poželjna društvena i politička ponašanja. Ustav oblikuje i utemeljuje opredeljen vrednosni i interesni sistem društva. Ustavna politička kultura se odnosi i na konstitucionalizaciju političkog ponašanja i vladanja i na ustavnu kulturu ljudskih prava i sloboda.

Shvaćen kao instrument vladanja i normativne stabilizacije vlasti u promenljivim političkim odnosima snaga, ustav je postao mera političkog interesa a izborna zakonodavstva autoritarni legalizam za osvajanje, stabilizovanje i učvršćenje vlasti i moći. Većina postkomunističkih ustava su kratkoročne normativne taktičke kalkulacije interesa elita i kriminalizovanih tržišnih monopolista, bez dugoročnih anticipacija, jasnih, realnih i racionalnih vizija razvoja.

Moć ustava i zakonodavstva omeđena je faktičkim odnosima koji su često iznad ili izvan njegove regulativne funkcije. Tako je ustavna politička kultura formirana izvan osnovnih principa vladavine prava. Svest o ljudskim pravima i slobodama i svest o potrebi ustavno-pravnog limitiranja vlasti i moći je sastavni deo pravne, odnosno ustavne kulture. Politički i partijski autoritarizam uz odsustvo liberalno-individualne demokratske tradicije predstavlja veliki legat socijalizma koji ometa izlazak iz vladavine samovolje i prelazak u vladavinu prava (S. Kovacevic, 2014).

4. Pravni diskontinuitet

Noviju državotvornu pravnu istoriju karakteriše izraziti pravni diskontinuitet koji se izražava na dva načina: u prvom, diskontinuitet se izražava u smeni različitih i suprotnih, međusobno isključivih društveno-političkih sistema koje je pratilo njima saobrazno pozitivno pravo, i, u drugom, u okviru jednog tipa sistema javljaju se veoma česte promene zakonskih propisa. Ovaj prvi način možemo nazvati i longitudinalni pravni diskontinuitet koji je stvorio različite i separatne prakse u shvatanju i praktikovanju prava. U toj smeni različitih političkih i pravnih oblika ustanovila se pojava tzv. negativne pravne tradicije. Svaka naredna društveno-politička formacija nastajala je na ruševinama i

radikalnim promenama prethodne formacije i počinjala izgradnju zajednice pa i pravnu integraciju zajednice iz početka. Svaki period, pretkomunistički, komunistički i postkomunistički naše pravne tradicije, selektivno je percipiran i opredmećen kako u laičkoj tako i profesionalnoj pravnoj svesti i ostao ne-dvršen u svojoj shvatljivosti i primenljivosti.

Česta promena ustava i zakona unutar jedne političke i pravne formacije rezultat je deficita normativnog procesa tako karakterističnog za našu pravnu kulturu. Svaki proces normativno-pravne kreacije mora polaziti od postojeće interesno-vrednosne strukture društva, ali i od teleologije normiranja.

Veoma česte promene ustava i zakona rezultat su, kako već navedenog i analiziranog autoritarnog karaktera prava i potrebe stabilnosti vlasti, tako i same filozofije normativnog procesa. Proces normiranja društvene stvarnosti zasniva se na nekoliko temeljnih pretpostavki: prvo, onaj ko normira mora poznavati prirodu stvarnosti koju normira, a posebno interesno-vrednosnu strukturu i strukturu potreba društva; drugo – mora poznavati bazične i karakteristične konfliktne linije društva.

Treća pretpostavka normiranja odnosi se na anticipativnu prirodu prava koja je uslovljena sa prve dve pretpostavke: bez poznavanja osnovnih, karakterističnih, bazičnih, konfliktnih i razvojnih linija društva, pravo ne može pratiti realnost i biti refleksivni pratilac društvenih zakonomernosti. Tradicija naše normativne prakse je upravo drugačija i izražava se u dvostrukom i protivrečnom smislu: sa jedne strane, pravo je uvek kasnilo za društvenom dinamikom, a sa druge strane, ono je uvek nailazilo na otpore nasleđenih navika.

Tako je stvorena jedna dihotomna vrsta diskontinuiteta: vertikalna kroz pravne generacije i horizontalna unutar jedne pravne generacije stvaranja i primene prava.

5. Stvaranje i primena prava

Shvatanje i praktikovanje prava u srpskoj i evropskoj perspektivi treba analizirati sa stanovišta prenormativnog, materijalnog, interesno zadatog procesa normiranja. Kao što smo videli, stvaranje prava u Srbiji uvek je bilo autoritarno, dogmatsko i monopolizovano, za razliku od evropske prakse, u

kojoj je snažno praktikovana empirijsko-konsensualna, pluralistička, diskurzivna i interpretativna dimenzija stvaranja pa i primene prava. Rodin dolazi do nalaza da evropska i postkomunistička Evropa imaju različite pravne tradicije: prva se zasniva na diskursu, a druga na autoritarnosti (S. Rodin, 2005).

Akteri stvaranja i interpretacije evropskog prava su po obuhvatu brojniji, po interesnoj datosti reprezentativniji, po konsesualnom kapacitetu delotvorniji. Posebno vodeće države Evropske unije imaju već reprezentativnu tekovinu i standard razvijenosti moderne državnosti i javno-pravne odgovornosti. Već stvoreno i delujuće pravo Evropske unije je po svojoj prirodi kontekstualno interpretativno. Bez obzira na to da li se radi o stvaranju ili primeni prava, evropsko pravo je fleksibilno i primenljivo, odnosno primenjeno.

Karakteristika svih dosadašnjih pravnih sistema Srbije (parlamentarna monarhija, socijal-komunizam, tranziciono pravo) jeste pitanje primenjenosti, odnosno primenljivosti prava. Normativna pravna tradicija nije praćena i faktičkom pravnom tradicijom koja je saobrazna normi. Između onoga što „treba“ i onoga što „jeste“ uvek je postojala učestala i pretežna nepodudarnost. Problem pravne implementacije kao tradicionalno zadat ogleda se posebno u istorijskoj činjenici da je Srbija imala najviše ustava u svojoj istoriji, a nikad nije bila ustavna pravna država. Ova pojava devalvira značaj i funkciju prava i, istovremeno, pokazuje predominaciju tradicionalno nasleđenih društvenih odnosa koji su daleko od pretpostavljene pravne teleologije ustavnog okvira. Šta više, ova pojava je suprotna i pretpostavljenom imperativu implementacije prava, kao evropske pravne tekovine.

Između normativnog i stvarnog postoji nekoliko nivoa kongruencije: prvi je pojedinačno učestala nepodudarnost koja je svojstvena svakom pravnom sistemu bez koje bi pravni sistem bio izlišan; drugi nivo inkongruencije vezan je za određeni aspekt stvarnosti koja je van regulativnog domašaja prava; treći se odnosi na pretežno učestalu i karakterističnu nepodudarnost vezanu za mnoge aspekte društvenog života; i četvrti nivo inkongruencije je potpuna nepodudarnost između norme i stvarnosti koja je uvod u revolucionarne promene. U pravnoj tradiciji Srbije, u zavisnosti od stabilnosti političkog režima, uvek smo imali na delu drugi, treći i četvrti stepen inkongruencije.

Imajući u vidu više empirijsku, a manje normativnu stranu usaglašavanja, kongruencija pravne tradicije Srbije sa pravnim tekovinama Evropske unije, govori da je prisutna sferna i učestala nepodudarnost u pogledu izvesnosti primene prava. Naime, u zapadnoj tradiciji pravo ima značaj, smisao i funkciju samo ako je pravo primenjeno i primenljivo, a proces normiranja se shvata kao odgovoran proces koji treba da izražava s jedne strane interesne pozicije društvenih aktera, a sa druge strane mora da bude dovoljno fleksibilan i anticipativan da bi pratio razvoj društvenih odnosa. Navedeni nivoi inkongruencije norme i stvarnosti govore nam da naše pravo nije integrisana celina jer pravo ima značaj i funkciju samo ako je primenjeno odnosno primenljivo.

6. Društvo i pravna kultura

Politika i pravo Evropske unije postoje nasuprot divergentnim i heterogenim nacionalnim državnim društvima. Autoritativna politička i pravna reintegracija postkomunističkog evropskog društvenog prostora je posebno indikativna jer su bivše komunističke zemlje, a posebno Srbija, opterećene drugačijim kulturnim, ekonomskim, naravno pravnim, ideološkim i drugim karakteristikama koje su prilično udaljene od očekivanog modela evropskog društva.

U odnosu na dosadašnja tranziciona društva koja su integrisana u evropsku zajednicu naroda, srpsko društvo je izrazito siromašno, ekonomski nerazvijeno, slabo interesno strukturirano, neupravljivo, normativno i vrednostno zapušteno, teško prilagodljivo u odnosu na nužne promene. Nasleđe socijalno-ekonomskih prava usporava usvajanje liberalno-demokratske orijentacije i prilagođavanje modelu tržišne kompeticije. Usvojen model personalizovanog autoriteta i jednopartijske države, danas preobražen u sistem partijske države, odnosno sistem autoritarnog partijskog liderstva, usporava izgradnju samostalnih, nezavisnih i funkcionalnih institucija države.

Stanje spremnosti za evropske integracije možemo posmatrati i u odnosu na pravnu kulturu srpskog društva. Ona je po razvojnosti prelazna pravna kultura između podaničko-autoritarne i demokratske kulture ljudskih prava. Prema

kriterijumu izvesnosti i anticipativnosti ne obezbeđuje pravnu sigurnost i predvidljivost interesnog delovanja. S obzirom na aksiološki kriterijum, ona je izrazito inkongruentna sa normativno-vrednosnom tradicijom modernih društava. Uzimajući u obzir značaj prava kao regulativnog sistema društva, ona je više okrenuta tradicionalnim i anomičnim procesima koji su često u suprotnosti sa važećim normama. Norme koje propisuju individualna prava, podelu vlasti, nezavisnost institucija, postale su neukorenjene u društvu sa antiliberalnom, organskom, kolektivističkom tradicijom. S obzirom na političko-partijsku određenost prava, pravna kultura u Srbiji je populistička, klijentelistička, sa vidljivom praksom manipulacije pojmovima, interesima i potrebama društva.

Pravna kultura, posebno ustavna pravna kultura Srbije, ne samo da je inkongruentna sa njenim važećim, kodifikovanim pravom, već i sa evropskom društvenom pravnom kulturom. Pravna kultura, sa stanovišta integrativnog kapaciteta Srbije, mora se posmatrati sa nekoliko značajnih stanovišta: lingvistike prava, hermeneutike prava, sociologije prava i politikologije prava. Ovakva slojevitost pravne kulture (S. Kovacevic, 2014), navodi nas na obuhvatno, integralističko poimanje procesa harmonizacije. Tranzicioni procesi evropskih integracija moraju obezbediti potreban i dovoljan stepen društvenog konsenzusa bazičnih struktura. Vrednosti i norme kojima se teži moraju biti utemeljene u društvenoj, političkoj i pravnoj kulturi društva a pisana norma biti primenjena i primenljiva. Ako lingvistički i hermeneutički aspekt važećeg prava nema dovoljno društvenih, ekonomskih, kulturnih, političkih i drugih mogućnosti za primenu, onda pravo nije funkcionalni i delotvorni regulativni sistem zajednice.

Literatura

Kovačević, B. (2013). *Skriveni federalizam*. Beograd: Albatros

Kovacevic, S. (2014). Reflections on Constitutional Culture of Transitional Societies. *Iustinianus Primus Law Review*. 9. 1-13

Podunavac, M. (2006). *Poredak, konstitucionalizam, demokratija*. Beograd: Čigoja

Rodin, S. (2005). Diskurs i autoritarnost u evropskoj i postkomunističkoj pravnoj kulturi. *Politička misao*. 3. 41-64

Stupar, M. (2006). Pojam evropskog građanina. *Filozofija i društvo*. 3. 9-27

Slaviša Kovačević, LL.D.

Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

The Legacy of Legal Culture and Serbia's European Integration

Summary

In the context of the EU integration, it is certainly insufficient to harmonize only the positive law and the institutional regulatory framework. In order to provide for the implementation and application of the positive law, the political and legal culture must be congruent with the legal tradition of the European Union. The "implantation" of legal institutes is a fashionable trend common to all transition countries, which fail to recognize a significant and inevitable fact that law is created and applied in the country-specific traditional, cultural and social context. Legal norms achieve their intended purpose only when they are reinforced by a number of other traditional, cultural, political, economic, and social circumstances. Hence, there is a specific functional and structural relation between law and social culture: on the one hand, law is the product of society; on the other hand, law is also the creator of social norms. Consequently, instead of "copying" the legal norms of the European Union, it is necessary to create a social framework for the implementation of applicable, effective and equitable EU law.

In addition to nomotechnics, scientific research on the "harmonization of Serbian law with the EU law shall include the analysis of other factors, which are only apparently outside the legal framework but which are important for the general outcome of this process.

(1) Our legal culture is largely authoritarian, which is evident in the prevalence of power in the process of making and applying the law and in the dependence

of the judicial system from the executive branch of government. Law is an instrument of political power of the legally unaccountable executive branch of government. The authoritarian legal rules are not an expression of reason, prudence, wisdom and general public interest but a temporary constellation of interests of power-holders while the normative activity is a short-term tactics for accomplishing these interests. As the public interest is defined and normatively framed in line with these interests, there are diverse quasi-techniques which reflect the arbitrary application of law.

(2) The recent state-building legal history is characterized by a prominent legal discontinuity, which has two forms of expression: first, legal discontinuity is a result of frequent changes of different and often conflicting socio-political systems of government, which are necessarily accompanied by respective changes in the positive legislation; second, discontinuity may also be a result of frequent legislative changes within a specific type of legal system. Such practices give rise to contradictions and polarizations in the legal culture and legal socialization.

(3) The common feature of all legal systems (thus far) is the problem of applying the law, or the applicability of the normative framework. The normative legal tradition is not accompanied by the consistent factual application of the envisaged norms. Frequently, there is a prominent incongruity between the norm and the actual state of affairs. In addition to undermining the important function of law, this phenomenon shows the prevalence of traditional legal heritage in Serbian social relations.

(4) In comparison to transition countries which have meanwhile been integrated into the European Union, the Serbian society is poverty-stricken, economically devastated, inadequately structured in terms of public/private interests, normatively underdeveloped and value-barren; as such, it is difficult to administer and hard to change. The heritage of socio-economic relations slows down the reception of the liberal-democratic system and the adjustment to the model of competitive market economy. The former model of irrational authority of a powerful leader and a single-party system has been transformed into the party-state system (partocracy) involving the dominant role of the

authoritarian party leadership, which slows down the development of independent, autonomous and fully functional state institutions.

All these developments undermine the harmonization process which presumes the minimum level of social compatibility between the harmonization model and the society which is being harmonized.

Key words: European Union, Serbia, authoritarian legal culture, discontinuity, incongruency, social legal framework.

Sanja Marjanović,*
Asistent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

NAUČNI ČLANAK

UDK: 341.9(497.11:4-672EU)

Rad primljen: 01.09.2014.

Rad prihvaćen: 01.12.2014.

UTICAJ HAŠKIH KONVENCIJA O MEĐUNARODNOM PRIVATNOM PRAVU NA USKLAĐIVANJE PRAVA SRBIJE SA PRAVOM EU U MATERIJU ZAŠTITE DECE**

Apstrakt: Promenom Statuta Haške konferencije za međunarodno privatno pravo (2007. godine) dozvoljeno je i regionalnim ekonomskim organizacijama da postanu članice ove prestižne svetske organizacije (novi član 3 Statuta). EU je iskoristila ovu mogućnost i 2007. godine postala prva međunarodna organizacija, članica Haške konferencije. Posmatrano iz ugla EU, ova promena je označila novu eru u njenom radu na polju međunarodnog privatnog prava. Naime, proces nastanka međunarodnog privatnog prava EU u određenoj meri je zasnovan na prilagođenoj recepciji pojedinih konvencija donetih u okrilju Haške konferencije. U materiji zaštite dece to se ispoljava u dva vida. Prvi podrazumeva direktni uticaj haških konvencija jer EU preuzima konvencijska „haška rešenja“ ili vrši njihovo prilagođavanje (evropeizaciju) za sopstvene potrebe. Drugi vid je indirektni i on se zasniva na podsticanju država članica EU da ratifikuju one haške konvencije kojima se EU ne može neposredno obavezati. Pored toga, u radu autor analizira i značaj koji bi za Srbiju imala ratifikacija Haške konvencije o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i saradnji u materiji roditeljske odgovornosti i mera za zaštitu dece (1996) i Haške konvencije o međunarodnom ostvarivanju izdržavanja dece i drugih oblika porodičnog izdržavanja (2007).

Ključne reči: Haška konferencija za međunarodno privatno pravo, međunarodno privatno pravo EU, Haška konvencija 1980, Haška konvencija 1996, Haška konvencija 2007, Haški Protokol, Regulatorna Brisel IIbis, Regulatorna Izdržavanje.

* sanja@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu: „Usklađivanje prava Srbije sa pravom EU“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu u periodu 2013 – 2018 godine.

1. Uvod

Haška konferencija za međunarodno privatno pravo je promenom svog Statuta (2007. godine) dozvolila i regionalnim ekonomskim organizacijama da postanu članice ove prestižne svetske organizacije (novi član 3). Evropska unija je iskoristila ovu mogućnost i iste godine postala prva međunarodna organizacija - članica Haške konferencije. Time su stvorene pretpostavke za buduću saradnju dveju organizacija. Posmatrano iz ugla EU, ova promena je označila novu eru u njenom radu na polju međunarodnog privatnog prava. Naime, proces nastanka međunarodnog privatnog prava EU u određenoj meri je zasnovan na *prilagođenoj recepciji* pojedinih konvencija donetih u okviru Haške konferencije. Taj proces se najpre uočava kada je reč o haškim konvencijama iz oblasti procesnog međunarodnog privatnog prava.¹ Pored toga, odredbe pojedinih haških konvencija poslužile su kao inspiracija za formulisanje odgovarajućih odredaba u regulativama EU.²

Međutim, još značajnije, specifičan uticaj *svetskog* međunarodnog privatnog prava (koje nastaje u okviru Haške konferencije) na *regionalno* (koji nastaje u EU), najizraženiji je upravo u materiji zaštite dece i ispoljava se u dva vida. Prvi podrazumeva *direktni* uticaj haških konvencija, tako što EU u *neizmenjenom*

¹ Haška konvencija o dostavljanju sudskih i vansudskih akata u građanskoj i trgovačkoj materiji u inostranstvu (*Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 1/2010 i 13/2013) i Haška konvencija o izvođenju dokaza u građanskoj i trgovačkoj materiji u inostranstvu (*Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 1/2010 i 13/2013) poslužile su kao model za regulative EU – Regulativu o dostavljanju u državama članicama sudskih i vansudskih akata u građanskoj i trgovačkoj materiji (*Regulation (EC) No 1393/2007 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (service of documents), and repealing Council Regulation (EC) No 1348/2000*, OJ L 324 of 10.12.2007) i Regulativu o saradnji sudova država članica u izvođenju dokaza u građanskoj i trgovačkoj materiji (*Council Regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters*, OJ L 174, 27.6.2001).

² Iako do danas nije stupila na snagu, odredbe Haške konvencije o nasleđivanju zaostavštine umrlih lica (1989) koje se odnose na ugovore o nasleđivanju (čl. 9 i 10), poslužile su kao model za odredbe čl. 25 Regulative o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i prihvatanju i izvršenju verodostojnih isprava u materiji nasleđivanja i stvaranju Evropskog sertifikata o nasleđivanju (*Regulation (EU) No 650/2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession*, OJ L 201/107).

vidu preuzima konvencijska „haška rešenja“ (u materiji izdržavanja) ili vrši njihovo prilagođavanje (evropeizaciju) za sopstvene potrebe (otmica dece) (2). Drugi vid uticaja je *indirektni* i on se zasniva na podsticanju država članica EU da ratifikuju one haške konvencije kojima se EU ne može neposredno obavezati (roditeljska odgovornost) (3). Oba ova procesa predstavljaju *delimičnu unifikaciju* ili, ako unifikacija nije željeni cilj, *delimičnu harmonizaciju* međunarodnog privatnog prava EU sa onim stvorenim u okviru Haške konferencije. Pored toga, korelacija između haškog i evropskog sistema zaštite dece ima uticaja i na stvaranje sistema za zaštitu dece u međunarodnom privatnom pravu Srbije *de lege lata* i *de lege ferenda* (4).

2. Direktni uticaj modernog haškog sistema zaštite dece na međunarodno privatno pravo EU

Haške konvencije o zaštiti dece direktno utiču na regulative EU na dva načina - neposrednim pozivanjem na Haški protokol o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja³ (Protokol) i oslanjanjem na rešenja Haške konvencije o međunarodnom ostvarivanju izdržavanja dece i drugih oblika porodičnog izdržavanja⁴ (Konvencija 2007) u Regulativi 4/2009 o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i saradnji u materiji izdržavanja (Regulativa Izdržavanje).⁵ S druge strane, evropeizacija rešenja Haške konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece⁶ čije su ugovornice sve države EU (dalje Konvencija 1980) u Regulativi o nadležnosti, priznanju i izvršenju presuda u bračnim stvarima i materiji roditeljske odgovornosti (Brisel *Ilbis*)⁷ takođe predstavlja direktni uticaj *haških rešenja* na evropski sistem zaštite dece. Tako je EU stvorila dvostruki kolosek povodom odlučivanja o povratku deteta - države EU između sebe

³ *Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 1/2013.

⁴ *Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance*.

⁵ *Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations*, OJ L 7, 10.1.2009.

⁶ *Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 7/91.

⁷ *Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000*, OJ L 338, 23.12.2003.

primenjuju *evropeizovana* rešenja Brisel *Ilbis*, a Konvenciju 1980 (u izvornom obliku) u odnosu prema svim drugim državama ugovornicama. U slučaju Regulative Izdržavanje, reč je onome što je *Beaumont* nazvao principom „obrnute supsidijarnosti“ (Beaumont, 2009: 510-513), dok je u pogledu Brisel *Ilbis* primetna specifična *regionalizacija* Konvencije 1980 (prilagođavanje za potrebe država EU). Razmotrimo bliže ova stanovišta.

2.1. Regulative Izdržavanje i Protokol

Regulative Izdržavanje jedan je od retkih instrumenata međunarodnog privatnog prava EU koji objedinjuje sve njegove celine – nadležnost, merodavno pravo, priznanje i izvršenje odluka. Specifična je po tome što je po prvi put kao direktni izvor međunarodnog privatnog prava EU preuzeta konvencija Haške konferencije. Reč je o Protokolu, na čiju primenu upućuje član 15 Regulative Izdržavanje. Ideja o ovakvoj sinergiji između EU i Haške konferencije nije postojala od samog početka. Svojevremeno su u Predlogu Regulative o izdržavanju⁸ bile sadržane i kolizione norme, a uobičajeno boravište poverioca je bilo dominantna tačka vezivanja. Budući da je rad na Protokolu i Regulativi Izdržavanje tekao skoro paralelno (Borrás, 2012: 111), unifikacija kolizionih normi u okviru EU nije se činila posebno korisnom budući da se rešenja nisu bitno razlikovala od onih sadržanih u Protokolu. Dakle, od odvojenog regulisanja ne bi bilo naročite koristi. Pored toga, ukoliko bi se rad na merodavnom pravu za obaveze izdržavanja skoncentrisao u okvirima Haške konferencije, onda bi takva univerzalna konvencija mogla da privuče i druge države koje imaju interesa da unifikuju svoje kolizivne norme sa kolizionim normama EU (Beaumont, 2009: 521).⁹ Stoga se EU okrenula

⁸ *Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations* {SEC(2005) 1629}, COM/2005/0649 final - CNS 2005/0259.

⁹ Na kraju se to i desilo, iako su van EU samo malobrojne države bile zainteresovane za unifikaciju kolizionih normi o obavezama izdržavanja (posebno Japan, Švajcarska i Kina (Makao). Ipak, Protokol je, pored EU, ratifikovala za sada samo Republika Srbija. Razlog za ratifikaciju je u našem slučaju bila upravo težnja da svoje kolizivne norme u ovoj materiji unifikujemo sa EU. Doduše, mi nismo jedina država koja je preuzela Protokol. Naime, Crna Gora se, umesto ratifikacije, odlučila da direktno preuzme njegova osnovna rešenja u svojoj novoj nacionalnoj kodifikaciji međunarodnog privatnog prava. Videti čl. 90-98 Zakona o međunarodnom privatnom pravu, *Službeni list Crne Gore*, br. 1/2014.

Protokolu i intenzivno učestovala u njegovom donošenju (Dechamps, 2011: 803). Kao posledica toga, unošenje odredbe koja upućuje upravo na primenu Protokola i uspostavljanje dva mehanizma priznanja stranih odluka (u zavisnosti od toga da li je država EU obavezana Protokolom), predstavlja najveću promenu nakon rasprave o Predlogu Regulative Izdržavanje.¹⁰

Štaviše, to je prvi put da se u međunarodnom privatnom pravu EU uvodi dvostruki kolosek priznanja i izvršenja odluka između država članica EU. Naime, *evropski* sistem priznanja predstavlja kamen temeljac sudske saradnje u evropskom procesnom pravu. Međutim, u materiji izdržavanja dolazi do odstupanja od uobičajenih rešenja u prethodnim regulativama.¹¹ U tom smislu, Regulativa Izdržavanje predviđa da se odluke o izdržavanju koje potiču iz država obavezanah Protokolom automatski priznaju, dok su mogućnosti za odbijanje izvršenja neznatne.¹² Nasuprot tome, postupak priznanja i izvršenja odluka koje potiču iz država koje nisu obavezane Protokolom vraćen je u okvir uveden Regulativom Brisel I,¹³ pri čemu pravilo o automatskom priznanju ostaje da važi i dalje. No, sud može odbiti priznanje odluke iz tradicionalnih razloga.¹⁴ Pored toga, da bi odluka doneta u državi članici, koja nije obavezana Protokolom, bila izvršena u drugoj državi EU, ona mora biti proglašena izvršnom, s tim što postoji i pravo žalbe.¹⁵ Nadležni sud može poništiti ili odbiti proglašenje strane odluke izvršnom samo iz onih istih razloga kojima je uslovljeno priznanje.¹⁶

Udvajanje koloseka priznanja i izvršenja je utoliko više neobično jer je kriterijum *poreklo* kolizione norme. Naime, do sada je ukidanje egzekvaturе bilo uslovljeno samo unifikovanim normama o direktnoj nadležnosti. Drugim rečima, procesne garancije u pogledu pravičnosti postupka bile su dovoljne za

¹⁰ Protokolom nisu obavezani Ujedinjeno Kraljevstvo i Danska.

¹¹ Reč je o *Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council OF THE EUROPEAN OF 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast)*, OJ L 351/1 of 20.12.2012 i Brisel Ibis.

¹² Član 24. Regulative Izdržavanje.

¹³ *Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters* OJ L 12, 16.1.2001.

¹⁴ Očigledna suprotnost javnom poretку, povreda prava na odbranu, *res iudicata* (čl. 24 Regulative Izdržavanje).

¹⁵ Čl. 32-34 Regulative Izdržavanje.

¹⁶ Čl. 37 Regulative Izdržavanje.

ukidanje egzekvatur (Ancel, Muir-Watt, 2010: 479). Međutim, sada je stepen slobodne cirkulacije odluka o izdržavanju unutar EU u direktnoj vezi sa poreklom kolizione norme. Primera radi, čak i da nadležni organ u Ujedinjenom Kraljevstvu (koje nije obavezano Protokolom) primeni isto pravo do koga bi se došlo i na osnovu odgovarajuće kolizione norme Protokola, takva odluka ipak mora da prođe potpunu kontrolu prilikom priznanja i izvršenja u drugim državama EU. Ovakvo rešenje je izazvalo nedoumice u evropskoj (posebno francuskoj) doktrini jer je ukidanje priznanja uvek bilo vezano za procesna pitanja (Ancel, Muir-Watt, 2010: 478-480). U tom smislu, smatra se da zamenjivanje proceduralnih uslova usaglašenošću u kolizionoj sferi podrazumeva da sudija po službenoj dužnosti treba da obezbedi poštovanje kolizione usaglašenosti na osnovu Protokola, kao i valjanu primenu merodavnog prava (Ancel, Muir-Watt, 2010: 478-480). Ipak, koliziona usaglašenost nije zamenila u potpunosti usaglašenost na nivou postupka i nadležnosti jer je i ta materija unifikovana. Štaviše, procesna usaglašenost ne obuhvata samo direktnu nadležnost već i sistem procesnih garancija (ispitivanje nadležnosti, član 10; ispitivanje prihvatljivosti, čl. 11; litispendencija i koneksni sporovi, čl. 12 i 13). Uzimajući sve to u obzir, zaista se ne bi moglo tvrditi da procesne garancije nemaju nikakvog uticaja na ukidanje egzekvatur. Naprotiv, pre bi se možda moglo reći da je u slučaju izdržavanja uslov za nesmetanu cirkulaciju sudskih odluka pooštren u odnosu na druge materije. Tako, osim procesne usaglašenosti, ovde je potrebno da postoji i usaglašenost merodavnog prava. Možda je zapravo glavni cilj ovakvog neuobičajenog rešenja, pored postizanja rezultata *in favorem creditoris*, ujedno i vršenje „mekog“ pritiska na države obavezane Regulativom Izdržavanje da prihvate unifikaciju kolizionih normi izvršenu Protokolom. U prilog tome govori činjenica da je to za sada jedina regulativa u materiji porodičnog međunarodnog privatnog prava koja sadrži i norme o direktnoj nadležnosti i unifikovane kolizione norme.¹⁷

¹⁷ Očigledno je da se unutar Unije lakše postižu kompromisi oko osnova direktne nadležnosti nego o merodavnom pravu. Naime, Brisel *Ilbis* uređuje samo pitanja nadležnosti i priznanja i izvršenja odluka o razvodu i roditeljskoj odgovornosti. Kolizione norme za razvod sadržane su u posebnoj regulativi koja nije ni uspela da okupi sve države EU (*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*, OJ L 343/10), već tek nešto više

2.2. Regulatorna Izdržavanje i Konvencija 2007

Drugi vid direktne korelacije Regulatorna Izdržavanje i haškog sistema zaštite dece odnosi se na Konvenciju 2007. Jedan od najvažnijih primera korelacije vezan je za odredbe Regulatorna Izdržavanje o direktnoj nadležnosti i Konvencije 2007 o indirektnoj nadležnosti. U tom smislu, postoji skoro potpuno poklapanje kriterijuma iz Regulatorna Izdržavanje (uobičajeno boravište tuženog, uobičajeno boravište poverioca, atrakcija nadležnosti, prorogacija nadležnosti, prećutni pristanak tuženog) sa onima u Konvenciji 2007. To znači da u pogledu indirektno nadležnosti značaj Konvencije 2007 prevazilazi klasični domašaj jedne *convention simple*, budući da su njenim rešenjima o indirektnoj nadležnosti istovremeno utvrđeni i (skoro) opšte prihvatljivi osnovi direktne nadležnosti u sporovima o izdržavanju. Jedina razlika evropskog rešenja u odnosu na Konvenciju 2007 je u primeni kriterijuma *forum nationalis communis* (član 6 Regulatorna Izdržavanje) i *forum necessitatis* (član 7 Regulatorna Izdržavanje). Kada je reč o *forum nationalis communis*, zajedničko državljanstvo deteta i dužnika izdržavanja nije relevantan kriterijum indirektno nadležnosti u Konvenciji 2007, osim u slučaju atrakcije nadležnosti (član 20 stav 1 tač. f Konvencije 2007). Za razliku od konvencijskog rešenja, ovaj kriterijum u Regulatorni Izdržavanje predstavlja još jednu priliku za zasnivanje nadležnosti suda države EU kada nijedan drugi osnov nadležnosti (koji se poklapa sa rešenjima Konvencije 2007) ne dovodi do tog rezultata. Stoga *forum nationalis communis* predstavlja evropsku supsidijarnu nadležnost, koja omogućava da u što većem broju slučajeva bude nadležan sud države EU, bez posezanja za osnovima (izrazito) prekomerne nadležnosti.¹⁸ Imajući u vidu *forum necessitatis* kao drugu razliku haških rešenja i rešenja EU, treba napomenuto da je ovaj kriterijum značajna novina Regulatorna Izdržavanje. Njome je promenjena dotadašnja spoljna politika EU u odnosu na

od polovine (15 država članica). To su Austrija, Belgija, Bugarska, Francuska, Nemačka, Mađarska, Italija, Latvija, Luksemburg, Malta, Portugalija, Rumunija, Slovenija, Španija i Litvanija (od 21. maja 2014. godine), videti European Commission, *Press Release (20 November 2012), Lithuania is the 15th EU Member State to sign up to enhanced cooperation rules to help international couples*, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1231_en.htm (12.12.2013).

¹⁸ Ne treba zaboraviti da i zajedničko državljanstvo predstavlja osnov blage prekomerne nadležnosti koji se u slučaju izdržavanja ipak toleriše.

treće države u materiji međunarodnog privatnog prava (B. Ancel, H. Muir-Watt, 2010: 480) s osnovnim ciljem sprečavanja uskraćivanja pravde (Retornaz, Volders, 2008: 226-227). Uvođenjem ove vrste nadležnosti ujedno je izbegnuta potreba da se vrši pozivanje na nacionalne norme o nadležnosti država EU (rezidualna nadležnost), kao što je to do tada bio slučaj sa prethodnim *règlements doubles* (Nuyts, 2007: 1-156). U tom smislu, ona označava početak jednog novog perioda porodičnog (ali i naslednog) međunarodnog privatnog prava koji, po pravilu, slede i kasnije donete regulative.¹⁹

2.3. Regulativa Brisel Ibis i Konvencija 1980

Kada je reč o odnosu Regulative *Brisel Ibis* i Konvencije 1980, trebalo bi odmah napomenuti da se članom 11 *Brisel Ibis* uređuje postupak za povratak deteta čime se modifikuju pojedine odredbe Konvencije 1980 za potrebe država EU. Ova mogućnost regionalizacije jednog globalnog instrumenta ima svoj pravni osnov u članu 60 tač. e) *Brisel Ibis* i članu 36 Konvencije 1980 (koji dozvoljava zaključivanje sporazuma o pooštavanju uslova za odbijanje povratka deteta).

2.3.1. Opšte karakteristike evropeizovane Konvencije 1980

Kada je reč o Konvenciji 1980, haški mehanizam za odbijanje povratka deteta u okviru *Brisel Ibis* je značajno pooštren. Kao što je poznato, Konvencija 1980 i dalje se primenjuje između država EU, ali je njen režim donekle prilagođen specifičnim odnosima država članica zasnovanim na *principu međusobnog poverenja*. Ovo „neuobičajeno partnerstvo međunarodnog i regionalnog instrumenta“, kako ga slikovito opisuje *McEleavy* (McEleavy, 2005: 6), rezultat je, s jedne strane, činjenice da su sve države EU ujedno i ugovornice Konvencije 1980, a, s druge strane, okolnosti da i Konvencija 1980 dopušta mogućnost zaključivanja sporazuma o ograničavanju izuzetaka za povratak deteta (član

¹⁹ Izuzetnu nadležnost predviđaju oba već pomenuta predloga regulativa o bračnoimovinskom režimu (čl. 7) odnosno imovinskim posledicama registrovanog partnerstva (čl. 7), kao i nova Regulativa Nasleđivanje (čl. 11), ali ovog osnova nadležnosti nema u novoj Regulativi *Brisel Ibis* (*Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast)*, OJ L 351/1) u kojoj je ostalo pozivanje na nacionalne norme o nadležnosti država Unije (čl. 6).

36). U tom smislu, prema *Brisel IIbis* i dalje ostaje mogućnost pokretanja postupka shodno Konvenciji 1980, ali u izmenjenom vidu. Reč je o četiri ograničenja: 1) pribavljanje mišljenja deteta je obavezno, sem ako bi to bilo neprimereno njegovom uzrastu i zrelosti (član 11 stav 2), 2) odbijanje povratka na osnovu *izuzetka opasnosti* nije dozvoljeno ako su preduzete mere za njegovu zaštitu (član 11 stav 4), 3) odbijanje povratka deteta je moguće ako je podnosiocu zahteva pružena mogućnost da bude saslušan (član 11 stav 5), (Schulz, 2004: 25) i 4) zadržavanje nadležnosti suda države uobičajenog boravišta deteta, kao i automatsko priznanje odluke o povratku, bez mogućnosti odbijanja priznanja (član 11 stav 8 u vezi člana 42). S druge strane, autonomni pojmovi nezakonitog odvođenja i zadržavanja (član 2 tač. 11) identični su onima u Konvenciji 1980. Jedina razlika je u tome što *Brisel IIbis* dodaje autonomni pojam zajedničkog vršenja prava na staranje, koje, u skladu sa shvatanjima u slučaju iz američke sudske prakse *Abbott Vs Abbott*,²⁰ podrazumeva da se uobičajeno boravište deteta ne može promeniti bez saglasnosti oba titulara prava na staranje (član 2 tač. 11(b) *Brisel IIbis*). U pogledu kvalifikacije prava na staranje i prava na viđanje, evropeizovane odredbe Konvencije 1980 u okviru *Brisel IIbis* ostale su verne haškom originalu (član 2 tač. 9 i 10 *Brisel IIbis*).

Iako je *Brisel IIbis* postao „dopuna“ Konvencije 1980 (Pataut, 2012: 128; Lowe, 2012: 49), režim koji je njome uspostavljen u pogledu povratka deteta znatno je stroži nego onaj koji predviđa Konvencija 1980. To se može sagledati iz ugla sukoba principa najboljeg interesa deteta (na kome počiva primena Konvencije 1980) i principa međusobnog poverenja i saradnje (na kome počiva *Brisel IIbis*). U tom smislu, ilustrativna je praksa Evropskog suda za ljudska prava (*ECTHR*).

2.3.2. Sukob principa najboljeg interesa deteta i principa međusobnog poverenja i saradnje

Princip najboljeg interesa deteta deo je evropskog javnog poretka, budući da je sadržan u članu 24 stav u 1 Evropske povelje o osnovnim pravima EU

²⁰ *Abbott v. Abbott*, 130 S. Ct. 1983 (2010).

(Evropska povelja)²¹ i da se u znatnoj meri oslanja na član 3 Konvencije o pravima deteta. U tom smislu, Evropska povelja predviđa da:

„Deca imaju pravo na onakvu zaštitu i brigu koja je neophodna za njihovu dobrobit. Ona mogu da izraze svoje mišljenje slobodno. Ova mišljenja se uzimaju u obzir u pogledu pitanja koja se na odnose na njih, u skladu sa njihovim uzrastom i zrelošću.“

Pored ovog principa, u EU, kao što je poznato, dominira i princip međusobnog poverenja i saradnje koji je u materiji međunarodnog privatnog prava EU najviše izražen u pogledu automatskog priznanja odluka. U tom smislu, ni *Brisel Iibis* nije izuzetak, ali će to u ovom slučaju dovesti do sukoba ova dva prinipa.

Naime, mišljenje deteta predstavlja jedan od razloga za odbijanje povratka deteta prema Konvenciji 1980 (član 13 stav 3), pri čemu je procena njegovog značaja prepuštena diskrecionom ovlašćenju suda države utočišta. S druge strane, *Brisel Iibis* ne pridaje nikakav značaj činjenici da se dete protivi povratku ako su u državi njegovog uobičajenog boravišta preduzete mere za zaštitu (član 11 stav 4). To znači da mišljenje deteta nema nikakav uticaj u ovoj situaciji, čak i kada je dostiglo određeni uzrast i stepen zrelosti i, samim tim, steklo pravo da odlučuje sa kojim roditeljem će živeti. Tome u prilog govori i jedna od najnovijih odluka *ECtHR*. U slučaju *Raw et autres c. France*,²² majka i otac su nakon razvoda braka zajednički vršili roditeljsko pravo, s tim što su, na osnovu odluke suda u Francuskoj (*La Roche-sur-Yon*), oba deteta živela sa majkom u UK. Deca su rođena 1995. odnosno 1997. godine, i u trenutku kada je njihova životna priča počela da dobija dramatični obrt imala su 14 odnosno 12 godina. Tada, prilikom redovne posete ocu Francuskoj, deca odbijaju da se vrate majci, a starije dete je čak pretilo da će nauditi sebi i napasti majku ako se to dogodi. Sud u Francuskoj (*La Roche-sur-Yon*), januara 2009. godine, nakon što je pribavio mišljenje oba deteta, izriče privremenu (hitnu) meru shodno članu 20 *Brisel Iibis* kojom otac dobija pravo boravka sa decom i nalaže

²¹ *Charter of Fundamental Rights of European Union* (2010/C 83/02), OJ L C 83/389 of 30.03.2010.

²² *Affaire Raw et autres c. France*, Requête no. 10131/11, arrêt du 07/06/2013. Odluka je trenutno dostupna samo na francuskom, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/ffa/pages/search.aspx?i=001-116955> (21.05.2014). Dalje Arrêt.

sačinjavanje izveštaja o okolnostima pod kojim su deca živela u UK. Na određivanje ove mere posebno je uticalo mišljenje oba deteta koja su kategorično odbijala povratak. Nakon izricanja mere, sud je izdao naredbu specijalizovanoj ustanovi da psiholog i socijalni radnik sačine izveštaj o uslovima pod kojima deca žive u UK. Eksperti su u izveštaju preporučili da se o deci stara otac, zasnivajući svoje mišljenje na utvrđenoj činjenici da oba deteta odrastaju u atmosferi straha koju stvaraju majka i deda dece, pri čemu je posebno starije dete bilo izloženo konstantnom nasilju. Deca su navela da je majka sklona upotrebi alkohola, da im svakodnevno nedostaje majčinska briga i da žive u lošim higijenskim uslovima jer su zanemarena. Usled toga, eksperti su u svom izveštaju naveli, između ostalog, i da „*ako su navodi o zlostavljanju tačni, [povratak njihovoj majci] stvorice nerazumevanje, zbunjenost i psihički kolaps kod dece; štaviše, bilo bi moguće da bi deca učinila ono što su navela: (napad, S.M.) na njihovu majku (...) (pretnje da će nauditi, S.M.) sami sebi (...), ili bekstva od kuće (...).*“²³ No, mesec dana pre ovog izveštaja, majka je na osnovu *Child Abduction and Custody Act 1985* i *Brisel IIbis* podnela zahtev sudu UK da zadržavanje dece proglašeno nezakonitim, što je sud i učinio, da bi ubrzo nakon toga pokrenula postupak za povratak dece u UK. Sud u Francuskoj, u prvom stepenu i po pravnim lekovima, odlučuje da se deca vrate jer je u UK preduzeta mera za njihovu zaštitu (član 11 *Brisel IIbis*), stavljanjem pod starateljstvo suda. Međutim, odluka o povratku nikada nije izvršena, uprkos pokušajima i angažovanju francuskog centralnog organa.²⁴ Jedan od ključnih razloga za to je psihičko stanje dece koja su čak dva dana hospitalizovana zbog napada panike. Odlučujući o predstavi, *ECtHR* je smatrao da nedovoljno angažovanje francuskih vlasti u postupku izvršenja²⁵ predstavlja kršenje člana 8 Evropske konvencije, a da odbijanje dece, čak i u adolescentskom dobu, da se vrate i

²³ Arrêt ad 14.

²⁴ Na kraju, mlađe dete je kontaktiralo prijatelja na društvenoj mreži s molbom da prenese majci da dođe po njega kod oca naredne subote. Potom je majka tajno došla u Francusku i odvela dete u UK, kako je dogovoreno. Starije dete (čiji je otpor povratku bio dramatičniji) ostalo je, pak, da živi sa ocem u Francuskoj jer je u međuvremenu napunilo 16 godina, te se Konvencija 1980 na njega više ne može primeniti.

²⁵ Godinu dana nakon donošenja odluke kojom je i Apelacioni sud naredio povratak deteta, javni pravobranilac (*le procureur général de la cour d'appel de Poitiers*) na sastanku sa majkom dece naveo je da on neće tražiti izvršenje odluke s obzirom na uzrast dece i njihovo psihičko stanje. Arrêt ad 32.

uspostave bilo kakav kontakt sa majkom nije nužno prepreka njihovom povratku ni po Konvenciji 1980 ni po Regulativi *Brisel IIbis*.²⁶

S tim u vezi, moglo bi se postaviti pitanje i da li sud države utočišta može procenjivati adekvatnost mere za zaštitu kojom se garantuje bezbedan povratak deteta posebno u svetlu principa međusobnog poverenja i saradnje. Ukoliko je odgovor potvrđan, onda sud države utočišta postaje neka vrsta kontrolnog organa koji prosuđuje o adekvatnosti mere koja treba da se primeni u stranoj državi. U suprotnom, sud bi morao da naredi povratak deteta i u situacijama kada ne bi bio uveren da su preduzete mere dovoljne za zaštitu deteta. Iz Komentara *Brisel IIbis* (Pataut, 2012:137) i Vodiča za dobru praksu²⁷ može se zaključiti da je sud države utočišta ipak ovlašćen da razmotri adekvatnost mere za zaštitu određene u državi uobičajenog boravišta deteta.²⁸ Na taj način, princip međusobnog poverenja, koji je u osnovi člana 11 stava 4 *Brisel IIbis* (Pataut, 2012: 137), ipak je, u određenom obimu, relativizovan ovlašćenjima suda države utočišta da proceni efikasnost mere za zaštitu u odnosu na činjenične okolnosti koje je on sam utvrdio prilikom odlučivanja o povratku. Za razliku od materije priznanja i izvršenja u kojoj se međusobno poverenje između sudova država EU *pretpostavlja*, moglo bi se reći da *evropeizacija* Konvencije 1980 zahteva da se sud države utočišta u svakom konkretnom slučaju *uveri* u podobnost pravosudnog sistema druge države EU da valjano zaštititi dete po njegovom povratku. Pri tome, treba imati u vidu da države EU u materiji priznanja i izvršenja pod veoma liberalnim uslovima dozvoljavaju da strana odluka (druge države EU) proizvede dejstvo u njihovom pravnom sistemu (čak i kada je reč o prinudnom izvršenju). Nasuprot tome, u slučaju kada se razmatra povratak deteta, sud mora da *proveri* adekvatnost mere za zaštitu koja čak i ne proizvodi dejstvo u državi utočišta. To pokazuje da je po ovom pitanju princip najboljeg interesa deteta odneo prevagu nad principom međusobnog poverenja država EU. Međutim, to nije dovoljno da bi

²⁶ Arrêt ad 94.

²⁷ European Commission, *Practice Guide for the application of the new Brussels II Regulation*, June 2005, pp. 32-33, dostupno na http://europa.eu.int/justice_home/fsj/civil/parents/fsj_civil_recognition_parents.en.htm. Dalje *Brussels IIbis Practice Guide*.

²⁸ To potvrđuje i sudska praksa, videti, na primer, *CA Paris, 15 février 2007, No de RG 06/17206*, INCADAT HC/E/FR 979; *CA Bordeaux, 19 janvier 2007, No 06/002739*, INCADAT HC/E/FR 947; *D.T. v. L.B.T.* (2010) EWHC 3177 (Fam.), INCADAT HC/E/UKe 1042.

se moglo zaključiti o konačnoj pobedi principa najboljeg interesa deteta. Naprotiv, činjenica da se povratak ne može odbiti ni onda kada se dete nedvosmisleno, uporno i ozboljno protivi zato što je u državi uobičajenog boravišta deteta preduzeta mera za njegovu zaštitu dovodi nas do zaključka da je evropizacijom Konvencije 1980 konačno pobedio upravo princip poverenja između država EU (na uštrb najboljeg interesa deteta). Čini se paradoksalnim da ceo mehanizam koji je inače uspostavljen radi zaštite najboljeg interesa deteta u slučajevima međunarodne otmice ne ostavlja dovoljno prostora za individualizaciju ovog principa, čak ni onda kada je stav tog istog deteta potpuno jasan. Drugim rečima, princip saradnje i poverenja podignut je na izuzetno visok nivo. Pri tome, smisao Konvencije 1980 nije usmeren ka ignorisanju volje deteta. Naprotiv, izuzetak mišljenja deteta je upravo i ustanovljen radi individualizacije najboljeg interesa deteta u slučajevima kada se njegovo mišljenje ne može zanemariti. Kao što ističe *Pérez-Vera* u svom Izveštaju:

„Međutim, takva odredba je apsolutno neophodna s obzirom na činjenicu da se Konvencija primenjuje, ratione personae, na svu decu mlađu od šesnaest godina; činjenica je da se mora priznati da bi bilo veoma teško prihvatiti da dete od, na primer, petnaest godina, treba da se vrati protiv svoje volje.“ (Pérez-Vera, 1980: 433)

Drugim rečima, parafrazirajući francuskog autora *Dutoita*, može se postaviti pitanje „opravdanosti amputacije kada se pacijent sasvim dobro drži na svoje dve noge.“ (Dutoit, 2013: 155).

3. Indirektni uticaj - Konvencija 1996 i Reglativa Brisel IIbis

Kada je reč o indirektnom uticaju haških konvencija o zaštiti dece, ima se u vidu korelacija Konvencije 1996 i *Brisel IIbis*, koja je, između ostalog, uslovljena nepostojanjem kolizionih normi za roditeljsku odgovornost u *Brisel IIbis*. Valjalo bi odmah napomenuti da je odnos ova dva instrumenta prvobitno bio rivalski (McElevy, 2013: 372), s obzirom da je EU u vreme rada na ovoj regulativi bila okrenuta sebi i traženju rešenja „kod kuće“. Početak odnosa ova dva instrumenta može se pratiti još od Konvencije o nadležnosti i priznanju i izvršenju odluka u bračnim stvarima (1998) (Borrás, 2008: 351; Francq, 2003:

54-72). Pozitivni preokret koji je usledio neposredno nakon donošenja *Brisel I/bis* doneo je jednu od novina u odnosu EU prema Konvenciji 1996 koja se u literaturi opisuje kao skromna (Borrás, 2008: 373), ali koja, čini se, ima i skriveni značaj koji se ne može zanemariti. Naime, odlukom Saveta iz 2003. godine,²⁹ države članice EU su ovlašćene da zajedno potpišu Konvenciju 1996 do 1. aprila 2003. godine, a odlukom iz 2008. godine³⁰ i da, u svom interesu i interesu EU, zajedno ratifikuju Konvenciju 1996. Time je izuzetno dozvoljeno pristupanje državama EU međunarodnim konvencijama u oblasti koja je već uređena zakonodavstvom EU. Međutim, kako do isteka roka države članice nisu zajednički ratifikovale Konvenciju 1996, tolerisala se pojedinačna ratifikacija.³¹ To pokazuje koliki značaj Konvencija 1996 ima u odnosu na zaštitu dece u okviru EU – na osnovu već pominjanog principa obrnute supsidijarnosti, umesto da rešava pitanje merodavnog prava (koje regulative ne uređuju) na domaćem terenu, ona se okreće međunarodnom. Naime, u okviru međunarodnog privatnog prava EU, usvajanje kolizionih normi u materiji porodičnih odnosa je znatno teži problem u poređenju sa nadležnošću i priznanjem i izvršenjem. Razlog za to su značajne razlike u supstancijalnom pravu, koje ni *CEFL* principi (Boele-Woelki, 2005: 160-168; Boele-Woelki, Ferrand, González Beilfuss, Jänterä-Jareborg, Lowe, Martiny, Pintens: 2007:1-288) nisu uspeali da pomire, čak ni na nivou harmonizacije.³² Ratifikacija Konvencije 1996, stoga, ima dva aspekta. S jedne strane, Konvencijom 1996 se direktno (na osnovu ovlašćenja) unifikuje koliziona

²⁹ Council Decision 2003/93/EC of 19 December 2002 authorising the Member States, in the interest of the Community, to sign the 1996 Hague Convention on jurisdiction, applicable law, recognition, enforcement and cooperation in respect of parental responsibility and measures for the protection of children, OJ L 48 of 21.2.2003.

³⁰ Council Decision 2008/431/EC of 5 June 2008 authorising certain Member States to ratify, or accede to, in the interests of the European Community, the 1996 Hague Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Cooperation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children and authorising certain Member States to make a declaration on the application of the relevant internal rules of Community law, OJ L 151 of 11.6.2008.

³¹ Nije je ratifikovala do danas samo Italija. Belgija je poslednja država članica EU koja je ratifikovala Konvenciju 1996 – to je učinila nedavno, 28. maja 2014. godine.

³² To su principi Komisije za evropsko porodično pravo (*CEFL*, osnovana 1. septembra 2001. godine) koja okuplja 25 eminentnih stručnjaka iz oblasti porodičnog prava iz EU ali i van država EU. Ovi principi polaze od ideje da je harmonizacija neophodna za slobodan protok odluka, dobara i ljudi.

sfera *Brisel IIbis*. S druge strane, kolizione norme za roditeljsku odgovornost istovremeno se u potpunosti unifikuju jer države EU, usled principa univerzalne primene, primenjuju ove odredbe Konvencije 1996 u odnosu na sve druge države sveta.

4. Značaj korelacije haškog i evropskog sistema za zaštitu dece u međunarodnom privatnom pravu Srbije *de lege lata* i *de lege ferenda*

Unifikacija odnosno harmonizacija evropskog sistema za zaštitu dece sa onim koji je stvoren pod okriljem Haške konferencije ima uticaja i na međunarodno privatno pravo Srbije koje se trenutno nalazi u specifičnoj situaciji. S jedne strane, kako je poznato, i dalje važi Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja (ZRSZ),³³ dok se, s druge, stvara novi sistem budući da je Radna grupa Ministarstva pravde Srbije za izradu Nacrta novog Zakona o međunarodnom privatnom pravu (Nacrt)³⁴ okončala svoj posao i konačnu verziju predala Ministarstvu. U međuvremenu, Srbija je već ratifikovala Protokol čije su kolizione norme stavile *ad acta* kolizione norme ZRSZ-a. Na taj način preuzet je haški instrument koji predstavlja *acquis communautaire* i, u isto vreme, izvršena je unifikacija kolizionih rešenja sa onima koja važe u EU (Živković, 2013: 79-91; Marjanović, 2013: 399-413). Kada je reč o nadležnosti za sporove o izdržavanju, Nacrt uvodi one kriterijume koji su u Konvenciji 2007 navedeni kao osnovi indirektna nadležnosti, ali preuzima i *forum necessitatis* (doduše, kao opštu odredbu) i *forum nationalis communis* (član 109 Nacrta) iz Regulative Izdržavanje. Međutim, preuzimanje rešenja iz haških konvencija ili regulativa EU nije dovoljno da bi se obezbedila zaštita dece u prekograničnim slučajevima. Ono što nedostaje je ratifikacija Konvencije 2007 i Konvencije 1996 od strane Srbije. U slučaju Konvencije 2007 to je neophodno jer je njenim odobrenjem od strane EU ona postala sastavni deo *acquis communautaire* koji moramo preuzeti. Pored toga, Konvencija 2007 može da reši probleme nepostojanja diplomatske uzajamnosti u pogledu priznanja i izvršenja odluka o izdržavanju sa pojedinim državama (npr. Norveška, Permanent Bureau, 1999: 35-42). U odnosu na Konvenciju 1996, značaj koji

³³ *Sl. list SFRJ*, br. 43/82 i 72/82 - ispr., *Sl. list SRJ*, br. 46/96 i *Sl. glasnik RS*, br. 46/2006 - dr. zakon.

³⁴ Konačna verzija je dostupna na <http://www.drzavnauprava.gov.rs/obavestenje/6274/konacna-verzija-nacrta-zakona-o-medjunarodnom-privatnom-pravu-php>.

ova konvencija ima za međunarodno privatno pravo Srbije, pokazuje i zahtev Evropske komisije da Srbija kao država kandidat ratifikuje Konvenciju 1996. Od toga, između ostalog, zavisi naš dalji status u evrointegracijama. Međutim, pored toga što ratifikacija ovih konvencija predstavlja način unifikacije međunarodnog privatnog prava Srbije sa onim koje se stvara u EU, ne treba zaboraviti njen značaj s aspekta zaštite dece. U tom pogledu, obavezivanje Srbije ovim konvencijama je neophodno jer se deca ne mogu efikasno štititi nacionalnim izvorima međunarodnog privatnog prava, čak ni onda kada se preuzimaju konvencijska rešenja. Naime, zaštita dece, pored metoda unifikacije, zahteva i međunarodnu saradnju koju garantuju upravo Konvencija 2007 i Konvencija 1996 (posredstvom sistema centralnih organa koje su države ugovornice dužne da formiraju, a koji olakšava primenu unifikovanih rešenja).

Literatura

Ancel, B., Muir-Watt, H. (2010). *Aliments sans frontières. Le règlement CE no 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires. Revue critique de droit international privé.* 3 (2010). 457-484.

Beaumont, P. (2009). *International Family Law in Europe – the Maintenance Project, the Hague Conference and the EC: A Triumph of the Reverse Subsidiarity.* *RabelsZeitschrift.* 3 (2009).509-546

Boele-Woelki, K. (2005). *The principles of European family law: its aims and prospects.* *Utrecht Law Review.* 1/2 (2005).160-168

Boele-Woelki, K., Ferrand, F., González Beilfuss, C., Jänterä-Jareborg, M., Lowe, N., Martiny, D., Pintens, W. (2007). *Principles of Family Law Regarding Parental Responsibilities,* Netherlands: Intersentia.

Borrás, A., (2008). *Protection of Minors and Child Abduction under the Hague Conventions and the Brussels II bis Regulation.* U Basedow, J., Baum, H., Nishitani, Y. (eds). *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective.* Hamburg: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. 345-364

Borrás, A. (2011). The limit on proceedings in maintenance claims: an example of the compatibility between the European instruments and the 2007 Hague Convention. *International Family Law*. (2011). 110-114

Dechamps, M. (2011). Le règlement européen 4/2009 relatif aux aliments: Tentative de simplification de la résolution des litiges transfrontières en matière d'obligations alimentaires. *Revue trimestrielle de droit familial*. 4 (2011).801-833

Dutoit, B. (2013). Le droit international privé de la famille et les droits fondamentaux de l'enfant. U Permanent Bureau of Hcch (ed). *A Commitment to Private International Law – Essays in honour of Hans van Loon*. Netherlands: Interesentia.143-157

Francq, S. (2003). Parental Responsibility under 'Brussels II'. *ERA Forum, Special Issue: European Family Law*. 1(2003).54-72

Gragl, P. (2013). *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*. United Kingdom: Hart Publishing.

Živković, M. (2013). O primeni Haškog protokola o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja u međunarodnom privatnom pravu Srbije. *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu*. 65(2013). 79-91

Lowe, N. (2012). A supra-national approach to interpretation the 1980 Hague Child Abduction Convention – a tale of two European courts: Part 1: setting the scene. *International Family Law*. March (2012).48-52

Marjanović, S. (2013). Međunarodna nadležnost za sporove o izdržavanju u međunarodnom privatnom pravu Srbije, *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu*. 65(2013). 399-413

McEleavy, P. (2005). The New Child Abduction Regime in the European Union: Symbiotic Relationship or Forced Partnership? *Journal of Private International Law*. 1(2005). 5-34

McEleavy, P. (2013). The 1996 Hague Convention and the European Union. U Permanent Bureau of Hcch (ed). *A Commitment to Private International Law – Essays in honour of Hans van Loon*. Netherlands: Interesentia.371-381

Nuyts A., Szychowska, K. (2007). Study on Residual Jurisdiction (Review of the Member States' Rules concerning the "Residual Jurisdiction" of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations), General Report (Final Version Dated 3 September 2007), (Electronic Version).
Preuzeto 20.02.2014.
http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_residual_jurisdiction_en.pdf

Pataut, É. (2012). Brussels IIbis Regulation. U Magnus, U., Mankowski, P. (eds). European Commentaries on Private International Law. Munich: Sellier.119-175

Pérez-Vera, E. (1980). Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention. Netherlands: Hcch.

Permanent Bureau of Hcch (1999). Extracts from the Responses to the November 1998 Questionnaire on Maintenance Obligations (Prel. Doc. No 3 of April 1999).
Preuzeto 27.01.2014.
<http://www.hcch.net/upload/wop/maint1999pd3.pdf>

Retornaz, V., Volders, B. (2008). Le for de nécessité: tableau comparatif et évolutif. *Revue critique de droit international privé*. 2(2008).225-261

Tenreiro, M. (2005). L'espace judiciaire européen en matière de droit de la famille. Le nouveau règlement „Bruxelles II“. U Fulchiron H., Nourissat, S. (2005). Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale. France: Dalloz.39-53

Fulchiron, H. (2005). La lutte contre les enlèvements d'enfants. U Fulchiron, H., Nourissat, C (eds). Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale. France: Dalloz. 1-62

Walker, L., Beaumont, P. (2011). Shifting the Balance Achieved by the Abduction Convention: The Contrasting Approaches of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice. *Journal of Private International Law*. 2 (2011).231-251

Konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece, Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori, br. 7/91

Protokol o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja, Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori, br. 1/2013

Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance

Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, OJ L 7, 10.1.2009

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, OJ L 338, 23.12.2003

Nacrt Zakona o međunarodnom privatnom pravu
<http://www.drzavnauprava.gov.rs/obavestenje/6274/konacna-verzija-nacrta-zakona-o-medjunarodnom-privatnom-pravu-php>

Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja Sl. list SFRJ, br. 43/82 i 72/82 - ispr., Sl. list SRJ, br. 46/96 i Sl. glasnik RS, br. 46/2006 – dr. zakon

Sanja Marjanović, LL.B

Teaching assistant,

Faculty of Law, University of Niš

**The Influence of the Hague Conventions on Private
International Law on Harmonization of Serbian Law with
the EU Law in the Child Protection Matter**

Summary

The emergence and development of cross-border protection of children in the EU indicate that only the ratification of the conventions that occur under the auspices of the Hague Conference can create an effective system of children in Private International Law. In the same time, the author considers that, following the legislative activity of the EU in the framework of the Hague Conference and the ratification of the Hague conventions which has acceded to the EU, can substantially achieve unification and harmonization of our PIL with EU PIL in matters of child protection. Thus, taking into account the efforts made towards creating new Serbian Private International Law Act, inspired by the Hague and European experience, our state can create a new and modern national system of PIL.

Key words: Hague Conference on Private International Law, EU Private International Law, the 1980 Hague Convention, the 1996 Hague Convention, the 2007 Hague Convention, Hague Protocol, Regulation Brussels IIbis, Maintenance Regulation.

Сања Ђорђевић,*
Асистент Правног факултета
Универзитет у Нишу

NAUČNI ČLANAK

UDK: 341.645(4-672EU)

Rad primljen: 01.09.2014.
Rad prihvaćen: 01.12.2014.

САВЕТОДАВНА НАДЛЕЖНОСТ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА**

Апстракт: Европски суд за људска права, поред парничне, има и саветодавну надлежност. Она је успостављена још Протоколом 2, који је предвиђао да само Комитет министара Савета Европе може затражити саветодавно мишљење, и то једино по питањима која се тичу европског система заштите, а не спадају у домен тумачења, садржаја или дејства гарантованих права и слобода. Управо због овако уско постављеног решења, нимало не изненађује што је до сада свега три пута затражено мишљење. Проширивање саветодавне надлежности уследило је као последица реформе европског механизма заштите људских права. Резултат тих напора је Протокол 16, усвојен 2013. године, чије се ступање на снагу тек очекује. Њиме је предвиђено да национални судови виших инстанци имају право упућивања захтева за саветодавним мишљењем ради испуњења двоструког циља: а) смањења великог броја нагомиланих представки; као и б) интензивирања и јачања дијалога између виших националних судова и Европског суда.

Кључне речи: Протокол 2, Протокол 16, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, Европски суд за људска права, саветодавна надлежност, саветодавно мишљење.

1. Увод

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (надаље: Конвенција) један је од најзначајнијих међународних уговора из области људских права, којом је успостављен засад најефикаснији систем

* sanjadj@prafak.ni.ac.rs

** Рад је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013-2018. године.

њихове заштите (Tomušat, 2006: 237). Свакако да је ефикасности овог система допринело његово стално усавршавање усвајањем чак шеснаест протокола материјалне и процедуралне природе. Посебна пажња у раду биће посвећена Протоколима 2 и 16, односно оним уговорима којима је успостављена, а касније и проширена саветодавна надлежност Европског суда за људска права (надаље: Суд, Европски суд).

Централно место у европском механизму заштите људских права поверено је Европском суду са седиштем у Стразбуру. Иако је одлучивање по представкама, тј. парнична надлежност Суда основна и преовладајућа, још 1963. године, усвајањем Протокола 2, придодата је саветодавна надлежност. Међутим, уско дефинисани круг субјеката овлашћених да затраже саветодавно мишљење, као и нејасноће у вези типа правних питања о којима се може затражити мишљење, условили су да је ова могућност до сада искоришћена свега три пута (Lič, 2007: 14). Ограничења садржана у Протоколу 2, као и жеља за даљим повећањем ефикасности Суда, довели су 2013. године до усвајања Протокола 16, који је значајно проширио саветодавну надлежност Суда.

У првом делу овог рада биће приказан историјат доношења Протокола 2, анализирана његова решења и представљени малобројни случајеви у којима је примењен. У другом делу рада, након кратког приказа поступка закључења Протокола 16, пажња се усмерава на његова правна решења и однос тог уговора са Протоколом 2.

2. Протокол 2

Убрзо по ступању на снагу Конвенције 1953. године, увидела се потреба за установљавањем саветодавне надлежности Суда, што је и учињено Протоколом 2. Пре анализе усвојених решења, неопходно је појаснити процедуру усвајања Протокола, као и несагласности које су постојале међу органима приликом сачињавања нацрта.

2.1. Поступак усвајања

Идеја о установљењу саветодавне надлежности Суда јавила се по узору на друге међународне судове. У изради нацрта Протокола 2 учествовало је више органа, и то: Комитет министара, Комитет експерата, Саветодавна скупштина, као и Суд и Европска комисија за људска права.

Саветодавна скупштина Савета Европе¹ је 1960. године иницирала увођење нове врсте надлежности,² што је наишло на одобравање Комитета министара,³ који је наложио Комитету експерата да „утврди да ли је пожељно закључивање уговора на основу...тако датих предлога“. Годину дана касније, Комитет министара је усвојио закључке из Извештаја Комитета експерата, и наложио му да настави започет рад како би сачинио нацрт заснован на тим закључцима.

Комитет експерата је први нацрт припремио на састанцима који су одржавани у три наврата,⁴ након чега је уследио заједнички састанак Комитета експерата и правног комитета Саветодавне скупштине ради размене мишљења поводом свих спорних питања. Комитет експерата је већ јуна 1962. године поднео извештај Комитету министара који је садржао нацрт будућег протокола. Међутим, истог месеца, Европска комисија упутила је генералном секретару Савета Европе писмо којим је предложила да се и њој, поред Комитета министара, да право упућивања захтева. Нацрт је враћен Комитету експерата ради поновног разматрања предлога и коментара, како Европске комисије, тако и делегација држава уговорница. Упркос томе што је председник Комисије током тзв. „другог читања“,⁵ објаснио предлоге за измену нацрта, они нису усвојени. Након „другог читања“, Комитет експерата је прво разматрао да ли би текст нацрта требало поново ревидирати у светлу најновијих предлога, овога пута упућених од стране Суда.⁶ Међутим, већина унутар Комитета

1 Пленарни орган Савета Европе носио је назив Саветодавна скупштина све до 1974. године, када је преименован у Парламентарна скупштина.

2 Препорука 232 од 22. јануара 1960. год. о „проширивању надлежности Суда у погледу тумачења Конвенције о људским правима“.

3 Резолуција (60)20 од 15.09.1960. год.

4 Од 2. до 11. октобра 1961, затим од 2. до 10. марта 1962. и од 1. до 7. јуна 1962. године.

5 Одржаног од 22. до 27. октобра 1962. године.

6 Наиме, постојао је предлог да се два нова члана, 54(bis) и 54(ter), инкорпорирају у Конвенцију. Чланом 54(bis) Суду би се дала надлежност прејудуцијелног одлучивања, по захтеву националних судова или трибунала, о било ком питању тумачења права и слобода из Конвенције и протокола, по условом да је то неопходно за решавање поступка који воде национални судови. Чланом 54(ter) била је предвиђена надлежност доношења саветодавног мишљења на захтев владе државе уговорнице, по било ком питању тумачења Конвенције, које би могле настати поводом нацрта будућих закона, уредби, прописа или других домаћих аката. Када је реч о првом предлогу, односно надлежности прејудуцијелног одлучивања, интересантно је да је дат модел управо и суштина прошлогодишње усвојеног Протокола 16, који тежи поспешивању сарадње између националних судова и и Европског суда. Са друге стране, оно што је Суд 1962. године желео да дефинише као саветодавну надлежност у оквиру чл. 54(ter), није

експерата одлучила је да није потребно разматрати поменута питања. Упркос напорима Суда и Европске комисије, Комитет експерата није прешао на „треће читање“. На седници је прихваћен ревидиран текст завршних клаузула, а Комитет експерата је одмах сачинио извештај који је достављен Комитету министара. Достављени Извештај садржао је коначан текст Протокола 2 као и коментаре Комитета експерата који су се односили на: 1) предлоге Европске комисије, 2) коментаре нацрта изнетих од стране одређених заменика министара, и 3) измене у односу на првобитни нацрт из јуна 1962. године.

Такође, током израде нацрта, поставило се и питање правне технике. Тачније, разматрано је да ли одредбе нацрта треба да буду укључене у Конвенцију у виду додатних чланова, или да нацрт буде понуђен државама у форми протокола уз Конвенцију, а да након његовог ступања на снагу текст Протокола буде инкорпорисан у пречишћен текст Конвенције. Управо је тај други предлог, који је изнео Комитет експерата, прихваћен и примењен као коначно решење.

Упркос томе што није по свим питањима постојао компромис, Протокол 2 је отворен за потписивање 6. маја 1963. године, а ступио је на снагу након што су га ратификовале све државе уговорнице Конвенције, што се десило 21. септембра 1970. године. Сагласно коначно усвојеном решењу, даном ступања на снагу Протокола 2 његови чланови 1-4 постали су саставни део Конвенције. Пречишћавање текста Конвенције и нова пренумерација чланова извршени су по други пут као последица ступања на снагу Протокола 11, 1. новембра 1998. године. Стога, саветодавна надлежност према важећем тексту Конвенције регулисана је члановима 31, 47, 48 и 49. У оквиру чл. 31 дефинише се надлежност Великог већа, где се поред парничне убраја и саветодавна, чл. 47 је кључни члан о саветодавном мишљењу и представља пречишћен Протокол 2, чл. 48 дефинише се *Kompetenz-Kompetenz* Суда, док се чл. 49 регулише обавеза давања образложења саветодавних мишљења.

2.2. Усвојена решења

Протокол 2 садржи свега 5 чланова. Први члан предвиђа да Суд, на захтев Комитета министара, може да даје саветодавна мишљења о правним питањима која се тичу тумачења Конвенције и њених протокола. Термин „правна питања“ треба схватити у његовом уобичајеном значењу које има у сличним међународним конвенцијама. У пара. 7 Извештаја са објашњењима

досад остварено. Ваља истаћи да је по овом моделу влада, а не домаћи суд, био орган који би са националног нивоа упућивао захтев за саветодавним мишљењем.

уз Протокол 2, истакнуто је да већина у Комитету експерата није видела начин прецизнијег дефинисања обима примене Протокола 2. Иако се могу упутити критике да није извршено довољно прецизно „позитивно“ дефинисање, јасно је из формулације шта је „негативно“ одређено. Наиме, искључена је могућност постављања питања: 1) која би превазилазила тумачење текста Конвенције као и припадајућих протокола, односно гарантованих права и слобода; као и оних 2) чије би решење на било који начин укључивало политичке теме. Када је реч о првом ограничењу, јасна је намера да се сва питања тумачења права и слобода из Конвенције и протокола врши посредством примарне надлежности односно парничне надлежности.⁷ Тиме се ускраћује могућност постављања питања која би се тичала тумачења садржаја, обима и дејства гарантованих грађанских и политичких права. Друго ограничење, пак, забрањује постављање саветодавних питања уколико би се односила на политичку сферу или обавезе уговорница ван домена заштићених права и слобода (Пара. 11).⁸ Закључује се да је потребна „велика инвентивност“ (Dijk, Hoof, 2001: 246), како би се успела пронаћи формулација која би задовољила овако уско постављене критеријуме, а опет довела до дефинисања одговарајућег захтева за саветодавним мишљењем.

Поред типа питања, значајно је и ограничење круга субјекта овлашћених да траже саветодавно мишљење. Наиме, једино Комитет министара има право да то учини. Саветодавна скупштина, Европска комисија за људска права и генерални секретар само могу да поднесу предлоге за тражење саветодавног мишљења Комитету министара, који има искључиво право одлучивања о упућивању тог захтева Суду. Као што је већ напоменуто, напори Европске комисије да и она добије исто овлашћење нису уродили плодом. Такође, ни гласови одређених представника унутар Комитета експерата који су тврдили да је овакво решење преуско постављено, није утицало на коначно усвојен текст.⁹

Одлука Комитета министара о подношењу захтева за тражење саветодавног мишљења мора се донети двотрећинском већином представника овлашћених да учествују у раду овог органа. Како је истакнуто у пара. 8 Извештаја са објашњењима, Правни комитет је био мишљења да је боље одредити двотрећинску већину, а не једногласност, док је Комитет експерата сматрао да питање већине за доношење одлуке треба препустити самом Комитету министара, уместо да она буде одређена Протоколом

7 Поред самог текста Протокола, то је истакнуто и у пара. 9 Извештаја са објашњењима.

8 Примера ради, саветодавна надлежност се не може односити на услове прихватљивости представки.

9 Пара. 6 Извештаја са објашњењима.

2. Због прецизности и избегавања прегласавања представника држава, усвојено решење по коме је јасно дефинисана већина одлучивања самим текстом уговора чини се најадекватнијим решењем, нарочито имајући у виду да је за ступање на снагу била потребна ратификација свих држава уговорница.

Након евентуалног упућивања захтева, сам Суд одлучује о питању своје надлежности, односно Kompetenz-Kompetenz.¹⁰ Према пара. 12 Објашњења, који се ослања и на формулацију из чл. 48 Конвенције, у случају сумње у надлежност Суда, сам Суд доноси одлуку. Дакле, Суд има и право и обавезу да одбије разматрање било ког питања које не спада у његову саветодавну надлежност, што мора и образложити у одлуци.

Суд на пленарној седници разматра упућени захтев за доношење саветодавног мишљења. Као и код пресуда, обавезни део саветодавног мишљења је образложење, а такође постоји и могућност давања издвојеног мишљења.¹¹ То ће се десити у ситуацији када саветодавно мишљење не представља у целини или делимично једногласно мишљење судија, те сваки судија има право да изнесе издвојено мишљење.

Сам поступак разматрања захтева није дефинисан Протоколом 2, већ је на основу чл. 55 Конвенције то овлашћење дато Суду. Пословником Суда, тачније правилима 60-67, регулисана је процедура, која може имати писану и усмену фазу, при чему је усмена фаза факултативна и њено одржавање зависиће од одлуке председника Суда. Писана фаза започиње достављањем захтева за саветодавним мишљењем секретару. Захтев мора прецизно дефинисати питање о коме се тражи мишљење, датум усвојене одлуке од стране Комитета министара, имена и адресе лица која је Комитет министара именовоао за учешће у поступку ради давања објашњења, и евентуално прилоге. Након што се захтев упути секретару, он га доставља свим члановима Суда и странама уговорницама. Председник Суда одређује рок за достављање писаних коментара и других докумената, а о њиховој садржини морају бити обавештени сви чланови Суда, уговорнице, као и Комитет министара.

О захтеву за давање саветодавног мишљења Суд одлучује у пленуму, а одлука се доноси већином гласова, при чему се у мишљењу мора навести број судија који су чинили већину. Саветодавно мишљење, или пак одлука о захтеву за мишљење садржи потписе председника Суда и секретара. Комитет министара и државе уговорнице се обавештавају о одржавању јавне седнице на којој се чита усвојено мишљење. Док се оригинална

¹⁰ Чл. Протокола 2, а сада чл. 48 Конвенције.

¹¹ Чл. Протокола 2, а сада чл. 49 Конвенције.

копија чува у архиви Суда, ауторизоване копије се достављају Комитету министара, генералном секретару Савета Европе и странама уговорницама (Етински, 2007: 363-364).

2.3. Примена и критички осврт

Иако је Протокол 2 ступио је на снагу још 1970. године, досад је примењен свега три пута, из чега проистиче његов мали практични значај (Ђајић, 2012: 172). Први пут је саветодавно мишљење затражено 2004. године и тицало се услова прихватљивости, али се Суд по овом случају огласио ненадлежним. Други захтев упућен је 2008. године, а односио се на појашњење извесних правила и недоследности приликом процедуре избора судија, у контексту родне заступљености. Најзад, 2010. године, још једном се поставило питање у вези процедуре избора судија (Сарић, 2012: 295-296). Може се закључити да је Протокол 2 примењиван једино ради разјашњења правила о избору судија.

Упркос чињеници да саветодавна надлежност може бити од велике важности за јединствено тумачење и даљи развој права, практични значај овако постављене надлежности Суда је од самог почетка био сведен на минимум. У доктрини се предлагало проширивање надлежности путем измена и допуна Протокола 2, јер је „штета да саветодавно мишљење нема шири опсег“ (Dijk, Hoof, 2001: 246). Упућени предлози тицали су се двоструког повећања опсега надлежности: 1) постављањем правног питања које би се односило на права и обавезе из Конвенције и протокола, под условом да се не односи директно на спор; 2) проширивањем круга органа који би имали право упућивања захтева (некадашња Комисија, Парламентарна скупштина, као и свака држава уговорница). Уместо измене и допуне Протокола 2, упућене критике су утицале на усвајање новог уговора који регулише ту проблематику, односно усвојен је Протокол 16.

3. Протокол 16

Протоколом 14 учињен је свакако најзначајнији и најрадикалнији корак ка повећању ефикасности европског система заштите људских права (Радивојевић, 2005: 182). Међутим, истовремено са његовим ступањем на снагу, започета је нова рунда преговора која је имала за циљ наставак започете, али недовољне реформе (Ђорђевић, 2013: 415). Наиме, само 10 дана након ступања на снагу Протокола 14, одржана је Конференција о будућности Европског суда за људска права у Интерлакену фебруара 2010. године, након које су преговори настављени у Измиру априла 2011, да би последња конференција била одржана у Брајтону, априла 2012.

године. Једна од идеја на поменутиим конференцијама, била је другачије дефинисање саветодавне надлежности путем усвајања новог протокола, којим би се: 1) проширио круг субјеката овлашћених да упуте захтев; 2) повећао број питања која се могу поставити.

3.1. Поступак усвајања

Иако је идеја усвајања Протокола 16 отелотворена на конференцији у Брајтону, мора се истаћи да је она нешто старијег датума. Таква идеја иницијално потиче из Извештаја Групе мудрих људи донетог у оквиру Савета Европе 2006. године, који је био сачињен према Акционом плану усвојеном на Трећем самиту шефова држава и влада маја 2005,¹² а који своје корене има још у предлозима Суда током припрема нацрта за усвајање Протокола 2 из 1962. године и критикама које су биле упућиване том Протоколу.

Наиме, Извештај Групе мудрих људи који се односио на даље могуће правце реформе европског система констатује да би било „корисно увођење система у којем би национални судови могли да се обраћају Суду у форми захтева за саветодавним мишљењем у вези правних питања која се односе на тумачење Конвенције и протокола, ради побољшања дијалога међу судовима и повећања тзв. „уставне“ улоге Суда“. Према мишљењу ове групе, једино би уставни судови или судови највише инстанце имали право да упућују захтев, док би само мишљење било правно необавезујуће.

На напред изнетим премисама, започети су преговори на међувладиним конференцијама, а саме предлоге је првенствено анализирао Управни комитет за људска права (Comité directeur pour les droits de l'Homme – надаље: CDDH). Након конференције у Измиру, заменици министара упутили су позив CDDH да припреми конкретне предлоге ради усвајања новог уговора. Експерти из Холандије и Норвешке сачинили су детаљан предлог који је садржан у Коначном извештају CDDH и упутили га Комитету министара. Поред њих, и Суд је припремио и поднео „Студију о предложеном проширењу саветодавне надлежности“. О свим предлозима се детаљно дискутовало током припрема, као и одржавања конференције у Брајтону. Том приликом одлучено је да се Комитет министара обавезе да сачини нацрт опционог протокола до краја 2013. године.

Убрзо по одржавању конференције у Брајтону, приступило се изради нацрта према већ установљеној процедури, по којој је неопходно да Комитет министара да инструкције за сачињавање текста CDDH, док је сама израда нацрта унутар овог органа била поверена радној групи ужег састава. Пошто је радна група сачинила нацрт, он је размотрен на

12 Пара. 1 Извештаја са објашњењима.

пленарној седници Комитета експерата о реформи Суда. Још једном је овај нацрт прошао процедуру анализе унутар CDDH, и као такав одобрен и поднет Комитету министара на усвајање. На позив Комитета министара, Парламентарна скупштина Савета Европе дала је своје мишљење на нацрт, како би најзад он био усвојен на 1176. састанку Комитета министара, и отворен на потписивање 02. 10. 2013. године.

За разлику од Протокола 2, чији су чланови инкорпорирани у сам текст Конвенције, Протокол 16 тако нешто не предвиђа. Он ће остати засебан уговор, за чије ступање на снагу је потребно депоновање свега 10 ратификационих инструмената. Упркос чињеници да се њиме не мења сам текст Конвенције, као и малом броју ратификационих инструмената неопходних за ступање на снагу, забрањено је стављање било какве резерве.¹³ До сада је сакупљено 15 потписа, али још увек није положен ниједан ратификациони инструмент.¹⁴

3.2. Усвојена решења

Током процеса сачињавања нацрта, полемика се водила поводом четири кључна питања: а) природи овлашћеног националног органа; б) правном дејству саветодавног мишљења; в) категорији и врсти питања поводом којих се може упутити захтев; г) поступку доношења саветодавних мишљења.¹⁵

3.2.1. Природа овлашћеног националног органа

Протокол 16 је већ у фази преговора за његово доношење прозван „протоколом дијалога“ или „комуникациони протокол“. Иако се од самог почетка тежило поспешивању сарадње између националних судова и Европског суда, јавила се дилема колико свеобухватно ићи при дефинисању категорије „овлашћеног националног суда“. Увидело се да је неопходно сужавање круга овлашћених судова, па се може рећи да је инспирација за решење уследила из права Европске уније (надаље: ЕУ), (Gragl, 2013: 230-231). Наиме, према чл. 1, наведено је да *виши* судови или трибунали могу да траже саветодавно мишљење од Европског суда. Језичким тумачењем увиђа се да ово право немају само највиши судови националне правосудне структуре, већ сви судови који за специфичну категорију случаја представљају више, односно судове друге инстанце. На тај начин и други судови, сем уставног

13 Чл. 9 Протокола 16.

14 Списак доступан на: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=214&CM=7&DF=25/08/2014&CL=ENG> (20.08.2014.)

15 Пара. 9 Извештаја са објашњењима.

и врховног, могу бити у позицији да захтевају саветодавно мишљење, што је најзначајније одступање од иницијалног предлога из Извештаја Групе мудрих људи. Може се увидети да овакво решење има доста сличности са могућношћу националних судова чланица ЕУ да упућују претходна питања Суду правде у Луксембургу. Нарочито се увиђа сличност са тзв. конкретном теоријом о обавези националних судова да упуте претходно питање, по којој није битно место суда на правосудној хијерархијској лествици, већ је важно да се ради о суду против чијих одлука жалба није могућа (Радивојевић, Кнежевић-Предић, 2008: 182).

Ради отклањања било каквих недоумица ко од домаћих судова има право упућивања захтева, значајна улога дата је самим уговорницама. По решењу из чл. 10, све уговорнице су у обавези да, уз ратификациони инструмент, доставе генералном секретару Савета Европе и декларацију са списком свих виших судова са овим правом. Измена списка могућа је „у сваком тренутку“, сужавањем или проширивањем листе националних судова, из чега следи да је уговорницама дата прилична слобода.

3.2.2. Правно дејство саветодавног мишљења

У међународном јавном праву, саветодавна мишљења су необавезујућег карактера, што је прихваћено и код оба протокола - Протокола 2 и 16.

Будући да се доносе у контексту међусудског дијалога и сарадње, логично је решење чл. 5 Протокола 16, који предвиђа да усвојена саветодавна мишљења нису обавезна. Национални суд који је упутио захтев биће слободан да одлучи да ли ће у наставку поступка који се пред њим води поступити по добијеном мишљењу или не. Чак, усвојено мишљење не ограничава могућност субјеката да касније упуте представку Суду,¹⁶ чиме се ствара могућност два алтернативна сценарија. Уколико национални суд поштује саветодавно мишљење, за очекивати је да ће Суд одбити разматрање представке. Међутим, ако домаћи суд не поступи по саветодавном мишљењу, ствара се ризик каснијег дуплирања поступка пред Судом, уколико странка, незадовољна исходом националног поступка, упуту представку Суду.

Када је реч о територијалном дејству Протокола 16, након нове судске праксе, условљеног првенствено случајем *Ал-Скеини* (Ђорђевић, 2011: 591-593) и виши судови територија на којима држава уговорница ефективно држи власт такође могу упутити захтев. Свакако, као и до сад, уговорница може у посебној декларацији искључити примену Протокола са одређене територије која потпада под њену сувереност.

¹⁶ Сагласно чл. 34 Конвенције, о решавању случајева по парничној надлежности.

Иако саветодавна мишљења не представљају прецедентно право, она улазе у корпус праксе Суда, попут пресуда и других одлука.

3.2.3. Природа и тип питања поводом којих се може упутити захтев

Трећи кључни проблем при сачињавању нацрта био је дефинисање категорије и типа питања о којима се може тражити саветодавно мишљење. Иако је Протокол 16 покушао да што боље прецизира формалне предуслове за упућивање захтева, тип питања које се може поставити остао је донекле недоречен. Свакако да се захтев за саветодавним мишљењем мора односити на правна питања, као и на конкретне, постојеће случајеве о којима се води спор пред националним судом. На тај начин избегавају се апстрактна или хипотетичка правна питања, што представља још једну сличност са индиректном надлежношћу Суда правде (Knežević-Predić, Radivojević, 2009: 177). Такође, сам Суд неће бити у позицији да разматра или квалификује чињенично стање, већ је то у обавези да учини национални суд.

Према формулацији из Извештаја Групе мудрих људи, која је касније преузета и од стране Суда, могу се упућивати захтеви о оним питањима која су везана за тумачење или примену права и слобода из Конвенције или њених припадајућих протокола. Оваква дефиниција инспирисана је чл. 43, ставом 2 Конвенције о парничној надлежности Великог већа, чиме се и створила дилема како разликовати упућено питање за саветодавним мишљењем од истоветно дефинисаног питања код одлучивања по представкама. Поставља се питање да ли је намера твораца Протокола 16 била такав вид растерећења Суда, који би дозволио да се прво „опипатерен“ тражењем саветодавног мишљења, након чега би било могуће да се по исто дефинисаном питању упутити представка на решавање, у случају да национални суд није поступио по добијеном необавезујућем саветодавном мишљењу. Са друге стране, уколико национални суд поштује мишљење, неће доћи до потребе за поновним обраћањем Европском суду, те би се на тај начин, у значајној мери, смањила оптерећеност Суда у оквиру парничне надлежности. И заиста, може се на први поглед учинити да је реч о одличном решењу, којим се увек постиже добитна комбинација. Међутим, многи критикују овакав покушај олакшавања рада Суда, истичући да није реч о правом растерећењу, већ само подели посла на две надлежности – саветодавне и парничне.

3.2.4. Поступак доношења саветодавних мишљења

За разлику од Протокола 2, Протокол 16 садржи нека основна правила поступка. Наиме, виши национални судови могу упутити захтев за добијање саветодавног мишљења на свим службеним језицима држава уговорница. Одлучивање о испуњености услова прихватљивости разматра петочлани панел судија, пре него упутити захтев Великом већу на одлучивање о меритуму.¹⁷

Интересантно је истаћи обавезу Суда, тачније петочланог панела, да појасни разлоге одбијања да размотри захтев за саветодавним мишљењем. Протокол 14 ову обавезу не предвиђа, због чега је био мета бројних критика, те се претпоставља да је управо то допринело бољем решењу „комуникацијског протокола“. Имајући у виду циљ Протокола 16, односно успостављање боље сарадње и комуникације, решење, по коме се предвиђа давање појашњења чак и у случају одбијања захтева, је логично. Наиме, уколико је намера Протокола пружање помоћи националним судовима путем појачане сарадње и комуникације, а ради тумачења права, свако другачије решење било би неразумно.

Иако петочлани панел судија одлучује по питању „надлежности о надлежности“, само је Велико веће овлашћено да даје саветодавно мишљење. Оно може преко реда да разматра захтев за саветодавним мишљењем, дајући му на тај начин првенство. По службеној дужности у састав петочланог панела и Великог већа улази и судија из државе националног суда који је упутити захтев (чл. 2, став 3).¹⁸ Иако се правна комуникација води између судова, Европски суд треба да обавести државу уговорницу о примљеном захтеву од стране њених националних судова.

У саветодавном поступку могу учествовати и заступници државе уговорнице чији је национални суд упутити захтев,¹⁹ подношењем писаних поднесака или учешћем на усменој процедури (чл. 3).²⁰ Имајући у виду необавезност саветодавног мишљења, реч је о праву, а не и обавези учествовања. Председник суда има овлашћење да позове било коју другу уговорницу или лице да учествују у саветодавној процедури. Претпоставља се да је реч о лицима, физичким или правним, која су се нашао у улози парничних странака пред националним судом који је упутити захтев.

17 Што је идентично чл. 43 Конвенције.

18 Овакво решење идентично је оном које се односи на парничну надлежност (чл. 26 став 4 Конвенције).

19 Тиме је у потпуности имитиран поступак по чл. 36 Конвенције, по коме ови субјекти могу учествовати у парничној процедури.

20 Учесник поступка може бити и Европски комесар за људска права Савета Европе.

Поставља се питање да ли је овакво ограничавање учесника процедуре сврсисходно или би можда адекватније решење било да се могућност учествовања не условљава позивом председника суда. Уколико се зна да пред националним судом учествују углавном само физичка и правна лица, имајући у виду теорију о имунитету држава пред судовима других држава (Shaw, 2003: 638-640), поставља се питање кога би од других уговорница председник Суда могао позвати.

Саветодавно мишљење доноси се већином гласова чланова Великог већа. Према чл. 4, у случају непостојања једногласности, судије могу дати издвојено мишљење. Обавеза је Суда да мишљење достави не само суду који је путио захтев, већ и држави уговорници чији је национални орган путио захтев. Пара. 23 Објашњења Протокола 16 указује да „би требало да саветодавно мишљење такође буде достављено и свим учесницима поступка“. Свакако се очекује да ће сам Суд у наредном периоду регулисати детаље поступка, али употребљена синтагма „требало би“ не представља извесност да ће сви учесници заиста и добити мишљење. Међутим, чак и у случају да се то не деси, јавност ће бити упозната са усвојеним саветодавним мишљењем, будући да постоји обавеза његовог објављивања.

3.3. Ступање на снагу и дејство

Интересантно је да ће Протокол 16, за разлику од свих ранијих протокола, ступити на снагу три месеца након прикупљања 10. ратификационог инструмента, што представља значајно, и досад прво одступање од установљеног правила да је за ступање на снагу потребна ратификација свих уговорница. Овакво решење свакако је резултат компромиса, али се јавља и као последица специфичније природе самог Протокола. Када је реч о постигнутом међудржавном компромису, извесно је претпоставити да су уговорнице оваквим решењем желеле да избегну судбину Протокола 14.

Дејство и домет Протокола 16 биће ограничени, имајући у виду његов опциони карактер. Очекује се да ће се на тај начин скратити период чекања да ступи на снагу, међутим, истовремено ће се тиме створити две категорије уговорница: оне које су прихватиле Протокол 16 и оне које нису. Успех и популарност Протокола 16 зависиће од држава које га буду прихватиле, односно од искуства и корисности које буду имали њихови домаћи судови.

4. Закључна разматрања

Двоструко ограничење у давању саветодавних мишљења установљено Протоколом 2, само је делимично кориговано усвајањем Протокола 16, којим се омогућава да национални судови виших инстанци могу Суду упутити захтев за добијање саветодавног мишљења. Овакво проширење саветодавне надлежности тежи остварењу двоструког циља: а) интензивирању и ојачању дијалога између виших националних судова и Европског суда, као и б) смањењу великог броја нагомиланих представки.

Када је реч о првом циљу, он ће бити остварен уколико се Суд постави као учесник конструктивног дијалога, пружајући националним судовима помоћ при решавању проблематичних питања, или, пак, дајући детаљна и добронамерна појашњења у случају одбијања разматрања захтева. У том случају се може очекивати да ће Протокол 16 бити прихваћен и од стране преосталог дела уговорница Конвенције. Претпоставља се да ће се први случајеви из сфере саветодавне надлежности Суда односити на круцијалне теме, као што су: питање надлежности, некохерентне праксе Суда, различито поимање учења о пољу слободне процене, односно свим оним питањима која су и у прошлости била спорна у односу између националних судова и стазбуршког Суда. Са друге стране, уколико Суд буде био превише оскудан у аргументима одбијања захтева, или, као и досад, не буде имао јасну визију развоја праксе по појединим осетљивим питањима, створиће се неповерење у систем који установљава Протокол 16.

Иако се у теорији сарадња међу судовима поздравља као пример позитивне праксе, њоме се ствара ризик смањења самосталности и одговорности националних судова. Циљ Протокола 16 није стварање система доношења пресуда националних судова на основу пуког добијеног мишљења. Са друге стране, у случају да домаћи суд не поступи по мишљењу, створиће се нов проблем дуплирања процеса пред Европским судом по обеју надлежности (O'Meara, 2013).

Поред проширивања саветодавне надлежности, Протокол 16 утиче и на тзв. уставну функцију Суда, за који неки аутори сматрају да би се боље могла остварити путем одлучивања по представкама. Наиме, докази о „конструктивном дијалогу“ између националних судова највиших инстанци и Европског суда већ постоје у оквиру парничне надлежности Суда, без потребе за реформисањем система заштите у правцу проширивања саветодавне надлежности. На основу изложеног, увиђа се да се позитивни ефекти Протокола 16, који се тичу јачања сарадње и дијалога међу националним судовима и Европског суда, могу релативизовати.

Када је пак реч о другом циљу, односно повећању ефикасности Суда, уместо постизања зацртаних циљева, Протокол 16 ствара ризик погоршавања

постојеће ситуације. Наиме, не постоји логика у томе да ће се Суду, преоптерећеном заосталим и све бројнијим надолазећим случајевима, помоћи тиме што ће се проширити још једно поље деловања, нарочито узимајући у обзир чињеницу да Велико веће годишње донесе свега двадесетак пресуда. Уколико се подсетимо да највећи број упућених представки чине тзв. клонирани случајеви и неприхватљиве представке, сумња се да ће решења Протокола 16 допринети њиховом смањењу. Репетитивни случајеви најбоље се решавају доношењем тзв. пилот пресуда, док су се за прихватљивост представки временом искристалисали и построжили услови прихватљивости, као и процедура разматрања допуштености.²¹

У случају поменутих понављања процедура, односно у случају да се након добијеног саветодавног мишљења поново упути представка, али по парничној надлежности, поново долазимо до закључка о стварању супротне ситуације од намераване. Уместо остваривања веће ефикасности Суда, доћи ће до његовог још већег оптерећења.

Водећи се логиком изложеног, долази се до закључка да би саветодавна надлежност једино била корисна при постављању нових стандарда. Међутим, истиче се да је Суд то чинио и до сада у оквиру парничне надлежности.

Стога, иако су намеравани циљеви за похвалу, остаје сумња да ће Протокол 16 успети да их оствари. У случају да поменути ризици у пракси буду били изражени, Протокол 16 остаће лишен свог пуног ефекта, попут Протокола 2. Уколико, пак, превладају позитивна решења, Протокол 16 допринеће остваривању кохерентнијег система заштите људских права. То ће утицати да Суд више не буде карактерисан као „жртва сопственог успеха“ (Helfer, 2008: 125) већ да и даље одржи статус најефикаснијег суда међународне заједнице у области заштите људских права.

21 Анализирајући статистичке податке о структури и врсти индивидуалних представки, изасланик Парламентарне скупштине Савета Европе изјавио је да Суд мора хитно да пронађе начин којим би решио три кључна проблема. Наиме, он је истакао да судије не треба да троше превише времена на очигледно неприхватљиве представке, што износи око 95% свих представки. Затим, мора се наћи ефективно решење поводом тзв. „клонираних“ случајева, односно случајева који се тичу утврђених системских недостатака унутар држава (што представља око 70% предмета код којих се решавало у меритуму). Као одговор на први проблем усвојени су Протоколи 14 и 15, који су, пре свега редефинисањем услова прихватљивости, покушали да смање број представки. Када је, пак, у питању решавање проблема тзв. „клонираних случајева“, уведене су пилот пресуде које решавају велики број случајева који потичу због истог системског проблема који постоји у једној држави.

Литература

Gragl, P. (2013). *(Judicial) Love is Not a One-Way Street: The EU Preliminary Reference Procedure as a Model for ECtHR Advisory Opinions under Draft Protocol No. 16*. European Law Review, No. 2, 229-247

Dijk, van, P., Hoof, van, G. J. H. (2001). *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima*. Sarajevo: Müller

Đajić, S. (2012). *Međunarodno pravosuđe*. Beograd: Službeni glasnik

Ђорђевић, С. (2013). *Протокол 15 уз Европску конвенцију о људским правима и основним слободама*. Заштита људских и мањинских права у европском правном простору: Тематски зборник радова. 413-430

Ђорђевић, С. (2011). *Екстериторијална примена Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода*. Заштита људских и мањинских права у европском правном простору: Тематски зборник радова. 579-596

Етински, Р. (2007). *Међународно јавно право*. Нови Сад

Explanatory Report on Protocol No. 2 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, conferring upon the European Court of Human Rights competence to give advisory opinions

Explanatory Report on Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

Knežević-Predić, V., Radivojević, Z. (2009). *Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije*. Beograd: Službeni glasnik

Lič, F. (2007). *Обраћање Европском суду за људска права*. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava

O'Meara, N. (2013). *Reforming the European Court of Human Rights through Dialogue? Progress on Protocols 15 and 16 ECHR*, UK Const. L. Blog, Retrieved 20 August 2014, from http://ukconstitutionallaw.org/2013/05/31/noreen-omeara-reforming-the-european-court-of-human-rights-through-dialogue-progress-on-protocols-15-and-16-echr/?utm_source=feedly

Protocol No. 2 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, conferring upon the European Court of Human Rights competence to give advisory opinions, CETS No 044

Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS No 214

Радивојевић, З., Кнежевић-Предић, В. (2008). *Институције Европске уније*. Ниш: Свен

Радивојевић, З. (2005). Протокол број 14 уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода. Страни правни живот. 1-2, 181-194

Shaw. M. (2003). *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press

Томушат, К. (2006). *Људска права између идеализма и реализма*. Београд: Београдски центар за људска права

Helfer, L. R. (2008). Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime, *European Journal of International Law*, 125-159

Сарић, С. (2012). Коментар Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Београд: Параграф Ко и Параграф Лекс

Sanja Đorđević, LL.B

Teaching assistant,

Faculty of Law, University of Niš

Advisory Jurisdiction of the European Court of Human Rights

Summary

Although the primary jurisdiction of the European Court of Human Rights is the one relating to applications, with the adoption of Protocol 2 in 1963, the Court also has advisory jurisdiction. However, it was limited in a twofold manner: the circle of entities authorized to request an advisory opinion was very narrowly defined and there were also uncertainties as to the type of legal issues that may require review. Only the Committee of Ministers had the authority to request an advisory opinion under the condition that the decision was made by a two-thirds majority vote. Also, they could only ask questions that were not concerning rights and freedoms guaranteed under the European Convention, as well as the related protocols. This restrictive approach has resulted in the implementation of Protocol 2 in only three cases, which caused it to have little practical significance.

In the process of the reform of the Court, the old idea of expanding the advisory jurisdiction revived. It was implemented in 2013, with the adoption of Protocol 16, which aims at achieving a double objective: 1) intensifying and strengthening the dialogue between higher national courts and the European Court, as well as 2) reducing the large backlog of applications. During the drafting process, the debate was concentrated on four key issues: a) the nature of the authorized national courts; b) the legal effect of advisory opinions; c) the category and type of questions which may be referred; d) the process of adoption of advisory opinions. However, despite some good solutions there is doubt whether Protocol 16 will be able to achieve the set goals.

Key words: Protocol 2, Protocol 16, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, European Court of Human Rights, advisory jurisdiction, advisory opinion.